

„A házasság intézményének védelme egykor és ma” – konferencia
(PPKE JÁK, 2008. május 14.)

HÁZASSÁG ÉS KÖZTEHERVISELÉS

KLICSU LÁSZLÓ
egyetemi adjunktus (PPKE JÁK)

Tisztelt Hallgatóság!

Tavaly nyáron egy barátomtól ajándékba kaptam egy zsebkönyvet.¹ A könyvet Paul Kirchhof² heidelbergi professzor, volt alkotmánybíró írta. A könyv egy egykulcsos adórendszer alkotmányjogi alapjait ismerteti, a német alaptörvény alapján; több éves kutatómunka eredményét.

Tavaly ősszel a kar egyik professzor asszonya arra ösztökélt, írjak az egykulcsos adóról, közgazdasági és jogi szempontok alapján, Kirchhof könyvét alapul véve.

Az egykulcsos adóról első hallásra keveseknek jut eszébe Magyarországon, de más országokban is, hogy annak köze lehet a családok, a gyermeknevelés, a házasság támogatásához. Pedig nagyon is lehet kapcsolat ezek között. Könnyű belátni, hogy az *ember* az, aki magában hordozza, élteni és továbbadja mindazt az összetettséget, ami miatt közösségben – társadalomban – élésről beszélhetünk. Ennek a továbbadásnak a színtere hagyományosan és nagyrészt a család. A család, a házasság intézménye, a gyermek szerepéről való gondolkodás során el lehet jutni annak felismeréséhez, hogy minden társadalom fenntartásához hozzátartozik a múlt, a jelen és a jövő generációjának egymás iránti szolidaritása. Modern társadalmakban ez a szolidaritás a számok nyelvére lefordítva nagyrészt az adójogban, a társadalombiztosítási jogban jelenik meg kézzelfoghatóan. A kérdés így az lesz, hogy van-e, lehet-e az adójognak szerepe a szociális igazságosság érvényre juttatásában, a szolidaritásra épülő és hosszú távon fenntartható társadalomról való gondolkodásban.

¹ PAUL KIRCHHOF: *Der Weg zu einem neuen Steuerrecht – klar, verständlich, gerecht*. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2005.

² Német alkotmány- és adójogász, a Heidelbergi Egyetem Jogi Karán professzor, 1987 és 1999 között szövetségi alkotmánybíró. http://de.wikipedia.org/wiki/Paul_Kirchhof

A következőkben a közteherviseléssel kapcsolatos, egyes alkotmányjogi követelményekről lesz szó, ideértve a házasság és a család intézménye, valamint a gyermek alapvető joga értelmezését az adóztatással összefüggésben.

Nyilvánvaló, hogy a hosszabb távú vagy hatású cselekvéseknek minden egyes részterületen a társadalom jólétét – a jelen és a jövő nemzedékek jólétének elérését, illetve folyamatos biztosítását – kell szolgálnia.

Ez alól nem lehet kivétel az adójog sem, a maga korlátozott eszközeivel. Az adójognak viszont tekintettel kell lennie *alkotmányjogi* követelményekre is.

1. Nézzük, melyek ezek az alkotmányjogi keretek?

A legkézenfekvőbb az Alkotmány 70/I. §-a, a közteherviselési kötelezettség. Eszerint „minden természetes személy, jogi személy és jogi személyiséggel nem rendelkező szervezet köteles jövedelmi és vagyoni viszonyainak megfelelően a közterhekhez hozzájárulni.”

Az Alkotmánybíróság számos határozatban értelmezte az Alkotmány 70/I. §-át. A lényeges megállapítások értelmében az állam szabadsága igen nagy abban a kérdésben, hogy az adófizetés kiindulópontjaként mely gazdasági forrást választja ki, és ennek alapján mit választ ki adótárgynak.³ Az Alkotmány 70/I. §-a, az Alkotmánybíróság gyakorlata értelmében, nem zárja ki azt, hogy a jövedelemadók mellett az állam más típusú fizetési kötelezettséget (pl. forgalmi vagy vagyonadók, illeték, vám, járulék, hozzájárulás, bírság, díj stb.) is előírjon. A közterhekhez való hozzájárulás módját és mértékét az adókról, az illetékekről, a vámokról stb. szóló törvények állapítják meg.⁴ Az Alkotmány 70/I. §-ából nem következik az, hogy (adó)fizetési kötelezettséget a jövedelemadók szempontjából akár veszteségesnek tekintendő vállalkozásoknak előírni nem lehet.⁵ Az adórendszer kialakítása tekintetében a jogalkotó szabadsága nagy: az Alkotmány keretei között a törvényhozás és a kormányzati gazdaságpolitika mérlegelési körébe tartozik – állapította meg az Alkotmánybíróság.⁶

A 70/I. § értelmezésekor kulcsfontosságú, hogy a „jövedelem” és „vagyon” szavak nem adótárgyra vonatkoznak – noha van ennek látszólag ellentmondó döntés is az Alkotmánybíróság gyakorlatában.⁷ A 70/I. § „csak” annyit mond, hogy mindenki „köteles jövedelmi és vagyoni viszonyainak megfelelően a közterhekhez hozzájárulni”.

Ma azt tanítják az egyetemek jogi karain, hogy adótárgy – Földes Gábor nyomán⁸ – az a fizikai objektum, dolog, jog, jogviszony, tény, jogcím, amelyre az adóztatás irányul. Az adóalap pedig az adótárgy pénzben kifejezett értéke, illetve mennyisége. Adótárgy bármi lehet, aminek pénzben kifejezhető értéke vagy mennyisége van – és valami laza kapcsolatban áll a kiszemelt adóalappal és az ő jövedelmével, vagyonával.

³ 620/B/1992 ABH 1994, 539, 541.

⁴ 61/1992. (XI. 20.) AB határozat, ABH 1992, 280, 281.

⁵ 122/B/1996 AB határozat, ABH 2002, 737, 746.

⁶ 54/1993. (X. 13.) AB határozat (ABH 1993, 340, 342.)

⁷ 61/2006. (XI. 15.) AB határozat, ABH 2006, 674.

⁸ FÖLDES GÁBOR: *Adójog*. Budapest: Osiris Kiadó, 2001, 127.

Az *adóforrás* ezzel szemben (a Révai-lexikon szerint) „azoknak a javaknak összessége, amelyekből az adót fizetik. Az adó eszerint fizethető a jövedelemből, vagy a vagyonból. Egyes jogi írók (pl. Wagner) megengedhetőnek tartják, hogy az adó a tőkevagyonból fedeztessék, mert ezáltal a vagyon-és jövedelemmegoszlás kedvezően befolyásolható. Ily irányú adóztatás erős demokratikus áramlatról tanúskodik, de az örökösödési adókon kívül általában azért nem javasolható, mert az adó mint visszatérő szolgáltatás a vagyon kimerülése esetén nem felelhetne meg rendeltetésének, és a takarékossgát csökkentené. Ésszerű adóforrás tehát csak a jövedelem lehet, és ebből is legfőljebb csak annyi vonható el, amennyi az elsőrendű szükségletek fedezése után fennmarad.”

A 70/I. § értelmezése szempontjából ez az utolsó mondat a fontos, és nem árt megismételni, hogyan gondolkodtak a közteherviselésről annak idején, 1897-ben⁹: „Ésszerű adóforrás tehát csak a jövedelem lehet és ebből is *legfőljebb csak annyi vonható el, amennyi az elsőrendű szükségletek fedezése után fennmarad.*” Az Alkotmány 70/I. §-ából ezek szerint – ha a közteherviselés történeti értelmezését követjük – annak a tilalomnak kell következnie, hogy az adó nem lehetetlenítheti el az adózót. Jövedelmi/vagyoni viszonyainak „megfelelően” köteles fizetni (szinte bármilyen jogcímen), de azon túl már nem. Más, mai megfogalmazásban ez a *létminimum adómentességének*¹⁰ (alkotmányos) követelményét jelenti. Ez a követelmény megtalálható a német Ab gyakorlatában. Példának okáért a német alkotmánynak abból a szabályából, amely szerint a házasság és a család az állam különleges védelme alatt állnak (GG Art. 6 Abs.1.) az következik a gyakorlat értelmében, hogy egy család adóztatásánál a család tagjaira eső létminimumösszegeket adómentesen kell hagyni. A német gyakorlat szerint az állam köteles az adózók jövedelmét addig a mértékig adómentesen hagyni, ameddig az egy emberhez méltó létezés minimális feltételeihez (Existenzminimum) szükséges. Ugyanakkor a magyar Ab gyakorlata szerint: „A Magyar Köztársaság hatályos Alkotmánya — egyes demokratikus jogállamok alaptörvényeitől eltérően — sem elvi tilalmat, sem konkrét összehatárhoz kötött tilalmat nem tartalmaz a minimális jövedelmek adóztatására nézve.”¹¹

Az Alkotmány 70/I. §-a jelenti továbbá azt a másik követelményt is, hogy az adó nem lehet túlzott mértékű, elkobzás, vagyonlevonás jellegű (konfiskatórius). Egy AB-határozat¹² szerint a progresszív, sávós adóztatás a személyi jövedelemadónál mindaddig alkotmányos, amíg olyan nagyságot nem ér el az adó mértéke, hogy az nyilvánvalóan eltúlzott mértékként aránytalanná és indokolatlanná válik.

A 70/I. §-ból kiolvasható a *teljesítőképesség szerinti adózás*¹³ követelménye is. Habár az adózás alkotmányos elvei alatt a hazai jogi karokon általában az *általánosság*,

⁹ A Pallas Nagy Lexikona „Utószó”-jának keltezése: „Budapest, 1897 Karácsony havában”

¹⁰ Lásd Beschluß des Zweiten Senats vom 10. November 1998. 2 BvL 42/93 és BVerfGE 82, 60.

¹¹ 85/B/1996., ABH 1998, 620.

¹² 1558/B/1991., ABH 1992. 506

¹³ A német Ab gyakorlatában, jóllehet az elvet nem egyetlen alkotmányi szabályhoz kötik, általában a jogegyenlőség követelményével kapcsolják össze. Az ún. Leistungsfähigkeitsprinzip felfogható horizontálisan, ami azt jelenti, hogy gazdaságilag azonosan erőseket azonosan kell terhelni, és felfogható vertikálisan, ami a magasabb jövedelmek erősebb terhelését jelenti. Lásd pl. Uwe Paschen: Steuerumgehung im nationalen und internationalen Steuerrecht, 52.; <http://books.google.hu/books?id=wkKnqqXF1iwC&pg=PA52&lpg=PA52&dq=leistungsfähigkeitsprinzip+bverfg&source=web&ots=qVVgGCpref&sig=gVs23dH9Tu7CpdjQIIW1M6C2-Nc&hl=hu>

egyenlőség és arányosság követelményeit értik, mind az egyenlőség, mind az arányosság követelményéből közvetlenül levezethető az, hogy azonos gazdasági teljesítőképességűeket azonosan kell kezelni, illetve a nagyobb gazdasági teljesítőképességgel rendelkezők jobban adóztathatók – vagy esetleg adóztatandók. Az Alkotmánybíróság jogegyenlőséggel összefüggő gyakorlatából figyelmet érdemel, hogy „alkotmányellenességhez nem csak az vezet, ha adott szabályozási koncepción belül valamely (azonos helyzetben lévő) csoportra – alkotmányos indok nélkül – eltérő szabályozás vonatkozik, hanem hátrányos megkülönböztetés az is, ha az adott szabályozási koncepció alkotmányossági szempontból lényegesen *eltérő helyzetben lévő csoportokra azonosan* vonatkozik, vagyis e körülményt figyelmen kívül hagyja. Ha az ilyen hátrányokozásnak nem ismerhető fel a tárgyilagos mérlegelés szerint való ésszerű indoka – tehát önkényes –, alkotmányellenesség állapítható meg.”¹⁴ Más megfogalmazásban ez azt jelenti, hogy az Alkotmány alapján eltérő helyzetben lévők nem kezelhetők azonosan másokkal, pl. az adózás szempontjából sem.

2. Első látásra több olyan személyi kör van, amelyet az Alkotmány másoktól eltérő helyzetben lévőnek tekint.

Ilyen személyi kört határoz meg mindenek előtt a házasság és a család, amelyeket mint intézményeket *köteles védeni* a Magyar Köztársaság (15. §), illetve a gyermekekre vonatkozó szabály: eszerint a természetes személyek közül egyedül a gyermekeknek van *alapvető joga* a családjá, az állam és a társadalom részéről arra a védelemre és gondoskodásra, amely a megfelelő testi, szellemi és erkölcsi fejlődéséhez szükséges (67. §). Család alatt szülőkből és gyermek(ek)ből álló közösséget lehet érteni, ami ideálisan szülők és gyermek(ek) házasságra alapított közössége. Az Alkotmánybíróság gyakorlata egyértelműen összekapcsolja a család és a házasság intézményét. Az Alkotmánybíróság szerint „a házasság intézménye kultúránkban és jogunkban is hagyományosan férfi és nő életközössége. Ez az életközösség tipikusan közös gyermekek születését és a családban való felnevelését célozza, amellet, hogy a házastársak kölcsönös gondoskodásban és támogatásban élésének is kerete. A gyermekek nemzésére és szülésére való képesség nem fogalmi eleme és nem feltétele a házasságnak, de a házasság eredeti és tipikus rendeltetéséből folyóan a házastársak különműsége igen. A házasság intézményét az állam arra tekintettel is részesíti alkotmányos védelemben, hogy elősegítse a házastársak számára a közös gyermekkel is rendelkező család alapítását.”¹⁵

Az Alkotmánybíróság határozatából levonható az a következtetés, hogy a házasság intézményét az alkotmányozók a család előkészítésének tekintették, és ezért rendelik azt külön védeni.

A gyermek *ember*, akit minden alapvető jog megillet, de ahhoz, hogy a jogok teljeségével képes legyen élni, biztosítani kell számára az életkorának megfelelő minden feltételt.

¹⁴ 6/1997. (II. 7.) AB határozat, ABH 1997, 67.

¹⁵ 14/1995. (III. 13.) AB határozat

Habár ezeknek a biztosításában a szülők járnak elől, az Alkotmány alapján az államnak és a társadalomnak is vannak kötelezettségei. A szülők alapvető kötelessége a tartás, mint az Alkotmány 67. §-ában megfogalmazott testi fejlődéshez szükséges gondoskodás.¹⁶

Ebből azonban az következik, hogy az Alkotmány 15. és 67. §-át *együtt kell értelmezni* az Alkotmány 70/I. §-ával. Más megfogalmazásban: az Alkotmány közteherviselési szabálya nem értelmezhető önmagában, hanem azt az Alkotmány többi szabályával – ezek között a házasság, a család és a gyermek védelmét, alapvető jogát megfogalmazó szabályokkal – együtt lehet nézni. Ez azért van így, mert az Alkotmány a gyermek alapvető jogának megfogalmazásával kötelezettséget ró a szülőkre, az államra, a társadalomra. Az Alkotmány akkor, amikor a szülők tartási kötelezettségét megfogalmazza, amihez hasonló kötelezettség mást nem terhel, hatással van a szülők teljesítőképességére, ami az adózást illeti. Nyilvánvaló, hogy a gyermekükről az Alkotmány szerint saját háztartásukban gondoskodó szülőknél mind a gazdasági teljesítőképessége, mind az adóteherviselő képessége eltér azokétól, akik egyedül élnek vagy gyermeket nem nevelnek. Könnyű belátni, hogy a szülők kereső foglalkozással elérhető bevételeire hatással van (csökkenti) az, hogy a gyermek nevelése, gondozása időt von el más – közvetlenebbül és pénzben könnyebben kifejezhetően hasznot hajtó – tevékenységektől. Könnyű belátni azt is, hogy a gyermek tartására az Alkotmány alapján kötelezően fordított javak csökkentik azt az összeget, amely felett a szülők szabadon rendelkezhetnek. E két ok miatt, ha formálisan azonos az adóterhelés, valójában nagyobb terhet viselnek a gyermeket nevelő szülők, mint akik nem nevelnek gyermeket. Ez sérti a teljesítőképesség szerinti adózás elvét. A család intézményének védelme azt kell jelentse, hogy az állam nem hozza hátrányosabb helyzetbe azokat, akik az Alkotmány alapján védendő házasságban és családban (vagyis gyermeket nevelnek) élnek azokkal szemben, akik nem nevelnek gyermeket. A családban élő (azaz gyermeket nevelő) állampolgárokat az Alkotmány másokhoz képest többlet kötelezettséggel terheli. A gyermek javára szóló, a megfelelő testi, szellemi és erkölcsi fejlődéséhez szükséges védelemnek és gondoskodásnak a szülők jövedelmét és vagyonát csökkentő hatása van. A családban élő állampolgárokat a nem családban élő állampolgárok hozzájárulásával azonos mérvű hozzájárulásra kötelezni alkotmányellenes.¹⁷ A kifejtettek értelmében akkor, amikor a jövedelemadó törvény a gyermekre figyelemmel a magánszemély által fizetendő adót csökkenti, az állam nem adókedvezményt nyújt a szó eredeti értelmében, hanem a létminimum adómentességének és a teljesítőképesség szerinti adózásnak az Alkotmány 70/I. §-ából eredő elveit hajtja végre.

¹⁶ 995/B/1990 AB határozat, ABH 1993, 524–525.

¹⁷ Figyelemre méltó, hogy a jogszabályban meghatározott kötelezettség alapján kapott tartásdíj (a gyermek oldalán) adómentes, egyébként helyesen. Ugyanakkor a természetbeni ellátás formájában a gyermeknek nyújtott tartás, legalábbis ha az Szja-tv. szövegét nézzük, nem az, noha annak kellene lennie. A családok egy részénél – tipikusan az elvált szülős családoknál – a gyermektartás költségeinek meghatározott (a fizetésre kötelezett egyik szülőre eső) részét nem tekinti az állam jövedelemnek a gyermeket ténylegesen nevelő családnál.

3. Érdeemes röviden megnézni, hogyan gondolkoznak családról, házasságról a német alkotmánybírók, tekintettel arra, hogy a német alaptörvény és a magyar Alkotmány szövegszerűen azonosan írja elő a házasság és a család védelmének kötelezettségét.

A német Ab szerint férfi és nő egyesülése tekinthető házasságnak. Egyértelmű az is, hogy a német Ab (és a Szövetségi Közigazgatási Bíróság, a Szövetségi Legfelsőbb Bíróság Polgári Kollégiuma, a Szövetségi Szociális Bíróság) ítélkezési gyakorlatában a különműködést, a család alapítására való képességet szabják feltételül az élettársi közösség elismeréséhez is.¹⁸

A német alkotmány, hasonlóan a magyarhoz, két ember együttélési formái közül kizárólag a házasságot mint intézményt tekinti védendő értéknek – más együttélési formákat önmagukban nem. A házasság jellemző tulajdonsága, hogy megkötésével a házastársak között a házassági életközösség idejére házastársi vagyonközösség keletkezik. A házasság vitán felül gazdasági egység, amelyben a házastársak azonosan vesznek részt a jövedelem megtermelésében. A házastársak, a férj és a feleség adójogi teljesítőképességét ezért az összjövedelmük fele-fele mutatja meg. Így akkor, amikor az adójog a házasságot gazdasági egységként kezeli, és a házastársak jövedelmét nem ugyanúgy adóztatja, mint az egyedülállókét, hanem az összjövedelmet veszi figyelembe, és fele-fele arányban ezt adóztatja külön (splitting) – nem adókedvezményt nyújt az állam, hanem az Alkotmány házasságot védő rendelkezését hajtja végre.¹⁹ 1984. januárjában a svájci Szövetségi Bíróság, amely alkotmánybíráskodást végez, döntött úgy, hogy a házastársakat az egyedülálló személyekhez viszonyítva terhermentesíteni kell, és a konkubinátusban élőkhez képest pedig nem terhelhetők erősebben adójogi szempontból.²⁰ A Szövetségi Bíróság szerint alkotmányellenes, hogy a kétkeresős házaspárokat, a konkubinátusban élőkkel szemben – ha helyzetük összehasonlítható – adójogi szempontból hátrányosan kezelik.

Az alkotmányjogi gondolkodást illetően végül említést érdemel a német alkotmánybíróknak az a döntése,²¹ amely az ápolásbiztosításhoz kapcsolódó járulékfizetésről szól csupán, de a döntésben megjelenő elveknek – a gyermektelenek többletjárulék fizetésre kötelezése alkotmányos követelmény; a járulékfizetésre kötelezett gyermeket nem tartalmazó személyt, már az első gyermektől kezdve terhermentesíteni kell a gyermektelenhez képest – még messze ható következményei lehetnek.

Németországban az ápolásbiztosítás egy olyan szolgáltatás, amelynek rendszerint egyszerre több személy is a hasznélvezője. Előnyt élvez az ápolást igénybe vevő személy, de segítséget kap az együtt élő vagy az ellátásáért egyébként felelősséget

¹⁸ BVerfG FamRZ 93/1419; BVerfG FamRZ 93/164; BVerfG FamRZ 95/1352; BVerwGE 15/306; 52/11; BGHZ FamRZ 93/533; BSGE 63/120. In SZENTISTVÁNI RÉKA: Azonos neműek párkapcsolatai. II. 4. a) pont, *Közjegyzők Közlönye*, 12/2000. 4. évf., XLVII. évf. 12. szám, <http://www.otkenyer.hu/parkapcs.php#lj26>

¹⁹ Lásd: Professor Dr. Rudolf Wendt: Grundfragen der Familienbesteuerung, 11. oldaltól, <http://wendt.jura.uni-saarland.de/Prof.Dr.Wendt/Vortraege/GfderFamilienbesteuerung.htm>

²⁰ <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00608/00631/index.html?lang=de>

²¹ BVerfG 03.04.2001 – 1 BvR 2014/95; 2001. április 3-án összesen hat ítéletet hirdettek ki az ápolásbiztosításról. <http://www.versicherungsnetz.de/Onlinelexikon/Pflegeversicherung.html>

vállaló családtag is. Az 1995. január 1-jétől bevezetett rendszerben a biztosítottak egységesen 1,7 százalékos járulékot fizettek, függetlenül attól, hogy vannak-e gyermekeik. Ezt a helyzetet kérdőjelezte meg a német Alkotmánybíróság. A bíróság szerint azok, akik gyermeket vállaltak és neveltek, tulajdonképpen egyéni hozzájárulást teljesítettek, ebből következően járulékfizetésük nem lehet azonos a gyermektelenekkel. Ha ezt továbbgondoljuk, felvethető, hogy más mértékű járulékot fizessen az is, aki csupán egy gyermek felneveléséről gondoskodott, mint aki három-négy-öt gyermeket nevelt fel; felvethető, hogy a nyugdíj- és egészségbiztosítás területén is miért nem fizetnek több járulékot azok a személyek, akiknél a gyermektelenség tudatos döntés következménye.²²

Az előadás azzal kezdődött, hogy tavaly nyáron egy barátomtól ajándékba kaptam egy zsebkönyvet, és tavaly ősszel a kar egyik professzor asszonya arra ösztökélt, írjak az egykulcsos adóról.

A jelen előadásban elhangzottak lényegében nekik köszönhetőek. Vagyis Botos Katalin és Schanda Balázs nélkül ez az alkalom nem jöhetett volna léte. Köszönet érte.

²² Magyarországon létezett gyermektelenségi adó, amelyet az 1956-os forradalom után töröltek el, lásd 1004/1953. (II. 8.) M. T. számú határozat V. része, a gyermektelenek adójáról szóló 8/1953. (II. 8.) M. T. számú rendelet. 1953. március 1-jétől kezdve a 20 és 50 év közötti férfiaknak, valamint a 20 és 45 év közötti nőknek keresetük, jövedelmük 4%-ának megfelelő adót (háztartási alkalmazottaknak havi 15 forint) kellett fizetniük, ha nem volt élő (akár vérszerinti, akár örökbefogadott vagy nevelt) gyermekük. Azok a szülők mentesültek az adófizetés alól, akiknek gyermeke 20. életévének betöltése után halt meg, valamint a Néphadsereg és az Államvédelmi Hatóság zsoldilleményt élvező tagjai és azok feleségei, a 100%-os, a 75%-os hadirokkantak és háborús polgári rokkantak, továbbá a 20–24 éves férfiak és nők mindaddig, amíg iskolai (egyetemi stb.) tanulmányokat folytattak. A gyermektelenek adójának megszüntetéséről az 1956-os forradalom után hozott 14/1956. (XII. 24.) korm. számú rendelet határozott. <http://www.natarch.hu/archivnet/rovat/nyomatat.phtml?cikkod=248>.

„A házasság intézményének védelme egykor és ma” – konferencia
(PPKE JÁK, 2008. május 14.)

HÁZASSÁGGAL KAPCSOLATOS ELJÁRÁSJOGI KÉRDÉSEK AZ EURÓPAI UNIÓBAN

HARSÁGI VIKTÓRIA
egyetemi docens (PPKE JÁK)

Az európai jog szabályozása az utóbbi években egyre inkább kiterjed a gazdasággal közvetlenül nem érintkező, azon túli dimenziókra is. Így került a figyelem középpontjába – többek között – a családjog kérdése, melyet az európai joghatósági rendszert alkotó szabályok hosszú évtizedeken keresztül kirekesztettek az uniós normák alkalmazási területéről. Ezeknek a területeknek az európai szintű szabályozástól való „távol tartása” egyre kevésbé volt indokolható, a „gazdasági és szociális kötelekekkel behálózott Európai Közösségben”¹ folyamatosan növekszik a vegyes házasságok száma. Az utóbbi évek becslült adatai szerint európai szinten kb. évi 170 000 lehet a „nemzetközi vonatkozású” bontóperek száma, amely az összes bontóper mintegy 16%-át teheti ki. Nemzetközi vonatkozás alatt egyfelől azt az esetet értjük, amikor az eljárásban félként szereplő házastársak különböző tagállamok polgárai, másfelől előfordulhat olyan helyzet is, amikor ugyan azonos tagállam polgárai, de nem ebben az államban élnek.²

A családjog és annak eljárásjogi aspektusai olyan területét jelentik a jognak, ahol a jogharmonizáció vagy -egységesítés nehézségei fokozottan jelen vannak.³ A családjog anyagi jogi vonatkozása egységesítésének lehetősége, sőt szükségessége tekintetében is számos kétely merült fel a szakemberekben. Haimo Schack szerint ez nem

¹ PETER MCELEAVY: The Brussels II Regulation: How the European Community Has Moved into Family Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol 51, October 2002, 888.

² *Family Law – Analytical Report*. October 2006, Flash Eurobarometer 188 – The Gallup Organization. 3.

³ Erről ld. részletesen DAVID BRADLEY: Convergence in Family Law: Mirrors, Transplants and Political Economy [online]. *Oxford University Comparative Law Forum*, 2 (2001) [2005.07.12.] <www.ouclf.ius-comp.org>

volna kívánatos, főképp ha a házasság számos eltérő vallási és kulturális vonatkozására gondolunk; nézete szerint nem szabad a családjogot a közös elemek meghagyásával „a legkisebb közös nevezőre redukálni”.⁴

A Jenard-jelentés⁵ a jogrendszerek közötti „jelentős eltérésekre” mutat rá már a hat alapító tagállam idejében. Ezek az eltérések mára – a 27 tagállammal bíró Európai Unió korában – nyilvánvalóan jelentősebbek. Itt nem apró különbségekről van szó –, ahogyan erre a Borrás-jelentés is felhívja a figyelmünket: némelyiküknek alkotmányos vonzata is van.⁶ A tagállamok családjogi szabályozásában tapasztalható növekvő sokféleség miatt nehéz volna kivétel nélkül sorra venni a szabályozásbeli eltéréseket. Ettől eltekintve rávilágítunk néhány olyan alapvető különbségre, amelyek a legtöbb problémát okozhatják a nemzetközi vonatkozású ügyek megoldására vállalkozó jogalkalmazó számára.

Málta kivételével ma minden európai jogrendszer ismeri a házasság felbontásának jogintézményét. Azonban a házasság felbontásának előfeltételeit illetően vannak különbségek. Rendszerint ugyanazon az alapon nyugszik a házasság felbontása az egyes tagállamokban: ez a feldúltság, amely kiegészülhet több-kevesebb más követelménnyel (mint pl. a különélés előírt minimális időtartama). Ezekre mutat rá az Európai Családjogi Bizottság (Commission on European Family Law)⁷ által összegyűjtött ország-jelentések összehasonlító kiértékelése. A közös megegyezéses bontás is egyre nagyobb teret kap a tagállamok jogaiban. Az összehasonlításból az is kiderül, hogy csak csekély számú tagállam honorálja a kizárólag az egyik házastárs egyoldalú akaratán alapuló bontást. A bontás előfeltételeit tekintve meglehetősen liberálisnak mutatkozik a finn és a svéd jog, ahol átmenet található egy olyanfajta bontás irányába, melynél már tulajdonképpen a feldúltság sem szükséges. Mindössze az egyik házastárs bontásra irányuló egyoldalú kérelme szerepel előfeltételként. Itt is épülnek azonban bizonyos akadályok a rendszerbe: nincs ugyan kötelező különélési időtartam előírva, de várakozási időt előíranyoz a törvény. A meg gondolatlan válástól tart vissza a kérelem ismételt előterjesztésének szükségessége is.⁸

Több jogrendszer – mint a francia, belga, lengyel, de szintúgy az északi államok joga – mint a házasság felbontásának előzetes stádiumát ismeri a különválás (az „ágytól

⁴ HAIMO SCHACK: Das neue Internationale Eheverfahrensrecht in Europa. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2001, 616.

⁵ P. JENARD: Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, 5.3.1979. Nr C 59, 1–70.

⁶ ALEGRIA BORRÁS: Magyarázó jelentés az Európai Unióról szóló szerződés K.3 cikke alapján a házassági jogi ügyekben a joghatóságról, valamint az ítéletek elismeréséről és végrehajtásáról szóló egyezményhez. (98/C 221/04) (ún. „Borrás-jelentés”) *HL L 221. 1998. 07. 16.*, Nr. 4.

⁷ 2001. szeptember 1-jén hozták létre az Európai Családjogi Bizottságot (Commission on European Family Law – CEFL). További információ a következő oldalon: <<http://www.law.uu.nl/priv/cefl/>> A CEFL célja nem a harmonizáció akadémiai, teoretikus kérdései, hanem a gyakorlati megvalósíthatóság. MASHA ANTOKOLSKAIA: The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas. *European Review of Private Law*, 11 (1) 28–29.

⁸ DIETER MARTINY: Ehescheidung und nachehelicher Unterhalt in Europa [online]. *Electronic Journal of Comparative Law*, October 2004, [2005.07.12.], <<http://www.ejcl.org/83/art83-3.html>>, Abstract, B.I., B.II. fejezetek.

és asztaltól való elválás”) intézményét, amely a házassági kötelék fennállását ugyan nem érinti, de lehet a házasság felbontásának kötelező előfeltétele. Más jogrendszerek, (például a német és a magyar) csak mint tényleges állapotot kezelik a különválást. Ennek lehetnek egyéb (például öröklési jogi) jogkövetkezményei, de a házasság felbontását nem kell feltétlenül megelőznie. A különélés mint a házasság felbontásának előfeltétele tekintetében különösen az időtartam vonatkozásában vannak eltérések. Ez részben aszerint változik, hogy van-e megegyezés a házastársak között a házasság felbontása tekintetében. Egy viszonylag hosszú, négyéves különélési időt kíván meg például az ír jog. Más jogrendszerek rendszerint rövidebb idővel is megelégszenek, ha a felek megegyezésre jutottak. Egyes nemzeti jogokban ez hat hónap (például Finnország, Ausztria, Dánia), Németországban egy, Olaszországban három év. A házastársak egyező akaratnyilvánítása hiányában ez az időtartam rendszerint hosszabb, de ebben az esetben számos különféle megoldás létezik (például két év eleendő Dániában, három év Németországban). Ahogyan már említettük, a svéd jog nem ismer ehhez hasonló különélési időt. Itt egyoldalú kérelem esetén, illetőleg ha a házastársaknak tizenhat év alatti közös gyermeke van, a jogalkotó „fékként” hat hónapos gondolkodási időt épített a rendszerbe.⁹

A kollíziós szabályok terén az egyik legélesebb különbözőség a következő: míg egyes helyeken a házastársak (közös) nemzeti jogát alkalmazzák, addig máshol pedig függetlenül az állampolgárságuktól és szokásos tartózkodási helyüktől a fórum (anyagi) jogát. A belső jogi szabályozás eltéréseinek van bizonyos mértékű visszahatása a házasság felbontásának eljárására is.¹⁰

„A nemzetközi polgári eljárásjog egyik alaptétele, hogy egy adott ország fóruma által hozott határozathoz csak abban az országban fűződnek automatikusan joghatások, ahol a határozatot hozták.”¹¹ Ehhez kapcsolódik a személyi állapotra vonatkozó döntések esetében a jogbiztonság szükségszerűsége a nemzetközi vonatkozású ügyekben is. Hiszen a házastárs, aki a házassági perben hozott külföldi ítéletet nem tudná a saját államában elismertetni, komoly problémákkal szembesülhet. Itt kell beszélnünk az ún. „sántikáló házasság” problematikájáról. E kifejezést arra az esetre szokta használni a jogirodalom, amikor az egyik államban élő házastárs tekintetében elismerik a házasság megszűnését, addig esetleg egy másik tagállamban – a határozat elismerésének hiányában – a házasságot fennállónak tekinthetik. Ez a felemás helyzet mindenképpen elkerülendő, hiszen családjogi és öröklésjogi hatásaival további komplikációk forrása volna.¹²

⁹ Uo. B.I., B.II.5. fejezet.

¹⁰ MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG: Marriage Dissolution in an Integrated Europe: The 1998 European Union Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Matrimonial Matters (Brussels II Convention) In: PETAR ŠARČEVIĆ–PAUL VOLKEN (eds.): *Yearbook of Private International Law*. Volume I, The Hague: Kluwer, 1999, 7.

¹¹ BURIÁN LÁSZLÓ: Eljárásjogi kérdések. In: BURIÁN LÁSZLÓ–KECSKÉS LÁSZLÓ–VÖRÖS IMRE: *Magyar nemzetközi kollíziós magánjog*. Budapest: Logod Bt., 2003, 307.

¹² CHRISTIAN KOHLER: Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union: Die Verordnung „Brüssel II”. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1/2001, 10.

Erre a problémára a tanulmány tárgyát képező, a külföldi jogirodalomban rendszerint „Brüsszel IIa rendeletként” emlegetett 2201/2003/EK rendelet¹³ oly módon próbál megoldást találni, hogy a kollíziós és az anyagi jogot érintetlenül hagyja, és a kérdést nemzetközi eljárásjogi szabályokkal koordinálja.

A tanulmány célja a fent vázolt problémakörben annak a vizsgálata, hogy a jelenlegi európai normák milyen hatással lehetnek az egyes tagállamoknak a tradíciókban erősen gyökerező házassági jogának alkalmazására, vajon nyújtanak-e a joghatósági szabályok kellő garanciát arra, hogy a házassági ügyekben ne olyan tagállamok bírósági hozzanak döntést, mely tagállamokhoz a házastársaknak nincs „szoros” személyes kötődésük, s amelyekben esetleg a házassági kötelékről gyökeresen eltérő nézetek uralkodnak, mint amely államokból a házastársak származnak.

1. A szabályozás kialakulása

A mai szabályozás távolabbi előzményeit az 1960-as évek végén kell keresnünk. Ekkor az ún. hágai nemzetközi magánjogi konferencia előkészített egy egyezményt, amely „a házasság felbontásának és a különválásnak az elismeréséről szóló, 1970. június 1-jén kelt Hágai Egyezményként vált ismertté.¹⁴ Következő lépésként az Európai Nemzetközi Magánjogi Csoport által elkészített ún. Heidelbergi Tervezet¹⁵ (1993) érdemel említést. Ez a Brüsszeli Egyezmény modellje alapján alakította ki széles körben a családjogi és az öröklési ügyekre nézve a szabályozást. Am egy ilyen ambiciózus tervhez még nem volt elérkezett az idő, ezért a későbbi, ún. Brüsszel-II. egyezmény szerényebb alkalmazási területet mondhatott a magáénak: kizárólag a személyállapoti ügyekre kellett, hogy korlátozódjon.¹⁶ Eleinte tehát ugyanúgy, mint a polgári és kereskedelmi ügyek tekintetében, ebben a tárgykörben is egy nemzetközi egyezmény megkötését tervezték az Európai Unió tagállamai. Ehhez készített Alegria Borrás egy magyarázó jelentést (az ún. Borrás-jelentést), amely azóta a tárgyalat egyezmény és ennek alapjaira épülő későbbi rendeletek kommentárjaként is alkalmazható. A Borrás-jelentés az egyezményt az első, döntő és pozitív lépésként értékeli abban az új folyamatban, amely más, családjogi és öröklési jogi tárgyú jogszabályok számára nyithatja meg az utat.¹⁷ Mielőtt azonban a Brüsszel-II. egyezmény hatályba léphetett volna, az Amszterdami Szerződés lehetőséget biztosított arra, hogy ez a terület is szabályozható legyen másodlagos közösségi jogforrások útján. Ezek az alapokon bocsátotta ki a Tanács az ún. Brüsszel-II. rendeletet,¹⁸ amely az em-

¹³ A házassági ügyekben és a szülői felelősségre vonatkozó eljárásokban a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról, illetve az 1347/2000/EK rendelet hatályon kívül helyezéséről szóló 2201/2003/EK rendelet. HL L 338. 2003.12.03.

¹⁴ MCELEAVY i. m. 888.

¹⁵ Heidelbergi Tervezet (Heidelberger Vorentwurf vom 2.10.1993., francia szöveg: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 1994, 67.

¹⁶ SCHACK i. m. 616.

¹⁷ Borrás-jelentés, Nr. 1.

¹⁸ A Tanács 1347/2000/EK rendelete (2000. május 29.) a házassági ügyekben és a házastársaknak a közös gyermekekkel kapcsolatos szülői felelősségre vonatkozó eljárásokban a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról. HL L 160. 2000.06.30. 37.

lített nemzetközi egyezménytervezet szabályait vette át; az eltérések lényegében a jogforrási forma változásából adódtak.

