Deli Gergely

A JÓ ERKÖLCSÖKRŐL

Értekezések a jogtudomány köréből

Deli Gergely
A jó erkölcsökről

Medium, Budapest 2013

Megjelent a győri Széchenyi István Egyetem Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Karának támogatásával

ISBN 978-963-08-7060-3
Kiadja a Medium Pro Educatione Közhasznú Alapítvány
medium.osb.hu

Első magyar nyelvű kiadás: 2013

© Deli Gergely, 2013

A kiadásért felelős a Medium Pro Educatione Közhasznú Alapítvány elnöke
Szerkesztette: Manninger Dániel
A nyomdai munkálatokat a Prime Rate Nyomda végezte

Minden jog fenntartva, beleértve a sokszorosítás, a nyilvános előadás, a rádió- és televízióadás, valamint a fordítás jogát, az egyes fejezeteket illetően is.

Printed in Hungary

carissimae coniugi benemerenti

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.

ELŐSZÓ

E könyv létrejöttét első sorban Péteri Zoltánnak köszönhetem, aki bevezetett a jogösszehasonlítás világába és felhívta figyelmemet e diszciplína módszertani kérdéseire. Közbenjárására töltöttem egy hónapot a *Centre Français de Droit Comparé*-ban, ahol a könyv hatályos francia jogra vonatkozó részét készítettem el. Megkülönböztetett hála illeti Földi Andrást, akinek szakmai tisztessége, tudományszeretete, éles kritikája mindmáig példamutató számomra. Az ő irányítása alatt vehettem részt az egyes magánjogi intézmények történeti meghatározottságát vizsgáló OTKA projektumban,[1] amelynek kutatási témájába a jelen könyv is illeszkedik. A kutatómunka keretében többször volt alkalmam hosszabb-rövidebb külföldi tanulmányutakat tenni.
Müncheni tartózkodásom idején Alfons Bürge nyújtott jelentős szakmai segítséget, aki a római jogi források eljárásjogi szemléletére intett, és megóvott egyes szöveghelyek téves értelmezésétől. A pisai egyetemen Aldo Petrucci és Carlo Venturini tették lehetővé, hogy az ott őrzött gazdag középkori forrásanyagot tanulmányozhassam, és el is igazítottak a történeti kútfők rengetegében. Párizsban Jacques Robert nyitotta meg számomra a legfontosabb kutatóintézetek és könyvtárak kapuit. Sokat köszönhetek a hamburgi Max Planck Intézet ösztöndíjának, amelynek jóvoltából két hónapig használhattam a létesítmény kiváló könyvtárát, és kaptam szakmai iránymutatást Reinhard Zimmermanntól, valamint Jan Schmidttől, az intézet egyik fiatal munkatársától.
A mű erényei javarészt az itt felsoroltak tudós kollégákat illeti, hibái kizárólag az enyémek.
A generációmhoz tartozó pályatársak közül ki kell emelnem barátom, Siklósi Iván folyamatos támogatását, mellette pedig Alessandro Cassarini őszinte nyíltságát, amellyel olaszországi tartózkodásomat felejthetetlenné tette.
Az, hogy e munka a rám nehezedő sokszoros munkateher, a Mathias Corvinus Collegiumbeli elfoglaltságom mellett létrejöhetett, nagy szerepe van Tombor Andrásnak, a kollégium igazgatójának, aki a tudományos kutatásból eredő elfoglaltságaim iránt mindvégig megértően viseltetett, és fejlődésemet nagylelkűen támogatta.

Budapest, 2013

A szerző

1 A K-60756 számú OTKA-projektumról van szó, a témavezető Földi András.

PROLEGOMENA

A jóerkölcs fogalma a közelmúltban többször is felbukkant a társadalmi és politikai közbeszédben. Módosított formában, „jó erkölcsként”[2] átmenetileg[3] a korábban hatályos Alkotmány részévé is vált.[4] Alaptörvényünk pedig több helyen is utal az erkölcsre,[5] 28. cikkelyében például rögzíti, hogy az Alaptörvény és a jogszabályok értelmezésekor azt kell feltételezni, hogy a józan észnek és a közjónak megfelelő, erkölcsös és gazdaságos célt szolgálnak.[6] Ennek következtében az erkölcs jogilag nehezen megfogható fogalma alapvető jogértelmezési eszközzé vált.[7]

A gazdasági válság és vele összefüggésben az új típusú jelzáloghitelek kapcsán szintén sokszor lehetett hallani a hitelező bankok jóerkölcsbe ütköző magatartásáról,[8] nemrég pedig egyes nagy összegű végkielégítéseket

2 A 2011. december 31-ig hatályban volt Alkotmány 70/I. § (2) bekezdése és így az Alkotmánybíróság későbbi, erre vonatkozó határozata [a 184/2010. (X. 28.) AB határozat] is a „jó erkölcs” kifejezést használja. E gyakorlatot helyteleníti Fejes László: *Igaza van az Alkotmánybíróságnak?* Nyelv és tudomány (2010. november 2.) Elérhető: http://www.nyest.hu/hirek/igaza-van-e-az-alkotmanybirosagnak# (Utolsó hozzáférés időpontja: 2013. július 4.). A kritika az Alkotmánybíróság vonatkozásában nem helytálló, hisz az Alkotmánybíróság fenti határozatában megjegyzi, hogy „a „jó erkölcs” kifejezés írásmódja a határozatban az Alkotmány módosításának szövegéhez igazodik, kivéve ahol polgári jogi értelemben szerepel; ott a Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (a továbbiakban: Ptk.) szerint egybeírjuk.” Ld. a 184/2010. (X. 28.) AB határozat III. 1. 1. pontját.

3 Amíg a Magyar Köztársaság Alkotmányáról szóló 1949. évi XX. törvény módosításáról szóló 2010. évi CXIX. törvény módosította az Alkotmány 70/I. §-át.

4 Ld. a 2011. december 31-ig hatályban volt Alkotmány 70/I. § (2) bekezdését: „A közterhek viselésére szolgáló forrásokból, valamint az állami vagyonnal gazdálkodó, illetve az állam többségi tulajdonában vagy irányítása alatt álló szervezetek részéről jó erkölcsbe ütköző módon juttatott jövedelmek tekintetében törvény, az adott adóévtől kezdődően, külön mértékű kötelezettséget állapíthat meg.”

5 A Nemzeti Hitvallásban „a huszadik század erkölcsi megrendüléshez vezető évtizedei” fordulatot olvashatjuk, illetve szerepel az erkölcsi melléknév a XVI. cikk (1) bekezdésében, és a XVIII. cikk (1) bekezdésében is, a gyermekek erkölcsi fejlődése kapcsán.

6 Az Alaptörvény 28. cikkéről bővebben ld. Csink Lóránt—Fröhlich Johanna: *Egy alkotmány margójára. Alkotmányelméleti és értelmezési kérdések az Alaptörvényről*, Budapest: Gondolat 2012, 133—140.

7 A közeljövő alkotmányértelmezési gyakorlata lesz hivatott eldönteni, hogy az Alaptörvény „erkölcse” és a magyar jogrendben már régebbről ismert jóerkölcs technikus fogalma között pontosan mi lesz a viszony.

8 Ld. Az állampolgári jogok országgyűlési biztosának jelentésének 5. 2. 1. pontját az

kívánták moderálni a segítségével.[9] Az Alkotmánybíróság a végkielégítések különadójával foglalkozó első határozata[10] is foglalkozott a „jó erkölcssel”. A határozat rendelkező részében megsemisítette a különadóról szóló törvény egyes rendelkezéseit, mire az Országgyűlés módosította az Alkotmánybíróság hatáskörére vonatkozó szabályokat, és az Alkotmány részévé tette a sokat vitatott 32/A. §-t, amely „a költségvetésről, a költségvetés végrehajtásáról, a központi adónemekről, illetékekről és járulékokról, a vámokról, valamint a helyi adók központi feltételeiről szóló törvények” vonatkozásában szűkítette az Alkotmánybíróság mozgásterét.[11]

A jóerkölcs fogalmának aktualitásához a fentiek alapján semmi kétség nem fér, pontos értelmét és célját azonban annál több probléma övezi.

Jelen könyv a jó erkölcsökbe (a magyar terminológia szerint: a jóerkölcsbe) ütköző szerződések semmisségét kimondó norma történeti és összehasonlító elemzését nyújtja az olvasónak. A kutatás célja a következő, nagy horderejű gyakorlati kérdés megválaszolásában áll: miképp dönthető el, hogy mikor helyes a jó erkölcsökre történő hivatkozás, és hogyan állapítható meg a fogalom konkrét normatív tartalma?

A jog metajurisztikus függősége vizsgálata során 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 ültessenek át. E tág problémakör azonban több okból további szűkítésre szorul. Egyrészt metodikailag lehetetlen a generális klauzulákról absztrakt

OBH 4999/2003. sz. ügyben: „A Ptk. alkotmányos szintű alapelvi rendelkezéseibe, a Ptk. 4. § (1) bekezdésében írt jóhiszemű és tisztességes eljárás követelményébe, az így kötött szerződés pedig nyilvánvalóan a jóerkölcsbe ütközik [Ptk. 200. § (2) bekezdés], ha a bank a fedezetként lekötött ingatlan értékét – lakottságra vagy más tényezőkre alapítva – a valós forgalmi érték alatt határozza meg, majd az így egyszeresen már leértékelt ingatlan hitelfedezeti értékét jelzálog hitelintézet esetében a jogszabályban rögzített 70%-os értéknél, más hitelintézet esetén a biztonságos hitelezéshez szükséges legmagasabb értéknél alacsonyabban állapítja meg.”

9 Ld. az „egyes gazdasági és pénzügyi tárgyú törvények megalkotásáról, illetve módosításáról” szóló – a 2010. évi CXXIV. törvény 1. §-ával kiegészített – 2010. évi XC. törvény 8-12. §-ait.

10 A végkielégítések különadója néven ismertté vált jogszabályról az Alkotmánybíróság első alkalommal 2010. október 26-án döntött [ld. a 184/2010. (X. 28.) AB határozatot]. A következő, tárgykörben hozott alkotmánybírósági döntés 2011. május 6-án született [ld. a 37/2011. (V. 10.) AB határozatot], amely szintén többször említette a jó erkölcs fogalmát.

11 Ld. a 2011. december 31-ig hatályban volt Alkotmány 32/A. § (2) bekezdését.

szinten teljes és valós képet adni, másrészt terjedelmi és szakmai okokból feldolgozhatatlannak tűnt egyszerre több, vagy legalábbis a jelentősebb generális klauzulák teljes vizsgálata. Ez tette indokolttá egy konkrét klauzula kiválasztását. Így lett a jó erkölcsökbe ütköző szerződések semmisségére vonatkozó magánjogi generális klauzula az elemzés tárgya. Ez a klauzula rendelkezik a pozitív norma minden sajátosságával, mégis *expressis verbis* utal egy jogon kívüli társadalmi normaegyüttesre, az erkölcsre.

Rögtön itt, az elején érdemes röviden kitérnünk két terminológiai problémára. A hazai szakirodalomban mind a német nyelvi hatást mutató „generálklauzula" mind a latinos „generális klauzula" kifejezés előfordul, jóllehet az utóbbi jóval ritkábban. Ennek ellenére a könyvben 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 szerepel[12] 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 tőről 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 témával kapcsolatban megkerülhetetlennek látszott a jog és erkölcs viszonyának örök, mindmáig megválaszolatlan és minden valószínűség szerint végérvényesen megválaszolhatatlan problematikájának tárgyalása is. A kutatómunka során azonban kiemelten figyeltünk arra, hogy a szükségesnél mélyebben ne bocsátkozzunk a jog és az erkölcs viszonyával kapcsolatos jogelméleti diskurzusba, hiszen jelen munka első sorban nem az erre vonatkozó irodalmat kívánja bővíteni, hanem a fenti kérdésfeltevés megválaszolásán keresztül 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 jogalkalmazás során. Éppen ezért nem látszott szükségesnek sem a jogfogalom,

12 Ptk. 200. § (2) bek. Ebben az alakban őrzi meg a kifejezést az új Ptk is, ld. új Ptk. 6:96. §

sem az erkölcs fogalmának különösebb tisztázása.[13] A jog fogalmával foglalkozó irodalom kimeríthetetlen, és csak eltérített volna bennünket az eredetileg kijelölt iránytól, az erkölcs vonatkozásában pedig nemzetközi színvonalú hazai elemzés is áll már rendelkezésünkre.[14] Mindezek ellenére fejtegetéseink remélhetőleg több új, mondhatni empirikus adalékkal gazdagítják a fenti, a jog és erkölcs viszonyáról folyó elméleti vizsgálódásokat is.

A módszer tekintetében leggazdaságosabbnak az tűnt, ha vizsgálódásainkat a 'jó erkölcsök' fogalmára összpontosítjuk a primér magánjogi forrásokban. Ez a metódus egyrészt a jelenlegi technikai adottságok mellett viszonylag gyors és teljes körű vizsgálatot tett lehetővé, másrészt abba a hibába sem eshettünk, 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 természetére vonatkozott, és a jó erkölcsökre utaló normák éppen azáltal lesznek generális klauzulává, hogy tartalmazzák e 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. Ez az eljárásmód hozzájárulhat elemzésünk nagyobb gyakorlati hasznosságához.

El kellett döntenünk azt is, hogy egy bizonyos jogrendszer vagy egy bizonyos történeti kor képezze-e a kutatás tárgyát, vagy törekedjünk minél szélesebb spektrum bemutatására. A 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.

A könyv szerkezetileg négy nagy részre osztható. Az első rész elméleti alapvetésként szolgál, amely a generális klauzula fogalmának elemzését követően annak újszerű meghatározását adja. A második részben a jó erlölcsök, a *boni mores* fogalmát megalkotó római jog forrásait tekinti át. A harmadik szerkezeti egység a *ius commune* témábavágó irodalmába enged

13 Hasonlóképp, praktikus megfontolások alapján csak *per tangentem* foglalkozott 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.

14 Horváth Barna: *Az erkölcsi norma természete,* Máriabesnyő—Gödöllő: Attraktor 2005.

bepillantást, a negyedik pedig a jó erkölcsre vonatkozó három hatályos szabályozás, a francia, a német és a magyar elemzését nyújtja. A negyedik részben kísérletet teszünk egy új összehasonlítási módszertan kidolgozására és következetes keresztülvitelére is.
A vizsgálódás eredményeképpen felállítunk egy kétszintű jogalkalmazási tesztet, amely segítséget nyújthat abban, hogy mely esetekben célszerű a jó erkölcsök generális klauzuláját alkalmazni. Mindezzel a mű túllép a puszta leírás keretein és reményeink szerint hasznos segítséget kínál a fogalom konkretizálása során.

ELSŐ RÉSZ
A GENERÁLIS KLAUZULÁKRÓL

I. A GENERÁLIS KLAUZULA[15] KIFEJEZÉS TÖRTÉNETE

1. Jelentéstörténeti bevezető

A jelentéstörténeti vizsgálat keretében először az egyes alkotóelemek jelentésének elemzésére kerül sor, majd maga az összetett kifejezés kerül górcső alá. A tudatosan vállalt tartalmi kereteknek megfelelően a kutatás a latin, a német, a francia és a magyar nyelvre terjed ki. A kifejezéstörténeti exkurzustól kettős hasznot remélünk. Egyrészt bízunk abban, hogy 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.[16] Másrészt reméljük, hogy 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*[17]) kifejezések jóval egyértelműbbnek tűnnek. Okkal merül fel a kérdés, milyen érvek szólnak mégis a bonyolultabb generális klauzula kifejezés mellett?

2. A *generalis clausula* az ókori latin nyelvben

Az oxfordi latin szótár a *clausula* szó hat jelentésárnyalatát[18] különbözteti meg. Jelenti egyrészt egy szakasz (amely műfaja szerint lehet akár levél, beszéd, érvelés vagy egyéb más egység) záró, összegző részét[19]: *clausula vocatur phrasis*

15 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.

16 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.

17 Az első négy kifejezésnek a nemzetközi szakirodalomban való tömeges alkalmazására tekintettel szükségtelennek látom, hogy előfordulásaikra 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.

18 Glare, P. G. William: *Oxford Latin Dictionary,* Oxford: Clarendon 1968, s. v. *clausula*.

19 Ld. Cicero, *De oratore*, 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 epichirematis esse dixerunt, et est aliquando, non tamen semper.*

vel dictio, qua formula aliqua concluditur,[20] másrészt az ismétlődő mondatrész ritmikus végét,[21] de használták egy egyszerű szó, verssor vagy egyéb metrikai egység végén is.[22] Néha egy konkrét tárgy végére, kívülállásra utaltak vele: *Ceterum clausula est extrema pars alicuius rei.*[23] A jogi szaknyelv területére nyúlik át a *clausula* azon negyedik jelentése, amikor egy ügylet vagy egy per végkifejletét értették alatta.[24] A kifejezés már az ókorban felvette ma talán leggyakoribb értelmét, hiszen értették alatta a törvények vagy más hivatalos

20 Forcellini, Aegidius: *Lexicon totius Latinitatis*, Padua: Typis Seminarii 1940, s. v. *concluditur*.

21 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 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.*

22 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.*

23 Forcellini: *id. m*. 650.

24 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 *sape sumitur etiam pro parte qualibet, seu capite edicti, legis, scripturae, licet extrema pars sit.*

dokumentumok[25] és a magánjogi ügyletek[26] (adásvételi szerződések,[27] végrendeletek,[28] *stipulatiók*[29]) záradékát is.[30]

A klasszikus irodalmi latinban még sem a *clausus*, sem a *clausio, clausor* kifejezés nem használatos, noha a *conclusio*[31] már igen gyakori.[32] A *claudo* ige csak Cato[33] korától (Kr. e. 95-46) vette fel a zárni, bezárni, elzárni (a reteszt rátolni[34]) jelentést, pedig már Plautusnál (Kr. e. 254-184)[35] is találkozhatunk az *excludo* összetétellel kizárni értelemben.[36] Nála előfordul az előbb említett *concludo*-n kívül az *occludo*[37], illetve *intercludo*[38] forma is. A *clausula* főnév pedig Varrónál

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

26 Magánjogi ügyletekben a clausula szinónimájaként használták a lex kifejezést is. Ld. D. 18, 3, 2. A fragmentumhoz ld. részletesebben Pókecz Kovács Attila: *A szerződéstől való elállás az adásvétel mellékegyezményeinél a római jogban és továbbélése során*, Pécs: PTE 2012, 42sk.

27 A bor adásvételével kapcsolatos klauzulák gazdagon tárgyal Jakab Éva: *Borvétel és kockázat. Jogtudomány és jogélet a Római Birodalomban*, Budapest: Akadémiai 2011, 66skk.

28 D. 30, 30, 5 és 6; D. 34, 2, 13.

29 D. 46, 7, 6; eod. 13pr; eod. 17; eod. 19pr; eod. 21. A *clausula doli* tekintetében ld. D. 35, 3, 3pr; 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 Twelwe Tables to the Glossators*, Budapest: Akadémiai 1981, 51.

30 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 1907[9], 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.

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

32 Ernout, Alfred—Meillet, Antoine: *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris: Klincksieck 1994[4], s. v. *conclusio*.

33 Cato, *De agricultura*, 21: *qui orbem cludat.*

34 Walde, Alois—Hoffmann, Johann: *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg: Winter 1938, s. v. *claudo*.

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

36 A *claudo, -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.

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

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

(Kr. e. 116-27) bukkan fel,[39] aki a latin nyelvről szóló művében kifejtette: *„clausulas quoque primum appellatas dicunt, quod clauderent sententiam"*.[40] 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.[41] 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*[42]). Ragaszkodtak azonban a kifejezés eredeti, grammatikai jelentéséhez: *clausula* alatt hol egy *edictum*[43], *senatusconsultum*[44] vagy éppen *lex*[45] egy-egy meghatározó fordulatát értették. A gaiusi *Institutió*kban még nem találkozhatunk vele, de Iustinianus tankönyvében már olvasható a *stipulatió*ba foglalt cselekedetek *(facta)*[46] kapcsán. A szó a *Digestá*ban többnyire a praetori *edictum*okhoz írt kommentárokban fordul elő, vagy az *edictum*okban megszilárdult formában bukkan fel egyéb művekben.[47] Az alapesettől különös módon éppen a téma miatt fontos *ex*

39 Maltby, Robert: *A Lexicon of Ancient Latin Etymologies*, Leeds: Cairns 1991, 135.

40 Varro, *De lingua Latina*, IV, 67. Ld. Funaioli, Hyginus (ed.): *Grammaticae Romanae Fragmenta*, Leipzig: Teubner 1907, 202. Idézi: Maltby: *id. m.* 135.

41 Schulz, Fritz: *Classical Roman Law*, Oxford: Clarendon 1951, 455 és 465.

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

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

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

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

46 I. 3, 15.

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

generali clausula összetétel tér el, amely Modestinus *De enucleatis casibus* című egykötetes művéből származik.[48]

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. A jogforrások mellett a *clausula* a magánszemélyek közti ügyletek szövegében is előfordul, a verbálszerződésekben[49] és a végrendeletekben a *legatum*ok[50] kapcsán.

A *clausulá*nak az ókori latin nyelvben nem alakult ki speciális jogászi 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.[51]

A kifejezés másik tagja, a *generalis,* pontosaban a *genus* töve a *gigno,* a görög ***γίγνομαι*** „születik", „keletkezik" jelentésű ige, Varrónál[52], Cicerónál[53] és Lucretiusnál[54] már a latin szókincs szerves része.[55] E tőből erednek a *nascor, natus, natio* és *natura* (veleszületett tulajdonság értelemben) szavak.[56] Paulus Diaconus szerint „*genus dictum putatur a terrae Graeco vocabulo, quam* ***γήν*** *dicunt"*[57].

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."*[58]

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

49 D. 39, 1, 21, 2 vagy D. 46, 7, 6.

50 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.*

51 D. 46, 4, 20.

52 Varro, *De lingua Latina.* V*: quos agros non colebant propter silvas aut id genus* […].

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

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

55 Walde—Hoffmann: *id. m.* 597.

56 Walde—Hoffmann: *id. m.* 598.

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

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

A *genus* szó megjelenése a római jogtudósok műveiben egyértelműen a görög filozófia hatásának köszönhető, az Arisztotelész műveiben[59] szereplő ***γένην*** 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)*,[60] a kötelmek,[61] a *possessio,*[62] vagy épp a *mortis causa donationes*[63] kategorizálásánál.

Ismert a jogi gondolkodásban a *genus—species* kategóriapár is,[64] amely különbségtételnek komoly jogi következményekkel járt:

Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat: appellatio enim rei non genus, sed speciem significat.[65]

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

Mutuum 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 mutuum.[66]

A rendszerépítő gondolkodásra, és a görög filozófia distinkciós-szisztematizáló hatására ad hasonló példát a következő elhatárolás, amelyben Paulus a *creditum*ot és a *mutuum*ot 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.[67]

A rómaiak nem használták a *genus* illetve *species* kifejezéseket a maguk logikai tisztaságában, és kazuisztikus jelleggel hol a *creditum* és *mutuum*,[68] hol az agnát

59 Aristoteles, *Met.* IX, 3.

60 Ulp. D.1, 1, 4.

61 Gai. 3, 89.

62 Paul. D. 41, 2, 3, 22.

63 Ulp. D. 39, 6, 2.

64 *[S]peciem enim eximi de genere placet* (Paul. D. 40, 4, 10pr.). 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 antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin: Schweitzer 1972. Végül Pólay Elemér: *A római jogászok gondolkodásmódja*, Budapest: Tankönyvkiadó 1988, 96.

65 Paul. D. 6, 1, 6.

66 Paul. D. 12, 1, 2pr.

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

68 Paul. D. 12, 1, 2, 3.

és kognát rokonok,[69] hol a *donum* és a *munus* viszonyát[70] 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 adquirendi 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[71] *essent, fecimus. et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.*[72]

A fogalmak nagyfokú keveredését tapasztalhatjuk a különböző korokra jellemző szóhasználat összevetésekor is. A legszembetűnőbb példát a gaiusi és a iustinianusi *Institutió*k egybevetése nyújtja.[73] Gaius a kötelmek két fajáról *(duas species)*,[74] ezen belül az egyik faj *(ex contractu)*[75] négy neméről *(quattuor genera)*[76] írt, megcserélődött tehát a magától értetődőnek tűnő *genus—species* rendszertani pozíciója. Iustinianus a párhuzamos helyen a kötelmek két neméről *(in duo genera),*[77] majd ettől függetlenül, de ugyanezen a rendszertani síkon maradva egy másik, a Gaiuséval megegyező felosztás szerint négy fajról *(quattuor species),*[78] azon belül a szerződéseknél pedig — egy rendszertani szinttel lejjebb — ugyancsak négy fajról *(quattuor species)*[79] adott számot.

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

69 Paul. D. 38, 10, 10, 4.

70 Ulp. D. 50, 16, 194.

71 A *rerum natura* fogalmához részletesebben ld. Erdődy János: *Radix omnium malorum? A pénzzel összefüggő egyes római dologi jogi kérdésekről,* Budapest: PPKE 2012, PhD értekezés (kézirat), 79sk. Elérhető: https://jak.ppke.hu/uploads/articles/12332/file/Erd%C5%91dy%20J%C3%A1nos%20PhD.pdf

72 Paul. D. 41, 2, 3, 21.

73 Másik példa: Ulp. D. 39, 6, 2.

74 Gai. 3, 88.

75 Gai. 3, 89.

76 Gai. 3, 89.

77 I. 3, 13.

78 I. 3, 13.

79 I. 3, 13.

A *genus*ból képzett melléknév a *generalis*[80] nem túl gyakori jogi szövegekben, ha előfordul, főképp 'általában' értelemben használatos.[81] Eredeti értelméhez közelebb álló értelemben, 'általános'-ként is megjelenik:

Metus causa exceptionem cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis.[82]

A *generalis* tehát valamilyen közös eredetre, hasonlóságra, egy rendszerezési egység teljességére utalt.[83] Általános felhasználhatóságot, univerzalitást sugall például a következő Cicero szöveghelyen: *nam et generale quoddam decorum intellegimus, quod in omni honestate versatur.*[84] Néha valamely dolog természetét, karakterét képezte le: *falsa propositio est, cum controversia alium habeat statum generaliter et alio ad litem deducatur*.[85]

A generális klauzula kifejezés tagjaiban közös görög eredetük, és az, hogy megközelítőleg egy időben, az első nagy görög behatást követően,[86] 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 *Digestá*ban például csak kétszer, ugyanabban a *titulus*ban, a D.

80 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.*

81 Gai. D. 1, 7, 2pr.

82 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.)

83 *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.*

84 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.*

85 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.

86 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.

4, 6-ban,[87] amely azt taglalja, mikor kerülhet sor *in integrum restitutió*ra *minor*ok 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.[88] A jogtudós e fragmentumban kifejezetten arról írt, hogy a praetor azért vette fel ezt a *clausulá*t, hogy az ne csak bizonyos, meghatározott személyek szűkebb körére (akiket korábban részletesen felsorolt és kedvezményben részesített[89]), hanem minden távollevőre *(omnes qui absentes)*[90] vonatkozzék. A későbbiekben erre a *clausulá*ra visszautalva használta a *generalis clausula* (pontosabban az *ex generali clausula)* összetételt, kifejezendő, hogy annak hatálya — *Pomponius szerint* — még a száműzöttekre is kiterjed.[91] 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 távollevő időkorlátozás nélkül visszakövetelhette dolgát az elbirtoklótól: *perpetuam habet actionem.*[92] Lényeges kérdés volt e tekintetben, hogy kit tekintettek közügyekben távollevőnek *(abesse rei publicae causa)*[93]? Hogy felelettel szolgáljon, Modestinus a tisztségek hosszú felsorolásába kezdett, listája a *proconsul*októl az államkincstár képviselőéig *(fisci patronus)* terjedt.[94] Ez utóbbiakkal kapcsolatban jegyezte meg, hogy nekik is segít a már előbb ismertetett *generalis clausula*.[95] A terjengős, hosszadalmas felsorolásokból és példákból nyilvánvaló, hogy a *clausula* általános jellege miatt *generalis*: mindenkit megillet a *perpetua actio,* aki nem magánérdekből, hanem hivatali ügyben (azaz közérdekből, hivatali kötelezettsége) marad távol.[96] A fogalom

87 A *titulus* az *Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur* címet viseli.
88 Ulp. D. 4, 6, 21pr.
89 Ulp. D. 4, 6, 21, 1.
90 Ulp. D. 4, 6, 21, 1.
91 Ulp. D. 4, 6, 26, 1.
92 Mod. D. 4, 6, 31.
93 Mod. D. 4, 6, 32.
94 Mod. D. 4, 6, 32—33.
95 Mod. D. 4, 6, 33.
96 Paul. D. 4, 6, 36.

egy közös tulajdonságban osztozó kategória (közügyekben távollevők) minden tagjára vonatkozott.
A *generalis clausula* mindkét fent említett előfordulására hasonló kontextusban került sor: egy korábban meghatározott személyi kör minden olyan személyre történő kiterjesztését fejezte ki, akik egy bizonyos tulajdonsággal (tudniillik hogy távol vannak) rendelkezik. A *generalis* jelző hasonló bővítő értelemmel bírt analóg esetek, a *sententia generalis*[97], a *generalis epistula*[98], valamint a *sermo generalis*[99] kapcsán is.
A *generalis clausula* kifejezést használó jogászok között szoros kapcsolat van: a *Digestában elsőké*nt Ulpianusnál bukkan fel a kifejezés, és tanítványánál, Modestinusnál[100] található meg ismét. Lehetséges tehát, hogy a *generalis clausula* kifejezést Ulpianus vitte be a jogászi nyelvezetbe, 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. A későbbiekben mégis látni fogjuk, hogy a római és a modern *denotatum* esetében többről van szó, mint egyszerű formai-nyelvi egyezésről.

3. A kifejezés továbbélése egyes modern nyelvekben

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

97 Ulp. D. 6, 1, 68.
98 Ulp. D. 11, 4, 1, 2.
99 Gai. 2, 104.
100 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.

francia polgári forradalom elvszeretetében[101] és a természetjogi iskola tanaiban lelhető fel.

A feljebb részletesen tárgyalt *Digesta*-helyekkel[102] már a glosszátorok is részletesen foglalkoztak. Összefoglalóan megállapították, hogy a praetor *„per istud edictum subvenitur illis, qui sunt laesi per absentiam"*[103]. 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"*[104], azaz minden olyan esetre kiterjed, ahol a *restitutio* méltányos.

Az egyik legismertebb záradékként ismert fordulat, a *clausula rebus sic stantibus*[105] — amely egyébként dogmatikai értelemben átmenetet képez a záradékként felfogott klauzula és a generális klauzula között[106] — is a glosszátorok (érdekesképpen nem a kommentátorok[107]) munkásságára vezethető vissza:[108] *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur.*[109]

101 Gaja, Giorgio: v. *Principi generali del diritto*, in: Calasso, Francesco (ed.): *Enciclopedia del Diritto,* XXXV, Milano: Giuffrè 1960, 506.

102 D. 4, 6, 21pr. et 33.

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

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

105 Erről bővebben ld. Siklósi Iván: *Észrevételek a szerződéskötést követően beállott körülmények jogi értékeléséhez. Pacta sunt servanda, contractus consensualis,* és *clausula rebus sic stantibus*, Jog, Állam, Politika 1 (2013), 177—194.

106 Garner, Bryan A.: *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford 2001, 267.

107 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.

108 Keel, Franz: *Juristische Terminologie nach schweizerischer Lehre und Praxis*, Zürich: Schultess 1939, 28.

109 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 Landrechtben,* később az osztrák polgári

Az alábbiakban a *generalis clausula*, illetve *clausula* kifejezéseknek megfelelő nyelvi alakzatok történetének bemutatására kerül sor a német, a francia és a magyar jogrendszerben.[110]

törvénykönyvben (936. §).

110 Az olasz jogi nyelvben a latin *clausula* szó többféle jelentésben is továbbél. Egyrészt használják a *clausola contrattuale* kifejezést szerződési záradék megjelölésére. Ezen jogügyleti kontextusban hordozott jelentés *(clausola del negozio)* keretén belül dogmatikailag elhatárolják még a büntetőklauzulát *(clausola penale)* valamint a bontó záradékot *(clausola resolutiva)*. 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 Ditionary*, 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 önnálló, 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 jogászi szaknyelvben a középkori közjegyzők által gyakran használt *„vel attornato* (vagy *nuntio*) *has litteras deferenti"* klauzula, amely a hellén jog *παντί τω έπιφέροντι* fordulatára vezethető vissza. Vö. Schulz: *Classical,* 628. E klauzulával az adós előre hozzájárulását adhatta ahhoz, hogy a hitelező az adósság behajtására képviselőt bízzon 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 politie*, 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 preambulumában 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*

3.1 A kifejezés a német jogi szaknyelvben

A német jogászi nyelvben már viszonylag korán, a 14. században megjelent a *Klausel* kifejezés, amely elsőként a kancelláriai szóhasználatban terjedt el, és zárómondatot *(„Schlusssatz")*[111], hozzáadott rendelkezést *(„zusätzliche Bestimmung")*[112], vagy korlátozó, feltételt tartalmazó mellékszabályt *(„einschränkende, vorbehaltende Nebenbestimmung")*[113] jelentett. Kevéssé ismert tény, hogy a *clausula* szó jogi szakszövegben — nagy valószínűséggel —

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 *bill*ek, és egyéb ellenjegyzésre szoruló normák esetében. (Garner: *id. m.* 160.) A kifejezés a modern jogi szaknyelvben (McKendrick, Ewan: *Contract Law*, Hampshire—New York: Palgrave 2005[6], 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, *genus*hoz 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 technikus használata: *„Clausula generalis de residuo non ea conplectitur, 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.

111 Kluge, Friedrich: *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, Berlin: de Gruyter 1957, 374.

112 Pfeifer, Wolfgang: *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, München: DTV 1995, 664.

113 Hermann, Ursula—Matschiner, Arno: *Herkunftswörterbuch. Etymologie, Geschichte, Bedutung*, München: Bertelsmann 1998, 324.

elsőként a csehországi Eger[114] 1343-as privilégiumlevelében fordul elő: *dasz die purger all gnaden vnnd freyheiten geprauchen vnnd welche wir mit punkten, clauseln vnnd artigkheln ratificiern vnd bekreftigen.*[115]

Talán nem véletlenül esett a *Klausel* szó elterjedése arra az időszakra, amikor az újjáéledő latin jogászi kultúra a Szent Római Birodalom területére is kisugárzott.[116] A szó mintegy négy évszázadon keresztül őrzi a németben idegennek ható 'u' betűs formáját: *Klausul*, ennek nyomai máig megtalálhatóak a *(ver)klausulieren* igében.[117]

A főnevet szemléletesen határozta meg Hellfeld: *„clausel ist eine kurze wortfassung, wodurch etwas beschaffenheit der sache und umstände erkläret, erweitert oder auch eingeschränket wird."*[118]

A *general* az egyházi latinságból *(generalis abbas)* került a német nyelvbe,[119] 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.[120] Ennek *„General-klausel"*-nek titulált 1547. § (c) bekezdése a birtokperekről szóló

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

115 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.

116 Stein: *id. m.* 118. A középkor német zenei szaknyelvében is használták a kifejezést, egy melódia záró hangjait hívták *clausulá*nak, 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.

117 Amely egyébként 1618 óta használatos. Ld. Kluge: *id. m.* 374, és Pfeifer: *id. m.* 664.

118 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.

119 Kluge, Friedrich: *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, Berlin—New York: de Gruyter 2002, 345.

120 Bolley, Heinrich Ernst Ferdinand: *Entwürfe und Anträge zu einer umfassenden Civil-Gerichts- und Prozeßordnung für das Königreich Württemberg*, II, Stuttgart: s. l. 1844, 112.

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.

A jogi szakirodalomban a már ismertetett *Digesta*-helyekhez, tehát az eredeti állapot helyreállításához kapcsolódóan bukkant fel a kifejezés latin alakja.[121] 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.[122] Egyesek szerint csupán az elfogadható távollét okainak kibővítő értelmezésére utalt, mások szerint ettől sokkal általánosabb: a bíró számára a szabad mérlegelés lehetőségét jelentette, 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.[123] 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.[124] A vita tehát tulajdonképpen az ulpianusi *generalis* jelző terjedelmére (azaz a *genus* kiterjedésének meghatározására) vonatkozott, mintegy előrevetítve azon nehézségeket, amelyeket a kifejezés bizonytalan kontúrjai a későbbiekben is okozni fognak. Hedemann híres tanulmánya[125] óta a fogalom gyakorivá vált a német jogelméleti és módszertani irodalomban is. A szerződési jogban többnyire

121 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.

122 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.

123 Seuffert: *id. m*. 404.

124 Vangerow: *id. m.* 253.

125 Hedemann, Justus Wilhelm: *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen: Mohr 1933.

három, „királyinak" titulált klauzulát minősítenek generális klauzulának, a BGB 138., 157. és 242. paragrafusát.[126]

A modern német jogi szaknyelvben a *Generalklausel* egy jogszabályban (például egy törvényben) helyet foglaló, tág hatókörű,[127] általánosan definiált fogalmat jelent,[128] amelynek révén a jogalkotó elkerülheti a részletesen körülírt részletszabályok alkalmazását, másrészt lehetővé teszi a jogalkalmazó számára a norma rugalmas értelmezését és felhasználását.[129] Tartalmának pontos meghatározása a bíróságok feladata,[130] a benne rejlő normatív tartalom esetről esetre történő meghatározásra vár *(wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff)*[131], tárgyi tartalmát *(Sachverhalt)* absztrakt módon határolja.[132] Ennyiben hasonlít az ún. értékfogalmakra *(Wertbegriffe)*, mint például a kereskedelmi szokások *(Verkehrssitte)* vagy a „lényeges ok" *(wichtiger Grund)*.[133] 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.[134]

126 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.

127 Schapp: *id. m.* 109.

128 Greifeld, Carl: *Rechtswörterbuch*, München: Beck 1994, 479; Kramer, Ernst A: *Juristische Methodenlehre*, Bern: Stämpfli/München: C.H. Beck 2005[2], 109; Weber, Ralph: *Einige Gedanken zur Konkretesierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, AcP 192 (1992), 516—524; Röthel: *id. m.* 34.

129 Kramer: *id. m.* 117; *Brockhaus. Die Enzyklopädie*, VIII, Leipzig: Brockhaus 1996, 309.

130 Geiger, Harald—Mürbe, Manfred—Lederer, Sieglinde—Obenaus 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.

131 Kauffmann, Hans: *Rechtswörterbuch*, München: beck 1934, 479, valamint Tilch, Horst—Asboth, Frank: *Deutsches Rechts-Lexikon*, II, München: Beck 2001, 1870.

132 Hanle, Adolf—Drosdowski, Günther: *Meyers Enzyklopädisches Lexikon*, X, Mannheim—Wien—Zürich: Bibliogr. Inst. 1974, 38.

133 Larenz, Karl—Wolf, Manfred: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: Beck 2004, 66.

134 Reifferscheid, Adolf—Böckel, Eberhard—Benseler, Frank (Hrsg.): *Lexikon des Rechts*, I, Berlin: Hermann Luchterhand 1968, 134.

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.[135] Mások a taxatív felsorolással *(Enumeration)* is szembe állítják a kifejezést.[136] A generális klauzula a *Programmsatz*tól eltérően közvetlenül érvényesülő jogi norma,[137] a jogelvekhez, principiumokhoz képest pedig korlátlanabb érvényesülési körrel bír.[138] A blankettanormákhoz képest kevésbé konkrét és többnyire jogon kívüli normákra irányul.[139] A bírói mérlegelésre lehetőséget adó normák 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.[140] 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,

135 Auert: *id. m.* 37—42.

136 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.

137 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.

138 Bydlinski, Franz: Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, in: Behrends, Okko u. a. (Hrsg.): *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht 1990, 189, 198sk.

139 Röthel: *id. m.* 34sk; Haubelt: *id. m.* 15sk. Esser a generális klauzulát a blankettanomákkal és a sztenderddel azonosnak tartja abból a szempontból, hogy mindhárom lehetőséget ad nem axiómatikusan 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.

140 Haubelt: *id. m.* 22sk; Engisch, Karl: *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart: Kohlhammer 2005[10], 166sk.

és hatásköri kompetenciák delegációjára és megkerülésére[141] is alkalmas. Speciálisan a szerződési jogban korlátozó vagy éppen bővítő értelmezést lehetővé tevő kiegészítő szabályként *(Vorbehalt, Nebenbestimmung)*[142] illetve záró rendelkezésként *(Schlussbestimmung)*[143] használják. Egyéb esetekben ellenőrző-, javító-, kiegészítő és díszítő[144] szerepe is lehet. Jogszociológiai szempontból a jogrend társadalmi elfogadottságát hivatott erősíteni.[145]

3.2 A kifejezés a francia jogi szaknyelvben

A francia jogi irodalom a némethez képest kisebb figyelmet szentel a generális klauzula fogalmának, annak ellenére, hogy a francia *Code civil* híres 1382. cikkelye a modern törvénykönyvek közül elsőként kodifikált generális klauzulát.[146] A terminológia szabatosság érdekében megjegyzendő, hogy a francia *presciptions* vagy *normes générales* olyan általános jogelvekre utal, mint a *nulla poena sine lege* elve vagy a *déni de justice*.[147]

Talán a kisebb elméleti koncentrációnak köszönhető, hogy a franciák nagyon változatos kifejezésekkel jelölik a generális klauzulák fogalmát. Ilyen a *clause* vagy *disposition générale*, a *principes généraux*, *principes fondamentaux*,[148] *principes*

141 Diederichsen, Uwe: *Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht*, Karlsruhe: Müller 1974.

142 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 Kniepkamp, Hanns, P.: *Rechtswörterbuch*, Berlin: Colloquium 1954, 28.

143 Wolff, Friedrich—Wittstock, Otto: *Latein und Griechisch im deutschen Wortschatz*, Berlin: Cornelsen 1990, 37.

144 Hedemann, *id. m.* 64; Bueckling, Adrian: *Der Fluch der Generalklauseln*, Zeitschrift für Rechtspolitik 16 (1983), 190sk, egyenesen „pezsgőklauzuláról" *(Champagnerklauseln)* beszélt.

145 Kramer: *id. m.* 64.

146 Coing, Helmut: *Europäisches Privatrecht*, II, München: Beck 1989, 174. A deliktuális 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.

147 Bergel, Jean-Louis: *Méthodologie juridique*, Paris: PUF 2001, 118.

148 Labbée, Xavier: *Introduction générale au droit. Pour une approche ethique*, Paris: PU de Septentrion 2002, 205.

vastes,[149] a „puha" jogi normák *(règles souples, paragraphes caoutchoucs*[150]*)*, a bírói jogi koncepciók *(concepts arbitraires*[151]*)*, szelepfunkciójú koncepciók *(concepts soupapes*[152]*)*, sztenderdek *(standards*[153]*)*, határozatlan jogi fogalmak *(notions floues,*[154] *notion générales au contenu indéterminé, notions souples à contenu variable*[155]*)*, keretfogalmak *(notions cadres*[156]*),* fejlődőképes jogfogalmak *(notions évolutives*[157]*)* 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.[158]

A *clause* szócska helyett gyakrabban találkozunk a *principe* kifejezéssel. E szó arra utal, hogy az adott norma kiemelkedő jelentőségű, fontosabb más normáknál.[159] Pascal találó megjegyzése szerint a principiumok a megérzésen alapulnak, míg az általános szabályok *(propositions)* a megfelelő viselkedésből nyerik erjüket.[160] Egy modern szerző egyenesen a jog lelkének alkotóelemét látja a princípiumokban.[161] A princípium generalitása azt jelenti, hogy az adott norma nagyon sokféle helyzetben felhasználható és felhasználandó, szemben egy konkrétabb jogszabállyal.[162] Az alapelvek a két világháború között élték fénykorukat, a jogirodalom bőségesen értekezett az idevágó témákról. Sourious az eddigi szemantikai megfigyelésekkel összhangban kijelentette, hogy a *principe général* természeténél fogva expanzióra termedt

149 Roubier, Paul: *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valours sociales*, Paris: Dalloz—Sirey 1951[2], 110.
150 Bergel: *id. m.* 116.
151 Labbée: *id. m.* 206.
152 Bergel: *id. m.* 116.
153 Cabrillac, Rémy: *Introduction générale au droit*, Paris: Dalloz 2001[4], 30-as margószám.
154 Labbée: *id. m.* 204.
155 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 publique* fogalmait adja.
156 Cabrillac: *id. m.* 30 és 136. margószámok a gyermek érdekét adja példának.
157 Labbée: *id. m.* 204.
158 *Grand Larousse encyclopédique en dix volumes*, Paris: Librairie Larousse, 1960—64, 423.
159 Rey, Alain—Tomi, Marianne—Hordé, Tristan—Tanet, Chantal: *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, Paris: Le Robert 1993, 1633.
160 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.
161 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.
162 Gridel: *id. m.* 137.

princípium.[163] 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 értelmezésének kulcsa *(clef d'accés l'interprétation)*.[164] Jogfilozófiai értelemben a generális principiumok a jogban tapasztalható sokféleség mélyén rejlő hasonlóságon alapulnak.[165] Az eredeti jogalkotói szándék szerint fő feladatuk a közjó előmozdítása,[166] a modern jogtudomány pedig nagyfokú vitalitásukat, azaz rugalmasságukat, valamint a joghézagok kitöltésében játszott szerepüket emeli ki.[167] A *Cour de cassation* jogalkalmazásában a *principes généraux* a normatív célkitűzések axiómája, a jog forrásainak központi magja. Alapjuk a hagyomány, a tásadalmi rend, az ésszerűség és a méltányosság. Működésükhöz nincs szükségük pontos szövegezésre, felhasználásuk ennek ellenére mégis indokolt és eredményes lehet.[168]

3.3 A kifejezés a magyar jogi szaknyelvben

Magyarul a *clausulá*t sokáig bevégzés, záradék, vég szavakkal fordították, érdekes jelentése a szóbeli törvényes formaság.[169]

A modern magyar jogalkalmazásban és jogtudományban a generális klauzula német megközelítése terjedt el. A német hatást mutatja az is, hogy a szóösszetétel a 19. század végén még ismeretlen, a latin *clausula* pedig már korábban is használatos rendelkezés, záradék értelemben.[170] A 20. században azonban a kifejezés már gyakori a magyar jogi szakirodalomban is.[171]

163 Sourioux: *id. m.* 60.
164 Sourioux: *id. m.* 60.
165 Weil, Prosper: *Etudes offertes à B. Goldman*, Paris: Litec, 1982, 461.
166 Sourioux: *id. m.* 61.
167 Gridel, Jean: *id. m.* 137.
168 Gridel, Jean: *id. m.* 138.
169 Finály Henrik: *A latin nyelv szótára*, Budapest: Franklin 1887 (reprint 2002), 382—383.
170 Márkus Dezső (szerk.): *Magyar Jogi Lexikon*, II, Budapest: Pallas 1899, 530.
171 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 Regel*t vagy *Spruchregel*t) ért alatta. Ld. Pólay Elemér: *Historische Interpretationen der Generalklauseln im römischen Recht*, Klio 2/67 (1985), 528. Ezzel a használattal kapcsolatos legkomolyabb ellenvetés, hogy a Pólay által felsorolt konkrét szabályok általában nem képezték egy meghatározott jogforrás

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."*[172] 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 bíráskodás alaptermészetéhez tartozik, és amely a magyar bírói gyakorlatnak amúgyis jobban felel meg, mint a pozitív joghoz való merev kötöttség elve."*[173]

Az újabb irodalom szerint a „generális klauzula" olyan jogszabály, főleg törvény, amely általános megfogalmazása – és/vagy a benne foglalt határozatlan jogfogalmak alkalmazása – miatt sokféle, rendesen igen nagyszámú értelmezést tesz lehetővé."[174] 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 jogbiztonságot."[175]

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.[176]

Egyetemlegesebb megközelítésben *„ezek az elvek nemegyszer etikai természetű követelményeket fogalmaznak meg. Így kapcsolatot teremtenek az emberiség különböző kultúrhatalmai között; összefüggésbe hozzák a jogot az erkölcsi tényezőkkel, sok vonatkozásban annak filozófiai megalapozását segítik és biztosítják a jognak a változó politikától való semlegességét."*[177]

zárt részét, így a generális klauzula kifejezés használata a maga képszerű, dogmatikailag tiszta tartalával kevésbé indokolt.

172 Szladits Károly (szerk.): *Magyar magánjog*, I, Budapest: Grill 1941, 629.

173 Szladits: *id. m.* I, 629.

174 Lamm—Peschka (szerk.): *Jogi lexikon*, Budapest: KJK-Kerszöv 1999, 225.

175 Lamm—Peschka (szerk.): *id. m.* 225. Ld. még Földi András: *A jóhiszeműség és tisztesség elve,* Budapest: ELTE 2001, 43sk.

176 Sólyom László: *Alkotmányértelmezés az új alkotmánybíróságok gyakorlatában*, in: Vizi E. Szilveszter (főszerk.): *Székfoglalók 2001, Társadalomtudományok*, Budapest: MTA 2005, 451—472.

177 Lábady Tamás: *A magyar magánjog (polgári jog) általános része*, Budapest—Pécs: Dialóg Campus 2002, 129.

4. A jelentéstörténeti vizsgálódás eredményei

A római jogban még csupán alkalmilag, nem technikus értelemben használt *generalis clausulá*ból a jogi szakzsargon szerves részét alkotó kifejezés alakult ki számos kontinentális jogrendben. A már eleve kiterjesztő funkcióval is bíró klauzula szóból 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 kifejezés *a contrario* már eleve magában hordozza az általános érvényűség, a kiterjesztő magyarázat igényét, a generális jelző nem csupán az extenzió nagyságát hangsúlyozza, hanem azokra a már minőségi különbségekre is utal, amelyek a generális klauzulákat az egyéb klauzuláktól megkülönböztetik.

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.

II. A GENERÁLIS KLAUZULA KIFEJEZÉSBŐL EREDŐ ELMÉLETI NEHÉZSÉGEK

1. Bevezetés

A generális klauzula kifejezés mindkét tagját érdemes beható elméleti vizsgálatnak alávetni. A *clausula* szó a rész—egész viszonyt, a *generalis* a *genus*—*species* rendszertani kategóriapárt hívja 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 használat könnyen tévutakra vezethet a jog területén. E szavak jogi konnotációja ugyanis nem szükségszerűen egyezik meg teljesen hétköznapi vagy elsőre logikusnak tűnő jelentéstartalmukkal. A rész például a jogban nem mindig kisebb, mint az egész, a *species*ek pedig nem minden esetben állnak alacsonyabb rendszertani szinten, mint a *genus*ok.[178]
Elméleti vizsgálódásunk 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.
Minthogy 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.

178 A példákat ld. később.

2. Jogelméleti alapvetések

A jogot kétarcú fogalomként közelítjük meg,[179] egyrészt a szabályok nagy rendszerét, másrészt az ezekhez kapcsolódó emberi cselekvések nagy összességét értjük alatta,[180] 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 terrénuma 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

179 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 δικη, 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.
180 Moór Gyula: *A logikum a jogban*, Budapest: Magyar Filozófiai Társaság 1928, 2.

mindenre kész szolgálóleány?[181] 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 könyv második felében mi is ennek megfelelően fogunk eljárni, és a jó erkölcsökbe 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 és erkölcs viszonyának elemzése révén.[182] 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 kikezdhetetlen 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,[183] 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.

181 Amhrein, Ursula: *Die Vereinbarkeit der gerichtlichen Generalklausel mit der Gewalteinteilung*, München: Maschinenschr. 1958, 88.

182 A kérdés kapcsán Moór a hegeli pánlogizmus kérdésére utalt. Ld. Moór: *Logikum*, 3.

183 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.

3. A felosztás módjai

A felosztás a jogtudomány régi módszerei közé tartozik, a jog szabályaival való foglalatosság többek között ennek köszönhetően emelkedik az *ars* nívójára.[184] A különféle felosztások létrehozását tudományos módon megkísérlő dialektikus módszer a római jogtudományban a Kr. e. 3. századot követően, a sztoikus filozófia közvetítésével jelent meg.[185] E sztoikus dialektika gyökerei pedig Platón, illetve Aristotelés[186] munkásságában lelhetőek fel.[187] 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? [188]

A dialektikus módszer célja általános tételek (regulák, princípiumok) rögzítése,[189] illetve meghatározások (*definitiók*) megfogalmazása volt.[190] E célt a fogalmak és jogi jelentőséggel bíró jelenségek *genus*ra és *species*re

184 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.

185 A sztoikus filozófia hatását a *res quae sine interitu dividi non possunt* felosztása esetében többek megerősítik: Schnorr, v. Carolsfeld: *Geschichte der juristischen Person*, München: Beck 1933, 177skk; Sokolowski, Paul: Die Philosophie im Privatrecht, I, Halle: Niemeyer 1902, 111skk; Hägerström, Axel: *Der römische Obligationsbegriff 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.

186 Többek között ld. Aristotelés, *Topica VII;* Uő: *Analytica posteriora* II.

187 Schulz, Fritz: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar: Böhlau 1961, 73, és Pólay: *A római jogászok*, 96.

188 Platón, *Sophistés* 253 D-E. A fordítást Maróth Miklós készítette. Ld. Maróth Miklós: *A görög filozófia története*, s. l. 2002, 67.

189 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 termés*zetjogtól egészen a pozitivizmusig uralkodó álláspont marad. Ld. Nörr: *id. m*. 58.

190 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.

való felosztása, valamint a fajták és az egyes egyedek meghatározása révén kívánták elérni. A módszer újdonsága tehát tulajdonképpen a hierarchikus rendszerezésben állt.[191]
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 ***συναγόγή*** *(synagógé)*.[192]
Ez utóbbira, a szintézisre ad példát a praetori *edictum* azon helye, amely az eredeti állapot helyreállításának lehetőségeiről szól huszonöt évnél idősebb személyek részére.[193] 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 distinkció[194] módszere több tudományágban, így például nyelvészetben, a retorikában[195] és az irodalomelméletben[196] is használatos volt.
A jogtudósok műveiben is számos esetben találkozunk distinkcióval.[197] A distinkcióból származó általános szabályok levonását jól példázza az a Papinianus fragmentum, amely egy egyedi esetre *(si patroni filius extrario restituerit ex trebelliano hereditatem)*[198] adott *responsum*ot *(operarum actio […] apud heredem manebit)* a *generatim* jelző hangsúlyos használatával egy általánosabb, elvi szabállyal köt össze *(non summoveri heredem […] ex his causis, quae non pertinent ad restitutionem)*.[199]

191 Ld. Bürge, Alfons: *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung*, Darmstadt: WBG 1999, 104—106.
192 Platón, *Sophistes* 253 D.
193 D. 4, 6.
194 A bolognai glosszátorok szóhasználatában a *distinctio* kifejezés volt használatos. Ld. Stein: *id. m.* 65.
195 Cicero, *Ad Herennium* 1, 4, 6; 1, 8, 12; 1, 2, 2.
196 Diogenes Laërtius 3, 45—66. Ebből kitűnően Platón például a dolgok végét négy, a barátságot három, az orvostudományt öt részre osztotta.
197 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.
198 Pap. D. 36, 1, 57pr.
199 További példákért ld. Schulz: *Geschichte,* 78—79.

