

A JOGI GONDOLKODÁS ÚJ ÚTJAI.

A középeurópai államéletben az utóbbi három évben beállott nagyarányú eltolódások mindegyre erősebben kezdik hatásvukat a szó technikus értelmében vett jogi («jogászi») gondolkodásban éreztetni, több oknál fogva elsősorban Németországban. Terméketlen vitának látszik, hogy vájjon az újszerű jogi fogalomvilág csupán visszatükrözése-e, vagy szülőoka a politikai rendszerváltozásnak: ezt a kérdést teljesen mellőzhetjük annak a jelenségnek tárgyilagos vizsgálatánál, hogy a közelmúlt mozgalmi által felszínre hozott, tág általánosságokban fogalmazott világnézeti tételek milyen alakban szublimálódnak a jogi dogmatikának az emócióktól távolabb eső síkjába. Ez a téma kétségtelenül sokkal bonyolultabb és jelentősebb, semhogy az — mint a nagy küzdelemben legyőzött tábor képviselői szeretnék — fölényes kézmozdulattal, az új rendszer zászlója körül csoportosuló jogászok szellemi önállótlanására, vagy épen szervilizmusára való egyszerű rámutatással lenne elintézhető. Hangsúlyozzuk, hogy tisztán az elméleti jogtudomány síkján mozgó fogalomképzésben beállott változással kívánunk foglalkozni, ami nem azonos azzal az ehhez képest köznapi jelenséggel, hogy uralomra jutott politikai pártok egyes programpontjai milyen átalakuláson mennek át, míg a propagandától a tétéles jogforrásokban való megvalósulásig eljutnak.

A Harmadik Birodalom eszmevilágának hódoló jogtudomány elérkezettnek látta az időt arra, hogy erőtlen és az új rendszer igazi meggyőződéses hívei által visszautasított kísérletek után,¹ amelyek a jogtudomány eddigi módszereivel és fogalmi apparatúrájával kívánták az új rendszer jogalkotásait

¹ Edgar Tatarin-Tarnhayden: Werdendes Staatsrecht, Carl Heymans Verlag, Berlin, 1934 v. ö. C. Denedder kritikájával, Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 1934, 348—349.

interpretálni, hozzálasson a múlt terhes örökségének felszámolásához.

A polemikus szembehelyezkedés — figyelmen kívül hagyva, vagy csak mellékesen tárgyalva századunk első három évtizedének sok szempontból más utakon járó jogi irodalmát, — első sorban a XIX. század jogtudománya, illetőleg annak egyes kimagasló képviselői (Rudolf Sohm és Ottó v. Gierke) ellen irányul. A prelúdiomot az új rendszer «Kronjurist»-ja, a már régebben ismert Carl Schmitt szolgáltatta.¹

A reprezentatív nevű kitűnő tudós — azokon az általános filozófiai és karakterológiai típuskülönbségeken kívül, amelyek mint a realizmus és idealizmus, a voluntarizmus és intellektualizmus, a sztatika és dinamika stb. ellentéte a jogász egyéniségén át érvényesítik hatásukat, — a jogi gondolkodásnak a nála megszokott széles szellemtörténeti távlatokkal áttekintett egész múltjában és jelenében, a szemlélet különös intuitív erejével három olyan irányt vél felfedezni, amelyek közvetlenül a jogtudomány tárgyának sajátlagos természetéből folynak. Ezek a típusok: 1. a szabályokban, illetőleg törvényekben (Regein-, oder Gesetzesdenken: Normativismus), 2. a döntésekben (Entscheidungsdenken: Dezisionismus) és végül 3. a jogrend konkrét intézményeiben (konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken: Institutionalismus; az utóbbi szó nem C. Schmittől ered), illetőleg azok szerint való jogászai gondolkodás. Ezt a hármas megkülönböztetést szerzőnk nem ismeretelméleti, vagy módszertani megfontolásból, de a jogtudomány elméletéből és gyakorlatából meríti konkrét szellemtörténeti megfigyelés alapján: a jogi gondolkodás absztrakt lehetőségeinek állítólagos «tisztá» kategóriái nem logikai szükségszerűségből folynak, hanem önkényesek és ha nem maradnak az üres absztrakciónál, szerzőjüknek a fenti három típus valamelyikébe besorozható egyéniségén alapulnak.² A jogászai gondolkodás e különböző válfajaira tehát az a jellemző, hogy a jogász a jogban, vagy szabályt, vagy döntést, vagy konkrét «rendet» lát. Ez a «rend» C. Schmitt

¹ Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg.

² Id. m. 4—11.

zseniális és egészen eredeti meglátása szerint nem azonos a «jogrend» közhasználatú fogalmával, ami az uralkodó szóhasználat szerint többnyire csak a fennálló szabályok összessége, hanem a társadalom konkrét valóságában organikusan élő intézmények megjelölése (pl. a hadsereg, vagy az állami igazgatás, vagy akár a vagyoni jog intézményei, így a tulajdon), amelyeket a jogi normák nem teremtenek, hanem mint a közület szerves fejlődésének produktumait, bizonyos mértékig mindig készen találnak, úgyhogy a jogi törvényhozásnak csak a már meglévő konkrét «rend» talaján és annak keretei között van helye; funkciója pedig ezeknek a meglévő konkrétumoknak bizonyos mértékű szabályozásában merül ki.