Már a 2002-es évben előterjesztett a Bizottság egy javaslatot a rendelet újraszövegezése vonatkozásában. A Tanács 2003. november 27-én elfogadta a házassági ügyekben és a szülői felelősségre vonatkozó eljárásokban a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról, illetve az 1347/2000/EK rendelet hatályon kívül helyezéséről szóló 2201/2003/EK rendeletet (Brüsszel-IIa. rendelet). Ez 2005. március 1-jétől kezdődően váltotta fel a korábbi rendeletet (Brüsszel-II.). A Brüsszel-IIa. rendelet a polgári ügyek két speciális és sok összefüggést mutató részterületét: a házassági ügyeket (házasság felbontása, különválás, érvénytelenítés) és a szülői felelősségre vonatkozó eljárásokat fogja egybe. Egy olyan körben szabályozza tehát a joghatóság a határozatok elismerésének és végrehajtásának kérdéseit, amelyet – korábban a Brüsszeli Egyezmény, majd – a Brüsszel-I. rendelet¹⁹ tárgyi hatálya alól tudatosan kizárt a jogalkotó, a speciális szabályozás igényére tekintettel (ld. Brüsszel-I. rendelet 1. cikk). A családjogi kérdéseknek is csak egy szűkebb területét fedi le a rendelet.²⁰

2. A házassági ügyek joghatósági rendszerének sajátosságai

A Brüsszel-IIa. rendelet joghatósági szabályai különböznek a házassági és a szülői felelősségi ügyekben. A rendelet házassági ügyekre vonatkozó joghatósági rendszerét leginkább az jellemzi, hogy a joghatóság objektív, alternatív és kizárólagos módon lett megállapítva.²¹ A rendelet közvetlen joghatósági szabályok útján kíván – a Brüsszeli Egyezményhez, illetve a későbbi Brüsszel-I. rendelethez hasonlóan – egy egységes joghatósági térséget megteremteni az Európai Unió területén. A közvetlen joghatósági szabályokat – amelyeket a tagállamok bíróságai kötelesek tiszteletben tartani – tekintette a Borrás-jelentés a Brüsszel-II. egyezmény legfőbb újításának. A korábbi ilyen tárgyú egyezmények általában az ítéletek elismerésére és végrehajtására, valamint az ezekkel járó közvetett joghatósági szabályokra korlátozódtak.²² Az indirekt joghatósági szabályok az elismerés előfeltételeként jelentek meg, de közvetlen módon nem kötötték a tagállam (eljáró) bíróságát. Ilyen módon a Brüsszel-II. egyezmény egyidejűleg teremtett kompetens fórumot, és garantálta a másik államban a határozat elismerését.²³ Az említett egyezmény hatálybalépésének elmaradása miatt ezeket az újításokat a gyakorlatba a lényegileg hasonló tartalommal hatályba lépett Brüsszel-II. rendelet vitte át.

¹⁹ A Tanács 44/2001/EK rendelete (2000. december 22.) a polgári és kereskedelmi ügyekben a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról. HL L 12. 2001.01.16. 1.

²⁰ WALTER H. RECHBERGER: Das europäische Zivilprozessrecht am Vorabend der Europäischen Union. In *Magister artis boni et aequi. Studia in honorem Németh János*. Budapest: ELTE Eötvös Kiadó, 2003. 723.

²¹ RAINER HAUSMANN: Neues internationales Eheverfahrensrecht in der Europäischen Union. (Teil I). *The European Legal Forum*, 2000, 275.; Borrás-jelentés, Nr. 28.

²² Borrás-jelentés, Nr. 16.

²³ JÄNTERÄ-JAREBORG i. m. 6.

A Brüsszel-IIa. rendelet házassági ügyekre vonatkozó része nem ismer általános joghatósági szabályt, illetve nem állít fel rangsort a joghatósági kritériumok tekintetében. A 3. cikk a joghatóságot alternatívan a szokásos tartózkodási helyhez, illetőleg kisebb súllyal az állampolgársághoz köti. A cél a rugalmas joghatósági szabályokat megteremtése volt anélkül, hogy a jogbiztonság ennek áldozatul esne. Az utóbbi követelmény megkívánja, hogy legalább az egyik házastársat valódi, hiteles, eredeti, igazi kapcsolat fűzze a joghatósággal bíró államhoz.²⁴

A Brüsszel-II. rendelet az alternatív joghatósági okokkal a (legalábbis a jó jogi tanácsokkal ellátott) házastárs számára bizonyos korlátok között lehetővé teszi, hogy az elé a fórum elé vigye az ügyét, amelynél a legkedvezőbb eredmény várható.²⁵ A 'forum shopping' így megalapozott lehetőségének a még nem egységesített nemzetközi magánjogi szabályokra, valamint a bontást érintő anyagi jogok nagymértvű különbözőségére tekintettel sokkal nagyobb jelentősége van, mint a Brüsszel-I. rendelet esetében.²⁶ Spellenberg szerint nem okozna gondot ez a konstrukció, ha a házassági jogot minden vonatkozásban egységesítették volna, mert akkor a joghatósági szabályok alternatív jellegéből adódó lehetőségek kiaknázása nem volna érdeke a félnek.²⁷ A 'forum shopping' nagyobb térnyerése közvetve fokozhatja a 'bírószágra rohanás' veszélyét. Mindkét házastárs oldalán nagyobb lehet ugyanis az ösztönzés, hogy a másik házastársat megelőzve forduljon a számára előnyösebbnek tűnő fórumhoz. Mivel a joghatósági szabályok többszörösen konkurálhatnak egymással, ezáltal a joghatóság szabályrendszere közvetlen módon és nem eléggé hatékonyan biztosítja a pozitív joghatósági összeütközések, a párhuzamos eljárások elkerülhetőségét. Erre szolgál a szigorú perfüggőségi szabályozás, amely közvetett módon a joghatósági okok közötti viszonyt is szabályozza (lásd Brüsszel-IIa. 11. cikk).

3. Az irányadó kapcsolóelvek

A joghatóság megítélésének alapja mind a házassági ügyekben, mind a szülői felelősséggel kapcsolatos kérdések tekintetében a térbeli közelség a fórum államához. A joghatóság ennél fogva elsődlegesen a szokásos tartózkodási helyhez kötődik. A Brüsszel-IIa. rendelet a Brüsszel-I. rendelethez hasonlóan alapvetően háttérbe szorítja az állampolgársági elvet, ám az előbbi esetében a latin-germán tradíciónak megfelelően az állampolgárság is lehet a joghatóság alapja egy bizonyos körben. Ezzel szemben a common law a házassági ügyek tekintetében a lakóhely-princípiumból („domicile”)

²⁴ Uo. 7–9.

²⁵ ROLF WAGNER: EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen? *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004. 122.

²⁶ THOMAS RAUSCHER: Verordnung (EG) Nr 1347/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten. In THOMAS RAUSCHER (Hrsg.): *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar*. München: Sellier, 2004. 548.

²⁷ ULRICH SPELLENBERG: Anerkennung eherechtlicher Entscheidungen nach der EheGVO. *Zeitschrift für Zivilprozess International (Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts)*, 2001. 125.

indul ki, aminek következtében a 3. cikkbe külön szabály került az Egyesült Királyság, valamint Írország vonatkozásában.²⁸

Az állampolgárság kérdését az egyes tagállamok joga határozza meg. Az Egyesült Királyság és Írország esetében az állampolgársági kritériumot erősödő elemként a domicile váltja fel.

4. Az egyes alternatív joghatósági okok

4.1. Szokásos tartózkodási hely azonos tagállamban

Brüsszel-IIa. rendelet 3. cikk (1) bek. a) pont, első francia bekezdése az első vagylagos joghatósági okot a házastársak szokásos tartózkodás helye szerinti államhoz rendeli. Ennek a joghatósági szabálynak a jogpolitikai motivációja problémamentes: a házastársak életvitelének központja, amely ugyanabban az államban található, kapcsolóelvként legtöbb esetben segítségül hívható. Ez a legtöbb nemzeti jogban szokványos megoldás. A különélés – ha ugyanabban a tagállamban valósul meg – nem befolyásolja a joghatóság megalapozottságát. A tartózkodási helynek nem »házassági jogi« értelemben kell közösnek lennie. Nem szükséges, hogy fennálljon az adott államban a házastársak között a házassági életközösség vagy közös háztartást vezessenek. A rendelet elemzett szabálya pusztán annyit kíván meg, hogy a házastársak ugyanabban a tagállamban rendelkezzenek szokásos tartózkodási hellyel. Itt nem ír elő a rendeletalkotó olyan minimális időtartamot sem, amit a házastársaknak az adott államban el kellene tölteniük. Ha a házasság közvetlenül a közös szokásos tartózkodási helynek egy másik tagállamba történő áthelyezését követően futna zátonyra, a tartózkodási hely akkor is megalapozza a joghatóságot. Sőt akkor is megalapozott az adott tagállam bíróságainak joghatósága, ha a házastársak a házasság megromlását követően (akár véletlenül) ugyanabba a tagállamba helyezik át a szokásos tartózkodási helyüket, annak ellenére, hogy nem élnek ott együtt. Ha a tagállamban több jogrendszer van, akkor a 41. cikk szabályait kell alkalmazni.²⁹

4.2. A „helyben maradó” házastárs helyzete

Brüsszel-IIa. rendelet 3. cikk (1) bek. a) pont, második francia bekezdése a második vagylagos joghatósági okkal a házastársak utolsó közös szokásos tartózkodási helye szerinti tagállam bíróságainak joghatóságát alapozza meg. E joghatósági ok kialakításában – ami egyébiránt a nemzetközi magánjogból ismert megoldás – abból indultak ki, hogy ha az egyik házastárs kivándorolna az adott tagállamból, „ne vonja feltétlenül magával az ügyet”. A közösségen belüli elvándorlás esetén a házastársak

²⁸ MATTHIAS NEUMAYR: Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten. (Kapitel 41.) In ALFRED BURGSTALLER (Hrsg.): *Internationales Zivilverfahrensrecht*. Verlag Orac, 2001. 12–13.

²⁹ RAUSCHER i. m. 551-552.

legutóbbi szokásos tartózkodási helyén maradó házaspár a 'forum rei' alapján is indíthat pert, de nem köteles. E szakasz érvényesíthetőségéhez az is szükséges, hogy az egyik házastárs még ott tartózkodjék, ahol az utolsó szokásos tartózkodási helyük volt. Amennyiben elhagyta az államot, ez a joghatósági ok már nem alkalmazható még akkor sem, ha a későbbi életvitel során visszakerülne a kérdéses államba. Rauscher álláspontja szerint ennél a „korábbi” közös szokásos tartózkodási helynél nem szükséges egy meghatározott időtartam eltelté, az együttélés sem.³⁰

4.3. Közös kérelem

A Brüsszel-II. rendelet a házassági ügyek tekintetében nem ismeri sem a perbe bocsátkozáson alapuló, sem pedig a megállapodáson alapuló joghatóságot. A felek konszenzusos akarati autonómiája e ponton érvényesül bizonyos mértékben. Ugyanis a Brüsszel-IIa. 3. cikk (1) bek. a) pont 4. francia bekezdése lehetővé teszi, hogy a házastársak valamelyikük szokásos tartózkodási helyének államába „helyezzék” az ügyet közös kérelmükkel. Ennek az alperes (kérelmező ellenfele) szokásos tartózkodási helye tekintetében nincsen különösebb jelentősége, hiszen ezen tagállam bíróságának joghatósága konszenzus hiányában is megalapozott volna a Brüsszel-IIa. 3. cikk (1) bek. a) pont 3. francia bekezdésében foglaltakra tekintettel. A felperes (kérelmező) szokásos tartózkodási helyének államára koncentrálna a következőket érdemes figyelembe venni e pont értelmezése során. A felperes „helyben maradása” esetén e szabály alkalmazásának nincs jelentősége. Számára ez akkor jelenthet könnyebbséget, ha elhagyta a legutóbbi szokásos tartózkodási helyük államát, hiszen ilyen helyzetben – a közös kérelem – megszabadítja a hat hónapos, illetőleg egyéves várakozás terhétől (ld. 4.6-4.7. pontok).

4.4. Közös állampolgárság vagy közös „domicile”

A Brüsszel-IIa. 3. cikk (1) bek. b) pontja feltételezi, hogy mindkét házastárs azonos állampolgársággal rendelkezik. A szokásos tartózkodási helytől eltérően, az állampolgárság kérdését a nemzeti jogok állampolgársági szabályai szerint kell megítélni. Nem szükséges azonban, hogy a házastársaknak belföldön legyen a szokásos tartózkodási helye. Mi több, abban az esetben is alkalmazható e szakasz, ha egyikük sem rendelkezik az Európai Unió területén szokásos tartózkodási hellyel.

A közös állampolgárságra alapított joghatósági szabály Rauscher szerint nem sérti a diszkrimináció tilalmát, hiszen a saját hazájában minden uniós állampolgár ugyanazokkal az esélyekkel szerzi meg a joghatóságot.³¹ A rendelet hallgat a kettős állampolgárság következményeiről, így az egyes államok nemzeti szabályai jutnak érvényre.³²

³⁰ Uo. 553.

³¹ Uo. 564.

³² Borrás-jelentés, Nr. 33.

A rendelet lehetővé teszi, hogy az eljárást olyan állam hatósága folytassa le, amelynek mindkét házastárs állampolgára, vagy ott „domicile”-al rendelkezik. A jogalkotói szándék itt arra irányult, hogy az államok belső rendszerük fényében a feltételek valamelyikét fogadják el. Míg például Spanyolország számára a közös állampolgárság lehet elfogadható, az Egyesült Királyság és Írország számára a „domicile” lesz a feltétel.³³

4.5. Az alperes fórumának általános elve

Brüsszel-IIa. rendelet 3. cikk (1) bek. a) pont harmadik francia bekezdésben szereplő joghatósági ok a nemzetközi magánjogban jól ismert ‘actor sequitur forum rei’ elve, mely szerint az alperes a saját szokásos tartózkodási helyének államában perelhető.

4.6. A hazájába visszatérő állampolgár esete

A Brüsszel-IIa. rendelet 3. cikk (1) bek. a) pont 6. francia bekezdése privilegizálja azt a gyakorlatban igen sűrűn előforduló esetet, amikor a házastárs a házasság megromlását követően visszatér a hazájába. A Borrás-jelentés szerint ezzel a megoldással a jogalkotó meghatározott feltételek mellett enged a kérelmező fóruma számára joghatóságot, hiszen az állampolgárság vagy „domicile” fennállása arra utal, hogy előzetes kapcsolat áll fenn az említett tagállammal.³⁴ Az elemzett szakasz további feltételül támasztja, hogy a kérelmező szokásos tartózkodási hellyel rendelkezzen ebben az államban a kérelem benyújtását közvetlenül megelőzően minimum hat hónapon át. Az időtartam a tartózkodásra irányadó, nem az állampolgárság fennállására. A szóhasználat arra utal, hogy a korábbi állampolgárságot, különösen a házasság kötésének idejében fennállót nem lehet figyelembe venni.³⁵

Az, hogy a jogalkotó a származási államába visszatérő házastárs számára egy hazai joghatóságot nyit, nem problémamentes, hiszen a kérelmező fél ellenfele esetleg olyan bíróság előtt válik perelhetővé, mely államhoz nem fűzi semmilyen saját személyes kapcsolat. Mindenesetre, ha az utolsó közös szokásos tartózkodási helyen marad, megvan a lehetősége arra, hogy a hat hónapos várakozási idő alatt a hazájába hazatérő házastárs ellen az utolsó közös szokásos tartózkodási hely államában pert indítson és ezáltal a fenti joghatóság igénybevételét blokkolja.³⁶ A jogirodalomban számos szerző felveti azt, hogy ez a megoldás az idegen állam polgárával szemben diszkriminatív, nincs összhangban az EK-szerződés 12. cikkével, mivel az állampolgárság csak a kérelmező (felperes) tekintetében minősítő körülmény a ‘forum actoris’ megalapozása során.³⁷

³³ Borrás-jelentés, Nr. 33.

³⁴ Borrás-jelentés, Nr. 32.

³⁵ RAUSCHER i. m. 561.

³⁶ NEUMAYR i. m. 35.

³⁷ REINHOLD GEIMER–ROLF SCHÜTZE: *Europäisches Zivilverfahrensrecht*. 2. Aufl. München: Beck, 2004. 785.; HAUSMANN i. m. 277.; ULRICH SPELLENBERG: Die Annexzuständigkeiten nach Art. 3. EheGVO. In MICHAEL COESTER et al. (Hrsg.): *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation (Festschrift Sonnenberger)*. München: Beck, 2004. 681.

4.7. A más tagállamba távozó házastárs helyzete

A Brüsszel-IIa. rendelet kivételes esetekben lehetővé teszi a 'forum actoris' elvének a szokásos tartózkodási helyen alapuló, más elemekkel kombinált alkalmazását.³⁸ Az ötödik francia bekezdés lehetővé teszi azon tagállam bíróságainak joghatóságát, amelynek területén a kérelmező szokásos tartózkodási hellyel rendelkezik, amennyiben a kérelem benyújtását közvetlenül megelőzően legalább egy évig ott tartózkodott. Közvetlenül a kérelem benyújtását megelőzően kell ezt az időt ott töltenie.³⁹ Ennek a rendelkezésnek az a következménye, hogy az utolsó közös szokásos tartózkodási helyen maradó házastárs az ottani bíróságon beadott kérelmével az elköltözött házastársat meg tudja előzni, aki az új szokásos tartózkodási helyén csak egy év után érvényesítheti az igényét.⁴⁰

4.8. Egyéb joghatósági szabályok

A Brüsszel-IIa. rendelet 4. cikke alapozza meg a bíróság joghatóságát a viszontkeresetek tekintetében, amennyiben azok a rendelet hatálya alá tartoznak. A cikk alkalmazása során tehát az 1. cikk előfeltételeit vizsgálni kell, a 3. cikkét azonban nem. A viszontkereset fogalmát a 19. cikk (1) bekezdés „fényében” kell értelmezni, a perfüggőség fogalmának olyankénti kiterjesztésével, miszerint a viszontkereset ugyanazon felek házasságára, de nem ugyanarra az igényre vonatkozna.⁴¹

5. A joghatóság kizárólagos jellege és az ún. fennmaradó joghatóság

Ha a joghatóság alapja az alperesi házastárs szokásos tartózkodási helye, állampolgársága vagy „domicile”-ja, a kérelmet kizárólag a 3–5. cikkben megállapított szabályoknak megfelelően lehet a bírósághoz benyújtani. A kizárólagos jelleg nem azonos a kizárólagos joghatósággal. A Borrás-jelentés a joghatóság kizárólagos jellegének magyarázata során felhívja a figyelmet arra, hogy a kizárólagosság „nem értelmezhető úgy, ahogy a Brüsszeli Egyezményben, amelyben az annak 16. cikkében szabályozott egyes ügyekre kizárólag egy bizonyos tagállam bíróságai rendelkeznek joghatósággal, a szabály pedig más okokkal szemben elsőbbséget élvez. Az itt tárgyalt esetben a »kizárólagos« kifejezés azt jelenti, hogy kizárólag a megállapított okok használhatóak, és azok vagylagosak, tehát egyikük sem élvez elsőbbséget egy másikkal szemben.”⁴²

³⁸ Borrás-jelentés, Nr. 32.

³⁹ Ld. KENGYEL MIKLÓS–HARSÁGI VIKTÓRIA: *Európai polgári eljárásjog*. Budapest: Osiris Kiadó, 2006. 536.

⁴⁰ KARIN MEYER-GÖTZ–KATJA NOLTEMEIER: Internationale Scheidungszuständigkeiten im europäische Eheverfahrsrecht. *Familie Partnerschaftsrecht*, 2004, 284.

⁴¹ MARTIN FRANK: Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung in Ehesachen und Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung (EuEheVO 2005 – Brüssel IIa). In MARTIN GEBAUER–THOMAS WIEDMANN (Hrsg.): *Zivilrecht unter europäischem Einfluss. Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze – Erläuterung der wichtigsten EG-Verordnungen*. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2005, 1201.

⁴² Borrás-jelentés, Nr. 29.

A Brüsszel-IIa. rendelet 7. cikke hidat ver a nemzeti jogok irányába a következő tartalmú rendelkezésével: Amennyiben egyetlen tagállam bírósága sem rendelkezik joghatósággal a 3., 4. és 5. cikk alapján, a joghatóságot minden tagállamban az adott állam joga határozza meg. Olyan alperessel szemben, aki egy tagállamban nem rendelkezik szokásos tartózkodási hellyel, és nem állampolgára egyetlen tagállamnak sem, illetve az Egyesült Királyság és Írország esetében nem rendelkezik „domicile”-l (lakóhellyel) az utóbbi tagállamok egyikének területén sem, bármely tagállam olyan állampolgára, aki más tagállam területén szokásos tartózkodási hellyel rendelkezik, ez utóbbi tagállam állampolgáraihoz hasonlóan igénybe veheti az ebben az államban alkalmazandó joghatósági szabályokat. A 7. cikk rendelkezései hatásaikban túlmutatnak az Európai Unió földrajzi határain.⁴³

6. Az ún. „Brüsszel-IIa rendelet” elismerésre vonatkozó szabályainak hatálya

A joghatósági szabályok sem függetleníthetők az elismeréstől. A joghatósági szabályrendszer nemzetközi viszonylatban jelent ügymegosztást, és a perfüggőség szabályával együtt kívánja biztosítani a párhuzamos eljárások, ezáltal az azonos ügyben a többszörös döntéshozatalt. Ennek hatékony működéséhez azonban arra is szükség van, hogy a joghatósággal rendelkező bíróság döntését a többi tagállamban is érvényre lehessen juttatni. Erre szolgál a határozat elismerése (ill. végrehajtása). A Brüsszel-IIa rendelet az eredetileg eljáró bíróság joghatóságát nem engedi felülvizsgálni, még a közrendre vonatkozó elismerést kizáró okra irányuló vizsgálódás keretei között sem. Nyilvánvalóan arra a „kölcsonös bizalmi elvre” alapul ez a szakasz is, amely abból indul ki, hogy a tagállamok betartják a rendelet közvetlen joghatósági szabályait. Ezért nem közvetett módon – az elismerés megtagadásán keresztül – kívánja a jogalkotó a joghatósági szabályok érvényre juttatását előmozdítani.

Ipo iure elismerés jellemzi a rendelet szabályozását (ld. 21. cikk (1) bek.), az elismerés önmagában nem igényel külön eljárást, azaz automatikus. Ez azonban nem zárja ki azt, hogy a fél kérelme alapján a bíróság külön határozzon az elismerést illetően.⁴⁴ Megszokott megoldás, hogy a tagállam bírósága, amelynek döntése az elismeréstől függ, a folyamatban levő eljárása során, melyben az elismerés kérdése relevánssá válik, dönt erről. A 21. cikk (3) bekezdéssel a Brüsszel-IIa rendelet lehetőséget nyit egy külön eljárásra is, amely kifejezetten a határozat elismerésének megállapítására irányul. A (3) bekezdés szerinti megállapítás lehet annak megállapítása is, hogy a határozatot nem ismerik el (negatív megállapítás). Itt figyelemmel kell lenni arra, hogy a (1) és (2) bekezdésekben szabályozott automatikus elismerés csak deklaratív jellegű, nem fűződik hozzá jogalkotó hatás.⁴⁵

A Brüsszel-IIa rendelet Preambulumának 21. pontja mutat rá arra a kívánatos, de kényes egyensúlyi állapotra, amelyet az elismerés és annak kivételesen előforduló megtagadása között meg kell teremteni: a tagállamokban meghozott határozatok

⁴³ Ld. részletesebben: KENGYEL–HARSÁGI i. m. 538-539.

⁴⁴ BRÁVÁCS OTTÓNÉ–SZŐCS TIBOR: *Jogviták határok nélkül*. Budapest: HVG-Orac, 2003. 225.

⁴⁵ FRANK i. m. 1214.

elismerését a kölcsönös bizalom elvére kell alapozni, és az elismerés megtagadásának jogalapját a szükséges minimális szinten kell tartani. A 21. cikk (3) bekezdésében említett külön eljárás lehetősége teremt összhangot az automatikus elismerés szabálya és a kötelező megtagadási okok között kétséges helyzetekben, ügyelve a feleknek a jobbiztonsághoz fűződő érdekére is.⁴⁶

a) A tagállam közrendjével nyilvánvalóan ellentétes határozatok

A 22. cikk a) pont azokra az esetekre vonatkozik, amelyek a közrend megsértését jelentik. Ez az előírás a házassági jog igen „érzékeny” területén nagyobb jelentőséggel bír, mint a Brüsszel-I rendelet 34. cikk (1) bek. alkalmazása során. A közrendbe ütközés meghatározására csak a már elemzett 24–26. cikkekben foglalt rendelkezésekkel összhangban kerülhet sor. Ez határolja körül negatív értelemben a fogalmat; segít konkretizálni, hogy mit lehet ekként figyelembe venni. A joghatóság, valamint a határozat tartalmának felülvizsgálata minden esetben kizárt. Végül nem lehet az elismerést megtagadni azon az alapon, hogy ilyen típusú határozatot nem ismer annak az államnak a joga, ahol az elismerés kérdése felmerül, sem amiatt, hogy az adott tényállás mellett nem lett volna meghozható az adott határozat az elismerés államában. Martin Frank nézete szerint ez testesíti meg a rendelet legsúlyosabb kompromisszumát. Az elismerés bíróságának nagyon pontosan meg kell fontolnia, hogy a jogának való ellentmondás annyira elviselhetetlen-e, hogy a közrendbe ütközés miatt nem ismeri el a határozatot.⁴⁷ „Az államok a házasság felbontására vonatkozó jogszabályaik között fennálló jelentős eltérések miatt különösen érzékenyek erre a kérdésre. Azok a tagállamok, amelyekben a házassági kötelék felbontása egyszerűbb, tartanak attól, hogy ítéleteiket a szigorúbb szabályokkal rendelkező tagállamokban nem ismerik el. Annak érdekében, hogy az államok mindkét csoportja számára megfelelő biztosítékokat nyújtsanak, olyan rendszert hoztak létre, amely alapján egyrészt fenntartják az elismerés megtagadását olyan alapon, hogy az nyilvánvalóan ellentétes a közérdekkel abban az államban, amelynek területén az elismerést kérik [...],” másrészt a Brüsszel-IIa rendelet 25. cikk kimondja, hogy az elismerés nem tagadható meg arra hivatkozással, hogy azonos tényállás mellett a házasság felbontása, a különválás vagy a házasság érvénytelenítése nem lenne megengedett.⁴⁸

A közrendbe ütközésre irányuló vizsgálat struktúrája a Brüsszel-I rendelet 34. cikkének felel meg. Az „ordre public” fogalmának autonóm értelmezése csak generális jelleggel lehetséges, nem teljesen egzakt módon, tekintettel arra, hogy a közrend tartalma mindig az adott tagállam joga viszonylatában határozható meg. Az anyagi közrend sérelme ugyanígy ide tartozhat, mint az eljárási jogi közrendbe ütközés. Az elismerés megtagadásához csak az elemi jogelvek nyilvánvaló megsértése vezethet. A 25. cikkre tekintettel biztosan nem lehet az elismerést megtagadni azon az alapon, hogy a házasság felbontását megelőző különélésre más időtartam irányadó, vagy különbözik a házasság megromlásához vezető okok vizsgálatának intenzitása. A 25.

⁴⁶ JÄNTERÄ-JAREBORG i. m. 21.

⁴⁷ FRANK i. m. 1215.

⁴⁸ Borrás-jelentés Nr. 69.

cikk kimondottan azt a célt szolgálja, hogy a határozatok szabad áramlásának megfeleklését megakadályozza, ami a közrend sértésére hivatkozással következhetne be, tekintve, hogy a bontás alapja eltérhet az egyes tagállamokban.⁴⁹

Máskülönbén az Európai Bíróságnak a Brüsszeli Egyezmény 27. cikk 1. pontjára kifejlesztett alapelvei érvényesek a Brüsszel-IIa rendelet 22. cikk közrendi klauzulájának értelmezése során is. Ez alapján az a) pont alkalmazása csak nagyon kivételes esetben vezethet az elismerés megtagadásához.⁵⁰ Itt érdemes a Krombach-Bamberski ítéletre hivatkoznunk, amely számos, a Brüsszel-IIa rendelet vonatkozásában is alkalmazható jogelvet fogalmaz meg a közrendi záradék alkalmazhatóságát illetően. Bár a szerződő államok a Brüsszeli Egyezmény „27. cikkének 1. pontjában foglalt fenntartás értelmében elvileg saját nemzeti szempontjaiknak megfelelően, szabadon meghatározhatják közrendi követelményeiket, e fogalom korlátai viszont már az Egyezmény értelmezésével kapcsolatos kérdések. Így, bár nem a Bíróságra tartozik az, hogy meghatározza egy szerződő állam közrendjének tartalmát, az már rá hárul, hogy ellenőrizze azokat a korlátokat, amelyek között egy szerződő állam bírósága e fogalom alkalmazásához folyamodhat annak érdekében, hogy ne ismerjen el egy másik szerződő állam bíróságától származó határozatot. [...] A közrendi záradék alkalmazása csak abban az esetben képzelhető el, ha egy másik szerződő államban hozott ítélet elismerése vagy végrehajtása annyira elfogadhatatlan mértékben ellentétes a megkeresett állam jogrendjével, hogy az egy alapelv sérelmét jelenti. [...] A külföldi határozatok érdemi felülvizsgálatára vonatkozó tilalom tiszteletben tartása érdekében e sérelemnek egy olyan jogszabály nyilvánvaló megsértésén kell alapulnia, amely a megkeresett állam jogrendjében lényegi jelentőségűnek tekinthető, vagy egy olyan jog megsértésén, amelyet e jogrendben alapvetőnek ismernek el.”⁵¹

b) Az alperes távollétében hozott határozat

A 22. cikk b) pont a „hibás” eljárásindítást szabályozza. Amennyiben a kérelmező ellenfele nem bocsátkozott abba az eljárásba, amelyben az elismerendő határozatot meghozták, a szabályos eljárásindítást mindenképpen vizsgálni kell. A bírósági meghallgatás elmaradása mint elismerést kizáró ok azáltal áll elő, ha az alperes (kötelezett) számára a kezdő iratot nem kézbesítették olyan időben, hogy védelméről gondoskodhatott volna.

c) Az összeegyeztethetetlen határozatok

Az ítéletek összeegyeztethetlenségével két külön rendelkezés, a 22. cikk c) és d) pont foglalkozik. „A házasság felbontására, a különválásra és a házasság érvénytelenítésére vonatkozó határozat nem ismerhető el, amennyiben: c) összeegyeztethetetlen egy olyan határozattal, amelyet ugyanazon felek közötti eljárásban abban a tagállamban hoztak, amelyben az elismerést kérik; vagy d) összeegyeztethetetlen egy olyan

⁴⁹ RAUSCHER i. m. 660.

⁵⁰ RAINER HAUSMANN: Neues internationales Eheverfahrensrecht in der Europäischen Union. (Teil II), *The European Legal Forum*, Heft 5. 2000/2001, 349.

⁵¹ Dieter Krombach kontra André Bamberski C-7/98. sz. ügyben 2000. március 28-án hozott ítélet, 1, 3, 37. pont.

korábbi határozattal, amelyet ugyanazon felek között más tagállamban vagy harmadik államban hoztak, feltéve, hogy a korábbi határozat megfelel az elismerés feltételeinek abban a tagállamban, ahol az elismerést kérik” [22. cikk c)-d) pont].

A Brüsszel-I rendelet 34. cikk 4. pontjával ellentétben a jogalap azonosságát nem írja elő sem a c), sem a d) pont. A c) pont az azonos felek közötti eljárásban annak a tagállamnak a területén hozott ítélettel való összeegyeztethetlenségére vonatkozik, amelynek területén az elismerés kérdése felmerül. A c) pont tehát két hasonló személyállapotú határozat esetén avatkozik be. Ilyen esetben az uralkodó álláspont szerint az a határozat élvez elsőbbséget, amelyiknek az alakító ereje messzebb megy. A versengés tehát az alakító erő milyenségétől és nem az időbeli sorrendiségtől függ,⁵² ez a rendelkezés tehát nincs tekintettel arra, hogy az elismerés államában hozott ítélet a származási állam területén hozott ítéletet időben megelőzi, vagy azt követően született. A Borrás-jelentés szerint a c) pont alkalmazása során különleges probléma állhat elő, ha az egyik ítélet a házasság felbontásáról, a másik különválásról szól. Ha egy bontó ítéletet kívánnak abban az államban elismertetni, ahol azonos felek házasságát érintően a különválásról született egy határozat, az elismerés nem tagadható meg az összeegyeztethetlenség alapján, hiszen a különélés a házasság felbontása előzményének tekinthető, így nem ellentétes a későbbi bontó ítélettel. Fordított esetben a különválást kimondó külföldi ítélet elismerését meg kell tagadni az összeegyeztethetlenségre hivatkozással. Ennek az értelmezésnek az előnye, hogy biztosítja a házastársak családi állapotának valamennyi tagállamban azonos módon történő értékelést. Így nem fordulhat elő olyan eset, hogy a házastársak az egyik tagállamban elváltnak, a másikban csak különélőnek minősüljenek.⁵³

A d) pontban foglalt rendelkezés olyan esetekkel foglalkozik, amelyekben a határozat, amelyet akár más tagállam, akár harmadik állam területén azonos felek között hoztak, két további feltételnek is megfelel: korábban hozták az elismerendő határozatnál, és megfelel az elismerés feltételeinek annak a tagállamnak a területén, amelynek területén az elismerést kérik.

A határozatok összeegyeztethetlenségét autonóm módon kell értelmezni. A Brüsszeli Egyezmény értelmezésére irányuló Hoffmann kontra Krieg ügyben hozott ítélet 22. pontja szerint elegendő, ha mindkét határozat részben olyan joghatásokkal bír, melyek kölcsönösen kizárják egymást. Így volt az ítélet szerint a bontó ítélet és a különélő házastárs tartására vonatkozó ítélet összeegyeztethetetlen. Az utóbbi ítélet már nem volt többé belföldön végrehajtható, mivel utólag a házasságot belföldön felbontották, hiszen a tartásra vonatkozó ítélet szükségszerűen feltételezte volna a házassági köteleket, amely már nem áll fenn.⁵⁴ Ebben az ügyben azonban az Európai Bíróság nem két személyi állapot változásának versengéséről döntött, hanem egy később bekövetkező státuszváltozás következményeiről, amely a tartásra nézve meghatározó.⁵⁵

⁵² SPELLENBERG i. m. 142–143.

⁵³ Borrás-jelentés Nr. 71.

⁵⁴ Horst Ludwig Martin Hoffmann kontra Adelheid Krieg C–145/86. sz. ügyben 1988. február 4-én hozott ítélet (European Court Reports 1988. 00645) 15, 18, 19, 22. pont

⁵⁵ SPELLENBERG i. m. 143.

Kitekintés

Az elkövetkező évek várható jogalkotási irányvonala először a 2005. március 14-i Zöld könyvben⁵⁶ rajzolódott ki, amelyet a házasság felbontásával kapcsolatos joghatósági kérdések és az alkalmazandó jog témakörében állítottak össze. A Zöld könyv 2. pontja rámutat egy problémára, miszerint a joghatóságot a Brüsszel-IIa. határozza meg jelenleg, az alkalmazandó eljárásjog a perbíróság joga, ezzel szemben az alkalmazandó anyagi jog az adott állam kollíziós normái szerint határozandó meg, amely normákban a tagállamok között nagy különbségek lehetnek. A különféle kollíziós normák és a joghatósági szabályok kombinációja a nemzetközi vonatkozású házassági ügyeknél számos problémához vezethet. Az egyes államok kollíziós normáinak eltérése és komplexitása miatt gyakran nehézé válik előre megjósolni, hogy az adott esetben melyik nemzeti jogot fogják alkalmazni. Ez különösen azokra az esetekre igaz, amelyekben a házastársaknak nincsen közös szokásos tartózkodási helye, illetőleg különböző állam polgárai. A probléma felmerülhet azoknál az azonos állampolgárságú házastársaknál is, akik különválnak és eltérő tagállamokban költöznek. A Zöld könyv szerint egyidejűleg kell biztosítani a jogbiztonságot és azt a rugalmasságot, amely a személyek szabad mozgásának garanciája lehet. Ennek figyelembevételével a kollíziós normákkal összhangban kell kialakítani a joghatósági szabályokat.

Mindezekre tesz kísérletet a jövőbeni ún. Róma-III rendeletre vonatkozó javaslat,⁵⁷ mely már nemcsak a joghatóság, elismerés, hanem az alkalmazandó jog és a joghatósági kikötés kérdését is érinti. Ám e javaslat szövege két irányba is növeli a házastársak autonómiáját: nagyobb teret enged mind a jog-, mind pedig a fórumválasztásnak. E megnövelt „játéktér” nem feltétlenül a házasság intézményének védelmét mozdítaná elő.

⁵⁶ Grünbuch über das anwendende Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen. 14.3.2005. KOM (2005) 82 endgültig, <www.europa.eu.int>.

⁵⁷ Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters. COM(2006)399 final.

– TANULMÁNYOK –

POSNER ÉS A JOG KÖZGAZDASÁGI SZEMLÉLETE*

BOTOS KATALIN
egyetemi tanár (PPKE JÁK)

Az utóbbi másfél évtizedben oly gyorsan változik a magyar társadalom és gazdaság szerkezete, hogy azt a jogalkotás alig-alig képes követni. A gazdasági tevékenységek jogi szabályozására a tervutasításos rendszerben nemigen volt szükség, s még kevésbé volt szükség a jog közgazdasági szemléletére. Az áruk és szolgáltatások árát is jobbra központilag állapították meg, piaci verseny nem alakulhatott ki, hiszen a gazdaság minden ágát nagy állami monopóliumok uralták, s a piacot a hiány jellemezte. Ez utóbbit vizsgálta Kornai János nagyszerű, 1980-ban megjelent „A hiány” című könyvében, amely heves vitákat váltott ki, ám a hazai gazdaság irányítására csekély hatást gyakorolt. Ezt követően egyesek foglalkoztak ugyan a jog és gazdaság összefüggéseivel,¹ törekvéseik azonban visszhang nélkül maradtak. Posnerre a hazai akadémiai körök csak 1990-et követően fordítottak nagyobb figyelmet, közülük – a teljesség igénye nélkül – mindenekelőtt Badó Attila, Cserne Péter, Pokol Béla és Tóth J. Zoltán publikációit említhetjük.²

A klasszikus jogágak mellett a múlt század második felében kezdtek megjelenni azok a jogszabályok, amelyek egyes, korábban monopóliumok uralta ágazati piacokon, s mindenek előtt a fizikai hálózatokon nyújtott szolgáltatások piacain folyó versenyt igyekeztek – a versenytörvényeket kiegészítve – az ágazat sajátosságait figyelembe véve tisztességes mederbe terelni. Ezekben a jogszabályokban szükségszerűen tükröződnek a gazdasági megfontolások, sőt éppen ezek azok, melyektől a jog nem vonatkoztathat el, ha a társadalmi és gazdasági fejlődést kívánja szolgálni.