A tágabb értelemben vett distinkció két alesetre bontható, a *partitió*ra[200] és a *divisió*ra,[201] amely egyúttal a szűkebb értelemben vett ***διαίρεσις***-t is jelentette.[202]
E két alfaj, a *divisio* és a *partitio*[203] technikus megközelítése egy retorikai műre, Cicero *Topica*jára vezethető vissza.[204]
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.[205] A jogtudományban azonban még mindig igen elterjedt a

200 A görög terminológiában a *partitio merismos*ként ismert.
201 A *partitio* és *divisio* tulajdonképpen az ún. *Definitionsjurisprudenz*ben jelenik meg, amely a préklasszikus korszakban – hellenisztikus hatásra – a *definitiók* adását tekinti egyik fő feladatának. Pólay e fenti két formát egy harmadikkal, a *quid est definitió*val egészíti ki. Ld. Pólay: *A római jogászok,* 112.
202 Cicero, *Topica*, 5, 28, valamint Nörr: *id. m*. 20.
203 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*.)
204 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.
205 A rész—egész viszonyból levonható tanulságok aktuális problémákra is rávilágítanak. Az európai jogegységesítés folyamata a részekből történő építkezésen alapszik: jogelvek segítségével kíván egy egész rendszert felépíteni, a klasszikus értelemben vett *partitio* megfordításával. Nem az egészet kívánja felosztani, hanem a részekből akar egészet teremteni. Ld. Nörr: *id. m*. 58skk. Ennek filozófiai és jogdogmatikai nehézségei könnyen beláthatóak. Megjegyzendő, hogy a jog hézagmentességének igényét a legújabbkori jogtudomány már feladja.

divisio, és ez a tény jól rávilágít a jogtudomány elmaradására a többi, egzaktabb tudományok mögött.[206]

A *divisio* és *partitio* fogalmakat, valamint a rajtuk alapuló felosztási sémákat a római jogi szaknyelvben sem használták következetesen.[207] Ezt bizonyítja például, hogy a hagyomány egy fajtájának a *partitio legatának* az alapítása során használatos szövegben a *partitor* és *dividito* szavak egymás szinonimáiként értékelhetőek:[208]

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"....[209]

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.[210] 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.[211]

A fentiekből kitűnően a generális klauzulák tárgyi hatályát *divisio* segítségével határozhatjuk meg, hiszen azok nem szerint meghatározott egyedi normákat

206 Nörr: *id. m.* 58.

207 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.

208 UE 24, 25: *„Heres meus cum Titio hereditatem meam pertitor". Pertitor* helyett alkalmazható a *dividito* is. Kaser: *RP,* I, 745[36].

209 E Ulpianus *Epitoméjéből* származó fragmentum akár a két fogalom szembeállítását is tartalmazhatja. Azonban sajnos nem tudható, miként fejeződött be a *partitióval* 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, 39pr.; Lab. D. 32, 29, 1; Cicero, *De legibus 2, 50; uő, Pro Cluentio 7, 21; uő, Pro Caecia* 4, 12.

210 Talamanca: *id. m.* 97.

211 Visky Károly: *Személynevek a római jog világában*, Antik Tanulmányok 2 (1981), 192—193.

tartalmaz, amelyek a jogalkotói tevékenység eredményeképpen szabadon növelhetőek illetve csökkenthetőek.

4. A rész—egész viszonya

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.[212] A rész—egész viszonylagossága azonban — jóllehet különösebb tudatosítás nélkül — a jogban már régóta jelen van,[213] jóllehet Paulus regulaként a logikailag látszólag nem kifogásolható főszabályt fogalmazta meg: *in eo, quod plus sit semper inest et minus*.[214] 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 nemmel a következőkre:

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

212 Ezek történetét szemléletesen mutatja be Heisenberg, Werner: *Physik und Philosophie*, Stuttgart: Hirzel 2000.

213 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 *partitió*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 1863[7], 687—688. Az egész matériára 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.

214 Paul. D. 50, 17, 110pr.

A válaszokból kitűnik, hogy a jogi rész fogalma egy meglehetősen konfúz, *sui generis* jelenség, amely ellentmondhat a klasszikus kételemű logika 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 közöl 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.

4.1 A strikt rész

A jogász egyrészt beszélhet a részről strikt, avagy aritmetikus vagy normatív értelemben. Így tesz, amikor például az anyagilag mellőzhetetlen személy kötelesrészét annak törvényes örökrésze negyedében határozza meg, osztható dolgok[215] 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 viszonyítottak[216]),[217] de többek között akkor is, amikor a kincs értékéből a találót megillető részt határozza meg.[218] Ide tartozik az az eset is, amikor a jogtudomány a jogrendszer, egy

215 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.
216 *„XII tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret."* Ld. Tacitus, *Annales*, 6, 16. Az uncia az *as* 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. Institúciók*, Debrecen: Méliusz 1937[4], 199—200[1].
217 A strikt részekre osztás különös esetét jelentette a *partitio legata* (a részhagyomány, *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.
218 A magyar irodalomból a témára vonatkozóan ld. Visky Károly: *Kincs és kincstalálás,*

jogág vagy egyéb jelenség (pl. természetes személyek) taxatív felosztását teszi meg.
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 végrendelkezési 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)*[219], Ulpianus, a másik forrásunk, nem is utalt rájuk.[220] Így a sort mindketten a legalább három rabszolgával rendelkezőkkel nyitották meg. Ulpianus taglalásában következetlenül adta meg a határszámokat, hiszen azokat mindkét volumenhez hozzászámította. Megtehette mindezt anélkül, hogy ennek különösebb következménye lett volna, hiszen e határszámok több esetben amúgy sem oszthatók az új hányaddal, és világossá teszik, hogy a volumenek nem zártak.[221]
A törvény tartalma a következőképpen rekonstruálható: ha a *testatornak* 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

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 rejtekadó ingatlan tulajdonosának adja. A jelenleg még 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.
219 Gai. 1, 43.
220 UE 1, 24.
221 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 2000[2], 224.

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.[222]
Annak szemléltetésére, hogy az aritmetikai zavar idővel milyen értelmezésbeli nehézségeket, sőt eltéréseket okozott, elegendő ha áttekintjük a *lex Fufia Caniniá*t áthagyományozó, jelentős eltéréseket tartalmazó forrásokat:

A rabszolgák volumene Gai. 42-46 szerint:[1]	**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 volumene UE 1, 24 szerint:	**3**	**4-10**	**10-30**	**30-100**	**100-500**	**500<**
Felszabadítható hányad:	**-**	**1/2**	**⅓**	**¼**	**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,

222 A törvényhez ld. PS 4, 14, 4.

az egyéb *manumissió*khoz nem nyúlt. Talán azért látta lehetségesnek a beavatkozást, mert a halál esetére szóló jogügyletek szabályozása terén a különféle hányadokban történő reguláció már bevettnek számított.[223] 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 voltak, és maga a törvényhozó sem tekintette sikeresnek őket, mutatja, hogy Iustinianus a kérdéses törvényt[224] eltörölte. A törvény hatályon kívül helyezésékor a császár ugyan az emberiességre hivatkozott, de elhatározását a rendelkezés ésszerűtlen szabályai is befolyásolhatták.

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 *condominium*, a közös tulajdon kapcsán az egyes tulajdonosok *pro parte — pro indiviso* tulajdoni hányadairól beszél.[225] A tulajdonostársak tulajdoni része testileg ugyan az egész dologra kiterjed, számtanilag mégis egy puszta hányadban határozható meg.[226]
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,[227] 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.[228]
Speciálisan az antik életviszonyokra vezethető vissza az a másik eset, amikor a közös tulajdonban álló rabszolga egyik *dominus*a ellen noxális pert indítanak.

223 Elegendő, ha csak a Kr. e. 40-ben született *lex Falcidia* által bevezetett hányadokra gondolunk. A *legatum*okra vonatkozó szabályozással való analógiát hangsúlyozza Guarino is. Ld. Guarino, Antonio: *Diritto privato romano*, Napoli: Jovene 2001[12], 686.
224 I. 1, 7.
225 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.
226 Ld. Kaser: *RP,* I, 411.
227 Marc. D. 1, 8, 6, 1.
228 Ulp. D. 13, 6, 5, 15.

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 *noxá*ba adása esetén.[229]
A vitás telekhatárok kérdését eldöntő bírói *adiudicatio* több tulajdonostárs javára is történhet (a látszólagos ellentmondást Paulus azzal hidalta át, hogy az ítélet a határokat nem annyira a személyekhez, sokkal inkább a telekhez rendelte hozzá), de ha a tulajdonosok a telket *pro indiviso* birtokolták, az ítéletben kapott telekrészt sem oszthatják fel egymást között,[230] 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 szekérért tartozna felelősséggel. A jogosultak ekkor mindkét testi dolog részarányos, de osztatlan bírlalói.[231]

4.3 Az „extenzív" rész

Harmadrészt a jogrendszer a részt magán túlmutató, extenzív értelemben is tartalmazza, például értékesebb járulékos dolgok esetében.
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.[232]
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 fődolog, a ház. A rész jelentőségében túlnő az egészen, ennek ellenére a ház, mint fődolog a járulékokat is magában foglalja, meghatározó lesz azok jogi sorsa szempontjából.[233] Így a házra megkötött

229 Gai. D. 2, 9, 4.
230 Paul. D. 10, 1, 4, 5—6.
231 Ulp. D. 13, 6, 5, 15.
232 Ulp. D. 19, 1, 17, 3.
233 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 kérdésről még ld. Visky Károly: *Festők, szobrászok és alkotásaik a római jog tükrében,* AT 2/15 (1968), 195[26]. A kérdésről bővebben Bonfante, Pietro: *Corso di diritto romano. La proprietà*, II,

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: plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicuti cum domus propter marmora et statuas et tabulas pictas ematur.[234]
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, *novatió*ra került sor a felek azonossága ellenére is, de csak akkor, ha a feltétel bekövetkezik. Amennyiben a feltétel elmarad, a régi kötelem megmarad.[235] A feltétel bekövetkeztéig tehát függő jogi helyzet áll elő, nem tudni, vajon az eredeti kötelem megsemmisül-e az újítás következtében, a *condicio* tehát mintegy ki-be kapuként funkcionál a régi és az új kötelem között. A modern dogmatika szerint a feltétel a jogügylet hatályosságát befolyásoló körülmény.[236] Ebben az esetben azonban inkább a jogügyletet

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*. 195[26]. A jog és a művészet viszonyáról ld. még Cs. Kiss Lajos: *Megjegyzések a jog és művészet viszonyához*, Iustum Aequm Salutare 2 (2007), 13—18.
234 Paul. D. 18, 1, 34pr. E forráshelyre vonatkozóan a fenti téziseket megerősíti Pólay Elemér: A *személyiség polgári jogi védelmének történetéhez. Iniuria-tényállások a római jogban*, AUSz 30 (1983).
235 Gai. 3, 179.
236 A tantételt tartalmazza Földi András—Hamza Gábor: *A római jog története és institúciói*, Budapest 2008[13], 397, valamint Benedek Ferenc: *Római magánjog, Dologi és kötelmi jog*, Pécs: JATE 1995[2], 151. Egyes külföldi tankönyvek óvatosabban fogalmaznak. Ld. Kaser, Max—Knütel, Rolf: *Römisches Privatrecht*, München: Beck 2005[18], 65, és Hausmaninger, Herbert—Selb, Walter: *Römisches Privatrecht*, Wien—Köln—Weimar: Böhlau 2001[9], 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 kitűnik. 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 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 körültekintőbb szerzők közé sorolható. Ld. Czyhlarz Károly: *A római jog institutiói*, Budapest: Grill 1914, 44, illetve Szentmiklósi

létét illetve nemlétét tűnik meghatározni. 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.[237]

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.[238] Például a csalárdságra 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. Egy jogtételt akkor minősíthetünk generális klauzulának, ha mint rész az egésszel az utoljára taglalt, extenzív viszonyban áll.

Márton: *A római jog institutiói*, Budapest s. a.[7], 107, végül: Bessenyő: *id. m.* 185. Velünk szemben a hatályossággal—hatálytalansággal hozza összefüggésbe Pázmány. Ld. Pázmány Zoltán: *A római jog institútiói*, Karcag: Kertész József 1930[3], 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 1984[3], 399.

237 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 2005[43], 143. Larenz—Wolf a jogkövetkezmények beállását teszi a feltételtől függővé. Ld. Larenz, Karl—Wolf, Manfred: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: Beck 2004[9], 913skk.

238 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, 33pr.) is.

Ezen eredmény legfontosabb hozadéka az, hogy egy bizonyos generális klauzulát minden esetben csak az adott jogforrás egészének figyelembevételével lehet értelmezni.[239] 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.[240]

5. A *genus—species* viszonya

A generális klauzula kifejezés másik tagja, a generális jelző, a *genus—species* viszonyra irányítja a figyelmünket. A következőkben ennek megfelelően áttekintjük az e kategóriák által felvetett általános filozófiai, valamint jogi problémákat, majd kísérletek teszünk arra, hogy a *genus—species* és a rész és egész fogalompárokat összefüggésükben, lehetséges kapcsolódási módjaikat elemezve tárgyaljuk.

5.1 A nem és a fajta által felvetett filozófiai problémák

A nem és fajta, mint eredendően filozófiai kategóriák jogi elemzése során érdemes röviden kitérnünk a kategóriákkal kapcsolatos filozófiai eredményekre. A jogalkalmazásban a filozófia kontextus figyelembevétele ugyan megkérdőjelezhető,[241] ennek ellenére bizonyos esetekben már a római jogtudósok is hivatkoznak döntéseik során a filozófusokra,[242] számos közös tárgya van a két tudománynak,[243] valamint nyilvánvaló az is, hogy a filozófia,

239 „Minden jogszabály csupán korlátlan számú más normával való összefüggésében érvényes és kötelező, amelyek közelebbről meghatározzák, módosítják, avagy közelebbi vagy távolabbi vonatkozásban kiegészítik." Ld. Schmidt, Richard: *Allgemeine Staatslehre*, I, Leipzig: Hirschfeld 1901, 170—171. Idézi Moór: *Logikum*, 9.

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

241 Winkel, Laurens: *Le droit romain et la philosophie grecque. Quelques problèmes de méthode*, TR 1977 (65) 377.

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

243 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.

mint tudomány számos vonatkozásban hatott a római, és ezen keresztül az egyetemes jogtudományra.[244]

A *genus* logikai értelemben az alárendelt fogalmakat átfogó, magasabb rendszertani szinten elhelyezkedő, általánosabb fogalom, amely egy magasabb *genus* építőegysége lehet.[245] 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.[246] 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,[247] ahol a *species* a *genus*hoz képest, mint felsőbb kategória jelent meg. E viszonylagosság a modern jogtudományra is igaz.[248]

244 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.

245 Prechtl, Peter—Burkard, Franz-Peter: *Metzler Philosophie Lexikon, Begriffe und Definitionen*, Stuttgart—Weimar: Metzler 1999, s. v. *Gattung*.

246 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.

247 Gai. 3, 88—89.

248 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*.

Az egyre magasabb szintre lépő absztrakció elméletileg a legmagasabb nemhez *(genus summum)*[249], a legfőbb létezőhöz vezet el.[250] A nem tehát benne rejlik az egyes fajokban, a fajok részesülnek annak általános lényegében, gyakorlatilag tehát általánosabb jellemző, közös vonásokat mutatnak fel.[251] 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 *genus*tól.[252] Bonyolítja az összehasonlítást, hogy az egyes egyedek nem lényegi, nem a nemhez tartozó tulajdonságaikban eltérhetnek egymástól.[253]

Felmerül a kérdés, vajon a pozitív jog egységeiben (például egy törvénykönyvben) a generális klauzulák felett tételezhető-e valamilyen

249 *„Itself not serving as a species."* Ld. Blackburn, Simon: *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford: University Press 1994, s. v. *genus*.

250 Eisler, Rudolf: *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, Berlin: Mittler 1904, 343-344, s. v. *Gattung*.

251 *„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 hátteréről ld. Mauther, Thomas: *A Dictionary of Philosophy*, Oxford—Cambridge: University Press 1996, s. v. *genus*. *„Class of things that share a common nature"*.

252 Iannone, Pablo: *Dictionary of World Philosophy*, London—New York: Routledge 2001, 143, valamint Klaus, Georg—Buhr, Manfred (Hrsg.): *Philosphisches 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 1948[14], 517. Illletve Vorländer, Karl: *Geschichte der Philosophie*, Berlin—Charlottenburg: Kiepenheuer 1932, 399: *„Jede Erscheinung deutet vermöge ihrer Eingegrenztheit 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 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.

253 Schmidt, Heinrich: *Philosophisches Wörterbuch*, Stuttgart: Kröner 1982, s. v. *Gattung*. Pusztán 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. Russel, Bertrand: *History of Western Philosophy*, London: Routledge 2002, 447.

magasabb nem, vagy a generális klauzulák állnak a rendszertani piramis csúcsán, a jog egyfajta univerzáliájaiként? Úgy tűnik van felsőbb szint, a római jogtudósok számára például a méltányosság *(aequitas)* magasabb rendű kategóriaként szolgált.[254] A praetor a távollévő segítségére sietett az egyetemes jogtörténelem első ismert generális klauzulának nevezett klauzulájával, mert *aequissimum erat subveniri*,[255] 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 jogforrási hierarchia fokainak áthidalására alkalmasak. Sőt képesek arra is — és ez jelenti funkciójuk egyik legideálisabb kiteljesedését — hogy a jogon túlmutató értékszférát, az erkölcsi normát idézzenek fel.

A nemek nem konkrét létezők, csak az egyes konkrét individuumokban érhetőek tetten.[256] 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 jelentkezik a jogalkalmazás során.

254 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.

255 Ulp. D. 4, 6, 21, 2.

256 *„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 *species* 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 dedukció[257] 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.[258] Ez annak ellenére igaz, hogy a római jogtudomány klasszikus korszaka a görög filozófia egy meglehetősen obskurus időszakával esett egybe.[259] Később, a *Digesta* utolsó titulusában[260] összefoglalt regulák a továbbélés során azonban már egy teljesen újszerű, deduktív megközelítés nyitányát jelentették,[261] amely bizonyos értelemben a 19-20. században a generális klauzulák alkalmazásában érte el egyik csúcspontját.

257 Stockhammer szerint a nemhez indukció révén juthatunk el. Ld. Stockhammer, Morris: *Philosophisches Wörterbuch*, Essen: Magnus 1980, s. v. *Gattung*.

258 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.

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

260 D. 50, 17.

261 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.

5.2 A *genus—species* mint jogtudományi probléma

A tudományos definícióalkotás számos[262] egyéb módszerének egyike a *genus proximum,* a legközelebbi felsőbb nem meghatározása.[263] 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.

A *genus* szó és a belőle képzett alakok egyértelműen a rendszerépítés eszközei Gaius tankönyvében,[264] amely a hozzáférhető egyéb forrásokhoz viszonyítva többek között didaktikai erényeivel, azaz áttekinthető tagolásával és világos meghatározásaival tűnik ki.[265] Tankönyvének minden tematikus része bevezető jellegű szakaszokkal kezdődik, és számtalan összefoglaló és áttekintő utalást tartalmaz. Az egyik ilyen szembeötlő, több szintű tagolás az emberek jogállásával foglalkozó részben található. A kérdéses fragmentumban[266] az egyes rendszertani ugrásokat Gaius a többjelentésű[267] *rursus* szóval vezeti be, mélyen tagolt, négyszintű 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

262 Iannone tizenhatféle definícióalkotási lehetőséget tételez, ebből csupán egy a *genus—speciesen* alapuló. A középkorban a *genus—species* egyike a *praedicabilia*nak, 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 Boethius nyomán a *horos*t *species*re cserélik a középkorban. Ld. Iannone: *id. m.* 143.

263 A definícióalkotásra vonatkozóan ld. Audi, Robert: *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge: University Press 1995, s. v. *genus*.

264 A modern jogi dogmatika a rendszerépítést a jogtudomány egyik legfontosabb feladatának tartja. Ld. Larenz, Karl—Canaris, Claus-Wilhelm: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin—Heidelberg: Springer 1995[3], 263.

265 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.

266 Gai. 1, 9.

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

csupán a harmadik rendszertani egység, a *libertinus*ok esetében használta: *libertinorum tria sunt genera*[268]. 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 kifejezésmód alkalmi eleme. A *genus*ok ezen rendszertani viszonylagossága a különböző jogrendszerek generális klauzuláinak összehasonlításakor meghatározó jelentőségű lehet.

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 érdemel viszonyuk pontosabb feltárása. 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.[269] A legmeggyőzőbb elméleti érvet azonban Boëthius szolgáltatta: ha a *genus* elpusztul elpusztulnak a fajok is, ha azonban csak a *species*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 egésszel, amely egyesülés révén különböző fajtájú részekből áll össze.[270]

A két kategóriapár lehetséges összefonódásai közül az alábbi három eset releváns jogi szempontból:[271]

268 Gai. 1, 9.

269 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.

270 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.

271 Ezt a logikai úton létrehozott sémához hasonlót 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

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 megemlít:

tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece ***'ήνωμένον*** *vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod* ***συνημμένον*** *vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex*. [272]

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,[273] egy gerenda, vagy egy kő. Logikailag ide sorolható a *corpus ex distantibus*, vagyis a dologösszesség[274] is. Dologösszesség esetén a részeket egy közös név alá foglalják össze, mint például a nyáj vagy a könyvtár esetében.

6.2 Eltérő nemű részekből valamelyik nemű egész lesz

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 puszta összessége.[275]

jelentéktelensége miatt kihagyható a felsorolásból.

272 Pomp. D. 41, 3, 30pr.

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

274 Németül *Kollektivsache, Gesamtsache*.

275 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*

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 létrejöttnek 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 ártalmas volt, a szerződés a vevő fél nyilvánvaló érdeke ellenére is létrejött.[276]

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 ezzel szoros összefüggésben a feldolgozás *(specificatio)* szolgáltathatja. Az egy egésszé 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 ezüstből készít ötvözetet, valamelyik rész tulajdonosa joggal követelheti dolgát a feldolgozótól, mert e fémek ötvözetei újra alkotórészeikre különíthetőek el.[277]

6.4 Az időbeli változások hatása

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

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.

276 Ulp. D. 18, 1, 14.

277 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.

megbízott telekrészének vételárát. Az igen leleményes *responsum* értelmében ilyenkor a többi részek árának átlagértéke illeti meg a megbízottat földjéért.[278] A részek megváltozása nem érinti az egész, illetve az egész jogi sorsának megváltozását, ha a változó részek ugyanahhoz a *genus*hoz tartoznak.[279] A légió ugyanaz a légió marad akkor is, ha a csatában elhunytak helyére újabb katonákat soroztak be, az állam is ugyanaz az állam, annak ellenére, hogy már aligha áll ugyanazon személyekből, mint száz évvel ezelőtt.[280] Ugyanígy a hajó, amelyet a hosszú használat során már számtalanszor felújítottak, ugyanaz a hajó marad, még akkor is, ha már egyetlen eredeti deszkája sem őrzi 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 pusztán ezért személyisége és ezzel mondjuk státusza jogi szempontból megváltozna.[281]

6.5 Részösszegzés

A klauzula, mint egy adott jogi szabályozás kontextusába, mint egészbe illeszkedő jogi norma, a tágabb regulatív környezet azonos nemhez tartozó részeinek egyike (méghozzá, amint láttuk, kiterjesztő, extenzív része). A generális klauzula ehhez képest annyiban más fogalom, hogy értelmezési mezeje (tartalma) szoros kölcsönhatásban van az egészet alkotó egyes részek, azaz jogi normák, mint a részek megváltozásával. A felújított hajó, mint egész jogilag azonos marad régi önmagával, de az a generális klauzula (legalábbis értelmezési tartománya), amely egy olyan kódexben található, amelynek egyes, vele összefüggésben álló paragrafusait eltörölték vagy megváltoztatták, természetes funkciója következtében megváltozik.[282] Bizonyos korlátok mégis fennállnak: azt, hogy a jogalkotó mely akaratelhatározását teheti joggá, függ a

278 Ner. D. 17, 1, 35 és Iav. D. 17, 1, 36pr. 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.

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

280 E megállapítás az ókori államfelfogásra utal.

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

282 A generális klauzula értéktartalma a tárgyi jog azonossága mellett is megváltozhat, külső társadalmi nyomásra. Ld. Rebmann, Kurt—Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, München: Beck 1993², 1140.

jogrendszer dogmatikai egységétől, illetve az erkölcsi normától, amely egység valamint függés legnyilvánvalóbban a generális klauzulákban érhető tetten. Ilyen módon ezek egyfajta kontrollt is érvényesítenek akár a jogalkotóval szemben is.[283] Másrészről a generális klauzula valódi tartalma a jogalkalmazás során, éppen az azonos szabályozási nemhez tartozó konkrétabb jogi normák absztrahálása révén körvonalazódik.

E szükségszerűen bonyolult, oda-visszaható kapcsolat a jog hatékonysága, azaz a jog végső céljai megvalósulásának szempontjából meglehetősen kedvező.[284] A jogrendszer külső stabilitását többek között éppen az a körülmény biztosítja, hogy rugalmasan képes alkalmazkodni a változó társadalmi—jogi környezethez.[285] A generális klauzulák ennek a rugalmas változásnak hatékony eszközei annak révén, hogy megőrződve—megszüntetve biztosítják a jogi normák azonos neműségét, még változásuk esetére is.[286] Így segítségükkel a jog olyan problémák megoldására is képes lesz, amelyre

283 Ld. általánosabban Moór: *Logikum*, 7.

284 Ezzel ellentétes vélemények szerint a generális klauzulák kettős veszélyt jelentenek a jogállamra: *„ […] politische Wünsche pozitiv-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 Verwaltunsklagen*, 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.

285 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.

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

létrehozásakor talán fel sem merült.[287] A fentieknek megfelelően a generális klauzulák változékonyságuk révén biztosíthatják leginkább a jog hosszú távú stabilitását,[288] és szükségszerűen hozzájárulnak a jog logikai egységének megvalósulásához.[289]

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 járulékai egy nagyobb egésznek, a társadalmi rendnek is.[290] 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.[291]

E kettősség mögött a jog kettőssége is jelen van. A kanti és hegeli felfogásban a jog ugyanis a természet és a tiszta értékek közös mezőjében, az értékes valóság tartományában helyezkedik el.[292] A generális klauzulában, mint jogi normában e kettősség erőteljesebben jelentkezik, mint bármely más jogi normában

Ennek megfelelően a generális klauzulák komparatív vizsgálata során azok legalább kettős rendszerfüggésével kell számolni, és számolnunk kell azzal, hogy az ezt figyelmen kívül hagyó vizsgálódás könnyen téves megállapításokra vezethet, mivel képtelen a klauzulák teljes tartalmának leképezésére.[293]

287 E folyamat legtalálóbban talán az angol-amerikai analitikus jogelméletben használt variabilitás és kontinuum fogalompár 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 Csaba: *Politikum és logikum a jogban. A jog társadalomelmélete felé,* Budapest: Magvető 1987, 472.

288 Ezzel egybehangzó véleményért ld. Hedemann: *id. m.* 209.

289 A jog logikai egységét hangsúlyozza Max Weber mellett Moór Gyula is. Ld. Moór: *Logikum*, 12.

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

291 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.

292 Moór Gyula: *A jogbölcselet problémái*, Budapest: Magyar Szemle Társaság 1945, 60—61. Idézi Solt: *id. m.* 10.

293 E kettősséget Varga a jogi fogalmak sajátszerűségéből vezeti le. Véleménye szerint a jogi fogalmak csak kettős rendszerben, a dogmatikai és szociológiai megközelítés egységében értelmezhetőek helyesen. Ld. Varga: *id. m.* 230—231.

7. A filozófiai és jogelméleti vizsgálódás eredményei

A fentieket összefoglalva leszögezhetjük, hogy a generális klauzulákból eredő dogmatikai nehézségek döntően abból fakadnak, hogy a terminus fogalmilag és tartalmilag kétfajta, egymással nehezen összeegyeztethető 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,[294] vagy legalábbis annak kell maradnia, ha az állandóan változó életkörülményekhez hatékonyan kíván alkalmazkodni.[295] A jogtudomány értelmező tudomány *(verstehende Wissenschaft)*, így tárgyához, és nem egzakt szabályokhoz kell igazodnia.[296]

A fenti sematizálás révén közelebb kerültünk a generális klauzulák megértéséhez. Mint láttuk, a generális klauzula mindig valamely jogforrás extenzív része, nembelisége viszonylagos, és azonos nemű részeinek összegénél nagyobb, önálló léttel bíró egészet jelent.

A merev osztályozásnak abban az esetben 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.[297] Az egyes problémák ugyanis

294 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.

295 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.

296 *„Sollte den System allgemeiner Rechtsprinzipien ein korrespondierendes System von Rechtsbegriffen zugeordnet werden."* Ld. Larenz—Canaris: *id. m.* 264—265.

297 E tételt, más szempontból, Kaser is megerősíti. Ld. Kaser: *RP,* I, 383.

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.[298] Ráadásul a jogot nem csupán az akarat, de a fizikai világ objektív törvényszerűségei, illetve a szaktudományok fejlettsége is meghatározza. Az például, hogy a fogamzás 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 az érzéki világ realitásához képest, így a belőlük felépülő jogi rendszer is szükségképpen az. E fogalmak művi létrehozása mégis indokolható azzal, hogy funkcionálisan fontos szerepet játszanak a jogrendben.[299] A jog belső rendszerei esetében sok esetben még a funkcionalitás is hiányzik. Ennek következtében a jogi fogalmak realitása még úgy-ahogy elismerhető (korlátozott érvényességük egyidejű állításával), de a jog belső rendszerei még kevésbé állnak meg a saját lábukon, hiszen létezésük még inkább közvetett jellegű.

Szolgálhatnak didaktikai célokat, illetve közvetve hozzájárulhatnak egyes részproblémák mélyebb tudományos megértéséhez, vagy segíthetik a jogalkalmazást:[300] *„A juriszprudencia mindig csak a jog követelménytartalmához (Forderungsgehalt) van kötve, de tetszése szerint 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."*[301]

A generális klauzuláknak metafizikai szempontból az abszolút erkölcsi érték konfrontációját kell megvalósítaniuk az érzéki valósággal szemben.

A fenti jelentéstörténeti és elméleti eredményeink alapján a generális klauzulák alábbi definícióját határozhatjuk meg:

298 Moór: *Jogbölcselet*, 41.

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

300 E tételeket megerősíti Varga: *id. m.* 123.

301 Somló: *id. m.* 17.

A generális klauzulák olyan általános fogalmazott jogtételek,[302] 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 klauzulák egy felsőbb (erkölcsi) kategória változásait közvetíthetik a konkrét jogi normák irányába.[303]

8. A generális klauzulák funkciója a jogrendszerben

Az előzőekben ismertetett, részletes kifejezéstörténeti, elméleti és filozófiai vizsgálódás eredmény alapján könnyedén meghatározhatjuk azt a feladatot, amelyet a jogalkotó a generális klauzuláknak szán.

Első megközelítésben arra az eredményre juthatunk, hogy a generális klauzulák a jog mentőövei, akkkor van rájuk szükség, ha a konkrétabb szabályok nem nyújtanak kellő eligazodást. A szabályok és a generális elvek egymáshoz való ezen viszonya már régóta képezi a jogelméleti vizsgálódás tárgyát.[304] A megkülönböztetés az angolszász jogtudományban Hart elméletén alapszik, aki felismerte, hogy a jogszabályok laza szövésű *(open texture)* rendszert alkotnak, azaz azt, hogy a jogszabály generális jellegénél fogva egy bizonyos értelmezési tartományon túl szükségszerűen képlékennyé válik.[305] Ebben a szürke zónában merülnek fel azonban az igazán nehéz esetek

302 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.

303 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.

304 Az újabb irodalomból ld. Lorenz, Werner: *General Principles of Law. Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, American Journal of Comparative Law 13 (1964), 1—29; továbbá Fikentscher, Wolfgang: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, II, Tübingen: Mohr 1975, 82, 133sk. és 251sk.

305 Ld. Hart, Herbert Lionel Adolphus: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon 1961, 124. Kissé félreérthetően élezi ki a Hart-i elméletet Kaufmann, Arthur—Hassemer, Winfried: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg: C. F. Müller 1994[6], 129.

(hard cases), amelyek megoldásában — Dworkin szerint —szerepet kaphatnak a jog általános elvei *(general principles of law)*,[306] illetve a generális klauzulák. Ilyen módon válhatnak a generális klauzulák a helyes jog megtalálásának eszközévé.[307] Érdekesképp Aquinói Szent Tamás ezzel ellentétben úgy vélte, hogy a generális elvek éppen nem a nehéz esetekben segítenek a döntéshozóknak, a jog Herkuleseinek,[308] hanem inkább az a szerepük, hogy ezeket a bölcs emberek által lefektetett elveket később a középszerű elmék is könnyen segítségül hívhassák, ha értelmezésbeli nehézségeik támadnak.[309] E gondolat jegyében egyesek úgy vélik, hogy a generális klauzulák elkorcsosítják a jogrendszert, önkényes bírói ítélkezéshez vezetnek és azt eredményezik, hogy az emberek elkényelmesednek, hiszen megszokják, hogy ügyleteiket később is korrigálhatják.[310]

Már önmagában ez a fenti, felszínesnek nevezhető álláspont komoly elméleti eredményekre vezet, hiszen tulajdonképpen a jogpozitivizmus és a természetjogi paradigmák közti közvetítő teóriaként fogható fel.[311]

Jóval gyakorlatiasabb közvetítő szerepet szánt a generális klauzuláknak Jakab.[312] Véleménye szerint a jó jogászt kétszintű gondolkodás jellemzi. A jogászi érvelés belső szintjét az általános érvelési szabályok betartása, a konkrét jogrendszer nyújtotta dogmatikai keretekhez történő igazodás jelenti. A külső szint, a kívánt konklúzió szintje, az az eredmény, amelyet egy jó jogásznak „ki kell hoznia" a jogból. E két szint közti hidat objektív teleologikus érvnek nevezte, és olyan célkitűzéseket értett alatta, amely nyíltan vállalható, társadalmilag hasznossága vagy erkölcsössége miatt elfogadható. A jogásztársadalomból a bíró az a szereplő, akinek feladata ilyen objektív teleologikus célok megvalósítása, azaz a társadalom általános erkölcsi elvárásainak figyelembevétele az ítélkezéskor. E gyakorlat végső dogmatikai alapját alkotmányossági szempontból a demokrácia és a jogbiztonság elvei

306 Dworkin, Ronald: *Law's Empire*, Harvard: Belknap 1986, 45skk.

307 Larenz, Karl: *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, München: Beck 1979; valamint hasonló értelemben nyilatkozik Fuller, Lon: *The Morality of Law*, New Haven—London: Yale 1964², 105.

308 Dworkin: id. m. 45.

309 *Summa Theologica* II, 95, 1. Ld. ehhez Fuller: *id. m.* 98.

310 E nézetet ismerteti Földi András: A generális klauzulák történetéből, in: Földi András (szerk.): *Összehasonlító jogtörténet*, Budapest: ELTE EÖTVÖS 2012, 350.

311 Ld. Kaufmann—Hassemer: *id. m.* 128.

312 Jakab, András: *Ki a jó jogász, avagy tényleg jó bíró volt-e Magnaud?* JeMa 1/1 (2010), 85—87.

képezik. Jakab úgy véli, hogy a jó erkölcsbe ütközés olyan emeltyűként szolgál a magyar polgári jogban, amelynek fő funkciója a társadalmi erkölcsiség jogba emelése.

Ennek megfelelően a generális klauzulák jogrendszerbeli funkciója szofisztikált, nem csupán a dworkini teória elsődleges szintjén képez kompromisszumot a pozitivista és természetjogi gondolkodás között.

E mélyebb funkció megértéséhez Fuller a jog belső moralitásáról szóló elméletét hívjuk segítségül. Fuller szerint legalább nyolc követelmény megvalósulása szükséges ahhoz, hogy a jogalkotó helyes jogrendszert alkothasson és tarthasson fent.[313] Az első követelmény, hogy e rendszernek generális jellegű szabályokból kell állnia. A második, hogy ezen szabályokat nyilvánosságra kell hozni, hogy hozzáférhetőek legyenek a norma címzettjei számára. A harmadik, hogy a rendszer ne tartalmazzon visszaható hatályú normákat. A negyedik, hogy a szabályoknak érthetőnek kell lenniük, az ötödik, hogy kerülni kell az egymásnak ellentmondó szabályozást. A hatodik kívánalom, hogy a szabályoknak teljesíthetőknek kell lenniük, azaz a polgároknak képesnek kell lenniük arra, hogy azokat betartsák. A hetedik, hogy a rendszernek viszonylagos állandósággal kell rendelkeznie, kerülni kell a túl gyakori módosításokat, végül az utolsó előírás, hogy meg kell valósítani a kodifikált jog és annak gyakorlati alkalmazása összhangját.

A generális klauzulák különösen alkalmasnak tűnnek arra a szerepre, hogy e nyolc elvárást azok összhatásában teljesíthessék. Generalitási fokuk megfelelő ahhoz, hogy stabilitást biztosítsanak, illetve hogy felette álljanak az ellentmondásoknak. Tág értelmezési tartományuk valószínűsíti, hogy interpretációjuk nem vezet áthidalhatatlan nehézségekhez, illetve hogy tartalmuk megvalósítható lesz. A konkrét generális klauzulák (pl. a jóhiszeműség és tisztesség elve, a jó erkölcsök) a történeti tapasztalatok szerint általában kikristályosodott, széles körben elterjedt társadalmi értékekre vonatkoznak, így nyilvánosságukhoz sem fér kétség, illetve moderálják a viszaható jogalkotásból eredő nehézségeket.

Paradox módon azonban a legfőbb előnyük, a generalitásuk, egyben legkomolyabb veszélyforrásuk is, hiszen nem csak megvalósíthatják, hanem le is ronthatják az előbbi követelményeket. Ennek következtében a jogalkotók igen óvatosan bánnak alkalmazásukkal, illetve szűkítő kitételekkel (például a nyilvánvalóan határozószó alkalmazásával a jó erkölcsök

313 Fuller: *id. m.* 39.

esetében. nyilvánvalóan a jóerkölcsbe ütközik)[314] még egyértelműbbé teszik alkalmazhatóságukat.

A generáis klauzulák fő funkciója az, hogy a jog belső, processzuális moralitását a lehető leghatékonyabban érvényesíthessék. Azonban kétségtelen szerepük van abban is, amint arra eddigi fejtegetéseink során már rámutattunk, hogy a külső környezet elvárásait közvetítsék a jogrendszer irányába: így lesznek a generális klauzulák a jog külső, szubsztanciális moralitásának eszközeivé is. Ennek konkrét megvalósulási módját legautentikusabb formában a jó erkölcsökre vonatkozó generális klauzula kapcsán figyelhetjük meg. Fordítsuk hát figyelmünket a jó erkölcsök felé!

314 Ld. például az új magyar Ptk 6:96. §-át.

MÁSODIK RÉSZ
A JÓ ERKÖLCSÖKRŐL

III.
A CONTRA BONOS MORES KLAUZULA ELŐZMÉNYEI, KIALAKULÁSA ÉS FUNKCIÓJA A RÓMAI JOG FORRÁSAI TÜKRÉBEN

1. Bevezetés

A következőkben nyomon követjük erkölcsi normák részleges „legalizálódásának" folyamatát, azaz a jó erkölcsökre vonatkozó generális klauzula születését. A keletkezési körülmények feltárásától azt reméljük, hogy hozzásegít bennünket a generális klauzulák mélyebb megismeréséhez, és új aspektusokkal gazdagítja a jog és az erkölcs viszonyára vonatkozó elképzeléseinket. A jó erkölcsökbe ütköző jogügyletek semmisségét kimondó norma szemléletesen példázza a generális klauzulák kettős függősségét, a jogrendszeren belüli és a jogon kívüli, társadalmi meghatározottságát.

Első lépésben azon római jogi forráshelyeket tekintjük át, amelyekben a *contra bonos mores* fordulat vagy nyelvi megfelelői (pl. *adversus bonos mores*) megtalálhatóak. A klauzula szerepének helyes értelmezéséhez hasznosnak ígérkezik bizonyos nagyobb korszakok kijelölése, hiszen a római jog szerves fejlődésének csaknem egy évezrede alatt a „jó erkölcsök"[315] társadalmi szabályozórendszerben betöltött helye is folyamatosan változott.

Az első korszakban, az archaikus korban érvényesülő társadalmi szabályozás strukturálisan és funkcionálisan vélhetően meglehetősen primitív lehetett, a megbízható források csekély száma miatt mégis komoly nehézségekkel kell szembenéznünk. Nem dönthető el egyértelműen, hogy a háromféle normarendszer elemei, a jogi, vallási és erkölcsi normák *(ius, fas, mos)* mikor függetlenedtek egymástól vagy hogy melyik tekinthető esetleg a többi „anyafogalmának."

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

A *ius* máig tartó „diadalútja" már archaikus korszakban, valószínűleg a XII. táblás törvény megalkotását (Kr. e. 451) megelőzően megindult.[316] A korszak elején az erkölcsi és jogi normák között még egyfajta tárgyi alapú „hatásköri" megosztás figyelhető meg. Az erkölcsi szabályok egy része közvetlenül érvényesíthető és kikényszeríthető volt a *censor*i *regimen morum*[317] keretében, egy különleges „erkölcsbírói"[318] fórum előtt. Később a társadalom szabályozásában fokozatosan uralkodóvá váltak a mai megítélés szerint is jogi jellegű normák.[319] A praetori *edictum*ok *(edictum de convicio, de adtemptata pudicitia, de iniuriis quae servis fiunt)* a Kr. e. 3. század végétől kezdődően fokozatosan terjesztették ki a *ius* tárgyi hatályát a korábban jogilag nem szabályozott területekre.[320] Ez az expanzió részben a *contra bonos mores* klauzula segítségével valósult meg.[321] A praetor a jó erkölcsök legitimációs ereje segítségével tágította ki a tizenkét táblás törvény által csak szűk körben, kazuisztikus jelleggel szabályozott *iniuria* tényállását.[322] A klauzula *edictum*beli proponálása[323] az *iniuria* egyes eseteiben igen gyümölcsözőnek, a későbbi fejlődést meghatározónak bizonyult.

316 Erre vonatkozó egyik legrégebi forrás a *legis actio sacramento in rem* formulája, amelyet Gai. 4, 16 őrzött meg az utókor számára. Ezzel kapcsolatban ld. Pólay Elemér: *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest: Akadémiai 1986, 3. Az *iniuria* korai történetére vonatkozóan ld. Manfredini, Arrigo Diego: *Contributi allo studio dell 'iniuria' in età repubblicana*, Milano: Giuffrè 1977, 15skk.

317 A *regimen morum*ra vonatkozóan érintőlegesen *ld*. Zlinszky János: *Ius publicum. Római közjog,* Budapest: Osiris 1998, 58—60.

318 A *regimen morum*ra vonatkozó terminológia vonatkozásában ld. El Beheiri, Nadja: *Die römische Zensur — Ein Entwicklungsgeschichtlicher Abriss,* Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae 2004, 48[8].

319 A *mores*tól 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 2006[3], 125.

320 Pólay: *A római jogászok*, 96.

321 Guarino, Antonio: *Diritto privato romano*, Napoli: Jovene 2001[12], 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.

322 Pólay: *Iniuria,* 6 és 76. Pugliese úgy vélte, hogy a tizenkét táblás törvényben a *membri 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.

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

A magánbűncselekmények területén felbukkanó *contra bonos mores* klauzula a klasszikus korban valószínűleg a *delictumok* elkövetésére vonatkozó megállapodások kapcsán került a szerződési jogban is alkalmazásra:[324]

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.[325]

A fragmentum értelmében *furtum* (lopás) vagy *iniuria* (szűkebb értelemben vett személysértés) elkövetése *contra bonos mores* cselekmény, azaz az erkölcstelenség és a törvényellenesség gyakorlatilag egyenértékű. A klauzula jelenléte a *bonae fidei contractus*ok *(mandatum, societas)* körében magától értetődő. Azonban a *ius strictum* körébe tartozó *stipulatio* esetében a végrendelkezési szabadságot sértő megállapodások érvénytelenségi okaként is megjelent a jó erkölcsökre vonatkozó fordulat:

Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.[326]

A kései klasszikus korszakban, talán az *iniuria* tényállásának általánossá válása következtében a *contra bonos mores* klauzula is generális jellegűvé vált.[327] Az egyes császári rendeletek már általános jelleggel érvénytelenítették a jó erkölcsbe ütköző *pactum*okat,[328] a jogtudósi irodalomban pedig kiteljesedett az erkölcstelen *condició*k tana.[329]

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. Ebben az időszakban az erkölcsi szabály normatív erejét már nem önmagából, hanem egy jogi normával való tartalmi megegyezőségéből vagy a jog szellemének való megfeleléséből, azaz jogszerűségéből nyerte.

Megfigyelhető, hogy a klauzula fejlődése több ponton érinti az *iniuria* kérdéskörét. A két fogalom együttes vizsgálata révén arra az eddig szakirodalomban kevéssé előtérbe került jelenségre kívánunk rávilágítani, hogy a két fogalom, a *contra bonos mores* és az *iniuria* között messzemenő

324 Voci, Pasquale: *Istituzioni di diritto romano*, Milano: Giuffré 1954³, 185, már egyértelműen kontraktuális és extrakontraktuális dimenziókat különbeztetett meg a jogellenesség értelemben felfogott *iniuria* kifejezésben.

325 Gai. 3, 157.

326 Iul. D. 45, 1, 61.

327 Pólay: *Iniuria,* 75.

328 Ant. C. 2, 3, 6.

329 Marci. D. 28, 7, 14.

történeti-fejlődésbeli párhuzamok és figyelemreméltó dogmatikai kölcsönhatások figyelhetőek 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.[330] Siber például a jogügyleti szabadság korlátozásának témakörében, a modern jogi dogmatika elveinek figyelembevételével, három alcsoportot alakított ki,[331] a *stipulatió*k, a *bonae fidei iudicium*ok és a *pactum*ok 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 nagyszerű osztrák jogtudós a *boni mores* három jogilag releváns területét határozta meg. Az első kategóriát az *iniuria* és ezzel összefüggésben a *vis ac metus,* a másodikat a szerződési szabadság korlátozása,[332] a harmadikat pedig a családi viszonyok képezik.[333] E felosztás gyengéje, hogy az egyes kategóriák nem egységes rendszertani szempont alapján különülnek el, másrészről meglehetősen statikusan módon ragadják meg a jelenséget.

A modern dogmatikai sémák használatához hasonló veszélyforrást jelent az, amikor az erkölcsösség—erkölcstelenség kortárs bináris kódjából kiindulva értékelik a tárgyra vonatkozó antik fragmentumokat. Számos szerző használja az erkölcs, a szokásjog és a jog modern, letisztult fogalmait ilyen értelemzavaró módon és jut emiatt anakronisztikus következtetésekre.[334] Szemléletes példát

330 Például Guarino a *contra bonos mores* klauzulákról a jogügyleti *causá*k kapcsán értekezik. 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 1987³, 247. Hasonlóképp Betti, Emilio: *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane 1994², 372.

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

332 A szerződési szabadság, illetőleg a privátautonómia korlátozásának szempontját az erkölcstelen ügyletek tilalma révén megerősíti Hamza Gábor: *Jogösszehasonlítás és antik jogrendszerek*, Budapest: KJK 1998, 198—199.

333 Mayer-Maly, Theo: Contra bonos mores, in: *Juris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien—Köln—Graz: Böhlau 1986, 154.

334 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:

nyújt erre a kamatszedés szabályozásának története. Kr. e. 342-ben a kétes történelmi hitelű *lex Genucia de feneratione* tiltotta meg a kamatok szedését kölcsön esetében.[335] A törvény meghozatalára a néptribunus javaslatára, *plebiscitum*mal került sor. Később, a iustinianusi korban, a kamat mértéke *bonae fidei iudicium*ok esetében a helyi szokásoktól *(ex more regionis)*[336] és a törvényi előírásoktól függött.[337] A keresztény korban a szabályozás egyértelmű erkölcsi színezetet nyert.[338] A kamatszedési 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 az anakronizmusra való hajlandóságot Trabucchi szerint Domat tevékenységének köszönhetjük, aki a jog és a keresztény erkölcs hatékonyabb szintézisét a tiltott jogügyleti célok (*causá*k) tanának kidolgozásával kívánta megteremteni. A keresztény morál alapelvei e jogintézmények segítségével írhatták fölül a jog normáit és tehettek semmissé bizonyos jogügyleteket.[339] Ettől kezdve a jó erkölcsök többnyire a jogügyleti tanban, a feltételek kapcsán kerültek tudományos igényű értékelésre.

A fent jelzett veszélyek elkerülése érdekében az erkölcsi jellegű normákat fejlődésükben, a releváns jogforrások elemzése útján mutatjuk be. Az anakronizmus csapdáját, azaz morális ítéletek múltba történő visszavetítését azáltal kívánjuk elkerülni, 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.

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

G. Giappichelli Editore 2006[3], 13.

335 Kaser: *RP,* I, 168[18].

336 Pap. D. 22, 1, 1pr.

337 Cerami, Pietro—Petrucci, Aldo: *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino: G. Giappichelli Editore 2002, 140.

338 Ld. Rotondi, Giovanni: *Leges publicae populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Milano: Società Editrice Libraria 1912, 226.

339 Trabucchi, Alberto: Buon costume, in: Calasso, Francesco (ed.): *Enciclopedia del diritto V*, Milano: Giuffrè 1959, 702.

Mielőtt továblépnénk, 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, a vallás és a 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 viszonyukról sem alkothatunk magunknak teljes mértékben tiszta képet.

Jhering a *ius* és a *fas* dualizmusát meghatározó jelentőségűnek tartotta az emberi öntudat kifejlődése szempontjából.[340] A *ius-t* nyugati eredetűnek, progresszívnak, 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.[341] Jhering úgy vélte, a *fas* a magánjogban kevésbé, ott is leginkább a családi viszonyokban jutott szerephez. Itt is csupán akkor, ha a kérdéses cselekedet érintette a családi istentiszteletet, a *sacrá*t. Így az *arrogatio,* a családfő halála, végrendelet készítése, a temetés esetei ide sorolhatóak, de kívül esett *fas* körén az egyébként családjogi jellegű *adoptio*.

Az elmúlt század húszas éveiben Hägerström egyes szakrális cselekmények, az *auspicium*ok „közjogi" hatásait vizsgálta. Véleménye szerint a madárjósok által emelt szakrális „vétó" következtében a magisztrátus megválasztása[342] 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 szférához tartozó fogalom volt-e. A közjogi és magánjogi területeket annyiban kapcsolta össze, hogy az égi jelek ellenére megválasztott magisztrátust birtokosnak titulálta.[343] A *ius* és *fas* fogalmait az

340 Jhering, Rudolf von: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig: Breitkopf & Härtel 1924[8], 267.

341 Jhering: *id. m.* 268.

342 Hägerstrom, Axel: *Das magistratische Ius in seinem Zusammenhang mit dem römischen Sakralrechte*, Uppsala: Almqvist & Wiksell 1929, 5.

343 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

alábbi, eléggé késői, Aulus Gelliustól (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.[344]
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.[345] A Vesta-szűzzé 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 prensa)* úgy ragadta ki *(capio)* a leányt az atya hatalma alól, mintha az háborúban *(bello capta)*[346] esett volna hadifogságba.[347] A *capio* kifejezés Gellius szerint általános volt az egyházi személyek kiválasztásánál.[348] Figyelemre méltó azonban, hogy Gellius a szertartás leírására a *„de more autem rituque"*[349] 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 vagyonjogi jogképességének bizonyos aspektusait már egyértelműen jogi, normatív módon közelítette meg a tizenkét táblás törvényhez írt kommentárjában:
Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam, sed bona eius in publicum redigi aiunt. Id quo iure fiat, quaeritur.[350]
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

Frazer, James: *Golden Bough. A Study of Magic and Religion.* Oxford: University Press 1994, 220skk.
344 Aulus Gellius, Noctes Atticae, 1, 12, 14.
345 Gellius, 1, 12, 11.
346 Gellius, 1, 12, 14.
347 A katonaságra történő utalás további jogi-vallási színezetű asszociációkat generálhat. Elég, ha a *ius gentium*ra, vagy a *censor*ok összetett katonai, erkölcsi és vallásos feladatkörére gondolunk. A *censor*ok 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.
348 Gellius, 1, 12, 15—17.
349 Gellius, 1, 12, 11.
350 Gellius, 1, 12, 18.

*fatum*ot jelölte.[351] 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.[352] Ez az automatikus mechanizmus 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.[353] A magisztrátusi hatásköri megosztás értelmében a *ius* és a *mos* önállóan, egymás mellett, párhuzamosan léteztek. Ennek megfelelően a *ius*, és az *iniuria* a profán szabályozási terület alá tartozó fogalmak voltak,[354] 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 kell értenünk.[355] Ha egy cselekmény a *ius* és *fas* szabályainak egyaránt megfelelt, teljesen harmóniában állt a joggal.
A normarendszerek éppen ellenkező irányú fejlődését tartotta valószínűnek Orestano.[356] Szerinte a *ius* volt a mindent átfogó, komplex fogalom. Csak később társult ehhez a kifejezéshez a *fas,* amelyet ragozhatatlansága miatt később ismét elhagytak.[357] A *fas est* és a *ius est* egy cselekmény megengedettségére utalt,[358] a *ius divinum*ot és a *ius humanum*ot a „magánjognak" rendelte alá. Megközelítésében a *ius divinum* és a *fas* nem azonos fogalmak, különböző joganyagokat fedtek le.[359] A két fogalom közeledése meglátása szerint csak a későbbi forrásokban mutatható ki.[360]

351 Hägerström: *id. m.* 32.
352 Hägerström: *id. m.* 80.
353 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.
354 Kaser, Max: *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1949 (a továbbiakban: *Ius*), 13, 24, és 28.
355 Kaser: *Das altrömische ius*, 30. E felfogásban logikai buktatót vélt felfedezni Haug: *id. m.* 19.
356 Orestano, Riccardo: *Dal 'ius' al 'fas'*, BIDR 46 (1939), 194skk.
357 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.
358 Orestano: *id. m.* 236.
359 Orestano: *id. m.* 199.
360 Kaser: *RP*, I, 29.

A római vallástörténettel magisztrálisan foglalkozó Latte nézetei[361] jelentős hatást gyakoroltak a jogtörténészekre is. Szerinte a rómaiak rendkívül élesen különbséget tettek az isteni és az emberi szféra között.[362] A *sacrum*ot és a *fas*-t ellentétes fogalmaknak tekintette: a *sacrum* az istenek profán területtől teljesen elzárt világát jelölte, a *fas* pedig az emberi cselekedet vallási aggálytalanságára utalt,[363] és nem állt közvetlen kapcsolatban a szakrális szférával.

Van den Brink a *ius* és *fas* kettősségét faji különbségre vezette vissza, a *fas*t latin, a *ius*t szabin eredetűnek tartotta.[364] Szerinte a *fas* inkább vallási jellegű, a kozmikus világrendnek megfelelő rend, a *ius* pedig a konkrét esetre irányuló világi norma volt.

Behrends szerint a *ius* a szakrális szféra egy negatíve koncipiált fogalma,[365] amennyiben az istenek által az emberi akarat számára átengedett, beavatkozásuktól mentes területet jelölte ki. A két szféra közötti választóvonalat e nagy képzelőerővel rendelkező szerző a *religio* kifejezés segítségével találta meg. *Religió*tól 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,[366] a vallási és a profán szféra egységének feltétele.[367] Kezdetben a vallási *ius*-fogalom és a *ius civile* egyenértékű fogalmak voltak,[368] a *fas* kifejezés pedig csak a kalendáriummal kapcsolatban bírt jelentőséggel, így tagadta általános, normatív szabály szerepét. Behrends szerint a jogalkalmazás és a vallásgyakorlás egysége az

361 Latte, Kurt: *Römische Religionsgeschichte*, München: Beck 1960, 38.

362 Latte: *id. m.* 39.

363 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.

364 Brink, Herman Van Denk: *Ius fasque. Opmerkingen over de dualiteit van het archaisch-romeins Recht*, Amsterdam: Hakkert 1968, 31. Ezzel szemben ld. Kaser: *RP*, I, 29[4], valamint Haug: *id. m.* 30.

365 Behrends, Okko: „Ius" und „ius civile". Untersuchungen zur Herkunft des „ius"-Begriffs im römischen Zivilrecht, in: Liebs, Detlef (Hrsg.): *Sympotica Franz Wieacker*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1970, 11.

