

A generálklauzulák és a joghézag az európai és a magyar magánjogban

I. A generálklauzulák főbb (normatív, szabályozási) jellemzői és rendeltetésük

I.1. A generálklauzulák normatív (jogsabályi) jellegét tagadó és a pontosításukra irányuló elméletek

(a) *A generálklauzulák nem teljes normák.* A jog sajátos „rétegei” közé tartoznak a generálklauzulák (a törvények általános rendelkezései) is. Habár alkalmazási körük és módjuk különbözőek, közös nevezőjüként az említhető, hogy elsősorban célnormák (Zweckbestimmungen). Ugyanakkor olyan jogsabályok, amelyek széleskörű, általános, átfogó diszpozíció-tartalommal (rendelkező résszel) rendelkeznek. Sokan úgy gondolják, hogy nem is minősíthetők jogsabályoknak, annál fogva, hogy csupán rendelkező részt tartalmaznak és hiányzanak a szankciók. Jogsabályi minősítés ugyanis csupán azokat az egyedi normákat illetheti meg, amelyek teljesek és ennek megfelelően, tartalmaznak mind diszpozíciót (rendelkező részt) mind szankciót (azaz a diszpozíció megsértése esetén, a jogkövetkezményt). A generálklauzulák, ezzel szemben „csonkák”, mert csak diszpozíciót, rendelkező részt, ebben rendszerint célkitűzést tartalmaznak, ezért nem tekinthetők jogsabályoknak, inkább deklarációknak (jogi nyilatkozatoknak), célnormáknak.

(b) *A generálklauzulák fogalom-meghatározása is bizonytalan.* Az elméleti álláspontok közös nevezője az, hogy a generálklauzulák tág, *általános* jelentéstartalmú szabályokat jelentenek. Velük „szemben” állnak a *konkrét*, ezek között az őket pontosító jogsabályok, amelyek jogintézményekként is szoktak nevesíteni. A közelebbi fogalom-meghatározások egymástól eltérőek. A jogelmélet, vagy a szabályozási gyakorlat *jogelvekként, alapelvekként*, helyenként pedig *bevezető rendelkezésekként* (pl. az új Ptk.²) is említi őket. Vannak olyan álláspontok is, amelyek a jogágazati, vagy az ágazaton belüli (középszintű) általános normákat a *jogi sztenderdek* is ide sorolják. Ezeknek a sztenderdeknek a jellemzője, hogy a jogalkotó abból a vélelemből indul ki, hogy tartalmukat mindenki ismeri, ezért definíciójukra nincs szükség. Vannak olyan álláspontok is, amelyek a terminológiai meghatározás mellett megkísérlik a közelebbi jellemzőket kiemelni: pl., hogy e jogsabályok ún. *rugalmas* szabályok (kaucsuk, v. gumi normák), ennél fogva *jogértelmezés* útján, a konkrét esetre való adaptálást, alkalmazást segítik elő. Olyan álláspont is van, mely szerint a bevezető, alapelvi rendelkezések *irányadóak a törvény vagy törvénykönyv normatív része, jogintézményeinek értelmezése* tekintetében.

¹ Professor emeritus, Károli Gáspár Református Egyetem ÁJK, Polgári Jogi és Római Jogi Tanszék.

² Ld. 2013. évi V. törvényt a Polgári Törvénykönyvről (a törvényt az Országgyűlés a 2013. február 11-i ülésnapján fogadta el. Hatályba lépett 2014. március 15-én). Ennek első könyve tartalmazza a bevezető rendelkezéseket. Ezek azonban gyakorlatilag alapelvi jellegűek. Olyan irányadó jogsabályok, amelyek áthatják a polgári jogi kapcsolatok egészét, tehát mindegyik nemere egyaránt vonatkoznak, irányadóak. Ilyenek a felek mellérendeltségének elve (Ptk. 1:1 paragrafus), az értelmezési alapelv (Ptk. 1:2 paragrafus), a jóhiszeműség és tisztesség elve (Ptk. 1:3. paragrafus), az elvárható magatartás és a felróhatóság elve (Ptk. 1:4. paragrafus), a joggal való visszaélés tilalmának elve (Ptk. 1:5. paragrafus), jogvita esetén a bírói út szavatolásának elve (Ptk.1:6. paragrafus). Ld. pl. in: *Szilner* Görgy (szerk.), Polgári Törvénykönyv, HVG/ORAC - Novissima Kiadó, Budapest, 2018. 3. oldal.

(c) Vannak olyan körülíró definíciók is, amelyek a jogelvek típusaiból és *alkalmazhatósági köréből*, azaz *általánosítási szintjéből* indulnak ki. Ezek szerint a jogelvek három csoportra oszthatók. (1) Vannak olyan generálklauzulák, jogelvek, vagy legtágabb jelentéstartalmú jogi szintagmák, kifejezések, amelyek az *összes jogágra* egyaránt érvényesek, azaz a kiterjednek az *egész jogrendszerre*, mint pl. az *alkotmányosság és a törvényesség* követelménye. (2) Vannak olyanok is, amelyek, oltalmi céljuk szerinti (pl. magán- vagy közérdek) sajátosságaikra tekintettel, csupán *az egyes jogágakon belül* érvényesíthetők. Ilyen pl. a nullum crimen elve, ami a büntetőjogban érvényesül. Ezen elv azt jelenti, hogy a büntethetőség feltétele az, hogy az illető cselekmény, a Btk.-ban, az elkövetés időpontjában, pontos leírással, tiltva legyen. Tehát a nullum crimen elve a büntetőjogban az egyedi, vagy *különleges* inkriminációt jelenti. (Mj.: az inkrimináció fogalma alatt rendszerint értendő az a mód, ahogyan az adott jogágban a tilalom meghatározást nyer). Ezzel szemben, a polgári jogi deliktumokat a Ptk.-k, azaz a polgári jogi kódexek, beleértve a magyar hatályos Ptk.-t is, az *általános* inkrimináció által irányozzák elő, a károkozás általános tilalma útján.³ (3) A jogelvek alkalmazási területük szerinti harmadik „réteget” azok képezik, amelyek egyes jogágakon belül, csupán *e jogág egy részterületére* vonatkoznak. Ilyen pl. a szerződéskötési szabadság,⁴ amely elvben és főszabályként a polgári jog keretében, a szerződési jog vezérlő elve.⁵

E „belső” jogelv korlátozást a *francia* jogban l’ordre public (közrend, közérdek) elve szabja meg. Ami, rendeltetésénél fogva, hasonlítható a *magyar* jogban érvényesülő jóérkölc jelentéséhez, rendeltetéséhez - mint a szerződéskötési szabadság felső korlátjához.⁶ A közérdek fogalma a francia jogban a polgári jogi kapcsolatokban azaz ezen belül a szerződési jogban érvényesül, és jelentése nem más, mint a szerződési szabadság generálklauzulás korlátozása. A francia Code Civil 6. szakaszában előírja, hogy az olyan szerződési klauzulák, amelyek ellentétben állnak a kényszerítő jellegű törvényi rendelkezésekkel, vagy a közérdekkel, vagy az ún. közrenddel (qui intéréssent l’ordre public), továbbá a jószokásokkal (bonnes moeurs), semmiek.⁷ A kommentárirodalom hozzáfűzi, hogy e jogelv alkalmazása a szerződési jogon belül, széleskörű. A jogalkalmazásban különösen kifejezésre jutott az emberi méltóságot, a házasságkötési szabadságot, az egyesülési szabadságot érintő, v. korlátozó szerződések, vagy ezek rendelkezései semmisségének körében, továbbá amelyek a lojális versenyjoggal szemben álló

³ Ld. a Ptk. 6:518. paragrafusát (A károkozás általános tilalma): A törvény tiltja a jogellenes károkozást.” Pl. in: Polgári Törvénykönyv, *Szilner* György (szerk.), HVG/ORAC - Novissima Kiadó, Budapest, 2018. 214. oldal. Ld. pl., *Szalma* József, Entwicklungstendenzen bei der Abgrenzung der zivilrechtlichen von der strafrechtlichen Haftung, Journal on European History of Law, Brno/Brünn, 2012 évi I. sz., 32-43. oldal.

⁴ Ld. pl, *Szalma* József: Szerződéskötési autonómia az európai és a magyar jogban, Szeged, Szegedi Tudományegyetem, ÁJK, Polgári Jogi és Eljárásjogi Tanszék, 2005, 9-95. oldal és az ebben felhasznált, hivatkozott hazai és külföldi jogirodalmat.

⁵ Ld., Ptk., Hatodik Könyv, Második rész: A szerződés általános szabályai, IV. cím, a szerződési jog alapelvei, 6:59. paragrafus: szerződési szabadság. Pl. in: Polgári törvénykönyv, szerk. dr. *Szilner* György, HVG/ORAC - Novissima Kiadó, Budapest, 2018. 155. oldal.

⁶ Ld. pl, *Szalma* József, A jószokások (jóérkölc) és a közrend megsértésének következményei a magyar polgári jogban, Magyar Jog, 2011/7. szám, 387-412. oldal.

⁷ Ld. Code civil (Redaction: Guy *Venandet*, Pascal *Ansel*, Xavier *Henry*, Alice *Tisserand-Martin*, Georges *Wiederkehr*, Pacale *Guiomard*), Dalloz, Paris, 115. édition, 2016, 69. oldal. Ld. a közrend elvének szerződési szabadságot korlátozó rendeltetéséről szóló újabb francia irodalmat: *Bureau*, Mélanges *Malaurie*, Extension conventionnelle d’un statut impérial, Défrenois, Paris, 2005, p. 125; *Brunetti-Pons*, Conformité des actes juridiques a l’ordre public, Études Malinvaud, Litec, Paris, 2007, p. 103; *Péna*, Origines historiques de l’art. 6, Revue de la recherche juridique - Droit prospectiv (RRJ) 1992/1, 499.

kizárólagos jogosultságokat (clauses d'exclusivité, clause de non-concurrence) előirányzó szerződési klauzulák semmisségére vonatkoznak.⁸

A mérvadó *osztrák* magánjogi elmélet álláspontja szerint a generálklauzulák közvetlenül nem alkalmazhatók, alkalmazásuk pontosításuk révén történik. Normatív hatásuk tehát közvetett (mittelbare Wirkung).⁹

A *német* magánjogi irodalom is a szerződéskötési szabadság korlátozását, valamint a szerződés érvényét meghatározó alapelvet (Grundsatz), a *Treu und Glauben*-t (jóhiszeműség és tisztesség), a BGB, 242. paragrafusába foglalt jogszabályát helyezi górcső alá. Gyakorlatilag a szintagma két elemből áll, az első szó szerint „hűséget” a második „bizalmat, a másik adott szavában való hitet” jelent. Szűkebb jogi értelemben, azt tehát, hogy a szerződő felek ígérik, hogy tartják magukat a szerződésben vállalt kötelezettségeikhez, a jogügyleti „adott szóhoz”, nyilatkozathoz. E jogelvnek azonban jogi jelentése ennél több réteget tartalmaz, azt is jelenti, hogy a nyilatkozó a jogügyleti nyilatkozatait komoly, szerződéskötési szándékkal teszi meg, hogy a szerződés tartama alatt tartja magát a jogforgalomban elfogadott szokásokhoz, hogy a teljesítést szerződésszerűen fogja elvégezni, stb. A mérvadó jogirodalom e jogelv alkalmazása során szükségesnek tartja a pontosítást (Konkretisierungsbedürftigkeit). E jogelv azonban nemcsak az egyes kötelmekhez fűződik, vonatkoztatható az összes polgári jogi kapcsolatra.¹⁰ A kötelmi szerződéseken belül, a BGB egyéb rendelkezéseiben e jogelv befolyásolhatja a szerződés érvényét, teljesítésének módját, helyét, idejét, stb.