* A szerző köszönetet mond dr. Könyves Tóth Pálnak észrevételeiért és a szerkesztést segítő közreműködéséért.

¹ HARMATHY A.–SAJÓ A. (szerk.): A jog gazdasági elemzése. Budapest, 1984.

² RICHARD A. POSNER: A jog gazdasági megközelítése (fordította Badó Attila). In *Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések*. Miskolc: Prudentia Juris, 1996.; CSERNE PÉTER: Gazdaság és jog viszonya a marxista jogelméletben és a jog gazdasági elemzésében: néhány kritikai szempont. *Jogelméleti szemle* 2003/4.; TÓTH J. ZOLTÁN: Richard Posner és a gazdasági jogelmélet. *Jogelméleti Szemle* 2004/1.; POKOL BÉLA: Posner gazdasági jogelmélete. *Jogelméleti Szemle* 2000/3.

A jog és közgazdaság összefüggéseit, egymásra gyakorolt hatásait, ezek mechanizmusát és következményeit számos jogász, közgazdász és szociológus tanulmányozta, közülük azonban kiemelkedik Richard Allan Posner (1939). Hihetetlenül gazdag munkássága során temérdek cikket és könyvet írt. Pályája kezdetétől fogva egyetemeken oktatott, s ezt mindmáig teszi, 1969 óta mint szenior oktató a Chicagói Egyetem Jogi karán. 1981-ben nevezték ki az Amerikai Egyesült Államok Hetedik Körzete Fellebbviteli Bíróságának tagjának, melynek 1993 és 2000 között elnöke volt.

Posner korunk egyik, ha nem a legkiemelkedőbb és legnagyobb hatást kiváltó, a jogi szakirodalomban legtöbbször idézett jogtudósa. Termékenységre mi sem jellemzőbb, mint hogy szerzője vagy társszerzője több tucat könyvnek, több száz cikknek és recenzióknak, továbbá mintegy kétezer bírósági szakvéleménynek. 1973-ban megjelent könyve a jog közgazdasági elemzéséről³ utat nyitott e tárgykör máig virágzó tudományos művelésének. Mindazonáltal nem tartozik a szakbarbárok közé. A legkülönbözőbb témákkal foglalkozott, többek között retorikával, Kafkával, az AIDS-szel, az eutanáziával, irodalomelmélettel stb., s talán könnyebb lenne számba venni, mi az, amivel nem.

Mint minden úttörőt, Posnert is legalább annyian támadják, mint dicsérik. A magunk részéről arra szorítkozunk, hogy néhány kiemelkedő cikke⁴ alapján felvázoljuk azokat a gondolatait, melyek a gyakorló és a leendő jogászok felfogását (mentális attitűdjét) kedvező irányba terelhetik.

Posner azonban, bármennyire is őt tekintjük a jog közgazdasági megközelítése atyjának, mégsem volt minden előzmény nélküli. Learned Hand bíró például már 1947-ben és azt követően meghonosította a kártérítési jog közgazdaságtani szemléletét.⁵ Ronald Coase-nak (Nobel díj, 1991) a társadalmi költség kérdéséről⁶ és Guido Calabresi-nek a kockázat megosztásról és a kártérítési jogról írt cikke⁷ ösztönözte arra, hogy a versenyjogi esetek pusztán jogi vonatkozásain túl azokat, majd egyéb jogágakat is közgazdasági szempontból vizsgáljon. Ő és mások elsőként a gazdaságra közvetlenül ható jogot elemezték: a társasági jogot, az adójogot és a versenyjogot. E téren folytatott munkásságuk során azonban világossá vált, hogy a közgazdaságtan át- meg áthatja az anyagi és az eljárásjog gyakorlatilag valamennyi ágát, sőt az alkotmányjogot is.

Az angol nyelvű szakirodalomban a tárgykör megnevezése „law and economics”, tükörfordítása „jog és közgazdaság” helyett a magyar cikkekben és tanulmányokban

³ Economic Analysis of Law. (Magyarul: A jog gazdasági megközelítése (fordította Badó Attila). In *Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések*. Miskolc: Prudentia Juris, 1996.

⁴ E cikkek az alábbi, Posner közgazdasági esszéinek válogatott gyűjteményét tartalmazó kötetekben jelennek meg: *The Economic Structure of the Law*. 2000. (hivatkozva: *Str*); *The Economics of Private Law*. 2001. (hivatkozva: *Priv*); *The Economics of Public Law*. 2001. (hivatkozva: *Publ*). Kiadójuk: Edward Elgar Publishing Limited, UK. Magyar fordításait a Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Karának hallgatói készítették.

⁵ Billings Learned Hand (1872–1961) egyike volt Amerika leghíresebb bírának, s bár elkötelezett szószólója volt a véleménynyilvánítás szabadságának, az emlékezet leginkább a kártérítési jog közgazdasági szemléletének megteremtésére irányuló munkásságát őrizte meg.

⁶ The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, (1960) v. 3, n°1. 1–44,

⁷ Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal*, 1961.

többnyire „a jog közgazdasági megközelítése” terminust használják, bár találkozunk a jog közgazdasági elemzése vagy szemlélete kifejezéssel is.

A jog közgazdasági megközelítése

A közgazdaságtant úgy foghatjuk fel, mint az ésszerű döntések tudományát a szűkös erőforrások világában. Posner olvastán azonban hamar meggyőződhetünk arról, hogy ez az ésszerűség a tényleges piaci műveleteken túlmenően megfigyelhető az emberi viselkedés egyéb megnyilvánulásaiban is, sőt annak legáltalánosabb és legerősebb jellemzője. Az ember ugyanis önös érdekeitől vezetettve jólétének ésszerű maximalizálására törekszik, s ha törekvése olyan exogén korlátokba ütközik, amelyekkel őt a jog és a jog megsértését követő szankciók veszik körül, úgy ezek megváltozására adott magatartásbeli válasza előre megbecsülhető.

Posner ezt a közgazdaságtan három alapvető elvének az emberi viselkedésben is megfigyelhető érvényesülésével így magyarázza:

- a lefelé hajló keresleti görbe elve (a csökkenő ár nagyobb kereslethez vezet) az emberi viselkedésre is jellemző, s a jogi szankciók úgy tekinthetők, mint a jogsértő magatartás árai;
- az alternatív vagy használdozati költség (opportunity cost) elve, amely bármilyen emberi tevékenységre is alkalmazható, hiszen ha egy erőforrásunkat már valaminek a megszerzésére fordítottuk, azt más, számunkra hasznos dolog megszerzésére nem használhatjuk fel;
- az önkéntes csere elve pedig az embert arra ösztönzi, hogy erőforrásait a számára legtöbb hasznot hozó dologra fordítsa, s ez kétségtelenül igaz a jogeszközökben rögzített jogosultságokra is.

Az ember tehát mint „homo sapiens” egyúttal „homo economicus”, vagyis viselkedését az értelem, s ezen belül a gazdasági racionalitás jellemzi, melynek következménye a jóléte maximalizálására irányuló törekvés. E racionalitás – kivéve az ésszerű mérlegelést nélkülöző, hirtelen felindulásból elkövetett cselekményeket – megfigyelhető az emberek jogkövető magatartásában. Ha ugyanis valamely cselekményre vonatkozóan a jog szankciót (büntetést) helyez kilátásba, ez nyilvánvalóan befolyásolja döntését, s minél súlyosabb következményei vannak tettének, annál inkább fog tartózkodni annak előre megfontolt szándékkal való elkövetésétől. Döntését persze egyrészt erkölcsi felfogása⁸ is befolyásolja, másrészt annak valószínűsége, hogy tetteire fény derül-e vagy sem. Ez utóbbi a nyomozással és ellenőrzéssel megbízott szervek vagy személyek tevékenységének hatékonyságától is függ, s ha ez csekély, akkor a kilátásba helyezett szankciók ellenére is magas lesz a jogsértések száma (lásd például a potyautas kérdéskörét a tömegközlekedésben vagy az adó- és járulékfizetésben).

Posner szerint a közgazdaságtant a jogrendszer és az általa szabályozott magatartásformák tárgyilagos tanulmányozására kell felhasználnunk. A büntetőjog közgazdasági szemlélete például segíthet megérteni és megjósolni, hogy a különféle büntetési

⁸ Law and economics is moral. (1990) In *Str.* (Fordította: Tarr Krisztina)

tételek milyen hatással lesznek a bűnözők viselkedésére, s így kiválasztható az a szankció, amely valószínűleg a leginkább elriaszt valamely bűncselekmény elkövetésétől.

Az ésszerű maximalizálás

Az, hogy az ember piaci körülmények között ésszerű maximalizálóként viselkedik, nem szorul különösebb igazolásra, akár axiómaként is szolgálhat. Ha azonban a nem piaci tevékenységeket is úgy tekintjük, melyeknek ára van, s ezt az árat e tevékenységek jogszabály által rögzített következményeként fogjuk fel, úgy az ember e tevékenységekkel kapcsolatos döntéseiben is ésszerű maximalizálóként fog viselkedni. A jog közgazdasági szemlélete tehát hozzásegítheti a jogalkotókat és a bíróságokat a nem kívánt emberi viselkedés ellenszerének helyes és hatékony megválasztásához.

A jólét maximalizálásának, mint az emberi viselkedést vezérlő elvnek az alkalmazását számos kritika érte és éri, melyekre Posner reagál ugyan,⁹ az aggályokat azonban teljes mértékben eloszlatnia azonban nem sikerül. E tekintetben inkább jobboldalról beszélhetünk, mint tételes jogról, vagy annak alkalmazását egzakt módon mérhető hatásairól.

Az egyéni döntés akkor optimális, döntésével akkor maximalizálja ténylegesen egyéni jólétét, ha ésszerű választása teljes körű tájékozottságon alapszik, amire legfeljebb csak törekedhet, de – objektív okok és időbeli korlátok miatt – el nem érheti. Posner ellenérve, hogy ha az egyén döntése nem optimális, úgy az egyén kudarcot vall, s az annak tulajdonítható, hogy valamely jellemzője következtében a csere mégsem lehetett önkéntes, vagy egyes, bizonytalanság közepette hozott *ex ante* döntések szükségszerűen rosszul sülték el. Az *ex post* minősítés viszont nem feltétlenül teszi az *ex ante* döntést ésszerűtlenné.

A jólét maximalizálását célzó döntést – így a második fő ellenérv – korlátozza a jólét tényleges eloszlása, mert ha az igazságtalan, a jólét maximalizálása azt állandósíthatja. Posner szerint, miközben maga is úgy véli, hogy a jólét maximalizálása az egyéni produktivitáson alapszik, ez nem kényszerítheti a produktív egyéneket a társadalom improduktív tagjai támogatása költségeinek a viselésére.

A harmadik súlyos kritika, hogy a jólét maximalizálása nem gondoskodik az elidegeníthetetlen jogokról, lehetővé téve az önkéntes döntést, függetlenül attól, mennyire embertelen. Posner egyetért azzal, hogy ez korlátozza a jólét maximalizálásának, mint politikai felfogásnak az alkalmazását, de megjegyzi, hogy az alkotmányos jogok az egyéni döntéseket azokra korlátozzák, amelyeket a társadalom humánusnak tekint. Hite szerint a jólét maximalizálásának elve teljes körűen alkalmazható mindazokra a döntésekre, melyeket a jogrendszer keretein belül kell meghozni.

Posnernek a jólét maximalizálására vonatkozó elmélete e kritikák ellenére jelentős hatást gyakorolt a közmegegyezésen alapuló politizálásra, a jogalkotásra és -alkalmazásra egyaránt.

⁹ Wealth maximization revisited. (1985) In *Str.*

A bírói jogalkotás érdekcsoport-elmélete

A jogalkotás érdekcsoport-elmélete szerint a jogalkotó annak az érdekcsoportnak adja el a jogszabályt, vagyis a jogszabállyal annak a csoportnak kedvez, amely ezért néki a legjobb ajánlatot teszi. Szerzőtársával együtt írt cikkében¹⁰ – bár nem vonja kétségbe a bíróság politikai függetlenségét, s még kevésbe tekinti a bíróságot egy érdekcsoport ügynökének – a bíróságot is az érdekcsoportok által befolyásolt politikai rendszer lényeges elemének tekinti. A bíróságot adott esetben az esetre vonatkozó jogi rendelkezések kötik, s ha ezekben így vagy úgy csoportérdekek tükröződnek, a bíróság – ha ezeket a rendelkezéseket megalkotójuk szándékával összhangban értelmezi – mégiscsak a csoportérdekek szerint határoz. Tekintettel viszont arra, hogy a jogalkotó a választási ciklusokkal együtt változik vagy változhat, a határozatok nem feltétlenül lesznek összhangban az éppen hatalmon lévőköt támogató csoportok érdekeivel.

A bíróságok viselkedését Posner a nonprofit vállalkozásokéhoz hasonlítja. Termékük a semleges igazságszolgáltatás, melynek „árát” versenypiaci körülmények nem befolyásolhatják, nem beszélve arról, hogy a társadalom aligha vásárolná az „igazságot” profitérdekelt vállalkozástól, s nem bízna meg e szolgáltatásokkal választott tisztviselőket, akik olykor hajlamosak tevékenységüket a politika szolgálatába állítani.

A közgazdasági szemlélet főbb jellemzői

Posner cikkeiben újra meg újra megfogalmazza ugyanazokat a gondolatokat, főleg miközben a kritikákra vonatkozó ellenérveit sorakoztatja fel. Ezek egyikében¹¹ számba veszi a jog közgazdasági szemléletével kapcsolatos kutatások főbb megállapításait, amelyek azért is megszívlelendők számunkra, mert alátámasztják e diszciplína meghonosítását a jogászképzésben és továbbképzésben.

Legfontosabb megállapítások:

1. A jogi eljárás résztvevői ténylegesen úgy viselkednek, mint ésszerű maximalizálók. A bűnözők, a szerződő felek, a gépjárművezetők, a bűnüldözők és más jogalanyok, továbbá a jogi eljárás egyéb érintettjei a jogrendszerhez mint elégedettségük intelligens (de nem mindentudó) maximalizálójaként viszonyulnak. Az átlagos fogyasztókhöz hasonlóan úgy takarékoskodnak, hogy kevesebbet vásárolnak azokból a jóságokból vagy szolgáltatásokból, melyeknek az ára emelkedik, és többet azokból, melyek ára csökken. Kétségtelen, a „jóság” és az „ár” értelmezése a jog gazdasági elemzésében szokatlan, s ez a közgazdászokat is visszatartotta attól, hogy jogot közgazdaságtani módszerekkel elemezzék, holott a „jóság” lehet egy bűnöző büntette vagy egy jogaiban sértett felperes kihallgatása, az „ár” pedig egy börtönbüntetés (a büntett elkövetése a tettest büntető határozat megállapítása valószínűségével leértékelve), vagy a bírósági eljárásra várók sorállása.

¹⁰ W. M. LANDES–R. A. POSNER: The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective. *Journal of Law and Economics*, 1975.

¹¹ The Economic Approach to Law. (1975) In *Str.* (Fordította: Kántor Bence Barnabás)

2. A jogrendszert – tanait, eljárásait és intézményeit – erősen befolyásolja a gazdasági hatékonyság fokozását célzó törekvésekkel kapcsolatos (inkább implicit, mint explicit) aggodalom. A tulajdonjogi és felelősségi szabályok, a jogviták rendezését célzó eljárások, a jogi kényszer alkalmazásának korlátai, a kártérítés kiszámításának és a bírósági végzés tartalmi meghatározásának módszerei, valamint a jogrendszer egyéb fontos elemei mind-mind úgy foghatók fel, mint amelyek az erőforrások hatékony elosztását célozzák. A jog logikája Posner szerint lényegében közgazdasági logika, még ha ez az elméleti jogászok véleménye szerint nem más, mint egy, a jogtól idegen szakterület művelőinek kísérlete arra, hogy területüket elorozzák tőlük. E kutatások jelentős pedagógiai értékű mellékterméke, hogy több alapvető jogi fogalomhoz pontos közgazdasági értelmezést nyújt. Ilyen például a kockázatvállalás, a pszichológiai károsodás – mint a kártérítési jog egyik kategóriája – a kártérítés szerződésben kikötött elvárás elmaradásáért, vádalku és a választási lehetőség a kártérítés vagy a bírósági végzés között.
3. A közgazdasági elemzés segíti a jogrendszer reformjának előkészítését a jogrendszernek azokon a területein, ahol a hatékonysági követelmények nem, vagy nem eléggé érvényesülnek. A közgazdászok feladata javaslatokat tenni olyan változtatásokra, melyek a rendszer hatékonyságát növelik. Az természetesen nem a közgazdász *mint* közgazdász dolga, hogy – konfliktus esetén – eldöntse, egyéb értékek rovására a hatékonyságnak kell-e elsőbbséget adni.
4. A jogrendszer kvantitatív elemzése felettébb hasznos annak fejlesztése szempontjából, s jöllehet ez megelőzte a közgazdászoknak a rendszer iránt tanúsított érdeklődését, a közgazdászok jelentősen megemelték a jogrendszer kvantitatív vizsgálatának terjedelmét. Ezek az elemzések mindenekelőtt statisztikai jellegűek, s a közgazdászok statisztikai tanulmányainak minőségükkel súlyozott mennyisége messze felülmúlta a nem közgazdászok munkáit. Ez egyrészt abból fakadhat, hogy a kvantitatív elemzés modern módszereit tekintve a közgazdászok képzetebbek, mint más társadalomtudósok, másrészt, úgy látszik, találékonyabbak a jogrendszer vizsgálatára alkalmas statisztikai módszerek kiválasztásában és alkalmazásában, és érzékenyebbek a statisztikai adatokból levonható következtetésekből adódó kvalitatív problémákra.

A fenti megállapítások eléggé meggyőzőek ahhoz, hogy a közgazdaságtannak a jogi oktatásban és kutatásban jelentős szerepet tulajdonítsunk. Posner idézve: „A joghallgató ismereteinek ki kell terjednie a közgazdaságtan olyan fejezeteire, mint például a tisztességes piaci verseny, a szabályozott iparágak, a fogyasztó- és a környezetvédelem, a vállalkozásfinanszírozás és a nemzetközi kereskedelem szabályozása. Az a versenyipiacal vagy iparági szabályozással foglalkozó hallgató, amelyik nem érti az olyan közgazdaságtani fogalmakat, mint monopólium és monoposzónium, oligopólium, árdiszkrimináció, ‘potyautas-probléma’, domináns vállalkozás, a kereslet és kínálat törvényei [...], nem fogja érteni és még kevésbé tudja majd alkalmazni az e területre vonatkozó jogpolitikai elveket. Ugyanez áll a környezetvédelmi jogot tanulmányozó hallgatóra, aki nincs tisztában az externáliák fogalmával (Coase tételéről nem is beszélve), vagy a vállalkozásfinanszírozást választó társára, aki nem fogja fel a kockázat és a megtérülés között fennálló pozitív korreláció jelentőségét. [...]”

A kártérítési jog közgazdasági szemlélete

Azt ugyan mindannyian magától értetődőnek tartjuk, hogy ha kárt szenvedünk, azt a károkozónak számunkra meg kell térítenie. Felettből vitatott kérdés, hogy mekkora a kár, melynek megítélésében az ellenérdekű felek, a károsult és a károkozó, aligha tudnak megegyezni, még ha mindketten igyekeznek is a kártérítési jogszabályoknak az adott esetre vonatkozó rendelkezései szerint viselkedni. Legtöbbször ezért bírósági eljárásra kerül sor, melyben az eljáró bíró – elvileg függetlenül és pártatlanul értelmezve a vonatkozó rendelkezéseket – határozatban állapítja meg a kártérítés mértékét.

Posner és szerzőtársa a kártérítési jog pozitív közgazdaságtani elméletéről értekezve¹² felvázolják a kártérítés közgazdasági modelljét, melynek változói nemcsak a káresemény közvetlen költsége, hanem olyan költségek is, mint a káresemény elkerülésének, vagyis megelőzésének költsége, továbbá a jogrendszer adminisztratív költségei. A károsultnak okozott kár externáliaként fogható fel, mint egy olyan költség, amelyet az önkéntes piaci ügyleteken kívül eső harmadik félnek kell viselnie. A kártérítési jog közgazdasági modellje arra a kérdésre adhat választ, vajon a károsult a káresemény költségeit milyen mértékben internalizálja. A gondatlansági elmélet szerint¹³ a károkozó köteles a teljes kárt megtéríteni, ha annak elkerülésére nem fordított elvárható mértékű gondot. Ha ez utóbbit, vagyis a gondosság elvárható mértékét pontosan állapították meg, mind a károkozóra, mind pedig a károsultra alkalmazható az iménti szabály: a károkozóra, mert teljes kártérítésre köteles, ha ezt a mértékét nem teljesítette, és a károsultra is, mert egyensúly esetében övé a felelősség (vagyis a káresemény teljes költsége őt terheli), hiszen a károkozó a káresemény elkerülésére elvárható és ésszerű gondot fordított.

A modell feltételezi, hogy a káresemény érintettjei a várható haszon maximalizálására törekszenek, és mind a károkozó, mind a károsult kockázatsemleges, továbbá egymás számára teljesen idegenek, vagyis a káreseményt megelőzően nincs költséghatékony alkalmuk egymással önkéntes szerződést kötni. A modell megkülönbözteti a közös gondosságot, amikor az az optimális (és tegyük hozzá: elvárható) mindkét érintett részéről, ha elővigyázatos, és az alternatív gondosságot, amikor az elővigyázatos viselkedés csak az egyik, vagy a másik érintettnek optimális. A modell értékeli továbbá a gondosság mértékét, melyet az érintett a cselekmény végrehajtása során tanúsít, a cselekmények szintjét és mennyiségét egyaránt. Ez az utóbbi azért is fontos, mert a gondatlansági elmélet mindkét érintettet arra ösztönzi, hogy hatékony elővigyázatossággal járjon el, de nem ösztönzi a károkozót cselekménye szintjének csökkentésére, még ha ez lenne a társadalom számára a leghatékonyabb megoldás.

E cikk azért is érdekes, mert hivatkozik a nálunk alig ismert Hand-formulára, amely precízen – matematikai képletet adva rá – meghatározza, hogy a gondatlanságból okozott kár esetében pénzbeli kártérítési kötelezettséget csak akkor lehet kiróni,

¹² The Positive Economic Theory of Tort Law. (co-author: William M. Landes, 1982) In *Priv.* (Fordította: Bart István és Gurbán Györgyi)

¹³ A Theory of Negligence. (1972) In *Priv.*

ha a károkozás megelőzésének terhe (B) nem haladja meg a kár nagyságának (L) és bekövetkezése valószínűségének (p) szorzatát ($B < p \times L$).

A szerzők e cikkükben a mikroökonómiában használatos matematikai módszerekkel is élnek, s ezért csak azok a jogászok képesek megérteni és gyakorlatukban alkalmazni, akik e tárgyat joghallgatóként nemcsak a vizsgakövetelmények teljesítése kedvéért tanulták.

A jólét maximalizálása és a kártérítési jog

Posner – miközben filozófiai vizsgálatnak veti alá a jólét maximalizálására irányuló törekvéseket a kártérítési jogban¹⁴ – a félreértések elkerülése végett ismételtelen leszögezi, hogy mit ért a jólét maximalizálásán: azt a törekvést ugyanis, amely valamennyi jószág és szolgáltatás aggregált értékének a növelésére irányul, függetlenül attól, hogy adás-vételük formalizált piacon meg végbe, mint a gazdasági javaké és szolgáltatásoké, avagy nem. Utóbbiak sora kimeríthetetlen, és felöleli az élet olyan területeit, mint a szabadidő eltöltése, a család, a fájdalmak és a szenvedés kerülése, az érzelmek világa stb. A jólétnek a pénzzel nem mérhető, sőt pénzzel meg sem vásárolható dimenziói különös hangsúlyt érdemelnek azok számára, akik úgy gondolják, a közgazdászokat más sem érdekli, mint a piac, s piacon megjelenő áruk és szolgáltatások. Ez a mindent magában foglaló vagyon, bármennyire is tökéletlen a meghatározása, a társadalmi jólét mértéke. Emellett szól az az érv is, hogy a jólét, független a tulajdonosi jogok birtoklásától és – minthogy ezek a jogok a jólét forrását képezik – a jólét személyek közötti megosztásától. A kártérítési jogból vett példával illusztrálva: a tiszta levegő és víz iránti igény aszerint változhat, hogyan tesszük fel a kérdést: hajlandó-e a szennyezés érintette eladni ezt a jogát a szennyezőnek az utóbbi által ajánlott áron vagy ő ajánlja fel, hogy e jogot megvásárolja a szennyezőtől ez utóbbi által elfogadott áron.

A jólét maximalizálása a kártérítési jogban Posner szerint összeegyeztethető legalább öt, általa e szempontból röviden taglalt erkölcsi vonatkozású elmélettel, úgymint a Pareto-hatékonysággal, az utilitáriánizmussal, Arisztotelésznek a korrektív igazságszolgáltatásról vallott felfogásával, a kanti deontológiával és egalitáriánizmussal. Szerinte ezért: „[...] ha a kártérítési jog vezérlő elve a jólét maximalizálása, úgy ez minden bizonnyal megfelel társadalmunk legnagyobb hatású erkölcsi hagyományainak.”

A szerződéses jog gazdaságtana

A szerződéses megállapodások tág teret kínálnak a jog közgazdasági szemléletének, hiszen a szerződő felek mindegyike a szerződés tárgyát képező érték maximalizálására törekszik. A polgári jog vonatkozó rendelkezéseinek alkalmazása a szerződés megkötése során egyrészt elősegítik a megállapodás létrejöttét, másrészt meghatározzák azokat a szabályokat, amelyek a szerződésben vállalt kötelezettségek teljesítésének elmaradása vagy hibás teljesítése esetén követhetők.

¹⁴ Welth Maximization and Tort Law: A Philisophical Inquiry. (1995) In *Priv.* (Fordította: Staviczky Péter)

Posner különös figyelmet szentel az ún. ingyenes ígéretek gazdaságtanának.¹⁵ A közgazdászok ugyanis hajlamosak a szerződés megkötését és a szerződésben vállalt kötelezettségek kikényszerítését a cserefolyamat részeként tekinteni, mely folyamatban a javak és szolgáltatások használati értéke növekszik. A jog, legalábbis az angol-amerikai jog szerint az ígélet nem kikényszeríthető, hacsak nem áll mögötte valamiféle „meggondolás”, vagyis az ígéletért cserébe valamiféle érték (jóság, pénz, egyéb ígélet stb.) elvárása a jövőben.

Az ingyenes ígélet legalább két gazdaságtani kérdést vet fel. Az egyik: miért tesznek egyáltalán ilyen ígéletet a gazdaság ésszerűen viselkedő szereplői. A másik: közgazdasági szempontból mikor és hogyan lehet teljesítésüket jogi eszközökkel kikényszeríteni.

Az első kérdésre csábító az a válasz, hogy az ingyenes ígélet mögött az egymástól kölcsönösen függő szolgáltatások húzódnak meg. Minthogy a családtagoknak tett ígéretek (ha megtartják), növelik a család jólétét, a kölcsönösség magyarázatot ad a családon belüli ajándékozásra. Általában pedig az ingyenes ígélet, már amennyire az ígélettevő végrehajtja az ígért cselekményt, számára hasznos, s haszna nagyobb, mint az ígért cselekménye. Ez a megállapítás szinte tautológikus, hiszen ki tesz ígéletet anélkül, hogy az neki hasznot ne hozna. A legérdekesebb kérdés: ezt hogyan teszi. Posner szerint úgy, hogy növeli egy, a jövőben teljesítendő pénzbeli ígélet jelenértékét.

Tekintsük például azt az esetet, mikor *A* ígéletet tesz arra, hogy *B*-t húsz éven át évente valamekkora pénzüsszeggel támogatja, melynek értéke *B* számára az évente ígért összeg diszkontált jelenértéke. A jelenérték meghatározásakor *B* annak valószínűségével is számol, hogy a jövőben *A* esetleg felhagy a támogatás megfizetésével. Ez a jelenérték *B* értékelése szerint – *A* megbízhatóságától, jövedelmezősége stabilitásától stb. függően – igen csekély lehet, esetleg nem több, mint az első évben átutalt összeg. Ez az összeg *B* számára ténylegesen nagyobb, ha *A* biztos abban, hogy ígéletét húsz éven át teljesíteni fogja, bár ezt *B* nem tudja, vagyis *A* és *B* informáltsága aszimmetrikus. Ha viszont *A* – ezt az információs aszimmetriát megszüntetve – egy rá nézve jogilag kötelező ígéletet tesz, hiszen biztos annak teljesítésében, az ígélet jelenértékét *B* megnöveli, s ez *A*-nak semmiféle költséggel sem jár. Az ingyenes ígéretek teljesítésének kikényszeríthetősége tehát a társadalmi jólét nettó növekedését eredményezi.

Egy másik, a szerződéses jogról írt cikkében Posner és szerzőtársa a lehetetlenülést és az azzal kapcsolatos doktrínákat elemzi közgazdasági szempontból.¹⁶ Ha ugyanis a szerződés teljesítése olyan okból nem teljesíthető, amelyért egyik fél sem felelős, a szerződés megszűnik. Ez az ok lehet a szerződés teljesítésének

- lehetetlenülése (a szerződéses kötelezettség fizikailag lehetetlenné válik),
- céljának meghiúsulása (a teljesítés fizikailag lehetséges, de a szerződés célja elérhetlenné válik), és

¹⁵ Gratuious Promises in Economics and Law. (1977) In *Priv.* (Fordította: Szabó Sarolta)

¹⁶ Impossibility and Related Doctrines in Contract Law. (Co-author: A. M. Rosenfield, 1977) In *Priv.* (Fordította: Medve Richárd)

- célszerűtlensége (a teljesítés lehetséges és a szerződés célja elérhető ugyan, de előre nem látható esemény bekövetkezése miatt teljesítése a tervezettnél sokkal költségesebb).

Mindhárom ok közgazdasági logikára épül, s mindhárommal kapcsolatban ugyanaz a kérdés: melyik szerződő fél viselje a veszteséget vagy kárt, ha valamely esemény miatt az egyik fél kötelezettségének teljesítése gazdaságilag haszontalanná válik. A megoldandó probléma tehát: melyik félhez rendeljük a kár kockázatát.

A szerződéses jog célja, hogy csökkentse a szerződéskötést megelőző tárgyalások költségét olyan rendelkezésekkel, melyeket a felek (a vevő és az eladó) egyébként is szerződésbe foglaltak volna, vagy kellett volna foglalniuk. A felek jólétük ésszerű maximalizálására törekcszenek, következésképpen a szerződéses jognak is ezt a törekvést, tehát a gazdasági hatékonyságot kell szolgálnia. Ezért a szerződés megszűnése csak akkor megengedhető, ha a vevőnek nagyobb a kockázatviselő képessége. Ha azonban az eladó kockázatviselő képessége a nagyobb, vagyis jobb helyzetéből adódóan megelőzheti a kár bekövetkezését vagy biztosíthatja magát bekövetkezésének esetére, a teljesítés elmaradását szerződésszegésnek kell tekinteni. Azt pedig, hogy melyik félnek nagyobb a kockázatviselő képessége, a kockázat elemzésén és a kár minimalizálására vagy diverzifikálására fordított költségeken kell alapulnia. A kockázatelemzés során meg kell becsülni a kár bekövetkezésének valószínűségét és az esetleg bekövetkező kár nagyságát.

Az örökbefogadás gazdaságtana

Sokan még a gondolatát is elvetik annak, hogy a családra vonatkozó jogszabályokat közgazdasági elemzés tárgyává tegyék. Posner azonban kítartóan és meggyőzően érvel amellet, hogy a közgazdaságtani elemzés eszköztára eredményesen alkalmazható a családjog szinte valamennyi területén és különösen az örökbefogadásra vonatkozó jogszabályokra.

Az örökbe fogadható gyermekek száma (kínálata) messze alatta marad a gyermeket örökbe fogadni kívánók számának (kereslet). Szerzőtársával együtt elemezve az örökbefogadás gyakorlatát és eseteit arra a következtetésre jut, hogy az örökbefogadás folyamatát jobban megérthetjük, ha azt mint piaci folyamatot vizsgáljuk.¹⁷ E cikket heves kritika fogadta, egyesek leginkább azért, mert véleményük szerint a szabad gyermekpiacot támogatja. Posner e kritikákra válaszolva és a félreértéseket eloszlatva leszögezi, hogy e kényszer-szülte feketepiac létezik, s visszaszorítása csak az örökbefogadással kapcsolatos jog közgazdasági szemléletű megváltoztatásával lehetséges.¹⁸

A feketepiacról eltekintve az örökbe fogadható gyermeket az örökbefogadók többnyire közvetítő ügynökségek útján választják ki, tekintélyes nagyságú összeget fizetve a közvetítő szolgáltatásáért. Ez az összeg elvileg ugyan csak a közvetítés során felmerült költségterítéssel arányos, gyakorlatilag annyi, amennyit az örökbefoga-

¹⁷ The Economics of the Baby Shortage. (Co-author: Elisabeth M. Landes, 1978) In *Priv.*

¹⁸ The Regulation of the Market in Adoptions. (1987) In *Priv.* (Fordította: Mina András)

dóból ki lehet préselni, aki többnyire egyébként is elvész a vonatkozó jogszabályi rendelkezések labirintusában. A gyermekáru-piacnak ez a „törvényes” formája tehát létezik, s e mechanizmus részleges deregulációjával megszűnne az örökbe fogadható gyermekek hiánya. Az egyéb termékpiaconhoz hasonlóan az örökbefogadási piacon is kialakulna a piactisztító egyensúly, a gyermekek iránti kereslet közeledne kínálatukhoz, mely folyamatot a jelenleg hatályos jog hátráltatja.

Az ellenérvek egyike szerint a deregulációval olyan magas árak alakulnának ki, hogy csak a gazdagok fogadnának örökbe. Posner azonban ezt azzal veri vissza, hogy a piaci verseny hatására – mint minden más piacon – csökkennének az árak. Mások a gyermek jólétével kapcsolatos aggodalmukat hangoztatják. Ezeket – így Posner – éppen olyan deregulációval lehet eloszlatni, amely a gyermek érdekeit messzemenően érvényesíteni képes.

A személyes szféra gazdaságtana

Az amerikai szóhasználatban a ‘privacy’ általában a magánélet, a személyes szféra védelmét jelenti, ami meglehetősen tág fogalom. Posner ezért a fogalomhoz három különböző jelentést társít, melyek rendre: a titok, az elkülönülés és az autonómia, s közülük többnyire az elsőre fordítja figyelmét.¹⁹ A hazai szakirodalomban ezt általában a személyes adatok védelemével azonosítják, s ez akkor tekinthető helyesnek, a személy fogalmába beleértjük mind a természetes, mind a jogi személyeket és a jogi személyiséggel nem rendelkező jogalanyokat is, akiket vagy amelyeket a továbbiakban érintettnek vagy adatalanyoknak nevezünk.

Az érintett joga, hogy személyes adataival rendelkezék, amit rendszerint jogszabály korlátozhat. Joga van tehát adatait feltárni és visszatartani vagy eltitkolni. A személyes adatokkal kapcsolatban Posner az adatok eltitkolásához és megismeréséhez egyaránt költséget, árat rendel, s így ezeket gazdasági értelemben is jószágnak tekintti. A személyes adat értéket képvisel mindannak, akit érint, mind annak, aki azt meg akarja ismerni. E tárgykör alapos elemzése különösen időszerű napjainkban, amikor a személyes adatokat a közvetlen üzletszerzéssel foglalkozó vállalkozások tömegesen vásárolják, majd azokat főbb jellemzőik szerint csoportosítva e jellemzőknek megfelelően kiválasztott termékekről reklámokat küldenek a célzott fogyasztói körnek.

A személyes adatok birtokában az érintett akár meg is zsarolható. Posner szembeáll számos közgazdászunkkal a felfogásával, amely a zsarolást egy önkéntes ügyletnek hasonlítja. Az ügylet lényege: a zsaroló eladja az érintettnek azokat a személyes adatait, amelyeknek a közzétételét nem kívánja, melyeket „bármilyen áron” meg akar tartani magának.²⁰ Posner legfőbb érve, hogy a zsarolás inkább csökkenti, mint maximalizálja a társadalmi jólétet, s legjobb esetben is csupán az áldozattól a zsarolóhoz való érték-átcsoportosítás.

¹⁹ The Right of Privacy. (1978) and The Economics of Privacy. (1981) In *Priv.*

²⁰ Blackmail, Privacy, and Freedom of Contract. (1993) In *Priv.* (Fordította: Erdődy János)

A jogalkotás és az alkotmány közgazdaságtana

A jogalkotó szándéka és e szándékot rendelkezéseiben rögzítő jog értelmezése nem mindig egyezik, s ez számos, egymással versengő jogelméleti felfogásnak is tárgyát képezi. Posner közjoggal foglalkozó tanulmányaiban irányt kíván mutatni a bíróságoknak, hogyan értelmezzék a jogszabályi rendelkezéseket. Az értelmezés ugyanis a jogalkotás lényeges velejárója, mert a jogszabály mindaddig nem érvényesül, ameddig nem értelmezik.

E kérdést vizsgálva Posner taglalja a jogalkotás legújabb elméleteit:²¹

- a közérdekelméletet, mely szerint a jog korrigálja a piac hibáit;
- az érdekcsoport-elméletet, mely szerint a szervezett érdekcsoportok olyan jogszabályokat eszközölnek ki, melyek amorális újraelosztáshoz vezetnek;
- a jogalkotói folyamat elméletét, amely e folyamat struktúráját (pl. a kétkamarás törvényhozást) vizsgálja.

A közérdek elmélet – a legrégebbi a három közül – a jogalkotásnak mind az ideális, mind a ténylegesen érvényesülő funkciói által fogalmazza meg a gazdasági jólét növekedésének feltételeit korrigálva az olyan piaci hibákat mint a bünyözés és a környezetszennyezés. Egyes törvények rendeltetése továbbá, hogy a közvagyon újraelosztásával, a gazdagabb rétegektől származó anyagi javakkal a szegényebb rétegek helyzetén javítsanak. A potyautas probléma akadályozhatja azokat a törekvéseket, amely az újraelosztás olyan szintjét hozza létre, amelyet a gazdagabb rétegeknek is támogatnak. E tekintetben a közvagyon újraelosztása ugyanolyan közérdek, mint a bünyözés vagy a környezetszennyezés elleni védelem.

