

ÁLLAM- ÉS JOGTUDOMÁNY

LV. ÉVFOLYAM • 2014 • 1. SZÁM

TARTALOM

TANULMÁNY

CSÖNDES MÓNICA

A szerződésszegési jog előreláthatósági korlátjának joggazdaságtani modellje és annak jogi kritikája 3

KISS GYÖRGY

Foglalkoztatás gazdasági válság idején – a munkajogban rejlő lehetőségek a munkajogviszony tartalmának alakítására (jogdogmatikai alapok és jogpolitikai indokok) 36

MAJTÉNYI BALÁZS

Alaptörvény a nemzet akaratából 77

NÓTÁRI TAMÁS

De rebus verbisque medicinalibus in Lege Baiuvariorum
– orvos, beteg és betegség a kora középkori bajor népjogban 97

RECENZIO

GÁRDOS-OROSZ FRUZZSINA

Péter Cserne – Miklós Könczöl – Marta Soniewicka (szerk.):
The Rule of Law and the Challenges to Jurisprudence. Central
and Eastern European Forum for Legal, Political, and Social
Theory Yearbook 122

KEVEVÁRI ISTVÁN

Zódi Zsolt: Jogi adatbázisok és jogi forráskutatás. Gépek a jogban 127

SZERKESZTŐBIZOTTSÁG

Antalóczy Péter, Erdő Péter, Farkas Ákos, Hajdú József, Hamza Gábor,
Harmathy Attila, Kecskés László, Király Miklós, Korinek László,
Lamm Vanda, Lévainé Fazekas Judit, Sólyom László, Szabadfalvi József,
Varga Zs. András, Vékás Lajos

SZERKESZTŐSÉG

Főszerkesztő

Jakab András

Felelős szerkesztő

Ganczer Mónika

Recenzió-szerkesztő

Fekete Balázs

Szerkesztőségi tagok

Gajdushek György, Hollán Miklós, Pap András László, Sulyok Gábor,
Varju Márton

Szerkesztőség címe

1014 Budapest, I. Országház u. 30.

1250 Budapest Pf. 25.

Telefon: +36 (1) 355-73-84

Fax.: +36 (1) 375-78-58

A kiadvány megjelenését támogatja

az MTA Könyv- és Folyóirat-kiadó Bizottsága

Előfizethető és példányonként megvásárolható

MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézet

Állam- és Jogtudomány Szerkesztősége

1014 Budapest, I. Országház u. 30.

E-mail: ajttan@tk.mta.hu

Kiadja az MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézet

Olvasószerkesztő: Mészáros Katalin

Tördelés és borítóterv: Pintér József

Nyomdai munkálatok: Prime Rate Kft.

Felelős vezető: Tomcsányi Péter

HU ISSN 0002-564X

CSÖNDES MÓNIKA*

A SZERZŐDÉSSZEGÉSI JOG ELŐRELÁTHATÓSÁGI KORLÁTJÁNAK JOGGAZDASÁGTANI MODELLJE ÉS ANNAK JOGI KRITIKÁJA**

Az előreláthatósági korlát szabályának alkalmazási köre különböző lehet az egyes jogrendszerekben (jogegységesítő dokumentumokban), s eltérő lehet az is, ahogyan az előreláthatósági korlát azok kártérítési szabályanyagába illeszkedik. Az előreláthatósági korlát szabályának alkalmazása egy adott, konkrét kártételt, kártípust tekintve a következő kérdésekben történő döntést igényli: mi volt a szerződés megkötésének időpontjában a szerződő felek tudomása, s mekkora volt a kár bekövetkezésének valószínűsége. A károk előreláthatóságának, s így megtéríthetőségének kérdése valójában egy adott piaci szegmensen, meghatározott szerződő felek között kötött, meghatározott típusú szerződés tartalmától, illetve gazdasági környezetétől függ. Az előreláthatósági korlát jogi jelentés-tartalmának ismeretében érdemes vizsgálni azt, hogy milyen jogszabályi, joggyakorlati alapról indulva is elemzi, modellezi a joggazdaságtan az előreláthatóságot. A joggazdaságtan által felállított Hadley-szabály információs aszimmetria modelljével szemben kritika fogalmazható meg azért, mert az előreláthatósági korlát nemcsak azokat a károkat terheli a károsultra, amelyről ő tudhatott, de a szerződésszegő nem, hanem azokat is, amelyekről egyikük sem tudhatott (a kölcsönös információhiány esete, a szó szoros értelmében vett előreláthatatlan események). Másrészt a common law előreláthatósági szabálya értelmében a szerződésszegés szokásos (a felek közötti információcserétől független, a szerződésszegés rendszerinti) kárvetkezményei mint előrelátható károk megtérítendőek. A klasszikus joggazdaságtani irodalom kritikával illethető azért, mert az előreláthatósági szabályt túlságosan leegyszerűsítve tárgyalja. Indokolt tehát annak további szorgalmazása, hogy az előreláthatósági korlát joggazdaságtani vizsgálata során el kellene szakadni a Hadley-szabályra épülő információs aszimmetria modelltől.

A tanulmány célja, hogy a szerződésszegési jog előreláthatósági korlátjának joggazdaságtani modelljével szemben jogi kritikát fogalmazzon meg. A választott elemzési mód ehhez, hogy az előreláthatósági korlát jogi tartalmának bemutatá-

* Egyetemi tanársegéd, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 7622 Pécs, 48-as tér 1. E-mail: csondesmonika@gmail.com.

** A kutatás a TÁMOP 4.2.4.A/2-11-1-2012-0001 azonosító számú Nemzeti Kiválóság Program – Hazai hallgatói, illetve kutatói személyi támogatást biztosító rendszer kidolgozása és működtetése országos program című kiemelt projekt keretében zajlott. A projekt az Európai Unió támogatásával, az Európai Szociális Alap társfinanszírozásával valósul meg. Szerző ezúton mond köszönetet Szalai Ákos (egyetemi docens, PPKE JÁK Heller Farkas Közgazdaságtudományi Intézet, tudományos munkatárs, MTA TK Jogtudományi Intézet) kollégának a kéziratához fűzött szakmai észrevételeiért, és a téma továbbgondolását segítő javaslatokért.

sát követően ismertetem a klasszikus joggazdaságtan által felállított Hadley-szabály modelljét, s annak kritikáit. Kifejtem továbbá, hogy a joggazdaságtan kiindulópontjául választott Hadley-szabály információs aszimmetria modellje miért ad csak korlátozott képet arról, hogy szerződésszegés esetén mely károkat kell a szerződésszegőnek megtérítenie.¹

1. KIINDULÓPONT: AZ ELŐRELÁTHATÓSÁGI KORLÁT ÉS A HADLEY-SZABÁLY

Az előreláthatósági korlát (vagy előreláthatósági szabály) ismert szabály a kontinentális és a *common law* jogrendszerek, valamint a nemzetközi és európai jogegységesítő dokumentumok szerződésszegési kártérítési jogában; a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) hatálybalépésével szabálya lett szerződésszegési kártérítési jogunknak is.²

Az előreláthatósági korlát értelmében a szerződésszegő csak olyan károkért felelős, amelyeket a szerződéskötéskor *ésszerűen előreláthatott*. Az előreláthatósági korlát tartalmában – függetlenül az egyes jogrendszerek és jogegységesítő dokumentumok konkrét szabályától – azt jelenti, hogy más jogszabályi rendelkezés vagy szerződési kikötés hiányában a szerződésszegő olyan károkért tartozik helytállni, amelyekkel ésszerűen számolhatott, mint a szerződésszegés valószínű következményével.

A jogirodalom szerint az előreláthatósági korlát jogpolitikai célja a szerződésszegési jogban a szerződési kockázatok felek közötti kölcsönös,³ helyes,⁴ hatékony⁵

¹ Az előreláthatósági korlát – egyes jogrendszerek és jogegységesítő dokumentumokbeli – jogi tartalmát vizsgálva megállapítható, hogy mindegyikben közös elemként jelentkezik a *szerződéskötés időpontjában előrelátta vagy előre kellett volna látnia a kár bekövetkezését* fordulat. A jogirodalom jellemzően a következő elemzési szempontok (mint tényállási elemek) alapján elemzi az előreláthatósági korlát szabályát: Kinek kell előrelátni a kárt? Előrelátta vagy előre kellett volna látnia? Mikor kell előrelátni a kárt? Milyen és mekkora kárt kell előrelátni? A kár mint a szerződésszegés lehetséges/valószínű következménye. Kinek mit kell bizonyítania? A szándékos szerződésszegés mint feltétel. Jelen tanulmány e kérdéseket nem tárgyalja, s a hozzájuk kapcsolódó joggazdaságtani vizsgálatokat sem ismerteti.

² Az előreláthatóság mint felelősségkorlátozó dogmatikai megoldás alkalmazott az angol *common law tort* jogában is. A Ptk.-ba a szerződésen kívül okozott károkért való felelősség rendelkezései közé (6:516. §) is bekerült a Kodifikációs Főbizottság döntése nyomán az előreláthatóság (az okozatosság mint felelősségalapító feltétel részeként). Jelen tanulmány nem foglalkozik az előreláthatóságnak a deliktális jogban betöltött szerepével.

³ Lásd pl. Hugh G. BEALE: „Remoteness of Damage” in Hugh G. BEALE (szerk.): *Chitty on Contracts. General Principles. I.* (London: Sweet Maxwell³⁰2008) 1626.

⁴ Lásd pl. KEMENES István – VÉKÁS Lajos: „A szerződésszegés általános szabályai” in VÉKÁS Lajos (szerk.): *Az új Polgári Törvénykönyv Bizottsági Javaslata magyarázatokkal* (Budapest: Complex 2012) 396, a T/7971. sz. a Polgári Törvénykönyvről szóló törvényjavaslat szerződésszegési rendelkezéseihez fűzött indokolás. 7. b) pont, 586.

⁵ Lásd pl. Richard A. POSNER: *Economic Analysis of Law* (Boston – Toronto – London: Little, Brown and Company “1992) 126–127; Jeffrey M. PERLOFF: „Breach of Contract and the Foreseeability Doctrine of Hadley v. Baxendale” *Journal of Legal Studies* 1981/10. 39.

avagy igazságos⁶ – jelzőkkel illetett – elosztása.⁷ Az előreláthatósági korlát jogpolitikai céljaként a jogirodalomban hangsúlyosan tárgyalják az információ-átadást ösztönző hatását, a Ptk. kodifikációja során is ez kapott elsősorban figyelmet. Az előreláthatósági szabály ugyanis arra ösztönzi a szerződő felet, hogy a szerződéskötéskor szükség szerint tájékoztassa partnerét egy esetleges szerződésszegés várható kárkövetkezményeiről, feltárja a szokatlan szerződési kockázatokat; másképpen, a szerződés sajátos természetével összefüggő körülményeket, tényeket, a szerződéshez fűződő elvárásait a másik szerződő fél tudomására hozza. A rendkívüli, az adott szerződés szokásos kárkövetkezményeit lényegesen meghaladó károk kockázatát a kötelezett ugyanis csak a jogosult külön figyelemfelhívása alapján ismerheti meg. E károk kockázatának ismeretében a másik szerződő fél dönt majd arról, hogy megkötí-e a szerződést, s ha igen, milyen feltételek mellett: mekkora ellenszolgáltatás fejében, esetleg felelősségkorlátozással vagy biztosítási szerződés megkötése mellett. Ha azonban a szerződő fél az általa előrelátott, de a másik fél által nem ismert kockázatról nem ad tájékoztatást, a bekövetkező kárt neki kell viselnie. Az előreláthatósági szabály jogpolitikai célja e tekintetben tehát az, hogy a szerződő feleket a szokatlan szerződési kockázatok feltárására ösztönözze.⁸ A szerződésszegési kártérítési jogi joggazdaságtani irodalomban a Hadley-szabály szerinti modell erre a fent részletesen bemutatott információs aszimmetria helyzetre épül: a szerződésszegőnek csak akkor nem kell megtérítenie a szerződő partnere kárát, ha a károsult információs előnyben volt.

A joggazdaságtan által tárgyalt Hadley-szabály azonban nem azonos az előreláthatósági korlát jogi tartalmával. Az előreláthatósági korlát értelmében ugyanis az egyik szerződő fél által sem előrelátható károkat is a károsultnak kell viselnie.⁹ A Hadley-szabály kapcsán a joggazdaságtani irodalom nem is tárgyalja a nem aszimmetrikus információs helyzet esetén felmerülő kockázatmegosztást. Menyhárd Attila, Mike Károly és Szalai Ákos joggazdaságtani tanulmányában erre

⁶ Lásd Andrew ROBERTSON: „The Basis of the Remoteness Rule in Contract” *Legal Studies* 2008/28. 172–196; VÉKÁS Lajos: *Parerga. Dolgozatok az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez* (Budapest: HVG–ORAC 2008) 272. Menyhárd szerint a modern szerződési jogi szabályozás „nyíltan felvállalt célja a szerződés alapján keletkezett jogviszonyok igazságosságának, a jogok és kötelezettségek relatív arányosságának biztosítása, valamint az ügyleti kockázat ésszerű és méltányos elosztása”. Lásd MENYHÁRD Attila: „Szerződési igazságosság és egységes szerződési jog” *Jogi tanulmányok* 1997/1. 280.

⁷ A tanulmánynak nem célja annak bizonyítása, hogy az előreláthatóság a szerződési kockázatok felek közötti kölcsönös, helyes, hatékony avagy igazságos elosztását szolgálja-e.

⁸ Lásd erről: VÉKÁS (6. lj.) 295–297; KEMENES István – VÉKÁS Lajos: „A szerződésszegés. Felelősség a szerződésszegéssel okozott károkért. Az 5:122. cikkhez fűzött kommentár.” in VÉKÁS Lajos (szerk.): *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez* (Budapest: Complex Kiadó 2008) 811; FUGLINSZKY Ádám: „Az előreláthatósági klauzula egyes kérdései, avagy kinek, mikor és mit kell előrelátnia” *Magyar Jog* 2011/7. 413; a T/7971. sz. a Polgári Törvénykönyvről szóló törvényjavaslat szerződésszegési rendelkezéseire fűzött indokolás. 7. c) pont, 588–589.

⁹ KEMENES–VÉKÁS (8. lj.) 811. Az előreláthatósági korlát kapcsán a Ptk. Miniszteri Indokolása is hangsúlyozza, hogy „az egyik fél által sem előrelátható károk kockázata a károsult félnél marad. Ez a következmény azonban nem az előreláthatósági klauzula hibája, hanem a kárveszélyviselés általános elvéből következik.” A T/7971. sz. a Polgári Törvénykönyvről szóló törvényjavaslat szerződésszegési rendelkezéseire fűzött indokolás. 7. c) pont, 589.

fel is hívja a figyelmet, s az általuk felállított modellben az elemzés tárgyává is teszik, hogy az előreláthatósági korlát nemcsak azokat a károkat terheli a károsult, amelyről ő tudhatott, de a szerződésszegő nem, hanem azokat is, amelyekről egyikük sem tudhatott (a kölcsönös információhiány esete, a szó szoros értelmében vett előreláthatatlan események). Az *előreláthatósági szabály* elnevezésű joggazdaságtani modelljük az információk aszimmetria helyzete mellett a kölcsönös tájékozatlanság esetét is magában foglalja.¹⁰ A joggazdaságtan másrészt nem foglalkozik azzal, hogy a *Hadley v. Baxendale*-ügyben kimondott kártérítési szabály, illetve annak jogtételait újrafogalmazó *Victoria Laundry*-ítélet értelmében a szerződésszegés szokásos kárkövetkezményei mint előrelátható károk megtérítendőek.¹¹ A szokásos károk a felek közötti információcserétől független, a szerződésszegés rendszerinti, szokásos kárkövetkezmények. Bár a hangsúly a jogirodalomban is az előreláthatóságnak az információ-átadást ösztönző hatásán van, utalni szükséges arra, hogy a jogirodalomban megjelenik emellett az a gondolat is, hogy mint minden szerződési jogi szabálynak, így az előreláthatósági korlátnak is jogpolitikai célja a szerződési kockázatok (úgy általában, s nemcsak a szokatlan károkat tekintve) szerződő felek közötti elosztása.¹² Kétségtelen azonban, hogy ennek a funkciónak az alapos kimunkálása a jogirodalom részéről még várat magára, mind a kölcsönös információhiány, mind a felek közötti információcserétől független, feltételezett tudomás esetében.

Az előreláthatósági szabály jogirodalmából ismert továbbá, hogy a szabály bizonytalan tartalma okán nehéz meghatározni azt, hogy mikor lesz egy meghatározott típusú, fajtájú, nagyságú kár előrelátható.¹³ Ezt több joggazdaságtani írás¹⁴ is kiemeli. A joggazdaságtani elemzések a szerződési jogban az előreláthatóságot általában a megtérítendő károk mértékét korlátozó megoldásként értékelik. Kezdetben jellemzően hatékony szabályként írták le a teljes kártérítés szabályával szem-

¹⁰ MENYHÁRD Attila – MIKE Károly – SZALAI Ákos: „Az előreláthatósági klauzula előre látható problémái” *Kormányzás, Közpénzügyek, Szabályozás* 2008/2. 201. 207–208; www.kormanyzas.hu/082/03_Menyhard.pdf.

¹¹ Michael P. FURMSTON: *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (Oxford: Oxford University Press 192006) 759; BEALE (3. lj.) 1626, 1628.

¹² Lásd erről az irodalomban pl. Melvin A. EISENBERG: „The Principle of Hadley v. Baxendale” *California Law Review* 1992/3. 600; VÉKÁS (6. lj.) 272; FUGLINSZKY Ádám: „A teljes kártérítés elve, kritikája és korlátai” in KISFALUDI András (szerk.): *Liber amicorum: Ünnepi előadások és tanulmányok Harmathy Attila tiszteletére*. (Budapest: ELTE ÁJK 2007) 209; FUGLINSZKY Ádám: „Az európai kártérítési jog egyes jogfilozófiai és jogpolitikai alapkérdései” in PAKSY Máté (szerk.): *Európai jog és jogfilozófia: Konferenciatanulmányok az európai integráció ötvenedik évfordulójának ünnepére* (Budapest: Szent István Társulat 2008) 204–205.

¹³ Lásd pl. Florian FAUST: *Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG)* (Tübingen: Mohr Siebeck 1996) 236–237; LORD HOFFMANN: „The Achilleas: Custom and Practice or Foreseeability?” *Edinburgh Law Review* 2010/1. 52, 59; FUGLINSZKY (8. lj.) 416–422. A jogirodalom alapján összefoglaló kritikát ad: FUGLINSZKY Ádám: *A polgári jogi felelősség útjai a vegyes jogrendszerben. Québec, Kanada*. (Budapest: ELTE Eötvös Kiadó 2010) 305–306.

¹⁴ FAUST (13. lj.) 236–237; Eric A. POSNER: „Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation” in Boudewijn BOUCKAERT – Gerrit DE GEEST (szerk.): *Encyclopedia of Law and Economics* (Cheltenham-Northampton: Edward Elgar 2000) 163–164; encyclo.findlaw.com/4620book.pdf; MENYHÁRD–MIKE–SZALAI (10. lj.) 207.

ben,¹⁵ az újabb irodalom azonban már többször arra a következtetésre jut, hogy az előreláthatóság csak feltételekkel tekinthető hatékony(abb) szabálynak.¹⁶ Wijck szerint empirikus kutatásokkal lehetne alátámasztani azt, hogy a Hadley-szabály valójában milyen hatással van a piaci szereplők magatartására, megállapítja azonban azt is, hogy ez a kutatás még gyerekcipőben jár.¹⁷

2. AZ ÉSSZERŰ ELŐRELÁTHATÓSÁG MINT A SZERZŐDÉSSZEGÉSSSEL OKOZOTT KÁROK MEGTÉRÍTÉSÉNEK KORLÁTJA

Az előreláthatósági korlát szabálya tartalmában különböző lehet az egyes jogrendszerekben és jogegységesítő dokumentumokban, s eltérő az is, ahogy az előreláthatósági korlát azok kártérítési szabályanyagába illeszkedik.

2.1. AZ ELŐRELÁTHATÓSÁG ÉS A *COMMON LAW*

2.1.1. AZ ELŐRELÁTHATÓSÁGI KORLÁT MINT DISZPOZITÍV SZABÁLY

Az előreláthatósági szabály kapcsán állandóan hivatkozott ügy a híres angol *Hadley v. Baxendale*-ítélet (1854).¹⁸ Az ügyet ott találjuk szinte minden, az előreláthatósági szabályhoz kapcsolódó jogirodalmi munkában. Az angol és az amerikai *common law*-ban a *Hadley v. Baxendale*-ítélet máig vezető precedensnek számít. Az ítéletben Alderson bíró az előreláthatóság szabályát a következőképpen fogalmazta meg:

„ha két fél szerződést kötött egymással, és azt egyikük megszegte, a károsult olyan méltányos és ésszerű kártérítésre jogosult, amely megfelel annak a veszteségnek, amely ilyen szerződésszegés rendszerinti, szokásos következménye, vagy amellyel

¹⁵ Összefoglalóan ír erről Goetz, Scott, Barton, Bishop, Kornhauser, Ayres és Gertner írásai alapján Peter van Wijck. Lásd Peter van WIJCK: „Foreseeability” in Gerrit de GEEST (szerk.): *Contract Law and Economics* (Cheltenham – Northampton: Edward Elgar 2011) 226; George GEIS: „Empirically Assessing Hadley v. Baxendale” *Florida State University Law Review* 2005/3. 897–956.

¹⁶ Lucian Ayre BEBCHUK – Steven SHAVELL: „Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale” *Journal of Law, Economics & Organization* 1991/2. 284–312; Lucian Ayre BEBCHUK – Steven SHAVELL: „Reconsidering Contractual Liability and the Incentive to Reveal Information” *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper* 255. (1999); lsr.nellco.org/harvard_olin/255; WIJCK (15. lj.) 228–230; Barry E. ADLER: „The Questionable Ascent of Hadley v. Baxendale” 51 *Stanford Law Review* 1999/6. 1547–1589; POSNER (14. lj.) 167–169; Eric A. POSNER: „Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?” *Yale Law Journal* 2003/4. 853–854; GEIS (15. lj.) 897–956; EISENBERG (12. lj.) 563–613; MENYHÁRD–MIKE–SZALAI (10. lj.) 208.

¹⁷ WIJCK (15. lj.) 236.

¹⁸ *Hadley and Another v. Baxendale and Others* (1854) 9 Ex. 341, 156 E.R. 145.

a felek, mint a szerződésszegés valószínű következményével ilyen szerződés megkötésekor számolhattak”.¹⁹

Az első fordulat szerint azt a kárt kell megtéríteni, amely a szerződésszegés természetes és szokásos következménye, a második szerint pedig azt a kárt, amely valószínű bekövetkezésével a felek a szerződés megkötésekor számolhattak a szerződésszegő fél tudomására hozott tények és körülmények alapján.²⁰ Ez a két fordulat az ítéletben a *Hadley v. Baxendale*-ítélet első és második szabálya néven vált ismertté, terjedt el az angol szerződési jogi gyakorlatban, illetve a *text book*-okban, és más jogirodalmi munkákban. A *Hadley v. Baxendale*-ítélet tételeit újrafogalmazó *Victoria Laundry*-ügyben (1949)²¹ Lord Asquith a kétféle szabály gyakorlatával szakítani kívánva az ésszerű előreláthatóság (*reasonable foreseeable*) terminológiájának alkalmazásával azokat egységes szabályba foglalta. Eszerint a károsult azon kárának megtérítését követelheti, amely bekövetkezése a szerződés megkötésekor ésszerűen előrelátható volt.

Az esetjog alapján elmondható – a terminológiai elnevezéstől függetlenül –, hogy a szerződésszegő fél akkor tartozik a kárt megtéríteni, ha mint ésszerűen és gondosan eljáró személy (*reasonable man*), vagy a szerződés sajátos természetével összefüggő tények ismeretének birtokában ésszerűen számolhatott egy bizonyos típusú kár valószínű bekövetkezésével.²² A *Victoria Laundry*-ügy lényegében nem változtatott azon a gyakorlaton, hogy a károsultak szerződésszegés természetes és szokásos kárkövetkezményeit szokásos kárként, az azon túli károkat pedig szokatlan kárként követeljék.²³ A *Hadley v. Baxendale*- és a *Victoria Laundry*-ügy értelmében a szokásos károk mindig megtérítendőek, azok tulajdonképpen *per se* előrelátható károk, míg a szokatlan károk csak akkor, ha előreláthatóak. Az angol *common law* irodalmában a két – a szokásos és a szokatlan károk megtérítésére vonatkozó – szabályt általában együtt tárgyalják a kártérítés korlátozása (*remoteness*) körében. Az előreláthatósági szabály alkalmazása egy adott, konkrét kártételt, kártípust tekintve valójában mindig a következő kérdésekben történő döntést igényli: mi volt a szerződés megkötésének időpontjában a szerződő felek tudomása, és mekkora volt a kár bekövetkezésének valószínűsége.²⁴

¹⁹ *Hadley and Another v. Baxendale and Others* (1854) 9 Exch 355.

²⁰ Harvey MCGREGOR: *McGregor on Damages* (London: Sweet & Maxwell ¹⁵1988) 156; Andrew BURRELLS: *Remedies for Torts and Breach of Contract* (Oxford: Oxford University Press ³2004) 84–85.

²¹ Lásd *Victoria Laundry (Windsor) LD. v. Newman Industries LD; Coulson & Co. LD* (Third Parties). [1949] 2 K.B. 539.

²² *Hadley and Another v. Baxendale and Others*. 9 Exch 341, *Victoria Laundry (Windsor) LD v. Newman Industries LD; Coulson & Co. LD*. (Third Parties) Court of Appeal [1949] 2 K.B. 528.

²³ CSÖNDES MÓNICA: „Előre látható-e mindaz, amiről a szerződésszegő fél tudott? Angol jogi vázlat” in SZIKORA Veronika (szerk.): *Kihívások és lehetőségek napjaink magánjogában* (Debrecen: Debreceni Egyetem ÁJK PJT 2009) 107. Lásd még az előreláthatóság elvével kapcsolatos legújabb nagy jelentőségű ügyet is: *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc* [2008] UKHL 48.

²⁴ FURMSTON (11. lj.) 759, 762; BEALE (3. lj.) 1626; Edwin PEEL: *Treitel The Law of Contract* (London: Sweet & Maxwell ¹³2011) 1054; Günter H TREITEL: *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account* (Oxford: Clarendon Press 1988) 151.

Az előreláthatóság szabályát *Hadley v. Baxendale* és a *Victoria Laundry*-ítéletek óta számos esetben alkalmazta, értelmezte újra és erősítette meg a *Court of Appeal* és a *House of Lords*, ma *Supreme Court*. Az előreláthatóság általános elv maradt az 1893-as *Sale of Goods Act* és annak 1979-es megújítása után is. A *Sale of Goods Act* cikkeinek alapját a korábbi adásvétellel kapcsolatos *common law* ítéletek jelentik, itt lényegében a *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabályának első fordulata szerinti, az esetjogban a szokásos károkat tekintve kialakult esettípusokat kodifikálták szerződésszegés-típusok szerint.²⁵ A *Sale of Goods Act* 54. cikke²⁶ pedig kimondja, hogy a törvény rendelkezései nem érintik az eladó és a vevő azon jogát, hogy követelje „különös” kárainak (*special damages*) vagy a kamatoknak megtérítését, ha azok egyébként megtérítendőek lennének.²⁷

Az angol *common law*-ban a *Hadley v. Baxendale*-ítélet szokásos és szokatlan károkra vonatkozó szabálya kapcsán általánosan alkalmazott a *general damages* és *special damages* megkülönböztetés. Ezeket egymással szinonim értelemben használják, a szokásos és a szokatlan károk közötti különbségtételt megfeleltetik a *general*, illetve *special damages* közötti megkülönböztetésnek. Ez utóbbi fogalompár perjogi kategória, a *special damages* a kár bizonyítása szempontjából arra utal, hogy az ilyen károk követelésére különös szabályok vonatkoznak.²⁸ E fogalompárok helyes értelmezéséhez hozzá kell tenni azt is, hogy a *common law*-ban a *damages* kifejezést egyszerre használják *kártérítés* értelemben, illetve *károk* értelemben a *damage* kifejezés többes számaként és a *loss* szinonimájaként; bár kétségtelen, hogy a *loss* kifejezést gyakrabban alkalmazzák a *kár* megjelölésére.²⁹

Az összehasonlító jogirodalom is egyértelműen az angol *common law*-hoz köti a *general damages* és *special damages* közötti különbségtételt.³⁰ A *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabályával összefüggésben azonban a *consequential*

²⁵ BEALE (3. lj.). Lásd *Sale of Goods Act 1979* 50 cikk (2) bek.-ét, illetve az 51. cikk (2) bek.-ét, az 50. cikk (3) bek.-ét, illetve az 51. cikk (3) bek.-ét.

²⁶ „E törvény rendelkezései nem érintik a vevő vagy az eladó azon jogát, hogy követelje azokat a kamatokat vagy különös károkat (*special damages*), amelyek követelhetőek (a *common law* alapján), vagy visszakövetelje az általa megfizetett pénzszolgáltatást, ha ellenszolgáltatást érte nem kapott.”

²⁷ Ebben a rendszerben is tárgyalja a megtérítendő károk kérdését: Paul SIEGHART: *Chalmer's Sale of Goods Act 1893* (London: Butterworths ¹³1957) 147–164.

²⁸ A szokásos és a szokatlan kár közötti különbségtételt az angol *common law*-ban úgy írják le, mint a *general* és a *special* közötti különbséget. Lásd *Monarch Steamship Company Ltd v. A/B Karlshamns Oljefabriker and Others*, House of Lords, Lord Wright [1949] 1 All ER 1 at 12–13. Hasonlóan: *Kpohraror v. Woolwich Building Society*, Court of Appeal, Evans LJ [1996] 4 All ER 119 at 122. Lásd még: Charles T. McCORMICK: „The Contemplation Rule as a Limitation upon Damages for Breach of Contract” *Minnesota Law Review* 1935/5. MCGREGOR (20. lj.) 19; BEALE (3. lj.) 1601–1602.

²⁹ Az angol és az amerikai *common law* kapcsán számos ítélet, illetve jogirodalmi munka áttekintése alapján jutottam erre a megállapításra.

³⁰ Detlef KÖNIG: „Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung – zu Art. 82, 86, 87 EKG” in Hans G. LESER – Marschall von BIEBERSTEIN (szerk.): *Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht. Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst v. Caemmerer* (Karlsruhe: C. F. Müller 1973) 85. Reinhard ZIMMERMANN: *The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Traditions* (Deventer – Boston: Kluwer Law 1992) 830, 833.

loss terminológia is ismert az angol *common law*-ban. A *consequential loss* alatt itt a *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabályának második fordulata alapján megítélhető károkat értik, tehát az úgynevezett szokatlan károkat.³¹ Az amerikai *common law*-ban a szokatlan károkra egyértelműen szinonim értelemben használják a *special damages* és a *consequential damages* kifejezéseket. A joggyakorlat szerint – az angol *common law*-hoz hasonlóan – a *general damages* bármennyire nem várt nagyságú, megtérítendő, a *consequential damages* megtérítése azonban korlátozott.³² Az angol *common law*-ban – ahogy erre fent már utaltam – a *general* és *special damages* megkülönböztetés a kár bizonyítása szempontjából lényeges (a *special damages* követelésére ugyanis különös szabályok vonatkoznak). Farnsworth szerint ezért is szerencsésebb anyagi jogi szempontból a *direct* és *consequential loss*ról beszélni,³³ az USA-ban jellemzőbb is ennek a fogalompárnak a használata.³⁴ A terminológiának jelentősége itt azért is van, mert a joggazdaságtani irodalom Richard A. Posner óta a *Hadley*-szabályt az információs aszimmetria modellben a *consequential damages*re vonatkoztatottan elemzi, ahol a *consequential damages* a szokatlan károkat jelenti.³⁵

Az irodalom ismeretében a *consequential loss*-sal mint szokatlan kárral kapcsolatban a következőket szükséges megjegyezni.

A *consequential loss* mint szokatlan kár tehát a szerződésszegés azon kárkövetkezménye, amellyel a közölt tények, és a rendelkezésre bocsátott információk alapján a szerződés megkötésének időpontjában ésszerűen számolható szerződésszegő, mert a másik szerződő fél a tudomására hozta a megkötendő szerződés sajátos természetével összefüggő körülményeket, tényeket és a szerződéshez fűződő elvárásait (másképpen, a szokásostól eltérő körülményeket).³⁶ A *common law* bíróságok ebben az értelemben nem alkalmaznak egységes elhatárolást a *direct/usual* és a *consequential/unusual loss* között; az a kár, ami *direct*nek besorolt egy bizonyos típusú szerződés vonatkozásában, *consequential*nak minősített egy másik típusú szerződés vonatkozásában.³⁷

³¹ A *consequential loss* terminológia kapcsán utalni szükséges arra, hogy nem világos annak eredete, és megjelenésének ideje. A *consequential loss* kifejezést az előreláthatósági szabály ismertetése során egyes jogirodalmi munkák mellőzik, mások pedig éppen hogy alkalmazzák.

³² Peter SCHLECHTRIEM: „Voraussehbarkeit und Schutzzweck einer verletzten Pflicht” in Institute of Comparative Law (szerk.): *Law in East and West/Recht im Ost und West. Festschrift zum 30 jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universität* (Tokyo: Waseda University Press 1988) 510; KÖNIG (30. lj.) 100–103; Thomas A. DIAMOND – Howard FOSS: „Consequential Damages for Commercial Loss: An alternative to Hadley v. Baxendale” *Fordham Law Review* 1994/3. 668, 673; McCORMICK (28. lj.) 502; Sha-Shana N.L. CRICHTON: „Distinguishing Between Direct and Consequential Damages Under New York Law in Breach of Service Contract Cases” *Howard Law Journal* 2002/3. 597–599.

³³ E. Allan FARNSWORTH: „Contractual Breach” *Columbia Law Review* 1970/7. 1201; McCORMICK (28. lj.) 502.

³⁴ CRICHTON (32. lj.) 597; 2. lj.

³⁵ POSNER (5. lj.) 126–128.

³⁶ Lásd pl. DIAMOND–FOSS (32. lj.) 668, 673; EISENBERG (12. lj.) 565.

³⁷ Lásd pl. CRICHTON (32. lj.) 599–600, 602; Richard EPSTEIN: „Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract” *Journal of Legal Studies* 1989/1. 111, vagy a *McGregor on Damages*, *Chitty on Contracts*, illetve *Benjamin’s Sale of Goods* tankönyveket.

Burrows utal arra, hogy a *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabálya első és második fordulata közötti különbségtételnek jelentősége van az *indirect* vagy *consequential loss*ot kizáró szerződési kikötések szempontjából is. Az ilyen kikötések értelmezésére az angol *common law* bíróságok lefektették, hogy a *direct* és a *consequential/indirect loss* közötti különbségtételnél követni kell a *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabályának első és második fordulata közötti megkülönböztetést.³⁸ Az angol *McGregor on Damages*, a *Chitty on Contracts*, illetve a *Benjamin's Sale of Goods*-kommentárokban az egyes szerződésszegési tényállások kapcsán kimunkált lehetséges kártérítési igények bemutatásából kiderül, hogy az elmaradt haszon típusú kár a felek tudomásától, a szolgáltatás természetétől függően minősülhet akár szokásos, akár szokatlan kárnak is. Ebből következően az *indirect* vagy *consequential loss*ot kizáró szerződési kikötések tehát nem eredményezik mindenképpen az elmaradt haszon megfizetése alóli mentesülést is.³⁹

Epstein rámutat a *consequential loss*-sal kapcsolatban arra is, hogy annak bekövetkezése tipikusan nemcsak a szerződésszegő magatartására vezethető vissza, hanem általában függ más tényezőktől (illetve azoknak különböző módon megvalósuló kombinációitól) is, amelyek közül néhány épp a károsult kontrollja alatt áll.⁴⁰

Eisenberg szerint a kötelezett valójában nem a *consequential loss*ról akar tudomást szerezni, hanem arról, hogy a jogosultnak az átlagost meghaladó kára bekövetkezik-e. A *direct damages* (tehát a szokásos kár) nagysága pedig ugyanúgy lehet az átlagot meghaladó, a *consequential loss* mértéke pedig van, hogy igen csekély. Kritikaként fogalmazza meg Eisenberg a *Hadley*-szabállyal kapcsolatban azt is, hogy ha a kötelezett (eladó) tisztában is van egy bizonyos típusú kár bekövetkezésével, a jogosultnak (vevőnek) nem kell tájékoztatást adnia arról, hogy milyen nagyságú lehet ez a bekövetkező kár.⁴¹

A fentiek alapján levonható a következtetés, hogy a *consequential loss* nem egy kárfajta (nem a kárfogalom tipizálásának eredménye), hanem alatta a *common law* a szerződésszegés szokatlan kárkövetkezményeit érti. E szokatlan kárkövetkezmények pedig vagy megtérítendőek lesznek, mert előreláthatóak, ugyanis valószínű bekövetkezésükkel a szerződésszegő a szerződés megkötésekor számolhatott a tudomására hozott tények és körülmények alapján mint *reasonable man* vagy nem lesznek megtérítendőek, mert nem voltak előreláthatóak.

Hozzá kell tenni ugyanakkor, hogy a *consequential loss*nak még további legalább öt jelentése ismert a *common law*-ban. Harvey McGregor a *normal damages*szel összefüggésben olyan értelemben használja, hogy a szolgáltatás értékén (*normal damages*) felül minden más kár *consequential loss*nak minősül, amely amennyi-

³⁸ BURROWS (20. lj.) 86–87. E megkülönböztetés kapcsán további kérdéseket vet fel, hogy az *indirect*, illetve *consequential loss* – tehát a közvetett és a *következménykár* – terminológiát miért használja szinonim értelemben Burrows. A a jogirodalomban többen kritikával illetik azt, hogy a *direct* és a *consequential/indirect loss* közötti különbségtételnél követni kellene a *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabályának első és második fordulata közötti megkülönböztetést.

³⁹ A joggyakorlatból példa erre: www.herbertsmithfreehills.com/~media/HS/T30091146%202.pdf.

⁴⁰ EPSTEIN (37. lj.) 114.

⁴¹ EISENBERG (12. lj.) 600.

ben – az adott tényállás keretei között – szokásos kár, akkor a *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabályának első fordulata alapján minősül, ha nem, akkor azonban szokatlan kárként a második fordulat alapján kell döntenie a megtéríthetőségéről.⁴² A *Uniform Commercial Code*-ban megjelenik továbbá az *incidental damages*⁴³ (a szerződésszegés okán felmerülő járulékos költségek⁴⁴) és *consequential damages*⁴⁵ fogalom pár is, ez utóbbi fogalmát a UCC azonban lényegében nem határozza meg.⁴⁶ Treitel utal arra, hogy a *consequential loss* alatt gyakran elmaradt hasznot értenek⁴⁷, az általa követett terminológia szerint *consequential loss* azonban a szerződésszegés következtében bekövetkezett személyi sérülés vagy dologi kár (*damage to property*).⁴⁸ Az amerikai jogirodalom alaposabb elemzése alapján kitűnik, hogy a *consequential loss* a gyakorlatban olyan értelemben is használatos mint előreláthatatlan szokatlan kár (megkülönböztetve azoktól a szokatlan károktól, amelyek előreláthatóak, s ezért a *Hadley v. Baxendale*-ítéletbe foglalt szabály második fordulata alapján megtérítendőek lesznek).⁴⁹ Osztom Corbin álláspontját, aki épp a terminológiai zavarok elkerülése érdekében tett javaslatot a *consequential damages* megjelölés elhagyására. A *Restatement (Second) of Contract* megszövegezői követték is Corbin e javaslatát, s a *Restatement (Second) of Contract* előreláthatósági szabályát az angol *common law* hagyományos terminológiájával fogalmazták meg, és kihagyták a 351. §-ból a *consequential damages* kifejezést.⁵⁰

Mindezek alapján jól látható, hogy a *consequential loss* egy bizonytalan tartalmú jogi fogalom a *common law*-ban. Világos azonban, hogy Richard A. Posner óta a joggazdaságtan a Hadley-szabály információs aszimmetria modelljében a *consequential damages* alatt a szokatlan károkkal kapcsolatos kockázat-megosztási kérdéseket elemzi.

⁴² Meg kell jegyezni, hogy bár McGregor az egész textbookot e megkülönböztetés mentén építi fel, némi ellentmondásra lehetünk figyelmesek a Bevezető fejezet terminológiai fejtegetései kapcsán, itt ugyanis egy mondatban épp a szokásos-szokatlan kár értelemben használja a *consequential loss*-ot („A *normal loss* az a kár, amelyet minden hasonló helyzetben lévő felperes elszenved, *consequential loss* pedig az a kár, amely az adott felperest a sajátos körülményei okán éri.”). Lásd MCGREGOR 2003 (28. l.) 23.

⁴³ Lásd a UCC 2-710. §-át (*Seller's Incidental Damages*) és 2-715. §-át (*Buyer's Incidental and Consequential Damages*).

⁴⁴ Ezt alkalmazza pl. Günter H. TREITEL: *The Law of Contract* (London: Sweet and Maxwell 1991) 835; PEEL (24. l.) 1009.

⁴⁵ Lásd a UCC 2-715. §-át (*Buyer's Incidental and Consequential Damages*): „Az eladó szerződésszegéséből eredő következménykárok magukba foglalják az a) pont szerint mindazokat a károkat, amelyek az olyan általános vagy egyedi körülményekből és szükségletből fakadnak, amelyekről az eladónak a szerződés megkötésekor ésszerűen tudnia kellett, és amelyek sem fedezeti vétellel sem más módon ésszerűen nem voltak elháríthatóak, a b) pont szerint pedig a megvett dolog hibájából eredően a vevő személylen vagy vagyonában bekövetkezett károk.”

⁴⁶ Lásd részletesen az *incidental* és *consequential damages*szel kapcsolatban: Roy Ryden ANDERSON: „Incidental and Consequential Damages” *Journal of Law and Commerce* 1987/2. 327.

⁴⁷ Ezt a terminológiát viszi tovább: PEEL (24. l.) 1005.

⁴⁸ TREITEL (44. l.) 835.

⁴⁹ Paul S. TURNER: „Consequential Damages: Hadley v. Baxendale under the Uniform Commercial Code” *S. M. U. Law Review* 2001/2. 655, 660–662.

⁵⁰ TURNER (49. l.) 655, 663.

2.1.2. AZ ELŐRELÁTHATÓSÁGI KORLÁT ÉS EGYÉB „KORREKCIÓS ESZKÖZÖK”

A *common law*-ban az előreláthatósági szabály tehát egy olyan diszpozitív szabály, amely akkor alkalmazandó, ha a felek kifejezett szerződési kikötéssel nem állapodtak meg szerződésszegés esetére a megtérítendő károk összegéről, illetve ha szerződésértelmezés útján nem állapítható meg a felek erre vonatkozó hallgatólagos megállapodása sem. Az előreláthatóság szabálya kapcsán állandóan hivatkozott tétel a *common law*-ban, hogy a szokásos károk mindig megtérítendőek, azok tulajdonképpen *per se* előrelátható károk, míg a szokatlan károk csak akkor, ha előreláthatóak. Az esetjog és azt feldolgozó irodalom azonban nem egészen erről tanúskodik, hanem arról, hogy az előreláthatósági korlát alkalmazása során (azt követően) még más, további teszt, elv is felhívható a megtérítendő károk mértékének korlátozása érdekében. Vannak ugyanis olyan ítéletek, amelyekből az tűnik ki, hogy az előreláthatósági szabály alkalmazása során a bíróság olykor „korrigálni akar”.

Az esetjogban kevés olyan ítéletet találunk, ahol a *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabályának második fordulata alapján sikeresen perelt volna a jogosult. A *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabályának második fordulatával kapcsolatos esetek azt mutatják, hogy a károknak az előreláthatósági szabály szerinti előreláthatósága nem minden esetben elegendő a károk megtérítéséhez. Másképpen fogalmazva: pusztán az a tény, hogy tájékoztatjuk a másik szerződő felet a megkötendő szerződéssel kapcsolatban bizonyos körülményekről, nem eredményezi feltétlenül azt, hogy a szerződésszegő ezek ismeretében helytállni is tartozik a szerződésszegéssel okozott szokatlan károkért. A joggyakorlat azt mutatja, hogy ennél több kell „valamivel” ahhoz, hogy a károk megtérítéséért helytállni is tartozzon a szerződésszegő.⁵¹ Az irodalom ezen „valamit” tekintve az esetjog alapján abból indul ki, hogy ilyenkor a bíró vagy arra keresi a választ, hogy a szerződésszegő hallgatólagosan felelősséget vállalt-e a kérdéses károkért, vagy a bíró az előreláthatósági szabály alkalmazása során az igazságos döntés érdekében arra kérdez rá, hogy ésszerű-e megállapítani a szerződésszegő felelősségét a kérdéses kárt tekintve.⁵²

A *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabályának második fordulatával kapcsolatban a 19. század második felében alakult ki a szerződő feleknek a kockázatok elosztására vonatkozó hallgatólagos megállapodását megkövetelő elmélete (*implied undertaking*, illetve *tacit assumption of risk*), mely az angol jogban Willes bíró, az amerikai jogban Holmes bíró nevéhez fűződik. Az elmélet szerint a pusztán tájékoztatás nem elegendő, a szokatlan kárt csak akkor köteles megtéríteni a szerződésszegő, ha a felek hallgatólagosan megállapodtak a különös kockázat következtében felmerülő kár megtérítéséről. Az elmélet ilyen tartalommal ma már nem

⁵¹ Lásd erről részletesebben az angol *common law* bíróságok gyakorlata kapcsán: CSÖNDES (23 lj.) 103–120.

⁵² ROBERTSON (6. lj.) 181. Andrew TETTENBORN: „Hadley v. Baxendale Foreseeability: a Principle Beyond its Sell-by Date?” *Journal of Contract Law* 2007/1–2. 125–126.

él a bírói gyakorlatban, az olyan szabállyá szelidült, amely szerint az ilyen károk megtérítésre kötelezéséhez elegendő az, ha a szerződő fél láthatóan elfogadta a szerződés sajátos természetével együtt járó károk bekövetkezésének kockázatát.⁵³ Az esetjog alapján arra lehet következtetni, hogy nem állapítható meg a felelősség a szokatlan károkért, ha egyrészt az eset összes körülményéből világos, hogy a szerződésszegő – a károsult tudomása szerint – nem vállalta a szokatlan károk bekövetkezésének kockázatát, vagy másrészt a szerződésszegővel hasonló helyzetben lévő, ésszerűen és gondosan eljáró személy a szerződés sajátos természetével összefüggő körülmények, tények ismerete ellenére sem kívánta volna a szokatlan károk bekövetkezésének kockázatát vállalni.⁵⁴ Az, hogy a kötelezett hallgatólágonosan felelősséget vállalt-e a kérdéses károkért, valójában már túlmutat az előreláthatóság diszpozitív szabályként történő alkalmazásán, az már szerződésértelmezési kérdés. Épp ezt illeti kritikával Robertson, amikor azt hangsúlyozza, hogy a *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabályának második fordulata nem alkalmas arra, hogy feltárjuk vele a szerződő felek akaratát. Diszpozitív szabályként szerepe ugyanis az (kellene, hogy legyen), hogy segítségével a bíróságok valamilyen szerződő félre telepítsék azt a kockázatot, amely kockázatot a felek nem osztottak meg.⁵⁵

Az előreláthatósági szabály alkalmazásakor hagyományosan továbbá abból indul ki a *common law*, hogy a szokásos károkat mint *per se* előrelátható károkat a szerződésszegő mindig megtéríteni tartozik. Az *Achilles-ügy*⁵⁶ óta azonban már ez a tétel sem áll olyan szilárdan. Lord Hoffmann ítéletében éppen amellett foglalt állást, hogy megkérdőjelezhető a szokásos károkért való helytállási kötelezettség abban az esetben, ha a szerződés egészének – beleértve a szerződés gazdasági háttérének és környezetének – az értelmezése során megállapítható, hogy nem ez volt a felek feltételezett szándéka.⁵⁷ Az adott tényálláshoz kapcsolódóan, de lényegében azt mondta, hogy attól mert a kár előrelátható, még nem biztos, hogy helytállni tartozik érte a szerződésszegő. Lord Hoffmann ítéletében arra biztat, hogy a bíró vizsgálja a felek szerződésben nem kifejezett, tehát hallgatólagos szándékát. Nem kétséges ugyanis, hogy az előreláthatósági szabály alkalmazható az esetek nagy többségében, de nem olyankor, amikor az eset körülményei vagy az adott piaci szegmens általános gyakorlata azt mutatja, hogy ésszerűen inkább az feltételezhető, a szerződésszegő fél nem vállalt felelősséget bizonyos károk bekövetkezé-

⁵³ EPSTEIN (37. lj.) 123, 125; CSÖNDES (23 lj.) 110–118.

⁵⁴ BEALE (3. lj.) 1634–1636, 1661–1663; ROBERTSON (6. lj.) 172, 185–186, 188; CSÖNDES (23 lj.) 110–118.

⁵⁵ Robertson tanulmányában az ezt az értelmezést támogató irodalom kritikáját adja: ROBERTSON (6. lj.) 196.

⁵⁶ BEALE (3. lj.) 1660–1661; *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc* House of Lords [2008] UKHL 48, Lord Hope p 31, 35, 36, *Robertson Quay Investment Pte Ltd v. Steen Consultants Pte Ltd* [2008] 2 S.L.R.(R.) 623; *MFM Restaurants* [2010] SGCA 36 [140]. Hivatkozza: Yi-han GOH: „Explaining Contractual Remoteness” *Singapore Journal of Business Law* 2011/3. 282–283.

⁵⁷ BEALE (3. lj.) 1660–1661.

séért.⁵⁸ A szokatlan károkhoz hasonlóan, a szokásos károkat tekintve is megkezdődött tehát egy olyan gondolkodás, amely az előreláthatósági korlát mint diszpozitív szabály alkalmazása során – ha indokát látja – egy további „tesztet” (*assumption of responsibility*) is felhív a megtérítendő károk mértékének korlátozására.⁵⁹

Az esetjogban az előreláthatósági szabály alkalmazása során alkalmazott másik ilyen „korrekciós eszköz” az igazságos döntés követelményére történő hivatkozás: a bíróságok olykor úgy alkalmazzák az előreláthatósági szabályt, hogy igazságos döntést hozhassanak. *The Second Restatement of Contracts* (1981) 351. § (3) bekezdése szerint az előrelátható kár nem térítendő meg minden esetben; a bíróság korlátozhatja annak mértékét, ha arra a következtetésre jut, hogy a körülmények, az igazságosság (méltányosság) így kívánja az aránytalan kompenzáció elkerülése érdekében.⁶⁰ Robertson az ausztrál esetjog alapján utal arra, hogy a bírók az igazságosságot gyakran hívják fel annak igazolására, hogy a kérdéses kár megtérítendő vagy nem. Sőt, van olyan ítélet, amely kifejezetten úgy foglal állást, hogy a kártérítés mértékének meghatározásánál az előreláthatóságból kell kiindulni, de korrigálni kell azt, ha az így megállapított kártérítés felborítaná a szerződő felek közötti egyensúlyt. Robertson szerint azonban nemigen van hatással az esetekre ez az igazságossági követelmény; a bíróságok valójában mindig magával az előreláthatósággal dolgoznak. Robertson megállapítja, hogy az előreláthatóság amúgy is egy rugalmas szabály, amely kapcsán valójában a kulcskérdés az ésszerűség mércéje.⁶¹

Robertson azon az állásponton van, hogy az előreláthatóságnak mint a fenti értelemben használt „diszpozitív szabálynak” a kockázatok igazságos elosztását kell szolgálnia, a cél pedig nem az, hogy feltárjuk vele a feleknek a kockázatok elosztására vonatkozó hallgatolagos megállapodását.⁶² Az előreláthatósági szabály igazságossága nem azon alapul, hogy a szerződésszegő felelősséget vállalt-e az adott károk bekövetkezésének kockázatáért, hanem hogy a szerződésszegő félnek ésszerű lehetősége volt-e arra, hogy számba vegye a szerződéssel járó kockázatokat, és hogy azok elkerülése érdekében intézkedéseket tegyen.⁶³ Az előreláthatósági szabály alkalmazásával kapcsolatban Robertson is arra jut, hogy igazságos, ésszerű és méltányos döntést kell hozni abban a kérdésben, hogy a szerződésszegőt a károk

⁵⁸ *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc* House of Lords [2008] UKHL 48, Lord Hoffmann p 9, 11.

⁵⁹ Beale a *Chitty on Contracts*-ban részletesen vizsgálja a *contemplation rule* és az *assumption of liability* egymáshoz való viszonyát. BEALE (3. lj.) 1626–1627, 1660–1666. Lásd erről részletesebben: CSÖNDES Mónika: „Az »Achilleas«-ügy Achilles-sarka – a Transfield Shipping Inc of Panama v. Mercator Shipping Inc of Monrovia (The »Achilleas«) ítélet hatása az angol szerződési jog előreláthatósági szabályára” in FUGLINSZKY Ádám – KLÁRA Annamária (szerk.): *Európai jogi kultúra. Megújulás és hagyomány a magyar civilizációban* (Budapest: ELTE Eötvös Kiadó 2012) 219–240.

⁶⁰ ROBERTSON (6. lj.) 185–186, 188.

⁶¹ ROBERTSON (6. lj.) 189–191.

⁶² Vö. „A Javaslat szerződési jogának vezérmotívuma az, hogy a szerződés a felek kölcsönös kockázatvállalásával jár, és a magánjog szabályainak a kockázatok minimalizálását és igazságos elosztását kell szolgálniuk, éspedig a szerződéskötés stádiumától kezdve egészen a teljesítés vagy a szerződésszegés szakaszáig”. Lásd VÉKÁS (6. lj.) 272.

⁶³ ROBERTSON (6. lj.) 172.

megtérítésére kell-e kötelezni.⁶⁴ Tanulmányában felsorakoztatja azokat a lehetséges tényezőket, szempontokat, amelyek segíthetik a bírót abban, hogyan telepítse a bekövetkezett károk kockázatát igazságosan a felekre. Ezek a következők: a szerződésszegő vétkessége, a szerződésszegéssel okozott hátrány és a szerződésszegőnél jelentkező előny közötti aránytalanság, a kereskedelmi gyakorlat és a biztosítás kötésének ésszerű lehetősége, illetve az, hogy volt-e a szerződésszegőnek valós lehetősége arra, hogy a felelősségét korlátozza.⁶⁵

Összegzésként, a joggazdaságtan azt teszi fel, hogy a Hadley-szabály diszpozitív szabály. A *common law* esetjoga azonban ennél összetettebb képet mutat a gyakorlatban élő előreláthatósági szabályról. Annak a kérdésnek az eldöntésében, hogy az előreláthatósági szabály mint „diszpozitív szabály” alkalmazása során a bíróságok melyik szerződő félre telepítsék azt a kockázatot, amelyet a felek nem osztottak meg, hasznos módszertani segítséget nyújthatna a joggazdaságtan a szerződési jogot magyarázó modellek további finomításával.

2.2. AZ ELŐRELÁTHATÓSÁG ÉS A KONTINENTÁLIS JOG

Zimmermann, Ferrari, Perillo kutatási szerint a kár mértékére vonatkozó általános elvek nagyon hasonlóak a *common law*-ban és a *civil law*-ban. Ennek okát abban látják, hogy Pothier munkája jelentette az alapot a modern *civil law*, illetve a *common law* kártérítési jogi elveinek kidolgozásához.⁶⁶ Pothier munkásságával nagy hatást gyakorolt a *common law* szerződési jogára, a *common law* szerződési jogának általános része és az adásvétel szabályai nagy részben Pothier kötelmi jogi és adásvételi tárgyú írásain alapulnak.⁶⁷

Az előreláthatóság elvét, amely később a *Code Civil* szabályává (1150. cikk) is vált, Pothier munkálta ki a *Traité des obligations* című munkájában. Az előreláthatóság elve a francia *Code Civil* mellett kodifikált szabály lett más kontinentális jogrendszerekben is, mint például az olasz jogban (*Codice civile* 1225. cikke), illetve a spanyol jogban (*Código civil* 1107. cikk). A *Code Civil* 1150. cikke úgy rendelkezik, hogy az adós csak azokért a károkért tartozik helytállni, amelyeket előrelátott, vagy amelyeket előreláthatott volna a szerződés megkötésekor, kivéve, ha a szerződésszegést szándékos magatartásával okozta. Az 1150. cikk azonban csak az 1151. cikkel együtt ad teljes képet a kártérítés korlátozásáról. Az 1151. cikk szerint a megtérítendő károk – beleértve a tényleges kárt és az elmaradt hasznot is – még szándékos szerződésszegés esetén is csak a szerződésszegés azonnali és közvetlen (*immédiate et directe*) kárkövetkezményei lehetnek. Az indoklás szerint

⁶⁴ ROBERTSON (6. lj.) 188–189.

⁶⁵ ROBERTSON (6. lj.) 192–195.

⁶⁶ Franco FERRARI: „Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law” *Louisiana Law Review* 1993/4. 1269; Joseph M. PERILLO: „UNIDROIT Principles” *Fordham Law Review* 1994/4. 281, 304; ZIMMERMANN (30. lj.) 817–833.

⁶⁷ Joseph M. PERILLO: „Robert J. Pothier’s Influence on the Common Law of Contract” *Texas Wesleyan Law Review* 2005/2. 269–270.

ésszerűtlen lenne a szerződésszegőt a szerződésszegés minden – akár milyen távoli – következményéért felelősségre vonni, még akkor is, ha vétkes magatartásával okozta a kárt.⁶⁸ A francia jogban az előreláthatóság mellett (1150. cikk) tehát a jogi okozatosság mindig szerepet játszik a kártérítés korlátozásában (1150. cikk) szerződésszegés esetén.⁶⁹ Sőt, igen meghatározót, ugyanis az előreláthatósági szabály alkalmazási gyakorisága a bírói gyakorlatban anyagi és eljárásjogi okokból kevésbé jelentős.⁷⁰

A *common law*-ra koncentráló joggazdaságtani irodalom a kontinentális jogrendszerek előreláthatósági szabályát nem is tárgyalja. A joggazdaságtannak egy a francia *Code Civil* szabályozását leképező modell esetleges felállításakor figyelemmel kellene lennie egyrészt arra, hogy a megtérítendő károk mértékének korlátját nemcsak az előreláthatósági korlát jelenti, hanem az azonnali és közvetlen (*immédiate et directe*) kárkövetkezmények (jogi okozatossági) követelménye, másrészt arra, hogy szándékos szerződésszegés esetén az előreláthatósági korlát nem alkalmazandó, vagyis ilyenkor a megtérítendő károk korlátjaként csak az azonnali és közvetlen (*immédiate et directe*) kárkövetkezmények (jogi okozatossági) követelménye szolgál.

2.3. AZ ELŐRELÁTHATÓSÁG ÉS AZ EGYEZMÉNYES ADÁSVÉTELI JOG

A *Bécsi Vételi Egyezmény* 74. cikkének előreláthatósági szabálya⁷¹ – és a többi nemzetközi és európai jogegységesítő dokumentumé is⁷² – tételes jogi értelemben különbözik az angol *common law* előreláthatósági szabályától. E dokumentumok *Kártérítés* címet viselő fejezeteiben az előreláthatóság szabálya önállóan nevesített kártérítési tényállásokkal kombinálódik. Az előreláthatósági korlát szabályától elkülönülő kártérítési szabályok a következőkre tartalmaznak rendelkezéseket, meghatározva egyúttal alkalmazásuk feltételeit is: fedezeti szerződés (helyettesítő ügylet), illetve fedezeti szerződés hiányában a szerződési ár és a piaci ár közötti különbözet szabálya (ezek a típusú károk szokásos kárként érvényesíthetők az angol *common law* gyakorlata szerint). Az egyezményes adásvételi jogban (vala-

⁶⁸ Ole LANDO: „Foreseeability and Remoteness of Damages in Contract in the DCFR” *European Review of Private Law* 2009/4. 620, 638–639.

⁶⁹ LANDO (68. lj.) 622; TREITEL (24. lj.) 150, 167.

⁷⁰ Lásd a *Code Civil* 1150–1151. cikkeit, továbbá: FAUST (13. lj.) 104–109; VÉKÁS Lajos: „Előreláthatósági klauzula szerződésszegésből eredő kártérítési igényeknél” *Magyar Jog* 2002/9. 516.

⁷¹ A *Hágai Vételi Egyezménynek* (az Áruk Nemzetközi Adásvételéről Szóló Egységes Törvény, 1964) már az első tervezete tartalmazta az előreláthatósági szabályt (1935). A *Hágai Vételi Egyezmény* előreláthatósági szabályának a kidolgozásakor az angol *common law* szabályára támaszkodtak. A Donaldson-jelentésben javasolt előreláthatósági szabály megfogalmazása során azonban már eltértek a *Hadley v. Baxendale*-ítélettől, és a *Victoria Laundry*-ítéletben újrafogalmazott előreláthatósági szabály alapján szövegezték meg a tervezetet. Brit javaslatra ezt a tervezetet 1964-ben a konferencia alatt felvették az egyezmény szövegébe. Lásd KÖNIG (30. lj.) 124–125.

⁷² Lásd az Európai Szerződési Jog Alapelveit (PECL), az UNIDROIT Alapelveket, a Közös Hivatkozási Rendszer tervezetét (DCRF), valamint az Európai Parlament és a Tanács közös európai adásvételi jogról szóló rendelet-javaslatát (CESL).

mint a nemzetközi és európai jogegységesítő dokumentumokban) ezekre nem vonatkozik az előreláthatóság szabálya.

Az egyes jogegységesítő dokumentumokban az előreláthatóság szabálya, a fedezeti szerződés szabálya és annak hiányában a piaci ár szabálya közötti összefüggés ugyanúgy jelentkezik. Ha a jogosult fedezeti ügyletet kötött, akkor annak szabálya alapján kell a kárát kiszámítani, ha nem kötött, akkor a piaci ár szabálya szerint, ha az árunak van piaci ára; piaci ár hiányában azonban az előreláthatóság szabálya az alkalmazandó. A jogosult egyéb kárait mindig az előreláthatóság szabálya alapján állapítják meg.⁷³

Az egyezményes adásvételi jogban (valamint a nemzetközi és európai jogegységesítő dokumentumokban) az előreláthatósági korlát alkalmazási köre tehát szűkebb, az a fenti önállóan nevesített kártérítési tényállások (kártípus) esetében ugyanis nem alkalmazandó. A joggazdaságtannak a modellalkotás során figyelmet kell fordítani az olyan szabályozási megoldásra, amikor bizonyos kártípusok kikerülnek az előreláthatósági szabály alkalmazási köréből.

