

342 (1133)  
S 42 (102)

# A SZOKÁSJOG

ÍRTA

SOMLÓ BÓDOG

---

KÜLÖNLENYOMAT A FARKAS LAJOS-EMLEKKÖNYVBŐL

---

KOLOZSVÁR,  
STEIN JÁNOS EGYETEMI KÖNYVKERESKEDÉSE  
1914.



ÖZVEJÜK

1997

1997

Dr. József A. Tóthmérész  
Állam- és Társadalmi Tudományok kandidátusa  
Budapest

1997. március 9. napján

JÓZSEF ÁLLAM- ÉS TÁRSADALMI TUDOMÁNYOK KANDIDÁTUSA	
<del>Állam- és Társadalmi Tudományok kandidátusa</del>	
<del>10598/17</del>	
Leletírás: 1997. március 9.	

A szokásjog tanának különös nehézsége, hogy szorosan összefügg a jogbölcsezet sok alapvető kérdésével. E helyütt mindezeket az összefüggéseket persze nem is jelezhetjük. Jórészt úgylátólag azok a hozzáértők számára. A mint egy ismeretlen őszállatnak egy-két megmaradt csontjából hozzávetőleg megconstruálható az állat egész csontváza, úgy valamely a szokásjogról felállított tanban in nuce benne rejlik az író egész jogphilosophiája.

Különösen szoros azonban a kapcsolat a szokásjog problemája és a jog fogalma közt. A jogról való felfogás valósággal praejudikál a szokásjog elméletének. Azért a jog fogalmáról, mégis röviden meg kell emlékezni, hogy a szokásjogéről szólhassak. Minthogy azonban a jog fogalma igen szerteágazó kérdés, az erre vonatkozó előzetes megjegyzések inkább éppen csak annak az álláspontnak jelzéséül akarnak szolgálni, a melyről a szokásjogot vizsgáljuk, semmint a jog fogalmának kifejtéséül.

A jogra vonatkozó eléggé tarka tanok abban legtöbbszörre meg egyeznek, hogy a jog szabályt jelent, és rendszerint még abban is, hogy csak az emberi cselekvésre vonatkozó szabályt. Úgy, hogy a jog fogalmának körülírásánál előálló tulajdonképeni feladat arra vonatkozik, hogy a jogi szabályt az ugyancsak az emberi cselekvésekre vonatkozó egyéb szabályoktól elhatároljuk. Evégből mindenekelőtt az erkölcsi szabályoktól kell elválasztanunk a jogiakat, a mi rövidesen azáltal adódik, hogy a jogi szabály csakis cselekvést igényel attól, a kihez szól, az erkölcsi szabály ellenben csak a meggyőződésből való cselekvéssel éri be. A jog tehát tisztán cselekvési szabály, míg az erkölcsi szabály csakis a helyes meggyőződés folyamán irányul a cselekvésre, elsősorban és lényegileg nem is cselekvést, hanem belső lelki dispositiót kíván.

A tisztán csak cselekvési szabályok ekként fennmaradó körén belül kell most már megvonnunk a jog specialis birodalmát. Mert cselekvésünkre vonatkozólag a jogon kívül a vallás, a társas érintkezés conventionalis szabályai és akár egyes magánembertől eredő tetszőlegesen szabályok is állíthatnak fel követelményeket. A cselekvési szabályok e

különbségeit azoknak a tényezőknek különbözőségére vezetjük vissza, a melyektől e szabályok származnak. Így a conventionalis szabályok lényegét egyszerűen abban kell felismernünk, hogy azok egy bizonyos társas-csoporttól erednek. S megint különbséget tehetünk közöttük, aszerint a mint ez a társascsoport életközösséget jelentő, nemzedékeket átfogó, túlnyomólag öntudatlan kölcsönhatásban álló emberösszesség, avagy nem az élet egészét vagy nagy részét, hanem csak egyes vonatkozásait érintő, mulandóbb jellegű és tudatos egyesülés.

Velük szemben a jogi szabályoknak specificumát ismét abban kell látnunk, hogy oly hatalomtól származnak, a mely a maga szabályait rendszerint és minden más hatalomnál eredményesebben tudja keresztülvinni. A jog fogalma tehát egészen az itt rövidesen jelzett hatalom fogalmán nyugszik. Ennek a felfogásnak részletesebb megindokolásáról itt persze le kell mondanunk és éppen csak egynéhány különösen fontos vonatkozását emelhetjük ki ebben a futólagos vázlatban. Így mindenekelőtt azt, hogy a szabály jogi jellegéhez megkívánatik ugyan, hogy megvalósuljon, de viszont elégséges ehhez a megvalósulás „rendszerintisége”. Nem szünteti meg tehát egy szabálynak jogi jellegét az a körülmény, ha *olykor* figyelmen kívül marad.

A megvalósulásnak ez a rendszerintisége azzal a szóval is kifejezhető, hogy a szabály rendszerint engedelmességgel találkozzék. Már ez a körülmény is mutatja, hogy az a hatalom, a mely a maga szabályait jogiakká teszi, bizonyos fokig azoknak a lelkivilágán is nyugszik, a kikre ezek a szabályok vonatkoznak.

Az engedelmesség az alárendelteknek bizonyos magatartását jelenti, a „hatalom” pedig ennek a magatartásnak a létesítésére való képességet és egészen mindegy, vajjon ezt a viszonyt a szabályt alkotó tényező avagy az annak alárendelt egyének oldaláról jelzem.

Ezt a döntő momentumot a jog fogalmában legjobban úgy értjük meg, ha arra a két helytelen végletre vagyunk figyelemmel, a melyek valamelyikébe ennél a kérdésnél oly könnyű belekerülni. Az egyik az, a mely a jog lényegét a szabály kikényszeríthetőségében látja, s a mely ez alatt ismét azt érti, hogy a szabály alkotója elegendő physikai erővel is rendelkezék a szabálynak megvalósítására, még az alárendeltek akarata ellenére is. Ez a véglet tehát az egész hatalmát olyképen helyezi a jogalkotóba, hogy mindenképen kirekeszti belőle azokat, a kikre a szabály vonatkozik. Ez a tan azonban figyelmen kívül hagyja, hogy számos, kétségtelenül jogi szabályt nem sikerül ilyen értelemben kikényszeríteni, hogy tehát a kikényszerítésre való képesség először is csak rendszerinti képessége a jogalkotónak, de figyelmen kívül szokta hagyni ez a tan azt a tényt is, hogy a jogalkotó physikai kényszere igen gyakran megint

csak a neki alárendeltek engedelmességén nyugszik és hogy így legtöbbször az ő hatalmának a fogalma a jognak alárendelt egyének bizonyos magatartásának a számbavétele nélkül meg sem konstruálható.

A másik véglet az, a mely a jogot kizárólag az alárendeltek lelki világából származtatja és azok helyeslésére vagy elismerésére vezeti azt vissza. Ez a véglet megint arra a tényre nincsen figyelemmel, hogy az alattvalók bármilyen élénk helytelenítése vagy rosszalása egymagában még nem szünteti meg valamilyen szabály jogi természetét. A fogcsikorgatva, félelemből követett szabály is lehet jogszabály. Nem az a kérdés, vajjon azok, a kikre a szabály vonatkozik, azt helyeslik-e, vajjon meggyőződésüket fejezi-e ki, hanem csak az a kérdés, vajjon követik-e, a mi mellett a szabály jogi természetének szempontjából egészen egyre megy, vajjon örömet és meggyőződésből követik-e a szabályt, avagy megfélemlítve csak külső kényszerből.

Igaz, az engedelmesség az illető szabályok erős helytelenítésével szemben nehezebben, esetleg pedig egyáltalában nem lesz kikényszeríthető. Ezért a jognak az alattvalók helyesléséből való levezetése rendszerint az első helyen említett véglet ellenhatásaként lép fel. Azokkal szemben, a kik a jogszabály lényegét tisztán a physikai kényszerre akarják visszavezetni, ki lehet mutatni, hogy az erkölcsi helytelenítés oly fokra hághat, a melylyel a külső kényszer nem képes eredményesen szembehelyezkedni. S ha ilyképen az erkölcsi helytelenítés az engedelmességet létrejönni nem hagyja, illetve azt lerontja, akkor az illető szabályozás nem is válik jogivá, illetve megszűnik az lenni.

Az a hatalom tehát, a mely a maga szabályait jogiakká képes tenni, rendszerint nem csekély részben attól az erkölcsi helyesléstől is fog függni, a melyben ezek az ő szabályai az alárendelteknél részésülnek. Ez az erkölcsi támogatás mindenesetre nagyban hozzájárul a szabályt felállító tényező hatalmához. Sőt ez a hatalom gyakran annyira támaszkodik erre az erkölcs nyújtotta segítségre, hogy e nélkül megszűnnék jogi hatalom lenni. Másszóval az erkölcsi helyeslés azoknak a motívumoknak egyikévé válhatik, a melyek a szabály követéséhez vezetnek és ezáltal annak jogi jellegét előidézik. S viszont az erkölcsi helytelenítés ama motívumok egyikévé lehet, a melyek a szabály követését megátolják és ezáltal azt nem engedik joggá válni, illetve megfosztják az jogi jellegétől.

A jognak ez a helyeseltsége azonban nem tartozik a jog műhatatlan kellékeihez és esetleg hiányozhatik is, anélkül hogy az illető szabály megszűnnék jogi lenni. Az alárendeltek részéről való helytelenítés ugyan gyakran a tényleges engedetlenségre fogja őket készíteni és ezáltal esetleg a hatalom lerontásához fog vezetni, ez az eset azonban

nem áll be szükségképen. Mert ha ezt a hatalmat más források eléggé táplálják, úgy hogy az a helytelenítés ellenére is fenn tud maradni, akkor a tőle eredő szabályok is megtartják jogi jellegüket.

A kényszer és a helyeslés egyaránt egyoldalú elméleteit kikerülve, tehát abban kell látnunk a jog lényegét, hogy az oly hatalomtól ered, a mely a maga akaratát rendszerint és más factornál nagyobb mértékben megvalósítja. Nem szabad e rendszerinti megvalósulás egyes specialis motívumaira kizárólagos tekintettel lennünk. A hatalom, avagy a másik oldalról szemlélve: az engedelmisség a fontos, nem pedig azok a tényezők, a melyek ezt a hatalmat vagy engedelmisséget in concreto megalkotják.

Hasonlóan irrelevans a jog fogalmának szempontjából az a további kérdés is, hogy kinek vagy kiknek a kezében van ez a hatalom. Hogy egyes ember bírja-e, avagy néhányan, vagy sokan, avagy a legnagyobb rész, avagy különböző körök bonyolult együttműködéséből adódik-e, mint rendszerint, mindez concret kérdés: a jog fogalmának szempontjából csak az a döntő, hogy a fennebb körülírt hatalomtól ered-e a kérdéses szabály, vagy sem.

Így tehát végeredményben egy szabály jogi természete a szabályt alkotó tényező bizonyos sajátosságaitól függ.

A jog fogalmáról való felfogásunknak e rövid jelzése után most már rátérhetünk tulajdonképeni themánkra.

\*

A jogszabályok között két irányban kell különbséget tenni. Először aszerint, a mint közvetlenül származnak az előbb jelzett hatalomtól, avagy csak közvetve vezethetők rá vissza; és másodsor aszerint, hogy milyen módon nyilvánított a szabály, kifejezetten-e, avagy nem kifejezetten, azaz csak úgy, hogy a szabályt alkotó factor egyéb magatartásából kell az ő szabályt létesítő akaratára következtetést vonni.

A jogalkotó hatalom ugyanis nemcsak saját maga nyilváníthat szabályokat, hanem megbízhat ezzel más, neki alárendelt tényezőt is. Az ilyen átruházott hatalomtól eredő szabály, minthogy benne is ama legfőbb hatalom akaratára nyilvánul meg, ugyancsak jogszabály lesz. (P. o. a miniszteri rendelet.) Nevezzük a jogszabályokat ehhez a megkülönböztetéshez képest *elsődleges* és *másodlagos* jogszabályoknak. Ahhoz képest pedig, hogy a jogalkotó tényező kifejezetten, avagy csak következtethetően nyilvánította-e a maga akaratát, elfogadott kifejezésekkel élve: kifejezett (vagy *írott*) jogszabályokat és *szokásjogiakat* különböztetünk meg.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> E kifejezések régebbi értelmére és annak változásaira nézve lásd PULSZKY Ákosr tömör megjegyzéseit: *A jog- és állambölcsészet alaptanai*, 312–314.

