

JOGTUDOMÁNYI KÖZLÖNY

ALAPÍTVÁ: 1866

A MAGYAR TUDOMÁNYOS AKADÉMIA ÁLLAM- ÉS JOGTUDOMÁNYI BIZOTTSÁGÁNAK FOLYÓIRATA

TARTALOM

Tanulmány

KARDOS GÁBOR: A nemzetközi szerződések tiszteletben tartása	425
GOMBOS KATALIN – LEHÓCZKI BALÁZS: A tisztességtelen szerződési feltételek eltávolítása a magyarországi devizaalapú hitelszerződésekből	434
VINCZE ATTILA: Közbeszerzés károkozás – egy rendszerezési kísérlet	445

Jogalkotásunk nyomában

GYERTYÁNFY PÉTER: Szerzői jogi törvényünk 20. évfordulójára	459
--	-----

Jogirodalom, jogélet

CSERNY ÁKOS: In Memoriam Rác Attila	465
GYARMATHY JUDIT – SÁNDOR-SZŐKE ZSUZSANNA: Országos konferencia az új polgári perrendtartás tapasztalatairól	467



„Készséggel sorakozunk mindig azokhoz, kik a jogtudomány fejlődésében a közjólétet látják felhívni. Készséggel szentelünk e lapon minden sort, munkásságunkban minden erőt az új lánggra szított oltárnak, mely fölött a jog istensége áll.”

Ökröss Bálint: A szerkesztő előszava
Jogtudományi Közlöny
Pest, Januarius 2. 1866. évfolyam, 2. old.

CONTENTS / INHALT

Studies / Abhandlungen

GÁBOR KARDOS: Compliance with International Treaties / Beachtung der internationalen Verträge	425
KATALIN GOMBOS – BALÁZS LEHÓCZKI: The Removal of Unfair Terms Incorporated in Hungarian Foreign Currency Loan Agreements / Die Beseitigung missbräuchlicher Vertragsklauseln in ungarischen Fremdwährungskreditverträgen	434
ATTILA VINCZE: Public Procurement and Damages – an Attempt of System-Building / Vergaberecht und Schadenersatz – ein Versuch zur Systematisierung	445

Review / Blick auf die Gesetzgebung

PÉTER GYERTYÁNFY: At the 20th Anniversary of our Copyright Act / Zum 20. Geburtstag unseres Urheberrechtsgesetzes	459
---	-----

Legal Life, Legal Literature / Rechtsliteratur – Rechtsleben

ÁKOS CSERNY: In Memoriam Attila Rác / In memoriam Attila Rác	465
JUDIT GYARMATHY – ZSUZSANNA SÁNDOR-SZŐKE: National Conference on the Experience of the New Civil Procedure / Landeskonzferenz über die Erfahrungen der neuen Zivilprozessordnung	467

A KIADVÁNY
A MAGYAR TUDOMÁNYOS AKADÉMIA
TÁMOGATÁSÁVAL KÉSZÜLT.

JOGTUDOMÁNYI KÖZLÖNY
Az MTA Állam- és Jogtudományi
Bizottságának folyóirata

A Szerkesztőbizottság vezetője:
Dr. Korinek László

A Szerkesztőbizottság tagjai:
**Dr. Hamza Gábor, Dr. Lamm Vanda,
Dr. Szalma József**

Főszerkesztő: **Dr. Vörös Imre**

Szerkesztők: **Dr. Szalai Éva,
Dr. Udvarny Sándor**

A szerkesztőség címe: 1037 Budapest,
Montevideo u. 14.

Kéziratot nem örzünk meg, és nem küldünk vissza. Amennyiben szerzőnk valamelyik egyetem állam- és jogtudományi karán tevékenykedik, a Jogtudományi Közlöny szerkesztősége csak az egyetem megjelölésével közli a szerző beosztását. A kar, tanszék megjelölését csak abban az esetben közöljük, ha nem jogtudományi karon tevékenykedő szerzőről van szó. Igazgatási jellegű funkció (tanszékvezető, igazgató stb.) közlését a Szerkesztőbizottság ugyancsak mellőzi.

A publikálással kapcsolatos további kérdések a voros44@gmail.com címre küldhetők.

A Kiadó a lapban megjelenő tanulmányok szerzőinek azonos összegű honoráriumot fizet.

Kiadja a HVG-ORAC
Lap- és Könyvkiadó Kft.

hvgorac

Lap- és Könyvkiadó Kft.

Előfizetési díja a 2019. évre: 23 400 Ft.
2019-ben az egyes lapszámok külön is megvásárolhatók 1950 Ft/szám áron.

Nyomdai munkálatok: Multiszolg Bt.

HU ISSN 0021-7166

A Jogtudományi Közlöny 2000 és 2018 közötti lapszámaiban megjelent írások teljes szöveggel, online kutathatók a Jogkódexen.
www.jogkodex.hu



Jogkódex

Internetes jogi tudástár

Kardos Gábor egyetemi tanár, Eötvös Loránd Tudományegyetem (Budapest)

A nemzetközi szerződések tiszteletben tartása

Hogyan létezhet egy jogi kötelezettségeket megállapító egyezmény szuverénként tételezett államok között? Ez a kérdés bármely nemzetközi szerződés kapcsán felvethető, és ha jogbölcseleti jellegét feloldva gyakorlati problémaként fogalmazzuk meg, akkor a lényegét az a dilemma jelenti, hogy vajon a szuverén államok miért tartják tiszteletben az általuk kötött nemzetközi szerződéseket – már, ha valóban így járnak el – egy decentrizált nemzetközi rendszerben. *Pacta sunt servanda* vagy inkább *pacta non sunt servanda*? Ki vagy mi a nemzetközi szerződések öre?

I.

Pacta sunt servanda vagy pacta non sunt servanda?

A *pacta sunt servanda* maximát bővíteni szükséges, helyes megfogalmazása *lex internationalis est servanda*.¹ Ennek ellenére a továbbiakban is az eredeti, szűkebb értelemben használom. Ennek az oka nem elsősorban a hagyomány tisztelete, hanem az, hogy a nemzetközi szerződések formájában vállalt kötelezettségek végrehajtása tekintetében szeretnék következtetésekre jutni.

Az 1971. évi londoni konferencia, – amelyen az Egyesült Királyság, az Észak-Német Szövetség, az Osztrák–Magyar Monarchia, Olaszország, Oroszország és Törökország vett részt, január 17-i jegyzőkönyve szerint a nagyhatalmak képviselői kijelentették, hogy a nemzetközi jog tényleges alapelve, hogy egyetlen hatalom sem mentesítheti magát valamely szerződésen alapuló kötelezettsége alól.² Ahogyan egy polgári jogi szerződés esetén is szükséges, hogy a felek meggyőződése kontraktu-

suk kötelező erejéről visszavezethető legyen egy azt kimondó jogi parancsra, amely a magánjogi rend alapja, ez egy nemzetközi szerződés esetén is így van. A részes felek egyetértése egy nemzetközi szerződés jogi kötelező erejének nem elégséges alapja. Ahhoz szükséges a tagság a nemzetközi közösségben, amely kötelezőnek ismeri el az államok nemzetközi szerződéseit, és ez igazolja a szerződéskötési gyakorlat érvényességét. Ha az államok a nemzetközi kapcsolatok racionálisan kalkuláló szereplői, akkor nemcsak abban érdekeltek, hogy a partnereik a velük szemben fennálló szerződéses kötelezettségeiket tartsák be, de „minden egyes államnak – legalábbis normális körülmények közepette – érdeke fűződik magának a nemzetközi jogrend egészének a fenntartásához is.”³ Ha minden egyes állam esetében ez a helyzet, akkor a nemzetközi közösség, mint olyan is ugyanúgy érdekelt olyan koncepciókban testet öltve, mint az *erga omnes*, illetve a *jus cogens*.⁴

Alapvető jelentőségű, tehát, hogy nem csupán a részes felek, hanem az államok közössége, mint olyan is jogilag kötelezőnek tekinti a nemzetközi szerződéseket.⁵ (Ezt bi-

1 CHRISTIAN TOMUSCHAT: *Effectiveness and Legitimacy in International Law*. Zeitschrift für ausländisch Recht und Völkerrecht, 77. Jahrgang, 2/2017, 309. Ezt erősíti a Nyilatkozat az államoknak az Egyesült Nemzetek Alapokmányával összhangban lévő baráti kapcsolatait és együttműködését szabályozó elvekről ENSZ Közgyűlés XXV. számú (25. October, 1970.) határozat szövege is.

2 Idézi AMBRÓZY GYULA: *A nemzetközi szerződések kötelező ereje*. Budapest, „Magyar Jogélet” kiadása, 1918, 33–34.

3 BRAGYOVA ANDRÁS: *A nemzetközi jog érvényessége*. Állam- és Jogtudomány XXIV. évfolyam (1981) I. szám, 104.

4 PIERRE-MARIE DUPUY: *L'Obligation en droit international*. Archives de Philosophie de Droit année 44, (2000) 224–227.

5 GERALD FITZMAURICE: *The Foundations of Authority of International Law and the Problem of Enforcement*. Modern Law Review Volume 19 (1956) Number 1, 8–9.

zonyítja az is, hogy a szerződéseket be kell iktatni az ENSZ Főtitkáránál.⁶) Az államok közösségének ilyen „meggyőződése” testet is ölthet, még hozzá a *pacta sunt servanda* alapvető normájában. Ezt az értelmezést erősíti a nemzetközi kapcsolatok konstruktivista iskolájának belátása is. „A konstruktivizmus alaptétele, hogy a nemzetközi kapcsolatokat nem vagy nem csak materiális struktúrák alakítják, hanem a nemzetközi politikáról szóló alapvető feltevések, mint az államok világának anarchiája...”⁸ Ilyen konstrukció a *pacta sunt servanda* tétele is.

Ha elméleti konstrukcióban gondolkodunk, akkor a nemzetközi jogrendnek ez a normája már nem vezethető vissza egy felsőbb normára, maga a legfelső norma.⁹ A *pacta sunt servanda* tehát az alpnorma. Az államoknak oly módon kell eljárniuk, ahogy korábban szokás szerint eljártak, betartva az általuk kötött nemzetközi szerződéseket.¹⁰ Az államoknak azért kell tiszteletben tartaniuk a nemzetközi jogot, mert általában így cselekszenek, amely (eredetileg) a szokásjogban megjelenő tétel. Ezt fejezi ki a *pacta sunt servanda* elve, mint a nemzetközi jog elsődleges normája. Persze elmondható, hogy az alpnorma azt ismétli meg, hogy az államoknak, amelyek főszabályként betartják a nemzetközi jog szabályait, e szabály szerint be kell tartaniuk ezeket a szabályokat.¹¹ Kérdés azonban, hogy *szükségtelen-e ez a megkettőzés*, mivel a nemzetközi szokásjog általánosan elismert meghatározása szükségesnek tekinti a megkettőzést. Ahhoz ugyanis, hogy szokásjogi szabály léteéről beszélhessünk, nem elég, hogy az államok meghatározott magatartást tanúsítanak, azaz betartanak egy normát; az államok jogkövető magatartásához az is szükséges, hogy a normát abban a tudatban tartásuk be, hogy az rájuk nézve nemzetközi jogilag kötelező, az *opinio iuris* fogalma ezt fejezi ki.

Az alpnorma mint az érvényesség végső forrása a megkérdőjelezhetetlen abszolútum képzetét kelti, így akár teológiai reminiscenciákat is idézhet, vagy „metafizikai hivatkozásként”¹² tűnhet fel. A szociológiai értelmezés számára azonban felhívja a figyelmet a jogkövetés egy döntő momentumára. Közelebbről arra, hogy az emberi társadalmak rendezettségének fenntartásához szükség van egy olyan tudatra, amely szerint az egyéneknek, illetve szervezeteknek, ideértve az államokat is, az e rendezettség garantálására létrehozott normák szerint kell eljárniuk. Lehetséges, hogy itt valójában a *normatív tudatról* van szó, a tétel azonban ezt a valóságéletemet Kelsennél a rendszer koherenciájának megőrzése érdekében szokásjogi alpnormaként fejezi ki.¹³ Az államnak nem lehet normatív tudata, de döntéshozóinak igen.¹⁴ Optimális esetben pedig a jognak – így a nemzetközi jognak – való engedelmség az állam szervező elve és bevett gyakorlata lehet a jogállamiság eszméjének megfelelően. A kérdés az, hogy ez a normatív tudat meddig áll ellen az ellene ható érdekeknek? A válasz, amely egy fontos belátáson, illetve a gyakorlatból egyaránt levont következtésen nyugszik, optimista felütéssel, az, hogy 1945 után a legalább relatíve rendezett, kiszámítható viszonyokban érdekelt államoknak általában nem volt komoly probléma a *pacta sunt servanda* elfogadása és alkalmazása.¹⁵ Így a *pacta sunt servanda* a nemzetközi jogi normának történő engedelmségben megnyilvánuló együttműködési szándék kifejezője. Fogalmazhatunk persze úgy is, hogy a *pac-*

6 RAYMOND COHEN: *International Politics. The Rules of the Game*. London, Longman, 1981, 82.

7 Képes beszéd, meggyőződése csak természetes személyeknek lehet.

8 KISS J. LÁSZLÓ: *Változó utak a külpolitikai elméletében és elemzésében*. Budapest, Osiris, Kiadó, 2009, 357.

9 DIONISIO ANZILOTTI: *Cours de droit international* Paris, L.G.D.J., Éditions Panthéon-Assas, 1999, 44. o.

10 HANS KELSEN: *General Theory of Law and State*. New York, Russell & Russell, 1961, 369–370.

11 H. L. A. HART: *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1961, 230. Hart szerint Kelsen az államok együttélésének legegyszerűbb formájához igazodva fabrikál szabályt. Valóban, Kelsennek, a következetes pozitivistának a *pacta sunt servanda* formuláját szupernormaként kell megfogalmaznia, hogy az államközi kapcsolatok gyakorlati tapasztalatát beilleszthesse a rendszerébe. Hartnak, a mérsékelt pozitivistának erre nincs szüksége. Számára elegendő, ha rámutat, hogy a szabályok pusztán léte nem feltételez egy ilyen alapvető szabályt. Szerinte az alpnorma mint elismerési szabály akkor lenne szükséges, ha az államok közötti többoldalú szerződések az azokból kimaradó államokat is köteleznék, azaz, ha a nemzetközi jogban is elválna a jogalkotók és a jogalkalmazók köre. Így a nemzetközi szerződések tényleges jogalkotói döntések lennének, a nemzetközi jog ilyen módon kerülne közelebb a belső joghoz, és ekkor lehetne megfogalmazni a tényleges elismerési szabályt.

12 DUPUY: i. m. (4. jegyzet) 221.

13 Így nem került veszélybe a jognak önmagából történő értelmezése, hiszen Kelsen a belsőt, a szocializált normakonform magatartást külső, legfelsőbb jogi parancsként tételte. Amint Valki László megállapítja, aligha lehet felderíteni, hogy az megfordult-e Kelsen fejében, hiszen ez esetben is következetesen tartózkodott a jogon kívüli tényezőkre hivatkozó okfejtésektől. Ugyanakkor, teszi hozzá, megerősíti azt a tételt, hogy a jogot nem csupán a jogalkotók hozzák létre kötelezőnek szánva, de végrehajtói, alanyai is ilyenként alkalmazzák a gyakorlatban. VALKI LÁSZLÓ: *A nemzetközi jog társadalmi természetéről*. Budapest, Közgazdasági és Jogi könyvkiadó, 1989, 313–314.

14 Ambrózy az államok jogi meggyőződéséről beszél. AMBRÓZY i. m. 12. Ez képes beszéd. A nemzetközi jog tudományában hagyományos felfogás szerint a nemzetközi jog az államok szabadon gyakorolt *akarátmegegyezésén* alapul, és kötelező erejét is innen nyeri. Kérdés, azonban, hogy lehet-e egy államnak akarata, mutat rá Valki László. [VALKI i. m. (13. jegyzet) 31–41.] Az abszolút monarchiák idején az uralkodó maga volt az állam, és így saját személyében volt a nemzetközi jog alanya. Nekí, mint természetes személynek valóban volt meggyőződése. Az államközi politika személyek közötti politika volt, dráma a világszínpadon, gyakran abszurd dráma Ez sok tekintetben megmaradt, noha az állam nem személy, hanem bürokratikus test. Az államnak a megörökölt személyes jellege magyarázza, hogy miért nevezik egy bonyolult szervezet kifelé képviselt álláspontját akaratként vagy meggyőződésnek, és az álláspontok találkozásait akarátmegegyezésnek. Az akarátmegegyezés tehát képes beszéd – szimbolikus kép –, amely kifejezi egy rendezésre váró kérdésnek az *álláspontok találkozásán* alapuló, közös megoldását. Az akarátmegegyezés teória másrészt szimbolikus kifejezése annak, hogy az államok *szuverének*, hiszen ezért nem lehet őket akaratként ellenére kötelezni.

15 PIERRE-MARIE DUPUY: *Droit international public*. Paris, Dalloz, 1992, 202.

Tanulmány

ta sunt servanda az engedelmességre irányuló gyakorlat szimbolikus kifejezője.

Ákárhogy is, a *pacta* üzenete egyértelmű, a szerződéseket teljesíteni kell. Egyes felfogások szerint túl egyértelmű, mert nem mond semmit arra az esetre, ha például a szerződéskötés körülmények alapvetően megváltoztak, így csak a *rebus sic stantibus* klauzulával együtt van valódi értelme, ami ugyan csökkenti az előző tétel normatív parancsának egyértelműségét és határozottságát, de értelmesebbé teszi azt.¹⁶ Nos, ez igaz, de a jog aligha kerülheti ki, a főszabály és a kivételek gondolati sémát, és ez igaz a nemzetközi szerződések jogára is, amint ezt az 1969. évi bécsi egyezmény a nemzetközi szerződések jogáról igazolja.

II.

Szokásszerűség, racionális választás, jóhiszeműség, presztízs

A potenciális jogsértőt visszatarthatja jogsértéstől a *jognak való engedelmesség szokásszerű gyakorlata* is. A tételt, hogy az államoknak azért kell tiszteletben tartaniuk a nemzetközi jogot, mert általában így cselekszenek, eszerint úgy is meg lehet fogalmazni, hogy az államok azért tartják be a nemzetközi egyezmények szabályait, mert ez a szokásszerű gyakorlatuk.¹⁷ Azaz valójában nincs szupernorma, de van bevett bürokratikus gyakorlat, amely főként a belső jogban megjelenő nemzetközi jogi normák szokásszerű alkalmazását jelenti. Ilyenkor igen kicsi vagy nincs is különbség egy belső jogszabály és egy nemzetközi szerződési norma között. Azaz, ha az állam a megfelelően gondoskodik belső jogszabályai végrehajtásáról, egyúttal a biztosítja a nemzetközi jognak való megfelelést is.¹⁸

A kérdéssel, hogy betartsa-e a nemzetközi szerződésben vállalt kötelezettségeit, jobb meggyőződése ellenére minden részes állam valamennyi általa kötött nemzetközi szerződés kapcsán szembesül. Könnyen előfordulhat, hogy az érintett állam, általában vallja, a *pacta sunt servanda* tételét, de a konkrét szerződés kapcsán kétségei merülnek fel, mert érdekei azt diktálják. Jelentős kérdés, hogy a nemzetközi jog oldaláról nézve igazolhatóak-e az állam érdekei, és az is, hogy ezt a problémát mennyiben

értékelik objektíven. Az érintett államok szakértői ugyanis már a nemzetközi jogvitát megelőzőn is tisztában vannak azzal, hogy valójában mi forog kockán, mi is a „nemzeti érdek,” és a velük megfogalmazott elvárás az, hogy érveket szállítsanak, nem pedig az, hogy objektíven mérlegeljék a normatív parancsokat. Ez azonban nem értékeli le a nemzetközi jogi elemzést. A jogi tanácsadás lényeg az egyedi üggyől az általános szabályig való eljutás.¹⁹ A felek ügynökeként történő jogi érvelés szükségképpen nem más, mint az egyedi probléma általánossá stilizálása, megfogalmazása – a nemzetközi jogi univerzumba helyezése –, a partikuláris beöltöztetése univerzálisnak és kényszerítő erejűnek.²⁰ Hiszen sokkal nagyobb hatása lehet annak, ha azt mondjuk, hogy megsértik (sárba tiporják) az ENSZ Alapokmányát, mintha egyszerűen úgy fejeznék ki az érdekeinket, hogy x kormány törődjön a saját dolgával. Tehát a hatékony meggyőzés érdekében, amennyire lehet, célszerű eltávolodni a mögöttes érdekektől, és felvonultatni azt, amit a nemzetközi jog forrásaiból használhatónak tűnik. A nemzetközi jogi normák tartalmának jelentést illetően gyakran fennálló *bizonytalanság* kedvez a nemzeti érdek szerinti értelmezésnek. Az alapvető kérdés azonban, hogy a bizonytalanság kiterjed-e a használt fogalom lényegére is, vagy csupán a periférikus jelentéseire?²¹

Miből is származik az állam számára *nagyobb haszon*, ha az egyébként általa is nemzetközi jogilag kötelezőnek tekintett szerződést tiszteletben tartja, vagy ha attól eltérő magatartást tanúsít? Amint egy klasszikus szerző megállapította, „a fejedelemnek nem szabad és nem lehet szótartónak lennie, ha az érdekei ellen van és semmi nyomos ok nem szól amellett, hogy ígéretét megtartsa.”²² A döntés az ígéret – így a nemzetközi szerződések – megtartásáról tehát ezek szerint *politikai racionalitás* kérdése, mindenesetre politikai döntés. A nemzetközi egyezményeknek történő „nem megfelelés nem technikai vagy jóhiszeműségi probléma, hanem politikai, a lényegi egyetértés hiánya arról, amit a megsértéssel vádolt fél vállalt.”²³ Ha politikai döntésről van szó, akkor ez azt is jelenti, hogy abban a hatalom logikája érvényesül. Egyébként egyetértve a megállapítással, hogy a nemzetközi egyezmények megsértése alapvetően poli-

16 THOMAS M. FRANCK: *Power of Legitimacy among Nations*. New York, Oxford University Press, 1990, 85.

17 Általában elmondható a rutin óriási szerepe a társadalmi gyakorlatban. „Azt hiszem, az emberiség legalábbis derékig gázol a napi rutinban. Számtalan örökölt cselekedete, amelyet átabotában halmozott fel és mindmáig nap-nap után ismételi, szokássá válik, ami segít élni és bebörtönözve tart, dönt helyettünk egész életünk során” – írja Fernand Braudel. Idézi BRÓDY ANDRÁS: *A társadalmi folyamatok időszükségletéről*. Társadalomkutatás, 1983. 1. évfolyam (1983) 3. szám 30.

18 ROGER FISHER: *Improving Compliance with International Law*. Charlottesville, University Press of Virginia, 1981, 212.

19 MARTTI KOSKENNIEMI: Foreword. In: FLEUR JONES, RICHARD JOYCE – SUNDHIA PAHUJA (eds.) *Events: The Force of International Law*. Milton Park, Abingdon, Routledge, 2011, XVIII.

20 MARTTI KOSKENNIEMI: *International Law and Hegemony: A Reconfiguration*. Cambridge Review of International Affairs Volume 17 (2004) Issue 2, 197.

21 MARTTI KOSKENNIEMI: *From apology to utopia. The structure of international legal argument*. (1. kiadás) Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989 590.

22 NICCOLO MACHIAVELLI: *A fejedelem*. (2. kiadás) Budapest, fordította Lányi Margit, Phoenix, 1944, 75. o.

23 MARTTI KOSKENNIEMI: *The Politics of International Law*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2011, 119.

tikai kérdés, de – amint erről rövidesen lesz szó, – azért a technikai összefüggéseknek és a jóhiszeműségnek is van szerepe ebben a kontextusban.

Egy nemzetközi szerződés be nem tartása azonban nem mindig fogható fel közvetlen módon kalkulált magatartás eredményének. A szerződészegések jelentős részénél ugyanis szerepe lehet valamilyen *technikai* problémának, így az egyezmény ellentmondásos, illetve bizonytalan megfogalmazásának, illetve a felek korlátozott végrehajtási képességének köszönhetően.²⁴ Szükséges ehhez azonban hozzátenni, mindkét esetben a részes felek *maguk és maguknak okozták* ezeket teljesítési problémákat, használhattak volna világosabb és egyértelmű nyelvet – ha az számukra politikailag elfogadható lett volna –, és senki sem gátolta őket abban, hogy jobban becsüljék fel a teljesítésre felhasználható erőforrásait.

Ha egy nemzetközi szerződés megkötését racionális külpolitikai választásnak tekintjük, akkor azt kell feltételeznünk, hogy a részes államok – vagy legalábbis a döntéshozók – így jobban járnak. Először ugyanis az államok mindig egyoldalú megoldást keresnek, és csupán akkor választják a nemzetközi szerződés kötését mint a probléma megoldás eszközét, ha nincs elegendő erőforrásuk, hogy maguk találjanak lehetőséget az ügy rendezésére. Az észszerűsügből az következik, hogy a nemzetközi egyezmény maximalizálja a részes felek *együttes* hasznát, még akkor is, ha a tranzakciós költségeket levonjuk belőle. Következésképpen, a nemzetközi szerződés végrehajtásában a szerződő államok együttműködnek, így érik el az együttes hasznuk növelését, ez azonban nem jelenti azt, hogy ne lennének olyan ösztönzők, amelyek elégtelen teljesítésre vezetnek.²⁵ Egyébként a közös érdekek nem csupán a részes államok között állnak fenn a nemzetközi szerződések végrehajtása tekintetében, a nemzetközi viszonyok rendezettségére a nemzetközi társadalom²⁶

működőképessége szempontjából is alapvetőek, a nemzetközi szerződések az államok önszabályozásának eszközei.²⁷

Ha a racionális választás eredményeként vállalt nemzetközi szerződéses kötelezettségek végrehajtása racionális stratégia²⁸, akkor a részes államnak *jóhiszeműen* kell eljárnia. Egy nem formális rendben, amely a lehető legnagyobb teret engedi, hogy azok akarata érvényesüljön a jogalkotásban és jogalkalmazásban, akik annak alá vannak rendelve, azaz az államokénak, továbbá nem rendelkezik azok akaratától független kikényszerítési rendszerrel, a jóhiszeműség a működés fő feltétele. Ez a rend sok tekintetben azon nyugszik. Rosszhiszeműen eljárni ugyanis ebben a rendben – mást gondolni és akarni, mint mondani, kötelezettséget vállalni, arra irányuló valódi szándék nélkül – csak akkor lehet hatékony, ha azt a többiek elhiszik, ha a többi állam jóhiszemű.²⁹ Ha egy állam nemzetközi jogviszonyra lép, *még ha saját maga rosszhiszemű is*, abból indul ki, hogy partnerei jóhiszeműek. A nemzetközi jogi kötelezettségek nem jóhiszemű teljesítése valójában normaszegés. A normaszegés következményétől való félelem éppúgy, mint a belső jog, a nemzetközi jog esetében is fontos visszatartó erővel rendelkezik, csak éppen az államközi jogi szabályok esetében, a belső jogtól eltérően, csupán kivételesen kell tartani központi vagy akár decentralizált kényszerintézkedés alkalmazásától azok önbüntető, az alkalmazó államokat hátrányos helyzetbe hozó jellege miatt. A (ritka) *egyöntetűség és következetesség* az alkalmazásban lehet a formális nemzetközi jogi szankció működésnek alapja, és ha azt sikerül az adott államra, annak objektív helyzetére szabni. Az egyöntetűség és következetesség azért valósul meg csupán néhány esetben, mert az államoknak legalább morális érdeke kell hogy fűződjék a tényleges alkalmazásához, konkrétan legalább a politikai helytelenítéshez.³⁰

Ebbe az irányba hat a rend megbomlásának rá nézve is érvényesülő negatív következményei a nemzetközi presztízs veszélyeztetése és a többi állam együttműködési hajlandóságának esetleges elvesztése.³¹ A nemzetközi jog érvényesülésének *össztánc* jellege van.

24 ABRAM CHAYES – ANTONIA HANDLER CHAYES: *On Compliance*. International Organization Volume 47 (1983 Spring) Issue 2, 187–197. A szerzők szerint idetartozik az is, hogy a szerződésbe foglalt szociális, gazdasági, illetve politikai elvárások elveszítik jelentőségüket a részes állam számára. Megítélésem szerint ez nem így van. Az ilyen döntés egyértelműen nem technikai, hanem politikai, és mint ilyen, kalkulált választás, amelynek figyelembe kell vennie mindazokat a tényezőket, amelyek miatt a nemzetközi szerződéstől történő eltérés a kisebbik rossz az adott állam számára.

25 ANDREW T. GUZMAN: *How International Law Works? A Rational Choice Theory*. Oxford, Oxford University Press, 2008, 121.

26 Eredetileg Hedley Bulltól származó koncepció, amely továbbfejleszti a hagyományos nemzetközi közösség fogalmát. Eszerint a nemzetközi társadalom olyan államokból (független politikai közösségekből) áll, amelyek nemcsak rendszert alkotnak abban az értelemben, hogy mindegyik viselkedése szükséges tényező a többi a magatartásnak a megértéséhez, hanem a kapcsolatok folytatására vonatkozó közös szabályokhoz és intézményekhez, és elismerik e megállapodások fenntartása iránti közös érdeket. HEDLEY BULL – ADAM WATSON (eds.) *The Expansion of International Society*. New York: Oxford University Press, 1984, 1. Mindez persze igaz, az államok együttélésére, akkor is, ha megmaradunk a nemzetközi közösség fogalmánál.

27 PHILIP ALLOTT: *The Concept of International Law*. European Journal of International Law Volume 10, (1999) Number 1, 43.

28 Ami a sajtóban tárgyalt súlyos nemzetközi szerződészegéseket illeti, azok lényegében két nagy csoportba sorolhatók, amelyek egyikébe az önkényesen alkalmazott államközi erőszak esetei, míg a másikba a súlyos, olykor rendkívül durva emberi jogszegések példái tartoznak. Ezek a kérdések a hatalom kiterjesztésével, illetve megtartásával függenek össze. Egy nemzetközi jogszabály minél inkább technikai jellegű – avagy minél inkább akként kezelik –, annál biztosabb a végrehajtása.

29 MICHEL VIRALLY: *Review Essay: Good Faith in Public International Law*, American Journal of International Law Vol. 77, (1983) No. 1, 132.

30 VALKI i. m. (13. jegyzet) 295. 331.

31 VALKI LÁSZLÓ: *Az állam szuverenitása*. In: KENDE TAMÁS – NAGY BOLDIZSÁR – SONNEVEND PÁL – VALKI LÁSZLÓ (szerk.): *Nemzetközi jog* Budapest, 2010, Complex, 101–103.

Tanulmány

„A nemzetközi jogot elvek és alapelvek kölcsönös elismerése alkotja, amelyek a gyakorlatban úgy hatnak, mint a játékszabályok, akárhogy is festenek metafizikai síkon. A pacta sunt servanda elv megállapítása azt a felismerést fejezi ki, hogy e rendszer integritása a vele játszás akaratán, szándékán nyugszik. Mihelyt az egyik fél vagy párt kivonja magát a rendszer szabályai alól, vagy összedől az egész nemzetközi jogrendszer, vagy száműzni kell a játékrontót a közösségből.”³²

A játékrontó száműzéséhez, vagy legalábbis az együttműködési készség csökkenéséhez vezető folyamat kezdete összefügghet egy más államok által precedensként értékelt szerződésszegéssel, amely a nemzetközi presztízs csökkenését eredményezi. A rövid távú előnyökkel szemben magas ár lehet a megbízhatóság elvesztése:³³ a politikai döntéshozók el kívánják kerülni, hogy szándékaikat más kormányok félreértelmezzék, hiszen az elvárt magatartástól való eltérést a jövőre szóló precedensnek tekinthetik.

Az állam nemzetközi presztízse egyébként hatalmának egy formája, a befolyását növelő tényező. Elnyerésének egyik eszköze a jó hírnév, az állam reputációja, amelynek megszerzéséhez hozzájárulhat a nemzetközi szerződések tiszteletben tartása. Az, hogy az egyezményekben vállalt kötelezettségek végrehajtása mennyiben hozható kapcsolatba az állam nemzetközi reputációjával, több kérdéstől is függ. A reputáció erejét meghatározza, hogy egy állam mennyiben érdekelt abban, milyen hasznot remél annak kialakításától vagy fenntartásától. Ha hozadék kicsi, akkor nem igazán ösztönöz a nemzetközi szerződési kötelezettségek betartására. A másik tényező, hogy milyen súlyú nemzetközi politikai ügy kapcsán merül fel a jó hírnév fenntartása. Ha a tét nagy, a reputáció aligha fontos tényező.³⁴ Mindebből viszont következik, hogy különböző területeket szabályozó nemzetközi szerződések esetén eltérő lehet az állam reputációja.³⁵

A nemzetközi presztízs azonban főként és elsősorban hatalmi kérdés. Nem mindegy tehát, hogy az milyen nemzetközi hatalmi pozícióban lévő állam, milyen nemzetközi szerződéses kötelezettsége kapcsán merül fel a reputáció szerepe. Az állam önképe és az elvárásokat keletkezte-

tő szerepkonceptió³⁶ döntően befolyásolhatja, hogy milyen jelentőséget tulajdonít a nemzetközi szerződések betartásával szerzhető reputációnak. Egy konkrét döntés kapcsán, hogy tudniillik a részes állam betartsa-e vállalt szerződéses kötelezettségeit, minél kiegyensúlyozottabb a mérlegelés, annál nagyobb szerepe lehet a reputáció megőrzésének.³⁷

III.

Reciprocitás, belpolitika, szimbolikus érvényesítés

A racionális kalkuláció része a reciprocitás figyelembevétele vagy, ha úgy tetszik a „valamit valamiért” vagy „kölsön kenyér visszajár” stratégia³⁸ is. Az ismétlődő interakciók során – ezek része a felek között a szerződések kötése és végrehajtása –, az elvárások teljesítése alapján bizalom alakul ki az államok között. A nemzetközi jogi játszma, amelyet a felek egy szerződés kapcsán játszanak a kölcsönösségre építve nagyobb hasznot hoz.³⁹ A racionális szereplők ugyanis elsősorban azért engedelmessé válnak a nemzetközi szerződési normáknak, mert felismerik, hogy ilyen helyzetben a partnerek jövőbeni viselkedése a jelenben követett saját magatartásuk függvénye. Minden norma a meghatározott körülmények között elvárható magatartásról informál. Az érintett államok „nagy valószínűséggel számíthatnak arra, hogy a partnerek a jogi normában előírt módon hozzák meg a döntéseiket, másrészt viszont arra is, hogy saját normaszegő magatartásuk negatív reakciókat vált ki a sértett fél részéről.”⁴⁰

A korábban elmondottakra is figyelemmel, elmondható tehát, hogy a jóhiszemű hozzáállás a nemzetközi egyezmény teljesítéshez megéri, vagy legalább erős valószínűségeket kelti annak, hogy megéri. Még úgy is megérheti, hogy az egyik szerződő állam kilép a kölcsönösségből és annak ellenére teljesíti szerződéses kötelezettségeit, hogy a másik nem így jár el. Nem csupán azért, mert az adott időben neki az jobban megéri, hanem azért is, mert az együttműködéssel igyekszik a normakövetéshez visszatéríteni partnerét. Multilaterális egyezmények kapcsán a reciprocitásnak ez a hatása elsősorban akkor érvényesülhet, ha a szerződés végrehajtása kétoldalú helyzetekben merül fel. Többoldalú szerződés esetén mindig előfordulhat, hogy egy vagy esetleg néhány fél nem teljesíté-

32 JOHAN HUIZINGA: *Homo ludens*. Kísérlet a kultúra játék-elemeinek meghatározására (ford. Máthé Klára). Budapest, Atheneum, 1944. 219.