Hasonló konkretizációt követel a francia Code Civilben érvényesülő *kauza* (jogcím) fogalma. Ennek klasszikusnak nevezett elméletét még a XVII. században, Domat fogalmazta meg, a római jogi *iustus titulus*ra alapozva. Eredetileg, ezen elmélet szerint, a szerződésnek megengedett (jogi) célja kell hogy legyen, mert egyébként érvénytelen (semmis, vagy nemlétező). A kauza, mint jogi cél tehát feltételezi a szerződés létrejöttét és érvényét. Ennek a jogi célnak, mely mindkét szerződő felet egyformán motiválja, fenn kell állnia a szerződés megkötésének időpontjában. Semmis az a szerződés, amelynek célja ellentétes a közrenddel, közérdekkel a törvényi tilalmakkal, a jószokásokkal és a jóerkölccsel.¹¹ A kifejezés nem tartozik ugyan a generálklauzulák

⁸ Ld. Code civil (Redaction: Guy Venandet, Pascal Ancel, Xavier Henry, Alice Tisserand-Martin, Georges Wiederkehr, Pascale Guiomard), Dalloz, Paris, 115. édition, 2016, 70. oldal.

⁹ Ld., Helmut Koziol, Rudolf Welser, Bürgerliches Recht, Band I: Koziol, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 11. Auflage, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2000, 32. oldal. A szerzők kiemelik, hogy a jogelvek (Rechtsätze) *tág jelentésük miatt fogalmilag egymástól nem mindig elhatárolódva, egymás mellett szerepelnek*, ezért megtörténhet, hogy az egyik jogelv a másik jogelv kiegészítésével nyer magyarázatot. Ennél fogva előfordul: 1. a *konkuráló* (több jogelv jön számításba, de közülük bírói mérlegelés alapján csak egy kerül alkalmazásra); 2. a *kumulatív* (egymást kiegészítő, egyidejű), 3. Az alternatív (a jogelvek egymástól elhatárolt, elkülönült, vagylagos), és a 4. *konzumált* (vagy egymást bekebelező) alkalmazás. (Koziol-Welser, Koziol, Band I. op. cit., 33-34. oldal). Ld. a további osztrák jogirodalmat és praxist: Franz. Bidlinsky, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, Festschrift für Wieacker, Wien, 1990. 204. oldal; Mayer, Der „Rechtsszusammenhang“ und die sogenannte „Drittwirkung“, Juristische Blätter, 1990. 768. oldal; Verfassungsgerichtshof (osztrák alkotmánybíróság), in: Juristische Blätter, 1979, 142. oldal.

¹⁰ Ld. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Verlag Z.H. Beck, München, 1979, 105-125. oldal. Ld. a további német jogirodalmat: Hedemann, Die Flucht in Generalklauseln, 1933; Hueck, Der Treugedanke im modernen Privatrecht, 1947; Weber, Treu und Glauben, in: Staudinger Kommentar des BGB, 11. Auflage, Bd. II, 1, b; Eichler, Die Rechtslehre von Vertrauen, 1950; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; Wieacker, Zur rechtstheoretische Präzisierung des Par. 242 BGB, 1956, stb.

¹¹ Ld. a Code civil 1131. szakaszát mely szerint “Az a kötelelem amely nem rendelkezik céllal (jogcímmel), vagy amelynek célja fiktív, vagy tilos, nem vált ki semmilyen joghatást.” (L'obligation sans cause, ou sur un fausse cause, ou sur cause illicite, ne peut avoir aucun effet). A Code civil 1133. szakasza pedig, megszabja: A cél (jogcím) tilos, ha ellentétben áll a törvénnyel, a jószokásokkal és a közrenddel. (La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi,

közé, csak a szerződési jogban nyer alkalmazást, bár hasonlóképpen általános fogalomnak minősül, amilyen a generálklauzula. Egyébként a kauza intézménye (a *iustus titulus* értelmében) a római jogban fogant és eredeti jelentése szerint jogszerzésnél, pl. tulajdonszerződésnél van jelentősége (*iusta causa traditionis*). Azt jelenti, hogy a *szerződés egésze* (pl. vétel, ajándékozás), amelynek alapján az átruházás megtörténik, megengedett kell, hogy legyen. A francia neoklasszikus kauzafelfogás (Henri Capitant) azonban nem az egész szerződésre, hanem csupán egy *részére*, céljára vonatkozik. Az antikauzalista jogrendszerek, mint a német, vagy a magyar, de előfordulóan a francia antikauzalista jogirodalomban is, a kauza fogalmát „fából vaskarikának”, ellentmondásosnak, feleslegesnek tartják. Ugyanis, ha a kauza a szabad jogügyleti akaratnyilvánítás mellett, egyaránt feltételezi a szerződés létrejövetelét, akkor egy logikai nonszensszel találkozunk. A szerződés célja a joghatás kiváltása, vagyis a felek közötti jogok és kötelezettségek létrehozatala, azaz a „kauza” nem más, mint a szerződés tárgya (szolgáltatás és ellenszolgáltatás). Ez a cél, a joghatás elérése majd csak a szerződés létrejövetelével áll be. Nem lehet a szerződés létrejövetelét a szerződés megkötését követő jogkövetkezéssel feltételezni, olyannal, amely értelemszerűen majd csak a szerződés megkötése után áll be. Erre a kritikára, a francia jogra nézve, Henri Capitant kísérelte meg a válaszadást (*Les causes des obligations*), az általa kialakított neoklasszikusnak nevezett elmélet révén.¹² Szerinte sem lehetséges a még nemlétezővel (joghatás) feltételezni a szerződés létrejövetelét, mert ez *circulus vitiosus*. Ám a „jogi cél” fogalma Capitant szerint pontosítható. Ezt úgy kell értelmezni, hogy a kauza a szerződés megkötésének feltételeként, a szerződés megkötésének időpontjában, virtuális (majdan megvalósítandó) célnak tekinthető. Vagyis annak a jogi célnak vizsgálatáról van szó, amelyet a szerződés megkötése során a felek közösen, a jövőben, el kívántak érni. Ennek a jogi célnak, mint potenciális joghatásnak megengedettnek kell lenni, ez nem állhat ellentétben a közérdekkel, az erkölcsi szabályokkal és a jószokásokkal. Ha e jogi cél nemlétező, vagy fiktív (látszólagos), vagy törvénnyel tiltott, a szerződés nemlétezőnek, vagy semmisnek minősül.¹³ A „kauza”, a „jogi cél” mint a szerződés létrehozatalának és érvényének feltétele, amely a törvény által nem nyert definíciót, mint tág jelentésű jogfogalomnak a pontosítására, végül is a jogelmélet (polgári jogi doktrína) mentén, nem különben a bírói praxisnak (*Cour de Cassation*) köszönhetően is, sor került.

A „belső”, jogágon (pl. polgári jog) belüli, jogágrészeknek (pl. családi jog) is lehetnek *külön alapelvei*. Ezek az adott speciális polgári jogi kapcsolat sajátosságait, kiemelt jelentőségét kívánják megszabni. Ilyenek pl. a magyar jogban a Ptk. családjogi könyvének (Ptk. Negyedik Könyv, Családjog) a családra, házasságra és gyermekre vonatkozó alapelvei. Ezek közé tartozik a házasság és a család védelme,¹⁴ a gyermek érdekének védelme,¹⁵ a házastársak egyenjogúságának védelme,¹⁶ a méltányosság és a gyengébb fél fokozott védelmének elve.¹⁷ A Ptk. e könyve ezeknek a speciális elveknek a megvalósítása céljából, részletező jogszabályokat is előírányoz. Pl. a

quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou l'ordre public.). Ld. pl. Code civil (Redaction: Guy *Venandet*, Pascal *Ancel*, Xavier *Henry*, Alice *Tisserand - Martin*, Georges *Wiederkehr*, Pascale *Guiomard*), Dalloz, Paris, 115. édition, 2016, 1419., 1429. oldal; Ambroise *Colin* et Henri *Capitant*, *Traité de droit civil*, tome II, *Obligations, théorie générale*, Paris, Dalloz, 1959, 402. oldal és a köv. (*Cause des obligations*).

¹² Ld. Henri *Capitant*, *De la cause des obligations*, Paris, 1923, 3. kiadás, Paris, 1930. Ld. továbbá: Louis *Lucas*, *Volonté et cause*, Dijon, 1933; *Motta*, *La causa delle obbligazioni nel diritto italiano*, Turin, 1929; Dorat de *Mondts*, *La cause immorale*, thèse, Paris, 1956.

¹³ Ld. *Maqueron*, *L'histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations en Droit romain*, thèse, Paris, 1923; *Chevrier*, *Histoire de la cause*, thèse, Paris, 1929.

¹⁴ Ld. a Ptk. 4:1. paragrafusát.

¹⁵ Ld. a Ptk. 4:2. paragrafusának (1)-(4) bekezdéseit.

¹⁶ Ld. a Ptk. 4: 3. paragrafusát.

¹⁷ Ld. a Ptk. 4:4. paragrafusát.

házastársak egyenrangúságának elvét, többek között, a házastársi személyi, vagyoni, névviselési jog is alá támasztja.¹⁸

A polgári jogi kódexek, így a magyar Ptk. is, gyakorta utalnak olyan jogszabályokra, amely *nem az állami jogalkotói tevékenységből* erednek. Ilyenek pl. a kereskedelmi (vállalkozói) jogban fogant autonóm jogszabályok, pl. a jogi személyek és a vállalkozók *alapszabályai*,¹⁹ vagy az írott, vagy íratlan *üzleti szokások*, azaz szokványok,²⁰ továbbá a vállalkozások által egyoldalúan megfogalmazott *általános üzletkötési feltételek*.²¹ A polgári jog szabályainak nagy része diszpozitív (megengedő), úgyhogy a törvény (Ptk.), a szerződési szabadság kereteiben, lehetővé teszi a felek szerződése, tehát egyedi jogi aktus útján történő törvénytől *eltérő* szabályozást. Azzal, hogy ez a feleket, mint „saját törvényt”, egyformán kötelezi, mint a törvényi jogszabály. (Pacta sunt servanda elve). A törvény által nyújtott szabályok csak akkor érvényesülnek, ha a szerződés nem szól másként. Ha a szerződés másként nem rendelkezik, az előzetesen diszpozitívnek minősülő jogszabály kötelezővé válik. (Ún. szupletórius alkalmazása a törvénynek). Ezekben az autonóm jogszabályokban is elő fordulhatnak generálklauzulák (pl. üzleti jószokások). Minden esetre, az autonóm jogszabályok azzal a feltétellel alkalmazhatók, ha a törvény kifejezetten utal rájuk, továbbá a törvény (Ptk.) fényében és mércéi szerint alkalmazhatók.