Az érdekcsoport-elmélet a jogalkotást olyan jószágnak tekinti, melynek kereslete és kínálata egyéb javakhoz hasonlítható, így a jog által nyújtott védelem azoknál a csoportoknál jelenik meg, amelyek annak a legnagyobb értéket tulajdonítják, függetlenül attól, hogy azt jólétben, haszonban, a vagyon bármely más változatában vagy éppen az igazságszolgáltatás tekintetében határozzuk meg. Egy adott csoportnál jelentkező nettó haszon fontos kelléke a hatékony politikai cselekvés költsége, amely növekszik, ha a csoport bővül, miközben kohéziója csökken. A csoport bővülésével ugyanakkor csökken a tagjaira egyenként jutó haszon, mely által az egyes tagok kevésbé fogják támogatni a csoport céljait. A hatékony érdekcsoportnak ezért rendszerint kevés a tagja.

A jogalkotás folyamatát vizsgáló elméletek nem vizsgálják a jogalkotás termékének, a jogszabálynak magának a tartalmát. Inkább olyan kérdésekre keresik a választ, miért különböző az a törvényhozási többség, amely különféle törvények elfogadásához szükséges, mi indokolja a kétkamarás törvényhozást, vagy miért növekszik a törvényekben a kormányzati szerveknek a jogalkotásra felhatalmazást adó rendelkezések száma, s ez milyen következményeket von maga után.

Posner szerint a közérdek elmélet és az érdekcsoport-elmélet nem szükségképpen összeegyeztethetetlen, inkább egymás kiegészítői. Az érdekcsoport-elmélet nem

²¹ Economics, politics, and the Reading of Statutes and the Constitution. (1982) In *Publ.* (Fordította: Stágel Bence, Pusztai Borbála.)

tagadja, hogy egy nagy csoport – mely olykor a társadalom egésze – alkalmilag ki-
eszközölheti a számára kedvező jogszabályt. Ha ugyanis egy nagyobb csoport egy-
egy tagjának haszna elég magas, és a csoportba nem tartozókra jutó költségek eléggé
alacsonyak, a jogszabályt elfogadják. A potyautas probléma ugyan továbbra is meg-
marad, de nem válik kezelhetetlenné (lásd például az emberölést büntető jogszabá-
lyokat).

Az alapvető jogok érvényesítésének ára

Posner egy konferencián tartott előadásában,²² amely cikként a Kelet-Európai joggal
foglalkozó folyóiratban jelent meg, öt alapjoggal foglalkozik. Hangsúlyozza, hogy
az egyéni szabadságok érvényesítésének költsége, különösen egy kevésbé fejlett
rendszerben, gyakran aránytalanul magas előnyeihez képest. Jogon olyan igényt
vagy jogosultságot ért, amely bíróságon kikényszeríthető, fenntartva a jog közgaz-
dasági szemléletéről vallott elveit, vagyis hogy a jog a társadalmi jólét elősegítésé-
nek eszköze, önmagában nem érték. Különbséget tesz a pozitív szabadságok (jogok,
melyek alapján igényt támaszthatunk a kormányzat szolgáltatására) és a negatív sza-
badságok (jogok, melyek alapján a kormányzat vagy más nem avatkozhat bele ügye-
imbe) között.

Az öt vizsgált jog:

- az előzetesen fogva tartottakkal szemben alkalmazott brutális rendőri taktikáktól
való mentesség;
- a pszichiátriai intézetben kezelték joga arra, hogy az intézet személyzete állapotuk-
kal ne éljen vissza;
- a vádlott joga arra, hogy a bűnügyi eljárás során őt kompetens ügyvéd védje;
- a bírósági eljárás elvárható időn belüli megindításához fűződő jog (Posner idézve:
a késleltetett igazságszolgáltatás: az igazságszolgáltatás megtagadása);
- az egészségvédelemhez való jog, melynek garanciája az éttermek és élelmiszerek
hatósági ellenőrzése.

Posner javasolja, hogy korlátozott források esetén célszerű megállapítani az alap-
vető jogok sorrendjét és érvényesítésük költségeit, s értékükre való tekintettel kell
gondoskodni az érvényesítésükhöz elengedhetetlen eszközökről, melyek meglehető-
sen nagy anyagi terhet rónak a költségvetésre.

A munkajog közgazdasági vonatkozásai

A munkaviszonyt, a munkáltató és a foglalkoztatott jogait és kötelezettségeit megha-
tározó jogszabályok természetüknél fogva számos gazdaságtani megfontolást tartal-
maznak. Piacokat szabályoznak, megállapítják a szakszervezeti mozgalmak törvényes
kereteit, tiltják a diszkriminációt, rögzítik a munkavédelemmel kapcsolatos követel-
ményeket, a sztrájk feltételeit stb.

²² The Costs of Enforcing Legal Rights. (1995) In *Publ.* (source: East European Constitutional Review).
(Fordította: Payrich András)

Posner a munkajog gazdasági vizsgálatát²³ leszűkíti a foglalkoztatottak érdekeit érvényesíteni hivatott szakszervezetek tevékenységét szabályozó jogeszközökre. A *common law* a szakszervezeteket kartelleknek tekintti, melyek célja, hogy a munkaerő árát a kínálat csökkentésével a versenyképes szint fölé emeljék, melynek eredményeképpen a munkaerő-ellátottság a versenyképes szint alá csökken. Más felfogás szerint, a munkabér növelése inkább a munkaerő termelékenységének fokozásával érhető el, gazdasági recesszió esetén például úgy, hogy a munkáltató elsőnek a kevésbé tapasztalt és termelékeny fiatalabbakat bocsátja el.

A munkajog közgazdasági szemléletének szakirodalma csekély, mert az még e szűkített felfogásban is felettebb bonyolult, sokkal több jogelvet ölel fel, mint a közgazdászok leginkább preferált jogterületei, a versenyjog vagy újabban a kártérítési jog. Másrészt a munkajog olyan politikán alapul, amely ellentétes a legtöbb közgazdász által támogatott verseny- és gazdasági hatékonysággal kapcsolatos politikával.

Posner szerint a szakszervezeti rendszer kartell-elmélete bármely más elméletnél jobb magyarázatot ad a munkajogi szabályozás jellegzetességeire. A piaci szereplők kartellbe tömörítése problematikus, olykor – sok, egymással versenyző piaci szereplő esetében – reménytelen, és ez általában érvényes a munkaerőpiacon is. Nem csak a munkaerő teljes létszáma, hanem a legkisebb munkaadóknál foglalkoztatottak száma is nagyobb annál, mint ami a kartellelmélet szerint korlátozza a kartellbe tömörülés hatékonyságát, hacsak azt a kormányzat nem támogatja, vagyis ez utóbbi nélkül magától értetődően sikertelen. Másrészt az érintett piacon jelen vannak azok a munkavállalók is, akiket más cégek alkalmaznak (vagy éppen munkanélküliek), s akik – és számárányuk jelentős – kissé magasabb bérért sztrájkolnak kitett munkaadóknál vállalnának munkát.

„Ha a kormányzat – így Posner – érvényre juttatja a szakszervezetekkel szemben a társadalom egyéb területein (a tulajdon, a szerződéses jogok, a személyes szabadság védelme stb.) is érvényesített elveket, a sztrájkoló munkásokkal potenciálisan versenyben állók száma – kormányzati támogatás hiányában – oly mértékben akadályozza a munkaerő-piac kartellestedését, hogy a legtöbb szakszervezeti tömörülési törekvés meghiúsulna.”

Cikkében Posner ugyan az amerikai munkajogot elemzi, főbb megállapításai azonban minden bizonnyal helytállóak egyéb jogrendszer tekintetében is. E megállapítások egyike, hogy a munkajognak meg kell védenie a szakszervezeteket a potyautasoktól (lám, a potyautas-kérdés e területen is felmerül), egyrészt megtiltva a munkavállalóknak, hogy a munkaadóval közvetlenül, egyéni érdekeiket érvényesítő egyezkedést folytassanak, másrészt kötelezve a szakszervezeti tagokat a tagdíj megfizetésére, feltéve hogy a szakszervezetet mint a tagokat kizárólagosan képviselő szervezetet elismerték.

²³ Some Economics of Labor Law. 1984. In *Publ.* Ismertette: Payrich András.

A szabad verseny és a gazdasági szabályozás

Posner már korai munkáiban foglalkozott a piac gazdasági szabályozására vonatkozó elméletekkel.²⁴ A közérdekelmélet azt sugallja, hogy a magára hagyott piac nem hatékony és egyenlőtlenségek kialakulásához vezet, mely hibák jogszabályi beavatkozással viszonylag kis ráfordítással elkerülhetők. Posner ezzel szemben úgy gondolja, hogy a szabályozás alá vont ágazati piacok működése szabályozás hiányában nem feltétlenül vezet piaci hibákhoz, s szabályozás sem nem olcsó, sem nem szükségszerűen hatékony eszköze a piaci szereplők tevékenysége szabályozásának. A kábeltelevízió-szolgáltatás esetére meg is határozza a szabályozás optimális mértékét és módszereit.²⁵

A monopólium és a szabályozás társadalmi költségeit vizsgáló cikkében²⁶ is – a szabályozott és a szabályozás alá nem tartozó monopóliumok jellegzetességeire figyelemmel – arra a következtetésre jut, hogy a szabályozott monopólium társadalmi költsége magasabb mint a nem szabályozotté. Ezt azzal magyarázza, hogy a versenypiaci árnál magasabb árat a szabályozó hatóság támogatásával könnyebb fenntartani. A nem szabályozott monopóliumok piaci magatartását a versenyjog korlátozza, következőképpen kevésbé képesek áraik emelésére, mint a szabályozott monopóliumok.

Posner e cikkében az alábbi kérdéseket elemzi:

- miért nem hatékony a monopólium elosztási rendszere;
- miért nem szabad a bíróságnak figyelembe vennie az összefonódás védelmét szolgáló, a méretgazdaságosságra vonatkozó érveket;
- miért koncentráljon a versenytörvény továbbra is a csupán árdiszkriminációban megmutatkozó gyakorlatokra;
- miért nem gyengíti a „második legjobb” elmélet a versenyjogi szabályok érvényesítését;
- mi magyarázza a koncentráció (és kartell) és a hirdetések mennyisége között mutatkozó pozitív korrelációt;
- miért nem használhatják fel profitjukat a monopóliumok „társadalmi felelősségük” teljesítésére anélkül, hogy likviditásukat veszélyeztetnék;
- hogyan kerülhető el a monopólium teljes profitjának társadalmi költségévé való transzformálása;
- hogyan segítheti a közgazdasági elemzés annak eldöntését, hogy a fogyasztási vagy a jövedelemadó jár kisebb költségekkel.

E kérdések ma is időszerűek, különösen a társadalmi költségek kérdése, amely mintha alig kerülne szóba egy-egy ágazat tevékenységét és szervezeti rendjét gyökeresen átalakító jogszabály megalkotása során.

²⁴ Theories of Economic Regulation. (1974) In *Publ.*

²⁵ The Appropriate Scope of Regulation in the Cable Television Industry. (1972) In *Publ.*

²⁶ The Social Costs of Monopoly and Regulation. (1975) In *Publ.* (Fordította: Szilágyi Pál)

Záró gondolat

A szerteágazó munkásság rövid ismertetése – néhány személyes gondolattal fűszerezve – talán hasznos lehet a jogtudomány művelői és annak gyakorlati alkalmazói számára. Posner szavait idézve:

„A jogi karok nem nyújthatnak olyan széles közgazdaságtani vagy módszertani ismereteket hallgatóiknak, mint amilyenre egy közgazdásznak szüksége van, de képezhetnek olyan jogászokat, akik képesek közgazdászként és jogászként gondolkodni, vagyis érzékenyek egy kérdés közgazdasági vonatkozásaira, jól tudják, hogyan elemez egy közgazdász egy jogi kérdést vagy intézményt, és képesek a praxisukban jelentkező jogi problémák közgazdaságtani tényezőit is figyelembe venni.”

AZ EURÓPAI UNIÓ KÖZÖS JOGA¹

Jogharmonizálás és jogkodifikáció

VARGA CSABA

tanszékvezető egyetemi tanár

I. A jogegységesítés és alternatívái

Az egység nyilvánvalóan nem látszatokra, nem nominalitásokra, nem jelképszerű közvetítésekre, hanem magára a rendezésre, a szabályozás érdemére vonatkozik. Ebben az esetben viszont kérdéses, hogy miféle *law in books* szolgálhatja leginkább a *law in action* egységét. Fontos részterületről fogalmazták ugyan meg, mégis általános érvényesíthetőségű tanulság, miszerint „egy eszményi Európai Közösségben az egységnek egyszerre kellene anyagnak és eljárásinak lennie. Vagyis nem csak a betű szerinti jognak kellene ugyanannak lennie az összes tagállamban [...], hanem a bíróság által szolgáltatott igazságnak is az eljárási igazságosság azonos értelmét kellene tükröznie.”² Mindenekelőtt egy ilyen igényből adódhatott a jogközösség olyan gondolata, amely immár saját logikája mentén haladva egyre inkább kodifikációs perspektívájúként határozott meg.

Egy egységes közös jogkodifikálásra irányuló elszántság kétség kívül benne rejlik az európai közösségvállalás eddigi mozgásában, és különösen az uniós cselekvés mindaddig követett logikájában. Ám a kodifikáció eszközához folyamodás mégsem tekinthető éppen alternatívátlanak, és maga az Európai Unió sem kötelezte el kifejezetten ennek irányában magát. Nyilvánvaló, hogy a határokon átvívelő kereskedelem könnyítése és egy gazdasági közösség keretében történő fokozatos intézményesítése nem kizárólag az *œconomia*, a termelés és a forgalomszervezés professzionistáit mozgatta meg, hanem a magánjog tudós köreit is. Nos, ez a mára kodifikációs előkészületbe ívelő mozgás elsőként az összehasonlító jog berkeiben indult, majd jogtörténetesek vették át a stafétabotot, hogy immár egy „európai jogtörténet” retrospektív kiművelésével bizonyos nemzeti kultúra-csoportok múltjából kiindulva tegyék közös

¹ A jelen elemzés az OTKA K 62382. sz. pályázatában finanszírozott kutatás keretében készült.

² DANIELA CARUSO: The Missing View of the Cathedral. The Private Law Paradigm of European Legal Integration. *European Law Journal*, 3, 1997/1. 11.

európai javaslatként az asztalra a mindebből kimunkált *ius commune*-halmazt.³ Olyan kiindulási pontot képező mag-elemként gondolták ezt el, amiből majd magánjogászok folytathatják intézményi, elvi, szabályokban is kifejezett *corpus omniorum*-ának a kidolgozását. Hiszen „ha létezik egy domináns európai hagyomány, úgy az szolgálhatja az európai magánjog közös alapjául.”⁴ Az európai kontinens hagyományának természetszerű fejlődése így aligha kulminálhatott volna másban, mint egy közös kodifikáció vágyképében.

Azonban *horribile dictu* akár az is előfordulhat, hogy történetesen jogiként kiját-szott problémák gyökereiket tekintve éppen nem jogiak, s így megoldásuk sem feltétlenül jogi válaszáért kiált. Bármennyire különös, pontosan ez történt a magánjog területén is, ráadásul éppen azon legklasszikusabb tartományában, ahol bizonyos (s főként a gyengébb feleket oltalmazó kogens) korlátozás keretein belül az elgondolható legnagyobb szabadság érvényesül: a szerződési jogban. A *2001 Communication on European Contract Law* nyomán tudniillik az Európai Bizottság véleményeket gyűjtött egybe üzleti körökből, gyakorló jogászoktól s fogyasztói közösségektől egyaránt, hogy gyakorlatában is tesztelje a jog diverzitásából adódó hatásokat. A többségtől beérkezett kijózanító válasz⁵ viszont olyan általános tapasztalatról tanúskodott, hogy az Európai Unió kebelén belül sem feltétlenül optimális piaci működés majdnem legkevésbé az egyes tagállamok magánjogainak változatosságával, mint inkább a partnerek fizikai távolságával, számos országban a nyelvi korlátokkal, s általában a kulturális különbségekkel és nemzeti szokásokkal, valamint s nem kevésbé az adójogi és eljárási sokféleséggel áll összefüggésben. Példának okáért, amint ezt százharmincezer gépipari vállalkozás véleményének a summázataként megfogalmazták, „Természetszerűleg mindig valamelyest egyszerűbb a saját ország cégeivel és polgáraival kereskedni. Ez azonban mégis inkább a kommunikáció könnyebbségének, a hagyománybeli közösségnek és más hasonló, nem a szerződési jogtól függő tényezőknek tudható be.”⁶

Megalapozottnak tetszik hát egy olyan következtetés, miszerint egyfelől „*A de facto* fennálló korlátok jelentősebbnek bizonyulnak, mint a jog.” Következésképpen és másfelől a jogi harmonizáció szükségességének latolgatása során „annak kérdése, hogy a gazdasági érv valóban helytállónak bizonyul-e, tisztázatlan marad.”⁷ Tehát

³ Az úgynevezett *europäische Rechtsgeschichte* mindvégig németnek megmaradt mozgalma megsemmisítő bírálatára lásd WILHELM BRAUNEDER: *Europäisches Privatrecht. Historische Wirklichkeit oder zeitbedingter Wunsch an die Geschichte?* Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1997. és PIO CARONI: *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus. Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 16, 1994. 85–100.

⁴ LORENZ KÄHLER: *Conflict and Compromise in the Harmonization of European Law*. In THOMAS WILHELMSSON et al. (szerk.): *Private Law and the many Cultures of Europe*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. 134.

⁵ *Reactions to the Communication 2001, Addendum to Communication on a More Coherent Contract Law – An Action Plan*, COM (2003) 68 final, 2003J. (C 63) 6. Akadálynak az első négy helyen a műszaki-technikai előírások, a tesztelési-engedélyezési eljárások, az állami támogatások s a hozzáadott értékadó változatosságát érzékelték; jogbizonytalansági összefüggéseket csak 17%-ban, a 9. helyen.

⁶ *Orgalime* in <<http://europa.eu.int/comm/consumers>>.

⁷ JAN M. SMITS: *Law Making in the European Union. On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures. Louisiana Law Review*, 67, 2007a/4. 1193.

mindaz a hatalmas munka, amelyről a következőkben beszámolunk, még paraszthajszálon sem lóg, csupán ambíciókon. Abban az Európai Unióban, amelyben minden a hatékonyság dicséretét zengi, a jog világa pedig a *law & economics* racionalizáló erejétől hangos, a kodifikáció előtt elfelejtették az afelől történő vizsgálódást, vajon megszokásainkon túl szükség van-e rá egyáltalán.

Annak háttértudatában, hogy egyrészt immár a klasszikus angolszász hagyomány is részesévé lett az Egyesült Királysággal kibővült Európai Uniónak, már pedig az angolszász jogvilág leágazásaként az Amerikai Egyesült Államokban (mint tagállami jogok sokféleségét felvonultató képződményben) a gyakorlati jogegység nem jogi partikularizmusának a kodifikációs kiiktatásával, hanem döntő mértékben különféle kodifikáció-pótlékok útján, azokhoz történő önkéntes csatlakozással ment végbe; továbbá és másrészt annak realizálásával, hogy az Európai Unió önfejlődése immár a földkerekségünk teljességét átható globalizáció áramával⁸ párhuzamosan és abba nem csekély mértékben betagozódva halad előre – nos, mindezek végiggondolásával természetszerűként adódhatott egy és más kerülő megoldásnak a gondolata. Például közvetítő s közbeni javaslatként az, hogy a közös kódex csupán „az Unió belüli határokon átlépő ügyletekre korlátozódniék”.⁹ Miközben persze ez eleve kettős/hármas magánjogi rezsimet feltételezne, hiszen a nemzetire építené rá a közösségit (ami fölött a tisztán nemzetközi jogi további kötöttségek uralkodnának), s így maga a szakma utasítja vissza e javaslat továbbérlelését.¹⁰ Hasonlóképpen, a szerződő partnerek jogválasztása és/vagy nemzetközi választottbírósági kikötése önmagában szintén eliminálhatná a gondot,¹¹ hiszen ezzel a szolgáltatások sorában a termékek s árai mellett a jogok is versenybe kerülnének egymással.¹² Mindezek nyomán egy holland magánjogász¹³ már eleve „kísérleti módot” ajánl, hogy „opcionális szerződési kódex” formájában olyan utat válasszon, amely „akkor válik alkalmazandóvá, amikor a szerződő felek így határoznak”. Stílusosan és szellemesen egy olyan – közgazdaságból¹⁴ vett – gondolati mintát vesz alapul, amely a cégek és üzletfelek eltérő szükségleteire és preferenciáira épül. Ha ugyanis a bármikori teljesség a részek különbözőségeiből egyfajta versengésben áll elő, úgy egy ilyen folyamatban „a jogrendszerek is versenyezhetnek egymással, hogy ezeket a preferenciákat kielégítsék.” A valamelyiket illető optálással ugyanis idő múltán könnyen előállhat akár egy olyan eredmény is, hogy végezetül s gyakorlatilag csakis egyetlen jog marad majd a porondon, miközben egyik sem mondhatja el, hogy elnyomták volna. Mert „a jogi kultúrák e piacán”¹⁵

⁸ Vö. WILLIAM TWINING: *Globalisation and Legal Theory*. London: Butterworth, 2000.

⁹ ULRICH DROBNIG: Scope and General Rules of a European Civil Code. *European Review of Private Law*, 5, 1997/5. 489–496.

¹⁰ WALTER VAN GERVEN: Codifying European Private Law? Yes, if...! *European Law Review*, 27, 2002/2. 166.

¹¹ DANIELA CARUSO: *The Missing View of the Cathedral. The Private Law Paradigm of European Legal Integration*. Cambridge, Ma.: Harvard Law School Jean Monnet Chair, 1996.

¹² HUGH COLLINS: European Private Law and the Cultural Identity of States. *European Review of Private Law*, 3, 1995/3. 353–365.

¹³ SMITS (2007a) i. m. 1197.

¹⁴ CHARLES TIEBOUT: A Pure Theory of Local Expenditures. *The Journal of Political Economy*, 64, 1956/5. 416–424.

¹⁵ Vö. UGO MATTEI: *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997.

ezek a nemzeti (és/vagy nemzetek feletti) jogajánlatok a legklasszikusabb – közgazdaságtanilag leírt – versenyhelyzetbe kerültek ilyen módon egymással.¹⁶

Hasonló tőről fakad annak gondolata, hogy amennyiben a kultúra végső soron nem más, mint „a szellem kollektív programozása”, úgy azt – jogi alkalmazásában is – leginkább „*mental software*”, azaz az ember intellektuális programja gyanánt tekinthetjük.¹⁷ Hiszen ha „egységes szöveg pusztán ráerőltetett kibocsátása nem vezet egységes joghoz”, úgy a fenti szóképpel élve valóban megfontolható lehet talán „a konvergencia *soft* módszereihez” folyamodni – olyan elképzeléshez tehát, amelyben az unifikálás művének elvégzését magukra a jogegységesítésben érdekelt szereplőkre bízák¹⁸ – régi tapasztalatból tudván azt, hogy „a nem kötelező együttműködés mindenekelőtt a kompromisszumok elérésének az elősegítése ott, ahol a lényegben nincsenek megegyezések.”¹⁹

Az amerikai példa egyfelől a *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* által kidolgozásra került *model legislation* mára hatalmasra duzzadt anyaga (így példának okáért és legsikeresebbként a *Uniform Commercial Code*), másfelől az *American Law Institute* által előkészített ún. *Restatements of Law* sorozata. Azon túl, hogy ezek önmagukban nem normatív szövegek, hanem és legfeljebb meggyőző mintául szolgáló és/vagy normatív alapként majdan választható javaslatok, amerikai termékek lévén sem teljeskörű logikai rendezettséggel nem rendelkeznek, sem zárt rendszert nem képeznek. Mégis, pontosan ezért szolgálhatnak mintául Európa számára, jelesül, mert angolszász gyökerű történelmi tapasztalatokat hordoznak egy részfeladatokra bontottan szakaszokban megvalósított, és alapjában véve gondos kísérletezésen nyugvó fejlesztés lehetőségeiről.²⁰ Két évszázad törekvéseire visszanyúló sikerként az amerikai gyakorlati jogegységesítés arról tanúskodik, hogy amennyiben adott egyfelől erőteljes érdekcsoportok nyomása, másfelől pedig ez találkozni tud olyan további unifikációs erővel, mint az össznemzeti látókörű, felkészítésű és akkreditációjú jogi iskolák, a szövetségi szinten egységes ügyvédi vizsga és a szintén mindig országos szinten művelt jogirodalom s jogtudomány, úgy néhány évtized előrehaladó munkájával ez a kívánatos egységet akár önmagában is létrehozhatja.²¹ Mindezek előrebocsátásával jelentheti ki az összehasonlító jogtudomány élő klasszikusa, hogy „A jogegységesítés bizonyosan nem költségmentes, tényleges költsége viszont az attól várt előnyöket olykor felül is múlhatja.” Ezért valójában gondos előrelátásra, felmérésre, tervezésre kellene mindezt bízni, hogy valóban eldönthető legyen: miként is lépjen

¹⁶ SMITS (2007a) i. m. 1198.

¹⁷ JAN SMITS: Legal Culture as Mental Software, or: How to Overcome National Legal Culture? In WILHELMSSON (szerk.) (2007b) i. m. 141–151.

¹⁸ SMITS (2007a) i. m. 1196.

¹⁹ ARMIN SCHÄFER: Resolving Deadlock. Why International Organisations Introduce Soft Law. *European Law Journal*, 12, 2006/2. 194.

²⁰ MATHIAS REIMANN: Towards a European Civil Code. Why Continental Jurists should Consult their Transatlantic Colleagues. *Tulane Law Review*, 73, 1999/4. 1342 és 1341.

²¹ WHITMORE GRAY: E Pluribus Unum. A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50, 1986/1. 159.

Európa.²² Még inkább nyomatékosítja ezt, hogy az amerikai másodlagos hatások lehetséges módozatainak az átvételére irányuló igény már Európában is megjelent.²³

Nem véletlen ezért, hogy brit teoretikus szintén ilyen irányban keresi a kiutat. Az összehasonlító jogtudomány művelőjeként próbálja az érintetteket meggyőzni arról, hogy „A jelenkori amerikai tapasztalat a leginkább instruktív e körben, hiszen azt mutatja, hogy hatékony szabadkereskedelmi terület bizony fennállhat, sőt erőteljesen fejlődhet a jogi sokféleség tekintélyes foka ellenére is.”²⁴ A továbbfejlesztés egyik útja ezek szerint az elvek közös organikus fejlesztése lehet. A másik már teljességgel kísérleti, különféle változatokban pedig régóta kipróbált, jelesül: „Üzletembereknek nemhivatalos szabályfoglatatokkal történő ellátása, amiket tetszés szerint beépíthetnek ügyleteikbe, s ezáltal ez egy kódex számos előnyét felmutathatja, ámde immár a kódex nem egy hátránya nélkül.”²⁵ S rögvest érzékelteti is, hogy az olyan munkák, mint például Markesinis tollából a *The German Law of Obligations: Contract, Restitution, and Tort* (1986–),²⁶ von Bar munkálkodásának eredményeként a *Gemeineuropäische Deliktsrecht* (1996–)²⁷ vagy Kötzől a *European Contract Law* (1996–)²⁸ teljességük okán csakis egy kódex teljesítményével mérhetők, miközben tartalmuk mégis rugalmas marad.²⁹ A hasonló kompendiumok módszertani sajátossága, hogy mivel elvileg közös platformot próbálnak teremteni mind a civiljogi fogalmi kultúra, mind pedig az angolszász hagyományok számára, sajátos átfordításokkal kell élniök, mielőtt anyagukat egyáltalán egyazon síkon feldolgozhatnák. Ennek felel meg módszere is, melynek jegyében „az idegen eszméknek a saját környezetben történő kellő fogadhatása érdekében ezeket először »dekonstruálni«, majd »rekonstruálni« kell.”³⁰ Amely feladat nyilvánvalóan a különféle történeti esetlegességek meghaladását is magában foglalja, hiszen csakis így tárható fel a voltaképpeni gondolat, a szabályozási eszme, s annak strukturális kerete amögött, hogy (például) a magánjog közjogiasítása a szerződések, a biztosítás vagy a szociális biztonság területén egészen másként ment végbe Angliában, mint történetesen a kontinensen.

²² HEIN KÖTZ: A Common Private Law for Europe. Perspectives for the Reform of European Legal Education. In BRUNO DE WITTE et al. (szerk.): *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education. Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992. 34.

²³ PI. AXEL FLESSNER: Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung. *Rebels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 56, 1992/2. 243–260.

²⁴ BASIL S. MARKESINIS: Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity. In uő.: *Always on the Same Path. Essays on Foreign Law and Comparative Methodology*. II. Oxford: Hart Publishing, 2001. 107.

²⁵ MARKESINIS i. m. 108.

²⁶ Mai állapotában BASIL S. MARKESINIS – WERNER LORENZ – GERHARD DANNEMANN: *The German Law of Obligations*. 1: The Law of Contract and Restitution & 2: The Law of Torts. Oxford: Clarendon Press, 1997.

²⁷ CHRISTIAN VON BAR: *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*. I–II. München: C. H. Beck, 1996–1999.

²⁸ HEIN KÖTZ et al. (szerk.): *European Contract Law*. [1996] I., trans. Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1997–.

²⁹ MARKESINIS i. m. 109.

³⁰ MARKESINIS i. m. 103.

Különösen beszédes példázatul szolgálhat hasonló tekintetben mind Hollandia,³¹ mind pedig Louisiana és Québec is, amely országoknak a polgári törvénykönyvei miközben határozott eltávolodást mutatnak már a kodifikáció klasszikus eszményétől egyfelől, ugyanakkor kitaposott saját új út híján a kísérletezésre elszántságot mutatják másfelől. Az új holland kódex tolakszik leginkább megfontolandó módszertani példaként elő. Hiszen ennél „egyfelől a bíróságok szabadok maradtak abban, hogy továbbfejlesszék, amennyiben rendelkezései hallgatagnak bizonyultak volna, másfelől viszont kifejezetten felhatalmazást nyertek arra, hogy a törvény vagy a szerződés specifikus rendelkezéseiből bármit derogáljanak, ha ez az eset sajátos körülményei közt egy igazságtalan eredmény elkerülésére szükségesnek bizonyulna.”³²

Az egyéb utak sorában említhető végül egy olyan ötlet is, amely szerint „centralista unifikáció” helyett egyszerűen – mintegy Hayek termékeny káosz-elgondolásának valóráváltásaként – folyamatos összehasonlító munkálkodás érlelhetne meg jogi közeledést, amiben a jogtudomány nyomdokain a bíróságoknak lehetne meghatározó szerepe.³³

Mindenesetre „Jelentőségteljes, hogy az angolszász jogászok nagyban-egészében távol tartották magukat az európai polgári törvénykönyvről jelenünkben zajló vitáktól.”³⁴ Amennyiben egyáltalán közreműködtek, úgy leginkább a kodifikáció útján történő célratörés lehetőségét tagadták vagy legalább hallgatólagosan opponálták.³⁵

³¹ MARTIJN W. HESSELINK: The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation. The Dutch Experience. *European Law Journal*, 12, 2006/3. 279–305. leírása szerint E. M. Meijers felhívására 1947-ben fogalmazódott meg a kormányfelkérés egy új polgári törvénykönyv megszövegezésére. Ez Meijersnek az első tervezet bemutatását (1954) rövidesen követő halála után csak évtizedekkel kezdett megvalósulni, és még ma sem zárult le teljességgel. Első könyve a személyekről és a családról (1970), második a jogi személyekről (1976), nyolcadik a szállításról (1991), harmadik a patrimonális jogról, ötödik a tulajdonjogról, hatodik a kötelekről, hetedikének az első címe az adásvételről és a cseréről (1992), negyedik az öröklésről (2003) – előkészületben hagyván a hetediket a szerződésekről, kilencediket a szellemi tulajdonról, tizediket a nemzetközi magánjogról – egy előrehaladó sort jelentenek annak ellenére, hogy Meijers eredendő kiinduló gondolata még a Hollandiában érvényesülő magánjog koherenciájának a helyreállítása, vagyis egy akkoriban még leginkább „technikainak” gondolt rekodifikáció volt. Rendszerszerű struktúrában és fogalmisággal készült, szerkezetében hat absztrakciós szintet különböztettek meg (jogi aktusok / kötelek / szerződések / szinallagmatikus szerződések / adásvételek / fogyasztói szerződések), generálklauzulákkal és nyitott normákkal téve lehetővé belső fejlődését, miközben egészében germánabbra sikeredett, mint inkább franciás típusú elődje volt.

Habár Meijers előfeltételül tűzte, hogy csakis teljes és végleges tervezete kerülhet majd publikálásra és bocsátható a parlament elé is, mégis támadások érték őt is, elgondolását is állítólagos személy-centrikussága okán. Ezért felügyelő igazságügyminisztere útján az eredeti megbízást adó parlamenttől kért most már politikai döntést – félszáz kommentált, és egy válaszjavaslatot is megjelölő kérdésre (amik leginkább a szerződés, a szerződésen kívüli károkozás, valamint a tulajdon alapjait illették). A parlamenti vita olyanra sikeredett, hogy végül Meijers elnyerte a közérdeklődést s támogatását is.

³² ARTHUR HARTKAMP: Statutory Lawmaking. The New Civil Code of the Netherlands. In NILS JAREBORG (szerk.): *Towards Universal Law. Trends in National, European and International Lawmaking*. Uppsala: Iustus, 1995. 152.

³³ JAN M. SMITS: A European Private Law as a Mixed Legal System. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 5, 1998/4. 328–340.

³⁴ REIMANN i. m. 1342.

³⁵ Pl. MARKESINIS i. m. passim.

Egységes támogatottság helyett így inkább egyoldalúságokról szólhatunk: német, holland, dán igényekről, előrerohanásról, eleve elköteleződésről. Mindezek a felszín mögött egyszersmind az Európai Unió jellegmeghatározásáért is zajló kulturális háború alig leplezett szimptomakörét szintén magukon hordozzák.

II. Hivatalos várakozások és nem-hivatalos félelmek: a „közös hivatkozási keret” tesztje

Mi is történt valójában eddig hivatalosan? 2001. július 11-én indult meg a *Commission* részéről valamiféle hivatalos tájékoztató annak irányában, vajon az eltérő nemzeti magánjogi rendszerek léte akadály-e a belső piac kibontakozásának, s amennyiben igen, úgy miféle válasz lenne adandó e problémára. Válaszlehetőségként máris megcsillantatott első opcióként az, hogy a piac elrendezi majd saját szükségleteit, másodikként valamiféle nemkötelező közös szerződési elvek kifejlesztése, harmadikként a máris működő, több évtizedes múltú európai közösségi jogalkotás célszerű további erősítése, és végül, negyedikként, egy Európai Szerződési Törvénykönyv létrehozása.³⁶ Minderre a *Council* és az Európai Parlament ugyanazon év novemberében külön-külön reagált. Az Európai Parlament egyidejűleg fel is hívott arra, hogy a 2010. év folyamán az Európai Unióban már készüljenek és fogadtassanak is el a szerződési jog szabályai.³⁷ A válaszokra és mindezekre a közbelső lépésekre viszont reagálásként bocsátott ki 2003. február 12-én egy olyan, úgymond koherensebb európai szerződési jog megalkotását célbavevő akcióterv, amely az egységesebb jogalkalmazás és a belső piac működésének elősegítésére, harmadik lehetséges célválasztásként, a szerződési jog közös hivatkozási keretének kialakítását jelölte meg,³⁸ majd egy év múltán, az így megkezdett út további folyásának előrelátásaként biztosított arról, hogy nem áll szándékában egy Európai Polgári Törvénykönyv javaslatba hozatala.³⁹

A dolgok ilyen állapota azonban – a cselekvés logikája síkján – rögvest ellentmondani látszik bármiféle tapasztalatnak, amit a *soft law* kapcsán eddig bárki is az európai közösségben szerezhetett. Mert „Ahol a *policy* területe a Közösség hatáskörével érintkezik, ott a Közösség közös politikájának fejlődése valamennyi idő eltelté után ugyancsak könnyen átcsúszhat a *soft*-ról a *hardra* – olyan önmagukban nem kötelező intézkedésekkel talán [...], amik hasznos előjátékkul szolgálhatnak immár szigorúbb intézkedések elfogadásához.”⁴⁰

A legtöbb szerző egyet látszik érteni abban, hogy bármennyi nyelvi leleménnyel semlegesít is, a *common frame of reference* már önmagában véve „egy álrühás európai

³⁶ *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law* COM(01)398 final, 2001J. (C 255) 1, az egyes változatok 46–61.

³⁷ Report on the Approximation of the Civil and Commercial Law of the Member States. *Eur. Parl. Doc.* (COM 2001) 84 final, 9, 11.

³⁸ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A More Coherent European Contract Law, An Action Plan* COM(03)68 final, 2003J. (C 63) 1, 16.

³⁹ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the Revision of the Acquis, The Way Forward* COM (2004) 651.

