

## SZABADJOG ÉS SZOCIOLÓGIA.

### *I. Az élet és a jogi formák harca.*

Az élettől való eltávolodást, a valósággal való ellentétességet az emberi kultúra egyetlen szülőttének sem rójják fel annyiszor és annyira, mint a jogtételek világának, amely a formába öntött, a tételes jogot: a törvényt és a szokásjogot foglalja magában. Ez első pillantásra meglehetősen sajtóságnak látszik. Hiszen seregestül lehet felsorolni olyan szabálycsoportokat, amelyek az étellel a legel vontabb jogtételnél is kevesebb közöséget mutatnak (pl. irodalom-esztétikai szabály világ). Hát akkor nem csodálatos az az «elsőség», amelyet a *jogtételvilág* az élettől elvontság panasz-könyvében «élvez»? De egy ténykörülmeny figyelembevételével azonnal megmagyarázódik ez a jelenség. Azoknak az ú. n. absztrakt szabályvilágoknak és tudományoknak az élettől elvontsága miatt senki panaszt nem emel, mert hiszen az senkinek nem fáj, tekintettel arra, hogy ezek a tisztán értékelő megállapítások a valóság-síkra le sem vetítődnek. Ezzel szemben a jogtétel-világ szabályainak természetében éppen az a sajtóság, hogy reális étetalakzatok ítéldnek meg azok szerint, konkrét ételételőfordulások sorolhatnának a jogtételek alá. És az uralkodó jogpozitivizmus dogmája szerint jog csak az, amit a törvényhozó akar: a tételes jog. Következőleg a bíró szerepe egy jogot ismétlő funkció s a jogalkalmazás módszere szillogisztikus, amelyben az előforduló étetalakzat: a jogeset a főtétel, a jogszabály az altétel és az Ítélet a konklúzió. S ha a szillogizmusban szereplő jogeset és jogtétel egymást tökéletesen nem fedik, akkor a valóságnak és az absztraktnak ez az elhajlása már fájó érdekeket érint, mert a jog nem tudósok játékszere, hanem élet és halál bírāja, vagyionok sorsának eldöntője. Márpedig a formába öntött jog és az élet természetének alapvető különbözősége miatt ezek az elhajlások szükségképeniek: a forma merev, mozdulatlan, az élet pedig hullámzó, mindig újabb és újabb változatokat termel ki magából, amelyeket a forma nyomon nem követhet. Itt a titka annak, hogy a tiszta logikai módszer miért távolodik el oly végzetesen az élet adottságaitól.

De vájjon milyen módszer lesz akkor képes utánasimulni az élet alakzatainak? Megvesztegetően kézenfekvőnek látszik a felelet: az élet módszere, a kauzális szociológiai módszer. De a szociológiai módszernek a beállítása sem az életnek és a jogtételnek az összeegyeztetése, hanem ellen-

kező irányú megisméltése a pozitívista módszer egyoldalúságának. Ez a módszer az esetnek, a kauzális valóságnak a világát ragadja meg maradék nélkül, de értelmetlenül áll meg a jogi kultúra másik pólusa: a normavilág előtt.<sup>1</sup>

Minden egyoldalú módszerei beállítás, legyen az akár normatív, akár szociológiai, alkalmazhatatlanná válik egy oly bonyolult kultúrjelenség vizsgálatánál, mint amelyet a jog világa jelent. Á a jog is, mint minden kultúrjelenség, egy sajátosan kétpólusú jelenség,<sup>2</sup> amelynél az egyik pólus a normavilágban, a másik a valóságvilágban van (pl. bizonyos értékelő szemlélet nélkül Michelangelo szobra: a valóság csak egy kötőmb). Legyen szó akár jogmegismerésről, akár jogalkalmazásról, az életnek és a normának valahogyan való együttartása marad mindig a helyes módszer titka. Egy ilyen módszert dolgozott ki a *szabadjogi irány*, amely kétpólusú annak ellenére, hogy a «szociológiai jogtudomány» jelszava van zászlajára írva. A módszer alapvonása a valóságnak és az értéknek az egymáson való szemlélete, csak éppen hogy az elemek közül a szociológiai adattömeg a túlnyomóbb. Ez magyarázódik az irány gyakorlatiasabb beállítottságából, aminthogy egy elvontabb szabadjogi értéktanban a hasonlóan kétpólusú szemléletben a szociológiai elemek mellett a normatív elemek lennének, a túlnyomóbbak. Tehát az élet és a jogi formák ellentétének kiengesztelésére a helyes módszer alapelve nem az, hogy «csak szociológia», hanem «szociológia is», amelynek a *szabadjogi* gondolat csak egy variánsa: «a normatív mellett *hangsúlyozottabban* szociológiai» módszer.

## II. Alapvető jellemvonások a szabadjogi iskola arculatán.

Aki a szabadjogi irány ismertetésére akar vállalkozni, annak el kell készülnie egy roppant nagy és roppant heterogén irodalomtömegre, amelyben a szabadjog divatos jelszava alatt a legkülönbélebb jellegű és értékű ideák adatták a jogászvilág tudtára. Talán a szabadjogi irodalomnak ez a sokszor szinte kaotikus zűrzavara adta meg elsősorban alapját azoknak a kedvezőtlen kritikáknak, amelyekben a szabadjogi irány oly sokszor részesült.<sup>3</sup> Pedig e káoszon túl, a szabadjogi irány értékes megnyilatkozásaiban oly nagyvonalú elgondolásokra bukkanhatni, amelyek nemcsak magát az irányt teszik a jelenkor egyik legnagyobb jelentőségű jogi megmozdulá-

<sup>1</sup> Példája ennek *Ehrlich* jogszociológiai módszere, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, aki csak a valóság-síkot szemlélvén a primitíven tiszta szociológiát űzi: csupán tényeket leíró, szabályok nélkül s mint ilyen jogalkalmazási célokra alkalmatlan. Hasonló beállítás *Kornfeld*, *Soziale Machtverhältnisse*. 1911.

<sup>2</sup> *Horváth*, *Die Grundlagen der «Universalistischen Metaphysiko in der Rechtsphilosophie* Julius Binders. *Ztsch. f. öff. Recht* 1926 (VI. Bd.), 115 o.

<sup>3</sup> Csak példaképen *Somló*, *Jur. Grundlehre*, 1926, 114—122. §§-ok. *Gény*, *Méthode d'interprétation & sources en droit privé positif* 1931, kül. 401—403. o. *Moór*, *Bevezetés a jogfilozófiába*. 1923. 40—43. o. *Alf Ross*, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, 184—191. és 316—349. o. és legújában *Fees*, *Die Krisis im Recht*, 1931, kül. 35—36. o.

sává, hanem amelyek — mint ezt majd lenn megmutatjuk — a jelenkor egyéb nagy jogelméleti irányainak is alapjait szolgálták. De a szabadjogi irány igazi értékének felfedezéséhez múlhatatlanul szükséges a heterogén részek leválasztása és egy homogéne egységes szabadjogi gondolatömege megtalálása. Ennek a kiváló munkának egyetlen biztos módja a szabadjog helyesen értelmezett alapgondolatának felkutatása és annak megtalálása után a konzonáns gondolatoknak az alapgondolat köré való gyűjtése.