Az általános fogalmak pontosítására a polgári jogi jogalkotásban sorra kerülhet az ún. *kódexen kívüli törvényekben* (Sondergesetze) is. Ez így van pl. a Ptk. és az Mt. (Munka törvénykönyve) kapcsolata esetében, amikor az („általános jellegű”) Ptk.-ba foglalt szerződési rendelkezések elvi szinten meghirdetik a formamentességet, azaz a *szóbeliség* elvét.²² Ezzel szemben, az Mt. munkaszerződésre vonatkozó speciális rendelkezéseket tartalmaz. Pl. előírja, hogy a munkaszerződés csak kötelező írásbeli alaki kellék tiszteletben tartása révén (*formakényszer*) jöhet létre és tartalma tekintetében pedig előírja e *szerződés kötelező elemeit*.²³ Így a „különtörvény” azaz a kódexen kívüli törvény rendelkezései „felülírják” az általános törvény rendelkezéseit (lex specialis derogat legi generali). Ez esetünkben azt jelenti, hogy a Ptk.-ban meghirdetett szóbeliségi elvet derogálja („lerontja”) a kódexen kívüli törvény (Mt.) azon rendelkezései, amelyek munkaszerződésre nézve kötelező alaki kellékként megkövetelik a szerződés írásbeli alakszerűségét (formalizmus elve).

(d) Voltak és vannak olyan álláspontok is, amelyek szerint, a jogbiztonság miatt, a *jogelveknek magában a törvényben kell, hogy közelebbi meghatározást nyerjenek*. Ez a szabályozási módszer kifejezésre jutott a német doktrínában (Begriffsjurisprudenz).²⁴ Az

¹⁸ Ld. a Ptk. 4:24-4:26; 4:27-4:28; 4:34; 4:34-4:85.paragrafusait.

¹⁹ Ld. a jogi személyekre nézve, általában érvényesülő létesítő okiratra vonatkozó rendelkezést (Ptk. 3:5), valamint a gazdasági társaságok létesítéséről és működéséről szóló alapszabályokra utaló Ptk. - rendelkezést (Ptk. 3:94. paragrafusa: a gazdasági társaság létesítő okirata).

²⁰ Ld a Ptk. 6:63. paragrafusának (5) bekezdését, mely szerint:”A *szerződés tartalmává válik minden szokás*, amelynek tartalmában a felek korábbi üzleti kapcsolatukban megegyeztek, és minden *gyakorlat*, amelyet egymás között kialakítottak. A szerződés tartalmává válik minden, az adott üzletágban a hasonló szerződés alanyai által széles körben ismert és rendszeresen alkalmazott szokás, kivéve, ha annak alkalmazása *felek között - korábbi kapcsolatukra is figyelemmel – indokolatlan volna*.

²¹ Ld. a Ptk. 6.77. paragrafusát. A Ptk. 6:78. paragrafusának (1) bekezdése előírja, hogy a szerződési feltétel részévé válik a szerződésnek, feltéve, hogy a másik fél a feltétel tartalmát a szerződéskötés előtt megismerte.

²² Ld. Ptk. 6: 63, paragrafusának (1) bekezdését és 6:70. paragrafusának (1) - (3) bekezdéseit.

²³ Ld. a munka törvénykönyvéről szóló 2012. évi I. törvény (Mt.) 42, 43, és 44. paragrafusait.

²⁴ Ld. pl. *Heck*, Philip, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932; Walter *Wilhelm*, Zur juristische Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main, Klosterman, 1958, Franz *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien/New York, Springer Verlag, 1982; Karl *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Diss. I. Auflage, 1930.

angolszász jogban, habár ez akár napjainkig is főszabályként precedensjog (bírói jog), ha törvényalkotáásra mégis sor kerül, maga a törvény szabja meg, a törvényben használt kifejezések pontos jelentéstartalmát. Ezt a pontosítási kísérlet-módszert átvette az európai közösségi jog is (aquis communautaire, fr.), mind a rendeleti (Verordnungen, n. - közvetlen tagállami alkalmazás), mind az irányelvi (Richtlinien, n. – célnormák, a belső jog kiinduló pontjaiként) típusú szabályozás eseteiben is. Mindkét esetben a törvényben használt fogalmak közelebbi jelentéstartalmát, legtöbbször a törvény bevezető rendelkezései szabják meg, definíciók (fogalom-meghatározások) útján. Ez a módszer a magyar törvényi szabályozásban is kifejezésre jutott, különösképpen azokon a területeken (pl. környezetvédelmi jog, fogyasztóvédelem, termékfelelősség, stb.) amelyek részben a közösségi, részben a nemzeti jogot érintik. Ez a szabályozási módszer, mely a törvényben használt kifejezések közelebbi jelentéstartalmát definíciók útján szabja meg. Ezek főszabályként csak az illető törvény által használt terminus technicusainak jelentésére vonatkozik, nem használható fel más törvényben megjelenő azonos kifejezés értelmezésére.

(e) A következő elmélet szerint a jogelvek a *jogalkalmazói jogértelmezés* útján nyerhetnek pontosítást. Eközben a jogalkalmazó követi a *jogértelmezés általánosan elfogadott módszereit* (kiterjesztő, v. külterjes, belterjes, nyelvi, logikai, szisztematikus, Európa-konform²⁵ stb.). A tételes magyar jogban a Kúria hozhat *kötelező jogegységi határozatokat*.²⁶ Ezek kötelezik az alsófokú bíróságokat. Ezeknek az álláspontoknak meghozatalára akkor kerül sor, ha ugyanazt a jogintézményt, akár jogelvvel kapcsolatosan, az alsófokú bíróságok, azonos tényállásra nézve, egymástól eltérően alkalmazzák. Ezek az álláspontok azonban, úgy tűnik, jogi természetük szerint, nem precedensek (nem képeznek bírói jogalkotást, úgy mint a hagyományos magyar curialis jogban), hanem csupán a *helyes jogértelmezés* útján, az egységes jogalkalmazást szolgálják.²⁷ Vannak azonban ettől eltérő álláspontok is a magyar jogelméletben. Ezek szerint a bíróság, különösképpen a legfelsőbb (a Kúria), a tág jelentéstartalmú jogszabályoknak, a jogfejlődés során kialakult, újabb jogfelfogás szerinti értelmezését nyújthatja. Közvetetten, jogszabályalkotás útján. Ez azonban de lege lata vitatható, ha a strict hatalomági megosztás és a hatalomági keveredés tilalmának követelményét (amit a magyar Alaptörvény elfogad) vesszük figyelembe: ennek értelmében a bíróság csupán a jogalkalmazói, az Országgyűlés csak a jogalkotói, a közigazgatás pedig csupán a törvények végrehajtói hatalmát gyakorolhatja. Hozzá fűzhető, hogy már az 1869. évi, bírói hatalomról szóló IV. törvényünk is, 1. paragrafusában, meghirdeti a bíróságok függetlenségét, olyan értelemben, hogy a bíróságok a jogalkalmazás során csak a törvényhez, és a bevett szokásokhoz kötöttek, más hatalomági befolyását kötelesek megtagadni.²⁸ A hatályos

²⁵ Ld. pl, Karl *Riesenhuber* (Hrsg.) *Europäische Methodenlehre, Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts, De Gruyter Recht, Berlin, 2006*, ebben: Christine *Windblicher/Kaspar Krolow*, *Europäisches Gesellschaftsrecht, Sonderdruck, 357-386. oldal.*

²⁶ Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 25. cikk, (2) bekezdés, második mondat: „A rendes bírósági szervezet legfőbb szerve a Kúria, amely (...), a rendes bíróságokra *kötelező jogegységi határozatokat* hozhat.” (Op. cit., 30. oldal).

²⁷ Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 25. cikk, (2) bekezdés, első mondat, mely szerint a Kúria biztosítja a rendes *bíróságok jogalkalmazásának egységét*. (Op. cit., 30. oldal).

²⁸ Ld. 1869. évi IV. törvénycikk a bírói hatalom gyakorlásáról (szentesítést nyert 1869. évi július hó 14.-én, kihirdette az Országgyűlés mindkét házában 1869. év július hó 15.-én). Ld. pl., dr. *Peres Zsuzsanna*, dr. *Bagossyiné dr. Körvélyesi Mária* (szerk.), Bevezető, dr. *Handó Tünde*: *Bírák vagyunk, Az 1869. évi IV. törvénycikk a bírói hatalom gyakorlásáról, Osztályos Bírói Hivatal, Budapest, 2019.* E törvény 1 paragrafusa szerint: „Az igazságszolgáltatás a közigazgatástól elkülönítettik. Sem a közigazgatási sem a bírói *hatóságok egymás hatáskörébe nem avatkozhatnak.*” (Op. cit., 7. oldal.). Ugyanezen törvény 19. paragrafusa értelmében:“(1) A bíró a *törvények*, a törvény alapján keletkezett és kihirdetett *rendeletek* s a *törvényerejű szokás* szerint tartozik eljárni és ítélni (2) A rendesen kihirdetett törvények érvényét kétség nem veheti, de a *rendeletek* törvényessége felett egyes jogesetekben a bíró ítélt.” (Op. cit.,

magyar Alaptörvény pedig tiltja más hatalmi ágak által, a bíróságra gyakorolt hatást, befolyást, vagyis a bíróság utasíthatóságát.²⁹ Ezek szerint a mai magyar jogban a *bíróságok nem jogalkotók, kizárólag igazságszolgáltatási tevékenységet végeznek*.³⁰ A magyar hatályos alkotmányjogban a hatalomágak egymástól el vannak választva,³¹ s ennél fogva (is) Magyarország jogállam.³² A törvények meghozatala kizárólag az Országgyűlés hatáskörébe³³ a jogalkalmazás pedig kizárólag a bíróságokra tartozik. Ami természetesen, nem zárja ki a bírói „kreativitást”, a jog „mélyítését”, a jogértelmezés útján, ellenkezőleg. E jogértelmezési kreativitás azonban nem haladhat túl a törvényi jogszabály objektív jelentéstartalmán, nem tekinthető jogalkotásnak. Van ugyan egy e kreativitást alátámasztó olyan találó álláspont is, mely szerint a törvényi jogszabály csak a bírói szentencia, azaz szubsumpció útján kel életre. A törvénynek a szavát és szellemét, a törvény keretében, a bírói jogértelmezés szabja meg. Ám ez esetben is, a bíró a jogszabályt csupán értelmezi. Ily módon a jogszabály szószerinti és rendeltetési jelentéséhez kötött és új, törvényi jogszabályon túlmenő jogszabályt nem alkothat.