A «normativizmus» elnevezéssel jellemzett gondolkodási típus ellenben (szemben ezzel az «institucionalizmussal» s a később tárgyalandó «decizionizmussal») a «normát» minden konkrétumtól izolálja és abban abszolútumot lát, amelynek érvénye független a konkrét esettől s az azt létrehozó konkrét helyzettől. A normának ez a fensősége a konkrét eset ténylegességével, az emberek változó akaratával és változó helyzetével szemben alkalmas arra, hogy a jognak a személytelen objektív igazságosság jellegét kölcsönözze s ezáltal annak olyan fenköltiséget adjon, ami a másik két szemléleti mód mellett kevésbé van biztosítva, így jut el a tiszta normativizmus a legszebb jogi gondolatok egyikéhez: nem emberek uralkodnak, hanem a törvény; egy gondolat, amely a Pindaros *nomos basileus-ében* nyert méltó ódai kifejezést. Ezt az elvet vallották az 1787-iki északamerikai alkotmány szerzői (government of law, not of men) s ebben látják a jogállam lényegét a Lex és a Rex viszonyának problémájával vívódó múlt századi német közjogászok.¹

Ezt a legmagasabb irányító funkciót azonban C. Schmitt szerint a «norma» a «törvény», mint absztrakt szabály egymagában ellátni nem tudja. Erre csupán a «jog», mint a szó helyes értelmében felfogott «jogrend», a konkrét, élő intézmények, hivatalok és hatóságok, minden rendű és rangú közegek hierarchikusan összeilleszkedő rendje képes, ami több mint a normák összhangzatos rendszere, s ezek a tényezők nem foghatók fel

¹ Id. m. 13—14.

egyszerűen a «jogrend» végrehajtó szervei gyanánt, amivé a liberális-demokratikus éra közjogi gondolkodása magát az uralkodót is deklasszifikálta. Ezért ez a probléma a Kelsen nevéhez fűződő bécsi jogbölcseleti iskola különféle lépcsőzetkísérleteivel sem oldható meg maradék nélkül. A tiszta normativizmus (Binding, Kelsen), amely szerint a norma és a ténylegesség két «teljesen különböző síkban mozog, nem tud felelni a bűncselekmény mibenlétének a problémájára: erre Binding nagystílú büntetőjogi rendszere is csak semmitmondó feleletet tud adni («jogsértés»), mert nem akarja, vagy nem tudja meglátni a konkrét rendet, azt a konkrét közbékét, amit a büntettes cselekményével megzavart. Azt a funkciót, amit a normativizmus a normának tulajdonít, az legfeljebb az élet egyes terein láthatja el: egy menetrend teremthet a maga terepén a C. Schmitt-féle értelemben vett rendet, azonban az emberi lét más kerületein ez a stílus-tiszta normativizmus csak destruktíve hathat; itt az intézmények belső rendjét, diszciplináját tisztelni kell a törvényhozásnak, mert különben a szabályozás csak rombol. Ilyen intézmény elsősorban a család, amelynek autonómiája ezt a tiszta normatív szemléletet el nem bírja: maga Binding dicsekszik azzal, hogy a *bonus paterfamilias* kísértetének, a köteles gondosság ez ősrégi jogi szimbólumának a nyakát kicsavarta, a normativizmus egy jeles francia képviselője (Bonnet) pedig magában az intézmény fogalmában is misztikát lát.¹

C. Schmitt ezek után úgy látja, hogy a normativizmusnak szükségkép ki kell egészülnie institucionális elemekkel, mint a «jogrend» jellegzetes szóösszetétele is mutatja.² Úgy véljük, e részben elfogult annak a gondolkodási típusnak a javára, amely mellett hitvallást tett. Előttünk sem kétséges, hogy pozitívista fogalmazásban a tiszta normatív koncepció csonka és csak a természetjogban nyerheti betetőzését, amire a Kelsen-iskola bírálói közül többen rámutattak;³ ily kiegészítés mellett azonban sokkal zártabb rendszer, mint a másik két típus bármelyike. Egyébként természetjogi gondolkodás C. Schmitt

¹ Td. m. 16—21.

² Id. m. 17.

³ L. Ruber József: Történeti és jogi szemlélet. Athenaeum 1929. évf. 71.

szerint a három típus mindegyikének keretei között lehetséges: a XVII—XVIII. század észjoga normatív, a középkor skolasztikus természetjoga institutionális jellegű volt.¹

A normativizmussal és institucionalizmussal szemben a jogászai gondolkodásnak (a felosztásban második helyen szereplő) harmadik típusa a jog lényegét nem az állandóságra hivatott szabályban, hanem a döntésben, a jogvita, az emberek között dúló *hélium omnium contra omnes* egyszeri eldöntésében látja. Ennél a szemléleti módnál nem csak a szabályalkotás és a konkrét eset eldöntése közötti különbség homályosul el, hanem a döntés mikéntje s ezzel a norma tartalmához fűződő értékmozzanatok is háttérbe szorulnak, mert a bármiféle döntés által teremtett nyugalmi helyzet jobb az anarchiánál. C. Schmitt a jogi gondolkodásnak ezt a nemét ősi teológiai vitákkal hozza összefüggésbe, amelyek az isteni törvény és az önmagában való jó viszonya körül forogtak s annak nyomait már Tertullianusnál felfedezni véli.² A decizionizmus legjellegzetesebb képviselőjét pedig Hobbesben, szimbólumát a gordiumi csomó anekdotájában látja.³

Saját kiindulási pontjainak szemszögéből helyesen ismeri fel C. Schmitt, hogy a XIX. század uralkodó jogtudományi irányzata, a pozitívizmus a jogi gondolkodásnak nem tiszta típusa, hanem, mint legfőbb képviselőjénél, Bergbohm-nál világosan kimutatható, a normativizmus és decizionizmus sajátos kombinációja. A normativizmus és pozitívizmus ellentéte, amelyre fentebb már a magunk részéről is rámutattunk, vezetett a ténylegesség normatív erejének Jellinek-féle paradoxijához (die normative Kraft des Faktischen); a törvény és a jog azonosítása a forrása a jogállamkoncepció belső antinómiáinak és azoknak a kiküszöbölhetetlen ellenmondásoknak, amelyekbe a múlt század jogtudománya a szisztematikus és teleologikus jogmagyarazat vitájában keveredett.⁴

¹ C. Schmitt id. m. 7.

² Ennél a jeles egyházatyánál és jogtudós-nál egész más irányú gondolatmenet nyomai is felfedezhetők. L. Ruber József: Werbőczy gondolatvilága. Minerva, 1924. évf. 114.

³ C. Schmitt id. m. 24—29.