⁴⁰ JOSEPHINE SHAW: *Law of the European Union*. 3rd ed. Houndmills–New York: Palgrave, 2000. 248.

polgári törvénykönyv”,⁴¹ voltaképpen „elő-kódex”⁴² – amiről kizárólag ennyi mondható: „Hívjuk csak egyből kódexnek”⁴³ –, mivel a legmagasabb angol bírói testület száraz szavai szerint is „Mihelyst e közös hivatkozási keretben megállapodtak, már nem lesz különösebb feladat ezt tetszőleges eszközzé átkonvertálni vagy ilyenné átalakítani [...] s így az, ami még közös hivatkozási keret itt, könnyedén valaminő trójai lóvá válhat.”⁴⁴

Merthogy ez már messze nem harmonizáció, hiszen pontosan a kodifikáció minőségeivel él.⁴⁵ 2004. évi leírása – „A közös hivatkozási keretnek [...] közös terminológiával és szabályokkal kell szolgálnia, így az olyan alapvető fogalmak és elvont terminusok meghatározásával, mint a »szerződés« vagy »kár«, továbbá azon szabályok megadásával is, amik például a szerződések nem teljesítésének esetén kerülnek majd alkalmazásra.” „A cél az, hogy egy mind megfogalmazásában, mind implementálásában és alkalmazásában egyaránt nagyfokú konzisztenciát mutató európai szerződési jogi *acquis* létrehozatalához érkezzünk el. [...] [E] kell kerülnie, hogy hasonló helyzetek különbözőképpen kezeltethessenek anélkül, hogy fennállana bármiféle más megítélést igazoló relevancia. El kell hát kerülnie az egymásnak ellentmondó eredményeket, az elvont jogi terminusokat pedig egymással összefüggő módon kell meghatározni, lehetővé téve, hogy ugyanaz az elvont terminus ugyanazzal a jelentéssel használtassék a legkülönbözőbb direktívák esetében is.” Mert „a *Council* beszámolója a harmonizáció horizontálisabb megközelítését látszik előnyben részesíteni, amely az európai magánjog közös magjának a megalkotását célozza, amennyiben harmonizáció szüksége felvetődik.”⁴⁶ – világosan előrevetíti ezt az eredményt. Eszerint pedig az európai jogkodifikáció semmiképpen sem lesz más, mint „a rendszer-gondolat kifejezése és garanciája”.⁴⁷

Félő azonban, hogy már a koncepcionálás sem lehetett kellően kidolgozott – sem elgondolásában, sem mai és európai távlatú előkérdéseinek a tisztázásában. Hiszen „egy Európai Polgári Törvénykönyv megszövegezése számos, lényegében politikai választás megtételét előfeltételezi. [...] [A]z *Action Plan* kapcsán a *Commission* által elfogadott technokrata megközelítés azonban teljességgel kizárja azt, hogy az érdekeltek a beleszólás jogával élhessenek akkor, amikor a valóságos választások megejtetnek.” Merthogy „Mihelyst a kódex vagy a közös hivatkozási keret egyszer elké-

⁴¹ MARTIJN W. HESSELINK: The European Commission's Action Plan. Towards a More Coherent European Contract Law? *European Review of Private Law*, 12, 2004/4. 397–419.

⁴² EWOUDE H. HONDIUS: Towards a European Civil Code. In ARTHUR S. HARTKAMP et al. (szerk.): *Towards a European Civil Code*. 3rd rev. ed. Nijmegen: Ars Aequi Libri–The Hague: Kluwer Law International, 2004. 13.

⁴³ HUGH COLLINS: The »Common Frame of Reference« for EC Contract Law. A Common Lawyer's Perspective. In MARIA MELI et al. (szerk.): *L'armonizzazione del diritto privato europeo. Il piano d'azione 2003*. Milano: Giuffrè, 2004. 107–124.

⁴⁴ [HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, 12TH REPORT OF SESSION 2004–05:] *European Contract Law – The Way Forward. Report with Evidence*. London: The Stationery Office Limited, 2005. 115.

⁴⁵ HESSELINK (2006) i. m. 291.

⁴⁶ *An Action Plan* (2003) i. m. 3., 56–57., 28.

⁴⁷ JÜRGEN BASEDOW: Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht. Der hybride Kodex: Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung. *Archiv für die civilistische Praxis*, 200, 2000. 471.

szült, túl késő lesz már ahhoz, hogy az alapkérdésekről bármiféle vita lezajlhassék.⁴⁸ Ráadásul elvileg is világos, hogy végső soron pusztá szépelgés a „politikai” és a „technikai” szétválasztásáról, netalán az előbbieknél egy reprezentatív fórum döntése alá bocsátásáról, míg az utóbbiaknak szűken magára a jogászai szakértelemre bízásáról értekezni, minthogy maga a szétválasztás nem indokolható.⁴⁹ Hiszen bármely megoldás kizárólag egy „a több autonómia (individualizmus) és a több szolidaritás (altruizmus) közt megvonható folyamatosságban helyezhető el”, ahol is nincs semmiféle „közös alap”, s így „nem adhatók »helyes válaszok« sem”.⁵⁰ Az egész folyamatnak a menet közbeni jellegváltozását jellemzi, hogy két évtizede elkezdett a tudósmozgalom még „egészen romantikus” volt, lassan azonban „a *Commission* elkezdte az általános szerződési jog megszállását anélkül, hogy rendszeresen áttekinthette volna.”⁵¹

Az *Action Plan* feladat kijelölésében például állást foglalt amellett, hogy „a szerződési szabadságnak kell irányadó elvnek lennie”, míg „megszorításokkal csakis jó okkal igazolhatóan szabad élni”⁵² – noha már a 2000 decemberében Nizzában elfogadott *Charter of Fundamental Rights of the European Union* 2. fejezeteként megfogalmazott *Freedom* és a 4. fejezetében kifejtett *Solidarity* egymással egyenlő értékű, míg (3. szakaszában) az új alkotmányelgondolás e két alapérték valamiféle összeborulásaként *social market economy* vel számolt. Mintha valamiféle germán–holland előretörést takarna ez a partizán fejlemény.⁵³ Talán benne rejlik egyidejűleg a *Council* s az Európai Parlament részéről valamelyes térvesztés is. Mindenesetre a szerzők nem tekintik egészen véletlennek, hogy maga az *Action Plan* is kódósít: a *common frame of reference* vagy esetleg egy *non-sector-specific legislative device* megnevezésbeli szépelgésével illetgeti tárgyát helyett, hogy egyszer is kimondaná: egyszerűen polgári törvénykönyvre, vagy annak pótlékára gondol.⁵⁴

A dolgok illetén európai alakulása pontosan azért érthetetlen és követhetetlen, mivel egyfelől 2001-ben fogadta el a *Commission*, hogy „a demokrácia a népnek a nyilvános vitákban történő részvétele lehetőségétől függ” s ezért „szükséges a konzultáció és a dialógus kultúrájának a megerősítése”, amiben magának „az Európai Parlamentnek kellene kiemelkedő szerepet játszania, például közmeghallgatásainak fokozása útján”,⁵⁵ másfelől viszont válaszában maga az Európai Parlament az, amely „felhívja a *Commission* figyelmét arra, hogy 2006 végével bezárólag a »közös hivatkozási keret« készíttessék el és bevezetése is gyorsan kezdessék el” (amely „közös

⁴⁸ HESSELINK (2004) i. m. 675. és 676.

⁴⁹ DUNCAN KENNEDY: The Political Stakes in »Merely Technical« Issues of Contract Law. *European Review of Private Law*, 10, 2002/1. 7–28.

⁵⁰ HESSELINK (2004) i. m. 676. és 677.

⁵¹ HESSELINK (2004) i. m. 685. és 686.

⁵² *An Action Plan* (2003) i. m. 62. és 92–94.

⁵³ Azzal a doktrinális elgondolással, hogy a szerződési szabadságot immár a szerződési igazságossággal váltatja fel. Kifejtésére lásd mindenekelőtt HEIN KÖTZ et al. (szerk.): *European Contract Law. I: HEIN KÖTZ: Formation, Validity, and Content of Contracts. Contracts and Third Parties*. Trans. Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1997. 11.

⁵⁴ HESSELINK (2004) i. m. 688–689.

⁵⁵ [COMMISSION:] *European Governance. A White Paper*. COM (2001) 428, 11, 16.

hivatkozási keret” elfogadtatásának, „bevezetésének az elkezdetése” alkotmányos státusza éppen erőteljesen kétséges⁵⁶) és „felhívja a bírákat, ügyvédek, közjegyzőket, vállalkozókat és fogyasztókat mint joghasználókat, hogy vegyenek részt e »közös hivatkozási keret« kidolgozásának a folyamatában, miközben megjegyzi azt is, hogy mindeddig a *Commission* nemigen szentelt az ilyen csoportoknak sok figyelmet”⁵⁷ – ámde szót sem ejtett akár a maga szerepjátzásáról, akár bármiféle más politikai tesztületek a bevonásáról.

A kontinens önjelölt kodifikátorait legfeljebb intellektualitásuk hajtja: az, hogy „megátalkodott racionalisták, megrögzött koncepció-alkotók és szégyentelenül formalisták”. Az alapelgondolást elvető Legrand szerint csakis ez vezethet egy éppen neofita túlzásokban versengő olyan új „politikai korrektség” magamutogatásához, amely a nemzeti kodifikátumoknak a nemzet-közivel történő szimpla lecserélésében képes csupán immár gondolkozni – el sem tűnődve azon, hogy ezzel egy szűk, saját szakmai ideológiát univerzalizálnak csupán; hogy ezzel egyszer s mindenkorra kiirtanak a jogból mindent, ami még helyi és tapasztalati; ráadásul civilisztikájuk tudós művelőiként még az a szociológiailag már sokszor leírt alaptény sem jut eszükbe, hogy a bármiféle gazdasági tranzakció mögött megbúvó ügyleti várakozás mindig a helyi kulturális közegben formálódik, az ott bevált s állandósult gyakorlat és megszokottság talaján.⁵⁸

Meglepő az a nekiszántság, elkeseredett kiütkeresés, amely a tényleges, történelmileg megszenvedett, sokszorosan bebizonyult s társadalomtudományi alapfelismeréssé érlelődött igazságoktól jelzett akadályokat rudimentáris ötletekkel igyekszik most meghaladni s felülírni. Olyan mélyebb koncepció és megalapozás nélküli, barakácsolással megoldást elérhetni vélő reformgondolattal, mintha azzal a merőben dekonsturáló visszaprimitívizálással, amelynek sugallata jegyében „a különféle jogszolgáltatási rendszerekben fellelhető megoldásokat ki kell vágni fogalmi összefüggésükből, elszakítva nemzeti doktrinális felhangjaiktól, hogy immár funkciójuk fényében [...] lehessen látni ezeket, mint egy sajátos szükség kielégítésének a kísérletét”,⁵⁹ egyszerűen túl lehetne lépni a klasszikus kodifikációknak nemzeti államot teremtve rendszerszerű dogmatikát építő örökségének most ballasztá tette hagyományán. Hiszen a neves komparatista ezzel csak de-dogmatizáltan funkcionalizált – mintha élét vehetné a mentalitás-váltásnak, visszaléphetne egy boldog összeurópai *jus commune* korba; noha mindezzel a XIX. századi jogvilágot internacionalizálná csupán – csak-ügy, mintha valóságos kodifikációhoz folyamodna.

⁵⁶ MARTIJN W. HESSELINK: Naar een coherenter Europees contractenrecht? Het actieplan van de Europese Commissie. *Nederlands Juristenblad*, 78, 2003/40. 2086–2093.

⁵⁷ [EUROPEAN PARLIAMENT:] *Resolution on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A More Coherent European Contract Law: An Action Plan.* (COM(2003) 68–2003/2093(INI)) (2 September 2003).

⁵⁸ PIERRE LEGRAND: On the Unbearable Localness of the Law. Academic Fallacies and Unseasonable Observations. *European Review of Private Law*, 10, 2002/1. 64.

⁵⁹ HEIN KÖTZ: Comparative Legal Research and its Function in the Development of Harmonized Law. The European Perspective. In JAREBORG (szerk.) i. m. 35.

III. Egy igazi kódex félelme

Erőtéljes ezért a kétség teljes jelenléte brit oldalról.⁶⁰ „Az egység, mint önmagában vett cél, sokak számára éppen idegen eszmény.”⁶¹ Ez már magából az alaptényből kiindulva is magától értetődő, nevezetesen annak tudatosulásával, hogy „Egy az európai polgári törvénykönyvben történő kicsúcsosodásként felfogott közösség valójában [...] az angolszász jog mentén való világmegértésnek a kiközösítését eredményezné [...], megszokott kultúrájukkal bajban hagyva őket [...], hiszen az angolszász jogászok arra kényszerülnének, hogy kulturális tekintélyüket feladva a saját kultúrájukon belül példátlan önmegsemmisítést fogadjanak el.”⁶²

Akármi képpen alakul is a közös európai jogkodifikáció elképzelésvilága és alkalmas, tétovázva kinyilvánított stratégiája, a legszorosabban összefonódik az ún. európai jogtudomány létének, irányának, felelősségvállalásának kérdésével.⁶³ Meg kellene indulnia egy olyan európai jogászközi párbeszédnek, amely előbb-utóbb majd szükségképpen egyfajta európai jogi kultúra (újra)kialakulásához vezethetne, ami a maga részéről utóbb kialakíthatná a jövőbeni jogegységesüléshez történő hozzájárulás különféle formáit.⁶⁴ Ezért a jelen idejű tapogatózásnak óhatatlanul tovább kell folynia, s ez idő szerint legfeljebb a jogi oktatásban, a doktrinális fejlesztésekben, valamint a közös esetgyűjtemények és hasonló közös anyagok további kibocsátásában megnyilatkozó további hosszúságú közelítések zajlhatnak – lehetőleg egy ennek gondozására hivatott közös, állandó és függetlenített Európai Jogi Intézet felállításával mellette⁶⁵ –, amíg a tényleges jogi közösködés szándéka valóban nem realizálódik, hiszen „végül is a törvényhozás lényegében politikai tevékenység”.⁶⁶

A közös jog szintjét és érdemét illetően ugyanakkor nyilvánvaló, hogy nem mérülhet ki általános klauzulák megfogalmazásában vagy standardok megállapításában, mert a tagállami bíróságok gyakorlatának nemzeti önérvényesítő változatossága ebből idővel akár visszaállíthatja saját eredeti nemzeti jogát.⁶⁷ Annál is inkább, mert bármennyire jelen legyenek is elvek, ezek egy közös alapul szolgáló és így értékegyen-súlyozásra alkalmas kultúra nélkül elégtelenek. Már pedig egy ilyen kultúra kellő

⁶⁰ PI. PIERRE LEGRAND: Sens et non-sens d'un Code civil européen. *Revue internationale de droit comparé*, 48, 1996/4. 798., valamint uő.: A Diabolical Idea. In HARTKAMP (szerk.) i. m. 249.

⁶¹ Lord GOFF: Coming Together the Future. In BASIL S. MARKESINIS (szerk.): *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000. 241.

⁶² PIERRE LEGRAND: Are Civilian Educable? *Legal Studies*, 18, 1998/2. 222.

⁶³ PI. REINHARD ZIMMERMANN: Civil Code and Civil Law. The »Europeanization« of Private Law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science. *Columbia Journal of European Law*, 1, 1994-95/1. 63-105.

⁶⁴ Lásd pl. egyfelől CHRISTOPH U. SCHMID: Bottom-up Harmonisation of European Private Law. Ius Commune and Restatement. In CHRISTOPH U. SCHMID et al. (szerk.): *Evolutionary Perspectives and Projects on Harmonisation of Private Law in the EU*. Firenze: European University Institute, 1999. 103-124 és másfelől PIERRE LAROCHE: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. Presentation, Progress, Rationale. *European Review of Private Law*, 8, 2000/1. 101-109.

⁶⁵ VAN GERVEN i. m. 176.

⁶⁶ WOUTER SNIJDERS: The Organisation of the Drafting of European Civil Code. A Walk in Imaginary Gardens. *European Review of Private Law*, 5, 1997/4. 484.

⁶⁷ DROBNIG i. m.

irányítás, összhang, részletekben is megszerveződő egység, és megbízható állandóság nélkül aligha alakulhat ki. A másik oldalról, az Európai Unió szervei által is hangsúlyozott gyakorlati (jogalkalmazásbeli) jogegység oldaláról pedig egyenesen sürgetik a szabályok szintjén is pontos kodifikálást, mert „A gyakorlat fogalmi kategóriákat sürget, amik viszont országoként változóak. [...] [E]zért a hajlékony szabályok, amelyek eltérő országokban eltérő alkalmazásoknak adhatnának teret, a minimumra csökkentendők.”⁶⁸

Szövegezői annak elfogadásában közösek, hogy – már csak a merő elgondolásban is kizárólag a kontinentális jogpozitivizmus szikár eszmeiségét hajszolva tovább⁶⁹ – „jogi fogalmak éles körvonalakban meghatározott halmazával átfogó szabályok és elvek követeltetnek meg.”⁷⁰ Előzékeny hajlékonyságuk „döntő kérdésként” annak követelésében szokott kicsúcsosodni, hogy az így szerveződő jogrend „úgy legyen mindenkire kötelező, hogy abból megbízható magatartásellenőrzés – vagyis jogbiztonság – álljon elő.”⁷¹

Már pedig itt bármiféle terminológiai zsonglőrösködés ellenére (például annak bizonygatásával, hogy a klasszikus nemzetállamot felvilágosult előírásaival egykor építő kodifikációs minta s a történelemnek és értelemnek a Savigny és Thibaut közti vitában ekkoriban generált szembeállítás egyként kerülendő, mert most „egyidejűleg felülről és alulról történő megközelítés” van napirenden⁷²) végül is nem másról, mint a klasszikus kodifikáció klasszikus eszköztára igénybevételének összeurópai szinten történő megismétléséről van szó. Ezért ennek egyik kulcsfogalma a konzisztencia-problematika megoldása lesz,⁷³ végső soron tehát, mint klasszikus kodifikációs eszménységénél, a rendszeralkotásé. Nos, történt-e ezzel szembenezés? Vagy a fedőszövegekben történő kommunikáció nemcsak arra volt jó, hogy elkerüljék annak kimondását, amire még felhatalmazásuk sem volt, hanem arra is, hogy leplezzék addigi másfél évtizedes tényleges előmunkálataik gyakorlatában mindvégig megtűrt következetlenségeket, diszfunkciókat, egyoldalúságokat, elhallgatásokat, amikről olykor-olykor mégis tudósít az irodalom? Az ismert kritikus⁷⁴ például az európai szerződési jognak a jóhiszemmel foglalkozó, Nagy-Britanniában háromnegyed ezernyi oldalon kiadott hatalmas korpuszát⁷⁵ idézi elének. Ebben éppen egy akkoriban Londonban működött német szerzőnek a germán jóhiszem-fogalom angliai átplántálása (csakis új

⁶⁸ RODOLFO SACCO: The System of European Private Law. Premises for a European Code. In ALESSANDRO PIZZORUSSO (szerk.): *Italian Studies in Law*. 1. Dordrecht: Nijhoff, 1992. 80. és 81.

⁶⁹ VINCENZO ZENO-ZENCOVICH: The »European Civil Code«, European Legal Traditions and Neo-positivism. *European Review of Private Law*, 6, 1998/4. 349–362.

⁷⁰ CHRISTIAN VON BAR–STEPHEN SWANN: Response to the Action Plan on European Contract Law. A More Coherent European Contract Law (COM (2003), 63). *European Review of Private Law*, 11, 2003/5. 599.

⁷¹ HANS-PETER SCHWINTOWSKI: Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch. *Juristen Zeitung*, 57, 2002/5. 208.

⁷² VAN GERVEN i. m. 161.

⁷³ PL. ANDREAS FISCHER-LESCANO–GUNTHER TEUBNER: Regime-collisions. The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, 25, 2004/4. 1003.

⁷⁴ PIERRE LEGRAND: On the Singularity of Law. *Harvard International Law Journal*, 47, 2006/2. 522.

⁷⁵ REINHARD ZIMMERMANN et al. (szerk.): *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

diszfunkciók generálása árán gondolható) úgyszólván lehetetlenségét kimutató dolgozatát⁷⁶ nem említik. Idézi továbbá a kodifikációs tervezeteiről ismert holland európai magánjogásznak az átfogó európai kodifikáció s ebben a jóhiszem klauzulájának inkorporálása „különös jelentőségét” – értsd: mellőzhetetlenségét – hangsúlyozó összegzését.⁷⁷ Ez ti. éppen arról feledekzik el, hogy az angol jogban alig néhány éve született egy a jóhiszem-doktrína teljes ottani hiányát megállapító bírói döntés,⁷⁸ sőt mi több, olyan ítélet is, amelyben angol jogi összefüggésben a Lordok Háza a jóhiszem-elvnek egyenesen a „gyakorlati működésképtelenségét” mondja ki.⁷⁹

Logikus hát a következtetés: környezet nélkül semmi sem létezik, semmi sem működhet az ember társadalmi produktumaiból. Mindez persze nem változtat annak igazságán, hogy „Nincs olyan hely, amelyről az lenne elmondható, hogy »nem lokális«”,⁸⁰ lévén – hermeneutikai értelemben – „nem létezik atom”,⁸¹ mert semmi sem tud felemelkedni „valamiféle sajátos episztemikus mennybe, hogy azután kívülről irányítsa a gyakorlatot.”⁸² Mindebben mi vagyunk ott, teljességünkkel, kulturális megértésünkkel, ami kizárólag valamiféle *hic et nunc* konkrét környezetben teljes kifejltségében megélt gyakorlatban bontakozhat ki. A *global village* agresszív én-ki-terjesztésében pontosan az ebben rejlő paradoxonnak ad kifejezést a ‘glokalizáció’ terminusa.⁸³

Ezzel tér vissza a kritikus annak újraállításához, hogy „Egy jogszöveg éppen olyasmí, ami szükségképpen beleágyazódik az előfeltevések, szokásszerű eljárások, hitek és érzelmek hálózatába, vagyis a dolgok éppen adott konkrét és konstitutív erejű állásába.”⁸⁴ Hiszen nemcsak az az előbb látott aggály jogos, hogy egy pusztán elvi közös szabályozás birtokában a tagállami gyakorlat könnyen visszaértelmezhetné saját eredeti nemzeti jogát, de az is, hogy a pusztán közös elvek aligha eredményezhetnek gyakorlati jögegységet, mert a koncepcionális eltérések, a mögöttük meghúzódó különböző jogon kívüli várakozások, a jogértelmezésnek koherencia, meggyőző erő (stb.) tekintetében fennálló módszertani különfélesége még egy szavaiban/fo-galmaiban azonosból is új divergenciákat keletkeztethet.⁸⁵

Nos, tudjuk, hogy a voltaképpeni előmunkálatok már az 1960-as években elkezdődtek. Formálisan s formátlanul nemzeteken átívelő összehasonlító kutatócsoportok alakultak előmunkák végzésére. A dán Landoról elnevezett bizottság két évtized

⁷⁶ GUNTHER TEUBNER: Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. *Modern Law Review*, 61, 1998/1. 11–32.

⁷⁷ MARTIN W. HESSELINK: The Concept of Good Faith. In HARTKAMP (szerk.) i. m. 472.

⁷⁸ *Inter-Photo Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] Q.B. 433.

⁷⁹ Lord Ackner szavaival in *Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128, 138 (H.L.).

⁸⁰ BRUNO LATOUR: *Reassembling the Social. An Introduction to Actor-network-theory.* Oxford: Oxford University Press, 2005. 179.

⁸¹ JACQUES DERRIDA: *Points de suspension. Entretien.* Paris: Éditions Galilée, 1992. 147.

⁸² ANDREW PICKERING: *The Mangle of Practice. Time, Agency, and Science.* Chicago: University of Chicago Press, 1995. 200.

⁸³ Lásd in ROLAND ROBERTSON: Glocalization. Time-space and Homogeneity-heterogeneity. In MIKE FEATHERSTONE et al. (szerk.): *Global Modernities.* London: Sage, 1995. 25–44.

⁸⁴ LEGRAND (2006) i. m. 526.

⁸⁵ COLLINS (1995) i. m. 356.

munkáját 1998-ban foglalta össze, a teljesség igényével foglalva korpuszba az európai szerződési jog elveit.⁸⁶ Munkáját ekkortól kibővítve folytatta a *Study Group on a European Civil Code* avégett, hogy további magánjogi, még szorosabban kodifikációs tervezeteket készítsen elő. Majd a következő évben az *Académie des Privatistes Européens* tette közzé kódex-javaslatának első kötetét,⁸⁷ az Európai Unió szerződési törvénykönyvét az olasz *Codice civile* mintájára képzelve el.⁸⁸

Ezek és mások közül az európai szerződési jog Lando-féle munkálatai tudatosan hordozzák az amerikai *Restatement of the Law* második időszakának módszertani örökségét. Bennük, „Mint egy törvényben, minden egyes szabály vagy elv önálló cikkbe foglaltatik. Csakúgy, amint az amerikai *Restatements* törekvéseiben is: ezeket kommentár kíséri, amely tisztázza a szabály értelmét, célját, alkalmazását, és más szabályokhoz való viszonyát egyaránt. Az alkalmazást példák is illusztrálják. Végezetül, lábjegyzetben, ezeknek a háttérét és forrását rögzítik, akár a tagállamok jogrendszerei közös magjáról, egyikének vagy többjének a szabályáról, nemzetközi megállapodásról, avagy az amerikai *Uniform Commercial Code*-ről vagy egyébéről legyen is szó.”⁸⁹ Összterjedelme tehát gyakorlatilag 131 szakasz. Mindegyiket kommentár, példák és összehasonlító anyagok sora kíséri. Szerzői szerint az az előnye, hogy választható; hogy infrastruktúrát biztosít a közösségi jog számára; hogy mint *common core*, vagyis számos eltérő szabályozásnak a közös magja, iránymutatást adhat a nemzeti fórumok számára; és hogy eleve hídépítő szándékú több jogeset között – ilyenformán pedig kész európai műként az a ma számára, ami a *lex mercatoria* volt egy korábbi kor számára. Ám ennek is, hasonlóinak is ösztönzője elsősorban a német, holland, olasz és belga jogtudósok köréből kerül ki, miközben a franciák, a spanyolok és a portugálok alig hallatták eddig a hangjukat, az angolok pedig mintha passzív rezisztenciában figyelnének csupán.

Különösen azért figyelemre méltó ez, mert pontosan az Európai Szerződési Jog Alapelvei gyanánt ismert foglalat⁹⁰ tudott a leginkább felülemelkedni a nemzetállami változatokat mutató kulturális függőségeken – talán annak tudatossága okán is, hogy éppen erről mondható el a legtisztábban, hogy: „a szerződési jog nem folklór”.⁹¹ Gyakorlatiasan láttak hát munkához. Lehetőleg pragmatikusan is szétválasztották, hogy az egyes jogterületek (s egyes problémakörök) mennyire és milyen mélységben előfeltételezettek kulturálisan; és nyilvánvalóan a láthatóan kevésbé érzékeny, ámde az egységesítés szempontjából mégis fontos topikákon indultak el.⁹²

⁸⁶ OLE LANDO et al. (szerk.): *Principles of European Contract Law*. I–III. The Hague: Kluwer Law International, 2000–03. Ennek s az olasz *Unidroit*-elveknek német nézőpontú kontrasztálására lásd JÜRGEN BASEDOW (szerk.): *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*. Tübingen: Mohr, 2000.

⁸⁷ GIUSEPPE GANDOLFI (szerk.): *Code Européen des Contrats. Avant-Projet*. Milano: Giuffrè, 2001–.

⁸⁸ Áttekintésükre lásd CHRISTOPH U. SCHMID: Legitimacy Conditions for a European Civil Code. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 8, 2001/3. 277–298.

⁸⁹ OLE LANDO: European Contract Law. *The American Journal of Comparative Law*, 31, 1983/4. 657.

⁹⁰ OLE LANDO et al. (szerk.) i. m.

⁹¹ OLE LANDO: Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law. *European Review of Private Law*, 8, 2000/1. 61.

⁹² Pl. BRIGITTA LURGER: *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*. Wien–New York: Springer Verlag, 2002. 33.

Esettanulmányként talán a szerződési problémakör a leginkább kidolgozott. Hiszen nyilvánvalóan ez áll legközelebb ahhoz a szellemiséghez, inspirációhoz, célrendszerhez, és persze ahhoz a nap mint nap felismert szükséghez is, ami egykor az Európai Szén- és Acélközösséget, majd az Európai Gazdasági Közösségeket, végül pedig a ma ismert Európai Uniót létrehozta. Egyidejűleg ez talán egyszermind az a terület is, amely a leginkább mutatja mindezen egységesítő elképzelések eddig teljes kialakulatlanságát, s egy bő évtized rengeteg munkájának elvégeztével is inkább pusztá ötletbörzére érdemesítő szánandóságát, semmint bármiféle érett koncepcióvá nemesedő megformáltságát.

Mindenesetre bármi ezek közül, amit eddig közösségiesítettek (történetesen a társasági jog, munkajog, ipari tulajdon és szerzői jog, valamint szerződési jog köréből), sem kimerítő, sem összefüggő szabályozást nem adott. Amivel mégis szolgált, az inkább és jobbra kazuisztikus beavatkozás volt. Az eredmény ezért sok és kevés egyszerre, büszkélkedésre mindenesetre semmi alappal nem szolgáló. Hiszen mindez aligha több, mint legfeljebb „harmonizált jogterületek különálló szigetei”.⁹³ Valódi harmonizációs hatása ilyen módon minimális, ráadásul ez is bizonytalan fogalomátvitelekkel valósul meg (például a *contract* elkülönülően a *Vertrag*, *contratto* stb. eddig ismert fogalmaitól, avagy a *cause a causaétól*): újraelnevezésekkel és fogalmak egyoldalú bevitelével – időleges végeredményként a nemzeti magánjogi rendszerek eddigi koherenciáját csakis bomlasztó hatással,⁹⁴ ugyanakkor azzal az ez idő szerint bármiféle pozitívumot nélkülöző állapottal, hogy napjainkig még a szerződési jognak sem alakult ki sem közös fogalma és/vagy felfogása, sem pedig közös kerete.⁹⁵

Ha megnézzük a jog teljességét szintekben leíró képet,⁹⁶ mely három réteg közt tesz különbséget, hogy a pusztá megjelenés mögött tartalmakat is még feltárhasson –

jog
<i>külső réteg</i>
(jogszabályok, esetjog stb.)
<i>jogi kultúra</i>
(jogi fogalmak, általános elvek, jogász módszer)
<i>mélyszerkezet</i>

–, úgy láthatjuk, hogy ezek sorában az Európai Unió jogi összberendezkedése mindmáig kizárólag az első szintet, a külsőként megjelenítetttség szintjét látszik csak

⁹³ THOMAS M. J. MÖLLERS: The Role of Law in European Integration. *American Journal of Comparative Law*, 48, 2000/4. 683.

⁹⁴ Leginkább pl. CHRISTIAN JOERGES: European Challenges to Private Law. On False Dichotomies, True Conflicts and the Need for a Constitutional Perspective. *Legal Studies*, 18, 1998/1. 161.

⁹⁵ ANA M. LÓPEZ-RODRÍGUEZ: Towards a European Civil Code without a Common European Legal Culture? The Link between Law, Language and Culture. *Brooklyn Journal of International Law*, 29, 2004/3. 1198–1206.

⁹⁶ KAARLO TUORI: EC Law: An Independent Legal Order or a Post-modern Jack-in-the-Box? In LARS D. ERIKSON et al. (szerk.): *Dialectic of Law and Reality. Readings in Finnish Legal Theory*. Helsinki: University of Helsinki Faculty of Law, 1999. 403.

kitölthetni.⁹⁷ Márpedig ez egyenlő annak állításával, hogy az Európai Unió nevében és részéről az önnön alapjaiként kibocsátott és érvényre juttatott normatív textusok mögött nem áll semmiféle saját megértés, hanem csakis a történetesen azt értelmezőnek a nemzeti kultúrája mögül esetenként kikacsingató. Szemben tehát a nemzeti joggal, melynek alkotása és alkalmazása egyetlen hermeneutikus közegben zajlik, az eleve nemzet-közi európai jog valóban két lábon áll, önmagában csökötten, mert önállótlannul; hiszen bármit, amit még magára vesz, csakis magához képest külső forrásokból, jelesül a nemzeti kultúrákból merítheti.

„De mi is egy kódex? Legalábbis mi az előrelátható jövőben nem egy kontinentális módon mindent átfogó polgári jogra gondolunk. Ehelyett elvi jogterületeket kívánunk elemezni [...] olyan mélységig, hogy végül egy európai mintajogot javasolhassunk, ami majd Európa egyes nemzeti rendszerei számára közös igazságosságfogalomnak a lényegét testesíti meg. [...] Miközben reméljük, hogy egy ilyen alapvető magánjog értékéről meg tudjuk majd győzni az egyes nemzeti rendszereket, hogy egyetértsünk, egyszersmind elismerjük azt is, hogy sokáig – és talán mindörökké – a részleteket illetően ezek a nemzeti rendszerek meg fogják majd tartani a nemzeti egységüket.”⁹⁸

Végül a szög mindig kibújik a zsákból, s eszerint az, ami szerinte nem kódex, csak elemzett elvi jogterület – nos, leginkább mégis olyan ez, mint a *Code civil*, amelynek paragrafusai közé s mögé eseti *jurisprudence* azért benyomulhatott; vagy mint a háború utáni azonos szöveggel elfogadott francia és belga családjogi törvény, amelynek eltérő hermeneutikája végül eltérő joggyakorlati megvalósulásokat hozhatott létre; vagy mint az egykori szovjet ún. összszövetségi törvényhozási alapok, büszkén vallva, hogy csak közös elvekről szólnak, s tényleg felmutatva, hogy a közös nyomán elfogadott például ukrán és kirgiz büntető törvénykönyv tényleg egynél több szóban valóban különbözött.

Kellő távolságból, jogfilozófiai perspektívából valóban nehéz a választás. A dilemma sarkítottóságát, önmagukban ellentétes pólusoktól feszítettségét jól fejezi ki annak kijelentése, hogy „Az európaivá tétel azt hangsúlyozza, amit nyerhetünk, a nemzeti jellegtől megfosztás viszont azt, amit elveszítünk.”⁹⁹ A realizmushoz legközelebb valószínűleg akkor állunk, ha úgy látjuk ezt, mintha az európai szakácsművészet pazar változatosságáról kellene lemondanunk egy McDonald-módra kikotyvasztott egyetlen állítólagos konyhakultúra kedvéért.¹⁰⁰

Ami a részterületeket illeti, egy brit szerző megjegyzése szerint „A társasági és a munkajog harmonizációja európai kontextusban [...] a sokféleség megőrzése ténye-

⁹⁷ THOMAS WILHELMSSON: Jack-in-the-Box Theory of European Community Law. In ERIKSON et al. (szerk.) i. m. 449.

⁹⁸ CHRISTIAN VON BAR: A New Jus Commune Europaeum and the Importance of the Common Law. In MARKESINIS (szerk.) i. m. 78.

⁹⁹ OLIVER REMIEN: Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? Legislative und gerichtliche Wege. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht*, 36, 1995. 116.

¹⁰⁰ André Tunctól idézi az *Incontro di studio sul futuro condice europeo dei contratti* (1990. október) alkalmából. RUFFINI GANDOLFI–MARIA LETIZIA: Una codificazione europea sui contratti. Prospettive et problemi. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 89, 1991/9–10. 683.

zójének bizonyult, mivel olyan megközelítésre épült, amely a nemzetállamok közötti kölcsönös tanulásban kifejeződő szabályozási kölcsönhatás elősegítését tette lehetővé.¹⁰¹ Ez az örvendetes részfejemény azonban még nem tette sem világossá, sem eldöntötté akár a szabályozási verseny, akár a követendő modell kérdését. Hiszen az Amerikai Egyesült Államokban „a szabályozást a magánrendezésbe történő külső beavatkozásnak tekintik, ami csak ott igazolható, ahol valamiféle piaci csőd bizonyítottá válik. Ezzel szemben az uralkodó európai felfogás a szabályozást [...] a piaci rend alkotójának tekinti – egy olyan felfogás keretében, amely arra a gondolatra épül, hogy a szabályozó és a piaci erők inkább kiegészítik egymást, semmint hogy szemben állanak egymással.”¹⁰²

A kötelmi megvalósulás mindeddig meglehetősen féloldalasra sikeredett, leginkább azért, merthogy kiterjedt jogosultság-biztosításai bántó ellentmondásban állnak az európai szabályozási jogszövegek töredékességével és következtelenségével, sőt a szabályozott tárgyak teljességgel véletlenszerűnek tetsző kiválasztásával is.¹⁰³

Sokak vélekedését¹⁰⁴ fogalmazza meg hát az, aki nem rejti véka alá meggyőződését afelől, miszerint „nem hiszek abban, hogy az idő érett lenne egy ilyen közös vállalkozás számára.”¹⁰⁵ Mások egyenesen kijelentik, hogy „Európában harmonizált civiljog nem érhető el.”¹⁰⁶ Magyar tanulmányozója egyszerre szerény és határozott álláspontot foglal el. Úgy véli, hogy mindaz, ami egyáltalán eddig elvégeztetett, „*soft law* formájában rendkívül hasznos lehet, hiszen kikristályosíthatja az »európai« szerződési jogi terminológiát [...]. A tagállami jogok helyébe lépő, egységes európai szerződési jognak azonban aligha lehet esélye.”¹⁰⁷

IV. A közös jog jövője

Miután a gazdasági fejlődés az Európai Unió létértelme,¹⁰⁸ a növekvő uniós jog jövője mindenképpen adott. Ha maximalista végkifejlettel – miszerint „a tagállami jogrendszerek minden valószínűség szerint egyetlen nagy, egységes vagy erőteljesen

¹⁰¹ SIMON DEAKIN: Legal Diversity and Regulatory Competition. Which Model for Europe? *European Law Journal*, 12, 2006/4. 440.

¹⁰² DEAKIN i. m. 454.

¹⁰³ EVE TRUILHÉ-MARENGO: Towards a European Law of Contracts. *European Law Journal*, 10, 2004/4. 463. és 473.

¹⁰⁴ Pesszimizmusok közt lebegve lásd pl. TON HARTLIEF: Toward a European Private Law? A Review Essay? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1, 1994/2. 166–178.; MICHAEL MILO-MADELEINE VAN ROSSUM: European Private Law. Challenge and Chimera. [Editorial.] *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1, 1994/3. 228–231.; RENÉ DE GROOT: European Private Law between Utopia and Early Reality. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 1997/1. 1–. egyaránt.

¹⁰⁵ MARKESINIS i. m. 106.

¹⁰⁶ JOACHIM WUERMELING-ALBRECHT V. GRAEVENITZ: Europäische Privatrecht. Wider den Oktroi der Universität. *Europarecht*, 36, 2001/4. 640.

¹⁰⁷ TÓTH ORSOLYA: Egységes európai szerződési jog – érvek, ellenérvek és jogösszehasonlítás. In KELEMEN MIKLÓS-TAKÁCS PÉTER: *Est quadam prodire tenus. Tudományos diákköri dolgozatok 2003*. Budapest: ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, 2004. 259.

