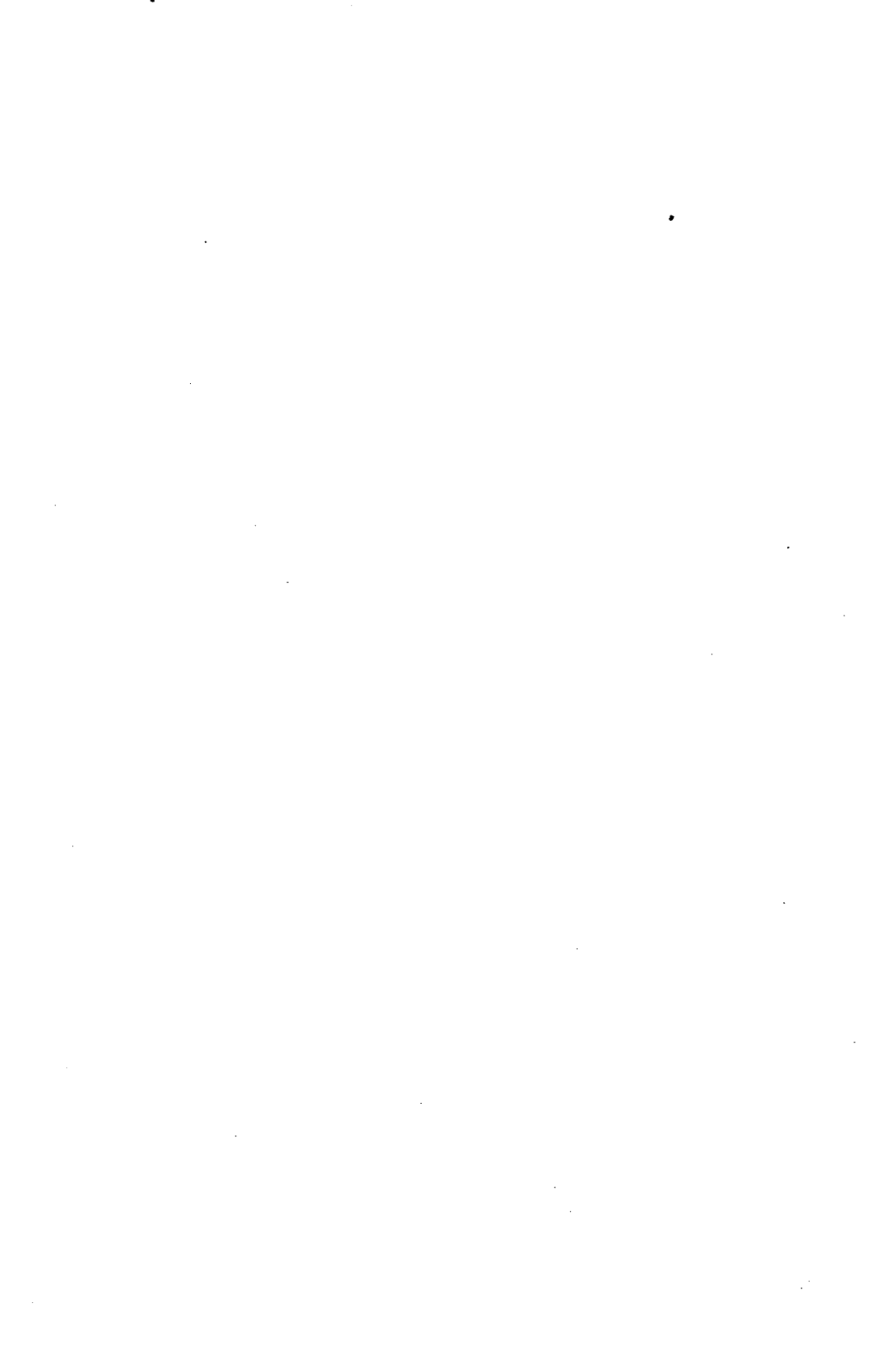


KÉRÉSZY ZOLTÁN

A JOGSZOKÁS DEROGATÓRIUS EREJÉNEK
KÉRDÉSE A MAGYAR JOGI IRODALOMBAN



Hazánk jogi irodalmában nem találunk olyan művet, mely a szokást, mint jogi kútfőt önálló s rendszeres tanulmány tárgyává tenné; habár el kell ismerni, hogy főleg jogtörténeti s köz- és magánjogi íróink részint a jogforrások ismertetésénél, részint a jogalkalmazás problémáinak tárgyalásánál a szokásjognak hazai jogrendszerünkben érvényesülő szerepét és jelentőségét kellő figyelemben részesítik.¹ Ellenben a szokásjog

¹ A Tripartitumon kívül (Prol. 10—12. c. és II. R. 6. c.) a hazai jogszokással különösen a következő művek foglalkoznak: *Kithonich*, *Directio methodica*, cap. I. qu. 9. *Szegedi J.* *Tripartitum juris Hungarici Tyrocinium*. Prooemium. tit. 11. és Pars II. tit. 6. *Huszty I.* *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in ius Hungaricum. Agriae 1728.* Lib. I. tit. 4. *Georch Illés*, „Bírjon-e a szokás továbbra is törvénytörő erővel?“ (Törvényes tárgyú értek. II. Ért. 16—31. l.) *Kelemen Imre*, *Institutiones iuris privati Hungarici* (Pest 1814.) I. köt. 111—117. l. Kövy S. *Elementa iurisprudentiae Hungaricae*. (S. Patakini, 1823.) *Introd.* 14. §. *Szlemenics P.* *Elementa iuris Hungarici iudiciarii civilis* (Pozsony, 1829.) I. köt. 18. §. „A szokásról törvényes értelemben“ c. értek. (Nemzeti Társalkodó. Kolozsvár, 1834. I-ső félesztendő 1. sz.). „Felelet e című értekezésre: A szokásról törvényes értelemben“. [U. ott 313—321. l., 323—335. l. és 339—352. l. (20., 21. és 22. sz.)] „A consuetudo szónak értelme törvényeink szellemében“ (Tudományos Gyűjtemény 1841. I. köt. 28—53. l.) *Frank Ignác*, *A közigazság törvénye Magyarhonban*. Budán, 1845. I. k. 41—44. §. *Szabó Sándor*, *A szokásos jog s annak használatáról*. (Törvényhozási és Törvénykezési Csarnok. 1861. I. köt. 51. és 52. sz.) *Dósa Elek*, *Erdélyhoni jogtudomány*. Kolozsvár. 1861. I. köt. 18.—28. §. *Zlinszky—Reiner*, *A magyar magánjog mai érvényében*. (8. kiad. 1902.) 39. s köv. l. *Raffay F.* *A magyar magánjog kézikönyve* (2. kiad. 1906.) 25. s köv. l. *Kolostváry B.* *A magyar magánjog tankönyve*. (3. kiad. 1911.) I. köt. 16—23. l. *Illés J.* *Bevezetés a magyar jog történetébe*. (2. kiad. 1930.) 88—114. l.; főleg pedig *Grosschmid Benő*, *Magánjogi előadások*. *Jogszabálytan*. (1905.) 211—543. l. E nagyszabású munka Werbőczy nyomán s általában a hazai jogfejlődésre való különös tekintettel és mélyreható elemzéssel tárgyalja a magyar magánjog kútfőit, így a jogszokást is. Úgyancsak jogtörténeti alapon, de korántsem kimerítően fejtegeti a hazai jogszokás kútfői jelen-

külföldi irodalma igen gazdag és tanulságos, csakhogy e nevezetes jogi kútfőnek túlnyomóan dogmatörténeti és jogelméleti szempontból való tárgyalására szorítkozik s kevésbbé vizsgálja azt tényleges megjelenésében vagyis jogtörténeti adottságában.²

tőségét *Schiller Bódog* (A Hármaskönyv jogforrástana. A Hármaskönyv közjogának első fejezete. Budapest, 1902. III. és VIII. fej.) — Ellenben *Schwarz Gusztáv* [„Szokásjog és törvényjog“ c. dolgozatában (Jogállam VI. évf. 1909. 81—104. l.)] és *Kiss Géza* [„A jogalkalmazás módszeréről (A Magyar Jogászegylet Könyvkiadó Vállalata II. évf. I. köt. Budapest, 1907. 83. s köv. l. és 214. s köv. l.)] a szokás és szokásjog problémáit felelte érdekesen ugyan, de túlnyomóan jogdogmatikai szempontból vizsgálják. Ugyanígyen jellegűek még *Kiss Géza*nak következő tanulmányai: *Billigkeit und Recht mit bes. Berücksichtigung der Freirechtsbewegung.* (Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil. Bd. 3.); *Gesetzgebung und „ungeschriebenes“ Recht.* (Jherings Jahrb. Bd. 58.) és *Theorie der Rechtsquellen in der engl. u. anglo-amerikanischen Literatur.* (Arch. f. bürg. Recht. Bd. 39.)

² A szokásjog külföldi irodalma köréből nevezetesebb művek: *G. F. Puchta*, *Das Gewohnheitsrecht.* 2 Teile (1828. és 1837.) *B. Beseler*, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843). *Brinckmann*, *Das Gewohnheitsrecht im gemeinen Zivilrecht und Zivilprozess und die Handelsusancen* (1847), *E. Meier*, *Die Rechtsbildung in Staat und Kirche* (1861). *Adickes*, *Zur Lehre von den Rechtsquellen* (1872). *E. Zitelmann*, *Gewohnheit und Irrtum* (Archiv für Zivilist. Praxis. 66. köt. 323—468. l.) *G. Rümelin*, *Das Gewohnheitsrecht.* Jherings Jahrb. f. Dogm. 27. köt. (1889) 153 s köv. l. *Schuppe*, *Gewohnheitsrecht* (1890), *Bergbohm*, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892) I. köt. 502. l. *Oertmann*, *Volksrecht und Gesetzesrecht* (1898). *E. Neukamp*, *Das Gewohnheitsrecht in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts. Referat und Kritik.* (Arch. für bürg. Recht XII. köt. 89—184 l.) és *Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts* (1895). *Brie*, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. I. T. Geschichtliche Grundlegung. Bis zum Ausg. des Mittelalters* (1899). *B. Schmidt*, *Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens* (1899). *Stier-Somlo*, *Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle* (1900). *Sturm*, *Revision der gemeinrechtl. Lehre vom Gewohnheitsrecht unter Berücksichtigung des neuen deutschen Staatsrechts* (1900). *Lambert*, *Études de droit commun législatif. Introduction: La fonction du droit civil comparé* (1903). 111. s köv. l. *Ehrlich*, *Gesetz und Richterspruch* (1915) 133. s köv. l. *Gény*, *Méthode d'interprétation et des sources en droit privé positif.* 2. kiad. (1919). *Gray*, *The nature and sources of the Law.* (1924). *Fr. Flumine*, *La consuetudine nel suo valore giuridico. Parte generale* (1925). *Jung*, *Das sogenannte Gewohnheitsrecht als Grundfrage der Rechtsquellenlehre* (Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 22. köt. 227—259. l.) *A. Ross*, *Theorie der Rechtsquellen* (1929) 65 s köv. l., 133 s köv. l., 425 s köv. l. *M. Rümelin*, *Die bindende Kraft des Gewohn-*

Innen van aztán, hogy a szokásjogi problémákkal foglalkozó tanulmányok a jogszokás mibenléte, előfeltételei s kútfői ereje tekintetében egynémely olyan megállapításokhoz jutnak, amelyeket a jogtörténeti eredmények és tanulságok nem igazolnak.

Áll ez különösen az ú. n. *Gestattungstheorie*-ra nézve³, amely szerint a szokásjog a törvényhozó engedélyén alapszik, azaz csakis annak kifejezett vagy hallgatólag jóváhagyásával keletkezhetik s ezért a jogszokásnak kútfői ereje csak annyiban van, amennyiben a törvényhozás elismeri; míg ha megtiltja, úgy szokás útján jog nem jöhet létre.⁴

heitsrechts und ihre Begründung, (1929). Továbbá l. a német magánjogi, illetve pandektajogi tan- és kézikönyveket, különösen: *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, I. köt. 7, 12, 18, 25. és 27. §. *Unger*, System des öst. allgem. Privatrechts, (1856.) I. köt. 5. és 6. §. *Wächter*, Pandekten (1880) I. köt. 22. §. és u. az: Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts (1842—1851.) II. köt. 9. és 10. §. *Pfaff* und *Hoffmann*, Kommentar zum österr. bürg. Gesetzbuch, I. 230. s köv. l. *Gierke*, Das deutsche Privatrecht, I. 20. és 21. §. *Stobbe*, Deutsches Privatrecht. 4. kiad. (1885). I. köt. 21—23. §. *Regelsberger*, Pandekten (1893) I. köt. 19—23. §. és 25. §. *Enneccerus-Nipperdey*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (1931), I. k. 35—39. §. *Windscheid-Kipp*, Lehrbuch der Pandekten (9. kiad. 1906) 15—18. §. A többi irodalomra nézve pedig l. főleg *Ross*, id. m. 435. l. *Windscheid-Kipp*, id. m. I. k. 76., 77. l. 1. jegyz. és *Enneccerus-Nipperdey*, id. m. I. k. 105. l. jegyz.