⁴ Id. m. 45—47., 50—52-

Ezeket a termékeny és érdekes fejtegetéseket C. Schmitt a nemzeti szocializmus nagy szellemi és politikai forradalmának irányvonalába igyekszik beállítani; úgy véljük azonban, sikertelenül. Az intézmények lényegére és jelentőségére vonatkozó organologikus intuíciói, a szerző minden tiltakozása ellenére,¹ nagyobb közelségben vannak egyes előkelő szellemek tradicionális konzervativizmusához, így jelesül a vele sok szellemi rokonságot mutató Savigny hisztorizmusához, mint az új Németország radikalizmusához. Ezen mit sem változtatnak azok a fejtegetései, amelyekkel kimutatja, hogy a Hegelnél még erőteljesen érvényesülő intézményi gondolat teljes háttérbeszorulását a német jogtudományban a liberáldemokráciának, a nemzeti szocializmussal is szemben álló 1789-es eszméknek az uralomrajutása idézte elő, s hogy az individuális-normatív jogszemlélet nemcsak a családjogban vezetett groteszk abszurdításokhoz (mint pl. Kant meghatározása a házasságról), hanem a jogállam köz jogászainak rendszerében a hadsereg intézménye is idegen test marad. A rend eszméje (Ordnungsgedanke) C. Schmitt fogalmazásában az új politikai világnézet alfájával és ómegájával, a népiség eszméjével nincsen közvetlen kapcsolatban: az organikusan fejlett intézményi adottságok nem integrálódnak szükségkép egy nagy népi egységgé, hanem — mint szerzőnk beisméri — az egész intézményi gondolat végső eredményben egy középkori értelemben vett rendiségi (ständisch) pluralizmushoz vezet. Emellett az intézménynek, mint a jogi gondolkodás alap-egységének homlokterébe állítása a semmiféle politikai rendszerben sem kívánatos öncélú bürokrácia favorizálására alkalmas. A «Bewegung» centrális eszméjéhez vezető egyenes kapcsolat híján C. Schmitt intézményi gondolatait a nemzeti szocializmus talaján keletkezett egyes jogpolitikai tendenciákkal igyekezett összefüggésbe hozni. Ezek a törekvések, amelyek az államhatalom totalitásának a faszizmustól recipiált elvében gyökereznek, természetesen azokon a jogterületeken mutatkoztak, ahol az állam és társadalom dualizmusán, az egyes államhatalmak szétválasztásán alapuló polgári liberális gondolkodás legerősebben érvényesült: a büntetőjogban és az adójogban.

¹ Id. m. 57—58.

A büntetőjog terén a tényálladékok szigorú körülhatárolása és az «általános» fogalmakkal (alanyi bűnösség, részesség, kísérlet) való szembeállítás a C. Schmitt szemében az élet természetes és valósággal adott összefüggéseit szétromboló absztrakció, ami a *nulla poena sine lege* dogmájával kapcsolatban csak arra jó, hogy a kellő fantáziával megáldott büntettesnek kibívót biztosítson. Ennek tökéletes analógiájakép az adózás feltételeinek hasonlóan szigorú és többnyire a magánjogból kölcsönvett álljogászi terminusokkal való körülírása az adójogot az adókötelezettség kijátszásának a tudományává tette.¹

A Harmadik Birodalom hivatalos és félhivatalos képviselői a totalitárius törekvések érdekében magukévá tették a századeleji szabadjogi mozgalom elveit, amelyeket annak idején tőlük világnézetileg nagyon távolálló elemek propagáltak. Ezek azonban a törvény felett álló «Richterköni» hatalmát a büntető bíráskodásra kiterjeszteni nem óhajtották, a nemzeti szocializmus egyes jogászai ellenben a jogszabályok által nem kötött bírói hatalmat éppen ezen a kényes jogterületen követelik, ahol az igazságszolgáltatás megkötöttsége nemcsak a liberalizmusnak, de a XIX. század másik nagy politikai irányának a konzervativizmusnak is követelménye volt. Ugyanis míg a múlt század büntetőjoga szerintük is a konzervatív és liberális elvek többékevésbé szerencsés egyensúlyán alapult, addig a «weimari» korszaknak a forradalom előtti Németország és a mai rendszer (a Második és Harmadik Birodalom) közötti interregnumában a pedagógiai elem egyoldalú térfoglalása a büntetések egyidejű szigorítása nélkül — a szociális és liberális elveknek ez a szerencsétlen kombinációja — csak a büntetőjog ellágyulását, preventív erejének elvesztését eredményezte.²

Ily körülmények között a *nulla poena sine lege* híres elve, amely állítólag a társadalmi szerződés doktrínájában gyökerzik, valamint az ahhoz fűződő garanciális alkotmányjogi szempontok, amelyek még legerősebb fegyverei voltak az ú. n. klaszszikus iskolának a Ferri—Liszt-féle büntetőjogi modernizmus

¹ Id. ra. 60—62.

² G. Dahm—F. Schaffstein: *Liberales oder autoritäres Strafrecht?* (Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg) 15.

ellen vívott «iskolaharcban», érvényüket szellemtörténeti és világnézeti előfeltételeiknek gyökeres átalakulása folytán az új jogi gondolkodásban elvesztették.¹ Az új, «autoritárius» büntetőjog előharcosai nem mulasztják el kijátszani Lisztnek nem egészen szerencsésen megfogalmazott híres tételét, hogy a (XIX. századi liberális) büntetőtörvény a büntetett *Magna Chartá-ja*,² teljesen figyelmen kívül hagyva ebben az egyoldalú beállításban azt az alkotmányjogi garanciális értéket, amellyel az objektív jellegű büntetőjog a tisztas állampolgárok mindegyikére nézve bír. Sőt! Az új iskola szerint az a jogbiztonság, amely a törvény alkalmazásából folyó jogi következmények előrelátásából és kiszámíthatóságából áll, a Bentham-féle *expectation*, a jogi pozitívizmusnak ez az egyetlen igazságossága, amely a jogállamból törvényállammá lefokozott múlt századbeli állam rendben egyáltalán lehetséges, — az individualisztikus korszak racionalista lelki alkatú, tetteinek következményeit latolgató, az államhatalommal ellenfélként szembenálló, alapjában önző embertípusának ideálja.³ Ezzel szemben az új idők jogtudósai forradalmi időkre jellemző optimizmussal úgy látják, hogy a mai kor szolidaritástól áthatott, a népközösségnek belsőleg elkötelezett embertípusa, amelyet elsősorban a nemzeti szocialista «mozgalom» szelleme hozott létre, nem érzi szükségét a bírói és hatósági önkénnyel szemben olyan tárgyi garanciáknak, mint a bűncselekmények tényálladékanak szabatos körülhatárolása, a büntető törvény visszaható erejének kizárása stb.; az ekkép előállott bizonytalanságból származó «veszélyzőna» pedig egyenesen kívánatos.⁴ Ez az egyoldalúan érvényesülő gondolkodásmód teljesen figyelmen kívül hagyja többek között azt a nagyjelentőségű gyakorlati mozzanatot, hogy éppen a leg-