366 Behrends: *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.*

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

368 Behrends: *id. m.* 25.

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 voltak, 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 fejezte ki. Az idők folyamán a *fas* tiszta erkölcsi paranccsá 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.[369]

Von Lübtow ezzel szemben a *ius* és a *fas* kezdeti egységét vallotta.[370] 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.[371] A rómaiak *mos maiorum*ra csak azokban az esetekben hivatkoztak, amikor egy adott normát nem tudtak más, ismert jogforrásra visszavezetni, és úgy tűnt, hogy az a jogászi tevékenységtől függetlenül alakult ki. Később a *mos* a *ius* immanens elemévé vált.[372]

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 fejlődésére vonatkozó álláspontját fogadta el.[373] Véleménye szerint a *fas* egy, a joginál magasabb rendű „jogrendet" jelentett, a végső döntés ezen a szinten fogalmazódott meg.[374] 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* a méltánytalan döntések meghozatalának eszközei

369 Wieacker, Franz: *Römische Rechtsgeschichte*, I, München: Beck 1988, 275sk.

370 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.

371 Lübtow: *De iustitia et iure* ,79.

372 Lübtow: *De iustitia et iure* 79.

373 Haug: *id. m.* 34.

374 Haug: *id. m.* 150.

voltak.[375] Az alábbi Ulpianus-idézet fényében véleményét a késő klasszikus kor tekintetében elfogadhatjuk:

Videamus, inter quos sunt prohibitae 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 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.[376]

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 lehetnek a *fas* megsértése következtében, nehogy jobb helyzetbe kerülhessenek azok, akik megszegik a törvényt, és tiltott házasságban élnek. A fragmentum szerinti szenátor nem házassági szándékkal *(non … affectione uxoris)* élt kapcsolatban, így az ajándékozást mégis érvényesnek tekintették.

A fragmentum a Kr. u. 3 század elejéről származik, így valószínűleg nem az isteni renddel való szembenállást kell értenünk a *fas non est* fordulat alatt, sokkal inkább egy jogilag ugyan nem tiltott, mégsem méltányolható cselekmény tilalmának hivatkozási alapját képezte. A döntés dogmatikai indokoltságát nehéz belátnunk, hiszen a házassági tilalom hátterében egyrészről nyilvánvalóan a társadalmi elit vagyonának az alacsonyabb osztályokból származó szeretőkkel szembeni védelme,[377] másrészről a provinciabeli elit és a helyi rétegek összeolvadásának megakadályozása állt. Nem világos, hogy miképp valósíthatóak meg e célok, ha a nem házassági szándékkal történő kapcsolatokban megengedték az ajándékozást. 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)* a házassági kontextusnak köszönhető. Lehetséges, hogy Ulpianus, Modestinus későbbi híres meghatározásához[378] 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.

375 Haug: *id. m.* 151.
376 Ulp. D. 24, 1, 3, 1.
377 Pólay Elemér: *A censori regimen morum és az ún. házi bíráskodás*, AUSz, 12/4 (1965), 3.
378 Mod. D. 23, 2, 1.

Összefoglalóan kijelenthető, hogy a jogi, erkölcsi és vallási normaterületek egymásra hatására vonatkozó modern szakirodalom nem ad egyértelmű, végleges megoldást a *ius*, *fas*, *mos* normarendszerek összefüggésére. A meggyőző magyarázat hiánya esetén a sikertelenség okainak világos meghatározásával nyerünk támpontokat 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, amelyet egy meghatározott időben és egy adott helyen a *communis opinio* jognak fogad el.[379] Természetesen ez a meghatározás formállogikai értelemben nem minősül definíciónak. Nagy előnye mégis abban áll, hogy a jogot egy állandóan változó, történelmi jelenségként értékeli, amely szorosan kötődik az adott társadalmi szituációhoz, az azt alakító fizikai, gazdasági, morális és spirituális erőkhöz. Ennek megfelelően a társadalmi 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 ezen, állandóan változó definíciója lehetővé teszi, hogy egy adott korban érvényesülő társadalmi szabályozóerőket önértéküknek megfelelően, és ne egy anakronisztikus, modern elképzeléshez viszonyítva értékeljük. A következőkben arra teszünk kísérletet, hogy meghatározzuk az erkölcsi jellegű normák fejlődésének főbb korszakait Róma ókori történelmében.

3. Az erkölcsi jellegű normák fejlődéseinek korszakai

A római jog antik forrásaiban szereplő, 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.[380] A társadalmi tényezők

379 Guarino, Antonio: *Profilo del diritto romano*, Napoli: Jovene 1994[8], 10.
380 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

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 az 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.[381] Ezután az erkölcsfelügyelet több *edictum* révén részben praetori *iurisdictio a*lá került. A principátus időszakában és később, egészen Constantinus császár uralkodásáig már jellegében más, jogpolitikai indíttatású, erőteljesen központosított 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 együtthatása jellemzi. A második korszakban a *ius* és *mos* kategória szétválni látszanak, elsősorban a kétféle intézményi rendszer (a *censura*, és a *praetura)* kialakulása következtében. Ezt követően a *ius* megkezdte terjeszkedését a *mos* irányába,[382] a praetor a társadalmi együttélés addig „erkölcsi" szabályozása alá eső területeit vonta be a *ius* hatókörébe.[383] E folyamat következményeképpen az utolsó két korszakban *mos* tulajdonképpen a *ius* egy részét képezte, annak forrásai között került feltüntetésre. Az utolsó, „keresztény" korszakban újra az akkorra már „megkerseztelt" *mos* értelmezi át a *ius* egyes normáit, és nyer vissza jelentős, korábban elvesztett szabályozási területeket.

a általában a *ius* inváziójáról beszélni a *mos* irányába.

381 A censori tisztség történeti felődéséhez ld. El Beheiri: *Die römische Zensur*, 51.

382 Zlinszky János: Állam és jog az ősi Rómában, Budapest: Akadémiai 1997, 116.

383 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.

3.1 Archaikus viszonyok

Az első korszak nagyjából a római jog archaikus korszakának kezdetére esik, a még kialakulatlan, egymástól nehezen elválasztható jogi, erkölcsi és vallási jellegű normák, a *ius*,[384] a *mos*[385] és a *fas* együttes érvényesülésének sokat vitatott időszakára.[386] E Zlinszky által hármas tradíciónak nevezett állapot töb társadalmi intézményben is egyértelműen tükröződik.[387] A korszakot a *boni mores*-szal kapcsolatos, írott jogi források hiánya jellemzi mégis érdemes röviden áttekintenünk a későbbi fejlődést meghatározó körülményeket.

384 A *ius* ősrégi jellegét, és vallási ritualékkal való összefüggését látszik bizonyítani, hogy a szó etimológiailag a 'üdvös' jelentésű ősindiai, védikus *yōh*-ból, és az óiráni *yaož-daδaiti*-ból eredeztethető. A vonatkozó szakirodalomra nézve *ld.* Behrends: *id. m.* 12[6] 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 fejti ki azonban világosan, pontosan mit írt a jog, a vallás és a mágia fogalmai alatt.

385 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.

386 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 Behrends: *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 frührömischen 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 exegétikus 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 szükségszerű, 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.

387 Zlinszky: *Állam*, 42.

Kezdetben a *gentiles*,[388] a *paterfamilias* és a *familia* dominanciáját figyelhetjük meg, az állami és a házi kultusz egységet alkotott.[389] A nagycsaládok hegemóniáját később társadalomszervezeti szempontból a kialakuló új, állami közhatalom, vallási szempontból pedig a megerősödő speciális vallási testületek (*collegium*ok) törték meg. A társadalom etnikailag és ezzel szoros összefüggésben vagyonilag is erősen megosztott volt. Máig nem tisztázott kérdés, hogy milyen szerepet játszottak az etruszkok a római vallás,[390] így a *fas* normáinak kialakulásában.[391]

A *mos* és a *fas* kifejezések kezdeti, közös vallási gyökereit számos későbbi korból származó forrás[392] támasztja alá. Ezek közül valószínűleg a legkorábbi egy a Kr. e. 3. századi, az idősebb Catótól származó, vélhetően a *libri pontificales*ból átvett[393] formula, amelyet a vallási célokra kiszemelt helyszínek felszentelésekor használtak. A tárgyalt időszaktól még „csupán" néhány száz évvel később élt Cato az egyértelműen vallási jellegű aktusra a *mos* szó ragozott alakjával utalt vissza: *„Lucum conlucare Romano more sic oportet."*[394]

Úgy tűnik, hogy e két normafajta (a *fas* és a *mos)* szorosan kötődött a korabeli társadalom alapvetően nagycsaládi szerkezetéhez. A *paterfamilias* hatalmi pozíciója valószínűleg már az államképződés előtti időben kialakult,[395] korlátlan hatalmát csak a meglévő nemzetségi struktúrák (a gyermek megölésének kérdésében például az ún. *consilium propinquorum,* amely feltehetőleg a rokonokból vagy öt szomszédból[396] állott), illetőleg bizonyos, a *mos*-hoz[397] és a *fas*-hoz tartozó normák korlátozták.[398] Az említett normarendszerek szabályozó jelenlétére utal például, hogy a feleségét ok nélkül eltaszító férjet *dii inferi*, vagyis az alvilági istenek részére kellett feláldozni.[399]

Talán éppen a családfő hatalmi pozíciójával magyarázható, hogy a *decemvirek* működését megelőző *ius* már számos kiérlelt szubjektív jogosultságot 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.[400]

388 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, 193[86]. 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 *censor* 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.

389 Rohde: *id. m.* 85.

390 Beck: *id. m.* 4sk. A rómaiak mindenesetre különösen sok szót kölcsönöztek az etruszkoktól a szakrális szféra területén (is). Ld. Breyer: *id. m*. 334.

391 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 *sacrát* és a szűzeket 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.

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

393 E nézeten 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.

394 Cato, *agric.* 139.

395 Pólay Elemér: *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Budapest: Akadémiai Kiadó 1964, 71.

396 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.

397 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, Vincenzo: *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1982[14], 23.

398 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 1953[2], 28.

399 Plutarchos, *Rom.* 22.

400 Behrends: *id. m.* 56.

A kialakulóban lévő központi hatalom a nagyhatalmú *familiá*val szemben csak az egyre önállósodó *ius*-on keresztül érvényesíthette elképzeléseit.[401] 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 *familiá*t és benne a *paterfamilias* helyzetét rendező kérdésekre.[402]

A *mores maiorum* és a *ius* összemosódása — már a történeti időszakban — a pontifikális jogtudománynak köszönhetően indult meg.[403] A *pontifex maximusok* ebben az időszakban a szakrális szféra legmeghatározóbb szereplői és ezzel a korai társadalmi szabályozás kulcsfigurái voltak.[404] Testületük és a *gentes* között többek között az teremtett kapcsolatot, hogy a főpap által elnökölt *comitia calata* a nemzetségi szervezetre épülő népgyűlés volt.[405] A *pontifex*ek bírói szerepkörére utalnak a jóval később keletkezett Digesta bevezető sorai is:[406]

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.[407]

Egy talán interpolált fragmentum tanúsága szerint a *collegium pontificium* még Papinianus idejében is komoly hatalmat gyakorolt temetkezési[408] és ezzel összefüggő jogi kérdésekben:

401 Buckland: *id. m.* 28, szerint a *ius* az államilag kikényszerített normát jelentette, míg a *mos* szabályai e kényszerítő apparatásut nélkülözték.

402 Bonfante, Pietro: *Istituzioni di diritto romano*, Torino: G. Giappichelli Editore 1957[10], 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 praeceptá*ból azonban nem szabad messzemenő következtetéseket levonni. Ld. Arangio-Ruiz: *id. m.*, 22.

403 Burdese, Alberto: *Manuale di diritto privato romano*, Torino: UTET 1987[3], 17.

404 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.

405 Hägerström: *id. m.* 20.

406 Haug: *id. m.* 227—232.

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

408 Jhering: *id. m.* 294[197].

quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.[409]

A vallásos élet hanyatlásával[410] a főpapok szerepkörét sok vonatkozásban a *censor*ok vették át.[411]

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 mérföldkőnek számító tizenkét táblás törvény miért érintette oly csekély mértékben a *fas* által befolyásolt területeket,[412] a házi ügyeket és házi hatalom kérdéseit,[413] illetve hogy miért biztosított széles szabadságot a hatalomgyakorló számára, akinek hatalmát inkább a *mos* és a *fas* szabályai korlátozták.[414] A családfő személyével *(iniuria),*[415] a *familiá*val és a házi vallási rituálékkal kapcsolatos vagyoni jellegű kérdések még hosszú ideig (öröklés, *manus*os házasság) a *fas*, illetve a *mos* szabályozási területén belül maradtak. Az erősödő központi hatalom eszköze, a *ius*,[416] a megváltozó gazdasági igényeknek (kibontakozó árucsere következtében megjelenő új szerződéstípusok) és a társadalmi mozgásoknak (a patrícius—plebejus viszonyok kiegyenlítődése)

409 Pap. D. 5, 3, 50, 1.

410 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 Behrends nem tárgyalja, de *religio*-felfogását erősítheti, hiszen a magisztrátus csökönyössége az égiek haragját *(vitium de caelo)* is kivívhatta.

411 Egy Kr. e. 1. századból származó dombormű állatáldozat bemutatása közben ábrázolja a *censor*t. Kähler, Heinz: *Seethiasos und Census. Die Reliefs aus dem Palazzo Santa Croce in Rom,* Berlin: Mann 1966, 41; Pfeilschifter: *id. m.* 440.

412 Pólay: *A censori,* 78.

413 Kaser: *Gemeinschaftsordnung*, 14.

414 XII 5, 3; 6, 1. Ld. még Behrends: *id. m.* 56.

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

416 A censori tisztség lényege a hatalomközpontosítás volt, így fennhatósága a plebejusokra is kiterjett. Ld. Schmähling: *id. m.* 7.

megfelelően hódított teret. Míg tehát a *mos* kezdetben a *res familiaris*t,[417] a *ius* inkább a *res publicá*t szabályozta.

3.2 A *censura* szerepe

A *censor*i 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.[418] A korszak végét a *contra bonos mores* klauzulát jogforrási szintre emelő *edictum*ok megjelenése jelenti. [419] A köztes időszakot a társadalom erkölcsi állapota alapján három szakaszra lehet bontani,[420] a cezúrákat a második pun háború és a Gracchusok fellépése képezik. Az első szakaszt még az életvitel egyszerűsége és a szigorú erkölcsiség,[421] a másodikat az idegen hatások megjelenése és az erkölcsök fellazulása, a harmadikat pedig

417 A családi ügyek sorába kell sorolnunk a *patronus* és *client*ei viszonyát is. Ld. Bonfante: *id. m.* 204.

418 A *census*t Servius Tullius idejéra vezeti vissza Livius, 1, 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 *census*hoz valószínűleg már ekkor, de legkésőbb Kr.e. 435-ben erkölcsbíráskodás is társult. Ld. Mommsen, Theodor: *Römisches Staatsrecht*, II, Leipzig: Hirzel 1887^3, 375sk; Schmähling, Eberhard: *Die Sittenaufsicht der Censoren. Ein Beitrag zur Sittengeschichte der römischen Republik,* Stuttgart: Diss. 1938, 1; Leuze, Oscar: *Zur Geschichte der römischen Censur,* Halle: Niemeyer 1912, 95skk. Egy évszázaddal későbbre, a Kr.e. 4. század közepére teszi a *censor*i *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.

419 Pfeilschifter, Rene: *Die Brüchigkeit der Rituale. Bemerkungen zum Niedergang der römischen Zensur*, Klio 84/2 (2002), 440—464.

420 Ld. Schmäling felosztását. Schmähling: *id. m.* VII.

421 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; Hieronymus, *De vir. ill.* 50.

az általános erkölcsi hanyatlás, a censori tevékenység eljelentéktelenülése[422] jellemezte.

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 ennek ellenhatásaként a *ius*-t erősítte, szemben a patríciusok által ebben az időszakban szinte kizárólagosan ellenőrzött *fas*-szal. Nem 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.[423] A társadalom patrícius elitje számára részben a *censor*i 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.[424]

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 discribunto, exin pecunias aevitatis ordinis partiunto, equitum peditumque prolem discribunto, caelibes esse prohibento, mores populi regunto, probrum in senatu ne relinquonto.[425]

Livius megfogalmazása szerint a *morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen,* illetve a *decoris dedecorisque discrimen sub dicione*[426] tartozott e magisztrátus hatáskörébe, a magisztrátus *mores*-szal kapcsolatos feladatait következőképp konkretizálta:

illo uno collega castigare se nova flagitia et priscos revocare mores posse.[427]

422 Az utolsó általunk ismert *census*ra 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.

423 Az intézmény mintaadó funkcióját tartja elsődlegesnek El Beheiri, Nadja: *A római censorok szerepe a res publica államrendszerének kiépítésében*, Jogtörténeti Szemle 1 (2005), 5.

424 Ld. Schmähling: *id. m*. 8.

425 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.* II^3, 331skk; Hausmaninger, Herbert: s.v. *censor*, in: Ziegler, Konrat—Pauly, August: *Der kleine Pauly: Lexikon der Antike*, I, Stuttgart: Alfred Druckenmüller 1964, 1105sk.

426 Liv. 4, 8, 2.

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

Az erkölcsi felügyelet egészen a hálószobákig terjedt, a magánszemélyek intim viszonyait is vizsgálta, kiváltva a görög származású történetíró, Dionysius Halicarnassus furcsállását.[428] Szigorúságára nézve Gelliusnál több példát is találhatunk.[429] A régiek erkölcseit nevelő célzattal nyilvánosan is felemlegették, ahogy azt 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.[430]

Egy másik beszámoló kapcsán tudomást szerezhetünk a *censor*i vizsgálat egy eleméről. Számunkra ez annyiban érdekes, hogy a kérdezés aktusát a mintegy háromszáz évvel később élt Gellius a *mos* részének tekintette:

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.[431] A 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*[432] is, amely több más legiszlatív aktus mellett[433], a patrícius és plebejus elit kiegyezéséről tanúskodik. A különféle társadalmi normák összefüggéseit jól reprezentáló szövegben a néptribunus és a szenátus egyenérdekű felekként, az új *nobilitas* érdekeinek szószólóiként jelentek meg:[434]

civile ius, repositum in penetralibus pontificum, evolgavit 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.[435]

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

429 Gellius 4, 20, 4—5 és 11.

430 Gellius 4, 20, 10.

431 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.

432 Ld. ehhez Liv. 36, 36, 3; Mommsen: *id. m.* III^2, 1050.

433 Ezekre vonatkozóan ld. Földi András—Hamza Gábor: *A római jog története és institúciói*, Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 2008^{13}, 26.

434 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.

435 Liv. 9, 46, 6.

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 bírtak konkrét, technikus jelentéssel a köztársaság utolsó évszázadában, mégis jól meghatározható szabályokat jelentett.[436] 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 a *mos* főnevet a *praetor edictum*ában a *bonus* melléknévvel.[437] Ezzel kívánta jelezni, hogy számára a *mores* új, speciálisan jogi, technikus jelentéssel bír, és hogy fenntartja magának a jogot a régi szokások szelekciójára.

A szoros értelemben véve normatív, kényszerítő erővel nem rendelkező szabályok érvényesülését Rómában tehát sajátos szankciórendszer biztosította,[438] amelynek szerves részét képezte a bevett szabályok ellen vétő személyek megbélyegzése. Az ilyen jellegű társadalmi kohéziós rendszert az újabb német szakirodalom szégyenkultúrának (*Schamkultur)*[439] 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 voltak.[440] Ez utóbbitól az határolta el őket, hogy

436 Kaser: *RP*, I, 196.

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

438 Hölkeskamp: *id. m.* 218.

439 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.

440 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 e *censor*i 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.

betartásukat nem törvényi szankciók, hanem a társadalmi megbélyegzettség veszélye biztosította.[441]

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 *censor*i *regimen morum* mellett eltérő jellegel működő *praetori iurisdictio* keretében zajlott a másik normafajta, a *ius* szabályozása:[442]

Is iuris civilis custos esto. Huic potestate pari quotcumque senatus creverit populusve iusserit, tot sunto.[443]

A római társadalom a fentiek szempontjából vegyes jellegűnek tekinthető.[444] A „szokás" ellen vétő személyt több típusú (jogi, erkölcsi) hátrány sújthatta, társadalmi állása *in praxi* megszűnhetett, esetenként a szenátusból is eltávolították.[445] A „tiszta" szégyenkultúra jelei Rómában leginkább két helyen, a *censor*i erkölcsbíráskodás és 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 előbbi középpontjában azonban egy állami főtisztviselő állt,[446] az utóbbi pedig a *patria potestas* intézményéhez kapcsolódott. Történeti fejlődésük, funkciójuk és tárgyuk is jelentős eltéréseket mutat.[447]

3.3 A praetori *edictum*ok hatása

A harmadik korszak valamikor a Kr. e. 2. század folyamán egy erőteljes újítással, a *boni mores* klauzula *edictum*okba való felvételével vette kezdetét.[448]

441 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 2002[11], 405skk. és 426skk.

442 A *censor*i „adminisztratív bíráskodást" világosan elkülöníti a *iurisdictió*tól Mommsen is. A *censor*i 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, 135[2].

443 Cicero, *De legibus*, 3, 8.

444 Wlosok: *id. m.* 88.

445 Wlosok: *id. m.* 84—99.

446 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. §.

447 Pólay: *A censori,* 24—34.

448 Zimmermann: *id. m.* 1052.

A *boni mores*ra utaló *clausula* praetori *edictum*okba való felvételének pontos időpontja meglehetősen bizonytalan. Pólay álláspontja szerint az *iniuria*-tényállásokat a Kr. e. 3. század végétől datálhatjuk.[449] A neves magyar romanista által nem vizsgált szempontok alapján azonban pontosabb időtartamot is meghatározhatunk. Egyrészről 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 utóbbi szabály a merev archaikus szabályozás és a fizikai sérelmet már nem igénylő tényállások közötti átmeneti lépésnek tekinthető. Az általános jellegű *edictum* keletkezését a Kr. e. 3—2. század fordulójára tehetjük. Másrészről a *boni mores* jogi felhasználásáról tanúskodik Cicero (Kr. e. 106—43) Caecinus érdekében tartott,[450] 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.[451]

Harmadrészt ugyan 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,[452] tehát a Krisztus születése körüli években írhatta. Ekkor már az *edictum* nyilvánvalóan tartalmazta a *contra bonos mores* klauzulát, így megállapítható, hogy a speciális *iniuria*-edictumok[453] valamikor Kr. e 200. és 69. között keletkezhettek, de Kr. e. 10. körülre már mindenképp létrejöttek.

Az a tény, hogy a praetor felhasználta ezt a klauzulát, azt engedi feltételezni, hogy a rómaiaknak, részben a *censor* tevékenységének köszönhetően, már meglehetősen határozott elképzelésük volt arról, mely cselekmények értékelendőek *contra bonos mores*ként.[454] A *mores* szabályozása az *edictum*okban történő proponálással részben kikerült a *censor* fennhatósága alatt álló *regimen morum*ból és *praetori iurisdictio* alá került, a *prisci mores*ból vagy *mores maiorum*ból

449 Pólay: *Iniuria*, 96.

450 A beszéddel kapcsolatban bővebben ld. Nótári Tamás: *Jogtörténeti adalékok Cicero Pro Caecinájához*, Collega, 2004/1, 48skk.

451 Cicero, *Pro Caecina*, 93.

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

453 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."

454 Zimmermann: *id. m*. 711[244].

a jogalkalmazás számára *boni mores* lett.[455] E folyamatról, azaz tulajdonképpen a *ius* és az ekkorra már szinte összefonódott *mos* és *fas* tárgyi hatályának időbeli változásairól enged következtetéseket levonni Gellius egy fejtegetése[456] a praetor és a *pontifex maximus* közötti hatásköri megosztásról.

Ennek tanúsága szerint az *adoptatio* praetori hatáskörbe tartozott,[457] míg az *arrogatio* a nép, azaz a *pontifex maximus* által elnökölt[458] *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)*[459], 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 *censor*i felügyelet, és egyfajta szubszidiárius jelleget öltött magára. A normaterületek határainak rögzítetlenségét 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.[460]

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.[461]

Cicero egyik beszédében a jogellenességet és az erkölcstelenséget állította párba: *quia contra ius moremque facta sit*.[462]

455 Arangio-Ruiz: *id. m.* 23, erre az időszakra datálta a *ius* önállóvá válását is.
456 Gellius 5, 19, 15.
457 Az *adoptio* folyamatában egyébként számos, rituális eredetű aktus figyelhető meg *(mancipatio, legis actio, vindicatio)*. A praetori fennhatóság alatt álló *adoptatió*ról egyébként Scipio is említést tett az erkölcsökről szóló beszédében. Ld. Gellius 5, 19, 16.
458 A *pontifex maximus* rangjára és hatáskörére vonatkozóan ld. Latte: *Römische Religionsgeschichte*, 195—198.
459 Gellius 5, 19, 15.
460 Gellius 5, 19, 15.
461 Varro, *De lingua latina* 6, 7.
462 Cicero, *Pro Caecina* 2.

Mint említettük, a *boni mores*-klauzula az *iniurá*val kapcsolatban került első ízben jogforrási szintre. Rögtön három praetori *edictum*ba is felvételt nyert, az *edictum de convicio*ba, az *edictum de adtemptata pudicitiá*ba és az *edictum de iniuriis quae servis fiunt*ba.[463] A jogtudomány ezzel egy időben megkezdte a felmerülő problémák vizsgálatát. Ennek legelső nyomait Labeónak (Kr. e. 54—Kr. u. 10) az *iniuriá*hoz kapcsolódó praetori *edictum*hoz írt kommentárjában fedezhetjük fel.[464] 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'.[465]

Valószínűleg Labeo még csupán eseti, kauzális jelleggel tett említést különféle *„adversus bonos mores"*-nak minősíthető cselekményekről, például a *conviciumr*ól,[466] az *adtemptata pudicitia*-ról és az állami tulajdonban álló rabszolga megkorbácsoltatásáról.[467] Az *edictum*hoz, illetve Labeo eredeti szövegéhez kapcsolódó további, definícióként is felfogható fragmentum már Ulpianus saját értelmezése lehet, így egy későbbi korszak terméke.[468]

Az *edictum de adtemptata pudicitia* is tartalmazhatta a *boni mores* klauzulát, legalábbis Ulpianus e feltételezést erősíti.[469] 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.[470]

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

463 Lenel, Otto: *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig: Bernhard Tauchnitz 1927[3], 400 (=191skk. §§). A negyedik *iniuriá*val kapcsolatos *edictum* nem tartalmazza a vizsgált klauzulát.
464 Mayer-Maly: *Contra bonos mores*, 159 és Zimmermann, Reinhard: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Clarendon 1996, 711.
465 Ulp. D. 47, 10, 15, 2. A szöveg hitelességét megerősíti Lenel: *id. m.* 400.
466 A *conviciumról* ld. bővebben Manfredini, Arrigo Diego: *La diffamazione verbale nel diritto romano*, I, Milano: Giuffrè 1979, 49skk.
467 Lab.-Ulp. D. 47, 10, 15, 3; eod. 15, 39.
468 Ulp. D. 47, 10, 15, 5.
469 Ulp. D. 47, 10, 15, 23.
470 Lenel: *id. m*. 400.

Praetor ait: 'Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. Item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo'.[471]

Többféle válasz adható arra a kérdésre, miért került sor a tárgyalt klauzula *edictumba* történő felvételére. A válasz korántsem irreleváns, hiszen szűkebb, formális értelemben ettől az aktustól számíthatjuk a jog és az erkölcs mindmáig tartó, mára már kibogozhatatlannak tűnő összefonódását.

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 és 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 arisztoteliánus és sztoikus filozófia valamint etika hatására ebben az időszakban jelent meg a *bona fides*, a *metus* és a *dolus* jogi kategóriája is.[472]

Az *exceptio doli* proponálását egy Cicero korabeli eset inspirálhatta.[473] A *cause célèbre* Cicero unokatestvére, Gaius Visellius Varro szónok nevéhez fűződött, a vita tárgyát dogmatikai szempontból egy *stipulatio* erkölcstelennek vélt *causá*ja képezte. A tényállás szerint Visellius halála esetére adósságtörlesztésnek álcázva háromszázezer sestertiust kívánt juttatni Otacilia Laterensis nevű szeretőjének, a tranzakció azonban a férfi váratlan gyógyulása miatt elmaradt.[474]

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*

471 Ulp. D. 47, 10, 15, 34.

472 Plescia: *id. m.* 277.

473 Zimmermann, Reinhard: *The Law of Obligations*, 710sk.

474 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.

fogalmain keresztül, hanem a mindennapi konkrét jogalkalmazás szintjén is összekapcsolódott.

A klauzula funkciója plauzibilis módon meghatározható. Amennyiben elfogadjuk Pugliese tételét, hogy az *iniuria* eredetileg azon aktusokra vonatkozott, amelyek nem jártak testi sérelemmel és nem hagytak fizikai nyomokat,[475] a klauzula azt a védendő társadalmi értéket jelentette, amelyet az aktus megsértett. Látszólag a külső sérelem hiányában, nem volt indok a korrekciós mechanizmusok beindítására. A praetor a legkézenfekvőbb, a *censor*i tisztség hanyatlása miatt éppen gazdátlanná való eszközhöz nyúlt, a *mores*hoz, amelyet a *boni* jelző segítségével olyan technikus fogalommá alakított, amely számára kényelmesen tág mérlegelési szabadságot biztosított. E feltételezést a rabszolga megkorbácsolásának esete erősíteni tűnik, 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 tágan megfogalmazott 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. Amint láttuk, jól illeszkedik az említett *edictum*ok korának regulációs viszonyaiba is.

Zimmermann szerint[476] 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.[477] A hiányt a *boni mores* klauzula pótolta. A neves német tudós nyomós indok nélkül együtt említi az *iniuria* és a *furtum t*ényállásait, jóllehet a források alapján valószínű, hogy a *boni mores* klauzula az *iniuriá*val összefüggésben legalább egy évszázaddal előbb megjelent, mint a *furtum* vonatkozásában.

A klauzula a lopással kapcsolatban a *mandatum* kontextusában jelentkezik először Gaius institúcióiban.[478] Másrészről az első általunk ismert *lex perfecta* a Kr. u. 4-ből származó *lex Aelia Sentia*.[479] Véleményem szerint a séma kialakulása feltehetőleg a klauzula megjelenésével párhuzamosan vagy azt követően

475 Pugliese: *id. m.* 10.

476 Zimmermann: *id. m.* 707.

477 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 vonatkoztatható.

478 Gai. 3, 157.

479 Kaser: *RP*, I, 250.

zajlott, így nem igazán lehetett annak kiváltó 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 joganyag logikai hiányosságait generális klauzulák és értéknormák beiktatásával kívánta pótolni.[480]

Véleményem szerint a *boni mores* ekkor még inkább konkrét tartalommal bíró szabályegyüttest jelölt, a társadalom egy jól körülírható egysége, a *familia*, illetve a *paterfamilias* vonatkozásában. Ulpianusnak az *edictum*hoz írott kommentárja arról tanúskodik, hogy az *adversus bonos mores* megvalósított fenyítést a családi viszonyok figyelembe vételével minősítették. Nem minden testi fenyítés *(verberare)* minősült ugyanis tiltottnak, a fegyelmezésből és javító szándékból történő büntetés elfogadott volt. Javító célzatú fegyelmezés megvalósulhatott például oktatás *(in disciplina)* közben[481], a családi viszonyokon kívül, ott azonban *boni mores*-ról 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 *Digestában* 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.[482]

Ha a rabszolga közérdeket sértett, a *magistratus* megbüntethette, cselekménye nem minősült *adversus bonos mores*-nak. Itt a klauzula említése arra utalhat, hogy a korbácsolásra a *familia* belső viszonyaiba való beavatkozás nélkül, közérdek alapján került rá sor.[483]

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

481 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.

482 Ulp. D. 47, 10, 15, 39.

483 Bonfante utal arra, hogy a rabszolga és a *filius familias* kezdeti hasonló pozíciója csak

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

3.4 A principátus kora

A *princeps*ek már a principátus kialakulásának kezdeti időszakában is erőteljes, közvetlen eszközökkel kísérelték meg a társadalom erkölcseit saját jogpolitikai céljaiknak megfelelő irányba terelni, általában inkább kevesebb, mint több sikerrel.[484]

Augustus ugyan háromszor elutasította a számára felajánlott, az erkölcsök felügyeletével még mindig szorosan összefüggő *censor*i tisztséget,[485] azonban sem ő, sem utóda, Tiberius (Kr. u. 14—37)[486] nem tekintette a cím formális viselését szükségesnek a családi-, illetőleg magánviszonyokba történő beavatkozáshoz. Ennek köszönhetően a *correctio morum* többé nem kapcsolódott kizárólagosan *censor*i tisztséghez, hanem egyike lett a császárok kiterjedt hatásköri jogosítványainak.[487] A diszkontinuitással szemben a kontinuitás bizonyítéka valamint a *censor*i 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)*[488] Augustus maga is hivatkozott:

Etiam libros totos et senatui recitavit et populo notos per edictum saepe fecit, ut orationes Q. Metelli 'de prole augenda'.[489]

az állam szempontjából állt fenn, a római család kívülről nézve egységes szerkezetének köszönhetően. Ld. Bonfante, Pietro: *Istituzioni di diritto romano*, Torino: G. Giappichelli 1957[10], 171.

484 Guarino: *Diritto privato romano*, 392.

485 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*.)

486 Tib. 33, 2; 42, 3.

487 Grelle, Francesco: *La 'correctio' morum nella legislazione flavia*, in: ANRW II 13 (1980), 345.

488 Gellius 1, 6.

489 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.

Az első *princeps* tudatosan vállalta fel az erkölcsi szféra szabályozását, ezzel a jogi és erkölcsi kérdések szabályozása ugyanahoz a hatalmi tényezőhöz került.[490] A jog és az erkölcs ezen egysége azonban már minőségileg eltér az archaikus korszakban megfigyelt egségtől. Ez már egyértelműen a jog primátusa alatt, annak eszköztára és kenyszerítő mechanizmusai révén jött létre, és fogalmai is inkább megfelelnek modern elképzeléseinknek.

Vespasianus (Kr.u. 69—79) uralkodása alatt tovább folytatódott egyes erkölcsileg kifogásolható magatartások, a *libido* és a *luxuria*[491] elleni jogpolitikai küzdelem. A korszak ilyen tárgyú *senatusconsultum*ai, például a *filius familias*oknak nyújtott pénzkölcsönök szigorításáról szóló *SC Macedonianum*,[492] vagy a nemi erkölcsöket érintő *SC Claudianum* világosan jelzik ezt a tendenciát. Érdekes ugyanakkor, hogy ezen erkölcsi tárgyú jogforrások, legalábbis ránk hagyományozódott formájukban, nem tartalmazzák a klauzulát. Ez is megerősíti azon feltevésünket, hogy a *boni mores* nem általában az 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 ítélt halálra három, szüzességi fogadalmát megszegő Vesta-papnőt, Varronillát és az Oculatae nővéreket.[493]

Az irodalmi forrásokban igen ritka a *boni mores*ra tett utalás, amely a kifejezés jogi szaknyelvi, technikus jellegét bizonyítja. Ha elő is fordult, többnyire a jogi szférára utalva használták, mint például Seneca[494] vagy Quintilianus.[495] Tacitus (Kr.u.55? —117?), a germán törzsek házassági és családi szokásait jellemezve szembeállítja a vélhetően szokásjogként felfogott jó erkölcsök fogalmát az írott törvényekkel:

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

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

492 Datálására nézve ld. Benedek Ferenc: A senatusconsultum Macedonianum célja és keletkezési körülményei, in: *A pécsi egyetem jubileumi évkönyve*, Pécs: JATE 1975, 29—47.

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

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

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

[…] *Numerum liberorum finire aut quemquam ex adgnatis necare flagitium habetur, plusque ibi boni mores valent quam alibi bonae leges.*[496]

Az ebben a korszakban a *contra bonos mores* klauzula használatában beállt változás lényege, hogy a korábban csak konkrét jogellenes magatartások vonatkozásában használt formulát elkezdték alkalmazni egyes elvont jogügyletekben is. Vélhetően először éppen azon ügyletek kapcsán, amelyek tárgya *iniuria* volt,[497] legalábbis erre enged következtetni egy, a későbbiekben részletesen tárgyalt Gaius-fragmentum, amely az *iniuriá*ra vonatkozó megbízásokról szól.[498] Már ilyen értelemben, a jogügyletek körében tartalmazta a kitételt Iulianus *stipulatió*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.[499]

A saját korában is a legnagyobbak között számon tartott jogtudós ezt a megállapítást Urseius Feroxhoz írt művének második könyvében tette meg. Iulianus Tiberius és Vespasianus császárok alatt működött, akik, mint láttuk, erőteljes jogalkotási tevékenységet fejtettek ki egyes erkölcsileg érzékenyen területeken. A fenti fragmentumban így nem kell feltétlenül interpolációra gyanakodnunk sem a klauzula, sem annak jogkövetkezménye, az érvénytelenség vonatkozásában.[500] 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*[501] fordulattal élt. A későbbiekben,

496 Tacitus, *De situ Germaniae* 19.

497 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.

498 Gai. 3, 157.

499 Iul. D. 45, 1, 61.

500 Más megfontolások alapján Knütel is arra az álláspontra jutott, hogy a szankcióként alkalmazott érvénytelenség esetenként már a klasszikus korban is kiterjedhetett a *stipulatió*kra, ld. Knütel, Rolf—Kaser, Max: *Römisches Privatrecht*, München: Beck 2005[18], 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 erőtlenítette el. Ld. Kaser: *RP*, I, 251.

501 Cels. D. 45, 1, 97, 2.

Papinianus[502] és Paulus[503] munkásságában viszont találkozhatunk a házassággal kapcsolatos, kifejezetten *contra bonos mores stipulatió*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 természetszerűleg az akaratszabadság részleges feladásával jár. Mind a házasság, mind a hagyaték felosztásának kérdése érinti azonban a familia ősi, belső rendjét.[504]

Bonae fidei obligatio körében csak Gaius[505] működése idején találkozunk először a *boni mores* klauzulával, a *mandatum* kapcsán, de az ilyen típusú jogügyletek *boni mores*-on alapuló felülvizsgálata már korábban megkezdődhetett.[506]

Elképzelhető, hogy töredékes forrásanyagunk nem a valóságos kronológiai sorrendet tükrözi. Valószínű, hogy az *ex fide bona* kitétel fejlődéséhez hasonlóan,[507] a klauzula elsőként a *bonae fidei* kötelmek kapcsán merült fel, és csak eztán terjedt ki a *stricti iuris contractus*okra.[508] 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* kötelmet közvetlenül azokhoz a *delictum*okhoz kapcsolta, ahol a klauzula eredetileg megjelent.

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. [509]

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.[510] Szintén Ulpianusnak köszönhetően tudjuk, hogy Pomponius szerint a magisztrátus akkor él vissza hatalmával *contra bonos mores,* ha a halállal

502 Pap. D. 45, 1, 121, 1.

503 Paul. D. 45, 1, 134pr.

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

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

506 Mayer-Maly: *Contra bonos mores*, 166.

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

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

509 Gai. 3, 157.

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

vagy korbácsolással fenyegetőzve pénzt csikar ki a megfélemlített személyből.[511] Említésre érdemes, hogy ebből a korszakból ez az egy közvetett említésünk van az *iniuria publica*ra.

A klauzula fejlődéstörténetében a következő nagy jelentőségű változást az jelentette, hogy már nem egyes konkrét jogügyletek (például a *salarium procuratori*[512] vagy a *donatio*[513]) kapcsán, hanem alacsonyabb *(condicio*[514]*)* vagy éppen magasabb absztrakciós szinten *(bonae fidei iudicium*[515]), generális jelleggel kezdték el használni.[516] Az általánosítás úttörő jelentőségű, a klauzula későbbi fejlődését mindmáig meghatározó első lépését minden valószínűség szerint Papinianus tette meg:[517]

Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.[518]

A klauzula első alkalommal történt generális jellegű alkalmazásának időpontját 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 *constitutió*ja tanúskodik:

Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est.[519]

Valószínűsíthető továbbá, hogy a Kr. u. 2. század derekán alkotó Pomponius még csak eseti jelleggel hivatkozott a jó erkölcsökre, a Digesta kompilátorainak egy sajátságos, másképp nemigen magyarázható szerkezeti megoldása legalábbis erre utal. A Digesta negyvenötödik könyvében ugyanis Ulpianus[520]

511 Ulp.-Pomp. D. 4, 2, 3, 1.

512 Pap. D. 17, 1, 7.

513 Pap. D. 39, 5, 29, 2.

514 Pap. D. 28, 7, 15.

515 Pap. D. 22, 1, 5.

516 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.

517 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 guiridico di Papiniano*, Bari: Cacucci 1996, 336—348.

518 Pap. D. 22, 1, 5.

519 C. 2, 3, 6.

520 Az Ulpianusnál szereplő *turpes* kifejezés a *contra bonos mores* szinonímájának tekinthető. Ld. Siber, Heinrich: *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches*

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:[521]
Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari.[522]
Figyelemreméltó, hogy a Pomponius által adott példák már az ősi *ius civile* által is tiltott szakrális bűncselekménynek (*crimen*nek) voltak. A jog erkölcsi tételekkel való átitatódása már Ulpianus korában arra az eredményre vezetett, hogy azokban az esetekben is hivatkoztak az erkölcsi szabályokra, ahol kifejezett törvényi tilalom is fennállt.[523]
A törvényellenesség és a jó erkölcsökbe ütközés keveredése figyelhető meg egy sokat idézett Papinianus-fragmentumban is:
[…] *nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*[524]
Nem elhanyagolható körülmény, hogy a fenti általános érvényű tétel egy végrendeleti feltétellel kapcsolatban került rögzítésre és ezáltal 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 […][525]
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, *existimatió*t és *verecundiá*t átfogó, általános fogalom.[526] Az imént ismertetett, a fogalom

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.

521 Ulp. D. 45, 1, 26.

522 Pomp. D. 45, 1, 27pr.

523 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.

524 Pap. D. 28, 7, 15.

525 Pap. D. 28, 7, 15.

526 Ez a szerkesztési technika akár interpolációra is utalhat. Nem a struktúra, hanem a

változásaira vonatkozó ismereteink birtokában nincs okunk rá, hogy a fragmentum e két részletét interpoláltnak tartsuk.[527]
A valódi problémát nem önmagában az erkölcstelen feltétel, 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 lényegében 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,[528] állítja Papinianus, és ami jogellenes, azt tisztességes emberként lehetetlennek kell tekintenünk. Egyértelműnek tűnik, hogy e lehetetlenség jogi természetű,[529] és hogy a fragmentumban szereplő *„nec facere nos posse"* fordulat 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 olvasata[530] szerint a római jellemfelfogással magyarázható, hogy a szövegben összemosódik a lehetetlenség és az erkölcstelenség kategóriája.[531] A fragmentumhoz az alábbi megjegyzést fűzte: „Erkölcsi alatt pedig azt értem, ami egy tisztességes ember

szóhasználat alapján Kaser, Max: *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klasischen römischen Recht*, ZSS (Rom. Abt.) 60 (1940), 149. teljes egészében interpoláltnak tartja a szöveget. A *dixerim* kifejezés szerinte nem illik a törvényhozó szájába. Biondi: *DRC*, 49[1], szerint Kaser nem érvei nem meggyőzőek.

527 Azonos véleményen van Wieacker, Franz: *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1960, 334sk. Eltérő álláspontot volt Schulz: *Geschichte*, 298.

528 Ld. még a tárgyalt Call. D. 48, 7, 7-t is.

529 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.

530 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 fordító Stein, Peter: *A római jog Európa történetében*, Budapest: Osiris 2005, 141-hez írt jegyzetében.

531 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.

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."[532]

Nem szabad feltétlenül engednünk azonban annak a kísértésnek, hogy Papinanius kijelentése mögött mindenáron tudatos dogmatikai vagy társadalmi üzenetet keressünk. Lübtow a fragmentumot egyszerűen Papinanus önvallomásaként fogta fel.[533] Szerinte a Caracalla önkénye ellen küzdő jogtudós nem volt hajlandó legitimizálni a császár Getával szemben elkövetett gyilkosságát, és ezen dilemmájára utalva is írhatta 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, Babusiaux Kr. u. 197/8-211 közé datálja a szöveget.[534]

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 cselekményt ugyan elvégezhetjük, de aktusunk nem váltja ki a kívánt eredményt, azaz egyfajta moderált, „eredményesen nem lehetséges" álláspontot képviselt.[535] Kaser a klauzulát rétorikai eredetűnek tartotta, megjelenését a rómaiak magas erkölcsi nívójával magyarázta. Ő a „nem szabad" értelmezést Paulus szavai nyomán mindenképp kizárta: *non omne quod licet honestum est*.[536] Azaz az erkölcstelen cselekmény ugyan szabad

532 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.

533 Lübtow: *De iustitia et iure*, 159.

534 Babusiaux, Ulrike: *Papinians Quaestiones zur rethorischen Methode eines spätklassischen Juristen*, München: Beck 2011, 5-7.

535 Guarino: *Diritto privato romano*, 384skk.

536 Paul. D. 50, 17, 144pr.

(licet), de egy *bonus vir*[537] számára tisztességtelensége okán a lehetőségek köréből kizártnak tekinthető.[538] Álláspontját az alábbi korrekciókkal fogadhatjuk el.

Számos esetben tapasztalhatjuk a korabeli forrásokban, hogy a *non posse* kifejezést akkor is használják, ha a kérdéses cselekmény törvénybe ütköző.[539] 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 nem a jogszabállyal nem tiltott *(licet),* és ezért akár elkövethető 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. Érdemes eddigi megállapításainkat egy egyszerűen áttekinthető táblázatba rendezni:

	LICET	NON LICET
SECUNDUM BONOS MORES/ HONESTUM	*„Quod rei publicae venerandae causa secundum bonos mores fit…"*[2]	Elméletileg elképzelhető eset, például egy erkölcsös magatartást megtiltó jogszabály esetében.[3]

537 A bonus vir fogalma megjelenik Cato, *agr* 149, ahol Cato a legelők bérbeadásához nyújt bérleti formulát. A fragmentumról bővebben ld. Pozsonyi Norbert: *Zálogjog a szerződési okiratok tükrében. Kauteláris praxis a preklasszikus és a klasszikus korszakban*, Szeged: SZTE 2012, PhD értekezés (kézirat), 26sk. Elérhető: http://doktori.bibl.u-szeged.hu/1641/1/Pozsonyi_Norbert_Ertekezes.pdf. Ld. továbbá Jusztinger János: *A vételár meghatározása és szolgáltatása a konszenzuális adásvétel római jogi forrásaiban*, Pécs: PTE 2012, PhD értekezés (kézirat), 86. Elérhető: http://doktori-iskola.ajk.pte.hu/files/tiny_mce/File/Archiv2/jusztinger/jusztinger_ertekezes_nyilv.pdf

538 Kaser: *RP*, I, 197.

539 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.*

CONTRA BONOS MORES	*„non omne quod licet honestum est”*[4]	Ld. a speciális *iniuria-edictum*okat.

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-edictum*ok) 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 feltételezésünket, 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. Pusztán a törvény megsértésére motiváló feltétel elegendő már ahhoz, hogy mind a feltételt megszabó, mind az azt elfogadó személy méltóságát sértse.[540] Hasonló gondolattal találkozhatunk egyébként Iustinianus császár törvényerőre emelt tankönyvében, az *Institutiones*-ben is, a *sanctio* szó eredetének ismertetése kapcsán.[541] A forráshely szerint a törvénynek a törvényszegővel szemben büntetést előíró része, a szankció, a sérthetetlen dolognak (*res sanctae*nak) felfogott városfalakról *(muri sancti)* kapta a nevét. A konkrét fizikai akadályt képező városfal és az elvileg testi korlátot nem jelentő, ezért potenciálisan áthágható normabeli diszpozíció úgy hasonul egymáshoz, mint említett rosszra való képtelenségünk idealitása és ennek ellenére megvalósított jó erkölcsökbe ütköző cselekedeteink realitása.

Lényeges szempont, hogy a végrendelet érvénytelenítésével a jó erkölcsökbe ütköző cselekedet megvalósító fiúgyermek nem esett el teljesen az atyai örökségtől, hiszen mint törvényes örökös — az esetleges további örökösök mellett — mégis jogos örökrészéhez juthatott. A *boni mores*-on lapuló praetori beavatkozás nem egyfajta moralizáló büntetés volt, hanem az igazságos eredmény megvalósulását biztosító jogtechnikai eszköz.[542]

540 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. Az idézés Weischedel, Wilhelm (Hrsg.): *Werke in zwölf Bänden*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1968-as kiadása alapján történt.

541 I. 2, 1, 10.

542 Erről részletesebben ld. Deli Gergely: *Egy halálos rejtély nyomában. A Papinianus D. 28, 7, 15 újraértelmezése*, Jog, Állam, Politika 1/5 (2013), 76—80.

Papinianus 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,[543] amely az alábbi, a *decretum divi Marci*ról szóló fragmentumban is előfordul:

[…] *non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere.*[544]

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 Papinanus egyszerűen jogellenességre gondolt, mikor a kérdéses fordulatot írta. A feltétel amellett, hogy *contra bonos mores*-nak minősült, még valamely szenátusi határozat vagy egy császári rendelet kifejezett szabályába is 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 érzékelte a kétféle kategória közötti különbséget, és a *mos maiorum* kifejezést használta, ha a jognak mellérendelt normaegyüttesre kívánt utalni,[545] 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.[546]

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

543 Mayer-Maly: *Contra bonos mores*, 162.

544 Call. D. 48, 7, 7.

545 Pap. D. 1, 21, 1, 1.

546 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 láthattunk. Itt a Papinianus-fragmentumhoz a Marcianus által megfogalmazott jogkövetkezményt fűztek: *nam ei ut indigno aufertur hereditas*. Ld. D. 39, 5, 29, 3.

való függetlenség volt.[547] 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 jelenség[548] figyelhető meg Tryphoninusnál,[549] 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 értékmezejében merül fel a *boni mores* az alábbi, a házasság tisztaságával kapcsolatos esetben is. A kifejezés kivételesen pozitív formában, a jog által is támogatandó értékként 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.[550]

A fragmentum tanúsága szerint a férj ígéretet tett feleségének, hogy 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 megfogalmazott jogtudósi vélemény alapján a jogvitát a következő probléma képezhette: *boni mores*ba ütközik-e az erkölcsös magaviselet tanusítására adott ígéret? A jogtudós válasza: *nihil causae*. Papinianus a hagyományokra tekintettel a *matrimonium* tisztaságát tartotta a jó erkölcsöknek 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.[551] 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:

547 Honsell, Heinrich—Mayer-Maly, Theo—Selb, Walter: *Römisches Recht*, Berlin—Heidelberg—New York—London—Paris—Tokyo: Springer 1987[4], 60.

548 Bővebben ld. Honsell—Mayer-Maly—Selb: *id. m.* 60.

549 Tryph. D. 16, 3, 31pr.

550 Pap. D. 45, 1, 121, 1.

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

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

Papinianus is szükségesnek érezte megmagyarázni, miként 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 kötelezettségvállalás esetében a büntetéssel való fenyegetettség *(metus)* jelenléte, amely alatt a korszak terminológiájának megfelelően nem *vis absolutá*t, 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.[552]

A *procurator*ral történő, a pernyertesség esetén várható haszon megosztásáról szóló megállapodás erkölcstelennek minősült. Az ilyen típusú megállapodások *ipso iure* infamáltak,[553] tehát súlyosan érintették az érintett személy *reverentiá*ját.

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. [554]

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*[555], valamint a *boni mores* képezték, amint az a fenti fragmentumból is kitűnik *(fidem adhiberi placitis oporteat)*.[556]

Papinianus munkásságában két jelentős újítást fedezhettük fel. Egyrészt nagy valószínűséggel ő teszi a *contra bonos mores* klauzulát általános jellegűvé, másrészt az ő szövegeiben tapasztalhattuk először, hogy az erkölcstelenség nem a jogügylet egészéhez, hanem csak annak egyik alkatrészéhez, a *condició*hoz kapcsolódott. Ennek a későbbi évszázadokban, de még a jogügyleti tan újkori kibontakozása előtti időszakban jelentős dogmatikai következményei lesznek.

552 Pap. D. 35, 1, 71, 1.

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

554 Pap. D. 17, 1, 7.

555 Paperi, Oscar: Considerazioni sull'origine del 'procurator ad litem', in: *Cunabula iuris, Studi storico-giuridici per Gerardo Broggini,* Milano 2002, 382.

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

Az eredeti gondolatokban kevéssé bővelkedő[557] Paulus két szempontból is hivatali felettese,[558] Papinianus nyomdokaiba lépett. Szintén elítéli a házasságkötés szabadságát korlátozó *poená*t és foglalkozik a *contra bonos mores condició*kkal is:

Condiciones, quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt,[559] *veluti 'si ab hostibus patrem suum non redemerit', 'si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit'.*[560]

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.[561]

Papinianushoz hasonlóan Paulus is az akaratszabadság korlátozása miatt tartotta a *poená*t problematikusnak házasságkötés esetén:

Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio 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.[562]

A fragmentum mélyebb elemzése első olvasatra talán nem szembeötlő eredményekre vezet. A római házasság a felek tartós egyetértésére (azaz tartós *affectio maritalis*ra) épült. Paulus talán éppen ezért hangsúlyozta, hogy a felek

557 Ld. Guarino, Antonio: *Storia del diritto romano*, Napoli: Jovene 1996[11], 490, valamint Kunkel, Wolfgang: *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln—Weimar—Wien: Böhlau 2001, 244sk.

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

559 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 *turpitudó*ra, *impendium*ra, *turpis*ra való utalás törlendő, gyengíti Gai. D. 36, 1, 65, 7.

560 Paul. D. 28, 7, 9.

561 PS 3, 4, 2.

562 Paul. D. 45, 1, 134pr.

gyermekeik összeházasításának kérdésében csupán a házasság megkötésekor *(tempora matrimonii)* értettek egyett, 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 kötött-e meg saját házasságát, hogy fia házasságát, és így kedvezőbb anyagi helyzetét biztosítsa. Ha így történt, nemcsak a gyermekek, hanem Titia és Gaius Seius házassága is erkölcstelen előfeltevéseken alapszik. A fragmentum végén szereplő kitétel *(sive futura sive iam contracta)* ennek tükrében a következőképp értelmezhető: a jövőbeli házasság a gyermekek, a már megkötött házasság Titia és Gaius Seius házasságára utal. A fragmentum másik érdekessége, hogy Paulus a *non secundum bonos mores* kitételt az *inhonestum* nyelvi megfelelőjeként kezelte.

A már emlegetett *edictum*ok képezték a fejlődés kiindulópontját a klasszikus korszakban is. Az evolúció két eltérő irányban indult meg. A személyes sérelmekkel (a *contumeliá*val és az *adtemptata pudicitiá*val) kapcsolatos *edictum*okból 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.[563]

A mondat szerkezete meglehetősen zavaros, tartalma mégis világos: a személyt ért sérelem akkor lehet *secundum bones 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 *edictum*ban még csupán a rabszolga megkorbácsoltatása sérthette a „köznyugalmat", azaz lehetett *iniuria contra bonos mores*. Paulus már tágította az idetartozó esetek körét. *Iniuria publica* lett az is, ha a trágya

563 Paul. D. 47, 10, 33.

kellemetlen szagával mások életterét megzavarták, ha sárral bepiszkították, ha a vezetékeken szállított vagy a vízgyűjtőben tárolt vizet beszennyezték.[564] Sőt, Paulus általános jelleggel minden a „köznyugalmat" sértő cselekményt szigorúan büntetendőnek tartott: *quidve aliud ad iniuriam publicam contaminaverit: in quos graviter animadverti solet.* [565] 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 (nyomósabb) érdekében.[566]

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 esetkörről lenne szó.[567] A magisztrátus a *ius licitum* (ebben az esetben valószínűleg a *ius civile* szinonímája) és a *ius honorarium* alapján bizonyos, erőszakkal, mások sérelmével járó aktusokat megengedhetett magának.[568] 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 iudicumok*tól mint a kényszer és megfélemlítés *(vis atque metus)*. Az ellenkező bizonyítását contra bonos moresnak minősítette.[569]

Amíg Papinianus általánosító megállapítása a *bonae fidei iudicium* tárgyára, azaz a jó erkölcsökbe ütköző szolgáltatásra vonatkozott, Ulpianus a klauzulát egy semmisséggel járó akarathibával (tulajdonképpen a *vis absolutá*val) kapcsolta össze. A szigorú jogkövetkezmény a *comprobare* ige használatából valószínűsíthető. Ez arra utal, 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:[570]

Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est. [571]

564 Paul. D. 47, 11, 1, 1.
565 Paul. D. 47, 11, 1, 1.
566 Consult, 2, 5, 2.
567 Ezt a nézetet erősíti Mayer-Maly: *Contra bonos mores*, 159 is.
568 Ulp. D. 4, 2, 3, 1.
569 Ulp. D. 50, 17, 116pr.
570 Ulp. D. 16, 3, 1, 7.
571 Ulp. D. 16, 3, 1, 7.