Érdemes itt még utalni arra is, hogy bár szövegszerűen a *consequential loss* kifejezést a *Bécsi Vételi Egyezmény* 74. cikke nem tartalmazza, a *consequential loss*, illetve a *Folgeschaden* az egyezményes anyagi adásvételi jog kommentárirodalmában is bevett terminológia. A *consequential loss*nak egységes definíciója nem ismert, jellemzően a szerződésszegés következtében a jogosult személyében és vagyonában keletkezett károkat értik alatta, de az elmaradt haszon típusú károkra is alkalmazzák e megjelölést.⁷⁴ A Sándor Tamás – Vékás Lajos kommentár – a külföldi kommentárirodalom alapján – azokat a károkat tekinti *következménykároknak*, amelyek a szerződésszegés következtében a jogosult személyében és vagyonában keletkeznek.⁷⁵

2.4. AZ ELŐRELÁTHATÓSÁGI KORLÁT ÉS A POLGÁRI TÖRVÉNYKÖNYVÜNK

A Ptk. előreláthatósági szabályához kodifikációs modellként az *áruk nemzetközi adásvételéről* szóló, Magyarországon az 1987. évi 20. sz. törvényerejű rendelettel kihirdetett és 1988. január 1-jétől hatályban lévő *Bécsi Vételi Egyezmény* 74. cikke szolgált. A Ptk. ugyan a teljes kártérítés elvéből indul ki, de az előreláthatósági korlát kodifikálásával korlátozza a megtérítendő károk mértékét [6:143 § (2) bekezdés]:

„A szerződésszegés következményeként a jogosult vagyonában keletkezett egyéb károkat és az elmaradt vagyoni előnyt olyan mértékben kell megtéríteni, amilyen

⁷³ Vö. SÁNDOR Tamás – VÉKÁS Lajos: *Nemzetközi adásvétel. A Bécsi Egyezmény kommentárja* (Budapest: HVG-ORAC 2005) 446–447, 452.

⁷⁴ Lásd erről a 74. cikk keletkezéstörténetét: cisgw3.law.pace.edu/cisgw/text/e-text-74.html 2014.

⁷⁵ SÁNDOR–VÉKÁS (73. lj.) 436, 442.

mértékben a jogosult bizonyítja, hogy a kár mint a szerződésszegés lehetséges következménye a szerződés megkötésének időpontjában előre látható volt.”

A törvény tehát a *jogosult vagyonában keletkezett egyéb károk és az elmaradt vagyoni előny* megtérítendő mértékét a szerződéskötéskor előrelátható károokra korlátozza. Maga a miniszteri indoklás [588. oldal 7. c) pont] illeti a „jogosult egyéb vagyonában bekövetkezett kárt” következménykár⁷⁶ névvel. A törvénytövegeben tehát nem szerepel a következménykár *terminus technicus*. A miniszteri indoklás a következménykár fogalmát annyiban határozza meg, hogy azt a „tapadó kártól” (a szolgáltatás tárgyában bekövetkezett kártól) elkülöníti, és a „*jogosult egyéb vagyonában bekövetkezett kár*”-ként *definiálja*, úgy, hogy a következménykárt a kárkövetkezmények egyik, az elmaradt haszontól különböző fajtájának tekinti.⁷⁷ Megállapítható tehát, hogy a „*jogosult egyéb vagyonában bekövetkezett kár*” tartalmában nem egyezik a *common law* szokatlan kárkövetkezmények (*consequential loss*) fogalmával.

Az előreláthatósági korlát alkalmazási körének meghatározásakor abból kell kiindulni, hogy a Ptk. 6:143 § (3) bekezdése szerint „*szándékos szerződésszegés esetén a jogosult teljes kárát meg kell téríteni*”, azaz e körben nem érvényesül az előreláthatósági korlát. A törvényben továbbá az előreláthatósági korlát más, önállóan nevesített kártérítési tényállásokkal kombinálódik, ilyen a szolgáltatás tárgyában bekövetkezett kár szabálya [Ptk. 6:143 § (1) bekezdése],⁷⁸ illetve a fedezeti szerződés szabálya (Ptk. 6:141 §).⁷⁹ Ezekre pedig nem vonatkozik az előreláthatóság szabálya.

⁷⁶ A magyar jogi szaknyelvbe a *következménykár* a hibás teljesítés kapcsán a jogirodalom közvetítésével egyrészt a fogyasztási cikkek adásvételének és a kapcsolódó jótállásnak egyes vonatkozásairól szóló 1999/44/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv átültetésével összefüggésben, másrészt a német jog *Mangelfolgeschaden*jén keresztül került be. Korábban e kifejezés a hibás teljesítési joggyakorlatban nem volt jelen a magyar jogban, ugyanakkor az 1959. évi Ptk. 310. §-ához kapcsolódóan a hibás teljesítéssel okozott károk körében megtalálhatóak voltak az e kárfajtának megfelelő kártípusok, csak más elnevezéssel. A magyar bíróságok kezdetben nem illették külön elnevezéssel ezeket a típusú károkat, de jogalapjukban elkülönítették a hibás teljesítés következményeként a szolgáltatás tárgyában bekövetkezett vagyoni érdeksérelemtől, később a járulékos kár, illetve a többletkár kifejezések alkalmazása terjedt el. A *következménykár*, illetve *következményi kár* elnevezést az irányelv átültetése nyomán kezdte a jogirodalom, illetve a joggyakorlat használni. Lásd Csöndes Mónika: „A következménykárokról” in NOCHTA Tibor – FABÓ Tibor – MÁRTON Mária (szerk.): *Ünnepi tanulmányok Kecskés László professzor 60. születésnapja tiszteletére* (Pécs: PTE ÁJK 2013) 205–206.

⁷⁷ Lásd a miniszteri indoklást: „A törvény a szerződésszegési kártérítés körében is a teljes kártérítés elvéből indul ki. Ez azt jelenti, hogy a megtérítendő kár elvben mind a szolgáltatásban keletkezett kárt („tapadó kárt”), mind a jogosult egyéb vagyonában bekövetkezett kárt (következménykárt), mind pedig a jogosult elmaradt hasznát magában foglalja. Előreláthatósági klauzula felállításával korlátok közé szorítja ugyanakkor a törvény a megítélhető következménykárokat és az elmaradt jövedelmet (*lucrum cessans*).” A T/7971. sz. a Polgári Törvénykönyvről szóló törvényjavaslat szerződésszegési rendelkezéseire fűzött indoklás. 7. c) pont, 588.

⁷⁸ „Kártérítés címén meg kell téríteni a szolgáltatás tárgyában keletkezett kárt.”

⁷⁹ „A jogosult – elállása vagy azonnali hatályú felmondása esetén – a szerződéssel elérni kívánt cél megvalósítására alkalmas szerződést köthet, és – a kártérítés szabályai szerint – követelheti a kötelezettől a szerződésben és a fedezeti szerződésben kikötött ellenértékek közötti különbség, továbbá a fedezeti szerződés megkötéséből eredő költségek megtérítését.”

Az előreláthatósági korlát szabálya kapcsán a magyar jogirodalomba a *Bécsi Vételi Egyezmény* gyakorlata és kommentárirodalma mellé fokozatosan szűrődött be a *common law* esetjoga.⁸⁰ Az előreláthatósági korlát és az önállóan nevesített kártérítési tényállások szabályához kapcsolódó Ptk. kommentárirodalom a következő támpontokat adja a gyakorlati alkalmazáshoz. A szolgáltatás tárgyában bekövetkezett kár lehet például a hibás dolog értékcsökkenése és a kijavításra fordított költségek, késedelem esetén a szerződés tárgyát képező áru értékcsökkenése, ha a teljesítés lehetetlenül, akkor az az értékhiány, amivel a jogosult vagyona nem gyarapodott.⁸¹ A fedezeti szerződés szabálya szerint a jogosult – amennyiben fedezeti ügyletet köt – követelheti a kötelezettől a szerződésben és a fedezeti szerződésben kikötött ellenértékek közötti különbséget, továbbá a fedezeti szerződés megkötéséből eredő költségek megtérítését. Az előreláthatóság kártérítést korlátozó szerepe e nevesített kártérítési tényállásokon kívül érvényesül csak. Kiemelve néhány gyakori kártípust, a következők emlithetők meg: az elmaradt vagyoni előny (gyakori a továbbeladásból származó veszteségek, a termelésekieséssel összefüggő károk); a jogosult egyéb vagyontárgyainak sérelme, értékcsökkenése, ezek megjavítása; a jogosult személyében bekövetkezett sérülések miatt a jogosultat ért vagyoni károk; a kárelhárítás és kárenyhítés költségei (amennyiben nem a szerződés tárgyával kapcsolatban merülnek fel); az ún. felelősségi károk, tehát mindazon károk, amelyek megtérítésére a kötelezett szerződésszegésével okozati összefüggésben a jogosult a vele szerződéses kapcsolatban álló további jogosultakkal szemben (kontraktuális alapon) vagy akár kívülállókkal szemben, deliktuális alapon.⁸² E kártípusok esetében az eldöntendő kérdés tehát, hogy a szerződéskötés időpontjában előreláthatóak voltak-e. A *common law* gyakorlata alapján ez a kérdés pedig úgy válaszolható meg, hogy ha szokásos károk, akkor megtérítendő, ha szokatlan típusú károk, akkor csak abban az esetben, ha a közölt tények, és a rendelkezésre bocsátott információk alapján a szerződés megkötésének időpontjában ésszerűen számolható a szerződésszegő bekövetkezésükkal, mert a másik szerződő fél a tudomására hozta a megkötendő szerződés sajátos természetével összefüggő körülményeket, tényeket és a szerződéshez fűződő elvárásait. A károk szokásos vagy szokatlan jellege pedig egy adott piaci szegmensben, meghatározott szerződő felek között kötött, meghatározott típusú szerződés tartalmától, illetve gazdasági környezetétől függ.

⁸⁰ SÁNDOR–VÉKÁS (73. lj.) 433–467; VÉKÁS 2002 (70. lj.) 513–522; SZABÓ Sarolta: „A kártérítés mértékének kiszámítása a Bécsi Vételi Egyezmény szabályai alapján” *Külgazdaság Jogi Melléklet* 2009/1–2. 14; SZABÓ Sarolta: *A Bécsi Vételi Egyezmény, mint nemzetközi lingua franca – az egyetemes értelmezés és alkalmazás újabb irányai és eredményei. Doktori értekezés* (Budapest: 2009) 128–158; jak.ppke.hu/uploads/articles/12332/file/Szab%C3%B3%20Sarolta%20PhD.pdf; FUGLINSZKY 2010 (13. lj.) 288–306; FUGLINSZKY: (8. lj.) 412–425; CSÖNDES (23. lj.) 103–120; CSÖNDES (59. lj.) 219–240.

⁸¹ Összefoglalását adja: FUGLINSZKY Ádám: „A szerződésszegés” in WELLMANN György (szerk.): *Az új Ptk. magyarázata V/VI.* (Budapest: HVG–ORAC 2013) 240.

⁸² FUGLINSZKY (81. lj.) 240; SÁNDOR–VÉKÁS (73. lj.) 437–444.

3. JOGGAZDASÁGTANI VIZSGÁLATOK: A HADLEY-SZABÁLY ÉS AZ ELŐRELÁTHATÓSÁGI KORLÁT

3.1. A JOGGAZDASÁGTAN ÉS A MODELLALKOTÁS

3.1.1. A JOGGAZDASÁGTAN MINT MÓDSZERTAN

Az 1960-as évektől a jog gazdasági elemzése irányzatának megjelenésével alapvetően megváltozott a két tudományterület viszonya. Közgazdaságtani kutatások, elemzések kezdődtek meg a jogrendszer egészére kiterjedően. A jog gazdasági elemzése módszertanával újította meg a jogi gondolkodást. Coase *A társadalmi költség problémájáról* című, 1960-ban megjelent úttörő munkájában egy fontos módszertani különbségre világított rá a jog és a közgazdaságtan – sajátos tudományos alapállásából következő – kérdésfeltevéseinek különbözőségeit illetően. Ha *A* kárt okoz *B*-nek, akkor a hagyományos (jogi, méltányossági) megközelítés szerint a kérdés az, miképp lehetne *A*-t ettől visszatartani. Ez szerint helytelen megközelítés, mert itt egy kölcsönös jellegű problémával állunk szemben. A *B*-t érő kár elkerülése ugyanis *A*-nak okoz költségnövekedést. Lényegében a kérdés tehát az, hogy *A* okozhasson-e *költségnövekedést B*-nek, vagy *B A*-nak. A feladat valójában a nagyobb költségnövekedés elkerülése.⁸³ Szerződéses jogviszonyokban a kötelezettet a teljesítés és a szerződés megszegése közötti választásában befolyásolja az is, hogy mennyibe kerül neki a szerződés teljesítése, illetve nem teljesítése (megszegése). A szerződésszegéssel okozott károk kapcsán az eldöntendő kérdés tehát ennek megfelelően: a jogosult okozhasson-e *költségnövekedést* a kötelezettnek a teljesítés követelésével, ha a szerződésben vállalt kötelezettség teljesítése a kötelezettnek nagyobb költséggel jár, mint a szerződés megszegése, avagy a kötelezett okozhasson-e *költségnövekedést* a jogosultnak a szerződés megszegésével, megfosztva őt attól, hogy hozzájusson a szerződésben ígért szolgáltatáshoz?

A jog gazdasági elemzésének elterjedéséhez nagymértékben hozzájárult az, hogy a jogtudomány nem tudott önálló emberi viselkedési modellt felállítani.⁸⁴ Az irodalom szerint a jog gazdasági elemzése irányzatának érdeme, hogy rámutatott arra, a közgazdaságtan segíthet annak megvilágításában, hogy hogyan hatnak a jogszabályok, azok változásai a társadalom tagjaira.⁸⁵ A közgazdaságtan által kínált visel-

⁸³ Vö. Ronald H. COASE: „A társadalmi költség kérdése” in HARMATHY Attila – SAJÓ András (szerk.): *Gazdasági Jogi Tanulmányok. II. A jog gazdasági elemzése* (Budapest: KJK 1984) 202; Ronald H. COASE: *A vállalat, a piac és a jog* [ford. MESZERICS Tamás] (Budapest: Nemzetközi Tankönyvkiadó 2004) 140.

⁸⁴ A kritika abból indul ki, hogy a jog hosszú időn keresztül egy normatív emberképet feltételezett. A jogi normák által leírt emberkép azonban meglehetősen messze állt a valóságtól. Lásd Horst EIDENMÜLLER: „Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: herausforderungen durch Behavioral Law and Economics” *Juristenzeitung* 2005/5. 217. Hivatkozza: BODZÁSI Balázs: „A hitelszerződések és a hitelbiztosítékok gazdasági háttere és a jogi szabályozás változásai” *Iustum Aequum Salutare* 2012/ 3–4. 27.

⁸⁵ Robert COOTER – Thomas ULEN: *Jog és közgazdaságtan* [ford. MIKE Károly – SZILÁGYI Katalin] (Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 2005) 13–24.

kedési elmélet, a közgazdaságtan által felállított „emberkép” a *homo oeconomicus* viselkedési modell. A modell szerint a racionális ember a rendelkezésre álló információk alapján mindig azt a megoldást választja, amely saját preferenciái (értékrendje, szempontrendszere) alapján a legjobb a számára: a legkevesebb kárt, illetve költséget okozza, miközben a legtöbb jóval, haszonnal kecsegtet.⁸⁶ A közgazdászok e modell segítségével magyarázzák a különböző társadalmi (jogi) jelenségeket.⁸⁷ Utalni szükséges arra, hogy az utóbbi évtizedekben megjelentek olyan elméleti irányzatok is a közgazdaságtanban, amelyek megkérdőjelezték a *homo oeconomicus* viselkedési modell helyességét.⁸⁸ A *korlátozottan racionalitásnak feltételezett ember* modell a *homo oeconomicus* modellt két ponton támadja: vitatja egyrészt, hogy az emberek rendelkeznek-e ilyen egyértelmű, koherens, önellentmondásoktól nem terhelt preferenciákkal, másrészt megkérdőjelezi, hogy az emberek valóban racionális mérlegelés alapján döntenének.⁸⁹

Nyilvánvalóan, a közgazdasági gondolkodás önmagában nem alkalmas arra, hogy a társadalmi (jogi) jelenségek, intézmények létét vagy hatását teljes mértékben megmagyarázza.⁹⁰ Sajó András, Vékás Lajos és Menyhárd Attila is azt az álláspontot képviselik, hogy a jog gazdasági elemzése a jogrendszer elméleti megalapozásában nem lehet az egyedül lehetséges szempont, de az irányzatot ért sok kritika ellenére tételei jól hasznosíthatók a magánjogi megoldások megválasztásánál: vizsgálni lehet általa azok költségkihatásait, és gazdasági következményeit.⁹¹

⁸⁶ Lásd BARTUS Gábor – SZALAI Ákos: „Környezetgazdaságtani problémák elemzése. Közpolitikai eszközök és joggazdaságtani magyarázatok” *Pázmány Law Working Papers* 2012/42. 20–21; *plup.jak.ppke.hu/images/files/2012/2012-42-Bartus-Szalai.pdf*.

⁸⁷ Christian LANGE: „Zur effizienzorientierten Kontrolle von AGB nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB” in Peter KREUTZ [et al.] (szerk.): *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2011. Realitäten des zivilrechts – Grenzen des Zivilrechts* (Stuttgart: Boorberg 2012) 53. Hivatkozva: BODZÁSI Balázs: „A hitelszerződések és a hitelbiztosítékok gazdasági háttere és a jogi szabályozás változásai” *Iustum Aequum Salutare* 2012/ 3–4. 27–28.

⁸⁸ E nézetek szerint már az alaptétel is támadható: az ember ugyanis nem kizárólag racionálisan viselkedik. „Egy további probléma, hogy az emberek nem azonos mértékben és korántsem kielégítően informáltak. Az embernek azonban nemcsak az információszerezési képessége korlátozott, de különbség áll fenn az egyes emberek között a megszerzett információk feldolgozása szempontjából is. Ezt egészíti ki az a tény, hogy az emberi döntéshozatal sem felel meg a szigorú racionalitás követelményeinek.” Lásd EIDENMÜLLER (84. l.) 28.

⁸⁹ SZALAI Ákos: *A magyar szerződési jog gazdasági elemzése* (Budapest: L'Harmattan 2013) 62–63.

⁹⁰ Paul HEYNE – Peter BOETTKE – David PRYCHTIKO: *A közgazdasági gondolkodás alapja* [ford. Kocsis Viktória et al.] (Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 2004) 22–23, 28, 30, 48; BARTUS–SZALAI (86. l.) 21.

⁹¹ Sajó András: „Közgazdaságtani vizsgálódás a jogról” in HARMATHY Attila – Sajó András (szerk.): *Gazdasági Jogi Tanulmányok. II. A jog gazdasági elemzése* (Budapest: KJK 1984); Sajó András: *Gazdaság és jog kapcsolata – jogelméleti szempontból* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1989); Vékás Lajos: „A magánjog gazdasági elemzése” *Állam- és Jogtudomány* 1998/1–2; Vékás Lajos: „A magánjogi törvényhozás módszertanához: a magánjog gazdasági elemzése” in uő.: *Az új Polgári Törvénykönyv elméleti előkérdései* (Budapest: HVG-ORAC 2001) 174, 176; MENYHÁRD Attila: „Polgári jog és közgazdaságtan” in STEIGER Judit (szerk.): *Gazdaság és jog: Szakács István ünnepi tanulmánykötet* (Budapest: Gondolat Kiadó 2005) 87–101.

3.1.2. A SZERZŐDÉSEK JOGGAZDASÁGTANA

Eric A. Posner a 2000-es évek elején, a szerződések joggazdaságtanáról szóló tanulmányában akként fogalmazott, hogy a joggazdaságtan nem tudta kidolgozni három évtized alatt a szerződések közgazdaságtani elméletét. Rámutatott arra, hogy a közgazdasági megközelítés pozitív értelemben nem magyarázza meg a szerződési jog szabályrendszerét, és normatív értelemben sem alkalmas arra, hogy annak hatékonyságát értékelje, vagy a hatékonyság érdekében alternatív megoldásokat javasoljon. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a közgazdasági megközelítés ne termékenyítette volna meg a szerződési jogról való gondolkodást. Álláspontja szerint érdemes vizsgálni azt, minden szkepticizmus ellenére, hogy mi az a „hozzáadott érték”, amit a közgazdaságtan adni tudott a szerződési jog megértéséhez napjainkban.⁹²

Eric A. Posner tanulmányában utalt egyúttal a közgazdasági gondolkodás egyik fontos korlátjára is, amely épp a modellalkotás módszertanából következik. A közgazdászok feltevéseket használnak azért, hogy leegyszerűsítsenek egy adott problémát. Az így felállított modell a valóság leegyszerűsített mása lesz. A közgazdász számára épp ezáltal teremődik meg a lehetősége annak, hogy a valóságot ne kelljen a teljes komplexitásában vizsgálnia. A probléma azonban az, hogy a közvetlenül megélt valóság és a modellek által alkotott közeg nem feltétlenül azonos.⁹³ A szerződések kapcsán ez úgy jelentkezik, hogy a közgazdász vagy a *homo oeconomicus*, a racionális ember túlzottan leegyszerűsített modelljével dolgozik csak, azon belül is csak egy-két magatartási hatásra koncentrál, vagy bonyolultabb magatartási modelleket is figyelembe vesz, azonban olyan módon leegyszerűsíti a jogintézményeket, hogy azok már nem felelnek meg a szerződési jog valóságának. A bonyolultabb magatartási modellek ráadásul olyan változókat tartalmaznak, amelyek pontosan nem mérhetők, illetve nagyságuk nehezen becsülhető. Eric A. Posner szerint ezért a feladat éppen az, hogy fel kell tárnai a szerződési jogot magyarázó korábbi joggazdaságtani modellek hiányosságait. Tanulmányában erre példaként épp a teljes kártérítés szabályát és a Hadley-szabályt hozza. Álláspontja szerint az, hogy melyik szabály lehet hatékonyabb a másiknál, más fontos tényezők mellett függ az információ költségétől, az információval rendelkező és nem rendelkező felek alkue-rejétől, de talán a legfontosabb ezek közül a vevői értékelés eloszlása: hogyan ítélik meg a különböző vevők ugyanazt a szerződést. Ha a vevők eloszlása aszimmetrikus és kevesen vannak azok, akik egy adott szerződést, szolgáltatást az átlagosnál lényegesen magasabbra értékelnek, akkor a Hadley-szabály a hatékonyabb. Hangsúlyozza ugyanakkor, hogy az eloszlás alakját azonban még senki nem próbálta meg meghatározni empirikus kutatással, és nehéz is elképzelni, hogyan lehetne ezt megvalósítani.⁹⁴

Ugyanakkor ez az elemzés olyan tényezőket azonosít, mint például a szerződés újratárgyalásának költsége vagy a hatékony (a jogosult számára is előnyös) szer-

⁹² POSNER 2003 (16. lj.) 830.

⁹³ A jog gazdasági elemzésének irodalma alapján erre utal Faust. Lásd FAUST (13. lj.) 208.

⁹⁴ POSNER 2003 (16. lj.) 837, 853–854.

zódésszegés, amelyeket Eric A. Posner szerint a bíróságoknak figyelembe kellene venniük. Ha a jog gazdasági elemzése nem is tudja megmondani ezeknek a hasznoknak és költségeknek a nagyságát, de a bíró, aki többet tud róluk, könnyebben tud bölcs döntést hozni, mint az a bíró, aki nem.⁹⁵

A joggazdaságtani kutatások segíthetik tehát a szerződések kockázatosztó funkciójának alaposabb megértését és megismerését.⁹⁶ E kutatások eredményei jól hasznosíthatók lennének a magyar szerződési jogi gyakorlat számára is, hiszen az új Polgári Törvénykönyv kodifikációja során a Kodifikációs Bizottság (már a Konceptió kialakításakor) a szerződési jog vezérmotívumaként határozta meg, hogy – tekintettel arra, hogy a szerződés a felek kölcsönös kockázatvállalásával jár – a szerződési jog szabályainak a kockázatok minimalizálását és igazságos elosztását kell szolgálniuk a szerződéskötéstől a teljesítésig (szerződésszegésig).⁹⁷

3.2. A HADLEY-SZABÁLY MODELLJÉNEK KRITIKÁJA

A joggazdaságtani irodalom önállóan tárgyalja a szerződésszegéssel és szerződésen kívüli magatartással okozott károkért való felelősséget. A szerződési jog (*contract law*) és a szerződésen kívüli károkozás (*tort law*) területeit különböző modellek, szempontok, elméletek szerint elemzi, monográfiák esetén önálló fejezetekben is.⁹⁸ A joggazdaságtani irodalom továbbá a szigorú felelősség modellje szerint írja le a szerződésszegésért való felelősséget.

Az előreláthatóság joggazdaságtani irodalmára jellemző, hogy az elemzések a Hadley-szabály modelljén alapulnak. A joggazdaságtani irodalom R. A. Posner óta – ahogyan arra már utaltunk – a Hadley-szabályt az információs aszimmetria modellben a *consequential loss*-ra vonatkoztatottan, csak a szokatlan károk megtérítésének kérdésével összefüggésben elemzi. Eisenberg szerint ennek az indoka az, hogy a *Hadley v. Baxendale*-ítéletbe foglalt első szabály (a szokásos károk megtérítésének szabálya) csupán a második szabály speciális esete. Ha egy meghatározott típusú kár a *szerződésszegés rendszerinti, szokásos következménye*, akkor a szerződésszegőnek mindig előre kell látnia, hogy az a bizonyos típusú kár a szerződésszegés valószínű következménye.⁹⁹ Ezzel a felfogással egyet is lehet érteni annyiban, hogy a *Hadley v. Baxendale*-ítélet jogtégeit újrafogalmazó *Victoria Laundry*-ítélet is ekképpen határozta meg az előreláthatóság szabályát. Lord Asquith ítéletében azonban utalt arra, hogy a felek tudomásától függ, hogy mi volt ésszerűen előrelátható. Ez a tudomás kétféle lehet. Az egyik a *reasonable man*-féle tudomás, a dolgok szokásos rendjének (*ordinary course of things*) mindenkitől elvárható ismerete, mely független attól, hogy az illető személy valójában tisztában

⁹⁵ POSNER 2003 (16. lj.) 854–855.

⁹⁶ A témához kapcsolódóan lásd SZALAI (89. lj.).

⁹⁷ VÉKÁS (6. lj.) 271–272.

⁹⁸ Lásd például: POSNER (5. lj.); Hans-Bernard SCHÄFER – Claus OTT: *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (Berlin: Springer 2005); COOTER–ULEN (85. lj.).

⁹⁹ EISENBERG (12. lj.) 565–566.

van-e azokkal vagy sem (ez rímelt a *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabályának első fordulatra). A másíkéle tudomás azoknak az egyéb sajátos körülményeknek az ismerete, amelyeknek tudatában a szerződésszegő számolhatott azzal, hogy szerződésszegése esetén (nagyobb) kár keletkezik (ez pedig a *Hadley v. Baxendale*-ítélet kártérítési szabályának második fordulatra rímelt).¹⁰⁰ E különbség – ahogy arra az I. pontban már utaltunk – a joggazdaságtan szempontjából sem lehet mellékes. Lehet ugyanis azt mondani, hogy a *Hadley v. Baxendale*-ítéletbe foglalt első szabály csupán a második szabály speciális esete, de nyilvánvaló az is, hogy a szokásos károk megtérítésének szabálya nem írható le az információs aszimmetria modellel.

Az alábbiakban éppen ezért bemutatásra kerül, hogy a joggazdaságtan kiindulópontjául választott Hadley-szabály információs aszimmetria modellje miért ad csak korlátozott képet arról, hogy szerződésszegés esetén mely károkat kell a szerződésszegőnek megtérítenie.

3.2.1. A KLASSZIKUS JOGGAZDASÁGTANI MODELL ÉS KRITIKÁJA

A klasszikus joggazdaságtani modell főbb eredményei Menyhárd – Mike – Szalai tanulmánya nyomán az alábbiakban foglalható össze. A Hadley-szabály klasszikus joggazdaságtani elemzésének alapmodelljében a jogosultnak két típusa van. Az egyik számára a teljesítés fontos, abból nagy haszna származik, ezért szerződészegés esetén a kára is nagy. A másik típusba tartozó jogosult számára ez az érték alacsony. A jogosultak pontosan tudják, hogy melyik csoportba tartoznak. Ezzel szemben a kötelezett csak azt tudja, hogy a jogosultak mekkora része tartozik az egyik és a másik csoportba; csak azt tudja megbecsülni, hogy konkrét partnere milyen valószínűséggel tulajdonít magas vagy alacsony értéket a szerződésnek, de azt nem tudja, hogy konkrét partnere melyik csoportba tartozik. A modell alapfeltevése szerint, amennyiben többlet költenek megelőzésre, az csökkenti a szerződészegés valószínűségét. A magas értékeléssel rendelkező csoport számára kedvezőbb az elővigyázatosság magasabb szintje, még akkor is, ha emiatt a kötelezett árat emel. Az alacsony értékeléssel rendelkező jogosultak számára azonban fontosabb az alacsony ár, mint az, hogy csökkenjen a szerződészegés esélye.¹⁰¹ Ilyen körülmények között (I) a jogosult arról dönt, hogy elmondja-e, hogy számára mennyire fontos a szerződés teljesítése (tudva, hogy csak így érheti el, hogy a kötelezett módosítsa elővigyázatossági szintjét), és (II) a kötelezett a konkrét partneréről kapott információk alapján dönt arról, hogy mennyire lesz elővigyázatos – vagyis közvetett módon meghatározza a szerződészegés valószínűségét is.¹⁰²

A joggazdaságtani irodalom alapján a klasszikus modellen belül különbséget lehet tenni az „egyoldalú”, Eric A. Posner 2000-es cikke előtti modell és egy

¹⁰⁰ *Victoria Laundry (Windsor) LD. v. Newman Industries LD.; Coulson & Co. LD.* (Third Parties) [1949] 2 K.B. 539.

¹⁰¹ POSNER (14. lj.) 165; MENYHÁRD–MIKE–SZALAI (10. lj.) 201.

¹⁰² MENYHÁRD–MIKE–SZALAI (10. lj.) 201.

„teljesebb” Eric A. Posner-i modell között. Az Eric A. Posner előtt felállított modell szerint a Hadley-szabály és a teljes kártérítés szabálya között a legfontosabb eltérés az, hogy a Hadley-szabály esetén a szerződésnek magas értéket tulajdonítók, és ezért magasabb összegű kártérítési igényt támasztók próbálnának a diszpozitív szabály alól *ex ante* kiszerezni: a diszpozitív szabályt felülíró szerződési kikötésre tesznek javaslatot, feltárva ezzel saját jellemzőjüket. Éppen ezért a kötelezett meg tudja majd különböztetni a két jogosulti csoportot, és így az óvintézkedések szintjét is pontosabban állíthatja be.¹⁰³ A Hadley-szabály hatékonysága abban áll, hogy a szerződésnek magas értéket tulajdonító felet (általában) információ-feltárára ösztönzi. Ahogyan azt korábban már említettem, a jogirodalom is ezt a jogpolitikai célt emeli ki jellemzően az előreláthatóság kapcsán. A klasszikus modell azt teszi fel, hogy a teljes kártérítés szabálya esetében azonban senkinek nem kellene kiszerezni.

Eric. A. Posner a klasszikus joggazdaságtani modellel szemben megfogalmazott kritikájában rámutatott arra, hogy a teljes kártérítés (vagy nem korlátozott kártérítés) szabálya esetében a szerződésnek alacsony értéket tulajdonítók próbálnának *ex ante* kiszerezni. Valójában ugyanis azok, akik a szerződésből kisebb haszonra számítnak, éppúgy érdekeltek abban, hogy a szerződésben korlátozzák a szerződésszegés esetére fizetendő kártérítés nagyságát: az alacsonyabb ár (ellenszolgáltatás) ellenében alacsonyabb kártérítési összegben is kiegyeznének.¹⁰⁴

3.2.2. AZ INFORMÁCIÓS ASZIMMETRIA ÖSSZPONTOSÍTÓ MODELL KRITIKÁJA

A klasszikus joggazdaságtani irodalom kiindulópontja a szerződő felek információs aszimmetria helyzete.¹⁰⁵ Az információs aszimmetria modell alapja, hogy a szerződéses kötelezettségvállalást és az együttműködést elősegítő tényezők közül a joggazdaságtan fontos szerepet tulajdonít a szerződő felek közötti információcserének. Ha a szerződő felek informáltsági szintje különböző, akkor az ilyen piaci helyzeteket az aszimmetrikus informáltság jellemzi, ami pedig komoly akadálya lehet a piaci tranzakciók létrejöttének. A szerződések közgazdasági elmélete szerint a szerződési jog megkönnyítheti a felek számára ezen aszimmetrikus információs helyzet kezelését azáltal, hogy olyan szerződéskötési és a szerződések kikényszerítését segítő szabályokat kínál, amelyek meghatározzák, hogy mely információkat kell hogy megosszanak egymással a felek, és melyek azok, amelyeket – nyilván jól felfogott üzleti érdekből – titokban tarthatnak. A joggazdaságtan szerint a szerződési jog egyik célja, hogy a feleket az információ hatékony nyilvánosságra hozatalára ösztönözze szerződéses kapcsolataikban.¹⁰⁶ Könnyű belátni, hogy a *Hadley v. Baxendale*-ítélet szokatlan károk megtérítésére vonatkozó szabálya épp az ilyen

¹⁰³ POSNER (14. lj.) 165–166; MENYHÁRD–MIKE–SZALAI (10. lj.) 202.

¹⁰⁴ POSNER (14. lj.) 166, 168.

¹⁰⁵ Erről összefoglalóan ír: WIJCK (15. lj.) 228–229.

¹⁰⁶ COOTER–ULEN (85. lj.) 211–217; POSNER 2003 (16. lj.) 836.

aszimmetrikus informáltsági állapotot tükröző helyzetre vonatkozóan rendezni a kártérítés kérdését.¹⁰⁷

A Hadley-szabály információ-ösztönző hatására vonatkozó elemzések alapfeltevései azonban a következők okán kritikával illethetők.

3.2.2.1. A KÖLCÖNÖS TÁJÉKOZATLANSÁG ESETE (HA AZ INFORMÁCIÓHIÁNY KÉTOLDALÚ)

Menyhárd – Mike – Szalai tanulmányukban a Hadley-szabályra vonatkozó klasszikus joggazdaságtani elemzések kiindulópontjául szolgáló információs aszimmetria modellt kritikával illetik. A klasszikus joggazdaságtani modell szerint a Hadley-szabály olyan esetre vonatkozik, amikor a kötelezett nem látta, nem láthatta előre az adott kárt, azt nem vizsgálják, hogy a jogosult tudott-e, illetve tudhatott-e róla. A *Hadley v. Baxendale*-ítélet szerint a károsult akkor sem jogosult kártérítésre, amikor az információhiány kétoldalú. Éppen ezért értek egyet Menyhárd – Mike – Szalai azon álláspontjával, amely szerint az előreláthatósági szabályt nem helyes kizárólag úgy értelmezni, mint információ-átadást ösztönző szabályt. Az előreláthatósági korlát ugyanis nem csak azokat a károkat terheli a károsultra, amelyről ő tudhatott, de a szerződésszegő nem, hanem azokat is, amelyekről egyikük sem tudhatott – ezek a szó szoros értelmében vett előreláthatatlan események.¹⁰⁸

Menyhárd – Mike – Szalai joggazdaságtani munkájukban éppen arra mutatnak rá, hogy a Hadley-szabály, ahogyan a klasszikus joggazdaságtani irodalom elemzi, csak az információs aszimmetria helyzetet modellezi. A *Hadley v. Baxendale*-ítéletből azonban az is következik, hogy akkor is a korlátozott kártérítés elve érvényesül, ha az információhiány kétoldalú. E különbség okán az előreláthatósági szabályt a joggazdaságtani irodalomban megszokott Hadley-szabálytól elkülönülő, önálló modellben (előreláthatósági szabály) tárgyalják. Az előreláthatósági szabály modelljük az információs aszimmetria helyzet mellett a kölcsönös tájékoztatatlanság esetét is magában foglalja.¹⁰⁹

¹⁰⁷ A *Hadley v. Baxendale*-ügyben Alderson bíró az ítéletében a szokatlan károk megtérítésére vonatkozó szabályt részletesebben a következőképp fejtette ki: „Ha a szerződéskötéssel kapcsolatos sajátos körülményekről felperes tájékoztatta az alperest, és így mind a két fél tudott azokról, akkor ilyen szerződésszegés esetén valamennyi olyan kárral ésszerűen számolni kell, amely magából a szerződésszegésből következik az ismert körülmények és a másik fél tudomására hozott információk alapján. Ha azonban az egyéb sajátos körülményekről a szerződésszegő fél egyáltalán nem tudott, akkor ő legfeljebb csak olyan veszteséggel kellett hogy számoljon, amely általában és az esetek többségében az ilyen szerződésszegés következménye.” Lásd *Hadley and Another v. Baxendale and Others*. 9 Exch 355–356.

¹⁰⁸ MENYHÁRD–MIKE–SZALAI (10. lj.) 201, 207.

¹⁰⁹ Úgy fogalmazzuk, hogy a „Hadley-szabály azt jelenti, a károkozóknak csak akkor nem kell megfizetnie a kárt, ha a károsult információs előnyben volt, és az információt nem közölte. Vagyis kölcsönös tájékoztatatlanság esetén a szerződésszegésért teljes kártérítés jár. Az előreláthatósági szabály esete annyiban tér el az utóbbtól, hogy kölcsönös tájékoztatatlanság esetén sem kap a károsult kártérítést”. Lásd MENYHÁRD–MIKE–SZALAI (10. lj.) 208.

3.2.2.2. A HADLEY-SZABÁLYAL SZEMBEN ÁLLÓ ALTERNATÍVA NEM A TELJES KÁRTÉRÍTÉS SZABÁLYA

A klasszikus joggazdaságtani modell a Hadley-szabályt a teljes kártérítés (vagy nem korlátozott kártérítés) szabályával hasonlítja össze. A Hadley-szabály szerint szerződésszegés esetén a kártérítés nem haladhatja meg azt az összeget, amelyet a szerződő fél előrelátott vagy előre kellett volna látnia a szerződéskötés időpontjában. A Hadley-szabály korlátozó szerepe abban áll, hogy a kötelezettnek nem kell megtérítenie a jogosult teljes kárát. Az ilyen szempontú elemzés középpontjában jól láthatóan a kár mennyiségi korlátozása áll.¹¹⁰

A Hadley-szabályt a teljes kártérítés (vagy nem korlátozott kártérítés) szabályával összehasonlító joggazdaságtani elemzések módszertana is kritikával illethető. Menyhárd – Mike – Szalai tanulmányukban ezt is kihangsúlyozzák, s modelljüket is ennek megfelelően állítják fel. Rámutatnak ugyanis arra, hogy ha más feltevésekből indulnak ki, akkor a klasszikus joggazdaságtani irodalom legfontosabb, a Hadley-szabály alkalmazása mellett szóló érvei elveszítik jelentőségüket. A Hadley-szabály alkalmazása álláspontjuk szerint könnyen megkérdőjelezhető egy, a modellben szereplő – és a magyar polgári jogot is jól jellemző – bizonyítási és bírósági problémáktól terhelt környezetben. Menyhárd – Mike – Szalai tehát az általuk alkalmazott modellben a klasszikus joggazdaságtani irodalomtól eltérő feltevésekből indulnak ki, amelyek szerintük közelebb állnak a valósághoz, mint a korábbi modellek feltevései. Felteszik, hogy (I) a bíróság nem hajlandó, illetve nem képes teljes kompenzációt, kártérítést nyújtani a nemvagyoni károk esetén, és (II) a speciális (idioszinkratikus) károk bizonyítása gyakorlatilag lehetetlen. Ismert, hogy a bíróságok számára meglehetősen nehéz feladat megállapítani a kár pontos mértékét. Általában a felperest (a károsultat) terheli a bizonyítás terhe, s a bizonyítás költsége meglehetősen magas. A valóságban szerintük a bíróság által megítélt kártérítés messze elmaradhat a szerződés valós értékétől. Álláspontjuk szerint ezért még az elvileg teljes kártérítést nyújtó szabályozás esetében is szükséges lehet a kártérítést (a valós kárt) *ex ante* a szerződésben rendezni – amit jól mutat a kötbérkikötések magas száma. Érvelésük szerint a teljes kártérítés elve és a Hadley-szabály között már nem az a fő különbség, hogy más csoport próbálja meg a kártérítést szerződésben megszabni:

„mind a nem-korlátozott kártérítés, mind a Hadley-szabály mellett a magas értékeléssel rendelkezők próbálnak majd kötbért kikötni a szerződésben, hiszen a teljes kártól elmaradó kártérítés miatt mindig számolniuk kell nem fedezett kárral”.¹¹¹

Kiemelendő, hogy bár a teljes kártérítés elve tételes jogi szabályként rögzített, vagy elvi tételként tételezett is az egyes jogrendszerekben, fogalmi teljességében a gyakorlatban nem érvényesül. A teljes kártérítés elvének korlátjaként továbbá a szer-

¹¹⁰ Összegzően ír erről: POSNER (14. lj.) 164.

¹¹¹ MENYHÁRD–MIKE–SZALAI (10. lj.) 200–202, 209, 211–212, 221.

zódésszegési jogban nemcsak az előreláthatósági szabály szolgál, még a *common law* jogrendszerekben sem.¹¹² Az egyes jogrendszerekben továbbá általános, ismert megoldás példának okáért a fuvarozó, illetve a posta felelőssége kapcsán a megtérítendő károk mértékének törvényi korlátozása. A kár mértékének összegszerű bizonyítására vonatkozó követelmény (s annak nehézségei) is éppúgy korlátozóan hat a teljes kártérítés elvére.¹¹³ Azokban a jogrendszerekben pedig, amelyek tételes joga nem tartalmazza az előreláthatóság elvét, az okozatosságra hárul az a szerep, hogy megakadályozza a kártérítési jog parttalaná válását, a szerződésszegési jogban is (részletesebben lásd a 3. pontban).

Mindezekből következik, hogy a joggazdaságtannak az előreláthatósági korlátot valójában nem a teljes kártérítés szabályával, hanem a többi, a megtérítendő károk mértékét korlátozó törvényi–dogmatikai megoldással összehasonlítva kellene elemezni.

3.2.3. A FELEK KÖZÖTTI INFORMÁCIÓCSERÉTŐL FÜGGETLEN, FELTÉTELEZETT TUDOMÁS

Az információs aszimmetria és az előreláthatósági szabály modell¹¹⁴ sem számol a *Hadley v. Baxendale*-, illetve *Victoria Laundry*-ítélet előreláthatósági szabálya alapján megtérítendő ún. szokásos károkkal. A szerződésszegés rendszerinti, szokásos következményeként felmerülő ún. szokásos károk a szerződő felek közötti információcserétől függetlenek. A szokásos károk megítélése kapcsán a bíróságok a *reasonable man*-féle tudomásból indulnak ki, a dolgok szokásos rendjének (*ordinary course of things*) mindenkitől elvárható ismeretéből, amely független attól, hogy az illető személy valójában tisztában van-e azokkal vagy sem. A joggazdaságtan nem hagyhatja tehát figyelmen kívül e károk körét sem a vizsgálódásai során. Álláspontom szerint azért, mert ennek a *reasonable man*-féle tudomásnak a megszerzése is költségekkel jár, másrészt azért sem, mert a szerződő félnek azzal is tisztában kell lennie, hogy szerződésszegése esetén az előreláthatósági szabály értelmében ezeket a károkat mindenképpen meg kell térítenie.

Összességképpen, a szerződő felek közötti információcserétől független, a szerződésszegés rendszerinti, szokásos következményeként felmerülő ún. szokásos károk kapcsán a jog azt várja el a szerződésszegőtől, hogy a *reasonable man*-ként ezekkel számoljon. Ezt az informáltsággal kapcsolatos elvárást, a *reasonable man* követelményét azonban nem vizsgálja a joggazdaságtan a szerződésszegési kártérítési joghoz kapcsolódóan, s a szerződési jog kapcsán is ritkán elemzi.¹¹⁵

¹¹² A károsult kárenyhítési kötelezettsége mellett – melyet a joggazdaságtani irodalom is tárgyalt – erre utal a *common law*-t tekintve még a *reasonable certainty* és az *emotional distress rule* kapcsán Eric A. Posner. Lásd POSNER (14. lj.) 162, 168, 176–177.

¹¹³ Erre utal: MENYHÁRD–MIKE–SZALAI (10. lj.) 200, 208.

¹¹⁴ Az eladó és vevői információszerzési ösztönzői kapcsán azonban foglalkozik ezzel a témával: MENYHÁRD–MIKE–SZALAI (10. lj.) 218.

¹¹⁵ Elsősorban a szerződéskötéssel kapcsolatban, lásd SZALAI (89. lj.) 371–386; illetve a tévedéssel kapcsolatban, lásd QI ZHOU: „Contractual Mistake and Misrepresentation” in GEEST (15. lj.) 31–56; MENYHÁRD–MIKE–SZALAI (10. lj.) 218.

3.3. AZ ELŐRELÁTHATÓSÁGI KORLÁT ÉS AZ OKOZATOSSÁG

A jogirodalomban és a joggazdaságtani irodalomban is sokat tárgyalt kérdéskör az okozatosság, s a megtérítendő károk mértékét korlátozó törvényi–dogmatikai megoldások közül is a legtöbbet elemzett. Az okozatosság kártérítést korlátozó szerepe deliktualis jogi környezetben kerül jellemzően bemutatásra.

A jogirodalomban általános nézet az, hogy a ténybeli okozatosság nem alkalmas a teljes kártérítés elvének ésszerű korlátozására, így azt minden jogrendszerben szinte további ún. jogi okozatossági szempontok egészítik ki. A jogi okozatosság alatt az okok között meghatározott (a bírósági gyakorlatban kialakult vagy különböző ok-kiválasztó elméletekben kidolgozott) szempontok szerint történő mesterseges gondolati (dogmatikai, jogpolitikai) különbségtételt értjük, amelynek eredményeként különbséget lehet tenni releváns és nem releváns okok között.¹¹⁶ A jogi okozatosságnak ilyen szerepe a tételes jog és az elmélet alapján nemcsak a deliktualis jogban van, hanem a kontraktuális felelősségi jogban is azokban a jogrendszerekben, amelyek szerződésszegési joga az előreláthatósági szabályt nem ismeri, vagy tartalmazza ugyan, de mellette más jogi okozatossági szempontokat is érvényesülni enged (például *Code Civil*).¹¹⁷ A jogi okozatossági szempontoknak a jelentősége a kártérítés korlátozásában a szerződésszegéssel okozott károk körében valójában mindig csekélyebb, mint a deliktualis jogban.¹¹⁸

Ami jogrendszerünket illeti, előrelátható, hogy a 2013. évi Ptk. hatálybalépésével a joggyakorlat számára a legnagyobb nehézséget az okozatosságnak és az előreláthatóságnak mint a megtérítendő károk mértékét korlátozó elvnek az elhatárolása jelenti majd. Elhatárolásukat nehezíti, hogy az okozatosság egyfelől felelősségalapító tényező, másfelől szerepet játszik a kártérítés terjedelmének megállapításánál,¹¹⁹ a másik oldalról közelítve pedig az előreláthatósági korlát és a jogi okozatossági szempontok funkciója részben azonos: a teljes kártérítés elvének ésszerű korlátozása.¹²⁰

A *common law* szerződésszegési jogában a mértékadó monográfiák¹²¹ a következőképpen értékelik az okozatosság és az előreláthatóság viszonyát. A károsult csak akkor követelheti a kárának megtérítését, ha a kár és a szerződésszegő magatartás között ok-okozati összefüggés áll fenn (általában a ténybeli okozatosság alapul vételével vagy a józan ész¹²² alapján), a kár tehát a szerződésszegés következménye,

¹¹⁶ FUGLINSZKY Ádám: „A kártérítés általános szabályai. A 339. §-hoz fűzött kommentár” in OSZTOVITS András (szerk.): *A Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény magyarázata II.* (Budapest: Opten Kiadó 2011) 1267.

¹¹⁷ Ahogyan arról már volt szó, a *Code Civil*-ben az előreláthatóság mellett a jogi okozatosságnak (*immédiate et directe*) is szerepe van a kártérítés korlátozásában.

¹¹⁸ Utal erre például: TREITEL (24. lj.) 162.

¹¹⁹ MARTON Géza: *A polgári jogi felelősség* (Budapest: Triorg 1993) 122.

¹²⁰ FUGLINSZKY: (8. lj.) 415.

¹²¹ TREITEL (24. lj.) 153; PEEL (24. lj.) 1045–1062; BEALE (3. lj.) 1617–1635; MCGREGOR (28. lj.) 176–210; BURROWS (20. lj.) 45, 76; Ewan MCKENDRICK: *Contract Law* (Basingstoke: Palgrave Macmillan 2009) 311, 337, 341; a joggazdaságtani irodalomból: POSNER (14. lj.) 76.

¹²² Az okozatosság *common sense* tesztjét hangsúlyozza a ténybeli okozatossággal szemben: Herbert L. A HART – Tony HONORÉ: *Causation in the Law* (Oxford: Clarendon Press 1985).

de a bekövetkezett károk közül csak az(ok) térítendő(k) meg, amely(ek) nem túl távoli(ak) (*not too remote*). Utalnak általában arra is, hogy szerződésszegés esetében – szemben a szerződésen kívüli károkozással – az okozati összefüggés vizsgálataának szerepe csekély, ritkán igazán kérdéses; és a megtérítendő károk körének meghatározásában inkább az előreláthatóságnak van szerepe. A *Bécsi Vételi Egyezmény* gyakorlatában is az ok-okozati összefüggés csak ténybeli okozatosságot jelent.¹²³

A fentiekből a kárfelelősségi jogunkra nézve következik, hogy az előreláthatósági korláttól függetlenül, az okozatosságot továbbra is vizsgálni kell mint felelősség-alapító feltételt. A jogi okozatosság és az előreláthatósági korlát egymáshoz való viszonya azonban a hatályos szabályozás alapján összetettebb kérdésként jelentkezik. Egyrészt, a Ptk. 6:143 § (3) bekezdése értelmében szándékos szerződésszegés esetén a teljes kárt kell megtéríteni. Fuglinszky ezért azon az állásponton van, hogy a kártérítés korlátozásában itt a jogi okozatossági szempontoknak továbbra is szerepük lesz majd.¹²⁴ Másrészt, a Ptk. egységes kárfelelősségi szabályozásából következően – a kimentés és a kár megtérítésének szabálya kivételével – szerződésszegés esetén az okozatosság kérdésében is a szerződésen kívül okozott károkért való felelősség szabályai alkalmazandók.¹²⁵ A *kártérítési felelősség általános szabálya és közös szabályai* cím alatt, a Ptk. 6:521. §-a akként rendelkezik, hogy „nem állapítható meg az okozati összefüggés azzal a kárral kapcsolatban, amelyet a károkozó nem látott előre és nem is kellett előre látnia”. Az előreláthatóság itt – a törvény szövegéből következően – az okozati összefüggés megállapításának szabálya.¹²⁶ Álláspontom szerint a szerződésszegés esetén alkalmazandó előreláthatósági korlát mellett nem lenne helyes az okozatosság Ptk. 6:521 §-a szerinti vizsgálatát megkövetelni, e tekintetben a *common law* és a *Bécsi Vételi Egyezmény* gyakorlatában kialakult ténybeli okozatosság vizsgálatát tartom követendőnek.

A jogi okozatossági szempontok és az előreláthatósági korlát elhatárolásának nehézségére épp a magyar polgári jogban is uralkodó adekvát kauzalitás tana lehet jó példa. Az adekvát kauzalitás tana a valamilyen módon előrelátható eredményt kiváltó magatartást tekinti oknak, az előreláthatóságot az okozati összefüggés lényeges ismervének tekinti. Gyakori megfogalmazásban, az ok-okozati összefüggés azon kárkövetkezmények vonatkozásában áll fent, amelyekkel a károkozó a károkozás időpontjában számolhatott, nem áll fent viszont akkor, ha a következmény abszolút nem várt, előre nem látható, amire senki sem számíthat. Az adekvát kauzalitás tanával szembeni legélesebb kritika éppen az, hogy az okozatossági mérce tetszés szerint hajlítható aszerint, hogy a lehetséges következményeket mennyire konkrétan kell előrelátni.¹²⁷ Fuglinszky szerint az adekvát kauzalitás fel-

¹²³ SÁNDOR–VÉKÁS (73. lj.) 435–436.

¹²⁴ FUGLINSZKY (81. lj.) 230.

¹²⁵ A T/7971. sz. a Polgári Törvénykönyvről szóló törvényjavaslat szerződésszegési rendelkezéseire vonatkozó indoklás. 7. a) pont, 586.

¹²⁶ HARMATHY Attila: „Felelősség a szerződésen kívül okozott kárért” in WELLMANN György (szerk.): *Az új Ptk. magyarázata VI/VII.* (Budapest: HVG–ORAC 2013) 444.

¹²⁷ EÖRSI Gyula: *A jogi felelősség alapproblémái* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1961) 148; MARTON (119. lj.) 125–126; FUGLINSZKY Ádám: „Megye-e kártérítési jogunk az előreláthatósági klauzula ál-

fogható egyfajta előreláthatósági tesztként is,¹²⁸ a vizsgálat „referencia-időpontja” azonban itt a károkozás, nem pedig a szerződéskötés, mint a kártérítés körében szabályozott előreláthatósági korlát esetén.¹²⁹ Mindezekből adódik az is, hogy a megtérítendő károk körében szabályozott előreláthatóságot – még ha erre nagy is a kísértés – nem lehet az okozatossággal azonosítani. Alkalmazásukkal kapcsolatban veszély azonban, hogy tartalmukban könnyen egymásba csúszhatnak.

A szerződésszegési jogban érvényesülő előreláthatósági korlát funkciójának, rendeltetésének megismeréséhez – és egyben az okozatosságtól történő elhatárolásához – a célján keresztül juthatunk el: a szolgáltatás-ellenszolgáltatás, és a kötelezett által vállalt kockázatok egyensúlyának a megteremtése a cél. Az előreláthatóságnak a szerződési kockázatokat elosztó, illetve ennek keretén belül az információ-feltárást ösztönző hatása az, ami segíthet abban, hogy a szabályra ne csupán úgy tekintsünk, mint amely egy távoli kárt a felelősségből „kikapcsol”, hanem mint olyanra, amely a felelősséget a konkrét szerződés tartalmához képest „formálja ki”.¹³⁰

A kártérítés korlátozása körében a joggazdaságtani munkák jellemzően a deliktualis jog kapcsán foglalkoznak az okozatosság kérdésével.¹³¹ Schäfer és Ott joggazdaságtani monográfiája sem vizsgálja az okozatosságot a szerződésszegési kártérítési jogban, megállapítja ugyanakkor, hogy a deliktualis joghoz kapcsolódóan a kártérítés korlátozása körében kidolgozott kritériumok (adekvát kauzalitás tana, Schutzzweck-elmélet) alkalmazása szerződésszegés esetén nem kielégítő.¹³²

A szerződésszegési kártérítési jog joggazdaságtani elemzésekor a modellalkotás során tekintettel kell lenni tehát arra, hogy a szerződésszegési jogban az okozatosság szerepe vagy csak a ténybeli okozatosságra szűkül, vagy ha emellett a kártérítés korlátozásában jogi okozatossági szempontok is érvényesülnek, azok szerepe kevésbé meghatározó mind a deliktualis jogviszonyokban.

A kártérítési jog joggazdaságtani irodalmában arra inkább találunk példát, hogy a szerződési jog előreláthatósági szabályát együtt tárgyalják deliktualis jogi példák alapján az okozatossággal (*proximate causation*, adekvát kauzalitás). Richard A. Posner például arra a következtetésre jut, hogy a károkozó magatartás következményeként a felelősség nem állapítható meg sem szerződésszegés, sem szerződésen kívüli károkozás esetében, ha a károkozó nem láthatta előre (például nem informál-

tal elébb? Felróhatóság, adekvát kauzalitás és előreláthatóság a szerződésszegéssel okozott következménykárok kezelésében” in GÖRÖG Márta (szerk.): *Acta Conventus de Iure Civili, Tomus VII.* (Szeged: Lectum 2007) 235; FUGLINSZKY: (8. lj.) 415.

¹²⁸ Ugyanez a gondolat jelenik meg Martonnál. Marton szerint az adekvát ok fogalmi elhatárolása az általános, objektív emberi előreláthatóság mértéke szerint történik; okozatos tehát az a következmény, mely ezzel az objektív előre látással (a szakember, az *Idealmensch* előre látásával) várható volt. Lásd MARTON (119. lj.) 125–126.

¹²⁹ FUGLINSZKY (116. lj.) 1268.

¹³⁰ FAUST (13. lj.) 3.

¹³¹ Ennek egyik lehetséges magyarázata a következő: Eric A. Posner szerint az okozatosság nem fontos fogalom az angol-amerikai szerződési jogban, mert az okozatosság kérdését más szerződési doktrínák foglalják el. Lásd POSNER (14. lj.) 176.; Omri BEN-SHAHAR: „Causation and Foreseeability” in BOUCKAERT–GEEST (14. lj.) 83–106.

¹³² SCHÄFER–OTT (98. lj.) 467–470.

hatta magát ésszerű költségeken) magatartásának következményeit.¹³³ Eric. A. Posner pedig csak annyit mond joggazdaságtani tanulmányában, hogy a *proximate causation* doktrína és a Hadley-doktrína közötti analógia egyértelmű.¹³⁴ Eisenberg álláspontja szerint is a *proximate causation* éppúgy, mint a Hadley-szabály alapvetően előreláthatósági kérdésként jelentkezik.¹³⁵

Az előreláthatóságot az adekvát kauzalitás tanával összehasonlító joggazdaságtani tanulmányában Runesson is azt állítja, hogy mind a két doktrína tartalmát tekintve az előreláthatóság normatív problémájaként írható le. Az előreláthatóság normatív problémája pedig abban áll, hogy meg kell határozni egyrészt, hogy milyen szintű tudással kell rendelkeznie a kárt okozónak, másrészt, hogy a valószínűség milyen fokát kell megkövetelni ahhoz, hogy azt mondhassuk, a kár beszámítható a kárt okozó magatartásnak.¹³⁶ A két doktrína kapcsán fontos rámutatni arra, hogy az adekvát kauzalitás tana a károsult személyt viszonylag kedvezőbb helyzetbe hozza. Ezt a doktrínák által a jogalanyokkal szemben támasztott mérce különbözőségével magyarázzák. Az adekvát kauzalitás esetében arra kell rákérdezni, hogy egy „*tapasztalt megfigyelő*” mit láthatott előre a kárra vezető magatartás tanúsításakor, míg az előreláthatóság esetében arra, hogy a szerződésszegő fél (úgy is) mint ésszerűen és gondosan eljáró személy (*reasonable man*) számolhatott-e egy bizonyos típusú kár bekövetkezésével, azaz előrelátta vagy előre kellett volna látnia-e azt a szerződés megkötésekor a rendelkezésére álló információk, tények birtokában.¹³⁷ Az előreláthatóság és a jogi okozatosság joggazdaságtani modelljében továbbá figyelemmel kell lennie arra is, hogy míg a szerződésszegési jogban az előreláthatóság kapcsán a referencia-időpont – tehát hogy *Mikor kell előrelátni a kárt?* – a szerződéskötés, a jogi okozatosság kapcsán azonban a károkozás.

Összegzésként, a joggazdaságtan szerint az előreláthatósági korlát és a jogi okozatosság (adekvát kauzalitás, *proximate causation*) is tartalmát tekintve az előreláthatóság normatív problémájaként írható le. Az előreláthatósági korlát és az adekvát kauzalitás összehasonlító elemzéséhez, a szerződésszegési kártérítési joghoz kapcsolódóan felállítandó modellek megalkotásakor pedig tekintettel kell lenni mind a jogalanyokkal szemben támasztott mérce, mind az előreláthatóság referencia-időpontjának (*Mikor kell előrelátni a kárt?*) különbözőségére.

4. ÖSSZEGZÉS

Az előreláthatósági korlát jogi tartalmának ismeretében érdemes azt vizsgálni, hogy milyen jogszabályi, joggyakorlati alapról indulva is elemzi, modellezi a joggazdaságtan az előreláthatóságot.

¹³³ POSNER (5. lj.) 186.

¹³⁴ POSNER (14. lj.) 176.

¹³⁵ EISENBERG (12. lj.) 577.

¹³⁶ ERIC RUNESSON: „Foreseeability and Law & Economics” *Scandinavian Studies in Law* 2001. 459.

¹³⁷ TREITEL (24. lj.) 163, 165–166; RUNESSON (136. lj.) 459–460.

1) A klasszikus joggazdaságtani irodalom kritikával illelhető azért, mert az előreláthatósági szabályt roppant módon leegyszerűsítve tárgyalja: a) az előreláthatósági korlátot a Hadley-szabály alapján mutatja be; b) a Hadley-szabályt a teljes kártérítés szabályával hasonlítja össze, pedig a teljes kártérítés elve noha tételes jogi szabályként rögzített, vagy elvi tételként tételezett az egyes jogrendszerekben, fogalmi teljességében a gyakorlatban valójában nem érvényesül; c) a Hadley-szabály esetén nem elemzi azt, hogy a *common law* előreláthatósági szabálya értelmében a szerződésszegőnek a szokásos károkat meg kell téríteni, mert azok előreláthatóságát a *common law* tételezi, elvárja a szerződésszegőtől;¹³⁸ d) az előreláthatósági korlátot a *common law* alapján ismerteti, és nincs tekintettel a kontinentális jogrendszerek, illetve az egyezményes adásvételi jog (jogegységesítő dokumentumokban) előreláthatósági szabályára, s így nem vizsgálja azokat a szabályozási megoldásokat, amelyekben az előreláthatósági korlát szabálya d.1) szándékos szerződésszegés esetén nem alkalmazandó, vagy d.2) alkalmazási köre nem terjed ki meghatározott kártípusokra (fedezeti vétel szabálya, a szolgáltatás tárgyában bekövetkezett kár szabálya), vagy d.3) az előreláthatósági korlát mellett jogi okozatossági szempontok is érvényesülnek a kártérítés korlátozása körében (az *immédiate et directe* károkra való korlátozás).