¹ H. Henkel: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat (Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg) 35., 54. A probléma egyébként az 1935-évi június hó 28-án kelt, a büntető törvénykönyv és a bűnvádi perrendtartás módosításáról szóló birodalmi törvényekkel, amelyek az analógia illetőleg a kiterjesztő értelmezés alkalmazását a büntető törvénykezésben is megengedték, gyakorlatilag nyugvóponttra jutott.

² Dalim—Schaffstein id. m. 9. Henkel id. m. 32.

³ C. Schmitt: id. m. 33, Henkel id. m. 57, 62.

⁴ Henkel id. m. 65, 68.

újabb idők egész tömkelegét hozták létre az efemer és esetleg csak vélt államérdeket szolgáló, a közmeggyőződésbe be nem gyökerezett közgazdasági és pénzügyi rendszabályoknak¹ és forradalmi lendületében megfeledkezik arról, hogy a liberalizmus eszmeköre, mint azt éppen C. Schmitt irodalmi működéséből tudjuk, hasonló utópiászerű optimizmus jegyében született: a korlátaitól felszabadított egyéni erők szabad játéktól várta azt a harmóniát, amit az új irány a korlátaitól mentesített államhatalomtól remél.²

* * *

A jogi gondolkodásnak C. Schmitt által kifejtett hármas tipológiája nagy visszhangra talált úgy a szakmabeli, mint az azon kívüli irodalomban,³ s kiinduló pontul szolgált azokhoz a bevezető sorainkban érintett tanulmányokhoz, amelyek ezeket az elvi általánosságban elért eredményeket a szaktudományi gondolatvilág gyökeres átértékelése útján törekszenek teljes egészükben gyümölcsoztetni. A tárgyilagos szemlélőnek annyit minden esetre meg kell állapítania, hogy ebből a nagy feladatból eddig csak a *pars destruens* készült el: az új jogtudomány ép oly szorgalmas, mint harcos szellemű munkásai heves polémiával fejtették ki a múlt századi jogtudomány fogalom világának tartahatatlanóságát, ellenben a *pars construens*, az új világnézet bázisán álló juriszprudencia rendszerének szakszerű kifejtése, amely a «mozgalomhoz» érzelmi, mondhatnók: hitvallási alapon tartozók körén kívülállókra nagyobb meggyőző erővel hatna, még körvonalaiiban sem látszik.

Günther Krauss szorososan C. Schmitt bőven ismertetett gondolataihoz csatlakozó tanulmányában⁴ a jogtudomány számos

¹ L. erre R. Laun: Recht und Sittlichkeit 14.

² Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus 45—46.

³ L. erre H. Naumann: Charles Maurras und die Weltanschauung der Action Française. 54.

⁴ Der Rechtsbegriff des Rechts. (Eine Untersuchung des positivistischen Rechtsbegriffs im besonderen Hinblick auf das rechtswissenschaftliche Denken Rudolf Sohms (Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg).

ágában tevékeny nagyemlékű Rudolf *Sohm*-ban (1841—1917) látja a XIX. század uralkodó jogtudományi irányának, a filozófiai pozitívizmussal párhuzamos gondolatpályákon mozgó, azzal azonban egészben még sem azonosítható jogi pozitívizmusnak legjellegzetesebb képviselőjét, bár megjegyzi, hogy feladatát jelentékenyen megnehezíti éppen Sohmnak a tisztán elméleti fejtegetésekre kevésbé hajlamos természete, akinél a fogalmi elem a konkrét jogi vagy történeti témákat tárgyaló fejtegetések háttérében húzódik meg. Bár ekként vizsgálódásainak középpontjában *Sohm* gondolatvilága áll, kritikája az egész múlt századi (ez alatt túlnyomóan annak második felét értve) jogtudománynak szól, amelynek valamennyi jelentékeny munkásával foglalkozik, hozzávéve századunk első évtizedeinek ahhoz szellemben csatlakozó irodalmát is.

Kiindulási pontul a túlnyomóan az egyházjog terén tevékeny jogtudósnak az a híres tétele szolgál, amely egész munkássága felett uralkodik és amely körül egész irodalom keletkezett: az egyházjog ellenmondásban van az egyház lényével... Ehhez a sajátságos paradoxonhoz *Sohm*ot a jognak a pozitívizmus jogtudományában uralkodó fogalma, valamint az abból folyó, következetesen végiggondolt konzekvenciák vezették el,¹ amelyek nemcsak az egyházzal, hanem minden (C. Schmitt-féle értelemben vett) konkrét «renddel» (Ordnung) összeegyeztethetetlenek. Ennek a pozitívista definíciónak legtalálhatóbb s ezért G. Krauss művének is címéül szolgáló tautologikus elnevezése is *Sohm*nál található: der Rechtsbegriff des Rechts.² Az egykorú irodalomban általános volt a törekvés a jogi fogalmaknak és magának a jog fogalmának jogászok számára való esoterikus meghatározására, mint azt *Bergbohm*ből, *Zitelmann*ből, *Ihering*ből, *Binding*ből, sőt a szorosán vett pozitívista iskolához még nem is számítható *Puchta*ból is vett találó idézetekkel bizonyítja. Az egész elgondolás a jogfogalom semlegesítésének, az erkölcs fogalmától való elkülönítésének, politikai tartalomtól való mentesítésének a kifejezése, amely a jog fogalmát és az

¹ Ugyanezt kívánja bizonyítani a katolikus (tomista) természet-jog radikálisa, E. Hölscher: *Sittliche Rechtslehre* II. 89.