De mindezen kutatásainkat meg kell előznie egy általános jellemzésnek, amellyel legalább egészen általánosságban elhatárolhatjuk azt a gondolatömeget, amelynek alapgondolatát keressük: a szabadjogi irány még oly heterogén irodalmában is fel kell fedeznünk egynéhány általánosan jellemző vonást.

Az első, a szabadjogi irány egészére vonatkozatható kérdés lehet: a szabadjogi irány életkora. De az erre adható válasz már erősen bizonytalan, lévén születési évének megállapítása körül nagy vita. *Kantorowicz* ugyan a saját, *1906-ban* megjelent röpiratától, amely «Der Kampf um die Rechtswissenschaft» címet viselte, számítja a szabadjogi irány megszületését<sup>1</sup>, de ez már inkább egy kialakulófélben levő gondolatmozgalomnak programját foglalta írásba. Maga a közvetlen megindulás inkább számítható *Ehrlich*, «Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft» című, 1903-60; megjelent dolgozatától, ahol maga a «szabadjog» elnevezés is megszületett. Sőt már *Bülow-nak* 1885-ből és *Ehrlich-nek* 1888-ból való írásai-ban<sup>2</sup> is felcsillámlik a szabadjogi gondolat, de ezek inkább csak megsejtési a később időszertüvé váló problémának. A születési idő tehát *az igoo-as évek legeleje*, amely sajtáságosan összeesik a Német Polgári Törvénykönyv (a BGB) születésével s hogy azzal valóban szoros okozati összefüggésben is áll, azt a későbbiekben fogjuk igazolni.

Egy következő általános vonás: a szabadjogi irány állampolgársága *német*. Német, mégpedig nemcsak azért, mert irodalmának 99%-a az, hanem azért is, mert speciálisan a német viszonyokból, a német elméleti és gyakorlati jogászat hátrányos aberrációjából, annak megkorrigálására született.<sup>3</sup> Különösen megkülönböztetendő a német szabadjogi irány a francia *Gény-féle «libre recherche scientifique-iránytól»*, amely a német iránnyal körülbelül egyidejű, problémafelvetésében és eszmemenetében is nagyjában hasonló, de amely két irány semmi jelentős hatással nem volt egymásra. S amellett, hogy függetlenek egymástól, mély külső és belső különbözőségeket is felmutatnak. A külső különbség az, hogy míg a francia

<sup>1</sup> *Kantorowicz*, Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, 1925, 5. o.

<sup>2</sup> *Bülow*, Gesetz und Richteramt, 1885. *Ehrlich*, Lücken im Recht, Jur. Bl. 1888. Még előbb *Adickes*, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872.

<sup>3</sup> Természetesen ezzel nem áll ellentmondásban az, hogy angol jogi hatások az irány kialakulásában erősen észrevehetőek. *Fuchs* «Richterkönigtum»-ánál is az angol bíró az ideál és *Kantorowicz* is *Bacon-tói* származtatja a joghézag teóriát.

<sup>4</sup> L. *Gény* i. m. és Science et Technique en droit privé positif. 4 köt. 1914—1924.

szabad kutatási irányt csaknem kizárólagosan egy nagyszabású egyéniség: *Gény* jelenti a maga legfinomabb részletekig kidolgozott munkáival, addig a német irány ezer apró mozaikból tevődik össze egy korántsem oly egységes képpé. De talán éppen ezért a német irány gyakorlati kihatása sokkal szélesebbkörű, míg *Gény* tana a gyakorlatra nem volt a kívánatos befolyással. A belső különbözőség pedig a problémamegválaszolások színezésében rejlik. *Gény* a jogász kezébe, igaz, hogy lehetőleg objektíve meghatározott, de mégis csak főképp *metafizikai* eszközöket ad: a «*donné*», a «*Juste objectif*», amely pedig a jogász legfőbb irányítója és eszköze, *Gény* szavai szerint is körülbelül a természetjog alapvető fogalma, mégpedig a természetjognak *abszolút-metafizikai* elképzelésében.<sup>1</sup> Ezzel szemben a szabadjogi irány, amikor a törvénykönyv normái mellett a bírónak más munkaeszközeit is megjelöli, azok elsősorban és túlnyomóan *szociológiai* jellegűek, de ha szubszidiáriusan természet jogiak is, akkor is csak *relatív-konkrét* természetjogi megfontolások (pl. a jogszabály céljához viszonyított *aequitas*).<sup>2</sup>

Még egy oly jellemvonást találunk, amelyet a szabadjogi irányhoz sorolható munkák akármelyikén felfedezhetünk: a *probléma-meghatározás közösségét*. Jelöljék meg ugyanis a problémát akár úgy, hogy «helyes-e a törvény-jog elve», akár úgy, hogy «milyen faktorok építenek fel egy bírói ítéletet», akár úgy, hogy «milyen forrásból meríthet a bíró akkor, ha a jogot alkalmazza», stb., más szavakkal kifejezve a probléma mindig egy és ugyanaz: *mi a fogalkalmazás módszere?* S íme ez a harmadik jellemvonás mutatja meg egész sajátosan egyik vonatkozásban azt a hatást, amelyet a szabadjog — amint jeleztük — a jelenleg erejük teljében lévő vagy most emelkedő legmodernebb jogszemléletekre gyakorolt. Mert hiszen hogyan lehet az, hogy a leggyakorlatibb jogászok mellett (Fuchs, Pattai stb.) a legelméletibb tudósok (pl. Kantorowicz, Peretiatkowicz, Sinzheimer)<sup>3</sup> is a leggyakorlatibb jogi módszernek, a jogalkalmazás módszerének felfedésével foglalkoznak? Ezen kérdésnek a megválaszolásában bennrejlnek a szabadjogi irány egyik legnagyobb jelentőségű eredménye: a *fogelmélet megmentése*.

Közvetlenül a szabadjogi irány megindulása előtt, 1892-ben *Bergbohm*, a *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* írója, már elfűjhatni vélte a jogelmélet gyászindulóját: a jogelmélet, a jogtudomány «Aber»-je és «Indessen»-je menthetetlenül el fog bukni a mindent elsöprő pozitív joggal való küzdelemben (i. m. 398. o.). S az utolsó órában jött a szabadjog, amely megmutatta, hogy semmiféle harcról nincs itt szó gyakorlati jogászat és jogelmélet között. Ha harcról lehet szó, az közös, vállvetett harc közös célokért, ahol együtt küzd a legelméletibb tudós és a leggyakorlatibb ügy-

<sup>1</sup> *Gény*, Science etc. no. 160—161.

<sup>2</sup> *Kantorowicz*, Legal Science. A Summary of its Methodology. Ford. Patterson, Columbia Law Review, 1928. 696. o.

