

FRANKLIN-TÁRSULAT NYOMDÁJA.

Phil  
0-224

## ÉRTEKEZÉSEK

A FILOZÓFIAI ÉS TÁRSADALMI TUDOMÁNYOK KÖRÉBŐL  
A M. TUD. AKADÉMIA II. OSZTÁLYÁNAK RENDELETÉBŐL

SZERKESZTI

Dr. LUKINICH IMRE

OSZTÁLYTITKÁR

V. KÖTET — 7. SZÁM

# AZ ALANYI MAGÁNJOG ÉS A PERJOG

ÍRTA

NIZSALOVSKY ENDRE

LEV. TAG

*Felolvasva a II. osztály 1941. február 10-i ülésén*

BUDAPEST

A MAGYAR TUDOMÁNYOS AKADÉMIA KIADÁSA

1 9 4 2

**Értekezések**  
a filozófiai és társadalmi tudományok köréből.

I. kötet (1911—1916). 1—9. szám.

1. Pauler Akos: A logikai alapelvek elméletéhez. —
2. Medveczky Frigyes: A római stoicismus társadalmi elméletei. —
3. Kmoskó Mihály: Az emberiség első írott szabadságlevele. —
4. Balogh Artur: Konstant Benjámín és az alkotmányos állam tana. —
5. Pauler Akos: A fogalom problémája a tiszta logikában. —
6. Földes Béla: A nemzetközi kereskedelem elméletéhez. —
7. Csekey István: A magyar pragmatica sanctio írott eredetijéről. —
8. Fellner Frigyes: Ausztria és Magyarország nemzeti jövedelme. —
9. Angyal Pál: A visszaható erő az anyagi büntetőjogban.

II. kötet (1917—1927). 1—10. szám.

1. Buday László: Népünk halandósági viszonyai. —
2. Magyar Géza: A nemzetközi bíraskodás a magyar jogban. —
3. Földes Béla: Ricardo, különös tekintettel a háborús közgazdaság kérdéseire. —
4. Finkey Ferenc: Büntetés és nevelés. —
5. Székely István: Az apokaliptika a világirodalomban. —
6. Varga Béla: A logikai érték problémája és kialakulásának története. —
7. Buday László: A statisztika munkaköre. —
8. Dékány István: Tudományelméleti alapok a társadalomtudományokban. —
9. Saile Tivadar: Körösy József hatása a statisztika fejlődésére. —
10. Pauler Akos: Anaxagoras Istenbizonyítéka.

III. kötet (1927—1931). 1—12. szám.

1. Finkey Ferenc: A politikai cselekmények és a büntető-törvénykönyv. —
2. Illés József: Hajnik Imre és a magyar jogtörténet. —
3. Navratil Akos: Régi igazságok és új elméletek a közgazdaságtanban. —
4. Varga Béla: A subsistentia fajtái. —
5. Bartók György: A „rendszer” filozófiai vizsgálata. —
6. Vinkler János: Az igazság a polgári perben. —
7. Tomcsányi Mór: Rendszert — közigazgatás — bírói jogvédelem. —
8. Br. Brandenstein Béla: A cselekvés elméletéről. —
9. Bartók György: Az „eszme” filozófiai vizsgálata. —
10. Kenéz Béla: Európa földbirtokpolitikája a háború előtt és után. —
11. Finkey Ferenc:

**AZ ALANYI MAGÁNJOG  
ÉS A PERJOG**

ÍRTA

**NIZSALOVSKY ENDRE**

LEVELEZŐ TAG

SZÉKFOGLALÓ

BUDAPEST

A MAGYAR TUDOMÁNYOS AKADÉMIA KIADÁSA

1 9 4 2

Kiadásra ajánlották:

vitész *Moór Gyula* l. t.

*Szladits Károly* l. t.

A kiadásért felel: dr. Voínovich Géza.

Sárkány-nyomda r.-t. Budapest, VI., Horn Ede-u. 9. Tel.: 122-190, 326-066.  
Igazgatók: Wessely Antal és Wessely József.

## I.

Azt a kérdést, hogy a magánjog és a perjog hogyan kapcsolódnak egymáshoz, milyen viszonyban állanak egymással, épen úgy, mint azt a kérdést, hogy mit értünk általában jog alatt, két értelemben tehetjük fel, és pedig: tárgyi és alanyi értelemben.

Tárgyi értelemben a kérdés úgy hangzik, hogy hol kell keresni a perjog és a magánjog területének határait, miből lehet azt megállapítani, hogy egy előttünk álló tétel jogszabály a magánjog, vagy a perjog területéhez tartozik-e. Ez a kérdés elméletben a jogrendszer tagozódásának problémájához vezet el, amelynek egyik végletes megoldása a perjogban nem lát egyebet, mint a magánjog kiszolgáltatására rendelt, merőben célszerűségi szempontoktól diktált jogtechnikai előírásokat, amelyek tudományos művelésre nem is alkalmasak,<sup>1</sup> a másik végletes megoldása pedig, amelyet találoán lehet pánprocesszuális felfogásnak mondani, a magánjog szabályaiban sem tud mást látni, mint a bíróhoz szóló utasításokat az ítékezés tartalma tekintetében.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> 1910-ben írja a perjogról pl. Schmidt Richard: „Der Laie ignorierte ihn. — ja, aus meiner Jugend ist mir sogar aus dem Munde eines akademischen Rechtslehrers von grossem Namen eine Aeusserung im Gedächtnis: er könne nicht begreifen, wie man dem Zivilprozess seine wissenschaftliche Kraft widmen möge, — ob die Leute es vor Gericht so oder anders machten, sei doch eigentlich ganz gleichgültig.“ — Der Prozess und die staatsbürgerliche Rechte. 5. l.