A fragmentum a praetori *edictum*hoz írt kommentárjából, a *depositum* tárgyköréből származik. Ulpianus egyrészt kizárta a felek diszpozíciójának lehetőségét a szándékos szerződésellenes magatartás vonatkozásában,[572] másrészt összekapcsolta benne a *bona fides* és *boni mores* kategóriáit. Megfogalmazásából úgy tűnik, e két utóbbi fogalom önállójelentéstartalommal, de legalábbis részben közös értelmezési tartománnyal bírt.[573] 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).[574] 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 úgy minősült át általános szabállyá, hogy az eredeti, ulpianusi szövegösszefüggésből kiemelték.[575] Erre utal a fragmentum meglehetősen kazuisztikus kontextusa is.[576]

A *dolus*ért való felelősséget általában nem lehetett kizárni. Ha azonban a sértett féllel szemben a *dolus*t annak apja vagy *patronusa* követte el, az – néhány kivételtől eltekintve[577] – nem védekezhetett *exceptio doli*val, sem más famózus jogsegéllyel. A szülő vagy *patronus* „jóhírét" *(opinionem apud bones mores)*[578] fia vagy libertinusa nem kezdhette ki, a *boni mores* társult a *reverentia* és a *honor* fogalmaival. A *libertinus* és *patronus*a viszonylatában ez a szabály

572 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.
573 A generális klauzulák átfedésének prolémájához 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, 2004[6], 264.
574 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 igyekezett tőle megszabadulni, hogy ezzel megszabaduljon a szégyentől *(pudore exsolvant)*, amely az ilyen szégyentelen nyeremény révén reá háramlott.
575 A részlet eredetileg az előtte álló fragmentumhoz tartozott. Ld. Lenel, Otto: *Palingenesia iuris civilis,* Lipsiae: Bernhard Tauchnitz 1888, reprint Aalen: Scientia 2000, 889.
576 Az előtte és utána álló fragmentumok a *depositum*mal, illetve a *locatio conductió*val kapcsolatosak. Ld. Ulp. D. 16, 3, 1, 6 és 8.
577 Az *exceptio pecuniae non numeratae* például megengedett volt. Ulp. D. 44, 4, 4, 16.
578 Ulp. D. 44, 4, 4, 16.

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 *reverentiá*jára. A felek mégis érvényesíthették a *dolus*ért való felelősséget akkor, ha a *stipulatió*ba felvették a *clausula doli*t. Hiszen e klauzulából nem az infamáló *actio de dolo*, hanem az ilyen szempontból ártalmatlan *acti ex stipulatu* származott.

Mint korában láthattuk, nagyrészt Ulpianusnak köszönhetően ismerjük az idevágó praetori *edictum*ok szövegét is.[579] A jogtudós több ízben értelmezte e jogforrások szövegét, a *convicium* kapcsán 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. Ez a tényállás akkor valósult meg, ha szitkozódás valakit sért, vagy gyűlöletet ébreszt.[580] Az általa használt *quaeque* kifejezés az osztályozások, rendszerezések esetén volt használatos. Nála is egyfajta *partitió*t vezetett be, amely a fogalommeghatározás gyakori módja volt. E magyarázatra azért lehetett szükség, mert a Papinianus óta már általános jelleggel használt klauzula tárgyi hatályának határai nem lehettek világosak. Ulpianus azt is egyértelműen leszögezte, hogy a cselekmény megítélése 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.[581]

A *blanda oratio* kapcsán egy elhatárolási problémával is szembesült. Igaz ugyan, hogy nyájas beszéddel is megsérthető a másik személy, ha a szavak a másik szeméremérzetére vonatkoznak, mégsem *convicium*ról hanem *adtemptata pudicitiá*t állapított meg.[582] A *boni mores*-ra való hivatkozás, a *vociferatió*hoz hasonlóan, ez esetben is a tilalmazott és megengedett cselekmények közötti különbségtételt szolgálta. Nem mindenkire vonatkozott az *edictum*, aki a másikat követte vagy őt megszólította, hiszen azt tréfából vagy tisztességes célzattal is tehette:

579 Ulp. D. 47, 10, 15, 2; Ulp. eod., 15, 34.
580 Ulp. D. 47, 10, 15, 5.
581 Ulp. D. 47, 10, 15, 6.
582 Ulp. D. 47, 10, 15, 20.

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.[583]

Hasonló a helyzet a rabszolga megkorbácsoltatása kapcsán is. Itt csupán az *adversus bonos mores* fenyítés számított jogellenesnek, a javító, nevelő szándékú nem. A jogvita kapcsán a már ismert hierarchikus értékrenddel találkozunk. Ha a *muncipialis 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.[584]

A klauzula funkciója 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.[585]

A hibás birtoklás megállapításához erőszakos birtokbalépés vagy két követelmény teljesülése volt szükséges: egy szubjektív, célzatos az elkövető szándékosságára utaló *(aptatus et praeparatus venit)* és egy objektív, a különböző tényállások közötti differenciálásra lehetőséget adó momentum *(conra bonos mores)* fennállása.

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 korábbról, 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

583 Ulp. D. 47, 10, 15, 23.
584 Ulp. D. 47, 10, 15, 38.
585 Ulp. D. 43, 16, 1, 28.

id pactum esse melius est dicere, quippe cum contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, id esse apparet. [586]

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* kitételt. A jó erkölcsökbe ütközés egyébként ez esetben a férjjel szemben tanúsítandó *reverentia* sérelme miatt valósult meg.[587]

Marcianus *Institutiói*ban több vonatkozásban is eltér Papinianus korábbi, végrendeleti feltételekre vonatkozó álláspontjától. A legfontosabb különbség, hogy míg Marcianus csak a kérdéses *condiciót* tartotta törlendőnek *(pro non scriptis habentur)*, addig 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 bones 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.[588]

E felsorolás két fő részre bontható. Az elsőbe a *prima facie* jogellenes *conditió*k 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,[589] inkább egyszerű, példálódzó jellegű felsorolásnak, hiszen például a nevetséges ügyek *(derisoriae)* kategóriája is helyet kapott benne. Ráadásul nem egyértelmű, hogy az ezekben szereplő jó erkölcsök mennyiben különböznek a többek által szintén jogforrási jellegűnek felfogott *mores maiorum*-tól.[590] 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. [591]

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

Az ezt követő 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 Consultatióban illetőleg Gaiushoz kapcsolódóan Iustinianus *Insitutiones*ében fordul elő.

A császári rendeletek bizonyos szempontból az eddigi fejlődés összegzésének is tekinthetőek. 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.[592] Elsőként Gordianus császár Kr. u. 241-ből származó, a *Consultatióban* áthagyományozódott rendelete említendő, amely a jó erkölcsökbe ütköző *pactum*okat általános jelleggel fosztotta meg érvényességüktől:

Pacta, quae contra bonos mores interponuntur, iuris ratio non tuetur.[593]

Diocletianus rendeletei között kazuisztikus jellegű és általánosabb érvényű, a jó erkölcsökre vonatkozó[594] rendelkezésekkel is találkozhatunk. Közös e fragmentumokban, hogy a *contra bonos mores* klauzula a jogügyletek körében

586 Ulp. D. 24, 3, 14, 1.

587 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 szemérmetlenséget feleségétől.

588 Marc. D. 28, 7, 14.

589 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 értelmezendőek. Megerősítőleg Lévy, Jean-Philippe—Castaldo, André: *Histoire du droit civil*, Paris: Dalloz 2002, 826.

590 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.

591 Marc. D. 30, 112, 3.

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

593 Consult. 9, 10.

594 Consult. 4, 9sk.

és elvontabb formájában, jogellenesség értelmében jelenik meg bennük. Kr. u. 293 áprilisában Maximianus társcsászárral közösen kiadott rendelete értelmében:

Litem te redemisse contra bonos mores precibus manifeste professus es, cum procurationem 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 erkölcsökbe ütközően cselekedett az, aki tevékenységéért meghatározott összeget kért, ezért vállalni kellett bizonyos kellemetlen következményekkel járó joghatásokat *(reprehensio)*. Megtagadták a *petitió*t akkor is, ha *pactum*ban valamely *crimen* alapján történő vádemelés elmaradásáért cserébe pénzfizetésről állapodtak meg.[595] A *boni mores*-ról ez esetben nem esik kifejezetten szó, a fragmentumban szereplő *crimen* alá közüldözéssel sújtott és nem a sértett mérlegelése alapján megítélendő cselekmények tartoztak. A kérelmet a hivatalnok jogellenes *(non liceat)* megvesztegetése, és nem a jó erkölcsök sérelme miatt kellett elutasítani. Erre utal a *'paciscere'* ige használata is, hiszen ilyen törvényellenes célra valódi szerződést a *bona fides* alapkövetelménye miatt nem lehetett kötni.

Egy hónappal később, egy 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 mondta ki:

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.[596]

Erre a rendeletre 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.[597]

Ezzel szemben konkrét jellegű az a rendelet, amely szerint a kéjnőnek kifizetett díjazás nem perelhető vissza erkölcstelenség címén, mivel mindkét felet szégyenteljes célok vezérelték *(utriusque turpitudo versatur)*. A díjazásra tett

595 C. 8, 37, 9, 2.
596 C. 8, 38, 4.
597 Consult. 4, 9; ld. még Consult. 4, 10.

ígéret alapján sem lehet perelni, hiszen ebben az esetben a *stipulatió*ban ígért pénzösszeg *causája,* a szexuális szolgáltás minősült erkölcstelennek:

[…] *ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones iuris auctoritate demonstratur.*[598]

Egyéb későklasszikus jogforrások, elsősorban Paulus *Sententiae*-i is tartalmaztak a *boni mores*ra vonatkozó, többnyire általánosító jellegű kijelentéseket. Mind a jogügyleti körben, mid azon kívül alkalmazták a klauzulát. Általános jelleggel, jogellenesség értelemben a törvényellenességet egészítette ki az alábbi fragmentumban:

Neque contra leges neque contra bonos mores pacisci possumus.[599]

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

Condiciones 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.[600]

Paulus ezen – egyesek szerint a vulgárjogi átdolgozások miatt kevésbé megbízható[601] – *sententiájá*ban feltűnő, hogy a jogi szféra *(leges et decreta principum)* és a jó erkölcsök kategórája határozottan, a *vel* szócska használatával elkülönül egymástól. A *boni mores* valamiféle szubszidiárius, jogon kívüli értékmérőnek tűnik, amely egyes, egyébként nem törvényellenes cselekményeket is érvénytelennek minősített. A megadott példákból a házasulás feltétele *(si uxorem non duxeris)*, a gyermektelenség *(si filios non susceperis)* a császári rendeletek, az emberölés *(homicidium feceris)* pedig a régi *ius civile* hatálya alá tartozott. A nevetséges ruha viselése és hasonló esetek *(larvali habitu processeris et his similia)* pedig a jó erkölcsök ellen való magatartásnak minősültek. Ez utolsó tényállás egyébként a szűkebb értelemben felfogott *iniuria* körébe sorolható.

598 C. 4, 7, 5. A forráshelyhez ld. Benedek Ferenc: *Jogalap nélküli gazdagodás jogellenes és erkölcstelen magatartásokból a római jogban*, Pécs: PTE Dolg. XV, 1984.
599 PS 1, 1, 4. Ugyanezen szabály áthagyományozódására ld. még Consult. 7, 4.
600 PS 3, 4b, 2. Siber: *id. m.* 418, a fragmentum alapján elkülöníti az erkölcstelen és nevetséges feltételeket. Fejtegetéséből azonban nem világos, milyen alapon tart egyes eseteket erkölcstelennek másokat pedig nevetségesnek.
601 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 formaságokat:
Prodigus recepta vitae sanitate ad bonos mores reversus et testamentum facere potest et ad testamenti sollemnia adhiberi potest.[602]
Már egyértelműen a konkrét értelemben vett *iniuria* tényállásokhoz kapcsolódik a *contra bonos mores*, egyes 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.[603]
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 takart, sokkal inkább a jogi szabályozás legitimációs bázisát jelentette, azaz a modern felfogáshoz közelített:
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.[604]
Plescia szerint is ebben az időszakban alakult ki mindmáig ható érvénnyel a jó erkölcsöknek megfelelő magatartás mércéje.[605] A már szinte teljes mértékben szekularizált jogtudomány a *boni mores* viszonyítási alapjává a közérdeket, az *utilitas publicá*t, vagy másképp *utilitas pluriumo*t tette.[606] A harmadik századtól kezdve a *boni mores*-nak megfelelő rend a közrend.[607] A korábban elsősorban

602 PS 3, 4a, 12.
603 PS 5, 4, 13.
604 PS 5, 4, 21.
605 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.
606 Plescia: *id. m.* 280.
607 Mayer-Maly: *Contra bonos mores,* 157.

családi ügyekre, különösképpen a *bonus et diligens paterfamilias*ra vonatkozó fogalomból a társadalmi mozgásokkal, a hatalomalattiak növekvő önállóságával párhuzamosan az egész társadalmat, a közerkölcsöt átfogó, generális fogalom vált.[608] Ezen átalakulás azonban nem ment végbe maradéktalanul, elszórtan még klasszikus és posztklasszikus jogforrásokban is találhatunk a *boni mores* kapcsán az archaikus családi viszonyokra utaló reminiszcenciákat.[609] Ennek ellenére már kialakult a modern felfogáshoz hasonló értelmű erkölcs- és jogfogalom ebben az időszakban. Az erkölcs és a jog viszonyának vizsgálata ettől kezdve képezi a jogbölcseleti vizsgálódások egyik fő kérdését.[610]

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.[611] Biztos, hogy a *fas* fogalma lényeges jelentésváltozáson ment keresztül.[612] A kor erkölcsi mércéje, legalábbis az elvárások szintjén, szintén megnőtt a megelőző korszakhoz viszonyítva.[613] Tanulságos összevetnünk Anselmus általános és Paulus híres, adásvételre vonatkozó megállapításait:
In omnibus igitur decora est fides, iustitia grata, mensura aequitatis iucunda.[614] […] *Purum igitur et sincerum oportet esse affectum et unusquisque simplicem sermonem proferat… nec fratrem circumscriptione verborum inducat.*[615]
A felebarát becsapását tiltó tétellel egyértelműen ellentétben állt Paulus korábbi, jogtudósi véleménye, amely megengedte, hogy a felek adásvétel esetén „rászedjék" egymást:

608 Plescia: *id. m.* 285.
609 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.
610 Moór Gyula: *Jogfilozófia*, Budapest: Püski 1994, 46; Peschka Vilmos: *A modern jogfilozófia alapproblémái*, Budapest: Gondolat 1972, 158.
611 Erre vonatkozóan részletesebben ld. Biondi: *DR*, 206skk.
612 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.
613 Brasiello, Ugo: Sull'influenza del Cristianesimo in materia di elemento subbiettivo nei contratti, in: Archi, Gian Gualberto (cur.): *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano: Hoepli 1946, 527skk; Levy: *id. m.* 25[53].
614 Anselmus, *De officiis ministrorum*, 3, 10, 66.
615 Anselmus, *De officiis ministrorum*, 3, 10, 76.

[…] *naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere*.[616]

A kései dominátus időszakából származó források nem mutatnak változást a *boni mores* tekintetében. A *Codex Theodosianus*hoz írt *interpretatió*kban többször találkozunk a kifejezéssel. Egy helyen például *condicio*t minősítettek erkölcstelennek *causa cuiuslibet criminis* alapján.[617] A fenti kódex egy másik fragmentuma szerint:

Quae tamen omnes donationes […] *non valebunt.*[618]

E 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 *donatió*ról szóló részhez írt *interpretatio*:

Nam si inhonestae et impossibiles condiciones ponantur, remotis condicionibus firma donatio est. [619]

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.[620]

A *scholia Sinaitica ad Ulpiani libros ad Sabinum*ban[621] található töredék egyértelműen Paulus hatását[622] mutatja. A Kr. u. 5. századból származó

616 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), 67[10], vö. Földi: *A jóhiszeműség,* 23.

617 CTh 8, 12, 1.

618 CTh 8, 12, 1, 2.

619 IT 8, 12, 1.

620 IT 8, 12, 1.

621 Sch. Sin. 4; FIRA II, 635skk.

622 Paul. D. 45, 1, 134pr.

*constitutiones Sirmondianae*ben található fordulat, *agit enim bonis moribus*,[623] 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 több helyen fellelhető a klauzula.[624]

Quantum ad nos delatae pactionis textus insinuat, potius contra bonos mores chartula ipsa litigii seminarium propagavit, quam tum utili deliberatione adsurgentium iurgiorum scandala resecavit. Dinoscitur itaque calliditas dictantis non habuisse prudentiam.[625]

Egyéb *Consultatio*beli fragmentumok a jó erkölcsökbe ütköző jogügyletek (*pactumok* és verbálszerződések) peresíthetetlenségére, lehetetlenségére *(neque* […] *pacisci possumus*)[626] vagy érvénytelenségére (*nullius sunt momenti*[627] vagy *neque* […] *valet*[628]) vonatkozó általános tételeket tartalmaztak.

Az *epitome Gai*ban a klauzula alkalmazási körére vonatkozó példákat is találhatunk. A gaiusi eredeti szöveghez képest érdekes eltérés, hogy még a megbízásra vonatkozó gaiusi fejtegetés a *furtum*ot és az *iniuriá*t hozta fel példaként, az *epitome* a *furtum* mellett a *homicidium*ot és az *adulterium*ot sorolta fel. Tartalmazott 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, repelli…[629]

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.[630]

A iustinanusi *Institutiones* egy töredékében lelhető fel a klauzula:

623 Const. Sirm. 10.

624 Mayer-Maly: *Contra bonos mores,* 154.

625 Consult. 7, 1.

626 Consult. 4, 7.

627 Consult. 4, 8.

628 Consult. 4, 10.

629 C. 2, 3, 30, 3.

630 C. 2, 3, 30, 3.

Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de iniuria facienda tibi mandet. Licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.[631]
A mondat a korábban már részletesen tárgyalt gaiusi előzmény[632] bővítése.

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.[633] E rövid áttekintésnek nem célja, hogy újabb elmélettel gazdagítsa a még nyitott és valószínűleg újabb forrás nélkül le sem zárható kérdéseket.[634] Számos esetben látthattuk, hogy az *iniuria* fogalma és a *contra bonos mores* klauzula a történeti fejlődés 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.[635]
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.[636]

631 I. 3, 26.
632 Gai. 3, 157.
633 A modern szakirodalom jó összefoglalását adja Zimmermann: *id. m.* 1050—1062.
634 Ilyen nyitott kérdés például a 12 táblás törvény 8, 4 töredékének helyes olvasata. Aulus Gellius szerint a fordulat: *„Si iniuria faxsit, XXV poenae sunto"*. 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 *iniuriá*t vagy önálló *delictum*ként, 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.
635 Consult. 2, 5, 2.
636 Ulp. D. 47, 10, 1pr.

Generális jelleggel az *iniuria* tehát jogellenességet jelentett, minden olyan cselekményt, amely *non iure fit*. Speciális jelleggel pedig egy konkrét *delictum*ra, az itt Ulpianus által szinonímaként használt *contumeliá*ra vonatkozott.[637] 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 *delictum*ként felfogott *iniuria*ról lenne szó. Ebben az esetben a jogkövetkezmény *actio iniuriarum* volt.
Az *obligatiók t*erületén is megállapítható a kettősség: a *contra bonos mores* klauzula vagy szűk, konkrét értelemben, azaz a sértett megbecsülését érintő vagy szabadságát korlátozó 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 erősítik. Az első esetben, amikor a személy megbecsülésének, fizikai integritásának sérelme volt valamely jogügylet tárgya vagy *causá*ja, jogkövetkezményként a részleges *(partialiter)* érvénytelenség *(pro non scripto habetur)* jött szóba. 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 *iniuriá*ja[638] 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 *recuperatorok*ra bízta az adott esetben méltányosnak tűnő büntetés meghatározását: *„quantum ob eam rem bonum et aequum recuperatoribus*

637 Megjegyzendő, hogy a *generaliter* és *specialiter f*ogalmai 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.
638 XII tab. 8, 4.

videbitur".[639] A nem materiális sérelmek elismerése[640] azonban csak a négy már említett, az *iniuriá*hoz kapcsolódó speciális praetori *edictum* révén valósul meg egy jó évszázaddal később, a Kr. e. 1. század első felében. E jogforrásokban a *contra bonos mores* az *iniuria* esszenciális elemét alkotta, ez vagy *expressis verbis* kifejezésre jutott a kérdéses *edictum*ok 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 köszönhette, amelyet a *censor* tevékenysége még tovább pontosított, rugalmasságát pedig annak, hogy a rá való hivatkozással egyes nemkívánatos, de kisebb súlyú cselekmények könnyen elhatárolhatóak voltak a büntetendő magatartásformáktól. Elegendő, ha a tisztességes hölgy követésére *(adsectari)* vagy megszólítására *(appellare)* gondolunk, amely akár megengedett, akár a jó erkölcsökbe ütköző is lehetett.[641]

A Kr. u. 2. század első felében a *contra bonos mores* klauzula már jelen volt a *stricti iuris obligatió*k, a *stipulatió*k körében,[642] majd e század második felében a *bonae fidei obligatió*k területén is. A deliktumoktól a kontraktuális viszonyok felé történő átmenet az *iniuria* segítségével valósult meg, a forrás tanúsága szerint az *iniuriá*ra vonatkozó megbízás révén.[643] A Kr. u. 2-3. század fordulóján találjuk meg a klauzulát először elvontabb formában,[644] nem egy konkrét tényálláshoz kapcsolódóan, hanem a *bonae fidei iudicium*ok, a *pactum*ok, a *leges constitutionesque* absztrakt szintjén.[645] Ezzel párhuzamosan a

639 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, 214[5].

640 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.

641 Raber, Fritz: *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien—Köln—Graz: Böhlau 1969, 54skk.

642 Iul. D. 45, 1, 61.

643 Gai. 3, 157.

644 E folyamatba jól beilleszthető a *condictio ob turpem causam* klasszikus korszakra tehető (ld. Kaser: *RP,* I, 596.) kialakulása. Az elvont erkölcstelenséget jelentő *turpis* kifejezés ugyanis a *contra bonos mores* szinonímájának tekinthető, így felhasználása a klauzula jogi értelmének bővülését bizonyítja.

645 Pap. D. 22, 1, 5 valamint Ant. C. 2, 3, 6.

klasszikus kortól kezdődően az *edictum*ok kazuisztikájával felállított határok szűknek bizonyultak az *iniuria* jogintézménye számára, újabb- és újabb tényállások nyertek elismerést, kialakult az *iniuria* generális jogellenességet jelentő variánsa: *quod non iure fit, iniuria fieri dicitur*.[646] Az *iniuria*-fogalom történetének ebben a nagy változást hozó szakaszában is magával „sodorta" a *contra bonos mores* klauzulát,[647] 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*.[648] Vagy: *Condiciones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti*.[649]

Még szembetűnőbb azonban a kettősség a iustinanusi institúciókban, ahol a már generális értelemben vett klauzulát a speciális értelmű *iniuriá*ra vonatkoztatták:

Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est, veluti si Titius […] *de iniuria facienda tibi mandet.*[650]

Ez arról tanúskodik, hogy a klauzula bizonyos esetekben elszakadt, pontosabban „függetlenedett" az *iniuriá*tól, és megkezdhette önállóbb, de problémákkal terhes utóéletét.

5. A római jogi vizsgálódás eredményei

Az előzőekben 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

646 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.

647 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.

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

649 PS 3, 4b, 2.

650 I. 3, 26.

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.[651] 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 váltak ki és erősödtek meg 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 *censor*i hatalom visszaszorításának köszönhették.

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. A történeti áttekintésből jól látható, mennyire sokszínű az a gondolati, normatív örökség, amely a jó erkölcsökbe ütközés tilalma mögött rejtőzik. Ennek megfelelően, ha a funkcionális összehasonlítást a legtöbb külső szempont egyezősége

651 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.

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 megoldások[652] 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* fejlődése között mutatkozó párhuzamokra. Mint láttuk, a klauzula konkrét *iniuria* tényállások révén került be először a jogforrások közé 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 kezdhette meg későbbi önálló karrierjét. E vonatkozásban külön említésre érdemes, hogy kutatásunk új érvekkel erősítette meg Pólay Elemér irányadó eredményeit az *iniuria* fejlődésére vonatkozóan.[653] Kimutattuk, 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 véleményét[654] árnyalva, feltártuk, hogy a két intézmény viszonya 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,[655] mint láttuk, a klauzula maga segített az *iniuria* cselekmények prevenciójában.

652 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.

653 Erre vonatkozóan összefoglalóan ld. Pólay: *Iniuria*, 201—205.

654 Pólay: *Iniuria*, 202, 205.

655 Gai. 3, 157.

IV. A CONTRA BONOS MORES KLAUZULA A KORAI IUS COMMUNE[656] IRODALMÁBAN

1. Bevezetés

A következőkben azt vizsgáljuk, hogy miként mutatkozik meg a megváltozott társadalmi értékrendszer, a keresztény világnézet a *boni mores*-klauzulával kapcsolatos antik normaszövegének takarásában a középkorban.[657] Hipotézisünk szerint a jó erkölcsök klauzuláján keresztül a keresztény értékrend abszolút morálja nyert bebocsátást a magánjog dogmatikai rendszerébe. Ez szemléletes példája lehet annak, hogy egy változatlan normaszöveget a keletkezésétől merőben eltérő társadalmi, kulturális modell szolgálatába állítanak. Feltételezésünket a neotomisták által kifejlesztett, a pozitív jog és az erkölcs megkülönböztetésére szolgáló négy feltétel megvalósulási tesztjének vetjük alá.[658] A korszak tárgyalását megnehezíti, hogy a kor jogtudósai a jó erkölcsökbe ütköző jogügyleteket nem önálló matériaként, hanem elszórtan a *Corpus Iuris* megfelelő helyéhez igazodóan tárgyalták.[659]

Nem számítunk feltűnő változásokra, mert a magától értetődő társadalmi kontextus megteremti a norma és az elérni kívánt eredmény interpretációs egységét, így az értéknormák tartalmi változása többnyire reflektálatlanul

656 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 2007, 37sk.

657 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.

658 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'Entrèves, 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.

659 Schmidt: *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit*, 1.

marad.[660] Ugyanakkor a *boni mores* fogalma a kor jogfelfogásának – jóllehet inkább alaki, mint tartalmi szempontból – stabil eleme.[661]

2. A klauzula az egyes középkori szerzők munkásságában

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.[662] 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. Magyarázatképpen a *pactum*ok három fajtáját határozta meg. A törvényellenes *(contra legem),* a törvényes *(secundum legem)* és a se nem törvényellenes se nem törvényes *pactum*ok *(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 különítette el benne, aszerint, hogy melyik normatípust *(lex, constitutiones, boni mores)* sértette az ügylet. A főkategóriák *differentia specificá*ját a kötbér, 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.

660 Megerősítőleg Koschaker, Paul: *Europa und das römische Recht*, München: Beck 1966[4], 49.

661 Lévy—Castaldo: *id. m.* 824.

662 Azo: *Lectura super codicem*, 66.

Promercalem te habuisse uxorem proponis: unde intellegis et confessionem lenocinii preces tuas continere et cautae quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse. Quamvis enim utriusque turpitudo versatur ac soluta quantitate cessat repetitio, tamen ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones iuris auctoritate demonstratur.[663]

Azo véleménye szerint a dogmatikai helyzet eltért tisztességes és tisztességtelen asszonyok esetében.[664] A *repetiót* a tisztességes nők esetében azért kellett megtagadni, mert ebben az esetben ugyan az általuk kívánt ügylet jogi céljának erkölcstelensége miatt mindkét fél *turpis*, de az *in pari causa melior est conditio possidentis* elve[665] alapján a pénz átadója kerül előnytelenebb helyzetbe.[666] A prostituált a szolgáltatásért járó ellenértéket ezzel szemben nem *turpiter* fogadja el, hiszen a pénzre létfenntartásához van szüksége,[667] így csak a másik fél cselekménye *turpis*, és a *nemo auditur suam turpitudinem allegans* szabálya[668] érvényesült. A *lenocinium*ra vonatkozó megállapodásokat jogi úton nem lehetett kikényszeríteni. Másrészt a családanyát, a *materfamilias*t a *boni mores*, a tisztességes és erkölcsös élet különbözteti meg más asszonyoktól. A fentiek alapján látható, a jogtudós a jó erkölcsöknek egyértelműen morális, normatív funkciót tulajdonított. A fragmentum eredeti szövegéhez még hozzáfűzte, hogy a bűncselekmény elkövetéséből származó bevételt az állam szerzi meg.

Azo klauzulára vonatkozó fejtegetései szorosan kapcsolódtak a római jogi forrásokhoz. Példái is antik eredetűek, de a rendszerépítés első jeleiként távoli

663 Diocl.-Max. C. 4, 7, 5.

664 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 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. 86r.

665 Ez az elv a Paul. D. 50, 17, 128 pr-ra megy vissza.

666 Ez a dogmatikai kérdés mindmáig élénk vita tárgya, ld. Medicus, Dieter: *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007[21], 446.

667 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.

668 Ennek eredete a D. 50, 17, 134, 1.

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:

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 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 ígéret, ha feltétele egy meghatározott nővel történő házasságkötés. Eddig a kijelentésben nincs figyelmet érdemlő újdonság, hiszen római előzményekre vezethető vissza. Azonban továbblépett és kiemelte, fokozottan tiltott az ilyen ígéret abban az esetben, ha a keresztény hitbe *(contra fidem iesu christi)* is ütközött. A keresztény értékrend[669] a rómaiaktól megörökölt, a törvényes rendet tovább szigorító, a császári rendeletek valódi legitimációs bázisát képező normaegyüttes szerepét nyerte el.[670]

Vegyük szemre Accursius további példát. Törvénybe ütköző cselekedet volt, ha egy szenátor *libertinát* vett feleségül. E kontextusban a *legis vicem optinent* kifejezést nyilván az antik *senatusconsultum*okra értette. Megemlítette, hogy a *curator* sem házasodhat össze nagykorúvá lett gondnokoltjával. A jó erkölcsöket sértette, ha valaki apját nem váltja ki a hadifogságból vagy nem tartja el *patronusát.* Nevetségesnek minősítette a gúnyra alkalmat adó cselekedet vagy beszédet. Figyelemreméltó, hogy e két utóbbi kategóriát, a jó erkölcsbe ütköző és a nevetséges cselekményeket a *vel* kötőszóval vezette fel. Ez arra utalhat, hogy a *legis vicem optinent* kifejezést nem egyszerűen az antik *senatusconsultumokra* értette (amely értelmezés az antik szövegek alapján egyértelműen következne), hanem kiterjesztette a jó erkölcsökre és a nevetséges cselekményekre is. Végül kifejtette, hogy a praetor tilalmazta például a kényszer hatására tett örökösnevezést és hagyományt. Jóllehet példái római eredetűek, Accursius történelmietlen szemléletének megfelelően

669 Elképzelhető, hogy pusztán arról van szó, hogy a nő nem keresztény vallású.

670 A kánonjogászok ettől jóval tovább mentek és két fajta *boni mores*-t különböztettek meg, a *naturales*-t és a *civilies*-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.

különböző korú forrásrétegekből vett példákat állított egymás mellé. A nevetséges cselekményre vonatkozó kitétel a *praetori* edictumok korából, a családfőre és *patronus*ra vonatkozó pedig a késő klasszikus korból származik.
A fentiek alapján 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 a jogforrási katalógusként is felfogható normarendszereket saját keresztény világképe kontextusába helyezte.
A *papinanus*i híres definícióhoz[671] fűzött észrevétele 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 ajándékozás[672] azért érdemel említést, mert abban a *bonos mores* és a *ius gentium* fogalma összekapcsolódik, és Accursius csak az utóbbit látta 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 végső 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 kötött. 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 ugyanis már keresztény hatásra a későókortól kezdődően megnehezítették:[673] „a keresztények közt érvényesen létrejött és testi közösülés által végrehajtott házasságnak köteléke csak a házasfelek egyikének halála által oldható fel és hogy ezen kapocs, míg a hitvestársak élnek, semmi szín és ürügy alatt fel nem bontható."[674]
A örökösnevezés szabadságát korlátozó *stipulatió*val[675] kapcsolatban megjegyezte, 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 jogi oktatásban, és elsők között kezdte meg a jogügyleti feltételek tanának kidolgozását. A *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) *turpis*nak, egyben természetnél fogva semmisnek tekintette. Ezzel megelőlegezte azt a főképp a francia humanista jogtudományban elterjedt *natura turpes* és *civiliter turpes* felosztást, amely distinkció mögött a megváltoztathatatlan, örök isteni törvény állt.[676]
A jó erkölcsök abszolút eredetének elismerése természetesen egyházi személyek műveiben és a kánonjogi írásokban is megtalálható. Ezen művek közül csupán egyet, a Bolognában római jogot és kánonjogot egyaránt tanult Henricus Segusius (?—1271) fejtegetéseit 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.[677] 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 ezzel megkérdőjelezhetetlen szabály rangjára emelte.

671 Pap. D. 28, 7, 15.
672 Pap. D. 39, 5, 29, 2.
673 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.
674 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.
675 Iul. D. 45, 1, 61.
676 A francia humanista jogtudomány tekintetében ld. Schmidt: *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit,* 5.
677 Henricus Segusius Cardinalis Hostiensis: *In primum decretalium librum commentaria*, Venetiis: Iuntas 1581, CXIII, 6.

Iacobus de Ravanis (1230/40—1296), aki állítólag a nagy glosszátor, Accursius fiát, Franciscust is legyőzte egy 1260 körül tartott orléansi-i nyilvános vitában,[678] a jó erkölcsökbe ütköző pactumokat a *Codexnek (C. 2, 3, 6)* megfelelő szerkezetben tárgyalta. A törvénybe ütköző *pactum*okra a hozományi föld *(fundus dotalis)* 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 alatta.[679]

Ha valaki a kéjelgések fejében egy házat adott a kéjnőnek (C. 4, 7, 5), később nem követelhette 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 *delictum*a 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 kéjelgést tekintette *turpiter* cselekménynek a kéjnő részéről. Ennek következtében a kifizetett pénzösszeget sem az átadó fél, sem a *fiscus* nem követelheti. Iacobus tehát zseniális egyszerűséggel oldotta fel a két elv egyesítéséből fakadó dogmatikai ellentmondást és jutott igazságos eredményre.[680]

Petrus de Bellapartica, Iacobus de Ravanis tanítványa (?—1536) Iustinanus institúcióinak előszavához írt kommentárjában[681] a jó erkölcsök alkalmazási területét szélesnek ítélte meg. Felvetette a kérdést, hogy mi történik, ha egy apa azzal bíz meg valakit, hogy vegye el a lányát. Az ügylet felkeltheti a jó erkölcsbe ütközés gyanúját, mégsem talált benne semmi kivetnivalót, hiszen

678 Soetermeer, Frank: s. v. Jacobus de Ravenneio, in: Bautz, Friedrich-Wilhelm (Hrsg.): *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon*, XXII, Nordhausen: BBKL 2003, 599—608.

679 Ez utóbbi példa egyébként a *Codex 8, 38, 4*-ben és Iacobus ehhez fűzött glosszájában ismét megtalálható.

680 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 2007[21], 446sk.

681 Petrus de Bellapartica: *Lectura institutionum*, Lugduni: Apud haeredes Simonis Vincentii 1536.

a házassághoz szükséges az apa előzetes jóváhagyása, ráadásul a megbízás a férj részéről önkéntes vállaláson alapulna. A szerző ügyesen kombinálta a patriachális szemléletmódot és a római akaratszabadságra épülő doktrínát.

Cinus de Sighibuldis (vagy Cino de Pistoia, 1265—1336) az itáliai *ius commune* egyik megteremtőjének tekinthető, hiszen műveiben a tiszta római jogot a korabeli statútumok anyagával, a helyi szokásjoggal és a kánonjoggal dolgozta egybe. A *Digestá*hoz írt magyarázataiban[682] található az a fejtegetés, miszerint ha valaki a törvény tilalmát nem ismerve vállal kötelezettséget, tartozik a szolgáltatással. Ha mindketten tévedésben voltak, mindkettőjük tartozik, ha egyikük tudott a törvénytelenségről, a másik nem (itt tulajdonképpen a megtévesztésről van szó) csak az előbbit terheli kötelezettség.

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, 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, *causá*ja. Cinus a vonatkozó részben mindvégig a törvényellenesség kifejezést használta, de ebbe a fogalomba 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 általános, hanem hézagkitöltő funkciót tulajdonít.[683] A jó erkölcsökre vonatkozó klauzula funkciója nála hasonlít a *ius naturale* szerepére a pozitív joggal szemben, azaz mögöttes jellegű, abszolút értékrendszert biztosít. E következtetést igazolja, hogy a generális klauzulára vonatkozó kijelentést Cinus azon kérdés vonatkozásában tette meg, hogy

682 Cynus Pistoriensis: *In codicem et aliquot titulos primi pandectarum tomi, id est, digesti veteris*, II, Francoforti: ad Moenum 1578, 686.

683 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.

a törvény szellemének követése lehet-e törvényellenes, ha az a törvény betűjébe ütközik?

A római forrásokban erkölcstelennek minősített azon eset[684] 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 egy jogviszony speciális dogmatikai természete sem semlegesíthette.

Bartolus de Saxoferrato (1313—1357) a kommentátor iskola jeles képviselője, Cinus perugai tanítványa. A *distinctio* művészetét magas szinten művelő jogtudós elméleti fejtegetéseit áttekinthető táblázatokba rendezte.[685] Többek között foglalkozott a jövőben hagyatékra vonatkozó *pactum* érvényességének kérdésével, amely a római jog szerint erkölcstelenség miatt érvénytelennek minősült.[686]

A 409. számú tabulájában a feleletet négy fő elágazásra bontotta, és csak az örökösi jogi pozíció megszerzésére irányuló pactumot tekintette jó erkölcsökbe 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, a különböző 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 választ megint a kor társadalmi, kulturális kontextusában kereshetjük. Bartolus 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 művében[687] azt a kérdést vetette fel, vajon a jó erkölcsökbe ütközik-e az eljegyzés, amelyet egy már korábban házas férfi kötött. Már maga a kérdésfeltevés egyértelműen keresztény értékrendre támaszkodik. Baldus megengedhetőnek tartotta az ilyen eljegyzést, azt állítva, hogy egy ilyen cselekmény nem szégyenteljes a jövőben megkötendő új házasságra

684 I. 3, 26.
685 Bartolus de Saxoferato: *Distinctionum*, Basileae: Per Ioannem Oporinum 1556.
686 Pap. D. 39, 5, 29, 2.
687 Baldus, Ubaldus: *Consilia sive responsa*, III, Venetiis 1575, 230, 2.

nézve. Egyébként 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 maradhat büntetlenül, bármelyik fél követte is el azt. A vétkes fél nem hivatkozhat 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 művében[688] hosszasan foglalkozott az erkölcstelenség problémakörével. A verbálszerződések körében tárgyalt *stipulatio* kapcsán az érvénytelenségi okokat két fő csoportba sorolta. Állítása szerint egyes *stipulatiók* természetüknél fogva, mások törvénytelenségük miatt érvénytelenek.

A természet szerinti érvénytelenség alatt tárgyalta a lehetetlenség *(impossibilitas)* esetkörét. 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. Példa erre annak a katonának az esete, aki megígérte, hogy bevonul a háborúba, de hogy harcképtelenné tegye magát, levágta az ujjait. Az esetet 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 Argentina[689] város bírósága előtt megjelenik. Azonban az utolsó napig késlekedik, amikor a Rajna váratlanul kiárad és megakadályozza, hogy az illető megjelenjen a bíróság előtt.

688 Zasius, Udalricus: *Opera omnia*, Lyon 1551.
689 Strasbourg középkori neve az ókori Argentoratum alapján.

A másik nagy csoport, a *contra leges stipulatió*k 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 obligatiónak tekinti az akaratszabadságot sértő megállapodásokat.

A törvénytelenség és az erkölcstelenség erős egysége érezhető azon a példáján is, amely a római jogban törvényi tilalomba ütköző, hozományi telekre vonatkozó ígéret semmisségét a híres *papinianus*i idézettel indokolta meg: *nam que non possumus facere licite ea dicimur non posse*.[690]

Nem tartotta az akaratszabadság korlátozásának azt az esetet, amikor a férj pénz ellenében megígérte öreg ésráncos *(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,[691] és egy német bírói ítélet[692] 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 az egyetemi professzorok megígértetik hallgatóikkal, hogy előadásaikat látogatják, a francia *contrat de clash*-ra[693] emlékeztet bennünket, melyről a megfelelő helyen még lesz szó.

Az erkölcstelenség és törvénytelenség 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 érvényesen ígéretet lehetett tenni. A törvény egyfajta erkölcsi minimumot képezett, amelynek áthágása tiltott volt, de amelyhez képest a *boni mores* teljesebb érvényülése kívánatosnak minősült.[694]

690 Zasius: *id. m.* 310.
691 Cass. Ass. plén. 2004. október 29.
692 RGZ 158, 294.
693 CA Paris 1853. július 23 = DP 53, 5, 540; Lyon 1878. március 25 = DP, 73, 2, 68.
694 Másképp Nótári Tamás: *Római köz- és magánjog*, Szeged: Lectum 2011, 141.

A római források és a kereszténység tanainak egyeztetése során egy nevezőre hozta Ulpianust és a kereszténységet: *Ulpianus* […] *nihil minus cogitaverit quam Christi sacra*.[695] Jó példa ez arra, hogy a keresztény gondolkodásmód matériája milyen jól illeszkedett 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.[696] Az *iniuria* kérdéskörét tárgyalva kifejtette,[697] 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 causá*ját elemezve egyéb példák mellett a *vociferatió*t is felsorolta, ha azt az állam jó erkölcsei tiltják *(bonis moribus civitatis improbetur)*. A jó erkölcsöknek hasonló szelektív szerepet tulajdonított abban a szintén római jogi forrásra[698] visszamenő példában, amikor valaki egy nő kísérőjét 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 azt tapasztaljuk, hogy a jó erkölcsök nem generális klauzulaként és nem egy magasabb rangú normarendszerre utalva jelentek meg, hanem az ulpianusi értelmezéshez[699] közelítve közrend, közerkölcs értelemben. Ennek oka az, 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 fejtegetéseiben[700] 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

695 Zasius: *id. m.* 244, 30.
696 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.*
697 Duarenus, Franciscus: *Opera omnia*, III, Lucae: Joseph Rocchius 1767, Tit. X.
698 Ulp. D. 47, 10, 15, 15.
699 Ulp. D. 47, 10, 15, 6.
700 Cujacius, Jacobus: Pauli ad Edictum commentarii, in: *Opera*, V, Prati: Fratr. Giachetti 1838, 2188skk.

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 kategóriába a *lex Cornelia* által törvényerőre emelt, de az erkölcsök által befogadott tényállásokat sorolta *(quis pulsatur, cujus domus introitur)*.[701] Az *injuria contra bonos mores* eseteinek taglalásánál is római jogi példákra hivatkozott *(mulierem, puellamve interpellaverit; aquas spurcaverit; fimo corrupto aliquem perfuderit)*.[702]

Hugo Donellus (1527—1591) a római jogból ismert jogforrási katalógus szerint csoportosította az érvénytelen *pactum*okat.[703] Három csoportot különített el, a törvényellenes, a császári rendeletbe ütköző és az erkölcstelen megállapodások kategóriáját. Mindhármat összefoglalóan jogellenesnek tartotta: *id est in summa, quae sunt contra jus*. Eredeti megoldása 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 kijelentésén[704] alapult, 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 mögötte, hogy a *boni mores* íratlan, társadalmilag elfogadott nézeteken alapuló normatív rendszert képez, ennyiben hasonlított a szokásjogra. A *consuetudo* Donellus szerint az a jog, amely az erkölcsökön alapszik. Az erkölcstelen *pactum*okat a törvényellenes 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 adottságokat nem egyértelműnek, hanem különböző racionális megközelítési lehetőségek függvényeinek 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

701 Cujacius: *id. m.* 2190.
702 PS 5, 4, 13.
703 Donellus, Hugo: *Opera omnia*, VII, Maceratae 1830, 130skk.
704 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.

a hosszú gyakorlat és a használók egyetértése hozta létre. A *boni* mores-t a *natura et jura gentium*mal kapcsolta össze. A *bonus jelző*t a vallásnak, a kegyességnek, a *reverentiá*nak és az igazságnak megfelelő cselekményekre tartotta alkalmazhatónak. A tételt egy Ciceró idézettel támasztotta alá, amelyből a felsorolás egyes elemeit is merítette.[705] Az idézetben nem szereplő *reverentia* szó használata talán egy másik ismert római jogi forrásnak[706] köszönhető. Az itt felsorolt alapelvekkel ütköző magatartást *adversus bonos mores majorum*nak tekintette, tehát a *mores* és a *boni mores* kategóriáit is egybefoglalta.

A példák kapcsán kifejtette, hogy a természetjog és a *ius gentium* is előírja, hogy a halált ne óhajtsuk, hanem türelemmel várjuk meg az élet végét, amelynek időpontját Isten határozza meg. E gondolatmenet alapján erkölcstelennek tartotta az élő hagyatékáról való egyezkedést.

Kijelentette, hogy a tisztességes cselekmény *boni mores* cselekmény, a *turpiter*, tisztességtelen pedig *contra bonos mores*. Értékítélete alátámasztására Papinianus híres definícióját lényegesebb önálló adalék nélkül ismételte meg.[707]

Az erkölcstelen *pactumokat* két nagy kategóriába sorolta. Az elsőbe az önmagukban elítélendő *(per se sit turpe)* megállapodások kerültek, amelyek tárgya például *sacrilegium* vagy *homicidium* elkövetése. A másodikba azon aktusok tartoztak, amelyek *delictum* elkövetésére motiválnak, de a cselekmény maga nem *turpis*. Ilyen például a *poená*ról vagy az *actio metu*ról 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 cél érdekében köttetik meg, például, amikor az ügyvéd a pertárgy értékének bizonyos részére vonatkozó megállapodást köt. Ebben az esetben a jogügylet *causá*ja 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 *stipulató*k esetében pedig az alperesnek kifogást (többnyire az *exceptio dolit*) biztosított.

Johannes Althusius (1557/63—1638) német jogtudós az államszervezeti kérdésekkel az empirikus racionalizmus és a természetjog nézőpontjából foglalkozó művében a régi *censor*ok által felügyelt erkölcsi területet és a jogi

705 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.*
706 Ulp. D. 24, 3, 14, 1.
707 Schmidt: *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit,* 8.

szférát határozottan elkülönítette egymástól. Morális megrovásban *(inquisitio censurae)* azok részesültek, akiket perben ugyan nem ítéltek el és *poená*t sem szabtak ki rájuk, tevékenységük mégis sértette a polgárok jóérzését *(oculos piorum et bonorum civium)*, és ezért megrovást érdemeltek.[708] Althusius ezzel megelőlegezte a német ún. *Anstand*-formulát, amely a BGB hatálybalépését követően évtizedekig a *gute Sitten*-klauzula értelmezésének eszköze volt.[709] Az *Anstand*-formula fő funkciója, hogy megszabadítsa a jó erkölcsökre vonatkozó klauzulát a rárakódott keresztény rétegektől. Ilyen jellegű törekvést Althusiusnál is feltételezhetünk. A gyanút erősíti, hogy már 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.[710] 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 *mandatum*a alapján kölcsönt ad a prostituáltnak, hiszen ez olyan, mintha olyannak adna a pénzt, aki azt azonnal eltékozolja. E cselekedet egy *Digesta*-hely[711] alapján *adversus bona fidem*nek minősítette.

Vinnius Iustinanust követve nem említette az *iniuriá*t a klauzulával összefüggésben, csak önállóan. Az *iniuriá*t általános fogalomnak tekintette, és három típusát különítette el *(contumelia, damnum culpa latum, iniquitatem sententiae)*. Kifejezetten utalt arra, hogy ez a felsorolás csupán példálódzó jellegű, nem képez zárt katalógus. Figyelemreméltó, hogy az *iniuriá*val 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

708 Althusius, Johannes: *Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata*, Herborn 1614, 30, 5.

709 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.

710 Vinnius, Arnold: *Institutionenkommentar. Schuldrecht*, Heidelberg: Müller 2005.

711 Ulp. D. 17, 1, 12, 11.

osztotta. Ez utóbbiak között megkülönböztetett jogilag, erkölcsileg és kétértelműségük miatt lehetetlen feltételeket.[712] Az erkölcstelen feltételeket *turpis*nak titulálta és a papinianusi hármas értéket (*pietas*, *existimatio* és *verecundia)* sértőnek minősítette.

3. A *ius commune*-beli vizsgálódás eredményei

A *ius commune* magánjogi irodalmában a kereszténységre és a keresztény morálra tett direkt utalásokkal csak elvétve találkozhattunk, így tárgyi alapon vizsgáltuk meg, mennyire hatotta át ez az abszolút morál a *boni mores* klauzula tartalmát. Azt láttuk, hogy a klauzula összekötő kapocsként funkcionált a pozitív jog és az erkölcs között. Ha közvetítő szerepét hatékonyan látja el, konkretizálása során mindkét terület jellegzetességeivel rendelkeznie kell. Hogy ez valóban így van úgy ellenőrizhető a legkönnyebben, ha szemügyre vesszük azt a neotomisták által felállított kritériumrendszert, amely alapján a jog és az erkölcs elkülöníthető egymástól.[713] E módszer korántsem inadekvát, hiszen a természetjogra vonatkozó tomista eszmerendszer idevágó tézisei Ulpianus híres definíciójában gyökerenek: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*[714] A következő négy kritérium megvalósulását teszteljük:

(1) A jog „alteritással" bíró, a másikhoz 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.*[715]

(3) A joghoz nem kell feltétlenül erényes lelkületnek társulnia.

(4) A pozitív jog kényszerítő erővel bír.

E szempontok a *ius commune* irodalmában legkézenfekvőbben a prostituálttal kötött ügylet kapcsán jelentkeztek. Azo fejtegetéseiben azt láttuk, hogy az interperszonális viszony egyértelmű az ilyen esetekben, hiszen a *lenociniumh*oz legalább két személy szükséges. Az alteritás több vonatkozásban

712 Voet, Giovanni: *Commento alle pandette* (prima versione italiana per cura Antonio Bazzarini), Venezia 1839, 449.

713 Vizsgálódásunkat Frivaldszky: *id. m.* 150—173 alapján végezzük.

714 Ulp. D. 1, 1, 10, 1. További részletekért a *suum cuique* kitétellel kapcsolatban Bird, Otto: *The Idea of Justice*, New York—Washinton—London: Frederick A. Praeger 1968, 122—127.

715 *Sum. Theol*. I-II, 100, a. 2.

is tetten érhető: egyrészt a tisztességes nők és a kéjnők megkülönböztetése (ez a gyakorlatban nyilván ruházatuk alapján könnyen eldönthető volt, mint erre egy római forráshely[716] is utal), külső, érzékelhető cselekmények hangsúlyozása és distinkciója (maga a cselekmény és az elfogadás aktusa), valamint a bevétel állam javára történő megítélése kapcsán.[717] Ez utóbbi momentum egyértelművé teszi, hogy „minden egyénileg elkövetett »magánbűnünk« egyben társadalmi igazságtalanság is, mivel valamilyen módon kihatással van a többiekre is."[718] 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 erő jelenlétét a repetitiónak az *ex delicto suo non debet lucrari* elve[719] alapján történő megtagadása, illetve az ügylet kikényszeríthetetlensége 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, egyszerre jogi és morális, 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 magától értetődő volt.[720]

716 Ulp. D. 47, 10, 15, 15.

717 A pornográfiával kapcsolatos utilitarista és morális meggondolások elméleti egyensúlyát kínálja Dworkin, Ronald: Do We Have a Right to Pornography? in: *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press 1985, 370.

718 *Sum. Theol*. II-II, 58, a. 5 és I *János lev*. 3, 4 alapján Frivaldszky: *id. m.* 155.

719 Iacobus de Ravanis: *Lectura super codice,* Bologna: Forni 1963, ad C. 4, 7, 5.

720 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

Másik fontos észrevételünk, hogy a középkori jogtudósok nem igazán képeztek újabb, a római jogban nem található esetköröket a jó erkölcsökbe ütköző magatartások kategóriája alá, megmaradtak abban a tárgyi körben, amelyet számukra a fő autoritásként elismert iustinanusi törvényművek, 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 *pactum*ok 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 nyomait.

tükröződik a magánjogi irodalomban is. *Ld.* Coing, Helmut: *Europäisches Privatrecht*, I, München: Beck 1985, 35—36.

V. A JÓ ERKÖLCSÖKRE VONATKOZÓ GENERÁLIS KLAUZULA A FRANCIA, A NÉMET ÉS A MAGYAR MAGÁNJOGI KÓDEXEKBEN

1. Bevezetés

A következőkben a francia, német és magyar magánjogban az összehasonlító módszer segítségével vizsgáljuk meg a jó erkölcsöknek megfelelő klauzulákat. Kutatásunkat a magánjogi kódexekre szűkítjük le, és korábbi munkamódszerünkhöz hasonlóan a fogalom konkrét megjelenéseit keressük. Összehasonlításunk tárgya a jó erkölcsök fogalmának és a hozzá kapcsolódó generális klauzulának az adott magánjogban betöltött rendszertani és dogmatikai funkciója, nem csupán a fogalom értelmezésének, konkretizálásának mikéntje. Az összehasonlítást egy újonnan, a célnak megfelelően kifejlesztett modell alapján végezzük el. Értelmezési mátrixunk a Sacco-féle ún. *Formante*-tan és a klasszikus Savigny-ra visszavezethető interpretációs kánon[721] egyesítéséből jött létre. 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 tálalja az idegen jogot, azaz tökéletesen megfelel Markesinis követelményeinek *(Verpackung des fremden Rechts)*.[722] Másrészt gyakorlati eredményekkel kecsegtető, konkrét vizsgálódást tesz lehetővé, és 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 *formanti*nek elnevezett

721 A jog értelmezésére vonatkozó tételeket 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.

722 Markesinis, Basil: *Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre*, München: Sellier 2004, xix.

megjelenéseit külön-külön megvizsgáljuk.[723] A jogalkotás, jogalkalmazás és a jogtudomány hármas kategóriájához jól illeszkednek a klasszikus értelmezési módszerek, a grammatikai, logikai, történeti és rendszertani aspektusok. Mindhárom kategória kiindulását nyilvánvalóan a hatályos pozitív jogi norma képezi, hiszen azt mind a jogtudomány, mind a jogalkamazás figyelembe veszi. Elemzésünket ennek megfelelően a pozitív norma feltárásával kezdjük meg. Ehhez kapcsolódóan lesz szó a klauzula rendszertani elhelyezkedéséről, grammatikai elemzéséről, a hozzá kapcsolódó jogkövetkezményekről valamint a normák történeti interpretációjáról. A rendszertani magyarázat keretében az adott jogrendszerben működő dogmatikai sajátosságokra és jogkövetkezményekre világítunk rá, ezt követően a 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 terrénumára. Markesinis-szel[724] egyetértve úgy véljük, hogy a jognak a jogalkalmazói, bírói tevékenységben kell kulminálnia, amely a pozitív jogszabályból indul ki és figyelembe veszi a jogtudomány álláspontját, azonban a valóban érvényesülő, „élő jog" szuverén ura marad. A jogtudományon belül először a jogfilozófiai megfontolásokat vesszük szemügyre. E jogelméleti-jogfilozófiai megközelítés révén próbáljuk feltárni a nem verbalizált, de hatásában érezhető úgynevezett kriptotípusokat *(criptotipi)*.[725] Ezt követi a dogmatikai sajátosságok tárgyalása, végül a jó erkölcsök fogalmát elhatároljuk az adott jogrendszerben található rokon fogalmaktól. A jogtudomány feladata többek között, hogy segítse a bíróságokat a jó erkölcsök fogalmának konkretizálásában. Végső soron a jogalkalmazás által kialakított konkretizálási kísérletek és általában induktíve képzett esetcsoportok jelentik a harmadik nagy *formante*-csoportot. Végül a fogalom természetéről az is sokat elárul, ha ezt a fejlődési folyamatot dinamikusan, hosszabb időtartamon keresztül vizsgáljuk, és rákérdezünk a fogalommódosítások és módosulások miértjére.