2) Az előreláthatósági korlát joggazdaságtani vizsgálata során el kellene szakadni a Hadley-szabályra épülő információs aszimmetria modellről, annak kizárólagos elemzésétől. Az előreláthatósági korlát szabálya kapcsán felállítandó modell lehetséges elemei a következők lehetnének. Az előreláthatósági szabály szerint

a) A szerződésszegés szokásos kárkövetkezményeivel a szerződésszegőnek számolnia kell, s azokat megtéríteni tartozik. A szokásos károk megítélése kapcsán a *reasonable man*-féle tudásból kell kiindulni, a dolgok szokásos rendjének mindenkitől elvárható ismeretéből, amely független attól, hogy az illető személy valójában tisztában van-e azokkal vagy sem. A joggazdaságtani elemzés kiindulópontja itt tehát a felek közötti információcserétől független, feltételezett, *reasonable man*-féle tudás kell hogy legyen; ennek a *reasonable man*-féle tudásnak a „megszerzése” a szerződő felek számára ugyanis költségekkel jár.

b) A szerződésszegés szokatlan kárkövetkezményei, ha előreláthatóak, azokat a szerződésszegő megtéríteni tartozik. A szerződő felek közötti aszimmetrikus információs helyzetben az előreláthatósági szabály szerint csak azokat a károkat kell a károsultnak viselnie, amelyekről ő tudott, tudhatott, de a szerződésszegő nem. A joggazdaságtan szerint tehát a szerződésszegőnek csak akkor nem kell megtérítenie a szerződő partnere kárát, ha a károsult információs előnyben volt. A szerződő feleket a szokatlan szerződési kockázatok feltárására ösztönöző hatása okán elemzi a joggazdaságtan az előreláthatósági korlátot úgy mint információ-átadást ösztönző szabályt.

c) A szó szoros értelemben vett előreláthatatlan események esetében azokat a

¹³⁸ A szokásos károk *per se* megtérítésének szabálya alól kivétel a *The Achilles*-ítéletben kimondott tétel, mely szerint a bíró az előreláthatósági korlát mint diszpozitív szabály alkalmazása során – ha indokát látja – egy további „tesztet” (*assumption of responsibility*) is felhívhat a megtérítendő károk mértékének korlátozására. Részletesebben lásd a 2.2. pontban foglaltakat.

károkat is a károsultnak kell viselnie, amelyekről egyik szerződő fél sem tudhatott. A joggazdaságtani elemzés alapja itt pedig a szerződő felek kölcsönös tájékozatlansága, vagyis az – a deliktális jogviszonyokban is jellemző – helyzet, amikor az információhiány kétoldalú. Az előreláthatósági szabályt nem helyes tehát kizárólag úgy értelmezni, mint információ-átadást ösztönző szabályt, mert mint minden szerződési jogi szabálynak, így az előreláthatósági korlátnak is jogpolitikai célja a szerződési kockázatoknak (úgy általában, s nemcsak a szokatlan károkat tekintve) a szerződő felek közötti elosztása.

3) Az okozatosságot illetően pedig rá kell mutatni arra, hogy a kártérítés korlátozása körében a joggazdaságtani munkák jellemzően a deliktális jog kapcsán foglalkoznak az okozatosság kérdésével. A szerződésszegési kártérítési jog joggazdaságtani elemzésekor a modellalkotás során tekintettel kell lenni azonban arra, hogy a szerződésszegési jogban az okozatosság szerepe vagy csak a ténybeli okozatosságra szűkül, vagy ha emellett a kártérítés korlátozásában jogi okozatossági szempontok is érvényesülnek, azok szerepe kevésbé meghatározó, mint a deliktális jogviszonyokban. A joggazdaságtan szerint az előreláthatósági korlát és a jogi okozatosság (adekvát kauzalitás, *proximate causation*) is tartalmukat tekintve az előreláthatóság normatív problémájaként írhatók le. Az előreláthatósági korlát és az adekvát kauzalitás összehasonlító elemzéséhez, a szerződésszegési kártérítési joghoz kapcsolódóan felállítandó modellek megalkotásakor pedig tekintettel kell lenni mind a jogalanyokkal szemben támasztott mérce, mind az előreláthatóság referencia-időpontjának (*Mikor kell előrelátni a kárt?*) különbözőségére.

KISS GYÖRGY*

FOGLALKOZTATÁS GAZDASÁGI VÁLSÁG IDEJÉN – A MUNKAJOGBAN REJLŐ LEHETŐSÉGEK A MUNKAJOGVISZONY TARTALMÁNAK ALKÚTÁSÁRA (JOGDOGMATIKAI ALAPOK ÉS JOGPOLITIKAI INDOKOK)**

A munkajogviszony tartam jogviszony, és tartalmát az alá- fölérendeltség jellemzi. Az előbbi következménye, hogy a munkaszerződés megkötésekor fennálló körülmények később alapvetően megváltozhatnak. Az utóbbi a munkavállaló jogállását védő normák megjelenését hozta magával. Ebben a közegben a pacta sunt servanda és a clausula rebus sic stantibus elveinek különös jelentése és jelentősége van. A munkáltatói és a munkavállalói érdekek közelítésére a napjaink munkajoga a „flexicurity” különféle eszközeihez fordul, kevés sikerrel, különösen a válság időszakában. A munkajog kénytelen a polgári jog egyes elemeinek használhatóságát jobban kiaknázni, ami úgy tÚnik, nem feltétlenül esik neheze-re. Ennek egyik eleme a munkajogviszony feltételeinek szerződéses felhatalmazáson alapuló egyoldalú alakítási lehetősége a munkáltató által. Ez a módszer azonban rendkívül veszélyes lehet, ugyanis erősítheti a munkavállaló alárendeltségét, pedig a cél korántsem ez. Néhány ország jogalkotása és jogalkalmazása kimunkálta az ellensúlyokat, amelyek között jogdogmatikai és jogpolitikai elemek is megtalálhatóak. A magyar munkajogban is kézenfekvő lett volna egy újfajta rugalmasság és biztonság kialakítása, hiszen az új Mt. erre lehetőséget adhatott volna. Ezt azonban a hazai jogalkotás elmulasztotta. Ennek egyik oka, hogy a jogalkotó megmaradt a hagyományos munkajogi intézményrendszer alkalmazása mellett, így rugalmassága és ezzel párhuzamosan a munkavállaló védelmét szolgáló korlátok sporadikusak. Mindehhez párosul a kollektív munkajog normáinak lex imperfecta jellege. Egy új rendszerű rugalmassági-biztonsági intézményrendszer kialakítása feltétlenül szükséges, azonban ehhez a munkajog és a polgári jog kapcsolatrendszerének újbóli áttekintésére van szükség, valamint a munkajog egyes elemei koherenciájának megteremtésére, jogpolitikai „érzelmek” nélkül. A tanulmány bemutatja néhány ország ezirányú megoldását, elemzi a magyar munkajog eddigi erőfeszítéseit, jelenlegi állapotát. A szerző végezetül kísérletet tesz a munkajogviszony feltételeinek előzetes megállapodáson nyugvó, „egyoldalú” alakítási modelljének a felvázolására.

* D.Sc. egyetemi tanár, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 7622 Pécs, 48-as tér 1. E-mail: kiss.gyorgy@ajk.pte.hu.

** A tanulmány a Magyar Tudományos Akadémia Támogatott Kutatócsoport keretében készült [2011TK1435]. MTA–PTE Összehasonlító és Európai Foglalkoztatáspolitikai és Munkajogi Kutatócsoport; MTA–PTE Research Group of Comparative and European Employment Policy and Labour Law. A kutatócsoport vezetője: Dr. Kiss György egyetemi tanár D.Sc. A kéziratot a szerző az egyes törvényeknek az új Polgári Törvénykönyv hatálybalépésével összefüggő módosításáról szóló 2013. évi CCLII. törvény kihirdetése előtt adta le.

A tanulmány a munkajogban rejlő azokat az eszközöket vizsgálja, amelyek a tartós munkajogviszony tartalmának alakításában szerepet játszhatnak, biztosítva a rugalmasságot és biztonságot. A munkaszerződés megkötésének egy adott pillanathoz való kötöttsége és a munkajogviszony szükségszerűen tartam jellege (*Dauerschuldverhältnis*) különös jelentést és jelentőséget ad a *pacta sunt servanda* és a *clausula rebus sic stantibus* elveinek. A munkajogviszony jellegéből következően nem a jogviszony alakításának ténye, hanem módja vet fel időről időre újabb kérdéseket. A probléma korábban úgy fogalmazódott meg, hogy ebben a kötelemben milyen felhatalmazás alapján és milyen korlátokkal érvényesülhet az egyoldalú teljesítés-meghatározás. Ennél lényegesebb azonban, hogy az egyoldalú teljesítés-meghatározás – mint a munkavállaló magatartásának munkáltató általi konkretizálása – milyen jogalapi feltételekkel változhat át a munkafeltételek „egyoldalú” alakításává. Másképpen kérdezve: lehetséges-e feltételhez kötött, megállapodáson alapuló munkáltatói alakító döntési hatalom, és amennyiben igen, milyen korlátokkal?

1. DOGMATIKAI-TÖRTÉNETI KIINDULÁSI PONT: A MUNKAJOG MINT A MAGÁNJOG RÉSZE

A munkajog és a magánjog kapcsolata nem volt egyértelmű a munkajog rövid fejlődéstörténete során. Korszakonként és ideológiánként különböző tartalmú viták lángoltak fel, majd hunytak ki, elsősorban a német, illetve a német orientációjú jogokban.¹ A munkajog jogrendszerbeli meghatározása nem önmagáért való, és a jogdogmatikai, valamint különösen a jogpolitikai bizonytalanságok következményei napjainkig éreztetik hatásukat.² A munkajog és a magánjog kapcsolatának tisztázá-

¹ Hugo SINZHEIMER: *Über Grundgedanken und die Möglichkeit eines Einheitsarbeitsrechts in Deutschland*, in *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie* (Frankfurt am Main: Europa Verlag 1922, 1976); uő.: *Otto von Gierkes Bedeutung für Arbeitsrecht*, in *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie* (Frankfurt am Main: Europa Verlag 1922, 1976); uő.: *Grundzüge des Arbeitsrechts* (Jena: Fischer 1927). Az osztrák jogban lásd Gustav RÜMELIN: *Dienstvertrag und Werkvertrag* (Tübingen: J. C. B. Mohr 1905); Emanuel ADLER: *Der Arbeitsvertrag im Entwurfe einer Novelle zum A.B.G.B.* (Wien: Manzsche 1908).

² Összefoglaló jelleggel lásd erről Franz BYDLINSKY: *Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht* (Wien – New York: Springer 1969). Lásd még Theo MAYER-MALY: „Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung” *Juristenzeitung* 1965/1. 205–209; Hans FLORETTA: *Zentrale Probleme der Kodifikation des österreichischen Arbeitsrechts* (Wien: Manzsche 1967). Utalok továbbá az individuális munkajog kodifikálására irányuló törekvésekre, amelyeknek egyik lényeges pontja volt a BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) szabályainak alkalmazhatósága vagy elvetése. Lásd „*Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches – Allgemeines Arbeitsvertragsgesetz*” (Herschel-féle tervezet 1969). A tervezet záró rendelkezése rögzítette, hogy a BGB-ben szabályozott szolgálati szerződés a tervezetben szabályozott munkajogviszonyra nem alkalmazható, kivéve, ha a tervezetből, illetve az adott munkajogviszony sajátosságaiból más nem következik. Az 1992. évi *Juristentagra* készült újabb tervezet [*Neue Juristische Wochenschrift*, 1992/38] is több ponton eltér a hatályos munkajogi szabályoktól, de a BGB jogintézményeitől is, a tervezet alkotói mintha karakterisztikusan jelezni óhajtották volna a munkaszerződés és a munkajogviszony különállását a BGB-ben szabályozott *Dienstvertrag*tól. Végezetül a *Preis-Henssler*-féle tervezet (2006–2007) értelmében: „*Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, gelten die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.*”

sa elsősorban azért lényeges, mert a munkajognak tulajdonított számos jogintézmény dogmatikai alapja a tradicionális magánjogban rejlik. Az uralkodó álláspontot kifejező konklúzió az, hogy mivel a munkajog a magánjog része, ezért „a munkajogban nem a magánjogi elvek érvényesülését, hanem egyes területeken azok hiányát kell indokolni”.³ Arra a kérdésre azonban ritkán kapunk egyértelmű választ, hogy a magánjog mely elveiről és főképpen mely szabályairól van szó, ugyanis a hivatkozott dogmatikai tétel – nevezetesen: a munkajog a magánjog természetes része – a magánjogi szabályozás szintjén a jogrendszerek többségében, némi túlzással és leegyszerűsítéssel jószerével megrekedt a kezdeteknél. Az európai magánjogi fejlődést megalapozó magánjogi kódexek ezt tekintve lényegüket illetően alig változtak hosszú évtizedek óta, miközben az elkülönült munkajogi normaanyag – még a második világháborút közvetlenül követő viszonylagos dereguláció éveiben is⁴ – hatalmasra duzzadt.⁵

Ebben a tanulmányban csak a szükséges mértékig érintem, hogy a munkajog jogrendszerbeli meghatározását még bonyolultabbá tette a kollektív munkajog rendszere. Jogi természetét illetően ugyanis a kollektív munkajognak szinte egyik intézménye sem egyértelmű. A munkajog azonban csak az individuális és a kollektív elemek korrelációjában képzelhető el. A megítélésbeli bizonytalanságra álljon itt néhány példa. Az ún. koalíciós-tarifális rendszer, és ezen belül különösen a kollektív szerződés funkciója és jogi természete felveti az egyéni és a kollektív autonómia primátusának kérdését, amely e tanulmánynak is az egyik vizsgálandó területe.⁶

³ Lásd erről Reinhard RICHARDI: *Das Arbeitsrecht als Teil der sozialen Ordnung in Münchener Handbuch Arbeitsrecht* (München: C. H. Beck 1992) 2. § 1 RdNr. 26; uő.: „Arbeitsrecht als Sonderprivatrecht oder Teil des allgemeinen Zivilrechts” in Gebhard KÖBLER [et al.] (szerk.): *FS für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag* (München: C. H. Beck 2000) 957–972.

⁴ Különösen az angolszász szabályozást illetően lásd Otto KAHN-FREUND: „Legal Framework” in Allan FLANDERS – Hugh CLEGG (szerk.): *The System of Industrial Relations in Great Britain* (Oxford: Blackwell 1954); Paul DAVIES – Marc FREEDLAND: *Labour Legislation and Public Policy* (Oxford: Clarendon Press 1993) 526–663.

⁵ A tradicionális magánjogi gondolkodás magától értetődőnek tartja, hogy a magánjog intézményrendszere kiterjed a munkajogra is, azonban a fogalomképzés számos területen nem követi a munkajog struktúrájának mennyiségi bővülését és minőségi átalakulását. Ez természetes, hiszen e problémának a megoldása nem a klasszikus magánjog feladata, nem a magánjogi kódexek tárgykörébe tartozik. Ennek az állapotnak a reakciójaként jelennek meg időről időre a munkajog önállóságát hirdető nézetek. Kétségtelen, hogy a magánjog elvei és intézményei nem minden területen alkalmazhatók a munkajogban, ugyanis időközben kialakult az a sajátos fogalom- és normarendszer, amely lehetővé tette egyes magánjogi elemek felváltását. Paradox módon a munkajog intézményrendszere éppen az említett – relative önálló – területeken a leglabilisabb, ugyanakkor az integrálási törekvésekkel szemben mégis a legellenállóbb. Ez azonban még nem szolgálhat alapul a munkajog és a magánjog elkülönítésére, előbbit valamiféle közjogi szociális jogként feltüntetve.

⁶ Az európai munkajogi kultúrában – legalábbis gyökereiben – alapvetően az egyéni önrendelkezés, az ún. individuális magánautonómia prioritása figyelhető meg. Egyes értelmezések szerint ezt tükrözi a német *Tarifvertragsgesetz* § 4 Abs 3. A normaszöveg az alábbi: „Eltérő megállapodások csak abban az esetben engedhetők meg, amennyiben a kollektív szerződés teszi lehetővé, vagy az eltérés a munkavállaló javára történik.” Mások ugyanebből a formulából a kollektív önrendelkezés alakító hatásának elsőbbségét emelik ki. Lásd erről Kurt BIEDENKOPF: *Die Grenzen der Tarifautonomie* (Karlsruhe: Müller 1964); Claus-Wilhelm CANARIS: „Die Allgemeinen Arbeitsbedingungen im Schnittpunkt von Privat- und Kollektivautonomie” *Recht der Arbeit* 1974/1. 18–26; Hans MERZ: *Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit* (Karlsruhe: Müller 1970); Dieter

Nehéz kategorizálni magánjogi megközelítésben az „üzemi alkotmányjog” intézményét, különös tekintettel a felmondhatatlan *Betriebsverhältnisa*.⁷ Végezetül utalok a munkaharc problematikájára (*Arbeitskampf, industrial action, grève, sciopero*). A munkaharc a nemzetközi alapjogi, munkaügyi dokumentumokból kiolvashatóan egyetemes alapjog,⁸ többen ugyanakkor – a sztrájk jogalapját és jogi természetét kutatva – azt a kérdést teszik fel, hogy milyen okból válhat alapjoggá egy olyan intézmény, amely végeredményben a nyílt konfrontációra alapoz.⁹

A munkajog tárgya a más részére történő ún. függő vagy önállótlan munka.¹⁰ Ez a jellegzetesség megköveteli annak magyarázatát, hogy a más részére történő munkavégzés jogviszonyai közül a munkajogviszonynak a szubordináció miatt *differentia specifica*, míg másokban nincs jelen. Egyáltalán lehet-e az alá- fölérendeltségre olyan magyarázatot adni, amely egy magánjogi jogviszonyban egyrésről elfogadhatóvá teszi ezt a *status quot*, másrésről igazolja a felek mozgásterét, különös tekintettel a munkáltató teljesítés-meghatározási, valamint jogviszony-alakítási hatalmára, beleértve annak korlátait.¹¹ Az alá- fölérendeltség feltételezi a gyengébb fél védelmét, ugyanakkor korántsem mindegy, hogy ezt milyen eszközökkel kívánja a jogalkotó elérni. Abban az esetben ugyanis, amennyiben a munkajogot nem tekintjük a magánjog rendjébe tartozónak, közjogi korlátozások túlsúlya

REUTER: „Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie” *Recht der Arbeit* 1991/4. 193–204; Franz-Jürgen SÄCKER – Hartmut OETKER: *Grundlage und Grenzen der Tarifautonomie* (München: C. H. Beck 1992); Manfred WEISS: „Zum Verhältnis von Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht” in Simon DIETER – Manfred WEISS (szerk.): *Zur Autonomie de Individuums, Liber Amicorum Spiros Simitis* (Baden-Baden: Nomos 2000); Wolfgang ZÖLLNER: „Privatautonomie und Arbeitsverhältnis” *Archiv für die civilistische Praxis* 1976/176. 221–246. Álljon itt összehasonlításképpen az új-zélandi *Employment Contract Act* (1991) vonatkozó szövege: „Amennyiben létezik alkalmazható kollektív szerződés, az érintett munkavállalók és a munkáltató egyéni munkaszerződés alapján csak abban az esetben térhet el, amennyiben az nem ellentétes az alkalmazható kollektív szerződésben foglalt feltételekkel.” Section 19 Sub 1.

⁷ Ennek elemzését lásd Franz-Jürgen SÄCKER „Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsvereinbarungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis” *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1972/1. 41–56; Otto Rudolf KISSEL: „Das Spannungsfeld zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag” *Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht* 1986/3. 73–80.

⁸ Lásd többek között a *Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának* 8. cikkét, a *Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának* 22. cikkét, az ILO 87, 98. számú egyezményét, az *Európai Szociális Charta* 6. cikk (4) bek.-ét, a *Közösségi Charta a Munkavállalók Alapvető Szociális Jogairól* 13–14. cikkét, az *Európai Unió Alapvető Jogok Európai Chartája* 28. cikkét.

⁹ Eduard PICKER: *Die Regelung „der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen” – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip?* (Köln: Carl Heymanns 1988) 15–29.

¹⁰ „Az egyéni munkavállaló függősége a munkajog alaptényállása.” Lásd Reinhard RICHARDI: *Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses* (München: C. H. Beck 1968) 1.

¹¹ Eduard BÖTTICHER: *Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht* (Berlin: Walter de Gruyter & Co. 1964); Ulrich PREIS: *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht* (Neuwied: Luchterhand 1993) 37–50, 51–85; Walter BÖTTNER: *Das Direktionsrecht des Arbeitgebers* (Marburg: Elwert 1971); Alexander BÖKER: *Das Weisungsrecht des Arbeitgebers* (Frankfurt am Main: Athäneum 1971); Rolf BIRK: *Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht* (Köln: Carl Heymanns 1973) 23–79; újabban Thomas MENTZEL: *Die Änderung von Arbeitsbedingungen kraft Direktionsrecht oder im Wege voran konsentierter Änderungsverträge* (Hamburg: Verlag Dr. Kovač 2003).

következik be, amelynek következtében az egyensúly fenntartása nem a szerződés elv alapján történik. Egy ilyen megoldás a munkajogot közjoggá alakítja, számos zavart és feszültséget hordozva magában.

Az alá- fölérendeltség szerződéses alapozásának (*Vertragsprinzip*) az igazolása azért is szükséges, mert a munkajogviszony tartam jellegéből adódóan a munkaszerződés jogviszony-alakító szerepének a jelentősége látszólag háttérbe szorul.¹² Úgy tűnhet, hogy a munkaszerződés csupán, mint *causa* lényeges, a jogviszony teljesítéskori formálásában már vajmi csekély a szerepe, vagy egyáltalán nincsen. A jogviszonyt alapító szerződés alakító szerepe a tartam jogviszony esetében, mint hivatkozási alap azért lényeges, mert az ilyen típusú jogviszonyban a szinallagma egzakt meghatározása – eltérően általában a csere típusú szerződésektől – általában nem jár sikerrel.¹³ Ezzel összefüggésben elegendő utalni a *Sinzheimer* nevével jelzett iskola által felállított sajátos kölcsönösségre.¹⁴ A munkajogviszony ún. személyiségi-közösségi jellegének előtérbe kerülése kétségtelenül pozitív lendületet adott a munkajog későbbi dogmatikai fejlődésének, azonban anakronisztikus vonásai miatt káros is volt. A későbbi kritika találóan mutat rá, hogy „az a tézis, amely szerint a munkajog egységes rendszere csak akkor jöhet létre, ha a munkajog sajátos fundamentumából, a függőségből, és nem »a munkajogtól idegen szabadságposztulátumból« indulunk ki – végzetes tévedés volt”.¹⁵

A munkajogviszony tartalmát jellemző alá- fölérendeltség által indukált munkáltatói döntési hatalom igazolására több elmélet született. A munkajogviszony jelzett sajátosságainak hatásait elemzi Wank, aki a munkajogviszonyt olyan *Äquivalenzverhältnis*-nek nevezi, amely tág teret biztosít a munkáltatónak a jogviszony tartalmának befolyásolására a teljesítés folyamatában.¹⁶ A német jogban ezt az *einseitige Leistungsbestimmung*, illetve *Leitungsmacht* elnevezéssel illetik.¹⁷ E megnevezésekkel összefüggésben már most fel kell hívni a figyelmet egy döntő distinkcióra. A teljesítés munkáltató általi meghatározása nem a munkajogviszony alapvető feltételeinek a megváltoztatását jelenti, hanem a teljesítés konkretizálását, amely

¹² Rolf BIRK: „Aktuelle Probleme arbeitsrechtlicher Leitungsmacht” in Hans G. LESER (szerk.): *Arbeitsrecht und Zivilrecht in Entwicklung; Festschrift für Hyung-Bae Kim* (Berlin: Duncker & Humblot 1995) 25–25.

¹³ Lásd ezzel összefüggésben Ulrich PREIS: *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht* (Neuwied: Luchterhand 1993) 31–32; Michael HOMMEL: „Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung für Dauerschuldverhältnisse” *Neue betriebswirtschaftliche Forschung* Bd. 96. (Wiesbaden: Gabler Verlag 1992); Otto HARTMUT: *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik* (Tübingen: Mohr 1993).

¹⁴ Lásd SINZHEIMER (1. lj.) *Grundzüge*, 7–9.

¹⁵ Reinhard RICHARDI: „Der Arbeitsvertrag im Zivilrechtssystem” *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1988/7. 231.

¹⁶ Rolf WANK: „Einvernehmliche Änderung von Arbeitsbedingungen” in Wolfgang HROMADKA (szerk.): *Änderungen von Arbeitsbedingungen* (Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft 1990) 40–41.

¹⁷ Alfred SÖLLNER: *Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis* (Wiesbaden: Verlag der Wissenschaften und der Literatur in Mainz in Kommission bei Franz Steiner Verlag GmbH. 1966); BIRK (11. lj.); BIRK (12. lj.) 25–34; Klaus ADOMEIT: *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche* (Berlin: Duncker & Humblot 1969); uő.: *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht* (München: C. H. Beck 1969).

alapvetően a szerződésből vezethető le. Ettől eltérően a munkáltató alakítási joga (*Gestaltungsrecht*) ennél minőségében tágabb kört ölel fel. Ez a megkülönböztetés a magyar munkajog szempontjából is fontos. A különbség a két jogrend között abban áll, hogy míg a német jogban a *Weisungsrecht*, *Direktionsrecht* jogalapjának meghatározása és korlátainak megvonása jogdogmatikai probléma, addig a magyar munkajogban a konkretizálási hatalom mintegy *ex lege* jelentkezik – legalábbis a jogalkotó koncepciójában –, és korlátaikat is törvény határozza meg.

Az angolszász jogokban jószerével a *managerial prerogative*¹⁸ ideája szolgál a munkáltatói hatalom megjelölésére. Ennek lényege abban áll, hogy amiben a felek a munkaszerződésben nem állapodhattak meg, mert nem voltak azoknak a jövőbeli ismereteknek a birtokában, amely a megállapodás alapjául szolgálhatott volna, mintegy átkerül a munkáltató döntési hatalmába.¹⁹ A munkavállaló gyakorlatilag azt vállalja, hogy elismeri a munkáltató teljesítés-alakítási hatalmát. Ez a fajta *prerogative power*, illetve a neki megfelelő munkavállalói engedelmesség és kötelesség, végeredményben a *common law*-ban gyökerezik. A *managerial prerogative* a munkáltatónak rendkívül széles alakítási lehetőséget nyújt, mind a munkavállaló javára, mind terhére. Lényeges azonban, hogy ennek a mégoly széles körű döntési hatalomnak is korlátot szab a munkaszerződés. Mindebből következően a munkaszerződés és a különféle belső szabályzatok tartalmán rendkívül sok múlik, elsősorban azon, hogy a munkaszerződés tartalma mennyire részletes, illetve milyen megállapodási területek hiányoznak belőle.²⁰ Az angol jogban ismert alakítási hatalmat tekintve is lényeges a német jogban ismert distinkció az egyoldalú teljesítés-meghatározás és a jogviszony tartalmát alakító jog vonatkozásában.

A munkajogviszony tartalmának a teljesítés folyamatában történő alakítási lehetősége a foglalkoztatáspolitikai szempontjából sem elhanyagolható. A gazdasági válságok időszakában több országban előtérbe kerülnek a foglalkoztatás rugalmasságát elősegítő megoldások.²¹ Ezek alapvetően az atipikus foglalkoztatási módszereket preferálják, jobb esetben elősegítve az átjárhatóság lehetőségét. Ezt mutatja többek között a holland²² és a spanyol²³ munkajogi szabályozás legújabb fejlődés-

¹⁸ John STOREY: *Managerial Prerogative and the Question of Control* (London: Routledge & Kegan Paul 1983); Harold B. BERGEN: „Managerial Prerogatives” *Harvard Business Review* 1940/ March. 275–284; Sommer H. SLICHTER – James J. HEALY – Robert E. LIVERNASH: *The Impact of Collective Bargaining on Management* (Washington D. C.: The Brookings Institute 1960). Lásd továbbá: *Royal Commission on Trade Unions and Employers’ Associations 1965 – 1968*, Report (Donovan Report) (London: Her Majesty’s Stationery Office 1969); Morris STONE: *Managerial Freedom and Job Security* (Westport, Connecticut: Greenwood Press Publishers 1982).

¹⁹ Simon DEAKIN – Gillian S. MORRIS: *Labour Law* (London: Butterworths 1998) 236–237.

²⁰ Lásd DEAKIN–MORRIS (19. l.) 236.

²¹ Európai összehasonlításban lásd Daniel VAUGHAN-WHITEHEAD (szerk.): *Work Inequalities in the Crisis; Evidence from Europe* (Cheltenham – Northampton: Edward Elger; Geneva, Switzerland: International Labour Office 2011).

²² Bernd WAAS: *Modell Holland – Flexibilität und Sicherheit im Arbeitsrecht der Niederlande* (Baden-Baden: Nomos 2003); Van Herma VOSS: *Wet flexibiliteit en zekerheid* (Dewenter: Kluwer 1988).

²³ Victor AGUIRREGABIRIA – César ALONSO-BORREGIO: „Labor Contracts and Flexibility: Evidence from a Labor Market Reform in Spain” *Working Paper 09–18 Economic Series February* (Universidad Carlos III de Madrid 2009); Javier POLAVIEJA: „Flexibility or Polarization? Temporary Employment

története. Más országokban az ún. *active labour policy* egyéb változatai ismertek.²⁴ A tapasztalatok azonban azt támasztják alá, hogy ezek a rendszerek – minden átmeneti hatékonyságuk ellenére – éppen a gazdasági válság időszakában válnak bizonytalanná.²⁵

A munkajogviszony teljesítésének tartama alatti külső változások által indukált feszültségek kiküszöbölésére vagy legalábbis enyhítésére több lehetőség is kínálkozik. Az egyik a kógens normák révén meghatározott munkáltatói magatartás kötelezővé tétele, illetve tilalmak bevezetése. A közelmúlt hazai foglalkoztatáspolitikájából, illetve munkajogi szabályozásából jó példa erre az ún. elvárt béremelés intézménye,²⁶ vagy a köztulajdonban lévő gazdasági társaságok takarékosabb működéséről szóló normaanyag.²⁷ Ezek a megoldások a közjog területére tartoznak, célszerűségük, hatékonyságuk megkérdőjelezhető. A munkajog környezetében ugyanis a piac változik meg, amelynek magától értetődően része a munkaerőpiac is. A vizsgálandó kérdés ezért az, hogy a munkajog rendelkezik-e olyan magánjogi eszközökkel, amelyekkel ezekre a változásokra a munkáltató és a munkavállaló számára is elfogadható megoldást lehet kimunkálni.

A kérdésre adandó válasz előtt azonban röviden érinteni kell a szubordináció jogi természetét, immár a magánjog és a munkajog összetartozása szemszögéből. A munkajog léte végeredményben a „szabad munkaszerződés” (*freier Arbeitsvertrag*) megszületésének köszönhető, amely a közjogi megközelítés helyett szabad utat engedett a szerződéses szabadság eszméjének, és ezzel a magánjog érvényesülésének.²⁸ Ezzel együtt azonban a magánjog rendjében megjelent egy olyan imparitás, amely a szerződés, majd a teljesítés folyamatában a jogviszony – ha a fejlődés e korai fázisában ez a különbségtétel megtehető egyáltalán – alakítását az egyik fél hatalmába adta. Ez az egyenlőtlenség, amelyből egyenesen követke-

and Job Tasks in Spain” *Socio-Economic Review* 2003/3. 233–258; Katrin GOLSCH: „Employment Flexibility in Spain and its Impact on Transitions to Adulthoods” *Work, Employment & Society* 2003/17. 691–718.

²⁴ Kongshøj MADSEN: „The Danish Model of ‘Flexicurity’ – a Paradise with some Snakes” (Brussels: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions 2002); Anne DAGUERRE – David ETHERINGTON: „Active Labour Market Policies in International Context: What Works Best? Lessons for the UK” *Department for Work and Pensions Working Paper* 2009/59; Jochen KLUWE: „The Effectiveness of European Active Labour Market Policy” *RWI Discussion Papers (Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsordnung)* 2006/February; *Labour Economics* 2010/17. 904–918; Lars CALMFORS: „Active Labour Market Policy and Unemployment – a Framework for the Analysis of Crucial Design Features” *OECD Economic Studies* Spring 1994/22. 7–47.

²⁵ Az ILO (Nemzetközi Munkaügyi Szervezet) tanulmánya kiemeli, hogy pl. Spanyolországban az állásukat elvesztők kilencven százaléka a munkaerő-kölcsönzés keretében foglalkoztatottak köréből került ki. Kétségtelen ugyanakkor, hogy a foglalkoztatás módszereitől függetlenül, a válság másik nagy vesztesei a fiatalok, a pályakezdők, illetve a reménybeli pályakezdők voltak. VAUGHAN-WHITEHEAD (21. lj.) 27–35, 393–444.

²⁶ Lásd az elvárt béremelés végrehajtásával és a foglalkoztatással összefüggő egyes törvények módosításáról szóló 2012. évi XXI. tv.-t.

²⁷ Lásd a köztulajdonban lévő gazdasági társaságok takarékosabb működéséről szóló 2009. évi CXXII. tv.-t.

²⁸ Hedemannra hivatkozva: „die zivilistische Seite der Gewerbefreiheit ist die Vertragsfreiheit.” Lásd RICHARDI 2000 (3. lj.) 964–965.

zett az egyes munkavállaló tartós függősége, gyakorlatilag kiszorította a szerződés elvét (*Verdrängung der Vertragsorientierung*), amely azért is ellentmondásos, mert ebben a relációban a függőség alapja maga a szerződés volt.

A függőség szerződéses alapozása ugyanakkor – legalábbis a kezdetekkor a *master-servant* jogviszonyában sem volt kétséges. Locke *Two Treaties of Government* című munkájában szinte a modern munkajog egyik sarokkövét fogalmazza meg. Rögzíti, hogy a szabadság egyik jellegzetes megnyilvánulása valamilyen tulajdon léte. Tulajdonnak minősül azonban maga a munka is, amennyiben mindenkinek „tulajdona” saját személye, és ebből következően tevékenységének eredménye.²⁹ Természetesen a *master and servant* viszonylatban az előbbinek kétségtelenül hatalma van az utóbbi felett, azonban ez a hatalom szerinte csak alkalmoszerű és nem több annál, amit a kettejük közötti szerződés tartalmaz.³⁰ A szerződés elvének látványos kiszorítása az angolszász jogban később az *at will employment* doktrínája által történt meg, amely a 19. század végére vált általánosan elismertté.³¹ Az *at will employment* mint a foglalkoztatás önkényességének doktrínája hatott a munkajogviszony tartalmának az alakíthatóságára is. Ennek egyik feszültséggel terhes szegmense volt a munkavállaló munkával történő ellátása, illetve a munkáltató erre irányuló köteleessége. A *Lagerwall v. Wilkinson, Henderson & Clarke Ltd.*³² és a *Turner v. Sawdon & Co.*³³-ügyekben a bíróság álláspontja az volt, hogy a munkáltató semmilyen körülmények között sem köteles a munkavállalót ténylegesen foglalkoztatni, a munkaszerződés csak a munkabér megfizetésére kötelezi.

A napjainkban uralkodó álláspont szerint a munkajogviszonyt jellemző alá- fölérendeltség nem jogon kívüli okokkal magyarázható – elvetve ezzel a gazdasági és a személyi függőség teóriáját –, hanem a munkaszerződés tárgyának, a szolgáltatásnak az absztrakt meghatározásával, ellentétben például a vállalkozási és a megbízási szerződés konstrukciójával.³⁴ Az alá- fölérendeltség ilyen jellegű meghatározása számos következménnyel járt. Mindenekelőtt azzal, hogy a munkáltató egyoldalú alakítási jogát – amely általában idegen a kötelemtől – magától értetődően a szerződésből vezették le, és egyben a szerződés jelenti a korlátját is. Ez azért lényeges, mert a munkajogviszony tartalmának az alakítása nem a klasszikus értelemben vett magánjogi alakító jog (hatalmasság) intézményének alkalmazása-

²⁹ John Locke: *Two Treaties of Government* [szerk. Thomas Hollis] (London: A. Millar et al. 1764); oll.libertyfund.org/titles/222.

³⁰ Locke (29. l.) 85. §.

³¹ Horace Gray Wood: *A Treatise on the Law of Master and Servant* (Albany: Buffalo William Hein and Co. 1877); Lásd még: *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908).

³² *Lagerwall v. Wilkinson, Henderson & Clarke Ltd.* (1899) 80 L.T. 55.

³³ *Turner v. Sawdon & Co.* (1901) 2 K.B.653, HC.

³⁴ Ezzel összefüggésben meg kell azonban jegyezni, hogy ennek a dogmatikai alapozásnak is létezik meghatározott gazdasági és személyi háttere. Úgy is fogalmazhatunk, hogy ez a jogdogmatikai elhatárolás csupán a jogon kívüli tényezők érvényesülésének következménye. Igaz ugyan, hogy a gazdasági vagy a személyi függőség önmagában nem feltétlenül determinálja munkajogviszony létrejöttét, de a munkajog – absztrakt megközelítésben – elsődlegesen azoknak a joga, akik nincsenek az önállóság olyan fokának birtokában, hogy ne lenne szükségük munkaerejüknek más érdekében történő hasznosítására. Kiss György: *Munkajog* (Budapest: Osiris 2005) 21.

val érvényesül, hanem az irányítás jogán keresztül (*Direktionsrecht*), amely jog-intézményi szinten mérlegelési jog.³⁵

Éppen a szerződés pillanathoz való kötöttsége és az erre a szerződésre alapított teljesítés tényleges diszkrepanciája erősítette meg a szerződés jogviszony-alakító hatását. Mivel maga a szubordináció is szerződéses alapozású, a munkáltató önkényes alakító hatalma korlátozásának megalapozásakor a jogalkalmazás nem közjogi, hanem magánjogi intézményekre hivatkozott. Mindenekelőtt azért, mert a szerződésben meghatározottak a feleket a munkajogviszony valamennyi létszakában kötik. Az angolszász jogokban az *unfair labour practice* elvei is a szerződés talaján alakultak ki és a *prohibition of unfair dismissal*, illetve a *right to justified dismissal* intézményei sem közjogi alapozásúak³⁶ annak ellenére, hogy a szerződéses rendszerbe történő ezek a beavatkozások első látásra közjoginak tűnnek. Az európai kontinentális jogban a közjogi tesztek csakhamar alkalmazták a magánjogban is, annak ellenére, hogy jogkövetkezményei a közjogtól eltérőek.³⁷ Míg a közjogban a túlzott beavatkozás tilalmának alapvető rendeltetése a már egyszer megszerzett jogállapot (*Bestandsschutz*) lehető legteljesebb védelmét jelenti, ez a fajta status quo védelem a magánjogban és így a munkajogban, számos esetben háttérbe szorul.³⁸

A korábban feltett kérdésre – nevezetesen a munkajog rendelkezik-e olyan magánjogi eszközökkel, amelyekkel a munkajogviszony tartalmát alakítani lehet – a válasz igenlő. Általában elmondható azonban, hogy a munkáltató alakítási joga jószerével a munkajogviszony tartalmának (a munkafeltételeknek) az ideiglenes megváltoztatása, átmeneti alakítása vonatkozásában került előtérbe.³⁹ Álláspontom szerint napjaink munkajogának e kétségtelenül fontos problematikája mellett, a munkajogviszony tartam jellegéből adódó új rugalmasságot és egyben bizton-

³⁵ Ebben a kontextusban hangsúlyozta Román a hazai irodalomban, hogy a munkáltató nem követel, hanem elrendel valamit. ROMÁN László: *Munkajog (Elméleti alapvetés)* (Budapest: Tankönyvkiadó 1989) 128–130. Az alakító jogról, illetve az ún. hatalmasságról lásd SZLADITS Károly: *A magyar magánjog vázlata* (Budapest: Grill 1937) I. 107; II. 39, 157.

³⁶ Hugh COLLINS – Keith D. EWING – Aileen MCCOLGAN: *Labour Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2012) 765–799. Különösen az *unfair dismissal*-t tekintve lásd uo. 800–854.

³⁷ Lásd PREIS (11. lj.) 112; Klaus STERN: *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II.* (München: C. H. Beck 1984) 861; Ernst FORSTHOFF: *Der Staat der Industriegesellschaft* (München: C. H. Beck 1971) 137–140; Peter LERCHE: *Übermaß und Verfassungsrecht* (Köln: Heymann 1961) 19.

³⁸ Jó példa erre a Tanács 98/59/EK irányelve a csoportos létszámcsökkentésre vonatkozó tagállami jogszabályok közelítéséről. Ez az irányelv nem ún. *job-security*, illetve rendeltetése közvetlenül nem a munkavállalói jogállás védelme (*protection of legal status of employee*), hanem alapvetően eljárási jellegű, a felek közötti kollektív konzultációt szolgálja. Catherine BARNARD: *EC Employment Law* (Oxford: Oxford University Press 2006) 672–684. Az egyéni munkajogviszony munkáltató általi megszüntetésének jogkövetkezményei sem támasztják alá az intézmény feltétlen jogállás-védelmi rendeltetését. Így a jogellenes munkáltatói felmondás az EU-tagállamok egy részénél a továbbfoglalkoztatás jogkövetkezményével jár meghatározott feltételek mellett, másik részénél prioritást élvez a kompenzáció, elsősorban a kártérítés. Lásd *Termination of Employment Relationship – Legal Situation in the Member States of the European Union* (Brussels: European Commission Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D2 April 2006); Barbara KRESAL (szerk.): *Termination of Employment Relationship* (Brussels: European Commission 2007).

³⁹ A hazai munkajogban lásd erről ROMÁN László: *A munkáltatói utasítási jog alapproblémái* (Budapest: KJK 1972).

ságot – azaz az egyensúly megteremtésének az eddigiektől eltérő módszereit – kell kimunkálnia, különösen a gazdasági válság idején. Ez a munkajogviszony tartalmának nem rövid időtartamra szóló megváltoztatását jelentheti csupán, hanem akár egy viszonylag hosszabb időtartamú változásra is lehetőséget teremtene, kelendő biztosítékokkal. Az eddigi tapasztalatok szerint ennek érdekében alapvetően két – jogi természetükben egymáshoz közel álló – eszköz állt, illetve áll napjainkban is a munkajog rendelkezésére. Az egyik a válság esetén a munkaszerződések módosítása, akár valamilyen klauzula beépítésével. A másik lehetőség a munkajogviszony alakításának biztosítása egy ún. előzetes megállapodással.⁴⁰

Előzetesen a munkaszerződés és a munkajogviszony tartalmi különbségét indokolt megvizsgálni abból a szempontból, hogy a munkaszerződés mennyiben képes befolyásolni a rajta kívül álló jogviszony-alakító tényezőket, különös tekintettel a kollektív megállapodásokra.

2. A MUNKASZERZŐDÉS ÉS A MUNKAJOGVISZONY MEGKÜLÖNBÖZTETÉSÉNEK SZÜKSÉGESSÉGE

A munkaszerződés olyan jogviszonyt alapít, amelyben megadja a felhatalmazást a munkáltatónak a munkafeltételek konkretizálására, azonban egyben megvonta annak korlátait is. A modern munkajogviszony fokozatos kialakulásának első fázisában a jogalkotónak – azon túl, hogy az egyéni szerződések világát csak óvatosan és fokozatosan érintette – abban a kérdésben kellett döntést hoznia, hogy áthelyezi-e az egyéni szerződéses autonómiát kollektív szerződéses relációkra. Ennek a folyamatnak a politikai nehézségeken túl fel kellett lazítania a tradicionális szerződési szabadság dogmatikáját. *Qui dit contractuel dit juste* elve már azt a kérdést foglalta magában, hogy valójában ki mond szerződést.⁴¹ Ez a folyamat végeredményben nem volt más, mint a munkaszerződés egy meglehetősen sajátos evolúciója. A szerződő fél jogi megközelítése ugyanis csak a korai szerződési rend absztrakciójának hiánya miatt lehetett individuális szemléletű, amely csakhamar háttérbe szorult. Az alapjogok szintjén megjelenő koalíciós szabadság eszméje magánjogi megközelítésben új minőségű szerződéses jogalany megjelenését jelentette, továbbá a technológia fejlődésével – egyes területeken akár e nélkül is, önmagában a munka jellege miatt – előtérbe került vagy kizárólagossá vált a kollektív teljesítés, és így megjelentek a kollektív jogok.

Mi az új jogalany jogi természete, be lehet-e illeszteni a kötelmi rendszerbe? Továbbá: milyen jogi természetű megállapodást kötnek a felek? Ezek a kérdések először egy individuális szerződéses autonómia eszmekörében merültek fel, azonban gyorsan túl is lépték ezt a keretet, és a hangsúly áttevődött a kollektív relációkra. Lett két eltérő típusú jogalany, két megállapodásfajta, nevezetesen egy individuális és egy kollektív. Amennyiben a munkajogot továbbra is a magánjog részének tekint-

⁴⁰ Lásd MENTZEL (11. lj.).

⁴¹ Bruno VENEZIANI: „The Evolution of the Contract of Employment” in Bob HEPPLÉ (szerk.): *The Making of Labour Law in Europe* (London – New York: Mansell 1986) 31–72.

jük, az egyéni munkaszerződés kiiktatása elképzelhetetlen. A munkaszerződés jellegének, rendeltetésének az átalakítása ugyanakkor egyre erőteljesebbé vált. A munkajog kollektív elemeinek erősödésével párhuzamosan megtörtént egy óvatos állami beavatkozás (az ún. gyári törvényhozás), és e kettő óhatatlanul elválasztotta a munkaszerződés és a munkajogviszony tartalmát. Neumann – akár programadónak is nevezhető – tanulmányában a munkaszerződésből önmagában nem levezethető szociális elvek kikényszerítését, egy sajátos társadalmi érdekezést (Interessenidentität) kér számon a korabeli szabályozáson.⁴² Az Egyesült Királyságban a *collective laissez faire* elve érvényesülését követően⁴³ a gazdasági építkezés egyik jelentős pillére volt a Beveridge által kidolgozott *full employment policy* megvalósítása, az ehhez rendelt szükséges állami beavatkozás eszközeivel együtt.⁴⁴

Az állami beavatkozás és a munkajog kollektív elemeinek kettős hatására a munkajogviszony olyan jellegzetességekkel rendelkezett, amelyek más magánjogi kötelemből hiányoztak. Magának a munkaszerződésnek a rendeltetése ebben a korban már egy olyan jogviszony létrehozása, amely számos elemében a munkavállalót védő normát is tartalmaz. A munkajogviszony tartalma egy részének az a sajátossága, hogy a felek szerződési akaratától vagy abszolúte, vagy relatíve független. Az első esetben kögens normák határozzák meg a munkajogviszony tartalmát, így a munkaszerződés szerepe indifferens. Az utóbbi esetben viszont a kollektív autonómia befolyása érvényesül.

Ehhez jön még, hogy a munkaszerződés konkrét tartalma egyes országok jogában erőteljesebben, míg másokéban kevésbé kötött.⁴⁵ A munkaszerződés jelzett rendeltetése felveti a típuskényszer és a típusválasztás szabadsága értelmezésének a problematikáját. A munkaszerződés ugyanis éppen az alá- fölrendeltség megalapozása miatt tér el a többi magánjogi szerződéstől.⁴⁶ Ebben a kontextusban

⁴² Franz NEUMANN: „Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft” *Recht der Arbeit* 1951/1. 1–5.

⁴³ Otto KAHN-FREUND: „Legal Framework” in Allan FLANDERS – Hugh CLEGG (szerk.): *The System of Industrial Relations in Great Britain* (Oxford: Blackwell 1954) 44–46.

⁴⁴ William Henry BEVERIDGE: *Full Employment in a Free Society* (London: Allen & Unwin 1944).

⁴⁵ Jó példa erre a munka díjazásának szabályozása. A magyar, és még több közép-európai ország munkajogában a díjazás valamilyen formája, pl. az alapbér, a munkaszerződés szükséges tartalmi eleme. Ettől eltérően a BGB 612. § (2) bek.-e az alábbi rendelkezést tartalmazza: „Amennyiben a díjazás nincs meghatározva, úgy becslés alapján a becsült díjazást, becslés hiányában a szokásos díjazást kell megállapodáson alapuló díjazásnak tekinteni.” Ami a kollektív autonómiát illeti, utalunk a Bundeseisenbahneugliederungsgesetz 7. § (3) bek.-ére, amely az alábbiakat tartalmazza: „A szövetségi vasút alkalmazottainak, munkavállalóinak és tanulóinak javadalmazásait, béréit és munkafeltételeit az adott szakszervezettel megkötött kollektív szerződések szabályozzák.”

⁴⁶ Ehhez képest mellékesnek tűnik a típusválasztási szabadság és egy bizonyos korlátozott típuskényszer jogalkotásbeli kifejezése, amelynek – legalábbis fő vonalaiban – két módszere létezik. Az egyik, amely nem határozza meg a munkaszerződés tartalmi elemeit, hanem – hasonlóan a többi kötelemből – magának a jogviszonynak a tartalmáról rendelkezik. A másik megoldás tételesen kíséri meg a munkaszerződés tartalmának rögzítését, és ehhez képest ad további kritériumokat a munkajogviszony minősítéséhez. Mindenesetre az irodalomban a munkaszerződés rendeltetésének meghatározását tekintve uralkodónak tekinthető az alá-fölrendeltségre történő utalás. Kiss György: „Az új Ptk. és a munkajogi szabályozás, különös tekintettel az egyéni munkaszerződésekre” in Manfred PLOETZ – Tóth Hilda (szerk.): *A munkajog és a polgári jog kodifikációs és funkcionális összefüggései* (Miskolc: Novotni Kiadó 2001) 191–252.

elfogadható a *Hennsler – Preis*-féle munkaszerződés-törvény tervezetének alábbi meghatározása, amelynek értelmében: „A munkaszerződés alapján a munkavállaló a munkáltató utasításai szerint köteles a szolgáltatást teljesíteni, a munkáltató pedig megfizetni a megállapodott bért.”⁴⁷ A munkáltató utasítási joga ebben a fogalomban azért lényeges, mert a munkajogviszony tartalmának, a teljesítés feltételeinek egyik legfontosabb alakító tényezője. Ezen a ponton azonban egy ellentmondásra hívom fel a figyelmet. Amint ahogyan a következő fejezetben tárgyalom, a munkajogviszony tartalmának számos alakító tényezője létezik, és az utasítás – mint egyoldalú alakítási tényező – annak a függvényében szorul háttérbe, ahogyan a munkajogviszony tartalmát minél több, a munkaszerződésen kívüli faktor alakítja.⁴⁸ Ehelyütt egyelőre nem szólva magának a munkaszerződésnek az alakító tartalmáról, ez az ellentmondás rendkívül összetett szerkezetet takar. Mindenekelőtt hangsúlyozandó, hogy a munkaszerződés maga ad felhatalmazást a munkáltatónak a teljesítés konkretizálására, azaz az egyoldalú alakítás lehetőségére. Amennyiben azonban kógens normák nehezítik a munkáltató döntési hatalmát, úgy ez a lehetőség is veszít jelentőségéből.⁴⁹ Másrészt, ha a kollektív autonóm eszközök, jelesül a kollektív megállapodás szintén tartalmazznak a munkavállaló jogállását védő megállapodásokat – különösen magasabb szinten –, úgy ezek normatív hatása is csökkenti a munkáltató befolyását.⁵⁰

A munkaszerződés – függetlenül attól, hogy tartalma a jogalkotás által kifejezetten kötött vagy sem – még egy ponton kifejezi a típuskényszert. Ez a szerződés ugyanis a „munkavégzésre irányuló egyéb szerződések” közül azáltal emelkedik ki, hogy minden munkatevékenység kifejezésére alkalmas, míg például a vállalkozási és a megbízási szerződés erre nem képes.⁵¹ A munkaszerződés ezt tekintve is rendkívül összetett. Ez a szerződés abban az esetben is munkajogviszonyt keletkeztet, amennyiben az adott tevékenység jellege miatt kifejezhető lenne a magánjog tradicionális „munkavégzésre irányuló” jogviszonyaival. Amennyiben a felek típusválasztási szabadságuk alapján munkaszerződést kötnek, szerződéses szabadságuk egy jelentős része véget ér. A joghatás ugyanis minden tevékenységet tekintve – e

⁴⁷ Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG) § 1 Abs. 2.

⁴⁸ Lásd MENTZEL (11. lj.) 71–81. A munkáltató egyoldalú döntési hatalmának külső és belső (szorosabb értelemben vett munkajogi) korlátairól lásd BIRK (11. lj.) 305–414.

⁴⁹ Abbo JUNKER: *Grundkurs Arbeitsrecht* (München: C. H. Beck 2001) 41.

⁵⁰ DEAKIN–MORRIS (19. lj.) 65–66; Kenneth William WEDDERBURN: „Labour Law: From Here to Autonomy?” *Industrial Law Journal* 1987/1. 1–29.

⁵¹ Az elhatárolást illetően kiemelkedő jelentősége van a munka jellegének. Ezt illetően utalok az angol jog minősítésére, amelyben alapvető jelentőségű az adott munkavégzés környezetének gazdasági realitása (*economic reality*). Ebben a kontextusban vizsgálják a jogok és köteleességek kölcsönösségét (*mutuality of rights and obligations*). Lásd erről részletesen Marc FREEDLAND: *The Contract of Employment* (Oxford: Clarendon Press 1976) 14–21. A jogalkalmazást illetően lásd a *Market Investigation Ltd. v. Minister of Social Security* (1969) 2 QB 173 esetet. Ebben az ügyben egy részmunkaidőben foglalkoztatott piackutató annak ellenére munkavállalónak minősült, hogy a másik fél diszkrecionális jogköre meglehetősen korlátozott volt. Lásd még: *Ferguson v. John Dawson Ltd.* (1976) IRLR 346; *Binding v. Great Yarmouth Port and Haven Commissioners* (1923) 16 BWCC 28.

szerződés alapján – munkajogviszony,⁵² az összes kollektív jogi jogkövetkezményeivel és a kógens normák befolyásával együtt.

3. JOGVISZONY-ALAKÍTÁSI MÓDSZEREK

Összehasonlító elemzések szerint a munkajogviszony tartalmának a teljesítés folyamatában történő alakíthatósága – a jogalkotás és a jogalkalmazás igazolása szerint – nem valósulhat meg jogszerűen, illetve a magán-munkajog elveivel konzisztens módon, bizonyos feltételek hiányában. Ezek közül kettőt emelek ki. Az egyik a munkajog forrásai hierarchiájának meghatározása és ennek függvényében a jogviszony tartalmát alakító jogi tények rangsora. A másik az individuális és a kollektív munkajogi normák koherenciája. Ez utóbbit a tanulmány végén érintem.

3.1. A MUNKAJOG JOGFORRÁSI RENDSZERÉNEK SAJÁTOSSÁGAI A JOGFORRÁSI HIERARCHIA SZEMPONTJÁBÓL

A munkajog jogforrása rendszere a kollektív szerződés regulatív funkciója miatt sajátos. A munkajog jogforrásait ennek következtében számosan legiszlatórius és kontraktuális részre tagoltan tárgyalják. Ennek a felosztásnak különösen az angol jogban van jelentősége a *common law* és a *legislation* belső megosztottsága miatt.⁵³ A *common law* a jogviszony tartalmának alakítása szempontjából is kiemelkedő jelentőségű, hiszen rendszerében fejlődött ki a már említett *managerial prerogative* intézménye a *master-servant* jogviszonyában.⁵⁴ Az angol munkajogban létezik egy másik osztályozási szempont is, nevezetesen a *formal sources (common law, legislation)* és az ún. *voluntary sources*, különös tekintettel a kollektív szerződésre.⁵⁵

A német jogban a munkajog jogforrásait hagyományosan tágan értelmezik, mégpedig a munkajogviszony jogintézményéből kiindulva. Adomeit a jogforrás kérdését a munkajogviszony tartalmának alakításán keresztül szemlélve kiemeli, hogy

⁵² A hazai jogalkalmazásban számos esetben találunk arra hivatkozást, hogy a szerződést nem elnevezése, hanem annak tartalma alapján kell minősíteni. Ez az érvelés általában a megbízási szerződés munkaszerződéssé történő minősítésében jelent meg, helytállóan. Lásd többek között: BH 2008. 198; BH 2007. 86; BH 1997. 187. eseteket. Álláspontom szerint azonban ez az érvelés fordított esetben egyes tényállásoknál legalábbis kétséges lehet. Előfordulhat ugyanis, hogy a felek munkaszerződés alapján teljesítenek, azonban a tényleges helyzet azt tükrözi, hogy a munkavállaló valójában önállóan teljesít, a munkáltatónak semmilyen befolyása nincs a munkavállaló teljesítésének módjára stb. Ilyenkor azonban különös alaposággal kell vizsgálni, hogy a munkáltatónak – illetve a szolgáltatást fogadó félnek – potenciálisan lehetősége van-e a másik fél teljesítését konkrétizálni. A szerződés, pontosabban a jogviszony minősítésénél ilyenkor meghatározó szerepe lehet a teljesítés költségei, kockázata viselésének.

⁵³ DEAKIN–MORRIS (19. l.) 65–66.

⁵⁴ Wedderburn minősítése szerint a *common law* kitéphetetlenül beépült az angol jogrendbe. Kenneth William WEDDERBURN: „Companies and Employees: Common Law or Social Dimension?” *Law Quarterly Review* 1993/109. 253–255.

⁵⁵ DEAKIN–MORRIS (19. l.) 75–82.

ez a jogviszony abból a szempontból különbözik a többi kötelemtől, hogy tartalmát számos, minőségében eltérő tényező (*Bestimmungsgründe*) határozza meg és alakítja.⁵⁶ A hierarchia rangsorának meghatározásakor az összehasonlítást jogszabályok és szerződések, valamint különböző szintű és rendeltetésű szerződések relációjában kell elvégezni, így a jogforrási hierarchia és a munkajogviszony tartalmát alakító források sorrendjének kialakítása nem feltételez azonos kiindulópontot, és nem feltétlenül vezet azonos eredményre.⁵⁷

Ami a tágabb értelemben vett jogforrási hierarchiát illeti, a képlet lényegében mindenütt hasonló. A jogi normát illetően minden ország kialakította a sajátos jogforrási hierarchiáját, amelynek lényege, hogy az alacsonyabb szintű jogforrás minden esetben valamilyen felhatalmazás (delegáció) alapján szabályoz. A jogi norma (jogszabály) jogforrási hierarchiájában ez nem okoz értelmezési problémát. Ettől azonban merőben eltérő szabályozási kauzával rendelkeznek a normatív tartalmú megállapodások. Abban az esetben, ha a kollektív munkajog mintegy intézményesen kettéosztott – mint például a német munkajogban –, úgy még a kollektív megállapodások egyes típusain belül is differenciálásra van szükség.⁵⁸ Ezeknek a tágabb értelemben vett jogforrási hierarchiában azért van helyük, mert normatív tartalmuk van, ugyanakkor elhatárolásuk a jogszabályban meghatározott normától azért szükséges, mert szerződések, és kauzájuk közvetlenül nem jogszabályi felhatalmazás, hanem szerződés, jelesül a munkaszerződés.⁵⁹

A munkajogviszonyt alakító tényezők sorában a kollektív megállapodásokat is magában foglaló tágabb jogforrási hierarchia ezen a ponton egyre inkább átadja a helyét, az ezen a mégoly tág kereten is kívül eső, egyéb alakító hatással rendelkező jogi tényeknek. Ezen a szinten a munkajogviszonyra alapvető hatást gyakorolnak a munkáltató irányítási jogából eredő különféle egyoldalú jogi aktusok. Mielőtt azonban ezeket érinteném, szólni kell az általános szerződéses feltételekről, amelyek a munkajogban (mint *vertragliche Einheitsregelung*, vagy mint *Gesamtusage*) is egyre inkább elterjednek. A munkáltató által egyoldalúan kialakított szerződési feltételek mögött rendkívül összetett probléma húzódik meg. Az egyik a munkajogviszony minősítésével áll összefüggésben, nevezetesen a kötelmi jogi reformokkal kapcsolatban merült fel komoly diszkusszió – például a német jogban – a munkaszerződés és a fogyasztói szerződés közelítését tekintve.⁶⁰ Annak ellenére, hogy ez a probléma alapvetően a munkáltató jogállásának definiálásakor került előtérbe – nevezetesen a munkáltató-munkavállaló, valamint a vállalkozó-fogyasztó fogalom-

⁵⁶ ADOMEIT: „*Rechtsquellenfragen*” (17. lj.) 5.

⁵⁷ Lásd ADOMEIT: „*Rechtsquellenfragen*” (17. lj.) 70–90.

⁵⁸ Reinhard RICHARDI: *Betriebsverfassung und Privatautonomie* (Berlin - New York: Walter de Gruyter 1973) 12–13.

⁵⁹ Lásd MENTZEL (11. lj.) 7–11, 70–73.

⁶⁰ Átfogó feldolgozást lásd Michael GOTTHARD: *Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform* (München: C. H. Beck 2003); Georg ANNUSS: „Der Arbeitnehmer als solche ist kein Verbraucher!” *Neue Juristische Wochenschrift* 2002/39. 2844–2846; Peter HUBER: *Schuldrechtsreform* (Mainz: Ministerium der Justiz, Rheinland-Pfalz 2001); Annegard ALPMANN-PIEPER: *Express – Reform des Schuldrechts, das neue BGB* (Münster: Alpmann und Schmidt 2002); Martin SCHWAB (szerk.): *Einführung in das neue Schuldrecht* (München: C. H. Beck 2002).

pár elemzésekor –, szoros összefüggésben áll a munkáltató tájékoztatási kötelességével, amelyet a 91/533/EGK irányelv szabályoz. A kérdés kissé leegyszerűsítve az, hogy milyen feltételek tartoznak a munkaszerződés tartalmába, és melyek azok, amelyek csupán a munkáltató tájékoztatási kötelességét alapozzák meg. Önmagában már az irányelv megszületése is azt támasztja alá, hogy a munkaszerződés tartalmának kialakításában a munkáltatónak jóval nagyobb lehetőségei vannak, mint a munkavállalónak. Ebből egyrésről az következik, hogy a munkaszerződés könnyen magán viselheti az általános szerződési feltételek ismérveit, amelyek tipikusan a fogyasztói szerződések sajátjai.⁶¹ Másrésről, különös jelentősége van a tájékoztatásnak, hiszen ami a munkaszerződésből kimaradt, az valamilyen módon mégis meghatározza a munkajogviszony tartalmát. Mindenesetre ezeket az általános szerződési feltételeket nem lehet levezetni a munkáltató fölérendelti pozíciójából, azaz nem a munkáltató irányítási jogának része. Ezek a feltételek „csupán” azt fejezik ki, hogy a munkajogviszony jövőbeli potenciális alanyai között az egyik fél szerződéses akarata dominál, annak minden következményével együtt. Ennek az intézménynek a jogi természete nem változik meg a munkaszerződés módosításának munkáltatói szándéka esetében sem.