<sup>3</sup> Irodalmat l. jegyzetek és in fine.

véd vagy bíró. A szabadjog mutatott rá elsőnek arra, hogy a jogelmélet és a gyakorlati jogászat nem két külön, végzetesen ellentétes világ, hanem egy és ugyanazon világnak egymást kiegészítő általános és különös része. Mert hiszen egy általános jogforrástan, vagy egy még általánosabb jogtan felépítőjének egyetlen lehetséges kiindulópontja a gyakorlati jogász által alkalmazott illetőleg alkalmazandó jogforrások vizsgálata lehet. Gyökerelesen megváltozik egyrészt az általános jogforrástan akkor, ha a bíró a tételes törvény mellett más jogforrásból merít, másrészt pedig ezen új jogforrások beleilleszthetése teljesen megváltoztathatja a jog legáltalánosabb fogalmát. Ezen egymásbafonódás meglátása, a szabadjog által felfedezett *relativizálása* a jogelméletnek és a gyakorlati jogászainak megmentője és legtermékenyebb eszmeformára lett a ma jogfilozófiájának. *Hans Kelsen* tiszta jogtana,<sup>1</sup> amely a legújabb időknek kétségtelenül legnagyobb hatású jog- és államszemlélete, ugyanennek a felismerésnek a legvégsőig, sőt azon túl abszurd következményekig vitt végiggondolása. A jogelmélet és a jogtudomány, a jognormatan és a jogvalóságtan módszere szerinte oly szorosan összefügg egymással, hogy nemcsak ugyanaz a kettő, hanem egyenesen a jognormatan, a tiszta jogtan a jogvalóságtan módszere. A jognormatan a jogvalóságtannak nemcsak általános része, hanem annak formája, amelybe a jogvalóságtan beleillik. S most jön az abszurd következmény: a jognormatan nemcsak formája a jogvalóságtannak, hanem annak szükségképeni előfeltétele, amely nélkül jogvalóság-megismerés nem lehetséges. A tiszta jogtan független a jog valóságától, míg a jogvalóságtan nemcsak hogy nem független a jognormatantól, hanem anélkül egyáltalában nem létezhetik. Itt az alapgondolat logikai túlerőltetése mögött egy sajátos inverziós eljárás bújik meg, amely erősen alkalmas arra, hogy *Kelsen-re kryptoszociológus*, titkos szociológus bélyeget üssön. Amikor *Kelsen* megépítette a tiszta jogtant, azt a formát, amelybe a jogvalóságnak bele kell férnie, akkor feltétlenül a jogvalóságra kellett tekintettel lennie, nehogy szűk vagy bő legyen a forma. S amikor a forma elkészült, *Kehen* hirtelen eltagadta a jogvalóság segítségül hívását és kijelentette, hogy ez a forma a valóságtól függetlenül épült fel, sőt mi több: ez szabja meg a jogvalóság határait s teszi ezzel lehetővé egy jogvalóságtudomány létezését. *Kehen* tehát ténylegesen felhasználta a szabad jogtan által felfedezett relativitását a jogelméletnek és a jogtudománynak, de utólag elméletileg azt a jogtudománynak a jogelmélettől való egyoldalú függésévé varázsolta át.

Ennek a bűvészkedésnek átlátszóságából, mondhatni naivságából levonta a következményeket a legújabb jogi módszer, amely *Rumpf*-nál még határozatlanul tapogatózva, *Horváth-nál* már kiteljesedett formában

<sup>1</sup> Rendkívül termékeny irodalmi munkásságából kiemelkedik *Allgemeine Staatslehre*, 1925.

rajzolódik elő<sup>1</sup>: *a synoptikus módszer*. Ha belátjuk annak a szabadjogi meglátásnak igazságát, hogy a jogelmélet és a gyakorlati jogászat különbsége az általános és a különös relatív különbsége, akkor a kettő munkaeszközére: a módszerre ugyanez áll. S ha előfeltételei viszonyról, kiindulóponttól beszélni akarunk, akkor az semmiesetre sem lehet a levegőben meg nem konstruálható jogelméleti módszer, hanem a szemünk előtt adott, tényleg létező gyakorlati jogászai módszer. S ha azt felfedtük, hogy a gyakorlati jogászat módszere a jogeset és a jogtétel együttnézése, synopsisa, akkor az elemek eláltalánosításával megkapjuk, hogy a jogelmélet módszere: *a jogvalóság és a jogi érték synopsisa*.<sup>2</sup>

### III. A szabadjogászok alapgondolata.

A szabadjogi irány legáltalánosabb jellemvonásainak felvázolása és a legmodernebb jogszemléletekkel való lélekkonkságának kimutatása nyújtott számunkra egy oly általános tájékozódást, amelynek alapján már elindulhatunk a következő, sokkal nagyobb elmélyedést igénylő vizsgálatok lefolytatására: a szabadjogi irány *alapvető, központi gondolatának* megtalálására. A probléma-felvetést már az eddigiek során megismertük (mi a jogalkalmazás módszere?) s az erre adandó általános Válasz lesz éppen az alapgondolat, amely éppen ezért szervesen összefogja az egész szabadjogi gondolatösszeget. Az alapgondolat helyes megragadásának nagy fontossága nagy körültekintést igényel: a sokféle fogalmazás, az irodalom tarka összevisszasága miatt az egyedüli lehetséges helyes út, amelyen haladhatunk: a történeti miliőbe való helyezkedés. Fel kell kutatni azokat az előzményeket, amelyek a módszertan kérdését egyáltalán felvetették, azokat a helytelen irányokat, amelyeknek korrektívuma akart lenni a szabadjogi gondolat.

A történelmi miliőnek a megrajzolása a szabadjogi irány megindulását megelőző egy évszázaddal kezdődik: a történeti iskola megszületésével.<sup>3</sup> *Savigny*<sup>4</sup> keltette életre ezt a történeti iskolát, amely helyesen értette meg az idők szavát: a természetjog lealkonyulását és a pozitív jog hajnalhasadását, de — noha jót akart, pozitív jogtudományt akart — megteremtett az előző kor *normatív* természetjoga helyébe egy *kauzális* természetjogot. S ezzel *Savigny* természetszerűleg nem a pozitív jog felé való tisz-

<sup>1</sup> *Rumpf*, Die Methode der Rechtswissenschaft. Wirtschaft u. Recht 1923 és Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft? 1929, kül. 25—28. o. L. rendszeresen *Horváth* i. m. és Hegel und das Recht, Ztsch. f. öff. Recht, 1932, 53—68. o. És ugyanő: Bevezetés a jogtudományokba, 1932. 73—75. o. Ugyanő: Rechtsphilosophie, Berlin-Grunewald, 1934.

<sup>2</sup> *Horváth*, Hegel etc. 53—68.

<sup>3</sup> Kiváló ismertetés *Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswiss. 191, II. köt. passim. Továbbá *Kantorowicz*, Volksgeist u. hist. Rechtsschule, Hist. Ztsch. 1911—12. és ugyanő: Was ist uns Savigny, 1912.

<sup>4</sup> System des heutigen römischen Rechtes, 1840. Kül. 7—9, 12—15, 46, 50—51. és 59. §§-ok.