<sup>2</sup> A két álláspont közti harcot és a nevezetesebb megoldási módokat mutatja be legújabbán a magyar jogirodalomban *Balás P. Elemér*: A modern perjogi tudomány fejlődési iránya c. tanulmányában. Kolosváry-Emlékkönyv 20. l. A jogrendszer tagozódásának problémáját — a polgári perjognak is sok figyelmet szentelve —



A probléma gyakorlati jelentőségét akkor ismerjük fel leginkább, ha arra gondolunk, hogy idegen államban keletkezett jogvita kerül a bíróság elé és a nemzetközi magánjogi szabályok szerint a magánjogi kérdésekben idegen állam joga az irányadó, míg eljárásjogi vonatkozásokban a *lex fori* irányadó. Ilyenkor egy-egy jogszabályra nézve a figyelembevétel, tehát végeredményben a lét vagy a nemlét kérdése dől el azon, hogy magánjoginak, vagy perjoginak minősítjük-e.<sup>3</sup>

De feltehetjük a kérdést alanyi értelemben is és ebben az esetben azt a kapcsolatot kell keresnünk, amelyben az alanyi magánjog van, a magánjog érvényesítési eszközével, a perrel, illetőleg a pert megindító első lépéssel, a keresettel. Vajjon az alanyi magánjog konkrét jogosulti pozíciója-e az az egyedüli alap, amelyből jog származik az igazságszolgáltatási apparátus mozgásbahozására és ha nem, van-e egyáltalán valaminő jelentősége a per szempontjából is annak, hogy a per kezdete előtt vagy általában a peren kívül valakinek volt-e, vagy van-e, és minő anyagi magánjogi konkrét jogosulti pozíciója?

Ez a probléma, amelyet — a legújabb fejleményeket egyelőre figyelmen kívül hagyva — a keresetjog problémájának nevezhetünk, nemcsak egyidős a perjog tudományos művelésével, hanem szinte azt mondhatnánk, hogy idősebb az atyjánál.

A vele való foglalkozás nem túlságosan hálás. *Degenkolb* már 1905-ben megállapítja, hogy arról a tudományos értekezések egész özöne szól és nem érdemel hálát, aki ebbe az áradatba még újabb patakocskát akar bevezetni.<sup>4</sup> Megállapítja azt is, hogy az egymással vitatkozók gyakran félreértik egymást és ennek az a következménye, hogy — bár a vita a jogi fogalmak Jhering-féle túlvilágában folyik

újszerűen világította meg *Moór Gyula*. (Értekezések a filozófiai és társadalmi tudományok köréből. V. köt. 2. sz.)

<sup>3</sup> Ebből a szemszögből vizsgálja a kérdést *Magdalene Schoch*: *Klagbarkeit, Prozessanspruch und Beweis im Lichte des internationalen Rechts*. 1934.

<sup>4</sup> *Beiträge zum Zivilprozess*. 1. I.

— ezen a földöntúli helyen egyáltalán nem barátságos a helyzet, mert elkeseredett és kilátástalan veszekedések folynak.<sup>5</sup> Bizonyos vonatkozásban kézlegyintéssel tér napirendre a kérdés felett *Grosschmidünk* is.<sup>6</sup>

Hogy a visszatartó momentumok ellenére mégis a keresetjog problémájának megvilágítására vállalkozom, arra két ok indít. Az egyik az a megfigyelésem, hogy a magyar perjog kiváló művelői jóformán valamennyien más és más álláspontot vallanak, úgyhogy a külföldi vita anyagában szereplő fő felfogások mindenikének van egy-egy magyar képviselője. Érdemes tehát magyar jogásznak az ellentétek mélyére nézni és az ellentétek okait megkeresve, a kiegyenlítés lehetőségeiről gondolkodni.

A másik momentum, hogy *Plósz Sándornak* a kérdés irodalmában külföldön is előkelő helyet elfoglaló tanulmánya<sup>7</sup> első ízben 1876-ban jelent meg. *Bacsó Jenő* hasonló tárgykörben mozgó monográfiájának<sup>8</sup> megjelenése óta pedig szintén immár 30 év telt el, és a Bacsó munkáját csak három évvel később követte *Fabinyi Tihamér* a keresetjog problémájának akkori állását bemutató dolgozatával.

Az utolsó évtizedek az emberiség eszmevilágában oly nagymértékű változásokat hoztak maguk után, amelyeknek a hatása alól a jogász — és a perjogász sem — vonhatja ki magát, hiszen, amint *Magyary Géza* erről a helyről mondotta: „az igazságszolgáltatás mindig híven visszatükrözteti saját korának szellemét. Azok az érdekek, amelyekért egy-egy kor küzd, amelyeket bizonyos korban megvédendőknek ismernek el, mindig hű kifejezést nyernek azon kor igazságszolgáltatásának intézményeiben” és — talán szabad hozzátennem — jogtudományában is.

Érdemes, sőt talán szükséges is tehát az egy évszáz-

<sup>5</sup> I. m. 2. l.

<sup>6</sup> „Az, hogy az actio ráadás-e a követelésre, vagy bennrejlő alkateleme neki, meddő kérdés.” *Fejezetek*. II. 852. l.

<sup>7</sup> A keresetjogról. *Összegyűjtött Dolg.* I.

<sup>8</sup> A jogvédelem előfeltételei a polgári perben. 1910.

zadon át kifejlődött felfogásokat ma újból vizsgálat alá venni, még pedig annyival is inkább, mert a legújabb — főleg külföldi — jogi irodalomban gyakorta találkozunk azoknak a jogi alapfogalmaknak tervszerű megbontásával is, amelyekre tudásunk legszilárdabbnak vélt alapjai vannak felépítve. Sokszor úgy érezhetjük magunkat, mint a kárvalott tengerész, akinek iránytűjét a tomboló vihar megrongálta és a műszerbe vetett bizalmában megröndülve csak a csillagos égtől kérhet tanácsot akkor is, ha lelke mélyén az a meggyőződése, hogy az égi útmutató is az eddig követett irányának helyességét fogja megerősíteni.

## II.

*Frank Ignácunk* a Közigazság Törvénye Magyarországon c. klasszikus munkájának második részét a következőképen kezdi: „A társaséletet igazság ösvényén vezetni kívánván, ezen czéllyát a törvény soha el nem érné, ha csak arrul határozott volna, mi kié legyen; vagyis mi úton módon lehessen javakat, hasznokat, igazakat, szabadságokat szerezni, veszteni. Mert 1. akárminő gondal irva legyenek az ebbéli szabások; emberi bölcsesség annyira soha sem mehet, hogy előre minden kétséget, minden nehézséget elháríttson. Sőt nem ritkán olly szövevényes és változó esetek fejlődnek, hogy a törvény értelme és szándéka felett a legjobb szándékú és nagy tapasztalású okos emberek is ellenkező véleményekre hajulnak... — De 2., ami sajnosabb, vannak, akik haszonvágy, harag, bosszú, és egyéb gonosz indulatok ösztönébül, sokszor tudva akarva, a világos igazságot is félre vetik, sőt megátalkodott lélekkel cselre, vagy erőszakra vetemednek. Ami által az emberek örök háborgásba és végtelen nyomorba süllyednének, ha nem volna közöttük valami erősebb hatalom az igazság oltalmában.”