(f) A polgári jogban generálklauzuláknak minősülnek pl. a *jóhiszeműség és tisztesség* (Treu und Glauben³⁴), a *tövénykerülés tilalmának* (agere in fraudem legis)³⁵, a felek egyenrangúságának, v. *mellérendelésének*³⁶, a *jóerkölcs*³⁷ (die gute Sitten, n., bon moers, fr., m.) tiszteletben tartásának követelménye, elve. Egyéb rendelkezések hiányában, ezeknek a pontos normatív jelentéstartalma, rendeltetése, alkalmazási köre és módja, az idők során, mind a tudományban, mind a precedensértékű bírói gyakorlatban „derült ki”. Pl. a jogtudományban általánosan elfogadott

11. oldal).

²⁹ Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 20. oldal, 26. cikk, (2) bekezdés: „A bírák függetlenek és csak a törvénynek vannak alárendelve, ítélkezési tevékenységükben nem utasíthatók.”

³⁰ Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 30. oldal, 25. cikk, (1) bekezdés, első mondat: „A bíróságok igazságszolgáltatási tevékenységet látnak el.” (Tehát nem alkothatnak jogot).

³¹ Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 8. oldal, Alapvetés, C) cikkének (1) bekezdését: „A magyar állam működése a hatalom megosztásának elvén alapszik.”

³² Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 8. oldal, B) cikkének (1) bekezdését: „Magyarország független, demokratikus jogállam”.

³³ Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 20. oldal, 1. cikk, (2) bekezdés a), b) albekezdés: „(1) Magyarország legfőbb népképviselői szerve az Országgyűlés. (2) Az Országgyűlés a) megalkotja és módosítja Magyarország Alaptörvényét; b) törvényeket alkot. (...)”

³⁴ Ld. a magyar jogelméletben *Földi András*, A jóhiszeműség és a tisztesség elve, Publicationes Instituti Iuris Romani Budapestiensis, Budapest, 2001, 75. Ld. a Ptk. 1:3. paragrafusát. Ld. a német BGB 242. paragrafusát mely szerint a kötelezett szolgáltatását úgy kell teljesítenie, ahogyan ezt a jóhiszemű és a jogforgalomban elfogadott szokások megkövetelik. A kommentárirodalom szerint itt egy generálklauzúról van szó, mely egyben két generálklauzúrát tartalmaz: a jóhiszemű és a jogforgalmi szokásokat. *Prütting, Wegen, Weinreich*, BGB Kommentar, Luchterhand, 2007, 343. oldal I-II. A BGB azonban számos egyéb rendelkezést tartalmaz, mely külön tényállásokra vonatkozóan hivatkozik a jóhiszemű tiszteletben tartásának követelményére. Így pl. említhető a 275. paragrafusának 2. bekezdése, mely szerint a kötelezett megtagadhatja a teljesítést, ha a kötelelem tartalmára és a jóhiszeműre (Gebote von Treu und Glauben) tekintettel, a teljesítés a kötelezetre nézve súlyos aránytalanságban állna a hitelező szolgáltatásával. Ld. *Prütting, Wegen, Weinreich*, BGB Kommentar, Luchterhand, 2007. 418. oldal és a köv. Továbbá, a BGB 157. paragrafusa értelmében, a szerződéseket úgy kell értelmezni, ahogyan ezt a jóhiszemű (Treu und Glauben) és a jogforgalomban bevett szokások (Verkehrssitten) megkövetelik. *Prütting, stb*, BGB Kommentar, op. cit. 200. oldal, és köv. A kommentárirodalom utal a Treu und Glauben alkalmazásának korlátaira is. Ez főként arra az esetre vonatkozik, ha a törvény vagy a felek rendelkezése hiányos, továbbá akkor, ha a felek a jogszabályok rendeltetésével visszaélő magatartást tanúsítanak. Ily módon a jóhiszeműnek korrekatív, normakiegészítő és jogszabályértelmezési funkciója van. (*Prütting, stb. op. cit.*, 346. oldal).

³⁵ Ld. a magyar Ptk. 1:5. paragrafusát.

³⁶ Ld. a Ptk. 1:1. paragrafusát.

³⁷ Ld. a Ptk. 6:96. paragrafusát.

álláspont szerint törvénykerülésre csak a kényszerítő (imperatív) jogszabályok esetében kerülhet sor. A megengedő (diszpozitív) jogszabályt „kerülő” pontosabban az ettől eltérő egyedi jogi aktus, pl. szerződés, nem a törvénykerülés, hanem a szerződéskötési szabadság „része”. A jóerkölcs szintagmája a szerződéskötési szabadság felső határát jelenti, s így nemcsak a konkrétan tiltott szerződés, hanem a vele, e jogelvvvel ellentétesen megkötött szerződés is semmis. A szerződés semmis, ha ellentétes az általánosan elfogadott erkölcsi szabályokkal,³⁸ továbbá, ha a szerződés sérti a joggal oltalmazott személyiségi jogokat és egyáltalában a közérdeket.

(g) A *jogtudomány* álláspontja *segíti* a jogalkalmazásban a *jogértelmezést*, de *nem tekinthető jogforrásnak*. Volt ugyan egy kivétel, a *svájci* jogban. Ebben, a római jogi hagyomány mintájára, a „nem élő jogtudósok szenátusa” responsáinak³⁹ figyelembevételét, modelljét illetően. Egy időben, a ZGB (svájci Polgári Törvénykönyv) meghozatala előtt, a svájci bírói gyakorlat a jogtudomány álláspontját egyfajta jogforrásnak tartotta, különösképpen azokban az esetekben, ha joghézag támadt. Ez a jogforráselmélet érvényesült mindaddig, amíg a Polgári Törvénykönyv (ZGB) meghozatalára sor nem került (1907). A kötelmi jog (OR- Obligationenrecht, Kt.- Kötelmi törvénykönyv, 1883, módosítások: 1911) kodifikálására, ezt jóval megelőzően, 1883-ban került sor. A ZGB meghozatala után sor került a Kt. 1911.-es évi reformjára. Ezek után a Kt. szerves részét képezte a Polgári Törvénykönyvnek úgy, mint ennek V. könyve. Így, együtt, „lefedték” a teljes magánjogot, a szabályozás többé (elvben) nem mutatott joghézagot, a tudományos állásfoglalások nem képezték többé a jogforrási rendszer részét.⁴⁰ Tételes jogi szempontból tehát, a bíróságot elsősorban a törvényi definíció, azaz pontosítás, ha ilyen van, kötelezi. Ám, de lege ferenda, a jogértelmezésnél, akár de lege lata, érveinél fogva, fontos, megkerülhetetlen szerepe van a jogtudománynak.

h) *Tág jelentéstartalma miatt a generálklauzula szabályozási képessége csökken*. Azoknak, akik tagadják a generálklauzulák normatív jellegét, vannak olyan érvei is, melyek szerint, függetlenül attól, hogy van-e szankciójuk, e rendelkezések tág jelentéstartalmuk miatt elveszítik szabályozási „képességüket”. Véleményük szerint a jogszabály szabályozási képessége annak arányában csökken, minél általánosabb és annak arányában növekszik, mennyire egyedi, konkrét.

i) *A generálklauzulák normatív jelentéstartalma az idők során változhat*.⁴¹ A következő elmélet szerint a generálklauzulák alkalmazása azért is bizonytalan lehet, mert jelentéstartalmuk az idő múlásával változhat. Olyannyira, hogy az eredeti tilalom, első látásra meg nem engedhető túl

³⁸ Nem minden erkölcsi szabály része (az államilag kikényszeríthető) jognak. Az erkölcsi szabályokból jogilag oltalmazottá csupán az a norma válhat, amelyet az állami szabályozás felvett és pontosított. De a jogszabályalkotásnál figyelembe kell venni, hogy az ekölcs a jog minimuma, abban az értelemben is, hogy jog erkölcsi eredetű és a jogi tartalmat nyert alapelvekből kiindulva kell értelmezni és alkalmazni. Ld., Georg *Jellinek*, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Wien, 1878,1908. V. ö.: *Földi András és Hamza Gábor*, A római jog története és intéstitúciói, Eszterházy Károly Egyetem Oktatáskutató és Fejlesztő Intézet, Budapest, 2016. - a jog erkölcsi megalapozottsága, 29. oldal, 80. széljegyzet.

³⁹ V.ö.: *Földi András és Hamza Gábor*, A római jog története és intéstitúciói, Eszterházy Károly Egyetem Oktatáskutató és Fejlesztő Intézet, Budapest, 2018, (A jogtudomány, iurisprudentia), 84-91. oldal, különösképpen 90. oldal, 306 széljegyzet (Gaius, Papinianus, Paulus, Ulpianus és Modestinus). A szerzők utalnak arra, hogy Iustinianus Institutiones c. törvényében Gaius tankönyvének szerkezetét teljes egészében, szövegét pedig részben átveszi. (Op. cit. 90. oldal, 307. széljegyzet). Hozzáfűzhető, hogy a jogtudomány jogalkotási hozzájárulása nélkül, különösképpen a tartósságot, teljességet igénylő kódexek megalkotása esetében, szinte el sem képzelhető, a modern jogalkotásban is.

⁴⁰ Vö. Theo *Guhl*, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, bearbeitet von Alfred *Koller*, Anton K. *Schnyder*, Jean Nicolas *Druey*, Schulthess, Zürich, 2000. A kereskedelmi (vállalkozói) jogban azonban, megmaradt a kereskedelmi szokványok joghézagpótló szerepe, op. cit, 6. oldal, 18. széljegyzet.