tulást segítette elő, hanem csak a káoszt nagyobbította, őt nemcsak hogy minden pozitív jogásztól szükségképen elválasztotta természetjogias szemlélete, hanem egyáltalán minden jogásztól elválasztotta a jog normatív szellemével meg nem férő kauzális-történeti szemlélete. Savigny-val a jogtudományba a *hisztorizmus* tört be: a gondolkodásnak az az egyoldalúsága, amely egy tudomány tárgyát kizárólag történeti kezelés tárgyává teszi. Mi választja el tehát a jog normatív szellemét megértő jogászt Savigny-tól, a történésztől? Míg a jogász számára a jog érvényes normák összesége, amelyeket rendszeres összefüggésükből, céljaikból kell szemlélni, addig a történészre a jog egy tény, amelyet mint minden más tényt okaiból (pl. a törvényhozó szándékából), tehát a múltból, történeti-kauzálisán kell vizsgálni. A jogász számára a jog egy cselekvési feladat, a jogdogmatika egy praktikus tudomány, amelynek célja végsőleg az, hogy a valóság eseteire alkalmazzák. A történész számára pedig a jog tisztán csak a megismerés tárgya: a jogtudomány egy tisztán elméleti tudomány.<sup>1</sup> Ilyen gondolatmenet következményeképpen lett a jogász egy pusztán felismerő, kauzális összefüggéseket kereső, minden értékelést elutasító, minden teremtő erőt nélkülöző eszközzé (ez az ú. n. *Werkzeugdogma*). S miért természetjogi a történeti iskola, mikor a valóságos, a létező jogot, a tényt vizsgálta? Természetjogi lett, mert a kauzális vizsgálat azzá tette. A történeti okokon való visszakövetkeztet és eredménye az lett, hogy Savigny-ék nem a történetileg kifejlődött római jog, hanem a justiniánuszi római jog alkalmazását hirdették. Ez a római jog pedig az újonnan kialakult joggal szemben egy természetjog lehetett csupán. A történeti iskola purizmusa egy rég letűnt világ jogának alkalmazását hirdette: egy iskola sem taposta úgy lábball a történeti jogot, mint éppen a történeti iskola. Itt vannak a gyökerei annak a *Bergbohm* által a jogelméletre végzetesnek jelzett folyamatnak, amelyben a teória és a praxis két külön világgá válik el egymástól: *a jog elkülönül az élettől*, s tovább él papiroséletet. Mert a fejlődés további vonala oda vezetett, hogy a történeti iskola lassan elvesztette történeti-kauzális színezetét, és a justiniánuszi kódexekből, az élet zajlásától távol élő szobatudósok agyából, innen-onnan egy *fogalmi világ* keletkezett. És jogtudós csak az volt, aki e fogalmi világ papiros figuráit helyesen tudta tologatni, azokat helyesen kombinálta, variálta és permutálta, aki a logika eszközeivel a papiros figurákat minél több és furesább alakba tudta gyúrní. Ez volt a *Begriffsjurisprudenz*, a fogalmi jogtudomány. S mindez azért, mert ezt úgy kívánta az akkori német *idealizmus* szelleme: legyen a jogtudomány is, mint minden más tudomány autonóm, a maga fogalmainak logikai birodalmában éljen, függetlenül az életnek minden kauzális-teleológikus vonatkozásától. De míg az autonóm szemlélet elve nagyon gyümölcsöző volt más tudományok terén, a jog világában, ahol minden arra irá-

<sup>1</sup> Ezt tartja a hagyományos módszer eredendő bűnének *Gnaeus Flavius*, *Der Kampf um die Rechtswiss.* 19—22. o.

nyúl, hogy a normatív tételek a kauzális világban konkretizálódjanak, ez a hatás életölő volt. És sajtáságosan ugyanez, a jogtudomány autonómiájának a gondolata tért ma vissza *Kelsen* tiszta jogtanában. De — amint már megmutattuk — ez a tiszta jogtan egy mondvacsinált tiszta jogtan, amelynek utóbb előfeltételnek feltüntetett formáit előzőleg a reális élet tekintetbevételével alakították ki: s éppen ezért életképes a tiszta jogtan. De abban a pillanatban, amelyben a kelsen tiszta jogtan igazán tisztává válik, amikor egy légmentesen elzárt szobában megírható a jog egész tudománya, akkor az éppoly életképtelen, mert az étellel közösséget nem mutató természetjoggá, abszolút, fogalometikai tudománnyá válik, mint a fogalmi jogtudomány.

Még nem az lett volna a legsúlyosabb következmény, hogy a jogelmélet és a dogmatikus jogtudomány a maga alkotta logikai természetjogában tobzódva, *Bergbohm* jóslata szerint a normális élet mögött lassan elhalt volna,<sup>1</sup> hanem az érintett már sokkal vitálisabb érdekeket, hogy az iránya a gyakorlati jogászatot is megfertőzte és a folyton változó életet is belekényszerítette a magacsínálta papírformákba. így adódott elő az, hogy egy komoly német bíróság annak, aki tévedésből egyszerre két személynek adott el egy dolgot, és az árueladás után tönkrement, a vételárat mindkét személytől megítélte. Hogy a felsorolható, szinte tragikomikusán festő példák százaiból éppen ezt ragadtam ki, ennek oka az, hogy ez a példa azóta jogtörténeti jelentőségűvé vált: ennek jogérzet-ellenessége térített meg egy nagy elmét: megtérítette *Ihering-et*.<sup>2</sup> *Ihering-gel* ez az eset megértette az egész irány nevétségességét és meddőségét. A legkristályosabban tiszta logikai levezetés sem ér annyit, hogy miatta az alperes akár egy fillérrel is megkárosíttassék: nem *az élet van a fogalomért, hanem a fogalom az életért*. És *Ihering* a nagy elmék zsenialitásával rátalált a hiba nyitjára is: helytelen a jogtudomány módszere. Ez a meglátás valóban egészen zseniális volt, mert valami egészen új szempontot vitt bele a jogtudomány vizsgálódásaiba: megteremtette a *módszertan* problémáját. Módszer ugyan volt *Ihering* előtt is abban az értelemben, hogy mai módszertani tudásunkkal meg tudjuk állapítani a 80 év előtti fogalmi jogászokról, hogy azok egy sajnálatosan tiszta normatív módszerrel éltek, de maguk a fogalmi jogászok ezt annak idején nem tudták. Végezték a maguk megismerési munkáját, és erről a munkáról egy bizonyos idő múlva le lehetett olvasni a módszert, ha ugyan volt módszer a munkában. S ezt a sorrendet fordította meg *Jhering*: előbb kell megállapítani a munkamódszert és azután következhetik a munka. Ennek az igazságnak a felismerésével tette *Ihering* a jogi módszertant a jogtudomány alaptudományává, s *Ihering* óta indultak

<sup>1</sup> L. ehhez *Stemberg*, I. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswiss. 1908. 16. és k. o.

<sup>2</sup> *Ihering*, Beiträgen zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt. 1859. L. még *Kantorowicz*, *Ihering's Bekehrung*, Deutsche Richterztg. 1914.



meg mind a mai napig a módszertan jegyében a legjelentősebb jogfilozófiai irányok. S amilyen mesterien rátalált a problémára, époly meglátással oldotta is meg azt. Módszerének vezető gondolata az, hogy a jogtudománynak kizárólagosan a normatív síkra való beállítása elégtelen, mivelhogy a jog lényegéhez hozzátartozik annak a valóság-síkban való konkretizálódása. A jogász munkaanyagában a normatív elem az absztrakt törvény, amelynek vizsgálata az érték-síkban történik a törvény célja által temperált logikával. Ez utóbbi annyit jelent, hogy a törvényből csak azokat a következtetéseket vonjuk le és csak addig a határig, amelyek és ameddig azok a törvény céljaival nem ellentmondók.<sup>1</sup> A munkaanyagban a másik elem a gyakorlati eset, amelynek a vizsgálata pedig a valóság-síkban történik a következőképpen: tekintettel arra, hogy minden jogeset bizonyos érdek-feszültség, érdek-elhelyeződés, ezen érdekeket és azok elhelyeződését kell szociológiai kutatásokkal megállapítani. S maga a bírói döntés nem egyéb, mint a jog céljára való tekintettel az érdek-elhelyeződésben bizonyos eltolódások, áthelyezések előidézése, amely új érdek-elhelyeződés alkalmas az absztrakt törvényben kifejezett cél megvalósítására.