A munkajogviszonyt alakító források közül a munkáltató irányítási jogából (*Direktionsrecht*) levezethető individuális utasítási jog (*Weisungsrecht*), illetve a kollektív címzettségű, a munkáltató által egyoldalúan kialakított normák (*Verhaltensnormen*) a munkajogviszony tartalmát alakító jogi tények rangsorában alacsony szinten helyezkednek el.⁶² Ebben a rangsorban a munkaszerződés szerepel első helyen, a kollektív megállapodást megelőzve. Ez egyben azt jelenti, hogy a munkajog jogforrási rendszerében, valamint a munkajogviszony tartalmát alakító jogi tények szerkezetében a munkaszerződés jelenti a szerződésen kívüli alakító eszközök legfontosabb korlátját. Mindebből következően a munkaszerződés tartalmának gazdagsága, a munkafeltételek szerződéses meghatározásának módja alapjaiban határozza meg a munkajogviszony – mint számos bizonytalansági tényezőt magában foglaló tartam-jogviszony – külső alakításának kereteit.

3.2. A MUNKAJOGVISZONY SZERZŐDÉSES ALAPOZÁSÚ „EGYOLDALÚ” ALAKÍTÁSI LEHETŐSÉGEI

A munkajogviszony tartalmának egyes egyoldalú, illetve kvázi egyoldalú alakítási lehetősége mögött – különösen napjaink gazdasági körülményei között – a munkáltató gazdasági érdekeinek érvényesítése húzódik meg. Ennek elle-

⁶¹ Ezzel kapcsolatban ugyanakkor hangsúlyozni kell a fogyasztói szerződés, illetve a fogyasztóvédelem, valamint általában a szabványszerződések szétválasztásának szükségességét. Vékás kiemeli, hogy ezeknek a szerződéseknek eltérő funkciójuk van. Vékás Lajos: „Európai közösségi fogyasztóvédelmi magánjog” in Vékás Lajos (szerk.): *Európai jogi elemek a magyar magán- és kereskedelmi jogban* (Budapest: KJK-Kerszöv 2001) 25–96; A szabványszerződésekéről lásd korábbirol TAKÁTS Péter: *A szabványszerződések* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1987) 178.

⁶² Lásd ADOMET: „*Rechtsquellenfragen*” (17. l.) 76–77; MENTZEL (11. l.) 34–40, 86–90.

nére a munkavállalónak a szociális védelemhez való igénye átszövi a munkajogviszony valamennyi létszakát. A munkajog szabályrendszere is e követelmény mentén alakult és fejlődött ki, amelyhez hozzátartozik a munkajogi normák koherenciája a munkajogviszony tartalma egyensúlyának biztosítása érdekében. Ez kimutatható mind a kodifikált, mind a kodifikációt nélkülöző munkajogban.

3.3. A *CLAUSE DE MOBILITÉ* INTÉZMÉNYE

Az előzőre jó példa a kompilált *Code du Travail* (a továbbiakban: CT) tartalma. A vizsgált téma szempontjából a legfontosabb a munkajogviszony stabilitása, és ezzel együtt a munkavállaló jogállásának megőrzése a megváltozott körülmények között. Ebben a kontextusban kiemelkedő jelentősége van a munkaszerződés gazdasági okok miatti módosításának (*modification du contrat de travail pour motif économique*),⁶³ valamint megszüntetésének (*licenciement pour motif économique*).⁶⁴ A munkaszerződés módosításának intézménye nem választható el a jóhiszeműség és a tisztesség követelményétől.⁶⁵ A gazdasági ok tartalmát a CT a munkajogviszonynak a gazdasági ok miatti megszüntetése szabályozása körében határozza meg, amelyet azonban alkalmazni rendel a módosítás során is. Ennek értelmében gazdasági oknak minősül a munkavállaló személyén és magatartásán kívül álló ok, amely miatt a munkáltatót, az őt sújtó, akár egymást követő gazdasági nehézségek, vagy meghatározott technológia bevezetése miatt a munkajogviszony megszüntetésére kényszeríti, amennyiben a munkavállaló visszautasítja a munkajogviszony egyes lényeges elemeinek a módosítására tett munkáltatói javaslatot.⁶⁶ A gazdasági ok mind a megszüntetésnél, mind a módosításánál, elsősorban kollektív relációkban releváns, ami természetesen nem jelenti azt, hogy kivételképpen ne lenne jelentősége az individuális munkajogban, akár egy (vagy néhány) munkavállalót tekintve.

Ennek a sajátosságnak azonban lényeges következménye lehet. Az egyoldalú teljesítés-meghatározás szerződéses felhatalmazásának szintje ugyanis eltérő. Ezt a felhatalmazást adhatja munkaszerződés vagy kollektív szerződés. A felhatalmazás szintjének meghatározása, bővítése vagy éppen szűkítése számos tényezőtől függ. Ezek egyike lehet maga a jogi szabályozás a kifejezett felhatalmazásaival vagy tiltásaival, de implicit módon meghatározó lehet a munkaszerződés kötelező tartalmára vonatkozó törvényi rendelkezés is. Amennyiben ugyanis ilyen létezik, kollektív szerződés nem adhat felhatalmazást a munkaszerződés módosítására. Az előbbi megoldás jelenik meg a CT-nek a munkaszerződés módosítására vonatkozó rendelkezéseiben is. A CT L. 1222-6 cikke szerint, amennyiben a munkáltató a

⁶³ Art. L. 1222-6 Code du Travail.

⁶⁴ Art L. 1233-2 – 1233-10 Code du Travail.

⁶⁵ *Le contrat du travail est exécuté de bonne foi.* Art. L. 1222-1 Code du Travail.

⁶⁶ Jean PÉLISSIER [et al.]: *Droit du travail* (Paris: Dalloz 2007) 461–468.

fentiekben említett gazdasági ok miatt a munkaszerződés (illetve a munkajogviszony) egyes lényeges elemei módosításának bejelentésére kényszerül, a munkaszerződés módosítására a munkavállaló számára ajánlatot kell tennie.⁶⁷ Amennyiben a munkavállaló ezt az ajánlatot kellő alap nélkül visszautasítja, úgy a munkajogviszony megszüntetése nem a munkáltató oldalán felmerülő gazdasági okként ítélandó meg, hanem a megszüntetés oka a munkavállaló személyében rejlik(!). Lényeges továbbá, hogy ez a szabály nem alkalmazandó a munkaidő mértékének éves szinten történő megállapítása esetén, amennyiben erre, illetve ennek a módosítására csak kollektív szerződés által van mód.

A francia jogban az egyoldalú teljesítés-meghatározáson belüli differenciálásnak létezik azonban egy másik vonatkozása is, amely szorosan összefügg a változtatás felhatalmazásával. E felosztás szerint el kell választani magát a szerződésmódosítást és a munkafeltételek megváltoztatását (*modification du contrat et changement des conditions de travail*).⁶⁸ Általánosságban megállapítható, hogy szerződésmódosítás szükséges mindazokban az esetekben, amelyek a munkajogviszony lényeges tartalmi elemeinek a megváltoztatását hozzák magukkal. Ezek az elemek többnyire kívül esnek a munka teljesítésének módjára vonatkozó egyoldalú munkáltatói döntési hatalmon. Ebbe a körbe tartoznak a munkaidő, a munkahely, a munkajogviszony időtartama, de a jogalkalmazás szerint még a teljesítés módjának egyes lényeges elemei is.

Az alapvető kérdés azonban korántsem ebben a distinkcióban rejlik, hanem abban, hogy egy későbbi szerződésmódosítás, vagy akár egy későbbi egyoldalú változtatás egy korábbi megállapodásra történő hivatkozással, azaz egy klauzulaszerű felhatalmazással megalapozható-e? Ehhez képest ugyan másodlagos, de szintén nem megkerülhető kérdés, hogy ennek a klauzulának milyen szinten lehet megjelennie, nevezetesen munkaszerződésben vagy kollektív megállapodásban. Ami az első kérdést illeti, a francia jog alapállása az, hogy általában nem kívánatos az alárendelt felet kiszolgáltatott helyzetbe hozni, ugyanakkor a feleknek lehetőséget kell adni a megfelelő változtatások megvalósítására. Ennek eszköze a *clause de mobilité* intézménye.⁶⁹ Ennek értelmében a munkáltató a szerződésben, pontosabban a szerződési ajánlatban meghatározhat olyan ún. mobilitási követelményeket, amelyek az ellátandó munkakört, a munkahelyet, a munkaidőt és akár a munkabéreket is érinthetik. A klauzula érvényességének – mondhatni a szerződés tartalmi kontrolljának – kritériumait a jogalkalmazás kialakította.⁷⁰ Az ilyen klauzula

⁶⁷ A munkajogviszony módosításának elemzését lásd Françoise FAVENNEC-HÉRY: „Modification du contrat de travail: le glissement de l’objectif vers le subjectif” *Revue de jurisprudence sociale* 2003/6. 459–465.

⁶⁸ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 10 juillet 1996, *Revue de jurisprudence sociale*, 8-9/95, no. 900; Cour de Cassation, Chambre Sociale, 17 octobre 1996, *Rubin*, no. 3822 D.

⁶⁹ Lásd erről részletesen Paul-Henry ANTONMATTEY: *Les clauses du contrat de travail* (Paris: Edition Liaisons 2005) 19–67.

⁷⁰ Jellemző pl., hogy a munkahelyet tekintve az ilyen kikötés csak abban az esetben érvényes, amennyiben a munkavállaló ugyanabban a helységben dolgozik, illetve a munkabér vonatkozásában akkor, ha az ellátandó munkakörhöz kapcsolódik. PÉLISSIER (66. lj.) 466.

alapján elrendelt változások nem minősülnek a munkaszerződés, illetve a munkajogviszony eredeti értelmében vett módosításának.⁷¹

A mobilitási klauzuláknak vannak korlátai is. Ezek egyike a gyakorlatban a munkabérek változtatására irányul. Abban az esetben ugyanis, ha az ellátandó munkaköri feladatok nem változnak, illetve azok változtatására az említett klauzula hiányában nincs lehetőség, a munkabér változtatására vonatkozó klauzula csak abban az esetben érvényes, amennyiben a változtatás a munkáltatótól független olyan okra vezethető vissza, amelyre befolyása nem volt. A munkabér változtatása, jelesül csökkentése, még ilyen esetben sem haladhatja meg a jogszabályban meghatározott minimálbér szintjét.⁷² Nyilvánvalóan tipikusan ilyen oknak minősül a gazdasági körülmények lényeges változása.

A *clause de mobilité* intézménye egy sajátos feltételt is magában foglalhat. A jövőbeli bizonytalan esemény bekövetkezte esetére történő egyoldalú változtatás lehetősége ugyanakkor súlyos veszélyeket rejt magában a munkajogviszonyban már eleve alá- fölérendeltségi helyzetben lévő munkavállaló számára. Ennek elhárítására három eszköz szolgálhat. Az első a jogi szabályozás, amely közvetlen vagy közvetett fékeket iktat be. A francia munkajogban, ebben a vonatkozásban a közvetett szabályozással találkozhatunk, nevezetesen a munkajogviszony megszüntetésének a szigorú anyagi jogi és eljárásjogi szabályaival.⁷³ A második a szerződés tartalmi kontrollja, amely a jogalkalmazás feladata. A harmadik a kollektív munkajog befolyása. Ezt tekintve kiemelkedő jelentősége van az *ordre public* elvének,⁷⁴ különösen az *ordre public relatif*, vagy más néven az *ordre public social* intézményének, amely jellegéből adódóan átfogja szinte a munkajog jogforrásának egészét.⁷⁵ Amennyiben tehát a kollektív megállapodás tartalmaz a *clauses de mobilité* érintő valamilyen korlátot, a munkaszerződésben a munkavállaló terhére történő eltérés érvénytelen.

A nem kodifikált munkajogi rendszerekből az angol és a német munkajog elemzése indokolt. Azért választottam ki e két ország megoldását, mert egymástól merőben eltérő, mondhatni ellentétes gyökerekből fejlődtek, és megközelítési módjuk mind a mai napig különböző.

3.4. AZ INCOMPLETE CONTRACT JELENTŐSÉGE

Az angol jogban a munkajogviszony tartalmának meghatározásánál, valamint alakításánál is alapvető az egyes jogforrások osztályozása, e jogforrásoknak a jog

⁷¹ Ehhez hasonló konstrukció a magyar munkajogban is ismert, habár gyakorlati megvalósulása jóval rugalmatlanabb, mint a francia munkajogi gyakorlatban. Talán csak az ún. változó munkahe-lyet tekintve figyelhető meg bizonyos mobilitás, de a munkajogviszony többi elemét tekintve nem, igaz, hogy ebben a körben jelentős jogszabályi korlátok is léteznek.

⁷² La Cour de Cassation Soc. 13 juillet 2004.

⁷³ Erről az eljárásról lásd részletesen PÉLISSIER (66. lj.) 515–524.

⁷⁴ Antoine MAZEAUD: *Droit travail* (Paris: Montchrestien 2008) 162, 223.

⁷⁵ Lásd a CT L. 2251-1, 2252-1, 2254-6 cikkei.

általi elismerése, és ezáltal rangsoruk meghatározása.⁷⁶ A munkajogviszony tartalmát az uralkodónak tekinthető osztályozás alapján két tényező befolyásolja. Az egyik, a kifejezett jogforrások (*express terms*), amelyeknek különféle fajtái léteznek, a másik, a már említett *managerial prerogative*. A munkajogviszony tartalmának kifejezett feltételei általában csekélyebb szerepet játszanak, amennyiben például a felek a szerződésben csak a munkajogviszony alapvető formális rendjét (tartalmát) és bizonyos eljárási szabályokat rögzítenek. A munkajogviszony tartalmát meghatározó elemek nem az individuális munkaszerződésben, hanem többnyire a kollektív szerződésben jelennek meg. A munkaszerződés feltételei természetesen kölcsönösen kötik a feleket, azonban a '*vital part of the contract*', pontosabban, a munkajogviszony dinamikája általában nem e szerződés által meghatározott. Ennek megfelelően az angol munkaszerződést az ún. *incomplete contract*⁷⁷ megjelöléssel illetik, és több okkal magyarázzák. Az egyik ok a munkajogviszony tartam jogviszony jellege (*long-term contract*). Egy ilyen jogviszony esetében napjainkban a jövőbeli változásokat szinte alig lehet előre látni, és a hagyományos, mondhatni a klasszikus jogügyleti módszerek kiszámíthatatlan költségeket okozhatnak. Ezért a munkajogviszony tartalma szempontjából lényeges elemek jószerével kimaradnak a munkaszerződésből.

Az *employer prerogative* intézménye szintén több okra vezethető vissza. Az egyik teória a tulajdonnak a munkáltató szemszögéből való megközelítésével magyarázza a munkáltató előjogát.⁷⁸ E tan képviselői megállapítják, hogy minden hosszabb távú befektetés bizonyos kockázattal jár. Ezek a befektetések meghatározott jogügyletek révén valósulnak meg, és ebbe a körbe tartozik a munkaszerződés, illetve joghatása, a munkajogviszony. Abban az esetben, ha egy hosszabb távú befektetést megvalósító jogügylet tartalma nem terjed ki minden részletre, és így a tulajdonon alapuló előjog révén a befektetőnek egyoldalú alakítási joga van, a vállalkozás hatékonysága már eleve biztosított.⁷⁹

A munkaszerződésen kívüli elemek, valamint a *managerial prerogative* azonban nem jelentenek korlátlan alakítási hatalmat. A munkáltatónak ugyanis nincs joga egyoldalúan megváltoztatni a munkabér összegét, a munkaidő hosszát, valamint olyan egyéb feltételt, amelyet egyébként a felek a munkaszerződésben vagy a kollektív szerződésben rögzítettek. A munkáltató a munkajogviszony lényeges elemeit felhatalmazás hiányában nem változtathatja meg, e felhatalmazást azonban több forrásból is megszerezheti. Ebből következően a változtatás csak látszólag egyoldalú, hiszen valamilyen korábbi szerződéses felhatalmazás az alapja. Az angol

⁷⁶ Lásd DEAKIN–MORRIS (19. lj.) 236.

⁷⁷ ANN PANKHURST: *Work Effort under the Incomplete Contract of Employment* (Cambridge: New Hall 1988) 5–8.

⁷⁸ OLIVER HART: „Incomplete Contracts” in JOHN EATWELL [et. al.] (szerk.): *Allocation, Information and Markets* (London: McMillan 1989); OLIVER HART – JOHN MOORE: „Incomplete Contracts and Ownership”; www.aeweb.org/annual_mtg.../0105_1015_1702.pdf.

⁷⁹ Lásd HART–MOORE (78. lj.) 1. Lásd még erről OLIVER HART: „Incomplete Contracts and the Theory of the Firm” *Journal of Law, Economics and Organization* 1988/1. 119–139; JEAN TIROLE: „Incomplete Contracts: Where Do We Stand” *Econometria* 1999/4. 741–781.

munkajogban, ebben a kontextusban is az a legfontosabb kérdés, hogy a szerződéses munkafeltételek megváltoztatásának melyek a lehetőségei és jogalapja.⁸⁰ A kiindulópont magától értetődően az, hogy a szerződéses feltételeket csak a felek közös megegyezésével lehet módosítani. Abban az esetben, amennyiben a munkáltató egyoldalú változtatást tervez a munkaszerződés feltételeiben és ehhez a munkavállaló nem járul hozzá, a munkáltató a munkajogviszonyt megszüntetheti.⁸¹ Ugyanakkor, ha a munkavállaló ráutaló magatartással teljesíti a megváltozott, illetve a munkáltató által egyoldalúan megváltoztatott munkafeltételeket, a konszenzus alapján történő módosítás megvalósult.

Témánk szempontjából azonban kiemelkedő az a tényállás, amikor maga a szerződés engedi a munkajogviszony szubsztanciális elemeinek a munkáltató általi változtatását. Abban az esetben ugyanis, ha a munkaszerződés akként rendelkezik, hogy amennyiben a munkáltatónál jelentkező munkafolyamatok természete, intenzitása, illetve aránya megváltozik, és a munkáltatónak ebből következően joga van a munkavállalót másik munkakörbe, illetve másik munkahelyre helyezni, úgy ez a döntés nem tekintendő a munkajogviszony tartalmi elemei egyoldalú változtatásának.⁸²

A szerződéses felhatalmazás szempontjából rendkívül lényeges a kollektív szerződés szerepe. A fentiekben utaltam arra, hogy a munkajogviszony tartalmi elemei többnyire kollektív megállapodásban rögzítettek. Ez a fajta megoldás (*implication of terms*) bármennyire is elterjedt, számos konfliktusnak a forrása. Az adott ügyben⁸³ a munkajogviszony tartalmának egyes szubsztanciális elemeit a kollektív szerződés tartalmazta. Ennek megfelelően a munkáltatónak felhatalmazása volt a munkavállaló részére másik munkavégzési hely kijelölésére.⁸⁴ Lényeges azonban, hogy ezeknek a beépített feltételeknek egyértelműeknek kell lenniük, megjegyzendő továbbá, hogy adott esetben nemcsak a munkáltató, hanem a munkavállaló számára is ad lehetőséget a munkajogviszony tartalmának alakítására, általában valamely magasabb követelésre, amely a munkáltató alakító hatalmának ellensúlyozását jelenti.⁸⁵

⁸⁰ Norman SELWYN: *Selwyn's Law of Employment* (London: Butterworths 2000) 79–82.

⁸¹ *Marriott v. Oxford and District Co-operative Society Ltd (No 2)* [1969] 1 All ER 471.

⁸² Lásd a *Bex v. Securicor Transport Ltd.* [1972] IRLR 68. sz. esetet. Mivel a munkavállaló nem teljesítette a munkáltató utasítását, amelynek következtében a munkáltató a munkajogviszonyt megszüntette. Az *industrial tribunal* a munkavállaló kérelmét – az unfair dismissal és anyagi kompenzáció megállapítására – éppen a szerződésben megfogalmazott felhatalmazásra való tekintettel elutasította.

⁸³ *Parry v. Holst & Co Ltd.* [1968] 3 ITR 317.

⁸⁴ A *Working Rule Agreement of Civil Engineering Construction Conciliation Board*, Clause XD (f) pontja alapján.

⁸⁵ Lásd a magasabb végkielégítés követelését tekintve a *Lee v. GEC Telecommunications* [1993] IRLR 383.

3.5. A KITERJESZTETT UTASÍTÁSI JOG (*ERWEITERTES WEISUNGSRECHT*) PROBLEMATIKÁJA

A munkafeltételek alakításának problematikája (*Gestaltungsrecht*) a német munkajogtudomány egyik kiemelt területe.⁸⁶ Meg kell különböztetni a munkavállaló teljesítésének a konkretizálását, és a munkafeltételek egyoldalú alakításának, változtatásának lehetőségét. Ami az előbbit illeti, a német munkajog felfogása azonos a munkáltató mérlegelési jogára vonatkozóan más munkajogi rendszerek koncepciójával. A munkajogviszony tartalmát alkotó alá-fölérendeltség alapvetően nem jogon kívüli tényezőkkel magyarázandó, hanem a szolgáltatás szerződésbeli meghatározásának a következménye.⁸⁷

A német jogban a más részére végzett önálló és önállótlan (függő) munka elhatárolására találóan alkalmazzák a *Selbstbestimmung versus Fremdbestimmung* kifejezést.⁸⁸ Ezzel összefüggésben azt is kiemelik, hogy a munkajogviszony teljesítésének idegen meghatározottsága annyiban nem teljesen „idegen”, amennyiben a munkáltató utasítási, konkretizálási jogának jogalapja a szerződés. Mindazonáltal többen azt a problematikát is elemzik, hogy található-e a munkaszerződésben olyan kifejezett felhatalmazás, amely a munkáltató egyoldalú konkretizálási jogát megalapozná. Ez a német jogban különösen azért merül fel, mert a munkaszerződési jog kodifikálására vonatkozó kísérletektől eltekintve,⁸⁹ a munkáltató egyoldalú alakítási joga a *Bürgerliches Gesetzbuch*-ból (a továbbiakban: BGB) egyértelműen nem vezethető le. Mindebből Birk azt a következtetést vonja le, hogy a munkáltató alakító, konkretizáló hatalma alapvetően az íratlan jog és a jogalkalmazás alapján lett elfogadott – a jogtörténeti tapasztalás hatására is.⁹⁰ A munkáltató teljesítést-koncretizáló hatalma a német jogban is összekapcsolódik a munkajogviszony tartam-jellegével, és ebből következően a szerződési ígéret bizonytalanságával (*Unbestimmtheit*).⁹¹ Az is kétségtelen, hogy minél inkább üres egy adott munkaszerződés, annál nagyobb tere lehet a munkáltató teljesítés-koncretizálási lehetőségének. A munkaszerződés, mint jogalap – a fentiekben említett diszkussziótól függetlenül – általánosan elfogadott jogalapja a munkáltató konkretizálási hatalmának, amelyet a német jogban *allgemeines Weisungsrecht*-ként minősítenek. Ez azért lényeges, mert ilyen esetben nem a munkaszerződés tartalmi vizsgálá-

⁸⁶ Lásd BIRK (11–12. lj.); BÖKER (11. lj.); BÖTTNER (11. lj.); Claus-Wilhelm CANARIS: „Die Allgemeinen Arbeitsbedingungen im Schnittpunkt von Privat- und Kollektivautonomie” *Recht der Arbeit* 1974/1. 18–26; Wolfgang GITTER: „Unzumutbarkeit als Grenze der Tarifmacht” *Arbeit und Recht* 1970/3. 129–134; Alfred HUECK: *Tarifschlussklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht* (München: C. H. Beck 1966); PREIS (11. lj.); Franz-Jürgen SÄCKER: *Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht* (Berlin: Duncker & Humblot 1972); SÖLLNER (17. lj.).

⁸⁷ RICHARDI (15. lj.) 252.

⁸⁸ Reinhard RICHARDI: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze [Staudinger BGB]* (Berlin: Walter de Gruyter 1989) Rz. 692–699; Manfred LÖWISCH: „Schutz der Selbstbestimmung durch Fremdbestimmung” *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1996/2. 293–318.

⁸⁹ Lásd a 2. lj.-ben foglaltakat.

⁹⁰ Lásd BIRK (11. lj.) 58–77.

⁹¹ Lásd NENTZEL (11. lj.) 3–4.

ta (*Inhaltskontrolle*) jön szóba, hanem a BGB 315. § alkalmazása alapján a munkáltató tevékenységének, döntési alapjának méltányossági vizsgálata (*Billigkeitskontrolle*).⁹²

Témánk szempontjából az alapvető kérdés azonban az, hogy létezhet-e egyfajta ún. kiterjesztett utasítási jog (*erweitertes Weisungsrecht*), és amennyiben igen, ennek mi a jogalapja. A német irodalom többségi álláspontja abból indul ki, hogy a munkáltató általános utasítási joga az egyéni szerződések által kiterjeszthető. Ez egy ún. *Versetzungsklausel* (*Versetzungsvorbehalt*) által lenne lehetséges, amely lehetőséget adna a munkáltatónak, hogy a munkavállaló tevékenységének jellegét, a munkavégzés helyét megváltoztassa. Ezáltal elkerülhető lenne a munkaszerződés gyakori módosítása mindazokban az esetekben, amikor a szerződés megkötését követően lehet csak felismerni a körülmények olyan változását, amely a teljesítés jelentős mértékű modifikálását teszi szükségessé. Ennek, a végeredményben megállapodáson alapuló utasítási jognak a tárgya túlmutat a munkavállaló szerződéses teljesítési köteletségének a konkretizálásán, amennyiben előre nem kifejezett, szerződésen kívüli változtatást is lehetővé tenne.⁹³ Mentzel utal arra, hogy a német jogalkalmazás az ilyen jellegű utasítási jog korlátait viszonylag korán kidolgozta, megállapítván, hogy az általános utasítási jog ugyan nem terjedhet túl a szerződésen, de ennek a kiterjesztése munkaszerződésben vagy kollektív szerződésben megengedett. Az újabb jogalkotás is elismeri ennek a lehetőségét, hangsúlyozva, hogy a megállapodás mellett a változtatásnak objektíve megalapozottnak kell lennie.⁹⁴

Ezzel a megoldással kapcsolatban azonban számos kétely merül fel. A munkáltató ugyanis a megállapodásos alapon kiterjesztett utasításával már túlmegy az eredeti szerződéses kereteken, azaz valójában – a további egyoldalú alakításra való felhatalmazás nélkül – kétoldalú szerződésmódosításra lenne szükség. Ebből a megfontolásból elutasítandó e jog gyakorlása az objektív szükségszerűség igazolása nélkül. Ilyen esetben ugyanis a német munkajog több elemét kerülné meg a munkáltató, mindenekelőtt az ún. *Änderungskündigung* jogintézményét.

Mindenesetre több érv szól az ún. anticipált, megelőlegezett változtatási lehetőség mellett, mint ellene.⁹⁵ Lényeges ugyanakkor hangsúlyozni, hogy mind a kollektív, mind az egyéni megállapodáson alapuló anticipált jogviszony-alakítási lehetőség egy sajátos magánjogi, illetve munkajogi környezetben egzisztál, az ennek megfelelő korlátokkal. Ezek közül talán a leglényegesebb az említett *Änderungs-*

⁹² Lásd BIRK (11. lj.) 55–56.

⁹³ Lásd MENTZEL (11. lj.) 91–92.

⁹⁴ BAG (Bundesarbeitsgericht), Urt. v. 28. 05. 1997. NZA 1997 1160–1162.

⁹⁵ Lásd WANK (16. lj.); Wolfgang HROMADKA: „Änderung von Arbeitsbedingungen und Schutz gegen Änderungen – Klauseln in Allgemeinen Arbeitsbedingungen” in Georg ANNUSS [et al.] (szerk.): *Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag* (München: C. H. Beck 2007) 257–267; Friedhelm ROST: „»Die Erweiterung des Direktionsrecht« durch Tarifvertrag” in Peter HANAU [et al.] (szerk.): *Richterliches Arbeitsrecht – Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag* (München: C. H. Beck 1999) 505–517; Udo INSEHART: „Individualrechtliche Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen” in Udo INSEHART – Ulrich PREIS (szerk.): *Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft – Festschrift für Peter Hanau* (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 1999) 221–245.

kündigung.⁹⁶ Emellett kiemelkedő jelentősége van a kollektív munkajog egyes elemeinek, különösen a *Betriebsverfassungsrecht* által kínált védelmi funkciót szolgáló lehetőségeknek.⁹⁷

Látható, hogy a munkajogviszony tartalmának szerződéses felhatalmazáson nyugvó alakítása egyaránt magában hordoz előnyöket és hátrányokat, szolgálhatja a hatékonyságot, a stabilitást, ugyanakkor számos veszéllyel is járhat. Ez utóbbiak kiküszöbölését vagy legalábbis csökkentését csak a munkajogi intézményrendszer koherenciájával lehet biztosítani. Ennek alapvetően két pillére van. Az egyik a felmondásvédelem, nyilvánvalóan a munkáltató érdekkörében felmerült indokkal történő munkaviszony-megszüntetés esetén. A másik a kollektív munkajog befolyása a munkajogviszony alakítási lehetőségeire, ideértve mind a szakszervezet, mind az üzemi alkotmány szerveit.

Ekhez képest – bármennyire is lényeges – másodlagos az a kérdés, hogy a felhatalmazás munkaszerződésből vagy kollektív szerződésből ered. Ez ugyanis több tényezőtől függ, az adott ország szerződési kultúrájától, a munkavállalói érdekképviseleti szervek érdekvéonyesítő képességétől és a kollektív szerződésnek a munkajogi szabályozásban betöltött szerepétől. Ezzel összefüggésben hangsúlyozom, hogy ott, ahol a munkaszerződés mintegy *ex lege* kötött tartalommal rendelkezik, a kollektív szerződés által adható felhatalmazás tárgyköre korlátozott.

4. AZ ÚJ MUNKA TÖRVÉNYKÖNYVÉNEK SZABÁLYOZÁSA; AZ ELSZALASZTOTT LEHETŐSÉG

4.1. A MUNKAJOG HELYE A MAGYAR JOGRENDSZERBEN

A tanulmány dogmatikai-történeti kiindulási pontja az, hogy a munkajog a magánjog része, ennek megfelelően a munkajogviszony tartalmának alakítása elsősorban a polgári jog elveinek, illetve szabályainak az alkalmazásától függ. Ennek formai, mondhatni jogtechnikai vetületét képezi, hogy az egyes országok polgári törvénykönyvei rendelkeznek-e a munkaszerződésről, illetve a munkajogviszonyról. Másodlagos kérdés továbbá, hogy megvalósult-e a munkajog kodifikációja, vagy csupán egyes részterületek összefoglalása történt-e meg. Ugyanakkor ezek a tünetek mégis fontosak a polgári jogi intézmények alkalmazhatósága szempontjából, de szigorú okozati összefüggés még a legtisztább esetekben sem mutatható ki. A polgári jog és a munkajog kapcsolatának megítélését napjainkban egyre erőteljesebben befolyásolja a munkajogi szabályozás szociális töltésének intenzitása. Ez a folyamat különösen az Európai Unió jogában követhető nyomon. A sokat hangoztatott szociális jogállam – amely megjelölés több alkotmányban is meg-

⁹⁶ Lásd ROST (95. lj.) 506–502; Sebastian SCHRÖDER: *Das Verhältnis von Direktionsrecht und Änderungskündigung* (Frankfurt am Main: Lang 2011).

⁹⁷ Karl FITTING [et al.]: *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung* (München: Verlag Franz Vahlen 2004) 1529–1737.

jelenik⁹⁸ – az adott állam rendeltetését, célmeghatározását is jelenti. Ennek értelmezési elve szerint, ha egy jogi normának több interpretációja lehetséges, mindenkor azt kell előnyben részesíteni, amely a partnerek közötti szociális kiegyenlítődést a legjobban szolgálja.⁹⁹ A polgári jog elveinek és normáinak munkajogi alkalmazása során tehát meg kell vizsgálni, hogy az adott norma kifejezésre juttatja-e azokat a munkavállalót védő elveket, amelyek más kötelekben nem találhatók meg.

A szocialista munkajogban sokáig fel sem merült a polgári jog szabályainak alkalmazhatósága, hiszen a munkajog – alapvetően ideológiai okokból kialakított – önállósága vitán felül állt. Ennek ellenére a jogalkalmazás révén a polgári jog néhány elve egyes jogintézmények esetében mégis alkalmazhatóvá vált.¹⁰⁰ Ebből a szempontból szinte áttörést jelentett – bármennyire nem tűnik annak mai megközelítésben – a Legfelsőbb Bíróság Munkaügyi Kollégiuma (a továbbiakban: LB MK) 28. számú állásfoglalásának hatályon kívül helyezése. Ennek értelmében a munkajogviszonnyal kapcsolatban harmadik személy a munkavállalóért, illetve annak esetleges jövőbeli károkozásáért – jogszabály eltérő rendelkezése hiányában – anyagi felelősséget (kezeséget) nem vállalhatott. A Legfelsőbb Bíróság kifejtette, hogy a munkajogviszonnyal összefüggő szabályok a munkajogviszony létesítésével, valamint a munkavállaló által esetlegesen a jövőben okozott károk megtérülésének biztosításával kapcsolatosan nem rendelkeznek sem az óvadékról, sem a kezességről. Ezért a polgári jognak az erre vonatkozó szabályai – kifejezett munkajogi rendelkezések hiányában – a munkajogviszonyra nem alkalmazhatók. A jogalkalmazás által produkált esetek azonban részben kívül estek a polgári jog alkalmazási körén – egyszerűen azért, mert a munkajog elvei és szabályai alapján is megoldhatók voltak –, részben azonban azzal jártak, hogy bizonyos szocialista munkajogi dogmák megkérdőjeleződtek. Ebből következően az 1967. évi II. törvény alapján megglehetősen nehéz volt az egyre tendenciózusabb jogalkalmazást védeni – annak részleges akceptálása mellett sem –, mert az akkori Munka Törvénykönyve túlnyomó részben kógens rendelkezései mellett *contra legem* ítélezés körvonalai bontakoztak ki.¹⁰¹

Az 1992-ben hatályba lépett Munka Törvénykönyve (a továbbiakban régi Mt.) némileg más megvilágításba helyezte a munkajog és a polgári jog kapcsolatát. A munkajogi szabályok kodifikált kifejezése kétségtelenül e jogág elkülönültségét deklarálta, azonban a régi Mt. szellemisége azt sejtette, hogy a munkajog és a polgári jog kapcsolata minden korábbinál szorosabbá válhat. Megjegyzendő, hogy a polgári jogi szabályok alkalmazása a hazai jogban akár egyszerűbb is lehetett volna, mint általában a nyugat-európai országok jogrendjeiben. A magyar munkajogi szabályozás ugyanis jószerevével megállt a régi Mt. szintjén, amely azonban jellege szerint – összehasonlítva több nyugat-európai ország munkajogi tárgyú tör-

⁹⁸ Így a francia, a német és a spanyol alkotmányban.

⁹⁹ Reinhard RICHARDI: *Münchener Handbuch Arbeitsrecht* [MünchArbR/Richardi] (München: C. H. Beck 2000), § 9 RdNr. 7.

¹⁰⁰ RADNAY József: *A Ptk. és a munkajog kapcsolata, különös tekintettel a magyar jogra* (Budapest: Kézirat 1998).

¹⁰¹ Utalok ezzel összefüggésben az LB MK 147., valamint 154. sz. állásfoglalására.

vényével, illetve törvényeivel – keretszabálynak minősült.¹⁰² A régi Mt. egyébiránt meglehetősen megosztotta a hazai munkajogtudományt. Míg egyes szerzők azt a felfogást hirdették, hogy a munkajogviszony jogdogmatikai intézményrendszere lényegében a polgári jogi szerződéses viszonyok alapstruktúrájának adaptációja,¹⁰³ változatlanul tartotta magát az a hagyományos felfogás, hogy a munkajog kogens elemeinek léte miatt nem vetődhet fel a polgári hagyományok átvétele.¹⁰⁴ A jogtudományban alkalmanként felerősödött vita túlzottan nem befolyásolta a jogalkalmazást, amelyben már korábban nyomon követhető annak az elvnek az érvényesítése, hogy amennyiben valamely polgári jogi norma vagy elv nem ellentétes a munkajog elveivel, a bírói gyakorlat által alkalmazást nyer.¹⁰⁵ Megjegyzendő ugyanakkor, hogy a jogalkalmazás nem volt képes átfogó megoldást adni, rendeltetésénél fogva erre nem is lehetett képes. Így többek között meglehetősen bizonytalanság mutatkozott a jognyilatkozatok értelmezésénél a titkos fenntartást tekintve, a jóérkölsbe ütköző és az uzsorás szerződés megítélésénél, a szolgáltatás-ellenszolgáltatás feltűnő aránytalansága, valamint a képviselő vonatkozásában. Nem mutatkozott egyértelmű megítélés a szerződés biztosítékeként szolgáló egyes intézmények, továbbá az elállás és végezetül a feltétel alkalmazhatóságában sem.

A jogalkalmazás egyre markánsabban megjelenő, ugyanakkor számos bizonytalanságot is felmutató álláspontját a polgári jog szabályainak alkalmazását illetően a jogalkotó sem igazolta minden tekintetben. A régi Mt. ugyanis egyáltalán nem utalt az 1959. évi IV. törvényre (a továbbiakban Ptk.), és a Ptk. 1. §-a korántsem támasztotta alá mindenben a munkajogi jogalkalmazásban egyre inkább magától értetődővé váló magánjogi jogértelmezési tendenciát. A Ptk. 1. § (1) bekezdésének első mondata határozza meg a szabályozás tárgyát: „Ez a törvény az állampolgárok, valamint az állami, önkormányzati, gazdasági és civil szervezetek, továbbá más személyek vagyoni és egyes személyi viszonyait szabályozza.” A második mondat a *québec-i klauzulán* alapul: „Az e viszonyokat szabályozó más jogszabályokat – ha eltérően nem rendelkeznek – e törvénnyel összhangban, e törvény rendelkezéseire figyelemmel kell értelmezni.”¹⁰⁶ Ezzel a megfogalmazással kapcsolatban az alábbi kérdések merülnek fel. A „vagyoni és egyes személyi viszonyok” kifejezéssel összefüggésben a más részére végzett önálló munkát szabályozásánál tekintettel kell-e lenni a Ptk.-ra, vagy sem? Ha igen, úgy a régi Mt. az, az „e viszonyokat szabályozó más jogszabály”, amelynek összhangban kell állnia a Ptk.-val. Ez a probléma markánsan jelenik meg a 2013. évi V. törvényben (a továbbiakban: új Ptk.). Az új Ptk. a törvény hatálya cím alatt, az 1:1. §-ban csupán annyit mond, hogy a törvény a mellérendeltség és egyenjogúság elve szerint szabályozza a sze-

¹⁰² Ez a megállapítás mindenképpen igazolható pl. az angol, a német, a francia, az osztrák vagy akár az olasz munkajogi szabályozással történő összehasonlításban.

¹⁰³ PRUGBERGER Tamás – Manfred PLOETZ: *Magyar és európai munkajog* (Budapest: KJK 1994) 183.

¹⁰⁴ Ennek a nézetnek volt markáns képviselője Román. ROMÁN László: „Kollektív jelleg az individuális munkajogviszonyban” *Jogtudományi Közlemény* 1984/6. 306–316.

¹⁰⁵ RADNAY (100. l.) 12–14.

¹⁰⁶ A *québec-i klauzula* lényege szerint „a törvény (CC) ezekben az ügyekben alapját képezi más törvényeknek, bár azok kiegészíthetik e törvényt vagy kivételeket állapíthatnak meg.” *Code Civil du Québec, Disposition Préliminaire*.

mélyek alapvető vagyoni és személyi viszonyait. Az értelmező rendelkezések az 1:2. § (2) bekezdésében azt rögzítik, hogy a polgári jogi viszonyokra vonatkozó jogszabályokat e törvénnyel összhangban kell értelmezni.

4.2. AZ ÚJ PTK. LEHETSÉGES HATÁSA A MUNKAJOG INTÉZMÉNYRENDSZERÉRE

A Ptk. és az új Ptk. fogalmazása számottevően eltér, és témám szempontjából mindenekelőtt a „mellérendeltség és az egyenjogúság” elve jelenthet problémát. Ez az elv akár azt is felvetheti, hogy a munkajogviszony minősítése szempontjából már a kiindulási pont is elhibázott, hiszen a munkajogviszony tartalmát uraló alá- fölérendeltség miatt a munkajog nem illeszthető be a magánjog rendszerébe. Az alábbiakban tehát a mellérendeltség és az egyenjogúság elveiből kiindulva kell vizsgálni a munkajogviszony alá-fölérendeltségének jogi természetét. Ebből a szempontból figyelemreméltók az új Ptk. kialakulásának egyes fázisai. A magánjog és a munkajog szorosabb kapcsolatát hirdető nézet követői biztatást találhattak a Szerkesztő Bizottság elé 2001-ben került vitaanyagban.¹⁰⁷ Az egyes szerződéstípusok meghatározásánál, illetve sorrendjének kialakításánál az volt olvasható, hogy

„az adásvételi szerződés, annak különös nemei és altípusai (szállítási szerződés, mezőgazdasági termékértékesítési szerződés és közüzemi szerződés), valamint a csereszerződés, továbbá a vállalkozási szerződés után helyezhető be az egyedi munkaszerződésre vonatkozó fejezet az új Ptk.-ba”.¹⁰⁸

A munkaszerződés Ptk.-beli elhelyezése még egyszer felmerül a Konceptciónak a Kormány 1003/2003. (I. 25.) Korm. határozatával elfogadott, illetve a Tematika egységes szerkezetbe foglalt szövegében, amelyet a Konceptcióval együtt a Kodifikációs Főbizottság 2002. november 18-i ülésén fogadott el.¹⁰⁹ Végül ez az elgondolás lekerült a napirendről, ilyen normát már a szöveg egyes tervezetei sem tartalmaztak.

Indokolt a Szakértői Javaslat magyarázatát idézni. Ennek értelmében:

„a javaslat a Ptk.-hoz hasonlóan csak a polgári jogi szabályozásra alkalmas, zömükben árujellegű vagyoni viszonyokat vonja szabályozási körébe. Ezért a törvény cél-

¹⁰⁷ Az új Polgári Törvénykönyv koncepciója (Konceptció 2001). A Szerkesztőbizottság nevében a Kodifikációs Főbizottság elé terjeszti: Vékás Lajos egyetemi tanár, a Főbizottság elnöke, 2001. [Az egyes részeket írták: Kisfaludi András (értékpapír-kötelmek általános szabályai), Lábady Tamás (felelősség a szerződésen kívül okozott károkért, biztosítási szerződés), Petrik Ferenc (személyek), Sárközy Tamás (dologi jog), Vékás Lajos (bevezetés, kötelmi jog – a biztosítási szerződés, a deliktualis kártérítési jog és az értékpapír-kötelmek kivételével), Weiss Emília (családjog, öröklési jog).

¹⁰⁸ Konceptció 2001, 147.

¹⁰⁹ Megjelent a *Magyar Közlöny* különszámában 2003-ban.

jának meghatározásánál kiemeli a polgári jogi szabályozás legfőbb módszertani jellegzetességét: a jogalanyok mellérendeltségét és egyenjogúságát.”¹¹⁰

A szabályozásnak ez a tulajdonsága megállapítható annak ellenére, hogy „a gyengébb fél, mindenekelőtt a fogyasztó különös védelmére vonatkozó szabályokban nem érvényesül töretlenül ez a módszertani elv.”¹¹¹ Ezzel összefüggésben ismételtlen utalok a munkaszerződés és a fogyasztói szerződés kapcsolatáról szóló vitára a német jogban,¹¹² valamint Flume gondolataira a magánjogi szerződéses viszonyok egyenlőségéről, illetve a felek mellérendeltségéről, aki arra hívja fel a figyelmet, hogy a magánjogi jogügyletek során a partnerek egyenlőtlen pozíciója szinte általánosnak tekinthető. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a gyengébb fél önrendelkezési joga és ezáltal alkupoziója csorbulna, mert a privátautonómiára épülő gazdaságban általában az erősebb partner gazdasági hatalma kiegyenlítődik.¹¹³ A munkajogban azonban legalábbis kétséges, hogy a privátautonómiára épülő gazdaság önmagában elegendő lenne a gyengébb fél – jelesül a munkavállaló – szerződéses, jogügyleti érdekei érvényesítéséhez. Ezen a ponton azonban ismételtlen azt kell kiemelni, hogy más az adott jogügyletben résztvevő felek tényleges gazdasági súlya, és más a jog szabályozási módszertana, azaz a magánjogot általában jellemző mellérendeltség és egyenjogúság alapján történő – másképpen fogalmazva –, a szerződés elvének megfelelő szabályozás. Ez felel meg a jogügyleti alá- fölrendeltség jogon belüli magyarázatának, azaz a szolgáltatás általános meghatározottságának, amely kifejezi a munkáltató egyoldalú alakító hatalmát.

A mellérendeltség és az egyenjogúság, mint a Ptk.-k módszertani jellegzetessége tehát önmagában nem zárja ki, hogy más szerződéses viszonyokban is érvényesüljenek ezek az elvek. Kérdés azonban, hogy a munkajogi szabályozás tárgyát, a más részére végzett önállóan munkát tekinthetjük-e „polgári jogi viszonynak”? A Szakértői Javaslat a „polgári jogi viszony” fogalmát nem részletezi, csupán rögzíti, hogy a Javaslat – a Ptk.-hoz hasonlóan – a törvénynek a polgári jogi viszonyokban játszott általános jelentőségét és kiemelkedő szerepét azzal is kifejezésre juttatja, hogy az „ilyen viszonyokat” rendező egyéb szabályokat a törvénnyel összhangban kell értelmezni.

A polgári jogi viszony jogszabályi körülírását az új Ptk. indoklásában találjuk, amely hangsúlyozza a törvény kódex jellegét. A jogalkotó álláspontja szerint:

„egy törvénykönyv tartalmi határait elvben addig helyes tágitani, amíg a kodifikáció pozitív hatásai: az egységbefoglalt normák módszerbeli homogenitása, a terminológiai egység, a tömörítés és rövidítés lehetősége stb. megkönnyítik a jogalkalmazást.”

¹¹⁰ VÉKÁS Lajos (szerk.): *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez* (Budapest: Complex 2008) 70.

¹¹¹ Lásd VÉKÁS (110. l.) 70.

¹¹² Lásd különösen a 60. l.-ben foglaltakat.

¹¹³ WERNER FLUME: *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* (Berlin: Springer 1979) 10.

Lényeges továbbá, hogy az adott szabályoknak ugyanabba a törvény(-könyv)be foglalása

„addig kívánatos és célszerű tehát, amíg az összefoglalandó normák módszerbeli egysége fennáll, és amíg a rendszerbe illesztés a kodifikáció előnyeit: a rendszertani racionalitást, az ökonomikus és ellentmondásmentes törvényszerkesztést, a terminológia biztonságát, a világos és áttekinthető megoldásokat hozza magával.”¹¹⁴

A családjog anyagának a beillesztésével kapcsolatban a jogalkotó megállapítja, hogy éppen a fentiekben leírt érvek miatt került ez a jogterület a Ptk.-ba, „az integrálás során ugyanakkor gondoskodik a családjogi viszonyok sajátosságainak megfelelő kifejezésre juttatásáról. Ennek egyik jele, hogy a Családjogi Könyv sajátos, csak e viszonyokra vonatkozó alapelveket fogalmaz meg”. Tanulságos a társasági joganyag integrálásának indokolása. Ennek értelmében ez az integráció

„logikusan következik abból a koncepció kiindulópontból, hogy azokra a jogi személyekre, amelyeknek belső és külső kapcsolatai polgári jogi jogviszonyok keretében bonyolódnak, a törvénykönyv adjon teljes körű szabályozást, mivel a szabályozási tárgy és a szabályozás módszere illeszkedik a kódex jellegéhez.”

Az indokolás ehhez még az alábbiakat fűzi: „a Ptk. normáinak háttér-jogszabály jellege (amit most a Gt. külön mond ki) evidenssé válik”.¹¹⁵ Mindezeknek a tükrében az új Ptk. és az Mt. kapcsolatáról az Indokolás az alábbiakat rögzíti:

„A törvény az egyedi munkaszerződések jogi rendezését a munka törvénykönyvében hagyja, annak ellenére, hogy a munkaviszonyok speciális rendezésének a Ptk., és azon belül is elsősorban a szerződések általános szabályai képezik a jogi hátterét. A munkaszerződés jogi szabályozásának azonban ma már annyi különleges vonása van, hogy nehéz volna ezt a normarendszert egy polgári törvénykönyvbe integrálni.”

Ez az argumentáció ugyanakkor nem azt jelenti, hogy a munkajog nem a magánjog része, és ebből következően azt sem, a munkáltató és a munkavállaló vagyoni és személyi viszonyai nem minősülnének „polgári jogi viszonyoknak”. Az Indokolás a továbbiakban így folytatódik:

„A munkavállaló fogalmilag „gyengébb fél” jellege például megkülönböztető sajátoságként jelentkezik a szabályozásnál, és – emiatt – az európai közösségi jogi aktusok alakító hatása is sokkal intenzívebb, mint a magánjog egyéb területein.”¹¹⁶

¹¹⁴ Lásd a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. tv. indokolását; IV. Az új Polgári Törvénykönyv kódex-jellege és jelentősége.

¹¹⁵ Lásd a 114. lj.-et.

¹¹⁶ Lásd a 114. lj.-et.

Álláspontom szerint az ismertetett érvelésből az alábbi következtetést lehet levonni. Kétségtelen, hogy a munkajog a magánjog óhatatlanul közjogiasított része. A közjogi elemek beépülése a munkajog egyik meghatározó funkciója, a munkavállaló jogállásának védelme miatt vált megkerülhetetlenné. Ezeknek az elemeknek egy része a tradicionális magánjogtól idegen, de napjainkra ez a kijelentés már árnyaltabb megközelítést igényel, hiszen a magánjog is dúszult számos védelmi elemmel. Mindenesetre ebben a kontextusban nem felesleges Vékásnak arra a megállapítására hivatkozni, amely szerint a tradicionális magánjognak kevés eszköze van a szociális egyenlőtlenségek kiigazítására.¹¹⁷ Egyértelmű azonban, hogy a polgári jog módszertani jellegzetességein – nevezetesen a mellérendeltség és az egyenjogúság követelményein – felépülő magánjogi szerződéses elv nem abszolút, fenntarthatósága viszonylagosságában és viszonyíthatóságában rejlik. Ebből következően a szerződéses autonómia viszonylagossága egyben a felek közötti egyensúly megteremtését és fenntartását szolgálja, amely átfogóan egy – talán néha idealizált – gazdasági alkotmányossági intézményrendszerben ölt testet. Ennek lényege, hogy az állam és a gazdaság különböző érdekeltségű szereplői között is egyensúlyi állapot jöjjön létre. Ennek módja, hogy mindenkre ugyanazon elvek és normák vonatkozzanak, továbbá az állam beavatkozása csak olyan mértékű legyen, amely a gazdasági forgalomban szereplő eltérő minőségű alanyok egyensúlyi helyzetét biztosítja.¹¹⁸ Ezek a szabályok a szerződéses szabadságra épülő korai magánjogtól idegenek, de a magánjogban is meglévő egyenlőtlenségek kiigazítása egyáltalán nem idegen a magánjogtól, a kétségtelenül kevés rendelkezésre álló eszköz ellenére sem. E szabályok azonban valóban könnyen túlléphetik rendeltetésük határait. A magánjog határainak túllépése korántsem e normák számától, hanem tartalmától függ. Miután ezeknek a legalábbis közjogi jellegű normáknak egy jelentős része ún. parancsoló norma, tartalmuk a munkajogviszony, illetve a munkajogviszonyhoz közvetlenül kapcsolódó jogviszonyok tartalmát rögzíti. Megfigyelhető továbbá, hogy az eltérést nem engedő normák meghatározott jogok, illetve köteleességek alapjait jelölik ki, és amennyiben ezek mennyiségileg mérhetők, konkretizálásuk során átalakulnak egyoldalú (relatív) diszpozitív normákká. Az eltérést nem engedő normák sem a szerződés ún. belső magjára, a valóban „obligatórius” jellegű feltételekre vonatkoznak, hanem a gyengébb felet alapvetően a „szerződésen kívül” védik.¹¹⁹

¹¹⁷ VÉKÁS Lajos: *Az új polgári törvénykönyv elméleti előkérdései* (Budapest: HVG–ORAC 2001) 166.

¹¹⁸ Kurt BALLERSTEDT: „Wirtschaftsverfassungsrecht” in Karl BETTERMANN [et al.] (szerk.): *Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte* (Berlin: Duncker&Humblot 1968) III. 3.

¹¹⁹ Erre utal Zöllner, amikor az eltérést nem engedő és a relatív diszpozitív normák tartalmát, illetve egymáshoz való kapcsolatukat jellemzi. Nézete szerint, ahol a munkajognak mint sajátos védelmi jognak kell szolgálnia egy bizonyos jogpolitikai érdeket, ott a kényszerítő normákat kell alkalmazni. Ezek a normák azonban számos ponton fellazultak, és alapvető kérdés, hogy e normáknak hol húzódnak a határai. Kiemeli: a munkajog védelmi tendenciája nem követeli meg, hogy ezek a normák a munkajogviszony tartalmát mintegy abszolút módon rögzítsék, hanem csak az alapvető munkavállalói érdekeket kell meghatározniuk. Lényeges továbbá, hogy a munkaszerződés funkcióbeli deficitjének a pótlására nem a kögens, hanem az ún. tarifadiszpozitív normák szolgálnak. Wolfgang ZÖLLNER – Karl-Georg LORITZ: *Arbeitsrecht* (München: C. H. Beck 1992) 61–62.

4.3. A MUNKÁLTATÓ UTASÍTÁSI JOGÁNAK ALAKÍTÁSI LEHETŐSÉGEI ÉS KORLÁTAI

A munkáltató utasítási joga egy időben a kutatások előterébe került, elsősorban Román Lászlónak köszönhetően, aki alapvetően a német jogi dogmatika alapjain és részben annak kritikáján elemezte ezt a jogintézményt. Román szintén a szerződésben vélte megtalálni a munkáltatói utasítási jog alapját. Ezzel kapcsolatban kifejti, hogy a

„tételes jogi szabályozás a szocialista munkajogban nem érheti be azzal, hogy az utasítási jognak csak a szerződéses alapját szabályozza. [...] Ez tételesjogi, törvényszerkesztési szempontból sem lehet kielégítő, mert ha egyszer a vezető felhatalmazott funkcionárius, akkor a felhatalmazásnak, illetve a felhatalmazás körének is ki kell tűnnie a jogszabályból”.¹²⁰

Ez a megállapítása azért lényeges, mert ugyan el lehetett jutni ahhoz az eredményhez, hogy a munkáltatói utasítás alapja maga a munkaszerződés, és ennek természetes velejárójaként azt is rögzíteni lehetett, hogy az utasítási jog korlátait is a munkaszerződés határozza meg, az utasítási jogot azonban a jogalkotó rögzítette. Az 1967. évi II. törvény 34. § (2) bekezdése az ún. általános, míg a 35. §-a a speciális utasítási jogot szabályozta.¹²¹

Témánk szempontjából a speciális utasítások intézménye lényeges. A korabeli Mt. hivatkozott szabálya tartalmában azonos az új Mt. 53. §-ával. Ennek értelmében a munkavállaló az eredeti szerződéses tartalom kívüli relációkban is foglalkoztatható (más munkahelyen, munkakörben, illetve más munkáltatónál), és ide lehet sorolni a munkaidőre vonatkozó utasításokat is (például a túlmunkát tekintve), másképpen fogalmazva: a munkáltató valamilyen más, illetve többlet teljesítésére utasíthatja a munkavállalót az eredeti szerződéses tartalomhoz képest. Ebben a kontextusban a kérdés az, hogy ez a munkáltatói hatalom még belefér-e az egyoldalú teljesítés-meghatározás szerződéses kereteibe, vagy pedig ezen túlmutatóan már a munkafeltételek ideiglenes megváltoztatásáról van-e szó. Ezeknek az utasításoknak a jogi természetét illetően Román az alábbi fontos megjegyzést teszi. A speciális utasítások jellegzetességét

„végső fokon a munkaszerződéses viszonyukban lehet felmérni; nem azért azonban, mintha esszenciálisan más lenne a viszonyuk a munkaszerződéshez, mint általában a munkáltatói utasításoknak. A speciális utasítások alapvetően azért ilyenek, mert kiadásukhoz speciális felhatalmazás szükséges: külön jogszabályi vagy szerződéses felhatalmazás nélkül kétséges lenne, vajon van-e a munkáltatónak joga ilyen tárgyú utasítások kiadására”.¹²²

¹²⁰ ROMÁN (39. l.) 31.

¹²¹ Az utasítás általánosra és speciálisra történő felosztását lásd ROMÁN (39. l.) 315–468.

¹²² ROMÁN (39. l.) 316.

A magyar munkajog történetében tehát magától értetődő volt a munkáltató utasítási jogának jogi természete, az e jog gyakorlására való felhatalmazás, valamint az is, hogy a munkáltató utasítási joga bizonyos korlátokkal kiterjed a munkaszerződés tartalmától eltérő munkavégzés elrendelésére is. Míg az általános munkáltatói utasításoknak a jogok „társadalmi rendeltetésének” megfelelő gyakorlása szabott korlátot, addig a jogalkotó a speciális utasításokat tekintve igyekezett valamilyen konkrét limitet meghatározni. Az 1967. évi II. törvény 35. § (1) bekezdése a munkakörbe nem tartozó munka elrendelését „indokolt eset”-hez kötötte. A munkahelyen kívüli és a más munkáltatónál történő munkavégzés szabályozásánál ezt a kikötést nem találjuk. A 35. § (1) bekezdése tartalmazta továbbá azt a hosszú ideig hatályban maradt formulát, amely szerint a más munkakörbe tartozó munka elrendelése a munkavállalóra nézve beosztására, korára, egészségi állapotára vagy egyéb körülményeire tekintettel, aránytalan sérelemmel nem járhat, és nem sértheti eredeti munkaköre szerinti munkabéréhez való jogát. Ami az „indokolt eset” fogalmát illeti, a törvény indokolása erre vonatkozóan az alábbiakat tartalmazta:

„A munkaviszonyok gazdasági szerepe, a vállalatok előtt álló feladatokban bekövetkező változások, a termelés korszerűsítésének követelménye megkívánja, hogy a vállalat a szükséghez képest megfelelő átcsoportosítást, a munkaerő minél észszerűbb felhasználását biztosító belső mozgásokat hajtson végre, hosszabb vagy akár rövidebb időn belül is. A vállalati gazdálkodással természetszerűleg velejáró ezzel az igénnyel minden munkaviszonyba lépő dolgozónak számolnia kell.”

A régi Mt. az általános munkáltatói utasítást tekintve megmaradt az általános korlátozásnál, változott azonban az egyes speciális utasítások korlátozásainak megfogalmazása. Az átirányítás szabályozásánál „a munkáltató működésével összefüggő ok” szerepel,¹²³ a kiküldetés esetében a „gazdasági érdek” megfogalmazás található,¹²⁴ míg a kirendeléshez ilyen jellegű korlátot nem fűz a jogalkotó. Ebből a szempontból figyelemreméltó azonban a régi Mt. 106. § (1) bekezdésében foglalt feltétel, amennyiben a kirendelés során a munkavállaló csak olyan munkáltatónál végezhetett munkát, a) amelynek tulajdonosa – részben vagy egészben – azonos a munkáltató tulajdonosával, vagy b) a két munkáltató közül legalább az egyik valamely arányban tulajdonosa a másik munkáltatónak, vagy c) a két munkáltató egy harmadik szervezethez kötődő tulajdonjogi viszonya alapján áll kapcsolatban egymással. Ez a feltétel a 2001. évi XVI. törvénnyel került a régi Mt.-be, érdemi indokolás nélkül. Ugyanez a törvény tartalmazott azonban egy másik lehetőséget is, amely a régi Mt. 150. § (1) bekezdésében fogalmazódott meg. Ennek értelmében:

„A munkáltatók között ellenszolgáltatás nélkül létrejött megállapodás alapján a munkavállaló más munkáltatónál történő munkavégzésre is kötelezhető, ha a mun-

¹²³ Régi Mt. 83/A. § (1) bek.

¹²⁴ Régi Mt. 105. § (1) bek.

káltató a munkaviszonyból eredő foglalkoztatási kötelezettségét – működési körében felmerült ok miatt – átmenetileg nem tudja teljesíteni”.

Az indokolás meglehetősen zavaros, azt azonban mindenestre alátámasztja, hogy míg a régi Mt. 106. §-a nem tartalmaz korlátozást, az ilyen utasítás elrendelésére a 150. § (1) bekezdése alapján csak a munkáltató működési körében felmerülő foglalkoztatási zavar esetén kerülhet sor.

A régi Mt. tartalmazott még egy – témánk szempontjából – figyelemreméltó rendelkezést. A 150. § (2) bekezdése a következőket rögzítette:

„Ha a munkáltató a munkavállalót gazdaságilag indokolt esetben átmenetileg a munkaszerződésben előírtnál rövidebb munkaidőben foglalkoztatja, a munkavállalót a kiesett munkaidőre – munkaviszonyra vonatkozó szabály eltérő rendelkezése hiányában – személyi alapbére illeti meg.”

Ez a szabály többszöri módosításon ment keresztül, de lényege nem változott, hiányzik ugyanis az átmenetiség meghatározása, vagy legalábbis a régi Mt. 83/A. § (3) bekezdésére történő utalás. A „gazdaságilag indokolt eset” lehet egy akár hosszabb ideig tartó válság is, amelynek tartama meghaladhatja a negyven-négy munkanapot. Lényeges továbbá, hogy a hivatkozott rendelkezésből nem derül ki egyértelműen a munkáltatói jognyilatkozat fajtája, és a jognyilatkozat megtételére történő felhatalmazás sem, ezekre legfeljebb csak következtetni lehet. Az indoklás csak annyit mond, hogy a munkáltató „átmenetileg rövidíti a munkaidőt”.