³ A Gestattungstheorie elnevezés *Zitelmann*tól ered (Gewohnheitsrecht und Irrtum. Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphil. 66. köt. 362. l.) és úgy ez a megjelölés, valamint a többi szokásjogi elméleteknek tőle származó elnevezései (Willenstheorie, Überzeugungstheorie stb.) ma általánosan használatban vannak. L. *Kiss Géza*, A jogalkalmazás módszeréről, 88. l. 1. jegyz.

⁴ Ennek az elméletnek hívei: *Vering* (Römisches Privatrecht. 4. kiad. 20. §. II.), *E. Meier* (Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, 18. s k. l.), *R. Schmid*, (Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts. 235. s köv. l.), *Kieruff* (Theorie des gemeinen Civilrechts, I. köt. 12. s k. l.), továbbá *Bruns*, *Binding*, *Regelsberger*, *G. Rümelin* (Das Gewohnheitsrecht. Iherings Jahrb. f. Dogm. 27. köt. 153. s köv. l.) és hazánkban *Kiss Géza*, akinek nézete szerint a szokás „jogforrási hatalmának kérdése a törvényhozás intenciójának van alárendelve“. Sőt ő a szokás kútfői minőségét egyáltalában kétségbe vonja s mindenféle szokásjogot „a törvényértelmezés produktuma“ gyanánt tekint. (A jogalkalmazás módszeréről, 87. s köv. l., 148. s köv. l. és 214. s köv. l.). Különben a Gestattungstheorie-nak is sokféle változatával találkozunk. „Diese Theorie, welche ich in Ermangelung

Ámde ezt a tanítást úgy a jogtörténeti tapasztalatok, mint a mai jogéletnek konkrét tényei is világosan megcáfolják.⁵ Mert kétségtelen, hogy a szokásjog minden népnek a jogfejlődésében megelőzi a törvényt⁶ és hogy a mai tételes jogrendszerek is többé-kevésbé szokásjogi szabályokból állanak; sőt törvényelleni szokásjoggal is bőven találkozunk, még ha a törvényhozás ilyen szokás keletkezését kifejezetten eltiltja is. Hazai jogfejlődésünk szempontjából pedig ez az elmélet éppen tarthatatlan, mert hiszen *Werböczy előtt a magyar jog úgyszólván kizárólag* s azután is tetemes részben *szokásjog volt*; sőt, mint ezt kiváló civilistáink úgyszólván egyértelműleg hangsúlyozzák, *mai magánjogunk is nagyobb részben szokás vagyis joggyakorlat útján képződött szabályokból áll.*⁷

Egy másik, szintén eléggé elterjedt elmélet szerint a szokás lényege s hatása azon az *erőn alapul, melyet az állandó gyakorlat, a szokás tényleges hatalma az ember lelki életére*

eines besseren Ausdrucks die Gestattungstheorie nennen werde, hat viele Nüancen: es wird vom ausdrücklichen und stillschweigenden, speciellen und allgemeinen Konsens oder Willen des Gesetzgebungssubjekts gesprochen“, mondja *Zitelmann*, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, 362. l.

⁵ „Diese Auffassung widerspricht der historischen Entwicklung und den Tatsachen des Lebens.“ *Enneccerus-Nipperdey*, *Lehrbuch*, I. köt. 107. l.

⁶ „Jene spätrömische Auffassung, dass das sogenannte Gewohnheitsrecht nur eine Unterart des Gesetzesrechts sei und von diesem seine Geltung ableite, stellt das geschichtliche Verhältnis auf den Kopf, denn *unzweifelhaft ist das Gesetzesrecht jünger, als das — sagen wir unvorzweifelhaft — ungeschriebene, sonstwie entstandene Recht.*“ *E. Jung*, id. érték. *Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*. 22. köt. 230. l. „A törvényjog mint egyebütt, úgy Rómában is későbbi eredetű, mint a szokásjog. A XII. tábla előtt a magánjog főforrása a szokás volt.“ (*Vécsey T.*, *A római jog institúciói*. 5. kiad. 147. l.); „...minden politikai egész a jogalkotást ezen a kútfőn kezdi, legalábbis az ó-világrészben, ahol az államok túlnyomóan, sőt úgyszólván majdnem kizárólag a kezdetleges műveltség korában keletkeztek“ (*Grosschmid*, *Jogszabálytan*, 241. l.). Hasonlóan nyilatkozik *Wenzel* is (*A magyar magánjog rendszere*. 2. kiad. 1872. I. köt. 75. és 76. l.), aki szerint „eredetileg minden népnek joga szokásos jog volt s méltán mondhatjuk, hogy a szokás minden jogfejlődésnek első kiindulási pontja s hogy a magyar magánjog eredetileg csaknem kizárólag szokásos jog volt“.

⁷ *Grossschmid*. *Jogszabálytan* 211. l. *Szladits K.* *A magyar magánjog vázlatja*. Negyedik kiad. I. Rész. 30. l.

gyakorol; amennyiben az utánzás, a megszokottság s az idegenkedés a tényleges gyakorlással való szembehelyezkedéstől stb. hozzák magukkal, hogy az emberek a szokásban nyilvánuló elvet követik, vagyis hogy a gyakorlátnak joglétesítő hatása is lehet.⁸ Csakhogy ha mindezek hatályos indítékok lehetnek is arra, hogy a konkludens tényekben kifejezett akarat, illetőleg jognézet, mint olyan kötelezőnek ismertessék el, mégis az akarat, a közmeggyőződés a szokásjog tulajdonképeni alapja és nem a lelki motívumok.⁹

Ismét mások a szokásjogot a tettekben megnyilatkozó *nép-ákaratra* vezetik vissza (*Willenstheorie*).¹⁰ E felfogás szerint t. i. a nép, mely a jogalkotó hatalom birtokosa, a maga abbéli akaratát, hogy valamely elv jogszabállyá legyen, nemcsak kifejezetten, szövegezve, vagyis törvény által, de hallgatólagosan (mint a római jog mondja, *tacito consensu populi seu omnium*), konkludens tények útján is kinyilatkoztathatja. És e kinyilatkoztatási cselekmények (állandó gyakorlat) azzal a szándékkal viendők végbe, hogy a bennük kifejezett elv jogszabállyá legyen. Miértis az állandó gyakorlat a szokásjognak nemcsak megismerési eszköze, hanem létrejövetelének kelléke is.¹¹

⁸ Ezt a felfogást vallják: *Blackstone, Dernburg, Zitelmann* és hazánkban *Schwarz Gusztáv* (Szokásjog és törvényjog c. értek-ben. Jogállam, VI. köt. 1907. évf. 81—104. l.). Legkiválóbb képviselője minden esetre *Zitelmann*, aki ebbeli álláspontját „*Gewohnheitsrecht und Irrthum*“ c. tanulmányában (464. s köv. l.) ekkép körvonalazza: „*Im Wesentlichen lässt also auch für das Gewohnheitsrecht sagen, dass die Macht der dauernden Tatsachen es ist, welche dem Gewohnheitsrecht Geltung verschafft. Die allgemeine Rechtsüberzeugung ist gleichgiltig, nur das bisher schon ein Satz als Rechtssatz da, wo er Anwendung zu finden hatte, auch wirklich angewendet worden ist, nur dies ist nötig.*“

⁹ „*Allein es wird immer unverständlich bleiben, wie eine bloß äuszere Tatsache verbindliche Kraft haben kann. Zwar werden nicht selten infolge vom Nachahmungstrieb, Gewöhnung, Ehrfrucht vor dem alten, aus der Übung wirksame Motive erwachsen für den Willen, dasz es ferner so gehalten werden soll. Aber das Rechtsgebot liegt dann doch in diesem Willensakt und nicht in den Motiven, ganz abgesehen davon, dasz häufig noch andere Beweggründe mitwirken, ja den Ausschlag geben.*“ (*Enneccerus-Nipperdey* id. m. I. köt. 108. l.)

¹⁰ Képviselői közé tartoznak pl. *Schuppe* (Gewohnheitsrecht, 151. s köv. l.), *Hölder* (Pandekt. 6. §. 29. l.), *Neukamp*, (id. értek. 99. l.); a többieket l. *Zitelmann*: *Gewohnheitsrecht u. Irrthum* 364—374. l.

¹¹ *Zitelmann*, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, 367. l.

Az akaratelmélethez közel áll a jogtörténeti iskola (*Savigny, Puchta*) tanítása, vagyis az ú. n. *meggyőződési elmélet (Überzeugungstheorie)*. Ennek követői azt hirdetik, hogy a szokásjog kötelező erejének alapja az általános jogi meggyőződés (allgemeine Rechtsüberzeugung), amely a konkludens tényekben, az állandó gyakorlatban jut kifejezésre. A sok cáfolat ellenére ma is még mindig *ez az elmélet mondható uralkodónak*, melynek azonban ismét két fő változatával találkozunk.¹² A régebbi felfogás szerint ugyanis a nép jogi meggyőződése a szokásjog keletkezésének kizárólagos bázisa és pedig oly értelemben, hogy az állandó gyakorlat csak a *népmeggyőződés felismerésére és megerősítésére* szolgál; ellenben a másik, újabb álláspont értelmében az általános jognézet, a közmeggyőződés a *szokásjog keletkezésének második, önálló követelménye*, melynek a gyakorlathoz hozzá kell járulnia és a szokásjog létrejöttét *e két tényező (gyakorlat és általános meggyőződés)* együttesen eredményezi.¹³ Az előbbi felfogás szerint, amely t. i. az

¹² Így különösen: *Savigny* [Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814) és System des heutigen römischen Rechts I. k. 7. s köv. §.-ok], *Puchta* (Gewohnheitsrecht, I. köt. 92. s köv. I. és II. köt. 24. s köv. I.), *Brinckmann* (Das Gewohnheitsrecht im gem. Zivilr. u. Zivilproc. 2. s köv. I. *Stobbe* (Das deutsche Privatr. I. köt. 167. s köv. I.), *Thöl* (Einleit. in das deutsche Privatr. 131. s köv. I.), továbbá *Sintenis, Wächter, Regelsberger, Goldschmidt, Dahn, Windscheid* stb. Hazánkban különösen *Grossschmid Béni*. De e két csoportbeli elméletnek is további nüanszai vannak. L. erre nézve *Zitelmann*, id. érték. 382. s köv. I.