33 VALKI LÁSZLÓ: i. m. (13. jegyzet) 301.

34 GUZMAN i. m. 112.

35 A presztízs nem engedi azt sem, hogy az államok engedjenek a jogok és a kötelezettségek formális szimmetriájából a nemzetközi szerződések megkötése során, ami időnként neveléses eredményeket hoz létre. Így előfordul, hogy a tényleges döntést egy jogilag nem kötelező – gyakran szóbeli – megállapodás tartalmazza. Ezt feltételezhetjük például az Egyesült Államok és Sierra Leone kulturális megállapodása esetében, amely szerint mindkét államnak, illetve polgárainak joga van a másik területén oktatási intézményeket működtetni. Az igazi alku itt az lehetett, hogy – a legegyszerűbb esetet feltételezve – az Egyesült Államok iskolát kívánt létesíteni Sierra Leonében, és ebbe az ottani kormány beleegyezett. BRAGYOVA i. m. 98. o.

36 KISS i. m. 372.

37 GUZMAN i. m. 117.

38 ROBERT AXELROD: *The Evolution of Cooperation*. 1984, New York, Basic Books, 20.

39 FRANCESCO PARISI – NITA GHEI: *The Role of Reciprocity in International Law*. Cornell International Law Journal Volume 36, (2003) Issue 1, 119.

40 VALKI: i. m. (13. jegyzet) 166.

se kizárja a kölcsönösség érvényesülését. Ez az a helyzet, amelyben egy néhány részes állam nem teljesítése, esetleg felmondása következtében a szerződés értelemét veszti. A kölcsönösség tekinthető valamiféle nemzetközi jogi „meta normának”⁴¹, de a nemzetközi jog mögött álló, annak érvényesülését segítő mechanizmusnak is, ahogyan a nemzetközi közösség szimbolikus elítélése, következetes helytelenítése is. Ennek hatását azonban lerontja, hogy csupán a legkritikább esetekben, illetve rövid ideig egyöntetű.⁴²

Racionális kalkuláció esetén jelentős a szerepe a nemzetközi szerződések betartásában a *belpolitikai* megfontolásoknak. Olyan kérdésekről van szó, mint a választói magatartás, érdeklődés az államközi viszonyok iránt, vagy a politikai intézményrendszer struktúrája, amely kapcsán a hatalommegosztás működése, elsősorban a törvényhozás ellenőrző szerepe a végrehajtó hatalom nemzetközi ügyekben játszik szerepet.⁴³

A racionális kalkulációnak számolnia az említett tényezőkkel, amelyet még olyan kérdések is befolyásolnak, mint a mintaadó erősebb hatalom szerződészerű magatartásának követése. Egy nemzetközi egyezmény *normatív parancsa lehet olyan erős*, hogy ön maga eldönti a mérlegelést, átsegít a holtpontra.⁴⁴ Ennek ellenére a komplex kalkuláció során nem mindig azonosítható az a tényező, amely végül ebbe vagy abba az irányba – a teljesítés vagy a nem megfelelés felé – mozdítja el a döntést.

A szakirodalomban gyakran idézett megállapítás, amely szerint, „majdnem minden időben, majdnem valamennyi nemzet tiszteletben tartja a nemzetközi jog majdnem valamennyi elvét és saját majdnem valamennyi kötelezettségét.”⁴⁵ Arra, a kérésre megtalálni az empirikus választ, hogy valóban így van-e, nem egyszerű dolog.⁴⁶ A múlt század kilencvenes éveitől kezdve azonban, igaz, hogy főként a nemzetközi jog egyes részterületein született szerződésekkel kapcsolatban, nagyarányú empirikus vizsgálatok indultak, és feltárták az adott kérdéskörben született egyezmények végrehajtásának sajátosságait, így például, hogy az emberi jogi szerződések megfelelő érvényesülése feltételezi hatékony belső intézményrendszert,

vagy, hogy nemzetközi környezetvédelmi szerződések sikeres realizálása függhet attól, hogy mennyiben gondoskodnak ösztönzőkről a magánszektor számára.⁴⁷

Ugyanakkor a kisebb számban indított általános empirikus vizsgálatok finomították az előbbieken idézett formulát. A legfontosabb tanulság, hogy a nemzetközi szerződések tiszteletben tartása igen gyakran annak köszönhető, hogy a részes államok jelentős mértékben az egyezményben vállaltaktól függetlenül betartják az előírtakat. Azért van ez így, mert akkor kötelezik el magukat, amikor kontrollálják a szerződésből eredő kötelezettségeket, azaz azokat *legalább nagyjából eleve teljesítettnek* tekintik. Ebből viszont az következik, hogy a nemzetközi szerződés hatékonysága, azaz a részes állam magatartására gyakorolt hatása a teljesítésből nem vagy legalábbis nem mindig olvasható ki.⁴⁸ Persze, a végrehajtás felett örökös autonóm vagy relatíve autonóm értelmezésre felhatalmazott nemzetközi testület dinamikus szerződési interpretációja is átrajzolja a részes államok feltevését az eleve teljesítettségéről. Ez azonban csupán az egyes részes felek konkrét ügyek kapcsán adott reakcióiból tűnik ki.

A normának való megfelelés és a *hatékonyság* – az tehát, hogy az előbbi a nemzetközi szerződésnek a részes fél magatartásra gyakorolt hatásából következik-e, két külön kérdés. Kettőjük viszonya nem csupán ebbe az összefüggésbe illeszkedhet. Így például, egy nemzetközi szerződés akkor is lehet hatékony, ha a normának való megfelelés viszonylag alacsony. Ha tudniillik nehezen teljesíthető, akkor előállhat olyan helyzet, amikor maximum részleges teljesítést eredményez az állam magatartásában okozott változás. Ami adott esetben igen fontos hatás lehet. A másik eset a „leglassúbb csónak” esete. Ilyenkor a nemzetközi szerződésbe foglalt standardok szintjét úgy szabják meg, hogy teljesítésre legkevésbé képes részes állam is könnyen megbirkózhasson vele. A normának való megfelelés magas, a hatékonyság kicsi. (Ez a belátás megfordíthatja az értelmét annak a megállapításnak, hogy az államok általában tiszteletben tartják a nemzetközi jog szabályait. Ha a nemzetközi jog egyszerűen tükrözi az államok magatartását, akkor még a teljes megfelelés esetén is megkérdőjelezhető a hatékonysága.) Ha az államok el kívánják kerülni a „leglassúbb csónak” jelenséget, szembe kerülhetnek a multilateralizmus vagy „minilateralizmus” dilemmával, mivel a magasabb standardok megállapítása számos államot elriaszthat a szerződésben való

41 FRANCESCO PARISI – NITA GHEI i. m. 119.

42 Robert Cohen úgy fogalmaz, ha az elítélő magatartás következetes és következetesen fenntartott, akkor egyik alapja a normák fenntartásának. COHEN i. m. 13.

43 PETER F. COWHEY: *Domestic Institutions and International Commitments: Japan and the United States* International Organization Volume 47 (1983 Spring) Issue 2, 301–302.

44 Amikor az Egyesült Királyság 1939 márciusában garanciát adott, majd augusztusban védelmi egyezményt kötött Lengyelországgal, Chamberlain brit miniszterelnöknek nem csupán a náci Németország elriasztása a volt a célja a lengyelek elleni támadástól, hanem az is, hogy a segítségnyújtásról való döntés helyzetében átsegítse a kétségeken. COHEN i. m. 88–89.

45 LUIS HENKIN: *How Nations Behave* (2. kiadás) New York, Columbia University Press, 1979, 47.

46 CHAYES–CHAYES: i. m. 177.

47 Így az emberi jogokkal, a humanitárius nemzetközi joggal, a nemzetközi kereskedelmi és befektetési joggal, nemzetközi környezetvédelmi joggal kapcsolatos szerződéseket illetően. Lásd erre: GREGORY SHAFFER – TOM GINSBURG: *The Empirical Turn in International Legal Scholarship*. American Journal of International Law Volume 106 (2012) Number 1, 19–41.

48 Lásd erre GEORGE DOWNS – DAVID M. ROCKE – PETER N. BARSOM: *Is Good News About Compliance Good News About Cooperation?* International Organization Volume 50, (1996) Issue 2, 379–406.

Tanulmány

részvételtől.⁴⁹ Ráadásul – tehetjük hozzá – egy aláíró államban nem feltétlenül kell a szerződést megerősítenie, ezért a dilemmára még nehezebb optimális megoldást találni. Arról nem is szólva, hogy akár az ENSZ, akár a regionális szervezetek keretében megkötött egyezményről van szó, a lehető legtöbb tagállam részvétele az intézmény bevallott célja.

Visszatérve arra felvetésre, hogy a nemzetközi jog szabályai egyszerűen tükrözik az államok magatartását, ezért követik a szabályait, egy másik szerző szerint a dolog lényege, hogy egyértelmű és egyszerű szabályokról van szó. Így például lefordítva azokat egy emberi társadalom működésére, olyan normákat kapunk, mint hogy naponta mindenkinek legalább egyszer ennie kell, vagy a hideg napokon meleg holmit kell viselni. „Annak az észlelése, hogy egy ilyen társadalomban az emberek gyakran engedelmessé válnak a jognak, kis értékkel bír.”⁵⁰ Nos, véleményem szerint, ez aligha áll fenn, a nemzetközi szerződési jog többsége *aligha tartalmaz ilyen egyértelmű, könnyen teljesíthető szabályokat*, akár a nemzetközi szerződések jogáról, az erőszak tilalmáról, az emberi jogok nemzetközi jogi védelméről, vagy bármely más területről van szó.

Ha fennáll a partner jövőbeli magatartásával kapcsolatos bizonytalanság, akkor a részes felek keresik a nemzetközi kötelezettség megerősítésének útját. Ez is racionális döntés, az egyezmény kötéséből származó *kockázatok csökkentése* technikáinak keresése, arra az esetre, ha szerződő partnerek nem, vagy nem megfelelően teljesítik a nemzetközi szerződésben vállalt kötelezettségeiket.⁵¹ Ez egyes potenciális szerződési partnerek ellenállását is kiválthatja. Azonban „a nemzetközi jogalkotás – szükség-szerűen kompromisszumok sorozata lévén – ritkán követheti egyértelműen a maga belső logikáját. Olyasmit kell egyeztetnie, ami bajosan vagy egyáltalán nem illik össze, és nem rendelheti alá e logika szabályai szerint kevésbé fontos tételt a másiknak, és hagyhatja ki ennek következtében az egyezmény tervezetéből, ha azt szuverén hatalom képviselője hangoztatja, amely egyezményben való részvételét ennek a bizonyos tételnek az elfogadásától teszi függővé”⁵²

A megerősítés egyik módja a vállalt kötelezettség *szakrálissá* vagy *kvázi szakrálissá* emelése, formáját pedig rituálék és folyamatok adják. Az ókori Kelet államai által kötött szerződésekben az isteneket hívták tanúnak, illetve esküt tettek és haragjukat kérték a megállapodás meg-

szegőjére.⁵³ A középkorban az uralkodók, továbbá országnagyok és egyházi vezetők esküje volt a szerződéskötés során tanúsított jóhiszeműség biztosítója. A reneszánsz Itáliában a városállamok közötti szerződések a kereszténységet vagy az anyaszentegyházat hívták fel a felek jóhiszeműsége igazolására. A „mindenható Isten nevében” formula („*Au nom de Dieu Tout-Puissant*” „*in the Name of Almighty God*”) egészen a tizenkilencedik század végéig szerepelt a nemzetközi szerződések szövegében.⁵⁴ Az előbbieken említettek azonban nem jelentik azt, hogy a korábbi korokban kizárólag szakrális garanciákat használtak volna egy nemzetközi szerződésben vállalt kötelezettség megerősítésére.⁵⁵

A szekuláris írásbeli alkut szakrálissá emelő elemek és eljárások használatával párhuzamosan alakult ki a *nemzetközi szerződéskötési folyamat* világi folyamata, amely a pozitívizmus térhódításával annak helyébe is lépett. Az ünnepélyes formák és eljárások – így elsősorban az aláírás és a ratifikáció – célja annak demonstrálása, hogy valami új és jelentős kezdődött az államok életében, ahogyan az emberek életében ezt fejezi ki házasságkötés ceremóniája.⁵⁶ Van azonban egy másik célja is. A nemzetközi szerződés megkötésének fázisai *az elköteleződés állomásai*, a folyamat végére a világi alku kvázi-szakrálissá válik, így annak megszegése a becsület elvesztését jelenti. Ilyenkor tulajdonképpen a nemzetközi jogalkotás processzusában megjelenő elemek adnak garanciát a nemzetközi jogi szabályok kötelező jellegére.

A nemzetközi szerződési forma *szimbolizálja* és egyben *meg is erősíti* a kötelezettségvállalás komolyságát. A nemzetközi jogi forma választása tehát szimbolikus gesztus is, és vannak olyan helyzetek, amikor a formások által is biztosított ünnepélyesség indokolt. Ilyen például, ha döntő változás áll be a két állam viszonyában, ebben az esetben a jogi formától való idegenkedés gyanút is kelthet a szándékokat illetően. Ebből a megfontolásból eredően ragaszkodott Izrael ahhoz, hogy Egyiptommal szerződésben rendezze a viszonyát. Az aláírás, a megerősítés, az utóbbit tartalmazó okmányok ünnepélyes kicserélése – azaz a rituálé – félig-meddig még ma is szakrális jelleget kölcsönöz a megegyezésnek, megjeleníti azt a többletet, amit ettől a formától hagyományosan elvárnak. Különösen tanulságos az 1963. évi francia-NSZK együttműködési szerződés esete. Az egyezmény lényegében nem mond ki többet, mint a két kor-

49 KARL RAUSTIA: *Compliance and Effectiveness Case Western Reserve Journal of International Law* Volume (2010) Issue 3, 387–402.

50 ERIC POSNER: *Do States Have Moral Obligation to Obey International Law?* *Stanford Law Review* Volume 55, (2003) 1914.

51 RICHARD D. BILDER: *Managing the Risks of International Agreement* Madison, The University of Wisconsin Press, 1981, 106–194.

52 HERCZEGH GÉZA: *A nemzetközi jogalkotás mai lehetőségei és korlátai*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1987. 23–24.

53 Lagas és Umma szerződése kapcsán Umma uralkodója életére ígérte az egyezmény megtartását az ég és a föld királyának, fogadalmát a saját városára kimondott átokkal egészítette ki. SÜLYÖK GÁBOR: *Lagas és Umma területi vitája*. Jogtörténeti Szemle 2013/1. 21.

54 J. H. W. VERZIJL: *International Law in Historical Perspective* Part VI, Leiden, Sijthoff, 1973, 139.

55 Jó példa a materiális biztosíték alkalmazására, hogy Zsigmond magyar uralkodó zálogba adott egyes szepességi városokat a lengyel királynak.

56 COHEN: i. m. 83–84.

mány közötti rendszeres konzultációt, amit nyugodtan rögzíthettek volna a De Gaulle–Adenauer találkozó záróközleményében. A két vezető azonban történelmi pillanattá kívánta tenni megegyezésük megszületését. Már korábban is bebizonyították, hogy van érzékük a szimbolikus gesztusok iránt, amikor az előző évben egymás mellett térdeltek a reimsi katedrális oltára előtt. Az sem volt véletlen – amint ez Couve de Murville emlékirataiból kiderül –, hogy Adenauer volt az, aki különösen ragaszkodott a szerződéskötéshez. Elsősorban az ő személyes kívánsága volt, hogy a megállapodás „a lehető legünnepelesebb formát” nyerje. Ezzel bizonyára annak alapvető jellegét kívánta aláhúzni. Mindenekfelett azonban egy olyan jogi aktussal kívánta kötelezni utódait, amely minden esetben gondoskodik a francia–német együttműködés megvalósításáról. Ugyanakkor ez volt aktív politizálásának utolsó fontos cselekedete, és eltöklélt volt abban, hogy megadja annak jelentőségét.⁵⁷

A nemzetközi szerződések létrehozására, érvényességére, érvénytelenségére, értelmezésére, megszűnésére vonatkozó szabályok – azaz ma elsősorban az 1969. évi bécsi egyezmény – tulajdonképpen azt segítik elő, hogy a megegyezés és a végrehajtás során a lehető legkisebbre csökkenjenek a felek közötti félreértések. A nemzetközi jog uralma – ez alatt állnak az államközi szerződések – az egyértelműséget szolgálja, és ez fokozza azok képességét a vállalt kötelezettségek megerősítésére.⁵⁸

A különböző nemzetközi szervezetek keretében kötött egyezmények nem megfelelő végrehajtásból eredő kockázatok csökkentésére a részes államok ellenőrző, *beszámoltató mechanizmusokat* hoznak létre, amelyek a teljesítés megfelelő jellegét vizsgálják, ajánlásokkal zárva eljárásukat. Az a tény, hogy ilyenek felállításába belemennek az államok, értékelhető úgy, hogy általában komolyan kívánják venni a végrehajtás kérdését. Kevésbé optimista értékelés szerint inkább az esetleges egyezményértésért való nemzetközi jogi felelősség elkenéséről van szó, hiszen annak megállapítására a felülvizsgálati eljárások végén csak közvetten – itt és ott kell azon javítani, mondják az ajánlások – és nemzetközi jogilag nem kötelező módon kerül sor, formális jogkövetkezmények beállta nélkül.

Azt, hogy az államok vonakodnak elfogadni a szuverenitásuk körébe tartozó ügyekben történő beavatkozást, azal ellensúlyozzák, hogy ezeknek az eljárásoknak az elfogadásával kifejezik a készségüket az együttműködésre.⁵⁹ Az absztrakció magas szintjén fogalmazva, a kölcsönös függések miatt válik szükségessé az együttműködés és

annak felülvizsgálata, de nincs semmilyen automatizmus, amely ennek az előrehaladását biztosítaná. Ehhez kell az államoknak az a meggyőződése, hogy az együttműködés és az ellenőrzés hasznai meghaladják a végrehajtási költségeket.⁶⁰

Az említett tényezők mellett tehát a nemzetközi szerződés megerősítése és az abból származó legitimitása jelentősen kötelező erejének magyarázatát. Ennek legnagyobb hatású koncepciója szerint egy nemzetközi jogszabály, illetve arra annak megalkotására irányuló folyamat legitimitációjának négy alapvető eleme van: a meghatározottság, a szimbolikus érvényesítés, koherencia és a ragaszkodás. A meghatározottság a normatív parancs egyértelműségére utal, amely minél inkább egyértelmű és világos, annál inkább legitim nemzetközi szerződési norma. A szimbolikus érvényesítésre, mint a kvázi szakrális világi rituáléra, amely a nemzetközi szerződéskötési folyamatot jelenti, az előbbieken utaltam. A koherencia mint legitimitást erősítő tényező azt jelenti, hogy a nemzetközi szerződés szabályait következetesen alkalmazzák, azaz hogy harmóniában állnak saját céljukkal, más létező szabályokkal, főként olyanokkal, amelyeket korábban alkalmaztak hasonló problémák megoldására, vagy az olyan szoros összefüggésben álló alapelvekkel, amelyeket más ügyek rendezésére használnak. A kötődés (*adherence*) kategóriája arra utal, hogy milyen kidolgozott az adott szerződési szabályok értelmezésére használt rendszer. Ezek együtt vontatják be az államot a nemzetközi szerződésnek történő megfelelés kikötőjébe (*compliance pull*)⁶¹.

Nos, valóban, ezeknek a kategóriáknak a segítségével jól értelmezhető a nemzetközi szerződési szabályok legitimitása, különösen, ha primátust adunk a szimbolikus érvényesítésnek, amelynek segítségével elkülöníthetők a nemzetközi szerződések a jogilag nem kötelező államközi megegyezésektől. Ha egy nemzetközi szerződés normatív parancsai egyértelműek, azokat esetleg szokásjogi szabályok, illetve más egyezményekben testet öltő alapelvek is erősítik, és ha megfelelően kidolgozott értelmezési intézményrendszer segíti, akkor nagyobb a realitása, hogy azokat valóban végrehajtják.

IV. Konklúziók helyett

Az államok közössége együttműködésének jogi szabályozása – a szokásjog viszonylag jelentős szerepe ellenére – nemzetközi szerződések útján valósul meg. Arra, a kérdésre, hogy szuverén államok többnyire miért hajtják vég-

57 COHEN i. m. 82.

58 COHEN i. m. 83–84.

59 G. I. H. VAN HOFF – K. DE VEY MESTDAGH: *Mechanisms of International Supervision*. In Pieter van Dijk (gen. ed.): *Supervisory Mechanism in International Organisations*. Deventer, Kluwer, 1984. 29–30.

60 PIETER VAN DIJK: *Normative Force and Effectiveness of International Norms*. German Yearbook of International Law, Volume 30 (1987). 29.

61 FRANCK i. m. 41–184.

Tanulmány

re az ebben a formában vállalt nemzetközi kötelezettségeket, a válasz nem vezethető vissza egyetlen okra, ahogyan általában társadalmi jelenségeknek *több mozgatója* van. A nemzetközi kapcsolatok működtetésben döntő szerepet játszó észszerű várakozások mellett fontos tényező lehet a nemzetközi szerződések végrehajtásban a szokásszerűség, amelyet a *pacta sunt servanda* elv mögötti gyakorlatnak tekintethetünk, illetve ugyancsak hozzájárulhat az állam nemzetközi presztízsének létrehozására,

illetve megtartásra való törekvés. A kölcsönösség gyakorlata, továbbá a belpolitikai összefüggések is ilyen irányba hatnak. Mindezek *együtt* vezetnek oda, hogy az államok nemzetközi szerződési formában fogadják el és így egyértelműen érvényesítik kötelezettségvállalásaikat. Ez a szimbolikus érvényesítés pozitívan visszahat az államok magatartására, különösen akkor, ha sikerül világos és egyértelmű normatív parancsokat megfogalmazni, és a végrehajtás ellenőrzését biztosítani

ÚJ MAGÁNJOG SZOROZAT 16. KÖTETE

ATIPIKUS SZERZŐDÉSEK

SZERZŐ: Papp Tekla

„Jelen munkánk fókuszja a szerződési klasszifikációtól indul, és mintegy tölcserűen szűkülve, az atipikus szerződések sok szempontú tanulmányozásán keresztül jut el a timesharing-szerződéshez, amelynek kapcsán – meggyőződésünk szerint – a műben felvetett valamennyi vizsgálódási szempont és problémakör megjelenik, a heisenbergi „részben az egész” szemléletnek megfelelően. A nemzetközi és a magyar jogirodalmi előzmények feltérképezését követően a többdimenziós szerződéstípusok és a komplex szerződésekre épülő, foglalatot adó szisztéma kibontása következik. Ezután a szerző a gazdasági életben fontos funkciót betöltő, azonban a jogirodalomban némileg idegenkedve és elhanyagoltan kezelt atipikus szerződések – a fogyasztóvédelmi vonatkozású, a gazdasági társaságok létesítését és működését érintő, a szellemi tulajdonhoz kapcsolódó és a szolgáltatási jellegű atipikus szerződések – sokrétű elemzésére fókuszál. Végül pedig a timesharing-szerződés részletes taglalásában visszatükröződnek mind az értelmezési keretrendszer, mind az azon belüli kontraktuscsoport kapcsán kifejtettek, mintegy igazolva a kidolgozott szerződési struktúra alkalmazhatóságát, flexibilitását és hatékonyságát.”

Részlet a könyv bevezető gondolataiból



Ára: 6000 Ft

Megjelenés:
2019. november 13.WEBES VÁSÁRLÁS
-5%

Gombos Katalin egyetemi docens, Nemzeti Közszerződések Egyeteme (Budapest)
 Lehóczki Balázs, az Európai Unió Bírósága Kommunikációs Igazgatóságának referense
 (Luxembourg)

A tisztességtelen szerződési feltételek eltávolítása a magyarországi devizaalapú hitelszerződésekből

A devizaalapú termékekre épülő hazai lakossági hitelezési piacot jelentősen megrázta a 2008-ban kirobbant pénzügyi válság. A devizahitelezéssel összefüggő problémák össztársadalmi és nemzetgazdasági szinten jelentek meg, ezért gyorsan világossá vált, hogy jogalkotási és jogalkalmazási szinten is reagálni szükséges a felmerült problémákra. Felerősödött az uniós jogalkotásban már korábban felbukkant pénzügyi fogyasztóvédelmi szemlélet, és a tisztességtelen szerződési feltételek kezelésében nagy hangsúlyt kapott a 93/13/EGK irányelv értelmezése. A devizaalapú hitelszerződésekbe foglalt tisztességtelen szerződési feltételek eltávolításával összefüggésben szerepet vállalt az Országgyűlés, a Kúria és az Európai Unió Bírósága is, különösen a különféle árfolyamok alkalmazásának és az árfolyamkockázat viselésének kérdéseire összpontosítva.

I. Bevezetés

A 2008-ban kirobbant pénzügyi és az azt követő gazdasági válság¹ rövid idő alatt magával rántotta a kérdéses időszakban már nagyrészt a devizaalapú termékekre² épülő hazai lakossági hitelezési piacot.³ Mindennek a legfontosabb oka az volt, hogy a devizahitelek szerves részét képező árfolyamkockázat realizálódása következtében a hiteladósok egy jelentős csoportja fizetéképtelenné vált vagy súlyos törlesztési nehézségekkel találta magát szemben. Mivel a devizahitelezéssel összefüggő problémák össztársadalmi és nemzetgazdasági szinten⁴ jelentek meg, és útjában álltak az ország gazdasági recesszióból való kilábalásának⁵, így viszonylag gyorsan világossá vált, hogy a politikai és gazdasági döntéshozók nem fogják kizárólag az érintett felekre, nevezetesen a hitelintézetekre és a hiteladósokra bízni azok megoldá-

sát függetlenül attól, hogy korábban e felek a maguk között megkötött hitelszerződésekben hogyan rendelkeztek az őket az e szerződések alapján megillető jogokról és terhelő kötelezettségekről.

Ezzel párhuzamosan az is megkérdőjeleződött, hogy a devizahitel-szerződések⁶ ténylegesen megszerkesztő hitelintézetek betartották-e a rájuk vonatkozó jogszabályi előírásokat, amivel kapcsolatban a Kúria 2013-ban megállapította⁷, hogy e szerződések önmagában amiatt, hogy a kedvezőbb kamatmérték ellenében az árfolyamkockázat az adósnál jelentkezik, nem ütköznek jogszabályba, nem ütköznek nyilvánvalóan a jóerkölcsbe, nem uszorás szerződések, nem irányulnak lehetetlen szolgáltatásra és nem színlelt szerződések. Következésképpen ezen, az egész szerződés érvénytelenségét eredményező és a magyar jog által szabályozott érvénytelenségi okok csupán az árfolyamkockázat viselésének az adóra történő telepítése miatt nem hívhatók fel eredményesen a devizahitel-szerződések megtámadása céljából.

A magyar jogban azonban van egy olyan érvénytelenségi ok is, nevezetesen a fogyasztói szerződésekben alkalmazott általános szerződési feltételek és egyedileg meg nem tárgyalt szerződési feltételek tisztességtelenségének a megítélése, amelyre vonatkozó rendelkezések jelentős részben a fogyasztói szerződésekbe foglalt tisztességtel-

1 KORBA SZABOLCS: *Lakossági devizahitelek és a gazdasági válság – jogi tapasztalatok*. In: BODZÁSI BALÁZS (szerk.): *Devizahitelezés Magyarországon. A devizahitelezés jogi és közgazdasági elemzése*. Budapest, Budapesti Corvinus Egyetem, 2019. 161–211.

2 HUDECZ ANDRÁS: *Párhuzamos történetek – A lakossági devizahitelezés kialakulása és kezelése Lengyelországban, Romániában és Magyarországon*. *Közgazdasági Szemle*, LIX. évf., 2012. április (349–411.).

3 DANCÁS BÁLINT – FÁBIÁN GERGELY – FELLNER ZITA: *A devizahitelezés kialakulásának körülményei – okok és okozatok*. In: BODZÁSI (szerk.): i. m. 2019. 111–135.

4 LENTNER CSABA: *A lakossági devizahitelezés kialakulásának és konszolidációjának rendszertani vázlata*. *Pénzügyi Szemle*, 2015. 3. sz. 305–318.

5 BODZÁSI BALÁZS: *A devizahitelezés korszaka Magyarországon*. *Fontes Iuris: Az Igazságügyi Minisztérium Szakmai Folyóirata*, 1 (1). 7–17.

6 A jelen tanulmányban a „devizahitel-szerződés” fogalma magyar viszonylatban a devizában nyilvántartott kölcsönszerződéseket foglalja magában. Uniós jogi értelemben fogalma tágabb, összefoglaló elnevezésként a deviza- és devizaalapú hitelügyleteket is bele lehet érteni.

7 Ld. a Kúria 6/2013. PJE határozatát.

Tanulmány

len szerződési feltételekről szóló uniós irányelv⁸ (a továbbiakban: az irányelv) átültetése folytán kerültek a magyar jogrendszerbe, és így alkalmazásuk az uniós jog értelmezését is igényli.

II.

Az irányelv és a devizahitel-szerződések viszonyrendszere

1. Az irányelv személyi hatálya

Az irányelv alkalmazhatóságát a devizahitel-szerződésekből eredő jogviszonyokra az tette lehetővé, hogy az ilyen szerződések adós oldalán jelentős részben magánszemély fogyasztók álltak, akik számára az irányelv biztosítani kívánja, hogy a tevékenységüket hivatásszerűen végző szolgáltatókkal kialakított szerződéses kapcsolataikban annak ellenére ne kényszerüljenek alárendelt szerepre, hogy e szolgáltatók gazdasági erőforrásai és érdekérvényesítő képességei jelentősen meghaladják a fogyasztók ez irányú lehetőségeit.

Az irányelv értelmében *fogyasztónak azok a természetes személyek minősülnek, akik az irányelv hatálya alá tartozó szerződések keretében olyan célból járnak el, amely kívül esik saját szakmájuk, üzleti tevékenységük vagy foglalkozásuk körén.* Ebből következően az irányelv személyi hatálya nem terjed ki az olyan devizahitel-szerződésekre, amelyekben a hitelfelvevő nem természetes, hanem jogi személy, például ilyen szerződéseket kötő gazdasági társaság vagy önkormányzat.

Márpedig, amint azt a továbbiakban majd látni fogjuk, a devizahitel-szerződések uniós jognak való megfeleléségének a kérdése szinte kizárólag az irányelvvel összefüggésben jelent meg, ami annyit jelent, hogy *a fogyasztónak nem minősülő személyek által kötött devizahitel-szerződések jogszerűségének problémaköre mindeddig az uniós jog hatókörén kívül maradt, és annak vizsgálatára egyedül a nemzeti jog alapján kerülhetett sor.*

A nemzeti jogalkotónak ugyanis természetesen lehetősége van arra, hogy az uniós jog alapján a fogyasztókat megillető védelmet részben vagy egészben más személyek számára is biztosítsa. A magyar jog e tekintetben a tisztességtelen általános szerződési feltételek alkalmazása által sújtott, fogyasztónak nem minősülő személyek részére lehetőséget nyújt arra, hogy e feltételeket bírósági úton támadják meg⁹.

2. Az irányelv által biztosított védelem célja

Az, hogy a magyarországi devizahitelezés problémaköre, amely jelentős részben belföldi lakóhellyel rendelkező magyar állampolgárok és magyarországi székhelyű hitelintézetek közötti olyan jogviták összességéből állt össze, amelyek nem érintik az uniós jogból eredő valamely alapszabadság gyakorlásának korlátozását, egyáltalán az uniós jog hatókörébe kerülhetett, annak köszönhető, hogy az uniós jogalkotó az irányelv megalkotásával még a '90-es évek elején részleges harmonizáció alá vonta a fogyasztói szerződésekbe foglalt tisztességtelen szerződési feltételek alkalmazása elleni küzdelmet¹⁰. E *jogharmonizáció* mozgatórugója ugyan az volt, hogy a különböző tagállamokban szerződéseket kötő *fogyasztók minden tagállamban azonos szintű védelemben részesüljenek*¹¹, gyakorlati hatása azonban messzebbre ment ennél a célkitűzésnél, hiszen azok a fogyasztók is az így biztosított védelem hatálya alá kerültek, akik többnyire csak az állampolgárságuk szerinti tagállamban kötnek szerződéseket. Ez utóbbi esetekben az irányelv a fogyasztót valójában nem kizárólag az egyes tagállami jogok közötti eltérésekből adódó nehézségektől védi, hanem azt is biztosítja számára, hogy a saját tagállamában a nemzeti fogyasztóvédelmi jogszabályok és az e területen kialakult jogalkalmazási gyakorlat minimálisan az uniós tagállamok többsége által szükségesnek és elégségesnek tartott védelmi szintet nyújtsák.¹²

Az uniós jogalkotó az irányelv elfogadásával tehát meghatározta a tagállamok számára a fogyasztói szerződésekbe foglalt tisztességtelen szerződési feltételek területén alkalmazandó *minimumszabályokat*, feljogosítva ugyanakkor a tagállamokat arra, hogy az irányelv által szabályozott területen elfogadjanak vagy hatályban tartsanak a Szerződéssel összhangban lévő szigorúbb rendelkezéseket annak érdekében, hogy a fogyasztóknak magasabb szintű védelmet biztosítsanak.

3. A tisztességtelen szerződési feltétel fogalma

A tisztességtelen szerződési feltétel az uniós jog szerinti fogalmának meghatározása előtt fontos hangsúlyozni, hogy az *irányelv kizárólag a fogyasztói szerződések egyedileg meg nem tárgyalt rendelkezéseire vonatkozik*, azaz azokra a rendelkezésekre, amelyek tartalmának kialakítására a fogyasztónak semmilyen ráhatása nem volt. Természetesen magából a fogyasztói szerződések jellegéből adó-

8 A fogyasztókkal kötött szerződésekben alkalmazott tisztességtelen feltételekről szóló, 1993. április 5-i 93/13/EGK tanácsi irányelv.

9 FAZEKAS JUDIT: *Gondolatok a devizaalapú hitelszerződések jogi háttéréről és a tisztességtelen általános szerződési feltételek érvénytelenségéről*. Jog, állam, politika 2016. 4. sz. 73–96.

10 Ld. az Európai Bíróság a C-483/16. sz. Sziber-ügyben 2018. május 31-én meghozott ítéletének 56–59. pontjait.

11 Ld. különösen az irányelv 6., 9. és 10. preambulumbekendéseit.

12 TEBELI IZABELLA: *A pénzügyi fogyasztóvédelem előtérbe kerülése a devizahitelek által okozott stresszhelyzetben*. In: BODZÁSI (szerk.): i. m. 2019. 351–372.

dik, hogy az azokba foglalt szerződési feltételek túlnyomó többsége egyedileg meg nem tárgyalta feltétel¹³.

Az irányelv alapján az egyedileg meg nem tárgyalta szerződési feltétel abban az esetben tekintendő tisztességtelen feltételnek, ha a *jóhiszeműség követelményével ellentétben* a felek szerződésből eredő jogaiban és kötelezettségeiben *jelentős egyenlőtlenséget idéz elő* a fogyasztó kárára. Az uniós jogalkotó a „jóhiszeműség követelménye”, valamint a „jelentős egyenlőtlenség” fogalmának értelmezésével kapcsolatos nehézségek feloldása érdekében egy *mellékletet* fűzött az irányelvhez, amelyben jelzésszerűen, azaz *nem kimerítő jelleggel felsorolásra kerültek* a nemzeti jogalkalmazó által *tisztességtelennek tekinthető feltételek*. E feltételek a magyar jogban is megjelennek, mégpedig a tisztességtelen, illetve az ellenkező bizonyításig tisztességtelennek tekintendő szerződési feltételeket szintén jelzésszerűen felsoroló fekete és szürke listák tartalmának részeként¹⁴.