Ami a felhatalmazást illeti, álláspontom szerint több tényállást is meg lehetne különböztetni, azonban ennek maga a jogalkotó szab gátat. A régi Mt. ugyanis egyszerűen elrendeli, hogy a munkáltató a munkaidőt megrövidítheti. Ennek hiányában lehetne szerződéses – akár munkaszerződés, akár kollektív szerződés általi – felhatalmazás, lehetne feltételt kikötni stb. Mindez azonban felesleges, mert maga a jogalkotó adta meg a felhatalmazást a munkáltatónak erre a változtatásra. A jognyilatkozat formáját tekintve kézenfekvő a normatív utasítás alkalmazása. Ebben az esetben kérdés, hogy ezt az utasítást meg lehetett-e támadni. A régi Mt. 106. §-a álláspontom szerint erre közvetlen lehetőséget nem adott, a munkavállaló legfeljebb a rendeltetésszerű joggyakorlás követelményének megsértésére hivatkozhatott, amelynek hátrányos következményeit a régi Mt. 4. § (3) bekezdése szerint „megfelelően orvosolni” kellett.

Az Mt. a munkajogviszony tartalmának alakítása lehetőségeinél számos problémát vet fel. Az első, mindenekelőtt a rugalmasság és a rigorozitás véletlenszerű alkalmazása. A rugalmasságra például szolgálhat az Mt. 96. § (1) bekezdése, amely rögzíti, hogy a munkaidő-beosztás szabályait (munkarend) a munkáltató állapítja meg. E jogköre gyakorlása során a munkáltatónak két követelményre kell tekintettel lenni. Az egyik az Mt. 6. § (3) bekezdése, a másik a 264. § (1) bekezdése, illetve a (2) bekezdés j) pontja.

Az Mt. 6. § (3) bekezdése értelmében a munkáltató a munkavállaló érdekeit a méltányos mérlegelés alapján köteles figyelembe venni, a teljesítés módjának egy-

oldalú meghatározása a munkavállalónak aránytalan sérelmet nem okozhat. A méltányos mérlegelés a munkáltatói döntés kettős korlátozását tartalmazza: egyrészről meg kell felelnie a jogszabályok által meghatározott konkrét követelményeknek, másfelől a döntés általános korlátját jelenti. A méltányos mérlegelés követelménye ugyan az egyoldalú teljesítés meghatározásához kapcsolódik, azonban az Mt. számára kiindulási pontot jelentő BGB 315. §-a alapvetően a tradicionális magánjogra, mintsem a munkajogra vonatkozik. A méltányos mérlegelés és a munkajogviszony-beli teljesítés-meghatározás közvetlen kapcsolata a *Gewerbeordnung*ban (a továbbiakban: GewO) található. A GewO 105. §-a rögzíti, hogy a munkaszerződés megkötéséről, tartalmáról és formájáról a munkáltató és a munkavállaló szabadon állapodik meg, amennyiben az nem ellentétes közens jogi normával, valamint alkalmazandó kollektív szerződés vagy üzemi megállapodás rendelkezésével. A szabályhely rögzíti továbbá, hogy amennyiben valamely szerződési feltétel lényegesnek minősül, úgy a munkavállalók tájékoztatásáról szóló törvény szerint kell eljárni.¹²⁵ A GewO 106. §-a értelmében a munkáltató a méltányos mérlegelés követelményének megfelelően határozhatja meg a teljesítés tartalmát, helyét és idejét, amennyiben ezt nem tartalmazza maga a munkaszerződés, alkalmazandó kollektív szerződés vagy üzemi megállapodás, vagy jogi norma. Ugyanez vonatkozik a munkavállaló a munkáltatónál tanúsítandó magatartásának munkáltató általi meghatározására is. Lényeges továbbá, hogy a munkáltatónak döntése mérlegelésénél tekintettel kell lennie a munkavállaló fogyatékoságára is.

Az Mt. 96. § (1) bekezdését azért emelem ki a méltányos mérlegelés követelményének lehetséges alkalmazási tényállásaiból, mert – szemben például az Mt. 53. §-ban foglalt tényállásoktól – a munkarend egyoldalú alakítása nem ideiglenes jellegű. Kétségtelen, hogy az Mt. 52. § (1) bekezdés c) pontja értelmében a munkavállaló munkáját – többek között – a munkáltató utasításai szerint köteles végezni, és ez általános egyoldalú teljesítés-meghatározásra történő felhatalmazásként is értelmezhető, a munkarend meghatározása azonban több ok miatt is különleges. Mindenekelőtt azért, mert közvetlenül érinti a munkavállaló magánéletét, másrészt, a hazai szabályozás miatt, a munkarendhez szorosan kapcsolódnak egyes bérélemek. Az Mt. 6. § (3) bekezdése „munkaviszonyra vonatkozó szabály”, és ennek sajátos jogkövetkezményei vannak. A munkarend meghatározása kivételképpen történhet egyedi munkáltatói utasítással, de általában normatív utasítással. Ebből a szempontból indokolt az Mt.-nek az érvénytelenségre és az utasítás megtagadására vonatkozó szabályait összevetni.

Az Mt. 27–30. §-ai szabályozzák az érvénytelenség intézményét, nevezetesen a megállapodás semmisségét és megtámadhatóságát. Ez a felosztás követi a magyar magánjogban napjainkban uralkodó felfogást. A munkajogi irodalomban azonban már viszonylag korán jelentkezett az igény a munkajogi jognyilatkozatokra vonatkozó általános érvényességtan kimunkálására, amely egyben tekintettel van a munkajogi közvetett típuskényszer problematikájára is.¹²⁶ Ennek értelmében

¹²⁵ Lásd a Tanács 1991. október 14-i 91/533/EGK irányelvéről korábban írottakat.

¹²⁶ ROMÁN (35. lj.) 191–211; uő.: *A munkáltatói utasítás érvényessége és hatályossága* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1977) 8–71.

meg kell különböztetni a semmisséget, a feltétlen és a feltételes érvénytelenséget. Ebben a kontextusban Román hangsúlyozza, hogy „az érvénytelenség és a semmisség egyaránt minősítő fogalom”. Az érvénytelenség azonban az aktus valamilyen hibáját fejezi ki, a semmisség pedig egyenesen nemlétezését jelenti.¹²⁷ Ami a feltétlen és a feltételes érvénytelenséget illeti, az előbbi esetben az adott jogi aktus olyan súlyos hibában szenved, hogy a jogrend a felek reagálásától függetlenül nem engedi a kívánt joghatás bekövetkezését, míg az utóbbinál az érvénytelenség bekövetkezéséhez a felek (vagy az egyik fél) valamilyen reflektálását követeli meg.¹²⁸

Az Mt. főszabályképpen a megállapodások érvénytelenségével foglalkozik, és a napjainkra jellemző felfogás szerint a genus-fogalom az érvénytelenség, és ezen belül van a semmisség és a megtámadhatóság. Azon túl, hogy ez a rendszer dogmatikájában hibás, az alábbi következményekhez vezet. Az Mt. 29. § (4) bekezdése az egyoldalú jognyilatkozatokat is tárgyalja az érvénytelenség jogkövetkezményei cím alatt. Ennek értelmében, az egyoldalú jognyilatkozat érvénytelensége esetén e jognyilatkozatból jogok és kötelezettségek nem származnak. Az azonban nem derül ki, hogy az egyoldalú jognyilatkozat milyen okból érvénytelen – a fejezet felosztása alapján –, semmis vagy sikeresen megtámadott. E rendelkezés beiktatása azért is logikátlan, mert az Mt. 15. § (5) bekezdése szerint a megállapodás teljesítése során tett, jognyilatkozatnak nem minősülő nyilatkozatot, továbbá a munka irányításával összefüggő munkáltatói jognyilatkozatot tekintve a 20–26. §-ban foglalt rendelkezéseket kell megfelelően alkalmazni. Azaz, az érvénytelenség szabályai nem alkalmazandóak. Az Mt. 15. § (5) bekezdése tartalma ugyanakkor indokolt, mert léteznek olyan jogi aktusok, amelyeknek az érvénytelenítéséhez a megtámadás nem alkalmazható. Tipikusan ilyen az utasítás, amely általában azonnali végrehajtást igényel, és ebből következően a címzett munkavállaló megtámadásban kifejezésre jutó reagálása nem egyeztethető össze az utasítás rendeltetésével. Az utasítás érvénytelenítésére szolgáló technika ugyanis a megtagadás. Abban az esetben, ha az utasítás kisebb súlyú hibában szenved, a jog az egyik fél – esetünkben a címzett munkavállaló – akaratára bízva, hogy érvénytelenít-e az utasítást, vagy azt érvényesnek fogadja el. Hangsúlyozom, hogy a megtámadás és a megtagadás nem egynemű kategóriák, és ezért is indokolt lett volna a Ptk. érvényességtana helyett az Mt.-ben a felek (vagy az egyik fél) reagálásától függő feltételes érvényesség–érvénytelenség kategóriáját használni. (Ez a megállapítás mind a régi, mind az új Mt.-re vonatkozik.)

Az Mt. 54. §-a rendelkezik az utasítás megtagadásáról. Az Mt. 27–30. §, valamint az 54. § összevetéséből könnyen az a következtetés lenne levonható, hogy a jognyilatkozatok érvényességének és az utasítás megtagadhatóságának szabályozása ellentmondásban van egymással. Ebben az esetben azonban két tényezőt kell egymástól megkülönböztetni. Az egyik magának az utasításnak az érvényessége/érvénytelensége, a másik pedig az a magatartás, amely ezt az érvénytelenséget

¹²⁷ ROMÁN (35. lj.) 208. Lehetséges, hogy az adott jogi aktus – ebben az esetben a megállapodás – munkaszerződésként semmis, mert pl. hiányzik az egyik szükséges tartalmi elem, nevezetesen a munkabér. Ettől azonban még ingyenes megbízási szerződésként értékelhető.

¹²⁸ ROMÁN (35. lj.) 38–40, 42–43, 65, 70.

realizálja. Ezzel összefüggésben egy jogi aktus joghatás kiváltására való alkalmassága alapvetően az adott jogi aktus jogi természetétől függően válaszolható meg. Az érvényességi tényállást tekintve, az utasításnak van egy lényeges sajátossága, nevezetesen az utasítás annak a jogviszonynak a realizálásában ölt testet, amelyhez kapcsolódik, mégpedig a munkajogviszony teljesítésekor. Ebből az alapállásból lehet feloldani az Mt. 27. § (1) és az 54. § (2) bekezdése közötti ellentmondást. Álláspontom szerint dogmatikailag a munkaviszonyra vonatkozó szabályba ütköző utasítás érvénytelenségén nem változtat az, hogy a címzett munkavállaló teljesít. Így például az Mt. 114. § (1) bekezdése értelmében a fiatal munkavállaló számára éjszakai munka, valamint rendkívüli munkaidő nem rendelhető el. Amennyiben a fiatal munkavállaló az erre vonatkozó utasítást teljesíti, az utasítás változatlanul érvénytelen marad. Ennek további sajátosságát az adja meg, hogy a munkajogviszony *dare-facere* jellege miatt az eredeti állapot visszaállítására nincs lehetőség. Abban az esetben viszont, ha a munkavállaló ezt az utasítást megtagadja, hátrányos jogkövetkezmény emiatt nem érheti.

Az Mt. 96. § (1) bekezdése azonban más jellegű problémát is magában hordoz. Az utasítás megtagadásának intézménye ugyanis szigorúan csak az individuális utasításokat tekintve érvényesül. Ez a probléma felmerülhet a munkaszerződéstől eltérő foglalkoztatás esetében is, de tipikusan a munkarend meghatározásánál jelentkezik, amely főszabályképpen normatív utasításban ölt testet. Ezen nem változtat az Mt. 97. § (4) bekezdése, amely szerint a munkaidő-beosztást legalább hét nappal korábban, legalább egy hétre írásban kell közölni. Ez lehet ugyan egyéni vagy kollektív közlési forma, azonban magának az Mt. 96. § (1) bekezdésének a rendeltetése minden kétséget kizáróan kollektív. Ezen a ponton van jelentősége a már tárgyalt Mt. 6. § (3) bekezdésének, amely maga is munkaviszonyra vonatkozó szabály, így a munkavállaló a teljesítést akár meg is tagadhatja. Ennek azonban a munkarend esetében tényleges hatása nincs, a normatív utasítás kollektív megtagadásának intézménye pedig nem ismert a magyar munkajogban. Megjegyzem másutt sem, azonban ezen a ponton lép be a kollektív munkajog intézményrendszere. Az Mt. a kollektív munkajog szabályozását a korábbiakhoz képest merőben új alapokra helyezte. A kollektív jogok, jelesül a munkavállalói részvétel szabályai a jogkövetkezmények hiánya nélkül csupán *lex imperfecta* normák.¹²⁹ Ez a megközelítés azért hibás, mert rendeltetésüknél és tartalmuknál fogva léteznek olyan munkáltatói jogi aktusok – a munkáltató döntési hatalmából eredően –, amelyekkel szemben csak kollektív munkajogi eszközökkel lehet a szerződési elv által megkívánt egyensúlyt biztosítani. Az Mt. 264. §-a szankciók hiányában nem minősül ilyennek.

Az előző pont bevezetőjében a rugalmasság és a rigorozitás véletlenszerű alkalmazását jelöltem meg a munkajogviszony tartalma alakításának egyik problémájaként. Az alakítási lehetőségek rigorozítására példa lehet a munkaszerződéstől eltérő foglalkoztatás szabályozása. Az Mt. 53. §-ban szabályozott tényállások a magyar munkajogban hagyományosan a munkáltató általános utasítási hatalmába

¹²⁹ Utalok ezzel összefüggésben a német Betriebsverfassungsgesetz és az Mt. III. rész XX. fejezet („Az üzemi tanács”) közötti különbségre.

tartozó ún. speciális utasításokként jelennek meg. A hazai irodalomban Román elemezte az utasítási jog korlátait általában és a speciális utasításra is kiterjedően.¹³⁰ Álláspontja szerint a munkáltatói utasítási jognak létezik egy relatív és egy abszolút határa. Kiindulási pontja a munkaszerződés, amely alapja és egyben relatív korlátja az utasítási jognak, azonban rámutat arra, hogy az utasítási jog határa számos esetben kitolódik. Ez a kitolódás „pedig abban áll, hogy ’relativizálódik’ a munkaszerződésben foglalt körszerű megállapodás. Hozzá képest egy tágabb, abszolút körvonal képződik. Ennek megfelelően a két kör közötti szféra egy relatív tilalmi övezetet alkot, amelyen belül az utasítási jognak csak különleges helyzetben ’van módja’ aktivizálódni”.¹³¹ Kérdés tehát, hogy mikor léphető át a szorosan vett szerződési kör, azaz, hol van az utasítási jog abszolút határa.

Román 1977-ben megfogalmazott konstrukcióján a hazai munkajogtudomány és ebből következően a jogalkotás nem volt képes túllépni. Mindez azt jelenti, hogy a speciális utasítások jogalapja magából a törvényből következik, határait szintén törvény rögzíti, kétségtelenül a *pacta sunt servanda* elvének figyelembevételével. Ezen nem változtat az sem, hogy az Mt. 57. §-a értelmében kollektív szerződés az Mt. 52. § (2) bekezdésétől akár a munkavállaló hátrányára is eltérhet, azaz a törvényben meghatározott negyvennégy beosztás szerinti munkanapnál hosszabb időre is elrendelheti a szerződéstől eltérő munkavégzést. Ez a megoldás annyiban helyeselhető, hogy a munkaszerződés tartalmának megfelelő foglalkoztatást helyezi előtérbe, rigorózusnak mégis azért neveztem, mert a munkajogviszony alakítására alkalmatlan – nem is ez a rendeltetése –, továbbá e szabályon kívül semmilyen egyéb eszköz nem áll rendelkezésre.

4.4. LEHETSÉGES MEGOLDÁSOK A MUNKAJOG EGYES INTÉZMÉNYEINEK AZ ÁTÉRTÉKELÉSÉVEL

A fentiekben úgy foglaltam állást, hogy a munkajogviszony tartalmának alakítási lehetőségei nagymértékben függenek polgári jogi elvek és szabályok alkalmazásától. Az Mt. előkészülete során több alkalommal is megfogalmazódott a már említett *québec-i klauzula* erőteljes érvényesítése a munkajogi szabályozásban. Ez a törekvés azonban zátonyra futott. A szakmai munka során vita bontakozott ki az Első Rész II. fejezet tartalmával, illetve szükségességével kapcsolatban: nevezetesen, kell-e a jognyilatkozatokat önállóan szabályozni a kódexben. Álláspontom szerint a szabályozás egyrészről felesleges, másrészről elhibázott. A jognyilatkozatok általános szabályai ugyanis a Ptk.-ban – különös tekintettel az új kódexre – kaptak helyet, ehhez képest külön, átfogó szabályozás az Mt.-ben nem szükséges. Amennyiben az a megállapítás szolgál kiindulópontul, hogy a jognyilatkozat joghatás kiváltására irányuló akaratnyilatkozat, úgy a Ptk. egyes szabályainak az alkalmazhatóságáról nem a jognyilatkozatok fejezet végén, hanem az Mt. végén kell rendelkezni.

¹³⁰ ROMÁN (126. l.) 132–186.

¹³¹ ROMÁN (126. l.) 133.

Témánk szempontjából a szerződés módosítása és a feltétel szabályozásának vizsgálata indokolt. A szerződés módosításának Ptk.-beli szabályozása értelmében szerződés tartalmát valamelyik fél egyoldalúan akkor módosíthatja, ha ezt a szerződésben kikötötték, vagy ha a felet erre jogszabály feljogosítja.¹³² Az Mt. 58. §-a szerint a felek a munkaszerződést csak közös megegyezéssel módosíthatják, ez a rendelkezés az Mt. 62. §-a alapján kógens, tőle sem a felek megállapodása, sem kollektív szerződés nem térhet el. Ez témánk szempontjából azt jelenti, hogy a megváltozott körülmények esetén a munkáltatónak csak az egyenkénti szerződésmódosítási ajánlat lehetősége maradt – a munkaszerződés kötött tartalma miatt is –, majd annak munkavállalói elutasítása esetén a munkajogviszonynak a munkáltató működési körébe tartozó okkal indokolt megszüntetése, többnyire csoportos létszámcsökkentés által. Mindezzel összefüggésben indokolt utalni az új Ptk. 6:192. §-ára, amely a bírósági szerződésmódosítást szabályozza, korántsem azért, mert egy ilyen megoldást alkalmazhatónak tartanék a munkajogban. A norma indokolása hangsúlyozza, hogy

„a szerződés a felek autonómiájának területe; állami (adott esetben bírósági) beavatkozásra csak a kógens tilalomfák által kijelölt kirívó esetekben, a közérdek vagy a gyengébb fél (tipikusan a fogyasztó) érdekeinek védelmében kerül sor. Ez az elv érvényesül a szerződés módosításánál is. A Ptk.-hoz hasonlóan, a törvény is csak egy vonatkozásban enged bírósági beavatkozást a fennálló szerződéses jogviszonyba, éspedig a *clausula rebus sic stantibus* elvét juttatva érvényre”.

A Ptk.-k módosítási szabályait összevetve kiemelendő a felek közötti tartós jogviszony léte, továbbá az, hogy a szerződés megkötését követően előállott körülmény következtében a szerződés változatlan feltételek melletti teljesítése lényeges jogi érdekét sérti valamely félnek.

A *clausula rebus sic stantibus* elvét kizárja az Mt. 19. § (1) bekezdésének második mondata, amelynek értelmében nem köthető ki olyan feltétel, amelynek alapján a munkajogviszony a munkavállaló hátrányára módosulna, vagy a munkajogviszony megszűnését eredményezi. Az utóbbi tényállást e tanulmányban részletesen nem tárgyalom, csupán utalok arra, hogy egyes jogokban a feltétel a határozott időre létesített munkajogviszony megszűnési tényállásaként megengedett. Ezt ehelyütt mégis azért érintem, mert rendkívül fontos ebben az esetben is az érdekek egyensúlyának biztosítása. Jó példa erre a német jog, amelyben a feltétel, mint megszűnést eredményező jogi tény, elsősorban a jogalkalmazás által meghatározott korlátok között érvényesülhet.¹³³ Ami a feltételnek a munkajogviszony alakításában betöltött szerepét illeti, az Mt. megfogalmazásában az első nehézséget a „munkavállaló hátrányára” kitétel jelenti. Az Mt. 43. § (2) bekezdése ugyanis értelmezi a „munkavállaló javára” történő eltérést, ami nyilvánvalóan alkalmazható a

¹³² 2013. évi V. tv. 6:191. § (4) bek.

¹³³ Dagmar FELIX: „Zulässigkeit und Besonderheiten auflösend Bedingter Arbeitsverträge” *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1994. 1111–1119; Björn GAUL – Rolf LAGHZAOU: „Die Gesundheitliche Eignung des Arbeitnehmers als auflösende Bedingung” *Zeitschrift für Tarifrecht* 1996. 300–305.

munkavállaló hátrányára történő eltérés esetében is. Az Mt. értelmében az eltérést az egymással összefüggő rendelkezések összehasonlításával kell elbírálni.¹³⁴ Ez a követelmény azonban témánk vonatkozásában összetett. Nem arról van csupán szó, hogy a munkaszerződést és a munkaviszonyra vonatkozó szabályt, illetve a kollektív szerződést és a jogszabályt tekintve hogyan ítélendő meg egy viszonylag statikus eltérés, hanem egy adott állapothoz képest egy jövőbeli – azaz dinamikus – változás hogyan ítélendő meg. Megjegyzendő ugyanakkor, hogy a munkajogviszony alakításának vizsgált rendeltetése sok hasonlóságot mutat a *Günstigkeitsprinzip* értékelésénél megfogalmazott vizsgálati módszerekkel.

A további elemek vizsgálatánál kiindulópont a munkajog védelmi funkciója, amelybe beletartozik az is, hogy különösen a válság időszakában a munkavállaló jogállását védje, adott esetben akár a munkafeltételek – azaz a munkajogviszony tartalmának – a változtatása árán is. Ennek megfelelően a feltétel által biztosítható rugalmasságnak mindkét fél érdekeit kell szolgálnia.¹³⁵ Ezt a követelményt szem előtt tartva indokolt a feltételt, mint a munkajogviszony tartalma alakításának lehetőségét felhasználni. Az alapvető problémát az jelenti, hogy a munkajogviszony alakítását milyen felhatalmazás alapján és milyen jogi aktus által lehet megvalósítani. Végezetül a legfontosabb kérdés az egyensúly biztosítását szolgáló intézmények kiépülése.

Az első kérdést illetően a munkáltató látszólagos egyoldalú alakítási jogát csak szerződéses felhatalmazás alapozhatja meg. Két szerződés jöhet szóba, úgymint a munkaszerződés és a kollektív szerződés. A magyar munkajogi szabályozás alapján és a hazai foglalkoztatási környezetben mindkettő meglehetősen labilis megoldásnak számít. A munkaszerződésben történő felhatalmazást illetően az első óvatosságra intő ok magában a munkaszerződés szabályozásában rejlik. A munkaszerződés tartalma a magyar jogban kötött, azaz korántsem lehet *incomplete* megállapodásnak nevezni. Emellett az Mt. 43. §-a munkaszerződésben a munkaviszonyra vonatkozó szabálytól – helyesen – főszabályként csak a munkavállaló javára enged eltérést. A foglalkoztatási (jogon kívüli) környezetben, különösen az érdekképviselő nélküli közepes vagy kis munkáltatóknál rendkívül nehéz a munkáltató számára rugalmasságot jelentő szerződéses felhatalmazást ellensúlyozni, habár korábban már erre is volt kísérlet.¹³⁶ A kollektív szerződéses felhatalmazás elfogadásához a magyar munkajog több intézményének koncepcionális átalakításá-

¹³⁴ Az Mt. 43. §-hoz fűzött Indokolás a következőket fűzi ehhez a mondatához: „Az eltérés értékelését segíti a 43. § második mondatában írt rendelkezés. Ez – a jelenlegi bírói gyakorlattal egyezően – kizárja az ún. mazsola elv érvényesülését, de a munkavállaló érdekében arra sem ad lehetőséget, hogy az eltérés kedvező volta a munkaszerződés összességében legyen megállapítható a munkavállaló javára. Az egymással összefüggő rendelkezések kifejezés alatt az azonos rendeltetésű szabályokat, illetve megállapodáselemeket kell érteni. Így pl. ha az vitatott, hogy a törvényes, illetve a munkaszerződés szerinti végkielégítés legyen az irányadó az adott esetben, ezt nem önmagában, hanem pl. a felmondási időre vonatkozó rendelkezés, illetve megállapodás együttes összevetésével lehet megállapítani.”

¹³⁵ Lásd erről újabban Anja Stefanie SUTTER: *Die Bedingung als Flexibilisierungsmöglichkeit im Arbeitsrecht: Zulässigkeit und Grenzen* (Innsbruck: Univ. Diss. 2012).

¹³⁶ Lásd a régi Mt. 127/A §-át a túlmunka éves keretének munkaszerződésben történő emeléséről. Beiktatta a 2007. évi LXXIII. tv. 8. §-a.

ra van szükség. Ezek között az első, a munkaszerződés kötelező elemeinek felszabadítása, azaz konvertálhatóvá tétele a kollektív szerződés számára. Ennek megfelelően a munkabér és a munkakör esetleges későbbi módosítása megtörténhetne a kollektív szerződésben foglalt felhatalmazásra történő utalással. A munkáltatói döntés jogi természete szerint mindkét esetben, előzetes szerződéses felhatalmazáson alapuló, egyoldalú jognyilatkozat. Ezzel összefüggésben további kérdés, hogy a felhatalmazás milyen mozgásteret engedhet a munkáltatónak, azaz milyen részletességgel kell meghatározni a változtatás feltételeit.

Ennek a konstrukciónak meghatározó eleme az egyensúly fenntartását, a munkavállaló védelmét biztosító rendszerek beépítése. Kiindulópontul szolgálhat a munkajogviszony alá-fölérendeltsége, amelyet erősíteni éppen a munkajog magánjogi természete miatt nem kívánatos. A munkajogviszony stabilitása megtartásának két eszköze képzelhető el. Az egyik a felhatalmazást tartalmazó megállapodás feltételeinek meghatározása, és az ennek megfelelő szerződési kontroll kialakítása. A másik a módosítás időtartama alatt, meghatározott munkáltatói döntések alkalmazásának felfüggesztése.

Álláspontom szerint a munkáltató döntését megalapozó szerződéses felhatalmazás tartalmi érvényességi kelléke, hogy a munkáltató csak abban az esetben élhet az egyoldalú módosítás lehetőségével, ha a körülmények a korábbi feltételekkel történő foglalkoztatást aránytalanul megnehezítik, vagy lehetetlenné teszik. Ezzel összefüggésben még egy további korlátozás is elképzelhető, nevezetesen érvénytelen a szerződéses felhatalmazás abban az esetben, ha a körülmények változása a munkáltató korábbi nem megfelelő döntéseinek a következménye. Az említett feltételen túl, a megállapodásnak meg kell felelnie az Mt. általános rendelkezéseiben foglalt magatartási követelményeknek.¹³⁷ Felvetődik bizonyos klasszikus magánjogi elveknek, illetve szabályoknak az alkalmazhatósága is. Ebbe a körbe tartozó problematika a feltűnő értékaránytalanság intézményének alkalmazása.¹³⁸ Ehelyütt csak utalok arra, hogy míg a magyar munkajog a szerződés megkötésének folyamatában mindaddig még nem ismerte el ennek a jogintézménynek a létjogosultságát, ez egyáltalán nem jelenti azt, hogy a jövőben – akár a szerződés módosításának vázolt folyamatában – a feltűnő értékaránytalanságnak nem lesz helye a szerződések érvényességтанában – legyen szó akár munkaszerződésről vagy kollektív szerződésről.¹³⁹

A módosítás időtartama alatti egyes munkáltatói döntések felfüggesztésében történő megállapodás lehetőségének vizsgálata előtt arra a kérdésre kell választ adni, hogy az elemzett konstrukció átmeneti jellegű vagy akár határozatlan időtartamú is lehet. A válasz megadható a szerződések dogmatikai megközelítése, és

¹³⁷ A hatályos Mt. alapján különösen tekintettel kell lenni a 6. § (2) bek.-ére és a 7. §-ra. Ebből a szempontból azonban nem jön számításba a 6. § (3) bek.-e, amennyiben itt nem egyszerűen a munkáltató egyoldalú teljesítés-meghatározásáról, hanem a szerződéses feltételek egyoldalú megváltoztatásáról van szó.

¹³⁸ A 2013. évi V. tv. alapján a 6:98. §.

¹³⁹ Ezt támasztja alá a Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság előtt folyó eljárás, amelyben a kollektív szerződés módosítását támadta meg egy szakszervezet – amely egyébként az Mt. szabályai szerint nem rendelkeztet kollektív szerződéskötési képességgel – a Ptk. 202. §-ára történő hivatkozással.

a konstrukció rendeltetése alapján is. Az előbbi esetben differenciálni szükséges a munkaszerződésben, illetve a kollektív szerződésben történő felhatalmazás között. A munkaszerződésben történő felhatalmazást erős munkavállalói biztosítékokkal indokolt körülbástyázni. Amennyiben egyáltalán elképzelhető a magyar munkajogi környezetben és foglalkoztatási körülmények között egy ilyen jellegű egyéni megállapodás, elsősorban a szerződésben meghatározott feltétel fennállásáig, illetve ettől függetlenül a szerződésben meghatározott ideig lehet hatályban. Ettől eltérően, egy *incomplete* tartalmú munkaszerződés esetén más megoldás is elképzelhető. A kollektív szerződésben a felek megállapodási lehetőségei meglehetősen tágak. Így többek között megállapodhatnak a kollektív szerződés egyes részeinek a felmondásában, határozatlan, illetve határozott idejű felhatalmazásban stb. A szerződéses felhatalmazás alapján történő egyoldalú módosítás, rendeltetése alapján – véleményem szerint – célhoz kötött. Ennek az intézménynek a rendeltetése kettős: a vállalkozás fenntartása, mintegy konszolidációja egyrészről, a munkavállalói státuszvédelem másrészről. Ennek megfelelően a munkáltató kollektív megállapodáson alapuló felhatalmazását az egyoldalú szerződésmódosításra szintén csak meghatározott időtartamra látom lehetségesnek. Mindebből következően a feltétel intézményét illetően a halasztó hatályú feltétel jöhet szóba. Dogmatikai megközelítésben elképzelhető a módosítást lezáró bontó feltétel is, azonban garanciális okok miatt elsősorban nem a feltétel, hanem a határozott időtartam meghatározása látszik megvalósíthatónak.

A munkavállalói jogállásvédelem egyik meghatározó szegmense lehet a munkafeltételek módosításának tartama alatt egyes munkáltatói jogok gyakorlásának a felfüggesztése, vagy legalábbis korlátok közé szorítása. Ebben a kontextusban alapvető jelentősége van a munkajogviszony megszüntetésének a munkáltató érdekében történő hivatkozással. Az intézmény megítélésében azonban érdemi különbség van a magyar és több európai ország jogalkotása, illetve különösen jogalkalmazása között. Elég utalni a Legfelsőbb Bíróság (LB) 95. számú Magyar Közlöny-beli (MK) állásfoglalására, amelynek nem csekély szerepe van a munkáltató működése körében történő felmondás meglehetősen sematikus megítélésében. Természetesen ennek elsősorban nem a jogalkalmazás az oka, hanem az ilyen okból történő felmondás nem megfelelő szabályozása. A régi Mt. módosításai során több alkalommal felmerült a szociális szempontok figyelembevétele, azonban ezt nem sikerült érvényre juttatni. Másfelől utalok a német *Änderungskündigung* intézményére, amely éppen a tárgyalta megoldások esetében játszik fontos szerepet.¹⁴⁰ Más módszerrel, nevezetesen előzetes eljárási eszközökkel korlátozza a munkáltató felmondási jogkörét a francia jog (*procédure de licenciement*), amelynek elmulasztása a jognyilatkozat érvénytelenségét hozza magával.¹⁴¹ Mindehhez hozzájön a kollektív munkajog már említett rásegítése, amely által válik ez a konstrukció teljessé.

¹⁴⁰ SCHRÖDER (96 lj.); JENS JÜTTNER: *Der Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung* (Baden-Baden: Nomos 2011); OTTO BJÖRN: *Die Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung* (Lohmar: Eul 2001).

¹⁴¹ PATRICK CHALMEL: *Le nouveau droit du licenciement après de la loi de 1989* (Paris: Les Éditions d'Organisation 1990); BERNARD TEYSSIE: *Le licenciement* (Paris: Economica 1997).

5. ÖSSZEGZÉS

Napjaink változó gazdasági környezetében a munkajog tradicionális rugalmassági és védelmi intézményei egyre kevesebb hatékonysággal működnek. Álláspontom szerint ennek oka alapvetően abban keresendő, hogy a munkajog a mindeddig használható „*flexicurity*” intézményeit vette igénybe. Ez a megközelítés a gazdasági válság időszakában – a jelek szerint – inkább bizonyult tévesnek, mint helytállónak. A munkajog kénytelen a polgári jog egyes elemeinek használhatóságát jobban kiaknázni, ami úgy tűnik, nem feltétlenül esik nehezeére. A magyar munkajogi szabályozás az Mt. alapján sem alkalmas egy megújult szemléletű rugalmasság és biztonság kialakítására. Ennek – álláspontom szerint – két oka van. Az egyik az Mt. egyoldalú rugalmassága, és ezzel párhuzamosan a korlátok sporadikus ötletszerűsége. A másik a kollektív munkajog hatásának hiánya. Egy új rendszerű rugalmassági-biztonsági intézményrendszer kialakítása feltétlenül szükséges, azonban ehhez a munkajog és a polgári jog kapcsolatrendszerének újbóli áttekintésére van szükség, valamint a munkajog egyes elemei koherenciájának megteremtésére, jogpolitikai „érzelmek” nélkül.

MAJTÉNYI BALÁZS*

ALAPTÖRVÉNY A NEMZET AKARATÁBÓL**

Az írás a nemzetfogalom intézményülési lehetőségeit tárgyalja, majd az etnikai/kulturális nemzet meghatározó szerepét elemzi a 2012-es Alaptörvényben, valamint annak hatását az alkotmányos identitásra és az emberi jogok védelmére. A tanulmány fő állítása, hogy az etnikai nemzet elsődleges használata az állam identitásának a meghatározásakor az alkotmányos demokrácia modelljét is alááshatja, mivel az állam még csak nem is ígéri, hogy minden lakosa nevében és érdekében jár el.

1. BEVEZETÉS

Ha az alkotmányokban megjelenő nemzetfogalom használata felől közelítünk a többszintű alkotmányosság elméletéhez, akkor azt olyan, az államok identitását meghatározó kérdés felől szemléljük, amelyet közvetlenül nemzetközi vagy uniós standardok nem befolyásolnak. Mégis, a nemzetfogalom intézményesítése esetenként olyan problémákat vet fel, amelyek a többszintű alkotmányosság támasztotta követelményeket is érinthetik, például a származtatott antidiszkriminációs elvként értelmezett állami semlegességet,¹ vagy a nemzetiségek státusát. A saját alkotmányos identitásához ragaszkodó állam az eltérő nemzetállami megoldásokra hivatkozva elutasíthatja az azzal ellentétes nemzetközi emberi jogi normákat. Ez a kérdés a nemzetfogalom használata mellett a különböző világnézeti utalásokon keresztül is elemezhető (így a vallásszabadság, családfogalom, szexuális kisebbségek), reális képet akkor kapunk a többszintű alkotmányosság hatásáról, ha nem csupán az univerzális emberi jogi mozgalomra és a liberális alkotmányosságra összpontosítunk, hanem elemezzük a nem demokratikus eszmék befolyását is, amelyek szintén hatnak az alkotmányozásra.

Egy a nemzetfogalmat rendhagyó módon, elsődlegesen etnikai értelemben² használó alkotmány elemzése hozzájárulhat azoknak a folyamatoknak az értelmezéséhez is, amelyek a demokráciák válságához vezethetnek.³ Azt gondolom, hogy a többségről alkotott hatalmi képzetek általában is sok mindent elárulnak egy tár-

* PhD, tudományos főmunkatárs, MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézet, 1014 Budapest, Országház u. 30; egyetemi docens, Eötvös Loránd Tudományegyetem Társadalomtudományi Kar, 1117 Budapest, Pázmány Péter sétány 1/a.
E-mail: majtenyi.balazs@tk.mta.hu.

** A tanulmány végleges változata az MTA TK Jogtudományi Intézetében 2013. május 23-án megtartott műhelyvitán elhangzottak figyelembevételével készült. A szerző köszönettel tartozik opponenseinek, Kovács Krisztának és Salát Orsolyának, továbbá Körtvélyesi Zsoltnak és a vita minden résztvevőjének.

¹ Kis János: „Az állam semlegessége. Újabb nekifutás” *Fundamentum* 2011/3. 5–22.

² A tanulmányban a kulturális és az etnikai nemzetet egymás megfelelőiként használom.

³ Lásd az új demokráciák válságáról Paul BLOKKER: *New Democracies in Crisis? A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia* (London – New York: Routledge 2013).

sadalomról, így a kisebbségi csoportokról, de az alkotmányosság helyzetéről is. A tanulmányban ebből kiindulva vizsgálom a nemzetfogalom intézményesülésének lehetőségeit, majd azt tárgyalom az Alaptörvény példáján keresztül, hogy milyen következményekhez vezethet az, ha az állam nemzeti identitása és az alkotmányosság elvei egymással összeütközésbe kerülnek.

2. A NEMZETFOGALOM ÉRTELMEZÉSE ÉS AZ ÁLLAM SEMLEGESSÉGE

A politikai közösség összetartozás-tudatának erősítése, egyszersmind a jog autoritálásának biztosítása érdekében az európai alkotmányok rendszerint használják, vagy legalábbis különböző elnevezésekkel (nép, nemzet) utalnak a politikai nemzet fogalmára. A politikai közösségek alapító dokumentumai emellett gyakorta kinyilvánítják a határon túl élők (az államnak nevet adó etnikai vagy kulturális nemzethez tartozók) iránti elkötelezettségüket, s nevesítik az ország területén élő, nem a többségi kulturális nemzethez tartozókat (nemzeti, etnikai kisebbségek, őslakosok, stb.).⁴

A politikai nemzetet Alain Dieckhof a következő módon írja le: a polgári nemzet a polgárok szabad szövetsége, mely egy valós, de mindenesetre kívánatosnak tartott összetartozás-tudathoz köti a nemzet fogalmát, így egy történeti közösség megtestesülésére építő „racionális és önkéntes politikai konstrukció, mely koncepciót a felvilágosodás politikusai alkották meg, és a francia forradalom hívta életre”.⁵ Értelmezésem szerint a politikai nemzet egy – nem csupán az állampolgárookra kiterjedő – alkotmányjogi kapcsolat az ország lakosai között, hiszen ahogyan Dora Kostakopoulou megállapítja, a demokrácia azok egyenlő részvételén alapszik, akik az adott állam fennhatósága alatt élnek, s így az ország lakosai valamely csoportjának kizárása a döntéshozatali eljárásokból igazolási problémákat okoz.⁶

A kulturális vagy etnikai nemzet ellenben, Dieckhof szerint, nem az emberek közötti közjogi kapcsolatra utal, hanem egy identitásérzés kifejeződésére, egy „természetes rend”⁷ megnyilvánulására. Ez volt például a megosztottság szülte német nemzeteszmény alapja. A nemzetet e megközelítés szerint a közös nyelv, a kultúra, a történelem, esetenként a vallás határozza meg. (E két nemzetfogalom szembeállítását először Friedrich Meineckénél jelent meg, értelmezése szerint annak kulturá-

⁴ Lásd a kérdéskör részletes elemzését: HALÁSZ Iván: „A nemzetfogalom nyelvi-kulturális elemei a modern kelet- és közép-európai demokratikus alkotmányokban” in HALÁSZ Iván – MAJTÉNYI Balázs – SZARKA László (szerk.): *Ami összeköt? Státustörvények közel s távol* (Budapest: Gondolat 2004) 27–41.

⁵ ALAIN DIECKHOFF: „Nation and Nationalism in France, Between Idealism and Reality”; *oxpo.politics.ox.ac.uk/materials/national_identity/Dieckhoff_Paper.pdf*; vagy ALAIN DIECKHOFF: „Egy megrögzöttség túlhaladása – a kulturális és politikai nacionalizmus fogalmainak újraértelmezése” in KÁNTOR Zoltán (szerk.): *Nacionalizmuselméletek. Szöveggyűjtemény*, (Budapest: Rejtjel 2004) 298.

⁶ DORA KOSTAKOPOULOU: *The Future Governance of Citizenship* (Cambridge: Cambridge University Press 2008) 75.

⁷ Lásd DIECKHOFF (5. l.) 1.

lis felfogása valamiféle közösen megtapasztalt örökségen – nyelvi, kulturális stb. – alapul, a politikai nemzet pedig „a közös politikai múlt és berendezkedés egyesítő erején”.⁸

A közjogi elemzés során felmerülő legfontosabb kérdés, hogy a nemzet két meghatározása közül melyik, vagy a kettő együttes használatának milyen módja feleltethető meg a modern demokráciák egyik alapelveként: a politikai közösség minden tagja morális egyenlőségének. Azaz, hogy a nemzet fogalma intézményesülhet-e, és ha igen, mely értelmezésével (vagy értelmezéseivel) a demokratikus államok jogrendjében. A legkézenfekvőbb megoldás az lenne, ha a demokratikus politikai közösségek közjogi dokumentumai egyáltalán nem utalnának a nemzetre, ez a nemzeti szempontból semleges államban valósulhatna meg. Egy ilyen állam alkotmánya a nemzet fogalmát csupán nemzeti semlegességének deklarálásakor említene meg. Ezt összekötve a semlegesség egyéb területeivel, például a következőképpen nyilváníthatná ki: Az állam demokratikus értékeken nyugszik, és nem kötődik sem hitvalláshoz, sem nemzethez.

Minden, a nemzeti semlegesség elérésére irányuló törekvés – ahogyan arra Will Kymlicka és Christine Straehle, illetve Kis János is rámutatott – az államok többségében aligha több mint illúzió.⁹ A mai európai alkotmányos demokráciák többségének megszületése összefonódott a nemzeti mozgalmakkal, s azok a nemzet fogalmától nem tudnak elszakadni, mivel néhány alapvető kérdésben a jogállamok sem lehetnek semlegesek. Ennek belátásához gondoljunk csak arra: ha elfogadjuk, hogy a politikai közösségen belül szükség van valamiféle összetartozás-tudat kialakítására, akkor az ennek létrehozására tett kísérleteknek az államok többségében óhatatlanul a nemzethez kell kapcsolódniuk. Az államoknak ugyanis szükségszerűen van (egy vagy több) hivatalos nyelvük, minden jogrendszerben felfedezhetők kulturális, történelmi sajátosságok, s a közös állami szimbólumok is gyakran a kulturális nemzethez kötődnek. A nemzeti hagyomány szükségszerűen rajta hagyja kézjegyét a közös politikai kultúrán is, ennek következménye, hogy a politikai közösség leírásakor az európai államok többségében szinte kivétel nélkül utalnak a politikai nemzethez való tartozásra. Így, ahogyan Kis János megállapítja, az állam vallási semlegességének analógiája állam és nemzet elválasztására egész egyszerűen nem alkalmazható.¹⁰ A mai, az alkotmányosság elvein alapuló demokratikus politikai közösségek tehát nemzeti szempontból nem semlegesek, s bár eltérő mértékben, de (például elnevezésük, himnuszai és más szimbólumaik, történelmük, hivatalos nyelveik által) óhatatlanul számos szállal kötődnek a minden polgárt vagy országlakost magában foglaló – az egyenlőség elvével összeegyeztethető – politikai nemzethez. A politikai nemzet pedig sajátos módon az államok többségénél történelmi-

⁸ Friedrich MEINECKE: *Weltbürgertum und Nationalstaat. Studien zu der Genesis des deutschen Nationalstaates* (Berlin–München: R. Oldenburg 1907); vagy Friedrich MEINECKE: *Cosmopolitanism and the National State* (Princeton: Princeton University Press 1970) 10; illetve DIECKHOFF 2004 (5. lj.).

⁹ Lásd ezzel kapcsolatosan Will KYMLICKA – Christine STRAEHELE: „Kozmopolitanizmus, nemzetállamok, kisebbségi nacionalizmus” *Kellék* 2000/17. 27–56; illetve Kis János: „Túl a nemzetállamon” I.–II. *Beszélő* 1996/1. és 2. 28–38, 24–35.

¹⁰ Kis (9. lj.) 157.

leg és mindeddig megváltoztathatatlanul kötődik az államnak nevet adó (például Magyarországon a magyar, Németországban a német, Romániában a román) kulturális nemzet identitáselemeihez.

A politikai nemzet elsődleges közjogi használatának egy kétségtelen előnye van a kulturálissal szemben: előbbi nem egy etnikus nemzetértelmezésre utal, s az állam minden polgárának leírása csak e fogalom segítségével képzelhető el. Elsődleges alkalmazása pedig a következővel magyarázható: ha a nemzet két értelmezéséhez hozzátársítjuk a demokratikus alkotmányok által deklarált elvet, mely szerint a politikai közösség minden tagja etnikai identitásától függetlenül egyenlő, akkor nyilvánvalóvá válik számunkra, hogy ez szükségessé teszi a nemzet fogalmának a politikai közösség minden tagjára vonatkoztatható használatát. A nemzetfogalom alkalmazása ugyanis csupán akkor fogadható el, ha összeegyeztethető azzal a követelménnyel, hogy a demokratikus politikai közösség jogrendje tiszteletben tartja mindenki egyenlő méltóságát. Így a jogalkotó nem véthet a morális egyenlőség követelménye ellen, s a politikai közösség minden tagja iránt egyenlő figyelmet és tiszteletet kell tanúsítania. Ennek a követelménynek természetesen a politikai nemzetnek az egyenlőség elvét figyelmen kívül hagyó premodern használata sem felel meg, ha például a politikai nemzet tagjai csak a bizonyos társadalmi csoportokhoz tartozók (egy kaszthoz tartozók, nemesek, munkások stb.) lehetnek.

A kulturális/etnikai nemzet fogalmának kizárólagos használata egy demokratikus alkotmányban a politikai közösség leírására nem egyeztethető össze a morális egyenlőség elvével, hiszen kizárja vagy hátrányosabb helyzetbe hozza a politikai közösség tagjai közül a magukat különböző kisebbségekhez tartozónak valló, vagy mások, a többség által oda sorolt állampolgárokat, így az etnikailag nem semleges politikai közösségen belül a morális egyenlőség elvének sérelmével jár. Amint láttuk, a mai demokratikus politikai közösségek nemzeti szempontból nem semlegesek. Mindez pedig legalábbis kétséggé teszi azt, hogy az egyik kulturális nemzethez kötődő állam a másik kulturális nemzethez tartozókat egyenlő figyelemmel kísérje, és törekvéseiket egyenlő tiszteletben részesítse. Ilyenkor felmerül az a kérdés is, hogy ha az állam sem kötődik a kisebbségekhez, akkor min alapulhat a nemzeti kisebbségek körében az állam iránti lojalitás, s miért is tekintenék magukat az adott politikai közösséghez tartozónak. Ezt a problémát az sem oldja meg, ha a kulturális nemzet használatáért cserébe az állam esetleg a kisebbségi különjogok széles körű biztosításával kíván kárpótlást nyújtani a kisebbségeknek. Így a csak a kulturális nemzet fogalmát használó szabályozás nehezen feleltethető meg a morális egyenlőség követelményének.

Ha ugyanis elfogadjuk azt az állítást, hogy a kulturális nemzet koncepciója nem képes leírni a politikai közösségbe tömörült összes egyént, mivel az nem vonatkozik az etnikai, nemzeti kisebbségekre, valamint a bevándorolt és már állampolgárságot szerzett kisebbségek tagjaira, akkor abból levonható az a következtetés is, hogy ez az elv a nemzeti jogrendszerekben kiegészítő elemként jelenhet meg, például az államon belül élő nemzeti közösségek leírásánál, a határon túl élők támogatásánál, a politikai közösségbe történő felvétel (a kedvezményes honosítás) és más esetek szabályozásánál. A kulturális nemzet koncepciójának megjelenését ez

utóbbi esetekben bizonyos szempontból természetesnek és szükségszerűnek is tarthatjuk, hiszen a politikai közösség meghatározásakor felmerül a következő kérdés: Mi lesz azokkal, akik közjogi értelemben nem válnak a politikai közösség tagjaivá, de a kulturális nemzethez tartoznak?¹¹ Ha a politikai közösség többsége támogatni kívánja törekvéseiket, akkor célszerű őket valamilyen módon már az alkotmányban megemlíteni.

Ezt a megoldást követte a 1989-es magyar alkotmány 68. § (1) bekezdése is, amikor megállapította: „A Magyar Köztársaságban élő nemzeti és etnikai kisebbségek részesei a nép hatalmának: államalkotó tényezők.” Azaz a magyar alkotmányozó visszautalva a népszuverenitásra, a kisebbségi jogok igazolásának alapjaként szükségesnek tartotta kiemelni, hogy a szuverenitás hordozója a multikulturális nép.

3. A NEMZETFOGALOM HASZNÁLATÁNAK KORLÁTAI

Ha a nemzetfogalom használata szükségszerű, akkor amíg nem találunk a politikai nemzetnél „megfelelőbb” fogalmat, amellyel az lecserélhető lenne, addig azt nem nevezhetjük sem túlhaladottnak, sem egy letűnt kor termékének. A nemzet fogalma így jelenleg egy a közjogban szükségszerűen használt kategória, s ezzel a ténynyel az alkotmányos demokráciák alkotmányozói is számot vetettek, nem hagyván figyelmen kívül azt a körülményt, hogy az állam identitásának meghatározásakor az egyén és a közösség viszonyát mindenekelőtt a kultúra közvetíti, s a közösséget nyelve, történelme, hagyományai teszik azzá, ami.¹² Az elnevezések pusztá felcserélése önmagában szintén nem teszi szükségtelenné a fogalom használatát, így akkor sem juthatunk az eddig elmondottaknál messzebbre, ha a nemzet, illetve a nacionalizmus elnevezéseket közösségre és kultúrára cseréljük.

Számos esetben az alkotmányos patriotizmus használatát a politikai nemzet helyett mégis kifejezetten megtévesztőnek tartom, hiszen az állam és nemzet fogalmának bizonyos mértékű átfedése elkerülhetetlen. Így ez a kategória nem fejezheti ki kellőképpen azt, hogy min alapul a politikai lojalitás.¹³ Természetesen ettől még az alkotmányos patriotizmust tarthatjuk a lehető legjobb megoldásnak, mégis ilyen esetben „igyekezetünk többnyire elakad az elmélet és a gyakorlat között húzóódó szakadékban”.¹⁴ S így ez a módszer nem segít, ha arra keressük a választ, „miféle politikai filozófia rejlik [...] intézményeinkben”.¹⁵

¹¹ Lásd erről a kérdésről BÓDIG Mátyás: „»Nemzeti történelem« és a jog autoritásának igazolása” *Állam és Jogtudomány* 2000/1–2. 18.

¹² BRETTNER Zoltán: „A közösség meghatározásának nehézségeiről” *Regio* 2002/4. 40–52.

¹³ Jürgen HABERMAS: „Citizenship and National Identity” in Ronald BEINER (szerk.): *Theorizing Citizenship* (Albany: State University of New York Press 1995) vagy lásd a magyarországi szakirodalomból az alkotmányos patriotizmus melletti érveket például Bragyova Andrásnál. BRAGYOVA András: *Az új alkotmány egy koncepciója* (Budapest: KJK – MTA Állam- és Jogtudományi Intézet 1995).

¹⁴ Michael SANDEL: „A proceduális köztársaság és a »tehermentes« én” in HUORANSZKI Ferenc (szerk.): *Modern politikai filozófia* (Budapest: Osiris – Láthatatlan Kollégium 1998) 161.

¹⁵ SANDEL (14. l.).

Az alkotmányos patriotizmust jelenleg csupán a nemzetek feletti identitásokon alapuló „politikai közösségek” leírásánál lehet alkalmazni. (Például az Egyesült Államok esetében az elv használható lehet a politikai közösségen belüli összetartozás meghatározására.) Így kétségekkel fogadhatjuk Michael Sandel azon megállapítását is, hogy a 20. századra a nemzeti köztársaság „kifutotta magát”.¹⁶ Jan-Werner Müller az európai alkotmányos patriotizmus lehetséges szerepeként említi, hogy az védelmezheti a demokrácia közös európai felfogását és támogathatja az európai uniós értékeket.¹⁷ S bár, ahogyan Rogers Brubaker megállapítja, valóban támadható a nemzet bármely fogalmának „szubsztanciális, állandó közösségként” történő használata,¹⁸ és ehhez hozzátehető az a közhelyszerűnek tűnő megállapítás is, hogy minden fogalom mesterséges és történelmileg változó. Ezzel azonban semmiképpen nem zártuk ki elemzésünkől a nemzet fogalmának „intézményesült kulturális és politikai formaként” történő használatát.¹⁹ Hiszen a politikai nemzet fogalmának eltérő értelmezései a jogi dokumentumokban is megjelennek, s kétség nem férhet hozzá, hogy olyan világban élünk, ahol a nemzet fogalma – tartjuk ezt akár jónak, akár rossznak, esetleg értéksemlegesnek – szükségszerűen intézményesül az államok gyakorlatában.

Nem egy szerző írásaiból kiolvasható a nézet, hogy a nacionalizmus megjelenése voltaképpen egy olyan szerencsétlen körülmény volt, mely tévútra vitte a demokratikus államok fejlődését. Legalábbis részben cáfolja ezt az állítást az az érv, mely szerint a nacionalizmus a politikai közösség tagjait képessé tette arra, hogy a nemzethez kötődés segítségével egyenlőként tekintsenek egymásra,²⁰ azaz annak segítségével a társadalmak egalitáriusabbá is váltak. Gellner szerint szociológiai szükségszerűség volt a nemzet megjelenése, és hogy az, a megjelenése után a politika normájává vált.²¹ Ennek megértéséhez segíthet hozzá Anthony D. Smith megállapítása: szerinte a modern világ már elképzelhetetlen és érthetetlen nemzetek nélkül.²² Azaz e vélekedés szerint a társadalom a nacionalizmus segítségével egalitárius-sá is lett, olyanná, ahol az emberek társadalmi pozíciója között legalább elméletileg nincs áthidalhatatlan szakadék, ahol hihetünk abban, hogy mindenki egyenlő esélyekkel indul az életben. Természetesen ez a megállapítás leginkább abban az esetben helytálló, ha az államon belül nem intézményesítik az „egy állam egy nemzet” jelszavát, s az állam elkötelezi magát az esélyegyenlőség politikája és esetleg a multikulturalizmus modellje mellett. Liah Greenfeld ezt úgy írja le, hogy „a nép nemzetként való újradefiniálása a köznépet, ha máshogy nem is, de szimbolikusan

¹⁶ SANDEL (14. l.).

¹⁷ Jan-Werner MÜLLER: „Constitutional Patriotism Beyond the Nation-State: Human Rights, Constitutional Necessity, and the Limits of Pluralism” *Cardozo Law Review* 2012/5. 1923–1935, 1935.

¹⁸ Rogers BRUBAKER: „A nemzet mint intézményesült forma gyakorlati kategória, esetleges esemény” in KÁNTOR Zoltán (5. l.) 395.

¹⁹ BRUBAKER (18. l.).

²⁰ Liah GREENFELD: „Nationalism and Modernity” *Social Research* 1996/1. 3–40.

²¹ Ernest GELLNER: „A nacionalizmus kialakulása: a nemzet és osztály mítoszai” in KÁNTOR (5. l.) 45.

²² Anthony D. SMITH: „The Origins of Nations” *Ethnic and Racial Studies* 1989/3. 340.

az elit rangjára emelte”.²³ Mindettől függetlenül még lehet arról vitatkozni, hogy a nacionalizmus helyett más eszmerendszer a társadalmon belüli egyenlőséget jobban intézményesíthette volna, de ez a vita a jelenlegi államrendszer leírásakor nem gyümölcsöző.

A tanulmány ezt a gondolatmenetet követve abból indult ki, hogy ha belátjuk, hogy az állam nemzeti semlegessége nem valósítható meg, akkor a politikai közösség minden tagja számára fel kell ajánlani a politikai nemzethez tartozás lehetőségét. Mindezt a politikai közösség valamennyi tagjának morális egyenlőségét figyelembe véve, valamint az állam hatalmának és tekintélyének a biztosítása érdekében kell megtenni. Az állam így a sokak által áhított, de jelenleg el nem érhető semlegességtől a politikai közösség minden tagját illetően első lépcsőben csak úgy mozdulhat el, ha kialakít egy olyan politikai nemzetkonceptiót, amely valamennyi állampolgárára vonatkozik. A kulturális nemzetfogalom nem foghatja át a politikai közösség minden tagját, így az a legtöbb modern demokratikus alkotmányban csak a politikai nemzet fogalma mellett alkalmazható. Használható például a politikai közösségbe történő felvétel szabályozásakor, a határon túl élők támogatásakor vagy a nemzeti és etnikai kisebbségek különjogainak említésekor.

A kisebbségek megfelelő hatalomgyakorlása biztosításának érdekében a politikai nemzetet számukra élhetőbbé lehet és kell formálni. Ez oly módon történhet meg, hogy az ahhoz való tartozás csupán egy minimális azonosulás elfogadására korlátozódjék, s annak keretében megvalósulhasson a „többkultúrájú politikai közösség”. Ehhez szükséges az is, hogy az azt meghatározó identitást az állam akként alakítsa, hogy megpróbál minél többet beépíteni a politikai nemzet fogalmába a területén élő kisebbségek hagyományaiból, kultúrájából, s eközben a lehető legcsekélyebb mértékben támaszkodik a többségi (névadó) kulturális nemzetet meghatározó identitáselemekre. Az államnemzet e koncepciójának kialakítása amiatt is elvárható, hogy egyáltalán komolyan számolni lehessen azzal, hogy a nemzeti kisebbségek az adott politikai közösség részének tekintik magukat.

Michel Rosenfeld említi, hogy az egyaránt képzelt közösségekre építő alkotmányos és a nemzeti identitás is a 18. század végén született,²⁴ azaz mindkettő összekapcsolódott a modern állam megszületésével, így a modern állam nemzeti alapon szerveződik, ugyanakkor, hogy az egyenlőség biztosítható legyen, a kettő mégsem fedheti egymást. Annak biztosítása érdekében, hogy e két identitás elkülöníthető legyen, az alkotmányos demokráciák vagy a politikai nemzet fogalmát használják (illetve ha ez lehetséges), akkor az alkotmányos patriotizmust. Az etnikai nemzet koncepciójának tulajdonított elsődleges szerep az állam egalitárius jellegét is veszélyezteti, azaz azt az elvet, amely egykor a nemzet- és államépítést összekapcsolta.²⁵ Így a nemzetfogalom ilyen használata az alkotmányos demokrácia modell-

²³ Liah GREENFELD: „Nacionalizmus és modernitás” in KÁNTOR (5. lj.) 185.

²⁴ Michel ROSENFELD: *The Identity of the Political Subjects (Selfhood, Citizenship, Culture and Community)* (New York: Routledge 2010) 12.

²⁵ Az állam és nemzetépítés lehetséges konfliktusáról Kelet-Közép-Európában. Zsuzsa CSERGŐ – James M. GOLDBEIER: „Kin-State Activism in Hungary, Romania, and Russia: The Politics of Ethnic Demography” in Tristan James MABRY – John MCGARRY – Margaret MOORE – Brendan O’LEARY

jét is alááshatja, mivel még csak nem is ígéri, hogy az állam minden lakosa nevében és érdekében fog eljárni. Az alábbiakban ennek fényében azt vizsgálom, hogy az Alaptörvény melyik nemzetfelfogást teszi elsődlegessé.

4. AZ ALAPTÖRVÉNY NEMZETFELFOGÁSA

A parlament 2011. április 18-án fogadta el Magyarország új alkotmányát, és az 2012. január 1-jén lépett hatályba. Míg a legtöbb európai alkotmány, ahogyan az 1989-es magyar is, a nemzet politikai koncepcióját használja a politikai közösség identitásának leírásakor, ezzel szemben az Alaptörvény Nemzeti hitvallásnak nevezett preambuluma az etnikai (kulturális) nemzet használatát teszi elsődlegessé. Az Alaptörvény elsősorban a magyarokhoz, az etnikai nemzet tagjaihoz szól, mint az alkotmányozó hatalom forrásaihoz, ezzel aláássa a korábbi alkotmányba foglalt, a politikai nemzet koncepciójához kötődő állami identitás és a kisebbségi jogok elméleti alapját.²⁶

Az Alaptörvény preambuluma a nemzetnek etnikai (kulturális) fogalmát használja elsődlegesen az állam identitásának meghatározásánál.²⁷ Kis János a következőképp írja le az Alkotmány nemzetfelfogását: „Először, a nép helyébe egy másik alanyt csúsztat, az etnikai nemzetet. Így indít: »Mi, a magyar nemzet tagjai [...] kinyilvánítjuk az alábbiakat«. A »nemzet« elvben jelenthetné a politikai közösséggé formált népet is, ám itt nem ezt jelöli. Pár bekezdéssel alább ugyanis mint »[a]z elmúlt évszázad viharaiban részekre szakadt nemzetünk« jelenik meg, melynek kötőszövege »szellemi és lelki«: nem politikai tehát, hanem kulturális. Az így felfogott nemzetben nincs helyük a magyar állam területén élő nemzetiségeknek, másrészt nagyon is helyük van benne a határainkon túl élő magyaroknak.”²⁸ Az Alaptörvény elemzésekor a nemzeti semlegesség nem merülhet fel, sőt, a dokumentum az alkotmányozó hatalom leírásakor kizárólag a kulturális/etnikai nemzetfogalmat használja, valamint az alkotmány elfogadjaként is a kulturális/etnikai nemzetet említi.

A preambulumban, a Nemzeti hitvallás eredeti szövege így fogalmazott: „Alaptörvényünk jogrendünk alapja, szerződés a múlt, a jelen és a jövő magyarjai között”. Ennek a rendelkezésnek az egyik lehetséges értelmezése, hogy az a társadalmi szerződés koncepciójára utal, amely a magyarok között kötöttik. E jelentés elfoga-

(szerk.): *Divided Nations and European Integration* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2013).