¹⁰⁸ IAN WARD: *A Critical Introduction to European Law*. London: Butterworths, 1996. 100.

hasonló szabályokat tartalmazó jogcsaládot fognak alkotni [...] hiszen nyilvánvaló, hogy az európai jogrendszerek közelednek egymáshoz¹⁰⁹ – itt nem is számolunk, nyilvánvaló, hogy a közös jogtörékvésből óhatatlanul előáll majd egy új *acquis communautaire*; ami viszont még ilyen értelmében is „egy elegánsan bizonytalan fogalom”.¹¹⁰ Az Európai Unió direktívái nemzeti választást engednek annak tekintetében, hogy az európai jog saját jogforrásait a tagállamok milyen formában és módon implementálják. Ezen belül egyebek közt a szubszidiaritás biztosítja a nemzeti jogoknak saját helyükön való megmaradását; noha ennek mértéke teljesen tisztázatlan.¹¹¹ Strukturálisan azonban mindez annak biztosítéka, hogy „a Közösség jogrendjének céljai a nemzeti jog kialakult mintái szerint közelíthetők meg.”¹¹² E nagylelkűség azonban erőteljesen kiüresedik, ha meggondoljuk, hogy a tagállami jogok többsége kodifikált, márpedig ez nehezen társul a harmonizációval.¹¹³ Hiszen különmű dolgokról van szó. Ezért „a nemzeti kodifikáció és az európai harmonizáció logikájának szerkezeti különbségei” – átfogó, rendszeres, egyszintű, statikus *versus* részleges, rendszertelen, kétszintű, dinamikus – kölcsönösen lerontják, ill. kioltják egymást.¹¹⁴

Bármilyen legyen is egy ilyen európai vállalkozás eredménye, az „jogalap hiányában formális tételezést nem nyerhet”. Az *Action Plan* (14) különös önfelhatalmazása értelmében azonban ‘adoptálásra’ tarthat igényt. S ha ez így vagy úgy bekövetkezik, úgy biztosak lehetünk abban, hogy hasonló ügyeskedések, sikamlós „euro-konform” megoldások közbejöttével előbb vagy utóbb óhatatlanul majd a nemzeti mellé/fölé épül.¹¹⁵ Összegezve tehát: egyfelől kétséges, hogy bármiféle ilyen kódex kibocsátására rendelkezésre állna belső (alkotmányos) jogalap,¹¹⁶ másfelől ilyennek önkéntes elfogadása is óhatatlanul legitimáció-hiányos lenne, hiszen csakis az élesen ellenzők megszavazásán alapulhatna.¹¹⁷

Akármi lesz is végkifejletként, az csakis „politikai sürgetés” eredményeként állhat elő.¹¹⁸ Ezzel szemben persze nemzeti stratégiaként kialakulhat ellenállás (ami alkotmányosan ugyan legitím, hosszú távon azonban aligha tartható), elkülönülés (amikor megjelenítik ugyan implementáltan, de az eredeti nemzeti törvénykönyv

¹⁰⁹ GERARD-RENÉ DE GROOT: European Education in the 21st Century. In DE WITTE et al. (szerk.) i. m. 11.

¹¹⁰ H. C. TASCHNER: A nemzeti jog harmonizálása az Európai Unió jogával – jogi aspektusok. In VIDA SÁNDOR (szerk.): *A gazdasági jog harmonizálása az Európai Unióban. Magyar és európai aspektusok.* [Friedrich Ebert Stiftung és Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit kollokviuma előadásai] Budapest: ny. n., 1994. 37.

¹¹¹ HANS-W. MICKLITZ: Perspektiven eines Europäischen Privatrechts. Ius commune prater legem? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 6, 1998/2. 256.

¹¹² STEPHEN WEATHERILL: *Law and Integration in the European Union.* Oxford: Clarendon Press, 1995. 82.

¹¹³ PI. WULF-HENNING ROTH: Transposing »Piontillist« EC Guidelines into Systematic Codes – Problems and Consequences. *European Review of Private Law*, 10, 2002/6. 761–776.

¹¹⁴ HESSELINK (2006) i. m. 289. és 287.

¹¹⁵ HESSELINK (2006) i. m. 295.

¹¹⁶ VINCENZO ZENO-ZENCOVICH–NOAH VARDI: The Constitutional Basis of a European Private Law. In HARTKAMP (szerk.) i. m. 205–214.

¹¹⁷ VAN GERVEN i. m. 172., ellenzőként az Egyesült Királyság és Írország mellett a nordikus Dániával, Finnországgal és Svédországgal számolva.

¹¹⁸ PAUL SCHOLTEN: De Codificatie-gedachte vóór honderd jaar en thans. In PAUL SCHOLTEN et al. (szerk.): *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek. 1838–1938.* Zwolle: Tjeenk Willink, 1938. 30.

érintetlenül hagyásával, ami kétség kívül fragmentál, dekodifikációs hatást fejt ki, mégis versengő továbbfejlődést eredményezhet¹¹⁹), vagy önfeladás (amikor formális jogforrásként, a teljes nemzeti joganyag felváltására bocsátják ki pl. a közös hivatkozási keretet).¹²⁰ Az irodalom lehetséges forgatókönyvnek ítéli, hogy a jövőben valamikor ki kell majd bocsátani egy kötelező európai kódexet a határokon túlívelő tranzakciók rendezésére, amit bizonyára nyomás követ majd, hogy a nemzeti törvényhozó ugyanezt vállalja fel a belső forgalom tekintetében is.¹²¹ Elgondolható az is, hogy beinduljon a nemzeti dogmatika fogalmi s rendszertani alapjainak lassú erodálódása,¹²² de az is, hogy fennmaradjon a feszültség az európai részek s a nemzeti kodifikációt alkotó fogalmak, alapelvek (stb.) között.¹²³

Mások eleve ideologikus játéknak, ösztönző helyettesítőnek tekintik az egész kodifikációs programot, úgy véelve, hogy egy európai kódex már kibocsátása tényénél fogva is elősegítheti az egységesülést, hiszen jelentősége mindenekelőtt szimbolikus.¹²⁴ Történelmi példák tanúsága szerint tehát függetlenül attól, vajon szert tesz-e egyáltalán jogi státuszra, maga a kidolgozott szöveg gyakorol hatást.¹²⁵ A végkövetkeztetés itt mindazonáltal az, hogy valószínűtlen a XIX. századi nagy kodifikációk megismétlődése – akár európai uniós nemzet-köziségben, akár tagállamok sorozatoságában. Vagyis maga a gondolat újramegtestesülése, hogy a polgári jog egyetlen korpuszban öltön testet, lett többek szerint valószerűtlen.¹²⁶

Az európai magánjogi közös jogtermés optimális végproduktuma bizonyára egy keretszabályozás lehet csupán (a szerződési szabadság nagymérvű biztosításával). Célja az lehet, hogy elvek, alapfogalmak és fogalmi-intézményi keretek kijelölésével a nemzeti válaszok és problémamegoldások – egyfelől – összemérhetően, viszonyíthatóan, valamely egységen belüli változatokként gondoltathassanak újra, miközben – és másfelől – a keretjelölésben rejlő rendszerszerűség lehetővé teszi a folyvást betüremkedő új jogi válaszoknak a rendszerszerűségből adódó többletminősége megőrzését.

Olyan mechanizmust feltételez ez, mint amilyenek a francia *Code civilben* a XIX. század második felétől növekvő iramban különféleséget, specifikus részletrendezéseket gyakorlati újrafogalmazásaival biztosító bírósági praxis bizonyult. Módszertani újdonsága pedig az volt, hogy ezekben a megoldásokban már kevésbé pusztán deduktív eszményűen alkalmazta, mint rendszerszerűségében a meglévő

¹¹⁹ EWOU D. H. HONDIUS: Produktenaansprakelijkheid: de voordelen van een dualistische rechtsorde. *Ars Aequi*, 45, 1996. 38–45.

¹²² HESSELINK (2006) i. m. 295–303.

¹²¹ L. A. D. KEUS: De Europeanisering van het vermogensrecht, in het bijzonder van het contractenrecht. In G. J. M. CORSTENS et al. (szerk.): *Europeanisering van het Nederlands Rechts. Opstellen aangeboden aan Mr. W. E. Haak*. Deventer: Kluwer, 2004. 201.

¹²² BASEDOW i. m. 491.

¹²³ HESSELINK (2006) i. m. 304.

¹²⁴ JÜRGEN BASEDOW: Un droit commun des contrats pour le Marché commun. *Revue internationale de Droit comparé*, 50, 1998/1. 7–28.

¹²⁵ HAMZA GÁBOR: Az Európai Közösségek Bíróságának ítélkezési gyakorlata és az európai jog. *Európai jog*, V, 2005/4. 6–7.

¹²⁶ HESSELINK (2006) i. m. 305.

rendelkezések köré felfűzte a *jurisprudence des tribunaux* alkotó többletét. Volta-képpen tehát *determinatio* helyett a kódex aligha tett már többet, mint hogy valójában taxonómikus (rendszeri) *locust* szolgáltasson a döntésekben megjelenő nómumok szabad joggyakorlati kifejléséhez.¹²⁷

Perspektíváink láttatásához és történelmi folyamatba ágyazásához nem ártana egyszer annak végiggondolása sem, vajon tényleg védhető álláspontot sugall-e a mai újraértékelés.¹²⁸ Ennek tükrében ugyanis az egykori római jogreceptió nyomán tudós munkákból felépült *ius commune* volt a voltaképpeni örökségünk. Ebből csupán egy *infantile disorder* devianciájaként, nemzetállami átmenetiségként, partikularizálódó (s ezzel a tudomány egyetemességét megtagadó) provincializálódásként jöttek létre nemzeti jogrendszerek, és bennük a nemzetenként egyedi kodifikációk. Hiszen egy tisztázatlan múltnak a jelen kavalkádja felel meg. Akár az, hogy német szerző¹²⁹ közös gyökereinket hangsúlyozza, olasz¹³⁰ a megszokotthoz való sovinizta ragaszkodás taktikája mögött a státuszvesztés félelmének mint mindennap újra megélt élménynek stratégiászülő kényszerét,¹³¹ angol¹³² pedig – saját joga másneműségére tekintettel – bármiféle biztonsággal megragadható kiindulópont hiányát.

A történelmi látásmód mégis azt sugallja, hogy figyelemmel részben a Csatorna túloldalának (az Egyesült Királyságnak és Írországnak) eltérő hagyományára, részben pedig a nemzetévtélés nagy (francia, osztrák, német, olasz) kontinentális példái-ban polgári törvénykönyveik identitásképző szerepére, „kevés aktualitása van annak, hogy most egy egységes európai polgári törvénykönyv jöjjön létre a közeljövőben.”¹³³

¹²⁷ Lásd pl. VARGA CSABA *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2002. különösen V. fej. 5. pont, 142–152., valamint 401.

¹²⁸ Tárgyalásához vö. VARGA CSABA: Kodifikáció az ezredforduló perspektívájában. In VARGA (2002) i. m. 379–403.

¹²⁹ REINHARD ZIMMERMANN: Codification. History and Present Signification of an Idea. *European Review of Private Law*, 8, 1995/1. 95–120., Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science. *The Law Quarterly Review*, 112, 1996/4. 576–605. és *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹³⁰ UGO MATTEI: A Transaction Cost Approach to European Civil Code. *European Review of Private Law*, 5, 1997/4. 539.

¹³¹ Megejtő, amit TÓTH i. m. 250. idéz: „Nézzék csak, mi történt Hágában! Tallon professzor a francia kódexre mutat, mint az európai törvényhozás modelljére, Markesinis professzor az oxfordi modellt propagálja, mint megfelelő megközelítési módot, Gandolfi pedig éveken keresztül bizonygatta, hogy az olasz kódex a helyes példa.”

¹³² GEOFFREY SAMUEL: English Private Law in the Context of Codes. In MARK VAN HOECKE et al. (szerk.): *The Harmonisation of European Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000. 47–61.

¹³³ HAMZA i. m. 5.

DISSERTATIONES

A JOGALKALMAZÁS KÉRDŐJELEI
A KÁBITÓSZER-PROBLÉMÁVAL KAPCSOLATOS
KRIMINÁLPOLITIKÁBAN

KÓTI RÉKA ÁGNES
doktorandusz (PPKE JÁK)

A kábítószerrel kapcsolatos bűncselekmények esetében gyakorta merülnek fel olyan helyzetek, amikor a jogalkalmazó szervek feladata az önálló döntéshozatal a jogszabályi bizonytalanság árnyékában. A továbbiakban ezen lehetséges problémákat szeretném bemutatni.

I. Az ‘ultima ratio’ kérdése

Egy adott társadalmi jelenség kezelésére a büntetőjog csak a végső eszközként vehető igénybe. A kábítószer-fogyasztás az alapvető emberi szabadságjogokat is érinti, az állami beavatkozás, a korlátozás csak a szükséges mértékű és arányos lehet.

Az ENSZ három, a kábítószer-problémával foglalkozó egyezménye szerint a gyógyászati és tudományos célon kívüli kábítószer-fogyasztás *jogellenes visszaélésnek* minősül.¹ Az egyezményt ratifikáló államok belső feladata, hogy alkotmányos alapelveik és jogrendjük tiszteletben tartásával meghozzák azon intézkedéseket, amelyek a különböző kábítószerrel kapcsolatos cselekményeket bűncselekménnyé nyilvánítják.

A büntetőjog alapelveit figyelembe véve a kábítószer-fogyasztás büntetendőségének és a büntetőjog bizonyos alapelveinek összeegyeztetése kihívást jelent mind a jogalkotó, mind a jogalkalmazó számára.

Különösen *két alapelv tiszteletben tartása* kérdéses, melyek az önsértő cselekmények kriminalizálásától való tartózkodás követelménye, és a büntetőjogi szankcionálás ‘ultima ratio’ jellege.

¹ Az 1965. évi 4. sz. tvr-tel kihirdetett 1961. évi Egységes Kábítószer Egyezmény, az 1979. évi 25. tvr-tel kihirdetett 1971. évi Egyezmény a pszichotróp és az 1998. évi L. Tv-nyel kihirdetett 1988. évi Egyezmény a kábítószeres és pszichotróp anyagok tiltott forgalmazása ellen.

Az ‘ultima ratio’ elve szerint egy bizonyos magatartással, jelenséggel szemben csak akkor vehető igénybe a büntetőjog szankció-rendszere, ha a társadalmi kontrollrendszer egyéb intézményei már nem elegendőek a jelenség visszaszorítására.

Míg az ENSZ-egyezményekből a jogellenes használat közvetett kriminalizálásának kötelezettsége fakad, addig a hivatkozott büntetőjogi alapelvekből a kriminalizálás mellőzése következik. Az ellentmondás feloldásához maguk az egyezmények nyújtanak segítséget. Amint arra az EU Kábítószer és Kábítószer Függetlenség Európai Megfigyelő Központja (EMCDDA) rámutat, az ENSZ konvenciók rendelkezéseit a tagországoknak kell önállóan, saját jogrendjük elveinek megfelelően, hazai jogukba beiktatniuk.

Az esetben pedig, ha kábítószer élvező követ el az egyezményeken alapuló kábítószer bűncselekményt, akkor a tagállam – az ENSZ egyezményekben javasoltak szerint – az elkövetővel szemben büntetés helyett egyéb intézkedést hivatott fogantatítani.

Ezúton az egyezmények tagállamainak módjukban áll mind a büntetőjogi jogalkotásban, mind a jogalkalmazásban az alapelvek érvényesítése, és a kábítószer-élvezők kriminalizálásának mellőzése.

II. A ‘büntetés helyett kezelés’ elvének előtérbe kerülése

A kábítószerrel és pszichotróp anyagokkal kapcsolatos tevékenységek elleni büntetőjogi szankciók mellett egyre inkább előtérbe kerül a kezelés és ártalomcsökkentés intézménye.

A kábítószer-problémával kapcsolatos közegészségügyi megközelítés alapjául szolgáló ‘büntetés helyett kezelés’ elvével először a pszichotrop anyagokról szóló 1971. évi Egyezményben találkozhattunk.² A kábítószer-probléma ezen megközelítése szerint, a droghasználat nem bűncselekmény, ami büntetőjogi szankcionálással büntethető, hanem sokkal inkább egy addikció, függőség, amelyet kezelni kell. A büntetés helyett kezelés elvével párhuzamosan kialakuló treatment (kezelési) irányzat szerint a büntetésnek nem az elkövetett tett súlyához kell igazodni, hanem az elkövető nevelését, gyógyítását és reintegrációját kell szolgálni a személy egyéni körülményeire igazodó kezelés révén.

Mára, drogpolitikai szemlélettől függetlenül, az elv és az annak megfelelő intézmény, mint a kábítószer iránti illegális kereslet csökkentésének egyik formája, jelen van az államok jelentős részének büntetőjogában, illetve büntető igazságszolgáltatási rendszerében. A ‘büntetés helyett kezelés’ elve az esetek nagy részében az elterelés (diverzió) intézménye révén érvényesül.

A hazai büntetőjogi szabályozásban e téren a Btk. 1993. évi módosítása jelentett áttörést, az elterelés bevezetésével, mind az alkalmi fogyasztó, mind a kábítószerfüggő elkövető esetén. Később azonban a Btk. 1998. évi módosítása a kábítószerfüggőkre korlátozta a büntetés helyett kezelés elvének büntethetőséget megszüntető okként

² Az elv 1972-ben, a Genfi Jegyzőkönyvvel bekerült az 1961. évi Egyezménybe is.

való alkalmazási lehetőségét. Ezekben az években kiskaput jelentett a gyakorlat, miszerint a nem kábítószerfüggő elkövető próbára bocsátás, vagy a vádemelés elhalasztása és egyidejűleg pártfogó felügyelet elrendelése révén, a büntetés alternatívájaként részesülhetett gyógykezelésben, vagy vehetett részt prevenciós programban. Ez utóbbira az 1998. évi LVIII. tv. 55. § (2) bekezdése teremtett lehetőséget, amikor a pártfogó felügyelet keretében elrendelhető kötelezettségek közé beiktatta a megelőző-felvilágosító egészségügyi szolgáltatáson való részvétellel kapcsolatos kötelezettséget.

A Btk. 2003. évi II. törvénnyel történt módosítása jelentősen bővítette a 'büntetés helyett kezelés' elv érvényesülési körét a büntető anyagi jogi rendelkezések ismételt változtatásával.

Az Alkotmánybíróság azonban az 54/2004. (XII. 13.) AB határozatával ezen új, elterelésre lehetőséget adó okok többségét alkotmányellenesnek minősítette és megsemmisítette.

Hatályos büntetőjogi szabályozásunk alapján a büntetés helyett kezelés elv érvényesítésére nemcsak a Btk. 283. § alapján van lehetőség. Az ügyész élhet a vádemelés elhalasztásával a Be. vonatkozó szabályainak a figyelembevételével. Erre felnőtt korú elkövető esetében háromévi szabadságvesztésnél (Be. 221. § (1)), fiatalok elkövetőnél pedig ötévi szabadságvesztésnél (Be. 459. §) nem súlyosabb büntetéssel büntetendő kábítószerrel kapcsolatos bűncselekmény elkövetése esetén van lehetőség.

A vádemelés elhalasztásáról szóló határozatában az ügyész elrendeli a gyanúsított pártfogó felügyeletét és kötelezheti a gyanúsítottat kábítószer használattal kapcsolatos gyógyító kezeléssel vagy más ellátáson, megelőző-felvilágosító szolgáltatáson való részvételre (Be. 225. § és Btk. 82. §).

A bíróság a próbára bocsátás alkalmazásának segítségével, a büntetés kiszabása helyett a pártfogó felügyelet elrendelése keretében gyógyító, illetve egyéb kezelési programon való részvételre kötelezheti azt a felnőtt korú vádlottat, aki háromévi szabadságvesztésnél nem súlyosabban büntetendő kábítószer-bűncselekményt követett el (Btk. 72. § és 82. §). Fiatalok esetében a legsúlyosabb kábítószer-bűncselekmény elkövetése esetén is szóba jöhet ezen intézkedés alkalmazása.

III. A kábítószerrel kapcsolatos jogalkalmazás és az ártalomcsökkentés kapcsolata³

Az illegális kábítószer-fogyasztás problémája az elmúlt évtizedek hazai és nemzetközi gyakorlatának tapasztalatai alapján nem oldható meg kizárólag büntetőjogi eszközökkel. Miután a drogproblémák jelentős része olyan *szociális tényezőkből* fakad, mint például a munkanélküliség, hajléktalanság vagy a családon belüli erőszak, a megoldás is egy tágabb, közösségi összefogásban keresendő. A kábítószer-fogyasztás nyomában járó fizikai és szellemi legyengülést, valamint a bűnözést hatékonyan vissza lehet szorítani olyan pragmatikus beavatkozásokkal, amelyek ráadásul kevésbé költségesek a hatóságok intézkedéseknél.

³ Az ártalomcsökkentés olyan 'alacsonyküszöbű' szolgáltatás, amely nem a teljes szermentességet, hanem a kábítószer okozta ártalmak enyhítését tekinti céljának.

Mindezek mellett érdemes figyelembe venni, hogy az ártalomcsökkentés nem redukálható egyszerű egészségügyi feladattá. A közösség biztonsága és a hatékony bűnmegelőzés érdekében a rendőrségnek is konstruktívan részt kell benne vennie.

Magyarországon az ártalomcsökkentés intézményrendszere csak megkésve alakult ki a nyugat-európai országokhoz képest. A 2000-ben elfogadott *Nemzeti Drogstratégia* ugyan már tartalmazza az ártalomcsökkentő módszerek fejlesztésének koncepcióját, de a tervek teljes körű gyakorlati megvalósulására még évekig várni kell. A különböző ártalomcsökkentő módszerek hazai elterjedését a kábítószerrel visszaélés bűncselekmény Büntető Törvénykönyvben való szabályozása, valamint a jogszabályt övező jogalkalmazási gyakorlat jelentősen befolyásolják.

Az ártalomcsökkentés pragmatikus megközelítése – a teljes absztinencia sokszor nehezen elérhető célkitűzése helyett – reálisan megvalósítható célokat tűz ki, és szerepet vállal a *AIDS járvány* elleni harcban. A világon jelenleg élő mintegy 13,2 millió injekciós droghasználó – 16%-uk HIV pozitív – közül mindössze kevesebb mint 1 millió férhet hozzá olyan kockázatcsökkentő-prevenációs szolgáltatásokhoz, mint például a tűcsere-program. A fejlődő világban élő körülbelül 9,2 millió injekciós droghasználó közül mindössze 23 ezren részesülnek metadon fenntartó kezelésben. Az ártalomcsökkentő programok bevezetésével a jövőben emberi életek milliói lehetnének megmenthetőek.

Természetesen ezen célok csak a programok fenntartása, a megfelelő minőség és lefedettség mellett érhetőek el, hiszen a tűcsere és a metadon önmagában nem képes útját állni a járványok kialakulásának.

2006-ban az ügyészség bűnsegéddé nyilvánította azt a pszichológust, aki egy ártalomcsökkentő szolgáltatás, az intravénás drogfogyasztóknak létesített tű- és fecskendőcsere során, lelki és fizikai segítséget nyújtva, nemcsak kliensei gondozását látta el, hanem – mint azt a határozat megállapítja – kábítószer tartásában is segítette őket. A szociális törvény 2007. január 1-jei módosításával azonban változott a helyzet, mivel a módosított törvény már nevesíti az ártalomcsökkentés intézményét.

Az Alkotmánybíróság álláspontja szerint, amelyet az ügyészség is megerősített az igazságügyi tárcánál, az ártalomcsökkentésben részt vevő segítők helyzetének törvényi rendezésére van szükség az ártalomcsökkentő programok hatékony működésének érdekében. A szociális törvény módosításának köszönhetően az ügyészség ma már az új szabályozást alkalmazhatja.

A tűcsere-szolgáltatók és a rendőrség tárgyalásainál viszont változatlanul fennáll a törvényről szóló megállapodás hiánya, amely a tűcserét igénybe vevő kliensek helyzetének rendezését veszélyezteti.

IV. Az elterelés lehetősége további bűncselekmények elkövetése esetén

Az elterelés hatályos jogi szabályozásával kapcsolatban *több lehetséges probléma* is felmerül.

Többek között:

- a vádelhalasztó határozat hiányában, vagy annak késedelme esetén a kezelőhely a gyanúsítottat nem fogadja;

- a vádemelés elhalasztása (vagy a nyomozás felfüggesztése) és a kezelés megkezdése között eltelt időtartam gyakran meghaladja az egy évet is, mely sok esetben ellehetetleníti az elterelés hatékonyságát;
- más elkövetett bűncselekmény miatt a gyanúsított már előzetes letartóztatásba került, vagy jogerős szabadságvesztés büntetését tölti.⁴

A hatályos Btk. vonatkozó szabálya alapján, amennyiben a terhelttel szemben kizárólag a Btk. 282. § (5) bekezdés a) pontjába vagy a 282/C. § (1), (5) bekezdés a) pontjába ütköző kábítószerrel visszaélés vétsége miatt van folyamatban eljárás, a törvényben meghatározott feltételek teljesítése esetén – a Btk. 283. §-át alapul véve – az eljárást meg kell szüntetni.

Jogalkalmazási kérdések abban az esetben merülhetnek fel, ha – az egyébként elterelésre jogosult terhelttel szemben a kábítószerrel visszaélés bűncselekmény mellett más cselekmény miatt is eljárás van folyamatban, és ezek ügyében az ügyész vádiratot nyújt be a bírósághoz.

Miután a jogelmélet és a joggyakorlat szerint az anyagi jogi szabályok mindenkor elsőbbséget élveznek az eljárásjogi rendelkezésekkel szemben (különösen, ha büntethetőséget kizáró vagy megszüntető okról van szó), több cselekménnyel kapcsolatban zajló eljárás esetén azt a cselekményt, amely a Btk. 283. § alapján elterelhető, le kell választani a többiről, és e vonatkozásban az eljárást fel kell függeszteni, míg a többi cselekmény esetében érdemi határozatot kell hozni. Ugyanakkor eljárásjogi értelemben az ügyek elkülönítéséről nem beszélhetünk, hiszen a bíróság az egy vádiratban szereplő különböző cselekményeket egy ügyként kezeli.⁵

Kábítószerfüggő terhelt esetén a Btk. 283. §(1) bekezdésének e) pontja alapján elterelés alkalmazása lehetséges abban az esetben is, ha a terheltet a kábítószeres cselekmény mellett egy azzal összefüggő, és kétévi szabadságvesztésnél nem súlyosabban büntetendő további cselekménnyel is vádolják.

Az általánosan elfogadott jogalkalmazási gyakorlat szerint az elterelés sikere esetén nemcsak a kábítószeres cselekmény, hanem a további cselekmény miatt indult eljárást is meg kell szüntetni.⁶

V. A csekély és jelentős mennyiség meghatározásából eredő lehetséges jogalkalmazási problémák

A visszaélés kábítószerrel bűncselekmény a folyamatos módosításoknak köszönhetően Büntető Törvénykönyvünk egyik legvitatottabb tényállása.

A mennyiségi megkülönböztetés szempontjából az első jelentős jogszabályi előrelépést az 1971. évi 28. tvr. (*Büntetőnovella*) jelentette, amely új minősített esetként

⁴ RITTER ILDIKÓ: *Elterelés a büntető útról kábítószer-bűncselekmények esetén*. Budapest: Egészséges Ifjúságért Alapítvány–Országos Kriminológiai Intézet, 2005.

⁵ PELLE ANDREA: Az elterelés üzemzavarai – A büntető igazságszolgáltatás problémái. *TASZ Drogpolitikai Füzetek* 7. Budapest, 2006.

⁶ FRECH ÁGNES: Elterelés a kábítószerrel visszaélés bűncselekmények esetében (Btk.283. §), A Pesti Központi Kerületi Bíróságon 2006. március 13-án tartott ülésén elhangzott jogértelmezési kérdések. In *Jogi Fórum* Budapest, 2007.

bevezette a jelentős mennyiségű, illetve értékű, kóros élveztetre alkalmas kábítószerre történő elkövetést. Miután az új mennyiség-kategória beiktatása folyamatos jogértelmezési és jogalkalmazási problémákat okozott, a Legfelsőbb Bíróság *BK 153. számú állásfoglalásában* meghatározta, hogy az átlagos kábítószer-élvező egy évi fogyasztásának megfelelő, kóros élveztetre alkalmas kábítószer tekintendő jelentős mennyiségűnek.⁷

A következő jogalkotói lépést, az *1978. évi IV. tv. (Btk.)* megalkotása jelentette, mely a kábítószerrel kapcsolatos mennyiségi határok területén bevezette a csekély mennyiség fogalmát. A törvény bevezetését – és 1987. évi III. tv.-nyel történő módosítását – követően a további jogbizonytalanság elkerülése érdekében a Legfelsőbb Bíróság 1986 decemberében közétette *VI. sz. Büntető Elvi Döntését* (a továbbiakban: BED).

A VI. számú BED szerint csekély mennyiségű az egy alkalommal kiadható gyógyszer mennyiséget nem meghaladó, vagy – a gyógyászatban nem használatos kábítószerek esetén – a mérgező hatás elérésére nem elegendő mennyiség. Jelentős mennyiség a sok ember – legalább 10 – életének vagy egészségének veszélyeztetésére alkalmas mennyiségű kábítószer.

A VI. Számú BED-et számos kritika érte, többek között a többféle szorzószám alkalmazása és a túl alacsonyan megállapított mennyiségi határok miatt.

A VI. BED-dal kapcsolatban megemlítendő az *1989. 304. számú Bírósági Határozat*, amely a kábítószer fogyasztásából eredő bűncselekmény minősítése szempontjából figyelembe veendő mennyiségeket határozza meg. Eszerint a mennyiség alapján történő minősítés szempontjából az elkövető birtokában lévő, egy alkalommal, fogyasztás céljából együtt levő kábítószer mennyiség az irányadó. Tehát az egy alkalommal, fogyasztás céljára az elkövető birtokában ténylegesen együtt levő kábítószer mennyisége fejezi ki a jogtárgy veszélyeztetettségéből adódó mennyiséget.

Miután a VI. Számú BED túlzottan alacsony mennyiségi határai szerint a kábítószerfüggő fogyasztó akár egy napi adagjával is már átlepte a csekély mennyiség határát, a Legfelsőbb Bíróság a büntető elvi döntést hatályon kívül helyezte, és a megújult mennyiségi szabályokat a *BK 155. sz. állásfoglalásában* tette közzé. Eszerint csekély mennyiség a kábítószerhez nem szokott fogyasztóra vonatkoztatott halálos, illetve mérgező anyag tízszerese, míg jelentős mennyiség az ilyen adag több mint százszorosa.

Az ezen új szabályt követő ellentmondásos bírói gyakorlat következményeként a Legfelsőbb Bíróság *5/1998. számú jogegységi határozatában* kimondta, hogy a kábítószerrel visszaélés akár azonos, akár különböző elkövetési magatartást megvalósító részecselekmények, természetes egységet alkotnak, és a bűncselekmény minősítése szempontjából a különböző fogyasztott kábítószerek részmennyiségeinek összegzett mennyisége az irányadó. Ezzel a *BH 1989/8-304. szám* alatti eseti döntését a Legfelsőbb Bíróság már nem tartotta irányadónak.

A Legfelsőbb Bíróság a *Bfv. III.261/2005/6. számú határozata* szerint, a kábítószerrel visszaélés jogi szabályozásának a 2003. év március hó 1. napjával hatályba lé-

⁷ Később BK 75-re átszámozott állásfoglalás.

pett megváltoztatása folytán az 5/1998. BJE. számú jogegységi határozatban adott iránymutatás a maga egészében már nem követhető.⁸

A 2003 óta hatályos új szabályozás ismét jogértelmezési válságot teremtett a jogalkalmazó bíróságok gyakorlatában. Míg a Fővárosi Bíróság szerint ugyanazon elkövető egy eljárásban elbírált, különböző törvényhelyen megfogalmazott cselekményei egymással halmazatot alkotnak, addig a táblabíróság a természetes egység elvét követve, a dominánsabbnak ítélt cselekménybe beolvasztja a kevésbé jelentősnek ítélt elkövetési magatartásokat.

VI. A jogalkalmazói szigor súlypontjának, a droghasználók által képviselt keresleti oldalról a kínálati oldalra való áttétele

A korábbi, keresleti oldal leleplezésével a kínálati oldalt közvetve meggyengíteni kívánó drogpolitika helyett mára egyre inkább a kínálati oldalt célzó megközelítés vált általánossá. Ezen új intézkedések a kábítószer-előállítást, a kábítószer-kereskedelmet, a prekursorok eltérítését, a kábítószer-bűnözéssel kapcsolatba hozható terrorizmus-finanszírozást, illetve pénzmosást célozzák, tehát leginkább a kábítószerekkel kapcsolatos szervezett bűnözésre összpontosítanak.

A kábítószer-problémával kapcsolatos nemzetközi drogpolitika szerint a keresletcsökkentés területén a jog, mint eszköz már csupán az ártalomcsökkentés, illetve az egyéni megelőzés esetén jut szerephez.

Mindeközben a *kínálat-csökkentés fontosságának hangsúlyozása* az EU 2005–2012-re vonatkozó drogstratégiájának (a továbbiakban: EUDS) egyik prioritása. A stratégia célja a következő: „Mérhető javulás az EU és tagállamai azon bűnüldözési intervencióinak és intézkedéseinek hatékonyságában, eredményességében és tudásbázisában, amelyek a kábítószer-előállítást, a kábítószer-kereskedelmet, a prekursorok eltérítését – beleértve az EU területére behozott szintetikus kábítószer-prekursorok eltérítését –, valamint a kábítószer-bűnözéssel kapcsolatba hozható terrorizmusfinanszírozást, illetve pénzmosást célozzák.” (EUDS 26. pont.)

A kínálat-csökkentés területén viszont a dokumentum jelentős szerepet szán a jogi és különösen a tagállamok közötti, összehangolt büntetőjogi és büntető eljárásjogi jogintézményeknek.

Ha az EUDS kínálat-csökkentéssel kapcsolatos elvárásait összevetjük a Nemzeti Drogstratégia vonatkozó részeivel, akkor megállapíthatjuk, hogy az NS egyik fő célja szintén a kínálat-csökkentés.

Az NS „Hozzáférés csökkentésének céljai és cselekvési terve” (6.4.4.p.) c. része azonban kiegészítésre szorul a további okokból kifolyólag:

- a Stratégia elfogadása idején Magyarország még nem volt az EU tagállama,
- a kínálat-csökkentés középtávú céljainak meghatározása során az NS bizonyos mértékig figyelembe vette az EU 2000–2004-ig terjedő kábítószer-ellenes akciótervét,

⁸ Ifj. SIPOS LÁSZLÓ: A kábítószerrel visszaélés bűncselekményével kapcsolatos egyes jogalkalmazási kérdésekről, különös tekintettel a cselekmények kábítószer mennyiség szerinti minősítésére. In *Jogi Fórum*. Győr, 2006.

ma azonban már új drogstratégiája van az EU-nak, és a korábbi akciótervet felváltotta az EUCST 2005–2008.

A kiegészítés megvalósítására a Bizottság ajánlja a Kormánynak az NS végrehajtását szolgáló, az EUDS-ből fakadó és az EUCST-ben szereplő tevékenységeket tartalmazó, 2005–2008-ra szóló cselekvési terv elkészítését.

VII. Feszültség a nemzetközi egyezményekben lefektettek és az aláíró országok nemzeti szabályozása között

Az Európai Unió Tanácsa 2004. október 25-én fogadta el a tiltott kábítószer-kereskedelem területén a bűncselekmények tényállási elemeire és a büntetésekre vonatkozó minimumszabályok megállapításáról szóló *2004/757/IB kerethatározatát*. Az Unió tagállamainak 2006. május 12-ig meg kell felelniük a kerethatározat rendelkezéseinek. A tagállamok kötelezettségvállalásából következik az emberi egészségére veszélyes kábítószeres jegy-zékének összeállítás. Miután ennek a különbségtételnek általánosan elfogadott nemzetközi gyakorlata nincs, az ilyen lista elkészítése nem csupán büntetőjogi, hanem orvos-szakmai és drogpolitikai kérdés.

A 2004/757/IB kerethatározat egyebek mellett azt is előírja, hogy a kábítószerrel kapcsolatos bűncselekmények és azok büntetési tételeinek meghatározásakor tekintettel kell lenni az egyes kábítószeres emberi egészségre gyakorolt veszélyességére. Ugyanakkor a Neurológiai és a Pszichiátriai Szakmai Kollégium közös álláspontja szerint szakmai szempontból aggályos a kábítószeres veszélyes és kevésbé veszélyes kategóriákba sorolása.

Bár a hazai jogi szabályozás alapvetően megfelel az Európai Unió normáinak, sőt bizonyos vonatkozásaiban még szigorúbb is az elvártnál, a szabályok végrehajtásában jelentős lemaradásunk van.

A kábítószerrel kapcsolatos hazai jogalkalmazási gyakorlat és a nemzetközi drogpolitikai megközelítés párhuzamáról a hazai és az uniós drogstratégia összehasonlításának segítségével is képet kaphatunk.

A *Nemzeti Stratégia* – és ehhez igazodva a hazai drogpolitika – nem alkalmazott prioritásokat, és időbeli sorrendet a mintegy száz alcél megvalósítására vonatkozóan. A Stratégia célja egy átfogó, rendszerszerű és minden kérdésre kiterjedő stratégiai program kialakítása volt annak reményében, hogy ennek megvalósításához rendelkezésre fog állni a szükséges anyagi forrás. Ez a későbbiekben azonban nem vált valóvá, s ezért a mai drogpolitikai folyamatok tükrében talán hatékonyabb lett volna egy kevésbé ambiciózus program megfogalmazása.

A Stratégia 95 célkitűzését nézve talán egyetlen olyan pont sincs, ami teljes körűen megvalósult. A program megvalósulását akadályozó tényezők között megtalálhatóak az alulfinanszírozottság, a szakember hiány, a jogszabályi környezet, illetve annak hiánya, az evaluációs-minőségügyi kultúra hiánya és a koordinációs struktúrák működési nehézségei.

VIII. Egy átfogó közigazgatási és intézményi struktúra hiányából fakadó lehetséges jogalkalmazási problémák

Az Országgyűlés 19/2005. (IV. 14.) számú határozatával létrehozott eseti bizottság állásfoglalása szerint⁹ a Nemzeti Stratégia betartása érdekében szükséges lenne egy szennvedély-probléma kezeléséért felelős *kormánybiztosság létrehozása*, mely biztosítaná a probléma relevanciáját a politikai napirenden. Ezen kormánybiztosság rendeltetésének megfelelően a Miniszterelnöki Hivatalhoz tartozna.