Az említett feltételek közül a devizahitelezés problémaköréhez az áll a legközelebb, amely a szerződésben feltüntetett és érvényes indok nélkül feljogosítja a hitelintézeteket a szerződési feltételek egyoldalú megváltoztatására¹⁵. Ugyanakkor a szóban forgó szerződési feltételnek az említett mellékletben való szerepeltetésével összefüggésben maga az irányelv pontosítja, hogy az *egyoldalú szerződésmódosítás tilalma nem akadályozza azoknak a feltételeknek az alkalmazását*, amelyek szerint a pénzügyi szolgáltatások nyújtója fenntartja a jogát a fogyasztó által fizetendő vagy őt megillető kamatláb vagy a pénzügyi szolgáltatások nyújtásáért fizetendő bármilyen más összeg értesítés küldése nélküli megváltoztatására, ha erre *érvényes indoka van*. A pénzügyi szolgáltatások nyújtója azonban az említett változtatásokról köteles a másik szerződő felet vagy feleket a lehető legrövidebb időn belül *értesíteni*, akik emellett jogosulttá válnak a *szerződés azonnali hatállyal történő felmondására* is.

Hasonlóképpen, a devizahitel-szerződések szempontjából releváns, és az *irányelv által tiltott feltételnek minősülnek* azok is, amelyek *tárgya vagy hatása az, hogy engedélyezik a szolgáltatás nyújtójának, hogy egyoldalúan megemelje az árait* anélkül, hogy ennek megfelelő jogot biztosítanának a fogyasztó számára a szerződés felbontására abban az esetben, ha a megemelt ár lényegesen magasabb annál, mint amiben a szerződés megkötésekor megállapodtak.¹⁶ Az irányelv azonban *nem akadályozza árinдексálási záradékok alkalmazását*, amennyiben azok megengedettek és az *árváltoztatási módszerről egyértelmű leírás áll rendelkezésre*.

13 A tisztességtelen szerződési feltételek bírói gyakorlatáról ld. SIMON KÁROLY LÁSZLÓ: *A tisztességtelen szerződési feltételek vizsgálatának hazai bírói gyakorlata a devizahiteles perekben*. Európai Tükör 2019 (megjelenés alatt).

14 A 2013. évi V. törvény (Ptk.) 6:104. §.

15 Az irányelv melléklete 1. pontjának j) alpontja.

16 Az irányelv melléklete 1. pontjának l) alpontja.

Végül fontos hangsúlyozni azt is, hogy nem tartoznak az irányelv hatálya alá a jogszabályi rendelkezéseken alapuló szerződési feltételek, mivel az uniós jogalkotó feltételezi, hogy az ilyen rendelkezések nem tartalmaznak tisztességtelen feltételeket.

4. A szerződés elsődleges tárgyának meghatározására vonatkozó feltételekre alkalmazandó különleges szabályok

A devizahitel-szerződések megtámadásával összefüggésben kiemelt jelentőséggel bír az irányelv azon szabálya, amelynek értelmében a *feltételek tisztességtelen jellegének megítélése nem vonatkozik sem a szerződés elsődleges tárgyának a meghatározására, sem pedig az ár vagy díjazás megfelelésére az ellenértékként szállított áruval vagy nyújtott szolgáltatással, amennyiben ezek a feltételek világosak és érthetőek*.

Miután a devizahitel-szerződések legismertebb jellemzője, azaz az *árfolyamkockázatnak a fogyasztóra való hártása a szerződés elsődleges tárgyának a meghatározására vonatkozott*, így e jellemző csak abban az esetben kerülhetett az irányelv alkalmazási körébe, ha az e kockázatot a fogyasztóra telepítő feltételt az érintett hitelintézetek nem határozták meg világosan és érthetően.

A szerződés elsődleges tárgyának a meghatározására vonatkozó feltételek esetében tehát a *világosság és az érthetőség követelménye* tiszteletben tartásának a vizsgálata egy *szűrési mechanizmust* képez az irányelv alkalmazhatósága szempontjából. Ha a kérdéses feltételeket *világosan és érthetően fogalmazták meg, akkor azokra az irányelv nem alkalmazható*, kivéve, ha az érintett tagállam az irányelv rendelkezéseinél szigorúbb nemzeti szabályok elfogadásával kifejezetten ennek az ellenkezőjét írja elő. Magyarország azonban az irányelv szóban forgó rendelkezésével összefüggésben nem fogadott el az irányelv szabályainál a fogyasztót szigorúbban védő előírásokat tartalmazó nemzeti jogszabályokat.

Mindazonáltal, amennyiben a szerződés elsődleges tárgyának meghatározására vonatkozó feltételt *nem fogalmazták meg világosan és érthetően*, úgy mindez az irányelv alapján *még nem vezet közvetlenül el az e feltétel tisztességtelenségének kimondásához*, hiszen ez utóbbi megállapításához szükséges annak deklarációja is, hogy a szóban forgó *feltétel a jóhiszeműség követelményével ellentétben a felek szerződésből eredő jogaiban és kötelezettségeiben jelentős egyenlőtlenséget idéz elő a fogyasztó kárára*.¹⁷

17 Ld. a Bíróság a C-118/17. sz. Dunai-ügyben 2019. március 14-én meghozott ítéletének 49. pontját.

Tanulmány

5. Valamely szerződési feltétel tisztességtelensége megállapításának a jogkövetkezményei

Az irányelv értelmében a fogyasztókkal kötött szerződésekben az eladó vagy szolgáltató által alkalmazott *tisztességtelen feltételek* a saját nemzeti jogszabályok rendelkezései szerint *nem jelentenek kötelezettséget a fogyasztóra nézve*, és ha a szerződés a tisztességtelen feltételek kihagyásával is teljesíthető, a szerződés változatlan feltételekkel továbbra is köti a feleket.

Miután a devizahitel-szerződések szerves részét képező árfolyamkockázatnak a fogyasztóra való telepítéséről szóló szerződési feltétel a szerződés elsődleges tárgyának a meghatározására vonatkozik, ami miatt e feltétel kihagyásával főszabály szerint a szerződés nem teljesíthető, az irányelv értelmezésére felhatalmazással rendelkező Európai Bíróságra (a továbbiakban: a „Bíróság”) hárult annak a megvizsgálása, hogy lehetőséget kell-e adni a jogalkalmazónak arra, hogy a megsemmisített szerződéses rendelkezést a szerződés teljesíthetőségének a fogyasztó érdekében történő fenntartása céljából valamiféleképpen pótolja. A Bíróság ugyanis a korábbi ítélezési gyakorlatában kimondottan megtiltotta a nemzeti bírónak, hogy a tisztességtelenség miatt megsemmisített kikötés helyére a szerződés egészének a megmentése érdekében egy új feltételt illesszenek be a szerződésbe, mivel egy ilyen gyakorlat nem bírna kellő visszatartó erővel a tisztességtelen szerződési feltételeket alkalmazni kívánó szolgáltatókkal szemben¹⁸. Ilyen esetekben ugyanis a jogellenesen eljáró szolgáltatót sújtó legsúlyosabb szankció csupán az lenne, hogy a tisztességtelenség vizsgálata során megbukott szerződési feltétel helyébe az eljáró bíró építene be egy új, jogszabályszerű feltételt a szerződésbe, és így e szolgáltató nem lenne kitéve annak a kockázatnak, hogy a jogszerűtlen magatartása miatt az egész szerződés érvénytelené válik.

A szerződés érvénytelenné nyilvánítsa adott esetben ugyanakkor nemcsak a szolgáltató, hanem a fogyasztó számára is hátrányos lehet, ami szükségessé tette, hogy a Bíróság pontosítsa az említett ítélezési gyakorlatát. Emellett a Bíróság értékelésére várt az a helyzet is, amikor maga a jogalkotó tölti meg új tartalommal a devizahitel-szerződéseknek a tisztességtelenség vizsgálata során elbukott kikötéseit.

6. A devizahitel-szerződések jogszerűségének vizsgálata szempontjából az irányelven kívül szóba jöhető más uniós jogszabályok

Jóllehet a devizahitel-szerződések az uniós jognak való megfelelésével összefüggő jogviták szinte mindegyi-

ke az irányelv értelmezésével volt kapcsolatos, azokra elméletileg az uniós jog más rendelkezései is alkalmazhatók voltak.

6.1. A fogyasztói hitel-megállapodásokról szóló irányelv

Ezek egyike a fogyasztói hitel-megállapodásokról szóló irányelv¹⁹, amely a fogyasztói szerződésekre általánosan leggel alkalmazandó irányelvtől eltérően *kizárólag a fogyasztókkal kötött hitelmegállapodásokat érinti*. Szembetűnő különbség még a két jogszabály között, hogy amíg az irányelv az olyan szerződéses kikötések meghatározására törekszik, amelyek nem kerülhetnek be egy fogyasztói szerződésbe, addig a fogyasztói hitel-megállapodásokról szóló irányelv, éppen ellenkezőleg, azokat az *információkat kívánja felsorolni*, amelyeket az ilyen megállapodásoknak, vagy az azok megkötésére felhívó reklámoknak *mindenképpen tartalmazniuk kell*. Ezen információk közé tartozik különösen a *hitelkamatláb és a teljeshiteldíj-mutató*. Emellett a hitelezők kötelesek megfelelő *magyarázatokat nyújtani* a fogyasztók számára annak biztosítása érdekében, hogy a fogyasztók igényeiknek és pénzügyi helyzetüknek megfelelő hitelmegállapodást köthessenek, továbbá kötelesek a fogyasztók fizetőképességét értékelni a hitelmegállapodás aláírása előtt.

A fogyasztói hitel-megállapodásokról szóló irányelv *tárgyi hatálya alól azonban ki vannak zárva* az olyan hitelmegállapodások, amelyek *fedezete ingatlanfedezetű jelzálog* vagy a tagállamokban az ingatlanokra általánosan alkalmazott *más hasonló biztosíték* vagy az *ingatlanokhoz kapcsolódó valamely jog*, illetve amelyeket föld vagy ingatlan szerzése céljából kötöttek. Következésképpen ezen irányelv nem alkalmazható a fogyasztói devizahitel-szerződésekkel kapcsolatos problémák szempontjából kiemelkedő jelentőséggel bíró azon megállapodásokra, amelyeknél a kölcsön nyújtására ingatlanvásárlás finanszírozása céljából, az adós által megvásárolt ingatlanra egyidejűleg jelzálogjog telepítése mellett került sor.

A Bírósághoz mindenesetre a Budai Központi Kerületi Bíróságtól érkezett olyan előzetes döntéshozatal iránti kérelem²⁰, amelyben a magyar bíróság azon az alapon kérdőjelezte meg a devizahitel-szerződéseknek az árfolyamkockázatot az adósra telepítő feltételének jogszerűségét, hogy a hitelintézet az árfolyamkockázatot nem vonta be a hitelképességi vizsgálat hatókörébe, illetve hogy az e kockázatból adódó potenciális költségek nem lettek figyelembe véve a teljeshiteldíj-mutató meghatározásánál. A Bíróság azonban a kérdéses ügy ezen összefüggéseit végül *érdemben nem vizsgálta* meg, mivel úgy találta, hogy a

18 Ld. a Bíróság a C-618/10. sz. Banco Español de Crédito SA ügyben hozott ítéletének 69–73. pontjait.

19 A fogyasztói hitel-megállapodásokról és a 87/102/EGK tanácsi irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló, 2008. április 23-i 2008/48/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv.

20 A C-227/18. sz. VE ügy.

magyar bíróság nem kellő mértékben fejtette ki a számára a szóban forgó kérdések eldöntéséhez elengedhetetlenül szükséges ténybeli és jogi elemeket.

6.2. A lakóingatlanokhoz kapcsolódó fogyasztói-hitel-megállapodásokról szóló irányelv

Az uniós jogalkotó 2014-ben, részben a devizahitelezéssel összefüggésben kialakult problémákra válaszul, a lakóingatlanokhoz kapcsolódó fogyasztói-hitel-megállapodásokról szóló irányelv²¹ elfogadásával az ilyen hitelmegállapodásokat is bevonta az uniós fogyasztóvédelmi jog hitelviszonyokat szabályozó rendelkezéseinek védőernyője alá, és a devizahitel-szerződésekkel együtt járó árfolyamkockázattal kapcsolatban néhány, nem túl nehezen teljesíthetőnek tűnő kötelezettséget telepített a hitelintézetekre.

6.3. A pénzügyi eszközök piacairól szóló irányelv

További ilyen, a devizahitel-szerződések értékelése szempontjából elvi szinten szóba jövő jogszabály az e szerződések szerves részét képező árfolyamkockázat realizálásának a tőkepiaci folyamatoktól való függősége miatt a pénzügyi eszközök piacairól szóló irányelv²² volt, amely az e piacokon befektetési szolgáltatások nyújtását végző gazdasági szereplők számára kötelezővé teszi, hogy felmérjék az általuk értékesített szolgáltatásnak az adott ügyfél tekintetében való alkalmasságát és megfelelőségét. A Ráckevei Járásbíróságról érkezett Banif Plus Bank ügyben azonban a Bíróság kimondta²³, hogy a devizaalapú kölcsönök bizonyos típusainak részét képező árfolyamműveletek csupán kiegészítő tevékenységnek tekinthetők a kölcsön rendelkezésére bocsátásához és törlesztéséhez képest, és így az ilyen műveletek a kölcsön adósa megbízásából történő elvégzése nem tekinthető befektetési szolgáltatásnak. A Bíróság ennél fogva megállapította, hogy e műveletek nem tartoznak a befektetők védelmére vonatkozó uniós jogi szabályok hatálya alá.

A Bíróság döntése ellenére a devizahitelezés befektetési szolgáltatásnyújtásként való értékelésének relevanciájával kapcsolatban érdemes megjegyezni, hogy az osztrák bankfelügyelet már egy 2006-os közleményében megál-

lapította, hogy valamennyi devizaalapú hitel végső soron nem más, mint devizaspekulációs ügylet²⁴.

6.4. A fogyasztókkal szemben folytatott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokról szóló irányelv

A fogyasztókkal szemben folytatott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokról szóló irányelv²⁵ értelmében egy kereskedelmi gyakorlat tisztességtelennek tekinthető, ha ellentétes a szakmai gondosság követelményeivel és jelentősen torzíthatja az átlagfogyasztó gazdasági magatartását. Ezen irányelv a különösen tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok két egyedi kategóriáját határozza meg: a megtévesztő kereskedelmi gyakorlatokat és az agresszív kereskedelmi gyakorlatokat, melyek közül az előbbi bírhat potenciális jelentőséggel a devizahitelek szempontjából. Egy kereskedelmi gyakorlat megtévesztőnek minősül, amennyiben hamis vagy valótlan információt tartalmaz, vagy ha az alapvetően helytálló információ félrevezetheti az átlagfogyasztót, valamint, ha arra készteti a fogyasztót, hogy olyan ügyleti döntést hozzon, amelyet egyébként nem hozott volna meg. Megtévesztő kereskedelmi gyakorlatról beszélünk különösen, ha a kereskedő hamis vagy félrevezető információkkal látta el a fogyasztót a termék lényeges tulajdonságaival kapcsolatban, ideértve a termékkel együtt járó előnyöket és kockázatokat.

Annak ellenére, hogy a fogyasztók nem megfelelő információkkal való ellátásának a kérdése a devizahitelezés problémakörével összefüggésben is felmerült, a nemzeti bíróságok a mai napig még nem kérték a Bíróságtól a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokról szóló irányelvnek e problémakör vonatkozásában történő értelmezését.

III.

A magyar bíróságok és a Bíróság közötti párbeszéd a devizahitelezés kérdésében

1. A nemzeti bíróságok és a Bíróság közötti hatáskörmegosztás az irányelv alkalmazása és értelmezése tekintetében

Az uniós irányelvek, pontosabban az azoknak a nemzeti jogba való átültetésére elfogadott nemzeti jogszabályok alkalmazása a nemzeti bíróságok, magának az irányelvnek az értelmezése vagy az uniós jog valamely magasabb rangú jogszabályával való összhangjának a megvizsgálá-

21 A lakóingatlanokhoz kapcsolódó fogyasztói-hitel-megállapodásokról, valamint a 2008/48/EK és a 2013/36/EU irányelv és az 1093/2010/EU rendelet módosításáról szóló, 2014. február 4-i 2014/17/EU európai parlamenti és tanácsi irányelv.

22 A pénzügyi eszközök piacairól, a 85/611/EGK és a 93/6/EGK tanácsi irányelv, és a 2000/12/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv módosításáról, valamint a 93/22/EGK tanácsi irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló, 2004. április 21-i 2004/39/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (már nem hatályos).

23 A Bíróságnak a C-312/14. sz. Banif Plus Bank Zrt. ügyben 2015. december 3-án meghozott ítélete.

24 BODZÁSI i. m. 8.

25 A belső piacon az üzleti vállalkozások fogyasztókkal szemben folytatott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatairól, valamint a 84/450/EGK tanácsi irányelv, a 97/7/EK, a 98/27/EK és a 2002/65/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvek, valamint a 2006/2004/EK európai parlamenti és tanácsi rendelet módosításáról szóló, 2005. május 11-i 2005/29/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv.

Tanulmány

sa pedig a Bíróság feladata. Mindez az irányelv vonatkozásában különösen annyit jelent, hogy az abban meghatározott helyzetek (például, hogy valamely feltétel tisztességtelen-e, vagy hogy a szerződés elsődleges tárgyának meghatározása során tiszteletben tartották-e a világosság és érthetőség követelményét) fennállásának a megállapítására *kizárólag a nemzeti bíróságok jogosultak*. Ugyan a nemzeti bíróságok megkeresésére a Bíróság alkalmanként a tagállamokban felmerült jogviták egészen konkrét kérdéseivel kapcsolatban is adhat és gyakran ad is az egyéges jogalkalmazást szolgáló *iránymutatásokat*²⁶, de még ilyenkor sem helyettesítheti a nemzeti bíróságot a jogalkalmazási feladatainak elvégzésében.

Az *irányelvek rendelkezéseinek értelmezése területén viszont a Bíróságot kizárólagos hatáskör* illeti meg, ami nem csak annyit jelent, hogy egyedül a luxembourgi bírói testület végezhet ilyen értelmezési tevékenységet, hanem azt is, hogy az *uniós bírák döntései kötelező erővel bírnak mind a nemzeti bíróságok, mind pedig a nemzeti jogalkotó számára*. A Bíróság jogértelmezési kérdésekben hozott döntései tehát lényegében az uniós jog részét képezik, és azok tényleges alkalmazását a tagállamok gyakorlatilag ugyanúgy kötelesek biztosítani, mint az uniós jogszabályok esetében.

2. A magyar bíróságok és a Bíróság közötti párbeszéd a devizahitelezés kérdésében való felerősödésének okai

Az, hogy a magyar bíróságok a devizahitelezés kérdésében nagy számban fordultak a Bírósághoz az irányelv értelmezését kérve²⁷, több tényezőre vezethető vissza. Egyrészt a nemzeti bíróságok és a Bíróság hatáskörei között az irányelv alkalmazása és értelmezése tekintetében meghúzott határvonal képlékeny, azaz sokszor *nem egyértelmű*, hogy egy adott ügyben a nemzeti bíróság elé került jogalkalmazási feladat elvégzése nem igényel-e a Bíróság hatáskörébe tartozó jogértelmezést is. Márpedig egy adott ügyben végső fokon eljáró bíróságoknak ilyen helyzetekben a Bírósághoz kell fordulniuk.

Az alsóbb fokú nemzeti bíróságokat pedig többek között az ösztönözheti a Bíróság megkeresésére, ha *szembe kívánnak menni valamely nemzeti felsőbírósági döntéssel*, és ehhez keresik az uniós bírák támogatását. Erre több esetben volt példa a magyar devizahitelügyekben is²⁸.

A devizahitelezéssel kapcsolatban a Bíróság elé került magyar ügyek nagy számát az is magyarázza, hogy a magyar bíróságok által figyelembe veendő *jogszabályi és jogalkalmazási rendelkezések folyamatosan változtak*, ami az-

zal a következménnyel járt, hogy szinte állandóan keletkeztek olyan döntési helyzetek, amelyek az irányelv értelmezését tették szükségessé.

3. A Kúria és a Bíróság közötti párbeszéd jelentősége a devizahitelezés kérdésében

A nemzeti jogalkalmazási rendszer működésének szempontjából a Kúria és a Bíróság közötti *dialogus* jelentősége két tekintetben is megmutatkozik. Egyrészt a Kúria a magyar bírósági hierarchiában meglévő helyénél és szerepénél fogva *érzékeli*, ha valamely, az uniós jogot érintő kérdésben az alsóbb fokú bíróságok körében *jogértelmezési bizonytalanság és ezzel együtt eltérő jogalkalmazási gyakorlat* alakul ki. Ilyen esetekben, amennyiben a Kúria szerint is fennáll e bizonytalanság, úgy e bírói fórum a Szerződés alapján köteles arra, hogy előzetes döntéshozatali eljárást kezdeményezzen.

Másrészt a Bíróság előtt a Kúria vagy akár alsóbb fokú bíróságok által kezdeményezett eljárás befejeződése után a *Kúria feladata, hogy iránymutatásokkal segítse az alsóbb fokú bíróságokat az uniós bírák döntéséből eredő követelményeknek az e bíróságok előtt folyó konkrét eljárásokban való alkalmazásával kapcsolatban*²⁹.

IV. A Kásler-ügy

1. A Kásler-ügy előzménye

A devizahitelezéssel összefüggésben a *Kásler-ügy*³⁰ volt az első, amelyben a Kúria előtt olyan, az irányelv értelmezésével kapcsolatos lényegi kérdések merültek fel, amelyek szükségessé tették a Bíróság megkeresését. Miközben ugyanis a devizahitelezés témakörében folyó társadalmi és gazdasági viták fő témája továbbra is a devizahitel-szerződések az árfolyamkockázat viselésének a terhét az adósokra hárító rendelkezései voltak, a magyar bíróságok előtt időközben megindított jogi eljárásokban világossá vált, hogy e szerződéseknek az esetek túlnyomó többségében nem is az árfolyamkockázatra vonatkozó kikötései aggályosak jogi szempontból. Különösen az *árfolyamrés alkalmazása, valamint a szerződések a hitelintézetek általi egyoldalú módosításának lehetősége*³¹ vetett fel azzal kapcsolatos kérdéseket, hogy e gyakorlatok összhangban vannak-e az irányelv rendelkezéseivel.

26 Ld. a Bíróság a C-51/17. sz. OTP Bank és OTP Faktoring ügyben hozott ítéletének 72. pontját.

27 A mai napig 16, a devizahitelezést érintő előzetes döntéshozatal iránti kérelmet terjesztettek a magyar bíróságok a Bíróság elé.

28 Ld. például a C-118/17. sz. Dunai-ügyet a Bíróságra küldő bíró által az utalás okaival kapcsolatban előadottakat.

29 A joggyakorlatban felmerült legfontosabb kérdések joggyakorlati tapasztalatairól ld: VEZEKÉNYI URSULA: *A fogyasztói deviza alapú hitelezéssel összefüggő perekben felmerült jogkérdésekről és az ezekből levonható tanulságokról*. In: BODZÁSI i. m. 2019. 373–399.

30 A C-26/13. sz. Kásler-ügy.

31 Ld. a C-483/16. sz. Sziber-ügyben 2018. május 31-én meghozott ítélet 25. pontját.

2. Az árfolyamrész alkalmazását előíró feltételek tisztességtelenségének vizsgálata

Amint az fentebb már ismertetésre került, az irányelv értelmében a feltételek tisztességtelen jellegének megítélése nem vonatkozik sem a szerződés elsődleges tárgyának a meghatározására, sem pedig az ár vagy díjazás megfelelésére az ellenértékként szállított áruval vagy nyújtott szolgáltatással, amennyiben ezek a feltételek világosak és érthetőek. Márpedig különösen a hitel nyújtásakor és törlesztésekor figyelembe veendő árfolyamfajták eltéréseiből adódó és a bankok által nyereségszerzési forrásként tekintett árfolyamrész alkalmazásával összefüggésben felmerült, hogy e gyakorlat az említett egyik vagy másik formában beleeshet az irányelv a saját tárgyi hatályát szűkítő rendelkezéseinek a hatókörébe.

Mindezzel összefüggésben a Kúria először is azt szeretne volna megtudni a Bíróságtól, hogy a devizahitel-szerződésekben az árfolyamrészre vonatkozó szerződési feltételek tisztességtelenségének vizsgálata kizárható-e abból az okból, hogy e feltételek a szerződés elsődleges tárgyának a meghatározására, vagy az ár vagy díjazás az ellenértékként szállított áruval, vagy nyújtott szolgáltatással való megfelelésére vonatkoznak. Emellett a Kúria a szerződési feltételek világossága és érthetősége kritériumainak tartalmával kapcsolatban is iránymutatást kért a Bíróságtól.

A Kásler-ügyben meghozott ítéletében³² a Bíróság mindenekelőtt megállapította, hogy az árfolyamrész alkalmazását előíró feltételek nem vonatkoznak az árnak vagy a díjazásnak az ellenértékként szállított áruval vagy nyújtott szolgáltatással való megfelelésére, illetve, hogy a magyar bíróságok feladata annak eldöntése, hogy azok a szerződés elsődleges tárgyának a meghatározására irányulnak-e.³³ A Kúria a Gfv. VII. 30.160/2014/S. számú határozatában³⁴ úgy foglalt állást, hogy a devizaalapú kölcsönszerződések egyik lényegadó sajátossága, hogy az adós az adott időszakban irányadó forintkölcsönnél kedvezőbb kamatmérték mellett devizában adósodott el.³⁵ Főszolgáltatásnak minősül ezért a kölcsön összege, annak devizaneme, a szerződésben meghatározott mértékű kamat, költség és díj. Nem tartoznak azonban e fogalomba az átszámítási árfolyamok meghatározására vonatkozó szerződéses rendelkezések, mert azok technikai, járulékos jellegű szabályok, függetlenül attól, hogy az átszámítási árfolyamok meghatározása szükséges a szerződés teljesítéséhez, akár oly módon, hogy azt a szerződés maga tartalmazza, vagy annak hiányában azt irányadónak tekintendő törvényi diszpozitív szabályok rendezik. Az átszámításra vonatkozó rendelkezések

zések járulékos jellegén nem változtat az sem, hogy azok a fogyasztó számára költségként jelentkeznek³⁶.

3. A szerződés továbbélése a tisztességtelen feltétel elhagyása esetén

A Kúria az irányelv azon rendelkezésével kapcsolatban is iránymutatást kért az uniós bíráktól, amely szerint a fogyasztókkal kötött szerződésekben az eladó vagy szolgáltató által alkalmazott tisztességtelen feltételek saját nemzeti jogszabályok rendelkezései szerint nem jelentenek kötelezettséget a fogyasztóra nézve, és ha a szerződés a tisztességtelen feltételek kihagyásával is teljesíthető, a szerződés változatlan feltételekkel továbbra is köti a feleket. Egészen pontosan a magyar bíróság arra volt kíváncsi, hogy amennyiben a szerződés a tisztességtelen feltétel elhagyása esetén nem teljesíthető, a nemzeti bíróság jogosult-e azt valamilyen módon módosítani vagy kiegészíteni.

A Bíróság e kérdést illetően úgy határozott, hogy az elé került jogvita sajátosságaira tekintettel *szükséges eltérnie azon korábbi ítélkezési gyakorlatától*³⁷, amelynek értelmében a nemzeti bíróság főszabály szerint csak a tisztességtelen szerződési feltétel érvénytelenségének kimondására jogosult, de az érvénytelenné vált feltételt nem helyettesítheti más, általa megfelelőnek tartott kikötéssel.

Ezzel összefüggésben a Bíróság megállapította, hogy *abban az esetben, ha a tisztességtelen feltétel elhagyása esetén teljesíthetlenné válik a szerződés, az irányelvvel nem ellentétes, hogy a nemzeti bíróság a megtámadott feltételt a fogyasztó védelme érdekében a nemzeti jog valamely diszpozitív rendelkezésével helyettesítse. E megoldás ugyanis lehetővé teszi az irányelv céljának elérését, amely többek között a felek közötti egyenlőség helyreállítására irányul, a lehető legnagyobb mértékben fenntartva ugyanakkor a szerződés egészének érvényességét.*

A Bíróság e tekintetben hangsúlyozta, hogy ha nem volna megengedett az ilyen helyettesítés, és a nemzeti bíróságnak meg kellene semmisítenie a szerződést, úgy *veszélybe kerülne a megsemmisítés szankciójából eredő visszatartó erő, valamint a fogyasztóvédelemre irányuló cél. A megsemmisítésnek ugyanis az lenne a következménye, hogy a visszafizetendő teljes fennmaradt kölcsönösszeg esedékessé válna. Márpedig ez meghaladná a fogyasztó pénzügyi képességeit, és ezért jobban büntetné őt, mint a hitelezőt, aki e következményre tekintettel lehetséges, hogy nem lenne annak elkerülésére ösztönözve, hogy ilyen kikötéseket illesszen a szerződéseibe.*

32 2014. április 30-i ítélet.

33 PAPP MÓNKA: *Kivel szemben tisztességtelen? Gondolatok az európai uniós fogyasztói képről és az Európai Unió Bírósága által biztosított fogyasztóvédelem szintjéről.* Versenytükör. 2016. 1. sz. 28–37.

34 Ld. EBH 2014.8.

35 6/2013. PJE határozat 1. pontjában meghatározta.

36 A Kúria ugyanakkor megjegyezte azt is, hogy ha az átszámítási árfolyamok meghatározása a szerződésben a főszolgáltatás részét képezné, annak tisztességtelensége ez esetben is vizsgálható lenne, figyelemmel, a Bíróságnak a világos, érthető megfogalmazás követelményére vonatkozó iránymutatására (C-26/13. sz. Kásler-ügy 74–75. pontok).

37 Ld. különösen a Bíróság C-618/10. sz. Banco Español de Crédito SA ügyben hozott ítéletének 69–73. pontjait.

Tanulmány

VII. A Bíróságnak az Andriciuc-ügyben hozott ítélete

1. A devizahitelezés tárgyában más uniós tagállamokból az Európai Bíróságra érkezett ügyek

Miután a devizahitelezés nem kizárólag magyarországi jelenség volt, hanem e banki gyakorlat széles körben elterjedt más olyan közép- és kelet-európai uniós tagállamokban is, amelyek még nem léptek be az euróövezetbe, így nem meglepő, hogy e tagállamokból³⁸ is megkeresések érkeztek a Bíróságra e kérdéskörrel kapcsolatban.

A devizahitelezés magyarországi problematikája szempontjából ezen ügyeknek az a jelentősége, hogy az azokban született ítéletek ugyanúgy kötelező erővel bírnak a magyar bíróságokra, valamint a magyar jogalkotóra is, mint a Magyarországról érkezett hasonló ügyekben született döntések.

2. Az Andriciuc-ügy: a világosság és az érthetőség követelménye az árfolyamkockázatot a fogyasztóra hárító szerződési feltétellel kapcsolatban

2.1. Az Andriciuc-ügy ténybeli háttere és az abban felmerült jogi kérdés

Az árfolyamkockázattal kapcsolatos első ügy a Romániából érkezett *Andriciuc-ügy*³⁹ lett, amelynek előzményeként devizahitel-adósok azt kifogásolták, hogy a hitel felvételekor a bank őket kizárólag a devizában való eladósodás előnyeiről tájékoztatta, de *nem adott számukra felvilágosítást az ily módon történő hitelfelvétel kockázatairól, valamint e kockázatok bekövetkezésének valószínűségéről*. Márpedig e hiteladósok szerint egy ilyen banki gyakorlat fényében megállapítható, hogy az árfolyamkockázat viselésének meghatározása, mint a szerződés elsődleges tárgya vonatkozásában nem teljesült a világosság és az érthetőség követelménye, ami egyrészt azzal a következménnyel jár, hogy vizsgálhatóvá válik a szóban forgó kockázat viselését a fogyasztóra hárító szerződési feltétel tisztességtelen jellege, másrészt pedig azzal, hogy a nem megfelelő tájékoztatás ténye egyben szükségessé is teszi e feltétel tisztességtelenségének kimondását.

Ebben az összefüggésben a nagyváradi fellebbviteli bíróság arra a kérdésre várt választ a Bíróságtól, hogy a bank milyen mértékben köteles tájékoztatni az ügyfeleket a külföldi pénznemben meghatározott kölcsönökben rejlő árfolyamkockázatról.

2.2. Az Andriciuc-ügyben hozott ítélet:

az árfolyamkockázatot a fogyasztóra hárító szerződési feltétel tisztességtelenségének vizsgálhatósága

Az Andriciuc-ügyben meghozott ítéletében⁴⁰ a Bíróság a Kásler-ügyben megszületett ítélkezési gyakorlatra visszautalva hangsúlyozta, hogy *az árfolyamkockázatot a fogyasztóra hárító szerződési feltétel a fogyasztó számára való világosságának és érthetőségének követelménye teljesüléséhez szükséges az, hogy a hiteladós átlássa e feltétel gazdasági következményeit, amivel kapcsolatban kiemelt jelentőséggel bír a kölcsönszerződés megkötése során a hitelező által közzétett reklám és közvetlenül a fogyasztónak nyújtott tájékoztatás is*.

A Bíróság világossá tette, hogy a hitelfelvevőnek *világos tájékoztatást* kell kapnia arról, hogy a devizaalapú kölcsönszerződés aláírásával olyan árfolyamkockázatot vállal, amely gazdaságilag nehezen viselhetővé válhat, amennyiben az a pénznem, amelyben jövedelmét kapja, leértékelődik. Emellett a Bíróság azt is a *bankok feladatává tette*, hogy felhívják a kölcsönfelvevő figyelmét az *átváltási árfolyam lehetséges változásaira és a devizában felvett kölcsönrel összefüggő kockázatokra*, különösen ha a kölcsönfelvevő nem ebben a külföldi pénznemben kapja a jövedelmét.

2.3. Az árfolyamkockázatot a fogyasztóra hárító szerződési feltétel tisztességtelenségének vizsgálata

Az Andriciuc-ügyben a Bíróság azzal kapcsolatban is iránymutatást adott a nemzeti bíróságnak, hogy ez utóbbinak mit kell tennie akkor, ha a bank nem tett eleget a világos és érthető tájékoztatás követelményének, és ezért annak ellenére vizsgálható a vitatott feltétel tisztességtelen jellege, hogy az a szerződés elsődleges tárgyára vonatkozik. Mint láttuk, ilyen esetekben a *nemzeti bíróság akkor mondhatja ki a szóban forgó feltétel tisztességtelen jellegét, ha a bank nem tartotta tiszteletben a jóhiszeműség követelményét, és jelentős egyenlőtlenség áll fenn a szerződéses felek között*. A Bíróság e tekintetben pontosította, hogy az árfolyamkockázatot a fogyasztóra hárító szerződési feltétel tisztességtelenségének vizsgálatát az érintett szerződés megkötésének időpontjához viszonyítva, és különösen a banknak a lehetséges árfolyam-ingadozásokkal és a külföldi pénznemben folyósított kölcsönben rejlő kockázatokkal kapcsolatos szakértelmére és ismereteire tekintettel kell lefolytatni. A Bíróság továbbá hangsúlyozta, hogy valamely szerződési feltétel a felek közötti olyan egyenlőtlenséget is magában foglalhat, amely csak a szerződés teljesítése során válik nyilvánvalóvá.

38 Romániából, Horvátországból és Lengyelországból.

39 A C-186/16. sz. *Andriciuc-ügy*.

40 2017. szeptember 20-i ítélet.