²⁶ Lásd a korábbi modellről részletesebben: MAJTÉNYI Balázs: „What Has Happened to Our Model Child? The Creation and Evolution of the Hungarian Minority Act” *European Yearbook of Minority Issues* 2005/6. 397–419.

²⁷ Gábor HALMAI – Kim Lane SCHEPPELE [et al.] (szerk.): „Opinion on Hungary’s New Constitutional Order: Amicus Brief to the Venice Commission on the Transitional Provisions of the Fundamental Law and the Key Cardinal Laws”; sites.google.com/site/amicusbriefhungary 7; vagy lásd ehhez a témához: KÖRTVÉLYESI Zsolt: „From »We the People« To »We the Nation«” in Tóth Gábor Attila (szerk.): *Constitution for a Disunited Nation Hungary’s New Fundamental Law* (Budapest: CEU Press 2012).

²⁸ Kis János: „Alkotmányozás – Mi végre? II. Az alkotmány identitásának kérdőjelei” *Élet és Irodalom* 2011/13.

dása esetén is nehézkes a mondatnak a normatív tartalmát feltárni, mivel a múlt és jövő magyarjai nem jogalanyok, így felmerül a kérdés, hogyan lehetnének egy képzelt társadalmi szerződés alanyai, vagy akár az alkotmányozó hatalom részesei. Az Alaptörvény negyedik módosítása később a preambulumban a „szerződés” szót „szövetségre” cserélte. A szöveg hivatalos magyarázata nem tárja fel a módosítás okát, és nem ad választ az értelmezési problémára sem, de az talán a társadalmi szerződés koncepciójától való visszalépést jelent. Egy másik, ennél, a szöveggörnyezetet ismerve egy fokkal valószínűbb magyarázat,²⁹ hogy mivel a Hitvallás a kereszténység nemzetmegtartó szerepét említi, az Alaptörvény módosítói ebből a szemléletből kiindulva, a „szerződést” túl evilági kifejezésnek tarthatták, s gondolhatták, hogy a „szövetség” jobban utal a szakrális jellegre, s illeszkedik a Biblia szóhasználatához (Ó- és Újszövetség). Ebből az értelmezésből az következik, hogy az alkotmányozó egy szerinte vélhetően a nemzeti identitáshoz szükséges szakrális többlettel kívánta megpecsételni a magyarok között kötött szerződést.³⁰

A fentiek értelmében a nemzetiségek az alkotmány megalkotásában nem vehetnek részt. A Nemzeti hitvallás a következő mondatból kezdődik „MI, A MAGYAR NEMZET TAGJAI, az új évezred kezdetén, felelősséggel minden magyarért, kinyilvánítjuk az alábbiakat.” A dokumentum így nem használja a megszokott „mi a nép” formulát,³¹ ehelyett a preambulumban a magyarok szerepelnek. Ez azt jelentheti, hogy az állampolgárok egy csoportja, a nemzeti kisebbségek és más nem magyar etnikumú nemzetiségként el nem ismert kisebbségek, például a zsidóság, másod-, illetve harmadrangú státusba kerülnek.

A korábbi alkotmány azt is említette, hogy a nemzeti és etnikai kisebbségek „részesei a nép hatalmának: államalkotó tényezők”. Az új alkotmány „a részesei a nép hatalmának” megjelölést nem tartalmazza, abban nemzeti kisebbségek már csak „államalkotó tényezőként” szerepelnek. Meglepetésre a változások ennek ellenére a személyi autonómián nyugvó kisebbségi önkormányzati rendszert érintetlenül hagyták.³² Másrészt az új alkotmány a korábbi nemzeti és etnikai kisebbség elnevezést nemzetiségre cserélte. Ez lehetőséget kínál arra az értelmezésre is, hogy a roma kisebbséget sújtó speciális hátrányokat nem kívánják többé a kisebbségi jogok keretében kezelni. Ez a roma kisebbséget érintő pozitív intézkedések alapját kezdheti ki, őket az Alaptörvény nem is említi a pozitív intézkedések célcsoportjai között. Igaz, kifejezetten ezt a felhatalmazást a korábbi alkotmány sem tartalmazta, azonban abban még szerepelt a nemzeti és az etnikai kisebbség között tett megkülönböztetés. (A különbségtételnek az adhat értelmet, ha az etnikai kisebbségként történő elismeréshez többletjogok fűződnek.)

A nemzethez tartozás az alkotmányban nem terjed ki az ország összes állampolgárára az Alaptörvény preambulumban, így hiába is keresnénk a politikai nem-

²⁹ „Elismerjük a kereszténység nemzetmegtartó szerepét” (Nemzeti Hitvallás).

³⁰ Erre az értelmezési lehetőségre Körtvélyesi Zsolt hívta fel a figyelmemet.

³¹ Lásd a kérdés elemzését részletesen KÖRTVÉLYESI (27. l.).

³² Az 1989-es Alkotmány 68. § (4) bek.-ével azonos szöveggel az Alaptörvény SZABADSÁG ÉS FELELŐSSÉG fejezete XXIX. cikkének (2) bek.-e a következőt tartalmazza: „A Magyarországon élő nemzetiségek helyi és országos önkormányzatokat hozhatnak létre.”

zetre történő utalásokat, a „mi a nép” formula és az általa kifejezett identitás nem jelenik meg. Ez kétségkívül probléma, mivel Magyarország nevében sem semleges (ahogyan a Magyar Köztársaság sem volt az), és nem tartozhat az összes állampolgár identitásától függetlenül a privilegizált etnikai nemzethez. Mindez legalábbis kétségessé teszi azt, hogy a nem a többségi nemzethez tartozókat a magyar kulturális/etnikai nemzet állama egyenlő figyelemmel kíséri, és törekvéseit egyenlő tiszteletben részesíti. Így ez a szabályozási mód nehezen igazolható, mivel aligha feleltethető meg a morális egyenlőség követelményének.

A „Nemzeti hitvallás” úgy tesz, mintha létezne/létezett volna valamiféle örökrévnyű, Szent Istvántól 1944-ig folyamatosan gyarapodó örökség, történeti alkotmány. Az új közjogi szemlélet mintegy zárójelbe teszi a magyar történelem diktatórikus korszakait, sőt a rendszerváltásait, demokratikus szakaszait is, és e korszakok valóságait, hétköznapi tapasztalatát. A múlttal történő szembenezés így várat magára. Ahogyan Kis János megállapítja: „Az Alaptörvény csak a (’44 előtti) magyar történelem dicső lapjait ismeri, az önbírálatra okot adó tettekről és mulasztásokról nem vesz tudomást. Csak a magyar népnek idegen hatalmak által okozott – vélt vagy valódi – sérelmeket tartja számon, a magyar állam saját polgárai és más népek ellen elkövetett vétkeiről nem akar tudni.”³³ Noha utóbbi annál fontosabb lenne, mivel ha a múltat nem is lehet, és nem is kell utólag elfogadhatóbbá tenni, a múltszemlélettel, a múlt ábrázolásával ez megtehető. (A történelem nem csak része, de eszköze is az identitáspolitikai küzdelmeknek, és a történetírás mindig is formálója volt a politikai identitásteremtő diskurzusnak, és ma is az.)³⁴

Ráadásként, ahogyan Kis János is megállapítja: az értelmezési lehetőségek közül, a Nemzeti hitvallás szövegének revizionista olvasata sem zárható ki, bár nem az a szöveg legvalószínűbb interpretációja. A hitvallás szövege ellentmondásos utalást tesz például a Kárpát-medence egységére,³⁵ és nem segíti a félelmek eloszlatását a hitvallás következő mondata sem: „Hisszük, hogy gyermekeink és unokáink tehetségükkel, kitartásukkal és lelkierejükkel *ismét nagygyá teszük Magyarországot*”. [Kiemelés – MB.]³⁶ Igaz, ha ezt a rendelkezést más alkotmányos rendelkezésekkel együtt értelmezzük, annak valószínűsíthetően nincs revizionista tartalma. Alapja lehet azonban például olyan politikáknak, amelyek Magyarország tudományos vagy sportnagyhatalommá tételére irányulnak.

Az Alaptörvényben használt nemzetfogalomnak ettől részben eltérő értelmezései megjelentek a szakirodalomban. Körtvélyesi Zsolt szerint a szöveg a nemzetet döntően etnikai értelemben használja, de abban a politikai fogalom is felbukkan.³⁷ Jakab András is úgy látja, hogy a magyar Alkotmány koncepciója eseten-

³³ ARATÓ András – HALMAI Gábor – KIS János (szerk.): „Vélemény Magyarország Alaptörvényéről 2011” *Fundamentum* 2011/1. 61–81.

³⁴ MAJTÉNYI Balázs – MAJTÉNYI György: „Mi a cigány, mi a magyar, és van-e történelmü(n)k?” *BUKSZ* 2013/3. 199–200.

³⁵ „Vállaljuk, hogy örökségünket, egyedülálló nyelvünket, a magyar kultúrát, a magyarországi nemzetiségek nyelvét és kultúráját, a Kárpát-medence természet adta és ember alkotta értékeit ápoljuk és megóvjuk.” Alaptörvény (Nemzeti Hitvallás).

³⁶ „Magyarország államformája köztársaság.” B (2) ALAPVETÉS (Alaptörvény).

³⁷ KÖRTVÉLYESI (31. l.).

ként politikai, máskor pedig etnikai/kulturális.³⁸ Chronowski Nóra ezeken a megállapításokon túllépve következetlennek és ellentmondásosnak nevezi az Alaptörvény szövegében a nemzetfogalom használatát.³⁹ Ennek kapcsán említi, hogy az alkotmány második, Alapvetés címet viselő részének B) cikke (3) bekezdése szerint „a közhatalom forrása a nép” (ami a politikai nemzetre is utalhatna), ezzel egyidejűleg az Alaptörvény ugyanennek a fejezetének a D) cikke, valamint a preambulum az egységes magyar nemzet összetartozásáról, szellemi és lelki egységéről értekezik. Mégis, ha elfogadjuk Chronowski nézetét, hogy az alkotmány következetlenül és ellentmondásosan használja a nemzet fogalmát (hol politikait, hol kulturálist értve alatta), akkor az az alkotmány rendelkezéseinek normatív tartalmát teszi kétséggé. Ez azt jelenti, hogy például a népszuverenitás tartalma is bizonytalan, mivel nem lehet megmondani, hogy ki az alanya, egy ilyen értelmezés alkotmányos demokráciában nem lehetséges. Így az elemzés során, a preambulum alapján abból az értelmezésből indulok ki, hogy az Alaptörvény elsődleges elvként a preambulumban az etnikai nemzet koncepcióját használja, s ezzel a dokumentum más részei is összhangban vannak.

Bár az alkotmányos identitásnak elviekben el kell különülnie a nemzeti identitástól, mégis mivel az Alaptörvény preambuluma elsődlegesen az etnikai nemzet koncepcióját használja, így egy etnikai alapon értelmezett nemzeti identitás határozza meg Magyarország alkotmányos identitását. Ezzel az ország a morális egyenlőség elvének sérelme miatt messzire kerül a demokrácia partnerségi modelljétől. Ha az alkotmány nem tekint minden lakosra egyenlőként, az magában foglalja a jogkorlátozások lehetőségét.

Mindez abból a már említett okból szolgálhat a bajok forrásául, mivel az ország lakosai valamely csoportjának kizárása a döntéshozatali eljárásokból igazolási problémákat okoz. A helyzetet még inkább zavarossá teszi, hogy az etnikai nemzet – még ha a törvényhozó tervei szerint közülük minél többen magyar állampolgárok lesznek – az Alaptörvény után is különböző jogállású emberek csoportját jelenti. Az alkotmányozó hatalom forrásának tekintett magyarok továbbra is lehetnek például állampolgárok, nem állampolgár uniós polgárok, menekültek, bevándoroltak és más külföldiek is.

A következőkben már nem az Alaptörvény preambuluma, hanem elsősorban annak bevezető rendelkezései és alapjogi fejezete alapján vizsgálom, hogy az Alaptörvény milyen jogkorlátozásokat tartalmaz, s következetesen érvényesít-e morális értékeket, vagy inkább a kormányzati szempontok szerint vezet be jogkorlátozásokat.

³⁸ JAKAB András: „Defining the Borders of the Political Community: Constitutional Visions of the Nation” 43; *ssrn.com/abstract=2045648*.

³⁹ CHRONOWSKI Nóra: „The new Hungarian Fundamental Law in the light of the European Union’s normative values” *Revue Est Europa* 2012/1. 111–142.

5. PREAMBULUM – STÍLUS ÉS TARTALOM

Az előző részben vázolt problémák jelentős része az Alaptörvény preambuluma-hoz kapcsolódik. Ennek kapcsán említhető, hogy a szakirodalomban megjelenik olyan álláspont, amely kétségbe vonja annak normatív tartalmát. A hazai szakirodalomban Horkay Hörcher Ferenc a Nemzeti hitvallás műfaji természetével foglalkozik, melyet alapvetően egy kvázi vallásos irodalmi alkotásnak lát, és alkotmányjogi értelmezését visszaszorítaná.⁴⁰ Álláspontom szerint a Nemzeti hitvallást az Alaptörvény kifejezett rendelkezése miatt minden stílusbeli furcsasága⁴¹ ellenére sem nevezhetjük egy ismeretlen szerző „kvázi vallásos” vagy „irodalmi szövegének”.⁴² Ugyanis az Alaptörvény R) cikk (3) bekezdése szerint Alaptörvény rendelkezéseit a Nemzeti hitvallással összhangban kell értelmezni. Az irodalmi párhuzamra történő hivatkozásra alapított érvelés is alkalmatlan arra, hogy felülírja azt a tényt, hogy egy, az alkotmányjogi jogértelmezést meghatározó, normatív szövegről van szó.⁴³ Fekete Balázs kategorizálása szerint vannak olyan preambulumok, amelyek inkább „tekinthetőek jól vagy rosszabbul sikerült lírikus megnyilatkozásoknak, mint szigorúan vett, a normativitás igényével fellépő jogi szövegeknek”.⁴⁴ Ez az értelmezés álláspontom szerint az Alaptörvény hitvallása esetén azért nem fogadható el, mivel annak fő célja a politikai közösség identitásának meghatározása, ami pedig szükségszerűen együtt jár a normatív jelleggel, abból egy alkotmányban jogosultságok és jogkorlátozások fakadhatnak.

Miről is beszélnek akkor, amikor lírikus megnyilatkozást említene? Fekete a következő módon írja le a preambulum stílusát: „egyrésztől igen emelkedett, erről tanúskodnak a mondatok elején álló, többes szám első személyben megfogalmazott, jelentős érzelmi tartalommal rendelkező igék ('Büszké' vagyunk; Elismerjük; Becsüljük; Ígérjük; Vállaljuk; Hisszük; Hisszük; Tiszteljük; Valljuk; 'Tiszteletben' tartjuk; Nem ismerjük el; Egyetértünk; Bízunk). [...] A stílus emelkedettségét az állítmányhasználat mellett tovább erősíti az állítmányok ismétlésére épülő repetitív szerkezet, mely hangsúlyozza az egyébként is erőteljesen megfogalmazott mondanivalót. Az alkotmányozó – a lengyel alkotmányozóhoz hasonlóan – jól láthatóan törekedett egy ünnepélyes, emelkedett és érzelmekkel telített stílusú szöveg megfogalmazására, és ennek érdekében olyan költői eszközöket is felhasznál-

⁴⁰ FERENC HORKAY HÖRCHER: „The National Avowal” in LÓRÁNT CSINK – BALÁZS SCHANDA – ANDRÁS ZS. VARGA (szerk.): *The Basic Law of Hungary A First Commentary* (Dublin: Clarus Press-National Institute of Public Administration 2012).

⁴¹ Fekete Balázs megállapítása szerint az alkotmányozó a preambulum írásakor olyan költői eszközöket is felhasznált, mint az ismétlés, vagy az állítmányok szándékos, a mondatok elején történő kiemelése. FEKETE BALÁZS: „Előzetes megjegyzések az új magyar alkotmány preambulumáról” *Jogi Iránytű* 2011/2; jog.tk.mta.hu/uploads/files/Jogi_Iranytu/Jogi_Iranytu_2011_2_Fekete_Balazs.pdf.

⁴² HORKAY HÖRCHER (40. l.) 44.

⁴³ MAJTÉNYI BALÁZS: „Alkotmánypropaganda – Megjegyzések Az Alaptörvény barátainak »első kommentárjához«” *Fundamentum* 2012/2. 148.

⁴⁴ Lásd erről FEKETE BALÁZS: „Alkotmánypreambulom és intertextualitás, avagy sok szöveg között az alkotmánypreambulom” in FEKETE BALÁZS – H. SZILÁGYI ISTVÁN – NAGY TAMÁS (szerk.): *Iustitia mesél. Tanulmányok a »jog és irodalom« köréből* (Budapest: Szent István Társulat 2013) 189.

nált mint az ismétlés, vagy az állítványok szándékos, a mondatok elején történő kiemelése.”⁴⁵

Nem elvitatva Feketének a hitvallás stílusára vonatkozó állításai helyességét, kiegészítésként hozzáfűzném: nem az alkotmányjogi elemzés feladata megítélni, hogy akár költeménynek, akár prózai alkotásnak milyen a Nemzeti hitvallás, így a továbbiakban a közjogi tartalom meghatározására szorítkozom. Kis János egyébként a hitvallás történelemképét „keresztény-nemzeti giccs”-nek minősíti, bár az értékítélet jogosságát nem kívánom kétségbe vonni, hozzászszem, a giccs nem közjogi kategória – igaz, természetesen ezt Kis sem állítja.⁴⁶ A magam részéről a továbbiakban tartózkodom attól, hogy művészeti, irodalmi értékítéletet mondjak a hitvallásról, a tanulmány célkitűzése közjogi tartalmának a feltárása. Fekete vagy Horkay Hörcher megállapítása teljes mértékben mégsem hagyható figyelmen kívül, hiszen bármilyen típusú szövegről elmondható, hogy stílus és tartalom nem válhat el egymástól teljesen. Ez azonban, mivel a jogi szöveget e tanulmány csak a normatív tartalom szempontjából vizsgálja az Alaptörvény vizsgált részeinek már említett sajátosságai ellenére – egy irodalmi fordulatokkal élő jogszabálysöveg esetében – főként azt jelenti, hogy a nem jogi nyelvezet, ahogyan azt a fentiekben tapasztaltuk, értelmezési nehézségeket okoz.

A következő részben így az Alaptörvény preambuluma által meghatározott nemzetfogalom fényében vizsgálom a dokumentum más rendelkezéseit. Ennek során nem pusztán arra a kérdésre szeretnék reflektálni, hogy a tárgyalt rendelkezések értelmetlenek-e, és károsak-e a jogállamra („jogi ostobaságok”),⁴⁷ hanem az az elsődleges kérdés, hogy azok egy mélyebb probléma („alkotmányos tragédia”) felé mutatnak-e. Alkotmányos tragédiáról beszélhetünk, ha egy dokumentum hibái már az alkotmányosság elveinek érvényesülését is veszélyeztetik, például ha egy alkotmány nem követ következetesen morális elveket, s így mérceként sem szolgálhat a jogalkotás számára. Nézetem szerint az Alaptörvény által bevezetett nemzetfogalom megosztja a politikai közösséget, és jogkorlátozások alapjául szolgálhat, ezek intézményesülése pedig akár alkotmányos tragédiához vezethet.

6. JOGKORLÁTOZÁSOK

A nemzet új alkotmányos fogalma a többség, azaz az etnikai nemzet feltételezett akarata mentén osztja meg a politikai közösséget, és ez jogkorlátozások alapjául szolgálhat. Ez azt jelenti, hogy a (például etnikai, szexuális, politikai és más társadalmi) csoportok tagjai elviekben másodlagos állampolgárokká válnak, nem részei vagy nem egyenlő tagjai a 'Mi'-ként definiált etnikai nemzetnek), akiknek a nevé-

⁴⁵ FEKETE (41. lj.).

⁴⁶ KIS (28. lj.).

⁴⁷ William N. ESKRIDGE – Sanford LEVINSON (szerk.): *Constitutional Stupidities/Constitutional Tragedies* (New York – London: NYU Press 1998). A mű szerzői a felvilágosodás egyik remekművét, az Egyesült Államok Alkotmányát, az általuk legostobábbnak tartott részeit elemzik. S valóban lehet például annak a rendelkezésnek az értelmetlen volta mellett érvelni, amely megköveteli, hogy az USA elnöke született állampolgár legyen.

ben az Alkotmányt elfogadják. Ebben a fejezetben ezt a kérdést az Alaptörvény általános és alapjogi fejezeteinek a rendelkezésein keresztül vizsgálom.

A korábbi, 1989-es alkotmány szellemében az Alkotmánybíróság az emberi méltóságot az alapjogok hierarchiájának a csúcán helyezte el, összekapcsolva azt az egyenlőséggel, az emberi mivolt lényegi jellemzőjeként határozta meg.⁴⁸ Az Alkotmánybíróság határozataiban egyértelművé tette, hogy az egyenlőségnek ez az olvasata azt jelenti, hogy mindenkit egyenlő méltóságú személyként kell kezelni.⁴⁹ Az Alkotmánynak az emberi méltósághoz való jogról rendelkező 54. § (1) bekezdéséről az Alkotmánybíróság már a 8/1990. (IV. 22.) AB határozatban (ABH 1990, 42–45.) kialakította az álláspontját. Eszerint az emberi méltósághoz való jog általános személyiségi jog, amelynek egyik fontos eleme az önrendelkezés szabadsága, továbbá „anyajog”, tehát olyan szubszidiárius alapjog, amelyet mind az AB, mind a bíróságok minden esetben felhívhatnak az egyén autonómiájának védelmére, ha az adott tényállásra a konkrét, nevesített alapjogok egyike sem alkalmazható. Például olyan szabadságokat foglal magában, mint a személyiség szabad kibontakoztatása, az önrendelkezés szabadsága, az általános cselekvési szabadság, illetve a magánszférához való jog. A továbbiakban amellet érvelek, hogy az Alaptörvény nem támogatja ezt a korábbi, a személyi autonómián, szabadságon és egyenlőségen alapuló morális olvasatot, illetve szólok arról is, hogy mi állítható a korábbi értelmezés helyébe.

A demokratikus alkotmányok közös jellemzői közé sorolható a plurális politikai közösség elfogadása, állam és egyház elválasztása, a politikai nemzet fogalmának elsődleges használata, a polgárok morális egyenlőségének elfogadása. Ezek az alkotmányok nem kötelezik el magukat egyfajta erkölcsi felfogás mellett, hanem igyekeznek világi, zömében a felvilágosodás idején született politikai értékek és szabadságok felsorolásával mindenki számára biztosítani a jó élet megvalósításának lehetőségét. Így az Alaptörvény preambulumaival szemben megfogalmazható legsúlyosabb kritika, hogy egy erkölcsi meggyőződésre építi az ország alkotmányos identitását.

Kovács Kriszta kiemeli, hogy a preambulum, amely az alapvető értékek (például a család, a nemzet, a hűség, a hit és a szeretet) felsorolásakor az egyenlőséget nem nevesíti, világossá teszi az új szemlélet lényegét.⁵⁰ S noha korábban említettem, hogy a modern nemzetfogalom megjelenéséhez kötik azt is, hogy a társadalom egalitáriusabbá vált, ezzel szemben az Alaptörvény több rendelkezésének határozottan egyenlőségellenes karaktere van.⁵¹ Ebből adódóan nem plurális társadalmat vizionál, és álláspontom szerint premodern nemzetfogalmat intézményesít. A dokumentum elméleti érdekessége, hogy a nemzetfogalmat nem az egyenlőség-

⁴⁸ Lásd például a következő AB határozatokat: 23/1990. (X. 31.) (ABH 1990, 88–94.) és 64/1991. (XII. 17.) (ABH 1991, 297–341.)

⁴⁹ SÓLYOM László: „The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy with Special Reference to Hungary” *International Sociology* 2003/1. 133–161.

⁵⁰ Kriszta Kovács: „Equality: The Missing Link” in Gabor Attila Tóth (szerk.): *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary's 2011 Fundamental Law* (Budapest: CEU Press 2012) 186.

⁵¹ Kovács (50. l.) 171.

gel, hanem a hűséggel, a hittel és a szeretettel köti össze, s ezzel emberi jogok korlátozásának alapjául szolgál. Ehhez hozzátehetjük azt is, hogy a hitvallás a polgár és az állam „közös céljai” között is csupán ötödikként említi a „szabadság kiteljesítését”, „a jó élet, a biztonság, a rend, az igazság” toposzai után.

Az Alaptörvény szerint a házasság a *nemzet fennmaradásának alapja*, nő és férfi közötti kapcsolat; az L) cikk kimondja, hogy „[A] családi kapcsolat alapja a házasság, illetve a szülő-gyermek viszony.” Ezzel a nemzetre való hivatkozással egyfajta erkölcsi felfogás jegyében korlátozza az azonos nemű, illetve a gyermekeketlen párok választási lehetőségét, jogait, illetve további jogkorlátozás alapját teremti meg.

Az Alaptörvény U) cikkének (1) bekezdése „a *nemzet akaratából létrehozott*, a jog uralmán alapuló állami berendezkedést” említ [kiemelés – MB]. Majd ugyanennek a bekezdésnek az a) pontja – két évtizeddel a rendszerváltás után – megállapítja, hogy az 1989 előtti állampárt, a Magyar Szocialista Munkáspárt, továbbá a kommunista ideológia nevében a kiszolgálásukra létrehozott egyéb politikai szervezetek „bűnöző szervezetek” voltak, amelyek vezetői „el nem évülő felelősséggel tartoznak [...] a *nemzet elárulásáért*” [kiemelés – MB]. Ez a koncepció szemlátomást arra a rousseau-i általános akaratból fogant robespierre-i koncepcióra hajaz, mely szerint a törvényekben a nemzet akarata ölt testet.⁵² A jakobinus ideológia szerint a nép akaratát az állam képviseli, s a „plurális intézmények és társadalmi csoportok léte teszi töredezetté ezt az akaratot.”⁵³ Lényegi különbség, hogy míg a jakobinusoknál az általános akarat a politikai nemzet akarata volt, addig a magyar alkotmányos szabályozásban az az etnikai nemzet akarataként jelenik meg. (A jakobinus politikai nemzet koncepciója szerint „állam és a nemzet, az állampolgárság és nemzetiség egybeesnek”).⁵⁴ Az Alapvetés U) cikke mellett a *Nemzeti hitvallásban* is megjelenik a *nemzet akarata* a jog forrásaként: „Alaptörvényünk jogrendünk alapja, szövetség a múlt, a jelen és a jövő magyarjai között. Élő keret, amely kifejezi a *nemzet akaratát*” [kiemelés – MB]. Az alaptörvényi rendelkezések egy lehetséges interpretációja, hogy a ’nemzet akaratának’ megfelelően a kormányzat korlátozhatja az emberi jogokat, például a politikai ellenfelei jogait, akik a dokumentum szövegezése szerint elárulták a nemzetet. Az U) cikk szerint így a Magyar Szocialista Munkáspárt, továbbá a kommunista ideológia nevében a kiszolgálásukra létrehozott egyéb politikai szervezetek „bűnöző szervezetek”, melyek elárulták a nemzetet, azaz jakobinus értelemben a nemzet ellenségei. Az U cikk a) pontja ezt a következő módon fogalmazza meg: „felelősséggel tartoznak [...] nemzet elárulásáért”. Értelmezésem szerint így nem az ideológia közös a jakobinusok és a magyar kormányzat között, hanem a hatalomgyakorlás (esetenként a jogkorlátozások) alapjaként az arra való hivatkozás, hogy a jog a nemzet akaratának megtestesülése.

Az új alkotmány VII. cikk (2) bekezdés első mondata azon vallási tevékenységet

⁵² Jean-Jacques ROUSSEAU: *The Social Contract* (1762) (Harmondsworth: Penguin Books 1968) Book 2, Section 6.

⁵³ William SAFRAN: „Pluralism and Multiculturalism in France: Post-Jacobin Transformations” *Political Science Quarterly* 2003/3. 439.

⁵⁴ SAFRAN (53. l.) 439.

végző szervezetek egyházként történő elismerésére ad felhatalmazást az Országgyűlésnek, amelyekkel az állam a közösségi célok érdekében együtt kíván működni. Ez, az egyházak és más vallási tevékenységet végző szervezetek között tett megkülönböztetés egy diszkriminatív gyakorlat alapjául szolgálhat, és ez a félelem annál is megalapozottabb, mivel az Alaptörvény az etnikai nemzetet a kereszténységhez köti, így az idézett alaptörvényi rendelkezést diszkriminatív jogalkotás és gyakorlat követheti. („Elismerjük a kereszténység nemzetmegtartó szerepét” [Nemzeti hitvallás].) Az alkotmányos rendelkezés alkalmazása egyúttal az egyházalapítás szabadságának a végét is jelentheti.

Az Alaptörvénynek a nemzetiségekkel foglalkozó XXIX. cikk (3) bekezdése szintén problematikus. E cikk a következőt állapítja meg:

„A Magyarországon élő nemzetiségek jogaira vonatkozó részletes szabályokat, a nemzetiségeket és a nemzetiségként való elismerés feltételeit, valamint a helyi és országos nemzetiségi önkormányzatok megválasztásának szabályait sarkalatos törvény határozza meg. Sarkalatos törvény a nemzetiségként való elismerést meghatározott idejű honossághoz és meghatározott számú, magát az adott nemzetiséghez tartozónak valló személy kezdeményezéséhez kötheti.”

Mivel Magyarország nem semleges az ország lakosainak nemzeti identitását tekintve, joggal lehet attól tartani, hogy a jogalkotó előítéletei vagy preferenciája alapján ésszerű ok nélkül fog különbséget tenni nemzetiségek és más nem magyar etnikumú csoportok között, s a meghatározott honossági idő kikötése is szabadon értelmezhető. Kovács Kriszta szerint az Alaptörvénynek vannak olyan rendelkezései, melyek explicit módon a roma kisebbség ellen irányulnak.⁵⁵ A hétköznapiakban lehetőség kínálkozik például az erőszak alkalmazására: az alkotmány az önvédelem jogát kiterjeszti a tulajdon védelmére. Az alapjogi fejezet 5. cikke értelmében mindenkinek joga van a törvényben meghatározottak szerint a személye, illetve a tulajdona ellen intézett vagy az ezeket közvetlenül fenyegető jogtalan támadással szembeni fellépéshez.⁵⁶ A szövegben ily módon megjelenő önvédelem joga, ahogyan Kovács megállapítja, inkább a Thomas Hobbes által vázolt természeti állapot-hoz, mintsem az alkotmányosság modern elméleteihez köthető.⁵⁷ Mindez különösen veszélyes egy nyílt *etnikai* konfliktusokkal terhelt időszakban, amikor paramilitáris csoportok kistelepülések romák által lakott részein „járőröznek”, illetve amikor szélsőséges mozgalmak a „cigánybűnözés” elleni fellépésre és önbíráskodásra uszítanak. Ehhez hozzátehetjük azt is, bár a jelenlegi Büntetőtörvénykönyv tartalmazza a gyűlölet-bűncselekmények elleni fellépés lehetőségét, a jogalkalmazók mégis vonakodnak azt a kisebbségi csoportok védelmében alkalmazni.⁵⁸

⁵⁵ Kovács (50. l.) 190.

⁵⁶ Mindenkinek joga van törvényben meghatározottak szerint a személye, illetve a tulajdona ellen intézett vagy az ezeket közvetlenül fenyegető jogtalan támadás elhárításához. (V. cikk).

⁵⁷ Kovács (50. l.) 190.

⁵⁸ Lásd a közösség elleni izgatással kapcsolatos kérdésekről: HEGYI Szabolcs: „Mikor támadnak a szavak?”; www.szuveren.hu/jog/mikor-tamadnak-a-szavak; illetve a Fundamentum 2013/4.

Az Alaptörvény meglepő és értelmezhetetlen módon a megfelelő lakhatáshoz való jog részeként hatalmazza fel arra a parlamenti többséget, hogy a hajléktalanokat szankcionálja. A XXII. cikk (3) bekezdése értelmében, törvény vagy helyi önkormányzat rendelete a közrend, a közbiztonság, a közegészség és a *kulturális értékek* védelme érdekében, a közterület meghatározott részére vonatkozóan jogellenessé minősítheti az „életvitelszerűen megvalósuló közterületi tartózkodást” [kiemelés – MB].

A nemzetközi emberi jogi egyezmények szerint a sérthetetlen emberi méltóság nem függ megfelelő lakhatástól vagy tulajdontól, azt minden ember elidegeníthetetlen jogaként kell tiszteletben tartani. Az Alaptörvény módosított XXII. cikke szerint a hajléktalanok jogait társadalmi értékekre tekintettel korlátozni lehet, különösen „a közrend, a közbiztonság, a közegészség és a kulturális értékek védelme érdekében”. E felsorolás kapcsán elmondható, hogy bizonyos alapjogok esetében valóban nem ismeretlen a közrendre, közbiztonságra és közegészségre való hivatkozással történő korlátozás. A jogkorlátozás alapjaként meglehetősen szokatlan dolog a kulturális értékekre hivatkozni. Az egyének emberi méltóságához való joga a korábbi alapjogi szemlélet szerint ezen a módon biztosan nem volt korlátozható. A XXII. cikk tehát ellentmond annak a morális koncepciónak, mely az alapjogok védelme mögött húzódik meg; és kötelező nemzetközi egyezmények által nevesített, nemzetközileg védett emberi jogokat sért.⁵⁹

A jogalkotó szerint így azoknak a (hajléktalanoknak a) jogait, akik nem élnek a képzelt etnikai nemzet számára deklarált elvek alapján (az alkotmányozó megfogalmazása szerint „kulturális értékek” szerint) korlátozni lehet. A nemzethez tartozás társadalmi csoportokhoz kötésének kétségtől van magyarországi hagyományai. Magyarok lenni a középkorban például elsősorban társadalmi pozíció volt, az a kiváltságos rendekhez tartozást jelentette. Ez a magyar nemzet fogalom nyilván nem volt azonos a modern nemzet fogalmával. Ennek ellenére még azt sem állíthatjuk, hogy akár a magyar nemzet szociális kategóriaként történő értelmezése később eltűnt volna, hiszen mindvégig alapja volt a különböző kisebbségekkel (például zsidókkal, cigányokkal) kapcsolatos előítéleteknek és kirekesztésnek. (Ennek kapcsán utalhatunk arra is, hogy az 1971-es Kemény-féle kutatás is gyakorlatilag szegénykultúráként mutatta be a cigányság kultúráját,⁶⁰ tehát a kisebbség, és ebből következően a többség szociális kategóriaként történő értelmezése is korszakokon

sz.-ának Dokumentum és kommentár rovatában a Közösség tagja elleni erőszak BTK tényállásával kapcsolatosan megjelent írásokat. Átolt Dorottya [et al.]: „Közösség tagja elleni erőszak – Alternatív kommentár” *Fundamentum* 2013/4. 79–92; Dinók Henriett Éva: „A gyűlölet-bűncselekmények, különösen a közösség tagja elleni erőszak kapcsán felmerülő jogalkalmazási nehézségek” *Fundamentum* 2013/4. 93–103.

⁵⁹ A *Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya* (PPJNE 1966) preambulumban elismeri az emberi méltóság központi szerepét. Az Európai Unió *Alapjogi Chartája* kinyilvánítja, hogy „az emberi méltóság sérthetetlen”, ugyanezt tartalmazza az Alaptörvény 2. cikke is.

⁶⁰ KEMÉNY István: „A magyarországi cigányok helyzete” in CSALOG Zsolt [et al.] (szerk.): *Beszámoló a magyarországi cigányok helyzetével foglalkozó, 1971-ben végzett kutatásról* (Budapest: MTA Szociológiai Kutató Intézet 1976) 7–67. Illetve lásd még a témáról részletesebben: MAJTÉNYI Balázs – MAJTÉNYI György: *Cigánykérdés Magyarországon 1945-től 2010-ig* (Budapest: Libri 2012) 12–32.

át fennmaradt, és az máig jelen van.⁶¹ Kemény István összefoglaló tanulmányában kifejtette: „nem beszélhetünk cigánykultúráról vagy szubkultúráról, hanem az alsó rétegek szubkultúrájáról, amelyen belül a cigányság életforma-csoportjai különböző színeket jelentenek.”⁶² Itt úgy tűnik, hogy sajnálatos módon egy a modernitás előtti nemzetkoncepcióból kiindulón, maga az alkotmányozó köti az etnikai nemzetet egy társadalmi pozícióhoz.

Az alkotmány IX. cikke szerint a szólás (véleménynyilvánítás) szabadságának gyakorlása nem irányulhat a *magyar nemzet*, valamint a nemzeti, etnikai, faji vagy vallási közösségek méltóságának megsértésére. Ez azért szokatlan rendelkezés, mivel az emberi méltóság Európában általában az egyén és nem a közösség, különösen nem a többségi nemzet méltóságát védi, az pedig különösen nem szokás, hogy a többség méltóságát is védjék a kisebbséggel szemben.⁶³ A parlamenti többség e rendelkezésre hivatkozva jogosultságokat korlátozhat, így az idézett rendelkezés egyik értelmezése az lehet, hogy az hatékony eszközt ad a kormánykritikával szembeni fellépésre. Például, aki az etnikai nemzet nevében eljáró parlamenti többséget, ami esetünkben az alkotmányozó és módosító hatalom, bírálja, e cikk értelmében megsértheti a magyar nemzet méltóságát.

A következőkben azt vizsgálom egy példán keresztül, hogy a törvényi szabályozás mennyiben igazodik az etnikai nemzet elsődleges szerepéhez. Azt gondolom, hogy az eddig elmondottakat különösen jól szemlélteti két, az állam alkotmányos identitása szempontjából lényeges tényező: az állampolgársági és kisebbségi szabályozás elvei, gyakorlata, illetve annak következetlensége.

7. AZ ÚJ ÁLLAMPOLGÁRSÁGI ÉS KISEBBSÉGI SZABÁLYOZÁS PÉLDÁJA

Az Alaptörvény elemzett rendelkezéseiből az következik, hogy a magyar állam területén élő nemzetiségek nem részesei az alkotmányozó hatalomnak, ellenben a határainkon túl élő magyarok igen, s ez utóbbiak számára ez a magyarországi magyarokkal egyenlő jogállást biztosítana. Az Alaptörvény, mivel nem követ egyértelműen azonosítható morális elveket, e téren is kevésbé befolyásolja a jogalkotást. A határon túli magyarokat és a nemzetiségeket érintő törvényeket vizsgálva arra juthatunk, hogy bár a rendszer valóban karakteresen antiegalitárius szemléletű, a szólamokat leszámítva nem csak a magyarországi nemzetiségeket, hanem a határon túl élő magyar nemzetiségűeket sem kezeli a kulturális nemzet egyenlő tagjaként.

Jelenleg nem azonosítható egy világos logikai kapcsolat az alkotmány különböző rendelkezései és más jogszabályok között a kedvezményes honosítás,⁶⁴ és a

⁶¹ MAJTÉNYI–MAJTÉNYI (34. l.).

⁶² Kemény (60. l.) 42.

⁶³ HALMAI–SCHEPPELE (27. l.) 35.

⁶⁴ TÓTH Judit – KÖRTVÉLYESI Zsolt: „Naturalisation in Hungary: Exclusion by Ethnic Preference” *Open Citizenship* 2, no. 1 (October 2011) 54–74; www.opencitizenship.eu/article/view/9447.

kisebbségi szabályozás területén. Vegyük példának a választási szabályokat. Az országgyűlési képviselők választásáról szóló sarkalatos törvény⁶⁵ létrehozta a nemzetiségek parlamenti képviseletét. E jogszabály alapján a határon túli magyarok is szavazhatnak, a nemzetiségi képviseletet pedig egy olyan megoldással intézményesíti, amely elméletileg mind a tizenhárom elismert nemzetiséget képviselethez juttatja az országos listás mandátumok terhére. A nemzetiségi jelöléshez a névjegyzékben szereplők legalább egy százalékának, de „legfeljebb ezerötyszáz” személynek az ajánlása szükséges.⁶⁶ A kedvezményes kvóta keretében a listás mandátumhoz előírt szavazatszám negyedével már kisebbségi mandátumhoz lehet jutni.⁶⁷ Ha valaki úgy dönt, hogy a nemzetiségi listát támogatja a szavazatával, emellett természetesen egyéni jelöltekre is leadhatja a voksát. A határon túli magyar állampolgárok viszont csak „fél szavazattal”⁶⁸ rendelkeznek majd, ami azt jelenti, hogy egyéni jelöltre nem, csak a listára szavazhatnak. (A jogi szabályozás értelmében az egyéni jelöltekre való szavazáshoz bejelentett magyarországi lakóhely szükséges.) Így akár az a situáció is előállhat, hogy a határon túli magyarok szavazata adott esetben a nyolcadát érheti az alkotmányozó hatalomból kizárt nemzetiségek szavazatának. Az Alaptörvény szövegének ellentmondásos voltát mutatja, hogy ez – a választójog egyenlőségét sértő – megoldás bizonyosan nem következik az új alkotmány nemzetfelfogásából.

E szabályozás megszületésének egyetlen valószínű magyarázata az lehet, hogy – a kisebbségi önkormányzat diszfunkcionális választási szabályainak köszönhetően⁶⁹ – a kisebbségi politikai szervezetek többsége az elmúlt években már bizonyította a mindenkori hatalom iránti feltétlen lojalitását. (A jogi szabályozás a többszöri módosítások, illetve az új nemzetiségi törvény elfogadása ellenére sem képes biztosítani, hogy valóban a kisebbséghez tartozók válasszák meg a képviselőiket.) A határon túliakat illető „félszavazat” intézményének az indokai is aligha a határon túli magyarok érdekeit megjelenítő képviselet gondolatában kereshetők. A határon túliak csak a magyarországi pártok listáira voksolhatnak, az így leadott szavazataik „feloldódnak” a pártlistán, nem lehet őket elkülöníteni a többi szavazattól. Így arról, hogy pontosan kit juttatnak be a határon túli magyarok a parlamentbe, sem nekik, sem a megválasztott képviselőknek nem lesz tudomásuk. Azaz így az Országgyűlésben még a költségvetés töredékét⁷⁰ jelentő, az ő támogatásukra fordítható pénzek elosztására sem lehet tényleges befolyásuk.

⁶⁵ 2011. évi CCIII. tv. az országgyűlési képviselők választásáról.

⁶⁶ 2011. évi CCIII. tv. Az országgyűlési képviselők választásáról szóló törvény 9. § (2) bek.-e szerint „a nemzetiségi lista állításához a névjegyzékben nemzetiségi választópolgárként szereplő választópolgárok legalább egy százalékának ajánlása, de legfeljebb ezerötyszáz ajánlás szükséges.”

⁶⁷ KÁLLAI Péter: „Az alkotmányos patriotizmustól a nemzeti és etnikai kisebbségek parlamenti képviseletéig” *Fundamentum* 2012/4. 43–64.

⁶⁸ JAKAB András: „A külföldön élő magyar állampolgárok választójoga egyenlőségének kérdése a választási törvény koncepciójában” *Pázmány Law Working Papers* 2011/38.

⁶⁹ Lásd erről például: MAJTÉNYI Balázs: „Mi lesz veled »bezzeggyerek«?” (Változóban a kisebbségi jogi szabályozás) *Fundamentum* 2005/3. 109–120.

⁷⁰ Ez az összeg 1990 óta a különböző kormányzati ciklusokban a költségvetés 0,5 és 2 %-a között alakult. Lásd erről: Magyar Nemzetpolitika (*A nemzetpolitika stratégiai kerete*), 21; www.nemzeti-regiszter.hu/download/9/a2/00000/Magyar%20nemzetpolitika%20A4.pdf.

Az állampolgárság klasszikus értelemben a politikai közösség tagjaként történő elismerést jelenti, ha egy ország állampolgárságot kínál a határon túliaknak, az gyakran bel- és/vagy külpolitikai aspirációkat szolgálhat. Az új határon túli magyarokkal kapcsolatos választójogi szabályozás nem az Alaptörvény nemzetkoncepcióját tartja szem előtt, hiszen az valójában nem tekint úgy a határon túli magyarokra, mint a politikai közösség egyenlő tagjaira, így az inkább a kormányzat belpolitikai érdekeit szolgálja.

Ha az Alaptörvény káros és ostoba normáira koncentrálnunk, azt látjuk, hogy bár maga a jogi szöveg minősége is problematikus, mindez nem csak az alkotmány íróinak képzettségében, vagy a jogalkotási tapasztalat hiányában kereshető.⁷¹ Az igazi problémát az okozza, hogy a szabályozás dogmatikailag nem koherens, a szabályozás nem követi hűen az alkotmányos elveket, esetenként egymásnak ellentmondó rendelkezéseket tartalmaz.

8. ÖSSZEGZÉS

A tanulmány az állam nemzeti identitása és az alapjogok védelme közötti kapcsolatot az új magyar alkotmány példáján keresztül elemezte. Míg a legtöbb európai demokratikus alkotmány, úgy az 1989-es alkotmány is elsődlegesnek a politikai nemzet koncepcióját fogadta el, addig az Alaptörvény az alkotmányozó hatalom definiálásakor az etnikai nemzetfogalmat használja.

Az Alaptörvény az etnikai nemzetet keresztény közösségként definiálja, és egy korszerűtlen vallási felhangokkal ellátott történelemszemléletet intézményesít. A tanulmány ennek kapcsán foglalkozott azzal a problémával, hogy mennyire jelentenek az emberi jogi intézmények valós védelmet akkor, ha az állam magát a kulturális/etnikai nemzet koncepcióján keresztül határozza meg, s ennek révén a rousseau-i általános akarat az alkotmányos szabályozásban az etnikai nemzet akarataként jelenik meg.

Az Alaptörvény ideológiája szerint az etnikai értelemben vett magyar nemzet előnyben részesített tagja házasságban élő, gyermekeit nevelő heteroszexuális, aki valamelyik tradicionális keresztény közösséghez tartozik, emellett nem vallja magát kommunistának, és nem hajléktalan. Felmerül a kérdés, hogy a nemzetfogalom ilyen módon történő használata összeegyeztethető-e az egyének ama morális egyenlőségével, amely megköveteli, hogy ne részesítsünk senkit előnyben vagy hátrányban a jó életéről alkotott felfogása alapján. A kifejtettek szerint nem, sőt, az etnikai nemzet nevében fellépő kormányzat korlátozhatja az emberi jogokat, például a politikai ellenfelei jogosultságait. Ebből adódik az a következtetés, hogy az Alaptörvény nem morális értékek mentén vezet be jogkorlátozásokat, hanem csak a kormányzat érdekeit követi – és ez önmagában is alkotmányos tragédiához vezethet.

⁷¹ MAJTÉNYI Balázs: „Legislative Stupidities in the New Hungarian Constitution” *Pace diritti umani – Peace Human Rights* 2012/1. 120–126.

NÓTÁRI TAMÁS*

DE REBUS VERBISQUE MEDICINALIBUS IN LEGE BAIUVARIORUM – ORVOS, BETEG ÉS BETEGSÉG A KORA KÖZÉPKORI BAJOR NÉPJOGBAN

E tanulmány a kora középkori bajor népjog, a Lex Baiuvariorum azon rendelkezéseit kívánja elemezni, amelyek az orvoslás, a betegség, a testi sértés és általában a sérülések kérdéskörére vonatkoznak. A rövid bevezetést követően a tanulmány először a sedes materiae, az elemzendő forrásbázist, nevezetesen a Lex Baiuvariorum datálásának kérdését és az összehasonlítás alapját képező germán népjogokat, a vizigót, a langobard és az alemann joganyagot tárgyalja. A kora középkori orvoslás kérdéskörén belül röviden bemutatásra kerül a kora középkori medicina és az orvos jogi státusa a jogi és nem jogi források tükrében. Ezt követően térünk rá az említett kérdés, vagyis a betegség, a vetélés, a testi sértés és általában a sérülések választott törvénykönyvünkben, a Lex Baiuvariorumban található szabályozásának elemzésére. Ennek keretében vizsgáljuk a jog- vagy cselekvőképességet befolyásoló betegségek jogi konzekvenciáit, a magzatelhajtás tényállását, az orvos bevonásának és az általa alkalmazott kezelésnek a megjelenését a törvénytövegben, valamint a testi sértés és a sérülések néprajzi terminológiáját.

1. BEVEZETÉS

Előrebocsátandó, hogy a germán népjogok¹ mint *sedes materiae* fényében értelem-szerűen aligha vetődhetnek fel mindazon kérdések, amelyek akár a modern, akár a római orvosi jog kapcsán elsődleges fontosságúak, nevezetesen az orvosi felelősség aspektusai. Ez a korabeli jogállapot ismeretében nem is várható el e törvényektől, s az ilyen irányú megközelítést messzemenően történelmietlennek kell tekintenünk.

* Tudományos főmunkatárs, MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézet, 1014 Budapest, Országház u. 30; egyetemi docens, Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 1042 Budapest, Viola u. 2–4.
E-mail: tamasnotari@yahoo.de.

** A tanulmány végleges változata az MTA TK Jogtudományi Intézetében 2014. január 9-én megtartott műhelyvitán elhangzottak figyelembevételével készült. A szerző köszönettel tartozik opponenseinek, Péter Orsolyának és Dósa Ágnesnek, valamint a vita minden résztvevőjének.

¹ A *germán* mint jogtörténeti fogalom kérdéskörét kritikusan taglalja – és megalapozatlansága mellett érvel – legújabbban Jörg JARNUT: „Germanisch. Plädoyer für die Abschaffung eines obsoleten Zentralbegriffes der Frühmittelalterforschung” in Gerhard DILCHER – Eva-Marie DISTLER (szerk.): *Leges – Gentes – Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur* (Berlin: Erich Schmidt 2006) 69–77.

Az a tény azonban, hogy az orvosi jogi aspektus a maga komplexitásában aligha ragadható meg, aligha zárhatja ki a jogtörténet terrénumáról a népjogoknak a jogtörténész-filológus általi elemzését. A forrásbázis jogi volta egyértelműen a jogtörténész feladatává (is) teszi e *lexek* átfogó – a nyelv-, a köz- és a társadalom- (ese-tünkben pedig a medicina)történet eredményeit felhasználó – kutatását, hogy az így nyert eredmények az említett társtudományok (a jogtörténész számára segéd-tudományok) rendelkezésére bocsáthatók legyenek.

Szót kell ejteni a tanulmányban alkalmazott filológiai módszerről is. A tanulmány célja elsődlegesen jogtörténeti, az alkalmazott módszert tekintve azonban a filológia legalább olyan súllyal jelenik meg, mint a *stricto sensu* jogtörténeti elemzés. „*Alle mittelalterliche Forschung ist Philologie*” – írja Hermann Heimpel az előszóban, amelyet Heinz Quirin kézikönyvéhez fűzött,² s ezt az alapelvet, vagyis a forráselemzés és a forrástisztelet kritériumát igyekeztünk munkánk során mindvégig szem előtt tartani.³

A germán népjogok bővelkednek mind anatómiai, mind a sérüléseket és ezek következményeit és kísérő tüneteit jelölő, továbbá betegségeket, orvosi eszközöket és terápiás módszereket visszaadó terminusokban. Az orvos és a beteg viszonyát *ex asse* jogi szempontból ugyanakkor csak az erős római jogi hatást mutató vizigót törvények tematizálják. Kiemelt helyet érdemel a népjogok orvosi jogi szövegeinek elemzése során a terhesség és a terhesség-megszakítás/abortusz, mert a textusok is teret szentelnek e jogilag és orvosilag sem elhanyagolható jelentőségű kérdésnek. A törvénykönyvek természetesen viszonylag kevés információt nyújtanak magukról a kórképekről, annál többet azonban a sebészi beavatkozásokról, valamint azokról az egészségkárosodásokról, amelyek a páciens munka-, harc-, illetve cselekvőképességét befolyásolhatták.

A népjogok germán elemeivel, illetve a medicina terminológiájának a *Volks-rechtek*ben való megjelenésével foglalkozó mukák közül kiemelendők Wilhelm Eduard Wilda,⁴ Jacob Grimm,⁵ Arthur B. Schmidt,⁶ Rudolf His,⁷ Sigfrid von Schwanenflügel,⁸

² Heinz QUIRIN: *Einführung in das Studium der mittelalterlichen Geschichte* (Braunschweig: Westermann 1950) 4.

³ Ehhez lásd Clausdieter SCHOTT: „Der Stand der Leges-Forschung” *Frühmittelalterliche Studien* 1979. 31; Heinrich MITTEIS – Heinz LIEBERICH: *Deutsche Rechtsgeschichte* (München – Berlin: C. H. Beck 1966) 73.

⁴ Wilhelm Eduard WILDA: *Das Strafrecht der Germanen* (Halle: Heimann 1842).

⁵ Jacob GRIMM: *Deutsche Rechtsalterthümer I–II.* (Leipzig: Mayer & Müller 1922).

⁶ Arthur Benno SCHMIDT: *Medizinisches aus deutschen Rechtsquellen* (Jena: Fischer 1896). Schmidt – noha nem lépett fel a teljesség igényével – nem csupán a kora középkori, hanem a későbbi korok terminológiáját is vizsgálta, s így módon a korai terminológia továbbélésének és módosulásának kérdéskörét is felölelte.

⁷ Rudolph HIS: „Die Körperverletzungen im Strafrecht des deutschen Mittelalters” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 1920. 75–126; Rudolph HIS: *Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina* (München – Berlin: Oldenbourg 1928). His többek között a testi sértés kérdéskörét is tárgyalta a virágzó és a késő középkorban, kutatása során azonban felhasználta a korai germán jogforrásokat is – ugyanakkor a források, s így módon a terminológia kronológiai rendszerezésének nem teljes következetességgel végigvitt volta némi-képp megnehezíti eredményeinek hasznosítását.

⁸ Sigrid von SCHWANENFLÜGEL: *Die Körperverletzung in den ersten geschriebenen Rechten der Ger-*

Georg Baesecke,⁹ Dietrich von Kralik,¹⁰ Ruth Schmidt-Wiegand¹¹ és Annette Niederhellmann¹² művei.

2. A SEDES MATERIAE

A *Lex Baiuvariorum*¹³ 737 és 743 közötti – Heinz Löwe és Peter Landau által feltetelezett – keletkezési dátumát támasztja alá a germán népjogokat jóval meghaladó mértékű egyházi hatás. A törvény szövegéből egyértelmű, hogy összeállítója a kánoni szabályok ismeretéből és egy világosan körülhatárolt egyházi szervezetről indul ki. Az a tény, hogy a *Lex Baiuvariorum* összeállítója munkája során a *Lex Alamannorum* is felhasználta,¹⁴ szintén a 737 és 743 közti datálás mellett szól.¹⁵ A *Lex Baiuvariorum* keletkezési helye kapcsán jó eséllyel elfogadhatjuk tehát Peter Landau azon hipotézisét, hogy ez a szerzetesek és a hercegi udvar között fennálló munkakapcsolat jóval szorosabb lehetett, ha a *Lex Baiuvariorum* kompilátorainak a hercegi székhelyen, Regensburgban található Szent Emmeram-kolostor szerzeteseit vélelmezzük.¹⁶

A *Leges Visigothorum* összefoglaló név: a vizigót jog különféle formákban fennmaradt feljegyzései. A legrégebbi ránk maradt ilyen forrás vizigót a *Codex Euri-*

manen (etwa 500–1300 n. Chr.) (Göttingen: Dissertation 1950). Schwanenflügel foglalkozott a testi sértéssel a germánok első írott jogforrásaiban, amely során egyfelől nemcsak a kontinentális, hanem az angolszász és az északi germán forrásokra is tekintettel volt, másfelől azonban bizonyos tényállásokat, amelyeket a germánok nem soroltak a testi sértés kategóriájába – így például a mérgezéssel elkövetett bűncselekményeket vagy a magzatelhajtást –, nem vizsgált, a népnyelvi terminusok kérdését pedig egyáltalán nem érintette.

⁹ Georg BAESECKE: „Die deutschen Worte der germanischen Gesetze” *Beiträge zur Geschichte der deutschen Sprache und Literatur* 1935. 1–101.

¹⁰ Dietrich von KRALIK: „Die deutschen Bestandteile der Lex Baiuvariorum” *Neues Archiv der Gesellschaft für Ältere Deutsche Geschichtskunde* 1913. 1–132.

¹¹ Ruth SCHMIDT-WIEGAND: „Die volkssprachigen Wörter der Leges barbarorum als Ausdruck sprachlicher Interferenz” *Frühmittelalterliche Studien* 1979. 56–87; Ruth SCHMIDT-WIEGAND: „Alemannisch und Fränkisch in Pactus und Lex Alamannorum” in Clausdieter SCHOTT (szerk.): *Beiträge zum frühalemannischen Recht* (Bühl Baden: Konkordia 1978) 9–37.

¹² Annette NIEDERHELLMANN: *Arzt und Heilkunde in den frühmittelalterlichen Leges. Eine wort- und sachkundliche Untersuchung* (Berlin – New York: De Gruyter 1983), Annette NIEDERHELLMANN: „Heilkundliches in den Leges. Die Schädelverletzungen und ihre Bezeichnungen” in Ruth SCHMIDT-WIEGAND (szerk.): *Wörter und Sachen im Lichte der Bezeichnungsforschung* (Berlin – New York: De Gruyter 1981) 74–90.

¹³ Magyar fordítását lásd NÓTÁRI Tamás: *Lex Baiuvariorum. A bajorok törvénye* (Szeged: Lectum 2010); történeti kontextusához lásd NÓTÁRI Tamás: *A salzburgi historiográfia kezdetei* (Szeged: Szegedi Középkorász Műhely 2007); NÓTÁRI Tamás: *Jog és társadalom a Lex Baiuvariorumban* (Szeged: Lectum 2012).

¹⁴ Peter LANDAU: *Die Lex Baiuvariorum. Entstehungszeit, Entstehungsort und Charakter von Bayerns ältester Rechts- und Geschichtsquelle* (München: Bayerische Akademie der Wissenschaften 2004) 37.

¹⁵ Lásd Clausdieter SCHOTT: „Lex Alamannorum” in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II.* (Berlin: Erich Schmidt 1978) 1879–1886; Joachim JAHN: *Ducatus Baiuvariorum. Das bairische Herzogtum der Agilolfinger* (Stuttgart: Hiersemann 1991) 123.

¹⁶ LANDAU (14. l.) 50.

cianus, amelyet a hagyomány Eurich királynak tulajdonít, és valamikor 469 és 476 között keletkezett.¹⁷ Egy VI. századi párizsi *palimpsestus codex*ben maradt fenn töredékesen a 276. *caputtól* a 336. *caputig*. A *Codex Euricianus*ra erőteljesen hatott a római jog is, s utóbb e jogforrás gyakorolta talán a legnagyobb hatást más germán népjogokra. Leovigild király számos ponton kiegészítette-kijavította a *Codex Euricianust*, amely immáron a *Codex revisus* nevet kapta, ám e forrás nem maradt ránk.¹⁸ Leovigild egyik utódja, Reccesvind király 654-ben kiadott két olyan jogi összefoglalást, amelyben háromszáztizenkilenc rendelkezést *antiquaként* jelölt meg, s ezeket Leovigildre vezette vissza.¹⁹ Reccesvind összefoglalását a szakirodalom eltérő neveken emlegeti: *Lex Visigothorum*,²⁰ *Lex Visigothorum Reccesvindi-ana*,²¹ *Forum Iudicum*,²² *Liber iudiciorum*.²³

A langobard joganyag kapcsán kiemelendő, hogy míg a germán népjogok többsége tárgy szerint csoportosította a szabályokat, a langobardok időrendben, uralkodók kronológiája szerint illesztették egymás után a jogszabályokat.²⁴ A langobard törvényekben – amelyek a népgyűlés közreműködésével születtek²⁵ – számos germán jogi terminus gazdagítja a latin szöveget. A langobardok már hetvenöt éve éltek Itáliában, szokásjoguk rögzítését azonban csak Rothari király hajtotta végre 643-ban,²⁶ s e törvénykönyvet, az *Edictus Rothari*t az országnagyok és a nép hozzájárulásával – egy szimbolikus szerződési formában is (*speergedinge per gairethinix*)²⁷ – megerősítette.²⁸ Az *Edictus Rothari* rövid, tömör rendelkezésekből áll, amelyek megértését a langobard népnyelvi terminusok segítik. A vizigót, a keleti gót és a burgund joganyaggal szemben az *Edictus Rothari* kevésbé mutat szoros kapcsolatot a római joggal.²⁹ Egyetérthetünk Babjákkal abban,³⁰ hogy az *Edictus*

¹⁷ Hermann NEHLSSEN: „Alarich II. als Gesetzgeber. Zur Geschichte der Lex Romana Visigothorum” in Götz LANDWEHR (szerk.): *Studien zu den germanischen Volksrechten. Gedächtnisschrift für Wilhelm Eber* (Frankfurt am Main: Lang 1982) 143–203.

¹⁸ BABJÁK Ildikó: *Árucseré-ügyletek a germán népek szokásjogában* (Miskolc: PhD-értekezés 2005) 15.

¹⁹ Friedrich Karl von SAVIGNY: *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter II.* Reprint (Aalen: Scientia 1986) 7.

²⁰ Hermann NEHLSSEN: „Lex Visigothorum” in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II.* (Berlin: Erich Schmidt 1978) 1966–1979; RUSZOLY József: *Európa jogtörténete. Az „újabb magánjogtörténet” Közép- és Nyugat-Európában* (Budapest: Püski 1996) 26.

²¹ Hermann CONRAD: *Deutsche Rechtsgeschichte I.* (Karlsruhe: Müller 1962) 59.

²² Joshua C. TATE: „Roman and Visigothic Procedural Law in the False Decretals of Pseudo-Isidore” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 2004. 513.

²³ BABJÁK (18. l.) 19.

²⁴ Heinrich BRUNNER: *Deutsche Rechtsgeschichte II.* (Berlin: Duncker & Humblot 1906) 530.

²⁵ Richard SCHRÖDER: *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte* (Leipzig: Veit & Comp 1907) 255.

²⁶ Heinrich ZOEPFL: *Deutsche Rechtsgeschichte I.* (Braunschweig: Wreden 1871) I. 70.

²⁷ Friedrich EBEL – Georg THIELMANN: *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit* (Heidelberg: Müller 2003) 126; Paolo DELOGU: „Rothari király törvényei és a 7. századi langobard társadalom” *Aetas* 2004/2. 35.