⁴¹Ld. *Szalma* József, A jog változó és változatlan jegyei – Pickler Gyula elméletének fényében, mai szemmel, Valóság, Budapest, 2017/5. szám, 96-108. oldal. Ibid, A jog változó és változatlan jegyei, Glossa Iuridica, KRE ÁJK, V. évfolyam, 3-4. szám, 2018, 9-27. oldal. (Kiegészített szöveg).

extenzív (külterjes) értelmezés útján akár engedéllyé alakult át. Ez azért fordulhat elő, mert az általános tilalakkal kapcsolatban megváltozhat a helyes jog értelmében vett köz- vagy jogfelfogás. Csupán egy példa szolgáljon erre, az OÁPtk.-ból (Osztrák Általános Ptk, 1811). Az eredeti szöveg tiltotta a házasságközvetítő szerződést, mert a jogalkotó szerint ez korlátozza a felek szabad akaratát. A törvényhozó a közvetítés tiltásával ki akarta iktatni a törvénykönyv meghozatala előtt bevett szokást, mely szerint a közvetítő „rábírhatta” a jegyeseket a házasság megkötésére, akaraton kívül. A XIX. század második felének végétől és a XX. század során kialakuló legfelsőbb bírósági gyakorlat, a (figyelembe véve, hogy a „gyorsuló élet” közepette, szükségessé vált a modern, szakmai alapozású házasságközvetítés intézménye) már csak akkor tartotta semmisnek a házasságközvetítői szerződést, ha ez eredménykötelem (Ergebnisobligation). A házasságközvetítői szerződés a Bundesgerichtshof értelmezése szerint, csak akkor semmis, ha a közvetítő olyan kötelezettséget vállalt, hogy a feleket mindenáron „rábírja” a házasságkötésre. Amennyiben azonban a közvetítő szerződési kötelezettsége csupán eszközkötelemnek (Mittelobligation, n., obligation moiye, fr.) minősíthető, akkor érvényes. Más szóval, ha a közvetítő csupán azt vállalja, hogy a feleket kapcsolatba hozza, azonban a felek szabad akaratára bízva a házasság megkötését illető döntést, a közvetítői szerződés érvényes. Az OÁPtk. változtatása nélkül a jogfejlődés, a jogfelfogás-változás, pontosította a tilalmi és engedélyezési jelentést. Időközben, újabban, a XX. század végén a családi jogi részbe beiktatott módosítás, egyes korábbi rendelkezések törlésével, az OÁPtk. inkább változtatott a házasságkötés szabályain, többek között, mellőzve a házasságközvetítés korábbi szabályait. Szükségtelennek mutatkozott a „nemnek” „igenné” való extenzív, külterjes jogértelmezés útján történő „módosítása”. Vagyis, a törvény változásra „kényszerült.” Így az OÁPtk. 44. hatályos paragrafusa értelmében, a családi jogi kapcsolat a házassági szerződés útján jön létre, a jegyesek szabad, közvetlen, befolyásmentes akaratnyilvánítása útján. A házasságközvetítői szerződés, mint eszközkötelem, továbbra sem kizárt. A házasság tehát ezek után, az OÁPtk. szavaival, nem más mint „két felnőttkorú, különböző nemű személy között szerződés megkötése útján jön létre, mely által, a törvénnyel összhangban, egyetértően kijelentik, hogy tartós életközösségre lépnek, gyermekeik nevelését vállalják, kölcsönösen segítve egymást.”⁴²

1.2. A generálklauzulák normatív jellegét elfogadó elméletek.

a) *A generálklauzulákat az őket feldolgozó, diszpozícióikat pontosító és szankciót is tartalmazó jogintézmények fényében lehet alkalmazni.* Vannak olyan elméletek is, amelyek szerint a generálklauzulák, mint jogelvek, normatív, szabályozási jellegűek, ha az ún. szisztematikus értelmezés útján kapcsolatba hozzuk más egyedi jogszabályokkal. Ugyanis, a generálklauzulák, habár rendszerinti jogforrási „megjelenési” helyükön (pl. az Alaptörvény célkitűzései, egyes kódex jellegű törvénykönyvek alapelvei, pl. Ptk, Btk.) ugyan nem tartalmazzak szankciót, de a törvények „mélyén”, őket „feldolgozó”, pontosító részeikben, az alapelveket érintő jogintézményben, vagy akár több jogintézményben, jogintézményi (tényállási) pontosítással, tartalmazzák a szankciókat is. Nem kötelező, hogy a szankció ott legyen, ahol a diszpozíció van. Példa erre az új Ptk. bevezető rendelkezésében kifejezett alapelv, mely szerint a polgári jogi kapcsolatokban (pl. szerződés, károkozás) a felek mellérendeltek (egyenrangúak), függetlenül

⁴² Ld. Franz Mohr, Arthur Weilingner, Heinrich Stummvoll, Helmut Fuchs, Oskar Maleczky (szerk.), Kiadó: Werner Doralt, szerk. Anica Doralt, Kodex des österreichischen Rechts, Justitzgesetze, ABGB, UBGB, ZPO, STGB mit Nebengesetzen, LexisNexis, ARD ORAC GmbH Wien, Druck: Prime Rate, GmbH Budapest, 2014/15, 22. oldal.

attól, hogy egyfelől a magánjog alanyai, a természetes, vagy jogi személyek, másfelől a közjog alanyai (pl. állam, vagy jogalanyisággal rendelkező szervei, önkormányzatok, köztisztviselők). Ennek (a mellérendelési elvnek) megsértéséből következik a szankció, amit a Ptk. majd csak az elveket követő normatív részében irányoz elő. Ez nem más, mint a közigazgatási, bírói, végrehajtói, ügyészi, közjegyzői jogkörben okozott károkért való felelősségről szóló rendelkezés.⁴³ E szerint (az egyébként, más, nem polgári jogi jellegű jogviszonytípusban „felérendelt” helyzetű állam, avagy derivált szerve) éppen úgy felelős a jogellenesen okozott károkért, mintha ezeket természetes személy okozta volna. Tehát az „alapelvek” csak látszólagosan csonka szabályok, a pótlás a szankció tekintetében az alapelveket „feldolgozó”, konkretizáló, azaz a jogintézmények szintjén előirányzott jogkövetkezményekben nyilvánul meg.

b) *A feldolgozó, részletező jogintézmény hiányában a generálklauzulák közvetlen alkalmazása főszabályként kizárt.* A polgári jogban általánosan elfogadott elmélet szerint, a generálklauzulák közvetlen alkalmazása, ha hiányzik az őket, a konkrét tényállást pontosító, „feldolgozó” jogintézmény (ha tehát beáll a joghézag jelensége), „veszélyes”, mert a jogbiztonságot, a jogkövetést kétségbe vonhatja, széleskörű, túl általános jelentéstartalmuk miatt.⁴⁴ Kissé sarkítva és példászerűen, szimbolikusan kifejezve, ha a generálklauzula tartalma a „szín” lenne, közelebbi pontosítás nélkül, akkor ebbe egyaránt bele férne a „fekete és a fehér”, vagy bármely más szín. Ha azonban volna jogintézményi pontosítás, pl. „világos szín” akkor a fekete szín ebbe egyértelműen nem tartozna bele. A konkrét jogszabályok, jogintézmények minden szabályozási minuciózus (részletezés iránt fogékony) igyekezet mellett, előfordulóan joghézagot mutatnak, mert az adott tényállás sajátos voltára nézve, nem „szubsumálhatók” a törvényben előirányzott intézmények, jogintézmények.

Werner Flume (Flucht in Generalklausel) joggal utalt arra, hogy a generálklauzulák közvetlen alkalmazása komoly jogbizonytalanságot idézhet elő.⁴⁵ A jogrendszer nem állhat csak generálklauzulákból, mert ez a jogalkalmazásban bizonytalanná tenné a jogértelmezést, és szinte lehetetlenné tenné a jogkövetést. A jogrendszer, melynek célja, hogy jogbiztonságot nyújtson, azáltal teszi lehetővé a jogkövetést, hogy az általános és különleges (részletező) jogszabályok harmonikus összhangját nyújtja. A jogrendszer nem nélkülözheti tehát sem az általános sem a részletező, egyedi jogszabályokat. Hiányosságaik miatt, feltevődik a kérdés, kellenek-e a generálklauzulák.

II. Szükségesek-e a generálklauzulák, vagy csupán a konkrét jogszabályoknak van helyük?

1. A generálklauzulák szükségesek, azonban vitatott a rendeltetésük, alkalmazási területük és módjuk, továbbá korlátozásuk mércéi tekintetében. Habár a generálklauzulák normatív jellegüknél fogva túl általánosak és ezáltal jogbizonytalanságot okozhatnak, abban a tekintetben, mi a megengedett, mi a tilos, van-e, vagy nincs megsértésük esetére szóló szankció, mégis

⁴³ Ld., a Ptk. 6:548, 6:549. paragrafusait (felelősség közhatalmi, azaz közigazgatási, bírósági, ügyészségi, közjegyzői és végrehajtói jogkörben okozott kárért), pl. in: Polgári Törvénykönyv. HVG/ORAC, Novissima Kiadó, Budapest, 2018, 217. oldal.

⁴⁴ Ld., vö.: *Karácsony* András, *Jogfilozófia és társadalomelmélet*, Budapest, Pallas Stúdió/Attraktor Kft., 2000, 56-58. oldal; *Rüthers*, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung*, Heidelberg, Müller Verlag, 191, 147. oldal; *Teubner*, G., *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt am Main, Atheneum Verlag, 1970.

⁴⁵ Ld. *Flume*, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts*, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Springer Verlag, Bd. II, *Das Rechtsgeschäft*, 1965, *ibid*, *Das Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Deutsche Juristentage, Bd. I, 1960.

nélkülözhetetlenek. Ám, rendeltetésük szerint, közvetlen alkalmazásuk pontosító jogszabály hiányában, a polgári jogi doktrína általánosan elismert véleménye szerint nem ajánlatos, vagy legalábbis korlátozott.

2. A generálklauzulák és az alapelvek irányadásként szolgálnak a törvényhozónak. A generálklauzuláknak van olyan rendeltetése, mely szerint, többek között, a törvényhozónak adnak irányt (pl. a hatályos magyar jogban az Alaptörvény folytatásaiként, az ún. sarkalatos törvények, de az egyszerű törvények tekintetében is). Maguk a kódexek is, tartalmazhatnak alapelveket, amelyek érvényesek a kódex által szabályozott összes jogviszonyra nézve, de olyan elveket is, amelyek csupán a benne szabályozott sajátos jogrétegekre nézve mérvadóak. Korlátozott mértékben, az egyes jogágak mentén, vagy ezen belül megalkotott alapelvek révén, a jogértelmezés szempontjából, irányadóak lehetnek (pl. a szisztematikus értelmezésnél). A szisztematikus (rendszerző – systematische Auslegung) értelmezés figyelembe veszi az egyes jogintézményeknek a törvény rendszerében elfoglalt helyét, tehát a normakörnyezetet, az illető jogszabály kapcsolatát a többi jogszabállyal.

3. A minuciózus, v. kazuisztikus (részletező, eseti) szabályozás kedvez a joghézag keletkezésének. Egymagában a részletező szabályozás általános, alapelvi rendelkezések hiányában, gyakorta idéz elő joghézagot. A késő középkorban (XVII. században) fogant egyes kódexek, mint pl. a porosz Ptk. 17000 normát tartalmazott, abban az igyekezetben, hogy ily módon minden szabályozandó tényállást felölelhessen. Sikertelenül. A jogalkalmazásban, már „másnapra” kiderült, hogy a részletes, „mindent felölelő” szabályozási törekvés ellenére, joghézag keletkezett. A bíróság előtt olyan tényállás és jogkérdés merült fel, amelyet e kódex „elmulasztott” szabályozni.