A kábítószer-probléma kezelését célzó stratégiákkal kapcsolatban klasszikusan két pillérben lehet gondolkodni, ezek a kereslet-csökkentés és kínálat-csökkentés. Egy lehetséges kormánybiztosság személyi összetételét és felelősségi körét ezen pillérek mentén érdemes kialakítani.

A kábítószer-kérdéssel kapcsolatos tényleges szakmai munka nem az államigazgatásban történik. A *szakmai intézményrendszernek* két szintje van: *fejlesztési, kutatási, módszertani*, valamint a tágan értelmezhető *ellátási*, amibe bele tartozik minden, ami a klienssel történő tényleges kapcsolatot illeti, beleértve a büntetés végrehajtási és a többi igazságszolgáltatási intézményben folyó tevékenységeket is.

Amint azt számos külföldi tapasztalat is (NIDA, Trimbos Intézet, Drugscope) alátámasztja, érdemes a szakma intézményei és az államigazgatás közötti szoros kapcsolat feloldásán elgondolkodni.¹⁰ A nemzetközi gyakorlatban a szakmai intézmények mára már függetlenek a politikától és az államigazgatástól. Ennek köszönhetően a szakmai intézmények állásfoglalásait, javasolataikat nem a politikai célszerűség, hanem a szakmai meggyőződés és elkötelezettség határozza meg.

⁹ A 19/2005. (IV.14.) országgyűlési határozatot az Országgyűlés 57/2005. (VI. 6.) számú határozatával módosította, működési idejét meghosszabbította.

¹⁰ A kábítószer-probléma leküzdésére irányuló magyar stratégiát külső félként a holland Trimbos Intézet értékeltte.

A DROIT COMPARÉ MÓDSZERTANI MEGALAPOZÁSÁNAK NÉHÁNY ELMÉLETI KÉRDÉSE

RÓZSA DÁNIEL
doktorandusz (PPKE JÁK)

I. Bevezetés

Egy dolgozat első pár sorában talán akkor járunk el helyesen, és maradunk hűek a tradíciókhoz, ha mindjárt megpróbáljuk megragadni, körülhatárolni írásunk tárgyát (quod quaeritur), valamint azt a módszert (methodus), amellyel ezt bemutatjuk. Röviden és előljáróban megválaszolhatjuk a kérdést azzal, hogy *tárgyunk a droit comparé módszertani megalapozásának* fontosabb kérdéseit érinti, módszerünk pedig *analitikusnak* nevezhető. Ezzel a sommás megnyilvánulással azonban még korántsem lehetünk elégedettek, hiszen fontos lenne tisztázni, hogy milyen alapon kerül sor a dolgozat tárgyának kiválasztására és behatárolására, valamint, hogy vizsgálódási módszerünk miért is mondható a fent nevezetnek. Jelen esetben látni fogjuk, hogy tárgy és módszer szoros összefüggést mutat. A jogösszehasonlítás (droit comparé) mibenlétéről, funkciójáról, előzményeiről, történetéről több elismert és átfogó munka született,¹ de a tudományos élet máig adós a jogösszehasonlítás történetének monografikus, rendszerező bemutatásával. Leszögezendő, hogy e kis dolgozat nyilvánvalóan nem vállalkozhat e hiány pótlására sem terjedelmét, sem témáját tekintve. Eszmefuttatásunk célja, s talán inkább velejárója legfeljebb az lehet, hogy az újkori jogösszehasonlítás történeti útjának tapasztalatait figyelembe véve egyfajta időbeli tagolást vessünk fel, és kísérletet tegyünk *a jogösszehasonlítás paradigmaváltozásai*

¹ Ld. például GEORGES SAUSER-HALL: *La fonction et la méthode du droit comparé*. Genève, 1913.; MARIO SARFETTI: *Introduzione allo studio del diritto comparato*. Torino, 1933.; ADOLF SCHNITZER: *Vergleichende Rechtslehre*. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1945.; H. C. GUTTERIDGE: *Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research*. Cambridge: Cambridge University Press, 1946.; KONRAD ZWEIGERT–HEIN KÖTZ: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen: Mohr, 1969.; JEAN-LÉONTIN CONSTANTINESCO: *Traité de droit comparé*. Tome I. Introduction au droit comparé. Paris: L.G.D.J., 1972.

*esztörténeti gerincének felvázolására a droit comparé módszertani megalapozását, meghatározását kutatva.*²

Paradigmának – Thomas Kuhn nyomán – egy adott korban uralkodó, a tudományos kutatók egy közössége számára, utóbb szélesebb körben is elfogadottá vált elméleti alapállást, modellt tekintünk.³ A jogösszehasonlítás szempontjából paradigmaként Péteri Zoltán meghatározása szerint „csak olyan elmélet jöhet számításba, amely önálló és összefüggő válaszokat képes adni a jogösszehasonlítás fogalomkörébe tartozó kérdésekre.”⁴ Péteri hivatkozik Konrad Zweigert és Hein Kötz igen találó terminológiájára, a jogösszehasonlítás tartalmi és időbeli relativitását illetően. Ez alapján a kérdésfelvetés is egyrészt magának a jogösszehasonlításnak a mibenlétére vonatkozó felfogásnak, másrészt a történelmi körülmények változásainak függvénye.⁵ Ebből következően vizsgálódásunk látószögéből kikerül a jogösszehasonlítás ún. előtörténete, mely tudománytörténeti szempontból nem tekinthető paradigmatis egységnek. Úgyszintén el kell tekintenünk a jogösszehasonlítás előfutáraitként emlegetett újkori gondolkodók munkásságának számbavételétől, akik – mint például Bacon, Selden, Leibnitz, Vico vagy Montesquieu – az összehasonlító módszer segítségével fogalmaztak meg ugyan korszakalkotó gondolatokat, de mindezt átfogó összehasonlító elmélet megalkotásának igénye nélkül.⁶ Vizsgálódásunk kezdete tehát a jogösszehasonlítás tudománytörténeti kezdetével esik egybe, de mint látni fogjuk, már az ezt megelőző kor tudománya is egységes koncepcióval való fellépést sejtet.

Amikor a jogösszehasonlítás történetének bemutatása kerül napirendre, elkerülhetlenné válik magának a jogösszehasonlításnak a meghatározása, mivel csak így jelezhető ki az a terület, amely az elemzés tárgyát adja. Véleményünk szerint egy ilyen vizsgálódás kezdetekor aggályos volna előrebocsátani a jogösszehasonlítás tankönyv ízü meghatározását, annál is inkább, mert célunk éppen az, hogy a jogösszehasonlítás esztörténeteként értelmezett történetét az uralkodó paradigma változásai szempontjából vázoljuk fel, így jutva el a droit comparé mai, modern koncepciójáig. *Így a történeti vázlat* – mely itt nem önmagáért van, hanem mintegy mankóként nyújt segítséget – *vezethet el egy modern fogalom-meghatározáshoz.* Módszerünket éppen ezért

² Ld. PÉTERI ZOLTÁN: Paradigmaváltás a jogösszehasonlításban? In RAFFAI KATALIN (szerk.): *Placet experiri – ünnepi tanulmányok Bánrévy Gábor 75. születésnapjára.* Budapest: Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Kar, 2004. 230. A szerző felhívja a figyelmet a modern jogösszehasonlítás kettős tagolására, melyből – mivel jelen esetben „elméleti-tudományos” azaz esztörténeti vizsgálódásra vállalkozunk, mely a jogrendszerek kutatásának eredményeit is felhasználva, saját elméleti keretének kimunkálásra törekedve fejleszti belső rendszerét – nem kívánunk kitérni a külföldi jogok megismerésével kapcsolatos ún. „törvényhozői” kezdeményezésekre.

³ THOMAS KUHN: *A tudományos forradalmak szerkezete.* Budapest: Gondolat, 1984. 11.

⁴ PÉTERI i. m. 229.

⁵ Az ismeretanyag történeti vizsgálatához kapcsolódó észrevételeket ld. PÉTERI ZOLTÁN: A jogösszehasonlítás kezdetei az angol jogtudományban. *Állam és Jogtudomány*, Budapest: Akadémiai Kiadó, 1975. 394.; úgyszintén PÉTERI ZOLTÁN: A jogösszehasonlítás elméleti kérdései a szovjet jogtudományban. *Állam és Jogtudomány*, Budapest: Akadémiai Kiadó, 1978. 267.

⁶ PÉTERI (2004) i. m. 231.

nevezzük analitikusnak, hisz nem csupán vázlatos történeti áttekintésre vállalkozunk – ebben az esetben témánk könnyen jogtörténetinek minősülhetne –, hanem egy ma-
nak tekinthető fogalom-meghatározás megtalálása is célunk.

II. A modern droit comparé módszertani megalapozásának kezdete és fő irányai (avagy a jogösszehasonlítás „fájának” fölépítése)

A jogösszehasonlítás jelenkorig bejárt története és rendszere hasonlítható egy terebé-
lyes fához. Ha a távolból vetünk felületes pillantást egy erdőre vagy egy fára, első-
ként a lombkorona-szintre szegeződik tekintetünk. Ez már sokat elárul a fa mivoltáról.
Közelebb és lefelé is kell ahhoz tekintenünk, hogy megvizsgálhassuk a lombkorona
tartóját és hordozóját, vagyis a törzset. Ahhoz, hogy a fa egészét megismerjük, már a
mélyre kell ásni, itt fedezhető fel a sokszor nem várt kiterjedésű gyökérzet. Módszer-
tani iránykeresésünket a fa „tartópillérével”, a törzssel fogjuk megkezdeni, mondhat-
nánk azért, mert a törzs az, amely áttöri a föld felszínét és válik először láthatóvá, és
a törzs az is, amely az egész koronát tartja.

A képi hasonlaton túl azonban ennek tudományos magyarázata is van, melyre
érintőlegesen utaltunk már.⁷ Nevezetesen az, hogy egy eszmetörténeti folyamat kiin-
dulópontjának vagy történeti gyökereinek feltárása, s főleg a módszertani alapok ke-
resése során a kutatás kiindulási pontjaként óhatatlanul is saját korunk ismeretanya-
ga és fogalomrendszere predestinálja gondolkodásunkat és vizsgálódásainkat. Ezért
rendkívül fontos törekedni ilyen esetben a saját korunk tudásának múltba vetítésétől
való megszabadulásra.⁸

Óvatosan kell bánni a XX. századi terminológia és tudás korábbi viszonyokra va-
ló átültetésével, s minthogy a droit compré terminológiája és egész fogalomvilága az
említett korszakban kristályosodik ki, célszerűnek látszik itt fölvenni vizsgálódásunk
fonalát. Így, a kronológiai sorrendet megbontva, módszertani útkeresésünket a jog-
összehasonlítás explicit megjelenésének korszakával kezdjük, mely a jelképes fa tör-
zsét jelenti (1), majd a közös gyökerek feltárására fordítjuk figyelmünket (2), végül a
jogösszehasonlítás XX. században kibontakozó egyik meghatározó irányát, „ágát” te-
kintjük át (3).

1. Pozitívista-tételes jogi megalapozás, mint a jogösszehasonlítás „törzse”

Amíg a jogtörténet elsődlegesen a jogintézmények szervezeti-történeti fejlődésével
foglalkozik, a jogösszehasonlítás története mindenekelőtt egyedi szellemi teljesít-
mények története, melyek beágyazottak születésük korának viszonyaiba.⁹ A *poziti-
vista-normativista szemlélet*, mely a XIX. század végétől kezdődő jogtudományi
gondolkodásban vezető szerepet játszott, új kiindulási hipotézisek és súlypontok ki-
alakítását eredményezte, s e súlypontmódosulások a jogösszehasonlítás szférájában

⁷ Ld. PÉTERI (1975) i. m. 394.

⁸ Uo.

⁹ Ld. PÉTERI (1975) i. m. 394.

is érvényesültek.¹⁰ A növekedés, a „törzsfajlódás” ezen szakaszában három ágat láthatunk kifejlődni, melyek kronológiai sorrendben jelentkeznek. Egy 1900-as, egy 1920-as évekbeli és egy 1945-ös „ágról”, irányzatról beszélhetünk, melyek mind ugyanazon törzsből fakadtak.¹¹

Az új korszak „nyitását” jelentette az 1900-as Párizsi Világkiállításához kapcsolódóan megrendezett első nemzetközi összehasonlító jogi kongresszus. Ekkor hangzik el a kongresszus egyik meghatározó egyéniségének, Édouard Lambert-nek nagy hatású referátuma a jogösszehasonlítás általános elméletéről és az összehasonlító jogi módszerről Raymond Saleilles ihletésére.¹² Lambert referátumát, mint a modern összehasonlító jogtudományt megalapozó munkát tartjuk nyilván. Lambert elismerte a jogi etnológia létjogosultságát, sőt élete és munkássága is bizonyítja, hogy természetes folyamat, ha egy történelmi vénájú kutató komparatistává lesz, sőt szinte elengedhetetlen a történelmi módszerek ismerete. Leszögezte azonban, hogy a történelmi módszer, s a jogi etnológia művelése nem jogösszehasonlítás. Abból indult ki, hogy a világ – jogi szempontból – két nagy körre osztható, a civilizált és az elmaradott országok jogaira. Az összehasonlító jog egyik alapvető feladata az *elmaradott népek felzárkózásának* segítése. A civilizált országok jogrendszereiben alapvető hasonlóságok mutathatók ki, a problémák hasonlóan vetődtek fel, ezekre különböző megoldások születtek, ám az összehasonlítás révén kiszűrhető, napvilágra hozható a közös törvényhozói jog (*droit commun législatif*).¹³ Lambert felfogásában a nem törvényi jog (az angolszász, bírói alkotás jog) nem vonható be a vizsgálódások körébe, csak a római-germán joganyagból szűrhetők le következtetések. Hasonló csak a hasonlóval vehető össze, a törvényi és bírói jog azonban egymással nem. Az összehasonlítás másik jelentős célja a felzárkóztatáson túl a *jogegységességítés*. A jogösszehasonlítást Lambert nyomán úgy definiálhatjuk, mint a jognak olyan tudományát, mely eredményeit az összehasonlító módszer segítségével éri el. A hasonlóságok és különbségek feltárásával meg lehet találni azt a közös magot, mely egy, az egész világra kiterjedő jogi szabályozás (melynek vezető ereje természetesen Franciaország) alapja lehet. Új, európai *ius commune* formálódik, mely a római-germán jogok közös elemeire épít. A távlati cél az egységes világjog megteremtése. Az összehasonlító joggal szemben Lambert fő feladatként a megismerést állította, s a megismerés útján nyert eredmények gyakorlati alkalmazását. Noha Lambert igen nemes és nagy célt tűzött maga elé (lényegében a jogi világegység megteremtése), kiindulási alapja igen korlátozott volt (kizárólag a törvényi jogra, ezen belül az európai kontinentális jogra kívánt építkezni).¹⁴

¹⁰ PÉTERI ZOLTÁN: Az összehasonlító módszer alkalmazásának elméleti kérdései az állami jelenségek körében. *Állam és Jogtudomány*, Budapest: Akadémiai Kiadó, 1973. 191.

¹¹ MARC ANCEL: Az összehasonlító jog modern koncepciói. *Állam és Jogtudomány*, Budapest: Akadémiai Kiadó, 1963. 440.

¹² Édouard Lambert-re nagy hatásal voltak François Géný írásai is.

¹³ EDOUARD LAMBERT: Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit. *Extrait du Congrès International de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès verbaux des séances et documents*. Vol I. Paris: L.G.D.J., 1905. 39–43.

¹⁴ KONRAD ZWEIFERT–HEIN KÖTZ: *An introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Press, 1998. (Tony Weir fordítása) 62.

A referátumban megismert egyetemes gondolkodásmód sugárzik Lambert az *Études de droit commun législatif* című munkájának mind a kilencszázhuszonhét oldaláról is. Az 1903-ban publikált *La fonction du droit civil comparé*¹⁵ egy nagy összszegzés bevezetőjeként készült, de a további kötetek végül nem születtek meg. Ennek oka abban keresendő, hogy az első világhéget követően Lambert alapvető koncepciója megváltozott, sokkal pragmatikusabbá vált. A jogösszehasonlítás célja továbbra is a nemzetek egymáshoz való közeledésének elősegítése volt, de a közös törvényhozói jog ideája még korainak és túl elméletinek bizonyult. Így a továbbiakban sokkal gyakorlatiasabb és valóságközelibb hozzáállást tett magáévá. Így anélkül, hogy megtagadta volna ifjúkori idealizmusát, kutatásainak középpontjába konkrét kérdéseket helyezett, s tanítványait is erre sarkallta, fölísmelve, hogy a jogösszehasonlítás nagy szerepet kaphat ilyen dimenzióban is.¹⁶

Az első világháború után tehát az összehasonlító jogi fejlődés 1900-ban megkezdett útja módosult, új tendenciák voltak kibontakozóban. Németországban még a háború idején, 1916-ban alapították meg – Ernst Rabel kezdeményezése nyomán – a Münchener Egyetemen az első jogösszehasonlító intézetet. Lambert 1920-ban foglalta el a lyoni egyetem összehasonlító jogi katedráját, melyet az egyetem az ő számára létesített. Ugyanebben az évben megalakult a lyoni Jogösszehasonlító Intézet, mely az első ilyen franciaországi kezdeményezés volt, világviszonylatban pedig második a müncheni intézet után.¹⁷ Lambert ebből az alkalomból tartott székfoglaló beszéde,¹⁸ amint azt a hozzáértők mondják, mindig is a „az összehasonlító tanulmányokba való legjobb bevezetés” marad.¹⁹ A lyoni intézet számos jogösszehasonlító intézet modelljéül szolgált szerte a világon, főleg Latin-Amerikában. Lambert itt praktikus célokat tűzött ki, nagy hangsúlyt fektetve a *minőségi jogászképzésre*. Az intézet céljai közt szerepelt a római-germán és a common law jogrendszerek közös történelmi gyökereinek feltárása, történelmi hátteret szolgáltatva a fejlett országok közös jogi alapjának megteremtéséhez. A nagy jogrendszerek összehasonlítását nem elsősorban normatív megközelítéssel végezték, hanem gazdasági és szociális elemek figyelembevételével, a bírói és a közigazgatási hatalom pozícióinak összevetésével, kiemelten reflektálva a nemzetközi kereskedelemre.²⁰

Lambert és társai így a *common law* vizsgálata felé is nyitottá váltak. Konkrét kezdeményezésként Lambert észak-amerikai egyetemekkel lépett kapcsolatba, és a Rockefeller alapítvány²¹ segítségével lyoni doktoranduszok nyerhettek ösztöndíjat

¹⁵ L.G.D.J.

¹⁶ OLIVIER MORÉTEAU: L'Influence Internationale d'Édouard Lambert. In *Actes du congrès international du cinquantenaire du code civil égyptien (1948–1998), Le Caire, du 14 au 16 avril 1998 édité par la Direction Générale de la Coopération Internationale et Culturelle*, Le Caire, 1998. 62.

¹⁷ MORÉTEAU i. m. 63.

¹⁸ ÉDOUARD LAMBERT: *L'institut de droit comparé, son programme, ses méthodes d'enseignement, Leçon faite à la séance d'inauguration*. Lyon: A. Rey Imprimeur, éditeur de l'université, 1921.

¹⁹ RENÉ DAVID: *Le droit comparé, Droits d'hier, Droits de demain*. Paris: Économica, 1982. 15.

²⁰ 1985-ben ennek figyelembevételével újították meg a lyoni intézetet is. Ld. MORÉTEAU i. m. 63.

²¹ A támogatás 1933–1934-ig érkezett, a Jogösszehasonlító Intézet ezután nehéz helyzetbe került, amit bizonyít, hogy Lambertnek az oktatási miniszterhez kellett fordulnia segítségért. Ez a levél egyike azon kevés dokumentumoknak, mely megmaradt a lyoni kar archív anyagai között. Ld. THIERRY KIRAT: *Le destin tragique du projet de jurisprudence comparative d'Édouard Lambert et de l'institut de droit comparé de l'Université de Lyon (1921–1938)*. Communication au séminaire „Histoire et sociologie du droit et de la justice” Centre de sociologie de l'innovation (École des Mines de Paris), 26 février 2003.

amerikai kutatások végzésére. Így bontakozott ki szoros együttműködés a Northwestern (Illinois) Jogi Iskola dékánjával, John H. Wigmore-ral is.²² Lambert publikációi nem vártak magukra. A *Le gouvernement des juges*²³ című munka hatalmas jogirodalmi reflexiót váltott ki az Egyesült Államokban, és mély nyomokat hagyott a lyoni iskolában is.

1926-ban a Kaiser-Wilhelm Társaság Rabelre bízta a Külföldi és Nemzetközi Magánjog Intézetének irányítását, és ezzel párhuzamosan megalakult a közjog külföldi és nemzetközi jogi tanulmányozására szakosodott intézet is, Viktor Bruns irányítása alatt. Az előbbi ma a Max Planck Intézet keretei között jelenleg Hamburgban működik, s máig a jogösszehasonlítás világszerte egyik legrangosabb műhelyének számít.²⁴ 1932-ben Lévy-Ullmann vezetése alatt a párizsi egyetemen hasonló céllal egy másik intézet állt fel.

1924-ben jött létre – hágai székhellyel, Balogh Elemér kezdeményezésére – az Összehasonlító Jog Nemzetközi Akadémiája (Académie Internationale de Droit Comparé), melynek elsődleges célja az immár rendszeresen megrendezésre kerülő kongresszusok előkészítése, lebonyolítása, az összehasonlító jog történeti alapú tanulmányozása lett.²⁵ 1926-ban a Nemzetek Szövetsége megalapította a magánjog egységesítésével foglalkozó szakosított intézetet, a római Unidroit-t.²⁶ Az összehasonlító jogi kutatások eltávolodtak az univerzális történeti megközelítéstől, egyre inkább a *konkrét jogi megoldások kutatására* összpontosítottak, melyeket azonban egyre inkább a mai értelemben vett összehasonlító jogi szemlélettel, módszerrel kezdtek el vizsgálni. A nagy áttörést a *common law* 'felfedezése' jelentette, ez nem csak a kontinentális jogok keretei közül való kilépést eredményezte, hanem a 'törvényi összehasonlítástól' való eltávolodást is.

A *droit comparé* művelése nagy lendületet kapott, és egy újabb irányzat ütötte fel a fejét, melynek visszhangja megtalálható már az 1937-ben tartott összehasonlító kongresszus anyagában, valamint azokban a tanulmányokban, amelyeket Édouard Lambert tiszteletére, *Bevezetés az összehasonlító jog művelésébe* (Introduction à l'étude du droit comparé) címmel megjelent hatalmas munkában gyűjtötték össze. Az új irányzat ugyan tiltakozik az ellen, hogy iskolának tekintsék, mégis az eddigiektől eltérő koncepciójával tűnik ki elsősorban. Képviselői Angliában Gutteridge²⁷ és Hamson, Franciaországban René David²⁸, Olaszországban főleg Ascarelli profeszszor.²⁹ Kijelentik, hogy az összehasonlító jognak nincs olyan értelemben vett saját területe ('provinciája'),

²² Uo.

²³ ÉDOUARD LAMBERT: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris : L.G.D.J., 1921.

²⁴ ZWEIGERT–KÖTZ (1998) i. m. 60.

²⁵ SZABÓ IMRE: Elemér Balogh et l'Académie Internationale de Droit Comparé. In SZABÓ IMRE–PÉTERI ZOLTÁN (szerk.): *Comparative Law-Droit Comparé, Selected essays for the 10th International Congress of Comparative Law*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1978. 13.

²⁶ ZWEIGERT–KÖTZ (1998) i. m. 61.

²⁷ H. C. GUTTERIDGE: *Comparative law, An introduction to the comparative method of legal study and research*. Cambridge: Cambridge University Press, 1946.

²⁸ RENÉ DAVID: *Traité élémentaire de droit civil comparé*. Paris: L.G.D.J., 1950.

²⁹ Ld. ANCEL (1963) i. m. 438.

mint ahogy a polgári jognak, vagy a közigazgatási jognak van, *tehát nem jogág*. Ebből következően az összehasonlító jog nem önmagában hordja célját és funkcióját, s dogmatikus megfogalmazása is helytelen, hisz hasznossága különféle módokon jelentkezik, lehet elméleti és gyakorlati is. Módszerének alkalmazása ugyanakkor nem könnyű, kényes feladat. Megfelelő felkészültség kell műveléséhez, az idegen jogot forrásaiban, struktúrájában kell aprólékosan megismerni, s ehhez komoly előtanulmányok szükségeltetnek.³⁰

E tanok nagyban hozzájárultak a jogösszehasonlítás terén felhalmozott eddigi eredmények és viták, útkeresések letisztázásához, behatárolták a droit comparé funkcióját és felhívták a figyelmet a könnyelmű kontárkodás veszélyeire. Egyértelművé vált – amit már Lambert-ék is beláttak –, hogy egy világjog létrehozásának megkísérlése erőn felüli feladat, a világ összes jogrendszerének megértése és tanulmányozása nem megvalósítható, de nem is cél.³¹

Az Összehasonlító Jogi Nemzetközi Bizottság (Comité International de Droit Comparé), amely az UNESCO által létrehozott Nemzetközi Jogtudományi Társaság (Association Internationale de Sciences Juridique) vezető szerve, 1957-ben Chicagóban és 1958-ban Varsóban két kollokviumot rendezett azzal a céllal, hogy nemcsak a hagyományosan egymással szembehelyezkedett romanista jogrendszert és a common law jogrendszereit, hanem a nyugati és keleti jogrendszereket is közelebb hozza egymáshoz. Olyan kiváló és különböző jogtudósok, mint Yntema professzor az Egyesült Államokból és Rozmaryn professzor Lengyelországból találkoztak abban a megállapodásban, hogy az összehasonlító jognak újra keresni kell a jog egyetemes, vagyis minden rendszerben közös elemeit. A jogrendszerek különbözőségét illetően felvetődik, hogy a jog technikai elemein túl fontos a *jogszociológiai szempontok* figyelembevétele is. A társadalmi-gazdasági környezet napirendre kerülése lényegében már túlmutat a pozitivistá-normativista paradigma alapvetésein, a jog evolúciós jellegének hangsúlyozása a szocialista befolyást tükrözi, mely szakít a normativisták statikus vizsgálatával. Újat hozott a jogszociológia is a szorosan vett jogi szféra – s a jogösszehasonlítás tárgyának – kiterjesztésével. Ha a jog lényegét, mint egyfajta attitűdöt (Ehrlich, Duguit), mint hivatalos, vagy egyéb magatartást (Llewellyn), mint döntéshozatalt (a modern politikatudomány művelői), mint kulturális tény (Recaséns Siches), vagy mint akciótypust (Weber, Cossio, Reale, Hall) határozzuk meg, messze távolodunk a jogösszehasonlítás mozgalmának kezdeti, normacentrikus álláspontjától.³²

Bebizonyosodik, hogy teljességgel különböző jogrendszerek intézményeinek összehasonlítása is lehetséges, az összehasonlítás igazi alapja a funkciók és a jogpolitikai igények azonossága, mely a dogmatikailag igencsak eltérő megjelenési formák alól megszabadítható, felszínre hozható. Nemcsak a civil law-common law ellentétpár oldódik fel, hanem lehetővé válik a távol-keleti, vagy éppen – a második világháború után – a szocialista jogok vizsgálódási körbe való bevonása.³³

³⁰ ANCEL (1963) i. m. 438–439.

³¹ Uo.

³² PÉTERI (1973) i. m. 92.

³³ ZWEIGERT–KÖTZ (1998) i. m. 61–62.

Látjuk tehát, hogy a jogösszehasonlítás pozitivista-normativista szemléletéből fakadó statikus merevséget, dinamikusabb általános jogértelmezés váltja föl. Más tekintetben és jelleggel, de szintén dinamikus jogfelfogás jellemezte a modern értelemben vett jogösszehasonlítás első egységes paradigmátikus jegyeket felmutató korszakát, melyet a jogösszehasonlítás történeti-etnológiai gyökereként is aposztrofálhatunk. A *droit comparé* módszertani-rendszereti alapvetésének megismerése után a fogalmi anakronizmus veszélyének lecsökkenésével vágthatunk bele a gyökerek feltárásába.

2. Történeti-etnológiai gyökerek

A fa törzse – kívülről legalábbis – statikusnak látszik, míg a fa gyökere és koronája dinamikát mutat, mivel a tápanyagfelvétel forrásáról és rendeltetési helyéről van szó. A gyökerek kitapintásához ásásra van szükség, s gyakran nem várt bonyolultságú, összetett jelenségekre bukkanunk. A következőkben a történeti-etnológiai korszak felvázolása során kísérletet teszünk a történeti jogi iskola néven jelentkező irányzat *szerves-dinamikus jogfelfogásának* a jogösszehasonlító kezdeményezésekre gyakorolt megtermékenyítő hatását is kimutatni, mely idáig kevésbé került napvilágra.³⁴

A jogösszehasonlítás mint tudományos diszciplína ugyancsak rögzös utat járt be, a XIX. század pozitivista-nemzeti jogi kultúrájában nehezen találta meg a helyét, a nemzeti előítéletek mindenütt erősen hatottak. Csekély azon jogtudósok száma, akik a külföldi jogok tanulmányozását tűzték ki célul (Mittermaier, Németország, Foelix, Franciaország, Burge, Levi, Anglia, Story és Kent, Egyesült Államok). Ezek a törekvések a külföldi jogok leírását, a jogintézmények bemutatását, kommentálását jelentették, sokszor valamilyen közvetlen gyakorlati célnak alárendelve.³⁵

A modern jogösszehasonlítás paradigma-változásainak eszmetörténeti csomópontjait keresve talán nem tévedünk, ha az első ilyen pontot éppen e korszak tudományos újdonságai nyomán látjuk kibontakozni.³⁶ Újdonságot hozott az egyetemes jogtörténeti szemlélet megjelenése, mely a filozófiai irányzatok (a Herder és Schelling ihletéséből fakadó szerves fejlődési folyamat, mely például Hegelnél, Comte-nál, Darwinnál és Vicónál kristályosodik ki) egyfajta jogtudományi leképezéseként jelentkezett. Gans és Unger Németországban egy-egy jogintézmény „világtörténeti” fejlődését tekintették át (öröklési jog, házassági jog), Lerminier Franciaországban egyetemes jogtörténeti bevezetést írt, Amari Olaszországban a törvényalkotás összehasonlító tudománytörténetét, Maine *Az ősi jogban* azt a folyamatot képezi le, mely a statustól a *contractus* felé vezet, azaz megnyitja az egyén számára a lehetőségét, hogy statikus helyzetén másokkal való megállapodás útján változtas-

³⁴ Ennek a kísérletnek ellentmondani látszik Zweigert és Kötz utalása, melyben csekélynek minősítik a történeti jogi iskola hatását az összehasonlító jogi fejlődésre, mivel Savigny és követői kizárólag a római jog és a német jog alapján vizsgálták a történeti fejlődést. Ld. ZWEIFERT–KÖTZ (1998) i. m. 50. Látni fogjuk azonban, hogy indirekt módon a történeti iskola eredményei átszöttek és befolyásolták a jogösszehasonlítás XIX. századi fejlődését.

³⁵ Ld. ZWEIFERT–KÖTZ (1998) i. m. 54–57.

³⁶ MARC ANCEL: *Utilité et méthodes du droit comparé*. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1971. 31.

son.³⁷ Ez az egyetemes és történeti szemlélet – mindenekelőtt Franciaországban – utat talált az egyetemek tanszékeire, művelői tudományos társaságokat alakítottak, folyóiratokat adtak ki.³⁸

A kor meghatározó és sokáig ható műve azonban vitathatatlanul Sir Henry Sumner Maine nevéhez köthető.³⁹ A lényegében előadásai alapján önálló munkává érlelt és érett mű esetében lényeges a teljes cím, Maine az ősi jog összefüggéseit a társadalom korai történetével a modern eszmék tükrében vizsgálja. A szerző a műben nyomon követi bizonyos jogi eszmék és jogintézmények fejlődését eredetüktől kezdődően egészen a modern korban kialakult formájukig, alapvető jelentőséget tulajdonítva a római jognak. E pontban Maine felfogása kapcsolódik Friedrich Carl von Savigny koncepciójához, aki 1814-ben publikált *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* című művében – Bachofennel szemben – a római jogot fejlődésében szemléli, és csak másodlagos jelentőséget tulajdonít az archaikus római jog feltérképezésének.⁴⁰ Az institutionálisan⁴¹ is Maine nevéhez köthető első angliai ‘jogösszehasonlító’ kísérletek – természetesen Maine iránymutatásával – szilárd alapjukat a római jog művelésében találták meg, csakúgy, mint Savigny esetében.⁴² Maine munkássága

³⁷ Ld. részletesen HAMZA GÁBOR: Az összehasonlító jogtudomány kibontakozásának útjai Európában. *Állam és Jogtudomány*, Budapest: Akadémiai Kiadó, 1996–1997, 275–295.

³⁸ Lehet hivatkozni a Collège de France keretében 1832-ben az összehasonlító törvényhozás általános története és filozófiája oktatására és tudományos művelésére felállított tanszékre (Chaire d’histoire générale et de la philosophie de législation comparée), melynek első vezetőjére, Eugène Lerminier-re nagy hatást gyakorolt Gans munkássága, doktori értekezésének tárgya, pedig Savigny *Recht des Besitzes* című munkája volt. Lerminier utódja, René Lefebvre de Laboulaye szintén Savigny követőjeként lépett fel, s közreműködött az 1855-ben útnak indított *Revue historique du droit français et étranger* megalapításában, ezt megelőzően pedig munkatársa volt az 1829-ben, Mittermaier és Zachariä által alapított első összehasonlító jogi folyóiratnak is (Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes). 1846-ban létrehozzák a büntetőjog és az összehasonlító büntető törvényhozás tanszékét (Chaire de droit criminel et de législation pénale comparée), melynek vezetését a híres büntetőjogászra, Ortolanra bízják. E sorba illik az 1869-ben, Párizsban megalakult Összehasonlító Törvényhozás Társaság (Société de Législation Comparée), melynek egyik társalapítója a civilista Charles Bufnoir, aki Raymond Saleilles tanára volt. 1872-ben jelenik meg a társaság folyóirata, először Bulletin de la Société de Législation Comparée, majd egészen 1949-ig, Bulletin Trimestriel de la Société de Législation Comparée néven (ma Revue Interntaionale de Droit Comparé). 1873-ban lát napvilágot a Nemzetközi Jogi Intézet, mely a nemzetközi magánjog kérdéseinek elemzésénél széleskörűen alkalmazza az összehasonlító módszert. 1876-ban alakul meg Párizsban az Igazságügyi Minisztérium keretében a Comité de Législation Comparée. 1892-ben születik döntés az első összehasonlító magánjogi tanszék létrehozásáról (Chaire de droit civil approfondi et comparé). Ld. HAMZA i. m. 276–279. A hatályos jogokra reflektáló összehasonlító szemlélet az egyre inkább nemzetközivé váló gazdasági-kereskedelmi viszonyok által támasztott gyakorlati igényekkel találkozva jelentős jogegységesítési eredményeket tudott felmutatni (a szerzői jogi, védjegyjogi, postajogi egyezmények).

³⁹ SIR HENRY SUMNER MAINE: *Ancient Law: Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. London, 1861.

⁴⁰ SIR HENRY SUMNER MAINE: *Az ősi jog összefüggése a társadalom korai történetével és kapcsolata a modern eszmékkel*. Budapest: Gondola ’96 Kiadó, 1997. HAMZA GÁBOR utószava 221–222.

⁴¹ 1869-ben Oxfordban áll fel az első tanszék *Corpus Chaire of Historical and Comparative Jurisprudence* néven.

⁴² PETER STEIN: The tasks of historical jurisprudence In N. MACCORMICK–P. BIRKS (szerk.): *The legal mind. Essays for Tony Honoré*. Oxford, 1986. 296. alatti megállapítására hivatkozik HAMZA i. m. 286.

az összehasonlító módszernek a történeti szemlélettel való összekapcsolását eredményezte, és a jog új, *összehasonlító és történeti tudományának* (historical and comparative jurisprudence) megalapozásához vezetett. A kor felfogása szerint nem is különböztetnek a jogtörténet és az összehasonlító jogtudomány között, amennyiben magának a jog tudományának kellett mind történetinek, mind összehasonlítóknak lennie.⁴³ Fontos látnunk azonban, hogy sem módszertanilag, sem terminológiailag itt *nem a modern értelemben vett jogösszehasonlításról* (droit comparé) van szó! Maine a jogintézmények történetét azzal a céllal vizsgálta, hogy fejlődésük törvényszerűségeit fölfedje. Szembefordult a természetjog racionalizmusával, az utilitarista iskolákkal, azt kísérelte meg, hogy az ősi jog természetét és fejlődését tényleges történeti összefüggéseiben tisztázza. Művével kapcsolatot teremtett a jog, a történelem és az antropológia között,⁴⁴ s utat mutatott a jog és a jogintézmények történeti vizsgálatának új, összehasonlításon alapuló lehetőségei felé. Az összehasonlítás módszere valójában Maine nyomán vált kifejezetten a jogtudomány eszközzé.⁴⁵

Maine művének folytatója és oxfordi katedrájának utódja, az 1900-as kongresszus egyik fontos résztvevője, Sir Frederick Pollock lett. Saját bevallása szerint sokat tanult Savigny-től, Maine-től, Jheringtől és Holmestől.⁴⁶ Híres mondata – „a jogot az állam azért kényszeríti ki, mert jog; és nem csupán azért jog, mert az állam kikényszeríti”⁴⁷ – az analitikus és utilitarista jogelmélet teljes meghaladása. Maine nyomán ő is azt vallotta, hogy a fejlődéselmélet nem egyéb, mint a természet tényeire alkalmazott történeti módszer, a történeti módszer pedig az emberi társadalmakra és intézményekre alkalmazott fejlődéselmélet.⁴⁸ Pollock konkrét erőfeszítéseket tett az összehasonlító jogtörténet tudománya és az összehasonlító jogtudomány közötti válaszfal teljes lebontására. Maine után azt gondolnánk, hogy ez már magától értetődő, de mégis Pollock volt az, aki az összehasonlító jogtudomány statikusan és a jogtörténet tudománya dinamikusan összehasonlító vizsgálódásainak egymást megtermékenyítő és kiegészítő módszerként való alkalmazása mellett síkra szállt.⁴⁹ Megjegyzendő, hogy a német jogtudomány is eljutott az egyetemes jogtörténet (Universalrechtsgeschichte) és az összehasonlító jogtudomány (vergleichende Rechtswissenschaft) módszertani azonosításához.⁵⁰

Maine életműve és az *ősi jog* átfogó értelmezése elválaszthatatlan a *jogi etnológia* (ethnologische Jurisprudenz) vonatkozásában történő vizsgálatától, hiszen a fejlődéselmélet, ami Maine koncepciójának oly szerves része, ezen alapszik.⁵¹ A hegeli filozófia nyomán kibontakozó jogfelfogás kiindulópontját a jog világának realitása

⁴³ Ld. PÉTER (2004) i. m. 232–233.