Ezekben adva van minden képzelhető jogrendszer jogforrástanának szükségképeni főschémája: minden jogszabály vagy elsődleges, vagy másodlagos, vagy írott (a szó technikus jelentésében), vagy szokásjogi. A jogforrások minden további differentiája a tételes jog tartalmától függ, az itt említettek ellenben szükségképen megismétlődnek minden jogrendszerben.

Az a körülmény ugyanis, hogy ama legfőbb hatalom miként ad kifejezést valamely szabályt nyilvánító akaratának, nem tartozik a jog lényegéhez, ennél fogva a szabály nyilvánításának mindennemű lehető formája az *elsődleges* jog külső forrásává válhatik. Ez a tétel természetesen csak az elsődleges jogszabályokra nézve áll. Mert a másodlagos jogszabályok, minthogy minden irányban attól az elsődleges jogszabálytól függenek, a melynek jogi létüket köszönhetik, természetesen nyilvánításuk módját illetőleg is különleges feltételekhez lehetnek kötve. Egy másodlagos jogszabálynak létrejövetele tehát többek közt a nyilvánítás egy meghatározott módjától is függhet. Ki lehet például mondva, hogy a *másodlagos* jogszabály csak kifejezetten létesíthető, ilyenkor az illető tételes jogban másodlagos jogszabályok között szokásjogi szabály nem lesz lehetséges. Avagy ki lehet mondva p. o., hogy a másodlagos szokásjogi szabály a jogszabályok hierarchiájában csak a másodlagos írott szabály mögé sorakozik, ilyenkor az illető tételes jogban a másodlagos szokásjog lehetséges lesz, de a másodlagos írott jog nagyobb erejű lesz a másodlagos szokásjognál.

Ellenben az elsődleges szabályokat illetőleg nem állhat fenn hasonló megszorítás, mert hiszen még valamely elsődleges jogszabálynak ilyenmű tartalma sem volna megszorító hatású. Ha ugyanis egy meghatározott módon nyilvánított elsődleges jogszabály a többi lehető nyilvánítási módokat ki akarná zárni, akkor felmerülhetne az a kétely, hogy vajjon ez a nyilvánítási mód a nagyobb erejű-e? Ugyanis előbb kellene eldönteni valami ütön-módon, hogy az ekként rendelkező jogszabály külső formája a többi formánál nagyobb erejű, mielőtt annak a többiekre vonatkozó valaminő rendelkezését elfogadhatnók. Így tehát jogi szabály az elsődleges jogszabályok valamely nyilvánítási módját hatásosan ki nem zárhatja, vagy azt a nyilvánítás más módjával szemben nem degradálhatja.

Nincsen tehát kérdésünknek másminő, ellenmondás nélküli megoldása, mint hogy az elsődleges belső jogforrásnak, azaz a fentebb körülírt legfőbb hatalomnak mindenféle szabálynyilvánító formáját, tehát minden elsődleges külső jogforrást egyenlő értékűnek, a jogforrások rendjében mellérendeltnek vesziünk.

De ha valamely tételes törvény mégis nyíltan kimondaná, hogy törvény többé szokásjog útján nem derogálható? A szokásjog-törvényrontó

erejét még ilyen tartalmú törvény sem ronthatja le. Ha ugyanis ilyen tartalmú törvény ellenére a legfőbb hatalom utóbb mégis hallgatólag adna kifejezést ezzel a törvénytől ellenkező akaratának, a *lex posterior derogat priori* természetszerű elve itt is érvényesülne és a szokás még a szokás törvényrontó erejét tagadó törvényt is lerontaná.

A mi ezt az esetet komplikálja és álláspontunk ellen szólni látszik, az csak az a körülmény, hogy ilyenkor az új (szokás-)jog a régi (törvény-)jog megsértésével, azaz illegitim módon jön létre. De ez az új jog érvényét, az ekként létrejött szabály jogi mivoltát nem érinti, minthogy új jog illegitim módon, azaz a régi jognak a jog létrejövetelét illető határozmányainak megsértésével is létrejöhet. A ki ezt tagadni próbálná, ugyan hány szabály jogi természetét fogadhatná még el a jelenlegi Európában? És az illegitim jogalkotásnak még enyhébbik esete, ha a jogalkotó tényezőkben magukban nem esik illegitim változás, hanem csak a legitim tényezők alkotnak illegitim módon új jogot, azaz olyan módon, a melyet régebben tiltottak, anélkül hogy ezt a tiltó jogszabályt előbb legitim módon megváltoztatták volna. Ebbe a kategóriába esik a törvény tilalma ellenére mégis létesülő törvényrontó elsődleges szokásjog is. Vagyis ilyenkor az ilyen szokásjognak a törvényhez való viszonya egészen úgy alakul, mint az előírt formások mellőzésével, tehát illegitim módon hozott új törvénynek viszonya az ezeket a formákat megkívánó régi törvényhez.<sup>1</sup> Úgy a tiltott szokásjog, mint a szabálytalan módon létesült elsődleges írott jog, mint ama legfőbb hatalom nyilvánította szabály, azzal az erővel is bír, a mely ama hatalom szabályait megilleti. Ennek a hatalomnak minden közvetlen szabálya egyenlő erejű jog, a míg csak engedelmisséggel találkozik ez a hatalom. A míg tehát az illegitim szabályalkotás az engedelmisséget meg nem ingatja, addig az ekként létesült szabály is jog és nem is kisebb erejű, mint a régi.

A tiltott szokásjognak a törvénytől egyenlő erejű voltát talán még jobban meg tudjuk világítani, ha azt az esetet képzeljük el, a midőn valamely tételes törvény örök időkre megtiltja egy vele ellenkező tartalmú törvény hozatalát: a *lex in perpetuum valitura* esete. Világos, hogy a későbbi ellenkező tartalmú törvény azért mégis érvényes és pedig nem kisebb erejű jogszabály lesz. Pedig az is világos, hogy szigorúan véve az ilyen törvény csakis jogsértés útján változtatható meg. Az igaz, hogy ez a jogsértésnek a képzelhető legenyhébb esete. De ez a legenyhébb eset magyarázza meg legjobban, hogy miért jog a formahibában szenvedő törvény is és hogy miért van törvényrontó ereje a törvényileg tiltott szokásjognak is.

<sup>1</sup> L. RÉZ MIHÁLY fejtegetéseit: *A jogfolytonosság és a legalitás*, Magyar Figyelő, III. (1913), különösen 177, 248.



Mindez azért van így, mert a jog nem papíros, hanem eleven erő és mert nem a paragraphus csinálja a hatalmat, hanem a hatalom csinálja a paragraphust.<sup>1</sup>

A mondottak után szinte felesleges újból kiemelni, hogy a midőn az írott jognak és a szokásjognak egymáshoz való viszonyát keressük, akkor ne gondoljunk bármiféle szokásjognak bármiféle írott joghoz való viszonyára s ne feledjük, hogy a jogforrások hierarchiájának kérdése elsősorban a belső jogforrások hierarchiájának a kérdése és hogy a külső jogforrások egymáshoz való viszonya mindig csak egy meghatározott belső jogforrás szempontjából vitatható. Minthogy pedig az összes lehető másod-

<sup>1</sup> Ez a tétel egy kis részletezést igényel: Azt már láttuk, hogy annak a hatalomnak, a mely a maga szabályát joggá teszi, egyik fontos eleme az alattvalók erkölcsi helyeslése. Ennek híján csak *rikán* lesz a fizikai erő elég nagy erő arra, hogy az engedelmisséget kikényszerítse. Ha már most egy társadalomban erkölcsi szabálylává vált a jog megtartására való kötelezettség, e kötelezettségnek a hatalom részéről való megszegése erkölcsi felháborodást szülhet és ekként apaszthatja azt az erkölcsi tökélet, a mely a hatalom egyik basisa. Így az a hatalom, a mely túlteszi magát a jogon, maga alatt fűrészelgeti az ágat, a melyen ül. A jognak az a része, a mely a hatalom tulajdonosát kötelezi: ígéret. Ennek a jognak megsértése: ígéretszegés és így erkölcsi codextinkbe is ütköző cselekedet. Igaz tehát, hogy a hatalom megváltoztathatja a jogot. De ha ígéret (azaz jog-)ellenes módon változtat a jogon: gyökerében támadja meg a jogot: vagyis azt a hatalmat, a melynek segítségével jogot alkothat. Ezek a megfontolások oldják meg azt a kérdést, hogy mi a jog értéke a hatalommal szemben. Első pillanatra úgy látszik, mintha ellenmondást rejtene magában az a felfogás, a mely a jognak, pl. szabadságjogok biztosításának értéket tulajdonít a hatalommal szemben. Hiszen a kinek hatalma van, jogot alkothat. A hatalom tehát látszólag a jog fölött áll, hiszen a jog az ő creaturája. Hogyan legyen már most a jognak ereje a hatalommal szemben? Mi az értéke az alkotmánybiztosítóknak?

A kinek hatalma van a jogalkotásra, nincsen azért még hatalma bármiféle jog alkotására. S ha van is hozzá pillanatnyi hatalma, ha meg is tudná szegni hatalmával a jogot, nem lesz ezélszerű megszegnie, mert hatalmának rovására mehet. Nagyobbat veszíthet erkölcsi vesztesége révén, mint a mennyit nyer az őt korlátozó jogigéret megszüntetésével. S ha nem is válik mindjárt érezhetővé hatalmának ez a vesztesége, az alapjaiban megrendült épület repedései lassú dűledezést vonhatnak maguk után. Ennyiben van a jognak értéke mint alkotmánybiztosítóknak. A benne rejlő erkölcsi tartalom egyik eleme annak a hatalomnak, a melynek parancsa joggá teszi a szabályt. Ez az egyik oldala annak az igen komplikált viszonyoknak jog és erkölcs közt, a melynek kellő felismerése nélkül nincsen tiszta fogalmunk a jogról és az állami gépezet fundamentumáról. Ezek a láthatatlan erők ugyanis sokszor erősebbek, mint a láthatóan hatók. S bár a hatalom csinálja a paragraphust s rendszerint nem a paragraphus a hatalmat, ezek a megfontolások mutatják, hogy olykor a paragraphus is lehet hatalom.

Ismét másként alakul ez a viszony, ha a jog-ígéret megszegése erkölcsileg helyeslendő czélekből történik. Ilyenkor két erkölcsi követelmény összeütközik. Az az erkölcsi követelmény, a mely a jog megtartását parancsolja, összeütközésbe kerül azzal az erkölcsi szemponttal, a mely csak egy paragraphus feláldozásával menthető meg. Ez már az erkölcsi parancsok hierarchiájának kérdése.

lagos jogforrások szempontjából ez a kérdés tisztán csak a tételes jog tartalma alapján vizsgálható, minthogy egyáltalában valamely másodlagos jogforráshoz csakis tételes jogi alapon juthatunk el, ennél fogva ez a kérdés itt csakis az elsődlegesek szempontjából intézhető el. De ezeket illetőleg azután megint jó észben tartani, hogy ezeknek egymáshoz való viszonya a fentebbiekkel minden képzelhető tételes jogra nézve el van döntve, mert — miként láttuk — ez a kérdés is azok közé tartozik, a melyek, mint p. o. a jog fogalmának a kérdése is, nem dönthetők el valamely specialis jogrendszer *tartalmából*, hanem a jog természetéből folyván, bármilyen tartalmú jogszabályra egyaránt vonatkoznak.<sup>1</sup>

Jellemző, hogy az elsődleges és másodlagos jog és ehhez képest azután az elsődleges és másodlagos szokásjog közötti megkülönböztetést is a jogforrások tanában oly gyakran nélkülözniünk kell. A generalis és particularis szokásjog megkülönböztetése ugyanis nem esik össze azzal a különbséggel, a melyet a mi elsődleges és másodlagos szokásjogunk kifejez. Ugy az elsődleges, mint a másodlagos szokásjog ugyanis egyaránt lehet úgy generalis, mint particularis. A legfőbb hatalom természetesen alkothat, ha akar, particularis jogot és az általa felhatalmazott tényező generalis jog alkotására is fel lehet hatalmazva. Azt, a mit mi elsődleges szokásjognak nevezünk, jól jelöli meg a magyar jog törvényerejű szokásként,<sup>2</sup> kiemelve ezzel, hogy van kisebb erejű szokásjog is, a mely a mi másodlagosunknak felel meg.