¹³ Kizárólag a közmeggyőződést tartják a szokásjog kötelező erejének alapjául és az állandó gyakorlatot merőben a szokásjog megismerésének közegéül tekintik: *Savigny, Puchta, Dahn, Böhlau, Brandis, Stobbe, Seuffert, Windscheid*. Utóbbi ezt a felfogást legszabatosabban formulázza, mondván: Unter Gewohnheitsrecht versteht man dasjenige Recht, welches, ohne vom Staat gesetzt worden zu sein, tatsächlich geübt wird. In der Übung tritt hervor die Überzeugung der Übenden, dass das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Überzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des gewohnheitsrechts (*Windscheid-Kipp*, Lehrb. I. köt. 15. §.). A második felfogást, nevezetesen hogy a tényleges gyakorlat mellett a jogi meggyőződés a szokásjog keletkezésének másik, önálló követelménye, hirdetik: *Wächter* (Handb. des im Königr. Württemberg geltenden Privatrechts, 32. s köv. I.), *Beseler*, Syst. des gem. deutschen Privatrechts (4. kiad. 1885. 29. §.), *Goldschmied, Regelsberger, Gierke*, stb. Egyébiránt már *Savigny* — a *Puchta* elleni irodalmi támadások hatása alatt — módosította eredeti álláspontját s az általános jogi meggyőződés (allge-

állandó gyakorlatot csak a szokásjog felismerésének eszköze gyanánt tekinti, minden jognak (úgy a szokás-, mint a törvényjognak) tulajdonképeni forrása az általános meggyőződés, amely ismét a népszellemben (Volksgeist) gyökerezik. Az általános meggyőződés ugyanis vagy közvetlenül hozza létre a jogot (szokásjog), vagy közvetve, a nép képviselői, organumai útján (törvényjog). A két jogforrás, t. i. a szokás és a törvény egyenrangú; sőt, mondhatni, a szokásjog fölényben van a törvényjoggal szemben.¹⁴

A meggyőződési elmélet több hívének nézete szerint a valódi szokásjoghoz az *opinio juris seu neccesitatis* is szükséges, vagyis hogy a szokás követése azzal a tudattal, meggyőződéssel történjék, hogy követői annak tartalmát (a benne foglalt jognézetet, elvet) jogszabálynak tartják s ezért azt mint ilyet követik, illetve abban a meggyőződésben vannak, hogy azt jogtételképpen követni kell. Azonban ez a szokás keletkezési alapjának s indokának nem minősíthető, mert a követés szükségének tudata éppen úgy fennforog a törvényben foglalt jogszabálynál is és az *opinio neccesitatis* úgy a törvénynek, mint a szokásjognak nem alapja, de következménye s ismérve gyanánt tekinthető,¹⁵ miután mindkettővel velejár az a tudat, hogy az érvényben levő jogi parancsot követni kell. Egyébiránt arra nézve, hogy a közmeggyőződés a szokásjogi elvet már tényleg érvényben levő jogtétel gyanánt ismeri-e el, vagy olyanak, amelynek jogszerűségi, igazságossági, méltányossági, stb. szempontból jogszabállyá kell vállnia, ismét különböző fel fogások (Rechtsmäsigkeitenstheorie, Gerechtigkeitsüberzeugung stb.) keletkeztek.¹⁶

A szokásjoggal dogmatörténeti és forrástani szempontból hazánkban *Schwarz Gusztáv*¹⁷ és *Kiss Géza*¹⁸ foglalkoztak, de meine Rechtsüberzeugung) mellett a gyakorlást mint együttesen működő keletkezési okot (mitwirkender Entstehungsgrund) ismeri el. *Savigny*, System, I. köt. 33—37. l. *Kiss G.* id. m. 93. l.

¹⁴ *Puchta*, Gewohnheitsrecht. I. 161. l.

¹⁵ *Schwarz G.* id. értek. 91. l.

¹⁶ *Zitelmann* id. értek. 400. l. *Kiss G.* id. m. 97. l.

¹⁷ *Szokásjog és törvényjog* c. tanulmányában. Jogállam. VI. évf. 83—110. l.

¹⁸ *A jogalkalmazás módszeréről* c. művében, Budapest 1909., főleg 83. s köv. l. és 714. s köv. l.

a jogszokásnak, mint *magyar* jogi kútfőnek mibenlétét s jelentőségét behatóbban egyikük sem vizsgálja. Kiss Géza ugyan némileg a jogtörténeti fejleményeket is figyelembe veszi, de műve mégis túlnyomóan a római jogra s ennek irodalmára, valamint általában a szokásjoggal dogmatörténeti szempontból foglalkozó művekre támaszkodik s bárha itt-ott a vonatkozó magyar jogi művekre, különösen Grosschmid „Jogszabálytan“-ára is hivatkozik, az országos szokásnak (*consuetudo regni*) jogtörténeti szempontból való vizsgálatát mellőzi s jobbra megelepszik a szokásjoggal foglalkozó magyar magánjogi irodalom termékeinek pusztá regisztrálásával.¹⁹ Ezért következtetései, fejtegetéseinek eredményei a jogszokásnak a hazai jogtörténet terén észlelhető kútfői szerepével s jelentőségével sokszor nem egyeztethetők össze.

Miután a *Gestattungstheorie* híveihez csatlakozik, azt hirdeti, hogy „a szokásjog a törvényhozó jóvoltából létezik s érvényesül“ és hogy a jogélet „prehisztorikus korszakában“ a szokásjog nagyobb súlyú volt ugyan, mint a törvény (vagy mint ő mondja, megelőzhette a törvényt), azonban a „romantikus“ és „kaotikus“ korszak, midőn a jogszabályok végeredményben a jogi meggyőződésre (népszellemre) voltak visszavezethetők, a jog írásbafoglalásával megszűnt: „A jog abban az értelemben, melyben ma szoktuk felfogni, csak a jogszabályok írásbafoglalásával keletkezik...“ „A reális jogtörténeti vizsgáldás alapjául szolgáló korszak ott kezdődik, ahol az írott jog keletkezik“.²⁰

Tehát Kiss Géza nézete szerint hazai jogunk egészen Werbőczy koráig, ki annak tételeit legelsőbben foglalta írásba. „prehisztorikus korát“ élte, amidőn reális jogtörténeti kutatásról nem lehet szó. Már pedig tudvalevőleg éppen Werbőczy előtti jogunknak okleveles kutatás útján való megvilágítása jogtörténeti szempontból legnagyobb jelentőségű, mert enélkül a későbbi jogfejlődést megérteni, sőt mai jogrendszerünk kialakulását és jellegzetes sajátosságait megmagyarázni nem volnánk képesek. Egyébiránt, mint már az imént említettük, mai magánjogunk is nagyobb részben szokás útján

¹⁹ Id. m. 85., 86. l.

²⁰ Id. m. 107. s k. l.

képződött jogtételekből áll; tehát Kiss Géának az álláspontja szerint még ma is jogéletünk „prehisztorikus“ korában élnénk. Továbbá az a megállapítása, hogy a szokásjog csak a törvényhozó engedélye alapján s az általa meghatározott korlátok közt érvényesülhet, jogdogmatikai szempontból megfelelő lehet ugyan (bár helyessége így is vitatható), a magyar jogfejlődés szempontjából azonban semmiképpen nem mondható igazoltnak. Hiszen köztudomású, hogy régi hazai jogunk túlnyomóan szokásból eredt, mely abban az időben elsőrendű, illetve generális kúttő volt annyira, hogy nálunk hajdan még a törvényekben foglalt jogtételek is a szokás által, a joggyakorlatban történt alkalmazás útján nyertek kötelező erőt.

Természetesen Kiss Géza, mivel szerinte szokásjog csak a törvényhozó engedélyével s az ez által megvont korlátok közt érvényesülhet, a derogatív szokásjog lehetőségét kétségbevonja. A szokásjog, úgymond, mindig úgy érvényesül, mint a törvény intenciójának a jogalkalmazó judicatura által való kifejtése. Midőn a bíró a törvény hézagát kitöltő jogszabályt állapít meg, az új jogviszonyra a törvényben foglalt rendelkezéssel analog elvet mond ki s így ez is jogalkalmazás, törvényt magyarázás, t. i. a régi viszonyok közt hozott törvénynek a változott viszonyoknak megfelelő értelmezése s alkalmazása. Sőt, ha a változás valamely külső körülménynél vagy egyéb mélyreható oknál fogva nagy mérvű s ezzel „egyenes arányban növekszik a hézag is“, ekkor a törvény mindinkább fehér lappá lesz, úgy hogy esetleg szabad hézagkitöltésnek lehet helye, ami látszólag derogatív, a törvénnyel ellentétes elvnek érvényesülését is lehetővé teszi.²¹ Csakhogy itt *nem látszólag, de valóban derogatív szokásjog forog fenn* és ezt Kiss Géza azért minősíti látszólagosnak, hogy az ilyen, t. i. derogatív hatályú szokás keletkezését a saját jogalkalmazási elmélete értelmében magyarázhatta meg.

Sokkal helyesebb felfogást árul el *Schwarz Gusztávnak* „Szokásjog és törvényjog“ c. tanulmánya, melyben több, a magyar jogtörténet szempontjából is helyes megállapítással találkozunk, pl. hogy Werbőczy Hármaskönyve, bárha a szokásjog feljegyzését tartalmazza is, nem törvénykönyv, hanem

²¹ Id. m. 220. s. k. 1.

írott szokásjognak minősíthető, mert maga a pusztá feljegyzés, törvényhozási szentesítés nélkül, a szokásjogot jus scriptum-má nem változtatta át. S ép oly helyes Schwarz Gusztávnak az a megállapítása is, hogy a szokás nem a törvényhozó jóvoltából keletkezik s érvényesül, mert „minden nép történetében előbb volt szokásjog, mint törvény“ és mert az újabb tapasztalás is azt tanúsítja, hogy ámbár „az újabb törvények nagyrésze megtiltotta, vagy gúzsba kötötte a szokásjogot, a szokásjog mégis vígan él“.²²

Kiss Gézának azzal a felfogásával szemben, hogy lényegében minden szokásjog, még a derogatív hatályú is törvényértelmezés, vagyis a törvényhozó intenciójának a jogalkalmazó judicatura által való kifejtése, — egészen ellentétes álláspontot foglal el *Erekly István*,²³ aki szerint a törvényt magyarázó szokás nem jogforrás és nem áll az, hogy a törvényt magyarázó szokás, a végeredményt tekintve, azonos lenne a törvénytől és törvénytrontó szokásokkal. Mert a pusztá magyarázat csakis annak a kifejtésére szorítkozik, ami *a törvényhozó akaratában már eredetileg is benne volt*, csakhogy ezt az akaratot a nem szabatosan szerkesztett törvényt szöveg nem tudta kellelőleg, illetve teljes egészében kifejezni. Szóval a pusztá magyarázat csakis a nem kellően szövegezett törvény helyes értelmének kifejtését jelenti, anélkül, hogy új jognak az alkotását eredményezné. Ellenben a törvénytől s törvénytrontó szokás nem a meglevőt hozza felszínre, hanem *új jogot létesít* olyan esetekre, melyeket a törvényhozó nem akart vagy nem tudott szabályozni, vagy szabályozott ugyan, de oly módon, hogy a törvényhozó akarat, illetve az azt kifejező jogtétel a változott viszonyok közt végrehajthatatlanná vált.

Igénytelen nézetem szerint az Erekly álláspontját kell helyesnek tartanunk. Törvényt magyarázó szokás útján új jog nem jön létre, tehát az ilyen szokás lényegileg nem egyéb, mint jogalkalmazás; ellenben a törvénytől s a derogatív szokás új jogszabályt eredményezvén, merőben jogalkalmazásnak nem minősíthető.

²² Id. értek., 82. l.

²³ Jogtörténelmi és közigazgatási jogi tanulmányok (1917), I. köt. 182. s köv. l.

Amint látjuk, a szokásjogi problémák tekintetében a nézetek mind a mai napig felette különbözök és a jogdogmatikai szempontból történt vizsgálódások a jogtörténeti eredményeket kellően nem veszik figyelembe. Ez a körülmény indított arra, hogy ezuttal annak a tudományos vitának az ismertetésével foglalkozzam, amely *hazai jogi irodalmunkban a szokás törvényrontó erejének kérdésére* nézve Werbőczy idevonatkozó tanítása nyomán kifejlődött.

Werbőczy a Tripartitum Előbeszéde 11. címének (Quomodo differt lex a consuetudine? et de triplici virtute consuetudinis) 3—5. §-aiban azt mondja, hogy a szokásnak *három ereje* van (triplicem habet virtutem): *a) magyarázó*, mert a törvényeknek legjobb magyarázója, miértis, ha a törvény kétséges, a helyi szokáshoz kell fordulnunk s ha ez felvilágosítást nyújt, nem kell eltérnünk attól az értelemtől, melyet a szokás adott; *b) törvényrontó*, mert lerontja a törvényt, ha ezzel ellenkezik és *c) törvényt pótló*, mert a törvényt pótolja, ahol ez hiányzik.²⁴

Majd a Prologus következő, vagyis 12. titulusának bevezetésében s 1. és 2. §-aiban azt fejtegeti, hogy ha a törvény avagy rendelet és a szokás egymással ellentétbe jönnek, melyiket kell követnünk? Erre a kérdésre akként felel, hogy *ha a törvény megelőzi az ellenkező szokást, akkor a szokás, ha általános, a törvényt általában s egészében megdönti*. Ha pedig a szokás helyi (particularis), akkor a törvényt nem általában, hanem csak azon a helyen dönti meg, ahol a szokás fennáll... Ha pedig a szokás előzi meg az ellenkező törvényt, akkor a szokás nem erősebb a törvéynél; sőt inkább a későbbi törvény a szokásnak az erejét lerontja. A kánonjogtudósok azonban — úgymond Werbőczy — az ellenkezőt tartják, azt állítván, hogy a pápa törvénye valamely helynek ellenkező szokását erejétől nem fosztja meg, hacsak a törvényben ez kifejezetten fel nem

²⁴ 3. §. Consuetudo autem triplicem habet virtutem. Scilicet interpretativam: est enim legum interpret optima, ideo lege existente dubia, debemus recurrere ad consuetudinem loci; et si de ea apparet, non est recedendum ab illo intellectu, quem consuetudo tribuit.

§. 4. Secundo, habet virtutem obrogatoriam, quia derogat legi, quando est contra legem.