723 Sacco, Rodolfo: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Baden-Baden: Nomos 2001, 59—78.

724 Markesinis: *id. m.* 153.

725 Sacco: *id. m.* 74—77.

2. A jó erkölcsök a magánjogi kódexekben, rendszertani elhelyezkedésük

2.1 A jó erkölcsök a francia *Code civil*ben

A *mœurs*[726] és a *bonnes mœurs* kifejezések több helyen is előfordulnak a *Code civil*ben. A *bonnes mœurs* összetétel a 6., az 1133., az 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.[727]

Ezen előfordulások közül egyértelműen a 6. cikkely a legfontosabb. Kiemelt helyen, a *Titre préliminair*ben, a francia kódex bevezető részében, egyéb alapvető szabályok között kapott helyet. Az itt található normák együttesen a szerződési jog etikai bázisát *(déontologie contractuelle)*[728] képezik, egyfajta polgári jogi alkotmánynak,[729] a kódex „szellemi támaszának"[730] tekinthetőek. A cikkely egyértelműen a szerződési szabadságot korlátozó *principe général*.

726 *Code civil* 900. cikk.

727 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, Danièle: Le droit 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 siecle 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.

728 Géraud-Llorca, Edith: L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil, in: Chevallier, Jacques (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 61.

729 Fenouillet, Dominique: La fin des bonnes mœurs et l'odre public philanthropique, in: Cabrillac, Rémy—Laquette, Yves—du Chambon, Patrick Maistre—Simler, Philippe: *Études offertes à Pierre Catala. La droit pivé français à la fin du XXe siècle*, Paris: Litec 2001, 487.

730 Pena, Marc: *Les origines historiques de l'article 6 du Code civil*, Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif 2/17 (1992), 519.

Olyan kapu, ahol a jogi fogalom *(bonnes mœurs)* mögé bújtatott természetes elvek behatolnak a pozitív jogba és „szerethetővé" teszik a törvényt. Ez a norma a kiindulópontja az 1128. és az 1131. cikkelyek alkalmazásának.[731] Ennek ellenére a cikkelyre hivatkozó bírósági döntések száma elenyésző 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 erkölcstelen, ha tárgya vagy kauzája az. Ennek megfelelően azok a helyzetek, amikor a megállapodás körülményei és következményei erkölcstelenek, nem tartoznak e klauzula égisze alá. A tágabb értelmezés a bírónak szabad mérlegelést biztosít abban a tekintetben, mikor használja fel a norma rendelkezéseit.[732] 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 szöveg kifejezett tartalmával ellentétben a bíró törvényi szabályozás hiányában is vizsgálhatja a megállapodásokat és a szerződési kikötéseket a közrend és a jó erkölcsök szempontjából.[733]

Az 1133. cikkely a *Code civil* harmadik, a tulajdon megszerzésének különböző formájáról szóló könyvének, harmadik, a szerződésekkel 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.[734]

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

731 Darmaisin, Stéphane: *Le contrat moral*, Paris: LGDJ 2000, 60.

732 Darmaisin: *id. m.* 60.

733 Fahre-Magnan, Muriel: *Les obligations*, Paris: PUF 2004, 333.

734 Erre az *et*-re hívja fel nyomatékosan a figyelmet Picod, Yves: *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris: LGDJ 1989, 90.

semmisségét okozzák. A cikkely szövegezésének másik sajátossága, hogy az előző két cikkellyel ellentétben itt a *bonnes mœurs* az *ordre public* említése nélkül kerül elő.[735]

Az ötödik címben elhelyezkedő 1387. cikkely a klauzulát eltérő jogi kontextusba helyezi. A házassági szerződésre és a házasságra vonatkozó szabályok bevezető normáját képezi, ilyen értelemben szintén generális jellegűnek nevezhető. A cikkelynek tulajdonképpen a jogalkotó önmegtartóztatása a lényege, amely révén igyekszik a házasfelek közti viszony túlszabályozását elkerülni. 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. A Catala professzor által fémjelzett 2006-os tervezet[736] 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.[737] A tervezet eltörölné az erkölcstelenség és a törvénytelenség között jelenleg fennálló distinkciót.[738] Az első verziókban még a kötelem tárgya nem lehetett ellentétes a *bonnes mœurs*-szel. Ennek dogmatikai háttere az volt, hogy a tervezet *cause*-nak visszterhes szerződés esetén az ellenszolgáltatást, ingyenes juttatások esetében pedig a szabad elhatározást *(l'intention libérale)* tekintette.[739]

A jó erkölcsök kódexbeli előfordulásain erősen érezhető a római jog közvetett hatása. Ennek megfelelően két csoportot lehet képezni. Az elsőbe a dogmatikai, a másodikba a tartalmi jellegű utánhallásokon alapuló előfordulások tartoznak. A dogmatikai csoportba sorolhatóak egyrészt a törvényellenességet és az erkölcstelenséget egy fogalmi körbe vonó általános megjegyzések (a 6. cikkelyben), a *causa*-tan (a 1133. cikkely) illetve a feltételek tanában a lehetetlenséget a törvénytelenséggel és ekölcstelenséggel azonosító nézet (a 1172. cikkely). A tartalmi jellegű továbbélést pedig a házasság rendjét a jó erkölcsökhöz kapcsoló 1387. cikkely mutat.

A 6. cikkely szigorú, szó szerinti értelmezésben a jogot a jó erkölcsök felé helyezi. A norma eszköz jellegű szabályt képez, amelynek jogtechnikai

735 Ld. erről Lochak: *id. m*. 37.

736 Catala, Pierre: *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la presciption*, Paris: La documentation Française 2006.

737 *Avant-projet* 1126. cikk.

738 Bénabent, Alain: *Droit civil. Les obligations*, Paris: Montchrestien 2007[11], 151.

739 Rodiere, René: *Objet, cause et lesion du contrat*, Paris: A. Padrone 2000, 165.

funkciója a szerződési szabadság korlátozása. Az 1133. és az 1172. cikkelyek a jó erkölcsöknek a jogot kiegészítő, hézagpótló 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 rezsim létrehozását.

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.[740] 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 szerit 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"[741] funkcionál a polgári jogban. Első bekezdése a jó erkölcsökbe ütköző jogügyletek semmisségét mondja ki,[742] 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* a jog technikus fogalma, a jogalkalmazás egészen a legutóbbi időkig az ún. „illendőség-formula" segítségével *(Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden)* töltötte ki a *gute Sitten* tartalmát.[743] A paragrafusban említett jogügylet elsősorban magánjogi szerződéseket (tulajdonátruházó ügyleteket, munkaszerződés, társasági szerződés, kartellszerződés, családjogi szeződések, öröklési jogi szerződések) takar, de ide tartoznak az ún. normaszerződések (különösen a tarifamegállapodások), az egyesületi határozatok és szabályok,

740 Medicus, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB. Ein Lehrbuch*, Heidelberg: Müller 2006[9], 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.

741 Bähr, Peter: *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, München: Franz Vahlen 2004[10], 143.

742 A jogrend adta további súlyosbító körülmény, hogy a semmis ügylet is adóköteles: *pecunia non olet*. Ld. AO 40. §.

743 BGH NJW 1999, 2266—2267.

egyes közjogi szerződések és egyes egyoldalú jogügyletek (végrendelet, felmondás) is. A francia joggal ellentétben a norma alkalmazását nem szűkítik le a családi kapcsolatokkal és a 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 turpitudinem 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.[744] Ennek oka, hogy az adott cél jogpolitikailag kérdéses. A normának nincs túl nagy jelentősége, mert az elköteleződési ügylet *(Verpflichtungsgeschäft)* már rendszerint a 134. vagy a 138. paragrafus alapján semmis, így a *condictio indebiti* lép működésbe.[745] A paragrafus önálló jelentőségre akkor teszt 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 tényállásoknál, a nem megengedett cselekmény között találjuk. Ezt a szabályt harmadik, „kis" generális klauzulának is nevezik,[746] a gazdasági életben van inkább szerepe. Gyakorta alkalmazzák abszolút jogok sérelme kapcsán, a tulajdon deliktuális védelmének egy eszköze,[747] elméletileg minden tulajdont ért, szándékosan okozott[748] sérelem esetében alkalmazható. A kárnak vétkes, szándékos vagy legalábbis gondatlan magatartáson kell

744 Medicus, Dieter: *Schuldrecht, II, Besonderer Teil. Ein Studienbuch*, München: Beck 2003[11], 309.
745 Medicus: *Bürgerliches Recht*, 445.
746 Medicus: *Schuldrecht, II*, 396.
747 Klunzinger, Eugen: *Einführung in das Bürgerliche Recht*, München: Franz Vahlen 2007[13], 473.
748 Medicus: *Schuldrecht*, II, 397.

alapulnia.[749] A szándékosság automatikusan átfogja az erkölcstelenséget is, a sérelmet okozó félnek csupán a ténykérdésekkel kell tisztában lennie, szubjektív, esetlegesen igen sekélyes erkölcsi felfogása nem bír jelentőséggel.[750] A joggal való visszaélés (226. §) mellett ez az egyetlen norma, amely az egyént az őt megillető jogok korlátlan gyakorlásában akadályozza. A joggyakorlatban keveset hivatkoznak erre a szabályra.[751] 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.[752] 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 „lágyítja", hiszen az erkölcstelenséggel *(sittenwidrig)* szinoním értelemben használja (a 138. és a 826. paragrafusokban), ezzel a jogfogalmat az erkölcsi szférához közelíti. A 138. § (2) bekezdése egyfajta példálódzó jellegű felsorolásnak tekinthető, és noha ezek az uzsora tényállásában konjunktív feltételként értelmezendőek, 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,[753] 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 ezzel szemben azt láttuk, hogy a jogügylettel a felek

749 BGH NJW 1963, 579.
750 BGH NJW 1991, 3282—3283.
751 Bähr: *id. m.* 145.
752 Bähr: *id.m.* 292.
753 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 törvényi előírást nem ronthatják le, ha az a közrendet vagy a jó erkölcsöket érinti.
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.[754] 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.[755] Ez a helyzet főképp uzsorás szerződések és az adós „leláncolása", szerződéses szabadságának túlzó korlátozása esetében fordul elő, sokszor *culpa in contrahendo*-ból származó igényekkel[756] 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 törvénysértő vagy a jó erkölcsbe ütköző magatartást tanúsított, az ingatlannyilvántartás kiigazítására vonatkozó 894. § alapján mégis visszakövetelheti. Ennek következtében B 826. § alapuló igénye C ellen feleslegessé válik, hiszen közvetlenül A ellen fordulhat.
Vegyünk egy másik példát: ha az adós egyik hitelezőjére ruházza át biztosítékait és engedményezi zálogképes üzleti vagyonát, a többi hitelező 826. § alapuló

754 BGH NJW 1970, 657—658.
755 RGZ 71, 61, 69sk.
756 BGHZ 99, 101, 105sk.

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 megléte (monopolhelyzet vagy lényeges hatalmi pozíció[757] és egyéb, tagsághoz szükséges objektív feltételek teljesítése) esetén az egyesületbe való felvétel megtagadása, a 249. § első mondatával együtt, a 826. §-on alapuló kártérítéshez vezethet. Ez a helyzet különösen gazdasági egyesületek esetében fordul elő,[758] de egyéb civil szervezetek (például sportegyesületek)[759] 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.

2.3 A jóerkölcs a magyar magánjogban

Az 1959. évi IV. törvény a 'jóerkölcs' fogalmát három helyen[760] 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 előfordul még a jogalap nélküli gazdagodásról szóló fejezetben, 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.[761] A jóerkölcsre hivatkozás a jogszabályba

757 BGHZ 93, 151skk.
758 BGHZ 29, 344skk.
759 BGH NJW 1969, 316skk.
760 Ptk. 200. § (2) bek., 237. § (4) bek. és 361. § (3) bek.
761 A szerződési szabadság korlátozásával kapcsolatban ld. Cserne Péter: *Szerződési szabadság és paternalizmus: adalékok a szerződési jog közgazdasági elemzéséhez,* Századvég 41 (2006), 50—52.

ütköző és az *in fraudem legis* szerződés után, a tiltott szerződések[762] harmadik eseteként foglal helyet a törvényműben. 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 jogtudomány[763] és a jogalkalmazás[764] a semmisség jogkövetkezményét a szerződéssel elérni kívánt cél, illetve a joghatás erkölcstelensége esetén is alkalmazandónak tekinti. Fontos dogmatikai adalék, hogy a Kúria elődje, a Legfelsőbb Bíróság a lehetetlen szerződést jóerkölcsbe ütközőnek tekintette.[765]

A közkézen forgó kommentárok egyike a történeti interpretáció által megállapítható eredeti jogalkotói szándék ellenére a közérdekbe ütköző szerződések egyik esetkörének tekinti a nyilvánvalóan jóerkölcsbe ütköző megállapodásokat.[766] A két kategória egybeolvadásának nemzetközileg megfigyelhető trendje a magyar jogalkalmazó fogalomhasználatában is tetten érhető:[767] „a szerződés „jóerkölcsbe" ütközésének megállapítása során nem a szerződő fél érdeksérelmét, hanem azt kell vizsgálni, hogy maga a jogügylet társadalmilag elítélendő-e."[768]

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 norma[769] nem tartalmazza

762 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.

763 Gellért: *id. m.* 725.

764 BH 2000/6. sz. 260.

765 BH 1997/6. sz. 306. Ezzel kapcsolatban kritikus Bertaldó András: *A jóerkölcsbe ütköző és a lehetetlen szolgáltatásra irányuló szerződések kapcsolatáról,* 2009 (OTDK-versenydolgozat, kéziratban).

766 Gellért: *id. m.* 725.

767 PJD I. 78. sz.

768 Gellért: *id. m.* 736.

769 Ptk 237. § (4) bek.

az említett határozószót. Hasonlóképpen, a gazdagodás visszatérítésére jogosult személy esetében annak egyszerű, erkölcstelen magatartása elegendő lehet az állam javára történő marasztalás kimondásához,[770] 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 kívánta használni, a különbözőségek érvényre juttatásához szükséges finomhangolásokat pedig töltelékszavak alkalmazásával érte 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 ítélheti meg azt a szolgáltatást, amely a jóerkölcsbe ütköző szerződést kötő félnek járna vissza.[771] A jogalap nélküli gazdagodás esetében szintén alkalmazható az állam javára történő marasztalás, ha az a személy, aki részére a gazdagodást vissza kellene téríteni, azt jóerkölcsbe ütköző magatartásával idézte elő.[772] A polgári jog reformja e rendelkezéseket, a jogág jellegétől idegen karakterisztikájuk miatt eltörölte.

A Polgári Törvénykönyvről szóló T/5949 sz. törvényjavaslat a jóerkölcs fogalmával a hatályos törvényszöveghez képest szélesebb körben operált. A családjog anyagának harmadik könyvként történő inkorpolása révén a polgári jogi kódex erkölcsi dimenziói jelentős mértékben megnövekednek.[773] Az indokolás 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.[774] A jogalkotó célja a változtatással az alapítvány és az egyesület

770 Ld. Ptk. 361. § (3) bek.

771 Ptk. 237. § (4) bek.

772 Ptk. 361. § (3) bek.

773 Például a 3:141. § a a vérségi származás megismeréséhez fűződő jog és a 3:152. §, a szülői felügyelet gyakorlásának elvei kapcsán.

774 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.

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 öltene testet a tervezet szerint.[775]

A javaslat 5:76. §-a a nyilvánvalóan jóerkölcsbe ütköző szerződések semmisségét az eddigi megoldással lényegileg megegyezően mondta ki. A szakmai viták során felmerült érvek hatására állt el a jogalkotó attól a szűkítő megoldástól, amely a megtámadást csak a fogyasztói szerződés és a köztulajdonnal gazdálkodó fél részvételével kötött szerződésnél tette volna lehetővé jóerkölcsbe ütközés vagy feltűnő értékaránytalanság miatt.[776] Úgy tűnik, hogy a norma által kimondott semmisség részleges érvénytelenséget is okozhat, és nem csupán a szerződés tárgyának és céljának erkölcstelenségére, de egyes jogügyleti alkatrészek semmisségére is vonatkozik a szabály. Az indokolás szerint a szavatossági jogok törvényben rögzített szabályozásától való kirívó eltérés esetén felvethető a jóerkölcsbe ütköző feltétel semmissége is.[777]

Újdonság, hogy a javaslat 2:19. §-a alapján a támogató a támogatott érdekében kérheti a jóerkölcsbe ütköző szerződés semmisségének megállapítását. Az indokolás megállapítása szerint a személyhez fűződő jogról való lemondás érvénytelenségének leggyakoribb esete a jóerkölcsbe ütközés.[778] A személyhez fűződő jogok megsértéseinek szankciói esetén is dominál az erkölcsi jelleg,[779] az újonnan bevezetésre kerülő sérelemdíj egyik funkciója például kifejezetten „erkölcsi" kártérítés.

A házassági vagyonjogi szerződés esetében, eltérő rendelkezés hiányában, a Kötelmi jognak a szerződés érvénytelenségére vonatkozó rendelkezései, így például a jóerkölcsbe ütközés tilalma érvényesülnek.[780]

Egy dolog forgalomképességét a dologi jogi szabályozáson túlmenően, egyéb jogszabályok és a szerződési jogon keresztül érvényesülő általános társadalmi közfelfogás korlátozza. Ennek egyik legszignifikánsabb áthallási pontja természetesen a jóerkölcsbe ütköző szerződések tilalma.[781]

775 T/5949. sz. törvényjavaslat a Polgári Törvénykönyvről indokolását. A dokumentum elérhető: http://irm.gov.hu/download/05949[1].pdf/05949[1].pdf (2009. január 22.)
776 T/5949. sz. törvényjavaslat az érvénytelenséggel kapcsolatban.
777 T/5949. sz. törvényjavaslat a 5:143. §-hoz.
778 T/5949. sz. törvényjavaslat a 2:74. §-hoz.
779 T/5949. sz. törvényjavaslat a 2:88. §-hoz.
780 T/5949. sz. törvényjavaslat a 3:35. §-hoz.
781 T/5949. sz. törvényjavaslat a 4:15. §-hoz.

Az „új" Ptk., tehát a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény a családjogi kódex inkorpolása következtében több ízben is említi az erkölcsöt. A 4:135. § (4) bekezdés c) pontja kimondja, hogy az örökbefogadottal nem közölhetőek a vér szerinti szülő természetes azonosító adatai, ha annak felügyeleti jogát a bíróság azért szüntette meg, mert a szülő a gyermek erkölcsi fejlődését veszélyeztette. A szülői felügyeleti jog gyakorlása[782] és megszüntetése[783] kapcsán e kitétel megismétlődik.

Az új Ptk. 6:96. §-a lényegében megismétli a korábban hatályban lévő Ptk. 200. § (2) bekezdését, azaz megőrzi a magyar hagyományoktól idegen és a nemzetközileg bevett többes számtól eltérő egyes számú alakot. Megmaradt a nyilvánvalóság követelménye is. Fontos változás azonban, hogy a jóerkölcsbe ütköző szerződést kimondó norma önálló paragrafust kapott, és nem csupán a jogszabályba ütköző, vagy a jogszabály megkerülésével kötött szerződés függelékeként szerepel a kódexben. A 7:38. § (1) bekezdése a nyilvánvalóan jóerkölcsbe ütköző végrendeleti feltételt is érvénytelennek nyilvánítja, és ezzel egységes dogmatikai keretet biztosít a feltételek tanának, amely, mint láttuk, az antik gyökereknek és történelmi hagyományainknak is megfelel.

A jóerkölcs fogalmát sem a régi sem az új Ptk nem határozta meg. A bírói gyakorlatban azonban több ízben sor került ezen általános fogalom értelmezésére.[784] Az esetjog alapján a „jóerkölcs" a társadalom általános értékítéletét fejezi ki. Ebből következően a szerződés jóerkölcsbe ütközőségének megállapítása során nem a szerződő fél érdeksérelmét, hanem azt kell vizsgálni, hogy maga a jogügylet társadalmilag elítélendő-e.

3. A jó erkölcsök fogalma az eredeti jogalkotói szándék szerint

3.1 A jó erkölcsök a francia *Code civil* kodifikációs munkálataiban

A *Code civil* 6. cikkelyének távoli előképe a iustinianusi kódex egy fragmentuma,[785] közvetlenebb modellje pedig Domat munkásságában található meg, aki szerint azon ígéretek és megállapodások, amelyek sértik a törvényeket és a jó erkölcsöket, semmire sem köteleznek.[786] E kettős,

782 Ld. az Új Ptk. 4:147. §-át.
783 Új Ptk. 4:191. § (1) bek. *a)* pont.
784 BH 1993. 604., BH 1999. 409., BH 2000. 260.
785 C. 2, 3, 6.
786 Domat, Jean: *Traité des lois*, V, 3, § 10 illetve Uő.: *Lois civil*, 7, 1, 2, 1.

római jogi illetve kánonjogi[787] illetve természetjogi inspiráció a kódexben máshol is érezhető, de a jó erkölcsök kifejezetten jó például szolgálnak erre vonatkozóan.[788] Maleville a cikkelyt egyenesen a római jogszabályok fordításának tartotta, felvételét pedig egy generális fomula (*fomule général)* igényével magyarázta.[789] 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 inkorporálják a készülő kódexbe.[790] 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 tulajdonképpeni 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.[791] Ezt később Portalis megerősítette, kifejtve, hogy a szerződési jogban a *droit naturel* mindenkire érvényes szabályt jelent.[792]

A francia magánjog kodifikálásakor egyébként a szerződési jog szenvedte el a legkevesebb változást,[793] 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.[794] Már a 18. században kialakult és megerősödött francia földön a szerződési szabadság doktrínája, amelyet

787 Senn, Félix: Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, in: *Recueil d'etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, I, *Aspects historiques et philosophiques*, Paris: Libraire du Recueil Sirey 1934, 44—62.

788 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.

789 Maleville, Jacques de: *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, I, Paris: Vve Nyon, 1805, 15.

790 Géraud-Llorca, Edith: L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil, in: Chevallier, Jacques (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 67.

791 Fenet, I, 146—157.

792 Fenet, I, 509.

793 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.

794 Ourliac, Paul-Malafosse, de Jehan: *Histoire de droit privé. Les Obligations*, Paris: PUF 1969^2, 112.

többek között a *bonnes mœurs* korlátoztak.[795] A jó erkölcsök tekintetében a *droit écrit*[796] és a *pays de coutume*[797] jogtudománya között teljes egyetértés uralkodott. Cambacérès kis változtatásokat tartott szükségesnek,[798] bár harmadik tervezetében éppen a szerződési szabadságot korlátozó tényezőket még másként határozta meg. A felek akaratát tekintette a szerződés első törvényének, de azt az *ordre public* és az *ordre moral* fogalmai által korlátozta volna.[799] Korábban még az *ordre social* és a *honnête publique* (amely a *bonnes mœurs* laikus változatának minősíthető) kifejezéseket is megtalálhatjuk nála, így kívánt a magánjognak közjogi dimenziót adni.[800] A kodifikáció utolsó szakaszában aztán megerősödött a *bonnes mœurs* tana, Portalis szerint az akaratszabadságot csak az igazság, a jó erkölcsök és a közérdek korlátozhatja,[801] a *qui dit contractuel dit juste* elvének megfelelően.[802] 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.[803] A 6. cikkely egyes szövegváltozatai közötti eltérések azonban csak a megfogalmazás nehézségeinek tekinthetőek, lényegi különbséget nem takartak.

795 Denisart, Jean Baptiste: *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, I, Paris: Desaint 1771^7, 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 rétalis dans l'ordre que les réformateurs leur ont donné*, Paris: Servière 1782, 270.

796 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.

797 Berville, Saint-Albin (ed.): *Œuvres complétes de Pothier*, I, Paris: Thomine et Fortic 1821—24, 43—45 és 119.

798 Halpérin, Jean-Louis: *L'impossible Code civil*, Paris: PUF 1992, 121.

799 Fenet, I, 171.

800 Pena: *id. m.* 515.

801 Fenet, I, 509.

802 Fouillée, Alfed: *L'idée moderne du droit en Allemagne en Angleterre et en France*, Paris: Hachette 1883^2, 187.

803 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.

A 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.[804]

A *bonnes mœurs* tág fogalma jól illeszkedett a fennálló hatalmi viszonyok logikájába is. A klauzula a thermidoriánus „reakció" kezében eszközül szolgált egyrészről a társadalom újjáépítéséhez, egyensúlyához,[805] a rendhez való visszatéréshez,[806] másrészről 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.[807] A jó erkölcsök ennek megfelelően a társadalom építményének cementjét jelentik.[808] 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 közerényeket.[809] A civil hivatása tudatában lévő magánszemély rendhez és törvényhez fűződő érdeke leginkább a magánjog területén tud érvényesülni. A *raison d'État* a rend és a jó erkölcsök iránti egyéni szükségletek összességére épült,[810] a kodifikátorok munkájuk során tudatosan törekedtek az egyéni és a közérdek összehangolására.[811] Thiesse tribun szerint e hangzatos érvek nem fedhetik el a valóságot. A jó erkölcsök csak egy maszk a gazdagság kapzsi vágyának eltakarására.[812] Portalis ezzel szemben pont ebben látta a zálogát annak, hogy az igazság, az erény és a tisztesség helyét ne vehesse át az érdek hitvány számítgatása és a bűn kalkulációja.[813]

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.[814] Andrieux tribun, liberális szónok szerint éppen az eltérő normacsoportok keveredése okozta a régi jog bizonytalanságát.[815]

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.[816] Portalis és Huguet tribun elutasította e teoretikus vitákat, és felhívta a figyelmet, hogy egy alapelv a tudományban lehet vita tárgya, de a tövényhozásban mint jogszabály már kötelező erővel bír.[817] A mérsékeltebb nézetek szerint a jó erkölcsök klauzulája joghézag, a jog hiányossága esetén léphet működésbe,[818] mintegy kiegészítve a forradalmi nomopholia hevében oly jónak tartott törvényeket.[819] A két normaterület összefüggését azonban nem mindenki tekintette ilyen egyszerűnek: ami nem ellenkezik a tövénnyel az jogszerű, de ami törvénynek megfelelő, attól még tisztességtelen lehet.[820]

804 Portalis, Jean-Étienne-Marie: Discours préliminair, in: Fenet, Pierre-Antoine (éd.): *Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil*, I, Paris: Videcoy Libraire 1827, 481.
805 Lavand-Legendre, Bénédicte: *Où sont passées les bonnes mœurs?* Paris: PUF 2005, 5.
806 Locré, 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 Tribunat, des Exposés de motifs, des Rapports et Discours*, I, Paris: Imprimerie Imperiale 1805, ix.
807 Arch. Parl. 2ème serie, III, 70.
808 Arch. Parl. IV, 11.
809 Portalis: *id. m.* 62.
810 Guibert-Sledziewski, Elisabeth: L'invention de l'individu dans le doit révolutionnaire, in: *La Révolution et l'ordre juridique privé: rationalité ou scandale?* I, Paris: PUF, 173—184.
811 Cambacérès, Jean Jacques Régis de: *Projet du Code civil*, Paris: L. Edouard Duchemin, 1977, 65.
812 Ach. Parl. III, 145.
813 Arch. Pol. IV, 16.
814 Fenet, III, 155.
815 Arch. Parl. III, 43.
816 Arch. Parl. III, 46.
817 Ach. Parl. III, 130.
818 Arch. Parl. III, 130.
819 Arch. Parl. IV, 16.
820 Fenet, I, 149.

A bírói szabadságot végeredményben a méltányosság fogalmából vezették le. A méltányosságot pedig biblikus,[821] erkölcsi színezetű fogalomként közelítették meg, a megállapodások valós alapjának tartották.[822] Másrészről a méltányosság a racionalitás legfőbb eszköze, jelenlétét a bírói döntésben az is indokolta, hogy a modern rendszerben a felsőbíróságok felülbírálhatják az alsóbíróságok döntéseit.[823] A bírói tekintély helyreállítására egyébként is nagy igény mutatkozott, a hivatást újra a professzionalizmus, művészet és a tapasztalat metszéspontjába kívánták helyezni.[824] A *bonnes mœurs* végeredményben a tudomány beáramlását jelentette a kiépülő új rendszerbe a bíró normatív szabadságának részleges elismerésén keresztül.

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.[825] Az első tervezet megfogalmazásában[826] 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 egyrészről sokkal szélesebb, hiszen a jogügylet tartalma mellett az azt létrehozó személyek motívumait is átfogja, másrészről a közrenddel összebékíthetetlen cselekményeket is részben a jó erkölcsök fogalma alatt kénytelen szubszumálni, amely a fogalmak kontúrjainak felszívódásához vezet. A második tervezet már a mai verziót tartalmazta,[827] 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 Rechtet* 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 annak tudható be, hogy a dokumentum tartózkodott a felek autonómiájának korlátozásától.

821 Carbonnier, Jean: *Droit civil*, I, Paris: Qudrige/PUF, 73.
822 Fenet, I, cxii.
823 Arch. Parl. III, 77.
824 Fenet, I, 471—472.
825 Mugdan, Benno: *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin: Decker 1899—1900, LXXXV.
826 E I 106. §
827 E II, 103. §

A bajor tervezet[828] 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 megoldását[829] 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 *condictio ob turpem causam*ra szorítkoztak. Az indokolás szerint ez a felfogás túlságosan szűk.[830] 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 azt mindenképp figyelembe kell venni, 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 egyezik. E vonatkozásban az iparűzési 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 bíró kar komoly felfogását elegendő garanciának értékelte, és bízott abban, hogy a normát a jogalkotói szándéknak megfelelően fogják alkalmazni.
A *Protokolle*[831] a tervezet 106. § (a későbbi 138. §) vonatkozásában két javaslatot vizsgált meg. Az első két fontos változtatást tartalmazott, végül 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

828 Bay. E I, 80. § (2) bek.
829 Hess. E IV, 1, 84. cikk.
830 Mot. I, 211—212.
831 *Protokolle*, 257—258.

az átfogóbb megfogalmazás révén a norma hatókörével kapcsolatos kétségek eloszlathatóak. A magánautonómiába történő beavatkozástól ódzkodó megoldást kifejezetten elvetették.
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 melletti döntést 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.[832] TEUBNER ezen megállapítását túlzónak tarthatjuk, 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.[833] 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 megfelően,[834] az értelmesen gondolkodó ember objektív mércéjéhez igazítsák.[835]
A szolgáltatás visszakövetelésének kizárásával, illetve jogalap nélküli gazdagodásból származó felelősség mértékével foglalkozó, jelenlegi 817. és 819. §-ok a tervezet több normájának[836] átsrukturálásával jöttek létre.

832 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.
833 MUGDAN: *Materialien*, I, 898.
834 SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, 8skk.
835 MUGDAN: *Materialien*, 406.
836 E I 743, 747. §

A visszakövetelés kizárásának okai között már a tervezet[837] első változata is tartalmazta az átadó erkölcstelenségét és közrendbe ütköző magatartását. Ha azonban az átvevő fél hasonlóképp erkölcstelenül járt el, az átadó a szolgáltatást mégis visszakövetelhette.[838] A tervezet második olvasata[839] a közrend fogalmát a törvényi tilalom kifejezésre cserélte le. Ez a változtatás mindkét mai normát érintette.[840]
A jogalap nélküli gazdagodásból származó felelősség mértékére vonatkozó jelenlegi 819. § az első[841] tervezet 741. és 747. § második mondatának[842] összevonásával jött létre. A 741. § (1) bekezdése, a *Motive* tanúsága szerint,[843] 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 vétlen lehetetlenné válásának esetét leszámítva) nem jelentett kimentési okot.[844] A tervezet[845] a visszaadási kötelezettségek vonatkozásában a *conditio indebiti* szabályait rendelte alkalmazni.[846] A jelenlegi 819. § (2) bekezdése az erkölcstelen átvevő felelősségét hasonló módon szigorítja, és az átvétel vagy a tudomásszerzés időpontját tartja mérvadónak.
A mai 817. § második mondata a tervezet tárgyalása során néhányak számára feleslegesnek tűnt.[847] Felvételét mégis azzal indokolták, hogy ez a mondat tisztázza, hogy a visszakövetelési tilalomra a tartozatlan szolgáltatásra vonatkozó előírások érvényesek. A mai jogalkalmazás e mondat segítségével az itt szereplő kizárási okot minden visszakövetelési igényre kiterjeszti. Mivel a legtöbb erkölcstelen ügyletet *condictio indebiti*vel rendeznek, ha a második

837 E I 743. §; MUGDAN: *Materialien*, II, 471.
838 E I 747. §
839 E II, 741. §
840 *Protokolle*, 3000.
841 E I 741. §
842 E norma a tervezet két verziójában azonos, a végleges változatban azonban jelentős változtatásokkal és szétdarabolással került be.
843 Mot. 841; MUGDAN: *Materialien*, II, 469.
844 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.
845 E 747. § (2) bek.
846 Motive, 846; MUGDAN: *Materialien*, II, 472.
847 *Protokolle* 2979—2980; MUGDAN: *Materialien*, II, 1181.

mondat felhasználási területét nem bővítenék ki, az csaknem kiüresedne.[848] 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 bírák a *condictio ob turpem vel iniustam causam* esetében szabályozott tilalomra hivatkoznak egyéb *condictió*k esetében is.

A jogellenes károkozás vonatkozásában a tervezet[849] legfontosabb eltérései a végleges verzióhoz képest, hogy kifejezett utalást tartalmazott az erkölcstelen cselekmény 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.[850] Külön kiemelte azt az esetet, amikor a követelés átruházásának fő célja a korábbi jogosulttal szemben még érvényesíthető kifogás megkerülése. A *Protokolle* az erkölcstelen károkozás témakörében ezen kívül többek között a kár mértékének előreláthatóságával, a szándékosság kérdéskörével és a közvetett károkozás problematikájával foglalkozott.

3.3 A jó erkölcsök a magyar kodifikációs tervezetekben és az új Ptk-ban

A 2014. március 15-ig hatályos Ptk. 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.[851] Jellemző volt a korabeli jogirodalomban az is, hogy a jóerkölcsbe ütközést a szolgáltatás lehetetlensége körében tárgyalták.[852] Az 1900-as Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezete

848 Kropholler, Jan: *Bürgerliches Gesetzbuch. Studienkommentar*, München: C.H. Beck 2008[11], 572.
849 E I 705. §
850 Mot. 755; Mugdan: *Materialien*, II, 421.
851 Frank Ignácz: *A közigazság törvénye Magyarhonban*, Buda: Magyar Királyi Egyetem 1845, 589.
852 Pl. Zlinszky Imre: *A magyar magánjog mai érvényében*, Budapest: Franklin 1893[5], 457.

annyiban érdekes,[853] hogy nem használta a latinból vagy egyéb (német, francia) kódexekből ismert 'jó erkölcsök' technikus fogalmát, hanem a hétköznapibb 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.[854] 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 (uzsorás és kizsákmányoló szerződések) érintő ügyleteket is bevonta.[855] 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."[856] 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 kodifikálatlansága 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 ítélendőek meg. A

853 A tervezetről bővebben ld. Menyhárd: *A jóerkölcsbe,* 26—30.
854 Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezete, 747. §
855 Szladits Károly: *A magyar magánjog vázlata*, II, Budapest: Grill 1937, 24—25.
856 Szladits: *id. m.* 24.

„nyilvánvaló" toldalék is a szocialista jogalkotás terméke, felvételének indoka a jogbiztonság érvényesítése és a jogalkalmazó önrestrikcióra 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[857] helyébe a 'jóerkölcsöt' helyezte.[858] A fogalom tartalmának kimunkálását a törvény indoklása a bírói gyakorlatra hárította. Nem tűnik tudatos választásnak a közrendre utalás kifelejtése[859] 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.
Itt érdemes röviden kitérnünk a „jó erkölcs" fogalmának kérészéletű megjelenésére a korábbi, 2011. december 31-ig hatályban volt Alkotmányunkban. A „jó erkölcs" kifejezés a végkielégítések különadója néven ismertté vált jogszabállyal[860] összefüggésben vált egy alkotmánymódosítás következtében az Alkotmány részévé[861] az Alkotmány 2010. évi augusztus 11-i módosítása 2. §-a révén, 2010. augusztus 19-től. Az alkotmánymódosítás többek között lehetővé tette, hogy az állami forrásból származó, jó erkölcsbe ütköző módon juttatott jövedelmeknél a visszaható hatályú jogalkotás általános tilalmát a törvény mellőzze. Az Alkotmánybíróság első alkalommal 2010. október 26-án döntött[862] a végkielégítések különadója ügyében. Az Alkotmánybíróság megállapította, hogy a különadóról szóló törvény visszaható hatálya nemcsak a jó erkölcsbe ütköző módon juttatott jövedelmekre vonatkozik, hanem olyan jövedelmekre is, amelyek törvényi előírás alapján,

857 A „jóerkölcs" fogalma helyén a Ptk-ban 1960. május 1-je és 1978. február 28-a között a „dolgozó nép érdekeibe vagy a szocialista együttélés követelményeibe" kifejezés, 1978. március 1-je és 1991. június 5-e között a „társadalom érdekeibe vagy a szocialista együttélés követelményeibe" kifejezés szerepelt.
858 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.
859 Menyhárd: *A jóerkölcsbe,* 33. Menyhárd álláspontját látszik erősíteni az LB egy ítélte, amely a két fogalmat szorosan összetartozónak tekinti. Ld. BH 2003, 127.
860 Ld. az „egyes gazdasági és pénzügyi tárgyú törvények megalkotásáról, illetve módosításáról" szóló – a 2010. évi CXXIV. törvény 1. §-ával kiegészített – 2010. évi XC. törvényt.
861 Ld. a 2011. december 31-ig hatályban volt Alkotmány 70/I. § (2) bekezdését.
862 Ld. a 184/2010. (X. 28.) AB határozatot.

alanyi jogon járnak. A törvényhozó által meghatározott mértékű és jelenleg is fenntartott kifizetések nem tekinthetők jó erkölcsbe ütközőnek, így ezekre a törvény az Alkotmány új rendelkezése alapján sem terjeszthette volna ki a visszaható hatályt, és ennek következtében az Alkotmánybíróság az érintett jogszabályi rendelkezéseket megsemmisítette. A döntés következtében a jogalkotó 2010. november 16-án a Magyar Köztársaság Alkotmányáról szóló 1949. évi XX. törvény módosításáról szóló 2010. évi CXIX. törvény 2. §-ával módosította az Alkotmány 70/I. §-át, és törölte az érintett bekezdésből a jó erkölcs kifejezést. A rendelkezés a kihirdetését[863] követő napon, 2010. november 20-án lépett hatályba. A fentiek alapján kiszámítható, hogy a jó erkölcs kifejezés mindössze három hónapon keresztül szerepelt a magyar jogrend alapját képező Alkotmányban. Nyilvánvalóan ilyen rövid idő alatt nem volt képes a jogalkalmazói gyakorlat befolyásolására, de utal a jogalkotói szándékra, illetve a fogalommal kapcsolatos bizonytalanságokra.
Az új Ptk.-ra vonatkozó Szakértői Javaslat jelenlegi formájában javasolta megtartani a normát. Egyértelművé tette, hogy egy szerződés akkor is érvénytelen lehet, ha semmilyen jogszabályi 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 kapcsolatok, 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.[864]
A Javaslat az érvénytelen szerződés jogkövetkezményei és a jogalap nélküli gazdagodás esetében is megszünteti az állam javára marasztalás lehetőségét,[865] így ezzel együtt a jóerkölcs fogalma is eltűnik. Magyarázatképpen a LB 21. sz.

863 Ld. a Magyar Közlöny 2010. évi 177. számának 25225. oldalát.
864 Vékás Lajos (szerk.): *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez,* Budapest: Complex 2008, 782—783.
865 Vékás: *Javaslat*, 1145.

Irányelvére hivatkozik, amely megállapította, hogy ezen intézmény „büntető jellegű" szabályai nem illeszkednek a polgári jog rendszerébe.[866]
Az új, 2014. március 15-én hatályba lépő, az Országgyűlés által 2013. február 11-én elfogadott, a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény, az „új Ptk" megőrizte a jóerkölcsök kategóriáját. A 6:96. § a korábbi törvényszöveget lényegében megismételve kimondja, hogy semmis az a szerződés, amely nyilvánvalóan a jóerkölcsbe ütközik. A végrendeleti rendelkezés érvénytelenége kapcsán ismét előkerül a fogalom, szintén összekapcsolódva a nyilvánvalóan határozószóval és érvénytelenségi szankciót hordozva. Az érintett rendelkezés[867] az érthetetlen, lehetetlen és ellentmondó feltételt nyilvánítja érvénytelennek. E kritériumok összekapcsolása ékes bizonyítéka annak, hogy miképp játszik összekötő funkciót a jóerkölcsök fogalma a jog belső és külső moralitása között.[868]

4. A jó erkölcsök fogalmával kapcsolatos jogfilozófiai megfontolások

4.1 A francia jogfilozófia álláspontja

A mai francia jogfilozófiában a fő nehézséget a jó erkölcsök fogalma által előhívott morál milyensége jelenti. Egyesek szerint ez a morál vallási[869] vagy filozófikus ideál, mások szerint a tények összessége vagy a közvélekedés.[870] Miképp érintkeznek a morál és az igazság fogalmai? 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.[871] 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 morális tökéletesedés már nem az állami berendezkedés függvénye.[872] Ebből fakadóan egy demokráciában lehetetlen

866 BH 1990/2. sz.
867 Új Ptk. 7:38. § (1) bek.
868 Ld. Fuller idevágó elméletének adaptációját a mű első részében.
869 Ripert, Georges: *La règle moral dans les obligations civiles*, Paris: LGDJ 1949[4], 46.
870 Senn, Félix: Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, in: *Recueil d'etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, I, *Aspects historiques et philosophiques*, Paris: Libraire du Recueil Sirey 1934, 54.
871 Aristoteles, *Nic. eth.* 5.
872 Battista, Anna Maria: Morale pivée et utilitarisme politique en France au XVIIe

meghatározni a jó erkölcsök fogalmát,[873] mégis, paradox módon a jog és az erkölcs viszonya a multikulturális demokráciák elsőrangú kérdése.[874]
A francia jogtudomány megközelítésében a szerződés és a morál viszonya kettős. Egyrészt a törvény kifejezetten lehetőséget ad a morális megfontolásoknak arra, 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. A feladat elvégzéséhez szükséges a morális és az immorális 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, 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*[875] morális szempontból már az antikvitástól kezdve előtérben állt. Carbonnier szerint a szexus és a pénz az immoralitás két pólusát képezik, az első dicsekvésre késztet, az utóbbi a csendet szereti.[876]
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, a 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." [877] A gazdasági kalkuláció és az üzleti morál a látszat ellenére nem egymást kizáró fogalmak. A morál sem lehet vak, és világos, hogy a jótékonyságnak 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

siècle, in: Lazzeri, Christian— Reynié, Dominique (dir.): *Le pouvoir de la raison d'État*, Paris: PUF 1992, 208.
873 Lavand-Legendre: *id. m.* 12.
874 Lavand-Legendre: *id. m.* 239.
875 Suetonius, *Divus Vespasianus*, 11.
876 Carbonnier, Jean: *id. m.* 1958.
877 *Zsoltárok könyve* 15, 4—5.

technikák révén kiküszöbölhetőek. A szerződő fél moralitásának fontos fokmérője a komolyság és a jóhiszeműség elve *(bonne foi)*, amely jelen esetben nem a jog technikus 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 commun*jét. 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 tisztázására. 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,[878] és e hatalom manapság csak fokozódik.[879] A generális klauzulák ezen funkcióját hangsúlyozta René David is.[880] A klauzula hiányában — állította a jogösszehasonlítás emblematikus alakja — *contra legem* megoldások állhatnának elő, elkerülhető a *summum ius summa iniuria* dilemmája.[881] Segítségével semlegesíthető az esetleg méltánytalan eredményre vezető speciális szabály, ezáltal áttöri a *lex specialis derogat legi generali* elvét, így is segítve egy igazságosabb társadalmi rend elérését.

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 engedelmeskednek. Az erkölcsi értékek utilitarista eszközzé válnak *(ethic pays)*, és ezáltal az amerikai kapitalizmus válsága

878 Egy 1949. március 25-ára datált jogszabály révén.

879 Jauffret-Spinosi: *id. m.* 33skk.

880 David, René: *A jelenkor nagy jogrendszerei*, Budapest: KJK 1977, 124—125.

881 Cicero, *De Officiis* 1, 33. Az elv történetéről bővebben ld. Nótári Tamás: *Summum ius summa iniuria — megjegyzések egy jogértelmezési maxima történeti hátteréhez*, Jogelméleti Szemle 3 (2004), http://jesz.ajk.elte.hu/notari19.html#_ftn38.

behatol a jog világába is. Ripert szerint az a jog, amely nem engedi meg a transzcendentális morál kreatív erejének érvényesülését, le kell, hogy mondjon az erkölcs segítségéről saját szabályainak betartása vonatkozásában is.[882]

Az erkölcsi kötelezettség szerződésteremtő szerepére jó példát adnak a természetes kötelmek mintájára létrejövő egyes szerződések, amelyek eredményeképpen egy jogilag nem létező kötelem jogi létet nyer. Másrészt ebbe a csoportba tartoznak a becsületbeli szerződések *(l'engangement d'honneur)*, az erkölcsi kezességvállalások (*le cautionnement moral*, ide tartozik az a banki ügyletmenetben gyakori 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).

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 jelent. Ezek biztosítják a szociális konformitás minimumát a szerződő felek részéről, és a szerződés érvényességének negatív feltételeit képezik.

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 kiemelnünk. Pufendorf értelmezésében a becsületes és tisztességes ember számára világosak a természetjog parancsai az élet alapvető, generális kérdéseiben, és azokat csak nagyfokú gondatlanság esetén ismerheti félre. Tévedések csak kivételes esetekben képzelhetőek el.[883] A német jogtudományt igen erősen meghatározta az emberi szabadságról alkotott kanti felfogás is, amely

882 Ripert, Georges: *Les forces céatrices du droit*, Paris: LGDJ 1955.

883 Pufendorf, Samuel, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, I, 7, 2.

szerint a jog az egyéni motivációk és a szabadság egyetemes törvényei által kiegyensúlyozott harmónia.[884] 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.[885] A társadalmi normák rendszerében négy nagy imperatívuszt különböztetett meg, a jogot, az erkölcsöt (szűkebb értelemben vett egyéni morált, a *Sittlichkeitot),* az illendőséget (*Sittét*) valamint a modern korban tőlük elkülönülő divatot (a *Modét*).[886] 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.

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.[887] 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 fogta fel. 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 és dogmatikai eszközökkel oldja fel. 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.[888] Az első ilyen

884 KANT, IMMANUEL: Die Metaphysik der Sitten, in: WEISCHEDEL, WILHELM: *Immanuel Kant. Werkausgabe in zwölf Bänden*, VIII, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2004[12], 337.

885 JHERING, RUDOLF VON: *Der Zweck im Recht*, II, Hildesheim—New Yok: Breitkopf & Härtel Wiesbaden, 1970[4], 44.

886 JHERING: *Der Zweck,* 44.

887 FOUILLÉE, ALFRED: *L'idée moderne du droit en Allemagne en Angleterre et en France*, Paris: Hachette 1923[2], 9—26.

888 DI FABIO, UDO: *Die Kultur der Freiheit*, München: Beck 2005, 38—47. A műről

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 elöregedett 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.[889] A szexuális kérdésekben tapasztalható bírói tanácstalanságot nem csupán az erkölcsi züllésnek, hanem a tudományos haladás felvilágosító hatásának is lehet tekinteni. Ráadásul SIMITIS sem érvényesítette a szexuális területen a társadalmi normákból adódó közrendet, azaz veszélyesnek tartotta szociális mércék alkalmazását az emberi viszonyok ezen intim területén.[890] Az újabb irodalmat és jogalkalmazást áttekintve azt tapasztalhatjuk, hogy a német bíróságok még nem adták fel értékmegőrző vagy éppen konzervatív pozíciójukat a liberalizáció áradatában.[891] 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.[892] A többek által[893] kritizált elővigyázatos jogalkalmazást[894] tehát tiszteletet érdemlőnek

magyar nyelvű recenziót írt SCHANDA BALÁZS. Ld. Iustum, Aequm, Salutare 2/III (2007), 225—226.

889 ROTHER, WERNER: *Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung*, AcP 52/172 (1972), 499.

890 SIMITIS: *id. m.* 460.

891 E jelenséget üdvözli BYDLINSKI, FRANZ: Möglichkeiten und Grenzen der Präzisieung aktueller Generalklausen, in: BEHRENDS, OKKO— DIESSELHORST, MALTE—DREIER, RALF (Hrsg.): *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1990, 215[67].

892 MAYER-MALY, THEO: § 138, in: SÄCKER, FRANZ JÜRGEN: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, München: Beck 2006[4], 1368.

893 KÜHNE, HANS-HEINER: *Prostitution als bürgerlicher Beruf?* ZRP 1975, 184skk; BEHM NStZ 1996, 317skk.

894 BGH FamRZ 1970, 19, 20; BGHZ 53, 369, 382 = NJW 1970, 1273; LG Mannheim NJW 1995, 3398.

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.[895] A törvény ellenére a kritikus jogtudományi állásfoglalások megmaradtak,[896] csupán más alakot öltöttek, mondván, hogy az új szabályozás nem az erkölcstelenségre vonatkozó ítéletet változtatta meg, csupán speciális jogkövetkezményi 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 szignalizált összemosódása végeredményben megvalósult. A nagymértékű technicizálódás és dogmaticizálódás az erkölcstelenség reobjektivizálódását eredményezte.[897] 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.[898] Az elmúlt század eleji szerzők a polgári erkölcsöt egyfajta morális minimumnak tartották.[899] 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.[900] E felfogás értelmében a generális klauzulák szerepe a piaci mechanizmusok

895 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 2006[5],1666.
896 A paternalizmus aspektusából felmerülő kétségekre vonatkozóan ld. Cserne: *Freedom*, 125—126.
897 Bürge: *id. m. 57,* kifejezését kibővítve nem egyszerű objektivizálódásról, hanem a középkori előzmények ismeretében reobjektivizilódásról beszélhetünk.
898 Wesel: *id. m.* 121.
899 Tuhr, Andreas von: *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, München—Leipzig: Duncker & Humblot 1910, 22sk.
900 V. ö. Eckert, Jörn: *Sittenwidrigkeit und Wertungswandel*, AcP 199 (1999), 345.

durvaságának kiegyenlítése lett volna. E felfogás a homogén polgári morál fikcióján alapult.[901] 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.[902]
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.[903]

4.3 Adalékok a magyar jogfilozófiai irodalomból

A jog és erkölcs viszonyának a magyar jogfilozófiában eddigi legmélyebb, nemzetközi színvonalú elemzése Horváth Barna nevéhez fűződik.[904] Művében a legalitás és a moralitás kifejezéseket használta. 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 puszta ábrázolását."[905]
A jóerkölcsbe ütköző szerződések semmisségét kimondó generális klauzula tulajdonképpen e kettő határmezsgyéjén helyezkedik el. Az ítéletet meghozó bírónak heterolog erkölcsi magatartást kell megítélnie, azaz egy olyan

901 Teubner: *id. m.* 116.
902 Megerősítőleg Dawson, John P.: *The General Clauses, Viewed From a Distance*, RabelsZ 3/41 (1997), 448.
903 Di Fabio: *id. m.* 168.
904 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 géniusz pere. Szókratész—Johanna,* Máriabesnyő—Gödöllő: Attraktor 2003, 214—220.
905 Horváth: *Az erkölcsi norma,* 141.

cselekményt, amely egy merőben alogikus, közvetlen, aktív átélésből és egy ebbe „beleékelődő" teoretikus magatartásból áll.[906] Az észből levezetett puszta 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 arrra 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 tényálladékra fókuszáló tekintete messze a jog rendszerén kívülre „réved" el. Ezzel hozzájárul a jog helyességének, mint erkölcsi értéknek az érvényesüléséhez.[907]

Szinte magától vetődik fel egy kérdés. Ha a fenti gondolatok általában érvényesek a jog és erkölcs összefüggéseire nézve, miért szükséges 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 egyik funkciójának figyelemfelhívő, emlékeztető szerepét 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"[908]. Marton szerint a morális szférában a maga tisztaságában megtalálható „jó erkölcsök" a jogi szabályozás világában való átkerülésük révén jelentős transzformáción mennek keresztül. Azóta 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

906 Horváth: *Az erkölcsi norma,* 64. A Horváth-i nézet méltatásáért ld. Cs. Kiss Lajos: A Jogszociológia után, in: *Horváth Barna*: *A jogelmélet vázlata,* Máriabesnyő—Gödöllő: Attraktor 2004, 248skk.

907 Horváth: *Az erkölcsi norma,* 144.

908 Horváth Barna: Az új magyar jogfilozófia, in: Szabadfalvi József (vál.): *Moór Gyula*, Budapest: Új Mandátum 2001, 204.

következetlenségre vivő gyakorlati alkalmazásában. Hiányzik nála az, ami egy mértéknek elengedhetetlen kelléke: hogy állandó, változatlan, és könnyen érzékelhető legyen. Gumiszalagból nem lehet rőföt csinálni."[909]

Alapvető jelentőségű jogösszehasonlító művében Eörsi Gyula is foglalkozott a generális klauzulák által felvetett problémákkal.[910] Meglátása szerint e normák korlátját képezik a mindent szabad, ami nem tilos elvének. Kimutatta, hogy e jogi jelenség az angolszász jogi kultúrától sem idegen, példaként a *good neighbour* tesztet hozta fel.[911] A jogfejlesztés kiváló eszközének tartotta, különösképp a bírói jogfejlesztés legalitásának fő módszerét látta benne. Nyitottá teszi a kódexet azáltal, hogy a törvényi jog és a bírói jog ellentmondását beemeli a törvényműbe és annak saját, belső ellentmondásává teszi. Ezen aspektusból tulajdonképpen a jog megkettőződéséhez vezet, a régi és az új jog vagy jogértelmezés harca tükröződik benne.[912]

A kortárs magyar jogirodalomban ritkán találkozhatunk olyan tanulmányokkal, amelyek praktikus jogi problémák tárgyalásakor elméleti igényű filozófiai, jogfilozói kitekintést is adnak.[913] Ha ez elő is fordul, inkább alkotmányjogi területen, különösen a magzati élet védelmével vagy az egyneműek kapcsolatának szabályozásával kapcsolatban történik 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".[914] A morális kategóriákról tett intermezzójában Marton gondolatait kibontó sorai a kártérítési jogra vonatkozóan *mutatis*

909 Marton Géza: *A polgári jogi felelősség,* Budapest: Triorg s. a. 66.

910 Eörsi Gyula: *Összehasonlító polgári jog. Jogtípusok, jogcsoportok és a jogfejlődés útjai,* Budapest: Akadémiai Kiadó 1975.

911 Eörsi: *id. m.* 448—449.

912 Eörsi: *id. m.* 448—453.

913 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 Alexy 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.

914 Peschka Vilmos: A kártérítési felelősség morális és etikai kiüresedése, in: Bán Chrysta (et alia szerz.): *Ius privatum — Ius commune europae. Liber Amicorum. Studia Ferenc Mádl Dedicata*, Budapest: ELTE 2001, 210.