A mondottak már némileg jelezték, hogy a midőn szokásjogról szólunk, mit kelljen szokás alatt értenünk, de egyúttal azt is, hogy kinek a szokásáról szólunk. Mindkét kérdésben temérdek a zavar a szokásjogról szóló irodalomban, a melyről jól mondja PUCHTA „Die Literaturgeschichte des Begriffs vom Gewohnheitsrecht ist zugleich interessant und ermüdend“ (*Das Gewohnheitsrecht*, I. 147.).

A szokásjog fogalmában a szokást eddigelé kizárólag a hallgatóságos akaratnyilvánítás értelmében vettük, ellentétben a kifejezett akaratnyilvánítással. Minthogy a hallgatóságos, az ú. n. *concludens* cselekedetek útján való, azaz csak következtetés útján megállapítható akaratnyilvánítás rendszerint homályosabb, kétségesebb, mint a nyíltan kifejezett, ezért egyétlenegy cselekedet rendszerint nem is lesz elégséges arra, hogy a

<sup>1</sup> Nehogy azt vélje valaki, hogy ebben a formulázásban ismét a természetjoghoz térünk vissza: Mi csak minden jogszabályra egyaránt érvényes igazságokat keresünk, de nem mindenhol és mindenütt érvényes tartalmi jogszabályokat, miként a természetjogászok. A mi jogfilosóphiánk és a természetjog közt tehát akkora különbség van, mint egy cselekvési szabály és egy cselekvési szabályra vonatkozó igazság között.

<sup>2</sup> L. p. o. 1869: IV t. cz. 19: §.

vele „hallgatólag“ nyilvánított akaratra következtetést vonjunk, hanem rendszerint csak az ilyen cselekedetek ismétlődése esetén, tehát több ilyen cselekedet összevetéséből lehet azokból szabálynilvánításra következtetni. Ilyen értelemben mondhatjuk, hogy a jogszabály ezekben az esetekben a jogalkotó tényező valaminő *szokása* útján jutott kifejezésre. Ha azonban rendszerint csak a hosszasan tartó gyakorlathól, tehát ismétlődő cselekedetektől lesz lehetséges a jogalkotónak kifejezetten nem nyilvánított akaratát megállapítani, nincsen éppen kizárva az sem, hogy akár egyetlenegy cselekedetből is levonhassuk ezt a következtetést, a mikor is, ugyancsak szemben a nyíltan vagyis szabály formájában kifejezett joggal, szokásjogról kell szólnunk, a szónak technikus értelmében.

Másrészt szükséges még nyomatékosan is kiemelniünk, hogy az eddigiekben mindig csak a legfőbb jogalkotó hatalom hallgatólagos akaratnyilvánításáról, azaz szokásáról szóltunk, bárhogyan alakuljon is ez a hatalom, a mi mindig concret ténykérdés egy meghatározott hely és idő szempontjából. A ki vagy a kik a fentebb körülírt legfőbb hatalmat alkotják, csak azok csinálhatnak jogot úgy kifejezetten, vagyis ebbeli akaratukat mindjárt szabály formájában is nyilvánítva, mint nem kifejezetten, azaz akaratukat csak cselekedeteikből következtethetően fejezve ki. A ki jogot egyáltalában nem alkothat, az természetesen szokásjogot sem alkothat. Sajátságos is volna, hogy egy factor, a melynek nincs hozzá hatalma, hogy kifejezett akaratkijelentésével jogot statuálhasson, rögtön jogalkotó hatalmat nyerjen, mihelyt akaratát nem fejezi ki nyíltan, hanem csak *concludens* cselekedetekbe burkoltan.<sup>1</sup>

Vajjon a jogirodalomban is mindig csak ebben az értelemben vevődik a szokásjog? S nem inkább a felülről jövő joggal szemben mintegy alulról jövőt, a „nép“ meggyőződés mélységeiben gyökeresőt szokás a szokásjog alatt érteni? Csak fel kell vetnünk ezt a kérdést és rögtön nyilvánvalóvá válik, hogy a szokásjogot a legtöbbször ebben az utóbbi értelemben veszik. Azért vizsgáljuk meg a szokásjognak ezt a fogalmát is. Vizsgáljuk meg, hogy mi áll elő, mihelyt a nép meggyőződéséből

<sup>1</sup> Igen érdekesen erősíti még felfogásunkat a canon-jog példája, a mely *elsőleges* szokásjogot nem ismer, mert a legfőbb jogforrás ott az isteni kinyilatkoztatás. Az ezzel egyenlő erejű szokásjog tehát csak olyan szokásjog lehetne, a mely az isteni hatalomtól ered, annak szokásában nyilvánul. Minthogy ez a dolog természete által ki van zárva, azért ott a legfőbb szabálylyal *egyenértékű* szokásjogról nem is lehet szó. Ott tehát csak másodlagos szokásjogról lehet szó. Így IX. Gergely: „*nemo sanæ mentis intelligit, naturalis iuri quæcunque consuetudine posse aliquatenus derogari*“. A *consuetudo* nem az isteni jogot, hanem csak az ennél kisebb erejű „positív“ jogot derogálhatja bizonyos feltételek mellett. V. ö. BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, I. 69. Hasonló állásponton van GRATIAN *Decrétuma*, valamint annak *Glossa*-ja. (BRIE, 180—181.)

szabály jegeczesedik ki. Az ilyen szabály még nem lesz jogi, hanem csak úgynevezett: conventionalis. Hogy milyen alkalommal kinek hogyan kell köszönni, hogyan ~~illik~~ öltözködni és ezer más kérdése a társas érintkezésnek ugyancsak a társadalom szokása révén van szabályozva. Sok-sok praecedensből, hagyományos ismétlődésekből leszűrődött a világos szabály. Némelyik szűkebb társadalmi körre, olyik tágabbra szól, néha akár szélesebb körre, mint a jog. De bármilyen erős és bármilyen kiterjedt közmeggyőződés alkossa is ezeket a szabályokat, mindig élesen meg kell őket különböztetnünk a jogszabályoktól. Ha tehát a közmeggyőződés szabályt is alkot, nem alkot még jogszabályt. A közszokásból leszűrt cselekvési szabály még nem szokásjogi szabály. Nem ritkán azzal próbálják elintézni ezt a nehézséget, hogy a szokásjog nem a népnek bármiféle meggyőződéséből, hanem éppen csak jogi meggyőződéséből eredő szabály. Természetesen máris baj van, a midőn a jogot a jogi meggyőződésből akarja valaki levezetni, azaz a jog meghatározásába megint beleveszi a jog fogalmát. Előfordul azután ennek a logikai baklövésnek teljesen ad absurdum vezetéséül, hogy az a jogi meggyőződés meghatározásánál megismétlődik, ha ugyanis arra a kérdésre, hogy miben különbözik a nép jogi meggyőződése egyéb népmeggyőződésektől, azt a feleletet nyerjük, hogy a jogi meggyőződés jogot akar statuálni. Ekkor azután a jog a jogi meggyőződés fogalmára, ez az utóbbi meg ismét a jog fogalmára van visszavezetve és a visszafelé csinált második logikai bukfencczel vissza is jutottunk kiindulópontunkhoz, de tovább nem is.

Ha e felfogás szerint a szokásjog csakis a népnek szervek nélkül való megnyilvánulása, a melylyel szembeállítódik a szervektől kifejezetten nyilvánított jog, hol marad hely a jogforrásoknak ebben a rendszerében ama jogszabályok számára, a melyek bár szervektől, de nem kifejezetten nyilvánítva származnak? Hová tegyük e felosztásban a szervek szokásjogát? Sem a legfőbb szervek törvényerejű szokásjogáról, sem az alárendelt szervek másodlagos szokásjogáról nincsen benne szó. Az angol királynak és az angol országgyűlés két kamarájának az az együttes praxisa, a melynek eredménye az angol parlamentarismus, nyilván szokásjog, pedig e szervek hallgatóságos szabályalkotásának a munkája. Azt a szabályt például, hogy annak a miniszternek, a ki az alsóház bizalmát elvesztette, le kell mondania, vagy hogy adótörvényeket az alsóházban kell kezdeményezni, sohasem mondotta ki törvény, mégis az angol alkotmánynak integrans részévé vált.

Előfordul azonban az is, hogy a jogalkotó hatalom a közszokásban élő szabályt veszi alapul jogszabály alkotásánál. Vagyis a conventionalis szabályból jogszabályt csinál, azáltal hogy azt a magáévá teszi. Ilyenkor a kétféle szabály megkülönböztetését megnehezíti az a körülmény, hogy

a kétféle szabály tartalmilag egészen megegyezik. S a különbség csak az, hogy a mi korábban csak a közszokás követelménye volt, most a legfőbb hatalom követelménye. Ilyenkor a conventionalis szabály azzá a móvummmá válik, a melynek a jogi szabály a maga létét köszönheti. A szabály jogi mivoltának szempontjából azonban teljesen irreleváns az a kérdés, hogy a jogalkotó honnan vette szabályainak tartalmát, hogy ő maga gondolta-e ki azokat, avagy a tudomány útmutatásait követte-e, avagy a közszokásban élő szabályokat vette-e át?

A conventionalis szabálynak ez a joggáválása ismét kétféle módon mehet végbe. Az első a jogalkotó hatalomnak az a nyílt declaratiója, hogy bizonyos kérdésekre vonatkozólag azok a szabályok vétessenek alapul, a melyek meghatározott körök közszokásában formálódtak ki. Ilyenkor az illető körök megfelelő közszokása által alkotott szabály mintegy közvetett törvénytartalommmá lesz. Az írott jog maga nem tartalmazza az egész szabályt, hanem utalást foglal magában arra vonatkozólag, hogy a jog többi része hol található meg. A jog csak bizonyos közszokásokra utal és kimondja, hogy a mi azokban bizonyos kérdéseket illetőleg szabálylyá válik, az egyúttal jogi szabálynak tekintessék. Világos, hogy ilyenkor nem a közszokás alkotta a jogot, hanem a jogalkotónak ez az utalása és a jognak a szokásból való kibontakozása ennél fogva nem mystikus problema, a melynek megoldása különös nehézségeket okozhatna.

Rendszerint azonban, a midőn a jogalkotó hatalom a conventionalis szabályból jogit csinál, ezt nem szokta ilyen nyílt akaratkijelentés útján tenni, hanem rendszerint csak hallgatólagosan adoptálja a közszokás alkotja szabályt. Az ilyen szabály azután kettős értelemben is szokásjogi: először, mert a közszokás alkotta szabályból lett jogi szabály, s másodsor, mert a jogalkotó „szokása“ útján lett jogszabály. S a szokás e kétféle értelmének ez a szoros összekapcsolódása okozta azt a nagy zavart, a mely a szokásjog fogalmáról még máig sem oszlott el teljesen.