A Frank Ignác által meglátott két momentum közül, amelyek a pert és általában az igazságszolgáltatást nélkülözhetetlenné teszik, Savigny hosszú időre uralkodóvá

vált felfogása mégis csak az egyiket emelte ki, míg a másik hosszú ideig várhatott, amíg jelentősége szerinti méltatáshoz jutott.

*Savigny szerint a keresetjog valamely konkrét alanyi jog megsértésével keletkező jog a bírói oltalomra, az a jog, amellyé a megsértett jog a sértés következtében átalakul.*

A Savigny-féle formula magját találjuk meg *Grosschmidnél* is, aki a kötelelem jogalkatának vizsgálata során az alaki kénytetőség egyik kifejezési módjának mondja a keresetjogot. „A kereset (perjogilag) lévén a nyele mintegy a sanctio mozgásba hozásának: a követelés léte tehát mintegy kicsúcsosodik abban, hogy a hitelező e mozgatót sikerrel megragadhatja...” Elv szárazon az, hogy a jogot (s következőleg a követelést is) valósítás végett a bíró elé lehet vinni.” Hiányzik azonban *Grosschmidnél* annak a kiemelése, hogy a keresetjog a jog megsértésének lenne a következménye és valóban ez a momentum is volt az, amelyen Savigny felfogásának tarthatatlansága kiderült. A modern perjogok a megállapítási keresetek esetében bírói oltalmat nyújtanak jogsértés hiányában is. Sőt, amint erre *Windscheid* találóan rámutat, abban a szabályban, hogy a vevőt actio emti illeti meg, amelynek útján az eladó bizonyos magatartását követelheti, egyáltalán nincs kifejezve az, mintha az actio csak azzal születné meg, ha az eladó megtagadja annak a szolgáltatását, amit tőle a vevő követelhet. Ennek hatása alatt egyes írók különbséget tettek a kezdettől fennálló ú. n. eventuais és a jogsértéssel tényleg előálló keresetjog közt. A sok áthidaló kísérlet közül kiemelést érdemel *Böcking* és *Kierullff* tanítása, akik azt állítják, hogy a keresetjog nem is más, mint az alanyi jog maga abban a tevékenységében, amely a saját érvényesülésére irányul. Ennek a felfogásnak a nyomát is megtaláljuk *Grosschmidnél*, aki azt mondja, hogy az alaki kénytetőség maga a kötelezés, aminek egyik bizonyos oldalról való jelzése a keresetjog.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Fej. II. 851. és köv. l.

<sup>10</sup> l. h. 838. l.

Lényegileg ennek az álláspontnak egy késői, de átgondolt és következetes képviselője *Tóth Károly*, aki törvénykezés alatt nemcsak a pert érti, hanem az anyagi jog megvalósításának minden eszközét, az önhatalom, önszegély alkalmazásán kívül pl. a perenkívül végbemenő beszámítást, az elállási jog gyakorlását, az elévült követelés tárgyának visszatartását. Szerinte — épenúgy, mint a perenkívüli törvénykezés eszközeinek igénybevétele — a keresetindítás is ahhoz képest jogos vagy jogellenes, hogy a keresettel fellépő mögött ott van-e az állított magánjogi háttér. Hogy a perben álló két fél közül melyik mögül hiányzik és melyik mögött van ott, az csak ex post derül ki. Az állam jogerős szava, ítélete dönti el, amely ítélet mindig a per azon oldalán épül fel, amelyik jogosnak bizonyul.<sup>11</sup>

Magá *Plósz Sándor* is, akit pedig egy másik keresetjogi elmélet egyik fő képviselőjeként ismerünk, hatalmas engedményt tesz a magánjogi keresetjognak, s azt a peralapítással konzummálódó jognak tekinti.<sup>12</sup>

Nem csupán történeti szempontból, hanem egy modern perjogi elmélettel való szellemi kapcsolata folytán kell még megemlíteni *Windscheid* felfogását, aki a római jog szempontjából egyenesen azt igyekezett kimutatni, hogy a keresetjog megadása volt a római jog fejlődésében a jogok elismerésének útja. *Windscheid* szerint az alanyi jog a jogrend által nyújtott konkrét tartalmú akaraturalom, akarathatalom. Az igény ezzel szemben a jog személyes irányát jelzi, a jogot arra, hogy mástól valamit követeljünk, másét használjuk.<sup>13</sup> A keresetjog pedig a felhatalmazottság arra, hogy valaki az akaratát bírói érvényesítéssel megvalósítsa.<sup>14</sup>

A mai jogi gondolkozás számára a jog a prius, a keresetjog a posterius. A jog az ok, a kereset az okozat. A jog mindenkinek kiutalja a maga uralmi körét, amelyen

<sup>11</sup> Polgári törvénykezési jog. 2. kiad. 1923. 142. l.

<sup>12</sup> I. h. 54. l.

<sup>13</sup> Pandekten. 5. kiad. 94. és 102. l.

<sup>14</sup> Actio 3. l.

belül az akarata más személyek irányában törvény. Ha ezt az uralmi kört valaki nem ismeri el, az egyén e miatt az államnál, a jog örénél panaszt tehet, és az állam hozzásegíti őt ahhoz, ami megilleti.

Ezzel szemben a római jogban az actio a prius. Ez nem az, amit ma kereset, keresetjog alatt értünk, hanem önálló kifejezése a jognak, vagy még inkább a jogigénynek.<sup>15</sup> Hogy a mai jogi műnyelvben is előfordul a keresetjog hasonló értelemben való használata, az csak a jogászok római jogi iskolázottságának a következménye, de a laikus azt többé meg nem érti. A keresetjog tehát *Windscheid* szerint a római jogi actio értelmében csupán jogtörténeti jelentőségű. E felett lehet sajnálkozni, lehet utána olyan búcsút zengeni, mint Schiller a görög istenek után — „aber in's Grab gehören sie doch.“<sup>16</sup>

*Windscheid*nek ez a búcsúztató hangja nem volt egészen indokolt, hiszen — amint *Grosschmid* találóan utal rá — a modern törvény is akárhányszor a kereset szóval jelzi, hogy van-e (avagy nincs) kötelezettség. A váltótörvény 23. §-a szerint: „az intézményezettet elfogadása alapján a kibocsátó ellen váltójogi kereset nem illeti”, a 90. §. szerint: „A forgatók ellen, kiknek váltókötelezettsége megszűnt, gazdagodási keresetnek nincs helye.” És ez ellen, mint kifejezési mód ellen nem is igen lehet kifogást tenni.<sup>17</sup>

A keresetjog magánjogias felfogását nem hozza zavarba az sem, hogy per alaptalan kereset alapján is keletkezik. Némelyek azt mondják, hogy az alaptalan kereset elutasítása a keresetjog hiányának kiderülését jelentené, ez pedig egyet jelentene azzal, hogy a bíróság a maga eljárását nyilvánítaná az ítélettel keresetjog hiányában érvénytelennek. Amint azonban *Tóth Károly* igen ötle-

<sup>15</sup> Actio előszó III. l.