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 általtására."[915] PESCHKA HEGELt[916] követve a morál és jog között közvetítő különösségnek az etikumot tartotta, a morált individuális, az erkölcsöt, illetőleg az etikumot közösségi, társadalmi értékrendnek tekintette.[917] 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[918] pedig e téren is a különösséget, a közvetítő középet képviseli, a benső és külső sajátos, dialektikus egységével."[919] 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.

PESCHKA figyelemreméltó tézise szerint megvalósult „— ha nem is egyforma szinten és értelemben — a kártérítési felelősség jogi szabályozása kezdetének és jelenkori, posztmodern végének egysége."[920] Mint tapasztalhattuk, a jó erkölcsökre vonatkozó szabályozás fejlődéstörténete is ciklikus körben forog a jog és az erkölcs közötti mindenkori viszony 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.[921] Fejtegetéseit egy a nemzetközi tendenciák tükrében első pillantásra naivnak tűnő óhajjal zárta, amely értelmében nem elég a magzatnak életet adni, de emberhez méltó körülményeket

915 MARTON GÉZA: Kártérítés. Kártérítési kötelmek jogellenes magatartásból, in: SZLADITS KÁROLY: *A magyar magánjog*, III—IV, Pécs: Ponte Press 1999, 64—67.

916 HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH: *A jogfilozófia alapvonalai, vagy a természetjog és államtudomány vázlata,* Budapest: Akadémiai 1971, 151.

917 PESCHKA: *A kártérítési felelősség,* 212.

918 A kiemelések az eredetiből származnak.

919 PESCHKA VILMOS: *Az etika vonzásában. Jogelméleti problémák az etika aspektusából*, Budapest: Akadémiai 1980, 122.

920 PESCHKA: *A kártérítési felelősség,* 219.

921 LENKOVICS BARNABÁS: A jog (de)moralizálása (Gondolatok a magzati élet védelméről), in: BÁN (et alia szerz.): *id. m.* 171.

biztosító társadalmat is kell teremteni. Meglátása szerint az élhetőbb élet pedig erkölcsösebb társadalmat követel, amely társadalomnak az erkölcsös törvények az előfeltételei.[922]

SZIGETI kiváló logikai érzékkel megírt tanulmányában[923] a generális klauzulákat kevésbé kifejezetten, de szintén a természetjogias adaptáció egyik lehetséges eszközének tartja.[924] Véleménye szerint a klauzula kifejezés is jelzi, hogy ebben az esetben immanensen egymásra vonatkoztatott normákról van szó.[925] EÖRSIre támaszkodva azt állítja, hogy a valódi generális klauzulának nincs szüksége a joghézag fikciójára, éppúgy jogszabálynak számít, mint a többi norma. Ennek megfelelően SZIGETI a generális klauzulával való megkettőződésről, illetve kettős alkalmazásáról beszél. Egyrészt erkölcsi tartalmúnak, másrészt, striktebb értelemben, valódi (jogszabályi) klauzulának tartja. Az első esetben a joghézag kitöltésére szolgál, a másodikban pedig normaként további, jóllehet speciálisabb jogi normák záradéka.[926]

Kiveszi a generális klauzulákat at általában vett elvek tárgyi hatálya alól FÖLDESI TAMÁS is.[927] E normáknak nem topikai, jogtechnikai, hanem metajurisztikus, etikai funkciót tulajdonít. Nézőpontjából a jelenség jogi megszorításnak minősül, tényleges tartalmának kialakítása pedig a bírói gyakorlatra és a jogtudományra marad.

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."[928] Ez a kijelentés önmagában a jóerkölcs fogalmának meghatározásához nem

922 LENKOVICS: *id. m*. 182.

923 SZIGETI PÉTER: Szabály és norma azonossága és különbsége. Normakontinuum elmélet — kitekintéssel a generálklauzulák és a jogelvek közötti különbség természetére, in: UŐ: *Norma és valóság. Válogatott tanulmányok a jogelmélet, az alkotmányjog és a politikaelmélet köréből, Győr: SZE — MTA Politikai Tudományok Intézete 2006, 203-230.*

924 SZIGETI: *id. m.* 226.

925 SZIGETI: *id. m.* 228.

926 SZIGETI: *id. m.* 228.

927 FÖLDESI TAMÁS: *A generál clausulák moralitása*, Állam- és Jogtudomány 1-2/46 (2003), 23—63.

928 MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe,* 285—286.

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."[929] 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 puszta létezés, sem a merő racionális érvényesség síkján tökéletesen meg nem ragadható."[930] Azaz, a normatív tartalom keresésének útja ebben az esetben szükségszerűen a morális értékesség kevésbé ismerős tájain halad.

5. A jó erkölcsökhöz kapcsolódó dogmatikai sajátosságok

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 tiltott (például a jövőbeni örökségre vonatkozó szerződés), vagy a szerződő felek (vagy csak az 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 ítélkezni.[931] A kötelem tárgyának törvényszerűsége és a jogcím *(cause)* törvényszerűsége két különböző problémakör.[932] 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.[933]
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,[934] szemben a német joggal.[935] A valóságban a szerződés tárgya

929 HORVÁTH: *Az erkölcsi norma,* 11.
930 HORVÁTH: *Az erkölcsi norma,*11.
931 LARROUMET, CHRISTIAN: *Droit civil. Les obligations, Le contrat,* III, Paris: 2003[5], 352.
932 Ld. ezzel szemben FAHRE-MAGNAN: *id. m.* 379.
933 A hatályos joggyakorlat ez utóbbi megállapodást már nem tartja erkölcstelennek.
934 JALUZOT, BÉATRICE: *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de doit français, allemand et japonais*, Paris: Dalloz 2001, 37.
935 A BGB eltérő helyen szabályozza a kötelem tartalmát általában (241. §) és a szerződés

a kötelem tárgya által jön létre, és elképzelhető, hogy a szerződés tárgya egy dologi jog létrehozása, vagy egy jog illetve kötelem átruházása.[936] Az egyszerűsítő felfogás kritizálható azon az alapon, 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.[937] A tárgynak *(objet)* megengedettnek és a jó erkölcsöknek megfelelőnek kell lennie. A megengedettség alatt törvényszerűséget és a közrendnek *(ordre public)* való megfeleltséget értenek. A tárggyal szemben ez alapján három fő követelményt támasztanak. Egyrészt magának a dolognak forgalomképesnek kell lennie,[938] 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 (ezzel ellentétes például, ha csak egy jótékonyságból adható szolgáltatásért cserébe ellenszolgáltatást várnak el[939]).
A *cause* a francia jogrendszer egy speciális jelensége, a szerződés létrejöttének feltétele a felek egyetértése, jogképességük és a kötelem tárgya mellett.[940] 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*-affér[941], amely ügyben okkultista[942] tárgyak adásvételéről szóló szerződésből eredő fizetési kötelezettséget tettek mérlegelés tárgyává. A *Cour de cassation* 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

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.).
936 LARROUMET, CHRISTIAN: *Droit civil. Les obligations, Le contrat,* III, Paris: 2003[5], 351.
937 LARROUMET, CHRISTIAN: *id. m.* 352.
938 *Code civil*, 1128. cikk; ld. FAHRE-MAGNAN: *id. m.* 330.
939 *Code civil*, 16-1. cikk.
940 JALUZOT, BÉATRICE: *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de doit français, allemand et japonais*, Paris: Dalloz 2001, 42.
941 Cass. Civ. 1ère, 1989. július 12.
942 Az okkultista tevékenységet a *Code pénal* 34 R cikkelye tiltja.

között (amely azt a célt jelzi, amely nélkül a vevő nem vállalta volna fel a kötelezettséget).

5.2 Dogmatikai sajátosságok a német jogban

Az erkölcstelenség 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.[943] E folyamat során különös jelentőséggel bír az alaptörvényben felvázolt értékrend és az alapjogok, amelyek egyfajta keretet biztosítanak a mérlegeléshez.[944] 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 közvetett hatásának *(mittelbare Drittwirkung der Grundrechte)* elmélete képződött.[945] A generális klauzulák jogtechnikai eszközként szolgálnak az alkotmányos értékek polgári jogban való közvetítéséhez.[946] Így például az alaptörvényben foglalt értékek a jogügyletek érvényességének 138. §-ban foglalt kritériumain keresztül hatnak a polgári jogban is.[947] A teszt során az alapjogokat a személyiség szabad kibontakoztatásához való joghoz fűződő viszonyukban kell vizsgálni, az arányosság elvének megfelelően. A joggyakorlat számos érdekes példát szolgáltat az alapjogok és a szerződési megállapodások kollúziójára. Semmis az a megállapodás, amely szerint az elvált fél nem élhet korábbi házastársával egy városban,[948] az olyan végrendeleti juttatás, amely csak egy bizonyos

943 Looschelders, Dirk: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007[5], 51.
944 Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und. Kritik*, NJW 1976, 2089skk.
945 BVerfGE 7, 198 (205); BVerfGE 84, 192 (194); BVerfGE 89, 214 (229); BVerfG NJW 1994, 36—38; BGHZ 70, 313—324.
946 Looschelders, Dirk: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007[5], 19; Fikentscher, Wolfgang—Heinemann, Andreas: *Schuldrecht*, Berlin: De Gruyter Recht 2006[10], 68.
947 BVerfGE 7, 198, 206; ZIP 1990, 573, 575; NJW 1994, 36; BGH NJW 1990, 911. Medicus: *Allgemeiner Teil*, 270; Di Fabio, Udo: *Die Grundrechte als Wertordnung*, JZ 59 (2004), 1skk.
948 BGH NJW 1972, 1414.

szektához való tartozás időtartamára szól,[949] illetve a munkaszerződésben a fogamzásgátló tabletta szedéséről történő megállapodás a munkaszerződés időtartamára.[950] Canaris szerint helyesebb az alapjogok funkcióját mint beavatkozási tilalmat vagy védelmi igényt felfogni.[951]

Az alapjogok közvetett hatása a 826. §-on keresztül is érezhető. Nem csupán e paragrafus értelmezéséhez, de az alkotmányos jogok dogmatikájának kérdéséhez döntő fontossággal bírt a német szövetségi alkotmánybíróság 1958-as határozata, az úgynevezett *Lüth*-ítélet.[952] Erich Lüth hamburgi szenátor a sajtóhoz eljutatott nyílt levelében Veit Harlan *Jud Süss* című, hírhedt náci propagandafilm bojkottjára szólította fel a német mozikat. Az alkotmánybíróság ítélete szerint a bojkottra történő felszólítást tartalmazó véleménnyilvánítás nem sérti szükségszerűen a jó erkölcsöket, hanem az eset minden körülményének mérlegelésével a véleményalkotás szabadságához való jog (GG 5. cikkely) alapján alkotmányjogilag igazolható.[953] A generális klauzulák értelmezése során a bíró az alaptörvényben található értékrendet is felhasználhatja.[954]

A másik lényeges dogmatikai kérdés, amely a jó erkölcsök generális klauzulájával kapcsolatban a német jogban felmerült, a 826. § alapján előálló szerződéskötési kötelezettség problematikája. A kérdés meglehetősen vitatott a német szakirodalomban, Bydlinski szerint ez az eset vétkességtől független mulasztásként értékelendő.[955] A lényegi probléma, hogy mikor értékelhető a szerződéskötés megtagadása erkölcstelennek? Ha egy kritikust nem engednek be a színházi előadásra, a szabad véleménynyilvánításhoz (GG 5. cikkely (1)

949 LG Düsseldorf NJW 1987, 3141.
950 LAG Ham Betr. 1969, 2353.
951 Canaris, Claus-Wilhelm: *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin: De Gruyter 1999, 47skk.
952 BVerfGE 7, 198.
953 A bojkottra való felszólítás azonban a véleménnyilvánítási szabadság korlátaiba ütközik akkor, ha nem eltérő szellemi, intellektuális álláspontot, hanem gazdasági erőfölényre támaszkodó hatalmi eszközt valósít meg. Ld. az ún. *Blinkfüer*-ítéletet, BVerfGE 25, 256, amelyben az alkotmánybíróság az Axel Springer kiadóház azon levelét, amely a kelet-német propaganda bojkottjára szólította fel a kereskedőket a sajtószabadságot sértő cselekménynek minősítette.
954 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, 36.
955 Bydlinski, Franz: *Zu den dogmatischen Vorfragen des Kontrahierungszwanges*, AcP 180 (1980) 11; Larenz: *Schuldrecht* I, § 4 Ia.

bek.) és a foglalkozás szabad megválasztásához (GG. 12 cikkely) való jogát sértik meg. Ha egy amerikai vendégtanár egy német szórakozóhelyre próbál sikertelenül bebocsátást nyerni, a faji, etikai alapon megvalósult diszkrimináció a 826. § alapján vajon sikerrel leküzdhető-e?[956] 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 ítélendő? A kérdés, mit ér a gyakorlatban a fájdalomdíj vagy a fogcsikorgatva megvalósított látszólagos engedékenység a szórakozóhely részéről?[957] Vagy nem szabad meghajolnunk a diszkrimináció semmilyen formája előtt?[958] Az EU-s jog, különösen a négy, diszkriminációra vonatkozó irányelv[959] jelenléte a problémát szupranacionális szintre emelte. A kérdéses irányelvek a német jogba az általános egyenlő bánásmódról szóló törvény (AAG) segítségévül 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.[960] Kérdéses, hogy szerződéskötési kötelezettség is levezethető-e belőlük?[961]

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 magyar jogtudományban nem lelhető fel, 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

956 BayObLG, NJW 1983, 2040.
957 Bydlinski, Franz: *Zu den dogmatischen Vorfragen*, 44sk; Medicus: *Schuldrecht*, I, 84. margószám.
958 Bezzenberger, Tilman: *Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht,* AcP 196 (1996) 427skk; Staudinger/Bork (2003), 24. margószám.
959 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG és 2004/113/EG.
960 Fikentscher, Wolfgang—Heinemann, Andreas: *Schuldrecht*, Berlin: De Gruyter Recht 2006[10], 68.
961 Adomeit, Klaus: *Political correctness – jetzt Rechtspflicht!* NJW 30 (2006), 2169skk;

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 intentiójától függetlenül, volnának tekintetbe veendők. A szerződés tartalma éppen azon intentiónál fogva, a mellyel a felek a szerződést megkötik, mutatkozhatik erkölcstelennek. A szerződés tehát semmis lesz, ha tartalma akár magában, akár kapcsolatban a felek intentiójával erkölcstelen."[962] 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.[963] Ezen a nézőponton a reformok sem változtattak, bár a Szakértői Javaslat még meglehetősen pontatlanul és szűkítően fogalmazott, amikor a felek magatartására hivatkozott.[964]
Már inkább a német jogirodalomra jellemző, és hazánkban is központi jelentőségű jogalkalmazási probléma az Alkotmány és a magánjog kapcsolata. A szerződési jog területén az Alkotmány közvetlen vagy közvett korlátozó hatását különböztethetjük meg.[965] 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 tudomány[966] és a bírói gyakorlat[967] részéről is felmerült, különösképp a személyiségvédelem és a nem vagyoni kártérítés területén. Menyhárd helyes felfogása 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.[968] Véleménye

962 Indokolás a Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezetéhez, III, Budapest: Grill 1901, 956—959. §§
963 BH 2000/6. sz. 260; Gellért: *id. m.* 725.
964 Vékás: *Javaslat*, 783.
965 Menyhárd: *A jóerkölcsbe,* 300.
966 Lábady Tamás: *Alkotmányjogi hatások a készülő Ptk. szabályaira,* Polgári Jogi Kodifikáció 2/2000, 18.
967 Bírósági Döntések Tára, II. évf. (2001), 2. szám, 5—32.
968 Menyhárd *A jóerkölcsbe,* 302.

szerint a generális klauzulák nem jelentenek megoldást a közvetlen vagy közvetett hatás kérdésére, mert ezek 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.[969]

6. Elhatárolás hasonló fogalmaktól

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 miértjét nem vizsgálva a szankcióra és a fogalmak által kínált bírói mérlegelési szabadságra fókuszáltak.[970] Közös a két fogalomban, hogy egyik sem jogi eredetű – állította Bonnecase.[971] A rómaiak óta hol a jó erkölcsök, hol az *ordre public* került előtérbe, az egyén és az állam kapcsolatának függvényében.[972]
Az *ordre public* tágabb értelemben felfogott törvényesség, szabályai kötelező erejűek, így szemben áll az egyéni akarattal, egyesek szerint sokszor illegitim mértékben.[973] A társadalom aktuális állapotát jelenti egy konkrét időpontban és egy meghatározott államban.[974] Fogalma igen sokrétű. Eredetileg a magánakarat korlátainak közjogi részét képezte, később azonban „privatizálták" és a magánjogba is felvételt nyert.[975] A közrend a törvénynél magasabb szintű kategória, társadalmi, azaz nem egyszerűen jogi, politikai vagy gazdasági jellegű szükségszerűség. 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.

969 Menyhárd: *A jóerkölcsbe,* 304sk.
970 Ripert, Georges: *La règle moral dans les obligations civiles*, Paris: LGDJ 1949[4], 40.
971 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.
972 Pena: *id. m.* 519.
973 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.
974 Fahre-Magnan: *id. m.* 332.
975 Fenouillet: *id. m.* 490.

Alapelve a kollektivitás és az individuum feletti szupremácia. Külső, formai kritériumok alapján *ordre public textuel*t vagy másképp *ordre public virtuel*t különböztethetünk meg.[976] Az előbbi esetben a közrend kívánalma kifejezetten nem, csak a kontextus révén jelenik meg a törvényben (például az 1388., az 1628., az 1674, az 1694. és az 1780. cikkelyekben), és limitálja az engedményező felelősségét az uzsorás technikák elkerülése érdekében.[977] Az 1133. cikkelyben kifejezetten megjelenik a fogalom, de *principe général*ként egy, a jogi világtól elkülönült, nem írott értékekre vonatkozó rendet jelöl. Belső, tartalmi kritériumok alapján csopotosítva az *ordre public*-nak két nagy felhasználási területe van, a politikai és a gazdasági szféra (*ordre public politique* és *économique*).[978] A politikai alcsoportba tartoznak az államra, a családra[979] és az egyénre vonatkozó szabályok, a gazdaságiba pedig alapvetően egyes protekciós (*ordre public de protection*, a gazdasági erőfölény vagy szakértelem kiegyensúlyozására szolgáló) és iránymutató *(ordre public de direction)* jellegű normák. Az előbbiek abszolút, az utóbbiak relatív semmiséggel 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 *orde public de protection* a konkrét gazdasági és az elvont társadalmi szerződés gyengébb érdekérvényesítéssel bíró érintettjeinek 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*

976 Carbonnier, Jean: *id. m.* II, 2037.
977 *Code civil*, 1694. cikk.
978 Az *ordre public économique* az *ordre public*-kal többnyire megegyező, de konkrétabb és változékonyabb fogalom. *Ld.* Malaurie, Philipppe: 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.
979 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. A család jogi fogalmának magyar szabályozására ld. Bojnár Katinka: *Az Alkotmánybíróság határozata a család fogalmáról*, JeMa 1/4 (2013), 19—27.

public között, hiszen már olyan értékek, mint az emberi test fizikai integritása is megkérdejeleződnek.[980]

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.[981] 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.[982] Eközben az *orde public* is új értelmet nyert, a régi konzervatív, tiltó és jogi jellegű közrend helyébe a gazdasági, szociális és professzionális közrend lép,[983] a jó erkölcsökön pedig az *ordre public* inflációja következtében összehúzódik a szamárbőr.[984] 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.[985] Carbonnier szerint a jó erkölcsök emberi méltóságba történő felolvadása egyfajta „megszüntetve-megőrizni" jelenséget takar.[986] Catala is optimista a változások kapcsán, kifejtve, hogy az állam megelelő védelmére reményt keltő a méltányosság eszméjére épülő *orde public philanthropique*.[987]

A két fogalom azonban korántsem szinoním, ellentétben Gegout állításával, aki szerint a *bonnes mœurs* csak az *ordre public* egyik manifesztációja lenne a sok közül.[988] 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

980 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.

981 Fenouillet: *id. m.* 489.

982 Lochak: *id. m.* 41.

983 Malaurie, Philippe—Aynès, Laurent—Stoffel-Munck, Philippe: *Les obligation*, Paris: Defrénois 2005, 315.

984 Darmaisin: *id. m.* 63.

985 Fenouillet: *id. m.* 510.

986 Carbonnier, Jean: Propos introductif, in: Revet, Thiery (coord.): *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris: Dalloz—Sirey 1996, 11—26.

987 Catala, Pierre: À propos de l'ordre public, in: *Le juge entre duex millénaires. Mélanges offerts à Pierre Dai*, Paris: Dalloz 2000, 511sk.

988 Gégout, Maurice: *Ordre public et bonnes mœurs*, Juris-Classeur Civil 5 (1979), 19.

köze a jó erkölcsökhöz. A *bonnes mœurs* meghatározása lehetetlen, míg az *ordre public* könyebben definiálható.[989] 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 semmiséget okoz, és lehetséges a *restitution*, az eredeti állapot helyreállítása. A két fogalom mögött két markánsan eltérő filozófiai hátteret találhatunk. 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 erkölcstelen ügyleteket nem tekinti joggal való visszaélésnek.[990] A joggal való visszaélés lényege, hogy formálisan sem az jogszabályokba, sem az *ordre public*ba nem ütközik,[991] betartja a törvény betűjét, de szellemét 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.[992] 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.[993]

A három fogalomban (*ordre public*, *bonnes mœurs* és *fraude à loi*) közös, hogy az akaratszabadság korlátait képezik[994] és közérdek, az *interêt général* érvényesülését szolgálják az egyéni érdékek felett. E normákon kívül a szerződési szabadságnak csak a felek képzelőereje szab határt.[995]

989 Bénédicte, Lavand-Legendre: *Où sont passées les bonnes mœurs?* Paris: PUF 2005, 13.

990 Jaluzot, Béatrice: *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de doit français, allemand et japonais*, Paris: Dalloz 2001, 415.

991 Carbonnier szerint ezzel szemben a joggal való visszaélés tilalma a közrend védelmének egyik fajtájaként fogható fel, ld. Carbonnier, Jean: *id. m.* II, 2035.

992 Carbonnier, Jean: *id. m.* II, 2041.

993 Civ. 1re, 1992. március 17 = Bull. civ. 1, n 86. D. 1992

994 Darmaisin: *id. m.* 90.

995 Thibierge-Guelfucci: *id. m.* 360.

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.[996] 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.[997] A jó erkölcsök pedig büntető, formális, restriktív karakterű fogalom, amely a magánjogi viszonyok szabadságát korlátozza a *bon père de famille* modelje alapján.[998] Restriktív, hiszen a *Code civil* 6. cikkelyén kívül a *bonnes mœurs* negatív kontextusban kerül elő.

6.2 Elhatárolások a német jogban

A német jogban több, a *gute Sitten*hez hasonló fogalommal találkozhatunk.
Az *ordre public*-ot hívják segítségül, ha meg kívánják határozni, hogy egy külföldi jogi norma hazai alkalmazása megengedhető-e.[999] Simitis véleménye szerint a *gute Sitten* a közrend (*ordre public)* fogalmának részét képezi, és a családi élet és a szexuális szféra szűkebb területeire korlátozandó.[1000] 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.[1001] A ma elfogadott álláspont Mayer-Maly összehasonlító alapokon nyugvó tanulmányán alapszik, amely, ha nem is élesen, de elhatárolja egymástól a két fogalmat.[1002] A közrend a pozitív jogi normákat, a bírói esetjogot és az alkotmányos értékeket foglalja magában. Ennek megfelelően az erkölcstelenség jogellenességben oldódik fel. A

996 Darmaisin: *id. m.* 143sk.
997 Cass 1ère civ., 1995. május 16.
998 Fenouillet: *id. m.* 490.
999 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.
1000 Simitis, Konstantin: *Gute Sitten und ordre public*, Marburg: Elwert 1960, 197.
1001 Köhler, Helmut: *BGB. Allgemeiner Teil*, München: C.H. Beck 2007[31], 184.
1002 Mayer-Maly, Theo: *Was leisten die guten Sitten?* AcP 194 (1994), 126skk.

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.[1003]
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.[1004] 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.[1005] Tartalma konkretizálásra szorul, és szükséges a visszaélést megakadályozó, a klauzula alkalmazását jól körülírt keretek közé szorító elvek meghatározása.[1006] 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.[1007] Minden *gute Sittent* sértő magatartás egyben sérti a *Treu und Glauben*t, de nem minden *Treu und Glaubent* sértő cselekmény sérti a *gute Sittent.* Ennek megfelelően a két klauzula a gyakorlati alkalmazás szempontjából a megfelelési teszt két külön fokán állnak. Először vizsgálandó, 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. § paragrafusa alá.[1008]

1003 BGHZ 106, 269, 271; Mayer-Maly: *Was leisten*, 136skk.
1004 Looschelders, Dirk: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007[5], 32.
1005 Medicus: *Schuldrecht*, I, Rn. 130; Staudinger—Schmidt: 242. § 161. margószám.
1006 Ld. a Holland-esetet, RabelsZ 10 (1936), 403skk.
1007 Schapp—Schur: *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 2007[4], 487. margószám.
1008 Sack, Rolf: § 138, in: Habermann, Norbert (Red.): *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2003, 293.

A jó erkölcsök 826. §-ban előírt mércéje kevésbé szigorú,[1009] a mindenkire vonatkozó mértéket tartalmazza a társadalmi etika minimális szintjének az általános jogi forgalomban való betartása érdekében.[1010] Ez a megállapítás a jellineki felfogás sajátságos alfajának tűnik, az etikai minimum a jog közvetlen tárgyává válik. Looschelders nézőpontja szerint azonban mindkét előírás ugyanazon igazságossági alapelv kifejeződése.[1011]

Az intézményvédelem sem meríti ki a 138. § tartalmát.[1012] 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 a szigorú kazuisztikának és nem egy absztrakt principíumnak köszönhető. Elfelejti, hogy e kazuisztika kialakulása éppen az absztrakt principiumra történő hivatkozások kapcsán valósulhat meg. Azt állította továbbá, hogy a piacgazdaság állandó mozgásait az erkölcsi törvények *status quo*-ja képtelen követni, nem érzékelte a *gute Sitten* fogalmában rejlő dinamizmust. Másrészről az intézményvédelemhez fűzött fenti követelmények túl absztraktak, illetve tartalmi szempontból túl szűkek ahhoz, hogy lefedhessék a jó erkölcsök fogalmát.

A generális klauzulához hasonló 'sztenderd' kifejezés változó tapasztalati alapú és meghatározottságú értékrendet takar.[1013] 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.[1014]

1009 Fikentscher—Heiemann: *Schuldrecht*, 199. margószám.

1010 Erman—Schiemann: 826. §, 3. margószám; Larenz—Canaris: *Schuldrecht*, II/2, §78 II 1b.

1011 Looschelders, Dirk: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007[5], 32.

1012 Medicus: *Allgemeiner Teil,* 267.

1013 Bővebben ld. Strache, Karl-Heinz: *Das Denken in Standards. Zugleich ein Beitrag zur Typologie*, Berlin: Duncker & Humblot 1968, 19skk.

1014 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.

6.3 Elhatárolások a magyar jogban[1015]

Az elhatárolások sorát érdemes a jóhiszeműség és tisztesség elvével kezdenünk, hiszen az új Ptk. indokolása a jóerkölcs követelményei kiindulópontjának a jóhiszeműség és tisztesség elvét tartja.[1016] E követelmény szintén generális klauzula, méghozzá olyan, amelynek nem csupán tényállása nyitott, mint a jóerkölcsbe ütközés tilalmát kimondó szabályé, 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.[1017] 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,[1018] Földi szerint a jóerkölcsbe ütközés „alacsonyabb, mondhatni minimális, elemi szintű követelményt fogalmaz

1015 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 prolémákat 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.

1016 T/5949. sz. törvényjavaslat a 5:76. §-hoz.

1017 Erre utal Földi András: *A jóhiszeműség és tisztesség elve. Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig*, Budapest: ELTE 2001, 102.

1018 Kelemen László: *A jóhiszeműség és tisztesség a magánjogban,* Szeged: Ablaka György 1937, 13.

meg."[1019] Menyhárd ezzel ellentétes álláspontja értelmében a két fogalom között nincs minőségi és mennyiségi különbség, csak eltérő területeken alkalmazandóak.[1020] 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 álláspontját fogadjuk el helyesnek. 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 különbözőségeket, 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 jóhiszeműség és tisztesség követelményét sértő cselekmény.[1021] 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 jóhiszeműség és tisztesség elvét sértő szerződés. Ebből kifolyólag annak sincs akadálya, 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

1019 Földi: *A jóhiszeműség és tisztesség elve,* 102.
1020 Menyhárd: *A jóerkölcsbe,* 254.
1021 Menyhárd: *A jóerkölcsbe,* 252.

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.[1022] 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 állunk, 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 megsértéséről van szó, amelyhez nem kapcsolódik a semmisség jogkövetkezménye. Ez azonban a jóerkölcs tartalmának, esetköreinek nem megengedhető kitágítását implikálja. Másrészt akkor használjuk helyesen a *lex specialis* fogalmát, ha 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 valamely többletnyállási elem a jóerkölcsbe ütközést is megalapozza, nem jogszabályba ütközés, hanem jóerkölcsbe ütközés miatti semmisséget kell megállapítani.[1023] Ez éppen a Menyhárd által elfogadotthoz képest fordított generalitás—specialitás viszonyra utal. A *lex specialis* fogalmára alapozott Menyhárd-féle distinkció tartalmilag nem helytálló, használata pedig szemantikailag is kifogásolható. Helyette az imént felvázolt, összetettebb viszonyrendszert fogadjuk el, nevezetesen, hogy a jóerkölcsbe ütközés szűk esetcsoportok esetén használatos. Ezáltal többnyire elkerülhető a jogszabályba ütközés teleologikus megszorító felfogásából eredő ellentmondás, másrészt az a probléma, hogy bizonyos esetben a jogszabályba, máskor a jóerkölcsbe ütközés tekinthető a másikhoz képest speciális szabálynak. Másrészről 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 joggal való visszaélés és a jóerkölcsbe ütközés elhatárolási problémája csak látszólagos. A helyes kiindulópont az a kérdés, hogy egy személy az

1022 Menyhárd: *A jóerkölcsbe,* 249.
1023 Menyhárd: *A jóerkölcsbe,* 250.

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 következzék be, hiszen ilyen szerződésből semmilyen jogkövetkezmény nem származhat. Ezért megalapozatlan a jóerkölcsbe ütközést a joggal való visszaélés egyik fajtájának tekinteni.[1024] 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 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 helyet a jog világában.[1025]

Az uzsora és a jóerkölcsbe ütközés elhatárolásakor tulajdonképpen egy generális klauzula és a vele átfedésben levő speciális törvényi tényállás viszonyát kell meghatározni. Az uzsorás szerződés tilalmának specialitása a „régi" Ptk. felépítésének logikus vonalvezetéséből is kitűnik. A szerződéskötési szabadság tételezés után, annak hármas korlátját 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 lépett a régi 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 uzsorásnak minősül és semmis. Az uzsorás szerződés nem csupán a jóerkölcsbe ütköző szerződéshez, hanem azon belül

1024 Ld. ezzel kapcsolatban Tercsák Tamás: *A joggal való visszaélés*, Budapest: ELTE 2003, 300.

1025 Más szempontból, de megerősítőleg fejti ki ugyanezt a tézist Sárándi Imre: *Visszaélés a joggal*, Budapest: Akadémiai 1965, 89sk.

a feltűnő értékaránytalansággal létrejött szerződésekhez képest is speciális. Mint láttuk, az uzsorás szerződés a jóerkölcsbe ütközés fogalmi ernyője alá kerülése a középkori jogfejlődés nóvuma, hiszen abban a korszakban került sor a jóerkölcs és az általános erkölcs azonosítására. Ezt a történelmi terhet a modern jogkereső közönség mindmáig viselni kénytelen.

A Legfelsőbb Bíróság egy ítéletében[1026] egyébként maga is elhatárolta a szolgáltatás és ellenszolgáltatás között mutatkozó feltűnő értékkülönbség és a jóerkölcsbe ütközés alapján megállapítható érvénytelenséget. Kijelentette, 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 régi Ptk. 202. §-a alapján minősült érvénytelennek.

7. A jó erkölcsök fogalmának meghatározása

7.1 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása a francia jogban

A *bonnes mœurs* fogalmát a *Code civil* használja ugyan, de nem definiálja. Az irodalomban definiálhatatlan fogalomnak tartják,[1027] ha meg is határozzák, csak meglehetősen tág leírását adják,[1028] és többnyire a társadalomban ható alapvető erkölcsi szabályok együtteseként értelmezik. A fogalom nagy paradoxona, hogy a kifejezés jogi szakszó, a jognak mégis külső tényezőkre kell alapoznia értelmezésekor.[1029] A fogalom attraktivitása éppen ebben a megfoghatatlanságában rejlik. A körülmények végtelen variációja teszi szükségessé, hogy a jog változó tartalmú fogalmakat is bevezessen: [1030] ilyenek a jó erkölcsökhöz hasonlóan például az *équité, raisonnable, ordre public, faute*

1026 BH 2001/10. sz. 473.

1027 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.

1028 Lochak: *id. m.* 15 és 35.

1029 Lochak: *id. m.* 15.

1030 Perelman, Chaïm: *La raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris: LGDJ 1984, 134.

grave, a családjog területén az *interêt de l'enfant*, a *dureté*,[1031] de az uniós jogban[1032] 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.[1033] Carbonnier a jó erkölcsöket ezzel szemben egyfajta alacsonyabb fokú morálként értékelte,[1034] mások tematikusan a szexuális morál területére szűkítenék le jelentéstartalmát.[1035] Felmerül a kérdés, hogy szokásjogi morált, egy társadalmi osztály morálját, ésszerű morált vagy egy transzcendentális és örök etikai törvényt kell-e érteni alatta.[1036] Capitant szerint a 6. cikkely sem minden erkölcstelen előírást tilt, csak azokat, amelyek az *ordre public*-ban vagy a *bonnes mœurs*-ben gyökereznek.[1037] Bonnecase még a jó jelzőt is elhagyta volna a kifejezés elejéről.[1038]

Egyes vélemények szerint a *bonnes mœurs* egyértelműen nem egy adott társadalom adott időben bevett erkölcsét jelenti, hanem normatív karaktere van. A tisztességes emberek *(honnetês gens)* erkölcsével egyenértékű, akik elismerik a társadalom *(corps social)* alapvető értékeit és intézményeit, amelyek nélkül mind az egyéni, mind a társadalmi létezés struktúrálatlan és elmúlásra ítélt lenne. Ezen vélemény szerint a jó erkölcsök a vallási, keresztény morál laicizált formájának tekinthető civil erkölcsöt *(la morale civil*) jelentik.[1039]

1031 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.

1032 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.

1033 Terré, François—Simler, Philippe—Laquette, Yves: *Droit civil. Les obligations*, Paris: Dalloz 2005[9], 392.

1034 Carbonnier, Jean: *Droit civil*. *Les obligations*, Paris: PUF 1996[20], 137.

1035 Starck, Boris—Roland, Henri—Boyer, Laurent: *Les obligations. Le contrat*, Paris: Litec 1998[6], 238.

1036 Carbonnier, Jean: *Droit civil*, II, Paris: Qudrige/PUF 2004, 2036, és Oppetit, Bruno: Ethique et vie des affaires, in: *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris: Litec 1993, 320.

1037 Capitant, Henri: *De la cause des obligations*, Paris: Dalloz 1928[3], 107.

1038 Bonnecase, Julien: *Science du droit et romantisme*, Paris: Dalloz 1928, 182sk.

1039 Malaurie, Philippe—Aynès, Laurent—Stoffel-Munck, Philippe: *Les obligation*,

A fenti eltérő nézeteket alapvetően két megközelítési mód köré csoportosíthatjuk, az idealista[1040] 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.[1041] 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 egészén belül egy nemzet vagy egy ország vonatkozásában.[1042] A gyakorlatban sokszor a két felfogás kompromisszumos változatával találkozunk. A bíróságok represszív gyakorlatában a társadalom elitjének életmódját, erkölcsét a jó erkölcsök etalonjaként kezelik, azaz egy társadalmi osztály nézeteit a normativitás irányába próbálják meg eltolni.[1043] 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.[1044] 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.[1045]

7.2 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása a német jogban

A jó erkölcsök fogalmát a német jogban sem definiálták egyértelműen. Deutsch szerint a generális klauzulák örök rejtélyt jelentenek a jogtudomány és jogalkalmazás számára.[1046]

Paris: Defrénois 2005, 313sk.

1040 Ripert, Georges: *La règle moral dans les obligations civiles*, Paris: LGDJ 1949[4], 12—21.

1041 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: Libraire Duchamin, 1977, 91skk.

1042 A luxembourgi bíróság is a római szerződés 36. cikkét az országok saját morális mértéke szerint ítéli meg, ld. 1979. december 14 = Rec. 1979, 3795.

1043 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.

1044 Lochak: *id. m.* 45.

1045 Bonnecase: *id. m*. 96—97.

1046 Deutsch, Erwin: *Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände. Ein*

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 megtétele mellett.

Az első csoporton belülre a jó erkölcsök fogalma az erkölcsiséggel, a természetjogilag megalapozott erkölcsi törvénnyel, a materiális értéketikával, a társadalmi erkölccsel és tásadalmi normák recepciójával, valamint az általános formulákkal azonosító elméletek sorolhatóak. Az abszolút morál embertelenségét a német jogtudomány hamar felismerte.[1047] WIEACKER[1048] és WEINKAUF[1049] felfogásával szemben TEUBNER úgy vélte, hogy a *gute Sitten* nem az erkölcsösség terrénumán belül definiálható fogalom, és a természetjogilag megalapozott erkölcsi törvénnyel[1050] sem azonosítható. A társadalmi erkölcs megfeneklik a modern társadalom plurális értékrendszerén.[1051] A modern társadalmakban nem létezik általános értékkonszenzus, 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.[1052] 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

Beitrag zur Abgrenzung der rechtsetzenden von der rechtsprechenden Gewalt im Zivilrecht, JZ 1963, 389.

1047 WIEACKER, FRANZ: *Recht und Sittlichkeit*, Zeitwende (40) 1969, 252.

1048 WIACKER: *Recht und Sittlichkeit*, 252.

1049 WEINKAUF: Naturrechtsgedanke, in: MAIHOFER, WERNER: *Naturrecht als* 558, 574.

1050 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.

1051 WIEACKER: *Recht und Sittlichkeit*, 249.

1052 LARENZ, KARL: *Grundsätzlichen zu § 138 BGB*, JJb 1966/67, 109.

ténységűségből formál normativitást,[1053] a *Sein*ból csinál *Sollen*t.[1054] Ennek megfelelő megoldási kísérletek, a jogszociológiai megközelítés és a statisztikai felmérések a klauzula konkretizálása kapcsán 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,[1055] illetve a méltányosan és igazságosan gondolkodó ember üres formulája[1056] sem adhat ma már megnyugtató megoldást. A fogalomnak MEDICUS szerint két hátránya is van. Egyrészt nem vethető alá objektív ellenőrzési kritériumoknak, másrészt eléggé bizonytalan.[1057]

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.[1058] 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 törvénytelenségben oldódik fel. A *gute Sitten* tartalmának megállapításakor KLUNZINGER szerint a jogrend belső jogetikai értékeit[1059] 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.[1060] Rendszerint az erkölcstelenség a szerződésben résztvevő mindkét felet érinti, egyoldalú

1053 KOHLER: *Sitte und Sittlichkeit*, ArchRu WPh 8, 330.

1054 ARZT: *id. m.* 58skk.

1055 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.

1056 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.

1057 MEDICUS: *Allgemeiner Teil*, 266.

1058 SIMITIS, KONSTANTIN: *Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138. Abs. 1 BGB*, Marburg: Elwert 1960.

1059 BGHZ 80, 156; 106, 338.

1060 KLUNZINGER: *id. m.* 122.

erkölcstelenség akkor elegendő a semmisséghez, mint jogkövetkezmény bekövetkeztéhez, ha a fél a másik szerződő féllel szemben viselkedik 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.[1061]
TEUBNER alapvető művében e fenti, egydimenziósnak 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, 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 szerepének felerősödését 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,[1062] 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 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. Másrészről elhatárolási kritériumai jog és erkölcs között a gyakorlatban nem jelentenek éles cezúrákat. A jog és az erkölcs nem fedik le egymást teljesen, a jó erkölcsök az erkölcsi rend jogilag releváns szeletét képezik, de

1061 ESSER, JOSEF: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beitrag zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen: Mohr 1990[4], 96skk.
1062 TEUBNER: *id. m.* 118.

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 fizetséggel szemben sincs jogi szankció.[1063] 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 megítélésekor az érintett felek saját értékítélete irreleváns, a tényleges körülmények objektív mérlegelése kívánatos.[1064] KÖHLER példaképp azon eseteket emelte ki, amikor a társadalmi felfogás nem követi a jogrend gyors változásait.[1065] Szerinte egy jogügylet erkölcstelenségének megállapítása a jogügylet egészének értékeléséből származhat. Ennek során a tartalom mellett egyéb körülmények (pl. a rendelkezésre álló idő rövidsége), joghatások, a felek céljainak, elvárásainak és motívumainak vizsgálata szükséges.[1066] 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.[1067] 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

1063 MEDICUS: *Allgemeiner Teil*, 267.
1064 MEDICUS: *Allgemeiner Teil*, 269.
1065 KÖHLER: *id. m.* 184.
1066 KÖHLER: *id. m.* 185. BGH NJW 2002, 361—362; 2005, 1490—1491; 2005, 2991—2992.
1067 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.

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.[1068] 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 történhet. Deduktív akkor, ha a klauzula tartalmának meghatározása jogelvek, principiumok 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.

7.3 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása a magyar jogban

A magyar jogalkotó[1069] és a jogtudomány[1070] egyet ért abban, hogy a jóerkölcs tartalmát jogszabály nem határozhatja meg. Mindkettő a bíró gyakorlatra hárítja a tartalmi konkretizálás feladatát. Nem egyszerűen mérlegelési, diszkrecionális jogkörről 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

1068 SACK: *id. m.* 235.
1069 T/5949. sz. törvényjavaslat a 5:76. §-hoz.
1070 MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe,* 283.

fogalommal, a „társadalom erkölcsi felfogásának" interpretálásával kívánta a magyar jogalkalmazás helyettesíteni.[1071] 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."[1072] Másrészt egyfajta többségi, statisztikai nézőpontot sugall, amely sokáig, egy még homogénnek ítélt magyar társadalom esetében hatékony értelmezési eszköznek tűnhetett. A statisztikai felfogást MENYHÁRD támadta.[1073] 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.[1074]
Az új Ptk. javaslata *expressis verbis* kimondta azt az eddig is általánosan elfogadott álláspontot, hogy a Ptk.-t az Alkotmánnyal összhangban kell értelmezni.[1075] Ebből következően a jóerkölcs fogalmának meghatározásához szükséges átfogó értékmérők az Alaptörvényből nyerhetőek. Az Alkotmánybíróság egy határozatában[1076] a „közerkölcs" kifejezést a jóerkölcs szinonímájaként használta, és ennek kapcsán utalt a Legfelsőbb Bíróság egy döntésére,[1077] miszerint a közerkölcs fogalmába azon szabályok sorolandók, amelyeket a társadalom általánosan elfogad. „A közerkölcs ugyanis erkölcsi közfelfogást jelent a társadalmilag helyesnek tekintett magatartási szabályokról."[1078] A konkretizálás szűkebb, alacsonyabb jogforrási szinten elhelyezkedő további kiindulópontját a bevezető rendelkezések között elhelyezett általános érvényű alapelv, a jóhiszeműség és tisztesség követelménye adja.[1079] 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

1071 Pl. BH 2002/8. sz. 310; BH 1999/9. sz. 409.
1072 GELLÉRT: *id. m.* 736.
1073 MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe,* 287.
1074 MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe,* 288.
1075 T/5949. sz. törvényjavaslat a 1:2. §-hoz.
1076 20/1997. (III. 19.) AB hat.
1077 BH 1992/454.
1078 2004/4 Választottbírósági határozat.
1079 T/5949. sz. törvényjavaslat a 5:76. §-hoz.

korábbi üzleti gyakorlat adhat támpontokat,[1080] amelyek így közvetve a jóerkölcs fogalmának értelmezésénél is segítségünkre lehetnek. Az új Ptk. alapelvi rendelkezéseihez fűzött indokolásból kitűnően az alapelvekre csak kivételesen és kisegítő jelleggel lehet hivatkozni, funkciójuk a konkrét jogszabályi rendelkezések értelmezésében és a jogfejlesztésben van.[1081] A jóhiszeműség és tisztesség elve kevésbé nyújthat konkrét segítséget a jóerkölcs tartalmi konkretizálásához, amikor a korábbi erkölcsi-jogi álláspont megváltoztatása lehet indokolt. Hiszen a jóhiszeműség és tisztesség elve sem értelmezhető kizárólag a polgári jog fogalomrendszerében,[1082] így többnyire csak megerősíti a jogon kívüli szférára 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.[1083] Egy újabb keletű bírósági határozat[1084] 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."

8. Felhasználási területek

8.1 A *Code civil* 6. cikkelyének alkalmazási területei

A 6. cikkely tág megfogalmazásából adódó, korlátlannak tűnő lehetőség ellenére Carbonnier szerint a jó erkölcsöknek nincs természetes helye a kötelmek és a szerződések jogában.[1085] A cikely tárgyi hatályát Jaluzot kevésbé éles elméletében négy területre szűkítette le, a fényűzés, a szerencsejáték, a drogok és a szex, valamint a gyermeknevelés területei,[1086] azaz a hagyományos

1080 A korábbi hazai szakirodalommal szemben helyesen mutat rá Földi András: A jóhiszeműség és tisztesség elve, 92.
1081 T/5949. sz. törvényjavaslat, általános indokolás.
1082 Menyhárd Attila: *Dologi jog*, Budapest: Osiris 2007, 25.
1083 Peschka Vilmos: *Jogforrás és jogalkotás*, Budapest: Akadémiai 1965, 156.
1084 EBH 2005/1234.
1085 Carbonnier, Jean: *Droit civil*, II, 2035.
1086 Jaluzot, Béatrice: *id. m.* 415.

„bűnös" francia életvitel *(mauvaise vie à la française)* velejáróira.[1087] A francia bírák az emberi szenvedélyek cenzorai, ahogy Ripert találóan megjegyezte.[1088] A szexualitás és a jó erkölcsök kauzulája annak ellenére kapcsolódott ilyen szorosan össze a jogalkalmazásban, hogy a két fogalom szemantikailag nem tartozik össze.[1089] Semmisnek tekintették a nyilvánosházak felállítására és működtetésére vonatkozó szerződéseket,[1090] 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,[1091] sőt azt homoszexuális viszonyokra is kiterjesztette.[1092] Később azonban a *Cour de cassation* civil kamarája és teljes ülése is felülbírálta ezt a joggyakorlatot.[1093] A szexuális erkölcsök illetve a szemérem területéhez tartozik újabban a *striptease*-re vonatkozó megállapodás[1094] és a tetoválás.
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.[1095] Az utóbbi évtizedekben a klauzula felhasználási területe a gazdasági és üzleti élet irányába tolódott el. Ennek következtében csökkent a francia és német joggyakorlat közötti különbség. A gazdasági jellegű esetek világosabb elkülönítése érdekében Bénabentet követve érdemes különbséget tennünk ingyenes és visszterhes szerződések között.[1096] Ingyenes szerződések körében jó erkölcsökbe ütköző megállapodások leggyakrabban élettársak *(concubins)* közötti ajándékozások esetében fordulnak elő. A jogalkalmazás ezen a területen szubtilis distinkciót teremtett. Ha az ajándékozásra morális kötelezettség (például hálaérzet

1087 Terré, François—Simler, Philippe—Laquette, Yves: *Droit civil. Les obligations*, Paris: Dalloz 2005[9], 394.
1088 Ripert, Georges: *La règle moral dans les obligations civiles*, Paris: LGDJ 1949[4], 73.
1089 Lochak: *id. m.* 41.
1090 A nyilvánosházak működését 1946. április 13 óta törvény tiltja.
1091 Cass. civ. 1re 1982. november 4 = Bull. civ. I, 319.
1092 Cass. soc. 1998. július 11 = Bull. civ. V, 515, 312.
1093 Cass civ. 1re 1999. február 3.
1094 Lochak: *id. m.* 30.
1095 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.
1096 Bénabent: *id. m.* 151skk.

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 megszakadása esetére.[1097]

A bizonyítás az erkölcstelenségre hivatkozó felet terheli, kétség esetén a megállapodás érvényes marad. Az ingyenes juttatások közül semmisek az erkölcstelen feltétellel (egy bizonyos személlyel történő házasságkötés, egy bizonyos vallásra való megtérés) adott juttatások.

A visszterhes szerződések *causá*ja 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.[1098] Hasonló a megítélése az okkultista vagy asztrológiai tevékenység folytatására alkalmas eszközök adásvételéről szól szerződésnek is.[1099] Ide sorolhatóak egyes szolgáltatási szerződések is, mint a gyógyszerek franchise-ja.[1100] Nagy port kavart fel a médiában a röviden csak *messageries roses*-ként emlegetett eset.[1101] Ebben az állam cenzorként csökkentette a *France Télécom* által üzemeltetett *Minitel* profilját.[1102] A Minitel a World Wide Web térhódítása előtti, de ahhoz hasonló kommunikációs rendszert üzemeltetett, szolgáltatási között kifejezetten felnőtteknek szóló kommunikációs lehetőségek is szerepeltek, ilyen volt például a *messageries roses*. Ide sorolhatjuk az erkölcstelen célból adott pénzjuttatást is, például, ha ellenszolgáltatásképp a vevőkör átruházását kívánják meg.[1103] A lopásból származó dolgokra vonatkozó szerződés is semmis, hasonlóképpen a borravalóból származó összegre való megállapodáshoz.[1104] Erkölcstelen a választási kampány költségeinek megtérítésére tett ígéret, ha ennek fejében az érintett párttagságot vállal.[1105] A korrupciós megállapodás és a befolyással

1097 Civ. 1re, 2006. június 20 = Bull. civ., I, n. 312.
1098 Soc., 1957. október 29 = Bull. civ., IV, n. 1027; 1964. január 8 = D. 1964.267.
1099 Civ 1re, 1989. július 12 = Bull. civ., I, n. 293; 1998. február 10 = JCP 1998. II. 10142.
1100 Civ. 1re, 1996. június 11 = C.C.C. 1996. 166.
1101 C. C. C. 94. chr. n. 4.
1102 Raymond, Guy: *Messageries roses et droit des contrats*. Contrats, concurrence, consommation (4) 1994, 1—3.
1103 Civ. 1re, 1996. október 1 = Bull. civ., I, n. 335 = D. 1997. 171.
1104 Paris, 1993. szeptember 30 = D. 1993. IR. 226.
1105 Civ 1re, 2004. november 3 = Bull. civ., I, n. 237.

üzérkedésre vonatkozó egyezség szintén az erkölcstelen *cause* következtében semmis.[1106] Semmis a közös tulajdon szabályozásába felvett, az ingatlan rendeltetésével kapcsolatban nem álló, konkurrencia tilalmáról szóló klauzula is.[1107]

8.2 A BGB 138. §-ának alkalmazási területei

A 138. paragrafus esetében az erkölcstelenség esetében általános erkölcstelenséget[1108] és uzsorás ügyleteket[1109] különíthetünk el. A továbbiakban a paragrafus első bekezdésének konkretizálására összpontosítunk. Az e bekezdés szerinti erkölcstelenség dogmatikai szempontból két esetben, a jogügylet tartalma és létrejötte körülményei vonatkozásában állapítható meg. Így erkölcstelennek minősíthető egyrészről maga a jogügylet, másrészt az abban szereplő felek szándéka is. A jogügyletet, mint egészet tekintette a bíróság erkölcstelennek például akkor, mikor szeretők végrendeleti juttatásait megengedhetőnek,[1110] kenőpénzek fizetését viszont semmisnek ítélte meg.[1111] A szerződő felek jó szándéka ellenére az érintett mozgási szabadságának korlátozása miatt semmis volt az a szerződés, amelyet a férj házasságtörése feletti bűnbánattól vezérelve kötött a feleségével, megígérve neki, hogy nélküle sem hosszabb üzleti, sem magánútra nem távozik el.[1112] Ugyanígy erkölcstelennek ítélték azt a végrendeleti feltételt, amely az örököst választ elé állította, és a hagyaték megszerzését feleségétől való válásához kötötte.[1113] A jogügyletben résztvevő felek szándéka alapján erkölcstelenek az olyan végrendeleti juttatások, amelyek szexuális szolgáltatások viszonzását szolgálják,[1114] érvényesek azonban az ápolásért adott rendelések.[1115]

A német jogtudomány a *Fallgruppen*-technikája következtében a *gute Sitten* felhasználási területeinek viszonylag pontos jegyzékét adja. Az egyes esetek tekintetében megtalálható egyetértés nem jelenti azt, hogy sikerült volna

1106 Cass. com. 1961. március 7 = Bull. civ. III, n. 125, 112.
1107 Cass. civ. 1972. február 29. Lochak: *id. m.* 30.
1108 BGB 138. § (1) bek.
1109 BGB 138. § (2) bek.
1110 BGHZ 53, 369, 375.
1111 BGHZ 94, 268, 272.
1112 RGZ 158, 294.
1113 BGH LM §138 BGB (Cd) Nr. 5.
1114 BGHZ 53, 369, 375.
1115 BGH NJW 1983, 674.

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 jogalkamazás számára.

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. Az egyik kategóriába sem illő előfordulásokat az egyebek (például jövőbeni hagyatékra 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.[1116]

Sack tíz kategórát alkotott. Elhatárolta egymástól az üzletféllel szembeni erkölcstelenséget, a harmadik személlyel vagy a közösséggel szembeni erkölcstelenséget, a társasági jogi 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,[1117] a hitelezők érdekeinek veszélyeztetése, az adós „leláncolásának" (*Schuldnerknebelung,* például hosszú időtartamú, játékautomaták felállításáról szóló szerződés),[1118] a globális engedményezés kollíziójának[1119] eseteit. A globálcesszió erkölcstelenségét elsősorban a követelés meghatározhatósága szempontjából kell vizsgálni.[1120] Ennek ellenére a megfelelő mértékben meghatározott, de egyéb vonatkozásokban túlságosan messzemenő globális 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 sablonmegállapodással ruházzák

1116 Medicus: *Allgemeiner Teil*, 271.
1117 BGH NJW 1994, 864.
1118 BGH NJW 1988, 2362.
1119 BGHZ 72, 308.
1120 Looschelders: *id. m.* 431.

át, vagy a globálcesszió egy későbbi, tulajdonfenntartással kötött szállítási ügylettel ütközik.[1121] A jogalkalmazás jelenlegi állása szerint egy hitelbiztosítékként kötött globális 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 szóló, dologi hatályú klauzulákat[1122] vesznek fel. A szakmai szabályok megsértésére példa az ügyvédnek adott sikerdíj[1123], a kenőpénzről szóló megállapodások, az adófizetés megkerülését szolgáló ügyletek, illetve[1124] az ügyvédi praxis eladása.[1125] Ez utóbbi az újabb joggyakorlat szerint már nem számít erkölcstelennek.[1126]

A másik nagy kategóriából, a szexualitás területéről a prostitúcióval kapcsolatos[1127] és az azt segítő ügyletek,[1128] 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.[1129] A tényállás szerint 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. §-a hatóköréből a 138. §-hoz került át. Abból, hogy egy cselekmény már nem büntetendő, nem következik, hogy nem erkölcstelen. Másképp fogalmazva, egy nemrégiben még tiltott cselekmény erkölcstelennek minősülhet. A bíróság ítéletében kifejtette, hogy a kialakulóban lévő pluralisztikus

1121 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.
1122 NJW 1999, 940.
1123 BGH NJW 1987, 2431. Az ügyvédi sikerdíjak szempontjából mértékadó alkotmánybírósági ítélet is született, amelynek alapján a német jogalkotó a kérdést, meglehetősen megengedően, újraszabályozta. Ld. BverfG, Beschluss vom 12.12.2006, 1 BvR 2576/04, BverfGE 117, 163.
1124 Klunzinger: *id. m.* 123.
1125 RGZ 64, 139; 161, 153.
1126 BGH NJW 1989, 763.
1127 NJW 1982, 664; 665.
1128 BGH NJW RR 1987, 999.
1129 NJW 1975, 1363. A szerződés semmissége következtében felmerülő problémákat a jogalap nélküli gazdagodás segítségével kezelték.