Az az út, a melyen a legfőbb hatalom a közszokás alkotja szabályt hallgatólagosan szokta jogivá emelni, rendszerint a bírói döntés. Előfordul ugyanis és különösen ott, a hol a bírónak kezébe széleskörű hatalom van letéve, hogy a bíró az elébe kerülő némely eset eldöntésénél azt a normát veszi alapul, a melyet a felek szokásszerűleg alkalmaznak egymás közötti érintkezéseikben. Világos, hogy a közszokásban kialakult szabály nem jogi, hanem még csak conventionalis. Az a körülmény azonban, hogy a bíró — a legfőbb hatalom megbízottja! — annak alapján actiót ad, aszerint ítél, hogy a legfőbb hatalom az ilyen ítéletet a maga nevében hozottnak elismeri és annak szükség esetén a rendelkezésére álló fizikai erővel is érvényt szerez, az idők folyamán jogi szabálylyá teszi azt

a normát, a mely ilyen bírói ítéleteknek alapjául szolgál. A bírói gyakorlatban megnyilvánuló szokásjog szempontjából is lényegtelen tehát az a körülmény, vajjon az ekként kialakuló jogi normának tartalma megelőzőleg már egy conventionalis normának is tartalma volt-e, avagy sem. Itt is ugyanaz áll, a mit már a közszokás alkotta szabály kifejezett adoptálásánál mondottunk, hogy azok a motívumok, a melyek a jogalkotó tényezőt a jogalkotásra készítetik, nem mérvadók a tőle eredő szabályok jogi természeté szempontjából. Vagyis a bírói gyakorlat révén keletkezik szokásjog úgy is, hogy nem támaszkodik valamely közszokásra. Ilyenkor a szabályt a bíró nem veszi készen az alattvalók gyakorlatából, hanem döntéseiben nemcsak a szabály jogi természetét teremti meg, hanem magát a szabály tartalmát is. Meg kell tehát különböztetnünk mint különböző lehetőségeket: a jogszabálynak előzetesen kifejezett declaratióját és az aszerint való bírói döntést, továbbá a szabálynak csak a bírói döntések rendén és csak azok révén való nyilvánulását és végül az ilyen megismétlődő bírói döntések útján egy a közszokásban kiformalódott szabálynak jogi szabályul való adoptálását. Csak azt nem szabad figyelmen kívül hagyni, hogy e három eset egyikében sem, az utolsóban sem a „közszokás“ alkotja a jogszabályt, hanem mindenikben a legfőbb hatalom akaratnyilvánítása.

A bírói gyakorlatból eredő szokásjognak lényegét és egyúttal annak egy további magyarázatát is, hogy miért szokták összetéveszteni ezekben az esetekben a legfőbb hatalom alkotta szabályt az azt megelőző conventionalissal, a legtöbb tekintetben kifogástalan szabatosággal tanította a nagy AUSTIN JÁNOS, az angol analitikus jogtudományi iskola megalapítója már 1832-ben (lásd: *Lectures on Jurisprudence* 5. kiad. II. 236. köv. 1.). „Minthogy a bírói jogalkotó — úgymond — tulajdonképen bíróilag járván el, természetesen tartózkodik a jogalkotás látszatától, nem olybá tűnik fel, mint a ki új szabályt alkot és alkalmaz, hanem mint a ki egy már előbb fennállott szabályt alkalmaz. S minthogy az a már fennálló szabály, a melyet ő alkalmazni látszik, az a conventionalis szabály, a melyből ő a jogit csinálja, ennél fogva ennek a conventionalis szabálynak forrását és annak a jogi szabályét, a melyet alkot, nem ritkán összekeverik.“

A bírói gyakorlatból eredő szokásjogban előállhat a szokásjognak az az érdekes alakulata is, a midőn a legfőbb hatalom hallgatagon, azaz szokásjogilag sanctionálja egy neki alárendelt hatóság szokását még olyan esetekben is, a melyekben ez a másodlagos szokásjog valamely elsődleges írott jogtétellel ellenkezik. Az előzőekben ugyanis, a midőn a szokásjognak az írott joghoz való viszonyáról megemlékeztünk és megállapítottuk a szokásjognak törvényrontó erejét, ezt az erőt

természetesen csakis az elsődleges szokásjogra korlátoztuk. Ezt a korlátozást csak látszólag rontja le az a most említett eset, a midőn a legfőbb hatalom hallgatólag acceptálja még a törvénnyel ellenkező másodlagos szokásjogot is. Így, teszem, az a látszat állhat elő, mintha valamely törvény vele ellenkező bírói gyakorlat, tehát másodlagos szokásjog útján derogáltatnék, holott ez nyilván mindig csak annak a legfőbb hatalomnak hallgatólagos hozzájárulása útján lehetséges, a mely a törvényt hozta s a mely általa, hogy az ilyen ítéleteket végrehajtja, az ilyen bírói gyakorlatot megfelelő intézkedésekkel lehetetlenné nem teszi, hanem azt mintegy a magáénak elismeri, ahhoz hallgatólag hozzájárult és így ő, a legfőbb hatalom az, a mely ezzel a gyakorlatával lerontja szóbanforgó törvényét. Ilyképen mégis csak az elsődleges szokásjog az, a mely az elsődleges írott jogot derogálta. Ilyenkor ugyanis a szabatos elemzésnek két szokásjogot kell megkülönböztetnie, a másodlagos tényezőnek hallgatólagos akaratnyilvánítását és az elsődleges tényezőnek hallgatólagos akaratnyilvánítását, a melynek híján, mint tudjuk, a másodlagoséból sohasem válhatnék jog.<sup>1</sup> Megint arra kell utalnunk, hogy hiszen egy ilyen másodlagos tényező kifejezett akaratnyilvánításával sem alkothat jogot másként, mint a legfőbb hatalom felhatalmazása alapján és csak nem akarjuk feltételezni, hogy ezen változtasson valamit az a körülmény, hogy „hallgatólag“ fejezi ki akaratát.<sup>2</sup>

Igen jellemző az itt tárgyaltak szempontjából WERBŐCZY *Hármas-könyvének* egy helye (II. rész, 6. tit. 11. §), a hol arról emlékezik meg, hogy szokásjogunk az ország bírának ismételt hozott „s törvényes végrehajtással is megerősített ítéleteiből származott“. Ezt rendszerint nem szokás külön megemlíteni a bírói döntések jogképző hatásának elemzésénél, nyilván azért nem, mert a mai rendezett jogállapot mellett a jogerős ítéletek és végrehajtott ítéletek úgyis összeesnek. Így azután elhomályosul az a tény, hogy a bírói döntés szokásjoggá válásában része van a főhatalom hallgatólagos akaratnyilvánításának, a mely ezeket az ítéleteket jóváhagyja, végrehajtja. Ezt a tényállást sokkal jobban szemlélteti az olyan állapot, a midőn a jogerős ítéletek végrehajtása nehézséggel jár, a mikor is nyilvánvalóvá válik, hogy a bírói döntés magában véve

<sup>1</sup> Már AQUINOI TAMÁS-nál (*Summa theol.* II. 1. Qu. XC VII. art. 3.): Si vero multitudo non habeat liberam potestatem condendi sibi legem, vel legem a superiori potestate positam removendi, tamen ipsa consuetudo in tali multitudine praevalens obtinet vim legis, in quantum per eos toleratur, ad quos pertinet multitudini legem imponere, ex hoc enim ipso videntur approbare. (Idézi BRUE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, I. 193.)

<sup>2</sup> Csak melleleg utalok rá, hogy ezzel a szemponttal függ össze az ú. n. „szabadjogi“ iskola által felvetett több kérdésnek is helyes megoldása.

nem is elégséges a jogképzéshez, hanem hogy ahhoz még a végrehajtás hatalma is kell.<sup>1</sup>

Ezzel egyúttal elintéztet nyert az a kérdés is, hogy mi a különbség szokás és jogszokás közt. Ha a kérdést rendszeresen óhajtjuk elemezni, mindenekelőtt el kell hogy válaszszuk az olyan szokást, a mely szabályt nem fejez ki, az olyantól, a mely szabályt fejez ki. Így p. o. sokhelyt az a szokás, hogy az emberek vasárnap valami mulatóhelyet keresnek fel. Ez a szokás nem fejez ki követelményt. Hogy azután a szabályt kifejező szokások közt melyik fejez ki jogi szabályt, melyik pedig másilyent, az persze, mint már tudjuk, elsősorban függ a szokást gyakorlók kilététől. A legfőbb hatalomnak minden szabályt kifejező szokása jogszokás, minthogy éppen a tőle eredő szabály a jog. Másrészt meg jogivá lehet a mások szokásában rejlő szabály is, ha azt a legfőbb hatalom magáévá teszi.

Szóval az olyan szokás, a mely akár közvetlenül, akár közvetve a legfőbb hatalom szabálynnyilvánítása, az jogszokás, minden más szokás nem.

Csak azt nem kell gondolni, hogy a közönséges és a jogszokás különbsége a szokás tartalmában rejlik. A közönséges szokás nem speciális tartalom révén, hanem csak úgy válhatik a szokásjog alapjává, ha a főhatalom átveszi a benne kifejezésre jutó szabályt. Szóval a közönséges és a „jogi“ szokás különbsége ilyenkor nem a tartalom, hanem a recipiálás kérdése. Míg a recipiálás előtt csak egyszerűen szabályt fejezett ki, most ez a szabály jogi szabálylyá vált. Olyan tartalom, a mely eo ipso, mintegy a dolog természeténél fogva volna jogi, nincsen. De viszont olyan sincsen, a mely ne lehetne azzá.

Talán azt lehetne gondolni, hogy jogi tételt tartalmazó szokás az olyan, a mely a főhatalom által szabályozott dologra vonatkozik. Teszem: a köszönésre vonatkozó szokás nem tartalmaz jogtételt, ellenben a szerződés-kötés valamely formaságára vonatkozó jogi tartalmú. De persze így

<sup>1</sup> GROSSCHMID a Hármaskönyv idézett helyéhez a következő megjegyzéseket fűzi:

„Az ítéletnek a végrehajtása akkoriban, a kellőképen felszerelt állami hatalomnak a hiányában, úgyszólván a legtöbb esetben a nyers erőknek az arányaitól függött. Ezért látszik a HK. a dolgot akként felfogni, hogy csak azok az ítéletek tekinthetők a consuetudónak alkotóelemeiül, a melyeket nemcsak meghoztak a bíróságok, hanem tényleg végre is tudtak hajtani. (Ez) egyszerű constatalása annak a ténynek, miszerint a végrehajtásilag a valóság világába általvitt ítéletek főképen azok, a melyek a köztudatba történt átmenetek folytán a szokásjognak tényleg is valósággal képző elemei valának azokban az időkben, a melyekről a HK. beszél. Míglen holott pedig az olyan ítélet, a mely kellőképen való végrehajtás által a valóság világába nem ment által: egyszerűen megmaradt „az éji homályban“. (Jogszabálytan, 768.)

Igen ám, csak hogy GROSSCHMID-nak a szokásjogról táplált felfogása szerint nem az ítéletnek kellene átmennie a köztudatba, hanem a köztudatnak kellene átmennie az ítéletbe, hogy az szokásjoggá váljék.



sem áll a dolog. Mert hogy a szerződéskötésre vonatkozó szokás jogi-e, megint csak a posteriori állapítható meg, nem a priori. Ez is csak akkor válik jogivá, ha a főhatalom közvetlenül vagy közvetve, nyíltan vagy hallgatagon a magáévá teszi. Különben csak a szerződéskötés körül szokás útján kifejlődött conventionalis szabályllyal lesz dolgunk, a minő p. o. hogy a felek paroláznak vagy áldomást isznak, vagy a szegénynek adnak stb.<sup>1</sup>

A szokásjogot a conventionalis szabálytól nem választja el az ú. n. *lélektani magyarázat* sem, a melylyel ZITELMANN próbálkozott (*Gewohnheitsrecht und Irrtum*, Archiv für civilistische Praxis, 1883, 66. köt. 459) s a melyet JELLINEK következőleg formuláz meg (*Allgemeine Staatslehre*, 2-ik kiadás, 331.): „A folytonos gyakorlat e gyakorlat szabályszerűségének képzetét hozza létre és ez által maga a szabály, mint a közösség „autoritár” parancsa, azaz mint jogi szabály jelentkezik“. „A szokásjog abból az általános lelki tulajdonságból ered, a mely az állandóan ismétlődő tény-