<sup>16</sup> Actio 229—30. l.

<sup>17</sup> A legújabb német irodalomban ez a kifejezés mód is erős támadásoknak van kitéve. L. különösen *de Boor*: Gerichtsschutz und Rechtssystem. Ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken. — 1941.

tesen fejt ki, a keresetben megnyilatkozó törvénykezési cselekmény önmagában csak a birtokoséhoz hasonló jogi helyzetbe hozza a felperest, akinek az a ténye, hogy az alperest védekezésre kényszeríti, jogellenes is lehet, de ha jogellenes a kereset előterjesztése, ez még nem jelenti, hogy a nyomán keletkező per érvénytelen.<sup>17</sup> Sőt éppen ha a felperes keresete a kereseti jog hiánya okából tilos volt, az alperes védekezése a jogos. A per tehát mindig jogos alapon nyugszik.

A ma is élő és elfogadható értelemmel bíró magánjogi kereseti jog, úgy amint megismertük, tiszta magánjogi fogalom. Ezt fejezte ki pl. *Wetzel* azzal a megállapítással, hogy a perjog a kereset fogalmát a magánjogból veszi kölcsön. Ezzel szemben az állam bírói felségjogának fogalmát, a bírói joghatóság tanát a közjogban találjuk készen. Találó volt tehát *Degenkolb*nak az a megállapítása, hogy a perjog az a tudomány, amely kizárólag kölcsönökből tartja fenn magát.

### III.

Más irányú szemléletnek nyitott utat az, hogy *Bülow* a pernek a perbe vitt alanyi jog lététől független jogi alkotását felismerte és kimutatta, hogy minden per közjogi jogviszony, amely fokozatosan előrehalad és lépésről lépésre fejlődik. Ennek a jogviszonynak éppen úgy megvannak a maga keletkezési előfeltételei, mint a magánjogi jogviszonyok keletkezésének, de ezek az előfeltételek önállóan, a per számára megállapított előfeltételek.

A *Bülow* kiindulási pontjához képest maga a kereset, mint kezdeményező lépés a fejlődési folyamatnak egyik, a többi lépésektől a jogi természet szempontjából különböző tényezője lehetett volna, az ő kiindulási pontjából azonban mások más irányban haladtak tovább.

Egymáshoz hasonló, bár nem egyező eredményre jut-

<sup>17</sup> I. m. 141. l.

nak *Plósz* és *Degenkolb* az absztrakt keresetjogi elmélet két változatának képviselői.

Elfogadják *Bülow*nak az álláspontját, hogy a per magánjogi jogviszonytól független, önálló közjogi jogviszony. A per egyformán indul meg és folyik le, akár megnyeri végeredményben a pert a felperes, akár elveszti.

*Mindenkinek, aki rendelkezik azokkal a személyi tulajdonságokkal, amelyeket a jog a perbenálláshoz megkíván, joga van arra, hogy bármely bírói útra tartozó kérdést keresettel a bíróság elé terjesszen.* Ennek a jognak a kötelezettségi oldala abban nyilatkozik meg, hogy a bíróság: a) köteles a szabályoknak megfelelő keresetet elfogadni; b) az idézés kibocsátásával a peralapítást előmozdítani; az ellenfél pedig: köteles a keresetre nyilatkozni és pedig vagy a pert elfogadólág, vagy a per eredményének nyújtásával.

A *Plósz* és a *Degenkolb* álláspontja között mégsem egészen lényegtelen eltérések mutatkoznak: 1. *Plósz* a közjogi, absztrakt keresetjog mellett továbbra is elismeri a konzummálható magánjogi keresetjog létét, *Degenkolb* ezt a keresetjogot elejti 2. *Degenkolb* a keresetjogot nem minden további előfeltétel nélkül ismeri el, hanem a perbeli igazmondási kötelezettséggel korrigálva, csak a jóhiszeműen fellépő felperes javára ismeri el, *Plósz* a keresetjog existenciáját nem teszi függővé a jóhiszeműség momentumától.

Az absztrakt keresetjog elmélete ellen a leghatározottabban állást foglalt maga *Bülow*, akinek legfőbb érve, hogy perjogi természetű jogok nem lehetnek a peren kívül, hanem csak a perben. A perben pedig nincs egyik félnek sem egyéni joga a bíróság ítéletére, hanem mindkét fél csak egy, a per fejleményeinek megfelelő ítéletet igényelhet, de ez az ítélet iránti igény sem a per kezdetén, hanem a per előhaladásához képest csak akkor keletkezik, amikor a per ítéletre megéri.

Pedig kétségtelen, hogy az absztrakt keresetjogi elmélet — legalább a *Degenkolb* megoldásában — nemcsak a materiális keresetjogi elmélettel való teljes szakí-

tást jelenti, hanem a Bülow óhajtása szerinti *perjogi autarkia* megvalósítását is.<sup>16</sup>

Problematikussá vált az absztrakt kereseti jog lét-alapját alkotó az a kérdés is, vajjon, a mai jogrendszer-ekben lehet-e szó az alperes perbebocsátkozási kötelezettségéről, ami az absztrakt kereseti joggal szembenálló egyik kötelezettséget alkotná. *Plósz és Tóth Károly* a perbebocsátkozási kényszer mellett foglalnak állást, *Magyary Géza* egészen határozottan ellene.

Ami az absztrakt keresetjogi elmélet általános elejtésére vezetett a jogirodalomban, az a közjogi alanyi jogok tanának kifejlődése volt. Azt az ú. n. jogot, amely mindenkit egyformán megillet, a későbbi doktrina nem tartotta érdemesnek arra, hogy a „jog” névvel illesse. Ez csak *res mere facultatis*, vagy ahogy *Kohler* állította, a személyiségi jogban foglalt egy jogosítvány lehet, amely önálló jogként nem fogható fel.