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 érvelt. Ilyen helyzetekben a tradicionális alkalmazott *Anstand*-formula nem sokat segít. Felmerülhet 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 megszűnésével a disszidálni vágyókkal kötött ilyen célú szerződések aktualitásukat vesztették.[1130] Az adopció segítségével elnyert nemesi címre[1131] és a sierra leone-i tiszteletbeli konzuli cím átadására szóló megállapodások[1132] erkölcstelenség miatt semmisek. A közhivatalok és címek pénzért történő árusítása ütközik minden nemes gondolkodású ember illendőségérzetével, hiszen e tisztségeket nem pénz, hanem fáradtságos munka révén kell kiérdemelni. A környezetet károsító beruházások kapcsán a jogsegély, azaz a tiltakozási jog megvásárlása erkölcstelen.[1133] Hasonlóképpen tilos az egyik szerződő felet szerződésszegésre buzdítani, például a versenytárs alkalmazottját „levadászni".[1134] A tartásdíjról való lemondás,[1135] a hátránnyal élők ápolókat kedvezményező végrendeletei[1136] ugyanígy erkölcstelenek lehetnek. Korábban erkölcstelenség miatt voltak semmisek a pótanyaságra vonatkozó szerződések,[1137] ma erre törvényi tilalom[1138] következtében nincs szükség. Különösen nagy bírói praxissal bírnak és a skót jogfejlődés számára[1139] is mértékadóak voltak azon kezességi ügyek, ahol a főadós közeli hozzátartozója vállalt számára aránytalanul nagy terhet.[1140] Az ilyen vállalások semmisségének kimondásához három feltétel együttes jelenléte szükséges:

1130 BGH NJW 1980, 1574.
1131 BGH NJW 1997, 47.
1132 BGH NJW 1994, 187.
1133 BGHZ 79, 131, 141.
1134 BGH NJW 1981, 2184. Ez az eset felveti a kötelmi jogi kötelezettségek relativitásának kérdését is.
1135 NJW-FER 1999, 230. Ellentétes ételmű döntésért ld. BGH NJW 1997, 192.
1136 BGHZ 111, 36.
1137 OLG Hamm JZ 1986, 441.
1138 *Adoptionsvermittlungsgesetz* 13. §
1139 *Smith v Bank of Scotland/Mumford v Bank of Scotland* 1996 SLT 392.
1140 NJW 1997, 52.

kényszerhelyzet fennállása, a kezes számára teljesíthetetlen mértékű szolgáltatás megléte, valamint hogy a kezesnek ne származzon az ügyletből közvetlen anyagi előnye. E kezességek problémájával a Német Szövetségi Alkotmánybíróság is több ízben foglalkozott. Egyik idevágó döntésében[1141] érvénytelennek nyilvánította egy gyermek azon kezességvállalását, amelyet apja gazdasági tevékenységének finanszírozása érdekében felvett hitel biztosítékául vállalt fel. A bíróság indoklásában kifejtette, hogy a megállapodás a felek közti strukturális egyenlőtlenség következtében érvénytelen. A lényegi momentumra mégis TEUBNER mutatott rá a döntést értékelő zseniális cikkében.[1142] Véleménye szerint a családi kezességvállalások nem körmönfont dogmatikai okokból, hanem azért kérdőjelezhetőek meg, mert jogilag nem megengedhető összeférhetetlenségi helyzetet, teremtenek az apa személyében, külsőleg pedig úgynevezett strukturális korrupciót eredményeznek. Az apának ugyanis a bank nyomása következtében erkölcs normái (hogy mekkora teherviselésre kérheti a saját lányát) és gazdasági érdekei közötti konfliktusban, a saját ügyében kell a döntőbíró szerepét eljátszania, míg társadalmi szempontból az anyagi és erkölcsi megfontolások ütköznek a jog stabilitásának rovására.

Ezekhez az ügyletekhez hasonlóak az adós teljesítőképességét aránytalan mértékben meghaladó kötelezettségvállalások.[1143]

Jelentőségénél fogva kiemelt kezelést igényel az uzsora, amelyet a BGB a 138. § (2) bekezdésében tilt meg. Az uzsora megállapításához szükséges, hogy a szolgáltatás és az ellenszolgáltatás között lényeges eltérés legyen, valamint hogy egyéb objektív (kényszerhelyzet, tapasztalatlanság,[1144] 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.[1145] Kizsákmányolásnak minősül a másik fél normálistól eltérő pszichés állapotának kihasználása. E tényállási elem hiányában a 138. § (1) bekezdése szerinti uzsoraszerű

1141 BVerfGE 89, 214.
1142 TEUBNER, GUNTHER: *Ein Fall struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2000, 391.
1143 BGH NJW 1996, 1274.
1144 BGH NJW 1966, 1451.
1145 KLUNZINGER: *id. m.* 124.

ügylet valósulhat meg. Az uzsora aleseteit képezik az uzsorakölcsön,[1146] egyes adásvételek *(Umsatzgeschäfte)* és a bérleti uzsora.[1147] A norma esetében az ún. *Sandhaufen*-tétel nem alkalmazható,[1148] az egyes tényállási elemek egyenként és nem a maguk összességében szemlélendők.

Looschelders a jövőbeni hagyatékra vonatkozó megállapodásokat az erkölcstelen ügyletek egy speciális fajtájának tartja.[1149] 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 ügyben[1150] a férj a jövőben ráháramló hagyaték 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 ellentmondásban áll a norma keletkezéstörténetével.[1151]

8.3 A jóerkölcs fogalmának alkalmazása a magyar magánjogban

1146 BGH NJW 1992, 899.

1147 BGHZ 89, 316, 319skk.

1148 Heinrich, Christian: *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, 389.

1149 Looschelders: *id. m.* 99.

1150 BGHZ 26, 320; NJW 1958, 705.

1151 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 esetcsoportokat alakított ki a német jogalkalmazás. 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 születhet kárpótlási igény: a monopolhelyzettel való visszaélés, az alaptalan bojkott valamint a tisztességtelen konkurrenciaharc a legjellemzőbb esetek.

A jóerkölcsre vonatkozó klauzulának elsődlegesen hézagkitöltő funkciót tulajdonít a magyar jogirodalom, és úgy tekinti, hogy „akkor és annyiban alkalmazható, ahol és amennyiben jogi szabályozás nem érvényesül."[1152]

A második világháborút megelőzően a jó erkölcsök és a közrend közötti éles különbségtétel hiánya következtében[1153] érvénytelennek tekintettek minden olyan szerződést, amely „az egyéni szabadságot oly mértékben nyűgözi le, hogy az egyént bizonyos ilyen szabadságjogok (cselekvési lehetőségek) gyakorlásától megfosztja."[1154] Tilos volt a másik önkényének való kiszolgáltatottság, akár egy hivatal gyakorlása tekintetében vagy anyagi szempontból.[1155] Jóerkölcsökbe[1156] ütközött az a megállapodás, amellyel valaki anyagi előnyökért közjogok gyakorlásáról (képviselőjelöltségről) mondott le, vagy más érdekében „kortesszolgálatra" vállalkozott.[1157] Ha valaki házasságban élő személlyel a házas viszony tudatában nemi viszonyt kezdett és folytatott.[1158] Idetartozott az ipari és gazdasági szabadság versenytilalmakkal történő korlátozása, a meg nem engedett bérharc és a versenyt sértő megállapodások (kartellek), de az is, ha valaki „dohánynagyáruda" „kijárásáért" fogadott el díjat.[1159] Korabeli bírói gyakorlatunk a versenytilalmi kikötések kapcsán, az üzletek átruházása, valamint az alkalmazotti viszony esetében eltérő értékelési szempontokat alkalmazott az egymással szerződéses kapcsolatban álló felek közötti erőviszonyok alapján.[1160] Az 1900-as tervezet a foglalkozás folytatásáról más javára történő végleges lemondást külön rendelkezésben

1152 A Knobel, Ulrike: *Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit*, Berlin: Duncker & Humblot 2000, 71, által tett kijelentés Menyhárd: *A jóerkölcsbe,* 286, a magyar jogirodalomba is bevezeti.

1153 A jóerkölcs és a közrend fogalmának összemosása mai jogirodalmunkban is tetten érhető. Badó és Bóka például a közrend anyagi jogi vonatkozású elemi között említi a jóerkölcsöt is. Ld. Badó Attila—Bóka János: *Európa kapujában. Reform, igazság, szolgáltatás*, Miskolc: Bíbor 2002, 87—90. Ld. továbbá Kecskés László—Nemessányi Zoltán: *Magyar közrend, nemzetközi közrend, közösségi közrend*, Európai jog 3 (2007), 21—38.

1154 Szladits Károly: A magánjogi tényállások, in: Szladits Károly (szerk.): *Magyar Magánjog*, I, Budapest: Grill 1941, 340.

1155 Trócsányi József: *Erkölcstelen ügyletek (turpis causa)*, Budapest: Grill 1909, 120.

1156 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.

1157 C. 6386/927.

1158 C. 4186/930.

1159 C. 2871/912.

1160 Menyhárd: *A jóerkölcsbe,* 168—169.

tiltotta a jó erkölcsökre vonatkozó generális klauzula mellett.[1161] E különállást a Mtj. nem tartotta fenn.

A régi 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.[1162]

A Ptk. vagy egyéb jogszabály nem sorolja fel azon eseteket, amelyeket jóerkölcsbe ütközőnek kell tekinteni, erre a „szerződéses kapcsolatok sokszínűsége és szerteágazó jellege"[1163] miatt nem is volna lehetőség. A magyar jogalkalmazásban a jóerkölcsbe ütköző szerződések öt nagy csoportba sorolhatóak: fedezetelvonó szerződések,[1164] rizikóelemet tartalmazó szerződések (pl. tartási szerződések),[1165] hitelügyletek[1166] valamint a hatalmi helyzet kihasználása.[1167] A hatalmi helyzet lehet érzelmi túláradásból folyó kiszolgáltatottság is, például ha az egyik házastárs csaknem teljes különvagyonát és a közös vagyon egészét valós ellentételezés nélkül a másik házastársnak juttatja.[1168] 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.[1169] A feleknek „meg kell győződniük arról, hogy ügyletük nem ellentétes-e a társadalmi közmegegyezéssel, nem sért-e a közmegegyezésen alapuló már megindult folyamatokat."[1170] Ilyen alapon, végső soron a kockázati elem hiánya következtében minősítették jóerkölcsbe ütközőnek Tocsik Márta az ÁPV Rt.-vel kötött elhíresült megbízási szerződéseit is. Ezen ítéletében a Legfelsőbb Bíróság leszögezte: „a jóerkölcs a kialakult értelmezés szerint – polgári jogi értelemben – a társadalom általános értékítéletét, a magánautonómiának a társadalmi közmegegyezés által meghatározott korlátait, az általánosan elvárható magatartás zsinórmértékét

1161 1900-as Tervezet, 749. §
1162 Menyhárd: *A jóerkölcsbe,* 171.
1163 2004/4 Választottbírósági határozat.
1164 BH 2008. 190, BH 2005. 14; BH 2000/1. sz. 24.
1165 BH 2007. 188, BH 2006. 284.
1166 BH 2006. 329.
1167 BH 2004. 407; BH 1998/3. sz. 138.
1168 BH 1999/9. sz. 409.
1169 PJD I. 78. sz; BH 1994/3. sz. 146; BH 1997/5. sz. 241.
1170 BH 1993/10. sz. 604.

fejezi ki. A szerződéses szabadság tehát nem korlátlan, a törvény nem fogadja el érvényesnek azokat a szerződéseket, amelyek nyilvánvalóan sértik az általánosan kialakult erkölcsi normákat."[1171] A felülvizsgálati tanács ezen ítéletében a jóerkölcs mércéjét az alábbiak szerint kísérelte meg konkretizálni: „az üzleti életben a tisztességesen gondolkodó emberek értékrendje az a mérce, amely a jó erkölcs absztrakt fogalmának meghatározásánál irányadó. A közpénzek hanyag kezelése, a bizonytalan, átalakulóban lévő gazdasági, társadalmi struktúra adta lehetőségek kihasználása, a magasan kvalifikált munkákért járó éves díjazás több százszorosát meghaladó jövedelem megszerzése nyilvánvalóan a társadalom erkölcsi rosszallását vonja maga után."

Nem ütközik jogszabályba, és a jóerkölcsöt sem sérti, ha a jogosult a továbbértékesítés szándékával gyakorolja elővásárlási jogát. E jog gyakorlásának nem akadálya az sem, ha a jogosult helyett a vételárat a későbbi vevő fizeti ki a jogosultnak.[1172] A jogszabály szerint végrehajtott árverésen tulajdonjogot szerző fél tekintetében a másik fél szorult helyzetének kihasználása és a szerződés nyilvánvalóan jóerkölcsbe ütköző volta nem merülhet fel.[1173] A felszámolás alatt álló szervezet vagyonából történő kielégítés sorrendjének szabálya nem értékelhető olyan általános társadalmi elvárásból fakadó követelményként, amely már a felszámolás kezdő időpontja előtt is érvényesül, ezért erre alapítottan a szerződés nyilvánvalóan jóerkölcsbe ütköző volta nem állapítható meg.[1174] Megbízási szerződésben többleteredmény elérése esetére „sikerdíj" kikötése nem ütközik a jóerkölcsbe. Az ingatlanközvetítés egyes résztevékenységei - osztható szolgáltatás lévén - önállóan díjazhatóak.[1175] Nem ütközik jóerkölcsbe az a tartási szerződés, amelyet a szülő több gyermeke közül azokkal a gyermekeivel köt meg, akik képesek és hajlandók részére gyógyíthatatlan betegségében a törvényes tartási kötelezettséget meghaladó, kívánságainak megfelelő szolgáltatásokat nyújtani.[1176] Nem „jóerkölcsbe ütköző" a gyámhatóság által is jóváhagyott ingatlan-adásvételi szerződés pusztán azért, mert az az eseti gondnok által képviselt cselekvőképtelen

1171 EBH 2003. 956.
1172 BH 2007. 83.
1173 BH 2004. 582.
1174 BH 2005. 14.
1175 BH 2005. 317.
1176 BH 2007. 188.

személy és a gondnoka közt jött létre, ha az egyébként a szerződéskötéskor a cselekvőképtelen személy érdekeinek megfelelt.[1177]
Nyilvánvalóan a jóerkölcsbe ütközik ellenben az a vállalkozói szerződés, amelyben a vállalkozó olyan kötelezettséget vállal, amelynek teljesítésére nem képes, és tevékenység kifejtése nélkül kíván a vállalkozói és az alvállalkozói díj különbözetéhez jutni.[1178] Olyan kötelezettség vállalása, amelynek teljesítésére a szerződő félnek nincs lehetősége, és körülményeiben olyan változás sem várható, amely szerződéses kötelezettségének teljesítését - akár csak részben is - lehetővé tenné, nyilvánvalóan a jóerkölcsbe ütköző magatartás.[1179]
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,[1180] valamint pilótajátékok kapcsán, a hírhedt „biogiliszta"-ügyekben.[1181] 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 Törvénkönyvébe került át, azzal, hogy az ilyen típusú megállapodásokra a polgári jogi szabályok alkalmazandóak.

9. A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai

9.1 A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai a francia magánjogban

Az erkölcs változására a jog háromféle módon reagálhat: elfogadja, tiltja 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.[1182]
A jog története, főképp legújabb története egyfajta racionalizálódási tendenciát mutat. Az új tudományos eredményekkel a jognak is lépést kell tartania. Az

1177 BH 2004. 407.
1178 BH 2004. 141.
1179 BH 2003. 4511.
1180 Sopovné Bachmann Katalin—Boleráczky Margit: Semmis az a szerződés, amely jóerkölcsbe ütközik, Magyar Jog 6 (1996), 351.
1181 Ezekről ld. Bertaldó: *id. m.* 14—15.
1182 Carbonnier, Jean: *Droit civil*, II, 2043.

erkölcsök változása azonban nem mindig illeszkedik ebbe a racionalizálódási folyamatba. Ennek megfelelően, mielőtt egy morális felfogás megváltozásához jogkövetkezményeket kapcsolnánk, meg kell vizsgálni, hogy a változás megfelel-e az észszerűség kritériumainak.[1183] 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.[1184]
A morál racionalizálása érdekesképpen többnyire annak liberalizációját jelenti. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a jog minden erkölcsöt elfogad.[1185]
A törvény előtti egyenlőséget nem szabad összekeverni a törvényben való egyenlőséggel.[1186]
A *bonnes mœurs* fogalmának tartalma változik és ingadozik, mozgása néha önkényes, akár ellentétébe is átcsaphat,[1187] megítélése és tartalmának mindenkori meghatározása az adott bíró feladata. A jó erkölcsökbe ütközés tilalmának az újkori francia jogi gondolkodásba való recepciójának körülményei előrevetítették azt, hogy azt később módosításra fog szorulni. A fogalmat meghatározó karteziánus gondolat az ember dualista természetét, a test és a lélek kettősségét képviselte. A klauzula a spiritualitás dominanciáját jelentette a materiális tényezők felett.[1188] A 1804-en például az életbiztosítási

1183 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, 24.
1184 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.
1185 Fenouillet: *id. m.* 489.
1186 Perelman, Chaïm: *La raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris: LGDJ 1984, 139.
1187 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, 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 üggyel kapcsolatban ld. Crim. 1949. május 31. = D. 49, 342; Hamelin, D. 49, 187. Egy másik, a kor erkölcsi értékítéletét felborzoló eset volt Oscar Wilde három pere. ld. Hyde, Montgomery: *Famous trials. Oscar Wilde*, Harmondsworth: Penguin 1962.
1188 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.

szerződések még immorálisnak számítottak,[1189] a század végén pedig az a megállapodás is, amelyet egy színházi producer a fizetett tapsolóemberekkel kötött, hogy a darab sikerét biztosítsa (ez volt az ún. *contrat de claque*).[1190] Alig negyed századdal később már elismerték az utóbbiak érvényességét.[1191] Hasonló volt a helyzet a házasságkötői jutalékkal *(courtage matrimoniel)* is, amely a 19. század közepén még erkölcstelennek számított,[1192] egy évszázaddal később már megengedetté vált.[1193] Sőt a törvény már a tartós párkapcsolatok szervezésére létrejött irodák működését is engedélyezi,[1194] a jogtudomány felől érkező komoly kritika ellenére.[1195] A törvényhozót ebben az esetben csak a fogyasztó megelégedettsége foglalkoztatta.[1196] A második világháború után egyes kirívó aránytalanságokat tartalmazó bérleti szerződések semmissé nyilvánítására használták fel a klauzulát.[1197] Ma már a házasságtörő viszonyokkal kapcsolatos juttatások sem automatikusan erkölcstelenek,[1198] az *Avant-projet* sem előítéletes e viszonyokkal kapcsolatban.[1199] 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.[1200] Ezt a pszichologizáló szemléletmódot kemény kritika érte a jogtudomány részéről, egyesek szerint az ilyesfajta vizsgálódás megengedhetetlen egy laikus társadalomban.[1201] A szemléletváltozás első fontos lépése a *Cour de cassation* 1999. február 3-i döntése volt. Ez tulajdonképpen az élettársak közötti ajándékozás esetére

1189 Darmaisin: *id. m.* 60.
1190 CA Paris 1853. július 23 = DP 53, 5, 540; Lyon 1878. március 25 = DP, 73, 2, 68, S. 7, 3, 2, 179. A matériáról ld. Souchon: France, in: Rodiere: *id. m.* 40.
1191 CA Paris 1900. április 5 = DP 1903, 2, 279.
1192 Cass. civ. 1855. május 1. = DP 56, 1, 147.
1193 Cass. eg. 1944. december 27 = D. 1945, 121.
1194 Carbonnier, Jean: *Droit civil*, I, 310.
1195 A kérdésre nézve ld. Sterckx, Daniel: *Le mariage en droit civil*, Bruxelles: Larcier 2004, 77.
1196 Heidsieck, Gilles: *La marché de la solitude et le droit (commentaire de l'article 6 de la loi du 23 juin 1989) relatif au courtage matrimonial* I, Paris: JCP 1990, 265skk.
1197 Fahre-Magnan: *Les obligations*, Paris: PUF 2004, 333.
1198 Civ. 1re, 1999. február 3. = D. 1999, 267.
1199 Catala, Pierre: *Avant-projet*, 42.
1200 Cass. civ 1re, 1956. október 4.
1201 Huc, Theophile: *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, VI, Paris: Pichon 1892—1903, 39.

bevezetett distinkciót *a fortiori* alkalmazta a házasságtörő viszonyokra is.[1202] 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 felsőbíróság azonban a *Code civil* 1131. és 1133. cikkelyeit újraértelmezve arra a döntésre jutott, hogy a juttatás nem erkölcstelen. A jogalkalmazói gyakorlatot a *Cour de renvoi* 2002. január 9-i ítélete[1203] tovább árnyalta, kijelentve, hogy a 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, házas családapa egyetemes hagyatékot *(legs universel)* biztosított 31 éves titkárnőjének, akivel 15 éve szerelmi viszonyt folytatott, miután ez utóbbi eléggé világos üzenetet adott neki: *pas d'argent pas d'amour*.[1204] 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 esetei illusztratív példái egy olyan társadalomnak, amelynek célja az egyéni érdekek kielégítése.[1205] 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.[1206] A jogtudományi kritika szerint annak ellenére, hogy a házasságtörő kapcsolatra tekintettel adott ajándék nem semmis erkölcstelenség jogcíme miatt, nem

1202 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.
1203 CA Paris , 2002. január 9.
1204 *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.
1205 Lequette, Yves: Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins, in: *Mélanges Ghestin* 2001, 547sk és 565sk.
1206 Terré, François—Simler, Philippe—Laquette, Yves: *Droit civil. Les obligations*, Paris: Dalloz 2005[9], 394.

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.[1207] Másrészről 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.[1208] 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:[1209] a meghatározó ok *(cause impulsive et déterminante)* tana, amely eddig a megállapodások társadalmi kontrolljának megbecsült, bár szubjektív eszköze volt, egyesek szerint üres fogalommá vált.[1210] Másrészről 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,[1211] 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.[1212] A szerencsejátékkal

1207 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.

1208 Vigneau: *id. m.* 3177.

1209 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.

1210 Pimont: *id. m.* 18.

1211 CA Paris, 2005. október 19.

1212 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.

kapcsolatban is enyhült a törvényi szigor. Magával a játékkal szembeni harcot az eladósodással szembeni küzdelem váltotta fel a fogyasztóvédelmi jog területén.[1213]

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,[1214] a 20. század másik felében a jogtudomány[1215] rehabilitálta a fogalmat.[1216] Mára szinte divatossá vált a téma monografikus igényű feldolgozása.[1217] 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 metaforája, 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.[1218] Mások is apokaliptikus hangnemben prognosztizálták a jó erkölcsök elmúlását.[1219] Lavand-Legendre a jó erkölcsök krízisét egy tágabb politikai, társadalmi válság kereteibe helyezte.[1220] A jó erkölcsök eltűnése és egy új közerkölcs feltűnése véleménye szerint egy mélyreható társadalmi változás reflexiója. A jó erkölcsök elmúlásának okait Fenouillet a büntetőjog közömbösségében,[1221] a jogalkalmazás visszafogottságában és a jogtudomány szkepticizmusában vélte megtalálni.[1222]

1213 Cass. civ. 1re, 1998. június 30.

1214 Aubry, Charles—Rou, Charles—Batin, Etienne: *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, 1897[5], 174.

1215 A korábbi irodalomból példa Josserand, 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 Capitant*, I, Paris: Dalloz 1939, 91.

1216 Fenouillet: *id. m.* 488.

1217 Carbonnier, Jean: *Droit civil*, II, Paris: Qudrige/PUF 2004, 1947.

1218 Darmaisin: *id. m.* 63.

1219 Lequette, Yves: Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins, in: *Mélanges Ghestin* 2001, 547.

1220 Lavand-Legendre, Bénédicte: *Où sont passées les bonnes mœurs?* Paris: PUF 2005, 15skk.

1221 Mayer, Danièle: *Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs?* in Chevallier, Jacques (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 56.

1222 Fenouillet: *id. m.* 487.

Az egyéni erkölcsök jogi irányítása illegitimmé vált,[1223] a magánélet szabadsága avanzsált elsőrangú, védendő tényezővé.[1224] Az erkölcsi szabadság, vagy talán szabadosság alanyi joggá kezd válni.[1225] 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.[1226] Úgy tűnik, hogy a jó erkölcsök lehetővé tette az erkölcs és a jog közötti határ betartását. Másrészről, paradox módon, az emberi jogok túlburjánzása, 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.[1227]

Az új erkölcsi rend az egyéni érdekeken alapszik.[1228] Az erkölcs a személy szabadsága érdekében kikerül a jogi mérlegelés területéről, hogy a jogi megfontolások ne játszhassanak szerepet lelkiismereti kérdésekben. Ez annak a hagyománynak a megfordítást jelenti, amely az egyéni jogokat a kollektív értékekből vezette le.[1229] A két trend találkozása nem meglepő, hiszen a mértéktelen szabatosság 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 természetesnek és szentnek felfogott emberi

1223 Malaurie (et al.): *id. m.* 314.
1224 Cass. ass. plén. 2004. október 29.
1225 Fenouillet: *id. m.* 487.
1226 Lavand-Legendre: *id. m.* 239.
1227 Oppetit, Bruno: Ethique et vie des affaires, in: *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris: Litec 1993, 327.
1228 Lavand-Legendre: *id. m.* 238.
1229 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.

jogok laikus változatát jelenti.[1230] A jó erkölcsök a méltóság keretében egy új *ordre public philantropique* alapját képeznék, az emberi méltóság sérelme a jogügylet semmisségével járna, ez jelentené a törvényesség helyreállítását.[1231] A teleologikus logika helyébe a deontologikus logika lépne.[1232] A folyamat eredményeképpen a jog által figyelembe veendő morális szabályok feladata mások szabadságának és egyéni érdekeinek védelme lenne.[1233] Ez az elképzelés 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.[1234] 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,[1235] holott az emberi létezésben szükségszerűen van egy személyes rész, amely kívül esik a társadalmi kompetencián.[1236] A demokratikus alapelvek tiltják abszolút értékítéletek felállítását személyes kérdésekben. A méltányosság és az emberség szem előtt tartása a jogbiztonság sérelmével járhat,[1237] másrészt az emberi jogok köntösébe rejtett jó erkölcsök és méltányosság alkotmányosan védett egyéb értékekkel ütközhet. Állást foglalva e vitában, egyszerűbbnek tűnik a jóerköcsök fogalmának megtartása, azzal, hogy a *bonnes mœurs* az emberi méltóság új fogalmát adoptálja a jogba. Ebben az esetben egyfajta holisztikus szemlélet és a kísérletező módszer[1238] adhat segítséget.

1230 Fenouillet: *id. m.* 487skk.
1231 Fenouillet: *id. m.* 519.
1232 Lavand-Legendre: *id. m.* 240.
1233 Lavand-Legendre: *id. m.* 13.
1234 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.
1235 Gutmann: *id. m.* 336.
1236 Constant, Benjamin: *De la liberté chez les modernes*, Paris: Pluriel 1980, 271.
1237 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 rendszerű 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.
1238 Zippelius, Reinhold: Rechtsgewinnung durch experimentierendes Denken, in: *Les notions à contenu variable en droit,* Bruxelles : Bruylant 1984, 351—361.

A száműzött morál ma az etika köntösében két új területen tér vissza, az üzleti élet és a bioetika (például a béranyaság kérdésköre)[1239] területén. Darmaisin szavaival a jó erkölcsök elhagyta a nyilvános házakat és belépett a bioetika területére.[1240] Ezekben az esetekben azonban többnyire az *orde public*-ra[1241] vagy nemzetközi szerződésekre hivatkoznak.[1242]

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 étéke, amorális, kritikus és nem normatív.[1243] A méltóság helyett pedig a lojalitás áll az üzleti jellegű, személyközi kapcsolatok középpontjában.[1244] A második szempont, hogy az üzlet erkölcsi jellegű szabályozásának hatékonyságával kapcsolatban komoly kétségek merülnek fel. A jogszabályok relatívak, a gazdaság korrupt, 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 *messageries roses*

1239 TGI Marseille, 1987. december 16. Az *Association Alma Mater*rel 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.

1240 Darmaisin: *id. m.* 62.

1241 Ghestin—Jamin—Billiau: *id. m.* 131.

1242 Fahre-Magnan: *Les obligations*, Paris: PUF 2004, 333.

1243 Oppetit, Bruno: Ethique et vie des affaires, in: *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris: Litec 1993, 320.

1244 CJCE 1979. február 20.

ügyben láthattuk, illetőleg a szankció megváltozása: az eddigi merev tilalom és semmisség helyébe adóztatási technikák lépnek.[1245]

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 gyakorlatot[1246] és a tisztességtelen versenyről szóló törvény első paragrafusát értelmezték. A náci uralom idején különösen visszataszító módon éltek vissza a fogalommal.[1247] A jó erkölcsök a második világháborút követően is az érdeklődés középpontjában maradt,[1248] és talán éppen a diktatúrákkal való szembesülés igények következtében előtérbe került a jó erkölcsök, mint generális klauzula konkretizálásának, dogmatikai tartalmának feltárása.[1249] A jogalkalmazás a második világháborút követően, noha rehabilitálta a kérdéses normát,[1250] sokáig meglehetősen szűkmarkúan

1245 Lochak: *id. m.* 52sk.

1246 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.

1247 Erre vonatkozóan ld. Rüthers, Bernd: *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Heidelberg: Müller 1988[3], 211—270; az osztrák viszonyokkal kapcsolatban pedig Jungwirth, Julia: *NS-Restitutionen und Zivilrecht. Aspekte des Dritten RStG 1947,* Wien: Mainz 2008, 15.

1248 Kraft, Alfons: *Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht*, München—Berlin: Beck 1963, és Fritsche, 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.

1249 Esser, Josef: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beitrag zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen: Mohr 1990[4]; 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.

1250 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*

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.[1251]
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 *(Ratenkreditvertäge)*,[1252] közeli hozzátartozók kezességvállalásai, tartozásátvállalásai[1253] a legmarkánsabb példái a növekvői bírói szigornak. Ezzel párhuzamosan a családi élet és a szexualitás területén nagyfokú liberalizációnak vagyunk szemtanúi, amelyet a nem házastársi viszonyban élőkkel[1254] vagy prostituáltakkal[1255] kötött bérleti szerződések, bordélyokkal kapcsolatos ügyletek[1256] és szeretőt kedvezményező végrendeletek[1257] esetei jeleznek. A BGH sokáig a házasságon kívüli nemi kapcsolatok általános erkölcstelenségéből indult ki. Ezt az álláspontot Müller-Freienfels egy konkrét eset kapcsán már 1968-ban élesen kritizálta, különösképpen, mert az adott tényállásnak nem sok közvetlen kapcsolata volt az erkölcstelennek ítélt nemi kapcsolattal.[1258] 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 őrizték meg. Csak abban az esetben kell azokat figyelmen kívül hagyni, ha tekintetbevételükkel az *ordre public interne* jelentős mértékben sérülne.[1259] A klauzula tartalmának konkretizálására felhasznált módszerek

Perspektive, Sellier 2006, 44.
1251 Looschelders: *id. m.* 98.
1252 BGH NJW 1983, 2692.
1253 BGHZ 125, 206, 216.
1254 BGHZ 92, 213, 219; BGHZ 84, 36, 38sk; LG Bonn NJW 1976, 1690, 1691. Ezen ítéletekkel szemben szigorúbb AG Emden NJW 1975, 1363.
1255 BGH NJW 1970, 1179sk.
1256 BGHZ 63, 365.
1257 BGHZ 53, 369, 375.
1258 Müller-Freienfels, Wolfram: *Zur Rechtssprechung beim sog. „Mätressen-Testament"*, JZ 14/XXIII (1968), 441.
1259 Schmoeckel: *id. m.* 79.

is egyre pontosabbakká váltak, a klauzula puszta 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 szinonímájaként használja) a jó rend direktívájává vált.[1260]
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,[1261] 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 véleményét[1262] 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 hozzátartózók kötelezettségvállalásai tekintetében kialakított újszerű felfogásával.
Sack szerint az EU irányelvei is hatnak a klauzula értelmezésére.[1263] Ez minden bizonnyal igaz más generális klauzulák (mint a jóhiszeműség és tisztesség elve) esetében, de a jó erkölcsök tekintetében e hatás még kevésbé érezhető: az uniós szintű kartelljogi szabályozás[1264] 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 megoldások[1265] hatályban maradtak.[1266]

1260 Teubner: *id. m.* 116.
1261 Rother, Werner: *Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung*, AcP / CLXXII (1972), 498.
1262 Sack: *id. m.* 262.
1263 Sack: *id. m.* 261. Az UWG 1. §-val kapcsolatos hasonló problematikához lásd Sack, Rolf: *Wettbewerbsrechtliche Folgen von Richtlinien der Europäischen Union*, VersR 1994, 1385sk.
1264 VO 1/2003 3. cikk. (3) bek.
1265 Példa a jogalkalmazásból BGH NJW 1994, 384—386.
1266 Gebauer, Martin—Wiedmann, Thomas: *Zivilrecht unter europäischem Einfluss. Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Erläuterung der wichtigsten EG-*

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,[1267] tényleges körülmények,[1268] és nem a létrejövetel[1269] vagy a hatályba lépés időpontja[1270] alapján kell megítélni.[1271] Ha azonban a 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 élét 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.[1272] 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.[1273] Schmoeckel mindezekkel szemben meggyőzően, általános éllel tagadja az öröklési jogi ügyletek speciális kezelésének szükségességét.[1274]

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

Verordnungen, Stuttgart—München (u.a.): Richard Boorberg 2005, 997.

1267 BGH NJW 1996, 1274—12776

1268 BGHZ 7, 111/115; Medicus: *Allgemeiner Teil*, 270; Medicus: *Bürgerliches Recht,* 23.

1269 Ezzel szemben ld. Schmoeckel, Mathias: *Der massgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB*, AcP 1-2/197 (1997), 78—80.

1270 BGHZ 20, 71skk.

1271 Az erkölcstelenség megítélése szempontjából a szerződéskötés időpontja az irányadó. Ld. Civ. 1re, 1998. február 10. = D. 2000/422.

1272 BGH NJW 1973, 1645.

1273 A kérdéshez ld. Staudinger/Sack: *id. m.* 266.

1274 Schmoeckel: *id. m.* 79.

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" kitételt, amellyel nemcsak a norma kiegészítő jellegére, valamint a bírói önmegtartóztatásra 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.[1275] A módhatározó azóta egyértelműen a bírói munka egyik vezérfonalává vált, hiszen „az ítélkezési gyakorlat gondosan vizsgálja, hogy a jóerkölcsbe ütközés nyilvánvaló-e, és a szerződést csak akkor tekinti semmisnek, ha ez megállapítható."[1276] 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 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

1275 Ezt hangsúlyozza, egyébként a tényállás elemeinek minősítése révén jól védhetően például a 1234/2005. BH.

1276 Gellért: *id. m.* 731.

tekinthető."[1277] 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 példálódzó 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.[1278] Ezért is különös, hogy egy későbbi eljárás során[1279] az LB szemet hunyt a felperesek keresetének azon kérelme felett, 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 kérelem érdekessége, hogy nem a jogügylet tárgyát, joghatását vagy célját, hanem a prekontraktuális periódusban tanúsított magatartást kérdőjelezte meg, ezzel a jóerkölcs fogalmi dimenzióit a jóhiszeműség 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 összeférhetetlenségi 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.[1280] Ekkor maga az egyébként titkos információk kiadására vonatkozó megállapodás, mint a

1277 Ld. az 1994. évi XIV. törvény Indokolását.

1278 BH 2001/10, sz. 473.

1279 BH 1234/2005.

1280 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.

pályázat törvényi rendeltetését meghiusító joghatású ügylet, lesz jóerkölcsbe ütközés alapján semmis, és nem a pályázat sikeres lezárását követő, az alapján kötött szerződések. E közmű-ügyben eljáró másodfokú bíróság érvelésének további érdekessége, hogy az ítélőtábla, dogmatikailag kissé helytelenül, a jóerkölcs vizsgálata során arra hivatkozott, 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.

10. Kitekintés: a jó erkölcsök az EU jogában

A generális klauzula és a jó erkölcsök fogalmának értelmezését az európai jog fragmentáris szerkezete, az irányelveken alapuló szabályozási modell igencsak megnehezíti. Egyrészt a normák részletező felépítése, a kazuisztikus jogalkotási technika a jog rendszerjellegének következtében szinte kikényszeríti korrigáló jellegű generális klauzulák alkalmazását,[1281] 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.[1282]

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,[1283] így tulajdonképpen kivételeket testesítenek meg a szabályozás egységes rezsimje alól. Ez annak ellenére így van, hogy e fogalmak már helyet kaptak a közösségi jogszabályokban.[1284] E

1281 Pfeiffer: *id. m.* 30.

1282 Pfeiffer: *id. m.* 34.

1283 Ld. Ruiz-Jarabo Colomer főtanácsnok 2006. május 16-i indítványát.

1284 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

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 korábbitól gyökeresen eltérően — egy egységes értékrend megteremtése lehet a feladatuk.

Az Európai Bíróság 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, amint azt a Bíróság a *Freiburger Kommunalbauten*-nel kapcsolatos ügyben[1285] kijelentette.

A terminológiai nehézségek jól érzékelhetőek a jó erkölcsök fogalmával kapcsolatban. Az Európai Unióról szóló szerződés 30. cikkelye nyitja meg a konfúzió hosszú sorát, amennyiben több nyelvben összemosni 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 gyakorlatról[1286] 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 főszövege[1287] 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 az egyes nemzeti nyelvi verziók, ha a közösségi jogalkotó egy

vonatkozó esetjogból ld. Geelhoed főtanácsnok 2002. szeptember 10-i indítványát.

1285 Ld. Case C-237/02, Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG. v. Ludger Hofstetter és Ulrike Hofstetter.

1286 2005/29/EK.

1287 2006/952/EK.

terminust hangsúlyozottan technikus értelemben használ. Ezt tapasztaljuk az ipari szabványokkal kapcsolatos bizottsági rendeletben,[1288] 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*,[1289] 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 jóhiszeműség és tisztesség elvét *(Treu und Glauben, good faith)*[1290], valamint a közrend-közerkölcsöt *(fundamental principles)*[1291] 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.[1292] Talán a jóhiszeműség 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 alapelvként kezd funkcionálni.[1293] Ezt a folyamatot a DCFR tetézte azzal, hogy mellékletében az alapvető elvként felfogott good faith fogalmát – szerencsétlen módon – erőteljesen erkölcsi összefüggésrendszerbe helyezte.[1294] E rövid áttekintésből is jól látható, hogy a körültekintő jogösszehasonlító elemzések nélküli, puszta grammatikai értelmezés nem nyújt jelentős segítséget a közösségi jogszabályok értelmezése során. A terminológiai különbségek élét valamelyest tompítja, hogyha az értelmezés

1288 876/2007/EK.

1289 Ld. a *Code civil* 6. cikkelyét.

1290 PECL 1:201 cikk.

1291 PECL 15:101 cikk.

1292 MacQueen, Hector: Good faith, in: MacQueen, Hector—Zimmermann, Reinhard: *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh: University Press 2006, 73.

1293 MacQueen: *id. m.* 72.

1294 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.*

alatt a szabály értelmének megtalálását értjük,[1295] és kevésbé ragaszkodunk merev szemantikai szempontokhoz.

Az EGK-szerződés 30. cikkelye meghatározza azok jogcímeket, amelyek a tagállamok közötti áruforgalomban megengedhető korlátozásokat jelenthetnek. Ezek között a közerkölcs is szerepel. A normához kapcsolódó leghíresebb ügyben, a *Henn and Darby*-ben[1296] 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.[1297] 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.[1298]

Egyre nyilvánvalóbbnak tűnik, 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.[1299] Az argumentáción alapuló egységesítés egyik szemléletes példája az alapvető jogok konvergenciája. E megfontolások következtében a generális klauzulák konkretizálásának metódusa, 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.

1295 Baldus: *id. m.* 3.

1296 A Bíróság 1979. december 14-i ítélete.

1297 Az ügyre vonatkozóan részletesebben ld. Tatham, Allan: *EC Law in Practice. A Case-Study Approach*, Budapest: HVG-Orac 2006, 306—308.

1298 Természetesen e jogosítvány nem jelenti, hogy a tagállam önkényes módon korlátozhatja általa erkölcstelennek 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.

1299 Smits, Jan: Contract Law in the European Union. Convergence or Not?, in: *4. Europäischer Juristentag*, Wien: Manz 2008, 45—65.

11. A jogösszehasonlító vizsgálódás eredményei

Összehasonlító elemzésünknek 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 reminiszcencia. Láthattuk továbbá, hogy a *boni mores* diaadalútja 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 bizonyságul 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.[1300] 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 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.[1301] Sok ítéletet lehetne erre a cikkelyre alapozni,[1302] de a francia bíró német kollégájánál önmegtartóztatóbb szerepre van kényszerítve,[1303] amelyből csak

1300 Kötz, Hein—Flessner, Axel: *Europäisches Vertragsrecht,* I, Tübingen: Mohr 1996, 237.

1301 Ripert, Georges—Boulanger, Jean: *Traité élémentaire de Droit civil d'aprés le Traité de M. Planiol*, II, 1952[4], Paris: LGDJ, 42.

1302 Carbonnier, Jean: *Flexible droit. Pour une sociologie de droit sans rigueur*, Paris: LGDJ 2001[10], 95.

1303 Szerződési egyensúlytalanságok esetében a közjogban például inkább az előre nem láthatóság elméletét (*théorie de l'imprévision)* alkalmazzák.

mostanában kezdi magát kiszabadítani. Sokszor ez az önmegtartóztatás farizeus tulajdonságnak minősül, mint például a *Chronopost*-ügyben,[1304] 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.[1305] A versenyt korlátozó megállapodások megítélése a *bonnes mœurs* hatókörébe került,[1306] a munkaszerződésben felvett cölibátus-klauzulával egyetemben.[1307] A változások dogmatikai hátterében 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,[1308] idejétmúlttá 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.[1309] Az objektív igazságosságra utaló olyan elcsépelt szófordulatok, mind a szerződés természete vagy a szerződési ökonómia szubjektív értelmezés révén realizálhatóak.[1310]

A generális klauzulák mindhárom vizsgált jogban szubszidiárius természetűek, Jung szerint[1311] 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.

A magyar jogban mind a francia, mind a német jogra jellemző karakterisztikumok érezhetőek. A franciához hasonlít a jóerkölcs és közrend

1304 Cass. com. 1996. október 22.

1305 Ghestin, Jacques: *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris: LGDJ 1993, 255-ös margószám.

1306 Serra, Yves: *La validité de la clause de non-concurrence*, D. 1987, 113skk.

1307 Coiret, Nicole: *La liberté du marriage au risque des pressions matérielles*, RTD civ. 1985, 63skk.

1308 Thibierge-Guelfucci: *id. m.* 357, 369.

1309 Cass. civ. 1996. július 3. = RTD civ. 1996, 903sk.

1310 Jung: *id. m.* 56.

1311 Jung: *id. m.* 56.

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 pozitivizmus Charybdisét",[1312] 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.

Legfigyelemreméltóbb megállapításunk, hogy a jó erkölcsök fogalmának kiüresedésével, de mindenesetre módosulásával járó nehézségekre az egyes jogrendszerek eltérő típusú válaszkísérletekkel próbálkoznak, a végeredmény, azaz a morál „elrendiesedése", azaz a közrend szerepének hangsúlyozása, és új terrénumokon (gazdasági élet, bioetika) való megjelenése mégis hasonló. A franciák a problémák kezelését inkább jogon kívüli, filozófiai eszközök jogba történő implantálásával képzelnék 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.

1312 Amint ezt Földi András: *Gondolatok a jóerkölcsbe ütköző szerződésekről Menyhárd Attila monográfiája kapcsán*, Acta Fac. Pol.-iur. Univ. Budapest 42 (2005), 220 megfogalmazta.

VI. ÖSSZEGZÉS

A jó erkölcsökbe ütköző szerződések semmisségét kimondó generális klauzula összehasonlító vizsgálatához kidolgoztunk egy olyan interpretációs keretet, amely megfelelőképpen tekintetbe veszi az intézmény kultúrafüggő sajátosságait. Az elvégzett összetett, történeti és összehasonlító alapokon álló elemzés reményeink szerint közelebb vitt a jó erkölcsök intézmények mélyebb megértéséhez is.

A történeti rész, a római jogi források vizsgálata során első lépésben azt vizsgáltuk meg, hogy a jó erkölcsök jogintézménye mikor vette fel a generális klauzula jelleget. Arra a következtetésre jutottunk, hogy ez a római jogtudomány klasszikus korszakában, Papinianus-nál megkezdődő folyamat a posztklasszikus korban, különösképp Paulus szentenciáiban tetőződött be.

Új értelmezési alternatívával gazdagítottuk Papinianus híres, a D. 28, 7, 15-ben található fragmentumához kapcsolódó szakirodalmat. Számos esetben tapasztaltuk a korabeli forrásokban, hogy a *non posse* kifejezést akkor is használják, ha a kérdéses cselekmény törvénybe ütköző.[1313] Ez a tény önmagában a „nem szabad" értelmű fordítás teóriáját erősíti a „nem lehetséges" verzióval szemben. A fragmentumban a *non posse* által kifejezett tilalom törvényellenes cselekményekben *(quod senatus aut princeps improbant)* konkretizálódott. Ennek megfelelően a konkrét szöveghely a „nem szabad" és a „nem lehetséges" egyfajta szintézisének tekintendő. Papinianus a cselekmények tilalmát azzal indokolta, hogy azok egy tisztességes ember számára nem lehetségesek. Azaz nem a jogszabállyal nem tiltott *(licet)*, és ezért akár elkövethetőnek is tartható cselekmények tisztességtelenségéről van jelen esetben szó, hanem arról, hogy a törvényszegés nem csak a pozitív jog normáinak sérelmével, de kötelességtudatunk, becsületünk, szeméremérzetünk csorbulásával is járna. Kutatásaink alapján kijelenthető, hogy a „nem szabad" és a tisztességes emberként „nem lehetséges" összefüggésrendszere az eddig feltételezettnél árnyaltabb. Van ugyanis olyan *contra bonos mores* cselekmény, amelyet jogszabály is tiltott (*iniuria-edictum*ok), de a klauzula fejlődésének későbbi szakaszában az is előfordult, hogy a jó erkölcsök hézagpótló szerepet tölt be, azaz jogszabályi rendelkezés hiányában lépett életbe. Az általunk tárgyalt Papinianus-fragmentumot a *non licet* és a *contra bonos mores*, azaz a „nem szabad" és a „nem lehet" metszéspontjába sorolhatjuk be.

Történeti fejtegetéseink nem voltak haszontalanok szélesebb jogfilozófiai nézőpontból, a jog és erkölcs viszonyának mélyebb megértése szempontjából sem. Az elemzett fragmentumok révén leképeztük ugyanis 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.

Ezen túlmenően kutatásunk új érvekkel erősítette meg Pólay Elemér korábbi eredményeit az *iniuria* fejlődésére vonatkozóan.[1314] Néhány vonatkozásban pontosítottuk a nagy római jogász megállapításait. Kimutattuk, 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 véleményét[1315] árnyalva, feltártuk, 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[1316] a klauzula maga segített az *iniuria* cselekmények prevenciójában.

A klauzula konkretizálásának társadalmi függőségére vonatkozó hipotézisünk szerint a norma tartalma más és más az eltérő kultúrájú társadalmakban. Hogy feltételezésünket alátámasszuk, kitértünk a klauzula *ius commune*-beli szerepére is. Erről a korszakról azt gyanítottuk, hogy a jó erkölcsök mögött egy, a korábbi és a későbbi időszakokban nem tapasztalható abszolút erkölcsöt, a keresztény tanításokból származó értékrendet találunk.

Elemzésünk fontos adalékul szolgált a vonatkozó középkori jogirodalom feldolgozásához, hiszen korábban erre az időszakra vonatkozó, összefoglaló jellegű szakmunka nem született, így kutatásaink jól kiegészítik a már létező, a későbbi fejlődési stádiumokra vonatkozó tudományos eredményeket. Következtetéseink közvetlenül primer forrásokon, a glosszátorok és kommentátorok művein alapultak. Módszertani érdekesség, hogy az egyes szerzők gondolatainak feldolgozása után a tudományos kutatáshoz nélkülözhetetlen szélesebb perspektívát a jogfilozófia eredményeinek a

1313 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.*

1314 Erre vonatkozóan összefoglalóan ld. Pólay Elemér: *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest: Akadémiai 1986, 201—205.

1315 Pólay: *Iniuria*, 202, 205.

1316 Gai. 3, 157.

kazuisztikus megoldásokra történő alkalmazásával nyertük. Ennek során a természetjogi szakirodalom eredményeire támaszkodtunk, és a neotomista szerzők által kidolgozott, a jog és az erkölcs megkülönböztetésére szolgáló feltételrendszer jelenlétét vizsgáltuk meg egy prostitúcióval kapcsolatos töredékben. Megállapítottuk, hogy a korabeli magánjogászok számára a *boni mores* mögött álló erkölcs többnyire valóban az abszolút jellegű, keresztény értékrendet jelentette.

A társadalmi függőséggel kapcsolatos vizsgálódásaink a hatályos német, francia és magyar szabályozás összehasonlító vizsgálata során kulmináltak. A három jogrendszer kiválasztását ésszerűségi indokok, illetve az magyarázta, hogy eltérő jellegű társadalmakról van szó. Ebben az esetben is a kutatás egészére 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. Összehasonlításunk tárgya a jó erkölcsök fogalmának és a hozzá kapcsolódó generális klauzuláknak az adott magánjogban betöltött rendszertani és dogmatikai funkciója, és a fogalom értelmezésének, konkretizálásának miként volt.

A jogösszehasonlítást egy újonnan, a célnak megfelelően kifejlesztett modell alapján végeztük el. Ez az egységes metodika biztosította elemzésünk alaposságát, valamint azt, hogy a pozitív jogból nyert észrevételeinket szélesebb társadalmi összefüggésekbe helyezhettük. Ez a vizsgálat a generális klauzula már említett kétirányú rendszerfüggőssége miatt bírt kiemelt fontossággal.

A felhasznált értelmezési mátrix a Sacco-féle ún. *Formante*-tan és a klasszikus, Savigny-ra visszavezethető interpretációs kánon[1317] egyesítéséből jött létre. A zseniális olasz összehasonlító jogász, Sacco 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 *formanti*nek elnevezett megjelenéseit külön-külön megvizsgáljuk.[1318] A jogalkotás, jogalkalmazás

1317 A jog értelmezésére vonatkozó tételeket 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.

1318 Sacco, Rodolfo: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Baden-Baden: Nomos 2001, 59—78.

és a jogtudomány Sacco-féle kategóriáihoz jól illeszkednek a Savigny által rögzített klasszikus értelmezési módszerek, a grammatikai, logikai, történeti és rendszertani aspektusok.

A három kategória közös alapját 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 kezdtük meg. Ehhez kapcsolódóan beszéltünk a klauzula rendszertani elhelyezkedéséről, grammatikai elemzéséről, a jogkövetkezményekről valamint a normák történeti magyarázatáról. A rendszertani értelmezés keretében az adott jogrendszerben működő dogmatikai sajátosságokra és jogkövetkezményekre világítottunk rá, ezt követően historikus interpretáció keretében feltártuk az adott normához kapcsolódó eredeti jogalkotói szándékot, annak módosulását, majd szót ejtettünk az esetleges módosító reformkezdeményezésekről is. Ezután átléptünk a jogtudomány terrénumára. A jogtudományon belül először a jogfilozófiai megfontolásokat vettük szemügyre. A nem verbalizált, de hatásukban érezhető úgynevezett kriptotípusokat *(criptotipi)*[1319] akképp próbáltuk feltárni, hogy elemzésünket szélesebb jogelméleti-jogfilozófiai aspektussal bővítettük. Ezt követte a dogmatikai sajátosságok tárgyalása, végül a jó erkölcsök fogalmát elhatároltuk az adott jogrendszerben található rokon fogalmaktól.

A jogtudomány feladata többek között, hogy segítse a bíróságokat a jó erkölcsök fogalmának konkretizálásában. Markesinis-szel[1320] egyetértve úgy véljük, hogy a jog végső értelme a jogalkalmazói, bírói tevékenységben rejlik. Ez pedig minden esetben a pozitív jogszabályból indul ki, és ugyan figyelembe veheti a jogtudomány álláspontját, azonban a valóban érvényesülő, „élő jog" szuverén ura marad. Ennek megfelelően a jogalkalmazás által kialakított konkretizálási kísérletek és általában induktíve képzett esetcsoportok jelentették a harmadik nagy *formante*-csoportot. A fogalom természetéről az is sokat elárult, amikor a definiálás folyamatát dinamikusan, hosszabb időtartamon keresztül vizsgáltuk, és rákérdeztünk a fogalommódosítások és módosulások miértjére.

1319 Sacco: *id. m.* 74—77.

1320 Markesinis, Basil: *Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre*, München: Sellier 2004, 153.

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 alapján próbálták és próbálják megoldani, ennek ellenére megoldásaik számos hasonlóságot mutatnak fel. A magyar megoldást e tekintetben egyelőre az útkeresés és főképp a német hatások érvényesülése jellemzi. A magyar jogtudomány álláspontja szerint elsősorban a bírói gyakorlat által képzett esetcsoportokat kell figyelembe venni, illetve ennek hiánya esetén a jogrend által közvetített értékrendet. Így sikeresen elkerülhető mind az etika és a jog határainak elmosódását felidéző nézetek Scyllája, mind pedig a nihilista pozitivizmus Charybdise.[1321]

Elemzésünk révén érdekes jelenségre figyelhetünk fel. A generális klauzulák és a jó erkölcsök természetének mélyebb megismerésére tett kísérleteink egy olyan hermeneutikus értelmezési rendszert alkotnak, amelyhez hasonlót Robert Alexy vázolt fel a racionális diskurzusra alapított jogi érveléselméletében. Alexy a jogi argumentációt a gyakorlati vita egyik fajtájának tartotta.[1322] 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 argumentációhoz 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 vezet el. A generális klauzulák esetében pedig inkább előbb, mint utóbb, tehetjük hozzá. Emiatt nem szabad lebecsülni a fáradtságosnak tűnő jogtörténeti és a fennköltnek ható jogelméleti vizsgálatok gyakorlati hasznát.

1321 Ld. Földi: *id. m.* 220.

1322 Alexy, Robert: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1991, 261—272.

A jogösszehasonlítás módszertani fegyvertára munkánkrévén 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 csupán módszertani, hanem tartalmi egységbe is kívánjuk foglalni, szintén érdekes következtetésekre jutunk. Egyrészt feltárul előttünk a jó erkölcsökre vonatkozó klauzula történetileg kibontakozó ciklikussága.[1323] Ez a körforgás hasonlatos ahhoz, amelyet Mádl a felelősség fogalma kapcsán már tételezett, azzal a különbséggel, hogy a jó erkölcsök fogalomváltozásai már több cikluson túlhaladtak.

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 egy, viszonylag zárt csoportját alkotta) és relatív jellegű volt.[1324] 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 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.