*Iheringnek* ezen nagyszabású gondolatai jó pár évtizeddel előzték meg saját korukat és következőleg ugyanannyival vitték volna előre a jogelméleti gondolkodást és a gyakorlati jogászat fejlettségét, ha alkalmasabb időben íródtak volna meg. De *Ihering* a maga eszméit római jogi könyvekben hintette el: hatalmas munkái mind római jogi alapon épültek fel. Márpedig az akkor egységesült és bámulatos előretörést mutató németiség nagy célja volt a német jog kodifikációja, lerázása a római jognak, amely mégis csak — ha sokszor névleg is — egy idegen kultúrán való élőködést jelentett. S épp ezért az a vélemény alakult ki *Ihering* műveiről, hogy azok egészen kiváló könyvek, de nem aktuálisak, mert római jogiak. És nem ismervén fel a lokális vonatkozások mögött az általános jellegű irányelveket, a többi római jogi könyv mellé «ad acta» tették *Ihering* munkáit azok a jogteoretikusok és gyakorlati jogászok, akiknek bibliaként kellett volna azokat forgatniok.

Egy valaki húzott hasznot *Ihering* időelőtti feltűnéséből és elmúlásából: a *szabadjogi iskola*, amely egyrésztől sosem keletkezett volna *Ihering* ideái nélkül, de másrésztől sosem tűnt volna fel *Ihering* egyénisége mellett. De így, a körülmények sajátságos alakulása folytán, ugyanazt a harcot amelyet *Ihering* megkezdett a kodifikáció előtti korban az uralkodó módszerrel szemben, folytatta tovább az új, de hasonló módszertani hibákkal születő korban a szabadjogi irány. így érthető tehát, ha *Iheringhez* jártak iskolába az összes szabadjogászok, akár bevallották azt, mint *Kontorowicz* és *Ehrlich*, akár tagadták, mint Ernst *Fuchs*. Úgy történt, hogy a szabadjogászokon keresztül *Ihering* gondolatai mégis irányítóivá váltak a mód-

<sup>1</sup> Geist des römischen Rechtes. 1906-os k. passim, kül. 3 —60. §. Der Zweck im Recht, 2. ks. kül. 438—452. o.

szertani fejlődésnek, csakhogy az új köntösbe öltözött hibákkal szemben új formájú megoldásokkal.

Hogyan festenek mármost ezek a megváltozott formák? A kodifikáció előtti fogalomimádat átalakult törvényimádatává. A bíró most is éppoly logikai gép, mint volt, csakhogy most a BGB van a kezében, s annak absztrakt tételei közé kell beszorítania az ezeralakú életet. A törvénnyel kell eldönteni minden esetet, ami a jogelmélet nyelvére lefordítva annyit jelent: *jog = tételes jog, formába öntött jog, a jog logikailag zárt egész*. Ezen új formájú, de lényegileg a régivel azonos módszertani hibával szemben egy új formájú antitézist kellett állítani. A jognak az életet tökéletesen fednie kell, amely azonban nem lehetséges akkor, ha a jog csak egy formába öntött test, mert a forma és az élet természete alapjában különbözik.<sup>1</sup> Az élet változó, cseppfolyós, a forma merev, mozdulatlan. Ha tehát a jog az életet követni akarja — márpedig ez a helyes jogalkalmazás titka, — akkor az étellel egy cseppfolyós joganyagot kell szembeállítani, amely formátlan és éppen ezért ezer formája lehet. Ez a cseppfolyós joganyag, amelynek a formába öntött jogot ki kell egészítenie: a *szabadjog*. így tehát a jog logikai zártságával szembehelyezett antitézis, amelyben végre rátaláltunk a szabadjogi irány alapvető gondolatára: *jog = formába öntött jog + szabadjog*.<sup>2</sup>

#### IV. A szabadjog szükségképpenisége.

Az alapgondolat megtalálása lényegesen könnyebbé tette további feladatunkat, minden további probléma az alapgondolat körül csoportosul, abból sarjad ki, s az alapgondolat egysége és érthetősége biztosítja a további fejtegetések egységét és érthetőségét. Maga az alapgondolat legfeljebb egy vonatkozásban szorul megvilágításra, amely nem is annyira megvilágítás, mint inkább terminológia-magyarázat. Az a szabadjog, amely a formába öntött jogot kiegészíti, semmiesetre sem természetjog, hanem *pozitív jog*. A szabadjogi iránynak éppen az a célja, hogy azokat a szabadjogi forrásokat (1. lenn), amelyeket természet joginak tartottak, de amelyeket ténylegesen alkalmaztak, nyíltan besorolja a pozitív jogba és ezzel mintegy legitimálja a szabadjog használatát.<sup>3</sup> (És a szabadjogi irányra fogták rá, hogy az anarchizmussal árul egy gyékényen!) Az elhelyeződés tehát a következőképpen fest: a természetjog szembenáll a pozitív joggal, amelyen belül, nem egymással szemben, hanem egymást harmonikusan kiegészítve foglalnak helyet a formába öntött jog és szabadjog.

Az eképpen megvilágított alapgondolatból kisarjadó első problémát

<sup>1</sup> Jung, Das Problem des natürlichen Rechts. 1912. 4. o.: örökös ellentét van a jog-szabály és a jogtétel között.

<sup>2</sup> A legtisztábban formulázta ezt a gondolatot Kantorowicz, Aus der Vorg. etc. 5. o.

<sup>3</sup> Gnaeus Flavius, i. m. 10—12. o.

a következő megfontolások eredményezik. Az alapgondolat nem valami önmagából abszolút evidenciával bíró igazság, hanem egy tézissel szembe-helyezett antitézis, amelyet meg kell indokolni. Az indokolás rendkívül egyszerű: a tétel helyes, mert *szabadjog szükségképpen van*. Csakhogy ez a válasz egészen formális jellegű, amelyet magát is meg kell okolni. A formából öntött jogon kívül miért foglal helyet szükségképpen szabadjog is a pozitív jogon belül? Mert a pozitív jognak az életet egészen be kell fednie, s ha ez a befedés csak formákkal történik, az tökéletes sohasem lehet. Az élet természete szerint állandóan változik, s nem lehet minden változatra egy külön jogruhát, formát szabni, mert, mire az elkészül, a változat már egészen más. S így ha formákat illesztünk az életre, mindig lesznek *hézagok*. Ezek a hézagok *Horváth* rendkívül érdekes fejtegetései szerint<sup>1</sup> a *gyakorlati* értelemben vett hézagok, amelyek az elméleti értelemben vett joghézagoknak csak egy alfáját képezik. Ez az *elméleti* joghézag az a logikai űr, amely minden jogalkalmazásban van a jogeset és a jogtétel között: ott az ítélet logikai menete megszakad és irracionális tapasztalat vagy értékelés találja meg az esetre pontosan ráülő jogtételt. *Gyakorlati* hézag mutatkozik ebben a logikai űrben lefolytatott irracionális tevékenységben akkor, ha az élet és a forma természetének különbözősége miatt az esetre pontosan ráülő forma nem található. A formába öntött jog mellett a joghézagok szükségképpenisége és a pozitív jog s az élet tökéletes egybe vágásának követelménye csak úgy egyeztethető össze, ha a pozitív jogon belül a formába öntött jog mellett van egy *cseppfolyós joganyag*, amely a formák mögött szükségképpen maradót hézagokat betölti: ez a *szabadjog*.