⁴⁴ SIR FREDERICK POLLOCK: *Oxford lectures and other discourses*. London–New York: Macmillan and co., 1890. 159.

⁴⁵ PÉTER (1975) i. m. 401.

⁴⁶ SIR FREDERICK POLLOCK: *A first book of jurisprudence, For students of the common law*. London: Macmillan and co., 1904. x.

⁴⁷ POLLOCK (1904) i. m. 29.

⁴⁸ POLLOCK (1890) i. m. 45.

⁴⁹ PÉTER (1975) i. m. 404.

⁵⁰ Uo.

⁵¹ MAINE (1997) i. m. HAMZA GÁBOR utószava 226.

alkotja. A jogi realitáshoz kapcsolódó felfogás viszont feltételezi azt, hogy annak feltárása nem csupán egy jogrendszer, hanem több nép jogának összehasonlító vizsgálata alapján válhat teljessé. Az absztrakt jogi fogalmak megalkotása magával vonja valamennyi nép és valamennyi korszak⁵² – ebből következik a történeti módszer alkalmazásának szükségessége – jogának vizsgálatát. Teljességgel érthető, hogy éppen a pozitívizmus és jogösszehasonlítás számára új távlatokat adó Hegel és Thibaut tanítvány, Eduard Gans tartja kifejezetten szükségesnek valamennyi nép jogának elemzését, s ennek hangot is ad a *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalgeschichte* című négykötetes munkájában. Gans, mint az általános jogtörténeti irányzat (Universalrechtsgeschichte) képviselője – mely szerint a jogtudomány átfogja a jogfogalom (Rechtsbegriff) teljes térbeli és időbeli fejlődését –, az öröklési jogi szabályok átfogó, számos jogrendszerre kiterjedő vizsgálatát nyújtja.⁵³

Gustav Radbruch hívja föl a figyelmet, hogy a Paul Johann Anselm von Feuerbach – aki a jogi etnológia előfutárának tekinthető – műveiben is nyomon követhető cél a jogfejlődés körében kimutatható tipizálódás keresése, mely Maine hatására vezethető vissza.⁵⁴ A jogi etnológia széles horizonttal rendelkezett, forrásai között természettudományos teóriák is fellelhetők voltak. Születtek a nyelv eredetével, az antropológiával, az evolúcióval, az ember pszichikai-biológiai identitásával kapcsolatos művek is. 1867-ban látott napvilágot Albert Hermann *Post Das Naturgesetz des Rechts* című könyve, mely szerzőjét a természettudományos igényű etnológiai jogtudomány nagy hatású képviselőjévé avatta.⁵⁵ A különböző jogok etnológiai alapú összevetése Post számára – éppen az empirikus tapasztalatok biztatónak tűnő eredményei alapján – a spekulatív jellegű jogfilozófia művelésének elutasításához vezetett.⁵⁶

A jogi etnológia szemléletmódja a kezdetektől jelentős változáson ment keresztül. Előbb a kultúrkörök tana (Kohler), majd a jogfejlődést befolyásoló tipikus és atipikus tényezők árnyalt vizsgálata (Koschaker) próbált differenciálni, majd az univerzális fejlődést befolyásoló tipikus, mindenütt előforduló tényezőket szembeállította az egyes vizsgált népcsoportokra jellemző sajátos eltérésekkel, melyek adott esetben az előbbiekkal szemben is érvényesülni tudnak. A jogi etnológia univerzális elmélete helyébe egy új megközelítési mód lépett, mely – az etnológia és az összehasonlító jogtudomány egyik ágaként – arra törekszik, hogy a ma még létező ‘primitív népek’ jogi életét vizsgálja, s mint történeti diszciplína a jogfejlődés korábbi szakaszait meghatározott kulturális összefüggések fényében ismerje meg.⁵⁷

Érdekességként említhető itt meg Grosschmid Béni elmélete a kultúr-planetizmus-kultúr-satellitizmus kérdésköréről: „A nyugat-európai művelődést tekinthetjük

⁵² Vagy legalább egy ‘reprezentatív merités’ mindezekből.

⁵³ MAINE (1997) i. m. HAMZA GÁBOR utószava 226.

⁵⁴ GUSTAV RADBRUCH: *Anselm Feuerbach, précurseur du droit comparé*. I. Paris: Recueil Edouard Lambert, 1938., 286.

⁵⁵ Ld. még ALBERT HERMANN POST: *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*. Oldenburg: Schulztesche Hof-Buchhandlung und Hof-Buchdruckerei, 1884.

⁵⁶ MAINE (1997) i. m. HAMZA GÁBOR utószava 227.

⁵⁷ ZWEIGERT-KÖTZ (1998) i. m. 58.

akként, vagyis olyképpen, mint valami naprendszert, amelynek bolygói (planétái) az egyes önálló nemzeti műveltségek. Csak a legnevezetesebbeket említve, tehát: a német, a francia, az angol és az olasz. De vegyük immár a mohácsi vész előtti magyar jogrendszert, amint az Werbőczy egybefoglalásában előttünk fekszik. Ez is planéta, amennyiben a középkori közös vetőmagból való szintoly önálló felnövesztés.⁵⁸ A kultúr-satellitizmus ezzel ellentétben az, s illetőleg akkor forog fenn – folytatja Grosschmid –, amidőn valamely náció, s illetőleg ethnikai lény az egytetemes kultúranyagból, koreszmékből, mint vetőmagból nem közvetlenül differenciál, hanem valamely másik nációhoz, mint planétához, mintegy albolygói kötelékbe helyezkedve, azt mit amaz elsődlegesen már feldolgozott és feldolgozva differenciált, s ezzel etnológiai sajátjává tett; ezt ő kész feldolgozottságában in complexu, en masse befogadja és saját etnograficumának elemei segélyén (nemzeti nyelv, viselet s efféle) másodlagosan [...] differenciálja és ilyképpen a kész idegen differenciátumot e külsőlegesebb és könnyedebb módszerrel saját etnográfiailag differenciált nemzeti tulajdonává teszi.⁵⁹ Grosschmid azonban tovább árnyalja a kultúr-planetizmus-kultúr-satellitizmus kérdését. Szerinte ugyanis az „intézményi saját” kétféle lehet. „Mert hogy ugyanis – mellőzve középváltozatokat és határvonalai nehézségeket; szóval csakis igen nagyvonalakban beszélve – más az etnológiai és megint más a csupán etnográfiai nemzeti saját és tulajdon az intézmények terén. Ugyanaz az intézményi s illetőleg kultúr-tartalom, ami a közvetlenül differenciáló planétának etnológiailag; ő neki a differenciátum-differenciáló kultúr-satellének csupán etnográfiailag lesz sajátjává.”⁶⁰ Az etnografikum és etnologikum kölcsönös viszonyáról szólva Grosschmid kifejti, hogy itt nem két egymást kizáró ellenpólusról van szó, hanem éppen ellenkezőleg, hisz a két szó is ugyanazon tőből – az etnikumból – származik. Az előbbi azonban inkább kezdetlegesebb, míg az etnologikum már magasabb szintű képződmény, amelyben az állami, intézményi és kulturális sajátosságok évszázadok szorgalmas munkájával gyűltek össze. Éppen ezért ez a „megtakarított szellemi tartaléktöke” felsőbbrendű belső magja és rétege a nemzeti egyéniségnek.⁶¹

A jogi etnológiai kutatások XIX. század derekán tapasztalható nagy lendülete a századfordulóra a kifulladás jeleit mutatta. Ez leginkább tudományos kritikának köszönhető, mely azt vette leginkább az irányzat szemére, hogy sok esetben a kiinduló tények, a rendelkezésre álló adatok helytállósága sem nyert feltétlen bizonyítást, így a levont következtetések is gyenge lábakon állnak, csak hipotézisek maradnak, bármennyire tetszetősek is legyenek olykor. A módszerként alkalmazott összehasonlítás is gyakorta elnagyolt, felületes maradt, a jogösszehasonlító kutatásokra is a diszkre-

⁵⁸ GROSSCHMID BÉNI: *Werbőczy és az angol jog*, Budapest: Franklin Társulat, 1928. 431–432.

⁵⁹ GROSSCHMID i. m. 434.

⁶⁰ GROSSCHMID i. m. 435. A Révai Nagy Lexikon a következőt írja: „[...] az etnográfia leírótudomány, mely adatokat gyűjt a népek testi és szellemi életéről – a legszélesebb körben – és felőleli mindazt, ami e tág körrel összefügg, míg az etnológia feladata e soknemű felhalmozott anyagból tételket, törvényeket vonni le. Rendszerét nézve tehát deduktive-szintetikus, míg a tulajdonképpeni etnográfia induktive-analitikus úton halad.”

⁶¹ GROSSCHMID i. m. 436. old. (Grosschmid ezt követően eltöpreng, hogy a jövőben a magyar nemzetiségi eszme vajon melyik „eszmetörő” fog táplálkozni, és hogy ez a kultúr-planetizmusra mint haladási irányra miként lesz hatással.)

ditálódás veszélyét vonva. Ennek a felismerésnek adott hangot Joseph Kohler, aki a *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* című folyóiratban közzétett tanulmányában önkritikusan így ír: „Morgan, Bachofen, Post és végül én is hamis módszerek szerint dolgoztunk, továbbá tudománytalanul és fel nem dolgozott megfigyelések alapján vad, kitalált képződményeket hoztunk világra.”⁶² Az említett folyóirat kiemelkedő jelentőségre tett szert az összehasonlító kutatások vonatkozásában. Alapítói Franz Bernhöft és Georg Cohn professzorok az 1878-ban útjára indított sorozattal még a történeti jogi iskola hatása alatt tevékenykedtek, de előkészítve az új koncepciók születését is.⁶³ Bernhöft a már 1878-ban, a *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* bevezető hasábjain közzétett gondolatainak kiegészítésével és átvételével publikált, és 1895-ben, a *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft* programadó nyitócikkében megjelent írásának a jogösszehasonlítás tanulmányozásának fő irányait taglaló sorait Édouard Lambert is méltatja híres referátumában.⁶⁴ Bernhöft itt három fő irányt említ meg, az etnológiát, a történetit és a dogmatikait. Ezt követően azonban – mint Lambert megállapítja – magyarázatában Bernhöft a történeti utat mint egy meghatározott nép jogtörténetének megvilágítási eszközt kezeli az összehasonlító jogtudomány etnológiai irányának szempontjából. Ez viszont azt eredményezi – folytatja Lambert –, hogy így csupán az első irány egy változatával van dolgunk, s a hármas felosztás kettesre csökken. Az így kapott két irány közül az előbbi, a történeti-etnológiai irány, kizárólag tudományos-spekulatív, a dogmatikai irány gyakorlati, tevőleges célt ad a jogösszehasonlításnak.⁶⁵

A jogösszehasonlításnak e történeti-etnológiai paradigmája, mely elsősorban Angliában és Németországban bontakozott ki, a XIX. század végéig maradt uralkodó az összehasonlító jogtudományban.⁶⁶ Módosulása, sőt gyökeres változása az 1900-as, Párizsban rendezett első nemzetközi összehasonlító jogi kongresszushoz köthető, ahol nemcsak az addigi eredmények összegzésére, hanem ennek kapcsán a jog összehasonlító tudományának új elméleti, módszertani megalapozására is sor került.

3. A jogösszehasonlítás szocialista „ága”

Bármely fa, így a jogösszehasonlítás ‘fájának’ növekedésében is találunk olyan ágakat, melyek fejlődnek, erősödnek, de egy idő után kiderül, hogy nem válnak, nem válhatnak ‘vezérággá’, s később, az idő múlásával lehet, hogy le is metszik vagy fűrészelik őket, de végeredményben el nem múló nyomot hagynak a fa egészén.

⁶² JOSEPH KOHLER: Zur Urgeschichte der Ehe. In *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1897. 203.

⁶³ A rangos folyóirat szerkesztőjéhez 1882-ben kapcsolódik Joseph Kohler, aki szintén meghatározó szerepet vállalt a folyóirat arculatának formálásában. 1895-ben kezdi meg Bernhöft Meyer társaságában egy új kiadvány, a *Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft* szerkesztését.

⁶⁴ ÉDOUARD LAMBERT: Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l’enseignement du droit. In *Extrait du Congrès International de Droit Comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès verbaux des séances et documents*, Vol I, Paris: L.G.D.J., 1905. 31.

⁶⁵ LAMBERT i. m. 32.

A jogösszehasonlítás szocialista 'hajtása' az első világháború utáni időben kezdte észrevétni magát. Jellemzője az volt, hogy a teljesen új, magát szocialistának nevező politikai és jogi berendezkedés egyetlen országra, a Szovjetunióra korlátozódott. Ez a tény a szovjet jognak, mint 'belügynek' és 'nem-jog'-nak való kvalifikálását, és a jogösszehasonlításból való kirekesztését tette lehetővé.⁶⁷

A második világháborút követően azonban Európa és a világ geopolitikai térképe jelentősen átrajzolódott. Ez a változás a komoly hatással járt a jogösszehasonlítás tudományára is. Az úgynevezett szocialista világrendszer létrejött és a vele való 'békés egymás mellett élés' követelménye nem maradhatott hatás nélkül a *droit comparé* egyre inkább világméretűvé terebélyesedő tudományára sem.⁶⁸ Ám ennek belátása és gyakorlatba való átültetése nem ment ilyen egyszerűen. Hozzájárult ehhez a szocialista-marxista jogfelfogás, mely a jogot az úgynevezett 'felépítmény' részének tekintette, amelyet a termelési viszonyok határoznak meg, s amely történeti kategória lévén nem létezett mindig, de nem is lesz mindig. A jog létét csupán az osztályok léte magyarázza, a jog ugyanis – miként az állam is – eszköz, az uralkodó osztályok eszköze az alávetett osztályok elnyomáshoz és kizsákmányolásához.⁶⁹

Marc Ancel, a Cour de Cassation tanácselnöke, majd René David volt az, aki megtörte az új, a jogösszehasonlítás szemszögéből még egyáltalán nem értelmezett jelenség körül kialakult csendet.⁷⁰ Az új, szocialista országok megjelenése, a nemzetközi kereskedelem és forgalom, a mobilitás és a technikai fejlődés is oda vezettek, hogy a mindkét oldalról megnyilvánuló *kezdeti elutasítás merevsége oldódott*.⁷¹

Elvi éllel vetődött föl a szocialista jogoknak az összehasonlító vizsgálódások körébe való bevonhatóságának kérdése. Az ortodox szocialista jogtudomány a jog a szocialista és kapitalista társadalomban való eltérő funkciójából indul ki, mely szerint a burzsoá jogi tanítás a jogot mint az osztályharcban a vezető osztályok uralmának formális eszközét ragadja meg, a szocialista jog viszont a jog társadalmi funkciójában ismeri fel annak realitását. A szocialista jogösszehasonlítás jó ideig a szocialista jogok felsőbbrendűségének alátámasztásaként jelent meg, ez azonban később változott, s a hatvanas évektől más hangok is megszólalhattak. Bár a szocialista jogok jogintézményei kétségtelenül a rendszer által meghatározottak, azaz sok területen a politikai-ideológiai elemek érvényesülnek elsődlegesen, a jogösszehasonlítás körébe bevonhatók. De miként valósulhat meg mindez, hova sorolható be a szocialistának mondott jog?

A jogösszehasonlító irodalomban rámutattak, hogy a szocialista jog a formai hasonlóságok ellenére lényeges vonásait tekintve *alapvetően különbözik minden korábbi jogrendszertől*. Technikai értelemben a jogot, mint a jogszabályok összességét te-

⁶⁶ A korszak magyarországi fejleményeiről ld. FEKETE BALÁZS: Két vázlat a magyar összehasonlító jogi gondolkodás tablójához. In FEKETE BALÁZS–SZABÓ SAROLTA (szerk.): „*Momentum aere perennius*” – *Tanulmányok Péteri Zoltán tiszteletére*. Budapest, 2005. 85–100.

⁶⁷ PÉTERI (2004) i. m. 235.

⁶⁸ Uo.

⁶⁹ Ld. mélysegeiben EVGENY PASHUKANIS: *Selected writings on marxism and law*. London–New York: Academic Press, 1980. 273–301.

⁷⁰ Ld. RENÉ DAVID: *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris: L.G.D.J., 1950.

⁷¹ PÉTERI (2004) i. m. 235.

kintve még megállna a római-germán rokonság. A jog tágabb, s a jogösszehasonlítás tudományában kívánatos értelmezés szerint, a társadalmi, 'ideológiai' háttérrel is figyelembe véve viszont már átható a különbség. Ilyen alapon tekinthető a szocialista jog az eddigiektől teljesen eltérő, új típusú jognak, melyet indokolt *külön jogcsalád-ként* is kezelni.⁷² Ez a felismerés, valamint a jogrendszer 'technikai' és 'ideológiai' elemeinek megkülönböztetése – melyet tulajdonképpen a szocialista jog megjelenése váltott ki – vezetett el a jogösszehasonlítás modern koncepciójában oly fontos szerepet betöltő stíluslemek (Stilelemente, legal style) kimunkálásához,⁷³ valamint a jogrendszerek 'meghatározó' (déterminants), és 'helyettesíthető' (fongibles) összetevőinek megkülönböztetéséhez.⁷⁴

Logikusnak tűnnék a szocialista jogösszehasonlítás elméleti, módszertani megalapozását a szovjet összehasonlító jogtudomány eredményei alapján feltérképezni, de e téren a magyar összehasonlító jogtudomány – mint érintett szereplő – komoly, a 'burzsoá' jogi berendezkedésű országok körében is elismeréssel fogadott, s még az 'úttörő' nagyhatalom eredményeit is felülmúló művet hagyott hátra.⁷⁵

A magyar jogösszehasonlító 'műhely' az Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézetének keretében bontakozott ki Szabó Imre vezetésével. Szabót számos hasonló pozíciót betöltő kelet- és kelet-közép-európai kollégájától előnyösen különböztette meg nyelvismerete, a nyugat-európai és amerikai szakirodalomra is kiterjedő műveltsége, amely összefüggésben nyilván nem volt közömbös az a tény, hogy egyetemi tanulmányait a polgári demokratikus Csehszlovákiában, Prágában végezte.⁷⁶

Szabó szerint a droit comparé kialakulása két irányú volt. Egyrészt a nemzeti jogok megjelenése, a gazdaság nemzetközivé válása – ezért a magánjogi meghatározottság – váltotta ki, másrészt a spekulatív, apriorisztikus kanti és újkanti jogfilozófia, mely az eltérő pozitív rendszerek kialakulásával tűnt mindinkább elő, s hozta el a jog, mint általánosság újfajta tudományos megközelítését. Ehhez a felfogáshoz a

⁷² RENÉ DAVID: *Les grands systèmes de droit contemporains. Droit comparé*. Paris: Dalloz, 1964. 147.

⁷³ ZWEIGERT-KÖTZ (1998) i. m. 67–70.

⁷⁴ CONSTANTINESCO i. m. 212. és köv.

⁷⁵ A szovjet összehasonlító jogtudományról ld. PÉTERI (1978) i. m. 263–276. Hiba volna nem megemlíteni, hogy a magyar komparatistika többek között azért tudott a szocializmus éveiben is magas szinten működni, mert a XIX–XX. századi előzmények megteremtették ennek megfelelő alapját. Ld. a témához kapcsolódóan SZABÓ IMRE: Az összehasonlító jog történeti aspektusai Magyarországon. In *A jogösszehasonlítás szocialista elmélete*. Budapest. Akadémiai, 1975. 59–74. valamint FEKETE BALÁZS i. m. Ki kell emelni e téren a magyar nemzetközi magánjog megalapozását összehasonlító módszerrel kimunkáló Szász István működését, aki az 'átmenet' idejében élt és alkotott, míg némaságra nem kárhoztatták. Hatása azonban így is közvetlenül kimutatható a szocialista komparatistikán, s eredményeit – miután 'veszélyessége' csökkenő tendenciát mutatott – bizonyos körben – külföldön – közkinccsé is tehetete.

⁷⁶ SZILÁGYI PÉTER: *Jogbölcsélet*. In KOLLEGA TARSOLY ISTVÁN (szerk.): *Magyarország a XX. Században*. V. Szekszárd: Babits, 2000. 48. Szabó érdemének számít, hogy a szocializmus éveiben személye garanciát és védőernyőt nyújtott az irányítása alatt működő fiatalabb komparatista-tudós nemzedéknek, hogy kutatásaikat a központi ideológiai közvetlen szorításától mentesen, viszonylagos szabadsággal végezhessék. Így tudott Mádl Ferenc a nemzetközi magánjog összehasonlító alapú kutatásának, Harmathy Attila a magánjog komparatista látókörű művelésének, míg Péteri Zoltán a jogösszehasonlítás elméleti kérdéseinek nem marxista meghatározottságú megalapozásának nemzetközi hírű professzorává válni.

pozitív jogrendszerek elemzésének igénye járult, ami a jogi pozitivizmus behatolását jelentette a jogfilozófiába. A jogösszehasonlítást úgy fogták fel ebben a vetületben, mint a jogfilozófia kiegészítő segédtudományát.⁷⁷

A csoportosítás és a módszer-keresés kezdetben próbált etnikai, faji, nyelvi tényezőket alapul venni, módszerként főleg a fogalmi-logikai összehasonlítás dominált, majd a második világháború után a jogösszehasonlítás fellendülésével a funkcionális módszer került előtérbe. Ez annak elismerését is jelentette, hogy a jognak nincs saját, önfényű, a többi társadalmi jelenségtől elszigetelt története. A 'juristischer Begriffshimmel' a jogösszehasonlítás terén is összeomlott. A funkcionális módszer fellendítette a nemzeti jogoknak a jogalkotás és a jogalkalmazás technikája, módszere szerinti csoportosítását, a szocialista jogot besorolva a római-germán jogcsaládba. Az ismérvek monizmusát egyre inkább felváltotta azok nemezszer egymást keresztező, eklektikus pluralizmusa.⁷⁸

A leíró és elméleti jogösszehasonlítás megkülönböztetése a *droit comparé* kettős eredetére vezethető vissza,⁷⁹ melyre utaltunk már, s mely distinkció meglátásunk szerint – azon túl, hogy a szocialista jogösszehasonlítás is használta – mindmáig tartja magát, s a jogi gondolkodás egészében megfigyelhető. Hozzá kell tenni, hogy ez az elválasztás bár könnyen indokolható, nem jelenti a két terület egymástól való elzárkózását, sokkal inkább egy egymást kölcsönösen építő, segítő szimbiózis módjára írható le.

A jogösszehasonlítás pusztán jogi látásmóddal való, dogmatikai megközelítése a jogforrási rendszer alapulvételével sokáig kitarzott a modern jogrendszerek kettéosztásánál (common law, római-germán jogok), de a társadalmi elem éket ütött ebbe a tagolásba, s szükségessé tette a szocialista jogok jogcsaládként kezelését. Az elvi alap azonban csorbát szenvedett, hisz a szocialista jog jogforrásilag rokon a római-germán jogokkal. Hol a társadalmi valóság vizsgálata? – kérdezi Szabó, s egy egész újfajta megközelítést vázol fel. Szerinte külön szinten kell összehasonlítani a szocialista jogtípust a nem-szocialista jogtípusokkal, mert a három csoport összehasonlítása nem egynemű vagy ugyanazon a szinten álló jelenségek összemérését jelenti. „A common law és a római-germán jogrendszerek ugyanis a jog társadalmi mértékkel mért azonos fajtájának, egyazon társadalmi alakulaton alapuló jogtípusnak a különböző megjelenései; a szocialista jog viszont egy más társadalmi rendszeren alapuló különböző jogrendszerek gyűjtőfogalma.” – mondja.⁸⁰ Így a szocialista jogtípus a burzsoá jogtípustól különíthető el, s azzal áll azonos szinten.

A jogtípusok kifejezik és egyben szabályozzák, hogy a termelőeszközök egy-egy osztály vagy a társadalom tulajdonában vannak-e, az egyéni, csoportos vagy társadalmi elsajátítás-e az uralkodó. Eörsi szerint ez nyújtja a legalapvetőbb osztályozást, ez a lényegre való fókuszálás, redukálás, s nem szimplifikáció, leegyszerűsítés, mint

⁷⁷ SZABÓ IMRE: Az összehasonlító jog elméleti kérdései. *Allam és Jogtudomány*, Budapest: Akadémiai, 1972. 201.

⁷⁸ EÖRSI GYULA: *Összehasonlító polgári jog. (Jogtípusok, jogcsoportok és a jogfejlődés útjai)* Budapest: Akadémiai, 1975. 30.

⁷⁹ SZABÓ (1972) i. m. 201.

⁸⁰ SZABÓ (1972) i. m. 201.

René David állítja.⁸¹ Ez a felosztás szakít a monokauzális, egydimenziójú látásmóddal, módszertanilag közel áll Constantinesco felfogásához.⁸² Ő beszél elsődleges és másodlagos kritériumokról, bár Eörsi az egyes kritériumok első- illetve másodlagos voltát vitatja.⁸³

Arra a kritikai észrevételre, hogy ez a felosztás leegyszerűsítetten egyoldalú, Eörsi azt válaszolja, hogy itt csupán az alapvető szintre redukálásról van szó, nem pedig kimerítő kifejtésről. Hogy ideológiai alapú lenne a megkülönböztetés? Minden hasonló kísérlet mögött van egy meghatározott filozófia, így az ideológiai elem túlhangsúlyozásáról nem lehet beszélni. A metajurisztika könnyen vállalható, hisz a jog, mint társadalmi jelenség, már eleve tartalmaz többlet elemeket, a jogtudomány pedig tudvalevőleg társadalomtudomány. Nem fogadható tehát el a merev szétválasztás a jogdogmatika és jogszociológia között a Sein és a Sollen világa között – szögezi le Eörsi.⁸⁴

A szocialista jog megjelenése indukálta a jogösszehasonlítás makro- és mikro-összehasonlításra tagolását is, előtte a jogrendszerek összehasonlítása nem is merült fel, mert azok egyazon társadalmi alakulat jogi formái voltak.⁸⁵ Mint Szabó kifejti, a módszer-tudomány vita már meghaladottá vált. Az olyan érvek a módszerként kezelés mellett, mint például, hogy a jog egészére kiterjedő összehasonlításnak nincsen tárgya, csak valamely más célt szolgáló, e célt elrejtő formai és közvetett érvelésként foghatjuk fel, hiszen a jog maga is egyfajta elvonatkoztatás. E felfogás oka lehetett a jogösszehasonlítás önállóságát tagadó álláspont azon a törekvése, mely szerint az összehasonlító módszernek be kell hatolnia a jogtudomány minden ágába, mert csak így lehetséges a szó teljes értelmében vett jogtudományról beszélni. A szocialista jogtudományt a jogösszehasonlításnak módszerként való felfogásánál egy 'semleges', 'elkötelezettség-menetes' jogtudomány veszélyével való szembefordulás vezette.⁸⁶

Szabó a különböző társadalmi rendszerek jogának összehasonlítását *külső jogösszehasonlításnak* nevezi. A *belső jogösszehasonlítás*, mely azonos társadalmi jellegű jogok összehasonlítását jelenti, jellegét tekintve osztja a külső jogösszehasonlítás sorsát, együtt alkotják az *általános jogösszehasonlítást*.⁸⁷ Az általános jogösszehasonlítás több jogrendszer egybevetését jelenti, szemben a saját jog összehasonlító alapon való tárgyalásával.

Az általános jogösszehasonlítást a jogelmélet úgy fogta fel, hogy az vagy kiegészítő anyagot nyújt a jogelmélethez, vagy pedig megalapozza azt, mintegy 'anyagot szállít' a jogelméletnek. Szabó szerint ezt úgy érdemes leírni, „mint az elméletileg eltérő állásponton lévők átmeneti találkozási pontját.”⁸⁸ Azért tűnik fontosnak ennek az

⁸¹ EÖRSI i. m. 51.

⁸² Ld. CONSTANTINESCO i. m. 212. és köv.

⁸³ EÖRSI i. m. 52.

⁸⁴ Ld. EÖRSI i. m. 6.

⁸⁵ SZABÓ (1972) i. m. 204. Ez a megállapítás Szabó szerint azonban csak bizonyos általánosságban érvényes.

⁸⁶ Uo.

⁸⁷ SZABÓ (1972) i. m. 205.

⁸⁸ SZABÓ (1972) i. m. 211.

elméleti találkozási pontnak a kimunkálása Szabó művében, mert így az általános jogösszehasonlítás nyújthat egy olyan ‘semleges pályát’, ahol a két ‘tábor’ megkezdheti a diskurzust. Érdeemes volt hát óvni, behatárolni ezt a ‘mezsgyét’, mely Szabó szerint a két fő megközelítési mód eredményeinek egy általános, közös szintet biztosíthat.⁸⁹

Ehhez kapcsolódóan vehető számba az az elméleti fölvetés, mely a két fő jogtípus *konvergenciájáról* értekezett. Ezen elmélet szerint a burzsoá jog és a szocialista jog összehasonlítása során konstatalható, hogy mindkét jogtípus jelentőset alkotott, az egyre inkább összeötvöződött világban egyre inkább közelednek is egymáshoz, kölcsönösen tanulnak egymástól, és valamikor talán egy harmadikfajta jogban (társadalmi rendszerben) egyesülnek.⁹⁰

A jogösszehasonlítás tulajdonképpen két végletben, az általános jogösszehasonlításban és a jogintézmények összehasonlításában csúcsosodik ki. Az általános jogösszehasonlítás önmagában még nem áll meg, nem képes önállóan társadalmilag, lényegileg helytálló következtetésekre.⁹¹ A jogintézmények vizsgálatokor jobban megvan a társadalmi alap, tekintet nélkül a társadalmi rendszerek jellegében mutatkozó eltérésekre. A jogágak összehasonlítása a két fenti terület közt helyezkedik el.⁹²

A szocialista jogtudomány arra törekedett, hogy egyre megalapozottabban dolgozza ki elméleti álláspontját a jogösszehasonlítás terén. A belső jogösszehasonlítással vette kezdetét e folyamat. Előbb módszerként, majd később a jogösszehasonlítás tudományként való elfogadás mellett törtek lándzsát. A jogösszehasonlítás elméleti kérdéseinek vizsgálata során Szabó kijelenti, hogy nem beszélhetünk a jogösszehasonlítás önálló elméletéről, de az elméleti kérdések összessége egy viszonylagos önállóságú tudományt, egy átmeneti-közbenő tudomány megalapozását teheti lehetővé.⁹³

Az aligha lehet vitás, hogy a jogösszehasonlítás elvi kérdéseit illető vizsgálódás, ha nem is vezet a különböző elméleti *felfogások unifikálásához*, sőt a maga általánosságában talán harmonizálásához sem, mégis bizonyos mértékig harmonizálja maguknak a jogösszehasonlító vizsgálatoknak a menetét, módját, sőt közvetlen tudományos következtetéseit is.⁹⁴

Az új paradigma láthatóan komoly elméleti kidolgozottsággal fogadta magába a jogösszehasonlítás eddig is napirenden lévő, célra, funkcióra, módszerre vonatkozó alapvető kérdéseit, de ezek megválaszolását a jog átfogó, társadalmi nevezhető szemlélete alapján végezte el. Sokat tett a világ *jogrendszereinek csoportosítása*, stíluslemek segítségével való rendszerezés terén kibontakozó lendület fokozásáért. Eörsi például Zweigert és Kötz stíluslemeiről részletes kritikai észrevételeket tett, leszögezve, hogy azok eklektikusak, heterogének, valamennyi általuk számba vett elem a szellemi-intézményi szférába tartozik, a gazdasági tényezők elsikkadnak, nem jutnak szerephez.⁹⁵

⁸⁹ Uo.

⁹⁰ EÖRSI i. m. 35. valamint ld. 342–387.

⁹¹ SZABÓ (1972) i. m. 225.

⁹² SZABÓ (1972) i. m. 226.

⁹³ SZABÓ (1972) i. m. 219.

⁹⁴ SZABÓ (1972) i. m. 228–230.

⁹⁵ EÖRSI i. m. 42.

Ami a szocialista paradigma önmagán is túlmutató hozadéka, az minden bizonynyal a funkcionális megközelítés következtében lehetővé vált, a jogot mechanikus jogszabály-komplexumként értelmező, szűkké váló megközelítés meghaladása, s *társadalmi dimenzióit feltáró, dinamikus értelmezése*. Egy másik ilyen ‘hozadék’, amely az ideológiai tartalom kapcsán került előtérbe, az *értéktartalom*. A jog, a jogösszehasonlítás ilyen irányú megközelítése a világnézeti összefüggésekre is kiterjedő kutatás igényét vetette, s veti fel. Az összehasonlító vizsgálódások mindennek köszönhetően lényegesen kiszélesedettek, teret engedve a joggyakorlattal, a jog érvényesülésével kapcsolatos és egyéb kérdések kutatásának is.⁹⁶ Ez a gondolatkör azonban már a legújabb perspektívákra való rövid kitekintés mezejére kalauzol minket.

III. Kitekintés, perspektívák

1. Újabb hajtások?

A globális, exponenciálisan gyorsuló fejlődés egyre inkább érezteti, hogy könnyű elveszteni ön- és világismeretünk fonalát, könnyen ‘lehagyhatjuk’ a lelkünket, ahogy attól egyes afrikai törzsek tartanak. Ez a fajta növekedés, ‘ismeret-tágulás’ a jogösszehasonlítás terén is jelentkezik, s ahogy az út szélesedik, ahogy a fa koronája egyre terebélyesebb, úgy egyre nehezebb az ismeretek egyszerű, pusztán megismerő számbavétele, nem is szólva ezen ismeretek rendszerező bemutatásáról. A jogösszehasonlítás szocialista paradigmájának hirtelen bekövetkezett erodálásának hatására kialakuló ‘tudományos vákuum’, ugyanakkor tapasztalható töretlen gyarapodás és fejlődés új utak keresését láttatja kialakulni.⁹⁷ Nem könnyű egy ilyen konstellációban annak feltérképezése – s nem mellékesen a tudomány szilárd alapjaitól való elrugaszkodás kockázata is felsejlik –, hogy az elkövetkezőkben merre is tart a jogösszehasonlítás ‘fájának’ fejlődése, melyik ág, hajtás érlelődik ‘főaggá’ a terjedelmes lombkoronából. A jelenkori komparatiztika mértékadó gondolkodói – bár igen tapogatózó óvatossággal – az esetlegesen küszöbön álló újabb paradigmaváltás bekövetkeztét az *összehasonlító jogi kultúrák* elnevezés alatt jelentkező irányzat célkitűzéseinek megvalósítása jegyében látják körvonalazódni.⁹⁸ Ezen új irányzat kifejtésére, sőt még vázlatos bemutatására sem vállalkozhatunk ezúttal, mivel csupán egy, a jövő ablakát nyitogató kitekintésre látunk megfelelő alapot témánk szempontjából.

Kétségtelenül üdvözlendő lenne az elkövetkező időkben, éppen a tudományos fejlődés által biztosított eredmények okán, a jogi gondolkodás horizontjának szélesebbre tárása, melynek motorja a megújuló összehasonlító mozgalom is lehet. Ehhez hozzájárulhat az ‘összehasonlító jogi kultúrák’ esetleges előtérbe kerülése, melynek háttérben mindenekelőtt „[...] egy olyan interdiszciplináris tudás áll, amely jogantropológiai leírásból, egyetemes jogtörténeti tanulságlevonásból, összehasonlító jogból merített releváns ismeretből, jogszociológiai felismerések szintéziséből, s – egyfajta

⁹⁶ Ld. PÉTER (2004) i. m. 236.

⁹⁷ Ld. PÉTER (2004) i. m. 237.

⁹⁸ Uo.

szemléleti keretként – jogdogmatikai-jogtani és jogi módszertani eredményekre építő általános jogelméleti kutatások összegzéséből tevődik össze.”⁹⁹ Hogy e mozgalom ténylegesen uralkodó paradigmává válik-e a jogösszehasonlítás világában, erről a jelen pillanatban csak azt tudjuk megállapítani, hogy *ignoramus et ignorabimus*.

2. Összegző megállapítások

A *droit comparé* módszertani megalapozásának fő útjait bejárva, s a jogösszehasonlítás „fájának” fölterképezését követően felmerül a kérdés, hogy vajon eleget tettünk-e a bevezető gondolatok során felvázolt célkitűzéseknek. Nevezetesen kezünkben van-e egy analitikus építőkövekből összeálló kész konstrukció, melyre rá lehet mondani, hogy ez a *droit comparé*. Ha a kérdést így tesszük fel, a válasz nemleges. Az analízisnek azonban mégis meglehet a maga gyümölcse. Az út végigjárása már önmagában eredmény, s vizsgálódásaink során talán sikerült néhány ecsetvonással hozzájárulni a jogösszehasonlítás eszmetörténeti-módszertani útkereséseinek még megfestésre váró nagyszabású tablójának elkészítéséhez.

A jogösszehasonlítás módszertani-történeti rétegei mindezen túl rendelkeznek még egy sajátos ‘önfénnyel’, tartalékkal. Rudolf von Jhering nyomán, aki az összehasonlító jogtudomány feladatát, a római jog szerepéhez hasonlította,¹⁰⁰ megkockázatható, hogy a *droit comparé* eddigi fejlődése és történetisége valóban betölthet ahhoz hasonló funkciót, amit korábban a római jog jelentett a jog és a jogtudomány számára. A jogösszehasonlítás eddigi eredményei már nyújthatnak egy olyan szellemi, tudományos, elméleti tartalékot, melyek a nemzeti jogok fölött álló, példaként szolgáló, az univerzalitás szemléletét is magába foglaló, *általános viszonyítási tudomány* szintjére emelhetik az összehasonlító jogtudományt.

⁹⁹ VARGA CSABA: Összehasonlító jogi kultúrák: szempontok a fogalmi körülhatároláshoz. *Jogtudományi Közöny*, 1997/1. 5.

¹⁰⁰ RUDOLF VON JHERING: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig, 1866². 15.