VIII. A 2014. évi magyar törvények összhangja az irányelvvel

1. A 2014. évi magyar törvényekkel összefüggésben megindult jogi eljárások

Miután az Országgyűlés egyrésztől jogalkotási úton semmissé nyilvánította az árfolyamrészre vonatkozó tisztességtelen szerződési feltételeket és az ellenkező bizonyításáig tisztességtelennek és semmisnek minősítette az egyoldalú kamat-emelésre, a költségemelésre és a díjmelésre vonatkozó kikötéseket – adott esetben gondoskodva a kiesett szerződési feltételnek a fogyasztó érdekében, jogszabállyal történő helyettesítéséről⁴¹, másrésztől pedig feltételekhez kötötte a 2014-es törvényekben nem érintett szerződési feltételeknek a fogyasztó általi megtámadhatóságát⁴², a magyar bíróságok előtt jogi eljárások sora indult meg az e törvények irányelvvel való összhangjának megvizsgálása érdekében. Az így megindult eljárások jelentőségét különösen az adja, hogy a 2014-es törvények nem érintették a devizahitel-szerződések az árfolyamkockázatot a fogyasztóra hárító rendelkezéseit.

2. A 2014. évi magyar törvények hallgatása az árfolyamkockázatot a fogyasztóra hárító szerződési feltételekkel kapcsolatban

Az újonnan megindult jogi eljárásokban az Országgyűlés az árfolyamkockázatot a fogyasztóra hárító szerződési feltételekkel kapcsolatos hallgatását számos alkalommal úgy értelmezték, hogy a magyar jogalkotó hallgatólágon jóváhagyta az árfolyamkockázatot a kölcsönfelvőre való terhelését. Mindezzel összefüggésben a Fővárosi Ítéletábrla az OTP-ügyben⁴³ lényegében azt kérdezte a Bíróságtól, hogy egy ilyen hallgatólágon jóváhagyással hatályban tartott szerződési feltétel tisztességtelenségének vizsgálata kizárt-e az irányelv azon szabálya alapján, amely a kötelező érvényű törvényi vagy rendeleti rendelkezéseket tükröző feltételeket kiveszi ezen uniós jogszabály hatálya alól.

Ítéletében⁴⁴ a Bíróság hangsúlyozta, hogy az irányelv szóban forgó szabályát az igazolja, hogy joggal feltételez-

41 Ld. a Kúriának a pénzügyi intézmények fogyasztóikölcsön-szerződéseire vonatkozó jogegységi határozatával kapcsolatos egyes kérdések rendezéséről szóló 2014. évi XXXVIII. törvény 3. §-ának (1) és (2) bekezdését, valamint 4. §-ának (1) bekezdését.

42 Ld. a Kúriának a pénzügyi intézmények fogyasztóikölcsön-szerződéseire vonatkozó jogegységi határozatával kapcsolatos egyes kérdések rendezéséről szóló 2014. évi XXXVIII. törvényben rögzített elszámolás szabályairól és egyes egyéb rendelkezésekről szóló 2014. évi XL. törvény 37. §-ának (1) bekezdését.

43 A C-51/17. sz. OTB Bank Nyrt. és OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. ügy.

44 2018. szeptember 20-i ítélet.

hető, hogy a nemzeti jogalkotó az adott szerződések feleit megillető jogok és az őket terhelő kötelezettségek összességére nézve egyensúlyt teremtett. A Bíróság azonban kifejezetten rámutatott arra, hogy az árfolyamkockázat vonatkozásában nem valamely, törvényi vagy rendeleti rendelkezéseket tükröző feltételről, hanem éppen ellenkezőleg, egy jogszabályi rendelkezésekkel nem érintett szerződési kikötésről van szó, amely így a szóban forgó jogcímen nem is lehet kizárva az irányelv hatálya alól. Az ilyen feltétel tisztességtelen jellegét tehát a nemzeti bíróság értékelheti, amennyiben eseti vizsgálat alapján arra a megállapításra jut, hogy az adott feltételt nem világosan és érthetően fogalmazták meg.

3. A 2014. évi magyar törvények által az árfolyamkockázatot a fogyasztóra hárító szerződési feltételek eltávolításával szemben állítólagosan felállított eljárási akadályok

3.1. Általános áttekintés

A 2014-es törvényekkel kapcsolatban azonban nemcsak az merült fel kifogásként, hogy elmulasztották rendezni az árfolyamkockázat kérdését, hanem az is, hogy mind ezen túlmenően még eljárási akadályokat is felállítottak azon hiteladósokkal szemben, akik a jogalkotó hallgatásával nem megelégedve maguk próbálták jogi úton támadni az árfolyamkockázatot rájuk hárító szerződési kikötéseket.

A legvitatottabb pont e tekintetben a 2014. évi XL. törvény azon előírása volt, amely szerint azok a hiteladósok, akik a szerződésüknek az árfolyamkockázat viselésére vonatkozó rendelkezései érvénytelenségének vagy erre alapozva az egész szerződés érvénytelenségének kimondása érdekében kívántak jogi eljárásokat indítani, csak abban az esetben indíthatták meg ezen eljárásokat, ha az eljáró bíróságtól kérték az érvénytelenség jogkövetkezményeinek a meghatározását. A törvény az érvénytelenség jogkövetkezményeként a szerződés érvényessé vagy a megindított jogi eljárásban való határozathozatalig terjedő időre történő hatályossá nyilvánítását jelölte meg úgy, hogy az alkalmazandó jogkövetkezmény a keresetben való megjelelésének hiánya esetén a kereset érdemben nem bírálható el. Ezenkívül a törvény a jogi eljárást kezdeményezni szándékozó féltől azt is megkövetelte, hogy a felek közötti elszámolásra kiterjedő és összecszerűen is megjelölt, határozott kérelmet terjesszen elő.

3.2. A 2014. évi magyar törvényeknek az egyenértékűség elvével és a hatékony bírói jogvédelemhez való joggal való összhangja

Mivel az érvénytelenség jogkövetkezményei meghatározására, valamint az elszámolásra vonatkozó követelmények elmulasztása a fogyasztók által az árfolyamkockázat

Tanulmány

viselésével összefüggésben indított pereknek a megszüntetéséhez vezethet, ezért az egy ilyen perben eljáró Fővárosi Törvényszék azt kérdezte a Bíróságtól, hogy a kérdéses követelmények összhangban vannak-e az irányelvvvel.

A *Sziber-ügyben* 2018. május 31-én meghozott ítéletében a Bíróság emlékeztetett arra, hogy az uniós jog főszabálya szerint *nem harmonizálja* a valamely szerződési feltétellel állítólagos tisztességtelen jellegének vizsgálatára irányuló *eljárásokat*, ezért pedig az ilyen eljárások az egyes tagállamok belső jogrendjébe tartoznak. A Bíróság azonban hangsúlyozta, hogy ezen *eljárások nem lehetnek kedvezőtlenebbek a hasonló jellegű belső jogi esetekre vonatkozókhöz képest (az egyenértékűség elve), továbbá az Európai Unió Alapjogi Chartája által megkövetelt hatékony bírói jogvédelmet kell biztosítaniuk.*

Ezzel összefüggésben a Bíróság megállapította, hogy az *érvénytelenség pénzügyi következményei pontos feltüntetésének követelménye* csupán a magyar polgári eljárásjogban alkalmazandó azon általános szabályt juttatja konkrétan kifejezésre, amely szerint határozott és számszerűsített kereseti kérelmet kell előterjeszteni. E követelmény ezért nem tűnik kedvezőtlenebbnek a nemzeti jogszabályokra alapított hasonló keresetekre vonatkozó szabályoknál, és így *nem tekinthető összeegyeztethetetlennek az egyenértékűség elvével.*

Az érvénytelenség jogkövetkezményeinek meghatározására vonatkozó követelmény tekintetében a Bíróság kimondta, hogy az uniós jogra alapított igényeit érvényesítő fogyasztóval szembeni eljárásai többletkövetelmények előírása *önmagában nem jelenti azt, hogy az említett eljárási szabályok vele szemben kedvezőtlenebbek lennének.* A helyzetet ugyanis az érintett eljárási rendelkezéseknek a nemzeti hatóságok előtti eljárás egészében elfoglalt helyére, ezen eljárás lefolytatására, valamint e rendelkezések sajátosságaira figyelemmel kell megvizsgálni. Márpedig e szempontokat megvizsgálva – és különösen figyelemmel arra a körülményre, hogy a vitatott jogszabályok elfogadásával az érintett kölcsönszerződések nagy számára tekintettel a magyar jogalkotó rövidebbé és egyszerűbbé kívánta tenni a fogyasztók kezdeményezésére a nemzeti bíróságok előtt lefolytatandó eljárásokat –, a Bíróság szerint nem tűnik úgy, hogy a szóban forgó követelmény ne lenne összhangban az egyenértékűség elvével.

Emellett a Bíróság rámutatott arra, hogy az a körülmény, hogy valamely különleges eljárásban fennállnak bizonyos eljárási követelmények, amelyeket a fogyasztónak a jogai érvényesítéséhez tiszteletben kell tartania, nem jelenti azt, hogy a fogyasztó ne részesülne hatékony bírói jogvédelemben. Jóllehet igaz, hogy a kérdéses eljárási szabályok további erőfeszítést követelnek a fogyasztótól, mindez azonban nem változtat azon, hogy ezen, a bírósági szervezet tehermentesítésére irányuló előírások a szóban forgó jogviták mennyiségében megnyilvánuló rendkívüli helyzetre adnak választ, és a gondos igazságszolgáltatáshoz fűződő általános érdeket érvényesítenek. Az említett

szabályok mint ilyenek elsőbbséget élvezhetnek az egyéni érdekekkel szemben, feltéve hogy nem haladják meg a céljuk megvalósításához szükséges mértéket.

Márpedig a Bíróság véleménye szerint a bírósági szervezet tehermentesítésével kapcsolatos célra tekintettel nem tűnik úgy, hogy azok a szabályok, amelyek a fogyasztónak előírják, hogy olyan számszerű kérelmet terjesszen elő, amely egyébként legalább részben az érintett pénzügyi intézmény által már az e szabályok alapján elkészített elszámolásból áll, továbbá hogy jelölje meg azt a jogkövetkezményt, amelynek alkalmazását a szóban forgó kölcsönszerződés vagy annak bizonyos feltételei érvénytelensége esetén a nemzeti bíróságtól kéri, olyan összetettek lennének és olyan súlyos követelményeket tartalmaznának, hogy aránytalanul hátrányosan érintenék a fogyasztó hatékony bírói jogvédelemhez való jogát.

3.3. Az eredeti jogi és ténybeli helyzet helyreállítására vonatkozó követelmény tiszteletben tartásának a kérdése

A *Sziber-ügyben* meghozott ítéletében a Bíróság ugyanakkor hangsúlyozta, hogy a 2014. évi magyar törvényeknek biztosítaniuk kell azt, hogy a devizahitel-szerződésekbe foglalt feltételek tisztességtelen jellegének megállapítása lehetővé tegye azon jogi és ténybeli helyzet helyreállítását, amelyben a fogyasztó e feltételek hiányában lett volna. Ezzel összefüggésben a Bíróság emlékeztetett arra, hogy a *nemzeti bíróság feladata annak megvizsgálása, hogy a vitatott magyar jogszabályok biztosítják-e e követelmény tiszteletben tartását.* Amennyiben a nemzeti bíróság arra a következtetésre jut, hogy e jogszabályok ténylegesen biztosítják az említett követelmény tiszteletben tartását, úgy azok a Bíróság álláspontja szerint nem ellentétesek az uniós fogyasztóvédelmi rendelkezésekkel.

Jóllehet a *Sziber-ügyben* a Bíróság a magyar bíróságokra bízta annak eldöntését, hogy a 2014. évi törvények a devizahitel-szerződések valamely feltétele tisztességtelen jellegének megállapítása esetén lehetővé teszik-e azon jogi és ténybeli helyzet helyreállítását, amelyben a fogyasztó e feltételek hiányában lett volna, a Dunai-ügyben az uniós bírói fórum a szóban forgó kérdéssel kapcsolatban mégis *további iránymutatással látta el a nemzeti jogalkalmazókat.*

Az *árfolyamrész* érintő szerződési feltételeket illetően a Bíróság pontosította a *Sziber-ügyben* az eredeti jogi és ténybeli helyzet helyreállításával összefüggésben meghatározott követelményeket, és attól tette függővé a 2014. évi törvények az e feltételekre vonatkozó rendelkezései irányelvvél való összhangjának a megállapíthatóságát, hogy e jogszabályok biztosítsák a fogyasztó számára az eladó vagy szolgáltató által az e szerződési feltételek alapján szerzett jogalap nélküli előnyök visszatérítéséhez való jogot.

Az *árfolyamkockázattal összefüggő szerződési feltételek* vonatkozásában a Bíróság mindenekelőtt megállapította, hogy mivel e feltételek a *devizahitel-szerződések elsődleges*

tárgyát határozzák meg, így e feltételek semmisségének kimondása esetén a szóban forgó szerződések érvényben tartása nem tűnik jogilag lehetségesnek, hangsúlyozva ugyanakkor, hogy e kérdés mérlegelése a nemzeti bíróság hatáskörébe tartozik. A Bíróság ezután – a Budai Központi Kerületi Bíróságtól az alapügy tényállását és jogi hátterét illetően kapott információk alapján – rámutatott arra, hogy ha a devizahitelezés számos vitás kérdését rendező, de az árfolyamkockázat problémáját nem érintő 2014. évi törvények azzal a hatással járnak, hogy az árfolyamkockázatnak az adósokra hárításáról rendelkező feltételek tisztességességét vitatni kívánó fogyasztó e célból csak úgy indíthat jogi eljárásokat, ha a szerződést legalább az ügyben történő határozathozatalig terjedő időre hatályosnak nyilváníttatja, ez az irányelv vonatkozó szabályait megsértve megakadályozza a fogyasztót abban, hogy mentesüljön a tisztességtelen szerződési feltétel alkalmazásának kötelezettsége alól olyan esetekben, amikor a kérdéses feltétel hiányában a szerződés nem teljesíthető. Mindezekre tekintettel a Bíróság úgy határozott, hogy az irányelvel ellentétes az a nemzeti szabályozás, amely olyan esetekben, amikor az eljáró bíróság megállapítja, hogy az árfolyamkockázatot a fogyasztóra hárító szerződési feltétel tisztességtelen, és hogy a szerződés az említett szerződési feltétel hiányában nem teljesíthető, nem teszi lehetővé e bíróság számára, hogy helyt adjon a fogyasztó a szóban forgó feltétel megsemmisítésére irányuló kérelmének.

Az előterjesztésben vázolt jogi helyzettel szemben azonban a magyar jog nem zárja ki a feltételek tisztességtelensége folytán érvénytelen szerződés olyan jogkövetkezményének levonását, ami a fogyasztó érdekeit is szem előtt tartja. Az irányelv 7. cikkének (1) bekezdésére figyelemmel a magyar jogban a megfelelő és hatékony eszköz a fogyasztókkal kötött szerződésekben a tisztességtelen feltételek kiküszöbölésére az érvénytelenség jogintézménye. Az ilyen ügyekben irányadó 1959. évi IV. törvény (rég. Ptk.) 209/A. § (2) bekezdése szerint fogyasztói szerződésben az általános szerződési feltételként a szerződés részévé váló, továbbá a fogyasztóval szerződő fél által egyoldalúan, előre meghatározott és egyedileg meg nem tárgyalt tisztességtelen kikötés semmis; a semmisségre csak a fogyasztó érdekében lehet hivatkozni. Az érvénytelenség megállapításának további jogkövetkezményeit a régi Ptk. 237. §-a szabályozza. Ha az érvénytelenség oka kiküszöbölhető, a bíróság az érvénytelen szerződést a megkötésének időpontjára visszamenő hatállyal érvényessé nyilváníthatja.⁴⁵ A szerződés érvényessé nyilvánítása egyenrangú lehetőség az erede-

ti állapot helyreállításával; ha mindkettő alkalmazható lenne, akkor a bíróság mérlegelési jogkörébe tartozik annak eldöntése, hogy az érvénytelenség melyik jogkövetkezményét alkalmazza. A 2014. évi XL. törvény 37. § (1) bekezdése szerint a fél a bíróságtól az érvénytelenség jogkövetkezményeként a szerződés érvényessé vagy határozathozatalig terjedő időre történő hatályossá nyilvánításának az alkalmazását kérheti. Az érvényessé nyilvánításnak nincs akadálya, ha a szerződés érvénytelenségének kizárólag az az oka, hogy az árfolyamkockázatot a fogyasztóra telepítő szerződéses rendelkezés(ek) tisztességtelen(ek), hiszen ebben az esetben az érvénytelenség oka kiküszöbölhető azáltal, hogy a fogyasztó mentesül a tisztességtelen kikötésből fakadó árfolyamkockázat viselése alól. Az érvénytelenség jogkövetkezményei levonásánál a bíróságnak gondoskodnia kell az eredetileg egyenértékű szolgáltatások értékegyensúlyának a fenntartásáról, meg kell akadályoznia bármelyik fél jogalap nélküli gazdagodását. A bíróságnak a jogviszony rendezése során tehát arra kell törekednie, hogy a már teljesített szolgáltatással egyenértékű ellenszolgáltatást rendeljen el. Az elszámolás során a bíróságnak figyelemmel kell lennie arra, hogy egyik fél se kerüljön kedvezőbb helyzetbe annál, mintha eleve érvényes szerződést kötött volna.⁴⁶

Mindezek alapján abban az esetben, ha az árfolyamkockázatot a fogyasztóra telepítő szerződési kikötések – tájékoztatás hiánya vagy nem megfelelő volta⁴⁷ miatti – tisztességtelenségének megállapítása folytán a devizaalapú kölcsönszerződés teljes egészében érvénytelen lesz, le kell vonni az érvénytelenség jogkövetkezményeit. Az a jövő kérdése, hogy a konkrét jogvitákban erre hogyan kerülhet sor, azonban útmutató e tekintetben is rendelkezésre áll már. Az egyik lehetséges jogkövetkezmény, hogy a szerződést a bíróság akként nyilvánítja érvényessé, hogy a kirovó pénznemé a forint válik, és az ügyleti kamat az irányadó forintkamat szerződéskötéskori értékének kamatfelárral növelt mértékével egyenlő. A másik lehetséges jogkövetkezmény az, hogy a szerződést a bíróság akként nyilvánítja érvényessé, hogy a deviza-forint átváltási árfolyamot maximálja, a szerződésben rögzített kamatmérték forintosítási fordulónapig történő érintetlenül hagyásával.⁴⁸

46 Az 1/2010. (VI. 28.) PK vélemény 8. pontja és indokolása.

47 Ld. részletesebben SIMON KÁROLY LÁSZLÓ: Az árfolyamkockázatról szóló tájékoztatás hibái és jogkövetkezményei. Jogtudományi Közlöny 2019. 12. (megjelenés alatt)

48 Ld. az érvénytelenségi perek joggyakorlat vizsgáló Konzultációs Testület 2019. június 19-ei üléséről készült emlékeztetőt www.kuria-birosag.hu/sites/default/files/konz_testulet/deviza_megoldasi_javaslatok3.0.pdf (2019. 07. 03.).

45 Ld. az 1/2010. (VI. 28.) PK vélemény 5. pontját.

Tanulmány

Vincze Attila, PhD LL.M. (München), egyetemi magántanár Wirtschaftsuniversität (Wien), egyetemi docens, Andrásy Egyetem (Budapest)

Közbeszerzés és károkozás – egy rendszerezési kísérlet*

A közbeszerzési szabályok megsértése miatti kártérítés elméleti és gyakorlati nehézségeit az a komplexitás adja, ami a szerződés odaítélésének polgári és közjogi, nemzeti és uniós jogi egymásra hatásából fakad. Ezeket az interferenciákat sajnos nem sikerül mindig produktívan feloldani, ami vagy dogmatikailag sántikáló vagy a gyakorlatban kevésbé kivitelezhető megoldásokhoz vezet, ami a rendszerzést mindenképpen szükségessé teszi.

I.

Bevezetés és problémafelvetés

A közbeszerzési előírások megszegésének számos következménye lehet¹, amelyek egyike a kártérítés, amit az *EU közbeszerzési jogorvoslati irányelve*² alapján a tagállamoknak biztosítaniuk kell. Mindazok ellenére, hogy sem az irodalom, sem a gyakorlat nem tagadja, hogy a közbeszerzési előírások megsértése miatt a szerződéssel összefüggő gazdasági érdeksérelem (mint negatív vagy pozitív interessze) kárként érvényesíthető, az ilyen jellegű kártérítési keresetek nem túlságosan sikeresek, és egyesek odáig mennek, hogy halott, csupán a jogszabályok paragrafusaként létező jognak tekintik.³ Ez természetesen diametrálisan ellentmond a közbeszerzési jogorvoslati irányelv céljának.⁴ A kártérítési keresetek mérsékelt sikere által-

ban éppen azokkal a körülményekkel függ össze, melyeket az irányelv maga vagy nem, vagy csak nagyon felületesen szabályoz⁵, így az okozatosság, a szigorú jogvesztő határidők, az eljárás hossza és költsége, az alacsony kártérítési összegek, valamint az előzetes hatályon kívül helyezés követelménye. Ezek nemritkán külön-külön is komoly akadályt jelentenek, de összességükben nemritkán inkább abba az irányba mutatnak, hogy a kártérítési kereset több ráfordítást igényel, mint a várható eredmény.

Egy további jeremiáda helyett az alábbiakban arra teszünk kísérletet, hogy a közbeszerzések során felmerülő károsodási konstellációkat, továbbá a jogorvoslat hatékonyságának egyes helyzetekben felmerülő hiányosságait azonosítsuk, valamint azokat a dogmatikai okokat, illetve magyarázatokat, amelyek ezeket a hiányosságokat okozzák. A közbeszerzések miatti károkozás egy *nagyon sajátos konstelláció*, amelyet nemcsak a polgári és a közjogi sajátos keveredése jellemez, de ezenfelül a nemzeti és az uniós jog szimbiózisa is.

II.

A közbeszerzési eljáráshoz

A közbeszerzés lényegében egy erősen *formalizált szerződéskötési eljárás*⁶, amelynek célja egy piaci helyzet szimulálása annak érdekében, hogy közbeszerzésre kötelezett (állami) szerv a legelőnyösebb tartalmú szerződést kösse, a legjobb szolgáltatást vagy árut szerezze be⁷, ugyanis ez

lati eszközök meglétét, hogy garantálja a közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásának összehangolására vonatkozó irányelvek hatékony alkalmazását”.

5 ARIE REICH – OREN SHABAT: *The Remedy of Damages in Public Procurement in Israel and the EU: A Proposal for Reform*. 23 Public Procurement Law Review (2014), 50–77.

6 CLAUDIA FUCHS: *Vergaberecht*, msz 31–55, in KIRCHHOF–KORTENMAGEN (szerk): *Öffentliches Wettbewerbsrecht*. Heidelberg, C.F. Müller, 2014.

7 A modern közbeszerzési jog térnyerése pontosan az ezt az ideológiát

* A tanulmány az Osztrák–Magyar Akció Alapítvány és az Österreichischer Austauschdienst ösztöndíja által lehetővé tett, a Bécsi Egyetemen Prof. DDr. MICHAEL POTACS mellett folytatott egy hónapos kutatómunka révén jöhetett létre. – A szerkesztőség nyomtatékosítja jelen tanulmány közzétételével is, hogy a magyar és európai közbeszerzési jog kutatásának nagy jelentőséget tulajdonít (Szerk.).

A szerző nagyon hálás Prof. Dr. FUGLINSZKY ÁDÁMNAK a jelen írás egy korábbi verziójához fűzött kritikai megjegyzéseieréért, amelyekből nagyon sokat okult.

1 DANIELA HEINEMANN: *Fehlerfolgen im Vergabeverfahren*. VerwaltungsArchiv 2012, 87–110.

2 A Tanács 89/665/EGK irányelve (1989. december 21.) az árubeszerzésre és az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélésével kapcsolatos jogorvoslati eljárás alkalmazására vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezések összehangolásáról. Ezt később módosította a Parlament és a Tanács 2007/66/EK irányelve.

3 MEINRAD DREHER: *Die Kontrolle der Anwendung des Vergaberechts in Europa Perspektiven und Leitlinien der Sicherstellung des Vergabebinnenmarkts*. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1998, 197 (197).

4 Ld. pl. EuB, C-275/03 sz. ügy, Bizottság kontra Portugália, msz. 29: „À cet effet, l'article 1er, paragraphe 1, de ladite directive impose aux États membres l'obligation de garantir que les décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible”. C-406/08. sz. ügy, Uniplex msz. 26 „A 89/665 irányelv célja, hogy a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó közösségi jog vagy az annak átültetésére elfogadott nemzeti jogszabályok megsértése esetén valamennyi tagállamban biztosítsa a hatékony jogorvos-

biztosítja a rendelkezésére álló szűkös erőforrások leghatékonyabban elosztását.⁸ Az egyenlő bánásmód és a transzparencia, mint a közbeszerzés fő elvei, a valós és torzításmentes versenyt hivatottak biztosítani⁹, amelynek végső célja pontosan az áruk és szolgáltatások lehető legjobb ár-érték arányban történő beszerzése.¹⁰

Mindezen¹¹ nemes célkitűzések mellett a közbeszerzés továbbra is egy szerződésalkötési eljárás, amelyet közjogi elemek szönek át, és ezért többféleképpen tekinthetünk rá:

(1) tekinthető egy alapvetően közjogi természetű viszony, mert az egyik oldalon az állam vagy annak valamilyen neki betudható alteregója áll, és ezért a szerződésalkötés maga is közhatalmi aktus, annak minden korlátozásával és sajátosságával egyetemben;

(2) felfogható egy tisztán szerződéses viszonyként is, és ennél fogva a közbeszerzés lényegét tekintve nem tér el a magánszektorban alkalmazott versenyztetéstől, és ennél fogva a tender egy a szerződésalkötést megelőző kvázi-kontraktuális viszony, amely a felek bizonyos fokú kölcsönös bizalmára épül, és e bizalmat fakasztó vagy azt megghiúsító cselekményekért, mint biztatási kárért a szerződő feleket felelőssé lehet tenni (*culpa in contrahendo, c.i.c.*);¹²

(3) meghaladva a magánjog/közjog néha nem mindig életszerű és dogmatikailag sem egyértelműen tisztázott elhatárolását, értelmezhető a közbeszerzési eljárás a szerződésalkötés körülményeit szabályozó jogi korlátoknak (hasonlóan más formai vagy tartalmi korlátokhoz, mint pl. az írásbeliség, harmadik személy hozzájárulása stb.), amelyek megsértése vagy megkerülése miatt a megkötött szerződés jogszabályba ütközik.

Ezt a már az első pillantásra is komplikált helyzetet tovább bonyolítja néhány gyakorlati sajátosság.

Figyelembe kell venni, hogy a lehető legjobb, leggazdaságosabb, legelőnyösebb ajánlat megtalálása kétségkívül

fontos szempont, ugyanakkor a közbeszerzés célja ezen túlmenően mégiscsak valamilyen konkrét igény, közszükséglet kielégítése, tehát a köz érdeke végső soron a közszükségletek legelőnyösebb módon történő kielégítése, amiben benne foglaltatik az *előnyösség (best-value-for money)* és a *szükséglet-kielégítés kettőssége*. Míg az első követelmény megszegésének lehetnek a dogmatikai kiindulópontunktól függően, kontraktuális, kvázi-kontraktuális vagy deliktuális esetleg *sui generis* közjogi következményei, a második követelmény, tehát a valóban fennálló szükséglet-kielégítés mégis azt diktálja, hogy lehetőség szerint minél hamarabb megköttesen az a jogilag már nem támadható szerződés, amely ezt biztosítja.¹³ Vagyis amit a dogmatika kérlelhetlensége esetleg megkövetel, az nem mindig állja ki a *gyakorlat próbáját*, ami különösen így van a szerződés semmisségének jogkövetkezményével. Ebből azonban továbbra sem lenne érdemes levonni azt a megint csak elhamarkodott és szintén nem túl gyakorlatias következtetést, hogy semmilyen jogkövetkezménye ne legyen a jogsértésnek. Sőt éppen a kártérítés lehet alkalmas arra, hogy a közbeszerzés mindkét követelményének teljesülését rugalmasan elősegítse, megerősítse.

Ezen túlmenően a közbeszerzések tárgya szolgáltatások vagy áru, amelyek a belső piac természetes alkotóelemei (EUMSZ 26. cikk), és ezért nem csupán magának a közbeszerzési irányelvnek célja az áruk és szolgáltatások szabad áramlásának biztosítása¹⁴, hanem erre a körülményre a közbeszerzési előírások megszegésének jogkövetkezményei kapcsán is figyelemmel kell lenni.¹⁵ Ez ugyanakkor nem merülhet ki pusztán a jogorvoslati irányelv követelményeiben, mert ezek a felelősség feltételeinek meghatározása során (szemben például a kartellkártérítési irányelvvel)¹⁶ nagyon sok fontos kérdés-

megvalósító 1980-as évekbeli liberális-konzervatív Thatcher- és Reagan-kormányok idejére tehető, RICHARD RAWLINGS – CAROL HARLOW: *Law and Administration*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009. 56–70.

8 CHRISTIAN KIRCHNER: *Zur Ökonomik des Vergaberechts*. Zeitschrift für Vergaberecht 2010, 725–735.

9 EuB C-513/99. sz. ügy, Concordia Bus Finland, 81 pont; C-21/03. és C-34/03. sz. egyesített ügyek, Fabricom SA, 26. pont.

10 MARTIN BURGI: *Die Zukunft des Vergaberechts*, Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht 2009, 609–615; ANNE-CHRISTIN FRISTER: *Entrechtlichung und Vereinfachung des Vergaberechts*. Zeitschrift für Vergaberecht 2011, 295.

11 És ezenfelül az utóbbi időben egyre több és több más jellegű célkitűzés is, pl. környezetvédelem, szociális stb. célok.

12 Így pl. OLG Stuttgart, Zeitschrift für Vergaberecht 2011, 144; A fogalom megalkotója RUDOLF VON JHERING: *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, Jherings Jahrbücher. 1861. 4. A fogalomtörténethez JÖRG BENEDICT: *Culpa in Contrahendo, Transformationen des Zivilrechts. Band I: Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen – oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung*. Tübingen, Mohr 2018. A magyar irodalomból: SIKLÓSI IVÁN: *Az érvénytelen szerződéssel kapcsolatos kártérítési felelősség néhány elméleti-dogmatikai kérdése*. Magyar Jog, 2011. 437–444.

13 BVerfGE 116, 135 (157): „Je weiter die Rechtsschutzmöglichkeiten der erfolgreichen Bieter ausgedehnt werden, desto eher können sowohl die öffentlichen Interessen, denen die Erfüllung des vergebenen Auftrags letztlich dienen soll, als auch die Interessen des erfolgreichen Bieters behindert oder sogar vereitelt werden. Aufgrund des zeitlichen und sächlichen Aufwands, den ein Nachprüfungsverfahren erfordert, kann zudem die Wirtschaftlichkeit der Vergabe leiden. Diese Folgen kann ein solches Verfahren unabhängig davon bewirken, ob sich die Rügen des erfolglosen Bieters letztlich materiell-rechtlich als begründet oder als unbegründet erweisen. Zudem besteht das Risiko, dass der erfolglose Bewerber seine Rechtsschutzmöglichkeiten in sachwidriger oder sogar missbräuchlicher Weise nutzt. Auch dadurch kann die Vergabe unwirtschaftlich oder das Beschaffungsziel ganz verfehlt werden”.

14 EuB C-92/00 sz. ügy, Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs GmbH (HI), 43–44. pontok; C-380/98 sz. ügy University of Cambridge, 16. pont. Az uniós jog legfontosabb hatásaihoz ld. pl. OLIVER DÖRR: *Das europäisierte Vergaberecht in Deutschland*, JuristenZeitung, 2004, 703–713.

15 Ld. a 89/665/EGK irányelv indokolását, amely szerint a hatékony jogorvoslatok hiánya vagy a meglévő jogorvoslatok elégtelensége elriasztja az ajánlattevőket.

16 2014/104/EU Irányelv, ehhez ld. ERIKA RITTENAUER – KATHARINA BRÜCKNER: *Schadenersatzrecht für Kartellgeschädigte*. Wirtschaftsrechtliche Blätter 2014. 301–310.

Tanulmány

ben szűkszávuak.¹⁷ Így például az okozatosság, a bizonysítási teher¹⁸, a határidők¹⁹ vagy a közbeszerzési döntés jogszerűtlensége szempontjából meghatározó időpont²⁰ tekintetében nem szolgál közvetlen iránymutatással. Ezért szükséges a másodlagos joghoz képest elsőbbséget élvező Alapjogi Charta 47. cikke, illetve az uniós jog általános elvei támasztotta követelmények, így különösen a *hatékony jogorvoslat*²¹ biztosítását.²² Kifejezett „uniós rendelkezés hiányában az egyes tagállamok belső jogrendjének kell szabályoznia azokat a szempontokat, amelyek alapján meg kell állapítani, és értékelni kell a közbeszerzések odaítélése területére vonatkozó uniós jog megsértéséből eredő kárt”²³, ugyanakkor az így definiált *eljárásjogi autonómiának a határa* az uniós jog hatékony alkalmazásának parancsa²⁴, ezért az eljárási autonómia elsősorban a hogyan és nem a mit kérdésre vonatkozik. Ennek további logikus következménye, hogy a hatékony jogvédelemből, mint a jogorvoslati irányelv céljából és az Alapjogi Charta 47. cikke lényegéből fakadó követelmények az elsőbbséget élvező szupra-

nacionális jog elveiként felülírhatják a nemzeti jog dogmatikájának következményeit.

III. Tipikus károkozó magatartások a közbeszerzési eljárásban

A dogmatikai elemzést megelőzően érdemes azzal a nem mindig könnyen megválaszolható kérdéssel kezdeni, hogy milyen jellegű magatartásokból származhatnak károk a közbeszerzési eljárásban. Az alábbiakban gyakorlati esetek alapján (elsősorban, de nem kizárólagosan a német és osztrák tapasztalatokra hagyatkozva) igyekeztem azokat a konstellációkat leírni, amelyekben az ajánlattevők a közbeszerzési eljárás szabályaink megszegésével összefüggésben valamilyen kár bekövetkezését kifogásolták.

1. A közbeszerzési eljárás tárgyának hibás/ félreérthető leírása

A közbeszerzés tárgyának ajánlatkérői meghatározása, még nem ajánlat, hanem ajánlattételre történő felhívás, *invitatio ad offerendum*.²⁵ Ugyanakkor az is világos, hogy az ajánlattételi felhívást egyértelműen és világosan kell megfogalmazni, hiszen ez alapján fogja az ajánlattevő fél elkészíteni az ajánlatát. A *hibás felhívás következményeképpen* több lehetséges alternatíva képzelhető el. Előfordulhat, hogy kizárják az ajánlatot, mert az nem felel meg a kiíró félreérthető módon megfogalmazott elvárásának. Nem nyer az ajánlat, mert nem felelt meg a kiíró félreérthető módon megfogalmazott elvárásának (az ajánlattevő azért tett kedvezőtlen ajánlatot, mert nem úgy értette a követelményeket, ahogy azt az ajánlatkérő gondolta). Valamint az is elképzelhető, hogy nem is tesz ajánlatot a fél, mert a hibásan megfogalmazott felhívást úgy értelmezi, hogy nem is tudna megfelelő ajánlatot tenni.²⁶ Ez a tényállás ugyanakkor önmagában nem közbeszerzési jogi specifikus probléma, hanem általánosan a *culpa in contrahendo*val összefüggő jognyilatkozat-értelmezési probléma²⁷, amely azáltal nyer sajátos optikát, hogy a *culpabilis* fél az állam.