4. A jogelvek joghézagpótló rendeltetése. Vannak olyan vélemények, hogy széleskörű jelentéstartalmuk miatt, a jogelvek egymagukban alkalmasak a joghézag pótlására. A modern, polgári korszakban fogant jogalkotási elmélet szerint azonban egymagukban a jogelvek a joghézag pótlására nem ajánlatosak. Ennek ellenére, szükségesek a „jogelvek”, melyeknek rendeltetése nem annyira az esetleges joghézagok pótlása, hanem főként az, hogy a jogalkotó szabályozási célkitűzéseit megszabják és ezáltal, ezek fényében, hozzájáruljon a jog helyes értelmezéséhez. Ennél fogva nem vonható kétségbe, hogy a generálklauzulák szükségesek, de kérdés, mi az esetleges további rendeltetésük. A jogbiztonság szavatolása céljából elengedhetetlen a generálklauzulák konkrét törvényi rendelkezések és jogintézmények útján történő pontosítása.

5. Az alkotmányosság és törvényesség alapelvi szintagmája. *A törvények alkotmányossága és az ún. történelmi alkotmány „vívmányainak” kérdése.*⁴⁶ *A jogforrások hierarchiája és egyenrangúsága.* Az ún. történelmi alkotmányozás vívmányait,⁴⁷ alapelvi jelentéstartalmát és szükségét illetően, két állásfoglalás alakult ki az újabb magyar jogelméletben. Az egyik szerint, a „vívmányoknak”, tág jelentésénél fogva nincs normatív szerepe, hanem csupán deklaratív jellegű, a másik vélemény szerint, az egyéb, az Alaptörvény normatív részében használt értelemben, normatív jellege van.

⁴⁶ Ld. Szalma József, A történelmi/történeti és a kartális Alkotmány teljességéről és jogalkalmazási kérdéseiről, Jogelméleti Szemle, 2017, 18. évfolyam, 2. szám, 188. oldal. Ibid (uő), A történelmi alkotmány és a sarkalatos törvények, Miskolci Jogi Szemle, 2017/12. szám, 25-38. oldal. Szalma József-Cservák Csaba, A történelmi/történeti alkotmány és értelmezési kérdései az új magyar Alaptörvény fényében, Létünk, Társadalom – Tudomány – Kultúra, Újvidék, 2017/2, szám, 9-34. oldal, abstract: magyar, szerb és angol nyelven, 7., 32-33. oldal.

⁴⁷ Ld. Rixer Ádám, A vívmány teszt, Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2018, Érvek és ellenérvek, 18. oldal és köv. Ld. a szerző által hivatkozott időszéri magyar jogirodalmat.

A *strict alkotmányossági és törvényességi elmélet* szerint, az Alaptörvény a *törvényhozás csúcán* áll, tehát az akár a sarkalatos, akár az „egyszerű” törvényeknek, az Alaptörvénnyel, így ennek a „vívmány” - szintagmájával is összhangban kell lenni.

A másik elmélet szerint a magyar történeti alkotmányozás értelmében, az *Alaptörvény egyenrangú más törvényekkel*. Ami egyfelől azt jelenti, hogy a törvényeknek első sorban egymás mellett állóan, mint egyenrangúaknak, „horizontálisan” kell összhangban lenni. Másfelől, a történelmi alkotmányozás során, az egyszerű törvények is „alkotmányozóvá” válhattak, feltéve, hogy az állam működését érintették. Ebben a tekintetben és ilyen értelemben vannak példák, hiszen nem egy sorsfordulón hozott „egyszerű” törvény vált „sarkalatosná”, alkotmányjogi jellegűvé (mint pl. az 1848. évi XV. tv.c.). Ez utóbbi olyan törvény, amely a korábbi hierarchikus (rendi) társadalommal szemben, meghirdette a törvény előtti jogegyenlőséget és a polgári törvénykönyvnek az ezt biztosító meghozatalának szükségességét. A későbbi jogirodalom ezt a törvényt sarkalatosnak, tehát sorsfordulón hozott olyan törvénynek tartotta, amely szinte alkotmányjogivá, a történelmi alkotmány részévé, vele egyenrangúvá vált.

Tehát a jogforrások hierarchiájáról szóló elmélet az összes jogforrásnak az alkotmánnyal, mint a jogforrási rendszer csúcán levő aktussal való összhangját, a jogforrások egyenrangúságáról szóló elmélet a jogforrásoknak, mint egyenértékűeknek, beleértve az Alaptörvényt is egymás közötti (horizontális) összehangoltságát hangsúlyozza. A „vívmány” kérdés esetében, úgy tűnik, egyik teória sem ad egyértelmű választ. Talán inkább arról van szó, hogy ez olyan generálklauzula, amelynek nincs normatív jellege, inkább deklaratív és csupán az Alaptörvény normatív részében, különösképpen az új sarkalatos törvényekre vonatkozó rendelkezések fényében lehetséges értelmezni.

A *rendszerváltás utáni magyar alkotmányjogi jogfejlődés* jelentős, fontos útkereső tendenciákat mutatott fel. Ennek elején, az EU-s *jogharmonizációs* időszakban, az Alkotmánybíróság kiiktatta, mintegy „negatív” *törvényhozóként*, a korábbi rendszerben fogant törvényeket. „Pozitív” *törvényhozóként* (mi legyen a kiiktatott normatartalom helyébe) értelemszerűen és helyesen nem nyilatkozott, hiszen a törvényhozói hatalom az Országgyűlés hatáskörében volt (és ma is van). Az alkotmánybíróság alaptörvénnyel és törvénnyel definiált szerepe ebben a tekintetben (napjainkig), úgy tűnik, lényegében nem változott. Összhangban az általánosan elfogadott európai közösségi normákkal és a magyar jogállamisági hagyományokkal. Az Alkotmánybíróság eredeti szerepe abban volt, hogy a törvények alkotmányossági vizsgálata mellett, az alkotmányjogi panaszok kapcsán, közvetetten bírói, *jogalkalmazói* tevékenységet is ellátott. Felülvizsgálhatta azokat a jogerős bírói határozatokat, amelyek az alkotmánnyal (Alaptörvénnyel) ellentétes törvények alapján jöttek létre. Úgy tűnik, e fejlődésmenet során az Alkotmánybíróság mégsem vált igazán bírósággá, ugyanis itt is, a törvénynek az alkotmányosságát vizsgálja, amelynek alapján a panaszos jogerős bírósági marasztalásban részesült. Az Alkotmánybíróság nem tekinthető bíróságnak, mivel alapvető feladata a törvényeknek az Alkotmánnyal, vagy az Alaptörvénnyel való összhangjának vizsgálata és az alkotmányos panasztól eltekintve, nem az egyéni jogviták eldöntése. Az utóbbi ugyanis a bíróságok „dolga”. A rendszerváltás utáni alkotmányfejlődés során megmaradt az Alkotmánybíróság *előzetes és utólagos kontroll* – funkciója. Az előzetes alkotmányossági kontroll azt jelenti, hogy az Országgyűlés a törvényt, e kontroll céljából, meghozatala előtt nyújtja be az Alkotmánybíróságnak. Az utólagos alkotmányossági kontroll pedig azt jelenti, hogy az alkotmányossági kontroll a törvény kihirdetését követően valósítható meg az Alkotmánybíróság előtt.

A 2011. évi CLI. Alkotmánybírósági törvény változott az utólagos kontroll tekintetében, ha ez alatt az alkotmányjogi panaszt is bele értjük, bár úgy tűnik, a kettő, nem ugyanaz. Fogalmilag az alkotmányjogi panasz egyéni kérelmet jelent, olyan értelemben, hogy egy jogerős bírósági ítélet olyan törvényen alapul, ami a panaszos állítása szerint alkotmányellenes. Az utólagos kontroll pedig a felhatalmazott intézmények, vagy akár érdekeltek indítványa egy törvény, vagy törvényi rendelkezés Alaptörvénnyel való összhangjának ellenőrzésére. Fogalmilag tehát, az alkotmányjogi panasz, szemben az utólagos kontrollal, akkor áll fenn, ha a jogerős bírósági döntés olyan törvényen alapul, amely alkotmányellenes. Itt a panaszos, gyakorlatilag a jogerős bírósági döntést, tehát egyedi jogi aktus érvényét kéri számon, azért, mert az ítélet alapjául szolgáló törvény alkotmányellenes. A panaszos a jogerős bírói határozatot azért kívánja az alkotmánybíróság elé tárni, mert szerinte a bírósági döntés alkotmányellenes törvényen alapul. Az ún. utólagos alkotmányossági kontroll célja egy törvény (tehát általános jogi aktus) egészének, vagy részének alkotmányossági vizsgálata, azaz a törvénynek az alkotmánnyal való összhangjának ellenőrzése. Itt nincs bírósági jogerős döntés, aminek kapcsán vizsgálandó a törvény alkotmányossága. Az alkotmányjogi panasz értelmében vett utólagos kontrollt illetően, a változás szerint nem kezdeményezheti bárki érdekelt - *actio popularis* - módján⁴⁸, hanem csupán a Kormány, az Országgyűlési képviselők egynegyede, vagy az alapvető jogok biztosa.⁴⁹ Kérdés, hogy indokolt-e az előzetes kontroll, és maradjon-e a csupán az ún. utólagos kontroll. Az előzetes kontroll, mivel teljesskörű, kimeríti a törvény Alaptörvénnyel való összhangjának ellenőrzését. Ily módon akár fogalmilag is (*ne bis in idem*) kizárja az ún. utólagos kontrollt. A rendszerinti szabályozási gyakorlat, csupán az utólagos kontrollt tartja helyesnek, mely a parlament által meghozott törvényeknek az Alkotmánnyal, azaz Alaptörvénnyel való összhangját majd csak a törvény hatályba lépését követően vizsgálja.

Az ún. *történelmi (vagy történeti) alkotmányozás* fogalma, arról szól, hogy a történelmi alkotmány szabályai nem egyszerre jönnek létre (mint a kartális alkotmány esetében), hanem az idők során meghozott olyan törvények képezik, melyek az állam működési rendjét szabályozzák (*történelmi értelemben vett sarkalatos törvények*). A történelmi Alkotmány nemcsak a magyar, hanem az angolszász jogfejlődésre is egyaránt jellemző. Többek között, egyes vélemények szerint, a történelmi alkotmány elvben kizárja a sorsfordulókon hozott sarkalatos, az alkotmány továbbfejlesztését célzó törvények alkotmányosságának vizsgálatát. Ugyanis a történelmi alkotmány értelmében vett sarkalatos, alkotmányt „továbbgondoló” törvények, nem az alkotmány módosítását, hanem pótlását fémjelzik. Ezek azért nem ütközhetnek a korábbi alkotmánnyal, mert nem is ugyanarról szólnak, mint a korábbi. A történelmi sorsfordulókon meghozott sarkalatos törvények, a korábbi törvényekkel való összhangjának vizsgálata azért zárható ki, mert szabályozási tárgya más, mint a hasonló, azonos jogterületre vonatkozó korábbi törvénynek.