² G. Krauss id. m. 7—g.

összes jogi fogalmakat merőben technikus, instrumentális jellegűvé óhajtja tenni. Ezek Sohm szavai szerint úgy uralkodnak a jogszabályok tartalma felett, mint az ábécé huszonnégy betűje az emberi hangok végtelen változatai felett: bármilyen tartalmú jogszabályok rendszerezésére alkalmasak. Ez a merőben technikai jelleg jut kifejezésre abban is, hogy a törvénykönyvekből a legáltalánosabb fogalmak meghatározása hiányzik, aminek a pótlása a tudomány feladata: Sohm az egykori irodalommal együtt nagy súlyt helyez a már ismertetett követelmények mellett a jog «tudományosságára.» Helyesen látja meg azonban G. Krauss ebben a «tudományosságban» azt a hátsó ajtót, amelyen nemcsak a száműzött világnézeti elemek térhetnek vissza, a jogi gondolkodásba, hanem egyben minden metafizika és miszticizmus is.¹ Egyébként Sohmnak rendszeresen sehol ki nem fejtett, csak különböző műveiben feltalálható egyes mondataiból konstruált jogi koncepciója a pozitivismusnak azt a normativizmus és decizionizmus szálaiból összeszővődő képét mutatja, amelyet C. Schmitt a múlt századra annyira jellegzetesnek talált. A jog többé-kevésbé általános tételekből áll, amelyek bizonyos előre nem látható számú esetek eldöntését előre meghatározzák. Ezek a tételek egyben kötelező parancsok (Imperative): ekként szükségkép a múlt ítélt a jelenben felmerült esetek felett, mert a jogszabályok alkalmazásánál ki van zárva annak figyelembe vétele, vajjon azok a jelenben tárgyilag indokoltak-e? A jog tehát szükségképen formális, de éppen ez a formalizmus, ez a «pillanat befolyásaitól független szilárdság» adja meg szabályainak azt az evidenciát, amely szükséges ahhoz, hogy a szemben álló felekre döntését rákényszerítse; egyedül ezek a formális szabályok döntenek abban a nagy kérdésben, mi a jogos és mi a jogtalan? A tiszta normatív gondolatmenet ösvényén haladva Sohm ki is jelenti, hogy a pusztá tények, a valóság világában a tolvaj a tulajdonostól meg nem különböztethető. A pozitivista normativizmus végső konzekvenciái azonban nem maradtak elrejtve Sohm szeméi előtt, aki nem tartózkodik a formalista jogászok híres rezignációjának kifejezésétől; *summum jus, summa injuria*. Mindezek a gondolatmenetek fel-

¹ Id. m. II—24.

tartóztathatatlanul sodorják Sohmot, bizonyos ingadozások után, a jog kényszer jellegének és az állam törvényhozási monopóliumának elismerése felé.¹

G. Krauss úgy látja, hogy ezt az egész gondolatvilágot a kapitalizmus korának azok a társadalomtörténeti adottságai determinálják, amelyeket legjobban a «polgári társadalom» gyűjtőneve fejez ki. Sohm jogfogalma úgy, ahogy a szerzőnk által összeválogatott idézetek alapján előttünk áll, a kapitalizmus fénykorában született német polgári törvénykönyv jogának absztrakt normaszövedékére illik, amely — Sohm szavai szerint — valóban «polgári jog», «a pénzgazdaságnak városi, kereskedelmi szellemben elgondolt magánjoga», s amelynek a családi jog csak függeléke. Ez a szabad forgalom alapján álló magánjog, amely egyedül teszi lehetővé a szabad egyéniség kifejlődését, alapja egyben a kor közjogának és előfutára a jövő egyetemes világjogának. Csak természetes, hogy ebben a forgalom érdekeit szolgáló jogrendszerben a «jóhiszemű jogszerző» a főszemély, akinek védelmében G. Krauss hajlandó az «orgazda talmudi privilégiumát» látni. Egyébként Sohm tanításait kifejezetten is a harmadik rendnek a birtok és műveltség (Bildung und Besitz) alapján elkülönülő rétegeihez intézi, míg a vér és föld (Blut und Boden) adottságai, valamint a becsület (Ehre) arisztokratikus fogalma iránt hiányzik az érzéke. Mindez a jogtörténet számos tényét érthetlenné teszi a különben annyira historizáló hajlamú jogtudós szemében, aki egyébként a negyedik rend marxista forradalmának viharjeleit tisztán látja, de az ellen az osztályok felett álló «szociális monarchia» emlegetésén kívül remédiomot nem tud. Így ennek a jog történelmi változásaitól függetlennek gondolt fogalom világnak, amellyel «nemcsak a római, hanem bármely más jog felett uralkodni lehet», legfeljebb az kölcsönöz időfelettséget, hogy állítólagos forrása, a római jog arról mit sem tud; egyébként azonban az egész elgondolás a késői polgári korszak tipikus terméke, ép úgy, mint Sohmnak annak idején megcsodált, de ma már banálisnak ható stílusa.

A polgári társadalom azonban G. Krauss szerint a politikai küzdelemben alulmaradt s ennek a döntésnek a konzekvenciáit

¹ Id. m. 29—41.