2. Jogellenes ajánlattételi felhívás

Az első konstelláció egyik lehetséges aloslata, hogy a kiírás nem pusztán a félreérthetősége miatt hibás, hanem

17 SUE ARROSMITH: *The Law of Public and Utilities Procurement*. London, Sweet and Maxwell 2005, msz. 21.65. REICH–SHABAT, i. m. 61; STEEN TREUMER: *Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules: Changes in European Regulation and Practice*, Public Procurement Law Review 2006, 159 (162). Ennek indokai részben az irányelv megalkotásának időpontjában fennálló érdekvizonyokra, és ennek következtében a kifejezetten minimalista stílus, ehhez, SEIDEL–MERTENS: H. IV. *Öffentliches Auftragswesen* msz. 315, in DAUSES–LUDWIGS (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*. München, cserelapoz Januar 2019.

18 Ezzel a kérdéssel általánosságban is igen szerényen foglalkozik az Európai Bíróság, CLAUDIA DREXEL: *Der Beweis in der jüngeren EuGH-Judikatur zu den Grundfreiheiten*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2019, 533.

19 EuB C-406/08. sz. ügy, Uniplex, msz. 26 „Ezzel szemben nem tartalmaz semmiféle különös rendelkezést, amely a hivatkozott irányelv által bevezetni kívánt jogorvoslatok határidejének feltételeire vonatkozna”.

20 EuB C-92/00. sz. ügy, Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs GmbH, msz. 66.: „Hierzu genügt die Feststellung, dass die Richtlinie 89/665 lediglich bezweckt, die in den Mitgliedstaaten vorhandenen Mechanismen zu koordinieren, um für die tatsächliche Beachtung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu sorgen, und daher keine Bestimmung in Bezug auf den Zeitpunkt enthält, der für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung über den Widerruf einer Ausschreibung maßgebend ist”. A problémához KLAUS RENNERT: *Der maßgebliche Zeitpunkt der richterlichen Verwaltungskontrolle und die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Deutsche Verwaltungsblätter 2019, 593.

21 A fogalomhoz MICHAEL POTACS: *Zum effektiven gerichtlichen Rechtsschutz beim Vollzug von EU Recht durch die Mitgliedstaaten*, in Verfassung und Verwaltung in Europa, Festschrift für Jürgen Schwarze zum 70. Geburtstag. Baden-Baden, Nomos. 2014. 717–734.

22 EuB C-300/17. sz. ügy, Hochtief, ehhez VINCZE ATTILA: *Anmerkung*. Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union, 2019, 77–83.

23 EuB C-568/08. sz. ügy, Combinatie Spijker, msz. 90; C-92/00 sz. ügy, Hospital Ingenieure, msz. 67.

24 CLAUDIO FRANZIUS: Art 4 EUV, msz. 115, in PECHSTEIN–NOWAK–HÄBE (Hrsg.): *Frankfurter Kommentar EUV/AEUV/GRC*. Tübingen, Mohr 2017; VINCZE ATTILA: *Unionsrecht und Verwaltungsrecht*. Baden-Baden, Nomos 2016. 26–39. Konkrétan a közbeszerzési területén WOLFGANG JAEGER: *Einleitung VergabeR*, msz. 192–200, in FRANZ JÜRGEN SÄCKER: *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht Band 3: Vergaberecht I*. München, C.H. Beck 2018.

25 BGH, ZfBR 2008, 702; JENS GERLACH – SIMON MANZKE: *Das Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung zwischen Vergaberecht und Allgemeiner Rechtsgeschäftslehre*. Vergaberecht 2016, 443 (443). Általánosan a fogalomhoz, LARENZ–WOLFF: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. München, C.H. Beck 1997.

26 GERLACH–MANZKE, i. m. 458–460.

27 KLAUS BITTERICH, *Anmerkung* JuristenZeitung. 2012, 316.

egyenesen *jogellenes kritériumokat* tartalmaz²⁸, vagyis az *invitatio ad offerendum* tartalma önmagában jogellenes, és erre érkeznek, vagy éppen nem érkeznek tényleges ajánlatok az ajánlattevőktől. Itt megint elképzelhető, hogy a technikai specifikáció vagy az alkalmassági kritériumok²⁹ egyike kizárta a részvételt, és ennek következményeképpen felmerülhetnek kárként a jogellenes felhívás jogellenességének megállapításával kapcsolatos szükséges és hasznos kiadások, de akár az is elképzelhető, hogy a kifogásolt körülmény hiányában más lett volna a nyertes ajánlattevő, és ekkor a szerződés teljesítésével összefüggő érdek (*Erfüllungsinteresse, positives Interesse*) is megjelenhet a kártérítési igény tárgyaként.

3. A közbeszerzési eljárás hibás/jogellenes lefolytatása

Nem ritka az az eset sem, amikor az ajánlattételre történő felhívás, a kiírás önmagában jogszerű volt, de az eljárás során a vonatkozó szabályokat nem tartotta be az ajánlatkérő fél, és ezért nem a legjobb ajánlatot tevőt hirdette ki győztesnek³⁰

4. A kiírás visszavonása, az eljárás megszakítása

Ha az ajánlattételre történő felhívást az ajánlatkérő fél visszavonja, akkor ezzel természetesen minden az ajánlat elkészítésére fordított munka és erőforrás hasznos akvizíciós kiadásból feleslegessé, vagyis kárrá alakul.³¹ Ennek összefüggésében megint több konstelláció képzelhető el: lehetséges, hogy maga a visszavonás jogszerű volt, mert törvényben eltérést nem engedő módon meghatározott ok ezt előírja, például mert maga az ajánlatkérő észleli, hogy valamely feltétel jogszerűtlen, vagy lényeges változások történtek³² és elképzelhető az is, hogy ennek hiányában az ajánlatkérő mérlegelésébe és érdekszférájába tartozó okból vonják vissza a pályázati felhívást, pl. forráshiány vagy más az ajánlatkérő érdekszférájába tartozó ok miatt. Mindkét esetben közös elem, hogy az ajánlattevői oldalon kár keletkezik, ami eltérő, az az, hogy az egyik esetben a visszavonás egy kógens ok miatt szükségszerű, ami ennél fogva jogszerű is, a második esetben ez az ok nem áll fenn. *A látszólagos*

különbség tehát abból fakad, hogy úgy tűnik, mintha az egyik esetben lenne egy jogszerű indok a visszavonásra, a második esetben ez az indok hiányzik, és ezért az első esetben a jogszerűen okozott kár megtérítéséről kell beszélni, míg a másodikban a jogellenes káréről. Mind a két esetben abból érdemes kiindulni, hogy az ajánlattételi felhívás teljességéért és helyes tartalmáért logikusan a kiíró felel, és ezért ha az ajánlattevők jóhiszeműen hihettek a dokumentáció szabályosságában, akkor a visszavonásért a felelősség a kiíró terhére.³³ Ha a visszavonási ok (különösen a kógens ok) az ajánlattevők számára felismerhető volt, akkor ez a károkozás alól nem mentesíti feltétlenül az ajánlatkérőt, de a károsulti közrehatás mindenképpen vizsgálendő. Mindkét esetben kérdés, hogy mennyiben vizsgálható felül a visszavonás jogszerűsége, ugyanis nem ritka az az eset, hogy az ajánlatkérő inkább visszavonja az ajánlattételi felhívást annak az érdekében, hogy egy felülvizsgálati eljárást elkerüljön.³⁴ Szintén kérdés, hogy mennyiben kell a kiíró félnek indokolnia a visszavonást, és vajon az indokoknak milyen szerepe lehet a kimentésben.³⁵

5. A szerződéskötés és az eljárás elhúzódása

Az eljárás és a szerződéskötés elhúzódása³⁶ szintén okozhat *költségnövekedést* és így kárként értékelhető kiadásokat. Az ilyen elhúzóadásra ugyanúgy okot adhatnak az államnak, mint megrendelőnek betudható olyan körülmények, mint a finanszírozási vagy engedélyezési nehézségek, de okozhatják a megrendelő állam érdekkörén kívül eső okok is, így a közbeszerzési eljárás eredményével szemben igénybe vett jogorvoslat miatti csúszás és késlekedés, pl. a szerződéskötést megakadályozó előzetes intézkedés folyamán.³⁷

6. A közbeszerzési eljárás elmaradása

Felmerül további eshetőségként, mint talán a közbeszerzési szabályok legsúlyosabb jellegű megsértése, a közbeszerzési eljárás teljes elmaradása, annak ellenére, hogy az eljárás lefolytatása kötelező lett volna, a szerződést mégis megkötik (de-facto közbeszerzés)

28 Például a közbeszerzési irányelvvel ellentétes jelölést vagy címkét határozott meg benne, ld. ehhez MATTHIAS KNAUFF: *Die Verwendbarkeit von (Umwelt-)Gütezeichen in Vergabeverfahren*, Zeitschrift für Vergaberecht, 2017, 553–559.

29 Pl. EuB C-218/11 sz. ügy, Édukövizig és Hochtief Construction.

30 BITTERICH, i. m. 316.

31 OLIVER STURM: *Ausschreibungswiderruf und Schadenersatz nach dem Bundesvergabegesetz*. Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (RPA) 2004, 6. BITTERICH, i. m. 316.

32 MARTIN BEYELER: *Schadenersatz bei rechtmäßigem Widerruf eines Vergabeverfahrens*, Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (RPA) 2004, 25; BERND-ROLAND KILLMANN: *Anmerkung*, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2002. 120 (122).

33 Egészen egyértelműen így pl. a cseh Legfelső Bíróság, Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky sp.zn. 25 Cdo 1409/2015, ze dne (26.7.2016)

34 Menekülés a pályázat visszavonásába a jogorvoslat elkerülése érdekében („Flucht in die Aufhebung”) MEINRAD DREHER, *Anmerkung*, Juristenzeitung 2002, 1101–1102.

35 KILLMANN: i. m. 120–124, EuB C-92/00 sz. ügy, Hospital Ingenieure.

36 WOLFGANG KAU – TOBIAS HÄNSEL: *Verzögerte Vergabe – Schadensersatz für die Verzögerung des Zuschlags?* Neue Juristische Wochenschrift 2011, 1914; BGH, RPA 2009, 307.

37 Erre a német GWB külön kártérítési alakzatot alakított ki a jogorvoslatot visszaélészerűen igénybe vevő ajánlattevő féllel szemben, § 180 GWB, Schadenersatz bei Rechtsmissbrauch.

Tanulmány

Ahogy ebből az áttekintésből is látszik, számos egymástól jelentősen eltérő konstellációban merülhetnek fel károk, melyek egy része csak kevés közbeszerzési sajátosságot hordoz egyéb a szerződéskötést megelőző biztatási károkhoz képest, más esetben pedig nagyon komoly közbeszerzési sajátosságok merülnek föl. Egyes esetekben inkább negatív, másokban inkább pozitív interessze jelenhet meg kárként, de elképzelhető az is, hogy technikai értelemben nem is jogellenes károkozásról, hanem egy jogszervi eljárás hátrányos következményeinek kompenzációjáról van szó. A szóba jöhető károkozó magatartások sokfélesége önmagába is inkább abba az irányba mutat, hogy *hibás a lehetséges károkozó magatartásokat egységesen kezelni*, szemben azzal, ahogy például a Kúria tette a C-300/17 sz. ügyben előterjesztett előzetes döntéshozatali kérdésében, amelyben nemes egyszerűséggel a közbeszerzés kapcsán felmerülő „bármely polgári jogi igény érvényesíthetőségének” feltételéről tudakozódott anélkül, hogy az adott ügy konkrét feltételei mentén igyekezett volna az adott kártérítési igény feltételeit körüljárni.³⁸

IV.

Kártípusok és tipikus károk

A tipikus károkozó magatartások mellett, szintén előljáróban, érdemes áttekinteni azt, hogy milyen típusú károk megítélésének követelése jöhet szóba.

Ha egy szerződés megkötésére valamelyik fél betudható, illetve felróható magatartása miatt nem kerül sor, akkor *culpa in contrahendo* alapján *legalábbis kétféle kár* megtérítéséről beszélhetünk. Egyrészt szóba kerülhet a biztatási kár, amely minimálisan a szerződéskötéssel összefüggésben felmerült szükségtelen kiadásokat (negatív interessze) jelenti, de akár a szerződés teljesítéséhez fűződő érdeket (pozitív interessze, *Erfüllungsinteresse*, *Leistungsinteresse*) is magában foglalhatja.³⁹

A közbeszerzési eljárás egy szerződéskötést megelőző eljárás, amely a legjobb ajánlat kiválasztására szolgál, vagyis a legjobb/legkedvezőbb/legelőnyösebb ajánlatot adó személyen kívül senkivel nem kötnek szerződést.⁴⁰ Ebből természetesen az is következik, hogy az *ajánlat kidolgozásával összefüggő kiadások*, mint *akvizíciós költségek*, akkor térülnek meg, ha a szerződést megkötik, és mindegyik olyan ajánlattevő, akivel nem kötöttek szerződést, kénytelen az ajánlattétellel összefüggő kiadásait veszteségként elkönyvelni. Ez az összefüggés ugyanúgy igaz egy tisztán magánjogi viszonyban, mint a közjogi elemekkel

erősen átitatott közbeszerzés során. Ebből az is következik, hogy azon ajánlattevő esetén lehet általában kártérítésről beszélni, akivel annak ellenére nem kötöttek szerződést, hogy az ő ajánlata volt a legjobb, de a kiírás vagy az elbírálás hibái folytán mást választottak. A legjobb ajánlattevő ezekben az esetekben, ha nem is kényszerítheti ki a szerződés megkötését, de elvben (mégpedig választása szerint) mind a pozitív, mind a negatív interesszére is jogosult lehetne⁴¹, hiszen vele kellett volna szerződést kötni, és sajátos körülmények fennállását igényli annak indoklása, hogy miért kellene pusztán a feleslegessé vált akvizíciós költségek megtérítésével megelégednie.

Kérdéses természetesen az is, hogy vajon ez a paradigma minden esetre alkalmazható-e. Ez ugyanis elsősorban azt feltételezi, hogy az *ajánlatok összemérhetősége* fennáll, és egyszerűen egy értékelési hibánál fogva választották ki a nem legelőnyösebb ajánlatot. Ez az összemérhetőség ugyanakkor nem feltétlenül adott akkor, ha a közbeszerzés kiírása teljes egészében elmarad, vagy ha egy jobb ajánlatot azért nem tesznek meg, mert az ajánlattételi felhívás nem volt egyértelmű, vagy az objektíve legjobb ajánlatot valamilyen jogszerűtlen oknál fogva az értékelésből kizárják. Ezekben az esetekben ugyanis a konkrét és kiértékelt ajánlatokkal szemben vagy hipotetikus, vagy ki nem értékelt ajánlatok állnak szemben, amelyek az összemérhetőséget vagy *kizárják*, vagy *korlátozzák*. A kizárt ajánlatok esetén ugyan nem teljesen kizárt annak megállapítása, hogy valamely kizárt ajánlat jobb volt, mint a nyertes, de ez nem minden esetben lehetséges. *A legegyszerűbben nyilvánvalóan akkor mérhetőek össze az ajánlatok*, ha kizárólag az ár a döntő, mert ekkor egy jogellenesen kizárt, de olcsóbb ajánlatról egyértelműen eldönthető, hogy nyertes lett volna. Ha azonban az értékelésből egy ajánlatot kizártak, valamint az értékelés szempontjai *komplexek* (gazdaságilag legelőnyösebb ajánlat) és/vagy nehezen kvantifikálhatóak (pl. esztétikai szempontok), akkor még egy szakértő sem tudja minden esetben eldönteni, hogy melyik ajánlat lett volna *kétségtelenül legelőnyösebb*.⁴²

Az összemérhetőség hiányában ugyanakkor felmerül az a kérdés, hogy a *culpa in contrahendo* logikája mennyiben alkalmazható olyan dogmatikai tisztaságban, ahogy azt a bevezetőben leírtam. Ugyan minden esetben csak egy nyerhet, és ennyiben a *culpa in contrahendo* helyes alaplól indul ki, de ez egy nagyon sok esetben nem is állapítható meg, ami egy bizonyítási szükséghelyzetet szül. Minél inkább eleget tesz a közbeszerzési jog annak az észszerűségi követelménynek, hogy az áron felül más szempontokat is értékeli a szerződés odaítélése során, annál

38 Ehhez VINCZE, i. m. (lj. 22), 77–83.

39 LARENZ–WOLFF, i. m. msz. 31, 37–38.

40 Ennyiben a közbeszerzési eljárás a 1980-as évek népszerű fantasyfilmjére, a Hegylakóra (*The Highlander*) emlékeztet, amiben a szereplők addig öldöklök egymást a Queen zenéjére, amíg a végén csak egy marad.

41 Egyértelműen így az osztrák Legfelső Bíróság 7Ob200/00p sz. 2001. június 27-i ítélete.

42 Vö. ehhez gyakorlati példákkal is FRANÇOIS LICHÈRE: *Damages for violation of the EC public procurement rules in France*. 15 *Public Procurement Law Review* (2006), 171 (174–175).

komplexxebbé válik az értékelési folyamat, ami logikus következménye, hogy egyre nehezebben azonosítható a kétségkívül legjobb ajánlat (legalábbis akkor, ha számos közel azonosan jó ajánlatot adtak). Ebből azonban egy bizonyítási szükséghelyzet fakad, és ezért érdemes lenne átgondolni, hogy mennyiben lehet a *culpa in contrahendo* logikájában maradni, vagy mennyiben kellene azon módosítani, és mennyiben lenne érdemes a szerződés elnyerésének esélyét vizsgálni, és ezen esély romlását a kártérítési alapjául tenni. Tehát ha a közbeszerzést arra az alpra helyezzük, hogy az egy tisztességesen kidolgozott ajánlatnak a transzparens és korrekt eljárásban történő értékelését jelenti⁴³, akkor a *tisztességes eljárás korlátozása önmagában esélyromlást jelent, amely kompenzálható*⁴⁴, ugyanakkor ez a kompenzáció nem feltétlenül írható le a *culpa in contrahendo* kategóriáival. Hiszen ha nyertes lett volna, akkor ebből a szerződés teljesítéséhez fűződő érdek megtérítése következne, jelen esetben erről azonban nincsen szó. Az esélyromlás vagy az esély elvesztése esetén a francia jog alapvetően elismeri az ajánlat előkészítésével összefüggő költségek megtérítését, ha az ajánlatnak komoly, valódi esélye volt a szerződés elnyerésére.⁴⁵

A kártérítés itt leginkább a hiba elismerését jelenti, és valamilyen jellegű kompenzációt, amelynek célja kevésbé a magánjogi reparáció, hanem a közhatalom gyakorlásának legitimitásába vetett bizalom megőrzése, és valamiféle érzékelhető pénzbeli következmény, ami motiválóan hat az előírások betartására a jövőben. Ez nyilvánvalóan a logikáját tekintve már kevésbé a klasszikus magánjogi kártérítés, hanem egy sui generis közjogi következmény.

V.

Elsődleges és másodlagos jogorvoslat

Minden kártérítés esetén felmerül a kár elhárításának, vagy mérséklésének a kérdése, ami általában a közbeszerzések esetén a hibás/jogellenes szerződés megkötésének megakadályozásával érhető el. A kérdés természetesen az, hogy kinek és milyen eljárásban kell ezt megtennie, milyen hatással vannak egymásra a különböző eljárások,

vagyis szükséges az elsődleges (*preventív*) és másodlagos (*reparatív*) igények viszonyát tisztázni.

A közbeszerzési jogorvoslati irányelv 2. cikk (5) bekezdése szerint a „tagállamok előírhatják, hogy ha a kártérítést a határozat jogellenessége miatt követelik, a vitatott határozatot először is a szükséges hatáskörrel rendelkező testületnek meg kell semmisítenie” (kiemelés tőlem). Az „előírhatják” egy jogalakítási szabadságot jelent a jogorvoslati irányelv átültetése során, ugyanakkor ennek, mint minden irányelv átültetésének megvannak a korlátai⁴⁶, mégpedig a hatékonyság és az egyenértékűség elve. Tehát a jogellenesség megállapítása csak akkor írható elő, ha egyébként ez más esetben is előfeltétele a kártérítésnek (*egyenértékűség*), és ha a jogellenesség megállapításának előfeltétele nem teszi illuzórikussá a kár megtérítésének lehetőségét (*hatékonyság*).

Nem lehet eléggé hangsúlyozni, hogy a közbeszerzési eljárás egy szerződés megkötésére irányul, és a jogi bonyodalmak abból adódnak, hogy a szerződéskötési eljárás szabályait megsértették. Ennélfogva logikus kérdés, hogy a szerződés semmisségének vagy a szerződéskötési folyamat jogellenességének megállapítása mennyiben lehet előfeltétele a kártérítési keresetnek. Ezt a kérdést is lehet polgári jogi valamint közjogi oldalról is vizsgálni. Polgári jogi szempontból a szerződés megkötése jogellenességének megállapítása a *kárenyhítéssel* kapcsolatos kötelezettségként értelmezhető⁴⁷, és ha volt a károsultnak jogi lehetősége a szerződés megkötését megakadályozni, akkor ennek elmaradása károsulti közrehatásként értékelhető.⁴⁸ A másik lehetséges megközelítés a közjogi, amelynek modern felfogása különbséget tesz egyrészt az egyénre hátrányos közjogi aktus jogellenességének és érvénytelenségének megállapítására irányuló, joghatásait megszüntető, vagyis az elsődleges (*preventív*), másrészt pedig a *közjogi aktus hátrányos következményeit pénzben kompenzáló másodlagos* (*reparatív*) jogvédelmi igény között.⁴⁹ Ennek logikus következménye az lenne, hogy a közbeszerzés odaítélésének, illetve kiválasztásának közjogi aktusát is először meg kell semmisíteni, és amennyiben erre nem volt lehetőség, vagy ez önmagában nem állította, illetve a helyzet jellegénél fogva nem állíthatta helyre a jogszerű állapotot, azaz nem

43 BVerfGE 116, 135 (154): „Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Eine Abweichung von solchen Vorgaben kann eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten. Insofern verfügt jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht, für das effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden muss”.

44 Itt számos okból nem tudok az esélyromlás és a kártérítés kapcsolatába részletesen belemenni, ezért csak utalok KEMENES ISTVÁN: *Az esély elvesztése mint vagyoni és nem vagyoni hátrány*, Magyar Jog, 2018, 657–669.

45 LICHÈRE, i. m. (172–175). A valódi vagy komoly esély alatt leginkább azt értik, hogy az ajánlat benne volt abban a szűkebb válogatásban, amelyek között a végső döntés megszületett. Tehát az esély nem azt jelenti, hogy pusztán az ajánlattétel révén esélyessé vált valaki a szerződésre, de azt sem, hogy csak a legjobb ajánlatnak volt reális esélye nyerni.

46 A közbeszerzési irányelv átültetéséhez és a tagállamok mérlegeléséhez e tekintetben ld. JAEGER i. m. msz. 192–200.

47 Kifejezetten Így például OLG Naumburg, Zeitschrift für Vergaberecht 2015, 497.

48 FEUGLINSZKY ÁDÁM: *Felróható károsulti közrehatás és kárenyhítési kötelezettség a magyar polgári jogban*, Polgári Jogi Kodifikáció. 2008/4., 3–23.

49 ERBGUTH–HÖFLING–STREINZ–EPINEY: *Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, 2002, 221–424. Ezzel ellentétes felfogáson áll OTTO MAYER: *Deutsches Verwaltungsrecht Bd 1*, Leipzig 1895: „Da man gegen den Staat selbst nichts ausrichtet und der Fiskus nicht mehr thun kann als zahlen, so läuft alle Garantie der bürgerlichen Freiheit im Polizeistaate auf den Satz hinaus: dulde und liquidiere.“

Tanulmány

előzte meg és nem is orvosolta egyúttal a jogsérelemből eredő kárt is, akkor van lehetőség a kártérítésre.⁵⁰

A preventív jogvédelem elsőbbsége ugyanakkor megkérdőjelezhető, ha figyelembe vesszük, hogy a kártérítési igénynek „nem ugyanaz a tárgya, sem pedig a jog- és gazdasági hatásai”, mint egy a közbeszerzési határozat megsemmisítésére irányuló keresetnek.⁵¹ Ahogy Kóttó főtanácsnok is kifejtette a MedEval-ügyben⁵², az egyszer odaitélt és megkötött szerződés érvénytelenné nyilvánításának különösen súlyos és mélyreható jogkövetkezményei vannak, és „éppen ezért indokolt, hogy megszorító módon alakítsák ki a szerződések érvénytelenné nyilvánítására irányuló jogorvoslatokat” még akkor is, ha a kirívó jogsértések történtek. Ezzel szemben ugyanakkor nem érdemes ugyanilyen szigorúsággal eljárni akkor, ha az igény kártérítésre irányul, mert ezek nem befolyásolják a már megkötött szerződések érvényességét. A szerződő felek érdekeit ugyanis sokkal kevésbé sértik az esetleges kártérítési követelések, mint a szerződés megsemmisítése, és ezért *nagyobb súlyt lehet helyezni a hatékony bírói jogvédelem követelményeire*, és nem indokolt ugyanolyan szigorúan kialakítani az ilyen jogorvoslatok feltételrendszerét, mint a szerződések megtámadása esetében. Ez több ok miatt is így van. Egyrészt a közbeszerzés *felülvizsgálata* a szerződéses viszony kiszámíthatósága érdekében csak *nagyon szoros jogvesztő határidőn belül* lehetséges, és egyáltalán nem biztos, hogy a kár számszerűsíthető e határidőn belül, ami alapján a közigazgatási jogorvoslat igénybevételének gazdasági racionalitása eldönthető lenne (eljárás költségek × pernyertesség valószínűsége ≤ megítélhető kártérítés).⁵³ Elképzelhető ugyanakkor az is, hogy a *közbeszerzés résztvevőitől független későbbi vizsgálat* (pénzügyi ellenőrzés, monitoringhatóság⁵⁴, Európai Bizott-

ság, nyomozó szervek) állapítják meg, hogy a közbeszerzés nem szabályszerűen zajlott le. Ez logikusan olyan körülmény, ami a szerződéskötés megakadályozására nyitva álló határidőn belül nem volt ismert, de a kártérítési keresetet pusztán azon az elkésettség alapján kizárni ebben az esetben nem lenne logikus.

VI.

A keresetösségi jogról

A preventív jogorvoslat igénybevételére, vagyis a közigazgatási döntés felülvizsgálatára, *elvben minden ajánlattevő jogosult* lehet, hiszen érintett az eljárásban, még akkor is, ha egyébként nem adtak túlságosan kedvező ajánlatot, és nem lett volna reális esélyük a szerződéskötésre. Ebben az esetben fel kell tenni a kérdést, hogy vajon *szükséges-e* a lefolytatni a preventív jogvédelmet, vagyis a közbeszerzés felülvizsgálatát, ha egyébként azt egyértelműen és kétséget kizáróan olyan személy kéri, aki még az egyébként kifogásolt körülmény hiányában sem lehetett volna nyertes. Ha ugyanis más nem kifogásolja a közbeszerzési eljárás eredményét, és az eljárás eredménye nem változott volna, akkor teljesen értelmetlen az eljárást lefolytatni (elképzelhető pl. egy olyan ajánlattevő jogellenes kizárása az eljárásból, aki egyébként is a legdrágább ajánlatot tette, amikor a legalacsonyabb ár volt a döntő kritérium). Tehát fel kell tenni azt a kérdést, hogy a szerződés *elnyerésének valós esélye* az vajon csupán a kártérítés megítélésének előfeltétele (anyagi vagy eljárásjogi alapon), vagy pedig már a preventív jogvédelemé is.⁵⁵ Ez az a probléma, amit a német jogirodalom a *Rechtsschutzbedürfnis* fogalma alatt tárgyal.⁵⁶ Mielőtt azonban ezt részletesen elemeznénk, – kisebb kitérőként –, érdemes felhívni a figyelmet a közbeszerzési jogorvoslati irányelv magyar fordításának ezzel összefüggő hibáira.

1. A jogorvoslati irányelv fordításának hiányosságai

A keresetindítási jogot az irányelv 1. cikk (3) bekezdése szabályozza, mely ugyan nem változott annak elfogadása óta, azt a magyar nyelvű verzió mégis két különböző, de mindkét esetben hibás fordításban adja vissza. Először nézzük a két magyar fordítást ugyanannak a mondatnak:

89/665/EGK irányelv 1. cikk (3) bek. „A tagállamok biztosítják, hogy a tagállamok által megállapítandó

50 OLG Celle 18.1.2018 (Az. 11 U 121/17); OLG München Zeitschrift für Vergaberecht 2017, 682; HERMANN PÜNDER: „Dulde und liquidiere“ im Vergaberecht? Zum notwendigen Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, Zeitschrift für Vergaberecht 2016, 693–701. Erre a gondolatra épül mind a régi Ptk. 349. §-a, mind az új Ptk. 6:548. §-a, mely utóbbi szerint a közigazgatási jogkörben okozott kárért a felelőséget akkor lehet megállapítani, ha a kárt közhatalom gyakorlásával vagy annak elmulasztásával okozták, és a kár *rendes jogorvoslattal, továbbá a közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálata iránti eljárásban nem volt elhárítható*. A közbeszerzés mint a közhatalom szerződéskötése, valamint a közigazgatási jogkörben okozott kár mint a közhatalom deliktív felelősége természetesen nem kell, hogy ugyanazon érvek mentén épüljön fel, de a szerződéskötési aktus mint közigazgatási reálcselekmény, illetve a legjobb ajánlat kiválasztása közhatalmi aktusok, amelyek legalábbis az analógiát megengedik.

51 EuB T-292/15. sz. ügy Vakakis kai Synergates kontra Bizottság, 35. pont.

52 EuB C-166/14. sz. ügy, MedEval – Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH kontra Bundesvergabeamt.

53 REICH-SHABAT: i. m., 50–77.

54 Ehhez EuB C-496/18. sz. ügy, HUNGEOD Közlekedésfejlesztési, Földmérési, Út- és Vasútervezési Kft. és társai kontra Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, folyamatban lévő előzetes döntéshozatali eljárás.

55 Ez utóbbi megoldást választotta pl. az OLG Celle (OLG Celle, Beschluss vom 12.05.2010 – 13 Verg 3/10, BeckRS 2010, 13101).

56 Ehhez ld. pl. HOLGER GREVE: *Konfrontationsobliegenheit im Verfassungsprozessrecht als Ausprägung des Rechtsschutzbedürfnisses*, 1 (5–7), in MODRZEJEWSKI-NAUMANN: *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern*. 2019. Berlin De Gruyter.

részletes szabályok szerint legalább azon személyeknek legyen lehetőségük jogorvoslati eljárás igénybevitelére, akiknek érdekében áll vagy állt egy adott árubeszerzésre vagy építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés elnyerése, és *állítólagos jogsértést szenvedtek, vagy fennáll ennek a kockázata.*” (a szerző kiemelése).

Ezt felváltotta ugyan a 2007/66/EK irányelv, amely ugyanakkor a vonatkozó mondaton nem módosított, ennek ellenére abban egy újabb (hibás) nyelvi változatot olvashatunk.

2007/66/EK irányelv, 1. cikk (3) bek. „A tagállamok biztosítják, hogy az általuk megállapítandó részletes szabályok szerint legalább azon személyeknek álljon jogorvoslati eljárás a rendelkezésére, *akiknek érdekében áll vagy állt egy adott szerződés elnyerése, és akiknek az állítólagos jogsértés érdeksérelmet okozott vagy ennek kockázata fennáll.*” (a szerző kiemelése).

Látható, hogy az első verzióban a keresetindításhoz elegendő a jogsértés ténye, illetve kockázata, míg a másodikban az állítólagos jogsértésnek érdeksérelmet kell okoznia. Ezzel szemben mind a német⁵⁷, mind az angol⁵⁸, mind a magyarral egy időben készült cseh⁵⁹ verzió egyértelműen arról szól, hogy azoknak van keresetindítási joga, akiknek érdekében állt a szerződés megkötése, és a közbeszerzési szabályok megsértése miatt *kárt szenvedtek el, vagy ennek veszélye áll fenn.* Ez nem csupán a fordítások bosszantó pontatlansága miatti értelemzavaró hiba, hanem nagyon komoly *következményei* is vannak, azon túl is, hogy az EuB ítéleteinek értelmezését is megnehezíti. Míg ugyanis a jelenlegi hivatalos magyar fordítások esetén mindenki, aki a tenderen részt vett, illetve a tender valamilyen korlátozó feltétele miatt nem vehetett részt, de részt kívánt volna venni rajta, indíthat keresetet, hiszen őket jog- vagy érdeksérelm érte, addig a helyes fordítás szerint csak azok indíthatnak keresetet, akiket a jogszabálysértés miatt kár (tehát nem pusztán érdeksérelm) ért. Ez egyértelműen egy sokkal szűkebb kör, amelynek a keresetindításhoz nemcsak azt kell igazolnia, hogy megszüntették a közbeszerzési szabályokat, hanem azt is, hogy

őket ez által (okozati összefüggésben) kár érte.⁶⁰ Ez a különbségtétel egyértelműen megjelenik, a magyarul sajnos nem hozzáférhető, Grossman-ítéletből⁶¹, amelyben a bíróság világosan kifejti, hogy *ajánlattétel nélkül nagyon nehéz elképzelni, hogy kár ért volna valakit*⁶², és ezért, ha az adott feltétel kizár valakit az ajánlattételből, akkor ezt a feltételt és így magát ajánlattételi felhívást kell megtámadni,⁶³ hiszen ez felel meg leginkább a jogorvoslati irányelv céljának is. (Itt kell megjegyezni, hogy a szélesebb keresetindítási jogosultság önmagában nem áll eltelésben a jogorvoslati irányelvvel, ami pusztán egy minimum harmonizációt jelent, ugyanakkor ezt nem az Irányelv hibás fordításával, hanem a magyar jogba történő tudatos jogkiterjesztő átültetéssel kell elérni).⁶⁴

2. A valódi esély és a jogorvoslati jog kapcsolata

Kiindulva az irányelv valós tartalmából, amely arról szól, hogy azoknak van keresetindítási joga, akiknek érdekében állt a szerződés megkötése, és a közbeszerzési szabályok megsértése miatt kárt szenvedtek el, vagy ennek veszélye áll fenn: a jogsértés nyilvánvalóan abban áll, hogy a közbeszerzési szabályokat megszüntették a kár pedig vélhetően vagy a pozitív, vagy pedig a negatív érdeksérelm.

Mivel a dolog logikájából fakadóan a szerződést *csak a legjobb ajánlatot* adóval lehet megkötni, igazából csak ez a személy károsodik azáltal, hogy a szerződést nem kötik

60 ALEXANDER HERRMANN: *Zur Notwendigkeit der Kausalität von Vergaberechtsverstoß und (drohendem) Schaden für den Erfolg des Nachprüfungsantrages*, VergabeRecht 2011, 1.

61 EuB C-230/02 sz. ügy, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG kontra Ausztria, msz. 25–26.: „Die Mitgliedstaaten sind gemäß Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 gehalten, sicherzustellen, dass die in dieser Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren „zumindest“ jedem zur Verfügung stehen, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Verstoß gegen die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts über öffentliche Aufträge oder gegen die zu seiner Umsetzung erlassenen nationalen Regelungen ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

Daraus ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten nicht gehalten sind, diese Nachprüfungsverfahren jedem zur Verfügung zu stellen, der einen bestimmten öffentlichen Auftrag erhalten will, sondern dass es ihnen freisteht, zusätzlich zu verlangen, dass der betreffenden Person durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht”

62 EuB C-230/02 sz. ügy, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG kontra Ausztria, msz. 27. „In Ermangelung der Legung eines Angebots kann eine solche Person schwerlich dartun, dass sie ein Interesse an der Anfechtung dieser Entscheidung habe oder dass diese Zuschlagserteilung sie schädige oder zu schädigen drohe”.