Nem szabad elfelejtenünk azonban, hogy maga a történeti fejlődés, jóllehet könnyebben megmagyarázhatóvá tesz egyes jelenségeket, mégsem képes

1323 Mádl Ferenc: *A deliktuális 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.

1324 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.

azok abszolút természetének megragadására. Ahogy Cs. Kiss fogalmazott: a történelmi alapokon nyugvó minősítés addig érvényes *„amíg a morfológiai általánosság síkján pusztán leírja a történelem világnézetekben aktualizálódó metafizikai értékét […] és nem foglal állást ezen értelem érvényességének létmódjával kapcsolatban."*[1325] Ennek megfelelően a fogalom történeti ciklikusságának feltárása jelentős előrelépést, de nem végső megoldást jelent a természetének megértéséért folyó intellektuális folyamatban.

Ezen egyre súlyosodó dilemmát csak a racionális diskurzus kereteiben, érdekmérlegelés révén lehetséges feloldani.[1326] Azaz egy olyan össztársadalmi 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.[1327]

Eredményeink alapján beláthatjuk, hogy végleges, anyagi jellegű válasz a jó erkölcsök fogalmának konkretizálása nem adható. Egy tartalmi jellegű definíció éppen a klauzula egyik legfontosabb tulajdonságát iktatná ki. Azt, hogy mindig csak utólag derül ki, miért (volt) hasznos a jó erkölcsök normája. A klauzula jellegéből adódó folyamatos visszatekintés könnyen azt a látszatot okozhatja, hogy szerepe nem jelentékeny, hiszen a jó erkölcsök tartalmi módosítását okozó változások utólag könnyen előre jelezhetőeknek tűnnek. Vigyáznunk kell, hogy e csalóka látszat meg ne tévesszen bennünket. Könnyen elképzelhető például, hogy a társadalmi változások, a fenntarthatóság korlátainak megtapasztalása, az egzisztenciális és külső fenyegetések hatására az erkölcs újra valamiféle objektív, vagy éppen abszolút megközelítése jut primátusra. Válaszunk ebből következőleg kizárólag eljárási jellegű lehet.[1328]

Másik nagy tanulság, hogy kísérletet kell tennünk az induktív és a deduktív módszer valamiféle ötvözésére. Induktív megközelítésben a korábbi jogalkalmazás által képzett esetcsoportok nyújthatnak eligazítást, de mint láthattuk, ezek önmagukban éppen a lényegi kérdésre, azaz a korábbi morális

1325 Cs. Kiss Lajos: *A jogtudomány eszméje és hivatása*, Budapest: ELTE 2004, 39.

1326 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.

1327 Megerősítőleg Graf: *id. m.* 165—167.

1328 Hasonló megfontolásra jutott más érvek alapján Cserne: *Freedom*, 161.

álláspontól 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 legfelsőbb bírói fórumok ítészeinek, amikor egyedi értékítéletüket a generalizáció örök és megoldhatatlan kérdésével konfrontálják. A mindenkori jogásznak és különösen a jogalkalmazónak tisztában kell lennie a fogalomban rejlő változékonysággal és ciklikussággal, 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.[1329]

A jó erkölcsök egyik 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, a jogfilozófia legújabb elméleteit, különösen a racionális diskurzus vívmányait,[1330] beengedje a jog zárt világába. Így lesz a helyes megértésből helyes bírói cselekedet.[1331]

Vizsgálódásiank végső eredményeképpen a jó erkölcsök polgári jogi alkalmazásához az alábbi gyakorlati megfontolásokat tehetjük. Az alkalmazandó teszt kétszintű. Először azt kell megvizsgálnunk, hogy a

1329 A túlzottan nagy bírói szabadsággal kapcsolatos kételyeket meggyőzően erőtleníti el Enderlein, Wolfgang: *Abwägung in Recht und Moral*, München—Freiburg: Karl Alber 1992, 351—353.

1330 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.

1331 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.

létező pozitív jogi normák, dogmatikai megfontolások és általános érvelési szabályok keretében adható-e kielégítő (igazságos) válasz a felmerült jogi problémára. Ha válaszunk igen, akkor a releváns konkrét jogi normák alapján kell eldöntenünk az ügyet, és a jó erkölcsökre való hivatkozás kevésbé tanácsos. Ez tulajdonképpen egy technikus jellegű, negatív gyakorlat *(tekhné)*. Ha azonban úgy érezzük, hogy az igazságosság vagy méltányosság érvényre juttatása szétfeszítené a mindennapi, bevett dogmatikai gyakorlat biztosította értelmezési kereteket, hivatkozási alapul igénybe vehetjük a generális klauzulákat, így a jó erkölcsöket is. Ezen a szinten válik a jogalkalmazás művészetté, a jó és a méltányos művészetévé (*ars*-szá).

A teszt második szintjén az a kérdés merül fel, hogy felléphetünk-e az ítélkezés során az első (belső, jogi) szintről a külső (társadalmi, erkölcsi) szintre. Igenlő lehet a válasz például, ha a szintlépést a demokrácia és jogbiztonság elvének az alkotmányjogban megfelelő konkrétsággal kidolgozott elveinek érvényesítése teszi szükségessé. További, nem tisztán jogi jellegű támpontot biztosít a bírónak a külső, morális szint beemelésére, ha úgy tapasztalja, hogy az ügy hátterében a különféle normastruktúrák, különösen az erkölcs és az anyagi önérdek kollíziója húzódik meg. Ilyen strukturális asszimetria fordul elő például, ha az egyik fél morális elveit gazdasági megfontolásai felülírják, és e belső kollíziót a másik fél kihasználja, illetve erősíti, ezáltal gyengítve a jogi normarendszer stabilitását.

Jogtörténeti illetve összehasonlító elemzésünkből láttuk, hogy a jó erkölcsök alkotó, kreatív szerepet többnyire akkor kap a jogrendszerben, amikor e kétszintű teszt követelményei megvalósulnak. Így történt az ismert német kezességi ügyben, ahol a hitelfelvevő gazdasági önérdeke, a pénzintézet hathatós közreműködésével, erősebbnek bizonyult a lányával szemben fennálló azon erkölcsi kötelezettségénél, hogy ne kérje meg őt gazdasági teherbíróképességét messze meghaladó kezességre.[1332] A bank és az apa konszenzusra jutó önérdekei mesterségesen szembefordították a jogrendszer stabilitását is szolgáló erkölcsi kötelezettségeket a jog szerződések betartását biztosító belső, morális erejével. Hasonló kollíziót figyelhettük meg a részletesen elemzett papinianus-i esetben,[1333] amikor a fiúgyermek apja vagyona iránti kapzsiságában olyan feltételt teljesített, amelyet az egyébként valószínűleg különösebb szankcióval nem járó jogi rendelkezések tiltottak.

1332 BVerfGE 89, 214.
1333 Pap. D. 28, 7, 15.

A bírói döntésnek azonban nem feladata, hogy a strukturális kollíziót egyértelműen az erkölcs javára oldja fel. A jogalkalmazó akkor jár el helyesen, ha az anyagi ösztönzők és a morál közötti konfliktust a jog stabilitását erősítve, azaz igazságosan, kinek-kinek jussát kiosztva, és nem elsősorban büntető, moralizáló szándékkal oldja fel. Ennek megfelelően szállítják le a német bíróságok egyes esetekben a szolgáltatás mértékét az elfogadható szintre,[1334] illetve jutott a kapzsi *filius familias* mégis a maga jogos örökrészéhez.

1334 LG Schwerin NJW-RR 2000, 585, 586; BGH NJW 1992, 2145. Annak megítélése, hogy a jogügylet az erkölcsös tartalomra mérsékelve fenntartható-e a BGB 139. §-ának hatókörébe tartozik. A részleges érvénytelenség lehetőségéről a német jogban ld. Röhl, Klaus F.: *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*, Tübingen: Mohr Siebeck 1974, 292; Sandrock, Otto: *Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften*, AcP 159 (1960/61), 481—546.

SUMMARY

1. Research Objectives

This book analyzes the general clauses, especially the good morals clause. The underlying question is of comparative-dogmatic nature: how should we compare similar legal institutions of different legal orders with different cultural and social background? In such a case a pure legal analysis seems to be insufficient.

The function of the general clauses is to implement non- and extra legal norms into the closed edifice of law. There are too many general clauses and there is already a vast literature which renders an all-in approach of a single scholar impossible. Accordingly, the research has been restricted in several aspects and a choice was made for the good morals clause. Except a recent monograph,[1335] it is barely discussed in the Hungarian legal literature.

We had to face some dangers and difficulties which made our endeavours even more exciting. First, it was necessary to distinguish our inquiry from the already existing similar attempts. This aim was achieved by introducing a new methodology. Second, we did not want to surpass a reasonable level of philosophical theorizing. We did not directly participate in the endless scientific discussion on the relationship between law and morality. The dissertation is not concerned too much with a new but fruitless redefinition of these contested terms. [1336] This job is already done by others. [1337] Our aim has been to reassess the term 'good moral' in a more practical, forensic context.

1335 Menyhárd Attila. A jóerkölcsbe ütköző szerződések [Contracts Against Good Morals]. Budapest: Gondolat 2004.

1336 Similarily, 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.

1337 Horváth Barna. Az erkölcsi norma természete [The Nature of Moral Norm]. Máriabesnyő/Gödöllő: Attraktor 2005.

2. Methods, Sources and Structure of Research

The book focuses on the explicit references of the good morals clause in different private law sources. Due modern technical devices and databases this method meant a speedy and thorough inquiry. Naturally, only the formal appearances could be detected in this way. It does not affect our results negatively, because our primary concern is the nature of the general clauses, and norms become general clauses only if they explicitly contain the term 'good morals.' Indeed, this vacuous term makes them general clauses. The book builds on positive legal rules in order to get an inductive method for the concretization of the term 'good morals.' This is a guarantee for the practical usability of the work and ensures that it does not become a *l'art pour l'art* scrutiny.

The spatial and temporal limits of the research have been carefully determined: do we need focus on one concrete legal order in a given period of time or is it better to strive for a wider spectrum? The diachronic approach seemed to be inevitable: the comparative method was a direct consequence of the research question. Therefore, the book takes the risk of being modest and superficial in some point for the sake of the whole picture, i. e. it offers a *grosso modo* demonstration of the development of the good moral clause.

The scientific panorama given in this work has been realized on grounds of serious compromises but, on the other hand, it fills out some hiatuses of the already existing literature. The present book is based on earlier attempts to outline a more or less exact definition of the term 'general clause' as there was no clear and unambiguous *communio doctorum* in this regard. We followed up the history of the term in certain important languages to have a descriptive basis for a more abstract analysis. We also scrutinized the *genus—species* and part—whole relationships contained in the term.

We continued our inquiry in a more practical manner. The scientific results gathered abstractly in the former researches were proved here on the concrete general clause of good morals.' In the first step, we determined when this norm was given its general character and looked at the antique Roman law sources for evidence. Both 'general clause' and *'boni mores'* are of Roman origin, so it was quite plausible that this important step was taken by the ancient Romans.

We also assumed that the content of the clause alters as social circumstances change. Thus, we had an excurse in the medieval legal literature, where we found 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. These two were already abundantly evaluated.[1338] We only touched on the latter *per tangentem* when discussing the historical interpretations of the national *codices*.

The book culminates in the comparative part containing a detailed comparison 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.[1339] The other three countries were chosen on ground of their diverse social characteristic. We developed our argument here as before: we concentrated on the term 'good morals' in the legal sources and the empirical data were 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 a given legal order. To achieve a better result we developed a new method of comparison combining Sacco's *formante*-theory with Savigny's classical canon.[1340] According to the genial Italian jurist, the *a priori* presumption which states that positive norm, juridical decisions and living law, or '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 these formants separately.[1341] As it turned out, the triad of legislation, judicature and jurisprudence easily harmonizes with the classical canon, namely the grammatical, logical, historical and systematic forms of interpretations. Undoubtedly, the positive, written norm created by legislation constitutes the starting point, because both judicature and jurisprudence have to reflect it.

Accordingly, our comparative analysis starts with a concise description of the positive regulation. This part entails a briefing of systematic, grammatical and historic facts. The legal consequences are also comparatively demonstrated.

1338 Schmidt, Helmut. Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht [The Doctrine of Immoral Transactions in a Historical View]. Berlin: Schweitzer 1973.

1339 Constantinesco, Léontin-Jean. Rechtsvergleichung. Die rechtsvergleichende Methode [Comparative Law. The Comparative Methodology]. 2. vol. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns 1972, pp. 302-303.

1340 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.

1341 Sacco, Rodolfo. Einführung in die Rechtsvergleichung [Introduction to Comparative Law]. Baden-Baden: Nomos 2001, pp. 59-78.

Then we enter the field of jurisprudence as the second *formante*. Within jurisprudence we started with legal andphilosophical considerations. In this way we tried to disclose the non-verbal but still sensible effects, the so-called *criptotipi*.[1342] It is followed by a demonstration of dogmatic peculiarities special to a given national legal order and, in the final step we distinguished 'good morals' from similar legal phenomenon. The importance of the third *formante*, the judicature is emphasized by Markesinis[1343] and we also think that 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 case-to-case approach of national courts. This approach was dissected in its dynamic, temporal development paying special attention to decisions which changed older, well-established legal usage.

3. Scientific Results and Conclusion

The book is built on a newly constructed definition of general clauses. The difficulties of a rigid determination were smoothened by a synthesis of an earlier linguistic and logico-dogmatic approximation. Linguistics helped us to understand the development of the term from the antique Roman law sources through *ius commune* till the modern codifications. Logic unveiled the hidden dogmatic content lying behind general clauses, the *genus–species* and the whole–part problematic. 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. Our definition goes as follows:

General clauses are general legal propositions which constitute an extensive but 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 issues which are – as a result of some of their dominant characteristics – considered to be of the same genus *(generalis)*. They create a cyclical epistemological practice according to which the alteration of the specific legal norms impact upon the

1342 Sacco: pp. 74-77.

1343 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.

interpretation of general clauses and vice versa: through general clauses the alteration of a superior category may be conveyed to the more specific norms.[1344]
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 the classical period most probably under 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. According to our conclusion, this citation is 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 in Roman law is more complex than thought before. There are textual evidences in the *Digest* where an action is lawful but dishonest. Illegality and impossibility went hand in hand sometimes as positive law (e. g. the praetorian edicts) had forbidden immoral behaviour. The phrase *'non posse'* often means illegality in the sources.[1345] Indeed, it does so in the above cited fragment, where positive legal norms *(quod senatus aut princeps improbant)* are explicitly referred. Consequently, this regulation does not concern legally not forbidden *(licet)* but dishonest acts, it is rather a double social defence, in which legal and moral considerations were strengthening each other. The unlawful act not only breaches positive legal norms but may equally harm our honesty, sense of duty and decency.
As a second scientific achievement, we also 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. We followed up the historical parallelisms in the development of *boni mores* and *iniuria* till the late preclassical period. Our research disclosed that their relation was not one-sided as thought before.[1346] *Actio iniuriarum* was not only a tool for

1344 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.
1345 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.*
1346 Pólay: pp. 202 and 205.

the protection of social order through *boni mores*, but, *vice versa*, sometimes[1347] it helped to prevent certain acts of *iniuria*. We confirmed and occasionally refined Pólay's path-breaking results concerning the development of *iniuria*.[1348]
Finally, our considerations were not without use from a legal philosophical point of view regarding the relation between law and morality. On the basis of our sources we depicted the historical development how the *ius* has been enlarged by praetorian activity at the expense of *mos* that is moral precepts, formerly terrain of the head of the Roman family *(pater familias)* and the censor. In the next part we analysed the role that *boni mores* played 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 the commentators. A methodical curiosity is that the empirical results were placed in a broader theoretical framework: a neotomist model was adapted for concrete analyse of a given fragment containing regulations on adulterous relations. As a conclusion, we stated that contemporary jurists understood *boni mores* as a representation of an absolute, Christian order of values.
In the largest part of the book we realized a comparative study analyzing nine different aspects or *formanti* as they are called by Rodolfo Sacco. This strict methodology ensured the depth and thoroughness of our research and designed its larger social context. This step was of utmost importance regarding the demonstration of the double system dependency of 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 formulated an answer to our starting question: beside the material and temporal, i. e. *materiebezogene* and *zeitbezogene Relativität*[1349] 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 a 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

1347 Gai. 3, 157
1348 See Pólay Elemér. Iniuria Types in Roman Law. Budapest: Akadémiai 1986, pp. 201-205.
1349 Zweigert/Kötz: p. 10.

law and moral together and the Charybdis of morally nihilist positivism.[1350] However, he did not deal with the question what causes lie behind the changes of good morals and what we should do if its equally strong precepts are in conflict. These are substantial questions and we tried to answer them on the basis of our historical and theoretical enquiry. Doing so, we half-consciously constructed a hermeneutical circle highly similar to Robert Alexy's rational discourse theory.

Regarding the whole picture of the work, a historical cyclicity could be traced from the development of good morals.[1351] This is similar to Mádl's periodicity on delictual responsibility, with the difference that the changes occur more rapidly in the former than in the history 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 whole social class, and subjective because this class made up only a part of the total Roman population) and relative.[1352] 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, *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 while the struggle for an absolute order is in turn highly anachronistic. This dilemma can only be solved by balancing interests in a rational discourse.[1353]

1350 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.

1351 Mádl Ferenc. A deliktuális 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 Emptyness of Responsibility] In: Bán Chrysta (and others). Ius privatum — Ius commune europae. Liber Amicorum. Studia Ferenc Mádl Dedicata. Budapest: ELTE 2001, p. 219.

1352 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-.

1353 Rationalism and free discurse 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.

This discourse should be a general dispute in which each member of a society can take part, where everybody can express his or her need, every statement can be questioned and where there is a need of justification for any new argument. These conditions are theoretically given in a democratic state.[1354]

We have also 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 and absolute meaning will reach primacy once again. Our answer for the question of concretisation can only be procedural in nature.[1355]

Our third lesson is that we should 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 an old moral standpoint. Here a deductive approach is inevitable. Both flexibility and legal security can be achieved with the help of the practical argumentation theory. This may be a fair tool for a judge deciding a concrete case in the light of the eternal and insolvable question of generalization.[1356]

The most important function of general clauses has always been to allow the spirit of time permeate the otherwise closed *terrenum* of law. We do right today if we see general clauses as an open gate for the newest achievements of social sciences, especially rational discourse theory and law and economics.[1357] Right comprehension becomes good judicial decision only in this way.[1358]

1354 Confirmed by Graf: pp. 165-167.

1355 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.

1356 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.

1357 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.

1358 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.

BIBLIOGRÁFIA

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 1987[14]

Armbüster, Christian—Mayer-Maly, Theo: § 138, in Säcker, Franz Jürgen: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, München: Beck 2006[5], 1642—1734.

Auer, Marietta: *Materialisieung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006

Auert, Marion: *Die Generalklauseln im öffentlichen Recht*, Köln: Diss. 1960

Babusiaux, Ulrike: *Papinians Quaestiones zur rethorischen Methode eines spätklassischen Juristen*, München: Beck 2011

Badó Attila—Bóka János: *Európa kapujában. Reform, igazság, szolgáltatás*, Miskolc: Bíbor 2002

Baldus, Christian: Historische und vergleichende Auslegung im Gemeinschaftsprivatsrecht. 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 2004[10]

Beck, Alexander: Zur Frage der religiösen Bestimmtheit des römischen Rechts, in: *Festschrift Koschaker Paul*, I, Weimar: Böhlau 1939, 1—15.

Behrends, Okko: Ius und ius civile. Untersuchungen zur Herkunft des ius-Begriffs im römischen Zivilrecht, in: Liebs, Detlef (Hrsg.): *Sympotica Franz Wieacker*, Göttingen: Vandenhoeck & Rupprecht 1970, 11—58.

Benedek Ferenc: *Római magánjog, Dologi és kötelmi jog*, Pécs: JATE 1995[2]

Bénabent, Alain: *Droit civil. Les obligations*, Paris: Montchrestien 2007[11]

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 2000[2]

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—Washinton—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

Bojnár Katinka: *Az Alkotmánybíróság határozata a család fogalmáról*, JeMa 1/4 (2013), 19—27.

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 1957[10]

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 subbiettivo 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 1953[2]

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 1987[3]

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: Behrends, Okko— Diesselhorst, Malte—Dreier, Ralf (Hrsg.): *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1990, 189—230.

Cabrillac, Rémy: *Introduction générale au droit*, Paris: Dalloz 2001[4]

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 1983[2]

Carbasse, Jean-Marie: *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris: PUF 2000[2]

Coing, Helmut: *Europäisches Privatrecht*, München: Beck 1989

Carbonnier, Jean: *Droit civil*, I-II, Paris: Qudrige—PUF 2004

Catala, Pierre: *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la presciption*, 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: *Condicio 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.

Csink Lóránt—Fröhlich Johanna: *Egy alkotmány margójára. Alkotmányelméleti és értelmezési kérdések az Alaptörvényről,* Budapest: Gondolat 2012

Cs. Kiss Lajos: A Jogszociológia után, in: *Horváth Barna*: *A jogelmélet vázlata, Máriabesnyő*—Gödöllő: Attraktor 2004, 245—255.

Cs. Kiss Lajos: *A jogtudomány eszméje és hivatása*, Budapest: ELTE 2004

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 Aequm 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 institutiói*, Budapest: Grill 1914

Dalla, Danilo—Lambertini, Renzo: *Istituzioni di diritto romano*, Torino: Giappichelli 2006[3]

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.

David, René: *A jelenkor nagy jogrendszerei*, Budapest: KJK 1977

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: *Egy halálos rejtély nyomában. A Papinianus D. 28, 7, 15 újraértelmezése*, Jog, Állam, Politika 1/5 (2013), 71—88.

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.

Dworkin, Ronald: *Law's Empire*, Harvard: Belknap 1986

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 2005[10]

Eörsi Gyula: *Összehasonlító polgári jog. Jogtípusok, jogcsoportok és a jogfejlődés útjai*, Budapest: Akadémiai Kiadó 1975.

Erdődy János: *Radix omnium malorum? A pénzzel összefüggő egyes római dologi jogi kérdésekről,* Budapest: PPKE 2012, PhD értekezés (kézirat)

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 1990[4]

Fahre-Magnan, Muriel: *Les obligations*, Paris: PUF 2004

Fenouillet, Dominique: La fin des bonnes mœurs et l'odre public philanthropique, in: Cabrillac, Rémy—Laquette, Yves—du Chambon, Patrick Maistre—Simler, Philippe: *Études offertes à Pierre Catala. La droit pivé français à la fin du XXe siècle*, Paris: Litec 2001, 487—527.

Fikentscher, Wolfgang—Heinemann, Andreas: *Schuldrecht*, Berlin: de Gruyter 2006[10]

Fikentscher, Wolfgang: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, II, Tübingen: Mohr Siebeck 1975

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 1923[2]

Földesi Tamás: *A generál clausulák moralitása*, Állam- és Jogtudomány 1-2/46 (2003), 23—63.

Földi András: A generális klauzulák történetéből, in: Földi András (szerk.): *Összehasonlító jogtörténet*, Budapest: ELTE EÖTVÖS 2012

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 institúciói*, Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 2008[13]

Földi András: *Kereskedelmi jogintézmények a római jogban*, Budapest: Akadémiai 1997

Franciosi, Gennaro: *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana,* III, Napoli: Jovene 1995

Frank Ignácz: *A közigazság törvénye Magyarhonban*, Buda: Magyar Királyi Egyetem 1845

Fuller, Lon: *The Morality of Law*, New Haven—London: Yale 1964[2]

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 2001[3]

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 2001[12]

Guarino, Antonio: *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, Napoli: Jovene 1982

Guariono, Antonio: *Profilo del diritto romano*, Napoli: Jovene 1994[8]

Guarino, Antonio: *Storia del diritto romano*, Napoli: Jovene 1996[11]

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, 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 jogrendszerek*, 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

Hart, Herbert Lionel Adolphus: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon 1961

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 2001[9]

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 vázlata,* 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 1987[4]

Honsell, Heinrich: *Römisches Recht*, Berlin (i. a.): Springer 1992[2]

Hölkeskamp, Karl-Joachim: *Die Entstehung der Nobilität. Studien 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 természete, 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.

Jakab, András: *Ki a jó jogász, avagy tényleg jó bíró volt-e Magnaud?* JeMa 1/1 (2010), 83—93.

Jakab Éva: *Borvétel és kockázat. Jogtudomány és jogélet a Római Birodalomban*, Budapest: Akadémiai 2011

Jaluzot, Béatrice: *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de doit 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 Euopean 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, 1970[4]

Jhering, von Rudolf: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig: Breitkopf und Härtel 1924[8]

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

Jusztinger János: *A vételár meghatározása és szolgáltatása a konszenzuális adásvétel római jogi forrásaiban*, Pécs: PTE 2012, PhD értekezés (kézirat)

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 1971[2]

KASER, MAX: *Das römische Privatrecht,* II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München: Beck 1975[2]

KASER, MAX—KNÜTEL, ROLF: *Römisches Privatrecht*, München: Beck 2005[18]

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

KAUFMANN, ARTHUR—HASSEMER, WINFRIED: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg: C. F. Müller 1994[6]

KECSKÉS LÁSZLÓ—NEMESSÁNYI ZOLTÁN: *Magyar közrend, nemzetközi közrend, közösségi közrend*, Európai jog 3 (2007), 21—38.

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 2007[13]

KNÜTEL, ROLF—KASER, MAX: *Römisches Privatrecht*, München: Beck 2005[18]

KOMÁROMI LÁSZLÓ: *Elemente religiöser und moralischer Normensysteme in den Werken klassischer römischer Juristen* (kézirat)

KONEK SÁNDOR: *Egyházjogtan kézikönyve. Különös tekintettel a magyar állam egyházi viszonyaira*, Budapest: Franklin 1903

KOSCHAKER, PAUL: *Europa und das römische Recht*, München: Beck 1966[4]

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 2007[31]

KÖTZ, HEIN—FLESSNER, AXEL: *Europäisches Vertragsrecht, I*, Tübingen: Mohr 1996

KRAMER, ERNST A: *Juristische Methodenlehre*, Bern: Stämpfli/München: Beck 2005[2]

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 2001[13]

KÜBLER, BERNHARD: *Geschichte des römischen Rechts. Ein Lehrbuch*, Leipzig—Erlangen: Deichert 1925

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

LARENZ, KARL—WOLF, MANFRED: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: Beck 2004[9]

LARENZ, KARL—CANARIS, CLAUS-WILHELM: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin—Heidelberg: Springer 1995[3]

LARENZ, KARL: *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, München: Beck 1979

LARROUMET, CHRISTIAN: *Droit civil. Les obligations, Le contrat,* III, Paris: Economica 2003[5]

Latte, Kurt: *Religiöse Begriffe im frührömischen 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 2002[3]

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 Chrysta (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: Neumeyer 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, 2004[6]

Linke, Bernhard—Stemmler, michael: *Mos maiorum. Untersuchungen zu den Formen der Identitätsstiftung und Stabilisierung in der römischen Republik*, Stuttgart: Franz Steiner 2000

Lochak, Danièle: Le droit a 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.

Lorenz, Werner: *General Principles of Law. Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, American Journal of Comparative Law 13 (1964), 1—29.

Lotmar, Philipp: *Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht*, Leipzig: Mohr 1896

Looschelders, Dirk: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007[5]

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. l. 2002

Marquardt, Joachim: *Römische Staatsverwaltung*, II, Leipzig: Hirzel 1884

Marrone, Matteo: *Istituzioni di diritto romano*, Palermo: Palumbo 2006[3]

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 1937[4]

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 2005[6]

Medicus, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB. Ein Lehrbuch*, Heidelberg: Müller 2006[9]

Medicus, Dieter: *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007[21]

Medicus, Dieter: *Schuldrecht, II, Besonderer Teil. Ein Studienbuch*, München: Beck 2003[11]

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 sotta condicione 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 1887[3]

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 gemeinschafts-privatrechtlichen 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.

Nótári Tamás: *Római köz- és magánjog*, Szeged: Lectum 2011

Nótári Tamás: *Summum ius summa iniuria — megjegyzések egy jogértelmezési maxima történeti hátteréhez*, Jogelméleti Szemle 3 (2004)

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 1969[2]

Paperi, Oscar: *Considerazioni sull'origine del procurator ad litem*, in: *Cunabula Iuris, Studi storico giuridici per Gerardo Broggini,* Milano: Giuffrè 2002, 343—384.

Pázmány Zoltán: *A római jog institútiói*, Karcag: Kertész József 1930[3]

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.

Pozsonyi Norbert: *Zálogjog a szerződési okiratok tükrében.* (Kauteláris praxis a preklasszikus és a klasszikus korszakban, Szeged: SZTE 2012, PhD értekezés (kézirat)

Pókecz Kovács Attila: A szerződéstől való elállás az adásvétel mellékegyezményeinél a római jogban és továbbélése során, Pécs: PTE 2012

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.

Pólay Elemér: *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest: Akadémiai 1986

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 1994[3]

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—Säcker, Franz Jürgen—Rixecker, Roland: *Münchener Kommentar zum Bügerlichen Gesetzbuch*, I, München: Beck 2001[4]

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 1949[4]

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 valours sociales*, Paris: Dalloz—Sirey 1951[2]

RÖHL, KLAUS F.: *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*, Tübingen: Mohr Siebeck 1974

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 1988[3]

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

SANDROCK, OTTO: *Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften*, AcP 159 (1960/61), 481—546.

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*, Lausenne: 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'etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, I, *Aspects historiques et philosophiques*, Paris: Libraire du Recueil Sirey 1934, 53—67.

Seuffert, Johann Adam: *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*, III, Würzburg: Stahel'sche Buchhandlung 1825

Sergheraert, 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 guiridico 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.

Siklósi Iván: *Észrevételek a szerződéskötést követően beállott körülmények jogi értékeléséhez. Pacta sunt servanda, contractus consensualis, és clausula rebus sic stantibus*, Jog, Állam, Politika 1 (2013), 177—194.

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

Sopovné Bachmann Katalin—Boleráczky 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 1998[6]

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.

Szigeti Péter: Szabály és norma azonossága és különbsége. Normakontinuum elmélet — kitekintéssel a generálklauzulák és a jogelvek közötti különbség természetére, in: uő: *Norma és valóság. Válogatott tanulmányok a jogelmélet, az alkotmányjog és a politikaelmélet köréből,* Győr: SZE — MTA Politikai Tudományok Intézete 2006, 203-230.

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*, in: 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 2005[9]

Teubner, Gunther: *Ein Fall struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2000, 388—404.

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 1863[7]

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 1954[3]

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 1932[8]

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 Konkretesierung 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*, Touluse: Université des sciences sociales de Touluse 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 1948[14]

Winkel, Laurens: *Le droit romain et la philosophie grecque, quelques problémes de méthode*, TR 3/1977 (65), 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 1893[5]

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

FORRÁSMUTATÓ

I. Ókori források

1. Jogi források

Codex Theodosianus (CTh)

8, 12, 1.	124
8, 12, 1, 2.	124
9, 32, 1.	123
11, 30, 2.	123
15, 1, 5.	123

Collatio

3,1.	134
4, 1.	136

Consultatio (Consult.)

2, 5, 2.	114
4, 7.	125
4, 8.	112, 119, 125
4, 8—10.	119
4, 9.	119, 120
4, 9sk.	119
4, 10.	120, 125
7, 1.	125
7, 4.	121, 129
9, 10.	119

Gai institutiones (Gai.)

1, 9.	57
1, 42-46.	46 táblázat 1.
1, 43.	45

1, 45. 46 táblázat 1.
1, 92. 102
1, 188. 40
2, 79. 59
2, 104. 21, 23
2, 257. 44
3, 88. 20, 52
3, 157. 72, 97, 101, 102, 126, 128, 131, 249, 263
4, 16. 71
4, 26. 102

Gaius epitomatus (Gai. Epitome)

2pr. 46 táblázat

Pauli sententiae (PS)

1, 1, 4. 119, 121, 129
3, 4, 2. 112
3, 4a, 12. 122
3, 4b, 2. 121, 123, 129
3, 6, 8. 112
4, 14, 4. 46
5, 4, 13. 122, 144
5, 4, 21. 122

Ulpiani epitome (UE)

1, 1. 97
1, 24. 45, 46 táblázat
25, 15. 44

Interpretatio ad Cod. Theod.

8, 12, 1. 124

Corpus Iuris Civilis

Institutiones (I.)

1, 7. 47
2, 1, 10. 108
2, 1, 25. 59
2, 1, 39. 45
3, 13. 20
3, 15. 17
3, 26. 126, 129, 140

Digesta (D.)

1, 1, 1, 1. 52, 86
1, 1, 4. 19
1, 1, 10, 1. 86, 147
1, 1, 10, 2. 86
1, 2, 2, 16. 107, 248, 262
1, 2, 47. 93
1, 3, 2. 51
1, 7, 2pr. 21
1, 8, 6, 1. 47
1, 18, 1. 21
1, 21, 1, 1. 107, 109, 248, 262
2, 9, 4. 48
3, 3, 15. 16
4, 2, 3pr. 16
4, 2, 3, 1. 103, 114
4, 4, 16, 4. 124
4, 6. 40
4, 6, 21pr. 16, 22, 24
4, 6, 21, 1. 22
4, 6, 21, 2. 54

4, 6, 26, 1. 18, 22
4, 6, 26, 2 16
4, 6, 26, 9 17
4, 6, 31. 22
4, 6, 32. 22
4, 6, 33pr. 18, 50
4, 6, 33. 22
4, 6, 36. 22
5, 1, 76. 51, 58, 60
5, 2, 6pr. 16
5, 3, 23pr. 17
5, 3, 23. 16
5, 3, 45. 16, 17
5, 3, 50, 1. 87
6, 1, 6. 19
6, 1, 38. 48
6, 1, 68. 23
9, 2, 5, 3. 98
9, 2, 21pr. 17
10, 1, 4, 5—6. 48
11, 4, 1, 2. 23
12, 1, 2, 3. 19
13, 6, 1, 1. 19
13, 6, 5, 15. 47, 48
16, 3, 1, 6. 115
16, 3, 1, 7. 114
16, 3, 1, 8. 115
16, 3, 31pr. 110
17, 1, 12, 11. 146
17, 1, 35. 60

17, 1, 36pr. 60
17, 1, 7. 103, 111
17, 2, 57. 102
18, 1, 14. 59
18, 1, 34pr. 49
18, 3, 2. 16
19, 1, 17, 3. 48
19, 2, 22, 3. 124
19, 2, 36. 58
21, 1, 18pr. 51
22, 1, 1pr. 74
22, 1, 5. 103, 119, 128
23, 2, 1. 80
24, 1, 3, 1. 80
24, 3, 14, 1. 118, 145
26, 7, 7, 10. 144
26, 10, 1pr. 16
28, 6, 39pr. 42
28, 7, 9. 112, 123, 137
28, 7, 14. 72, 118, 135
28, 7, 15. 103, 104, 136, 248, 256, 262
30, 26, 2. 44
30, 30, 5 és 6. 16, 18
30, 30, 5. 16, 18
30, 30, 6. 16
30, 112, 3. 119
32, 29, 1. 42
34, 2, 13. 16, 18
34, 2, 19, 10. 21
35, 1, 71, 1. 111

35, 3, 3pr. 16
36, 1, 57pr. 40
36, 1, 65, 7. 112
37, 4, 1, 2. 16
37, 8, 3. 16
38, 10, 10, 4. 20
39, 1, 21, 2. 18
39, 5, 29, 2. 103, 109, 136, 140
39, 5, 29, 3. 109
39, 6, 2. 19, 20
40, 4, 10pr. 19
41, 2, 3, 21. 20
41, 2, 3, 22. 19
41, 2, 3, 23. 40
41, 3, 30pr. 58
41, 7, 3. 60
43, 16, 1, 28. 117
44, 10, 33. 293
44, 4, 4, 16. 115, 123, 136
44, 4, 4, 33. 21
45, 1, 22. 16, 17
45, 1, 26. 104
45, 1, 27pr. 104
45. 1. 53. 17
45, 1, 61. 72, 101, 128, 137
45, 1, 97, 2. 101
45, 1, 119. 17
45, 1, 121, 1. 102, 110
45, 1, 134pr. 102, 112, 124, 136
45, 3, 5. 47

46, 4, 13, 5. 16
46, 4, 20. 18
46, 7, 6. 16, 17, 18
46, 7, 13pr. 17
46, 7, 17. 16
46, 7, 19pr. 17
46, 7, 21. 16
47, 2, 52, 20. 23
47, 10, 1pr. 126
47, 10, 15, 2. 71, 95, 116
47, 10, 15, 3. 95
47, 10, 15, 5. 95, 116
47, 10, 15, 6. 116, 143
47, 10, 15, 15. 143, 148
47, 10, 15, 20. 116
47, 10, 15, 23. 95, 117
47, 10, 15, 26. 129
47, 10, 15, 34. 96
47, 10, 15, 35. 71
47, 10, 15, 38. 117
47, 10, 15, 39. 98
47, 10, 33. 113
47, 11, 1, 1. 114
48, 7, 7. 105, 109
50, 16, 25, 1. 47
50, 16, 128. 21
50, 16, 194. 20
50, 17. 55
50, 17, 110pr. 43
50, 17, 116pr. 114

50, 17, 128pr. 134
50, 17, 134, 1. 134
50, 17, 144pr. 106, 108 táblázat

Codex (C.)

2, 2, 1. 123
2, 12, 15. 111
2, 3, 6. 72, 103, 119, 128, 133, 138, 163
2, 3, 30, 3. 125
4, 7, 5. 121, 134, 138, 148
8, 37, 9, 2. 120
8, 38, 4. 120
10, 15, 1. 45

2. Egyéb ókori jogi források

CIL VI 1272. 84
Constitutio Sirmondiana (Const. Sirm.) 10. 125
Scholia Sinaitica (Sch. Sin.) 4. 124

3. Nem jogi források

Agennius Urbicus

Corpus Agrimensorum Romanorum, 27. 21

Aristoteles

Analytica posteriora II. 39
Met. IX, 3. 19
Topica IV, 101 b 17—25. 56
VII. 39

Cato

De agricultura, 18. 16
21. 16
89. 16
139. 84, 85
149. 107

Cicero

Ad Atticum, 6, 3, 3 15
Ad Herennium 1, 2, 2. 40
1, 4, 6. 40
1, 8, 12. 40
Brutus 152 39
De inventione, 1, 10. 21
1, 14. 21
2, 62. 21
2, 65. 145
De divinatione 2, 74. 84
De legibus 2, 29. 84
2, 47. 86
2, 50. 42
3, 7. 89
3, 8. 92
11. 18
De officiis 1, 33. 178
1, 96. 21
De oratore, 2, 240 14
3, 181 15
In Verrem, 3, 35 16
Orator 33, 117. 57
Pro Caecina 2. 94
4, 12. 42
93. 93
Pro Cluentio 7, 21. 42

Pro Roscio Amerino, 38, 111. 111
Topica 7, 31. 57
5, 28. 41

Diogenes Laertius 3, 45—66. 40

Dion. Hal. 2, 15, 2. 85
20, 13, 3. 90

Gellius 1, 6. 99
1, 12, 11. 76
1, 12, 14. 76
1, 12, 15—17. 76
1, 12, 18. 76
4, 20, 4—5 és 11. 90
4, 20, 10. 90
4, 20, 11. 76
5, 19, 15. 94
5, 19, 16. 94
9, 20, 7. 88
10, 22, 1—2. 51
13, 15, 4. 84
20, 1, 12 126

Hieronymus
De vir. ill. 50. 88

Isidorus
Etymologiae sive origenes, 9, 4, 4. 18

Liv. 1, 42, 5. 88
1, 60, 2. 84

4, 8, 2. 89
4, 31, 5. 84
5, 40, 10. 84
6, 20. 84
9, 34, 24. 88
29, 37. 88
39, 41, 4. 89
40, 42, 8. 87
41, 27, 2. 84

Lucretius, 1, 159—160. 18
1, 590. 21

Macrobius
Commentarii in somnium Scipionis 2, 17, 13. 97

Paulus Diaconus
De significatu verborum, 98. 18
Epitome Festi, 56. 16

Platón
Sophistes 253 D. 39, 40
253 D-E. 39

Plautus
Miles gloriosus, 223. 16
605. 16
977. 16
Truculentus, 635. 16

Plutarchos
Cato maior 16. 89, 90
Coniug. praec. 13, I 341, 7. 88
Rom. 22. 85

Priscianus
Institutio de nomine et pronomine de verbo, III, 478, 5 21

Quintilianus
Institutio oratoria, 3, 5, 9. 21
6, 1, 7. 100
8, 5, 4 15
12, 10, 31 15

Seneca
De beneficiis 7, 12. 47
De ira, 3, 14, 2. 100
Epistularum moralium ad Lucilium, 58, 12. 21
66, 48 15

Strabo 5, 220. 84

Suetonius (Suet.)
Aug. 89, 2. 99
Domitianus 8, 4—5. 100
Tib. 3. 88
33, 2. 99
42, 3. 99
Vespasianus, 11. 100

Tacitus
Annales 3, 75. 93
6, 16. 44
11, 25. 89
Germania 19. 101
24, 2. 115

Theoph. 2, 23, 5. 44

Val. Max. 1, 1, 10. 84
2, 9, 6. 88
3, 5, 1. 84
8, 2, 2. 96

Varro
De lingua Latina, 4, 67. 17
6, 7. 94

II. Középkori és újkori források

Allgemeines Landrecht *378. §* 24

Azo
Lectura super codicem, 66. 123

Bajor kódex 12. § 123

Anselmus
De officiis ministrorum, 3, 10, 66. 133
3, 10, 76. 24

Decretum Gratiani 1, 1, 1. 123

Sum. Theol. I-II, 100, a. 2. 147
II-II, 58, a. 5 148

III. Magyar jogforrások

1. Magyar jogszabályok

Alaptörvény 28. cikk 8
XVI. cikk (1) bekezdés 8
XVIII. cikk (1) bekezdés 8

Alkotmány 32/A. § (2) 9
70/I. § (2) bekezdés 8, 174

1900-as Tervezet, 749. § 224

1928-as Magánjogi Törvényjavaslat
588—592. paragrafus 45

1929. évi XI. törvény 45

1994. évi XIV. törvény 240

2010. évi CXIX. törvény 8, 175

2010. évi XC. törvény 8-12. § 9

Ptk. 4. § (1) 9
200. § (2) bekezdés 9, 163, 240, 241
237. § (4) bek. 161
361. § (3) bek. 161
474. § (2) bekezdés 240

Új Ptk. 3:141. § 161
3:152. § 161
4:147. § 163
4:191. § (1) bek. *a)* pont 163

6:96. § 10, 163
7:38. § (1) bek. 176

2. Magyar bírósági döntések

C. 2871/912. 223
C. 4186/930. 223
C. 6386/927. 223
20/1997. (III. 19.) AB határozat 213
184/2010. (X. 28.) AB határozat 8, 9, 174
37/2011. (V. 10.) AB határozat 9
BH 1990. 2. 176
BH 1992. 454. 213
BH 1993. 604. 224
BH 1994. 146. 224
BH 1997. 241. 224, 240
BH 1997. 306. 160
BH 1998. 138. 224
BH 1999. 409. 213, 224
BH 2000. 24. 224
BH 2000. 260. 160, 193
BH 2001. 473. 240
BH 2002. 310. 213
BH 2003. 956. 225
BH 2003. 4511. 226
BH 2004. 141. 226
BH 2004. 407. 226
BH 2004. 582. 225
BH 2005. 14. 225
BH 2005. 317. 225
BH 2005. 1234. 214, 240

BH 2006. 284. 224
BH 2006. 329. 224
BH 2007. 188. 225
BH 2007. 83. 225
BH 2008. 190. 224
LB. Pfv. I 20 581/1995/8. 45
PJD I. 78. sz. 160
2004/4 Választottbírósági határozat 213, 224

IV. Nemzetközi és külföldi jogforrások

1. Nemzetközi és külföldi jogszabályok

2000/43/EG 192
2000/78/EG 192
2002/73/EG 192
2004/113/EG 192
2005/29/EK. 242
2006/952/EK 242
876/2007/EK 243
40/94/EK 241
89/104/EK 241
91/238/EK 241

ABGB 879. § (1) bekezdés 131
936. § 25

Adoptionsvermittlungsgesetz 13. § 220

BGB 123. § 222
138. § 131, 217
138. § (1) bek. 217
138. § (2) bek. 217
139. § 257
241. § 188
242. § 61, 199
305. § 189
307. § (1—2) bekezdésée 29
311. § (1—3) bekezdése 29
312. § 109
313. § 238
314. § 29
315. § 29
317. § 29
826. § 156

VO 1/2003 3. cikk. (3) bek. 237

Avant-projet 1126. cikk. 154
Code civil 6. cikk 157, 163, 188, 189, 198, 214, 243
16-1. cikk. 189
131. cikkely 131
371-2. cikkely 152
375. cikkely 152
378-1 cikkely 152
900. cikk 152
1114. cikk. 157
1133. 130
1600. cikkely 109
1694. cikk. 195

Code pénal 34 R cikkely 189

Codice civile 1343. cikkely 130, 131
1346. cikk. 189
1437. cikk. 157

Code civil du Québec 1412. cikk. 189

NJBW 3:40. cikk. (1) és (2) bek. 198

OR 20. cikkely 131
20. cikkely (1) 130

ZGB 636. cikkely 109

PECL 1:201 cikk 243
15:101 cikk 243

2. Nemzetközi és külföldi bírósági döntések

BVerfG NJW 1994, 36—38. 190
BverfGE 117, 163. 219
BVerfGE 25, 256. 190
BVerfGE 7, 198 (205) 190
BVerfGE 7, 198, 206. 190
BVerfGE 7, 198. 190, 191
BVerfGE 84, 192 (194) 190
BVerfGE 89, 214 (229) 190
BVerfGE 89, 214. 190, 221, 256
Behm NStZ 1996, 317skk. 181
BGH FamRZ 1970, 19, 20. 181
BGH LM §138 BGB (Cd) Nr. 5. 217
BGHZ 7, 111/115. 238
BGHZ 20, 71. 238

BGHZ 26, 320. 222
BGHZ 29, 344skk. 159
BGHZ 53, 369, 375. 217, 236
BGHZ 53, 369, 382. 181
BGHZ 63, 365. 236
BGHZ 70, 313—324. 190
BGHZ 72, 308. 218
BGHZ 79, 131, 141. 220
BGHZ 80, 156; 106, 338. 209
BGHZ 84, 36, 38. 236
BGHZ 89, 316, 319. 222
BGHZ 92, 213, 219. 236
BGHZ 93, 151skk. 159
BGHZ 94, 268, 272. 217
BGHZ 99, 101, 105sk. 158
BGHZ 111, 36. 220
BGHZ 125, 206, 216. 236
NJW 1958, 705. 222
NJW 1963, 579. 157
NJW 1966, 1451. 221
NJW 1969, 316skk. 159
NJW 1969, 744, 746. 155
NJW 1970, 657—658. 158
NJW 1970, 1179. 236
NJW 1972, 1414. 190
NJW 1973, 1645. 238
NJW 1975, 1363. 236
NJW 1976, 1690, 1691. 236
NJW 1980, 1574. 220
NJW 1981, 2184. 220

NJW 1982, 664; 665. 219
NJW 1983, 674. 217
NJW 1983, 2040. 192
NJW 1983, 2692. 236
NJW 1987, 2431. 219
NJW 1987, 3141. 191
NJW 1988, 2362. 218
NJW 1989, 763. 219
NJW 1990, 911. 190
NJW 1991, 3282—3283. 157
NJW 1992, 899. 222
NJW 1992, 2145. 257
NJW 1994, 36. 190
NJW 1994, 187. 220
NJW 1994, 384—386. 237
NJW 1994, 864. 218
NJW 1995, 3398. 181
NJW 1996, 1274. 221, 238
NJW 1996, 1274—12776. 238
NJW 1997, 47. 220
NJW 1997, 52. 220
NJW 1997, 192. 220
NJW 1999, 940. 219
NJW 1999, 2266—2267. 146, 155
NJW 1999, 2588. 219
NJW 2002, 361-362. 211
NJW 2005, 1192. 219
NJW 2005, 1490-1491. 211
NJW 2005, 2991-2992. 211
NJW RR 1987, 999. 219

NJW-FER 1999, 230. 220
NJW-RR 2000, 585, 586. 257
OLG Hamm JZ 1986, 441. 220
RGZ 64, 139; 161, 153. 219
RGZ 71, 61, 69sk. 158
RGZ 158, 294. 142, 217
KG (Ost) NJ 1952, 35, 36 209
LAG Ham Betr. 1969, 2353. 191
ZIP 1990, 573, 575. 190

C. C. C. 94. chr. n. 4. 216
CA Paris 1853. július 23 = DP 53, 5, 540; Lyon 1878. március 25 = DP, 73, 2, 68. 142, 228
CA Paris , 2002. január 9. 229
Cass. civ 1re, 1956. október 4. 228
Cass. civ. 1re 1982. november 4 = Bull. civ. I, 319. 215
Cass. Civ. 1ère, 1989. július 12. 189
Civ 1re, 1989. július 12 = Bull. civ., I, n. 293. 216
Cass 1ère civ., 1995. május 16. 198
Cass civ. 1re 1999. február 3. 215
Cass. civ. 1re, 1998. június 30. 231
Civ 1re, 2004. november 3 = Bull. civ., I, n. 237. 216
Civ. 1re, 1992. március 17 = Bull. civ. 1, n 86. D. 1992 197
Civ. 1re, 1996. június 11 = C.C.C. 1996. 166. 216
Civ. 1re, 1996. október 1 = Bull. civ., I, n. 335. 216
Civ. 1re, 2006. június 20 = Bull. civ., I, n. 312. 216
Cass. ass. plén. 2004. október 29. 232
Cass. Ass. plén. 2004. október 29. 229
Cass. civ. 1972. február 29. 217

Cass. civ. 1996. július 3. 246
Cass. com. 1961. március 7 = Bull. civ. III, n. 125, 112. 217
Cass. com. 1996. október 22. 246
Cass. soc. 1998. július 11 = Bull. civ. V, 515, 312. 215
Cour d'Appel d'Aix 1988. április 29. 234
Cour de cassation 1989. december 13. 234
D. 1945, 121. 228
D. 1993. IR. 226. 216
D. 1999, 267. 228
D. 2000/422. 238
D. 49, 187. 227
D. 49, 342. 227
DP 1903, 2, 279. 228
DP 53, 5, 540. 142, 228
DP 56, 1, 147. 228
DP, 73, 2, 68. 142, 228
Soc., 1957. október 29 = Bull. civ., IV, n. 1027. 216
TGI Marseille, 1987. december 16. 234

CJCE 1979. február 20. 234
Luxemburgi Bíróság 1979. december 14 = Rec. 1979, 3795 207
Case C-237/02, Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG. v. Ludger Hofstetter és Ulrike Hofstetter 242
Laskey, Jaggard and Brown v United Kingdom, EJEB 109/1995/615/703—705. 196

Smith v Bank of Scotland/Mumford v Bank of Scotland 1996 SLT 392. 220

A 46. és a 107. oldalon található táblázatokhoz tartozó lábjegyzetek.

1 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 2pr. alapján egészíti ki. Ld. HUSCHKE, PHILIPP EDUARD: *Gaii institutionum iuris civilis commentarii quattuor*, in: *Iurisprudentiae Anteiustinianae quae supersunt*, Leipzig: Teubner 1886[5].
2 Paul. D. 44, 10, 33.
3 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.
4 Paul. D. 50, 17, 144pr.

TARTALOMJEGYZÉK

Előszó 7
Prolegomena 8

Első rész:
A GENERÁLIS KLAUZULÁKRÓL 13

I. A generális klauzula kifejezés története
1. Jelentéstörténeti bevezető 14
2. A generalis clausula az ókori latin nyelvben 14
3. A kifejezés továbbélése egyes modern nyelvekben 23
3.1 A kifejezés a német jogi szaknyelvben 26
3.2 A kifejezés a francia jogi szaknyelvben 31
3.3 A kifejezés a magyar jogi szaknyelvben 33
4. A jelentéstörténeti vizsgálódás eredményei 35

II. A generális klauzula kifejezésből eredő elméleti nehézségek
1. Bevezetés 36
2. Jogelméleti alapvetések 37
3. A felosztás módjai 39
4. A rész—egész viszonya 43
4.1 A strikt rész 44
4.2 A fiktív rész 47
4.3 Az „extenzív" rész 48
4.4 Részösszegzés 50
5. A genus—species viszonya 51
5.1 A nem és a fajta által felvetett filozófiai problémák 51
5.2 A genus—species mint jogtudományi probléma 56
6. A genus—species és rész—egész problematika összefonódása 57
6.1 Azonos nemű részekből azonos nemű egész lesz 58
6.2 Eltérő nemű részekből valamelyik nemű egész lesz 58
6.3 Eltérő nemű részekből új, eltérő nemű egész lesz 59
6.4 Az időbeli változások hatása 59
6.5 Részösszegzés 60
7. A filozófiai és jogelméleti vizsgálódás eredményei 63
8. A generális klauzulák funkciója a jogrendszerben 65

Második rész:
A JÓ ERKÖRCSÖKRŐL 69

III. A contra bonos mores klauzula előzményei, kialakulása és funkciója a római jog forrásai tükrében
1. Bevezetés 70
2. Rövid alapvetés: a ius, fas, mos normarendszerek kapcsolatára vonatkozó legújabb kori elméletek 74
3. Az erkölcsi jellegű normák fejlődéseinek korszakai 81
3.1 Archaikus viszonyok 83
3.2 A censura szerepe 88
3.3 A praetori edictumok hatása 92
3.4 A principátus kora 99
3.5 A kereszténység hatása és a iustinianusi korszak 123
4. A contra bonos mores klauzula és az iniuria kapcsolata 126
5. A római jogi vizsgálódás eredményei 129

IV. A contra bonos mores klauzula a korai ius commune irodalmában
1. Bevezetés 132
2. A klauzula az egyes középkori szerzők munkásságában 133
3. A ius commune-beli vizsgálódás eredményei 147

V. A jó erkölcsökre vonatkozó generális klauzula a francia, a német és a magyar magánjogi kódexekben
1. Bevezetés 150
2. A jó erkölcsök a magánjogi kódexekben, rendszertani elhelyezkedésük
2.1 A jó erkölcsök a francia Code civilben 152
2.2 A jó erkölcsök a német BGB-ben 155
2.3 A jóerkölcs a magyar magánjogban 159
3. A jó erkölcsök fogalma az eredeti jogalkotói szándék szerint
3.1 A jó erkölcsök a francia Code civil kodifikációs munkálataiban 163
3.2 A jó erkölcsök a BGB kodifikációja során 168
3.3 A jó erkölcsök a magyar kodifikációs tervezetekben és az új Ptk-ban 172
4. A jó erkölcsök fogalmával kapcsolatos jogfilozófiai megfontolások
4.1 A francia jogfilozófia álláspontja 176
4.2 A német jogfilozófia eredményei 179
4.3 Adalékok a magyar jogfilozófiai irodalomból 183

5. A jó erkölcsökhöz kapcsolódó dogmatikai sajátosságok
5.1 Dogmatikai sajátosságok a francia jogban 188
5.2 Dogmatikai sajátosságok a német jogban 190
5.3 Dogmatikai sajátosságok a magyar jogban 192
6. Elhatárolás hasonló fogalmaktól
6.1 Elhatárolások a francia jogban 194
6.2 Elhatárolások a német jogban 198
6.3 Elhatárolások a magyar jogban 201
7. A jó erkölcsök fogalmának meghatározása
7.1 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása a francia jogban 205
7.2 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása a német jogban 207
7.3 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása a magyar jogban 212
8. Felhasználási területek
8.1 A Code civil 6. cikkelyének alkalmazási területei 214
8.2 A BGB 138. §-ának alkalmazási területei 217
8.3 A jóerkölcs fogalmának alkalmazása a magyar magánjogban 222
9. A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai
9.1 A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai a francia magánjogban 226
9.2 A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai a német magánjogban 235
9.3 A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai a magyar magánjogban 238
10. Kitekintés: a jó erkölcsök az EU jogában 241
11. A jogösszehasonlító vizsgálódás eredményei

VI. Összegzés **248**

Summary
1. Research Objectives 258
2. Methods, Sources and Structure of Research 259
3. Scientific Results and Conclusion 261

Bibliográfia 266

Forrásmutató 293