Az új *Alaptörvény értelmében vett sarkalatos törvények*, habár a hatályos Alaptörvény „folytatásaiként”, mélyítéseiként minősíthetőek, alkotmányosságuk vizsgálata, úgy tűnik, előfordulhat, nem zárható ki. Ezek a modern sarkalatos törvények, meghozataluk módja szerint, különböznek az „egyszerű” törvényektől, formailag abban, meghozatalukhoz kétharmados

⁴⁸ Ld. az Alkotmánybíróságról szóló 1989. évi XXII. törvény 48. paragrafusát, mely szerint:” Az alkotmányban biztosított jogainak megsértése miatt alkotmányjogi panasszal fordulhat az alkotmánybírósághoz az, akinek a jogséremlme az alkotmányellenes jogszabály alkalmazása miatt következett be és egyéb jogorvoslati lehetőségeit már kimerítette, illetőleg más jogorvoslati lehetőség nincs számára biztosítva. Az alkotmánybírósági panaszt a jogerős határozat kézbesítésétől számított hatvan napon belül lehet írásban benyújtani.”

⁴⁹ Ld. *Rixer* Ádám (szerk.), Állam és közösség, Válogatott közjogi tanulmányok Magyarország Alaptörvénye tiszteletére, KRE ÁJK, Budapest, 2012. ebben ld.: *Tóth* J. Zoltán, Az alkotmánybírósági egyéni alapjogvédelem eszközei és gyakorlata – egykor és most, Az alkotmányjogi panasz: múlt és jövő, ad 371. oldal, in spe, 374. oldal.

országgyűlési szavazattöbbség szükséges. Szabályozási tárgyukra nézve azonban abban is, hogy az ország-szervezési szabályokon túlmenően, az alapvető jogok mélyítését is jelentik. A hatályos Alaptörvény, amely preambulumban történelmi jellegű, normatív részében pedig jórészt kartális, előírányozza a megalkotott, akár egyszerű, akár a mai értelemben vett sarkalatos, minősített többséggel meghozandó törvényeknek az Alaptörvénnyel való összhangjának vizsgálatát.⁵⁰

III. Lehetséges-e a joghézag – a generálklauzulák fényében

1. Az alkotmányosság és a törvényesség elvének értelmében a törvényeknek egymással és az alkotmánnyal (Alaptörvénnyel, m. Grundgesetz, n.) összhangban kell lenniük. A jogrendszer teljessége és a joghézag létének tagadása melletti érvek. A jogrendszer teljessége és összhangja nélkül nem lenne a szükséges jogi koherencia és a jogszabályok nem alkotnának az összes jogi kapcsolatra érvényes jogrendszert. A jogrendszert egymással összefüggő és egymással összhangban levő szabályok sora képezi. Gyakorta van, hogy akár a törvényhozói hatalomtól eredő jogszabályokon kívül alkotott jogszabályok is a jogrendszer részévé válnak, ha az alaptörvény, vagy az adott törvény utal rájuk. Igaz, a jogirodalom azt az álláspontot támasztja alá, hogy a nem állami, vagy önkormányzati jogszabályokon kívüli szabályok (pl. erkölcsi szabályok, üzleti szokások) csak a törvény által megszabott keretekben és mércék alapján alkalmazhatóak. Ha elméletileg abból indulunk ki, hogy a jogrendszer kiterjed az összes szabályozandó kapcsolatra és mindegyik jogágára (anyagi jog, eljárási jog, közjog, magánjog) kiterjed, akkor elvben és elméletileg a joghézag kizárt.

2. A joghézag kizárása a generálklauzulák miatt. Vannak olyan elméletek, amelyek a joghézagot azért zárják ki, mert a generálklauzulák tág, azaz legáltalánosabb normatív jelentéstartalmuk miatt kiterjedhetnek bármely típusú jogi kapcsolat szabályozására, olyanra is, amely konkrét jogszabály nem szabályoz. Ez azonban (joggal) nem támogatott álláspont. A joghézag ugyanis akkor is beállhat, ha van általános rendelkezés, amely, habár tág jelentéstartalmánál fogva „lefed” a konkrét jogesetet is, hiányzik az elvet konkretizáló norma. Ez azért van, mert egymagában a generálklauzula nem teljes jogszabály.

3. A joghézag kolloquiális fogalma és lehetősége. A joghézag (a régi magyar jogirodalom szerint: jogűr) lehetséges. A joghézag pótlása. Megengedett a polgári jogban, tilos a büntető jogban. Elméletileg, a joghézag akkor áll be, ha adott tényállás sajátosságaira nézve, nem alkalmazható valamely hatályos jogszabály.⁵¹ Tehát a joghézag akkor áll be, amikor bármely jogszabály rendelkező részébe, avagy hipotézisébe foglalt tényállás különbözik a konkrét esetben fennálló tényállástól. A joghézag előfordulása azért lehetséges, mert a generálklauzulák zöme tág jelentéstartalmánál fogva egyedül nem alkalmas adott konkrét, egyedi jogviszony szabályozására, vagy szankcionálására. A generálklauzulák tehát főszabályként nem alkalmasak a joghézag pótlására. Azonban, kivételesen alkalmazhatóak, amennyiben az adott jogelv jogintézményi szinten egy vagy több jogintézmény által differenciáltan szabályoz és szankcionál. Példa erre a polgári jogi méltányosság és egyenrangúsági elv. Ennek az elvnek az operacionalizálását szolgálja a visszterhes szerződések esetében a felén túli sérelem (a szolgáltatások feltűnő értékaránytalansága

⁵⁰ Ld. Alaptörvény, 24. cikk: Az Alkotmánybíróság, pl. in: Magyarország Alaptörvénye, Patrocínium, Budapest, 2019. 29-30. oldal.

⁵¹ Ld. Moór Gyula: A joghézag kérdéséről, 1939, uő., A különböző jogforrások, azok egyensúlya és rangfokozata a magyar jogrendszerben, 1932,

esetén való megtámadás),⁵² az uzsoratilalom (amennyiben az egyik fél vissza él a másik fél szorult helyzetével és magával vonja a szerződés semmisségét),⁵³ a szerződés bírói módosítása a megváltozott körülmények – *clausula rebus sic stantibus*) a tartós szerződés teljesítésének elnehezülése miatt.⁵⁴ Az illető alapelvet az ún. operacionalizáló, vagy részletező jogintézmény pontosítja, a tipikus tényállások szerint, elkülönült szankciókkal (pl. megtámadhatóság, semmisség, a szerződés felbontása vagy módosítása). E jogintézmények szavatolják a visszerthes szerződésekben a kölcsönös szolgáltatások megközelítő arányosságát és ezáltal hozzá járulnak a szerződő felek egyenrangúságához.

A magyar jogfilozófia egyik legkiemelkedőbb művelője, Moór Gyula, hivatkozván Somló Bódogra,⁵⁵ azt az álláspontot képviselte, hogy a *joghézagok kizártak*. Ő ezt azzal támasztotta alá, hogy a jogrendszer logikusan összefüggő egészet alkot. Ebből következik a jogrendszer logikai zártága, a jogon belüli hézagok és ellentmondások tagadásának tétele, valamint a jog alkalmazásának logikai műveletként (szillogizmusként) való felfogása.⁵⁶

A többségi nézet szerint, a joghézag előfordulhat, ha nincs adott tényállás sajátosságaira nézve alkalmazható jogintézmény. Pl. a *polgári jogban* előfordulhat, hogy általános vélemény, bírói meggyőződés, vagy mérlegelés szerint a szerződés méltánytalan, de sajátos tényállására nézve egyetlen jogintézmény sem alkalmazható.⁵⁷ A polgári jog elmélete ilyen esetben a *joghézag pótlására* vagy az ún. *analógiát*, s csak kivételesen, az adott jogágban (pl. polgári jog), vagy ezen belül, ennek egy részére nézve (pl. családi jog) előírányzott *alapelvek* és az őket részletező jogintézmények együttes alkalmazását javasolja, ha ilyenek vannak.⁵⁸ Az analógia, közismerten azt jelenti, hogy a bíróság a tényálláshoz legközelebb álló jogintézményt értelemszerűen alkalmazza. A generálklauzula pedig nem más, mint olyan jogszabály, amely csupán intencionálisan és általánosam, szabályozza mind az adott jogág, mind a jogviszonytípus jellemzői szerint, közvetve, az adott, konkrét jogviszonyt is. Ilyen értelemben valóban nincs joghézag. A belső (jogági, vagy jogág részein belüli) generálklauzula, pl. a jóhiszem, jóerkölcs alkalmazása során a bíróság figyelembe veszi ennek hézagpótlási *korlátait*. A *hiányzó szankció* értelemszerűen következtethető ki. Ha abból indulunk ki, hogy a konkrét kényszerítő jogszabályok megsértése a szerződés semmisségét vonja magával (a magyar Ptk-ban: tilos szerződés), akkor az kényszerítő jellegű generálklauzulával való ellentéte a szerződésnek (pl. a jóhiszem és a jóerkölcs követelménye tekintetében), analóg módon, a szerződés semmisnek tekinthető. Vagyis, a semmisség, mint jogkövetkezmény, a középszintű (ágazati) generálklauzula megsértésénél, analóg módon beáll, ugyanúgy, mint a konkrét jogszabállyal ellentétes tilos szerződésnél. A „belső” generálklauzula, vagy alapelv jelentéstartalma a polgári jogi irodalomban, és a jogalkalmazásban, árnyaltan, árnyalataiban kimunkált.

⁵² Ld. a Ptk. 6: 98. paragrafusát (feltűnő értékaránytalanság).

⁵³ Ld. a Ptk. 6:97. paragrafusát (uzsorás szerződések).

⁵⁴ Ld. a Ptk. 6:192. paragrafusának (1) és (2) bekezdését. (Bírósági szerződésmódosítás).

⁵⁵ Somló Felix, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917; Somló Bódog, *Jogbölcsészet*, Budapest, 1920; második kiadás, 1927. Későbbi kiadások: újranyomva: Aalen, 1973; Somló Bódog, *Jogbölcsészet*, a *Juristische Grundlehre* kivonata, Miskolc, 1995.

⁵⁶ Ld. Moór Gyula: A joghézag kérdéséről, in: Emlékkönyv Kolosváry Bálint jogtanári működésének negyvenedik évfordulójára, Budapest, Grill Károly, 1939, 308-321. oldal. Ld., Szabó Miklós, Jogelmélet és jogszociológia, in: *Jakab András-Menyhárd Attila* (szerk.), *A jog tudománya, tudománytörténeti és tudományelméleti írások*, HVG/ORAC, Budapest, 2015. ad 451, Moór Gyula, ad 472. oldal, in spe, 475. oldal.