63 EuB C-230/02 sz. ügy, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG kontra Ausztria, msz. 28.: „Falls ein Unternehmen jedoch deshalb kein Angebot gelegt hat, weil es sich durch angeblich diskriminierende Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen oder im Pflichtenheft gerade daran gehindert gesehen hat, die ausgeschriebene Gesamtleistung zu erbringen, ist es berechtigt, ein Nachprüfungsverfahren unmittelbar gegen diese Spezifikationen einzuleiten, noch bevor das Vergabeverfahren für den betreffenden öffentlichen Auftrag abgeschlossen ist.”

64 HERRMANN: i. m.

57 Art 1. Abs 3 RL 89/665/EWG „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht”.

58 Art 1 para 3 Directive 89/665/EEC: „Member States shall ensure that the review procedures are available, under detailed rules which the Member States may establish, at least to any person having or having had an interest in obtaining a particular contract and who has been or risks being harmed by an alleged infringement”

59 Směrnice 89/665/EHS Čl. 1 Odst. 3. „Členské státy zajistí, aby bylo přezkumné řízení podle prováděcích pravidel, která má nebo měla zájem na získání určité zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla nebo hrozí škoda”.

Tanulmány

meg vele.⁶⁵ Legalábbis ez lenne a dogmatikai eredmény, ha az eseményeket a *culpa in contrahendo* nagyon szigorú szemüvegén keresztül tekintjük. A német Szövetségi Bíróság (BGH) nem minden kritikától mentes gyakorlata szerint a szerződés elnyerésére csak egyetlen ajánlattevőnek van esélye, tehát valójában csak az ő esetén beszélhetünk reális esélyről, és nem legjobb ajánlatok egy szűkebb csoportja esetében.⁶⁶ Azon túl, hogy a francia gyakorlat, ahonnan egyébként az Irányelvbe a valódi esély fogalma bekerült, ennél jóval megengedőbb⁶⁷, és hasonlóan az osztrák értelmezéshez is⁶⁸ a *legjobb ajánlatokat (többes számban)* mind olyannak tekinti, amelyeknek volt valódi esélye a szerződés elnyerésére, ez a megközelítés más okból sem logikus. Elsősorban azért nem, mert a német gyakorlat lényegében ki nem mondva abból a feltevésből indul ki, hogy a közbeszerzés során az ajánlatok értékelésétől eltekintve a közbeszerzési eljárás minden egyéb elemében jogszerű volt, és ezért több konstellációban abszurditásba hajló eredményre vezet, így különösen akkor, ha az közbeszerzési eljárást vissza kell vonni, illetve ha egyes ajánlatokat nem is értékelnek.

2.1. Az eljárás visszavonása, illetve megsemmisítése

Ha a közbeszerzési kiírás maga szenved olyan hibában, amely miatt azt vissza kell vonni, vagy a választott eljárástípus nem jogszerű, és ezért meg kell ismételn az eljárást, akkor az eljárás olyan súlyos hibában szenved, amely miatt a szerződés megkötésére nem kerülhet sor, vagyis *hiába van elvben egy legjobb ajánlat, ez az eljárás érvénytelensége miatt nem realizálódhat*. Ebben a kontextusban tehát senkinek sincsen valódi esélye a szerződés megkötésére, mert a szerződés egyáltalán nem köthető meg, és ennél fogva senkinek nem lehetne igénye a kártérítésre, még annak ellenére sem, hogy az eljárással összefüggésben költségek merültek fel, és az eljárás érvénytelensége egyértelműen az ajánlatkérő személynek betudható okra vezethető vissza (ami klasszikusan a *culpa in contrahendo* előfeltétele).⁶⁹ Ezt az érvelést az Európai Bíróság egyér-

telműen elutasítja, és a jogorvoslati irányelvvel ellentétesnek tartja.⁷⁰

Ha az *ajánlatkérő az eljárás ura*⁷¹, mert ő határozza meg a közbeszerzés tárgyát, állapítja meg az alkalmasság és az odaítélés feltételeit, akkor az ezzel kapcsolatos rizikót is elsősorban neki kell viselnie. Az, hogy az ajánlatkérő az eljárás ura, egyértelműen arra vezethető vissza, hogy az *invitatio ad offerendum* hiányában nem készülnek ajánlatok, és nem is lenne esély a szerződés elnyerésére, tehát az esély elvesztése sem következhetne be, vagyis az ajánlat a *conditio sine qua non*.

Két további körülményre kell utalnunk. Egyrészt abból, hogy a jogi hiba miatt senkivel nem lehetne szerződést kötni, és ezért senkinek nem lenne esélye a szerződés megkötésére, nem következhet, hogy senki nem támadhatja meg a közbeszerzést, mert ez egy *circulus vitiosus* lenne. Másrészt, ha az ajánlatkérés olyan egyértelmű és nyilvánvaló tartalmi vagy eljárási hibában szenved, ami miatt azt vissza kell vonni vagy meg kell semmisíteni, akkor kérdéses, hogy beszélhetünk-e olyan *jogos bizalomról*, amelynek megsértése a kártérítés alapjául szolgálhat.⁷² Jogilag mennyiben kell védeni és elismerni az ajánlattevő bizalmát, ha egyébként tudta, de legalábbis tudnia kellett volna, hogy nem korrektek és tisztességesek a feltételek, és mennyiben a saját rizikójára készíti el az ajánlatot? Elsősorban német gyakorlatban lehet olyan érveléssel találkozni, hogy ha az eljárás felismerhető hibái ellenére vesz részt a közbeszerzési eljárásban, akkor a felismerhetőség okán nincsen jogilag védett bizalma, és emiatt kártérítésre sem lehet jogosult.⁷³ Azontúl, hogy ez az érv elsiklik az ajánlatkérő cselekménye felett (aki lényegben saját felróható magatartásával tenne szert előnyökre), egy másik ellentmondást is fel kell oldani, mégpedig azt, hogy a Grossmann-ítélet szerint a részvétel híján nem lehet érdekeltiségről beszélni, és ezzel a keresetindítási jog is elenyészik.⁷⁴ Az a megoldás, hogy az érintett megtámadja a kiírást, viseli ennek költségeit és kockázatát, de ha nincs igazsága, és nem tesz ajánlatot sem, akkor megint üres kézzel távozik, sem túl praktikus. Látható, hogy az esélyek nem az ajánlattevőknek kedveznek, még akkor sem, ha világos, hogy a vesztesége, hátránya elsősorban az ajánlatkérő érdekkörében felmerülő okra vezethetőek vissza.

Ezeket figyelembe véve sokkal inkább érdemes az ajánlattevő bizalmát vélelmezni, amelyet csak a közbeszerzési szabályok teljesen egyértelműen felismerhető

65 BGH, NZBau 2004, 517 = VergabeR 2004, 604; NZBau 2006, 797 = VergabeR 2007, 73

66 HANS-JOACHIM PRIESS – FRAZ JOSEF HÖLZL: *Drei Worte des EuGH: Schadensersatz ohne Verschulden! – Zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des § 126 S. 1 GWB*, Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht 2011, 21

67 LICHÈRE, i. m., 171–8.

68 Az osztrák Legfelső Bíróság 7Ob200/00p sz. 2001. június 27-i ítélete.

69 Ld. ebben az értelemben EuB C-315/01 sz. ügy, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) gegen Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG) msz. 54. „Daraus folgt, dass einem Bieter, der durch eine Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags geschädigt wurde, deren Rechtmäßigkeit er bestreitet, nicht das Recht auf Ersatz des durch diese Entscheidung verursachten Schadens mit der Begründung abgesprochen werden kann, dass das Vergabeverfahren wegen der von Amts wegen aufgegriffenen rechtswidrigen Aspekte einer anderen, möglicherweise früheren Auftragsgeberentscheidung auf jeden Fall rechtswidrig gewesen sei”.

70 EuB C-315/01 sz. ügy Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH.

71 A közbeszerzési eljárás elhúzódásának példáján, de álláspontom szerint általánosíthatóan KAU–HÄNSEL: i. m..

72 JOCHEM GRÖNING: *Ersatz des Vertrauensschadens ohne Vertrauen? – Zur Dogmatik des vergaberechtlichen Schadensersatzanspruchs auf das negative Interesse*, Zeitschrift für Vergaberecht 2009, 839 (840).

73 BGH NJW 2008, 366 (367).

74 EuB C-230/02, sz. ügy Grossmann Air Service, msz. 25–26.

megszegése esetén lehet megdönteni, és elvárni, hogy ajánlattétel nélkül kifogásolja és támadja meg a kiírást.⁷⁵ Ha tehát a kiírás hibája nem volt egyértelműen és kétségkívül felismerhető, de ettől függetlenül olyan hibában szenvedett, amely miatt a közbeszerzési eljárás visszavonása jogszerű, akkor az *észszerű rizikóelosztás* miatt az ajánlat elkészítésével összefüggő kiadások alapvetően megtérítendőek.⁷⁶ Ez természetesen azt jelenti, hogy ebben az esetben is beszélhetünk kárról, ami lehetőséget teremt úgy a preventív, mint a reparatív jogvédelem igénybevételére.

2.2. A nem értékelt ajánlatok

A nem értékelt ajánlatok szintén érdekes dogmatikai feladványt jelentenek annak a kérdésnek az eldöntésekor, hogy ki tekinthető károsultnak. Egy közbeszerzési ajánlat számos esetben nem kerül értékelésre, így pl. ha valamilyen kizáró oknál fogva kizárják⁷⁷, vagy azt nem alkalmas ajánlattevő teszi (mert nem felel meg valamilyen alkalmassági kritériumnak).⁷⁸ Ha az ajánlatot kizárják, akkor nyilvánvalóan annak értékelésére sem kerülhet sor, és ekkor komolyan felmerül a kétség, hogy valóban helyes-e a szerződés elnyerésének reális esélyét arra az ajánlatra szűkíteni, amelynek a legjobbnak kellett volna lennie. Ha a közbeszerzés odaítélésének egyetlen szempontja a legalacsonyabb ár, és a legalacsonyabb árú ajánlatot adó ajánlattevőt kizárják, akkor a helyzet egyértelmű: a nyertest zárták ki, és vele kellett volna szerződést kötni, *ergo* őt kár érte. Ez a helyzet ugyanakkor már nem teljesen biztos akkor, ha az értékelés komplex gazdasági, technikai, illetve egyéb szempontok mérlegelését jelenti, így a „gazdaságilag leelőnyösebb ajánlat” kiválasztására irányul.⁷⁹ Ebben az esetben az ajánlattevőnek majdhogynem lehetetlen bizonyítania, hogy mindenképpen az ő ajánlatát választották volna ki, hiszen ez egy *mérlegelést magában foglaló döntés*, amely kapcsán annyi bizonyítható, hogy az ajánlat valószínűleg magas vagy alacsony pontszámot kapott volna, és így a jobb vagy a kevésbé jobb ajánlatok közé tartozott volna, azt azonban már nagyon nehéz bizonyítani, hogy melyik ajánlat lett volna mindenképpen és szükségszerűen a legjobb. Ez lényegét tekintve a közbeszerzési döntés felülmérlegelését jelentené, és kérdés, hogy erre a bíróságok mennyiben alkal-

masak abban az esetben, ha az ajánlatok értékelésére komplex szempont(ka)t adtak meg, és ezek alapján a „mérlegelési hibahatáron” belül (*Fehlerkalkül*) több ajánlat is érkezett. Ha több ajánlat is volt ezen a hibahatáron belül, akkor elvben mindegyik ajánlattevővel megköthető lett volna a szerződés, vagyis *mindegyiknek reális esélye volt a szerződéskötésre* (olyanok, mint Schrödinger macskája, és egyszerre lehetnek a legjobbak és nem a legjobbak).

Ebből nyilvánvalóan az következik, hogy elviekben mindegyikjük jogosult lenne kártérítésre. Kérdés az, hogy ez a logikus következtetés hogyan egyeztethető össze azzal a szintén logikus következtetéssel, hogy a szerződést ténylegesen csak a legjobb ajánlatot tevővel lehet megkötni. Ez azonban valójában nem annyira nehéz, mint ahogyan az elsőre tűnik. A hibahatáron belüli eltérések megdönthető vélelemként kezelendők, és a közbeszerzést lefolytató szervnek kell azt bizonyítania, hogy az adott ajánlat miért nem nyerhetett volna. Ehhez indokolnia kell a döntését, és a bíróságnak azt kell vizsgálnia, hogy ez mennyiben megalapozott, és ha nem, akkor, a vélelem nem dől meg, és ebből az következik, hogy több ajánlattevő is kompenzálható. Vagyis ahogya a mérlegelési döntések egy szűk körben korlátozzák a felülvizsgálhatóságot, úgy ennek az inverzének is igaznak kell lennie, és a hibahatáron belüli ajánlatok esetén szintén vélelmezni kell a reális esélyt, amiből az következik, hogy több ajánlattevő is kompenzálható. Mivel ezek egyike esetén sem lehet *megállapítani bizonyossággal* azt, hogy a szerződést mindenképpen megkötötték volna az ajánlattevővel (de azt sem, hogy nem), a kártérítés nem haladhatja meg a *negatív érdekét*, vagyis a szerződés előkészítésével összefüggő költségeket. A pozitív érdeke megtérítése viszont csak akkor képzelhető el, ha bizonyítható, hogy ténylegesen az adott ajánlatot kellett volna elfogadni és más ajánlat nem jöhetett szóba.⁸⁰

Egyébiránt lényegében erre az eredményre vezet az is, ha az eljárásra úgy tekintünk, mint amelynek során minden ajánlattevőnek arra van jogos igénye, hogy az ajánlatát egy tisztességes, átlátható és egyenlő esélyeket biztosító eljárásban, korrekt és kiszámítható módon értékeljék.⁸¹ Ebben az esetben minden olyan szabályszegés, amely az esélyeket rontja, egyben alkalmas arra is, hogy az ajánlattevőnek kárt (és ne csupán érdeksérelmet) okozzon.⁸²

75 BGH NJW 1994, 850

76 BEYELER: i. m..

77 Pl. EuB C-21/03. és C-34/03. sz. egyesített ügyek, Fabricom SA.

78 EuB C-218/11 sz. ügy, Édukovíz és Hochtief Construction, 32. pont.

79 Ld. a 2014/24/EU irányelv 67. cikkét, amely szerint a gazdaságilag leelőnyösebb ajánlatot az ár vagy a költség alapján, olyan költséghatékonysági módszer alkalmazásával kell azonosítani, mint az életciklus-költségeknek a meghatározása, és tartalmazhatja a legjobb ár-minőség arányt, amelyet az adott közbeszerzési szerződés tárgyához kapcsolódó, többek között minőségi, környezetvédelmi és/vagy szociális szempontokat is magukban foglaló kritériumok alapján kell értékelni.

80 Eredményében hasonlóan az osztrák Legfelső Bíróság, amely szerint a pozitív érdeke csak a legjobb ajánlattevő számára ítéhető meg, ld. 7Ob200/00p sz. 2001. június 27-i ítélet.

81 GRÖNIN: i. m. (839)

82 BGH, Beschluss vom 10. 11. 2009 – X ZB 8/09; OLG Celle, NZBau 2010, 124.

Tanulmány

VII. A preventív és a reparatív jogorvoslat kapcsolata

A jogorvoslati irányelv egyik kiemelt célja a közbeszerzési eljárások esetén igénybe vehető jogorvoslatok megteremtése, különösen még abban a fázisban, amikor a *közbeszerzési szabályok megszegése még orvosolható*, ami a preventív jogorvoslatok elsődlegessége mellett szól, ahogy ez egyértelműen következik az Alcatel-ügyből is.⁸³ Az Európai Bíróság ugyanakkor kiemelte, hogy a reparatív (kártérítési) jogorvoslatot akkor és annyiban lehet függővé tenni a preventív jogorvoslat kimerítésétől, ha és amennyiben a kártérítési keresetet megelőző megsemmisítés iránti kereset hatékony és teljes mértékben tiszteletben tartja az Alapjogi Charta tisztességes eljárás követelményeit rögzítő 47. cikkét.⁸⁴

A jogorvoslati irányelv elfogadása óta az Európai Bíróságnak többször volt alkalma *rögzíteni a hatékonyság néhány követelményét*. Ez magában foglalja valamennyi döntéssel, így a közbeszerzési eljárás visszavonásával szembeni jogorvoslatot, amely nem korlátozódhat a visszavonás pusztá önkényességének vizsgálatára.⁸⁵ A hatékonyság feltételezi, hogy az ajánlattevőket indokolással együtt értesíteni kell az ajánlat elutasításának okairól, és ennek hiányában nem kezdődhet meg a jogorvoslat benyújtására nyitva álló határidő sem.⁸⁶ Objektív, a közbeszerzési szabályok megsértéséről történő tudomásszerzéstől független határidők nem összeegyeztethetőek a hatékonysággal⁸⁷, ugyanakkor a jogvesztő (prekluzív) határidők önmagukban nem összeegyeztethetetlenek a hatékony és

gyors jogorvoslat követelményével.⁸⁸ Ezek a tételek adnak ugyan némi iránymutatást, de mivel az irányelv eléggé szűkszavú, és a gyakorlat a közbeszerzés jellegénél fogva (vagyis arra tekintettel, hogy mihamarabb jogilag világos helyzetet kell teremteni) a jogorvoslati jog számos korlátozását ismeri el legitimnek, és ezért nem teljesen ok nélküli az elsődleges és másodlagos jogorvoslat viszonyát kutatni.

Itt mindenképpen ki kell emelni azt, hogy az elsődleges jogvédelem kimerítése, mint a kártérítés előfeltétele (függetlenül attól, hogy erre anyagi vagy eljárásjogi előfeltételként tekintünk), akkor várható el, ha ez a jogellenes helyzet helyreállítására alkalmas, ami különösen akkor kétséges, ha közbeszerzés kiírása nélkül történik szerződéskötés, és a szerződés teljesítése megkezdődött, vagy esetleg teljes mértékben meg is történt.

Az első kérdés, hogy a közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül létrejött szerződés olyan súlyos hibában szenved-e, amely semmissé teszi azt, mert ha igen, akkor a semmisség olyan érvénytelenségi ok, amelyet a bíróság hivatalból észlel (Ptk. 6:88. §), és ebben az esetben nincsen szükség külön eljárás lefolytatására. Mivel jelen írás központi kérdése, nem a semmisség, hanem a kártérítés, ezért utalva az ez irányú gazdag gyakorlatra⁸⁹, csupán néhány aspektust emelnék ki.

A semmisséget mint jogkövetkezményt a közbeszerzési irányelv csak nagyon szűk körben követeli meg *expressis verbis*, mégpedig a szerződéskötési tilalmi időszak (2a. cikk) alatt megkötött szerződések tekintetében⁹⁰, egyébiránt az irányelv a 2d. cikkben kifejezetten rögzíti, hogy a „szerződés érvénytelenségének megállapításából fakadó következményeket a nemzeti jogszabályok határozzák meg”. Tehát a kifejezett tilalomtól eltekintve, amelynek jellegéből fakad, hogy az ennek megsértése esetén a szerződés semmis, a nemzeti jog, az egyenértékűség elvének tiszteletben tartása mellett,⁹¹ határozhatja meg, hogy az érvénytelenség kógens vagy diszpozitív, *ex nunc* vagy *ex*

83 EuB C-81/98 sz. ügy, Alcatel Austria AG, 33. pont, amit ezután kodifikált a 2007/66/EK irányelv is.

84 EuB C-300/17 sz. ügy, Hochtief, ehhez VINCZE: i. m. (lj. 22).

85 EuB C-92/00, sz. ügy Hospital Ingenieure, ehhez MICHAEL FRUHMAN: *Bekämpfbarkeit des Widerrufs einer Ausschreibung*, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis 2002, 228-231; DREHER: i. m. (lj. 34); KILLMANN: i. m., RAIMUND MADL: *Widerruf der Ausschreibung nicht bekämpfbar? Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (RPA) 2004*, 15-24.

86 EuB C-406/08. sz. ügy, Uniplex, 32. pont: „Következésképpen a 89/665 irányelv 1. cikkének (1) bekezdésében meghatározott azon cél, hogy biztosítsa a hatályos közbeszerzési szabályok megsértése elleni hatékony jogorvoslatok meglétét, csak akkor érhető el, ha a jogorvoslati kérelem benyújtására nyitva álló határidő attól az időponttól kezdődik, amikor a felperes tudomást szerzett, vagy tudomást kellett volna szereznie e jogsértésről (lásd e tekintetben a fent hivatkozott Univer-sale-Bau és társai ügyben hozott ítélet 78. pontját). Ehhez ld. részletesen GORDON ANTHONY: *Case C-406/08, Uniplex (UK) Ltd v. NHS Business Services Authority, Judgment of the European Court of Justice (Third Chamber) of 28 January 2010*; *Case C-456/08, Commission v. Ireland, Judgment of the European Court of Justice (Third Chamber) of 28 January 2010*. 48 *Common Market Law Review* (2011), 569–579.

87 EuB C-166/14. sz. ügy MedEval kontra Bundesvergabeamt, ehhez DAVID MCGOWAN: *Impermissibility of Absolute Limitation Periods for Claiming Damages without Knowledge of the Breach: case C-166/14 MedEval*, *Public Procurement Law Review* 2016, NA37-NA39; ALEXANDER HIERSCHKE – MARTIN ODER: *EuGH kippt sechsmonatige Ausschlussfrist für Schadenersatz im BVergG*, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* 2016, 49-54; KERSTIN HOLZINGER:

EuGH Rs MedEval – Kein Fristbeginn ohne Kenntnis des Geschädigten vom Rechtsverstoß, *Zeitschrift für Vergaberecht*, 2016, 14–19.

88 EuB C-327/00 sz. ügy, Santex, msz. 57: „Consequently, although a limitation period such as that at issue in the main proceedings is not in itself contrary to the principle of effectiveness, the possibility that, in the context of the particular circumstances of the case before the referring court, the application of that time-limit may entail a breach of that principle cannot be excluded”. Ehhez ADRIAN BROWN: *Whether a National Limitation Period for Procurement Actions may be Overridden: A Note on Case C-327/00, Santex v Unita Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, *Public Procurement Law Review* 2003, NA78-NA81.

89 Kúria 2015.El.II.JGY.E.1.1. szám „A közbeszerzésekkel kapcsolatos ítélkezési gyakorlat” vizsgálati tárgykörre felállított Joggyakorlat-elemző Csoport által készített Összefoglaló vélemény, 147–157; Vö. továbbá NÉMETH ANITA: *A közbeszerzési szerződések és az érvénytelenség*, in *Jogi Tanulmányok 2012*. Budapest, ELTE 2012. 445–456.

90 Ami egyébként az Alcatel-ügyben kimondottakat kodifikálja, REICH-SHABAT, i. m. (64).

91 JULIA KÖNIG: *Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, Baden-Baden. Nomos. 2011.

tunc. Még mielőtt a tagállami autonómia határait túlságosan szélesen húznánk meg, érdemes az irányelv 2d. cikkére még egy alaposabb pillantást vetni, ez ugyanis nem azt állítja, hogy a tagállamok szabadon állapíthatják meg a jogkövetkezményeket, hanem az érvénytelenség jogkövetkezményeit állapítják meg, vagyis a szerződés érvénytelen, ugyanakkor az érvénytelenség által kiváltott következmények feltételei meghatározásában bírnak a tagállamok némi szabadsággal. Ez egyébként következik a Braunschweig-II döntésből is⁹², amely elég világosan leírja, hogy sem a bizalomvédelem, sem a *pacta sunt servanda* elve nem mentesíti a tagállamokat azon kötelezettség alól, hogy *szolgáltatásnyújtás szabadságát korlátozó de facto közbeszerzések esetén* (tehát amikor eljárást lefolytatása nélkül ítélték oda szerződést) *a szerződés érvénytelen*, és a tagállamnak meg kell tennie a szükséges lépéseket a jogellenes állapot felszámolása érdekében. Egyébként ugyanis az alapszabadságokat korlátozó helyzet perpetuálódik.⁹³ Ebből levezethető egy felmondási jog, mint egy megtámadhatósági ok⁹⁴, amely a jogellenes helyzet orvoslásának egyik lehetősége, de a jogellenességet mindenképpen orvosolni kell, ennek hiányában az állam az uniós jogot súlyosan megsérti, és ezért kárfelelősséggel is tartozik.⁹⁵

Ahogy látható az uniós másodlagos jog nem követeli meg a semmisség jogkövetkezményét, és hasonló állítható az elsődleges jogról is. A közbeszerzési szabályok megszegésével kötött szerződések természetesen megsértik az alapszabadságokat, az áruk vagy a szolgáltatások szabad áramlását⁹⁶, vagy adott esetben a diszkrimináció tilalmát, ami a közbeszerzési értékhatár alatt is releváns⁹⁷, de ebből még nem lehet levezetni a semmisséget. Az EUMSZ kartellmegállapodások semmisségét kimondó 101. cikk (2) bekezdéséből *a contario* ugyanis éppen az következik, hogy más a belső piacot korlátozó szerződések nem feltétlenül semmissek. Az elsődleges

jog szabályaiból ugyanakkor nem következik az sem, hogy nem lehetnek semmissek a nemzeti jog rendelkezései alapján.

A semmisség a nemzeti jog alapján tehát elképzelhető jogkövetkezmény lehet, különösen a közbeszerzési jog legsúlyosabb megsértései esetén, így elsősorban, de nem kizárólagosan a közbeszerzési ajánlattételi felhívás elmaradásakor (de facto közbeszerzések). Ilyenkor a közbeszerzési jog megsértése olyannyira egyértelmű, annyira kézenfekvő, hogy a közbeszerzési eljárás elmaradása jogszabály megkerülését jelenti, hogy felesleges a jogellenes szerződéskötés megállapításával kapcsolatos költségeket az egyébként jogszerűen eljáró harmadik félre telepíteni, aki a közbeszerzés tárgyát képező szerződésre ajánlatot azért nem tudott tenni, mert az állam nem tette közzé szerződéskötési szándékát (azt naivítás lenne elvárni, hogy a szerződő felek hivatkoznának a semmisségre ebben az esetben). Nyilvánvalóan további jogpolitikai okokat is lehetne sorolni a semmisség mellett: az állam mint szerződő partner nem tud a jogszabályi kötelezettségei alól kiszerezni, hiszen jogállam lényege, hogy az állam a jogi előírások által ráruházott hatáskörök keretei között cselekedhet, és ezért egy *az állammal megkötött súlyos jogi hibában szenvedő szerződés nem lehet érvényes*.⁹⁸

Ebből ugyanakkor legfeljebb az következhet, hogy a megkötött szerződés semmis, de nem az, hogy ha a közbeszerzést kiírták volna, akkor az erre vonatkozó szerződést *szükségszerűen más kapta volna meg*, hogy más valaki adta volna a legjobb ajánlatot, mint az, akinek a szerződést a közbeszerzési eljárás törvényi kötelezettségét megkerülve odaítélték. Mivel a közbeszerzési eljárást nem folytatták le, lényegében *mindenki potenciális ajánlattevő*. Elvileg nemcsak az aktuálisan megkötött szerződésnél adhattak volna jobb ajánlatot, hanem lényegében minden ajánlat pusztán hipotetikus, és bárki bármelyik ajánlatnál adhatott volna jobbat. Mivel ugyanakkor csak egy féllel lehet szerződést kötni és minden más ajánlattevő szükségszerűen üres kézzel távozik, nagyon komolyan felmerül a kérdés, hogy a semmisségen túl milyen kártérítés érvényesíthető ebben a bizonyítási szükséghelyzetben. Ugyanis lényegében mindenkivel szemben felvethető, hogy nem tudja igazolni, hogy a szerződést neki ítélték volna oda, és ezért *a conditio sine qua non* hiányában pozitív interesszére nem tarthat igényt. Mivel pedig ajánlatot nem is készített, ezért a negatív interessze nem követelhető.

Ennek a helyzetnek a fordítottja a kiírás visszavonása: ha valamilyen kényszerítő oknál fogva vonják vissza a közbeszerzési eljárást, mert például valamelyik feltétel jogellenessége a kiíró számára is egyértelművé válik, ak-

92 EuB C-503/04. sz. ügy, Bizottság kontra Németország.

93 EuB C-20/01 és C-28/01 sz. egyesített ügyek, Bizottság kontra Németország msz. 36. „Daher ist festzustellen, dass die durch die Missachtung der Bestimmungen der Richtlinie 92/50 erfolgte Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs während der gesamten Dauer der Erfüllung der unter Verstoß gegen diese Richtlinie geschlossenen Verträge fortduert“.

94 Ld. WALTER FRENZ: *Rechtsmitteländerungsrichtlinie und Folgen einer Vergaberechtswidrigkeit*. Zeitschrift für Vergaberecht 2009, 1; STEEN TREUMER: *Towards an Obligation to Terminate Contracts Concluded in Breach of the EC Public Procurement Rules: The End of the Status of Concluded Public Contracts as Sacred Cows*. 16 Public Procurement Law Review (2007), 371 (377–378).

95 TREUMER, i. m. lj. 94 (379).

96 EuB C-19/00 sz. ügy, SIAC Construction, 32 pont: „The Court has held in this regard that the purpose of coordinating at Community level the procedures for the award of public contracts is to eliminate barriers to the freedom to provide services and goods and therefore to protect the interests of traders established in a Member State who wish to offer goods or services to contracting authorities established in another Member State“.

97 EuB C-324/98 sz. ügy, Telaustria.

98 A törvényi kötöttség és a szerződési szabadság kérdéséhez általánosan ELKE GURLIT: *Verwaltungsvertrag und Gesetz*. Tübingen, Mohr. 2000.

Tanulmány

kor azon túl, hogy indokolnia kell a kiírás visszavonását⁹⁹, akkor a visszavonás jogszerűsége miatt nem lehet kártérítést követelni, mert hiányzik a jogellenesség, vagy pedig lehet követelni, hiszen az ajánlatkérő alapvetően felelős az ajánlattételi felhívás helyes és jogszerű tartalmáért, és a kiíró fél csupán a kár bekövetkezését próbálja elkerülni, illetve a kárt enyhíteni a visszavonással?

VIII. Felróhatóság és alternatívái

Ahogy az Európai Bíróság a Graz/Strabag ügyben¹⁰⁰ megállapította a közbeszerzési eljárásokban megítélendő kártérítés nem függhet a vétkességtől, illetve felróhatóságtól.¹⁰¹ Az EuB szerint ugyanis semmi nem utal arra a kifejezetten szófukar jogorvoslati irányelvben, hogy a kártérítési felelősség megállapíthatóságának az *ajánlatkérő bizonyított vagy vélelmezett vétkességétől kellene függenie* (35. pont). Ugyanakkor hozzáteendő, hogy ennek az ellenkezőjére sem utal semmi *expressis verbis*, vagyis, ahogy Aicher és Kraus fogalmaznak az Európai Bíróság jogértelmezése ugyan érthető, de nem szükségszerű.¹⁰² Az EuB a vétkességtől független kártérítési felelősségre a 89/665. irányelvben előírt jogorvoslat általános háttéréből és céljából következett (36. pont), mert a vétkesség bizonyítása esetén „az állítólagos jogsértés vétkes jellegének megállapítására irányuló polgári peres eljárások elhúzódhatnak”, és ezért az ajánlattevő csak késsedelemmel juthat a kártérítéshez (42. pont). Ez némileg ellentmond annak a megállapításnak, hogy a közbeszerzési jogorvoslati irányelv „nem tartalmaz pontosabb rendelkezéseket sem azon feltételek tekintetében, amelyek megvalósulása esetén az ajánlatkérő hatóság felelőssége megállapítható, sem pedig azon kártérítések összegének meghatározása vonatkozásában, amelyek fizetésére az utóbbi kötelezhető”.¹⁰³

Tekintettel arra, hogy a *közbeszerzési rendelkezések* végső soron az áruk és szolgáltatások szabad áramlását hivatottak biztosítani, vagyis ezek *be nem tartása* ezen *alapszabadságokat sérti*, nem meglepő, hogy az Európai Bíróság a közbeszerzési szabályok megsértése esetére egy ítéletben¹⁰⁴ ugyanazt a mércét írta elő, mint az uniós jog megsértése miatti kártérítés esetére. Vagyis a *Francovich-felelősség kritériumai alapján*, „a jogsérelmet szenvedett magánszemélyek kártérítésre jogosultak, ha a megsértett uniós jogi szabály célja, hogy a magánszemélyek számára jogokat lehetkeztesen, e szabály megsértése kellően súlyos, és fennáll a közvetlen okozati összefüggés e jogsértés és az elszenvedett kár között”.¹⁰⁵ Ez a felelősségi alakzat ugyan elvben vétkességtől független, de mivel ismeri a *tolerabilis error iuris* esetét, vagyis a jogsértés kimentethőségét abban az esetben, ha az egy nem teljesen egyértelmű rendelkezés jóhiszemű és észszerű értelmezésén alapul, vagyis nem támaszkodott teljesen alaptalan érvekre, és nem nyilvánvalóan ellentétes az alkalmazandó (jelen esetben közbeszerzési irányelv) szövegével és céljával.¹⁰⁶ Ez tehát a nevében ugyan a vétkességtől, illetve felróhatóságtól független konstrukció, de végeredményben nincsen távol egy a jóhiszemű jogértelmezési hibákat kimentésként elfogadó vétkességi/felróhatósági felelősségi alakzattól.¹⁰⁷

Ebből ugyanakkor az következik, amire már fentebb utaltunk, mégpedig, hogy korlátozottan ugyan, de közbeszerzési döntéseknek van egy „hibahatára”, ami különösen a komplex gazdasági-technikai elemzések során veendő figyelembe, és megerősíti azt a megállapítást, hogy az ebben a bíróság által sem felülmérlegelhető mérlegelési mezőben mozgó ajánlatoknak van, illetve volt reális esélye a közbeszerzés elnyerésére. Hiszen ha ez egyik jóhiszemű értelmezés alapján az egyik ajánlat a legjobb, de egy másik, szintén jóhiszemű értelmezés alapján egy másik ajánlat lenne a befutó, akkor a közbeszerzés kiírójának kellene azt bizonyítania, hogy a másik lehetséges jóhiszemű értelmezés mellett sem lett volna esélye az ajánlattevőnek a szerződés elnyerésére.

99 Ehhez EuB C-92/00 sz. ügy, Hospital Ingenieure.

100 EuB C-314/09. sz. ügy Graz/Strabag, ld. hozzá GEORG WILHELM: *EuGH: Verschuldensfreier Schadenersatz bei Vergabeverstöß*, *Ecolex* 2010, 1117; TOTIS KOTSONIS: *The Basis on which the Remedy of Damages must be Made Available under the Remedies Directive: Stadt Graz v Strabag AG (C-314/09)* *Public Procurement Law Review* 2011, NA59-NA63; JOSEF AICHER – MARIE-SOPHIE KRAUS: *Verschuldenserfordernis für Schadenersatzanspruch des übergangenen Bieters verstößt gegen Rechtsmittel-Richtlinie, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* 2011, 341; WILHELM, GEORG: *Wie es zum verschuldensfreien Schadenersatz bei Vergabeverstöß kam (Nachtrags-Logelei zum Fragespiel OGH – EuGH)*, *Ecolex* 2011, 773

101 Az EuB C-314/09. sz. Graz/Strabag ügy magyar fordítása a vétkesség kifejezést használja, ami nem teljesen felel meg a magyar terminológiának, annak ellenére sem, hogy az osztrák jogi zsargont (*Verschulden*) jól adja vissza.

102 JOSEF AICHER – MARIE-SOPHIE KRAUS: *Schadenersatz ohne Verschulden bei Verstößen gegen Vergaberecht (Teil II)*, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* 2011, 358.

103 EuB C-568/08. sz. ügy, Combinatie Spijker, 86. msz.

104 EuB C-568/08. sz. ügy, Combinatie Spijker, annak ellenére, hogy ez az érvelési toposz nem jelent meg a későbbi gyakorlatban, az osztrák jogalkotó ennek ellenére 2012-ben ennek mintájára újrakonceptcionálta a közbeszerzési előírások megsértése miatti kárigényeket, és bevezette a kellőképpen súlyos jogsértés fogalmát (§ 338 BVergG 2012), és ezt a legújabb közbeszerzési törvény is fenntartotta, ld. § 369 BVergG 2018).