A legújabb irodalomban is előfordul mégis, hogy az ú. n. absztrakt keresetjog jog-minőségét elismerik. Így nálunk *Magyary Géza*, a németeknél *Bley* és *Sauer*.

De nézetem szerint nem is kell az alanyi jogok fogalmának jogfilozófiai problémájáig lenyúlnunk, hogy az absztrakt keresetjog elméletének tarthatatlanságát meg-lássuk. Ez az elmélet Kronos Zeusnál korábban született gyermekei sorsára jut — mai szemmel nézve.

Az elmélet kialakulására az a megfigyelés vezetett, hogy az alaptalan keresetek alapján is érvényes per ke-lteznek. De viszont épen az alaptalan keresetek tömeg-jelenséggé válása világítana rá arra, hogy csak egy szél-sőségesen liberális korszellem juthatott arra a gondolatra, hogy az állam a polgárok kényelmére vagy szórakozására egyenesen jogot kívánt volna adni ily keresetek előter-jesztésére. Nyomban kiviláglik ennek az álláspontnak a tarthatatlansága, ha arra gondolunk, hogy az alaptalanul megtámadottnak is minő kellemetlenségeket okozhat a perbeli védekezés. Útalok e tekintetben az 1926 : XVI.

<sup>16</sup> *Binder*: Prozess und Recht. 125. l.

t.-c.-t megelőző nyugdíjvalorizációs perek tömegére, ame-lyeknek a közgazdasági életre hátrányos hatását kiküszö-bölni a törvényhozás rendkívüli eszközök igénybevételevel is törekedett, arra a mozgalomra, amely az orvosi mű-hibára alapított, tömegesen és alaptalanul megindított perek elleni védekezés módozatait kereste a közelmúltban, vagy azokra az intézkedésekre, amelyek a szegénységi joggal való visszaélés meggátlása érdekében történtek.

A per intézménye a valóságos vagy legalább a per nélkül kétségben maradó jog tisztázására való — és az államhatalom jobb megoldás híján legfeljebb kénytelen-ségből tűri el az alaptalan kereseteket, hogy az alaposak véletlenül se legyenek elzárva az érvényesítéstől. A mai felfogásunknak tehát az felel meg erről az oldalról el-indulva is, hogy *Tóth Károllyal és Hellviggel* megegyezve az ú. n. *absztrakt keresetjogot pusztán absztrakt kereset-indítási lehetőségnek tekintjük, amely eszközzel való élés épen úgy lehet a jog intenciójának megfelelő, mint azzal diametrálisan ellenkező, ahogyan a löfegyver is egyaránt kifejti a megfelelő mozdulatra a maga effektusát, akár a hazának a rätörő ellenséggel szembeni megvédésére, akár a célbalövés sportjának gyakorlására, akár gyilkosság el-követésére kívánja azt valaki felhasználni.*

Az absztrakt keresetjogi elmélet híveiként szereplők védelmére ki kell azonban emelnem, hogy azt abban a merev és abszolút formájában, amelyben a támadásokból megismerhetjük, sem *Plósz*, sem *Degenkolb* nem kép-viselték.

*Plószt*, amint láttuk, a túlzásba eséstől megóvta a magánjogi keresetjog párhuzamos elismerése, az azonban épen a következetlenség vádjára adott vele szemben ala-pót. Ami a felfogásában ma már elfogadhatatlan, az az, hogy a közjogi természetű alanyi jogoknak oly laza fo-galmából indul ki, amely minden olyan emberi cselekvést, amely az állam hatósági apparátusának megmozdulását váltja ki, kénytelen lenne joggyakorlásnak minősíteni. Az azonban, hogy *Jellinek* a közjogi alanyi jogok körét meg-kísérelte elhatárolni és *Somló* ezen a téren még elfogad-



hatóbb megoldást talált, jóval későbbi fejlemény, amelyről Plósznak még nem lehetett tudomása és nem róhatjuk fel neki különösen azt, hogy más tudományzakban, mint amelyet művelt nem előzte meg korát.

*Degenkolb* a keresetjognak a jóhiszemű pereskedőre korlátozásával annyira nem valamely szélsőséges liberális felfogásnak a képviselője, hogy a perbeli igazmondási kötelezettség hangsúlyozásával mintegy a calumnia elleni védekezés elejtett gondolatának fenntartóját tisztelhetjük benne, akinek ezt a gondolatát a legújabb fejlemények kezdik igazolni, sőt az az 1933. évi német perrendi novella egyik vezérlő gondolatává lett.<sup>19</sup> Nem épen alaptalan tehát, amikor *Degenkolb* késői írásaiban tiltakozik az ellen, hogy az absztrakt keresetjogi elmélet megalapítójának tekintsék. Más kérdés viszont, hogy a jog existenciájának az azon alapuló cselekvés jóhiszemű véghezvitelétől való függővé tétele logikailag nem állja meg a helyét.<sup>20</sup>

*Degenkolb*nak az a későbbi visszavonulási vonala, amelyen a keresetjogot a jogi meghallgatáshoz való joggá konvertálta, lényegileg ugyanazokat az ellentmondásokat hívja ki a közjogi természetű alanyi jogok fogalma szempontjából, amelyekre a Plósz elméletével kapcsolatosan már utaltunk.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> „Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anrecht hat, entspricht die Pflicht durch redliche und sorgfältige Prozessführung dem Richter die Findung des Rechtes zu erleichtern.“

<sup>20</sup> *Wach* *Degenkolb* keresetjogát főként azért ejti el, mert értelmetlennek tartja, hogy juthat annak a személynek a jóhiszeműsége, aki képzelt jogát és azt a meggyőződését, hogy jogvédelemre tarthat igényt, perbe viszi, ahhoz, hogy jogot alapító factum objektív jelentőségéhez jusson. (Defensionspflicht und Klagerecht. — Grünhuts Z. 1879. 543. l.) Ez a megállapítás jóval korábbi időből való, mint amikor *Wach* a konkrét keresetjogi elméletét kifejtette.

<sup>21</sup> Különbség mégis az, hogy *Degenkolb* ezt az újabb felfogását már később fejtette ki. L. Beiträge zum Zivilprozess. 1905. 3—12. és 65—69. l.

## IV.

Más alapon, a magánjogi háttér nagyobb megbecsülésével és több szerencsével indult útjára ugyancsak a *Bülow* kiindulási pontjának tiszteletben tartásával a keresetjog szónak tartalommal megtöltésére irányuló az az elmélet, amelynek megalapítója *Wach*, legalaposabb kifejtője *Hellwig* és amelyet nálunk *Bacsó Jenő* képvisel.