⁵⁷ Ld. Szalma József: *A jogtudományok kutatási módszerei* (kutatásmódszertan), Patrocínium, Budapest, 2016. 117-118. oldal.

⁵⁸ Ld. Koziol-Welser, Kletečka, *Bürgerliches R*, Band I., Allgemeiner Teil, Schenrecht, Familienrecht, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2014. 108-119. oldal.

Ha a jogrendszert hipotetikusán, olyan ellentmondás nélküli egységes egésznek tekintjük, amely felöleli az összes jogágot, azaz az összes joggal szabályozandó kapcsolatot, akkor, formailag kizárt a joghézag. Ha azonban ez a hipotézis adott tételes jogban jogi úton megdől, pl. az *alkotmánybíróság döntése* alapján a jogszabály *alkotmányellenesnek* minősül és ezért *kiiktatást nyert a jogrendből, beállt a joghézag*. Ebben az esetben mindaddig, amíg a törvényhozó ugyanazt a jogszabályt, az alkotmánnyal összhangban levő tartalommal, nem pótolja. Ugyanakkor, jogalkalmazási szempontból nézve, a joghézag akkor is fennáll, ha a generálklauzula ugyan értelemszerűen felöleli azt a jogviszonyt is, amelyre hiányzik a generálklauzulát pontosító egyedi jogszabály, amelynek „szűrőjén”, keresztül alkalmazni lehetne a generálklauzula rendeltetését. Ha nincs speciális, pontosító, részletező jogszabály, hiába van generálklauzula, gyakorlatilag „jogúr”, joghézag keletkezett, azért, mert vagy a diszpozíció túl általános, vagy azért mert mögötte nem található meg a szankció.

A svájci polgári jogi elmélet és a Legfelsőbb Bírósági gyakorlat különösen a *pacta sunt servanda* és a *clausula rebus sic stantibus* elveit figyelembe véve állapította meg a joghézag beálltát. Az első elv (*pacta sunt servanda*) azt jelenti, hogy a szerződő felek kötelesek tiszteletben tartani az általuk egybehangzóan elfogadott tartós szerződést és ezt úgy kell teljesíteni, ahogyan szól, függetlenül a körülmények teljesítésig beálló változásától. A második elv (*clausula rebus sic stantibus*) azonban azt jelenti, hogy ha a különleges, előre nem látható, elháríthatatlan körülmények súlyosan elnehezítenék az egyik fél számára a teljesítést (pl. kötelezett csődhelyzetét idézné elő, vagy a rendszerinti kockázatokon túlmenően a teljesítés súlyos veszteséget okozna), a szerződés bírói közreműködéssel, az érdekelt fél kérelmére, módosítható vagy felbontható. Mivel külön törvényi rendelkezés a *clausula rebus sic stantibus*ról nincs, ezt az intézményt a bíróság a svájci ZGB 2/2 szakaszára hivatkozva fejlesztette ki, ami valójában a *joggal való visszaélést* és nem közvetlenül a megváltozott körülmények miatti egyoldalú, bírói közreműködés útján történő szerződésmódosítást, avagy bontást szabályozza. (Egyébként a *clausula rebus sic stantibus* intézményét, úgy, mint a XX. században meghozott európai Ptk-k zöme, pl. az olasz Ptk., kifejezetten szabályozza az új magyar Ptk. is.⁵⁹) A svájci joggyakorlat tehát a joghézag (megváltozott körülmények által előidézett teljesítési akadály) esetében egy tágabb jelentésű fennálló jogszabályt (*agere in fraudem legis*) kiterjesztve és adaptálva, egyfajta jogi analógia útján pótolta. A svájci elmélet szerint azonban, amennyiben joghézag állna be, olyan értelemben, hogy *hiányosak a szerződési vagy törvényi rendelkezések*, a bíróság feladata az, hogy a *megállapított joghézagot pótolja*, nem utalván a pótlás módjára.⁶⁰

Ismeretes, hogy az általánosan elfogadott *büntetőjogi* tétel miatt (*nullum crimen sine criminae et sine lege*) joggal és okkal kizárt az analógia alkalmazása. A büntetőjogban, továbbá ugyanezen elv miatt, kizárt az általános elveken való pönalizáció (sarkított példával, megbüntethető az, aki rosszat cselekszik) is. A modern büntetőjog, így a hatályos magyar Btk. is, a büntethetőséget csak akkor engedélyezi, ha az adott cselekményt, a Btk., különös részében, pontosan leírva a cselekményt, az elkövetés idején érvényes szabályával kifejezetten tiltotta.⁶¹ A

⁵⁹ Ld. a Ptk. 6:192. paragrafusának (1)-(2) bekezdéseit (Bírósági szerződésmódosítás), pl. in: Polgári Törvénykönyv, HVG/Orac - Novissima Kiadó, Budapest, 2018, 174. oldal.

⁶⁰ Ld., Theo *Guhl*, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, bearbeitet von A. *Koller*, A.K. *Schnyder*, J. N. *Druey*, Schulthess Verlag, Zürich, 2000, 310. oldal, 26. széljegyzet.

⁶¹ Ld. 2012. évi C. törvényt a Büntető Törvénykönyvről, egységes szerkezetben a 2017. április 1. napján hatályba lépő rendelkezésekkel (ld. pl., in: Patrocínium Kiadó, Budapest, 2017., 17. oldal), melynek 1. paragrafusa szerint: „az elkövető büntetőjogi felelősségét csak olyan cselekmény miatt lehet megállapítani, amelyet (...) törvény az elkövetés idején büntetni rendelt.” Ld. Nagy Ferenc, A büntetőjog tudománya, in: *Jakab András, Menyhárd Attila* (szerk.), A jog tudománya, tudománytörténeti és tudományelméleti írások, gyakorlati tanácsokkal, HVG/ORAC, Budapest, 2015.

modern büntető jogi doktrína joggal tagadja mind az analógia, mind a generálklauzulák alkalmazását, azaz csupán ezeken alapuló büntetethez. Ezt megköveteli a jogbiztonság elve. Ha netán a büntetethez körében felmerülne a joghézag, olyan értelemben, hogy az adott cselekmény nincs pönalizálva a Btk.-ban akkor, ez putatív (látszólagos) joghézag lenne. Ugyanis a büntetőjog szempontjából a cselekmény vagy mulasztás megengedettnek számít, ha a Btk. az adott cselekményt, vagy mulasztást, elkövetésének időpontjában, nem tiltja. Tehát, ha nincs pönalizáció, nem is lehetséges a joghézag.

IV. Összegzés

A generálklauzulák (jogelvek, alapelvek, jogi sztenderdek) különleges rétegei a jogrendszernek. Közös nevezőjüként az állapítható meg, hogy jogi jelentéstartalmuk tág, általános, hogy legtöbbször közvetlenül nem tartalmaznak jogkövetkezményt, tehát nem teljes jogszabályok. Am egymástól, rendeltetésüktől, alkalmazási körüktől, jogi természetüktől függően, különbözőek lehetnek. Leggyakrabban imperatív (kényszerítő) jellegűek (pl. a jóhiszeműség és tisztesség követelménye), de kivételesen lehetnek diszpozitív (megengedő) jellegűek is (pl. szerződéskötési szabadság), továbbá deklaratívak (nyilatkozati jellegűek, mint pl. az alkotmányok preambulumai) is. Rendeltetésük többféle lehet: irányadás a törvényhozónak, vagy a konkrét és teljes jogszabályok helyes alkalmazása során jogértelmezési és kivételesen, joghézag esetében, korlátozottan, jogpótlási funkciójuk is lehetséges.

Egymástól megkülönböztethetők a generálklauzulák, attól függően is, hogy értelemszerűen az egész jogrendben egyaránt érvényesíthetőek, mind a köz- mind a magánjog területén, vagy csak egy-egy jogágon belül (pl., polgári jog), vagy csupán az adott jogág egy részében (pl. a családi jog, szerződési, kárfelelősségi, kereskedelmi jog).

Vitatott, hogy a legtágabb jelentésű generálklauzulák miatt, előfordulhat-e a joghézag. Azok az elméletek, amelyek a generálklauzuláknak normatív jelleget tulajdonítanak, tagadják a joghézag előfordulását, mivel a generálklauzulák, tág jelentéstartalmuknál fogva „minden jogviszonyra” kiterjeszhetőek, tehát olyanokra is, amelyek konkrét jogszabállyal, vagy jogintézménnyel nincsenek „lefedve”. A másik álláspont tagadja a generálklauzulák egymagukban történő alkalmazhatóságát. Két alapvető érvelés fogva: az egyik, hogy tág jelentéstartalmuk miatt nem felelnek meg a jogi értelemben vett szabályozási követelményeknek, a másik pedig az, hogy a jogforrásokban elfoglalt megjelenési helyükön csonkák, csak rendelkező részt tartalmaznak és hiányzik a szankció. A harmadik álláspont szerint, amit a szerző is elfogad, a generálklauzulákat az őket részletező jogszabályokkal karöltve, amelyek tartalmazzák a klauzula rendelkező részének konkretizációját, és a vonatkozó szankciót is, közvetett, azaz a konkrét jogintézmény keretében, szűrője által, korlátozott alkalmazást nyerhet. Joghézag esetén egyes jogpótlási módok (pl. analógia) csupán az egyik jogágban (polgári jog) alkalmazhatóak, a másokban (büntetőjog) nem. A csupán minuciózus, kazuisztikus, esetszerű, a céloktól, irányító elvek nélküli szabályozás gyakorta idéz elő joghézagot, nem különben mint a csupán generálklauzulákon nyugvó jog- vagy normarendszer. A szerző véleménye szerint a hatályos magyar jogrendszerre nézve, kizárólagosan, egyik sem jellemző, hiszen ötvözi az elvi és részletező szabályozást.

261. oldaltól, közelebről ennek magyar jogforrási eredetét, a 286. oldalon: 1878. évi V. törvénycikk (Csemegi-Kódex) és a nullum crimen elve. Ld. továbbá, *Korinek László: Bűnözési elméletek*, Budapest, Duna Palota, 2006.

Az idők folyamán a generálklauzuláknak, a jogelveknek és jogi sztenderdeknek pontosításához, alkalmazási területük és módjuk árnyalt meghatározásához jelentősen hozzá járult a jogelmélet, és ennek nyomán a precedenciális jogalkalmazás.

E tanulmányban megállapítást nyert, hogy adott alapelvek (pl. jogellenesség) céljaik szerint, egymástól különbözhetnek és egyes jogágakban egyféle, másokban pedig másféle, más módon érvényesülnek. Pl. a polgári jogban a jogellenesség általános megfogalmazást nyert, a büntetőjogban pedig különlegeset. A polgári jogban ez a károkozás általános tilalmában (általános inkrimináció), a büntetőjogban pedig az egyes jogellenes cselekmények pontosan leírt, egyes tilalmak útján (különleges inkrimináció) valósult és valósul meg.