<sup>1</sup> Igen jellemző GROSSCHMID-nek ingadozása a tényleges és a jogi szokás megkülönböztetése körül a helyes határvonal hiányában. (L. *Jogszabálytan*, különösen 326—340.) Szerinte (311. l.): „Szükséges a jogszokáshoz, hogy az, a mi a köztudatban, illetőleg közmeggyőződésben mint szokás gyökerezik, vagy mondjuk gyakorlatban van, jogi tartalommal bírjon. Azaz legyen benne jogszabály. S éppen ez alapon megkülönböztetendő tehát a jogszokástól az olyan szokás, a melynek jogszabályi foglalatja, magja nincsen s a melyet közönségesen egyszerű szokásnak, vagy pedig tényleges szokásoknak is szoktunk nevezni (pl. hogy az emberek temetés után tort tartanak)“. Különösen jellemző, hogy: „Azon kérdés megítélésénél, vajjon valami tényleges szokás-e vagy jogi szokás, legalkalmasabb próbának vélem tekinthetni: mindig mintegy megkísérteni, vajjon pl. törvényszövegül lehetne-e azt, a miről szó van, formulázni s hogy az *hogy venné ki magát*(?), például valami codexben. Mert ha lehetne, akkor ez demonstrálja, hogy az illető szokás jogi szokás, miután tartalma olyan, hogy az, mondom, akár valami codexbe is beleillik. Pl. az ilyen tétel vagy szokás, hogy a tartály megvásároltnak tekintetik, ha a vevő a kiürítésre szükséges idő letelte után azt azonnal vissza nem küldi, már ez bizonyára akármely codexben, mint legkicsiszoltabb szabály is helyet foglalhatna. Holott ellenben pl. azt, hogy az emberek éjjel alusznak, nappal fent vannak; hogy felöltözve járnak az utcákon; stb. ezeket, mint hiszen mérő factumokat, mérőben nem lehet jogi tétel vagy parancsolat alakjába foglalni.“ (*Jogszabálytan*, 337—338.) — GROSSCHMID itt összezavarja a szabályt ki nem fejező és ebben az értelemben pusztán tényleges szokást a szabályt kifejezővel. Ugyanis minden szabályt kifejező természetesen jogivá is válhatnék. (Ezen aztán nem segít GROSSCHMID-nek az a „szabatosítása“ sem (712 l.), hogy codex helyett „magánjogi codex-paragraphust“ mond.) — Nem oldja fel ezt a nehézséget PUCHTA sem, a midőn arról szól (*Gewohnheitsrecht*, I. 171.), hogy egy kezdetben meglevő szokás utóbb jogi szokássá (Rechtssitte) lesz, ha az illető eljárás megfelelő voltáról (Angemessenheit) és célszerűségéről való meggyőződés jogi meggyőződésbe megy át. Itt tehát PUCHTA megkülönbözteti a nép meggyőződését a nép jogi meggyőződésétől és csak az utóbbiból származtatja a jogot, de adós marad a felelettel arra a kérdésre, hogy mi különbözteti meg a jogi meggyőződést a nép nem-jogi meggyőződésétől.

leges állapotot szabályszerűnek tekinti<sup>1</sup>. A hosszas gyakorlatnak ezen az útján, abból, hogy a tényleg követett eljárásból szabálykövetelte eljárás lesz, azonban csak *conventionális*, de nem jogi szabályozás áll elő. Ha JELLINEK még azt is hozzáteszi, hogy a „szokásjog kötelező erejének eredete teljesen egybeesik a cerimonia meg a divat kötelező erejének eredetével, ezzel igen jól illusztrálja saját felfogását, de rántal egyszersmind annak alaptévedésére is, mert ez által lehetetlenné teszi annak meghatározását, hogy mi teszi az egyik szokást cerimoniává vagy divattá, a másikat pedig szokásjoggá. Minthogy az illető szabályok tartalma e részben irreleváns, ennél fogva a szokásjog problémájának ez a JELLINEK-féle megoldása nem teszi lehetségessé a szokásjog létrejövetelének megértését.<sup>1</sup>

\*

A szokásnak jogképző hatásától ismét jól megkülönböztetendő a szokásnak pusztán jogi jelentősége. A szokások mint az akaratkijelentések kiegészítő részei szerepelnek. Hiszen végül a nyelv is szokáson alapszik. Verba valent usu. Úgy hogy a tényleges szokások figyelembevétel nélkül sem az írott jog szövegének, sem a felek akaratkijelentéseinek értelme meg sem állapítható. Erre igen helyesen mutat rá GROSSCHMID *Jogszabálytanában*. A tisztán tényleges szokásoknak mégis van jogi jelentőségük, „még pedig a legkülönbözőbb irányokban és pedig anélkül, hogy ezen iránylatokat mind ki lehetne meríteni. Mindenekelőtt a felek tényeinek,

<sup>1</sup> Ezt a ZITELMANN-JELLINEK-féle magyarázatot követi SCHWARZ GUSZTÁV is, a midőn (*Szokásjog és törvényjog*, Jogállam, 1907, 82. l.) úgy határozza meg a szokásjogot: „Szokásjogi az a szabály, melyet kötelezőnek érzünk az okból, mert jogtársaink állandóan követik“. A kötelezés érzése még csak szabályt alkot, de nem jogi szabályt. Maga is eltér csakhamar ettől a meghatározástól, a midőn utóbb azt mondja (91): „Jogszokás csak az olyan szokás, a melynek követésében valami jogparancs elismerését véljük látni a követők részéről, csakis az ilyen szokás váltja ki bennünk azt az érzést, hogy azt a mögötte lappangó jogparancsot nekünk is követnünk kell“. Ehhez képest szokásjog az olyan szabály volna, a melyet azért követünk, mert azt hisszük, hogy jogi. Szóval a szabály követése még nem tenné azt jogivá. SCHWARZ kifejezetten mondja is, hogy az olyan, bármi általános és állandó szokás, a melyről *tudjuk*, hogy nem azért követik, mert jogi parancsnak tartják, nem válik joggá. „A jogteremtő szokás *szükségképen* tévedésen alapszik“ (91. l.). De „a tévedés csak *szülője* a szokásjognak, nem fenntartója: eleinte követik, mert jognak *tartják*, de később jognak tartják, *mert követik*“ (92. l.). (Helyesebben mert eleinte jognak tartották.) Nyilvánvaló azonban, hogy nem a gyakorlók e meggyőződésében rejlik a szabály jogivá válása. Hiába követnek valamely formáságot valamely községben abban a hiszemben, hogy azt a jog előírja, az ezért még nem válik a jog által előírottá. Hiába iratják alá végrendeleteiket öt tanuval abban a hiszemben, hogy csak így érvényes, ha valaki négy tanuval iratja csak alá s a törvény négyet követel, a végrendelet érvényes lesz.

akarátának a felderítésében és miként való megállapításában. Olykor pedig abból a szempontból, hogy a felek tényeinek legitimitációjául szolgálnak“. (*Jogszabálytan*, 314.) „Nem lehet, hogy a jogi tényállások megítélésében a bíró magát kivonja a tényleges szokások figyelembevételéről. Mert hiszen minden egyes darab szónak a bevett értelme — és a legszorosabb nyelvtani értelem is idetartozik — megannyi tényleges szokás.“ (U. o. 332.) Jó példákkal is megvilágítja ezt a jogi jelentőséget. Ha a hitelező az éjnek idején becsöngető, vagy ruhátlanul avagy részegen jelentkező adóst kidöbja, ézzel nem gátolta meg a fizetés eszközzésében. A törvény ugyanis ha terminust szab egy kötelezettségre, nem teszi hozzá azt is, hogy annak nappali időben vagy elfogadható öltözetben kell eszközöltetni, ha nyilatkozatot kíván, nem kell éppen hozzátennie, hogy érthető nyelven teendő nyilatkozatra gondol. Itt a szokás mindenütt kiegészítője úgy a törvény, mint a magánember nyilatkozatainak. A szokás körülvesz bennünket mint a levegő. Az mindenütt jelenlevő. Mindennek azonban még semmi köze a szokásjoghoz.

\*

Gyakran hallhatjuk a szokásjogot illetőleg azt a nézetet is, hogy a szokásjog alapja végül is mindennemű jognak, még az írottnak is, még a törvénynek is. Még pedig a szokásjog abban az értelemben, a melyben a nép jogi meggyőződésében nyilvánuló szabályt jelenti. S itt megint arra gondolnak, hogy a törvénynek is végül csak az adja meg jogi karakterét, hogy követik, hogy engedelmeskednek neki. Ha valamely törvény nem megy át az életbe, ha nem tudják végrehajtani, hanem feledésbe megy, akkor elveszti kötelező erejét, jobban mondva meg sem szerezte. S így, úgy vélik, a szokás a nép jogi meggyőződésének az értelmében felette áll a törvénynek is. Ez a jog tulajdonképeni ősforrása. S így a szokásjog az „igazi“, a „természetes“, a közvetlen jog. A törvény már csak szervek útján, tehát csak közvetve nyilvánuló, csak mesterségesen konstruált „népakarat“, a mely tehát a maga útát mutató világító erejét csak a népszokás őstüzétől kölcsönzi. Így tehát kétféle jog van: az őszerejű, a nép jogi meggyőződéséből közvetlenül fakadó szokásjog és annak közvetett, szervek útján való megnyilvánulása: az írott jog, legelől a törvény. Tudvalevőleg így fogja fel a szokásjogot a jogtörténelmi iskola.<sup>1</sup>

Hívei a jogot ugyanis a nép fogalmára vezetik vissza. Ebben pedig közös eredetre visszamenő „sajátságos“ természetes egységet látnak,

<sup>1</sup> A jogtörténelmi iskolának a szokásjogra vonatkozó tana Пучка-*nak* 1828-ban megjelent *Das Gewohnheitsrecht* című kétkötetes munkájában van legkimerítőbben kifejtve, a mely mellett Savigny *System*-jének 1840-ben megjelent I-ső kötetét illeti meg kérdésünk szempontjából a legnagyobb jelentőség.

a mely szellemi rokonságot is jelent és a mely „természetes megegyezésben“, az egésznek a részekre gyakorolt láthatatlan befolyásában nyilvánul (PUCHTA, I. 135—138.).

E láthatatlan „népszellem“-nek egyik megnyilvánulása a jog. Még pedig kétféleképen történhetik ez a megnyilvánulás. Vagy közvetlenül a népnek a jogi meggyőződésből folyó gyakorlata útján, vagy pedig közvetve, a népet képviselő szervek útján. (U. o. 144—147.) Az előbbit, a mely „mesterséges medium“ nélkül válik hatályossá, „természetes jognak“ is lehetne nevezni és minthogy ez a népszellem befolyásolta cselekedetekben nyilvánul, szokásjognak mondják. (U. o. 10.)