Míg az absztrakt keresetjog gondolatára az alaptalan kereset alapján szabályosan lebonyolódó per vezetett, a konkrét keresetjogi elmélet szülője a modern jogokban elismert *nemleges megállapítási kereset volt. Keresetjoga csak annak van ugyan, aki elvárhatja, hogy a bíróság a keresete értelmében ítéljen, de ez a jog kell hogy független legyen a magánjogi viszonytól*, mert különben elképzelhetetlen lenne keresetjog olyankor, amikor a felperes épen annak a kimondását kéri a bíróságtól, hogy közte és a másik fél között nincs semmiféle jogviszony.

*Wach* szerint a perrendtartás jogvédelmi rend, és mint ilyen másodlagos alakulat. Eszköz a magánjogok biztosítására. Hogy a magánjog ne csak legyen, hanem érvényesüljön is, kell, hogy per legyen. A per által az állam a joggal ellentétes magatartás ellenében a jogot juttatja érvényre.

Minden per tárgya igény, a jogvédelmi igény, vagyis a felperesnek, esetleg az alperesnek igénye a perbeli jogvédelem nyújtására. A per eszköz a jogosult jogvédelmi érdek kielégítésére. Ez az érdek pedig igényt ad a perbeli jogvédelmi cselekményre. *A jogvédelmi igény eszköz az anyagi jog céljára, nem pedig maga az anyagi jog*, de nem is az anyagi jog funkciója, nem az alanyi magánjog közjogi oldala, az abban rejlő kényszerítő erő, amit keresettség, kereseti jog, perelhetőség néven szeretnek emlegetni. Ez az igény *a jog által a perenkívüli tényálláshoz kapcsolt közjogi természetű igény*: 1. az állam ellen az iránt, hogy a jogvédelmi érdeket a perjog által megszabott formában az alperessel szemben kielégítse;

2. az alperes ellen, hogy a jogvédelmi cselekményeket tőrje.

A közjogi természetű jogvédelmi igény függetlensége az alanyi magánjogtól nemcsak a nemleges megállapítási kereset esetében, hanem akkor is nyilvánvaló, amikor az alanyi magánjog fennáll ugyan, de megsértésének hiányában jogvédelmi igény még nem keletkezett. A jogvédelmi igény a magánjogtól még abban is különbözik, hogy míg az alanyi magánjoggal szemben álló kötelezettséget az adós teljesítheti, a jogvédelmi igényt az ellenfél nem, hanem mindenkor csak az államhatalom teljesítheti, az adós legfeljebb az őt terhelő szolgáltatás teljesítésével tárgytalanná teheti.

A Wach által kifejtett jogvédelmi igényt Hellwig nevezte keresetjognak és arra építette fel a maga perjogi rendszerét.

Az elmélet híveinek hatalmas táborát kétségkívül meggyengítette már kezdettől fogva az, hogy egymás között is nem lényegtelen kérdésekben eltérő álláspontokat vallottak. Így nézeteltérés van abban, vajjon 1. a jogvédelmi igény csupán az állammal szembeni igény-e, vagy az alperessel szemben is van éle, hogy 2. a keresettel alaptalanul megtámadott alperest illeti-e jogvédelmi igény, végül, hogy 3. mi a jogvédelmi igény sorsa, ha a bíróság a keresetet helytelenül, de jogerősen elutasítja. Ha *Chiovendát* is ennek az elméletnek a hívei közé sorozzuk, annakfolytán, hogy az állam elleni ítéleti igényt mint tipikus germán jogi gondolatot elejti, annak a harmadik változatnak a képviselőjeként kell említenünk, amely szerint a jogvédelmi igény egyedül az alperessel szemben áll fenn.

Kezdetből fogva voltak és vannak azonban ennek az elméletnek nagy ellenségei is, akik sorában némelyek az elmélet nagy érdemeit a perjog tudományának továbbvitelében elismerik, de olyanok is, akik azt a legsúlyosabb improduktív tévedések sorába iktatják.

A maga kiindulási pontjának ezt a tetszetős gyümölcsét erőteljesen támadja *Bülow*, a kiméletlenségig menően

*Kohler és Rosenberg, Sauer* pedig legújabb hatalmas perjogi munkájának egyenesen a céljaul tüzi ki annak kimutatását, hogy a konkrét keresetjog merőben alkalmatlan arra, hogy a perjog tudományos rendszerének alapvető fogalmaként használják fel.

A támadások jelentős része ugyanazon a vonalon halad, mint az absztrakt keresetjogi elmélet elleni támadások. Az államot terhelő kötelezettség elfogadhatatlansága, a jogosultsági oldal önállótlanága, a keresetjognak a személyiségi jogban foglalt egyik jogosítvánnyal való azonossága itt is csakúgy a harci eszközök sorában szerepelnek, ahogy ezt az absztrakt keresetjogi elmélet esetében láttuk.

Ezeket az ellenvetéseket azonban a Wach—Hellwig-féle elmélet még diadalmasan állotta ki, mert konkrét tartalma, a peren kívül már előállott keletkezési előfeltételei, amelyek nem minden alattvalóval közösek, az alanyi jogtól megkivánt privilégizált jogállás kívánalmának is meg tudott felelni. Ezen a vonalon segítségére jött *Somló* tanítása is, aki az alanyi közjogok fogalmának megállapításában az imperatív és promisszív normák megkülönböztetéséből indul ki. Alanyi közjog csak akkor, de akkor mindig van, ha promisszív, hatalmat ígérő normával állunk szemben. Ha az ígélet az államhatalom nemtevésére irányul, az eredmény szabadságjog, ha tevérsre irányul, hatalmasság (*Recht des Könnens*) az eredmény. Míg a magánjogi alanyi jog a parancsnak alávetett magánjogi alany tevérsre vagy nemtevésére irányul, addig a közjogi alanyi jog tartalma a jogi hatalom tevérsre vagy nemtevésére. A keresetjog a magánjoghoz hozzáfűzött közjogi alanyi jog.<sup>22</sup> Egyébként is lassan *communis opinio*vá válik, hogy bizonyos értelemben lehet az állammal szembeni jogról beszélni akkor is, ha a jognak megfelelő magatartás tanúsítása az államhatalom erre hivatott szervei részéről egyszersmind közhatalosi feladat teljesítése. Nem ügydöntő tehát, ha a *Somló* felfogásával szemben helyt-

<sup>22</sup> Juristische Grundlehre. 447. és köv., 494. és köv. l.