§. 5. Tertio habet virtutem imitativam, quia imitatur legem, ubi deficit lex.

említetik, mert nem lehet a pápáról feltenni, hogy az ellenkező helyi szokásokat ismerje. Amiből megfordított okoskodással következtetjük, hogy ha valamely város vagy község saját szokásával ellenkező statutumot hoz, akkor ez eltörli a szokást, még ha arról említést nem tesz is, mert a városról vagy népről feltesszük, hogy a maga szokását ismeri. Mindezek alapján, Werbőczy szerint, két szabályt állapíthatunk meg. ú. m.: 1. hogy a később alkotott törvény a megelőző szokást érvényétől megfosztja és 2. hogy *a törvénnyel ellenkező későbbi szokás megerősíti az előző törvényt (quando lex praecedit, deinde sequit consuetudo legi contraria, tollit legem praecedentem)*. De ez úgy értendő, hogy ha a szokás általános s ha az a néptől ered, melynek hatalma van törvény s általános szokás alkotására, mert valamely helynek különös szokása csakis az illető helyen erősebb a törvélynél.

Werbőczynek a szokás hármasságáról szóló ez a tanítása lényegileg a római jog ide vonatkozó kijelentéseivel egyezik. T. i. ezek szerint is a szokás lehet 1. *törvénymagyarázó*, amennyiben, mint Julianus mondja, „optima est legum interpretatio consuetudo“;²⁵ 2. *törvénytöltő*, mert az esetre, ha nincsen törvény, a szokást követik, amely tehát ilyenkor a törvényt pótolja („...de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet quod moribus et consuetudine introductum sit“);²⁶ végül 3. *törvénytörő*, mivel „...leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogantur“.²⁷

A szokásnak a törvényhez való viszonyára nézve ugyanilyen értelmű megkülönböztetéseivel találkozunk a kánonjogban is,²⁸ amelynek forráshelyeit Werbőczy a szokás fogalmáról és kellékeiről szóló tanításában tetemes részben igénybe vette.²⁹

²⁵ D. 1. 3. 37.

²⁶ D. 1. 3. 32. pr.

²⁷ D. 1. 3. 32. §. 1.

²⁸ c. 8. X. 1, 4.: „consuetudo est optima legum interpretatio“; a consuetudo praeter legem és consuetudo contra legem tekintetében pedig: c. 5. D. 1. és c. 11 X. 1, 4., ahol IX. Gergely pápa a derogatórius szokásjog keletkezéséhez világosan kimondja, érvényéhez 40 évi időszükségletet (praescriptio) írva elő.

²⁹ Így pl. a szokásnak a Prol. 10. tit. princ.-ban adott meghatározását Werbőczy teljesen Gratian Decretumából merítette (c. 5. D. 1.) és

A szokásnak derogatórius erejére s hatására nézve a római jogban található elvi kijelentések azonban ellentmondók; mert, szemben Julianus most idézett nyilatkozatával, a későbbi római jog, illetve Constantinus császár a törvényelleni szokást érvénytelennek nyilvánítja, mondván: „*Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.*“³⁰ Ugyanezt mondja szószerint Gratian is,³¹ úgy, hogy az egyházjogban csak a decretalis jog ismeri el a törvény elleni szokást.³² És a római jogban s a kánonjogban található ezen ellenmondások hozták magukkal, hogy a szokás derogatórius erejének kérdése mind a mai napig vita tárgyát képezi.³³

a szokás kellékeire nézve (ut sit rationabilis et praescripta) a kánonjogi forrásokban, főleg a IX. Gergely ügylevélgyűjteményében (c. 11. X. 1, 4.) foglalt elveket a Prol. 10. tit. 3. és 5. §-aiban majdnem szószerint veszi át.

³⁰ C. 8. 52. 2.

³¹ c. 4. D. 11.

³² c. 11. X. 1, 4.; c. 3. in VI.^{to} 1, 4. *Friedberg szerint* (Lehrb. des kathol. und evang. Kirchenrechts. 6. kiad. 1909. 43. §. 3. jegyz.) „vor dem Ende des XIII. Jahrh. hatte eine Gewohnheit überhaupt keine dem Gesetzte derogierende Kraft, und noch zur Zeit der Gregor. Kompilation war die Frage so zweifelhaft, dass sie eigens in c. 11. X. 1, 4. entschieden wurde“. Ugyanezen rendeletével IX. Gergely a törvényrontó szokásjog el-
 évülésére 40 évi időt szabott elő. A mai egyházi törvénykönyv (Codex Juris Canonici) pedig nemcsak hogy törvényrontó szokást ismer, de szokásnak még *olyan törvény ellenében* való keletkezhetését is elismeri, mely *szokásjogot eltöltő záradékkal van ellátva*; csak hogy ez esetben a szokásnak, illetve a *szakadatlan gyakorlatnak száz évesnek vagy emberemlékezetet meghaladó időn át tartónak* kell lennie (can. 27. §. 1. *Iuri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest aliquatenus derogare; sed neque iuri ecclesiastico praeiudicium affert, nisi fuerit rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos praescripta; contra legem vero ecclesiasticam quae clausulam contineat futuras consuetudines prohibentem, sola praescribere potest rationabilis consuetudo centenaria aut immemorabilis*).

³³ A derogatórius erőt kifejezetten tagadják: *Thibaut* (Pandekt. 17. §.), *Laband* (Staatsrecht I. 57. §.), *Adickes* (id. m. 71. s köv. l.), *Rosenthaler* (Gesetz und Gewohnheit. Dokt. dissert. 1893.) s nálunk *Kiss Géza* (Id. m. 86., 87., 102. s főleg 214. s köv. l.) és általában a Gestattungstheorie hívei. Elismerik pedig: *Savigny* (System, d. heut. röm. Rechts, I. k. 196. s köv. l.), *Thöl*, (Handelsrecht I. 11. §.), *Eichhorn* (Einl. in das deutsche Privatrecht. 9. kiad. 26. §.), *Windscheid—Kipp* (Lehrb. 18. §.), *Esser* (Über die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts, 1889.), nálunk *Schwarz G.* id. értek. 86. l.

A Tripartitum idézett helyein (illetőleg az Előb. 11. c. 4. §.-ában, valamint a 12. c. princ.-ban és 1. s 2. §.-ában) Werbőczy világosan elismeri, hogy *a szokásnak törvényrontó ereje (mint ő mondja, virtus obrogatoria)* is lehet. Ugyanez kitűnik a II. R. 2. c. 9. §.-ában foglalt következő nyilatkozatából is: „... quando priores leges, vel constitutiones fuerunt silentio praetermissae, sic quod nulla mentio habeatur de prioribus, per posteriores super variatione, vel immutatione earundem: tunc priores leges vigorem habere dignoscuntur, si contrarius usus populi illis non praeiudicaverit. *Nam usus realis et continuus saepe tollit legem*“. Vagyis a későbbi törvény, ha a korábbi-ról említést nem tesz, illetve azt kifejezetten érvénytelennek nem nyilvánítja, hatályában ezt a korábbi törvényt meghagyja ugyan, de ez mégis erejét vesztheti, ha vele ellenkező szokás jön létre. *Mert a tényleges és folytonos gyakorlat sokszor törvényt ront.*

A Tripartitumnak ezen tételeit, melyek a szokásnak a törvénnyel egyenlő rangú és hatályú kútfői minőségét juttatják kifejezésre,³⁴ már *Kithonich* is kifogásolta,³⁵ úgy vélvén, hogy Werbőczynek a szokás törvényrontó erejére vonatkozó ez a tanítása nem felel meg a magyar jogi álláspontnak, mivel, mondja, „Werbőczy in dicto Prologo sui Tripartiti, cap. 10. tantum indulserit Consuetudini, ut paene quamlibet Legem, per eam, non gravate subvertendam existimaverit“, vagyis *Kithonich* szerint a Prologus e helyén Werbőczy annyira nagy erőt tulajdonít a szokásnak, miszerint általa bármely törvényt könnyen megdönthetőnek vél. Majd hozzát teszi, hogy Werbőczy itt inkább *idegen* (t. i. római jogi) *tanítást hangoztat, melyet a hazai joggal nem egyeztet össze*, és mégis hazai jogi felfogás gyanánt állítja oda, holott ez a felfogás a szokás és törvény erejére nézve más, mint a római jog tanítása. (Mint *Kithonich* szövegrint mondja: „Quod non miror, siquidem *ibi aliena potius pertractaverit, quam propria suo instituto accomodaverit*, et praefixerit, ut facile quilibet advertere potest.“)

Kithonich ezt a nézetét kétségtelenül arra alapította, hogy Werbőczy a római s egyházi jogot együttesen az európai ke-

³⁴ *Grossschmid B.* Jogszabálytan, 399. l.

³⁵ *Kithonich*, Directio methodica, cap. I, quest. 9.

resztény társadalom *közös joga (ius commune)*, vagy mai elnevezéssel ú. n. európai anyajog (alapjog) gyanánt fogja fel és a *lex* szót általában *e két jogrendszer tételeinek a megjelölésére használja*, amelyekkel szemben a hazai jogszabályok összeségét, tekintet nélkül keletkezési forrásaikra, *consuetudo regni, ius consuetudinarium, ius municipale sive statutarium* szavakkal jelöli meg. *Ilyen értelemben veszi* — Kithonich szerint — a *lex* és *consuetudo* szavakat Werbőczy a Hármaskönyv Előb. 12. címében is, ahol a jogszokás derogatórius erejének kérdését azon megkülönböztetés alapján mondja eldöntendőnek, hogy a *lex* előzi-e meg időbeli sorrendben a szokást avagy megfordítva. Vagyis amidőn a törvényrontó szokásjog létjogosultságát megállapítja, a *hazai objektív jognak derogatórius erejét* jelenti ki *a vele ellentétes előző római jogi tétellel szemben*.

Csakhogy Werbőczy szóban forgó nyilatkozatának ilyen értelmezése azt feltételezné, hogy a római jog szabályai, ő szerinte, Magyarországon tételes jogi erővel bírtak volna. Már pedig bármily nagy elismeréssel s tisztelettel nyilatkozik is Werbőczy a római jogról, Hármaskönyvében sehol sem mondja azt, hogy annak szabályai hazánkban tételes jogi erejűek lennének;³⁶ aminthogy ilyen erőt azoknak nem is tulajdoníthatott, mert hiszen tudvalevőleg a magyar nemzet a római jogot soha nem recipálta.

Éppen azért nem fogadható el az az értelmezés, melyet Kithonich Werbőczynek a szokás derogatórius erejét megállapító nyilatkozatáról nyújt. Különbözik az ily értelmű magyarázatot — nézetem szerint — az a körülmény is kizárja, hogy a római jog összes tételei időrendileg *csakis megelőzik*, de soha nem követik a hazai jogot és így a szokásjog derogatórius erejének eldöntése tekintetében Werbőczy által tett megkülönböztetésnek (a törvény előzi-e meg a szokást, vagy a szokás a törvényt) egyáltalán semmi értelme nem lenne. Tehát Wer-

³⁶ Habár „a Hármaskönyv mindenütt igen nagy tisztelettel és magasztalólag emlékezik a római jogról“, és azt „mintegy piedesztálra“ állítja, mindazáltal semmi alapja sincs annak a nézetnek, hogy „a Hármaskönyv szerzője a római jogforrásokat nálunk, bár csak a legkisebb részben s bárha csak mint... legtávolabbi segédjogokat is érvényben állóknak tekintette volna“, mondja *Grosschmid B.* Jogszabálytan, 408. l.

böczynek a törvényrontó szokásról szóló tanítása nem a hazai jogot és a római jogot (mint Kithonich véli), de *a jognak két forrását, a szokást és a törvényt állítja egymással szembe.*

Ellenben a derogatórius szokás tekintetében teljesen egyezik Werböczy tanításával *Szegedinek* az álláspontja, amely szerint az ésszerű s idősbült szokás, ha az emberi törvénnyel ellenkezik, minden ilyen törvényt érvénytelenít, legyen az akár egyházi, akár világi. („Si vero consuetudo rationabilis et praescripta, sit contra legem, tunc tollit legem positivam humanam, tam civilem, quam canonicam“). És pedig, ha a szokás általános, úgy a törvényt általánosan, egész tartalmában lerontja, ha pedig részleges (helyi), úgy partikulárter, t. i. azon a helyen dönti meg, ahol a szokás érvényben van. De a természetjog, a ius divinum és a ius gentium szabályainak érvényét semmiféle szokás nem szünteti meg; mert minden szokás, mely azok ellen irányul, inkább jogrontásnak (corruptela iuris), semmint ésszerű szokásnak mondható. Majd Szegedi Werböczynek a szokás derogatórius erejéről szóló tanítását Kithonichcsal szemben védelmébe veszi, mondván: „Bárha Kithonich műve I. fejezetének 9.-ik kérdésében rosszalja, hogy Werböczy annyi erőt tulajdonít a szokásnak, hogy általa bármely törvényt megdönthetőnek vél; ámde Werböczynek ez a tétele csak arra az esetre értendő, ha a törvény megelőzi a szokást; mert viszont ha a törvény későbbi a szokásnál, úgy ezt megdönti. S ezután, mint Werböczy, úgy Szegedi is megjegyzi, hogy a törvény és a partikuláris szokás egymáshoz való viszonya tekintetében a hazai jog szabálya nem egyezik a kánonjogéval, mert ez utóbbi szerint a későbbi törvény a korábbi partikuláris szokást nem törli el, hacsak ez a törvényben világosan kimondva nincsen, mivel nem lehet feltételezni, hogy a pápa a partikuláris, helyi szokásokat ismerje.³⁷

Tehát a szokás törvényrontó erejéről Szegedi semmi újat nem mond, hanem csupán ismételi azt, amit Werböczy kinyilatkoztat. Mert hiszen a szokás Werböczy szerint is csak abban az esetben dönti meg a vele ellentétes törvényt, ha ez a szokást időbelileg megelőzi.