Ez az igen kedvelt és elterjedt conceptio, a melynek gyökerei a római jogba nyúlnak vissza, azonban csak növeli azt a zavart, a melyről már eddig is szó volt. Eddig ugyanis reámutattam, hogy a szokásjog nevezete alatt összekeverik a népszokást adoptáló jogot az államszerv hallgatag akaratnyilvánításából előálló joggal. Most meg azt látjuk, hogy ezzel a két dologgal még azt a harmadikat is összeelegyítik, hogy egy bizonyos hatalom a maga akaratát rendszerint keresztül tudja vinni, vagyis engedelmességgel találkozik. Ez az engedelmisség vagy alárendelődés ugyanis nem jogszabály kifejezése, nem szokásjog, hanem a jog világán kívül, azon felül álló factum, a mely minden jog előállításának előfeltétele. A jog létét ne akarjuk jogra visszavezetni; a jog érvényét ne akarjuk jogilag indokolni, különben végtelen lánczolatba tévedünk, avagy amolyan Münchhausen-né teszszük a jogot, a ki üstökénél fogva önmönmagát húzza ki a mocsárból. Az a tény, hogy egy társadalom tagjai egy hatalom szabályait követik, még nem jogszabálynak követése. A minthogy valamely néptömeg azáltal, hogy valamely hatalmat követ, természetesen még nem válik maga a legfőbb hatalommá, habár követésével, engedelmeskedésével az illető tényezőt teszi a legfőbb hatalommá. A társadalom a maga engedelmeskedésével tehát főhatalmat teremt, de nem válik főhatalommá. S így ezzel még nem alkot jogszabályt, hanem csak megteremti a jogszabály alkotásának tényleges előfeltételeit. Ha valamely társadalomban az állandó engedelmisség, egy állandó legfőbb tekintély ki nem alakul, ott persze jog nem alakulhat. De ebből még a világért sem szabad azt a következtetést levonnunk, hogy a hol tehát a társadalom tagjai egy legfőbb tekintély szavát követik s az ő szabálya ezáltal joggá válik, ők alkották végső elemzésben ezt a jogot és az a legfőbb hatalom végső elemzésben az ő szervük. Ez már nagy logikai ugrás volna. A kinek én engedelmeskedem, még nem az én szervem. Az igaz, hogy ha én nem engedelmeskedem, akkor a parancsnak nem volt fogamatja, de ha engedelmeskedem, azért a parancs még nem végső elemzésben az én parancsom. Ennek az összetévesztésnek, a mely már a minden jog előfeltételétől szolgáló engedel-

mességben jogalkotást és jogszabályt lát, úgy látszik nagyon közelfekvő indokai lehetnek, mert minduntalan visszatér. Belőle táplálkozott századokon keresztül a természetjog, a midőn a társadalom által jogi úton konstruáltatta meg az államot, t. i. államalkotó szerződés útján, azaz már a főhatalom létrejöttét jogi actusnak képzelte el és a főhatalom jogalkotását erre a jogi átruházásra vezette vissza. A természetjogi tan ezt megtehetette, mert a főhatalom alkotta szabályokat *csak* tételesjogi szabályoknak nézte s ezek felett álló, ezeknek jogi létet adó természetjogi szabályokat ismert. Így megtehetette azt, hogy a jogot jogilag keletkeztette, már t. i. a pozitív jogot természetjogilag. S hogy ezt az ő eljárását megértsük, emlékezzünk meg közbevetőleg arról is, hogy a természetjogot, a melylyel a pozitív jog fölé mintegy az örökkévalóság kupoláját boltozta, nagy önkényesen úgy konstruálta meg, a minőnek azt éppen szükségesnek vélte azoknak a pozitív jogi alakulatoknak megindokolásául, a melyekhez a természetjogász el akart érkezni. Így az egyik abból a tényből, hogy az államhatalmat a társadalom szerződéséből származtatta, a népsuverainitás tanát vezette le s ebből a forradalomra való jogot. A másik az összerződést ellenben nem visszavonásig kötöttnek, hanem revocálhatatlannak minősítette s így a fejedelmi souverainitást hozta ki belőle és akár a legvéresebb absolutismust is a legmesszebbmenő demokratikus alkotmány alapjaira helyezte az államszerződéssel.

Ehhez némileg hasonló hibát követ el a jogtörténelmi iskola, a mikor a „nép jogi meggyőződésével“ játszatja el azt a szerepet, a melyét a természetjog az államalkotó szerződésnek osztott ki, s a mikor akár a légnépszerűtlenebb absolutismust is abból eredezdeti, hogy az a nép jogi meggyőződésének megfelel. Vagyis a legalkotmánytalanabb kormányrendszert is merő fictióval a legeslegalkotmányosabb alapra fekteti.

A társadalom tagjainak engedelmisségét valamely hatalom irányában tehát nem szabad ezzel a főhatalommal összetéveszteni. Azáltal, hogy valamely társadalom egy benne kialakult főhatalomnak szabályait akármi okból is követi, még nem vált ez a társadalom a maga egészében a tulajdonképeni főhatalommá. Igaz, a hatalom a szónak itt használt értelmében nem jelent egyebet, mint hogy azt az emberek követik, szabályainak engedelmeskednek. De ezt a kétségtelen ténnyt nem szabad úgy értelmeznünk, hogy ennél fogva ennek a hatalomnak a parancsa voltaképen a neki engedelmeskedő embereknek a parancsa és ez a hatalom csak ezeknek az embereknek a szerve s hallgatólagosan nyilvánított akaratuknak a pusztá kifejezője.

A közengedelmisségben vagy az embereknek egy hatalom alá való alárendelődésében nem szabad tehát szokásjogot látnunk. Ez az alárendelődés még nem fejez ki jogszabályt, hanem csak statuálja azt a hatalmat, a mely a jogszabály létesítésének előfeltétele.

Ebben a felismerésben ne zavarjon meg bennünket az a körülmény, hogy lehetséges az az alakulat is, hogy „a főhatalom“ az engedelmeskedők, az alárendelődők összessége, közvéleménye vagy közakarata. Ilyenkor is meg lehet különböztetni azt a tényt, hogy a társadalom tagjai a közvéleménynek hódolnak legjobban, hogy az a felettük álló legfőbb hatalom, attól a tényről, hogy ez a közvélemény miféle szabályokat statuál esetleg hallgatagon. A közvélemény szokásjogi szabályalkotása megkülönböztethető attól a tényről, hogy a közvélemény alkotta szabályok találhatnak az illető társadalomban leginkább engedelmességre. De minthogy itt mind a két esetben ugyanarról az emberösszességről van szó, bár különböző vonatkozásokban, könnyen érthető, hogy ezt a két különböző funkciót összetévesztik. Mihelyt azonban ez a két functio szétválik és a szabályalkotó hatalom valamely társadalomban nem többé az engedelmeskedők összessége, az előbbi közelfekvő tévedés már csak azzal a két fictióval tartható fenn, ha felteszszük, hogy az összesség továbbra is tulajdonképpen a legfőbb hatalom, a mi éppen nem áll és hogy a szabályalkotó hatalom akarata voltaképpen az összesség akarata, a mi megint nem áll.

A jogtörténelmi iskola e hibájának tényleg az szolgálhat magyarázatául, hogy alapítói túlságosan a jognak arra az őskorára irányították figyelmüket a jog általános elméletének megconstruálásánál, a melyben jogot és conventiót nem kellett megkülönböztetniök, mert abban az időben a még egységes közakarát volt a legfőbb hatalom s annak szabálya a jog és így a jog mellett külön conventiót abban az időben nem találnunk. Már SAVIGNY is mondja (*System*, I. 17.), hogy „a népszellem megnyilatkozása a népek gyermekkorában a legszabadabb és a legerőteljesebb, a midőn a nemzeti összetartozás még bensőbb, annak tudata szélesebb körű és kevésbé van még elfedve az egyéni kiképzés különbözőségei által“. Azonban „végül minden nép történelmében oly fejlődési fokok állanak be, a melyek a közös népöntudat útján való jogalkotásnak többé nem kedveznek“. (*System*, I. 42.)

Így tehát a szokásjognak a népöntudat közvetlen megnyilatkozása-ként való felfogása csak arra a specialis esetre vonatkoznék, a midőn az, a mit a jogtörténelmi iskola népöntudatnak nevez, egyúttal a legfőbb hatalom.

\*

A „népszokás“ themájánál azonban megint meg kell állanunk egy további elemzés kedvéért, a melynek hiánya ismét sok homályt okoz a szokásjogról szóló fejtegetésekben.

Előfordulhat és gyakran elő is fordul az az eset, hogy a bíró a törvény értelmezésénél erkölcsi meggyőződése által vezettetni magát. Már

pedig az erkölcsi érzelmek lényegéhez tartozik; hogy azok nem pusztán egy élszigetelt embernek, a bírónak, hanem a társadalom szélesebb köreiből, rendszerint egészének közös meggyőződéséi. A midőn a bíró a törvény keretei közt, vagy annak szószerinti értelmének félretételével is az erkölcsi igazságnak szerez érvényt, szintén azt szokták mondani, hogy szokásjog alakult, még pedig akként, hogy a bíró a nép „jogi meggyőződését” juttatta kifejezésre. Ez az eset mindenesetre jól megkülönböztetendő attól az esettől, a midőn a bíró vagy más organum, a nép szokása által kifejezett valaminő (conventionális) szabályt alkalmaz. A midőn az erkölcsileg helyes szempont érvényesül, nem beszélhetünk szokásjogról ily értelemben. Itt nem szokásalkotta szabályt alkalmaztatik, hanem egy új jogi szabály hallgatag kifejezésének első esetéről van szó; szokásjogivá tehát a szabály csak abban az értelemben válik, hogy hallgatagon fejeztetett ki; vagy többszöri alkalmazás esetén abban az értelemben, hogy az *alkalmazónak* szokásává vált így dönteni. Egy példa talán megkönnyíti a kérdés megítélését. GROSSCHMID hozza fel (*Jogszabálytan*, 270. s. köv. l.) a m. kir. Curia egyik döntvényét, a mely a következő esetre vonatkozik: Egy egyén kizárólagos öröklés czéljából hatszoros rokongyilkosságot követett el és a halálós ítélet végrehajtása előtt végrendelezett, gyermekeit téven örökösökké, feleségét pedig életfogytiglan haszonélvezővé. A meggyilkoltak távolabbi oldalakonai azonban kerészetét indították a hátrahagyott özvegy és a gyermekek ellen, amelyben azt vitatták, „hogy a gyilkosra az ő áldozatairól nem szállhatott át törvény és igazság szerint az örökség s következképpen ő róla tovább sem háramolhatott az özvegyre és gyermekekre s így ők, mint bár távolabbi oldalakonai a megölteknek azok, a kiket az örökösödés a törvény rendje szerint megillet”. A kérdés, a mely itt elvi szempontból felmerült, először is az volt, vajjon van-e csakugyan nálunk olyan jogszabály, a mely a gyilkost az őt különben megillető örökösödési jogából a meggyilkolt után kizárja. Erre a kérdésre nézve — úgymond GROSSCHMID — „hazai törvényeink, a melyek az ú. n. indignitas intézményét nem ismerik, a kizárásra közvetlen alapot nem nyújtanak. Mindamellett úgy a másod-, mint a harmadbíróság az általános jogérzületbe ütközönek tekintti azt, hogy a gyilkosnak a meggyilkolt utáni örökösödési joga elismertessék.” Azt mondja erre nézve GROSSCHMID (*Jogszabálytan*, 273.): „Íme ebben mintegy magunk előtt látjuk, miként meríti a bíró mintegy a jogérzetnek az érczesbányájából s hozza felszínre az addig még positiv alkalmazásban nem nyilvánult jogtétteleket. Ugyanis a jogi közérzületnek, vagyis a H.K. által ú. n. *tacitus consensus populi*-nak még nem volt alkalma nyilatkozni abban a kérdésben, vajjon az, a ki mást szándékosan életétől megfoszt, megtartja-e az őt különben megillető örökösödési jogot a meg-

ölt ember után, vagy pedig nem. A bíró azonban, mint látjuk, olvas, mert olvasni tartozik s olvasni kénytelen az élő jogérzületben, a melynek alapján aztán a jogtételt megállapíthatja, s kimondhatja.

Itt szabatosabban szólva azt kell mondanunk, hogy a bírónak nem állott rendelkezésére írott jogtétel s ezért erkölcsi meggyőződését követ-hette. Minthogy az írott jognak hallgatását erkölcsi meggyőződése alap-ján nem akarta olyképen magyarázni, hogy a gyilkost megilleti az örö-kösödési jog, inkább akként magyarázta az írott jog hallgatását, hogy az nem gondolt a fennálló esetre, tehát hézagot hagyott, a melyet ő ki-tölthet. Mindenesetre az olyan eset, a melyben a bíró az erkölcsi meg-győződés alapján (itt ugyanis ez értendő a nép „jogérzülete“ alatt) dönt, szigorúan elválasztandó azoktól az esetektől, a midőn pusztán hosszas gyakorlat alapján dönt. Ez két egészen különböző dolog. Hiszen válha-tott valami hosszas gyakorlat útján, p. o. a bírói praecedens esetek hosszú sora által kétségtelenül élő szokásjogi tétellé, a mi egyáltalában nem felel meg az erkölcsi meggyőződésnek. Miként a törvény is lehet a nép erkölcsi érzületének vagy megfelelő, vagy annak ellentmondó, úgy a szokásjog is. Sőt már a népszokás is lehet a nép erkölcsi érzületének megfelelő, vagy annak ellentmondó, vagyis szélkében helytelenített szokás, a melyet azért mégis követnek. Követik mint usust, de nem helyeslik az usust. P. o. divatszokások, szokásos költekezések. Itt az erkölcsi helyeslés meg a cselekvés szétágazik. *Scio meliora proboque, deteriora sequor.* Ennélfogva különböző dolgok, vajjon a nép cselekvésében meg-nyilvánuló *usus*, avagy a nép erkölcsi felfogásában megnyilvánuló *elo* acceptáltatik-e jogszabályá.