álló is *Bindernek* az az ellenvetése, hogy a normák Somló-féle felosztása nem állja meg a helyét, mert ami az alattvalók felől nézve promisszív, az államhatalom szervei felé imperatív.

Ha azonban a konkrét keresetjogi elméletnek a most említett vonatkozásban, vagyis az elmélet által vitatott jog lehetősége kérdésében nagy előnyt is jelentett az, hogy a peren kívül már készen álló konkrét jogi helyzet alapján nem egyáltalán ítéletre, hanem a keresettel fellépő javára szóló, neki kedvező ítélethez való jogot látott a keresetjogban, épen ez a konkrét tartalom döntötte veszélybe akkor, amikor az a kérdés került előtérbe, vajjon ez az elvileg lehetséges jog valósággal van-e.

*Bülow*, aki az absztrakt keresetjogi elmélettel szemben még az ítélethez való jogot sem volt hajlandó elismerni a tárgyalás befejezése előtt, természetes, hogy még élesebben fordult egy olyan elmélet ellen, amely már a per megkezdése előtt nemcsak ítélet iránti igényt kísérel megteremteni, hanem még az ítélet tartalma tekintetében is jognak nevezi azt, ami legfeljebb jóslat.

*Rosenberg*<sup>23</sup> és nálunk *Sárffy*<sup>24</sup> a vita anyagának a konkrét keresetjog ellenzői oldalán kialakult végső eredményét körülbelül a következőképen foglalják össze.

Nem kétséges, hogy a perrendtartás szabályai értelmében a bírónak kötelessége olyan tartalmú ítéletet hozni, amely a perben kialakult tényállásnak megfelel. A peren kívül fennálló tények az ítélezés alapjául csak annyiban szolgálnak, amennyiben azokat a bíróságnak a felek előadása és a bizonyításfelvétel eredményeképen sikerül kiderítenie. Az a tényállás azonban, amely a perben kiderül, nem szükségképen azonos a perenkívüli tényállással, amelyhez képest a Wach—Hellwig-féle felfogás a keresetjog alapján követelhető ítélet tartalmát megállapítja. Ha tehát valóban lenne a jogban egy olyan parancs is, amely a bírót a jogvédelmi igénynek megfelelő ítélet

<sup>23</sup> Lehrbuch. 3. kiad. 292. l.

<sup>24</sup> A végrehajtás megszüntetése iránti per. 33. l.

hozására köteleznél, ez annyit jelentene, hogy egy és ugyanazon jogrendszerben egyszerre két, egymásnak adott esetben ellentmondó parancs lenne. Ez pedig lehetetlen. Minthogy pedig a perjog említett parancsainak léte a perjogi törvények írott szabályaiból minden kétséget kizáróan megállapítható, a konkrét keresetjog létét pedig az írott jogszabályokból kiolvasni nem lehet, logikusan nem lehet más álláspontra jutni, mint arra, hogy konkrét keresetjog nincs.

De kétségtelen az is, hogy az állítólagos konkrét keresetjogot ki nem elégítő, ebből a szempontból tehát helytelen ítélet is jogerőre emelkedik, a jogerő pedig az eldöntött kérdésnek újból vita tárgyává tételét kizárja; a konkrét keresetjog a neki meg nem felelő ítélet hatása alatt vagy meg kellene szűnjék és ebben az esetben ez a jog egy olyan különös jog lenne, amely épen a megsértése következtében megszűnik, vagy pedig azt kellene feltennünk, hogy a keresetjog örök kielégítetlenségre kárhoztatva a helytelen ítélet jogerőre emelkedése után is fennmarad, de ebben az esetben már a korábbi stádiumban, a kereset megindítása előtt is egy olyan jog lenne, amelynek az érvényesülése vagy nem érvényesülése a perjogi szabályok alkalmazásának eredményétől függne, tehát megvalósulását már eleve bizonytalannak kellene tekintenünk.

Bár valójában nem elképzelhetetlen, hogy a megsértés a jog megszűnését eredményezze, a most ismertett ellenvetéssel szemben *Wachnak* nem állott más védekezés rendelkezésére, mint az, hogy ellenfelei empirikus szemlélet alapján szóltak a kérdéshez, míg ő metafizikai, teológikus szemléletből kiindulva állította fel a konkrét keresetjog fogalmát. Lényegileg *Hellwig* is ezen a vonalon védekezik. Ha az állam tudatában van is, amint ezt *Bülow* állítja, annak, hogy az ítélet nem mindig fogja fedni az anyagi igazságot, nem áll az, hogy az állam ennekfolytán nem is törekednék az igazságos ítélezés megvalósítására. Az is kétségtelen, hogy a jogerő megakadályozhatja, hogy az ítéletben foglalt deklarációt vita

tárgyává tegyék, még akkor is, ha világos, hogy a bíróság egy nem létező keresetjognak tett eleget. A jogerő nem az ítélet helyességét biztosítja, hanem csak az ítélet tartalmának vitathatatlanságát. Az államra és a neki alávetettekre nézve bizonyossá teszi, hogy a jogerősen elutasítottak nincsen joga. A helytelen ítélet azonban patológikus eset. A per lényegének megítélésében épen úgy nem szabad ezekből az esetekből kiindulni, mint ahogy az orvostudomány lényegének megítélésére sem alkalmasak az orvosi műhibák.

Nyilvánvaló, amit *Wach* az említett megjegyzésében kiemelt, hogy a konkrét keresetjog védői és ellenzői közötti vitában nemcsak ellentétes álláspontok küzdenek egymással, hanem ellentétes szemlélési módok is. A magam részéről a Bülow szemlélési módját inkább dologiasnak, a *Wach*-ét inkább kötelmiesnek érzem és erre indít különösen *Tóth Károly* birtokjogi szemlélete. Bülow csak azt hajlandó jognak minősíteni, ami máris szilárdan kézben van, *Wach* a kilátás jogként elismerését sem zárja ki.

## V.

Épen a szemlélési mód felismert különbsége indította meg azután azokat a kísérleteket, amelyek a konkrét keresetjogot kirekesztő tiszta processzuális felfogás és a konkrét keresetjog kétségkívül nem perjogias, de közjogi gondolata közt a kiegyenlítést keresték.