³⁷ Szegedi J. Tripartitum iuris Hungarici Tyrocinium. Tyrnav. Anno 1751. tit. 11. §. 12. (Pag. 54.)

Husztly István,³⁸ a XVIII. század nagy hírű professzora már a modern jogi felfogásnak megfelelően értelmezi Werbőczynek a szokás derogatórius erejéből szóló tanítását. Ő igen részletesen s felette érdekes okfejtéssel tárgyalja a törvény elleni szokás jogosultságának és előfeltételeinek kérdését. Mindenek előtt csoportosítja azokat az érveket, melyeket a *consuetudo contra legem* ellenében fel szoktak hozni. Ezek pedig szerinte a következők: 1. a törvény elleni szokás nem lehet ésszerű, mert ellenkezik a törvénnyel, amely ésszerű; éppenazért 2. a törvény ellenére végbe vitt cselekvények tiltottak s akik a törvénnyel ellenkező szokást létesítenek, ilyen bűnös cselekvényeket visznek végbe; 3. a szokásnak törvényesen elévültnek (*legitime praescripta*), tehát jóhiszeműleg gyakoroltnak kell lennie; már pedig a *bona fides* nem foroghat fenn azoknál, akik tudatosan, szándékosan hágják át a törvényt s ezt vele ellenkező cselekvények által akarják érvényteleníteni; 4. a Hármaskönyv szerint (Prol. tit. 11.) a szokás törvény gyanánt szolgál, amikor hiányzik a törvény (*consuetudo pro lege suscipitur, ubi deficit lex*), ezért sem törvényt magyarázó, sem törvényrontó szokásról nem lehet szó. És miután 5. a szokás a törvénnyel vagyis az ésszerűséggel szemben nem érvényesülhet, ezért 6. a törvény ellen sem statutumot alkotni, sem szokást létesíteni nincsen megengedve.

Ezeket a tételeket aztán Husztly egyenként megcáfolja és ez által bizonyítja be a törvényelleni szokásnak a létjogosultságát. Nevezetesen a fentiekkel szemben a következő ellenérveket hozza fel: ad 1. a régebbi törvényt eltörlő újabb törvényt ésszerűnek tartjuk, már pedig *amint a törvénnyel ellentétes újabb törvény, úgy a törvénnyel ellentétes újabb szokás is ésszerű lehet*. Azonban itt, ugymond Husztly, különbözetünk kell aszerint, hogy a szokásról *in fieri*, avagy *in facto* van-e szó. Ha a szokást *in fieri* vesszük szemügyre, úgy az a még érvényben levő törvény, azaz valami ésszerű ellen akar érvényesülni s így nem megengedett; ellenben ha a szokást *in facto* tekintjük, vagyis valamely tényleg létre jött derogatórius szokásról van szó, ez esetben már a törvény (a fennálló tényle-

³⁸ *Jurisprudentia practica. Agrariae. 1728. Lib. primus. Prooemium, tit. 4. (Pag. 43—45.).*

ges gyakorlat folytán) megszűnt s így az sem rationabilis, sem irrationabilis nem lehet, mert „non entis nullae qualitates.“ Azonfelül általánosságban a törvény ésszerű lehet ugyan, de mivel a helyi körülmények változhatnak, illetve újabb körülmények merülhetnek fel, avagy a régiak megszűnhetnek, ennél fogva *a körülmények megváltoztával a törvény indokoltsága is megváltozik (mutatis circumstantiis etiam ratio legis mutatur)* s ezért a törvény ellen keletkezett szokás, *feltéve, hogy a ratio legis megszűnt*, ésszerű lesz; ad 2. igaz, hogy a törvény elleni cselekvények tiltottak, de csak azzal a feltételezéssel, hogy e cselekvények végezhetnek, bárha a törvény alkotásakor fennforgott körülmények nem változtak meg; vagy hogyha a szokásbeli cselekvények gyűlölségből, kedvezésből, kérelemre avagy jutalmazásképpen s más ilyen indítékből avagy merőben a törvény indokolatlan áthágása céljából végeztetnek; ad 3. a bona fides hiánya nem minden olyan cselekménynél, mely törvényellenes, forog fenn, hanem csak a most jelzett motivumokból végzeteknél; ad 4. igaz, hogy Werbőczy szerint a szokás a törvényt pótolja, ahol ez hiányzik; ámde ez csakis a törvényt pótló szokásra (consuetudo praeter legem) vonatkozik és ebből nem következik, hogy másféle szokás is ne jöhetne létre. Különben az „ubi deficit lex“ akként értelmezendő, hogy valamely esetre vagy nem létezik, illetve egyáltalán nem hozatott törvény, vagy van ugyan törvény, de az a vele ellenkező szokást létesítő cselekvények hatálya folytán érvényét veszítette; ad 5. a szokás a törvénnyel nem ellenkeezhetik ugyan, de ez a szabály csakis úgy értelmezhető, hogy amíg a törvény létezik vagyis míg indokoltsága fennforog (quamdiu lex illa et ratio legis durat), addig a szokás vele nem ellenkeezhetik; de nem áll ez a szabály az esetre, ha maga a törvény vagyis a ratio legis már elenyészett; ad 6. a statutumra nézve, igenis, törvényes követelmény, hogy az a törvénnyel ne ellenkeezék, mert a statutum a törvényt kifejezetten s tüstént (momentanee) megszüntetné; ellenben a szokásra nézve ilyen kellék nem létezik, mert ennél hallgatólagosan és successive következik de új jogszabály létesítése avagy általa a törvény eltörlése és mert a Hármaskönyv III. R. 2. c. 5. §-a a törvényellenes statutumok alkotását kifejezetten megtiltja. Huszty nézete szerint tehát a törvény ellen csak akkor származik szokásjog, ha a tény-

leges gyakorlat egyes aktusaiból nyilvánvaló, hogy a változott körülmények folytán a törvény ratiója elenyészett s így a törvény is megszűntté, illetve alkalmazhatatlanná vált. De még ez esetben is szükséges, hogy a szokásbeli cselekvények ne gyűlölködésből, kedvezésből, jutalomképen stb. s ne merőben a törvény indokolatlan áthágása céljából végeztessenek.

Eszerint a derogatív szokásjog keletkezése és létjogosultsága tekintetében Huszty nézete lényegileg azon, ma is irányadó elven nyugszik, hogy cessante ratione legis cessat ipsa lex.

Kövy Sándor³⁹ ugyancsak bizonyos módosítással fogadja el Werböczynek a szokás törvényrontó erejéről szóló tételeit. A szokást, úgymond, a vele ellenkező törvény és generalis szokás lerontja, éppenúgy, mint az írott törvényt is (Consuetudo . . . tollitur lege scripta, et consuetudine generalis, prout lex scripta.), tehát *elismeri a generalis szokásnak derogatórius erejét*. De hozzát teszi, hogy partikuláris szokás az 1647:LXXVIII. t.-cikk értelmében az írott törvénnyel szemben nem érvényesülhet. T. i. a Kövy által itt idézett törvényhely szerint a városi törvényhatóságoknak az ország köztörvényeivel ellenkező statutumai és szokásai a nemesek ellenében mit sem használnak [„Statuta eorum municipalia (azaz a városi törvényhatóságok által alkotottak) et consuetudines communibus legibus regni contrarietantes, contra nobiles non suffragentur.“] Holott a Hármaskönyv szerint (Prol. 12. c. princ.) bármely partikuláris szokás (tehát városoké is) azon a helyen, ahol érvényben van, a törvényt megszünteti. A Hármaskönyv ugyan a városi statutumokra nézve ugyanezt mondja ki, de a városok partikuláris szokásáról ezt nem említi s így érzésben az Előbeszéd most idézett titulusában foglalt rendelkezés, hogy t. i. a helyi szokás az előző ellentétes általános törvényt az illető helyen (ahol a szokás fennáll) megdönti, érvényben maradt egészen az 1647-iki törvény ide vonatkozó határozmányának meghozataláig, amelynek folytán, mint Kövy helyesen mondja, a helyi szokásnak ilyen hatálya megszűnt. Itt tehát a törvénynek már nagyobb erő tulajdonítatik a partikuláris szokással szemben, mint a Hármaskönyv Előb. 12. titulusában.

³⁹ Elementa iurisprudentiae Hungaricae. S. Patakin, 1823. Introductio §. 14.

Leghatározottabban elútasító álláspontot foglal el nemcsak a derogatív, de egyáltalán bárminő szokásjoggal szemben *Georch Illés*, aki azt állítja, hogy a szokásnak sem törvénymagyarázó, sem törvénypótló s annálinkább törvénytörő ereje nem lehet, mert az 1791:XII. t.-cikk világosan rendel, hogy „a törvények alkotásának, eltörlésének és magyarázásának hatalma Magyarországon és a hozzá kapcsolt részekben... a törvényesen megkoronázott fejedelmet és az országgyűlésre törvényesen egybegyűlt országos Karokat és Rendeket közösen illeti s rájtok kívül nem gyakorolható...” és így a törvény szuverén ereje felett álló szokást a modern állam jogrendje nem ismerhet el. Továbbá, úgymond, nemcsak a törvény értelmével, de a törvényhozó méltóságával sem fér össze, hogy a törvény által lekötelezettek tetszésétől és kényétől függhessen a törvényhozó hatalom által kinyilatkoztatott írott törvényt követni avagy nem követni és a törvény iránt engedelmességre kötelezetteknek joguk legyen a törvényben foglalt parancsokat nem teljesíteni, avagy a benne tiltott cselekvést elkövetni.⁴⁰

Hasonlóképpen tagadja a törvényrontó szokás lehetőségét — legalább is a magánjog területén — *Frank Ignác*,⁴¹ aki a törvény és szokás egymáshoz való viszonyát vizsgálva és előrebocsátva, hogy az a kérdés, vajjon a törvényt a szokás megdöntheti-e, nem könnyen dönthető el, — annak a nézetnek ad kifejezést, hogy a büntetőjogi és a peres eljárási törvények, ha idővel a körülmények megváltoznak, helyes voltukat elvesztik s ezért félre tehetők; sőt ez olykor a közjog terén (mint ő mondja, az ország kormányában) is előfordul. Ellenben azon törvényekre nézve, melyek a jószágot illetik, t. i. elhatározzák, hogy mi kié legyen (*quid cuiusque sit?*), a dolog másképen áll, mert az ezekre vonatkozó törvényt másoknak sérelme, kára nélkül nem lehet félretolni s ezért *az ilyen törvény ellen szokásjog nem jöhet létre*. Mert hogy „ismételt sérelmekből, törvénytelen és igazságot gázoló tettekből törvénytelen szabás támadjon, ez valóban veszedelmes állítás volna, mely a törvények tekintetét egészen megszüntetné, a közigazságot végtelenül megzavarná, az országot felforgatná.”

⁴⁰ *Georch Illés* Törvényes tárgyú értekezései (Pest, 1833.) II. Értekezés: Bírjon-e a szokás tovább is törvénytörő erővel? 16—31. l.

⁴¹ A közigazság törvénye Magyarhonban, I. köt. 42. §.