Mivel a jog az élettel akar egybevágni, a szabadjog a legideálisabb jog, amelynek a természete az élet természete: formátlan, ezeralakú. A szabadjog maradék nélkül ellátja a jog funkcióját: utánaformálódik az élet minden variációjának, s éppen ezért a formába öntött jog létezése e funkció elvégzéséhez nem is szükségképpen. Ideális világ tehát egy tiszta szabadjogi rendszer lenne, ahol jog = szabadjog. De ehhez az ideális rendszerhez ideális adottságok is kellenének. Elsősorban ideális bírák, *angyal-bírák*, akik nemcsak abszolút jóságban, de *mindentudásban* is angyalok. Mert hiszen egy szabadjogi jogalkalmazói rendszerben minden jogi tudással bírnia kellene a bírónak: minden konkrét eset eldöntése egy miniatűr törvényhozás volna a törvényhozás minden kockázatával és nehézségével. Az emberek azonban, mivelhogy nem angyalok, itt is csak munkamegosztással érhetnek el célt.<sup>2</sup> A munkamegosztást lehetővé teszi az életviszonyok vál-

<sup>1</sup> L. Bevezetés stb. 121—128. o. Bővebb hézagotani fejtegetéseket l. *Zitelmann*: *Lücken im Recht, Rede*, 1903. és egész részletes fejtegetések: *Elze*, *Lücken im Gesetz*, 1916.

<sup>2</sup> Éppen azért helytelen a szabadjogi iránynak oly beállítása, amelynek értelmében a szabadjog szerint a törvényhozó felesleges, a munkája csak irodalom, amelynek a jogvalósághoz semmi köze. Így *Eggenschwyler*, *Das freie Ermessen des Richters u. die Gleichheit vor dem Recht. Recht u. Wirt.* 1911—12, 483. o. ezzel szemben a jogalkalmazás lehetőségéhez éppúgy szükséges a törvényhozó munkája mint a bírói szabadság.

tozásának sajátos természete. Az élet alakjai nem úgy változnak, mint a kaleidoszkóp figurái, amelyek ugyanazt az alakot soha újra fel nem veszik, hanem az életelőfordulások analóg vonásokban megismétlődnek, species-csoportokba elkülöníthetők. Minden elkülöníthető csoportból kiragadja a törvényhozás a középátlagos esetet, az ú. n. *tipikus* esetet, s erre azután megalkotja a maga nagyszabású apparátusával és körültekintésével a formát: a *jogtételt*. A tipikus esetek sajátos természete az, hogy azokat az élet ritkán, alig produkálja, de az összes produkált esetek viszonylag a tipikustól térnek el legkevésbé. A tipikus eset ritka előfordulásának esetében tehát, habár a logikai űr itt is megvan (elméleti joghézag), de a jogeset és a jogtétel összehasonlításának irracionális tevékenységével itt a bíró az esetre egészen ráülő tételt találhat. Minden más esetben a bíró szabadjog segítségével formál a formába öntött jogon, s ezen vonatkozásban tevékenysége a törvényhozó jogot formáló tevékenysége. Ez a tevékenység sokkal kisebb, mint a törvényhozásé, de éppoly fontos. Számptalan formával felszerelt tételes jogi rendszer sem helyettesítheti a szabadjoggal kiegészített tételesjogi rendszert. Csak a bíró tudhatja a konkrét esetet orvosolni, de nem a törvényhozó, aki sosem láthatja előre a konkrét eset összes apró árnyalatait.<sup>1</sup>

Konklúzió: A bíró sosem tisztán logikai gép: minden jogalkalmazásban van egy logikai űr, amelyet irracionális tevékenységgel kell betölteni. Ezzel szemben bírói jogformálás, jogalkotás nincs *minden* jogalkalmazásban (a tipikus eset ritka előfordulásakor nincs), s ugyanakkor nincs szabadjog sem abban. De az étellel (ahol tipikus eset csak igen szórványosan van) szembeállított jogrendszer *egészében* a formába öntött jog mellett *szükségképpen* van szabadjog.<sup>2</sup>

#### V. A szabadjog objektivitása.

Ha beigazoltnak látjuk azt is, hogy a szabadjog szükségképpen létezik, vajjon nem lesz-e túl szubjektív karakterű az a módszer, amelyben bírói jogformálás teszi hozzá a tételes joghoz a szabadjogot, nem vész-e el a hézagpótlás előnye a bírói önkény hátránya által? Erre a kérdésre egy ellenkérdés lehet a válasz: vajjon nem lesz-e károsan szubjektív és önkényes annak a bírónak az ítélete, aki nem tölthet ki hézagokat jogformáló tevékenységgel, de minden jogesetet be kell szoritania egy formális tételbe? Tekintve, hogy bármilyen tökéletes formális rendszer sem

<sup>1</sup> Ezt még a szabadjogellenes *Kretschmar* is kénytelen elismerni, *Über die Methode der Privatrechtswiss.* 1914. 37. o. A szabadjog hézagkitöltésének nagy fontosságát az élet és a jog «kiengesztelésére» már *Radbruch* hangsúlyozza, *Rechtswiss. als Rechtsschöpfung*, *Arch. f. Sozialwiss. u. Sozialpol.* 1906, kül. 364—370.

<sup>2</sup> Hogy az analógia felhasználása sem szünteti meg e szükségképeniséget, 1. *Gény* értékes fejtegetéseit: *Méthode etc.* nos. 107—108. és 165—166.

tudja utolérni az élet változatait, a bíró önkényesen lesz kénytelen belevarázsolni az esetet a rá nem illő tételbe. S ez a tudatos és kényszerített önkény demoralizáló: előlője a bíró saját igazságosságába vetett hitének.<sup>1</sup>

S ezzel szemben hogyan fest a szabadjogi módszer «szubjektivitása?»

A bíró előtt adva van egy jogeset, amelyről mindenképp meg kell állapítani, hogy az melyik jogeset-species-csoport egyik előfordulása. Ha ez a legelőzetesebb tájékozódás megvan, akkor következik a tulajdonképpeni munkamódszer *első* lépése: *összehasonlítása a felmerült jogesetnek a species csoport szabályozott tipikus esetével*. Ha az a ritka eset adódik elő, hogy a kettő teljesen egybeesik, vagyis, ha a felmerült eset történetesen a tipikus eset, akkor a jogtétel alá sorolásnak, a subsumptio-nak semmi akadálya. A hagyományos logikai módszerei felfogás szerint a jogalkalmazás mindig csak ennyi, egy pusztán logikai művelet. De ennek egyrészt ellentmond az a tény, hogy a jogeset-világ nemcsak hogy nem áll pusztán tipikus esetekből, de azokat éppen alig produkálja, másrészt pedig a módszer eddigi útja sem tisztán logikai. Hiszen a felmerült esetből nem következik logikailag semmiféle jogtétel, hanem bizonyos irracionális tapasztalattal vagy értékeléssel lehet csak rábukkanni arra a jogeset-species-csoportra, amely azután rávezet a tipikus esetet szabályozó jogtételeire.