Ezen a ponton helyénvaló megemlékezni a szokás és a mögötte álló meggyőződés viszonyáról. GROSSCHMID (*Jogszabálytan*, 268.) igen inga-dozóan állapítja meg ezt a viszonyt. Egyszer azt mondja, „az olyan jogi meggyőződést, *tacitus consensus populi*, a melynek külső jele nincsen, ha meglevőnek vesszük is, de nem tekinthetjük olyannak, a mely a külvilág számára mint kötelező jogszabály valósággal léteznék“. De mindjárt hozzáteszi, hogy „mindamellet nem tekinthető merőben paradoxonnak, hogy a jogi közmeggyőződésben ekképen bár csak lappangólag meglevő és inkább csak sejthető jogi tartalom máris szokásjog“. Tehát egyszer „nem kötelező jogszabály“ s aztán mégis „máris szokásjog“.

Holott egy dolog a jogi meggyőződés, más dolog a jogszabály. A jogi meggyőződés lehet egészen világos és kétséget kizáró, még akkor sem kötelező jogszabály az, még akkor sem szokásjog. Bizonyos, hogy az ilyen jogi meggyőződés igen gyakori motivumává lesz a jogalkotásnak, az írott jognak is, a szokásjognak is. De csak főhatalmi *adoptatio* útján, nyílt vagy hallgatag, közvetlen vagy közvetett (pl. bírói döntés útján



való) adoptatio által válik joggá. Sőt: a jogi közmeggyőződés, a tacitus consensus populi, nem is olyasvalami, a minek „külső jele nincsen“, a mit csak „lappangólag meglévő“, a mi „inkább csak sejthető“. A jogi közmeggyőzések, mint az erkölcsi meggyőzések egyáltalában, rendszerint nagyon is határozottak, világosan szólnak, bizonyíthatók. A mi kétséges, a minek külső jelei vitathatók, a mi bizonytalan, az csak az, hogy vajjon ebből a jogi meggyőződésből lett-e már szokásjog vagy sem. A nem kifejezett, hallgatag akaratnyilvánítás természetével jár ugyanis, hogy eleinte gyakran kétséges, vitatható, megtörtént-e vagy sem. Mindjárt a fenti példában is nem az a tétel a kétes, vajjon a gyilkosnak lehessen-e haszna a gyilkosságból. Az az *erkölcsi* elv, vagyis „a jogi közmeggyőződés“, hogy a gaztett ne jutalmazassék, egészen határozott és szilárd. Csak az vitatott, hogy a jog mit mond. Vagyis az kétséges, hogy az érvényes jog megengedi-e ebben az esetben a bírónak, hogy a nép kétségtelen meggyőződését követvén, ezzel új szokásjogi tételnek válják kezdeményezőjévé, avagy arra kényteleníti-e, hogy a világosan szóló közmeggyőződés ellenére a törvény szavához ragaszkodjék. Nem „a nép jogi meggyőződésének“ a megállapítása okoz a bírónak gondot, hanem a jog megállapítása.

Tehát: egyrészt a nép jogi meggyőződése nem is szokott kétséges lenni, aztán a népies szokásból eredő jognál nem is a jogi meggyőződés a döntő, hanem a szokás, kétféle dolog ugyanis, hogy vajjon az egyik vagy a másik adoptáltatik-e a főhatalom által, továbbá: magában véve a népnek sem jogi meggyőződése, sem szokása nem alkot szokásjogot, legfeljebb tápot szolgáltat ilyenek alkotására.<sup>1</sup>

Tehát megint részletesebb distinctiókat kell követelnünk, a midőn azt mondja GROSSCHMID (*Jogszabálytan*, 269.): „A bíró, midőn, hogy úgy mondjam, szokásjogot kezdeményez, tulajdonképen nem kezdeményez, hanem csak felfogja és kifejezésre juttatja a visszhangját annak, a mi a jogi közmeggyőződésben már előbb is megvolt s a mi tehát már azon

<sup>1</sup> Az itt jelzett megkülönböztetések némely nyomaival már SAVIGNY-nál is találkozzunk (*System*, I. 35.), a midőn ugyanis különbséget tesz „a jognak a népontudatban rejlő általánosan elismert alapjai“ közt, a melyeknek a szokás csak külső megnyilvánulása és olyan esetek közt, a melyekben a gyakorlat a szabály szülőke, nem pedig pusztán indexe. Ugyancsak ő jegyzi meg (u. o. 36. 1.): „Ausserdem liegt auch in der Natur vieler Bestimmungen eine relative Gleichgültigkeit: es kommt bei ihnen nur darauf an, dass irgend eine feste Regel gelte und als geltend bekannt sei, welche es auch sei. Dahin gehören die vielen Fälle, in welchen die Rechtsregel irgend eine Zahl in sich schliesst, und wobei innerhalb gewisser Extreme stets ein grosser Spielraum der Willkür übrig bleibt, wie bei den Verjährungszeiten; ebenso die Rechtsregeln, die blos die äussere Form eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben.“ — L. továbbá: ZITELMANN, *Gewohnheitsrecht und Irrtum*, Arch. f. civil. Praxis, 66. köt., 1883, 416—417. 1.

legelső esetben is szokásjog, még pedig kész, csupán a mélységből a napvilágra hozandó szokásjog, a midőn azt a bíró legelőször alkalmazta rá a konkrét esetre.“

Nagyon is sokféleképen lehetséges az. Lehet, hogy a bíró ilyenkor a szabályt, a melyet alkalmaz, készen találja. De az ilyen szabály még nem szokásjogi. Lehet conventionalis, de lehet erkölcsi szabály. Ilyenkor is ő kezdeményezi a szokásjogot, ha nem is azt az elvet, a melyet ez a szokásjog kimond. De lehet az is, hogy a szokásjog bírói kezdeményezése magára a kezdeményezett jogszabály tartalmára is vonatkozik. Sok esetben nem olyan dologról van szó, a melyre nézve az élő erkölcsi közmeggyőződés vagy a conventio útmutatással szolgálhatna. Néha olyan komplikált és tisztán jogtechnikai kérdésekről van szó, a melyekhez az erkölcsi meggyőződésnek semmi köze, vagy olyan komplikált szakkérdésről, a melyet a szakember is csak nehezen tud megérteni, nemhogy arra nézve jogi közmeggyőződés lehetséges volna, máskor meg határidőkön vagy egyéb hasonló tisztán pozitív döntést igénylő megállapításon múlik a kérdés, anélkül hogy a jogban vagy az ususban pozitív útmutatást találna a bíró. Mindez esetekben bizony jogot kezdeményez a bíró abban az értelemben, hogy a döntést tartalmilag is ő kezdeményezi.

\*

Érdekes és ismét különleges esete a szokásjogi szabály keletkezésének az olyan, a midőn a kifejezetten alkotott szabály nem-kifejezetten, tehát hallgatagon, vagyis szokás útján adoptáltatik jogi szabálylyá. Ez esett meg p. o. Werbőczy István Hármaskönyvével. Maguk a szabályok, a HK. tartalma, kifejezetten nyilvánított szabályok, a melyek — legalább is részben, a király részéről, a ki azoknak törvényül szentesítését, illetőleg a szentesítésnek a királyi pecséttel való ellátását a végső, azaz a döntő pillanatban megtagadta — nem kifejezetten, hanem gyakorlat útján fogadtattak el jogi szabályul.<sup>1</sup> Amit GROSSCHMID (*Jogszabálytan*, 631.) úgy fejez ki, hogy „bizonyos tekintetben az ilyen kútfő önálló középhelyet foglal el a törvény és a szokásjog között. A mennyiben az, tekintve a hatály alapját, *jus non scriptum*; tekintve a hatály módját, *jus scriptum*, vagyis olyan mint az írott törvény“.

<sup>1</sup> A nemzet jogi meggyőződésének a HK. érvényességét illetőleg nem kellett utólag hallgatagon kifejezésre jutnia. Ezt nyíltan kifejezte az országgyűlési elfogadás. A mi hiányzott; az csak a királyi szentesítés volt. És ezt pótolta a király hallgatólag azáltal, hogy szervei által semmiben sem mondott ellent annak, hogy a HK-et, bár törvényerőre nem emelté; mégis törvényként kezdték applikálni. Minthogy ezt nem kifejezetten, hanem hallgatólag tette, ezért és csak ezért vált a HK. szokásjoggá és nem törvényté.

Tekintsünk most el a kérdésnek attól az ágától, hogy a HK. túlnyomóan már létrejöttekor érvényes jogot, törvényeket és élő szokásjogot gyűjtött egybe s hogy a HK-nek mint ilyennek utóbbi érvénye jórészt már a benne foglalt szabályoknak előbbi jogérvényén is nyugodott. Elképzelhetünk ugyanis olyan esetet, a midőn addig még nem érvényes szabályok foglaltatnak gyűjteménybe, a mely nem kifejezetten válik joggá. Ilyenkor szokásjogról kell szólnunk azon az alapon, hogy ezek a tételek — bár mint tételek kifejezetten jöttek létre — mégis nem kifejezetten váltak jogi tételekké. Az írott jog vagy szokásjog különbségénél ugyanis a joggányilvánítás különbségeiről van szó. *Ebből a szempontból* pedig indifferens, vajjon a szabály az ő joghatályi életét megelőzően létezett-e már avagy jogi létezésével egyidejűleg születik-e meg. A mint tehát írott jog jó létre s nem szokásjog, ha az illetékes forum kifejezetten joggá nyilvánít bár olyan szabályt, a mely már régebben mint conventionalis követtetett, éppen úgy szokásjog jön létre és nem írott jog, ha az illetékes factor kifejezett szabályrendszert csak hallgatagon adoptál.

Mégis azonban jelentékeny különbség lesz az olyan szokásjog között, a melynél a szabály tartalma is csak a hallgatólagos akaratkijelentésből következtethető és az olyan szokásjog között, a melynél a világosan előttünk fekvő, nem gyakorlat, hanem írás-adta szabály tétetik hallgatólagosan jogivá. Az a körülmény ugyanis, hogy a szabály nincsen a priori világosan formulázva, s csak a posteriori állapítható meg, a szabályt mindig homályosabbá és ezért kevésbé rigiddé, hajlékonyabbá teszi, mint a fixáltan születettet. Ez már a dolog természetéből következik. A gyakorlat szülte szabály ugyanis sohasem egészen befejezett, mert a gyakorlat sohasem fejezi be szavát, az folyton-folyvást beszél, magyarázgat, módosítgat, javítgat és sohasem beszél egészen félreismerhetlenül és tisztán. Az mindig magyarázatot, értelmezést, következtetést igényel és ez a magyaráztatás és következtetgetés voltaképpen maga is gyakorlat, a mely a jogszabálynak lágy anyagát mintegy tovább modellálgatja. Ezzel szemben a stricte kimondott írás formájában fixált szabály relative mintegy megmerevedik, mihelyst megszületett. Relative, mert hiszen még az ilyen kifejezett szabály is értelmezést kíván, legtöbbször sokféleképpen forgatható, csavarható és akárhányszor már csak új életviszonyok előállásából is nyerhet olyan új értelmezés-lehetőségeket, a melyekre eleve gondolni sem lehetett. Így tehát az alkalmazás kezében, az élet felvetette esetekre hol nehezen reálhúzva, hol valamilyen adott helyzetbe nehezen belepréselve a fix szabály is nyúlik vagy kopik, nő vagy elhal, s így az is, mint a jogegész organikus része, relative fix formája daczára lassan változik, eleven életet él. De mennyivel inkább

a szokásjogi szabály, a mely egészen szószerinti szabatosággal nem szól, a mely annál könnyebben magyarázható, mert hiszen csak magyarázat és értelmezés révén juthatunk hozzá. Így tehát a szokás-szülte szabály állandóan inkább csak félig szilárd halmazállapotot ölt, olyan mint a növénykristály, a melyre még folyvást új és új jegecsek rakódnak.