²⁸ BRUNNER (24. l.) 531; SCHRÖDER (25. l.) 255.

²⁹ Otto LENEL: „Geschichte und Quellen des römischen Rechts” in Josef KOHLER (szerk.): *Enzyklopädie des Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung* (Leipzig: Duncker & Humblot 1915) 392.

³⁰ EBEL–THIELMANN (27. l.) 126; BABJÁK (18. l.) 171.

Rothari egyik része kifejezetten a régi longobárd szokásjogot tartalmazza, másik része pedig a király jogi reformjait foglalja össze.

Az alemann népjog két változatban maradt ránk: a régebbi változatot a kutatás *Pactus Alamannorum*ként, az újabbat pedig *Lex Alamannorum*ként tartja számon. A *Pactus* bevezető mondata a Meroving-dinasztiából származó Chlothar királyt említi³¹ mint törvényalkotót, a szakirodalom azonban azt tekintve megosztott, hogy ezen uralkodó személyében I. (511–561), II. (584–629), vagy pedig IV. Chlothar királyt (717–719) kell-e látnunk. Nagy valószínűséggel a *Pactus* – e törvénykönyv nyelvezete a *Lex Ribuariához*, illetve a *Lex Salica* későbbi változataihoz hasonlítható – szerzőjének II. Chlothar tekinthető, ezzel szemben a *Lex Alamannorum* Lantfrid jogalkotói tevékenységére vezethető vissza.³² II. Chlothar szerzősége mellett látszik szólni az a tény is, hogy 626 vagy 627 szeptemberében a Clichy-i Zsinaton negyven püspök, továbbá egy apát és egy diakónus is jelen volt (utóbbi mint megbízott), s e létszám hasonló nagyságrendet mutat, mint a *Pactusban* olvasható leírás adatai.³³ A *Lex Alamannorum*ból egyértelművé válik, hogy a kompilátorok a *Pactus* szabályait tartalmilag is továbbfejlesztették.³⁴ E változat valamikor 712 és 725 között születhetett meg.

3. ORVOSLÁS ÉS ORVOS A KORA KÖZÉPKORBAN

3.1. A KORA KÖZÉPKORI MEDICINA

A kora középkor gyógyászatában két fő irányt különböztethetünk meg: egyrészt a királyi (hercegi) udvarokban és a kolostorokban gyakorolt, erőteljesebben az antik, hippokratészi és galenoszi hagyományokhoz, ezek szövegeinek recepciójához kötődő, másrészt az alapvetően a szóbeliségen alapuló és a germán hagyományokhoz kötődő népi gyógyászatot.³⁵

A kor gyógyászatában a legfejlettebbnek a Mediterráneum, ezen belül is a Bizánci Birodalom központjai számítottak (Alexandriában élt tovább a legerőteljesebben az antik hagyomány), a medicinát tudományos igényességgel művelők közül kiemelendő Oreibasios,³⁶ Amidai Aetios,³⁷ Tralleszi Alexandros³⁸ és Aiginaí Pau-

³¹ *Lex Alamannorum, Prologus.*

³² Clausdieter SCHOTT: *Lex Alamannorum. Faksimile Ausgabe des Codex Sangallensis 731* (Augsburg: Hiersemann 1993) 16.

³³ Isabella FASTRICH-SUTTY: *Die Rezeption des westgotischen Rechts in der Lex Baiuvariorum* (Köln: Heymanns 2001) 85.

³⁴ SCHOTT (32. l.) 12.

³⁵ NIEDERHELLMANN 1981 (12. l.) 74.

³⁶ Paul DIEPGEN: *Geschichte der Medizin. Die historische Entwicklung der Heilkunde und des ärztlichen Lebens I.* (Berlin: De Gruyter 1949) 164; Charles LICHTENTHALER: *Geschichte der Medizin I. Vorgeschichte, Antike und Mittelalter* (Köln – Löwenich: Deutscher Ärzte-Verlag 1974) 227.

³⁷ DIEPGEN (36. l.) 164; LICHTENTHALER (36. l.) 229.

³⁸ DIEPGEN (36. l.) 165.

lus³⁹ neve, akik az antik orvostudományi művek⁴⁰ kivonatolásával mentették át e tudásanyagot a középkorba.⁴¹ Az ő kompilációik közül számosat már igen korán lefordítottak latinra, ami a tudományosabb igényű orvoslás alapját képezte majdan Európa nyugati felében – értelemszerűen e művek az antik forrásokhoz képest kevés eredetiséget mutatnak, túlnyomórészt az antik hagyomány leegyszerűsített kivonatainak tekinthetők.⁴² (Utóbb e kompilációkat arabra is lefordították, és így módon a VIII. századtól erőteljes fejlődésnek indult, majd a XI. századtól Dél-Európában, elsősorban Hispániában, majd Dél-Itáliában is hatást gyakorló arab medicina alapjává váltak.⁴³)

A népi gyógyászat eredetileg a germán vallási képzetek alapjain állt, idővel azonban a klasszikus (antik) gyógyászat hatása is érzékelhetővé vált a medicina ezen ágában – Galliában például már az V. és VI. században születtek orvosi receptkötvények, amelyek közül elsősorban Marcellus Empiricus művét érdemes kiemelni,⁴⁴ illetve említést érdemel a(z) elszórtan germán kifejezéseket is tartalmazó *Codex Sangallensis* (Nr. 44) és a VIII–IX. századi *Codex Bambergensis* receptgyűjteményei.⁴⁵ A IX. századtól kezdve születő óangol *Leechbook*okra erőteljes hatást gyakorolt a germán vallási képzetek által befolyásolt népi gyógyászat szemlélete.⁴⁶ Mint-hogy a katolikus egyházi tanítás igyekezett határozottan fellépni a „pogány” vallási képzetek ellen, alig található e forrásokban olyan textus, amely kizárólagosan a germán néphit és népi gyógyászatot közvetíti számunkra,⁴⁷ ugyanakkor e képzetek, mágikus rítusok krisztianizált formában tovább éltek a népi gyógyászatban, és felvételt nyertek a receptkönyvekbe is.⁴⁸

³⁹ DIEPGEN (36. l.) 166.

⁴⁰ Az antik orvostudományhoz és antik orvosi hagyományhoz összefoglalóan lásd Antje KRUG: *Heilkunst und Heilkult. Medizin in der Antike* (München: C. H. Beck 1993); Vivian NUTTON: *Ancient Medicine* (London: Routledge 2004); Ernst KÜNZL: *Medizin in der Antike. Aus einer Welt ohne Narkose und Aspirin* (Stuttgart: Konrad Theiss 2002); Olaf KRAUSE: *Der Arzt und sein Instrumentarium in der römischen Legion* (Remshalden: Greiner 2010); HOFFMANN Szuzsanna – RÁBAI Krisztina – GALÁNTAI Erzsébet: *C. Plinius Secundus, Naturalis historia – Természettörténet. XX–XXVII. könyv. Római medicina és farmakológia* (Szeged: Quintus 2012).

⁴¹ BENEDEK István: *Hügieia. Az európai orvostudomány története* (Budapest: Gondolat 1990) 71.

⁴² NIEDERHELLMANN 1983 (12. l.) 39.

⁴³ Gerhard BAADER: „Mittelalterliche Medizin in bayerischen Klöstern” *Studhoffs Archiv für Geschichte der Medizin* 1973. 275–296.

⁴⁴ NIEDERHELLMANN 1981 (12. l.) 74; Henry Ernest SIGERIST: *Studien und Texte zur frühmittelalterlichen Rezeptliteratur* (Leipzig: Barth 1923) 186.

⁴⁵ Julius JÖRIMANN: *Frühmittelalterliche Rezeptarien* (Zürich – Leipzig: Füssli 1925) 5–77.

⁴⁶ Stanley RUBIN: *Medieval English Medicine* (Newton Abbot – New York: David & Barnes 1974) 43.

⁴⁷ Friedrich Wilhelm Hermann WASSERSCHLEBEN (szerk.): *Die Bußordnungen der abendländischen Kirche nebst einer rechtsgeschichtlichen Einleitung* (Halle: Graeger 1851); Joseph HANSEN: *Zauberwahn, Inquisition und Hexenprozeß im Mittelalter und die Entstehung der großen Hexenverfolgung* (München – Leipzig: Oldenbourg 1900) 36.

⁴⁸ Oswald COCKAYNE (szerk.): *Leechdoms, Wortcunning and Starcraft of Early England I–III*. (London: Her Majesty's Stationery Office 1864–1866) I. 384. III. 286; Felix GRENDON: „The Anglo-Saxon Charms” *Journal of American Folklore* 1909. 105–227; Maria BRIE: „Der germanische, insbesondere englische Zauberspruch” *Mitteilungen der schlesischen Gesellschaft für Volkskunde* 1900. 1–36; Gerhard EIS: *Althochdeutsche Zaubersprüche* (Berlin: De Gruyter 1964).

Az egyházi tanítást is erőteljesen áthatotta az orvosi gondolkodás, illetve terminológia, kiváltképp a korai egyházatyák műveiben: így például a keresztvizet Tertullianus *aqua medicinalis*nak, vagyis a *gyógyvíznek*, *egészséget helyreállító víznek* nevezi,⁴⁹ más ókeresztény szerzőknél – Irnaeriusnál, Ignatiusnál és Iustinusnál – a bűnbánat mint *vera de satisfactione medicina*ként, az eukarisztia pedig a halhatatlanság *pharmakon*jaként szerepel.⁵⁰ Az egyházi orvoslás a keresztény szellemiségnek megfelelően sok esetben a bűnt tartotta a betegség kiváltó okának, s így a bűnbánatot is egyfajta gyógymódnak tekintette, a gyógyítást végző egyházi személy pedig Krisztust mint megváltót és a lélek orvosát utánozta.⁵¹ Az őskereszténység szellemiségével szemben a IV–V. századtól a testtel és annak betegségeivel szemben kevésbé elutasító álláspont vált érzékelhetővé a katolikus egyházban.⁵²

A „tudományos” orvoslás – amely elsősorban a leegyszerűsített hippokratési és galenosi tanításon alapult – szinterei elsősorban a kolostorok voltak, ahol a szerzetesek a *quadrivium* keretében orvosi képzésben is részesültek.⁵³ E klerikusok számára – elvben – hozzáférhetőek voltak az antik orvostudományi művek, így gyakorta a tudományos és a theurgikus módszer sajátos ötvözetét alkalmazták. A Cassiodorus (485–580), Theoderich kancellárja által alapított dél-itáliai *Vivarium*ban az antik orvostudomány számos művének másolata és fordítása készült.⁵⁴ Isidorus Hispalensis (570–636) pedig az *Etymologiae* húsz könyvéből kettőt szentelt a medicinának.⁵⁵ A reichenauai kolostorban alkotó Walahfridus Strabo *De cultura hortorum* című, négy száznegyvennégy hexameterből álló tankölteményében hosszabban írt huszonhárom növény gyógyhatásáról is; valamint ugyanezen kolostor alaprajzából kitűnik, hogy patikából, orvosi-, beteg- és kezelőszobákból álló *infirmarium* volt az épületben található.⁵⁶ A nem egyházi, vagyis uralkodói udvarokban működő orvo-

⁴⁹ Adolf HARNACK: *Die griechische Übersetzung des Apologeticus Tertullians. Medizinisches aus der älteren Kirchengeschichte* (Leipzig: Hinrichs'sche Buchhandlung 1892) 132.

⁵⁰ LICHTENTHALER (36. l.) 269; HARNACK (49. l.) 133; Christel MEIER: *Gemma Spiritualis. Methode und Gebrauch der Edelsteinallegorese vom frühen Christentum bis ins 18. Jahrhundert I.* (München: Fink 1977) 373.

⁵¹ Wolf von SIEBENTHAL: *Krankheit als Folge der Sünde. Eine medizinhistorische Untersuchung* (Hannover: Schmorl & von Seefeld Nachfolger 1950) 7; Paul DIEPGEN: *Studien zur Geschichte der Beziehung zwischen Theologie und Medizin im Mittelalter I.* (Berlin – Grunewald: Rothschild 1922) 52; Hans SCHADEWALDT: „Arzt und Patient in antiker und frühchristlicher Sicht” *Medizinische Klinik* 1964. 150; Rudolphus ARBESMANN: „The Concept of 'Christus Medicus' in St. Augustine” *Traditio* 1954. 1–28; Karl Eduard ROTHSCHUH: *Konzepte der Medizin in Vergangenheit und Gegenwart* (Stuttgart: Hippokrates 1978) 49.

⁵² SCHADEWALDT (51. l.) 150; SIEBENTHAL (51. l.) 50; HARNACK (49. l.) 65; DIEPGEN (51. l.) 7; LICHTENTHALER (36. l.) 242; NIEDERHELLMANN 1983 (12. l.) 42.

⁵³ Hans WOLTER: „Geschichtliche Bildung im Rahmen der Artes Liberales” in Josef KOCH (szerk.): *Artes Liberales von der antiken Bildung zur Wissenschaft des Mittelalters* (Leiden – Köln: Brill 1976) 55; Paul DIEPGEN: *Über den Einfluß der autoritativen Theologie auf die Medizin des Mittelalters* (Mainz: Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz 1958) 7; NIEDERHELLMANN 1981 (12. l.) 76.

⁵⁴ Roger A. B. MYNORS (szerk.): *Cassiodorus, Institutiones* (Oxford: Clarendon Press 1937) 1, 31, 1; DIEPGEN (36. l.) 192.

⁵⁵ WOLTER (53. l.) 50.

⁵⁶ NIEDERHELLMANN 1983 (12. l.) 44.

sokról – akik olykor a *comes archiatorum*, vagyis a „főorvos” titulását is elnyerték – szóló forrásaink igen hézagosak, a köznépet ellátó egyszerű *medicusokról* pedig alig tudunk valamit.⁵⁷ Az uralkodó réteget ellátó orvosok gyakorta nagy vagyonra tehettek szert, ha azonban az általuk alkalmazott kezelés eredménytelen maradt, nem egyszer életükkel feleltek az alacsony hatékonyságért.⁵⁸ A sebészet ugyanakkor hiányzik a korabeli tudományos művekből, szó szerint *kheir-ourgiának*, vagyis *kéz-művességnek* tekintették, s mint ilyen nem tartozott az *arsnak*, illetve *scientiának* minősülő medicina területére.⁵⁹

3.2. AZ ORVOS JOGI STÁTUSA A KORA KÖZÉPKORBAN

Az orvos jogi helyzetére, társadalmi státusára vonatkozóan a *Lex Baiuvariorum* sajnos nem tartalmaz utalást. Megállapítható azonban, hogy az orvos nagy társadalmi tekintélynek örvendett, amint ez a bajor *lexszel* szoros rokonságot mutató alemann törvényből is kiderül.⁶⁰ Eszerint az orvos, akinek esküje három laikuséval ér fel, esküjét orvosi műszereire kellett letennie, ami hivatását és a társadalomban elfoglalt, kiemelt pozícióját jelképezte. Az idézett forrásszöveg az okozott sérülés után fizetendő *conpositio* körüli vita eldöntési módját határozza meg, vagyis az orvos ez esetben szakértőként jár el.⁶¹

A következő alemann szöveghely is arról informál, hogy az orvos tanúvallomása a közemberénél nagyobb súllyal esik latba.⁶² A forrás szerint amennyiben a koponyából/koponyatetőből származó csontdarabot, amely a bíróság előtt bizonyítékként szolgálna, az orvos elveszítette, vagy az orvosnak kell esküt tennie, hogy azt elveszítette, vagy pedig két szemtanúnak kell esküt tennie arra nézve, hogy a testi sértés elkövetése során valóban csontdarabot „ütöttek ki” – a kifejezés orvosiilag nehezen magyarázható, illetve beazonosítható – a koponyatetőből. A kezelő orvos tehát ebben az esetben is szakértőként lépett fel a bíróság előtt. Csupán feltételezhetjük, hogy a szakértővé válásnak valamiféle – legalábbis szokásjogiilag meghatározott – feltételrendszere volt, vagyis az orvosnak bizonyítania kellett szakértelmét, amint ez az óészaki *Manhælingsbalkerből* is kiderül,⁶³ amely szerint „törvényszéki orvos szakértő” az lehetett, aki bizonyította, hogy képes volt fegyverrel okozott sebeket, csonttörést, mellkasi vagy hasi sérülést, a levágott végtag csonkját és szúrt sebet gyógyítani.⁶⁴

⁵⁷ DIEPGEN (36. lj.) 199; NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 45.

⁵⁸ Gerhard BAADER: „Gesellschaft, Wirtschaft und ärztlicher Stand im frühen und hohen Mittelalter” *Medizinhistorisches Journal* 1979. 179.

⁵⁹ Loren Carey MACKINNEY: „Medieval Surgery” *Journal of the International College of Surgeons* 1957. 395; DIEPGEN (51. lj.) 16.

⁶⁰ *Pactus legis Alamannorum* 1, 2.

⁶¹ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 66.

⁶² *Lex Alamannorum* 57, 5.

⁶³ Herbert REIER: *Heilkunde im mittelalterlichen Skandinavien. Seelenvorstellungen im Altnordischen II.* (Kiel: Universitäts-Bibliothek 1976) 672.

⁶⁴ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 67.

A vizigót jog önálló *titulust* szentelt az orvos és a beteg jogi helyzete szabályozásának (*De medicis et egrotis*),⁶⁵ ami már önmagában is kellőképpen bizonyítja az orvos kiemelten fontos társadalmi helyzetét.⁶⁶ Az orvos és a beteg viszonyát a vizigót jogban kölcsönös biztonságot szavatoló szerződés (*placitum*) rendezte.⁶⁷ Az orvos és a beteg között létrejövő szerződés alapján az orvos kötelessége a beteg meggyógyítása – vagyis különös módon nem gondossági, hanem eredménykötelelemre szerződik –, a páciens kötelessége pedig a gyógyításért járó díj megfizetése oly módon, hogy arra a szerződés megkötésekor biztosítékot (*cautio*) ad. A törvény a kezelés eredménytelenségének esetét is rendezi.⁶⁸ Ha a kezelés során a beteg meghal, vagyis az orvos nem tudta meggyógyítani, tehát nem volt képes szerződésben vállalt kötelezettségét teljesíteni, nem támaszthat igényt a megállapodott díjra, ugyanakkor a beteg családja nem léphet fel az orvos ellen emberölés vádjával.⁶⁹

A vizigót jog azonban az orvos biztonsága érdekében további garanciákkal bástyázta körül az orvos–beteg viszonyt.⁷⁰ Ennek értelmében (ami szintén az orvos magas társadalmi presztízsét jelzi) az orvost kihallgatás nélkül nem lehetett őrizetbe venni, ami alól kivételt képez az emberölés esete – ez alatt értelemszerűen nem az orvosnak fel nem róható *exitus* értendő, hanem a szándékos emberölés –, amikor is a *homicidium* után fizetendő *conpositio* értékében kezeset kellett állítania. Az orvos és tanítványa viszonyát szintén szabályozta a törvény.⁷¹ Az orvos a képzés fejében – ami nem szervezett formában, hanem egyénileg megkötött szerződés alapján, személyes bizalmon alapuló mester–tanítvány viszony keretében történt – tanítványától tizenkét *solidus* megfizetését követelheti.

4. A BETEGSÉG, A VETÉLÉS ÉS A SÉRÜLÉS KÉRDÉSÉNEK SZABÁLYOZÁSA ÉS TERMINOLÓGIÁJA A *LEX BAIUVARIORUMBAN*

4.1. A JOG- VAGY CSELEKVŐKÉPESSÉGET BEFOLYÁSOLÓ BETEGSÉGEK A *LEX BAIUVARIORUMBAN*

Megválaszolásra vár az a kérdés, hogy a bajor *Volksrecht*ben hogyan jelenik meg a beteg és a betegség fogalma. Jogi szövegekről lévén szó, betegségről csupán abban az esetben esik szó, amikor az a személy cselekvőképességét befolyásolja, vagy jogi státusát megváltoztatja (nevezetesen a lepra és az elmebetegség), valamint amikor annak munkaképességére van hatása (ilyen a vakság és a *hernia*, azaz a

⁶⁵ *Lex Visigothorum* 11, 1, 1–8.

⁶⁶ NIEDERHELLMANN 1983 (12. l.) 67.

⁶⁷ *Lex Visigothorum* 11, 1, 3.

⁶⁸ *Lex Visigothorum* 11, 1, 4.

⁶⁹ Darrel W. AMUNDSEN: „Visigothic Medical Legislation” *Bulletin of the History of Medicine* 1971. 559; DIEPGEN (36. l.) 198.

⁷⁰ *Lex Visigothorum* 11, 1, 8.

⁷¹ *Lex Visigothorum* 11, 1, 7.

lágýéksérv). A *Lex Baiuvariorum* szöveghelyeinek elemzése előtt érdemes áttekinteni az *Edictus Rothari* vonatkozó passzusát, amely a cselekvőképességet, illetve a státust befolyásoló/korlátozó betegségek társadalmi megítéléséről, valamint ennek jogi szabályozásáról a bajor forrásnál átfogóbb képet nyújt.

Az *Edictus Rothari* szerint az elmebetegség oka a bűnben keresendő.⁷² Az *Edictus Rothari* egyértelműen illeszkedik abba a keresztény hagyományba, amely szerint az elmebetegség a bűn konzekvenciája – noha e gondolat nem idegen más vallások képzetétől sem.⁷³ Noha a Bibliában sem az Ó-, sem az Újszövetségben nem található meg e gondolat egyértelmű gyökere, az egyházatyák azonban János *Evangéliumának* egy passzusából indulnak ki, amelyben Krisztus a nagyobb bajt elkerülendő a bűn kerülésére int.⁷⁴ A veleszületett, illetve öröklött betegségeket az eredendő bűnre vezették vissza, s e képzet a korai kereszténység idején a démonhittel sajátosan keveredett.⁷⁵ Origenes az egyes betegségeket konkrét démonokhoz kapcsolta, Augustinus, Tertullianus, Minucius Felix és Cyprianus szintén hasonló elképzeléseket fogalmaztak meg.⁷⁶

Ennek megfelelően az *Edictus Rothari* idézett szöveghelye a beteget *rabiosus*-nak, illetve *demoniacus*-nak nevezi. Megjegyzendő, hogy a középlelatinban a *rabies* általában a fertőzött állat harapásával terjedő veszettséget jelölte,⁷⁷ amit legtöbbször a *hydrophobia* szinonimájának tekintettek,⁷⁸ ami e betegség egyéb tünetmái (dühkitörés, alvászavar, szájhabszék stb.) mellett tipikus tünetnek tekinthető, a paciensenél erőteljes szomjúságérzet jelentkezik, amely azonban nyelési nehézséggel, illetve a folyadéktól való irtózással párosul.⁷⁹ A *rabies* azonban a langobard szövegben valószínűleg minden, dührohamokkal járó betegség összefoglaló nevéként szerepel.⁸⁰ A *demoniacus* kifejezés minden bizonnyal arra a képzetre megy vissza, hogy a beteget démonok szállták meg – a középlelatinban azonban e terminus (ha nem is kizárólagossággal) az epilepszia számára volt fenntartva, amit a hippokratészi írások szent betegségként említene, am a hippokratészi tanításban egyúttal kifejtésre kerül az e betegség természetfeletti kiváltó okáról szóló vélekedés tarthatatlansága.⁸² Számos forrás tanúsága szerint ugyanakkor már a középkorban sem minden esetben természetfeletti kiváltó okra vezették vissza az epilepsziát, hanem agyi elváltozást gyanítottak mögötte.

⁷² *Edictus Rothari* 323.

⁷³ Karl Eduard ROTHSCUH: „Der Krankheitsbegriff” *Hippokrates* 1972. 3–17; ROTHSCUH (51. l.) 47.

⁷⁴ *Evangelium secundum Iohannem* 5, 14.

⁷⁵ SIEBENTHAL (51. l.) 43; Johannes HEMPEL: *Heilung als Symbol und Wirklichkeit im biblischen Schrifttum* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1965) 271; HARNACK (49. l.) 133; SCHADEWALDT (51. l.) 151; ROTHSCUH (51. l.) 31.

⁷⁶ HARNACK (49. l.) 133; NIEDERHELLMANN 1983 (12. l.) 48.

⁷⁷ Charles du Fresne DU CANGE: *Glossarium mediae et infimae Latinitatis, I–X.* (Niort: Léopold Favre 1883–1887) VII. 2.

⁷⁸ Wallace Martin LINDSAY (szerk.): *Isidorus Hispalensis, Etymologiae sive origines* (Oxford: Clarendon Press 1985) 4, 6, 15.

⁷⁹ Henri Hubert BECK: *Waaazin in de middeleeuwen* (Haarlem: De Toorts 1969) 124.

⁸⁰ NIEDERHELLMANN 1983 (12. l.) 49.

⁸¹ DU CANGE (77. l.) III. 2; NIEDERHELLMANN 1983 (12. l.) 49.

⁸² BECK (79. l.) 85.

E források egyike éppenséggel az *Edictus Rothari* után szűk egy évszázaddal lejegyzett *Lex Baiuvariorum*, amelynek szöveghelyét – anélkül, hogy ehelyütt annak kellékszavatossági vetületeivel foglalkoznánk – itt érdemes a Gw jelzetű, XI. századi kézirat glosszáival együtt idézni.⁸³ Teljesen egyértelmű, hogy a XII. századi kéziratban felcserélték a két magyarázandó kifejezéshez tartozó glosszát, vagyis a *cadivushoz*, vagyis *epilepszáshoz* a *hirniuotie* kifejezésnek kell tartoznia, a *herniosushoz*, azaz a *lággyéksérben szenvedőhöz* a *holoht* kifejezésnek.⁸⁴ Az ehelyütt vizsgálandó *hirniuotie* kifejezés etimológiája kellőképpen egyértelmű: az *aggy* jelentésű ófelnémet, illetve középfelnémet *hirn(i)*, valamint a *dühös*, *dühöngő* jelentésű az – indoeurópai **uāt*, **uōt* gyökből eredő – ófelnémet *wuotīg* és a középfelnémet *wuotie* kifejezések *compositum*aként állt elő.⁸⁵ E kifejezés közeli rokonságot mutat a *lātnok* jelentésű óír *faith*, a *megszállott* jelentésű gót *wōde* és az *elmebeteg* jelentésű óangol *wōd* szavakkal.⁸⁶ Ez az etimológiai okfejtés nyilvánvalóvá teszi, hogy az epilepszia esetén a betegség okát az agyi elváltozásban vélelmezték, mert a *hirniuotie* terminusban semmi sem utal természetfeletti kiváltó okra.⁸⁷

Az *Edictus Rothari* rendelkezése teljes egyértelműséggel kimondja, hogy az e betegségben szenvedők cselekvőképessége bizonyos pontokon korlátozás alá esik: vétőképességük hiányzik, vagyis a *rabiosus* és *demoniacus* által okozott kárnál a vétkesség hiányzik, az általa elkövetett bűncselekmény pedig nem büntetendő, vagyis nem kellett az ilyenkor szokásos *compositiōt* megfizetnie. A beteg rokona it nem lehetett a cselekményért felelősségre vonni, illetve tőlük kártérítést követelni – ugyanakkor a rokonok sem követelhettek *compositiōt*, ha valaki a beteget gondatlanságból (*sine culpa*) megölte. Vagyis a betegre ugyanazon szabályok álltak, amelyek mentesítették az állattartót a veszett állat által okozott kár miatti kártérítés alól, és fosztották meg egyúttal a kártérítés követelésének jogától.⁸⁸ (A gyengeelméjűeket és elmebetegeket tekintve a vizigót jog a római jogi szabályt alkalmazta, vagyis csupán esetleges *lucidum intervallum*aik idején – saját ügyükben – tett nyilatkozataik érvényesek, egyébként akaratnyilvánításuk érvénytelen, illetve nem szerepelhetnek tanúként a bíróság előtt, ám ha mégis tanúskodnának, vallomásuk nem vehető figyelembe.⁸⁹) Az *Edictus Rothari* szerint amennyiben a vevő az adásvétel megkötését követően észlelte, hogy a rabszolga leprás vagy epilepsziás, akkor a rabszolga visszaszolgáltatása mellett visszakövetelhetette a vételárat; az eladó arra vonatkozó tisztítóeszküvel védekezhett, hogy az átadás időpontjában nem tudott a rabszolga betegségéről.⁹⁰ E rendelkezés alapvetően egybecseng

⁸³ *Lex Baiuvariorum* 16, 9.

⁸⁴ Oskar SCHADE: *Altdeutsches Wörterbuch* (Halle: Buchhandlung des Waisenhauses 1882) I. 414; NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 50.

⁸⁵ SCHADE (84. lj.) I. 402; II. 1216; Matthias LEXER: *Mittelhochdeutsches Handwörterbuch I–III*. (Stuttgart: Hirzel 1872–1878) II. 1303; III. 385; Julius POKORNY: *Indogermanisches etymologisches Wörterbuch I–III*. (Bern: Francke 1959) I. 1113.

⁸⁶ POKORNY (85. lj.) I. 1113.

⁸⁷ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 51.

⁸⁸ *Edictus Rothari* 324.

⁸⁹ *Lex Visigothorum* 2, 5, 11.

⁹⁰ *Edictus Rothari* 230.

a fent említett bajor passzussal, amelyre nagy valószínűséggel a langobard törvény lehetett hatással.⁹¹

Az *Edictus Rothari* szerint a megkötött eljegyzés is megtámadható, vagyis visszakövetelheti a vőlegény az általa adott jegyajándékot, és nem kötelezhető a házasság megkötésére, ha a menyasszonyról utóbb derül ki, hogy leprás, mindekét szemére vak vagy epilepsziás.⁹² A lepra esetén ugyanakkor a törvény a fenti két eset – vagyis az adásvétel és az eljegyzés megtámadása – mellett további jogkövetkezményeket is fűzött a betegség eltitkolásához.⁹³ A törvény jogilag halottnak tekinti a leprás beteget, és kizárja a közösségből: amennyiben a bíró, illetve a nép számára egyértelműen bebizonyosodik a betegség ténye, a betegnek el kellett hagynia városi házát, és a közösségen kívül egyedül kellett élnie, vagyonát nem adhatta és nem zálogosíthatta el, elveszítette öröklési jogát, és nem vehette igénybe a jogszolgáltatást, ugyanakkor a rokonok kötelesek voltak a kitaszított személyt az általa hátrahagyott vagyonból ellátni – amely rendelkezés ugyanakkor nem ellentmondásmentes, hiszen a jogalkotó egy *de iure* halott személy ellátásnak kötelezettségét rója a hátramaradottakra. A langobard jogalkotás a leprásokat tekintve csak annyiban hozott újat, hogy jogilag is halottnak és kitaszítottnak minősítette a beteget, lévén hogy *de facto* már az ókorban is elkülönítették e fertőző, gyógyíthatatlan és ijesztő tünetekkel járó kórban szenvedőket.⁹⁴ Kérdéses ugyanakkor, hogy milyen betegséget minősítettek a kora középkori források lepraként. Nagy valószínűséggel nem kizárólag a ma lepraként diagnosztizálható betegséget (noha a modern orvostudomány ennek is három fajtáját ismeri), hanem számos egyéb bőrbetegséget is, így például többek között a *psoriasis* bizonyos fajtáit, a *pellagrát* és a *leukoplakiát*.⁹⁵

A lepra jogi megítélésében nagy szerepet játszott az egyház álláspontja is, amely számos bibliai hellyel „igazolta”, hogy a lepra az isteni törvény megsértéséért elszenvedett büntetés, és arra utasított, hogy a beteget ki kell taszítani a közösségből.⁹⁶ Az egyház ugyanakkor igyekezett valamiképpen gondoskodni is a leprásokról. Gregorius Turonensis írása szerint Châlon-i Agricola püspök (535–580) a város előtt *exsinodochium leprosoorum*ot hozott létre;⁹⁷ az 549-es ötödik Orleans-i Zsinat a püspök köteletségévé tette a leprásokról való gondoskodást;⁹⁸ az 583-as harmadik Lyon-i Zsinat a püspökre róttá azon rendelkezés betartatásának kötelezettségét, hogy a leprások ne mehessenek át más püspökségek területére, hogy így gátat vessenek a betegség elterjedésének.⁹⁹ (Ez utóbbi forrás arra enged következtetni,

⁹¹ Gerhard DILCHER: „Langobardisches Recht” in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II*. (Berlin: Erich Schmidt 1978) 1611.

⁹² *Edictus Rothari* 180.

⁹³ *Edictus Rothari* 176.

⁹⁴ Charles SINGER: *A Short History of Medicine* (Oxford: Oxford University Press 1928) 86; NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 55.

⁹⁵ Hans SCHADEWALDT: „Zur Geschichte der Lepra” *Der Hautarzt* 1969. 125.

⁹⁶ *Leviticus* 13, 45; *Numeri* 5, 2; 12, 10; *Cronicae* 2, 26, 19.

⁹⁷ Gregorius Turonensis, *Liber in gloria confessorum* 85; Bruno KRUSCH – Wilhelm LEVISON (szerk.): *Gregorii Turonensis opera* (Hannover: Hahnsche 1951).

⁹⁸ *Concilium Aurelianense* 21.

⁹⁹ *Concilium Lugdunense* 6.

hogy a leprások a létfenntartáshoz szükséges pénzt, illetve élelmiszert összekoldták, csapatostul kószáltak a tartományban.¹⁰⁰) A Walahfridus Strabo reichenau-i apát által Otmar St. Gallen-i apátról írott életrajzban olvasható, hogy az apát a kolostortól nem messze, ám mégis annak falain kívül *hospitiumot* hozott létre a leprások számára,¹⁰¹ ugyanakkor – tekintettel a lepra ekkoriban gyógyíthatatlan voltára, ez az intézmény csupán a betegek elkülönítését szolgálta, s ott aligha folyt bármiféle gyógyítás is.¹⁰² A leprások vándorlásának tilalma aligha lehetett túlságosan hatékony, mert 789-ben Nagy Károly *edictum*ában elrendelte a leprások elkülönítését.¹⁰³ Noha már a langobard jogalkotást megelőzően is igyekeztek a leprásokat elkülöníteni, kizárni a közösségből, az *Edictus Rothari* volt az első jogforrás, amely elkülönítésüket és *de iure* halálukat törvénybe iktatta.¹⁰⁴

4.2. A MAGZATELHAJTÁS TÉNYÁLLÁSA A *LEX BAIUVARIORUM*BAN

A magzatelhajtás¹⁰⁵ bűncselekménye kapcsán a *Lex Baiuvariorum* a következőképpen rendelkezik: ha a rabszolgánál magzatelhajtást szolgáló, illetve okozó szert ad be egy állapotos nőnek, kétszáz korbácsütéssel büntetendő, ha pedig szabad *statusú* az elkövető nő, akkor elveszíti szabadságát, és annak a szolgálója lesz, akinek a herceg odaítéli.¹⁰⁶ Alapvető különbség a *Lex Visigothorum* még tárgyalandó szabályaihoz képest, hogy a vizigót jog az állapotos nőt is bevonja a tettesi körbe, valamint hogy a szer be-, illetve átadója nem csupán nő, hanem bárki lehet; ezzel szemben a bajor törvény nem tér ki arra, hogy a szert beevő nő maga szándékolta-e előidézni a vetélést, vagy pedig csupán nem volt tisztában a bevett/beadott szer hatásával. A szankció hasonlósága – vagyis a kétszáz korbácsütés, illetve a szabad *status* elvesztése –, továbbá a személyállapot szerint differenciált büntetés valószínűsíteni engedi, hogy a két törvény egyazon forrásra, vagyis a *Codex Euricianus*ra megy vissza.¹⁰⁷

Az állapotos nő ütessel/ütlegezéssel történő megölését a *Lex Baiuvariorum* halállal bünteti, ha azonban csupán a magzat halt meg, úgy húsz *solidus conpositi*ót kell az elkövetőnek fizetnie, azonban amennyiben a magzat már „élt”, vagyis a terhesség előrehaladottabb volt, akkor a váltság százhatvan *solidus*ra emelke-

¹⁰⁰ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 57.

¹⁰¹ Johannes DUFT: *Sankt Otmar. Die Quellen zu seinem Leben* (Zürich – Lindau – Konstanz: Thorbecke 1959) 26.

¹⁰² Jesko von STEYNITZ: *Mittelalterliche Hospitäler der Orden und Städte als Einrichtungen der sozialen Sicherung* (Berlin: Duncker & Humblot 1970) 19.

¹⁰³ *Duplex legationis edictum* 36; 44.

¹⁰⁴ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 57.

¹⁰⁵ A magzatelhajtás római jogi vetületeihez a hazai szakirodalomból lásd PÉTER Orsolya: „Nasciturus pro iam nato habetur. A magzat pozíciója és a magzatelhajtás a római jogban” *Jogtudomány Közöny* 1991/7–8. 177–183; PÉTER Orsolya: „Nasciturus, venter, partus, qui nasci speratur. A méhmagzat 'kiléte' a római jog forrásaiban” in SZABÓ Béla – SÁRY Pál (szerk.): *Dum spiro doceo. Huszti Vilmos 85. születésnapjára* (Miskolc: Bibor 2000) 41–54.

¹⁰⁶ *Lex Baiuvariorum* 8, 18.

¹⁰⁷ FASTRICH-SUTTY (33. lj.) 161.

dett.¹⁰⁸ A vizigót jog utóbbi, vagyis csupán a magzat halálát okozó esetekben száz, az „emberi alakot öltött” magzat esetén százötven *solidus* váltság megfizetését írja elő.¹⁰⁹ A magzat fejlettségének megfelelően differenciált szankció arra enged következtetni, hogy ez esetben is mindkét törvény forrása a *Codex Euricianus* volt.¹¹⁰

Az egyházi álláspontot tükrözi a *Lex Baiuvariorum* két passzusa.¹¹¹ Magzatelhajtás esetén az egy összegben megfizetendő *compositiō*n felül az elkövető és utódai évente további egy *solidus*t voltak kötelesek fizetni a hetedik nemzedékig – a törvény e felettébb szigorú szabályt azzal indokolta, hogy a születés lehetőségétől megfosztott lélek is „hosszantartó büntetést szenved”, mivel a keresztség szentsége nélkül szállt alá a pokolra. Feltűnő, hogy e passzus ugyanazon szavakkal kezdődik, mint a kettővel előbbi, vagyis ugyanazon, korábban már részletesen meghatározott tényállást és szankciót újratárgyalja. Teljesen egyértelmű, hogy míg a magzatelhajtáshoz kapcsolódó többi szöveghely a *Lex Baiuvariorum*-ban a germán jogfelfogást tükrözi, addig ez a kettő a kereszténység hatását mutatja, ami – ha a *Lex Baiuvariorum* keletkezésére és szerkesztettségének kérdésére vonatkozóan akarjuk elemezni – az eltérő szövegrétegek együttes jelenlétét bizonyítja.¹¹²

A fríz, a száli frank, a ripuári frank és a langobard jogban, valamint a *Pactus legis Alamannorum*-ban a nő saját magán végrehajtott abortusza, illetve a nő kívánságára végrehajtott abortusz nem található meg, mint büntetőjogi tényállás.¹¹³ A szász, a türing és a burgund jog semmilyen formában nem tárgyalja a magzatelhajtást, vagyis annak még azon esetét sem minősíti önálló tényállássá, amikor a vetélést az elkövető erőszakos cselekménye okozza. E tény egész mást sugall, mint az imént említett *lex*ek – a fríz, a száli frank, a ripuári frank és a langobard törvény, valamint a *Pactus legis Alamannorum* – teljes hallgatása a nő kérésére más által, illetve saját magán végrehajtott abortusztól, nevezetesen azt, hogy e népeknél (egyházi hatásra) a magzat megölésének bármilyen formáját emberölésnek minősítették, és így is szankcionálták.¹¹⁴

Az erőteljes keresztény hatást mutató vizigót jog meglehetősen hosszan taglalja a magzatelhajtás/terhesség-megszakítás kérdését a *De excutientibus hominum partum* cím alatt.¹¹⁵ A törvény először az abortív szerrel történt magzatelhajtást szabályozza.¹¹⁶ Ha az abortív szer át-, illetve beadójának büntetése halál, ha a nő kérte az abortív szert, illetve annak beadását, a szabályozás az állapotos nőt is bevonja a tettesi körbe: ha rabszolganő, büntetése kétszáz korbácsütés, ha pedig

¹⁰⁸ *Lex Baiuvariorum* 8, 19.

¹⁰⁹ *Lex Visigothorum* 6, 3, 2.

¹¹⁰ FASTRICH-SUTTY (33. lj.) 161.

¹¹¹ *Lex Baiuvariorum* 8, 20–21.

¹¹² Ernst von SCHWIND: „Kritische Studien zur Lex Baiuvariorum II.” *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde* 1908/2. 634; Louis MORSACK: „Zum Tatbestand der Abtreibung in der Lex Baiuvariorum” in Louis CARLEN – Friedrich EBEL (szerk.): *Festschrift für Ferdinand Elsener* (Sigmaringen: Thorbecke 1977) 201; NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 137.

¹¹³ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 129.

¹¹⁴ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 130.

¹¹⁵ *Lex Visigothorum* 6, 3, 1–7.

¹¹⁶ *Lex Visigothorum* 6, 3, 1.

szabad státusú, a szabadság elvesztése. Ezt követően a szabad státusú állapotos nő szabad férfi általi, veteléshez vezető bántalmazásának szankcióját állapítja meg a törvény.¹¹⁷ Amennyiben tehát szabad ember szabad nő bántalmazásával annál vetelést okozott, amibe a nő belehalt, emberölés miatt büntetendő, csupán a magzat halálát okozó esetekben száz, az „emberi alakot öltött” magzat esetén százötven *solidus conpositio* fizetendő.

E rendelkezésekben érdekesen keverednek a germán és a római jogi elemek: a *conpositio*s összegek az előbbi, az egyéb büntetések (megkorbácsolás, halálbüntetés, szabad státus elvesztése) az utóbbi hatására vezethetők vissza.¹¹⁸ Említést érdemel, hogy az abortív szerrel előidézett vetelés szankciója súlyosabb, mint a testi sértéssel előidézetté – ennek oka talán abban keresendő, hogy az abortív hatású szereket a „varázssital/bájital” kategóriájába sorolták, s mint a mágia területére tartozókat kiemelten veszélyesnek tartották.¹¹⁹ Ezt látszik alátámasztani az is, hogy még Worms-i Burchard is a boszorkányság körébe sorolja az abortív szerekekkel történő terhesség-megszakítást.¹²⁰ Ez az álláspont némiképp egybecseng azon római jogi szabályozással, amely az abortív szerek alkalmazását az afrodiziákumokéval azonosan büntette.¹²¹ A vizigót szabályozás legősibb rétege nagy valószínűséggel a sullai szabályozást vette át,¹²² amely a nőt az önmagán végrehajtott abortusz miatt nem büntette, az abortív szer be-, illetve átadóját azonban igen.¹²³ (A római jog csak a Severusok korától szankcionálta az abortuszt, azonban a nőt itt sem önmagában a magzat megölése miatt büntették, hanem azért, mert az apát megfosztotta egy majdan a hatalma alatt álló személytől – ezt mi sem bizonyítja jobban, mint hogy e szankcióval a jogalkotó csupán a férjezett és elvált nőket fenyegette, a leányanyákat nem.¹²⁴ Jó eséllyel feltételezhetjük tehát, hogy a vizigót szabályozás szellemisége nem római, hanem kánonjogi gyökerű.¹²⁵) Chindasvint király tovább szigorította az abortusz szankcióit.¹²⁶ A király a magzatelhajtást és annak kísérletét a *pietas* elleni büntetteknek minősítette, s azokat halállal vagy megvakítással rendelte sújtani még abban az esetben is, ha a nő férje beleegyezésével vagy parancsára tette azt – ez utóbbi esetben a férjet ugyanúgy büntetni rendelte.

A *Lex Alamannorum* az abortusz szankcióját a magzat neme szerint határozta meg.¹²⁷ A nőnemű jegyeket mutató *foetus conpositio*ja kétszerese a hímneműének, ha azonban a nem állapítható még meg, vagyis nem fejlődött ki az emberi alakzat, úgy a *conpositio* a hímnemű *foetus*éval azonos.

¹¹⁷ *Lex Visigothorum* 6, 3, 2.

¹¹⁸ NEHLSSEN (20. lj.) 1976; Hermann NEHLSSEN: *Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter. Germanisches und römisches Recht in den germanischen Rechtsaufzeichnungen I. Ostgoten, Westgoten, Franken, Langobarden* (Frankfurt am Main – Zürich: Musterschmidt 1972) 233.

¹¹⁹ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 131.

¹²⁰ Burchardus Vormatiensis, *Decreta* 972.

¹²¹ Paul. D. (Digesta) 48, 19, 38, 5.

¹²² D. 25, 4, 1, 1; 35, 2, 9, 1.

¹²³ NEHLSSEN (118. lj.) 234.

¹²⁴ D. 47, 11, 4; 48, 8, 3; 48, 8, 8; 48, 19, 39. Vö. MORSÁK (112. lj.) 202.

¹²⁵ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 132.

¹²⁶ *Lex Visigothorum* 6, 3, 7.

¹²⁷ *Lex Alamannorum* 88, 1–2.

Amint látható, a *lex*ek különbséget tesznek a vetelés előidézésénél a magzat neme, illetve – amint a *Lex Visigothorum* és a *Lex Baiuvariorum* rendelkezései mutatják – a *foetus* fejlettsége és „élő” volta szerint a *conpositio* nagyságában. E differenciálás több antik és kora keresztény szerzőre megy vissza. Aristotelés a hímnemű *foetus* mozgásának kezdetét a fogantatás utáni negyvenedik, a nőneműét a kilencvenedik napra tette; a hippokratési hagyomány szerint – amelyhez Galénos is csatlakozott – a hímnemű *foetus* a harmadik, a nőnemű a negyedik hónap után ölt emberi alakot.¹²⁸ A keresztény hagyomány – az antikvitással ellentétben – nem az emberi alak felvételének, hanem a lélek beköltözésének időpontját vette az abortusszal kapcsolatos álláspontja alapjául. Az egész gondolat az *Exodus* egy szöveghelyének¹²⁹ hibás *Septuaginta*-fordítására megy vissza, amely a léleknek a magzat testébe való beköltözéséről beszél, s amely ugyan nem került be a *Vulgata*-fordításba, azonban – az aristotelési és hippokratési gondolkörrel vegyülve – évszázadokon át kísértett az egyházatyák írásaiban. Az alapkérdés akként vetődött fel, hogy a fogantatás utáni mely időponttól kezdve tekintendő az abortusz emberölésnek. Érdekes módon bizonyos zsinatok egyáltalán nem vették tekintetbe az időpont kérdését,¹³⁰ bizonyos mérvadó szerzők, így például Augustinus és Hieronymus azonban csak egy adott időponttól kezdve tekintették az abortuszt emberölésnek, mondván, hogy bizonyos testi fejlettségi szint felett tartották úgy, hogy a lélek beköltözhet a testbe, s így ez időpont előtt nem is beszéltek emberölésről az abortusz kapcsán.¹³¹

4.3. AZ ORVOS BEVONÁSÁNAK ÉS AZ ORVOSI KEZELÉS KÉRDÉSE A *LEX BAIUVARIORUM*BAN

A testi sértés különféle formáinál a népjogok eltérő *conpositió*t állapítottak meg, ugyanakkor bizonyos sérülések *conpositió*jának mértékét oly módon határozták meg, hogy szükségesnek látszott-e orvosi segítség, és ha igen, milyen jellegű. A *Lex Baiuvariorum* már önmagában az orvos bevonásának szükségessé válásával másfél *solidus*ra emelte a *conpositio* összegét, amennyiben az ütés/szúrás vénát sértett vagy annak következtében a koponyacsont láthatóvá vált.¹³² Az *Edictus Rothari* szabályozása rendszerint az orvosi munkadíjat is követelhetővé tette a *conpositio* összege mellett az elkövetőtől.¹³³ Ezen felül pedig egy általános szabály is kimondta, hogy az elkövető köteles a sértett számára orvosról gondoskodni – ha ezt elmulasztja, a sértett, vagy rabszolga estén annak tulajdonosa is hívhatott orvost –, valamint annak a szakértők által megállapított díjazását megfizetni.¹³⁴

¹²⁸ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 134.

¹²⁹ *Exodus* 21, 22–23.

¹³⁰ *Lex Visigothorum* 6, 3, 7.

¹³¹ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 135.

¹³² *Lex Baiuvariorum* 5, 3.

¹³³ *Edictus Rothari* 78–79; 82–84; 87; 89; 94; 96; 101–103; 107; 110–112; 118; 125.

¹³⁴ *Edictus Rothari* 128.

A koponyasérülés esetén alkalmazott sebészeti kezelésről a legtöbbet a *Lex Alamannorum* két passzusából tudhatunk meg. Az egyik szöveghely azt az esetet írja le, amikor a koponyasérülés következményeként az agy láthatóvá vált.¹³⁵ A textus a kezelés kapcsán leírja, hogy az orvos a *pinn(a)* vagy *fano(ne)* nevű eszközzel érintette meg az agyat. A latinosan deklinált *pinn* nyelvtörténetileg valószínűleg a *cylinderben végződő kis fa/fémdarab* jelentésű óangol *pinn*, illetve *nyilacska* jelentésű ófelnémet és középfelnémet *pin(ne)* szóval, vagy esetleg a *toll* jelentésből a középletingban (*szalma*)*szál*, *nyílszár* jelentést is felvett latin *penna* szóval rokonítható, azonban mindenképpen hegyes, szondaszerű eszközt jelölt,¹³⁶ amely csontszilánkok eltávolítására is alkalmas lehetett. A *fano* kifejezés a *kendő* jelentésű ófelnémet és ószász *fano*, valamint angolszász és gót *fana* szóval mutat rokonságot,¹³⁷ és valószínűleg egyszerűen a sebre teendő kötést jelölte.¹³⁸

A másik szöveghely azt az esetet tárgyalja, amikor az agyvelő nem csupán láthatóvá vált, hanem részben a koponyaüregbe is került.¹³⁹ Az orvosi beavatkozást, vagyis az agynak a koponyaüregbe való visszahelyezését a szöveg a *virscoppot* szóval jelöli. Etimológiailag e kifejezés a következőképpen magyarázható: az ófelnémet *stopfōn/scoppōn* ige *foltozást* jelent,¹⁴⁰ az előtag az ófelnémet *far-*, *fir-* (vö. újfelnémet *ver-*) előtaggal rokon, valamint az *ōn*-végződésű igékhez tapasztott *-ot* végződés főnevesíti a kifejezést.¹⁴¹ Az a körülmény, hogy a szöveg népnyelven írja le a beavatkozást, valószínűsíteni engedi, hogy azt nem csupán a kolostorokban tanult, a „tudományos alapokon” álló medicinát művelő orvosok, hanem a népi gyógyászatot művelők is alkalmazták. A szövegben a *siricum*, vagyis a *selyem* a seb összevarrására szolgált, amelyet (*silkiprædi*) az óészaki gyógyászatban is e célra használtak.¹⁴² Az operáció lefolytatásához az óangol *Leechbook*okban bővebb információkat is találni, többek között arra nézvést, hogy a tartókötetést milyen anyagból érdemes elkészíteni, illetve hogy a csontszilánkokat hogyan lehet sikeresen eltávolítani az agyból.¹⁴³ Az itt leírt és ehhez hasonló beavatkozások tényét a régészeti leletek is bizonyítják, így például az Allachban, Chamünsterben, Gredingben és Aidenbachban feltárt sírok, amelyekből arra lehet következtetni, hogy bizonyos esetekben eredményesen hajtották végre a műtétet, lévén hogy nyilvánvalóan orvosi beavatkozás eredményeként sikeresen gyógyult koponyatörések mutathatók ki a sírleletekből.¹⁴⁴

A vérzés elállítását szolgálta a *cauterisatio*, vagyis a seb kiégetése, és ily módon az erek beforrasztása, amiről a *Lex Baiuvariorum* szöveghelye is tanúskodik.¹⁴⁵

¹³⁵ *Lex Alamannorum* 57 (59), 6.

¹³⁶ POKORNY (85. l.) I. 97, 830; DU CANGE (77. l.) V. 327; VI. 257.

¹³⁷ FRIEDRICH KLUGE: *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache* (Straßburg: Trübner⁶1899) 180; RUDOLF SCHÜTZEICHEL: *Althochdeutsches Wörterbuch* (Tübingen: Max Niemeyer²1974) 47; SCHADE (84. l.) I. 160.

¹³⁸ NIEDERHELLMANN 1983 (12. l.) 78.

¹³⁹ *Lex Alamannorum* 57 (59), 7.

¹⁴⁰ KLUGE (137. l.) 753; SCHADE (84. l.) II. 875.

¹⁴¹ NIEDERHELLMANN 1983 (12. l.) 79.

¹⁴² REIER (63. l.) 592; RUBIN (46. l.) 137.

¹⁴³ COCKAYNE (48. l.) II. 1, 14.

¹⁴⁴ NIEDERHELLMANN 1983 (12. l.) 80.

¹⁴⁵ *Lex Baiuvariorum* 4, 4.

A *Lex Alamannorum* is tartalmaz két, hasonló eljárásról szóló passzust.¹⁴⁶ A *Lex Alamannorum* szövegében olvasható népnyelvi kifejezés, a *zi virstreddene az izzani, felforrósodni* jelentésű ófelnémet *stredan* igével hozható kapcsolatba – az alemann törvényhez fűzött glossza már a középfelnémet hangállapotot mutatja¹⁴⁷ –, amely a *Murbachi Himnuszokban* – amelyeket, akárcsak a *Lex Alamannorumot*, Reichenau szigetén jegyezték fel – a *fervere* glosszájaként szerepel.¹⁴⁸ Az itt szereplő alak egy praesens participium, amelyhez – a fentebb már említett – az ófelnémet *vir-* (vö. újfelnémet *ver-*) *praeifixum* járul,¹⁴⁹ s amelyet a *zi* (vö. újfelnémet *zu*) *praepositio* előz meg, s ily módon a legtalálóbban a *zu vergliühende* fordítással volna visszaadható.¹⁵⁰ A seb – vérzéscsillapítás céljából történő – kiégetése és a vágás már az antikvitástól kezdve a legalapvetőbb sebészeti feladatok közé tartozott, nem véletlenül szerepel a 813-as Châlon-i Zsinat szövegében is szorosan összetartozó fogalomként a „*cauterio aut ferro*” kitétel.¹⁵¹ Az óangol *Leechbookok* és az óészaki *sagák* tanúsága szerint a ki-, illetve leégetést az operáció után keletkező sebből kinövő vadhús eltávolítására is használták.¹⁵²

4.4. A TESTI SÉRTÉS ÉS A SÉRÜLÉSEK NÉPNYELVI TERMINOLÓGIÁJA A LEX BAIUVARIORUMBAN

Az alábbiakban, lévén hogy a testi sértés különböző fajtáinál, illetve a sérüléseknél a bajor *lex* által alkalmazott *terminus technicus* mindig népnyelvi megnevezéssel is szerepel, az alábbiakban e kifejezéseket vesszük sorra.

A *hrevavunt* kifejezés háromszor fordul elő a *Lex Baiuvariorum* szövegében.¹⁵³ A *Lex Alamannorum* a *hrevovunt* terminust a belső szervek – feltehetően kevésbé súlyos¹⁵⁴ – sérülésének megjelölésére használja.¹⁵⁵ Ki kell emelni, hogy ezzel szemben a *Lex Baiuvariorum* a *hrevavunt* kifejezést nemcsak a belső szervek sérülésére alkalmazza, hanem azon fejsérülés kapcsán, amikor az agy láthatóvá válik, valamint a súlyos, a sértettet félhalott állapotban hagyó testi sértés kapcsán is, amelyekre – az alemann jognak megfelelően – szűkebb értelemben vett *hrevavunttal* azonos *compositi*ót szab ki.¹⁵⁶ Etimológiailag az első tag nem az ófelnémet *hrêo*, vagyis *holttest* (*cadaver*) szóból ered, hanem a *test*, *altest* jelentésű, ófelnémet *href*, *ref*, az angolszász *hrif* és az ófríz (*med*)*ref* szavakkal áll kapcsolat-

¹⁴⁶ *Lex Alamannorum* 65, 5–6.

¹⁴⁷ LEXER (85. lj.) II. 1229.

¹⁴⁸ SCHMIDT-WIEGAND (11. lj.) 31; SCHÜTZEICHEL (137. lj.) 185.

¹⁴⁹ SCHÜTZEICHEL (137. lj.) 246.

¹⁵⁰ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 82.

¹⁵¹ *Concilium Cabillonense* 280.

¹⁵² RUBIN (46. lj.) 133; COCKAYNE (48. lj.) II. 1, 35.

¹⁵³ *Lex Baiuvariorum* 4, 6; 5, 5; 6, 5.

¹⁵⁴ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 247.

¹⁵⁵ *Lex Alamannorum* 57, 55.

¹⁵⁶ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 248.

ban,¹⁵⁷ amelyek etimológiailag is kapcsolódnak a latin *corpus* szóhoz.¹⁵⁸ Megjegyzendő, hogy bizonyos kéziratok másolási hibáiból arra következtethetünk, hogy már a középkori másolók némelyike is a *cadaver* szóval rokonította gondolatban a bajor kifejezést, amint ezt a középfelnémet *ferchwunt (todtund)* kifejezés is jelzi¹⁵⁹ – a hiba többek között azért keletkezhetett, mert az ófelnémet *href* utolsó betűjét *u*-val, illetve *v*-vel írták át.¹⁶⁰ Ugyanakkor bizonyos kéziratok *refvunt*, illetve *refauunt* írásmódjai egyértelműen jelzik a szó helyes etimológiáját, hiszen a szövegben olvasható *interiora membra* nem feleltethető meg a *hrêo (cadaver)*, csupán a *href (corpus)* szó jelentésének.¹⁶¹ Érdemes továbbá párhuzamot vonni a *Lex Baiuvariorum* vonatkozó szöveghelyei és a *Pactus Alamannorum* azon helyei között, ahol a *revo* szó *latus*, vagyis *oldal* mellett *belső rész* értelemben szerepel a szövegben a *belső szervek sérülése (placatus in revo)* értelemben,¹⁶² ami annál kevésbé jelenthet halálos, vagyis a *hrêo* szóhoz mint etimológiai alaphoz kapcsolódó, halálos sérülést, mivel az az után fizetendő összegnek jóval magasabbnak kellene lennie. A szó második tagja, a *vunt (uunt)* *participium*ként értelmezendő, vagyis a *belső részein megsebesült* értelemben.¹⁶³ E kifejezéssel szorosan összefügg *hrevavunti* szó, amely szintén háromszor fordul elő a törvénytöredékben.¹⁶⁴ Ellentétben a fent említett alakkal a *hrevavunti* a nőnemű főnév *dativusa*, képzésmódja megfelel több, a *Lex Baiuvariorum*ban olvasható tényállás megnevezésének (vö. *lidiscarti, adacratī*), vagyis magát a *belső részek sérülését* jelöli.¹⁶⁵

A *lidiscart(i)* kifejezés a füllevágással mint a külsőt eltorzító csonkítással összefüggésben jelenik meg a *Lex Baiuvariorum*ban.¹⁶⁶ A *Lex Alamannorum* a fél fül levágása kapcsán a *(or)scardi* kifejezést használja.¹⁶⁷ A füllel kapcsolatos sérülések okozását a bajor *lex* differenciáltan szabályozza: a fül átszúrására és a fülkagyló levágására más és más *conpositiōt* szab, valamint arra az esetre is, ha az utóbbi sérülés teljes siketséget okozna.¹⁶⁸ A *lidiscart(i)* jellegzetesen délnémet jogi terminus,¹⁶⁹ amely a középfelnémet időszakban számos jogi szövegben fordul elő *lideschart, liderscharte, lideschertic* alakban *részint megcsonkítani* jelentésben.¹⁷⁰ Etimológiailag az összetétel első része a *tag, testrész* jelentésű ófelnémet

¹⁵⁷ DU CANGE (77. lj.) IV. 256; Eberhard Gottlieb GRAFF: *Althochdeutscher Sprachschatz oder Wörterbuch der althochdeutschen Sprache I–VI*. (Berlin: Nicolaische Buchhandlung 1834–1842) IV. 1153.

¹⁵⁸ Alois WALDE – Johann Baptist HOFMANN: *Lateinisches etymologisches Wörterbuch I–II*. (Heidelberg: Winter 21954) I. 194.

¹⁵⁹ LEXER (85. lj.) III. 89.

¹⁶⁰ KRALIK (10. lj.) 87.

¹⁶¹ KRALIK (10. lj.) 88.

¹⁶² *Pactus Alamannorum* 11.

¹⁶³ KRALIK (10. lj.) 88.

¹⁶⁴ *Lex Baiuvariorum* 1, 6; 10, 1. 4.

¹⁶⁵ KRALIK (10. lj.) 89.

¹⁶⁶ *Lex Baiuvariorum* 4, 14.

¹⁶⁷ *Lex Alamannorum* 57, 10.

¹⁶⁸ *Lex Baiuvariorum* 4, 14.

¹⁶⁹ KRALIK (10. lj.) 89.