105 EuB C-568/08. sz. ügy, Combinatie Spijker, 92. msz. Ez a megoldás, mint elméleti konstrukció már megjelent korábban az irodalomban is, ld. TREUMER, i. m. l. 94 (379).

106 *Tolerabilis error iuris* mint kimentési ok, ld. EuB C-392/93. sz. ügy, C-392/93. sz. ügy, The Queen kontra H. M. Treasury ex parte: British Telecommunications plc, 44. pont; C-283/94., C-291/94. és C-292/94. sz. egyesített ügyek Denkavit International BV és társai kontra Bundesamt für Finanzen, 49–54 pontok.

107 Így ld. AICHER–KRAUS: i. m. l. 102 (361); GEORG RIHS/ANNA-ZOE STEINER, „Hinreichend qualifizierter Verstöß” als neue materielle Voraussetzung für Schadenersatzansprüche, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* 2013, 138, 188 (192).

IX. Néhány következtetés

Ahogy az a jelen írásból is kitűnt, a közbeszerzési szabályok megsértése miatt jogkövetkezmények komplexitása részben a köz- és magánjog egymásra hatásából, részben pedig az uniós jog és a nemzeti jog ütközéséből fakadnak. A jogorvoslati irányelv szűkszavúsága, a tagállamok eljárásjogi autonómiája egyrészt, az alapszabadságok és az uniós jog hatékonysága másrészt számos értelmezési lehetőséget nyit meg, amelyek között a tagállami jognak kell lavíroznia.

Az első tanulság ezért mindenképpen a differenciált megközelítés szükségszerűsége: az egyes tipikus káreseményeket önállóan kell vizsgálni, és kerülni kell a one-size-fits-for-all típusú megoldásokat. Ahogy látható volt, vannak tipikus káresemények, amelyek egymástól elkülöníthető érdek- és felelősségi viszonyokkal jellemezhetőek, és a kártérítésnek nyilvánvalóan ezt kell leképezni.

Az írás továbbá elsősorban a német/osztrák dogmatikából, így különösen a szerződéskötés során felmerülő felelősség alakzatából (*culpa in contrahendo*) kiindulva vizsgálta a kártérítési felelősséget. Világossá vált, hogy a *culpa in contrahendo* nemritkán vezet önellentmondó eredményekre. Az egyik ilyen ellenmondás az, hogy a meg nem kötött szerződésért viselendő kárfelelősséget csak a legjobb ajánlat esetén ismeri el, de annak ellenére, hogy ebben az esetben a pozitív interessét, vagyis a szerződés teljesítéséhez fűződő gazdasági érdeket kellene megtérí-

teni, a gyakorlat legfeljebb a negatív interessét ismeri el. Tehát vagy a gyakorlat hibás, vagy az alapul fekvő elméleti konstrukció. A *culpa in contrahendo* ugyanakkor komoly gyakorlati nehézségekkel küzd abban az esetben is, amikor az ajánlatok nem összemérhetőek, például az ajánlat kizárása, a közbeszerzés elmaradása, vagy a komplex értékelési kritériumok, illetve ezek nem ritka összjátéka miatt nem lehet egyértelműen meghatározni a legjobb ajánlatot. Ekkor a jogi dogmatika szörszálhasogató fogalmi mennyországa¹⁰⁸ ugyan szolgál néhány megoldással, de ezek egyike sem találkozik a gyakorlati élet praktikuságának kívánalmaival, és nemritkán vezetnek a *suam turpitudinem allegans nemo auditur* maximájának megszegéséhez. Továbbá a szerződés elnyerésének valódi esélyét a legjobb ajánlatra szűkíteni már csak azért sem észszerű, mert ez ellentmond az Irányelv keletezésének és céljának, valamint a pusztán nyelvi értelmezésnek is, hiszen a legjobb ajánlat és a valódi esély nem szükségszerűen szinonimái egymásnak.

Pontosan ezért igyekeztem alternatívaként azt a részben francia gyakorlatra is támaszkodó megoldást felvetni, amely a kárt az esély elvesztéseként, illetve az esély romlásaként koncepcionálja, és ezzel számos kérdésre az egyszerűségében elegáns választ ad.

108 RUDOLPH V. JEHRING: *Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild*, in uő: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (Leipzig, 1884), 245–334.

ÚJ MAGÁNJOG SOROZAT 17. KÖTETE

BEVEZETÉS A MAGYAR MAGÁNJOG ÁLTALÁNOS ELVEIBE

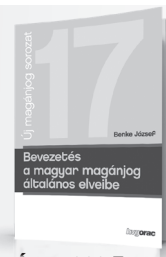
SZERZŐ: **Benke József**

„Benke József remekbe szabott tanulmánya a magyar magánjog alapjaiba vezeti be az Olvasót; azokat a mélyen fekvő elvi megfontolásokat foglalja össze, amelyek a magánjogi törvényhozást és ítélkezést hagyományosan vezérik [...] A könyv kétharmadát a magánjog „alapvető elveinek” elemzése teszi ki, és e fejezetekben [...] a Ptk. bevezető rendelkezései között tételesen is meghatározott elvei szerepelnek. [...] Imponáló a felhasznált filozófiai, jogtörténeti és jogdogmatikai ismereti tárház, amelyek eredményeire támaszkodva, azokat újraértékelve és saját koncepciójának szolgálatába állítva megszületik az új mű. A Szerző [...] meggyőzi olvasóját arról, hogy a téma kifejtéséhez és megértéséhez szükség van a felfestett háttérablóra. Mindenkinek ajánlom Benke József könyvét, aki a mindennapok szürkesége mögé akar nézni, és gyönyörködni kíván a magánjog uralkodó eszméinek gazdag világában.”

Vékás Lajos: Ajánlás (részlet)

„Benke József legújabb műve igazi mérföldkő a magyar magánjog tudományában. Az öt éves új magyar Polgári Törvénykönyv bevezető rendelkezéseinek magyarázata és feldolgozása kapcsán a magyar magánjog európai beágyazottságát és kultúrtörténeti helyét dolgozza fel. [...] tudománytörténeti nívó, 20. századi szerzőknél sem találunk hasonló vállalkozást, amely a magánjog kulturális, filozófiai és etikai alapjainak feltárásában és értelmezésében hasonló mélységeket és érzékeny elemzéseket mutatna. A Szerző [...] új koordináta-rendszerbe helyezi a magánjogi szabályokat és azok alkalmazását. A mű nemcsak élvezetes olvasmány, hanem kulturális kuriózum, [...] hivatkozásai és dogmatikai elemzései a nagy elődök műveit idézik fel, a közös európai szellemiség szerves folytatója, immáron annak része. Őszinte szakmai meggyőződéssel ajánlom a művet az Olvasónak.”

Csehi Zoltán: Ajánlás (részlet)



Ára: 5000 Ft

Megjelenés:
2019. november 21.

Gyertyánfy Péter címzetes egyetemi docens, Eötvös Loránd Tudományegyetem (Budapest)

Szerzői jogi törvényünk 20. évfordulójára

Mai szerzői jogi törvényünk 1999. szeptember 1-jén lépett hatályba. Az 1999. évi III. törvénnyel olyan – nyilvánvalóan nem hibátlan – modern, de egyben értékőrző szerzői jogi szabályozás született, amely már 1999-ben az EU-tagállamok szintjén volt, és ez a csatlakozáskor csak minimális kiegészítéseket tett szükségessé. Ma is alkalmas a kulturális gazdasági forgalom jogi keretét. A vagyoni jogok átruházhatatlansága alóli fontos kivételek megengedése a gyakorlatban helyesnek bizonyult, változtatásának indokolatlanul felgyorsult üteme azonban veszélyeket hordoz.

1. Bevezetés

Megélénkült az érdeklődés a magyar szerzői jog története iránt. Korábban *Boytha György* egy jogelméleti vezérfonalat – a szerzői jog mélyebb természetének érvényre jutását – követett a történeti szövetben.¹ Évtizedekig az ő és *Lontai Endre* nyomán reprodukálták a magyar szerzői jog történetét az átfogó művekben is. Újabban *Legeza Dénes* már visszanyúl eredeti forrásokra is, a változásokat az esetjog tükrében is bemutatja, kitér az SzJSzT tevékenységére és hangsúlyosan foglalkozik a szerzői jogi forgalom szabályainak változásával.² *Pogácsás Anett* újszerű szempontot is bevezetett a vizsgálódásba, nevezetesen a magyar jogi népszokások figyelembe vételét.³

A visszatekintésre az 1999. évi LXXVI. törvény – a továbbiakban: *Szjt.* – 20. évfordulója ad alkalmat. Haszná akkor lesz, ha a törvény születéséről és a törvényről szólva tanulságokat is fel tudunk kínálni jogunk további alakítá-

sához. A cikkben nem a most hatályos törvényszöveg tartalmi ismertetését célozzuk meg, hanem létrejöttének okait, körülményeit, továbbá az 1999-ben bekövetkezett lényeges változásokat a korábbi joghoz képest. Nem hallgatjuk el a becsúsztott hibákat sem. A bevezető rövid jogtörténeti összefoglalókra azért van szükség, mert a szerzői jog intézményei a történeti előzmények nélkül aligha érthetők meg.

2. A magyar szerzői jog első 100 éve dióhéjban (1875–1999)

2.1. A könyvkiadói szerződésekről – de még nem a szerzői jog egészéről – szóló első részletes szabályok az 1875. évi *Kereskedelmi Törvény*⁴ VIII. Címének paragrafusai voltak. Ezeket, csakúgy, mint a világ első szerzői jogi törvényét, az angol Anna királynő 1709-es statútumát, a műköztetői-felhasználói (nyomdászai, könyvkiadói) érdekek diktálták. A könyvkiadók befektetései megvédéséhez a jognak körül kellett írnia a kizárólagos vagyoni jog keletkezésének és szerződéssel való hasznosításának polgári jogi feltételeit. Az első részletes magyar szerzői jogi szabályozás, az 1884. évi XVI. törvény, külföldi, elsősorban német mintára született. A törvényben a jogok az irodalmi művekre és azok egyenként meghatározott felhasználási módjaira kor-

1 Például: BOYTHA GYÖRGY: *Történeti és elméleti alapvetés (Első Rész)*. In: *A szerzői jog kézikönyve*. (Szerk. Benárd Aurél és Tímár István.) Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1973. 9–75. Uő: *Urheber- und Verlegerinteressen im Entstehungsprozess des internationalen Urheberrechts*. UFITA. Band 85/1979. 7. és köv., Uő: *Whose Right is Copyright?* In: *Festschrift für Eugen Ulmer zum 80. Geburtstag*. GRUR Int. 1983/6–7. sz. 379–385.

2 LEGEZA DÉNES: „Egyszer mindenkorra és örökön”. *A szerzői jog és forgalomképessége Magyarországon a reformkortól 1952-ig*. PhD-értekezés, Szeged, 2017

3 POGÁCSÁS ANETT: *Különbözőség az egységben*. Doktori értekezés, Pázmány Péter Katolikus Egyetem, 2017.

4 1875. évi XXXVII. tv.

látozottan, a vagyoni jog keretei között maradtak. Ez a törvény 37 évig volt hatályban, módosítások nélkül.

1921-ben az LIV. számú új szerzői jogi törvényt az váltotta ki, hogy a műszaki fejlődéssel újabb felhasználási módok jelentek meg (hangrögzítés, fényképészet, az előadóművészi teljesítmények rögzítése). Törvényünket továbbá összhangba kellett hozni a Berni Uniós Szerződéssel, a nemzetközi szerzői jogi kereskedelem és együttműködés alapinstrumentumával, amelyhez a csatlakozás a küszöbön állt. Ez a törvényünk a szerzői műre vonatkozó vagyoni jogokról továbbra is a felhasználási módok kiemelő felsorolásával, műtípusonként rendelkezett és a vagyoni jogokon sem lépett túl. A szerző személyhez fűződő, személyét a művel összekapcsoló jogokat csak a bírói gyakorlat kezdte elismerni a múlt század '30-as éveiben; bizonyos ilyen jogok a vagyoni jogok elidegenítése után is a szerzőnél maradtak.⁵ A törvény kerek 30 évig volt hatályban, módosítások nélkül.

2.2. A II. világháború után évekig csak rendeleti szerzői jogi szabályozás volt. A 98/1951. (IV. 21.) MT. rendelet a kiadói szerződések időbeli hatályát 4 évben korlátozta⁶, és ennek visszamenő hatályt is adott abban az esetben, ha a szerző még életben volt. Ez figyelemre méltó gesztus volt a szerzőknek, hiszen nem sokkal voltunk a kiadványállatok államosítása után, viszont ezzel az állami vállalatok vagyona éppen hogy csökkent. Az ötvenes-hatvanas évek szerzői jogi rendeleteinek tárgya – a szerzői joggyakorlás új intézményeinek a létrehozása mellett⁷ – a különféle műfelhasználások kötelező díjszabásainak megállapítása volt. Ez ugyan nyilvánvaló beavatkozás az alapvetően magánjogi viszonyokba, de mégis bizonyos anyagi garanciát, többször egészen méltányos díjazást is jelentett a szerzőknek.⁸ Létrehozták a szerzői jog állami szervezeteit, államosítva a közös jogkezelés magánjogi társaságait. A szerzői jogi szervezeteknek cenzúratámogató és a kötött devizagazdálkodás szabályait végrehajtó szerepük is volt.

3. Előző szerzői jogi törvényünkről

3.1. A háború utáni szerzői jogi újrakodifikálás előkészítése csak az 1960-ban életbe lépett Ptk. (1959. évi IV. tv.) után indult el. Egyik célja az ezekre, mint háttér-szabályokra való építkezés volt. Másrészt az időközben

kifejlődött új műfelhasználási módokat (és az előadóművészek kibővített, noha még mindig foltszerű jogait is) be kellett venni a vagyoni jogok sáncaiba, immár – a szerzők jogait illetően – egységesen valamennyi műtípusra és a műfelhasználást illetően általános, „generálklauzula” megfogalmazással.⁹ A személyhez fűződő jogok, amelyeket a bírói gyakorlat, az elmélet és időközben a Berni Uniós Szerződés is elismert, ugyancsak a szerzők kizárólagos jogaivá váltak. Az így megszületett 1969. évi III. törvénnyel megváltozott a magyar szerzői jog elméleti alapja is – elsősorban Benárd Aurél és Boytha György munkássága nyomán. Ez az alap, német és osztrák mintára, a személyhez fűződő és a vagyoni jogok teljes egysége, következképpen a vagyoni engedélyezési jogra is kiterjedő elidegeníthetlenség lett. A kor „szocialista elveinek” is meg kellett jelenniük, legalábbis hivatkozásként.¹⁰ Végül a Berni Unió 1967-es új, Stockholmi Szövege is megkívánta a törvénymódosítást. A közös jogkezelés az ilyen, már korábban államosított zenei, irodalmi és képzőművészeti szervezetek feladata maradt.

Az 1969-es Sztj. a végrehajtási rendeletével¹¹ együttesen alkotta a szerzői anyagi jogot, több kérdésben indokolatlanul az alacsonyabb, rendeleti szintet választva. Ezt 1978-ban legalább a követőjog és a fizető köztulajdon tekintetében helyrehozták.

3.2. 1983-ig ezenkívül csak két további érdemi változtatás volt, egyetlen jogszabállyal. A bírói gyakorlatot követve újra fogalmazták a közös mű fogalmát és a személyhez fűződő jogok „tartós vagy súlyos megsértése esetére” is bevezették a kártérítési szankciót.¹² E módosítások a szerzői alanyi jogok erősítését, bővítését jelentették.

A további tíz évben a szerzői jogot – miniszteri rendeletekkel – négy ízben módosították érdemben, egyértelműen a műszaki fejlődés következtében.¹³ Három új, ma is fontos tényállás született (Boytha György és id. Ficsor Mihály munkássága készítette elő): az úgynevezett üres hordozó jogdíj, a „kábeltevé” (egyidejű továbbközvetítés) és a számítógépi programok (és ezzel működtetett adattárak) védelme.¹⁴ Formálisan ez a szerzői jogok kiterjesztése volt, de úgy is fogalmazhatunk, hogy tartal-

5 A Kúria P.I.348/1932. ítélete.

6 Ez a korlát a belföldiek között egészen 2000-ig hatályban volt, a külföldi-belföldi viszonylatban kötött szerződésekre a 24/1994. (XII. 28.) MKM r. törölte el.

7 Szerzői Jogvédő Hivatal, a Magyar Népköztársaság Irodalmi Alapja, Magyar Népköztársaság Képzőművészeti Alapja, a Magyar Népköztársaság Zenei Alapja. 260/1950. (X. 29.) MT. r., 24/1952. (III. 27.) MT. r., 106/1952. (XII. 31.) MT. r., 10/1968. (II. 28.) MT. r. a Magyar Népköztársaság Művészeti Alapjáról.

8 Ezek – változó tartalommal – egészen 2000-ig hatályban maradtak.

9 „A mű bármilyen felhasználásához – ha a törvény eltérően nem rendelkezik – a szerző hozzájárulása szükséges.” 1969. évi III. tv. 13. §.

10 1969. évi III. tv. 1. § 2. mondat és Általános indoklás.

11 9/1969. (XII. 29.) MM r. – Sztj.Vhr.

12 1978. évi 27. tvr. Az idézőjelbe tett megszorítást az AB döntése nyomán csak az 1994. évi VII. törvény törölte el.

13 15/1982. (IX. 20.) MM. r. – Vhr. 14/A. §, 23. § (4) bek.; 15/1983. (VII. 12.) MM r. – Vhr. 1. § (1) bek. és 12. § (1) bek.; 18/1988. (VIII. 24.) MM r. – Vhr. 3. § (3) bek., 3./B. §., 11. § (5) bek.

14 Ezekhez hozzáigazították a közös jogkezelésbe tartozó felhasználások illetve díjigények szabályait is. 6/1992. (IV. 8.) MKM r. – Vhr. 20. § és 39. § (2) bek. BOYTHA GYÖRGY: A számítógépi programok alkotásához és felhasználásához fűződő érdekek jogi védelme. Gazdaság és Jogtudomány, MTA IX. Osztályának Közleményei XI. 1977. 359. o.

Jogalkotásunk nyomában

milag ez nem volt más, mint a művek mindenféle felhasználásainak a szerző kizárólagos engedélyezési hatáskörében tartása.

3.3. A rendszerváltozás után, az 1993–1999 közötti időszakban történt négy szerzői jogszabály-módosítás¹⁵ legfőbb oka az Európai Közösséghez való csatlakozás előkészítése volt.¹⁶ Ugyanígy az új NATO-szövetséges, az Amerikai Egyesült Államok is megkívánta tőlünk a szerzői jogba befektetők (szoftvergyártók, hangfelvétel- és filmelőállítók, zeneműkiadók stb.) szerzői jogainak erőteljesebb védelmét.¹⁷ 1994-ben Magyarország is aláírta a GATT részeként az úgynevezett *TRIPS Egyezményt*, amely III. részében részletes, az aláírók által átveendő szabályokat tartalmazott a szellemi tulajdon érvényesítésével kapcsolatban. A cél az volt, hogy hatékony fellépést biztosítsanak a jogsértőkkel szemben.¹⁸ Ez nagy lépés volt a nemzetközi globalizációs folyamatokba való erősebb betagozódás irányában. Egy ízben, 1996-ban a Sajtótörvény¹⁹ megalkotása volt az alkalom arra, hogy kibővítsék a rádió- és televízió szervezetek szerzői joggal szomszédos jogait.

A négy törvénymódosítás érdemben érintette a *szomszédos jogokat* (új önálló fejezetben)²⁰, a *szerzők személyéhez fűződő jogait*²¹, a *vagyoni jogokat* (négy szabállyal is),²²

a *szabad felhasználás* esetköreit (három ízben)²³ és a *védelmi időt* (50-ről 70 évre emelése).²⁴

4. Hatályos szerzői jogi törvényünkről

4.1. Az 1999. évi szerzői jogi törvény tervezetét – mintegy másfél éves munkával – *törvény-előkészítő bizottság* hozta létre. Tagjai a közigazgatás, a tudomány,²⁵ a Magyar Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Egyesület és a közös jogkezelő szervezetek képviselői voltak. Vezetője ifj. Ficsor Mihály, az IM osztályvezetője volt. A Bizottság igyekezett megtartani azt a magas minőséget és azt a helyet, amelyet a magyar szerzői jog a nemzetközi kapcsolatokban és a nemzetek szerzői jogi szabályozásai között addig kivívott. Ugyanis Magyarország a számítógépi programok, az üres hordozók, a kábeltévé és a közös jogkezelés szabályozásában a világon (a közös jogkezelésben Közép- és Kelet-Európában) az időpontot tekintve legalábbis „dobogós helyezett” volt és a Szellemi Tulajdon Világszervezeténél, a WIPO-nál 1979 óta a szerzői jogi vezető tisztviselő magyar szakember volt.

A Bizottság most is kitekintett a nemzetközi fejleményekre is, különös tekintettel a Szellemi Tulajdon Világszervezete szerzői jogi szakbizottságának a Berni Unió Szerződés egész tárgykörét áttekintő sokéves munkájára. Alap volt a '80-as, '90-es évek meglehetősen széles körű szakirodalmá is.²⁶

15 1994. évi VII. tv., 24/1994. (XII. 28.) MKM r., 1996. évi I. tv., 1997. évi XI. tv.

16 1991. december 16. Aláírták az EK és Magyarország közötti társulási megállapodást (más néven: Európai Megállapodás). Kihirdette az 1994. évi I. törvény, a hatálybalépés dátuma 1994. február 1. Ez megkövetelte – többek között – az EK szerzői jogi irányelveihez való jogközelítést. Hatály: 1994. február 1-től.

17 A Magyar Köztársaság Kormánya és az Amerikai Egyesült Államok Kormánya közötti megállapodás a szellemi tulajdonról (Magyar Közöny 1993/173. szám).

18 A GATT Uruguayi Fordulójában a szellemi tulajdon kereskedelemmel összefüggő kérdéseiről létrejött egyezmény. TRIPS Egyezmény on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Magyarország a 72/1994. (XII. 27.) OGY határozattal ratifikálta.

19 1996. évi I. tv.

20 Kibővültek az előadóművészek jogai a Római Egyezményt megkívánó, sőt azon túlmenő mértékben. A hangfelvétel-előállítókkal, a filmelőállítókkal és a rádió- és televízió szervezetekkel együtt ők alkotják a szomszédos jogi jogosultak csoportját. Jogaikat a törvény kizárólagos felsorolással állapítja meg. 1994. évi VII. tv. – Sztj. új XII. Fejezet. A rádió- és televízió-szervezetek saját műsoraira vonatkozó jogait az egyidejű továbbközvetítés tekintetében eredetileg csak egyszerű díjigényként ismerték el, ezt emelték 1996-ban az engedélyezési jog szintjére. Elismerték névjogukat is.

21 Rendelkeztek arról, hogy a védelmi idő eltelte után ki léphet fel a szerző személyéhez fűződő jogai érdekében [1994. évi VII. tv. – Sztj. Vhr. 8. § (2) bek.].

22 Törölték a szerző vagyoni jogának azt a korlátját, hogy a szerző a hozzájárulása nélkül történt műfelhasználást csak írásban, „alapos okkal” tilthatta meg. Díjigényből engedélyezési joggá szélesedett a szerző vagyoni joga a rövid, nem dramatikusan zenei és irodalmi művek rádió- és televízió-sugárzására vonatkozóan. Új szerzői jogi tényállásként szabályozták – az EK vonatkozó irányelvére is figyelemmel – a műholdas rádió- és televízió-sugárzást. A magyar szerzői jogi jogosultak védelmét Magyarországon azonos szintre emelték a külföldiekével azzal, hogy hatályon kívül került az a szabály, amely megengedte, hogy bírói ítélettel pótolni lehessen a felhasználáshoz való jogosulti hozzájárulást, ha azt „alapos ok nélkül” tagadják meg. (Törvényi engedély.) 1994. évi VII. tv. – Sztj. Vhr. 8. § (2) bek., Sztj. 22–23. §, 34. §, 24. §.

23 Törölték azt a félreérthető szabályt [Sztj. 17. § (3) bek.], amely bizonyos korlátokkal megengedte idegen mű szabad felhasználását új önálló műhöz. A szoftvert kivonták a szabad használat hatálya alól, az audiovizuális művek és a hangfelvételek költségvetési szerv közkönyvtárak általi szabad kölcsönzését viszont megengedték. Megszűnt, mint szabad felhasználás, a hangfelvételnek „a termelő munkával egyidejű” lejátszása, ugyanígy az ilyen rádióelőadás. 1994. évi VII. tv., 24/1994. (XII. 28.) MKM r. – Sztj. 17. § (3) bek., Sztj. Vhr. 18. § (2) és (3) bek.,

24 Sztj. 15. §.

25 Sajnálatosan hiányzott Boytha György (akkor a PPKE professzora) és id. Ficsor Mihály (akkor Genfben a WIPO főigazgató-helyettese volt).

26 BACHER VILMOS: *A szellemi alkotások jogvédelme a végrehajtási jogunk zátonyán*. Gazdaság és Jog, 1997/10. sz., 1417., BAITA JÁNOS: *Az adatbázisok jogi oltalmának kérdéséhez*. Magyar Jog, 1997/9. 537. o. BÉRCESI ZOLTÁN: *A szerzői jogi jogharmonizáció az Európai Közösségben. A computer-software termékek védelméről szóló Irányelv és hatásai a magyar szerzői jogban*. Magyar Jog, 1995/7. sz. 395., BÉRCESI ZOLTÁN: *A műholdas műsorsugárzás és a vezeték nélküli műsorszórási szerzői jogi problémái az Európai Közösségben*. Jogtudományi Közöny 2/1996/2. 49., BÉRCESI ZOLTÁN: *Grafitti a Berlini Falon. A szerzői jog „határterületei”*. Jura. A Janus Pannonius Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának tudományos lapja 1/97:33–36., BÉRCESI ZOLTÁN: *Bérelt és használaton kívüli az európai szerzői jogi jogharmonizáció fókuszában*. Jogtudományi Közöny 199. 7–8. sz. 337., BOYTHA GYÖRGY: *Hungary*. Chapter 4 of Part 2 „National Laws”, in: *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2nd. ed. Volume 2. Ed. STEWART, S.M.; London, Butterworth, 1993. 95–108., FALUDI GÁBOR: *A szerzői jog átruházhatósága a magyar jogban*. Magyar Jog, 1995. 3. sz. 146., FALUDI GÁBOR: *A felhasználási szerződés*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1999; IFJ. FICSOR MIHÁLY: *Szerzői jogi gondolatok a könyvtárról*. TMT, 1999/11–12. sz. 431., GYERTYÁNFY PÉTER: *Szerzői jog*

4.2. A kodifikációt szükségessé tevő *legfontosabb körülmények* az 1980-as '90-es években a gazdasági rendszerváltásból fakadó követelmények, a szellemi tulajdon nemzetközi kereskedelmi átfogó szabályozása²⁷, az ún. internetes WIPO-szerződések, az Európai Közösséghez való csatlakozás előkészítése, a műtípusok, de főleg a műfelhasználások változása (például az internet elterjedése), továbbá a közös jogkezelés iránti igények megváltozása voltak.

Az Szjt. megalkotásakor a szerzői jog jogi környezetét a következők jellemezték:

- a) szerzői jog akkor is a magánjogba tartozott, mögöttes joga a Ptk. volt, de ennek alkalmazására a gyakorlatban kevésbé került sor, hiszen ritkábbak voltak a vállalkozás közti szerzői jogi jogviszonyok is;
- b) nem volt még párhuzamos azonos szabályozás az iparjogvédelemmel, mert a szellemi tulajdont ért jogsértés szankcióinak még csak 1994-től volt közös speciális nemzetközi szabályrendszere;
- c) nincs kötelezően figyelembe veendő európai regionális jogszabály;
- d) az alapjogok és egyes külső jogágak, mint például az versenyjog behatása kevésbé volt ismert;
- e) elismert, a szerzői jogi törvény belső korlátait kellő garanciának tekintették;
- f) a bírói joggyakorlat kifejezetten szerzőpárti volt.; a Fővárosi Bíróságnál évtizedekig Súlyi József majd Szilvay Géza voltak a szakterület bírói.

4.3. Az 1999-es törvényben a következő *elvi és lényeges változásokat* látjuk az előző törvényhez képest. Megjegyzendő, hogy a rendszerváltás után már 1999 előtt néhány lényeges kérdésben megtörtént a kiigazítás. (Lásd a 3.3. pontot.)

Rendszerében a törvény a korábbi szabályozást követte, nyilván a jogalkalmazás folytonossága, biztonsága érdekében. Az új szabályozásban mégis lényeges változás, hogy egyrészt a korábbi végrehajtási rendeletek garanciális szabályai és a külön törvényben írt szerzői jogi sza-

bályok is a törvény szintjére, illetve a törvénybe kerültek (például az üres hordozó szabály, a követő jog és a fizető köztulajdon). Másrészt a szabályozás sokkal részletesebbé, alaposabbá és egyben rugalmasabbá vált. Már az új preambulum is a korábbi törvénynél részletesebben fejtegette ki az érintett és egyensúlyba hozandó érdekek mi-
benlétét.

A *személyhez fűződő és a vagyoni jogok viszonyát* az új törvény is a monista elvi alapon rendezte: a kétféle jogosultságtípus egy többgyökerű egységet képez. Ugyanakkor megszűnt a rendszer merevsége: a vagyoni jogok kivételesen, de több fontos esetkörben átruházhatóvá váltak.²⁸

A *védelem tárgyi hatálya* változott a rokonjogi védelem megszűntével és egyidejűleg a fotó- és térképészeti művek minőségtől független védelmének a bevezetésével.²⁹

A *szomszédos jogok* védelmét – első sorban a WPPT-re és a TRIPs-re tekintettel – az Szjt. magasabb szintre emelte. Az előadóművészek jogai bővültek a rögzítés, terjesztés és a vezetékes vagy a nélküli nyilvánossághoz közvetítés engedélyezési jogaival, továbbá bővültek a hangfelvétel-előállítók és a filmelőállítók jogai.³⁰

A mű integritására vonatkozó *személyhez fűződő* jogot a korábbi túl merev, általános fogalom helyett rugalmasan és pontosan, bizonyos esetkörre feltételtől függően állapították meg.³¹ Emellett enyhítettek a dogmatikai merevségen azzal is, hogy most már a személyhez fűződő jogok is – a névjog kivételével – megszűnnek a védelmi idő lejártával.

A *vagyoni jog fogalmának* meghatározása lényegesen meghaladja a korábbi, „bármilyen műfelhasználáshoz a szerző hozzájárulása szükséges” monolitikus formulát.³² Az új szöveg

- a) világossá teszi, hogy a szerzői jog egyrészt a saját felhasználás, másrészt az engedélyezés jogából áll, továbbá
- b) a jog kifejezetten engedélyezési, ami csak szerződéssel gyakorolható és
- c) kiterjed a lehetséges anyagi és nem anyagi felhasználási formákra, a mű részeire és a felhasználás minden külön lépcsőfokára is; továbbá
- d) most már a vagyoni jog része a szerző díjigénye engedélyezési jog híján is a törvény által meghatározott esetekben.³³

gunk és az európai integráció. 1–3. Magyar Jog, 1991.6. sz. 344., 1991. 9. sz. 534., 1991. 10. 594., GYERTYÁNFY PÉTER: *A szerzői jog átruházhatóságára és a felhasználási szerződésekre irányadó jog*. In MÁDL-VÉKÁS (szerk.): Nizsalovszky Endre Emlékkönyv. ELTE ÁJTK, Polgári Jogi és Nemzetközi Magánjogi Tanszék, Budapest, 1994, 93., GYERTYÁNFY PÉTER: *A szerzői vagyoni jogok újraszabályozásáról*. Jogtudományi Közlemény, 1995. 10. 451., GYERTYÁNFY PÉTER: *A szerzői és az azzal szomszédos jogok közös kezelése I–II*. Magyar Jog, 1999. 3. 129., 1997. 5. 257., LONTAI ENDRE: *A technikai fejlődés és a szerzői jog*. Állam- és Jogtudomány 1991. 1–2. 18., PÁLOS GYÖRGY: *A szoftver jogi védelme és várható változások*. MIE Közleményei 1998. 39., PETRIK FERENC (szerk.) *A szerzői jog. A gyakorló jogász kézikönyve 3*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1990., VIDA SÁNDOR: *Bírósági végrehajtás eszmei javakra*. Magyar Jog 1996. 7. 385. A Szerzői Jogi Szakértői Testület szakvéleményeinek gyűjteménye I–III. 1970–1977, 1978–1989, 1990 – 1996. ARTISJUS, Budapest, 1981., 1991., 1998.

27 Lásd a 16–18. lábjegyzeteket, továbbá: 1996. évi WIPO Copyright Treaty és WIPO Performances and Phonograms Treaty; az előkészületben lévő 2006/29/EK irányelv (2001. szeptember 27).

28 Szjt. 9. §.

29 1969. évi III. tv (a továbbiakban: Régi Szjt.) 51. § – Szjt. 1. § (2) bek. i), j) pont.

30 Szjt. XI. fejezet.

31 Régi Szjt. 10. §: minden jogosulatlan megváltoztatás vagy felhasználás jogsértés – vs. Szjt. 13.

32 Régi Szjt. 14. §.

33 Szjt. 16. §, a szövegezésben ifj. Ficsor Mihályé a fő érdem.

Jogalkotásunk nyomában

Új a műfelhasználások tipikus eseteinek felsorolása és meghatározása. Megjelenik itt az átdolgozáshoz való jog is.³⁴

A bizonyos vagyoni jogok közös kezelésére vonatkozó szabályok részletesebben kidolgozottak.

A munkaviszonyban alkotott művek esetében nemcsak a felhasználás joga száll át a munkáltatóra, hanem maga az engedélyezési vagyoni jogok (bizonyos korlátokkal).³⁵

A művek sugárzására vonatkozó törvényi engedély kizárólagos engedélyezési joggá emelkedett (közös jogkezeléssel).

A felhasználási szerződések szabályozása a korábbinál sokkal mélyebb. Részletesebben jelennek meg a szerző javára szóló vélelmek a tartalom és a terjedelem tekintetében. A kivételes, a felhasználás engedélyezésének jogát is átengedő jogát ruházási szerződés tartalmára a felhasználási szerződések szabályai csak „megfelelően” és az Szt. további kivételeivel alkalmazhatók.³⁶ A felhasználási szerződés fogalmából – melyet Faludi Gábor dolgozott ki – következik, hogy a műpéldány átadása/tulajdonbavételezése nem alkalmas felhasználási jog keletkeztetésére, és ahhoz nem is mindig szükséges.

Az Szt. a jogsértések következményei közül továbbra is csak a polgári jogi és – újdonságként – a vámjogi szankciókat tartalmazza.³⁷ A jogsértések objektív alapú következményei közé bekerült a gazdagodás visszatérítése és egy bizonyos adatszolgáltatási igény is.³⁸ A szubjektív alapú polgári jogkövetkezmény, a kártérítés már a személyhez fűződő jogok megsértéséért is járt.³⁹ Újdonság az iparjogvédelemben eddig is ismert ideiglenes intézkedés és előzetes bizonyítás szerzői jogban való speciális szabályozása.⁴⁰ A jogkezelési adatok védelmének bevezetése is a szerzői jogérvényesítés erősítését szolgálta, de egyben az adatvédelem első megjelenése a szerzői jogban.⁴¹

4.4. A mai Szt. hibáinak, vitatható megoldásainak három típusa van. Az első az eredetileg jó, de a jogi-gazdasági helyzet változásával elégtelenné vagy hibássá vált szabályainak csoportja. Ezeket – összhangban az európai regionális jogfejlődéssel – túlnyomórészt kiküszöbölték. Vannak aztán a törvénybe a hatálybalépése óta, főleg az utóbbi években bekerült hibák.⁴² Végül a harma-

dik típus az eleve vitatható vagy téves megoldásoké. Most ezzel foglalkozunk.