Ebbeli véleményének támogatásául hivatkozik Frank⁴² a régi Kúriának a Planum Tabulare-ban található⁴³ egyik döntésére (Dec. 18. pign. ex comit.), amely így szól: „Fassiones sub privatis sigillis perennaliter celebratae, ad mentem Part. 2. Tit. 13. §. 4. et Articuli 47. 1723. semper sapiunt pignus, etiamsi in loco illo, ubi fassio celebrata fuit, contrarius usus vigeat, quia privata statuta legi publicae derogare non possunt, adeoque usus ille potius pro abuso reputari debet. Utraque Tabula.“ Vagyis, hogy a magánpecsét alatt vegbement örökvallással történt elidegenítések az 1723:47 t.-c. értelmében csakis zálogot eredményezhetnek, még ha azon a helyen, ahol az örökvallás vegbement, ellenkező szokás lenne is gyakorlatban; miután a magán-, azaz helyi statutumok a köztörvényt le nem ronthatják s az ilyen szokást inkább abususnak kell tekinteni.

Azonban ami Franknak azt a nézetét illeti, hogy a *consuetudo derogat legi* elve azért tarthatatlan, mert törvénytelen tettekből jogszabály nem kelekezhetik, erre Grosschmid azt az igen helyes ellenvetést teszi, hogy törvényrontó szokás és nyílt törvénszegés vagy törvénytelenység igen távol esnek egymástól. Hiszen a törvényrontó szokás rendszerint az illető törvény alapján keletkezik, amennyiben eleinte a joggyakorlatban a törvény eredeti értelmétől való eltérés csak igen kis szerepet játszik; de később a törvény alkalmazhatatlanságának indokai mindinkább erősbödnek s önállósulnak és ekkép fokozatosan „lassú megnövekvésképen“ alakul ki a szokásjogi tétel és a törvény értelme közti ellentét.⁴⁴

Emellett, mint erre már régebbi jogászok is reámutattak, a törvényelleni szokás létjogosultsága azért sem nyugszik törvénszegésen, mert az ilyen szokás „az ép, teljesen egészséges, hasznos törvény ellen nem irányul“, hanem a körülmények megváltoztával alkalmazhatatlanná vált törvényt törli el.^{44/a}

⁴² U. a. m. 42. §. c. jegyz.

⁴³ Planum Tabulare sive Decisiones Curiales per Excelsam Deputationem a piae memoriae Imperatrice et Regina Hungariae Diva Maria Theresia eatenus ordinatam Collectae et in ordinem redactae Anno 1769. Budae, 1825. (Pars II. Sectio III. 982. sz. Dec. 18.)

⁴⁴ Grosschmid, Jogszabálytan 427. s köv l.

^{44/a} Így „Felelet e című értekezésre: A szokásról törv. értelemben“, 327. l.

Hivatkozik továbbá Frank az 1723:XV. t.-cikknek 1. §-ára, mely kimondja, hogy a budai vám kivételével mindenféle, akár királyi, akár földesuri javakon létező szárazvámok, nemkülönben olyan folyó partján levő vámok, amelyen hid nincsen, megszüntetendők, non obstante etiam antiquo usu vel privilegio, alioquin contra positivas leges subsistere non valente. Azonban itt nem valamely ellenkező gyakorlat folytán a törvény ellenére létrejött objektív jogról van szó, hanem egy olyan konkrét alanyi jogról, melyet eddig az illető földbirtokosok a tényleges gyakorlat útján szerzett állítólagos jogcímre támaszkodva vettek igénybe s a törvény az ilyen alanyi jogot szünteti meg, bárha az tényleg s huzamos időn át gyakoroltatott volna is. Ellenben szó sincs arról, hogy az idézett dekrétumhely a törvényt a szokással, mint kútfővel s különösen olyan constellációban állítaná szemközt, hogy a törvényt a későbbi ellentétes szokás lerontja.⁴⁵ S különben is alig képzelhető, hogy ily nagy elvi jelentőségű kérdést a törvényhozás mintegy mellékesen odavetett nyilatkozattal akart volna eldönteni.

A törvény elleni szokásjog keletkezésének lehetőségét, illetve létjogosultságát Georch Illésen és Frank Ignácon kívül még kétségbe vonják: „A szokásról törvényes értelemben“⁴⁶ és „A Consuetudo szónak értelme törvényeink szellemében“⁴⁷ c. értekezések magukat meg nem nevező szerzői, valamint *Dósa Elek* is az erdélyi köz- és magánjogot rendszeresen feldolgozó művében.⁴⁸ Álláspontjuk támogatására (a Georch által hangoztatottakon kívül) a következő érveket hozzák fel:

I. Werbőczynek a Hármaskönyv Prol. 12. c.-ben és II. R. 2. c. 9. §.-ban foglalt az a tanítása, hogy ha a törvényt az azzal ellenkező szokás követi, úgy ez az írott törvényt megsemmisítheti, mérőben történeti előadás. Itt ő csak előterjeszti, leírja azt az egykori jogállapotot, midőn még a jogszabályok úgyszólván csakis szokás útján keletkeztek, s írott törvény gyanánt csakis a római és kánonjog tételei ismertettek el. Azonban éppen ezen jogállapot

⁴⁵ *Grosschmid*, Jogszabálytan 417. l.

⁴⁶ Nemzeti Társalkodó, Kolozsvár, 1834. I-só félesztendő, 1. sz. (Már idézve jelen mű 1. jegyz.-ben).

⁴⁷ Tudományos Gyűjtemény. 1841. I. köt. 28—53. l. (Idézte jelen mű 1. jegyz.-ben).

⁴⁸ Erdélyhoni jogtudomány (Kolozsvárt. 1867.) I. köt. 23—26. §.

megszüntetése végett volt szükség a Hármaskönyv megalkotására, vagyis az eddig divatozott szokásjognak írott joggá átváltoztatására.⁴⁹ A Tripartitum szerinti szokás, különösen a derogatív erejű szokás tehát ellenkezik a Hármaskönyvnek az országgyűlés és II. Ulászló király által is megjelölt céljával. Hiszen a Tripartitum jóváhagyásában a király azt mondja, hogy voltak ugyan azelőtt is bizonyos jogszabályok, de ezeket, mivel nem voltak írásba foglalva, inkább szokásoknak lehetett ne-

⁴⁹ Különösen „A szokásról törvényes értelemben“ (Nemzeti Társalkodó, 1834. évf. 1—23. l.) és „A Consuetudo szónak értelme törvényeink szellemében“ (Tud. Gyűjtemény, 1841. évf. I. köt. 28—53. l.) c. értekezésekben találjuk ezt az ellenvetést a törvényrontó szokásjoggal szemben. Az utóbbi közlemény szerzője szerint, midőn Werbőczy a Hármaskönyv II. R. 6. címében elmondja, hogy Magyarországnak majd minden joga a pápai és császári jogból eredt, de mégis ennek a hazai jognak (municipális consuetudo) három forrása van, ú. m. az országos dekrétumok, a királyi rendeletek és az ország rendes bírának ítéletei, — akkor ő tulajdonképen csak elbeszéli, hogy miként keletkezett s fejlődött mai jogrendszerünk. Itt Werbőczy a „törvénykezési rendszer történetét“ adja elő, ami onnan is világosan kitűnik, hogy e cím 12. §.-ában azt mondja, miszerint törvénykezési rendszerünket Károly király hozta be Franciaországból és valamint itt a törvénykezés történeti fejlődéséről beszél, úgy minden más, ami a titulusból foglaltatik, csak a multról szóló, tehát történeti előadás. Ily értelemben veendő az a tanítás is, hogy az ország rendes bírának ítéletei a hazai jog forrásai közé tartoznak. Régen ugyanis az országgyűlési végzemények még nyomtatásban nem jelentek meg, csak néhány írott példányban az ország levéltáraiban őriztettek s ezért a törvényekben foglalt szabályok megismerését nem magukból a dekrétumokból, hanem gyakorlati alkalmazásból lehetett meríteni. T. i. a bírák az akkor divatos mód szerint a peres ügyek elintézése végett az országban szerteszéjjel járván és az összesereglett nép hallgatván az ítéleteket, midőn hasonló jogesetek merültek fel, emlékezetükben maradt, hogy előzőleg már ez s ez a bíró hogyan ítelt és a nép magát ehhez alkalmazta s így a törvények is alkalmaztatásuk, szokás útján jutottak a köztudatba. Werbőczy tehát, mondják az id. értek.-ek szerzői, a szóban forgó titulusból az ő idejéig létezett s általa írásba foglalt hazai szokásjog kútfőit sorolja elő s ily értelemben említi azok közt az ország rendes bírának ítéleteit is, mondván, hogy törvénykezési rendszerünknek ezek is konstitutív tényezői voltak. Ámde mivel mindig perfectumban beszél („ex iudicium ordinariorum regni... consuetudo ipsa emanavit“), ebből világos, hogy Werbőczynek ez az előadása csak azt jelentheti, hogy a bírói ítéletek az ő koráig érvényben volt s általa feljegyzett országos szokásjognak a forrásai voltak, de nem azt, hogy a bírák ítéleteiből szokásjog ezután is fog keletkezhetni. (L. főleg Tud. Gyűjt. id. köt. 41. l.)

vezni, („...quae quia nulla scriptura continebantur, consuetudines potius appellari poterant“); s az ország törvényeinek különféle ingadozó értelmezéséből nagy visszasságok keletkeztek, illetve a törvények és szokásjogi szabályok sokféle értelmezését az tette lehetővé, hogy a jogokat az írásba foglalás nem támogatta, s ezeknek különféle értelmezése nagy zavart és jogbizonytalanságot okozott: A király azért rendelte el az ország jogainak írásba foglalását, mert a törvényszékek: „in judiciis decernendis et iustitiae administratione non sola consuetudine quae plerumque mutari et labilis esse solet, sed iure scripto et fidelissimis litterarum monumentis illustrato niterentur.“ Tehát Werbőczy Hármaskönyvének célja az volt, hogy megszűnjön az a jogbizonytalanság, melyet a szokásjognak az írott törvény kötelező erejét gyengítőleg, sőt megsemmisítőleg elhatalmasodott volta okozott. Vagyis a király s az országgyűlés, valamint Werbőczy azt akarták, hogy az igazságszolgáltatás határozott, világos értelmű írott törvényekre alapíttassék. Ámde a jogrend szilárdsága érdekében hangoztatott ezen kívánatokkal hogyan fér össze az írott törvény erejét gyengítő derogatív szokásjog megörökítése?⁵⁰

2. Erkölcsi szempontból megengedhetetlen, hogy törvényellenes cselekedetektől (már pedig a derogatív szokásnak törvényellenes cselekményen kell kezdődnie) jogszabály jöhessen létre. Hiszen tilalmas tetteből azért, mert többször vitték végbe, kötelező szabály nem származhat, mert ez a törvény iránti tisztelet, bizalom és engedelmesség meggyengítésére s a törvény tekintélyével biztosított és szentesített jogrend megingatására vezetne.⁵¹

3. Törvény elleni szokást csak azon egyének és testületek létesíthetnének, akiknek jogalkotó, jurisdikcionális hatalmuk van, ú. m. a fejedelem, a végrehajtó hatalom szervei, a közhivatalnokok és bíróságok. Csakhogy a fejedelem a törvények megtartására van az alkotmány által kötelezve s így azokkal ellenkezőleg nem cselekedhetik és hogyha ezt tenné is, az ilyen cselekvényei érvénytelenek lesznek. Nem hozhat létre törvényelleni szokásjogot a nép sem, mert azt, mint illet a törvényhozó

⁵⁰ L. erre nézve: *A szokásról törvényes értelemben* c. ért. 12. l.