a jogi gondolatvilágban is le kell vonni. A «jog jogfogalma» merő tautológia: ezért kellett a múlt századi pozitivizmus művét folytató Kelsen-féle «tisztta jogelméletnek» az absztrakció teljes meddőségében megfeneklenie, a jog jogfogalmának a jogfogalom teljes felbomlásához kellett vezetnie (mint azt egyesek már sok évvel ezelőtt látták: «jog nélküli jogtudományhoz»¹). A jogi gondolkodás teljes világnézeti semlegesítése hiú törekvés: a döntés a pozitív szabályokon kívüleső mozzanatok nélkül lehetetlen. Innen van a természetjogi gondolatmenetek újjáéledése, a «generális klauzulákba való menekülés». Azonban kivezető útra csak a jogi gondolkodásnak egyedül helyes módja, a társadalom konkrét rendjének, a jogi szabályozástól függetlenül és azt megelőzően létező intézményeknek az elismerése vezet: ezt teszi a tulajdonnak Sohm normativizmusa számára hozzáférhetetlen problémáját megfoghatóvá, egyedül ez ment meg a *summum jus, summa injuria* szomorú paradoxonjától. A jog kényszer jellegének hangsúlyozása az egyén önkéntes elhatározásán alapuló konvencióval szemben szintén az egyéni akciószabadságon alapuló polgári társadalom gondolatköréből folyik: erkölcsiség, világnézet, politika mind a társadalom birodalmába tartozik, míg a semleges és agnosztikus állam, amely maga is csak provizórium a természeti ősállapot és a mindennemű kényszerelvű organizációtól mentes (szerzőnk talán H. Spencerre gondol?) eszményi jövő között, kénytelen a «jog jogfogalmával» beérni. A pozitív jog tehát ebben a gondolatvilágban — így látja G. Krauss — csak vékony lepel, amelyet a század jogtudománya a lappangó anarchiára terít, ami Sohm előtt nem is maradt elrejtve.²

Csak a pozitivizmus jogfogalmának és az abból folyó összes konzekvenciáknak ez a kíméletlen leleplezése teszi érthetővé azt a tragikus paradoxont, amelyet Sohm élete főművének élére állított: az egyházjog ellenmondásban van az egyház lényével. A pozitivizmusnak az a jogfogalma, amelyet korának jogtudományával együtt Sohm is vall, valóban összeegyeztethetetlen

¹ V. ö. Ruber József: Jogtudomány és világnézet. Athenaeum, 1925. évf. 14.

² G. Krauss id. m. 47—50., 55—70., 72—77.

az egyház spiritualisztikus lényegével; ez az egyébként a teológia terére tartozó egyházfogalom beható vizsgálata nélkül is nyilvánvaló. A tiszta jogi pozitívizmus számára a paradoxia egzisztenciális forma és Sohm nem rettent vissza ennek megvallásától. Ez a végső eredmény annál sajnálatosabb, mert Sohmot, a hagyománytisztelő hívő keresztényt, akinél G. Krauss az institutionális gondolkodás számos elemét véli felfedezni, egy világ választja el a pozitívizmus szélső szárnyától, az idegen fajú Friedbergtől, Labandtól és Jellinektől. De korának gyermeke volt: elgondolásának lényege az egykorú jogtudomány közkinccse.¹ Ennek bizonyítására az idézetek tömege szolgál, amelyeknek összeválogatása egyforma bizonyítéka a szerző alaposágának és vitázó készségének.

Annak az időpontja, hogy a jogtudomány mai munkása a múlt század jogi irodalmát, mint a fejlődés által lezárt szellemtörténeti egységet szemlélje, bizonyára elérkezett: Windscheid és Binding neve s munkássága ma már legalább annyira történelem, mint két-három évtizeddel ezelőtt Savigny és Feuerbaché volt. Azonban a nem mindenben szerencsés kortörténeti adottságok ellenére is annyi jelentékeny jogász egyéniségét feltüntető korszak legkiemelkedőbb képviselőit, így az empirizmus útjain haladó Bergbohmot és Bindinget, a pragmatista Iheringet és a már újkanti tendenciájú Bierlinget szerzőnk túlkönnyed általánosítással hozza közös nevezőre s csak a jogtudomány elleni szenvedélyes filippikája miatt a maga idején hírhedt nevű J. Kirchmannban lát a kor áramlata ellen küzdő önálló egyéniséget, benne látja az uralkodó doktrínával annyira ellentétes institucionalizmus egyetlen, meg nem értett képviselőjét.²

* * *

De talán mégis volt a múlt század német jogtudományának egyetlen kimagasló képviselője, akinek életműve kiállotta az idő próbáját: Sohmnak sokoldalúságban, látókörben, erudícióban méltó pályatársa, Ottó v. *Gierke* (1841—1921), a római jog

¹ Id. m. 78—90.

² Id. m. 34., 63., 70.

egyoldalú kultuszával szembezálló germanizmus és az organológikus univerzalizmus hirdetője, aki már a nyolcvanas években hadat üzent a pozitivizmus formalizmusának és elviselhetetlen unalmának»? Az 1933. évi nagy politikai fordulat után a nemzeti szocializmushoz csatlakozó jogászok benne látják az individualizmus nagy ellenlábását, az ő gondolatait választják kiindulási pontul az új formák és fogalmak utáni kutatásnál: az új eligazodást kereső jogtudomány valóságos Gierke-reneszánsz képét mutatja. Reinhard Höhn szerint azonban mindez csak ártalmas kísérlet az új gondolatoknak az eddigi fogalomvilág formáiba való öntésére és bár a «közösség», «népközösség» (Gemeinschaft, Volksgemeinschaft) és Gierke műveiben előforduló hasonló, lényegükben univerzalisztikus felépítésű fogalmak a német jelenben keltek életre, — gondolatmenetei és az eredmények, amelyekhez eljut, alapjukban véve mégis korának menthetetlenül túlhaladott gondolatvilágához tartoznak, amelyeknek individualizmusát leküzdenie neki sem sikerült. A német jogtudomány tehát nem térhet ki az elől, hogy Gierke szellemi hagyatékát is likvidálja.¹

Gierke fejtegetéseinek kiindulópontja az ősgermán közület (Genossenschaft), ez az organikus, immanens népi egység, amelyben az ifjúságát élő nép kultúrfokának megfelelően «nem keresi a királyok és népgyűlések mögött rejtőző államot.» Ez a természetes közösség idővel háttérbe szorul a szabad egyesületsből fejlődött középkori városi élet alakulataival, jelesül a testület (Körperschaft) fogalmával szemben; ez az a történeti előzmény, amely Gierke számára a jelenkor államát megérthetővé teszi, ez szolgáltatja azokat a szemléltető képeket, amelyek élénk és gazdag szellemére annyira jellemzők. A város már nem a közület ősi, természeti adottsága, hanem testület, amelyben a tagok magánélete elkülönül a közéletben való aktív és passzív részvétel körétől; a város tagjainak sokaságán (Vielheit) kívül és felül létező egység (Einheit), önálló személy, amely mint ilyen természetesen láthatatlan. Éppen ez azonban az individualisz-