Az elméletileg leginkább vitatható, de már helyrehozhatatlan hiba a számítógépi programok szerzői műként elfogadása volt. (Ezt a nemzetközi jogfejlődés is kikényszerítette.) Az igaz ugyanis, hogy ennek kifejezésformái megfelelnek a hagyományos művekének, de használata már eltér a művek hagyományos felhasználásfogalmától, azok „érzékelhetővé tételestől”. Lehetséges, hogy a szoftverrel sárkánytojást tettünk a szerzői jog baromfiudvarába.

A védelmi idő szabályát a törvény rendszerében hibásan helyezték el. A 31. § helye nem a vagyoni jogok csoportjában, hanem az általános szabályok között a törvény elején lenne, hiszen már a személyhez fűződő jogok sem korlátlanok időben (kivéve a sajátos kegyeleti jogba forduló névjegyet).

Felesleges volt a védelem tárgyai közül a *folklor kifejezett kizárása*. A védelemképtelenség már a fogalmából következik.

Az úgynevezett *merchandizing szabály* helye viszont éppen hogy az 1. §-ban lett volna és nem a szerzői vagyoni jogok között a 16. §-ban. Ez ugyanis a szerzői jog határainak kiterjesztése, hiszen „a műben szereplő jellegzetes alak” nyilvánvalóan nem egyéni, eredeti gondolatki-fejtés.

A vagyoni jogok rendszerében hibás a *filmalkotók haszonkölcsönzési jogának* kezelése is. Ez a jog ugyanis most egyrészt ellenkező szerződéses kikötés híján átszáll a filmelőállítóra [Szt. 66. § (1) bek.], másrészt kötelező közös jogkezelés útján gyakorolható jogként megmarad a szerzőnél [(23. § (3) bek.). Ellenkező szerződéses kikötésre nyilván nem kerülhet sor ott, ahol a joggyakorlás módja a kötelező közös jogkezelés.

A szabad felhasználási szabályok élére felesleges, sőt veszélyes volt az úgynevezett *háromlépcsős teszt szó szerinti átvétele*.⁴³ Az Szt. ugyanis a szabad felhasználás szabályait a korábbi és újabb európai regionális és nemzetközi jogi kötelezettségeinek megfelelően állapította meg: eleve e követelményeknek megfelelően fogalmazta meg a szerzői jog belső korlátait. A parancs címzettje ezekben a nemzetközi forrásokban az egyezményben (Európai Unióban) részes tagállam és nem a jogalkalmazó.⁴⁴ Kifogásolható a

34 Szt. 17 – 29. §.

35 Régi Szt. 14. § – Szt. 30. §

36 Szt. V. fejezet; 55. § (1) bek.

37 Szt. XIII. fejezet.

38 Szt. 94. § (1) bek. d), e) pont.

39 Szt. 94. § (2) bek.

40 Szt. eredeti hatály 94. § (3) bek., (7) bek.

41 Szt. 96. §.

42 FALUDI GÁBOR: *A nemzeti terrogyon szerzői jogi szabályai*. Jogtudományi Közlöny, 74. évf. 2019. 7–8. sz. 327., GYERTYÁNFY PÉTER: Szer-

zői jogi jogalkotásunk mérlege, 2009–2016. Jogtudományi Közlöny, 72. évf. 2017. 7–8. 351.

43 Szt. 33. § (2) bek. A felhasználás a szabad felhasználásra vonatkozó rendelkezések alapján is csak annyiban megengedett, illetve díjtalan, amennyiben nem sérelmes a mű rendes felhasználására és indokolatlanul nem károsítja a szerző jogos érdekeit, továbbá amennyiben megfelel a tisztesség követelményeinek és nem irányul a szabad felhasználás rendeltetésével össze nem férő célra.

44 Részletesebben kifejtve: GYERTYÁNFY PÉTER: *Repedések a hatályos szerzői jog épületén*. In: GRAD-GYENGE-KABAI-MENYHÁRD (szerk.): *Liber amicorum studia G. Faludi dedicata – Ünnepi tanulmányok Faludi Gábor születésnapja tiszteletére*. 138. o., 143. Budapest, ELTE – ARTISJUS, 2018.

33. § (3) bekezdése is, amely azt mondja, hogy a szabad felhasználásokra vonatkozó kivételeket nem lehet kiterjesztően értelmezni. A „kivétel” kiterjesztően eleve nem értelmezhető, a törvényszöveg *idem per idem*.

Törvényünkben a 67. §-t megelőző magyarázó cím – „Személyhez fűződő jogok” – nem szerencsés. Ugyanis a szakaszban nemcsak a személyhez fűződő jogokra vonatkozó szabályok vannak. Az (5) bekezdés éppenséggel szabad felhasználási speciális szabály és a (6) bekezdés is inkább a vagyoni jogok korlátja.⁴⁵

45 Sztj. 67. § (1) A mű jogosulatlan megváltoztatásának minősül az építészeti alkotás vagy a műszaki létesítmény tervének a szerző hozzájárulása nélkül történő olyan megváltoztatása, amely a külső megjelenést vagy a rendeltetésszerű használatot befolyásolja.

(2) A tervezőnek joga van meghatározni, hogy az épületen vagy a műszaki létesítményen a nevét és a tervezés idejét hol és hogyan tüntessék fel. E jogát azonban csak a tulajdonos, illetve a használó vagy az üzemeltető jogainak és törvényes érdekeinek indokolatlan vagy aránytalan sérelme nélkül gyakorolhatja.

(3) A szerző nevét abban az esetben kell a látképen feltüntetni, ha azon egy meghatározott képzőművészeti, építészeti, iparművészeti vagy ipari tervezőművészeti alkotás, vagy műszaki létesítmény bemutatása szerepel. Ilyen alkotások tudományos ismeretterjesztő előadás, illetőleg iskolai oktatás céljára [33. § (4) bek.] történő felhasználásakor ugyancsak meg kell jelölni a szerzőt.

(4) Építészeti vagy műszaki alkotás tervének változatlan újabb felhasználása esetén csak az eredeti terv szerzőjét kell feltüntetni.

(5) A 34. § (1) bekezdésében foglalt rendelkezés képzőművészeti, fotóművészeti és iparművészeti alkotások felhasználására nem alkalmazható.

(6) A mű használója köteles túrni, hogy a művet az arra jogosultak bemutassák és arról felvételeket készítsenek, ha ez méltányos érdekeik nem sérti.

5. A tanulságok

A kodifikációval olyan – nyilvánvalóan nem hibátlan – *modern, de egyben értékörző szerzői jogi szabályozás született*, amely már 1999-ben az EU-tagállamok szintjén volt és a csatlakozáskor csak minimális kiegészítéseket tett szükségessé.

A monista–dualista elvi alapok közötti döntés, illetve az a gyakorlatias kompromisszum, amit a kivételek megengedésével az Sztj. teremtett, az évtizedek során helyesnek bizonyult.

Az Sztj. kellően figyelembe veszi, hogy a szerzői jog olyan kulturális jogi szakágazat, amelynek nagy gazdasági jelentősége van. Az Sztj. elég erős híd ma is, hogy azon átdübörögjön a megnövekedett kulturális-gazdasági forgalom.

Az Sztj. elődjét, az 1969. évi III. törvényt hatályának 30 éve alatt összesen csak 4-5 ízben módosították, tíz érdemi kérdésben. Az Sztj.-t 20 éve alatt az első 12 évben 6 törvénnyel, azóta további 11 törvénnyel változtatták meg érdemi kérdésekben. Igaz, hogy a műszaki fejlődés felgyorsult, de a törvény módosítása ehhez képest is túlságosan gyakori. Ha a távközlési és egyéb, akár állami monopóliumok rendszeridegen változtatások sorát kényszerítik ki a magyar vagy az EU-jogban, ez jégzajlásszerű pusztító hatással lehet a szerzői jog hídjára.

A kodifikáció előkészítésének akkori módszere ma is ajánlható.

ÚJ MAGÁNJOG SOROZAT 18. KÖTETE

A SZOMSZÉDJOGI GENERÁLKLAUZULA

SZERZŐ: **Fuglinszky Réka**

LEKTOROK: **Fuglinszky Ádám, Pomeisl András**

A kötet a szomszédjogi generálklauszula (Ptk. 5:23. §) esetorientált feldolgozását nyújtja, s az 1959-től napjainkig közzétett döntések (megközelítőleg 200 magyar jogeset) értő elemzésén keresztül mutatja be ezt a sokszínű szabályt (az ahhoz kapcsolódó birtokvédelmi, illetve kártérítési igények sajátosságaival együtt), amelynek gyakorlata a „Péterek és Pálok” mindennapi konfliktusaitól a lakóövezetbe telepített átjátszótornyokhoz kapcsolódó perekon át, az útépités miatt megnövekedett zaj- és egyéb terhelés esetein keresztül a hatalmas erőművek kibocsátásából eredő értékcsökkenésekig terjed, s ekként mind a hétköznapi ember számára, mind pedig az üzleti élet és a környezettudatos tervezés szempontjából kiemelkedő jelentőséggel bír.

A könyvet a szomszédjogi generálklauszula mai formájának jobb megértését szolgáló mértékben jogtörténeti és jogösszehasonlító elemzés – ezen belül is a német és osztrák joggyakorlat mintegy 45-50 jogesettel alátámasztott, valamint az Európai Unió Bíróságának, és az Emberi Jogok Európai Bíróságának témába vágó teljes esetjogának feldolgozása – teszi teljessé, s szolgál munícióval a lehető legszélesebb értelemben vett szomszédjogi jogviták érvékesítésének bővítéséhez.

A kiadvány elméleti-dogmatikai alpmunkaként és gyakorlati kézikönyvként egyaránt használható.



Ára: **6000 Ft**
Megjelenés:
2019. november 26.

WEBES VÁSÁRLÁS
-5%

Cserny Ákos egyetemi docens, Nemzeti Közszolgálati Egyetem Közigazgatás-tudományi Kar (Budapest)

In Memoriam Rácz Attila

Korunk egyik meghatározó jogtudósa, a rendszerváltás időszakának kiemelkedő közjogásza, iskolateremtő egyetemi tanára hagyott itt minket. Életének 82. évében 2019. szeptember 6-án elhunyt Rácz Attila.

1938. május 27-én született Miskolcon. Egyetemi tanulmányait a szegedi József Attila Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karán folytatta, ahol 1962-ben Sub auspiciis Rei Publicae Popularis kitüntetéssel avatták doktorrá.

Tudományos munkáját 1962-től a Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézetében végezte közel fél évszázadon keresztül, ahol alkotmányjogi és közigazgatási területen folytatott kutatásokat. Az alkotmányfejlődés kérdései mellett elsősorban az alkotmányos változások és követelményei, illetőleg a rendszerváltás időszakának alkotmány-előkészítő munkálatai foglalkoztatták. Ugyancsak hosszú ideig végzett jogforrástani kutatásokat, mely körben a törvényalkotás garanciális kérdéseit, valamint a közigazgatási rendeletalkotás problémáit vizsgálta. Munkái körében nagy súllyal szerepelt az igazságszolgáltatási szervezet alkotmányos jelentőségű kérdéseinek tárgyalása, akárcsak a jogvédelem más szervezeti formái – így az alkotmánybíráskodás, az állampolgári jogok országgyűlési biztosa, az ügyészi szervezet és az ügyvédség – kutatása. Külön érdeklődést tanúsított a közigazgatás és a törvényesség viszonyrendszerre, a közigazgatás törvényhez kötöttsége, a közigazgatási bíráskodás, a közigazgatás büntetőhatalma, a szabálysértési jog problematikája iránt. Kutatásai sorában végül jelentős helyet foglaltak el az emberi jogok érvényesülésének biztosítékai.

Az állam- és jogtudományok kandidátusa (1971), majd az állam és jogtudományok doktora (1987) fokozatok hűen tükrözik a tudósi életmű stációit. Tudományos tevékenységének szakmai elismeréseként 1967-ben az Akadémiai díj I. fokozatával, 1986-ban a Munka Érdemrend ezüst fokozatával jutalmazták.

Rácz Attila sikeres kutatómunkája mellett az *egyetemi katedrán* iskolateremtő személyiség volt. Kezdetben meg-

hívott oktatóként az ELTE Állam- és Jogtudományi Karán, majd főállású főiskolai, illetőleg egyetemi tanárként az Államigazgatási Főiskolán és annak jogutód intézményében a Budapesti Corvinus Egyetem Közigazgatás-tudományi Karán, valamint a Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Karán tanított közigazgatási jogot, és az Alkotmányjogi Tanszék vezetőjeként alkotmányjogot.

1981-ben az Államigazgatási Főiskolára főiskolai tanári kinevezést kapott. 1997-ben a szegedi József Attila Tudományegyetemen habilitált, és ugyanebben az évben az egyetem egyetemi magántanára lett. 2001-ben a köztársasági elnök a Corvinus Egyetemre, majd a Károli Gáspár Református Egyetemre is egyetemi tanárrá nevezte ki. Oktatói tevékenységének elismeréseként Apáczai Csere János-díjjal (1998), Magyary Zoltán-émlékéremmel (2001), Magyar Köztársasági Arany Érdemkeresztrel (2004), legutóbb pedig – 2015-ben – Deák Ferenc-díjjal tüntették ki.

Nemzetközi feladatvállalásai között fontos megemlíteni, hogy Rácz Attila egyik irányítója volt a '90-es években tíz európai ország részvételével lefolytatott jogforráskutatásnak, és közreműködött a közigazgatás ellenőrzésével, valamint a gazdasági bíráskodással kapcsolatos nemzetközi kutatásokban. Összehasonlító alkotmányjogi előadásokat tartott az Oslói Egyetem Jogi Karán, és több éven keresztül a Santa Clara Egyetem amerikai joghallgatóinak szervezett kurzusán. Az 1978. évi Jogösszehasonlító Világkongresszuson nemzetközi referensként, az 1979. évi Politikatudományi Világkongresszuson főreferensként, az 1987. évi Alkotmányjogi Világkongresszuson vitavezetőként szerepelt.

Számos *szakmai szervezetben* viselt tisztséget: 1991 óta tagja volt a Jogtudományi Közöny és az Acta Juridica szerkesztőbizottságainak. 1980 és 1990 között ellátta az MTA Állam- és Jogtudományi Bizottsága, 1985 és 1990 között pedig a Nemzetközi Alkotmányjogi Társaság Magyar Nemzeti Szekciójának titkári feladatait. 1994–1995-ben részt vett az ELTE ÁJK, 1997 és 2001 között

pedig a JATE Habilitációs Bizottságának munkájában. 1984-től megszűnéséig tagja volt a TMB Jogi Bizottságának, 1994-től két cikluson keresztül az Magyar Akkreditációs Bizottság Jogi Szakbizottságának, 1985-től pedig az MTA Közigazgatás-tudományi Bizottságának. 1992 és 1998 között a Nemzetközi Közigazgatás-tudományi Társaság alelnöke volt.

A gazdag szakmai életút egyetemi ága 2005-ben, tudományos oldala pedig 2006-ban, a Professzor saját döntése következtében zárult. A szakmai közélettől 10 éve vonult végleg vissza, utolsó munkáit 2009-ben publikálta. 75. születésnapja alkalmából kollégái, barátai és tanítványai ünnepi kötetrel köszöntötték.

Sokan tanultuk tőle a szakmát, a tudományt, és vele együtt a lelkiismeretességet és az alaposágot. A mindig precíz, pedáns, minden órájára kiválóan felkészült, „hibátlan” professzor szakmai tudása mellett emberi kvalitása is kivételes volt. Az pedig, hogy szakterületét egész munkássága alatt a mindenkori aktuálpolitika fölé helyezve tudta művelni, kétségtelenül a legnagyobbak közé emelte.

Kollégaként, vezetőként is mély benyomást tett ránk. Emlékezni fogunk jellegzetes humorára, egyéniségére,

mely a maga csendességével, szerénységével is hatott mindannyiunkra, akik vele dolgozhattunk.

Rácz Atilláról talán nem is lehet pontosabb képet alkotni, amint azt pályatársa, Szamel Katalin tette: „...nincs mire szerénynek lennie, hisz az az életmű, amely mögötte áll, jelentős, mi több szemléletformáló. [...] minden szerénysége ellenére sem válhat soha láthatatlanná, mivel nem tűnhet el emlékezetünkől, sem tudományos tevékenysége, sem fanyar humorú egyénisége folytán.”¹

Közel ötvenéves, páratlanul gazdag tudományos és oktatói munkássága alatt Rácz Attila a hazai és a nemzetközi alkotmányjog és közigazgatási jog ismert és elismert képviselőjévé vált. Kutatómunkája eredményeit közel 200 publikáció, oktatói tevékenységét pedig több ezer korábbi hallgatója emlékezetében élő előadások és szemináriumok őrzik.

1 SZAMEL KATALIN: *A közigazgatás törvényességéről és más démonokról (Avagy a közigazgatás törvényességének színeváltozásai)* In: Ünnepi tanulmányok Rácz Attila 75. születésnapja tiszteletére. (Szerk. CSERNY ÁKOS) Nemzeti Köszolgálati és Tankönyvkiadó. Budapest 2013. 488.

Jogirodalom, jogélet

Gyarmathy Judit elnökhelyettes, Országos Bírószági Hivatal (Budapest)
Sándor-Szóke Zsuzsanna bíró, Fővárosi Törvényszék (Budapest)

Országos konferencia az új polgári perrendtartás tapasztalatairól

1. Az Országos Bírószági Hivatal (OBH) és a Magyar Jogász Egylet (MJE) szervezésében 2019 tavaszán 20 helyszínen, közel 1800 bíró, ügyvéd, ügyész, jogtanácsos, közjegyző, végrehajtó résztvevővel „Az új Polgári perrendtartás alkalmazásának gyakorlati kérdései” címmel konferenciasorozat zajlott, melynek záróeseményére 2019. június 17-én került sor a Magyar Ügyvédi Kamara dísztermében.

2. *Handó Tünde*, az OBH elnöke megnyitóbeszédében hangsúlyozta, hogy a rendezvénysorozat életre hívását az a meggyőződés vezérelte, hogy a 60 év után megújuló perrendi szabályok hatályosulásának vizsgálata keretében közösen, egymás gondolkodását, érveit megismerve, a már kialakult egységes joggyakorlatot megerősíteni, az esetlegesen széttartó nézeteket, értelmezéseket pedig közelíteni szükséges a közjó megvalósítása érdekében. Rámutatott, hogy a perrend kodifikációja során is folyamatos volt az együttműködés a jogalkotóval, és a társ hivatásrendekkel. A kodifikációs folyamatban több mint 100 bíró vett részt, bírói szakmai és igazgatási tudását a sikeres jogalkotás szolgálatába állítva. A bírósági szervezet sikeres felkészülését követően kiemelt feladat az eredményes és zökkenőmentes átállás az új perrend egységes alkalmazására, ennek elősegítésére hozta létre az OBH elnöke Az új Pp. hatályosulását támogató *Munkacsoportot*. E munkacsoport fő feladatai közé tartozik pilot helyszíneken vizsgálatok, elemzések végzése, jogszabály-módosítási javaslatok összegyűjtése, határozat-mintatár (*benchmark*) elkészítésének koordinálása, előkészítő anyagok készítése a Civilisztikai Kollégiumvezetők Országos Tanácskozása (CKOT) számára, jogértelmezési kérdések gyűjtése és eljuttatása a szakmai testületek és az egységes jogalkalmazásért felelős Kúria részére. A Kúria ilyen igazgatási jelzések alapján a keresetlevél visszautasításának gyakorlatát vizsgáló joggyakorlat-elemző csoportot állított fel.

A statisztikai adatokat elemezve megállapította, hogy a jogkereső állampolgárok bíróságokba vetett bizalma töretlen, a kódex hatálybalépését követő csökkenés után az új ügyek érkezése már folyamatosan növekszik, az új Pp. alá tartozó ügyek 57%-a 1 éven belül befejeződött, így az időszzerű ügyintézés is biztosított. A kódex hatályosulását támogató munkafolyamat fontos eredménye, egyben a jogalkotóval való jó együttműködés példája, hogy a jogi képviselő nélkül eljáró felek által használt keresetlevél-forma-

nyomatvány rövidebbé és egyszerűbbé vált, a személyi állapotot érintő perek egyszerűsítésére és gyorsítására vonatkozó szabályokat érintő, a bíróságoktól származó módosító javaslatot pedig hamarosan tárgyalja a parlament. Többéves erőfeszítés ért célt továbbá azzal, hogy az OBH elnökének kezdeményezésére a keresetlevél visszautasítása esetén az eljárás 2018 novembere óta illetékmentes.

Az OBH elnöke kiemelte, hogy meggyőződése szerint a bírói jogértelmezésnek egyszerre kell megvalósítania az alanyi magánjogok érvényre juttatását és a jogrend védelmét, nem jelent jó megoldást sem a szigorú, betű szerinti értelmezés, sem a jogi norma szövegétől való teljes elszakadás. Ezek között a *helyes arány megtalálása a jogalkalmazás művészeté*, melyhez az Alaptörvény 28. cikke iránymutatásul szolgál.

3. *Sárközy Tamás*, egyetemi tanár, az MJE elnöke „Az új Pp. a jogtudomány szemszögéből” című beszédében hangsúlyozta, hogy az új Ptk. mint anyagi jogi kódex megalkotását követően jogalkotási szükségszerűség volt az alapvető eljárási kódexek, így az új Pp. életre hívása, mégpedig azzal a szemlélettel, hogy az eljárásjognak az anyagi jog érvényre juttatását kell szolgálnia. A legfontosabb változások között kiemelte az elektronizáció terjedését és az új kódex egyezség létrehozására ösztönző szemléletét, azonban vitathatónak látja a bíró szerepének háttérbe szorítását és a bizonyítással kapcsolatos terheknek a jogi képviselőre hárítását, mely véleménye szerint a perek számának csökkenéséhez vezethet. Álláspontja szerint *maradandó, értékálló, magas színvonalú kódex született* meg, melynek bevezetésekor teljesen *természetes, hogy vannak gyakorlati problémák*, szakmai viták is. Megosztotta a hallgatósággal az általános eljárásjog kodifikálásával kapcsolatos hiányérzetét, mely kódex a közös eljárási pontok révén a jogászok egységesebb szemléletét ösztönözhetné.

4. *Wopera Zsuzsa* miniszteri biztos, egyetemi tanár a törvény-előkészítő szemszögéből, „Az új Pp. hatályosulásának tapasztalatai” címmel tartott előadásában rámutatott arra, hogy az eltelt rövid időre tekintettel a hatályosulás körében még széles körű tapasztalatokról nem beszélhetünk, a teljes körű megértéshez, az összefüggések megtalálásához még időre van szükség. A miniszteri biztos szerint a *kezdeti jogalkalmazási nehézségek egymás után oldódnak meg*, és sikerült elindulni azon az úton, ahol az új Pp. képes megmutatni, milyen előnyei vannak. Az ügyérkezési adatokkal kapcsolatban megjegyezte, hogy az érkezés csökkenése

több tényezőnek köszönhető. Objektív tényező a fizetési meghagyásos útra tartozó értékhatár felemelése, valamint a perelaterelést erősíti a közjegyző előtti egyezségi eljárás lehetősége is. Kétségtől érkező csökkenő hatása van az új szabályoktól való idegenkedésnek is, mely utóbbi egy változás természetes velejárója.

Üdvözölte a Kúria joggyakorlat-elemző csoportjának felállítását a keresetlevelek visszautasítása témakörében, melyet a régióként eltérő jogalkalmazási gyakorlatok is indokolnak. Az OBH elnökéhez csatlakozva az együttműködés fontosságát és eredményességét emelte ki a keresetlevél-nyomatvány átalakítása, a személyállapoti perekkel kapcsolatos módosító javaslatok, valamint a keresetlevél visszautasításának illetékmentessége körében. A jogértelmezési kérdésekkel foglalkozó testületek munkájának fontosságát hangsúlyozva jelezte, hogy a CKOT egyes állásfoglalásait illetően észlel egyfajta elszakadást az új Pp. szabályaitól, és óvta a jogalkalmazókat „árnyék-Pp.” kialakításától. Az általános eljárási kódexre vonatkozó felvetés kapcsán kifejtette, hogy az új Pp. és Kp. vonatkozásában ez az elképzelés megvalósultnak mondható, hiszen a Kp. rövidebb terjedelme a Pp.-re való számos visszautalásnak köszönhető. Végezetül megköszönte valamennyi hivatásrend együttműködését, és reményét fejezte ki, hogy az új Pp. betölti azt a célt, ami miatt megalkották.

5. Udvary Sándor, a Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar Polgári Eljárásjogi Tanszékének vezetője „A társhivatásrendek tapasztalatai az új Pp.-vel összefüggésben” címmel tartott előadásában felhívta a figyelmet arra, hogy az anyagi jogi szabályok hatályosulása esetén akár évek is eltelhetnek addig, amíg egy-egy jogalkalmazási probléma megjelenik, addig az eljárásjog esetében azonnal megtapasztalhatóak a nehézségek. Az új Pp. jogértelmezési kérdéseivel foglalkozó konzultációs testületnek, valamint az IM-nek az előkészítő anyagai már a jogszabály hatálybalépését megelőzően hathatósan próbálták segíteni a jogalkalmazást. Az általános eljárásjog kapcsán kételyét fejezte ki abban a tekintetben, hogy a Pp. és Kp. szerves kapcsolódásához hasonló közös pontokat a Be. szabályai között is találhatunk.

Kiemelte, hogy az ügyészek, akik hivatalból indítanak eljárásokat, az elsők között szembesültek a perindítás nehézségeivel, főként a keresetlevél helyes megszerkesztésének problematikájával. A keresetlevél visszautasítása elleni fellebbezésekre a másodfokú bíróságok megfelelő választ adtak, a határozatokból kitűnik az anyagi jog elsőbbsége mint vezérelv kiemelkedő szerepe.

A közjegyzőkkel kapcsolatosan rámutatott, hogy esetükben főként a keresethalmazat szigorú szabályait kellett a gyakorlatba átültetni, mivel a több évtizedes gyakorlat alapját képező szabályok alapvetően változtak meg. Az első, megszorító megoldások helyett – szintén a másodfokú bíróságok határozatai nyomán – megengedőbb gyakorlat nyert teret.

Az elektronikus kommunikáció és az eljárásjogi szabályok közti inkoherencia okozta a legtöbb problémát az ügyvédek számára. Tekintettel arra, hogy nehezített az időfaktor, korlátozott a pertaktika lehetősége, idő kell ahhoz, hogy a jogalkotói koncepció szerinti egységes alkalmazás kialakulhasson.

Végezetül elmondta, hogy a végrehajtókat érintette eddig a legkevésbé az új Pp., mert az új jogszabály hatálya alá tartozó ügyek jellemzően még nem értek el végrehajtási szakba.

6. Dzsula Marianna, a Fővárosi Ítéltábla kollégiumvezetője, Az új Pp. hatályosulását támogató Munkacsoport vezetője „Az Országos Bírósági Hivatal szerepe és tevékenysége az új Pp.-vel kapcsolatosan” című előadásában kifejtette, hogy már az új kódex hatálybalépését megelőző évben megkezdődött a bírák felkészítése a Pp. alkalmazására. A folyamat első lépéseként 73 bíró írt egy tananyagot belső használatra, melynek tartalmát évente kétszer hatályosítják.

Az OBH elnöke 2018. év elején hozta létre „Az új Pp. hatályosulását támogató Munkacsoportot”, mely hálózatos működést alakított ki, így valamennyi ítéltábla és törvényszék bekapcsolódott a munkába. Ismertette azt a folyamatot, ahogyan a Munkacsoport előkészítette az eddig elfogadott 259 CKOT-állásfoglalást az egyes törvényszékek által megfogalmazott problémafelvetések alapján. A Munkacsoport koordinálja a bírák képzését is, amely workshop rendszerben valósul meg.

Hangsúlyozta, hogy a bíróságoktól érkező jogszabály-módosító javaslatokat a Munkacsoport szintetizálja, és az OBH elnöke küldi meg az igazságügyi miniszter részére. Az IM és az OBH közös munkájának eredményeként, a 6/2019. (III. 18.) IM rendelet hatálybalépésével a jogi képviselő nélkül eljáró felek által használt keresetlevél-formanyomatványok közérthetőbbé és egyszerűbbé váltak. A keresetlevelet visszautasító végzés illetékmentességének visszaállítása szintén a bíróságok kezdeményezésére történt meg, továbbá a parlament előtt van egy Pp.-módosító javaslat, amely – mások mellett – a személyi állapotot érintő perek szabályait a bíróságok észrevételeinek figyelembevételével fogja megváltoztatni. A jövőben az illetéktörvény módosítása érdekében kívánnak egyeztetéseket folytatni.

7. A konferencia kerekasztal-beszélgetéssel zárult, amelynek moderátora Aszódi László, a Fővárosi Törvényszék bírójának, résztvevői pedig Wopera Zsuzsa, Dzsula Marianna, Kristófné Kontra Erzsébet, a PKKB csoportvezetője, és Udvary Sándor voltak. A beszélgetés témái egyrészt a résztvevők által előzetesen beküldött, másrészt az egyes megyei konferenciákon leggyakrabban feltett kérdésekből álltak össze. A társhivatásrendek tagjainak érdeklődésére leginkább a keresetlevél visszautasításával, a perindítással, valamint a keresetváltoztatással kapcsolatos gyakorlati problémák tartottak számot.

SUMMARY

GÁBOR KARDOS: Compliance with International Treaties

The answer to the question of why sovereign states mostly implement their international treaty obligations cannot be traced back to a single reason, as usually social phenomena have multiple drivers. In addition to the reasonable expectations that play a decisive role in international relations, as an important factor in the implementation of international treaties may be seen the usual habit to obey to the law as standing behind the *pacta sunt servanda* principle. The effort to the establishment or maintenance of international prestige of states is also a factor here. The practice of reciprocity, as well as domestic policy contexts, also works in this direction. Together, this leads to states accepting their commitments in the form of an international treaty and thus enforcing their commitments. This symbolic validation has a positive effect on the behavior of states, especially when clear and unambiguous normative orders can be formulated and enforcement supervisory mechanism is to set up.

KATALIN GOMBOS – BALÁZS LEHÓCZKI: The Removal of Unfair Terms Incorporated in Hungarian Foreign Currency Loan Agreements

The financial crisis that erupted in 2008 significantly shook the domestic retail lending market based on foreign exchange products. Problems related to foreign currency lending affected the whole society and the national economy, and it quickly became clear that there was a need to address these problems at the level of both the legislature and the judiciary. The financial consumer protection approach that had already emerged in EU legislation gained in importance, whilst the interpretation of Directive 93/13/EEC became crucial in dealing with unfair contract terms. The Parliament, the Kúria (Hungarian Supreme Court) and the Court of Justice of the European Union all played a role in the removal of unfair terms incorporated in foreign currency loan agreements, focusing on the issue of the use of different exchange rates and the exchange rate risk.

ATTILA VINCZE: Public Procurement and Damages – an Attempt of System – Building

The complexity of the remedy of damages in public procurement is caused by an interplay of European and national, private and public law. The present article attempts to classify the different typical damages, and to analyze how these damages might be compensated. It also attempts to show the limits of the doctrine, and is pleading for an understanding of damages as a loss of chance.

PÉTER GYERTYÁNFY: At the 20th Anniversary of our Copyright Act

The Copyright Act No. LXXVI. of 1999 built on a new, more elastic monistic theoretical basis with certain well defined exceptions to the general inalienability of economic rights. This compromise has proven to be efficient on the market of cultural goods. Due to the high, up to date quality of the Act, just some limited modifications were needed at the time of the accession to the European Community, in 2004. The frequency of modifications of recent years exceeds even the needs of technology. This and, in some cases, the inconsistency of those changes may be harmful to the dogmatic stability of the law.

ZUSAMMENFASSUNG

GÁBOR KARDOS: Beachtung der internationalen Verträge

Die Antwort auf die Frage, warum souveräne Staaten ihre internationalen Verpflichtungen meist erfüllen, ist komplex. Dies ist kein monokausales Phänomen, da gesellschaftliche Phänomene mehrere Triebkräfte haben. Neben den vernünftigen Erwartungen, die in den internationalen Beziehungen eine entscheidende Rolle spielen, ist in der Einhaltung der internationalen Übereinkünfte die Gewöhnung ein wichtiger Faktor. Sie ist die Praxis hinter dem Grundsatz „*pacta sunt servanda*“. Daneben könnten die Bestrebung um ein internationales Prestige, die Gegenseitigkeit und die innerpolitischen Zusammenhänge auch von Bedeutung sein. All dies zusammen führt dazu, dass die Staaten sich in Form von internationalen Übereinkünften verpflichten und ihre Verpflichtungen in dieser Form durchsetzen. Diese symbolische Durchsetzung beeinflusst das Verhalten der Staaten wiederum positiv, besonders wenn es gelingt, klare und eindeutige Anweisungen zu formulieren und die Umsetzung zu überprüfen.

KATALIN GOMBOS – BALÁZS LEHÓCZKI: Die Beseitigung missbräuchlicher Ver- tragsklauseln in ungarischen Fremdwäh- rungskreditverträgen

Die im Jahr 2008 ausgebrochene Finanzkrise erschütterte den inländischen Retail-Kreditmarkt für Devisenprodukte erheblich. Probleme im Zusammenhang mit Fremdwährungskrediten traten auf der Ebene der gesamten Gesellschaft und der Volkswirtschaft auf, und es wurde schnell klar, dass auf diese Probleme sowohl die Gesetzgebung als auch die Justiz reagieren müssen. Der Ansatz zum Schutz der Finanzverbraucher, der bereits in der EU-Gesetzgebung zum Tragen gekommen war, wurde gestärkt, und die Auslegung der Richtlinie 93/13/EWG wurde im Umgang mit missbräuchlichen Vertragsklauseln nachdrücklich betont. Das Parlament, der Kúria (der Oberste Gerichtshof Ungarns) und der Gerichtshof der Europäischen Union spielten alle eine Rolle bei der Beseitigung missbräuchlicher Klauseln in Fremdwährungskreditverträgen, wobei der Schwerpunkt auf der Verwendung unterschiedlicher Wechselkurse und auf dem Wechselkursrisiko lag.

ATTILA VINCZE: Vergaberecht und Schadenersatz – ein Versuch zur Systematisierung

Der vorliegende Aufsatz versucht die Komplexität des Schadenersatzes wegen Verstöße gegen Vergabevorschriften durch eine Systematisierung zu reduzieren. Ausgehend von den typischen Schaden und den Anforderungen des Unionsrechts werden die dogmatischen Grenzen der culpa in contrahendo aufgezeigt, und dafür plädiert, dass die Verfahrensfehler als ein Verlust der Gewinnchance verstanden werden sollten.

PÉTER GYERTYÁNFY: Zum 20. Geburtstag unseres Urheber- rechtsgesetzes

Das geltende Urheberrechtsgesetz Nr. LXXVI/1999 war auf einer elastisch-monistisch-theoretischen Basis gebaut, das – im Gegensatz zu seinem Vorgänger – einige genau definierte Ausnahmen zum generellen Unveräußerlichkeitsverbot der Verwertungsrechte einführt. Diese Kompromissregelung erwies sich auf dem Markt der Kulturgüter als eine effektive Lösung. Das Gesetz stand auf dem Niveau seiner Zeit, daher musste es aus dem Anlass des Beitritts zur Europäischen Gemeinschaft in 2004 kaum geändert werden. Angesichts der technischen Entwicklung wird aber das Gesetz heutzutage viel zu oft – und manchmal dogmatisch nicht begründet – modifiziert.