⁵¹ Így: *A Consuetudo szónak értelme* stb. c. értek. 43–45. l. és *Dósa Elek*, id. m. I. köt. 25. §.

hatalomban alkotmányjogilag előírt módon való részvételen kívül semmi jogalkotó külön hatalom nem illeti, s különben is a polgárok összesen, úgy, mint egyenkint a törvényeknek engedelmeskedni, cselekményeikben azokhoz alkalmazkodni kötelesek. De a nép s a fejedelem együttesen sem létesíthetnek törvényellenes szokásjogot, mert hiszen e kettőnek, mint a törvényhozó hatalom birtokosának együttes aktusa, ha egy eddigi törvény eltörlésére irányul is, jogszabályt csak a törvényhozói akaratnak kifejezetten (*expresse*) történő kinyilatkoztatása által hoz létre, s az ilyen nyilatkozat azonnal törvényt lesz, holott a szokás alapja a *tacitus consensus populi*. A végrehajtó hatalom központi szervei, illetve az állam tisztviselői pedig semmi esetre sem létesíthetnek törvény elleni szokást, mert hivatali esküjük szerint kötelezvék a törvények megtartására. Az autonóm közönségeknek van ugyan statutum-alkotási joguk, azonban már Werbőczy kinyilatkoztatta, hogy „*contra generalia statuta et decreta Regni... nil quidquam constituere possunt*“. S az ítéldbíráknak, még a legfőbb törvényszékeknek törvényellenes ítéletei által sem keletkezhetik olyan aktus, mely törvény elleni jogszabályt teremthetne meg; bárha kétségtelen, hogy, mint ezt még a törvényrontó szokásjogot a leghatározottabban elutasító Dósa Elek is elismeri, a bírák ítéletei „leghatalmasabb eszközévé válhatnak a törvényrontó szokás létesítésének“. Azonban a bírák, mint azt hazai törvényeink nyomatékosan előírják, a törvények szerint tartoznak ítélni, illetve a jogeseteket a törvények alkalmazásával kell eldönteniök. Ezt Werbőczy is a *Tripartitum* számos helyén világosan kinyilatkoztatja. Így a Prol. 6. c. 13. §.-a szerint „*cum leges institutae fuerint, non erit postea judicandum de ipsis, sed oportebit iudicare secundum ipsas*“ s a Prol. 15. tit. 1. §.-a rendeli, hogy „*judex bonus nihil ex arbitrio suo facit, sed secundum leges, et iura pronunciat*“, a II. R. 2. c. 10. §.-a szerint pedig „*dum novae leges fuerint introductae, tunc secundum illas oportebit iudicare*“; sőt még a törvény magyarázatára is Werbőczy szerint nem a bíró, de az van jogosítva, aki azt megalkotta („*si tamen quid ambiguum, vel obscurum fuerit; eius est interpretari, qui condidit*“, Prol. 6. c. 12. §.).⁵²

⁵² A szokásról törvényes értelemben, 18—20. l.

4. Közjogi tekintetben is felette aggályos dolog volna, hogyha a joggyakorlat útján törvényrontó szokás keletkezhetnék, mert ez a főhatalom három funkciójának, a törvényhozásnak, jogszolgáltatásnak s kormányzatnak az összezavarására vezetne, s a törvényhozó hatalom működése gyengítettetnék, sőt eredménytelenné válnék, ha a jogalkotó hatalom azok által is gyakoroltatnék, akiknek arra az alkotmány szerint nincsen jogosultságuk.

5. Szent Istvántól kezdve mostanáig egyetlen törvényt sem tudunk, amely derogatív szokás keletkezését megengedné, sőt törvényeink egész sora, valamint a koronázási hitlevelek a törvényeknek úgy a király, mint a nemzet által mindenben s mindenkor leendő megtartását ígérik s az ellenükben keletkezett helytelen, ártalmas szokásokat kifejezetten elvetik, kárhozzátják, sőt büntetendőknek nyilvánítják.

6. Meg kell különböztetni a törvények szokás által való eltörlésétől, amit nem lehet megengedni, azoknak elavulását. Míg ugyanis a törvény elleni szokásjog akként jö létre, hogy a törvénnyel ellenkező ítéletek s határozatok keletkeznek s ezek ismételtetnek mindaddig, míg a bennük kifejezett elv jogi tétellé válik, s mint ilyen helyettesíti a formailag még fennálló törvényt; addig, „elavult a törvény, ha az vagy keletkezésekor már az igazsággal, s méltányossággal ellenkező, vagy az idő folyamában megváltozott körülmények, s elenyészett pártérdekek, előítéletek szüleménye lévén, megszűnik figyelem s ragaszkodás tárgya lenni s az idő szellemével, a nép jellemével elannyira nem egyező, hogy annak teljesezésbe vételét nemcsak nem szorgalmazza senki, hanem meg is botránkoznék mindenki, ha teljesezésbe vétele megkíséreltetnék...“⁵³ „Midőn a törvényhozó hatalom elmulasztja a többé nem tartható törvények eltörlését, vagy legalább a megváltozott idő szerint kívánta módosítását, nem lehet tagadni, hogy azoknak elavulása nyereség, amennyiben ez által a polgárok jogai nemcsak nem sértetnek, hanem többnyire még kiállhatatlan bilincsek közül is szabadíttatnak ki.“⁵⁴

Mindezekkel az érvekkel szemben is *a derogatív szokás-*

⁵³ L. erre nézve „A Consuetudo szónak igazi értelme stb.“ 45—47. l.

⁵⁴ Dósa E. id. m. I. k. 26. §.

jog keletkezésének lehetősége és jogosultsága mellett kell — különösen a jogtörténeti előzményekre való tekintettel — állást foglalnunk.⁵⁵ És pedig azokat a szempontokat, amelyek bennünket erre a végső konklúzióra vezettek, a következőkben foglalhatjuk össze:

Az 1792:XII. t.-cikknek az a rendelkezése, hogy törvényt hozni, megváltoztatni s eltörölni csak a király és nemzet egyező akaratával lehet, amint ezt a törvénynek a szöveg értelméből világosan kitűnő célzata tanúsítja, nem a törvény elleni szokásjog eltiltására irányul, hanem arra helyezi a súlyt, hogy merőben királyi rendeletekkel, pátensekkel az uralkodó nem kormányozhatja az országot, vagyis hogy törvényt csak a király és nemzet együttes akarata hozhat létre. Tehát ezt a törvénycikket az országos szokás törvényrontó ereje ellenében érvül felhozni alig lehet.⁵⁶ És ami azt a nézetet illeti, hogy a Hármaskönyv azon tételében, mely szerint, „ha a törvény megelőzi az ellenkező szokást, úgy ez a törvényt általában, s egészében megdönti“, Werbőczy a hazai jognak tulajdonítania a római jogi lex-szel szemben kötelező erőt, erre vonatkozóan ismételtelen azt válaszolhatjuk, hogy, ámbár ő sokszor használja a lex szót a római jog szabályainak megjelölésére, mégis a Tripartitum mondott helyén lex alatt nem római jogi szabályt, hanem a hazai törvényt kell érteni, vagyis itt Werbőczy a törvényről és szokásról mint hazai jogunk forrásairól elmélkedik s azokat mint ilyeneket állítja egymással szemközt.

Az az ellenvetés pedig éppen nem állhat meg, hogy a derogatív szokásjognak keletkezése azért is lehetetlen, mert számos hazai törvényünk a törvény elleni szokást megtiltja, vagy

⁵⁵ A derogatórius szokásjog létjogosultságát elfogadja és igen sikeres érveléssel bizonyítja a „*Felelet e című értekezésre: A szokásról törvényes értelemben*“ c. értekezés (I. jelen dolgozat I. sz. jegyzetét) magát meg nem nevező szerzője. Hasonlóan: *Grosschmid* Jogszabálytan-ában és *Schwarz Gusztáv* id. tanulmányában. Ellenben a derogatórius erőt tagadja *Kiss Géza*, aki azonban, mint már fentebb rámutattunk, merőben jogdogmatikai szempontból foglalkozik e problémával s nézete szerint mindeh szokásjog úgy érvényesül, mint a törvény értelmének s intenciójának a jogalkalmazás körében való kifejtése. A jogszokásnak hazai jogunk kút-fői rendszerében nyilvánuló szerepét és jelentőségét pedig alig méltatja.

⁵⁶ *Grosschmid*, Jogszabálytan, 383. l.

helytelennek és ártalmasnak nyilvánítja. Hiszen úgy régebbi, mint mai jogunkban is, de meg minden nemzet jogéletében folyton és folyton keletkeztek s keletkeznek szokásjogi szabályok és pedig derogatív erejűek is.⁵⁷ Sőt a mai egyházi törvénykönyv, a Codex Juris Canonici, mint már említettük, expressis verbis elismeri a törvény elleni szokásjog keletkezhetését és pedig még olyan törvénnyel szemben is, amely szokásjogot eltiltó záradékkal van ellátva, csakhogy ez esetben a szokásnak, illetve a gyakorlatnak száz évesnek, vagy emberemlékezetet meghaladó idejűnek kell lennie, hogy belőle szokásjog származzék, míg egyéb (t. i. szokásjogot eltiltó záradékkal el nem látott) törvények ellenében szokásjog keletkezéséhez negyven évi praescriptio van előírva.⁵⁸

Nem áll az az ellenvetés, hogy a törvény elleni cselekvés nyílt törvénszegés, illetve a törvény szándékos kijátszása lenne. Mert a törvényellenes gyakorlatról ez csak abban az esetben állítható, ha a törvény alkotásakor fennforgott körülményekben változás nem történt s mégis annak ellenében törvényellenes cselekmények vitetnek végbe. Holott a derogatórius szokás csakis a változott viszonyoknál fogva alkalmazhatatlan s káros törvényekkel szemben foglalhat helyet, amilyenek pedig annál is inkább létrejöhetnek, mert a törvényhozó sokszor nem tudja és nem is tudhatja, hogy a törvény a haladó kor felfogásával majdan nem lesz összeegyeztethető, avagy az emberi életviszonyokban bekövetkezett változások folytán igazságtalanná, méltánytalanná, a közérdekre hátrányossá vagy éppen veszélyessé stb. fog válni, mert ez esetleg

⁵⁷ Azt a nézetet, hogy ha a törvényhozó eltiltja, úgy a szokásjognak nincsen ereje, *Schwarz Gusztáv* is (id. közlem. 82. l.) határozottan tarthatatlannak nyilvánítja. Ellentmond ennek — úgymond — az újabb tapasztalás is: azt újabb törvények nagy része megtiltotta vagy gúzsba kötötte a szokásjogot, a szokásjog mégis vígan él. És *Grosschmid* szerint (Jogszabálytan, 490. l.) is tény, hogy a mi élő jogunk tele van törvényrontó szokásokkal, amelyeket ha jogunk építményéből ki akarunk bontani, megrendítenénk az egész épületet.

⁵⁸ Iuri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest aliquatenus derogare, sed neque iuri ecclesiastico praeiudicium affert, nisi fuerit rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos praescripta, contra legem vero ecclesiasticam quae clausulam contineat futuras consuetudines prohibentem, sola consuetudo centenaria aut immemorabilis (27. can. 1. §.).

csak akkor derül ki, midőn a törvényes rendelkezések konkrét esetben való alkalmazására sor kerül.⁵⁹

És nem osztjuk azt az ellenvetést sem, hogy a bírónak semmiféle, tehát még az alkalmazhatatlanná vált törvényt sem szabad ellentétes döntéssel lerontani, mert ez csakis ellenkező törvény alkotása útján történhetik és hogy a derogatórius szokásjog létesítése a törvényhozás szervének jogkörébe való beavatkozást jelentené s így az államhatalmi funkciók összezavarására vezetne. Mert sokszor nem lehet a bírónak a döntéssel addig várni, amíg a törvényhozás az alkalmazhatatlan törvényt eltöröltnek nyilvánítja; nem is említve, hogy a törvényhozás gyakran éppen azért nem intézkedik az ilyen törvény eltörlése iránt, mert a szokás túltevéen magát rajta, azt mintegy eltemette.⁶⁰

Szóval, ha a törvény többé nem felel meg a változott életviszonyoknak s nem elégíti ki a haladó kor társadalmi, forgalmi és gazdasági szükségleteit, úgy alkalmazásával a törvényhozó intencióját nem lehet megvalósítani, s az ellentét, mely a törvény eredeti értelme s az élet tényleges szükségletei közt mutatkozik, csak azáltal lesz kiegyenlíthető, ha a joggyakorlat az értelmét és célját vesztett törvényt mellőzve, helyébe új, megfelelő szabályt hoz létre. Az így érvényesülő törvényrontó szokás és a törvény elavulása közt alig lehet különbséget tenni, mert hiszen az ellenkező szokás jogalkotó ereje ily esetben éppen a már lejárt, célját vesztett és ezért alkalmazhatatlanná vált, tehát elavult törvény ellenében nyilvánul meg.⁶¹ Ilyenkor

⁵⁹ Erre találoán utal a „Felelet stb.“ c. értekezés szerzője (344-345. l.).

⁶⁰ *Grosschmid*, Jogszabálytan, 460. l.

⁶¹ Különösen *Dósa Elek* hangsúlyozza (Erdélyhoni jogtudomány I. köt. 26. §.), hogy a törvények szokás általi eltörlését meg kell különböztetni azoknak elavulásától. Ezzel szemben *Grosschmid* (Jogszabálytan 467. l.) azt tartja, hogy logikailag véve az elavulásnak megkülönböztetése az ellenkező szokás általi eltörléstől vagy megváltoztatástól voltaképen meg nem áll. Következtetésképen tehát ha elismerjük, hogy a nem alkalmazás, elhanyagolás által törvények megszüntethetők, akkor azt is el kell ismerni, hogy *más-ként-alkalmazás által szintén megszüntethetők*. Hasonló véleményt nyilvánít *Kolosváry B.* is, mondván, hogy amidőn a törvény helyett a szokás törvényrontó virtusának érvényesülése következtében új jogszabály keletkezik, ez a jelenség *elvileg az elavulástól semmiben nem különbözik* (A magyar mag. jog tank. I. k. 23. l.).

a törvénnyel szemben valóban a jogszokás derogatív erejének kell érvényesülnie.