¹ Otto v. Gierkes Staatslehre und unsere Zeit, zugleich eine Auseinandersetzung mit dem Rechtssystem des 19. Jahrhunderts (Hanseatische Verlagsanstalt. Hamburg) 13—14.

tikus gondolkodás fátuma, hogy mindent egyének közötti viszonyoknak fogva fel, végül is kénytelen a kollektívumot láthatatlannak tartani, s ettől Gierke egész munkássága során nem tud szabadulni. A modern állam megértésének kulcsa Gierke szerint az, hogy a testületnek ez a városi életben kifejlődött fogalma államfogalommá fokozódik. Így csatlakozik Gierke az uralkodó közjogi doktrínához: az állam személyiség, pontosabban jogi személy. Ezt az elméletet a német közjogi tudomány (amelynek, úgy látszik, bizonyos mértékben a magyarhoz hasonlóan az «Oppositionswissenschaft» szerepe jutott) egyfelől az intézetnek elgondolt abszolutisztikus rendőrállam, másfelől a népszuverenitás ellen vívott küzdelmében fejlesztette ki (Gerber, Laband). Ezt a harci elméletet viszi egy nagy lépéssel tovább Gierke, amikor ennek az államszemélyiségnek a reális létét vitatja: a személynek elgondolt állam nem merő fikció, nem vértelen, kísérteties árny, hanem reális valóság, mint a középkori város, ami maga is államszerű alakulat volt: testület, amelynek tagjaitól különvált egysége hatásaiban ugyan reálisan érzékelhető, egészében azonban mégis láthatatlan. Minthogy «a szociális élet egységek» léte közvetlenül Gierke szerint sem bizonyítható, a miszticizmus vádjá ellen védekezve kénytelen a ma annyit emlegetett «világnézet» érveihöz nyúlni: gondolatai megértésének feltétele — saját szavai szerint — «az individualisztikus társadalomszemlélettel való szakítás, vagyis egy magasabbrendű élet elismerése, amelybe az egyéni élet beilleszkedik».

R. Höhn mindezzel szemben úgy látja, hogy Gierke gondolatmenetei a mai német gondolatvilággal csak a használt kifejezésekben mutatnak azonosságot: a valóságos népi közösség helyett kénytelen egy láthatatlan egységet konstruálni, amelyik csak arra jó, hogy eltakarja az egyének közötti relációkat, amelyekre Gierke is ép úgy alapítja rendszerét, mint kortársai. A testületnek a késői középkorból, az individualizmus születésének korszakából merített fogalma semmi esetre sem segíti elő az individualizmus leküzdését. De hogy mennyire rabja kora individualizmusának, annak legjobb bizonyítéka az, hogy a testület egységét csak a személy fogalmával, az individuális existenciának ezzel a jellegzetes elnevezésével tudja kifejezni.

Ebbe a testületi elgondolásba a parlamentarizmus egész gondolköre: a diszkusszió és a szavazás liberális formája, mint a közakarat (Gemeinwille) kialakításának módja, kitűnően beilleszkedett. Lényegében azonban az egész nem más, mint a liberális demokráciának Rousseauig visszanyúló megoldhatatlan, kínos problémája: hogyan lesz egyéni akarati aktusokból közakarat? Erre a múlt század jogtudománya csak mesterkéltné konstrukcióval, az egyén közületi és magánjellegű életkörének szétválasztásával s az előbbieket fiktív összefoglalásával tud feleletet adni. Mindez teljesen tárgyaltan az új államban: a vezér (Führer) parancsa csak a közösség életének kifejezése, a vezér előre átéli a közösség életét és követői ugyanazt a lelki attitűdöt veszik fel, mint ő; nincs tehát szó az egyik individuumnak a többiek akaratához címzett egyéni aktusáról. Úgy véljük, a Gierke miszticizmusának egy maradványától a szerző sem tud szabadulni. Ép így elvesztette régi értelmét az új közjogi gondolkodásban Höhn szerint az állampolgárság eddigi fogalma, amelyet a múlt század közjogászai, Gierket is beleértve, szintén az abszolutizmus elleni küzdelemben az «alattvaló» rosszhangzású elnevezésének kiszorítása végett fejlesztettek ki: az egyes ember sem alattvaló, sem a közösséggel szembenálló egyén, hanem teljes személyiséggel a közösségben él; az állampolgárság nem jelent alanyi jogot az állammal szemben, csak a népközösségben való teljes értékű tagság elismerése.¹

Későbbi munkásságában Gierke már az organikus államelmélet határozott képviselője, amely szerint az állam tagjainak összegétől különböző valóságos biológiai életesség (organizmus). Bár az állam (társadalom) organikus felfogását eddig az univerzalizmus jellegzetes gondolképének tartották és Gierkének R. Höhn szerint is sikerült a múlt század individualisztikus fejlődési vonalának végső konzekvenciáit kikerülni, az egész organikus elmélet, mint maga Gierke bevallja, nem egyéb, az állam személyiségének megvilágítására szolgáló nagyvonalú kísérletnél. Ezért, mint az előbbi doktrína, értékében a múlt századnak a fejedelmi hatalom s a liberális polgárság közötti küzdelemből előállott közjogi helyzetéhez van kötve, ami már egész-

¹ Id. m. 15—27., 33—57.

ben a múlté. Emellett egyes részleteiben (így az egész és a részek viszonya) visszasiklik az individualizmus vágányaira. A német jelennek semmi esetre sincs szüksége arra, hogy az SA alakulat, vagy a munkatábor intézményét ily nehézkes gondolatmenettel megközelíthető láthatatlan egységen át próbálja megérteni.¹