Logikai úr, tehát bírói szabadság még a logikailag legideálisabb határesetben, a tipikus eset előfordulásakor is van, de szabadjog alkalmazására ekkor a forma tökéletesen ráül ösége miatt szükség nincs. De szükség van a szabadjogi folytatásra akkor, ha az egybevető vizsgálat azt mutatja, hogy a felmerült eset nem a tipikus eset. Ekkor a módszer *második* lépése *a tipikus eset és az arra alkotott jogtétel egybevetésétől megállapítása* annak, hogy mi *jogos*, mi *a jogi értékmérő az illető species-csoport szabályozásában*. Ez kikutatása a jogtétel mögött rejtőző jognak, jogi elgondolásnak, amely ugyan benne rejlik a jogtételeben, de csak annak a jogesettel való egybevetéséből fedhető fel. Ez az értékmérő, amely a szabadjogi módszer alapjára, teljesen objektíve megállapítható: egy kézzelfogható szociológiai valóságnak, a jogesetnek és egy hasonlóan valósággal létező normának egybevetéséből születik az meg: ennél objektívebb zsinórmérték nem is képzelhető.<sup>2</sup>

A módszer *harmadik* lépése lesz mármint *a jogtételek SL bírói jogformálás által olyaténképpen való átalakítása, hogy az átalakított jogtétel és a felmerült (a tipikustól eltérő) eset egybevetése az első lépésben objektíve lehozott jogi gondolatot, jogi értékmérőt fejezze ki*. Itt kapcsolódik tehát be a jogalkalmazásba a bírói jogalkotás, s itt észlelhetők a legvilágosabban

<sup>1</sup> Ezt szépen kifejti többek között Kantorowicz, Methodenreform u. Justizreform, Deutsche Richterztg. 1911, Fuchs, Juristischer Kulturkampf, 1912 és számtalan, a Reichsgericht joggyakorlatából vett példával ugyanó: Recht u. Wahrheit in unserer heutigen Justiz, 1908. L. még W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung u. Zweckmässigkeitserwägung, 1913.

<sup>2</sup> Schmidt-Rimpler, Der Handlungsagent, Ehrenberg's Handbuch, V. köt. 139—154. l.

a bírói jogalkotás elmaradásának káros következményei. Ha a bíró nem formálhat a jogtételen, ha a tipikustól eltérő jogesetet kénytelen a változatlanul maradt jogtétel alá sorolni, akkor a kettő egybevetése már nem mutathatja a jogi értékmérőt. És vajjon objektív-e ez a megkorrigáló harmadik lépés is? Feltétlenül az, mert egy objektív jogesethez egy jogtétel keresendő olyképpen, hogy a kettő egybevetése egy hasonlóan objektíve meghatározott értékmérőnek megfelelően: két objektív által meghatározott ismeretlen csak egyalakú, tehát objektív lehet.<sup>1</sup>

Csak ami e két lépés közé esik: a jogtételnek a jogesethez és a jogi értékmérőhöz való formálgatása, amely ismét nem logikai, hanem irracionális tevékenység, ez a közbeeső tevékenység szubjektív. Mert, hogy vajjon az érdekek tologatásából indul-e ki a bíró,<sup>2</sup> vagy méltányosságérzetéből, jogérzetéből,<sup>3</sup> vagy más egyébből, az az ő szubjektív elhatározásától függ. De noha ennek a szubjektív működés eredményének, az átformált jogtételnek a helyessége objektív kritériumokon megállapítható, de a munka biztonsága és gyorsítása végett a szabadjogi módszer feladata ebbe a szubjektív, irracionális tevékenységbe is bizonyos objektivitást, racionalitást belevinni. A bíró jogtétel-formálgatása, mivel ahhoz az anyagot a szabadjogból meríti, voltaképpen *szabadjog-alkalmazás*. A szabadjog alkalmazásába pedig objektivitást csak úgy vihetünk bele, ha a szabadjogot is, csak úgy, mint a formába öntött jogot, *jogforrásaiban* határozzuk meg, bizonyos objektív *jogforrás-sorrendet* állítunk fel, amely eligazítója a bírónak a szabadjog-keresésben, így kapcsolódik fejtegetéseinkbe a szabadjogi jogforrások problémája.

## VI. A szabadjog jogforrástana.\*

Kiindulásul a szabadjog jogforrástanának felvázolására a szabadjog: mibenlétének két vonását kell hangsúlyoznunk. Az egyik a szabadjog definíciója: a szabadjog a pozitív jognak része, de *nem formába öntött*, tételes jog. Formába öntött jog az, amely a végleges kiformalódás összes fokait végigjárta, szabadjog pedig azok a jogszabálysoportok, amelyek ezen kiformalódási fokok valamelyikén elmaradtak. A másik jellemvonás a szabadjog *szubszidiárius* természete. Ha van formába öntött jog, amely tökéle-

<sup>1</sup> u. o. 130—132. o.

<sup>2</sup> Heck, Gesetzesauslegung u. Interessenjur. 1914, 8. és 65. o. szerint azokat az érdekeket kell vizsgálni, amelyek a törvényt létrehozzák: az ú. n. kauzális érdekeket. L. még ugyanő Das Problem der Rechtsgewinnung, Rede, 1912. Az érdekvizsgálatot még «contra legem» is hangsúlyozza Stampe két értekezésében: a) Rechtsfindung durch Konstruktion b) Rechtsfindung durch Inressenwägung, DJZ. 1915.

<sup>3</sup> v. Perettiakowicz, Methodenstreit in der RW., Grünhut's Ztsch. 1912, aki szerint a bírói ítéletalkotásban az akarat és az intellektus mellett a «Gefühl» játszik domináló szerepet, kül. 563—565. o.

<sup>4</sup> Ezen jogforrástan alapvonásai megtalálhatók Kantorowicz, Legal Science etc. 690—698. o.

tesen ráillik az esetre (tipikus eset), akkor szabadjogra sor nem kerül.<sup>1</sup> S ugyanez a gondolat folytatódik tovább a formába öntött jogon túl az egyes fejlődési fokokon visszamaradt szabadjogi csoportokra is: ha található odaillő szabály a végleges kiformalódáshoz közelebb eső csoportban, akkor az kerül alkalmazásra. A jogforrástan feladata tehát a *végleges* kiformalódástól (a tételes jogtól) visszamenőleg felvázolni az egyes szabadjogi csoportokat, amely vázlat egyben a jogalkalmazási sorrend skémája is.

Alapvető felosztásul szolgálhat a szabadjog jogforrásai között a *születendő* jognak és a *kívánatos* jognak elválasztása, amelyek a kiformalódottságnak magasabb, ül. alacsonyabb fokát jelentik. Mindkét csoporton belül van ismét *kifejezett* és *hallgatólagos* jog, amelyek a hierarchiában hasonlóan magasabb, ül. alacsonyabb helyet foglalnak el. A két alapvető csoport között a különbség a következő. A születendő jog kellő fejlettségénél, főképp általánosságánál fogva már teljesen készen áll, predesztinálva van arra, hogy formális joggá váljon, amely végleges kiformalódásnak csak bizonyos technikai vagy időbeli akadályai vannak. Míg a kívánatos jog még egyáltalán nem alakult ki és erős individualitásánál fogva egyelőre még reménye sem lehet arra, hogy tételes joggá váljék. A két alcsoport: a kifejezett (explicit) és hallgatólagos (implicit) jog különbségét kellően érzékelteti a törvényjog és a szokásjog különbsége.