Általánosan elismert jogtani tétel, hogy *cessante ratione legis cessat etiam lex ipsa*; vagyis, ha a törvény indokoltsága és célja megszűnt, úgy a törvény elavult, azt félre kell tenni. Ámde a belső elavulás még sok esetben nem elegendő a törvény hallgatag eltörlésére, hanem hozzá az is szükséges, hogy a szokás, illetve a benne nyilvánuló általános jogi meggyőződés a ratio legis megszűntét s az ezt előidéző okokat elismerje és kifejezésre juttassa. Csakis az eképpen külsőleg, a joggyakorlatban kifejezésre jutó elavulás alapján lehet a használhatatlanná s alkalmazhatatlanná vált törvényt valóban megszüntetni.⁶²

Végül különösen hazai jogfejlődésünk szempontjából a legnyomatékosabb érv a törvény elleni jogszokás keletkezhetése és létjogosultsága mellett az a tény, hogy ilyen szokások, főleg a bírói ítéletek nyomán, tényleg nagy számmal keletkeztek a múltban⁶³ s keletkeznek napjainkban is. Itt e részben csak néhány példa felemlítésére szorítkozunk. Így az 1725: XXVII. t.-cikk szerint közbérendeletet nemcsak a hiteles helyek és személyek (káptalanok, konventek, az ország rendes bírái s az ítélmesterek) előtt, de ezeken kívül is lehet tenni, különösen az alispán és szolgabíró tanuságával, ha ezek a megye által kiküldettek (exmissi fuerint) s mégis ezt a törvényes rendelkezést a gyakorlat mellőzte, amennyiben nem kívánta meg, hogy a jelzett célból az alispán vagy a szolgabíró a megyétől kiküldetést nyerjen, hanem azok a végrendeletek tételénél enélkül is tanuskodhattak.⁶⁴ Az igazságszolgáltatás gyorsításáról (de celeriori iustitiae administratione) szóló 1792: XVI. t.-c. 4. §.-a kimondja, hogy a bírák az ügyvédeknek a kifogásokban három-, az érdemben pedig négyszerinél több szóváltást ne engedjenek meg. Ezt a törvényes szabályt a szokás mihamar előrolte, mert általános gyakorlattá vált, hogy az ügyvédek a szóban forgó tilalom ellenére négyszerinél több ízben is replikáltak és a bíróságok ebben őket nem gátolták

⁶² Grosschmid, Jogszabálytan, 471. l.

⁶³ Ezt különösen kiemeli a „Felelet stb.“ c. közlemény szerzője (341. l.):

⁶⁴ Grosschmid, Jogszabálytan, 449. l.

meg.⁶⁵ Aztán hasonlóképen *törvényrontó szokásjogi szabályokat* állapított meg az 1861 jan. 22.-től márc. 4.-ig ülésezett Országbírói Értekezlet munkálatában, az ú. n. *Ideiglenes Törvénykezési Szabályokban*, amelyek az 1848 előtt kelt s a változott viszonyok folyán alkalmazhatatlanná vált számos törvényűnket *hatályon kívül helyeztek* és sok esetben azok helyett *új szabályokat állapítottak meg*. A Magy. Kir. Kúria 1861 július 23-án tartott teljes ülésében kimondotta, hogy e szabályokat addig is, míg az alkotmányos törvényhozás másképen nem rendelkezik; a törvényes eljárásban „általános zsinórmértékül“ fogja tekinteni és követni. Az Országbírói Értekezlet munkálata soha törvényhozási megerősítést nem nyert s így e magánjogi kútfő, mint Werbőczy Hármaskönyve is, *írott szokásjognak* minősíthető.⁶⁶ Tehát az ebben foglalt azon rendelkezések, melyek több, 1848 előtt alkotott törvényt hatályon kívül helyeznek, *lényegileg törvényszüntető írott szokásjogi tételeknek* mondhatók. S ugyanide sorolható a M. Kir. Kúriának 1896-ban hozott 63. sz. polgári teljes ülési döntvénye, amely kimondja, hogy „az egyházaknak, egyházi testületeknek s egyházi személyeknek ingatlan vagyron szerzését tiltó, úgynevezett holtkézről szóló törvények, nevezetesen az 1498. évi LV. és LXV. s az 1647. XVII. és az 1715. évi XVI. t.-cikkek és különösen az ország erdélyi részeire vonatkozóan az Approbatae Constitutiones első része első címének 10. és első rész hatodik címének 2. cikke a változott viszonyoknál fogva elavulván, nincsenek hatályban.“ A Kúriának ez az elvi jelentőségű határozata azt juttatja kifejezésre, hogy a szóban forgó törvények a változott viszonyoknál fogva elavultak s így alkalmazhatatlannokká váltak. A döntvény az elavultság megállapításával lényegileg ezt tartalmazza, bárha benne nincs is kifejezetten hangoztatva, hogy ez az elavultság a joggyakorlatban megnyilvánúlt közmeggyőződés (tacitus consensus populi) folytán már tényleg előbb bekövetkezett.⁶⁷

⁶⁵ „Felelet stb.“ c. érték 318. l.

⁶⁶ Így állapítja meg az Ideigl. Törvényk. Szabályok kútfői minőségét Szladits Károly is (A magyar magánjog vázlat, I. köt. 19. l.).

⁶⁷ Grosschmid szerint (Jogszabálytan; 470. l.) a Kúriának e döntvényében világosan ki kellett volna mutatnia, hogy a holtkézi törvények megszüntetése tekintetében a consensus tacitus populi tényleg fennforog, vagyis,

Általában pedig, mint a törvénytől, úgy a derogatórius szokásjog is főleg az állandó bírói gyakorlat útján keletkezik. Tudvalevőleg az ismétlődő hasonló esetekben történő azonos értelmű döntésekben, illetve az állandó bírói gyakorlatban kifejezésre jutó s a törvénytől irányadó szokásjogot nevezik *bírói szokásjognak (consuetudo iudicialis)*, szemben a bíróságon kívül létrejött, pl. a közigazgatási hatóságok állandó gyakorlata útján keletkezett, ú. n. *népszokásjoggal (consuetudo extraiudicialis)*. Ezt a megkülönböztetést már Kövy is megteszi a jogszokásról adott meghatározásában: „Consuetudo... ex actionibus populi frequentibus, non coactis, uniformibus, *iudicialibus et extraiudicialibus*, animo inducendae obligationis... enascitur.”⁶⁸

A gyakorlati jogélet szempontjából a szokásjognak (így a derogatórius erejűnek is) legnagyobb jelentőségű faja a *bírói szokásjog*. Azonban tulajdonképpen ezt sem a bírói gyakorlat, hanem az egyező ítéletekben megnyilvánuló általános jogi meggyőződés hozza létre. Tehát a bírói gyakorlat *nem önálló*, illetve *nem konstitutív jogforrás*, hanem csakis *a szokásjogot kifejezésre juttató tényező*. Mert ámbár a bírói szokásjogot közönségesen auctoritate rerum perpetuo similiter adiudicatarum folytán érvényesülő szokásjognak mondják, lényegileg érvényét s kötelező erejét nem a bírói tekintély, hanem *a közvélemény helyeslése*, tehát a jogi *közmeggyőződés* biztosítja.⁶⁹

hogy a nemzeti közmeggyőződést kifejezésre juttató gyakorlat a holtkézi törvényeket már e döntvény meghozatala előtt elavultaknak vette. Azonban, nézetem szerint, a döntvény implicite (ha nem is expressis verbis) ezt kifejezésre juttatja, mert hiszen a Kúria másképpen az elavultságot s alkalmazhatatlanságot nem állapíthatta volna meg.

⁶⁸ Kövy S. Elementa iurisprud. Hung. Introd. 14. §.

⁶⁹ Grosschmid, Jogszabálytan, 767. l. Lényegileg a consuetudo iudicialis tekintetében Grosschmidével egyező álláspontot foglal el Schwarz Gusztáv is (id. érték. 96. l.), mondván, hogy a bírói szokásjog első sorban a bíróságok körében képződő s nekik szóló szabály (observantia) arra a kérdésre nézve, hogy bizonyos esetekben miképp kell ítélni. De a kölcsönhatásnál fogva, mely bíraskodás és az élet között fennforog, a bíróságon kívüli érdekelt közönség is állást foglal a bírói gyakorlattal szemben (a sajtó s a szakirodalom a gyakorlatot bírálja), s ha ilyenkor a közvélemény állást foglal a gyakorlat ellen, akkor az „bírói szokásjoggá nem mivélve”; ellenben, ha a közönség részéről ellenmondás nem történik,

Mindezek alapján nagy tudományú Grossschmidünk nézetéhez csatlakozva, a derogatórius jogszokás kútfői létjogosultságát el kell ismernünk olyan értelemben, hogy létrejöttéhez s kötelező erejének elismeréséhez *igen nyomatékos okok fennforgása* kívánatik meg, amelyek t. i. teljes bizonyosságot nyújtanak arra nézve, hogy az illető törvény, amely ellen a gyakorlat irányul, csakugyan alkalmazhatatlanná vált.⁷⁰ Vagyis a derogatórius szokásjog kútfői erejének multhatatlan feltétele, hogy a ratio legis megszűntét s ennek folytán a törvény érvényen kívül helyezésének szükségét a gyakorlatban megnyilvánuló közmeggyőződés minden kétséget kizárólag kifejezésre juttassa.

Végül még csak azt kívánom megjegyezni, hogy a jogszokásnak derogatórius kútfői ereje elől nem zárkozhatunk el éppen napjainkban, amidőn lépten-nyomon azt tapasztaljuk, hogy a világháború előtti s alatti jogalkotás tetemes mérvben hasznavehetetlenné vált s az azóta rohamosan változott, illetve még mindig fluktuáló szociális és gazdasági állapotok következtében bíróságaink sűrűn kénytelenek — törvény hiányában vagy éppen *az alkalmazhatatlan törvény ellenére* — *elvi jelentőségű ítéleteket* hozni; s ekképen nem lehet tagadni, hogy jelenleg úgy a törvénytől, mint a *derogatórius szokásjognak igen nagy jelentőségű és széles terjedelmű kútfői szerepe* van. Erre a kétségbevonhatatlan tényre s a jogszolgáltatásnak ezzel

illetve ha az megnyugszik a gyakorlatban s az abban kifejezésre jutó szabályt mint kötelező jogtételt követi: a bírói gyakorlatban kifejezésre jutó szabály általános szokásjogi szabállyá lesz.

⁷⁰ *Grosschmid*, Jogsabálytan, 486. l. Lényegileg ugyanezt az álláspontot juttatja kifejezésre *M. Rümelin* (Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung, 52. l.) is, midőn ezeket mondja: „Die Gebundenheit des Richters an die Wertungen des Gesetzes kann nicht scharf und klar genug hervorgehoben werden. Bei der Lückenergänzung hat er ausser der Verkehrssitte auch das durch eine ständige Praxis der Gerichte hervorgerufene Vertrauen zu berücksichtigen. Eine Abweichung vom Gesetz ist ihm, abgesehen von der noch unter die Auslegung im weiteren Sinn fallenden Gebotsberichtigung, *nur gestattet, wo die Volksüberzeugung das Gesetz ganz oder teilweise für unanwendbar hält*, oder wo in der Rechtsprechung eine dem Gesetz widersprechende Regelung so lange stattgefunden hat, dasz nach übereinstimmendem Urteil der Richter die Rückkehr zum alten Recht als undurchführbar erscheint.“

kapcsolatos nagy, súlyos problémáira *Wolf Károly* az Országos Bírói és Ügyészi Egyesület legutóbbi (pécsi) közgyűlésén (1934. szept. 17.) tartott megnyitó beszédében igen szépen s nyomatékosan mutatott rá, mondván, hogy napjainkban az életviszonyok „egymásba torlódása miatt sokszor a törvényhozóknak sem áll módjukban kellően átgondolt törvényekkel szolgálni“ s a „sűrűn váltakozó törvényhozási munkálatok igen súlyos dilemmák elé állítják úgy a jogkeresőket, mint a jogszolgáltatókat“ és gyakorta „maga a törvényhozás kénytelen belátni, hogy nem számolt a viszonyok mindennemű alakulásával.“ Ami pedig szükségkép azt hozza magával, hogy a törvényhozás munkájának hiányait a bírói szokásjognak kell pótolnia s kijavítania.