Gierke szoros értelemben vett államelméletén kívül foglalkozik a szerző a neves jogtudós egyéb világnézeti érdekű tanításaival, amelyek közül főképp a népre (Volk) és a közösségre (Gemeinschaft) vonatkozók bírnak különösebb érdekel. A «természetes» népfogalom Gierke szerint a vér, a nyelv és a föld közössége, amely a «politikai» népfogalmat sohasem fedi teljesen; a modern állameszme mégis az állam és a nép azonosságát, az állam fogalmát a nép fogalmára kell alapítani, amely az állammal lesz akaratra és cselekvésre képes személyiséggé. A népről vallott nézetei tehát csak mellékes szerepet játszanak koncepciójában és már ismételten méltatott személyiségi tanába olvadnak belé. A közösségekre vonatkozó tana ugyanebből az okból veszítette el aktualitását, dacára kora individualizmusával szembeszálló híres fejtegetéseinek: csak a jogilag organizált, személyiséggel bíró közösségeknek van jelentőségük Gierke problematikájában, szöges ellentétben az ősgermán közületre vonatkozó szerencsés meglátásaival. A mai német gondolatvilág számára azonban nép és terület, vér és föld nem egy absztrakt államfogalom szubsztrátuma, hanem végső realitás, amelyen a népközösség nyugszik és amellyel szemben az állam maga is csak eszköz jelentőségével bír. Épp így nem azonos a Gierke fogalomvilágában szereplő közösség sem azzal a konkrét közösséggel, amelyből a mai német publicisztikai gondolkodás kiindult.² Ekként — ez Höhn végérvényes ítélete — Gierke a jogot és az államot a vértől és földtől elkülöníti, a faji közösség felett szuverén magasságban trónol s így egész közösségi gondolatvilágának az azonos hangzású szavak és fordulatok ellenére sincs semmi köze a maihoz. Ezekből egyes időszerűnek látszó formulákat kiragadni és a mai céljaira felhasználni annyi,

¹ Id. m. 58—66.

² Id. m. 95—104.

mint gondolatainak belső konzekvenciáját félreismerni.¹ Készséggel ismeri azonban el, hogy a polgári társadalom Stein—Mohl-féle gondolata Gierkétől már távol áll.² Végül áttekintést nyújt arról, hogy Gierke egyes gondolatai, főképp «az állam urbanizálása», vagyis az államfogalomnak a városból való levezetése mint válnak követőinél, főképp H. Preussnél, a «weimari rendszer» közjogászánál forradalmi radikalizmussá, anélkül azonban, hogy ezért a Gierke egyéniségétől annyira távolálló fejlődésért a nagy jogtudós emléke ellen szemrehányást tenne.

* * *

A német jogi irodalom ez idő szerint is sokkal gazdagabb annál, semhogy afelett tartott szemlénk teljességre tarthatna igényt. Érdekesség és eredetiség szempontjából a fentebb ismertetett néhány művet találtuk a legjellegzetesebbnek, amelyek nagyjából C. Schmitt legújabb műveinek gondolatkörében mozognak. Ebben (és csak ebben az értelemben) mondhatjuk, hogy az új német jogtudomány C. Schmitt egyéniségének szuggesztív befolyása alatt áll.

Ennek megfelelően az egész irodalom legbensőbb lényege szerint a hisztorizmus jegyében fogant, bár az új generáció egyébként Savignyt megtagadja.

A jogi gondolkodásnak C. Schmitt szerint is három lehetséges módja van. Mi alapon vitatja tehát ezek egyike számára a kizárólagos jogosultságot? Vonzó fejtegetései során épen erre nélkülözzük a feleletet: gondolatfűzésének egésze szerint nyilván valamely hegeli értelemben vett dialektikus szükség-szerűség alapján, a másik két gondolkodásmód évszázados egyoldalú uralmának ellensúlyozására.

Ennek a gondolatmenetnek a vörös fonala található fel a többi ismertetett munka gondolatszövésében is. A *nulla poena sine lege* elve, a bírói hatalomnak lehető megkötése egy objektív jellegű büntetőjog formalizmusa által, a felvilágosodás irodalmának az akkori történeti helyzet által indokolt tiltakozása volt; a jogi pozitívizmus a társadalom akkori fejlődési fokának

¹ Id. m. 95., 98., 104., 150.

² Id. m. 104—109.

adáquat vetülete volt a jogászi fogalomalkotás síkjában; az állam személyiségének tana is kielégítette az adott közjogi helyzet szükségleteit. Az egyszeri történeti helyzet elmúlásával azonban az azokhoz alkalmazkodó fogalomvilág is túlélté önmagát és elvesztette meggyőző erejét: alapjában véve ez a döntő érve szerzőinknek a régi doktrína ellen, ebből azonban a régít felváltani hivatott, általuk képviselt új eszmekör történeti relativitása is következik.

De a történeti nézőpont a joggal összefüggő végső kérdések eldöntésénél, így a jogi fogalomképzés struktúrájának és érvényessége határainak elbírálásánál nem lehet kizárólagos és ezért az ily érvelés gondolkodásunkat csak ideiglenesen elégítheti ki. A történeti szemlélet soha ki nem szoríthatja a jogi gondolatvilágból a szisztematikus fogalomalkotásra való törekvést, amely időtlen érvényű kiindulási pontokat kíván.

A jogi gondolatvilág e kétféle elemének viszonya szinte agnosztikus problémának látszik. Nem kétséges, hogy a ma már történeti távlatba eső múlt századi jogászi fogalom világnak egy jelentékeny része valóban csak «szituációhoz kötött» jelentőségű volt; de ennek ellenére is úgy érezzük, hogy az egyén és az összesség közötti, eddig örök emberinek gondolt feszültség, vagy az élet közérdekű és magánérdekű köreinek elválasztása még sem fogható fel valamely alig egy évszázadig tartó történeti egyszeriségnek.

E fenntartásaink ellenére is rá kellett mutatnunk, hogy egy új jogtudomány áll *ante portas*. Hogy a múlt századi jogászi konstrukciók örökébe törekvő új fogalom világ mennyire fogja az idő próbáját kiállani, mennyire tudja a régít dogmatikai termékenység és gyakorlati használhatóság tekintetében megközelíteni, vagy talán felülmúlni, erre a legközelebbi jövő fog választ adni. Erről véleményt nyilvánítani már azért is korai, mert az új jogtudomány, amelynek jelentkezése el nem vitatható, az alakulás stádiumában van.

Ruber József.