¹⁷⁰ LEXER (85. lj.) I. 1901; His 1920 (7. lj.) 112.

gilid, óangol *lip*, gót *lipus* főnevekhez és az indoeurópai **elēi*, **lēi* gyökhöz kapcsolódik.¹⁷¹ A szóösszetétel második tagja a *vāgni*, *ūtni* jelentésű középfelnémet *schart*(*e*), óangol *sceard* és óészaki *skard* igével rokon – amelyek az indoeurópai *(s)*krē* gyökből származnak –, maga a szóalak a vonatkozó melléknévhez (vö. ófelnémet *scart*, középfelnémet *schart*, óangol *sceard*) ragasztott *-i* képzővel jött létre.¹⁷² A *lidiscarti* kifejezés kapcsán igen szemléletesen rá lehet mutatni arra, hogy az eredetileg a sebesülést/egészségkárosodást jelölő szó hogyan válik jogi terminussá: az elkövetési magatartást jelölő ige *participium praeteritum*ából kialakult melléknév, elvont fogalom jön létre a sérülés megnevezésére, amely a jogi szövegekben a *conpositio* pontosabb meghatározására szolgál.¹⁷³

A *marchzand* a *Lex Baiuvariorum*ban a *dens maxillaris*, vagyis az „állfog”, tehát az őrlőfog szinonimájaként jelenik meg.¹⁷⁴ Azonos jelentésben fordul elő a *Lex Alamannorum*ban is.¹⁷⁵ Mindkét *lex*ben ez az egyetlen, népnyelven is megnevezett fog, ami azzal függhet össze, hogy ennek kiverését/kitörését a többiénél magasabb *conpositiōs* összeggel kellett megváltani. A szó első tagjának etimológiájára két magyarázat kínálkozik. Az első szerint a *marc*(*h*) tag a (*csont*)*velő* jelentésű ófelnémet *mar*(*a*)*g*, középfelnémet *marc*, angolszász *marg*, gemán **mazga* és indoeurópai **moz-g-o*, **moz-g-en* és **mos-k-o* szavakkal rokon.¹⁷⁶ A másik etimológia szerint a szóban a *marc*(*h*)*a*, vagyis *határ* szó jelenik meg.¹⁷⁷ Megjegyzendő, hogy a *marc*(*h*)*a* értelemszerűen nem orvosi, hanem jogi-politikai fogalom. A szó második tagja, a *fog* jelentésű *zand* a germán nyelvekben általánosan elterjedt szó, és az indoeurópai *enni* jelentésű **ed* gyök *praesens participium*a – az ófelnémetben *zand*, az ószászban és az újhollandban *tand*, az ófrizben *tōth*, az óangolban *top*, a középfelnémetben *zan* formában jelenik meg az indoeurópai *(*e*)*dont*, **dont*, **dnt* alak.¹⁷⁸ A *marc*(*h*)*zand* tehát – szó szerinti fordításban – *határfogat*, *sarokfogat* jelent,¹⁷⁹ s megfelel az őrlőfog jelentésű középfelnémet *marczan* kifejezésnek.¹⁸⁰

A *paleprust* olyan *csonttörést* jelöl, amely nem nyílt, tehát amelynél a csontvég nem sérti meg, nem szúrja át a bőrt.¹⁸¹ A szöveghely feltűnő rokonságot mutat a *Lex Alamannorum*mal.¹⁸² A kifejezés első tagjának értelmezése során feltétlenül tekintetbe kell venni a *bōr* jelentésű ófelnémet *balg*, a börtök jelentésű gót *balgs* és óangol *belg* szavakat.¹⁸³ A második tag a *törés*, *metszés* jelentésű, ófelnémet *brust* kife-

¹⁷¹ KLUGE (137. l.) 261; POKORNY (85. l.) I. 307.

¹⁷² KLUGE (137. l.) 637; 643; JOSEPH BOSWORTH – THOMAS NORTHCOTE TOLLER: *Anglo-Saxon Dictionary* (Oxford: Oxford University Press 1972) 824; LEXER (85. l.) II. 709; JAN DE VRIES: *Altnordisches etymologisches Wörterbuch* (Leiden: Brill 1962) 490.

¹⁷³ NIEDERHELLMANN 1983 (12. l.) 285.

¹⁷⁴ *Lex Baiuvariorum* 4, 16; 6, 10.

¹⁷⁵ *Lex Alamannorum* 67, 22.

¹⁷⁶ KLUGE (137. l.) 462; POKORNY (85. l.) I. 750; SCHMIDT-WIEGAND (11. l.) 25; BAESECKE (9. l.) 18.

¹⁷⁷ GRAFF (157. l.) V. 683; KRALIK (10. l.) 92.

¹⁷⁸ KLUGE (137. l.) 872; POKORNY (85. l.) I. 287; NIEDERHELLMANN 1983 (12. l.) 166.

¹⁷⁹ GRAFF (157. l.) V. 683; KRALIK (10. l.) 92.

¹⁸⁰ LEXER (85. l.) I. 2044.

¹⁸¹ *Lex Baiuvariorum* 4, 4.

¹⁸² *Lex Alamannorum* 67.

¹⁸³ POKORNY (85. l.) I. 125; SCHÜTZZEICHEL (137. l.) 12; SCHADE (84. l.) II. 37; KLUGE (137. l.) 46;

jezéssel,¹⁸⁴ továbbá a *törni*, *eltépni* jelentésű ófelnémet és ószász *brestan*, óészaki *bresta* és óangol *berstan* igékkel, valamint a *kár* jelentésű ófelnémet *brestī* és óangol *byrst* főnevekkel rokon,¹⁸⁵ amelyek az indoeurópai **bhres* gyökből származnak, s az úfelnémet *bersten* igében is fennmaradtak.¹⁸⁶ Feltűnő ugyanakkor, hogy a *paleprust* nem jelenthet egyebet, mint *bőrsérülést* (*pellis fractio*), azonban a latin szöveg éppen azt hangsúlyozza, hogy a sérülés során csonttörés történt, azonban a csont nem szúrta át a bőrt, vagyis nem nyílt törésről van szó. A szöveghely érdekes analógiát mutat a *hraopant* említésével,¹⁸⁷ nevezetesen mindkét esetben az adott tényállás negációja mellett szerepel a germán *terminus technicus*. Mind ez valószínűsíteni engedi, hogy a bajorok és az alemannok ismertek egy önálló tényállást, a *paleprustot/balebrustot*, ami annál is reálisabbnak látszik, mivel a *Lex Visigothorum*ban *expressis verbis* említésre kerül egy ilyen tényállás,¹⁸⁸ anélkül azonban, hogy a sérülés népnyelvi megnevezése szerepelne benne.¹⁸⁹ A sérülés hajszálérrepedést mutató tüneteit (*libor*, *tumor* stb.), vagyis magát a tényállást tartalmi azonosítással megtalálhatjuk az *Edictus Rotharib*an is.¹⁹⁰ Ugyanakkor a szöveghely némiképp zavaros, nehezen értelmezhető volta okán vélelmezhető, hogy a *paleprust* kifejezés a germán jogi ősi, szóban hagyományozott rétegéhez tartozott, s épp ezért a *Lex Baiuvariorum* e passzusa egy korábbi szövegréteget enged átsejleni a végleges szerkesztésen.¹⁹¹

A *pulislac* szóval a *Lex Baiuvariorum* azt a tényállást, illetve eredményt jelöli, amikor valaki egy szabad embert haragból, vagyis hirtelen felindulásból megüt (a népnyelvi megnevezés tartalmát tekintve az ütés oka, motivációja ugyanakkor lényegtelen), ám a sérülés következtében nyílt seb nem keletkezik, ugyanis ebben az esetben a *plotrums* esete állna fenn.¹⁹² E kifejezés a bajor *lex*ben olvashatóval azonos értelemben található meg a *Lex Alamannorum*ban is.¹⁹³ A *Lex Ribuari*ában *bulislege* alakban fordul elő, és a rabszolga bántalmazásának tényállásában szere-

SCHMIDT-WIEGAND (11. lj.) 27.

¹⁸⁴ GRAFF (157. lj.) III. 106; 275.

¹⁸⁵ SCHÜTZEICHEL (137. lj.) 21; KLUGE (137. lj.) 68; POKORNY (85. lj.) I. 169; BOSWORTH–TOLLER (172. lj.) 89.

¹⁸⁶ POKORNY (85. lj.) I. 169; KLUGE (137. lj.) 68.

¹⁸⁷ *Lex Baiuvariorum* 4, 8.

¹⁸⁸ *Lex Visigothorum* 6, 4, 1.

¹⁸⁹ A vizigót szöveghely átvételére, illetve felhasználására utal több, a *Lex Baiuvariorum*ban mutató egyezés: a „*si quis ingenuum quolibet ictu percusserit, pro libere*” szöveghellyel átfedést mutat az elemzett *locus*ban a „*si quis liberum per iram percusserit*”, a „*plaga usque ad ossum*” szöveghellyel a „*si talis plaga, quod tumens sit*”, valamint az „*osso fracto*” fordulattal a „*si ossa fregit*” megfogalmazás. A *Lex Visigothorum*ban szereplő „*cute rupta*” megfeleltethető a *Lex Baiuvariorum* „*cute fregit*” és a *Lex Alamannorum* „*pellem rupit*” fordulatainak, csak éppen az utóbbi két törvényben a tényállás negációjával. Vö. KRALIK (10. lj.) 94.

¹⁹⁰ *Edictus Rothari* 46.

¹⁹¹ SCHMIDT-WIEGAND (11. lj.) 27; Ruth SCHMIDT-WIEGAND: „Stammesrecht und Volkssprache in karolingischer Zeit” in Helmut BEUMANN – Werner SCHRÖDER (szerk.): *Nationes. Historische und philologische Untersuchungen zur Entstehung der europäischen Nationen im Mittelalter I.* (Sigmaringen: Thorbecke 1978) 175.

¹⁹² *Lex Baiuvariorum* 4, 1; 5, 1.

¹⁹³ *Lex Alamannorum* 67.

pel, azonban a tényállás lényege abban ragadható meg, hogy az ütés eredményeként vér nem folyik.¹⁹⁴ Az *Edictus Rothari*ban szintén a rabszolga ütlegetését jelöli, ám ott ennek folytán seb keletkezik.¹⁹⁵ Etimológiailag a kifejezés első tagja a *duzzanat* jelentésű ófelnémet *puilla*, *pūlla*,¹⁹⁶ középfelnémet *biule*, óangol *bȳle*, ószász *būlia*, ófríz *bēl*, *bēle*, *beil* szavakkal és az indoeurópai **b(h)(e)u* gyökkel rokonítható.¹⁹⁷ Az összetétel második tagja pedig az ütés jelentésű ófelnémet *slac*, ószász *slegi*, angol-szász *slag(r)* és gót *slahs* főnevekhez kapcsolódik, amelyek a vonatkozó igék (ófelnémet *slahan*, óangol *slēan*, gót *slahan*, ófríz *slagia*, indoeurópai **slak*) származékai.¹⁹⁸ A középfelnémetben a szó *būlslac* alakban jogi és nem jogi forrásokban egyaránt előfordul.¹⁹⁹ A sérülés olyan ütésként definiálható, amely nem okoz mozgásbeszűkülést, s amelynél – főszabály szerint – vér sem folyik, hanem, amely duzzanatot okoz (vö. *Beulenschlag*).²⁰⁰

A *taudregil* (*taudragil*) kifejezés a *Lex Baiuvariorum*ban kétszer fordul elő, s az első szöveghelyen latin magyarázatát is megtalálhatjuk, nevezetesen a testi sértéssel okozott járáshibának az a formája, amikor az illető *lába a harmatot érinti*, vagyis *húzza* a lábát.²⁰¹ A kifejezés ugyanebben az értelemben és magyarázattal a *Lex Alamannorum*ban is megtalálható.²⁰² A szó első tagjának etimológiája egyértelmű: az ófelnémet *tau*, vagyis *harmat* szóval áll kapcsolatban.²⁰³ A *dregil/dragil* tag a *futni* értelmű gót *pragian* igével hozható összefüggésbe, amint már Grimm rámutatott,²⁰⁴ ugyanakkor az elemzett kifejezésben nagy valószínűséggel ennek az igének ősiabb, a germán **prag* **prēg* gyökkel²⁰⁵ szorosabb összefüggésben álló jelentése, a *húzni* (*trahere*) értelem szerepel.²⁰⁶

Az *adarcra*ti kifejezés mellett a *dicunt* szerepel állítmányként a *Baiuvarii* alany nélkül, ám teljességgel biztos, hogy bajor kifejezéssel van dolgunk.²⁰⁷ A szöveghely olyan sebesülésről (szúrásról, vágásról) beszél, amely eret ért, amelynél a vérzés csak égetéssel állítható el.²⁰⁸ A kifejezés első tagja az *ér*, *in* jelentésű ófelnémet *ād(a)ra*, *adar*, a középfelnémet *āder(e)*, óangol *ædre* és óészaki *ædr* szóval, valamint az indoeurópai **ēter* gyökkel hozható kapcsolatba.²⁰⁹ A második tag

¹⁹⁴ *Lex Ribuaria* 19.

¹⁹⁵ *Edictus Rothari* 125.

¹⁹⁶ GRAFF (157. lj.) III. 96.

¹⁹⁷ SCHMIDT-WIEGAND (11. lj.) 26; KLUGE (137. lj.) 71; POKORNY (85. lj.) I. 98; SCHADE (84. lj.) 90; BOSWORTH-TOLLER (172. lj.) 137.

¹⁹⁸ GRAFF (157. lj.) VI. 771; BAESECKE (9. lj.) 19; 23; 61; 78; SCHÜTZEICHEL (137. lj.) 174; POKORNY (85. lj.) I. 959; KLUGE (137. lj.) 652; SCHMIDT-WIEGAND (11. lj.) 26.

¹⁹⁹ LEXER (85. lj.) I. 381; HIS 1920 (7. lj.) 101; 125.

²⁰⁰ BRUNNER (24. lj.) 636; KRALIK (10. lj.) 98; NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 219.

²⁰¹ *Lex Baiuvariorum* 4, 27; 6, 11.

²⁰² *Lex Alamannorum* 57, 62.

²⁰³ GRAFF (157. lj.) V. 346.

²⁰⁴ GRAFF (157. lj.) II. 187.

²⁰⁵ AUGUST FICK: *Vergleichendes Wörterbuch der indogermanischen Sprachen I–III*. (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1890–1909) III. 190.

²⁰⁶ KRALIK (10. lj.) 111.

²⁰⁷ *Lex Baiuvariorum* 4, 4.

²⁰⁸ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 234.

²⁰⁹ GRAFF (157. lj.) I. 156; POKORNY (85. lj.) I. 344; SCHADE (84. lj.) I. 3; BOSWORTH-TOLLER (172. lj.) 9.

azonban nem állítható közvetlen párhuzamba más szöveghelyekkel, noha biztos megállapítható, hogy nyelvtanilag a *marchifalli* kifejezéssel azonos képzésmóddal, absztrakt értelmű, nőnemű főnévvel van dolgunk.²¹⁰ Nem zárható ki, hogy a *-crati* tag a germán **gra*, **grê* szóval (*éles, durva*) hozható összefüggésbe, ami a *dörzsölni, keményen horzsolni* jelentésű, indoeurópai **ghrê*, **ghra* gyökkel kapcsolható össze.²¹¹ Ebből ered a középfelnémet *grât* (*hegy, szálka*),²¹² s jó eséllyel a *szúrás*, illetve *szúrni* értelmű, ófelnémet *crâti*, illetve *crâtian*, s ennek megfelelően az *adarcra*ti jelentése nem más, mint *venae percussio*.²¹³

A *kepolsceni* kifejezés azt a sebesülést jelenti, amikor a koponyacsont láthatóvá válik.²¹⁴ A kifejezés első tagja a *koponya* jelentésű, ófelnémet *gebal/kebul*²¹⁵ és középfelnémet *gebel* szavakkal,²¹⁶ a második tag a *megjeleni, láthatóvá válni* jelentésű, ófelnémet *skînan*, *skein* szavakkal rokonítható,²¹⁷ s ennek megfelelően a kifejezés az *apparitio testae* (*Schädelschein*) fordulattal adható vissza.²¹⁸ (A *kepolsceni* kifejezés első tagja a *Lex Alamannorum*ban – a *pinn* és *fano* nevű orvosi műszerek kapcsán már idézett szöveghelyén – önállóan is megjelenik.²¹⁹

A *plotruns* a *Lex Baiuvariorum*ban nem jelent egyebet, mint *vérző sebet, vér-folyást*.²²⁰ Ugyanakkor elkülöníti a törvény a mélyebb, főbb eret érintő sebesüléstől, vagyis az *adarcra*títól.²²¹ Magát a tényállást jóformán minden népjog ismeri,²²² a *Lex Ribuar*a,²²³ a *Lex Alamannorum*²²⁴ és a *Pactus legis Salicae*²²⁵ még azt is kiemeli, hogy e tényállás akkor állapítható meg, ha a vér a földre csepeg, azonban a népnyelvi terminus csak a bajor *lex*ben található meg. Ugyanakkor a *Lex Visigothorum* is megkülönbözteti a sérülést aszerint, hogy vér folyik-e (*sanguis vel libor apparet*), vagy sem (*sine sanguine*).²²⁶ Etimológiailag a szóösszetétel első tagja *vér* jelentésű ó- és középfelnémet *blôt*, *bluot*,²²⁷ az ószász, ófriz és óangol *blôd*, az óészaki *blôd* és a gót *blôþ* szavakkal rokon.²²⁸ Az összetétel második tagja a *foly*ni

²¹⁰ KRALIK (10. lj.) 48.

²¹¹ FICK (205. lj.) III. 138.

²¹² LEXER (85. lj.) I. 1073; POKORNY (85. lj.) I. 440.

²¹³ KRALIK (10. lj.) 48.

²¹⁴ *Lex Baiuvariorum* 4, 4.

²¹⁵ GRAFF (157. lj.) IV. 127; SCHADE (84. lj.) I. 281; SCHÜTZEICHEL (137. lj.) 66.

²¹⁶ LEXER (85. lj.) I. 749.

²¹⁷ GRAFF (157. lj.) VI. 499.

²¹⁸ KRALIK (10. lj.) 91.

²¹⁹ *Lex Alamannorum* 57, 6.

²²⁰ *Lex Baiuvariorum* 4, 2.

²²¹ NIEDERHELLMANN 1983 (12. lj.) 229.

²²² *Pactus legis Salicae* 17, 8–9; *Lex Salica* 23, 1–2; *Pactus Alamannorum* 2, 7; *Lex Ribuar*a 21, 1; *Leges Saxonum* 3; *Lex Thuringorum* 6–7; *Lex Frisonum* 22, 4; *Lex Francorum Chamavorum* 18.

²²³ *Lex Ribuar*a 2.

²²⁴ *Lex Alamannorum* 57, 2.

²²⁵ *Pactus legis Salicae* 17, 3.

²²⁶ *Lex Visigothorum* 6, 4, 3.

²²⁷ GRAFF (157. lj.) III. 252.

²²⁸ KLUGE (137. lj.) 87; GRIMM (5. lj.) II. 185; KRALIK (10. lj.) 98.

jelentésű ófelnémet, ószász, óangol és gót *rinnan* igéből vezethető le,²²⁹ amelyből a *folyás*, *folyam* jelentésű ófelnémet *runs(a)* szó eredt.²³⁰ A szó a középfelnémetben *bluotruns* és *blôtruns* alakban jelenik meg.²³¹ Ezeken felül rokonság fedezhető fel a középholland *blotrunn/blotrenn*,²³² az ófríz *blodrene* és *blodrinse*,²³³ az angol-szász *blôdryne*,²³⁴ valamint az óészaki *blôðrâs* szavakkal, vagyis azt a sebet jelöli, amelynél vér folyik ugyan, ám amelynek folyományaként mozgáskorlátozottság, mozgásbeszűkülés nem áll be.²³⁵

A *Lex Baiuvariorum* bizonyos kifejezéseiben egyértelművé válik a *pluralis* első személyben álló aktív állítmányból, hogy a törvény megalkotásában közreműködő bajorok saját népnyelvük szavaként iktatták be a vonatkozó passzusokba. Más fordulat mellett többes szám harmadik személyű aktív, illetve egyes vagy többes szám harmadik személyű passzív állítmány áll – akár a bajoroknak mint alanyoknak a megnevezésével, akár anélkül –; ezek esetében a szöveg egyértelművé teszi, hogy e szavakat a bajorok használták az adott jelentés kifejezésére. A vizsgálódásunk tárgykörébe tartozó kifejezések között nem találhatók ilyen terminusok. A bajor törvénytövegekben olvasható számos – nem feltétlenül bajor, ám kétségkívül – délnémet kifejezés is. Ezek azonos, vagy hasonló alakban találhatók meg a *Lex Alamannorum*ban – ezek (a bajor alakot idézve) a következők: *hrevawunt*, *lidiscart(i)*, *marchzand*, *palcprust*, *pulislac*, *taudregil*. E szavakat tehát a *Lex Alamannorum*ból, méghozzá annak korábbi verziójából, a *Chlotharianából* vették át. A törvénytöveg tartalmaz más, csupán vélelem alapján bajor eredetűnek tekinthető fordulatokat is. Ezek: az *adarcraiti*, a *kepolsceni* és a *plotruns*.

5. ÖSSZEGZÉS

A fentiekben az orvoslás, az orvos, a beteg és a betegségek megjelenését vizsgáltuk a *Lex Baiuvariorum*ban. A tanulmány első részében kitértünk a *sedes materiae*, vagyis a *Lex Baiuvariorum* datálásának kérdésére, valamint – tekintettel arra, hogy a bajor népjog csak a többi *Volksrecht*tel együtt elemezhető – az összehasonlításnál tekintetbe vett kontinentális germán népjogok, a vizigót, a langobard és az alemann lexek datálására.

A tanulmány második részében röviden tárgyaltuk a kora középkori orvoslás kérdéskörét, nevezetesen a medicina és az orvos jogi helyzetét, illetve ennek megjelenését a jogi és nem jogi forrásokban. A kora középkori szabályozás kontextusba

²²⁹ POKORNY (85. lj.) I. 326.

²³⁰ GRAFF (157. lj.) II. 519; SCHÜTZEICHEL (137. lj.) 155; Sigmund FEIST: *Vergleichendes Wörterbuch der gotischen Sprache* (Leiden: Brill ³1939) 401.

²³¹ LEXER (85. lj.) I. 318; His 1920 (7. lj.) 105.

²³² Karl SCHILLER – August LÜBBEN: *Mittelniederdeutsches Handwörterbuch I–II.* (Leipzig: Soltau 1888) I. 365.

²³³ Karl Friedrich RICHTHOVEN: *Altfriesisches Wörterbuch* (Göttingen: Dieterichsche Buchhandlung 1840) 655.

²³⁴ BOSWORTH–TOLLER (172. lj.) 112.

²³⁵ BRUNNER (24. lj.) 636; KRALIK (10. lj.) 98.

helyezendő, kitekintést kellett tennünk az antik medicina középkori továbbélésére,

illetve az orvoslás és az orvosi hivatás egyházi megítélésére is, lévén hogy az utóbbi erőteljesen befolyásolta a medicina szerepének rögzítését a jogforrásokban.

Ezt követően, a munka harmadik részében tértünk rá a címben említett kérdéskörre, vagyis az orvosnak, az orvoslásnak, a betegségnek, a testi sértésnek és általában a sérüléseknek a szabályozására a bajor népjogban. A források négy olyan betegséget jelöltek meg, amelyek a cselekvőképességet és általában a beteg jogi státusát befolyásolták: nevezetesen a lepra, az elmebetegség különféle fajtáit, a vakságot és a sérvet. E betegségek jogi megítélése során a tanulmány kitért a jogi szabályozás erőteljes egyházi motivációira is. Hasonlóképpen kikerülhetetlen volt a magzatelhajtás és a vetélést okozó testi sértés tényállásának vizsgálata során a (részben az antik bölcséletben gyökerező) keresztény tan figyelembevétele ahhoz, hogy ki lehessen mutatni az egyes népjogok – lejegyzésük oka és kora miatt is gyökeresen különböző – álláspontját e kérdésben.

Ezt követően röviden áttekintettük a törvény azon passzusait, amelyek egyfelől *expressis verbis* rögzítették az orvos bevonásának szükségességét bizonyos sérüléseknél, másfelől pedig – mintegy a sérülés súlyosságának s az azt helyrehozandó *compositio* nagyságának megállapíthatósága érdekében – információt hordoznak az orvos által alkalmazott kezelés, terápiás módszer mibenlétét illetően.

Végezetül – s a tanulmány e részében már nem is annyira a latin, mint inkább a germán filológia eredményeit felhasználva – az egyes kórképek rendszerint népnyelvi, azaz germán (bajor) megnevezéseit vettük sorra és elemeztük. E terminusok jóval a törvény lejegyzése előtti idők maradványai, és a korabeli jogalkalmazó számára biztonságot teremtettek a szankció kiszabását illetően. A törvényben latin nyelven rögzített tényállást a kompilátorok biztosabbnak vélték a közbeékelte germán terminológia felhasználásával is pontosítani. Az aprólékos, mikrofilológiai elemzés során számos párhuzam, átfedés és átvétel bontakozott ki az egyéb germán népjogok – elsődlegesen, ám nem kizárólagosan a *Lex Alamannorum*, a *Lex Visigothorum* és az *Edictus Rothari* – tényállásaival, illetve az orvosi-jogi terminusok továbbélését illetően.

RECENZIO

PÉTER CSERNE – MIKLÓS KÖNCZÖL – MARTA SONIEWICKA (SZERK.):
THE RULE OF LAW AND THE CHALLENGES TO JURISPRUDENCE.
CENTRAL AND EASTERN EUROPEAN FORUM FOR LEGAL, POLITICAL,
AND SOCIAL THEORY YEARBOOK (FRANKFURT AM MAIN: PL ACADEMIC
RESEARCH – PETER LANG 2014) 148.

Jogállamiság és kihívások a jogtudományban; egy konferenciakiadvány, amely a fiatal elméleti jogászok, politikatudósok és szociológusok fórumához (*Central and Eastern European Forum of Young Legal, Political and Social Theorists*)¹ kapcsolódik. Apró könyvecske, amely tematikailag töredezett, mégis figyelemre méltó. E kiadvány harmadik a közép- és kelet-európai jogi, politikai és szociológiai elméleti fórum évkönyvei sorában.² A fórum szervezésében és működtetésében több magyar kolléga is részt vett az elmúlt években, a kötet szűk körű válogatásában pedig két magyar szerző munkája is olvasható. A fórum – a kötet elején található hitvallása szerint – úgy tartja, hogy az angol nyelven folyó tudományos diskurzus főképp az angol-amerikai vagy a nyugat-európai jogtudomány diskurzusaiba kapcsolódik be, és hiányzik a közép- és kelet-európai témafelvetés.³ Ezért a fórum célja annak ösztönzése, hogy az angol nyelvet kiválóan elsajátító közép- és kelet-európai fiatal kutatók önállóan gondolják végig azt, hogy a jogtudomány és az állam- és politikaelmélet alapvető kérdései közül mi foglalkoztatja őket. Az immár hat éve folyó konferenciasorozat és a megjelent tanulmánykötetek szemléletesen mutatják be, hogyan alapozza meg kutatásait a Közép- és Kelet-Európában felnövő nemzedék, melyek azok a jogtudományi vagy más elméleti problémák, amelyeket a sajátjuknak érznek.

Szintén az előszóban olvashatunk arról, hogy az angol-amerikai és a nyugat-európai jogtudományi diskurzusokba történő bekapcsolódás igénye, az angol nyelv készségi szintű használata, illetve mindemellett a nemzeti és a regionális sajátosságok értelmezése generációs feladat, főként a fiatalabbakat érintő kihívás. Éppen ezért a fórum is felvállaltan a fiatal kutatókhoz, oktatókhoz fordul, és a kötet az elméleti érdeklődésű kutatók munkáját mutatja be.⁴

A kötet öt elkülöníthető részből áll, követve a konferencia tematikáját. A klaszszikusok újraértelmezése során Tattay Szilárd arra vállalkozik, hogy a természetjog és a természetes jogok fogalmának összekapcsolódását újból vizsgálat alá

¹ Részletes információkért lásd: www.cee-forum.org.

² A két korábbi kiadvány: CSERNE Péter – KÖNCZÖL Miklós (szerk.): *Legal and Political Theory in the Post-National Age. Selected Papers Presented at the Second Central and Eastern European Forum for Legal, Political and Social Theorists* (Frankfurt am Main: Peter Lang 2011); Miodrag A. JOVANOVIĆ – Bojan SPAIĆ (szerk.): *Jurisprudence and Political Philosophy in the 21st Century. Reassessing Legacies* (Frankfurt am Main: Peter Lang 2012).

³ CSERNE PÉTER – KÖNCZÖL MIKLÓS – MARTA SONIEWICKA (szerk.): *The Rule of Law and the Challenges to Jurisprudence. Central and Eastern European Forum for Legal, Political, and Social Theory Yearbook* (Frankfurt am Main: PL Academic Research – Peter Lang 2014) 9.

⁴ CSERNE–KÖNCZÖL–SONIEWICKA (3. l.) 9–10.

vegye.⁵ A szerző szerint a természetes jogok eszméjének természetjogi fogantatása olyan evidenciának tűnik, amit valószínűleg kevesen kérdőjeleznek meg. Természetjog és természetes jogok viszonya azonban eszmetörténeti szempontból nem egyértelmű. Noha a kapcsolat leírására számos tudományos elmélet született, az alapvető viták a mai napig fennmaradtak. A tanulmány azt vizsgálja, hogy a természetjog és a természetes jogok eszméinek összekapcsolódása bizonyos értelemben szükségszerű volt-e a nyugati politikai és jogi gondolkodás történetének meghatározott időszakában, illetve, hogy e két fogalom között organikus, esetleges, vagy éppen egymást logikailag kizáró kapcsolat áll-e fenn. Tattay következtetése, hogy természetjog és a természetes jogok kapcsolatának vizsgálatakor az eszmetörténettel foglalkozók előszeretettel hanyagolták el a skolasztika virágkorának tekintett 13. század és a modern természetjog kezdetének tekinthető 17. század (Aquinói Szent Tamás és Hugo Grotius) közötti időszak beható vizsgálatát. Tattay arra mutat rá, hogy e három és fél évszázad kiemelkedő fontosságú a természetes jogok eszméjének kialakulása szempontjából,⁶ hiszen a természetjog és a természetes jogok fogalma szükségszerűen nem is kapcsolódik össze, és nem is válik el egymástól.

Verena Risse a kötet második tanulmányában arra tesz kísérletet, hogy a jog és a kikényszeríthetőség kanti koncepciójának feltárásával⁷ mutasson rá arra, hogy a jogállamiság fogalomrendszere a nemzetközi jogra is alkalmazható abban az esetben, ha nem ragaszkodunk az egyes modern államokban kielélt jogállam-fogalmakhoz.⁸ A materiális és a formális jogállamiság értelmezésének elméleti gyökereihez kell visszatérnünk azért, hogy kimutassuk, milyen módon lehet érvényes a jogállam-felfogás a nemzetközi jogrend esetében. Risse Kant elméletét feldolgozva három koncepciót vezet le az előbbiekből: a jogok materiális védelmén alapuló, a nép által adott felhatalmazást középpontba helyező, és a jogvédelemre alkalmas eljárások megteremtésére fókuszáló legitimációs elképzelések. Azt állítja, hogy mindhárom értelmezés igazolható Kant segítségével, és mindhárom koncepcióval bizonyítható, hogy a jogállamiság fogalma alkalmazható és követelményként meg is fogalmazható, a nemzetközi jogra vonatkozóan is. A jogállamiság elvárásait tekintve persze kis különbséget hoznak magukkal e különböző levezetések. Az egyéni felhatalmazásokon alapuló kikényszeríthetőséghez kötött jogállamfogalom, illetve a jogok védelmét előtérbe helyező jogállamfogalom egyaránt inkább globálisan működő teória (tehát minden állami és nemzetközi hatalomra egyaránt igaz), míg az eljárási felfogás (a jogok védelmére alkalmas eljárások és intézmények megteremtésének kötelezettsége) speciális a nemzetközi jogot tekintve, mivel a nemzetközi jogi intézményrendszerre vonatkozik.

⁵ TATTAY Szilárd: „The Relationship of Natural Law and Natural Rights: Organic, Contingent, or Logically Contradictory?” in CSERNE–KÖNCZÖL–SONIEWICKA (3. l.).

⁶ Tattay számos ponton támaszkodik Brian Tierney e témában írt tanulmányának gondolatmenetére és érveire. Lásd BRIAN TIERNEY: „Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches” *The Review of Politics* 2002/3. 389–406.

⁷ Immanuel KANT: *The Metaphysics of Moral* [ford. Mary J. GREGOR] (Cambridge: Cambridge University Press 1991).

⁸ Verena RISSE: „International Coercion and the Requirement of an International Rule of Law” in CSERNE–KÖNCZÖL–SONIEWICKA (3. l.).

A kötet második része metodológiai kérdéseket feszeget. Goran Dajovic írása⁹ arra kérdez rá, hogy mi a jogtudomány tárgya. Érdemes-e ragaszkodni ahhoz a felfogáshoz, amely a jogtudomány feladatát elsősorban olyan koncepciók felállításában látja, amelyek hozzájárulnak a jog jelenségének megértéséhez, és persze a jog mint fogalmi rendszer megteremtéséhez egyaránt. Luka Buzarin azt vizsgálja,¹⁰ hogy a társadalmi jogtudat, a percepció vizsgálata valóban segíti-e a jog megértését, mint ahogyan azt egyes szerzők, pl. Brian Leiter sugallják.¹¹ Buzarin újraértelmezi Leiter koncepcióját, azt hangsúlyozva, hogy az analitikus jogelméletet valójában nem kérdőjelezi meg olyan mértékben az új irányzat, mint ahogyan az első látásra tűnik. Az analitikus jogelmélet *a priori*, elméleti koncepciók felállítását igénylő módszertana összeegyeztethető az *a posteriori*, empirikus elemzésekkel.

A kötet harmadik részében, melynek címe „a jogi érvelés és az objektivitás” egy tanulmány olvasható. Lidia Rodak az objektivitás fogalmát, illetve e fogalom valódi funkcióját úgy világítja meg, hogy megvizsgálja azt, hogy a bírói gyakorlat ténylegesen miként használja ezt a fogalmat, továbbá legitimációs érvként hogyan jelenik meg az ítélkezésben.¹² Rodak arra jut, hogy az objektivitás valójában egy jogi érv, amellyel mint nyilvánosan működő érveléssel lehet fogadtatni az adott bírósági döntést. Az objektivitásról szóló tanulmány szervesen összekapcsolódik a kötet negyedik részével, amely olyan szempontból központiak is tekinthető, hogy három tanulmányt is tartalmaz. Központi azonban ez a rész abból a szempontból is, hogy a három (az előző fejezettel kiegészülve) négy tanulmány egymással párbeszédben világítja meg a bíraskodás és az alkotmánybíráskodás alapvető mechanizmusait és legitimációs létkérdéseit jogtudományi és államelméleti szempontból egyaránt.

Rodak problémafelvetéséhez kapcsolódóan Tilen Štajnpihler is általában a bíróságok működéséhez kapcsolódó problémáról szól, nevezetesen azt kutatja, hogy a bíró által alkotott joggal szemben mutatott ellenállás a kelet-közép-európai országokban elméletileg megalapozottnak tekinthető-e.¹³ A szerző szerint általában a demokráciára és a hatalommegosztásra szoktak hivatkozni a bíró alkotta jog elismerésének elutasításakor, ám a tanulmány szerint nem megalapozottan. A hatalommegosztással és a demokrácia-elméletekkel nem igazolható, hogy a precedensek megalkotása és az ezekre történő következetes hivatkozás valójában a tiltott szférába tartozó bírói alkotta jognak tekinthető akkor, ha az egyszerű meggyőző erőnél nagyobb jelentőséget tulajdonítunk a precedenseknek.¹⁴ Kovács Ágnes arról ír, hogy az aktív alkot-

⁹ Goran Dajović: „The Subject Matter of Jurisprudence” in Cserne–Könczöl–Soniewicka (3. lj.).

¹⁰ Luka Buzarin: „Is «Naturalised» Methodology in Legal Theory Helpful?” in Cserne–Könczöl–Soniewicka (3. lj.).

¹¹ Brian Leiter: *Naturalising Jurisprudence* (New York: Oxford University Press 2007).

¹² Lidia Rodak: „Objectivity as Coherence in Practical Discourse” in Cserne–Könczöl–Soniewicka (5. lj.).

¹³ Tilen Štajnpihler: „Within Democracy’s Reach? Revisiting Some Objections to Judge-made Law” in Cserne–Könczöl–Soniewicka (3. lj.).

¹⁴ A magyar szakirodalomban a precedensek bírói gyakorlatban betöltött szerepéről legújabbban Zódi Zsolt kutatását kell megemlíteni. Zódi Zsolt: „A korábbi esetekre történő hivatkozások mintázatai a magyar bíróságok ítéleteiben” *MTA Law Working Papers* 2014/1; jog.tk.mta.hu/uploads/files/mtalwp/2014_01_Zodi_Zsolt.pdf.

mányossági felülvizsgálat hogyan igazolható.¹⁵ Állítása szerint az alkotmánybíróságok helyzete azért egyedülálló, mert sajátos igazolási potenciállal bírnak, a „*public reason*” feltárására alkalmasabbak, mint a törvényhozó hatalom.

Az utolsó tanulmány ebben a fejezetben Krzysztof J. Kaleta írása, amely szintén az alkotmányossági felülvizsgálat demokratikus legitimitációját vizsgálja. Rosanvallon¹⁶ legitimációs elméletéből kiindulva azt veti fel, hogy a posztmodern demokratikus államokban az alkotmánybíróság hatásköre nem csak azért vált elfogadhatóvá, legitimé, mert az alkotmánybíróságok hatékonyan valósították meg az alkotmányos értékek védelmét és az alapjogvédelmet, hanem azért is, mert interakcióban tudtak maradni az alkotmányok forrásával, a néppel.¹⁷ Ez azt jelentette, hogy hatékonyan tudtak reagálni a közjogi diskurzusban megjelenő érvekre, és a különböző véleményeket be tudták építeni és meggyőzően tudták értékelni az érvelésükben. Ily módon ténylegesen létrehozták az egyes államok alkotmányos identitását. Kaleta felhívja a figyelmet arra, hogy a párbeszéd azonban csak úgy valósulhat meg, ha olyan alkotmányos identitás alakul ki, amelynek alapja a szabad véleménynyilvánítás bátorítása és védelme, illetve a vélemények intézményes becsatornázása a döntéshozatali rendszerekbe.

Lidia Rodak Dworkinra hivatkozva kiindulópontnak tekinti, hogy a jog objektívítása már régen meggyökeresedett felfogás.¹⁸ Ebből ered, hogy minden bírói szerv, így az Alkotmánybíróság döntéshozatalával kapcsolatban is megfogalmazódik az objektivitás igénye, azaz, hogy egy-egy olyan fogalmi rendszer jöjjön létre, amelynek használatával a döntések tartalma előre kalkulálható. Az Alkotmánybíróság feladatkörében az indítványok által felvetett kérdések elbírálása azonban alapvetően mérlegelésen alapuló megítélést igényel. A mérlegelés az alkotmánybíráskodás során szinte minden eljárási és érdemi kérdés esetében felmerül. Az objektivitás mint jogi érv célja, hogy az ún. mérlegelés elvégzéséhez is valamiféle előre kiszámítható és meghatározható fogalmi rendszer alakuljon ki.¹⁹

Kovács Ágnes gondolatmenete is Rodak feltevésével cseng egybe. Álláspontja szerint az Alkotmánybíróság döntéseinek legitimitása nem az autoritásból fakad. Ha úgy tesszük fel a kérdést, hogy igazolható-e egy alkotmányos demokráciában az a feltételezés, hogy az alkotmánybíróság, a kiválasztottak majd jobban meg tudják ítélni az alkotmányos kérdéseket, főképp az alapvető jogok tartalmáról szóló dilemmákat, mint a nép, vagy mint a választott képviselők, akkor valószínűleg tévedünk. Más fogalmakkal operálva, de lényegileg Rodákhoz hasonlóan Kovács is azt hangsúlyozza, hogy az elvégzett alkotmányjogi érvelés, az „objektivitás” a valódi legitimációs adu, tehát az átlátható és közérthető, logikus fogalmi rendszer

¹⁵ Kovács Ágnes: „A New Trend in the Debate on Justifying Judicial Review: Considering the Benefits of Judicial Reasoning” in CSERNE–KÖNCZÖL–SONIEWICKA (3. lj.).

¹⁶ Pierre ROSANVALLON: *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité* (Paris: Seuil 2008).

¹⁷ Krzysztof J. KALETA: „Between Reflexivity and Effectiveness: Dilemmas of the Democratic Legitimacy of Constitutional Justice” in CSERNE–KÖNCZÖL–SONIEWICKA (3. lj.).

¹⁸ Ronald DWORKIN: „Objectivity and truth: You’d better believe it” *Philosophy and Public Affairs* 1996/2. 87–139.

¹⁹ RODAK (12. lj) 72.

használat. Az alkotmánybírók felelőssége arra terjed ki, hogy olyan érvrendszerket alakítsanak ki, melyek kiállják a nyilvános érvelés próbáját, nem részrehajlók, és nem használnak olyan érveket, amelyek a nyilvános vita keretei között nem használhatóak.²⁰ Egy döntés objektív igazolása a jogban azt jelenti, hogy logikus és kimerítő érveléssel támasztották alá.²¹ Tilen Stajnpihler szerint a jogi dogmatika alkalmazása a precedensrendszerhez hasonlóan működik. A bíróságok döntéseinek legitimációját keresve nem feltétlenül és kizárólag az eljárási, államszervezeti, hatalommegosztási kérdéseken kell törnünk a fejünket, hanem elsősorban a döntések tartalmi meggyőző erejét kell számba vennünk.²²

A bíráskodás és az alkotmánybíráskodás alapvető legitimációs kérdéseit vizsgáló négy tanulmány egységesen megalapozza vagy megerősíti Rawls azon tételét – a műre Kovács Ágnes tanulmánya explicit is hivatkozik –, hogy az alkotmánybíráskodás az egyetlen olyan alkotmányos intézmény, amelynek semmi más nincs az eszköztárában, mint az alkotmányos érvelés. Azonban az alkotmányos érvelésnek a politikai és a társadalmi diskurzust alapvetően befolyásoló ereje van.²³

A kötet utolsó fejezetében található két tanulmány büntetőjoggal és büntetőpolitikával foglalkozik. Mind a két tanulmány rámutat arra, hogy az alkotmányos demokráciában hogyan verseng egymással a hatékony rendvédelem érvrendszere a jogok és szabadságok retorikájával. Mojca M. Plesnicar, ahogyan azt a tanulmánya címe jelzi, arra kérdez rá, hogy valóban el kell-e távolítani a büntető igazságszolgáltatást a politika látóköréből, illetve valóban a politika és a közvélemény nyomásának tudható-e be a büntető igazságszolgáltatás büntető jellegének fokozódása.²⁴ A szerző szerint ez a retorika félrevezető, mert nem veszi számításba, a ténylegeshez képest eltúlozza a büntető jelleg valódi mértékét, illetve annak szükségszerűségét a büntető igazságszolgáltatás működésében. A fejezet második tanulmánya Sabina Zgaga tollából azt a jelenséget vizsgálja összehasonlító és alkotmányjogi kontextusban a szlovén jogban, hogy a bűncselekmények feltárására adott, nyomozásra vonatkozó állami felhatalmazás hogyan szivárogtat át a jog más területeire, például a határellenőrzés vagy a vámellenőrzés szabályozására.²⁵ A szerző emellett érvel, hogy annak ellenére, hogy az alkotmányos büntetőjog már számos garanciális szabályt fogalmazott meg az állam nyomozati tevékenységére vonatkozóan, figyelembe véve a személy belső autonómiájából fakadó követelményeket, a határvédelemmel kapcsolatos szlovén szabályok egyes alapvető jogok aránytalan korlátozását valósítják meg, hiszen ezekben az esetekben a nyomozás célja más, mint a büntetőjog által szabályozott esetkörökben.

Mi az, ami összefogja a kötetet, a vállalkozást? A tény, hogy mindegyik tanulmány alapkérdéseket feszeget, és az összes tanulmány elolvasása közelebb visz minket ahhoz, hogy megértsük, miről szól a jogtudomány, illetve az azzal szorosan

²⁰ KOVÁCS (15. l.) 111.

²¹ RODAK (12. l.) 74.

²² STAJNPIHLER (13. l.) 97.

²³ JOHN RAWLS: *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press 1993) 235.

²⁴ MOJCA M. PLESNIČAR: „Shielding Criminal Justice from Politics” in CSERNE–KÖNCZÖL–SONIEWICKA (3. l.).

²⁵ SABINA ZGAGA: „Introduction of Criminal Law Powers in Other Legal Procedures: A Convenient Bypass for Obtaining Evidence?” in CSERNE–KÖNCZÖL–SONIEWICKA (3. l.).

ZŐDI ZSOLT: JOGI ADATBÁZISOK ÉS JOGI FORRÁSKUTATÁS.
GÉPEK A JOGBAN (BUDAPEST: GONDOLAT 2012) 224.

E recenzió tárgya a hazai jogtudományi irodalom egy témájában és megközelítésében is nagyon érdekes és újszerű munkája. Zódi Zsolt a MTA TK Jogtudományi Intézetének kutatója a számítástechnika és a jogélet találkozásának egy speciális, de annál gyakorlatibb pontját térképezi fel: a jogi adatbázisok szerepét a jogi forráskutatásban. Az angolszász szakirodalomban „*legal research*” néven ismert kutatási terület elsősorban egy, a gyakorló jogászok munkája során felmerülő problémával foglalkozik. Ezt röviden úgy fogalmazhatnánk meg, hogy hogyan találhatjuk meg a mindennapi jogi problémákat megoldó jogszabályokat (*common law* országokban: precedenseket), és ezt hogyan segíthetik elő a számítógépek. A könyv nem foglalkozik a tudományos jellegű jogi forráskutatással, elsősorban a gyakorlati jogéletre koncentrál, néhol külön kiemelve az ügyvédek perspektíváját, amely üdítő jellegzetesség a jogirodalom bíró-központúságához képest.

Bár látszólag nagyon „földhöz ragadt”, technikai jellegű problémáról van szó, a szerző jelzi, hogy a kérdésnek komoly jogelméleti jellegű vonatkozásai is vannak. Azzal a látszólag egyszerű tevékenységgel, hogy beírjuk a CompLex Jogtárba vagy a LEXIS-be az adott jogi problémára vonatkozó keresőszavunkat egy sor (elő)értelmezési és kategorizálási feladatot hajtunk végre. A jogi forráskutatás egyik kulcsa a megfelelő kérdések vagy keresőszavak megfogalmazása a keresőprogram számára.

A könyv négy nagyobb részből áll. Az első nagy fejezet a jogi forráskutatási tevékenység elméleti-filozófiai hátterét vizsgálja. A második fejezet a számítógépekkel megtámogatott jogi forráskutatás és a jogi adatbázisok elméleti-technológiai tör-

ténetét mutatja be, főként a terület egyesült államokbeli alakulására koncentrálva, majd ennek fényében vizsgálja azt, hogy mi történt a huszadik század második felében az európai kontinentális jogrendszerek országaiban. A harmadik fejezet a jogi adatbázisok működéséről szól, és arról, hogy a számítógépek látszólagos onnipotenciája milyen korlátokkal rendelkezik az emberi gondolkodáshoz képest, és ennek milyen következményei vannak a számítógépes keresésekre. A negyedik fejezet már ténylegesen a jogi forráskutatással foglalkozik, külön alfejezetet szánva a jogi kutatás fázisaira.

Az első fejezetben a szerző Gadamer elméletét felhasználva azt vizsgálja, hogy hogyan épül fel a jogi tudás: három területet különít el: az episztémét (az elméleti tudást), a technét (mint mesterségbeli tudás) és a phronésizist (mint gyakorlati-erkölcsi érzéket). Ezek közül a számítógép a jogászai munka technikai részét tudja segíteni, és nincs is olyan fázisa a jogászai munkának, amelyet ne lehetne a számítástechnika eszköztárával segíteni vagy helyettesíteni.

E fejezet egyik legérdekesebb gondolatmenete a hermeneutikai kör gondolatához és a számítógépes keresőfelületek alkalmazásához kapcsolódik, ahol a szerző amellet érvel, hogy egy sikeres számítógépes kereséshez szükség van valamilyen előzetes elképzelésre, az ügyre vonatkozóan. Hiszen a megfelelő keresőszavak beírása (a jó kérdés megfogalmazása) jó eséllyel olyan keresési eredményeket produkálhat, amely közelebb visz minket a konkrét ügy eldöntését segítő jogszabályhoz vagy precedenshez. Ezen túl Szabó Miklós nyelvi átfordítás elmélete alapján szükséges a konkrét ügyet olyan nyelvi formulákra fordítani, amelyek elősegítik a releváns jogi szövegek megtalálását.

A második nagy blokkban főként az amerikai jogi adatbázisok létrejöttét és a körülöttük felmerült elméleti vitákat mutatja be a szerző, amely nagyon alapos, és kellőképpen szemlélteti, hogy miért volt fontos a *computer assisted legal research* az Egyesült Államokban, és miért használták teljesen másképpen a számítástechnika adta lehetőségeket a jogi forráskutatásban a kontinentális jogrendszerek. A fő különbséget Zódi abban látja, hogy az Egyesült Államokban a tömegesen „gyártott” jogi precedensek mennyisége miatt létrejött egy olyan corpus, amelyet csak megfelelő kulcsszámok (*key numbers*) alapján csoportosított ügytípusokra bontással lehetett kezelni. Azonban ezek az ügycsoportok nem olyan szigorú, logikus dogmatikai szabályok szerint jöttek létre, ahogyan a kontinentális jogrendszerek kodifikált jogában láthatjuk. Mivel a kontinentális jogrendszerekben a joganyag nem olyan nagy és exponenciálisan növekvő, mint a precedens jogi rendszerekben, a jogszabályok átláthatóbbak, de a jogalkotó szervek folyamatos tevékenysége miatt a számítástechnika eszköztárának és így a számítógépes jogi adatbázisoknak a fő funkciója a jogszabályok naprakész változatának megállapítása, vagy egy meghatározott időpontban a hatályos jogszabályok megismerhetősége.

A harmadik fejezet legérdekesebb része az emberi és a számítógépes jelfeldolgozás különbségeiről szól, amely szorosan összefügg az adatbázisok felállításával és azok használatával. Zódi amellet érvel, hogy ahhoz, hogy a megfelelő szöveget megtaláljuk a számítógépes keresőprogramokkal, szükséges az adatbázisokban megfelelő szövegmanipulációs előmunkálatokat vagy szövegfordításokat végezni,

hogy a program megtalálja a legadekvátabb szöveget az elének kerülő konkrét jogi problémára. Ez abból adódik, hogy a számítógép mindig két féle jelet ismer fel: „igen-nem”, „1” és „0”, így a keresés egy bonyolult duális párokon keresztül haladó folyamat, amely fokozatosan szűkíti le a teljes szöveges adatbázist számunkra pár releváns törvényhelyre, precedensre (vagy bírósági ítéletre a kontinentális jogrendszerekben). Így az általunk begépelt kereső kifejezést először a gép lefordítja magának matematikai kóddá, ez alapján – egy szabályt követve – megtalálja az adatbázisban a megfelelő szöveget, amelyet számunkra a matematikai kódból lefordít egy szöveges jelösszességre, amelyet jogszabályként érzékelünk.

Az utolsó nagy fejezet a számítógéppel támogatott jogi forráskutatás természetét mutatja be. Ennek során egymást követő gyakorlati tevékenységek sorozataként láttatja ezt a tevékenységet, és ami külön kiemelendő, hogy azt nem bírói, hanem elsősorban ügyvédi szemszögből vizsgálja. Ezzel az egész kutatás sajátos retorikai és a felek érdekeit elősegíteni kívánó jellege is előtérbe kerül, amit mindenképpen helyesnek gondolok, mert ezzel jól mutat rá a szerző arra, hogy szemben a természettudományokkal, a jogi vita egyrészt gyakorlati tevékenység, másrészt nem önmagukért kutatjuk a jogszabályokat, hanem azért, hogy problémákat oldjunk meg.

Az ügyvéd „egy diffúz, jól-rosszul elmesélt és dokumentált életbeli problémával” (184. o.) találkozunk, amelyet először le kell fordítania egyfajta jogi történetre, majd ezen a jogász metanyelven megfogalmazott történetből kiindulva, az előismereteinek és előítéleteinek megfelelően kezdi el keresni a jogi adatbázisokban az esetre vonatkozó jogszabályhelyeket. Az előismereteink és a kutatásunk irányát meghatározza a perbeli helyzetünk (hiszen az ügyvéd elsősorban azt kutatja, hogy milyen jogszabályok segíthetik az ügyfele pozícióját és perbeli céljait), másrészt a per folyamán reagálnia kell a másik fél által előcítált jogi szövegekre, vagy azokra a szövegekre, amelyekre feltehetően hivatkozni fog.

Nagyon érdekesnek és izgalmasnak találtam, hogy ha így tekintünk a jogász tevékenységre, akkor ugyanannyira autoritásokat (tekintéllyel rendelkező szövegeket) citálunk a bíróságok előtt, ahogyan a skolasztika korában is vitatkoztak a jogászok, filozófusok és teológusok,¹ bár Zódi Zsolt erre nem tesz utalást. Zódi szerint – szemben a hagyományos jogi szemlélettel – így a jog autoritativ szövegek szövevénye, amelyek normativitása és autoritása között fokozatbeli különbségek vannak, és a szövegek normatív ereje nem fix „igen-nem” kódokkal leírható, hanem esetről estre változó (186. o.). A szerző szerint a jogász tevékenység egy többpólusú hermeneutikai körben mozog, mert nem csak a kutató és a szöveg van jelen, hanem a jogi vita többi résztvevője is formálja és alakítja a jogszabályokra és magára az ügyre vonatkozó olvasatunkat.

A szerző szerint nem kell kidobnunk az értelmezésmélet kánonjait, hanem a hatásmechanizmusait kell másképpen vizsgálni. Nem egy átlátható és kezelhető szövegmenyiséggel dolgozunk, hanem „egy szüretlen, a számítástechnika mate-

¹ FRIVALDSZKY János: „A glosszatórok és a kommentátorok jogász érvelése” in FRIVALDSZKY János (szerk.): *A jogi gondolkodás mérföldkövei* (Budapest: Szent István Társulat 2012) 73.

matikai logikájával, vagy az adatbázis-szerkesztők és információmenedzserek alacsony absztrakciós fokú rendszerezésével feldolgozott szövegghalmazsal, amelynek koherenciáját a megbízója érdekei, az ellenfele cselekedetei és a többi szöveg értelmezése alapján magának kell megtalálnia.” (205. o.) A jogász tudás ebben a rendszerben csak előzetes gondolati keretekkel és a jogász „előítéleteink” orientáló szerepével segíthet minket, mert a jogászok azok, akik tudják, hogy ebben a szövegghalmazban hogyan kell elindulni, hogy jó eséllyel megeljük a számunkra ideális (az ügy számunkra kedvező eldöntését elősegítő) jogi szöveget.

Mindenképpen előremutató és különleges könyvet kell üdvözlünk Zödi Zsolt művében, amely a hazai szakirodalomban témáját és megközelítési módját tekintve is újszerű, és reményeim szerint talán új diskurzust indíthat el a szakmán belül, mert a jelenlegi hazai és nemzetközi trendek a jogi autoritások és szövegek mennyiségi expanzióját vetítik előre. Zödi tesz rá utalásokat, hogy az angolszász és a kontinentális jogrendszerek közeledése hatással van az adatbázisokra, és így a jogi forráskutatás problémáira. Itt hiányoltam az utalást az Európai Unió Bíróságának ítéleteire, amelyek bár nem precedensek, a gyakorlatban mégis így működnek, és nem kell sokat várnunk arra, sőt talán már el is érkezünk oda, hogy az ítéletek mennyisége olyan átláthatatlan legyen, hogy csak megfelelő jogkereső adatbázisokkal leljük meg az uniós jog helyes értelmét.

Ami kérdés, és lehet, hogy csak a kódex-fetisiszta kontinentális jogász beszél belőlem, hogy az uniós jogi szövegek mennyiségi növekedését és az ebből támadó zavarokat kezelendő, nem kell-e egyszer visszacsatolásként egységbe foglalni és rendszerezni a szétszórta jogi véleményeket? Vagy eljön a jogász tevékenység egy új kora, amikor a mindennapi jogi vitáink azon múlnak, hogy a jogász és az általa használt keresőprogram milyen ügyesen találja meg a legkülönbébb autoritativ szövegeket, amelyeket felhasználva majd elegáns retorikai manőverekkel győzelemre viszi az ügyet? Ha ez lesz az irány, és ebbe belemegyünk, akkor lehet, hogy le kell számolnunk pár régi ideánkkal, mint jogbiztonság, a jogrendszer átláthatósága és talán még a jogi és politikai diskurzus, illetve vita különmemisége is.

Kevevári István*

* Doktorandusz, Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Kar, 1088 Budapest, Szentkirályi utca 28–30.

E-mail: kevevari.istvan@hallgato.ppke.hu.

A SZERKESZTŐSÉGBE ÉRKEZETT KÖNYVEK

Az Állam- és Jogtudomány Szerkesztősége örömmel fogadja a Szerkesztőséghez eljuttatott recenziós példányokat. A beérkezés nem jelenti automatikusan recenzió közlését, de a Szerkesztőség mindent megtesz, hogy a köteteket eljuttassa a megfelelő recenzensekhez. Örömmel várjuk recenzensek jelentkezését is. Határozott vállalás esetén a kért kötetet eljuttatjuk a leendő szerzőhöz. Amennyiben kötetekkel és recenziókkal kapcsolatban bármilyen kérdése lenne, azt az ajtrek@tk.mta.hu címen jelezheti.

FEKETE Balázs – H. SZILÁGYI István – NAGY Tamás (szerk.): *Iustitia mesél* (Budapest: Szent István Társulat 2013) 238.

FISS, Owen M.: *Megosztott liberalizmus. A szólásszabadság és az államhatalom sokféle arca* (Budapest: Complex 2013) 246.

FODOR László: *Környezetjog* (Debrecen: Debreceni Egyetemi Kiadó 2014) 317.

HORVÁTH M. Tamás: *Jelenségek a városi kormányzás köréből* (Budapest-Pécs: Dialóg Campus 2013) 279.

KOLTAY András (szerk.): *A gyűlöletbeszéd korlátozása Magyarországon. Alkotmányos és jogalkalmazói megközelítések, európai kitekintéssel* (Budapest: Complex 2013) 630.

LÁNCOS Petra Lea: *Nyelvpolitika és nyelvi sokszínűség az Európai Unióban* (Budapest Pázmány Press 2014) 295.

MEGYERI-PÁLFFI Zoltán: *Név és jog. A névviselés jogi szabályozásának fejlődése Magyarországon* (Budapest: Gondolat 2013) 302.

SOMODY Bernadette (szerk.): *Alapjogi bíráskodás - alapjogok az ítélkezésben* (Budapest: L'Harmattan 2013) 194.

SZABÓ Sarolta: *A bécsi vételi egyezmény, mint nemzetközi lingua franca. Az egységes értelmezés és alkalmazás újabb irányai és eredményei* (Budapest: Pázmány Press 2014) 340.

A BETŰTÍPUSRÓL

Az Állam- és Jogtudomány betűtípusa a Kner Antikva. Ezt a betűtípust a huszadik század elejére jelentős hazai műhellyé fejlődött gyomai Kner-nyomda a tízes évek elején választotta standard betűjének.

A betű eredeti neve Lipcsei Egyetemi Antikva (*Leipziger Universitäts Antiqua*), melyet Kravjánszki Róbert digitalizált, és tiszteletből Kner Antikvának nevezte el. Kner Imre így írt kedvenc betűjéről: „[...] ezt a betűt választottuk tipográfiai stílusunk alapjául. Alkalmassá tette erre eléggé semleges karaktere [...] Ennek a betűnek semmi idegenszerű jellege nincs, nagyon alkalmas magyar szöveg szedésére, s teljes, jól kiépített család áll belőle rendelkezésre, amelynek egyes fokozatai eléggé egyenletesen helyezkednek el a papiros síkján.” (Kner Imre: *A könyv művészete*, Budapest: Szépirodalmi Könyvkiadó 1972, 237.)

KÖZLÉSI FELTÉTELEK

Az Állam- és Jogtudomány a Magyar Tudományos Akadémia Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézetének folyóirata. Fórumot biztosít az állam- és jogtudományi kutatások eredményeit közlő tanulmányoknak és ismertetőket ad közre a közelmúltban megjelent kiadványokról. Az évente négy számot megjelentető orgánium az akadémiai doktori eljárás szempontjából a magyar folyóiratok számára meghatározott legjobb minősítéssel rendelkezik.

A kétszeresen is anonim lektorálás rendszerében a Szerkesztőség minden közlésre benyújtott kéziratról beszerzi két lektor véleményét. A Szerkesztőség a kézirat befogadásról vagy elutasításáról, valamint a lektori véleményekről (anonimizált formában) tájékoztatást ad a szerzőknek. Ezt követően a szerző a mű hagyományos és elektronikus formában történő közzétételének (más számára történő átengedésének) kizárólagos jogait átruházza az MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézetére.

A kéziratok beküldésekor kérjük megadni a feltüntetni kívánt tudományos fokozatot, munkahelyi beosztást, munkahelyet és annak címét, valamint a szerző e-mail címét. A megjelentetni kívánt kézirat terjedelme a tanulmány rovatban minimum egy szerzői ív [40.000 n (karakter)], maximum két szerzői ív (80.000 n), recenzió esetén pedig minimum negyed szerzői ív (10.000 n), maximum egy szerzői ív (40.000 n). A tanulmány rovatban megjelentetni kívánt cikkhez kérjük, mellékeljenek egy maximum 2500 n terjedelmű magyar nyelvű rezümét. A szerkesztőségi irányelvek szerint a folyóiratban megjelenő recenziók röviden ismertetik a mű felépítését és főbb téziseit, elhelyezik azt a szakirodalom kontextusában, utalnak annak újításaira a meglévő írásokhoz képest, valamint – az eredményekre és a hiányosságokra egyaránt rámutatva – értékelik a művet és továbbgondolják a szerző megállapításait.

A kéziratoknak (és az azokban szereplő jogszabályi és jogirodalmi hivatkozásoknak) meg kell felelniük azoknak a formai követelményeknek, amelyeket a folyóirat internetes felületén (<http://jog.tk.mta.hu/ajt>) közzétett útmutató tartalmaz. A recenziók a tanulmányokra irányadó hivatkozási mintát követik, azzal az eltéréssel, hogy az ismertetett mű oldalszámai a főszövegben jelenítendő meg, a következő minta szerint: (28. o.).

A kézirat megküldésével egyidejűleg a szerző köteles nyilatkozni arról, hogy a cikk (magyar nyelven) más orgánumnál még nem jelent meg, és ilyen célból nem is nyújtja/nyújtotta be. A kétszeresen is anonim lektorálás rendszerére tekintettel kéziratukat olyan formában is küldjék el, amelyből kihagyják nevüket, intézményi hovatartozásukat, e-mail címüket, valamint az önazonosító idézeteket és hivatkozásokat (pl. „saját korábbi tanulmányomban lásd bibliográfiai adatok”). A tanulmányokat tartalmazó két dokumentumot (pl. szerzőneve.doc[x], illetve „szerzőneve_anonim.doc[x]”) szövegfájl formátumban kérjük eljuttatni az ajtlan@tk.mta.hu, a recenziókat pedig az ajtrece@tk.mta.hu e-mail címre.

A Szerkesztőség

Ár: 950 Ft.

Évi előfizetési díj: 3800 Ft.