A szabadjog jogforrásainak hierarchiája tehát a következőképpen fest: 1. Az első főcsoportnak, a *születendő jognak a)* első alcsoportja: a *kifejezett születendő jog*. Erre a legszebb példát adják azok a törvények, amelyek már publikáltattak, de még hatályba nem léptek (pl. a BGB. 1896-tól 1900-ig), de amelyekről már írnak és amelyeket a bíró döntéseinél figyelembe vehet. Itt valóban csak egy időbeli akadály választja el a szabadjogi csoportot tételessé váló válásától. De ide tartoznak az ú. n. motívumok, törvényindokolások is, amelyeket a bíró szintén figyelembe vehet. Ezek voltaképpen hozzátartoznak a tételes joghoz, de hogy mégsem váltak azzá, annak egy technikai akadály van: nem lehet olyan rettentően terjedelmes törvényeket hozni; *b)* második alcsoportja: a *hallgatólagos születendő jog*. Erre a legjobb példát szolgáltatják az ú. n. forgalmi, üzleti vagy egyéb szokások, amelyek már kialakultak, de még túlságosan fiatalok ahhoz, hogy «*inveterata consuetudo*»-nak, szokásjognak lehetne azokat tekinteni. Ezeket is tehát csak egy időbeli akadály választja el tételes joggá, szokásjoggá válhatásuktól. Ebbe az alcsoportba tartozik még a szabadjognak mind terjedeleme, mind pedig jelentősége egyik legkiemelkedőbb része: az ú. n. méltányossági szabályok. Ezek azok a szabályok, amelyek a következőkre hivatkoznak: «*boni mores*», «*bonus paterfamilias*», jóhiszem, dolgok természete, élet követelményei, igazságosság és még kimeríthetetlen sorban mások és mások. Ezek a szabályok állnak a fejlődésnek oly fokán,

<sup>1</sup> Ezt valamennyi szabadjogász nevében nyomtatékosan hangsúlyozza Kantorowicz, Die Contra-legem Fabel, D. Richterztg. 1911, 262—263. o.

hogy közvetlenül tételes joggá válhatnának, ha nem lenne két akadály. Az egyik egy technikai akadály, ugyanaz, mint a motívumoknál volt: e szabályokat maradék nélkül törvénybe foglalni lehetetlen, törvénytételekhez képest túlnagy anyaguk van. A másik akadály egy méltányossági megfontolás: ha sikerülne is e szabályoknak maradék nélkül formákba merevedniök, ez a megkövesedés a méltányossági szabályok értékéből és használhatóságából túlsókat levonna. De ha a szabadjognak ez a része nem is mutat hajlandóságot arra, hogy a maga egészében tételes joggá váljon, de részeiben legtermékenyebb megújítója a tételes jognak. Legtöbbnyire úgy, hogy egyes tételei szokásjogi fejlődés megindítása után szokásjoggá fejlődnek, de úgy is, hogy egyenesen formális törvényjognak válnak részeivé.

2. A második főcsoport, a *kívánatos jog*, egy egészen individuális, jogalkalmazói szabadjog, olyan szabadjog, olyan szabályok összesége, amelyekről az alkalmazó szeretné, hogy tételes joggá váljanak. Ezeknek, bármily individuálisak is, tételes joggá való válásuk kizárva nincs, de annak elérése végett mindenekelőtt a születendő jog valamelyik alakjába kell öltözniök.

a) Első alcsoport itt is a *kifejezett kívánatos jog*. Idetartoznak a bíró által olyan törvényes konstrukció alapján hozott individuális szabályok, amilyen konstrukciót pl. a svájci Polgári Törvénykönyv i. art.-a jelöl meg. Eszerint a bíró törvény és szokás hiányában olyan szabály szerint döntsön, amelyet ő alkotna akkor, ha ő lenne a törvényhozó, b) A második alcsoport a *hallgatóságos kívánatos jog*, amely nem más, mint a bírói jogfejlesztést szolgáló döntések szokásjogi fejlődés megindításának célzatával. Itt sorolhatjuk fel a törvénynek interpretálásából eredő azon szabályokat, amelyekről az interpretáló az egyes eset eldöntésén túlmenően azt akarja, hogy jogászai praxis által tételes joggá váljanak (ennek iskolapéldája a kommentátorok «interpretációi», akik azok alatt mindig saját nézetüket csempészték be a törvény értelmébe). Idesorolható még az ú. n. precedens-jog. Pl. a magasabb bíróság döntése nem kötelező az alacsonyabb bíróságra, de annak követése mégis kívánatos. Ez a körülmény és bizonyos erkölcsi presszió is közrejátszik abban, hogy a precedens végül is bírói gyakorlattá lesz, amellyel a szabály elindul a tételelessé formálódás útján.

Mindezen szabadjogi fokozatokat jellemzi az, hogy valamiképpen a formába öntött, a tételes jogban gyökereznek, arra valamiképpen támaszkodnak, és a fokozatbazedést is az jellemzi, hogy ez a tételes joghoz vezető gyökér válik egyre inkább haj szálgyökérré. Ez a hajszálgyökér őrzi meg a szabadjog pozitívitasát, de kérdés, hogy hol van az a határ, ahol ezek a hajszálgyökerek éppen megszakadnak? Ezt a határt, amely a pozitív jog és a természetjog határa, a legpontosabb pozitív szabadjogi jogforrás-felsorolás sem tudja egészen tökéletesen megvonni. A természetjog és a pozitív jog határa egy egészen folyékony határ, ahol a szabadjog területének legszélsőbb hullámai szétválaszthatatlanul keverednek a természet-



joggal. Ezen folyékony határon innen foglal helyet a szabadjognak már határozottan pozitívjogi része, amelyet már egy, a tételes jogra valamilyen támaszkodó jogforrástannal meg is lehet ragadni. (L. a fenn adott jogforrásfelsorolás). Ezt követőleg helyezkedik el a pozitív jognak további testeként a pozitív jognak végleges formába öntött része: a tételes jog. A szabadjog tehát végsőleg *relativizálása a* pozitív jog és a természetjog abszolút különbségének, csatorna, amelyen át természetjogi, helyesjogi, erkölcsi szempontok szivároghatnak állandóan át és újíthatják meg a pozitív jog világát.

*Irodalmi kiegészítés:* Sinzheimer, Die soziologische Methode der Privatrechtswiss. 1909. Fuchs, Schreibjustiz u. Richterkönigtum. 1907. Oertmann, Gesetzeszwang u. Richterfreiheit, 1909. Gmelin, Quousque? 1910. Stampe, Die Freirechtsbewegung, 1911. Rogge, Methodologische Vorfragen, 1911. Kiss, Biliigkeit u. Recht. 1910. és Gesetzesauslegung u. «ungeschriebenes Recht». 1911. Neukamp, Der gegenwärtige Stand der Freirechtsbew. 1912. Verdross, Das Problem des freien Ermessens u. die Freirechtsbew. 1914. Gillis, Die Biliigkeit. 1914. Huber, Recht u. Rechtsverwirklichung, 1921. Fehr, Recht u. Wirklichkeit, 1927. Isay, Rechtsnorm u. Entscheidung. 1929. Lorenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. 1930. Oertmann, Interesse u. Begriff in der Rechtswiss. Somló, Die Anwendung des Rechts, Grünhut's Zeitschr. 1911. *Folyóiratok:* Deutsche Juristen Ztg. 1896 és kk. köt. Deutsche Richterztg. 1909 és kk. köt. Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil. 1907 és kk. köt. Arch. f. die ziv. Praxis 1908 és köv. köt. Die Justiz, 1926-tól.

*vitéz Csiky János.*