Már most ez a specialitása a szokásjognak hiszen meg akkor, ha írott szabály emelkedik hallgatóságos akaratkijelentés útján jogivá. Itt a szabály olyan kész formában kerül jogi életre, akár a törvény, s a mi szokásjogi, az csak az ő jogi sanctiója. Az ilyen szabály aztán inkább hasonlít az írott joghoz, mint a szokásjoghoz. Ezért mondja igen helyesen GROSSMID, hogy az ilyen jog a hatály *alapját* tekintve, jus non scriptum, de a hatály *módját* tekintve jus scriptum.

Ezért kell megkülönböztetnünk a szokásjog rendszertanában a szokásjoggá vált írott szabályt a szokásjoggá vált, a gyakorlatban hallgatagon kifejezett szabálytól, vagyis attól, a melynél a szabály tartalma is, meg e szabálynak jogi szabályul való kijelentése is egyaránt csak következtethető.

A szokásjog ismertett megkülönböztetéseinek fontosságát mi sem mutatja jobban, mint a *szokásjog kellékeiről* szóló tan. A másodlagos szokásjog létesülése ugyanis bizonyos kellékekhez lehet kötve. A mint a másodlagos szokásjog alakulása elsődleges jogszabály által egészen ki is zárható, úgy bizonyos feltételekhez is köthető. Nem igényel természetesen külön kiemelés, hogy az e tekintetben irányadó elsődleges jogszabály lehet elsődleges szokásjog is, azaz a főhatalomnak hallgatóságos akaratnyilvánítása. Az elsődleges szokásjog azonban sohasem lehet hatályosan bizonyos feltételekhez kötve. Minthogy a legfőbb hatalomnak mindennemű szabályt nyilvánító akarata jog, úgy a hallgatóságosan nyilvánított is. Minthogy pedig a legfőbb hatalom felett álló forum sincsen, nem is képzelhető olyan forum, a mely reá vonatkozólag megszabhatná, hogy mikor kelljen valamely hallgatóságos akaratnyilvánítását megtörténtnek tekinteni s mikor nem.

Természetes továbbá az is, hogy másodlagos szokásjog létesülésének sem *kell* feltételekhez, kellékekhez kötve lennie, meg lehet az engedve anélkül is. A mivel meg van mondva az is, hogy a másodlagos szokásjog kellékeinek kérdése mindig kizárólag csak tételes jogi szempontból, vagyis az illető elsődleges jogszabályok *tartalmának* szempontjából tárgyalható, a miért is e helyütt, a hol csak a tételes jogi szabályozások határáig kísérjük az elemzést, a szokásjog lehetséges kellékei, kérdésének további elemzésével nincs miért foglalkoznunk. Csakis az itt jelzett álláspont támogatásául utalok még a következőkre.

„Az is árthat — tanítja GROSSCHMID — a gyakorló cselekmények jogot szülő s illetőleg azt tanúsító hatásának, ha valamely cselekmény evidens, vagyis szembeötlő tévedésen alapszik“ (*Jogszabálytan*, 277.). Például felhossa, hogy a mi bírói gyakorlatunk hallgatólag recipiálta az osztrák polg. törvénykönyv egyik (az 1324-ik) §-át, de annak téves-értelmezése alapján. „Már most én azt mondom — folytatja GROSSCHMID (278.) — hogy ez a gyakorlat tévedésen s illetőleg nemtudáson alapuló s éppen ezért nem valódi szokásjog, mert nem valódi consensus populi. Ugyanis a tévedés kizárja az akarat valóságát, s következésképen kizárja azt is, hogy a tévedésszülte akaratkijelentésekből azt levezethessük, a mit levezethetnénk, ha a tévedés fenn nem forogna.“ Itt nyilvánvaló a kétféle szokásjog megkülönböztetésének hiánya. Arra nézve, hogy az osztr. polg. törvénykönyv 1324. §-a mit rendel, és hogy annak valódi értelme vétesék át, természetesen consensus populi ki sem fejlődhetett. Hiszen a példa éppen azt mutatja ki, hogy még jogtudós bíránk is mennyire tévedtek ezen „igenis kedvelt“ paragraphusunknak az osztr. polg. törvénykönyvben való értelmére nézve. A szóbanforgó eset nyilván olyan szokásjognak példája, a melyet a bíró nem a közérzuletből bányász ki, a melyet ő nem pusztán kezdeményezni látszik, hanem a melyet tényleg kezdeményez. Nem olyasvalamit alkalmaz a bíró ebben az esetben, a mi már a közszokásban megvolt, hanem ő csinálja is a szabályt. Az ő szokásáról, azaz az ő, hallgatólagos felhatalmazás útján tett, ugyancsak hallgatólagos akaratkijelentéséről van szó. Ha tehát tévedésről van szó, a bíró tévedéséről van szó, nem valaminő közszokást gyakorló körök tévedéséről. Nem akarok kiterjeszkedni arra a további kérdésre, hogy mennyiben szólhatunk itt egyáltalában tévedésről, a hol a bíró nem hivatkozik az osztr. polg. törvénykönyv példájára és éppen csak a döntés tartalma teszi igen valószínűvé, hogy azt a bizonyos §-t akarta copizálni. Tegyük fel azonban, hogy csakugyan nem azzal az eltéréssel akarta a kérdéses §-t átvenni, a melylyel az a mi gyakorlatunkba átment, hanem szó szerint és tegyük fel, hogy csakugyan az alkalmazni kívánt §-nak a mi bíránk részéről való pusztán félreértése okozta az attól való eltérést. Tény, hogy bíróságunk bizonyos praxist honosított meg, a mely nálunk azért statuál jogot, mert a legfőbb hatalom hallgatólag hozzájárul s annak a praxisnak szükség esetén érvényt szerez. A bírói praxis szülte szokásjogban tehát, miként láttuk, mindig egyúttal a főhatalom alkotta elsődleges szokásjog is rejlik. Erre nézve pedig a tévedés nem lehet érvényteleníthető hatású, a hogy a tévedésen alapuló elsődleges írott jog is jog marad. A legfőbb hatalom felett nincsen döntő forum, a mely akaratnyilvánításának érvényét hatályosan fűzhetné bizonyos „kellékekhez“. Ha a legfőbb hatalom téved, akkor ez a tévedése a döntő.

Egészen másként áll a dolog az olyan szokásjogra nézve, a mely nem foglal magában elsődleges szokásjogot. Így p. o., ha az alattvalók bizonyos köreinek vagy akár azok összességének gyakorlatában megnyilvánuló szabályról van szó. Ezeket, mint tudjuk, csak a legfőbb hatalom recipiálása teheti jogiakká, ez pedig lehet ahhoz a feltételhez kötve, ha az illetők p. o. sem kényszer, sem tévedés hatása alatt nem állottak. A gyakorlat s az ebben nyilvánvaló consensus itt is készen kialakult, akármi is voltak e consensus kifejlődésének motivumai. S ha csakugyan a consensus populi volna ilyenkor a szokásjog alakulásának végső basisa, akkor a tévedés nem is zárhatná ki annak létesülését. Minthogy azonban a consensus megléte még csak conventionális szabályt hozott létre, nem jogit és minthogy a legfőbb hatalom, a hogyan a conventionális szabályt egyáltalában negligálhatja, úgy annak jogivá tételét feltételekhez is kötheti, ennél fogva kötheti esetleg ahhoz a feltételhez is, hogy a consensus ne alapuljon tévedésen.

A főhatalom épp úgy másodlagos joggá teheti az alárendeltek bizonyos köreinek gyakorlatából, a gyakorlatban kifejezett *akaratóból* folyó szabályt, a mint megkövetelheti a gyakorlaton kívül a gyakorlóknek azt a meggyőződését is, hogy a szabály helyes, avagy azt a kívánságukat, hogy a szabály jogi szabálylyá váljék, avagy azt a meggyőződésüket, hogy ők máris jogi szabályt követnek az illető gyakorlatban. Ezek a különböző lehetőségek a szokásjog különböző elméleteihez vezettek, mint a minők az akaratelmélet (Willenstheorie), a különböző meggyőződéselméletek (Überzeugungstheorien), mint a minők az igazságossági meggyőződés (Gerechtigkeitsüberzeugung) és a jogszerűségi meggyőződés (Rechtmässigkeitstheorie) elméletei.<sup>1</sup> Mindezeknek természetesen csak a másodlagos jogra nézve van értelmük s mint ilyenek megannyian helyet találnak az engedélyezés elméletének (Gestattungstheorie) körén belül, mint különböző pozitív jogi alakulatok lehetőségei. Míg a Gestattungstheorie természetesen ismét az elsődleges szokásjogra nem vonatkozhatik. Viszont ZITELMANN-nak az a megjegyzése, hogy az írott és a szokásjog eredete egységes gyökekre vezetendő vissza, megint csak az elsődleges szokásjogot illetőleg áll, míg a másodlagosra nézve igen különbözően alakulhat a dolog. Vagyis nem lehetséges a szokásjog összes jelenségeit egy egységes elmélettel elintézni, hanem különbséget kell tenni az elsődleges és a másodlagos szokásjog között.

<sup>1</sup> L. bő. tárgyalásukat ZITELMANN-nál *Gewohnheitsrecht und Irrtum*, Arch. f. civil. Praxis, 66. köt., 1883, 323—469.

A szokásjog rendszertanában tehát először is meg kell különböztetnünk a jogilag jelentős szokást a jogot alkotó szokástól. Meg kell különböztetnünk az emberek engedelmességét egy hatalommal szemben a szokásjogtól. Továbbá meg kell különböztetnünk egymástól az elsődleges és a másodlagos szokásjogot, az utóbbi tekintetében pedig megint különbséget kell tennünk az elsődleges írott jog és az elsődleges szokásjog révén statuált másodlagos szokásjog közt. Úgy az elsődleges, mint a másodlagos szokásjog tekintetében meg kell különböztetnünk az olyat, a mely másminő szabályt emel jogivá, az olyantól, a melynek tartalma nem másnemű szabályból van véve, vagyis meg kell különböztetnünk a jogalkotók szokását az alárendeltek szokásától.<sup>1</sup> Ezt az utóbbit viszont ne keverjük össze az alárendeltek erkölcsi érzelmeivel. Vagyis tegyünk különbséget szokásszülte szabály és helyeselt elv között. Ne higyjük, hogy a szokásokat azoknak valamelyes specialis tartalma teszi jogi szokásokká. Azután különböztessük meg az írott szabálynak szokásjogivá válását az olyan szokásjogtól, a melynek a tartalma is csak szokás útján fejeződött ki. A szokásjog kellékeiről pedig sohse szóljunk anélkül, hogy a szokásjognak e sokféle válfajára figyelemmel volnánk. Végül pedig óvatosan bánjunk a közakarat, a népmeggyőződés vagy közös jogi meggyőződés fogalmaival.

A kifejtettek után még annak érezném szükségét, hogy ezeket a most legutóbb említett fogalmakat, annyi kényelemnek és könnyelműségnek forrásait, szedjem kissé széjjel. Erre a feladatra azonban ezúttal nincsen terem, úgy hogy a mondottaknak ezt a fontos kiegészítését más alkalomra kell halasztanom.

<sup>1</sup> A szokásjog különböző neveinek megkülönböztetésére LEONHARD-nál találunk törekvést, a ki (*Der allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1900. 47. l.) megkülönbözteti a szokásjognak minden törvénytől függetlenül való létesülését az olyan szokásjogtól, a melyet valamely törvény már eleve helybenhagy. Ez a megkülönböztetés mindenestre haladás, szemben a rendes eljárással. Hibája azonban ennek a megkülönböztetésnek, hogy a szokásjognak csak a törvényhez való viszonyát nézi és csak a törvényen kívül vagy az annak alapján létesült szokásjog közt tesz különbséget, holott az elsődleges szokásjog által szentesített másodlagos szokásjogot nem említi. Továbbá hibája LEONHARD-nak, hogy mint rendesen, szokás alatt ő is csak a „nép” magatartását tekinti. Így azt mondja, hogy a törvény által eleve elismert szokásjog „nemcsak a nép magatartására, hanem a törvény erejére is támaszkodik“.