Ezeknek a kísérleteknek sorából *Schmidt Richárd* fejtegetését emelem ki, amelynek tagadhatatlanul sok rokon vonása van *Magyary Gézá*nak a tiszta processzuális kezdeti felfogását felváltó későbbi álláspontjával.

*Schmidt*<sup>25</sup> a Bülow és *Wach* közti vitát ahhoz a vitához hasonlítja, amely a körül a kérdés körül folyik, vajjon a jogszabály csupán az állam akaratának kifejezése képen, csupán mint állami hatalmi parancs fogható-e

<sup>25</sup> Prozess und Staatsrecht. 1905. 15. és köv. 1.

fel, vagy pedig azt a népmeggyőződés erkölcsi parancsai-ból fakadónak kell tekinteni, amelyet az államhatalom ebből a forrásból merítve a saját hatalmi eszközeivel megerősít és megvéd.

Amint ez a két felfogás nem jelent ellentétet, mert a külsőleg hatalmi parancsként jelentkező jogszabály az egész jogrendszer szempontjából szemlélve mégis a nép erkölcsi meggyőződésének egy valóságos darabja, épen úgy a bírói ítélet is, bár csak az eljáró bírónak az autoritativ kijelentése, amely a tárgyalás és bizonyításfelvétel eredményét a bíró jogi meggyőződése szerint összefoglalja, mégis az ítélet mögött is ott áll az a kép, amelyet a nemjogászok bírálata és a fél várakozása alkotnak. Ez a háttérben álló értékmérője az ítéletnek.

Nagy tömegben szemlélve az ítélet valójában is azt hozza, amit tőle várnak, eleget tesz a magánszemély és az állam közötti viszonyból eredő kötelezettségnek, nyújtja a perenkívüli tényállás alapján várt jogvédelmet. Ennek azután két fontos gyakorlati következménye van: 1. a bírói ítélkezés irányítója a közfelfogás jogi meggyőződése, amit a bíró nem hagyhat figyelmen kívül; 2. másfelől az egyes is csak akkor foglal el a közösség keretei közt méltó helyet, ha a perbeli győzelmet nem mint isteni adományt várja, amely esetleg be fog következni, de ugyanolyan valószínűséggel el is maradhat. Kell, hogy az egyes kedvező döntésre számithasson is, arra jogosultnak érezze magát. Hogy azután megtesszük-e azt a további lépést, amely az egyes oldalán a keresetjog elismerését jelenti, másodlagos kérdés és a közjogi alanyi jogok fogalmi konstrukciójától függ. A lényeges az, hogy minden fejlett és civilizált törvényhozás arra törekszik, hogy a jogi helyzet külső processzuális előfeltételeit megfelelő határozottsággal szabályozva az érdektelen magánszemélyeknek a per eredményének megítélését, de legfőképen azt tegye lehetővé, hogy a perben álló személyek maguk, vagy szakértő tanácsadók segítségével a sikert vagy sikertelenséget minél biztosabban előre lássák. Igaz, hogy a megoldásra váró jogkérdést csak

hypothetikusán lehet előre vizsgálni és hogy egy tanú halála, vagy a bírónak valamelyik tanú iránti bizalmatlansága az előzetes számítást felboríthatja, de ez épen éles megvilágításba helyezi az államnak azt a kötelezettségét, hogy az ilyen lehetőségeket, amennyire lehet, csökkentse.

Magyary Géza kezdetben a perben kizárólag az állam fölérendeltségét és a felek alárendeltségét látva, jogosultságot csak az állam, kötelezettséget csak a felek oldalán tudott megállapítani.<sup>26</sup> Ez a tiszta processzuális felfogás természetszerűleg kizárta akár az absztrakt, akár a konkrét keresetjog elismerését. Később azonban — nyilván a közjogi alanyi jogok tana kifejlődésének hatása alatt — elismeri az állam önmegkötöttségét a felekkel szemben. Ha az államot terheli valamely kötelezettség jogvédelmet nyújtani, ez csak önfenntartási és erkölcsi kötelesség lehet ugyan, ilyen értelemben mégis lehet a kötelezettséggel szemben álló jogról beszélni, de szem előtt kell tartani az ilyen jog különleges természetét és a magánjogoktól való különbözőségét, ami főleg abban nyilatkozik meg, hogy az állam az ilyen jogok tartalmát és tartamát a közérdek szempontjai szerint mindig egyoldalúan határozza meg. A keresetjog mint ilyen értelemben vett jogositvány azt illeti meg, akinek valóban sértett vagy veszélyeztetett magánjogi érdeke van.<sup>27</sup>

A hosszas vita szemlélése valóban azt a képet ébreszti, amire Schmidt is utal. Hasonlít a helyzet azokra a birkozókra, akik már hosszú idő óta küzdenek egymással a nélkül, hogy bármelyikük erejének fogyása észlelhető lenne és kézenfekvőnek látszik az erők egyensúlyának megállapítása.

<sup>26</sup> Alaptanok 7. l.

<sup>27</sup> Magyar polgári perjog. 3. kiad. 8., 9. és 353. l.

## VI.

Mégis, a továbbfejlődés útját egy Schmidtnél is feltehető, de általa még kellőképpen nem értékelt momentum indítja meg.

Ha igaz az, hogy a konkrét keresetjog azért nem ismerhető el, mert a perjogi szabályok nem biztosítják, hogy a bírói döntés ennek a jognak megfelelő legyen, hogyan állunk magával a *magánjogi alanyi joggal*? Ennek az érvényesülése biztos? Igen, amikor elvontan, tanfolyamban beszélünk az alanyi magánjogokról. Ilyenkor a mindentudás köntösében jelenünk meg magunk előtt, jelentőséget, jogi hatást tulajdonítunk belső, lelki momentumoknak is, nem nagyon törődve azzal, vajjon lesz-e majd ember, aki ezeknek a momentumoknak a meglétét, vagy hiányát képes lesz az életben felmerülő konkrét esetben megállapítani. Legfeljebb a kodifikátor egyik vezérgondolata az, hogy ki nem deríthető momentumokat lehetőleg ne szerepeltessen döntő jelentőséggel, de sokszor ez mégis elkerülhetetlen. A Kúria gyakorlata szerint pl. a végrendelet vagy általában a jogügylet érvényességét az illetéktelen befolyásolás csak akkor érinti, ha a befolyásolás olyan mértékű, hogy azzal szemben a jognyilatkozatot tevőnél ellenkező akarat nem is keletkezhetett, vagy ha keletkezett is, az a befolyásoló akaratval szemben nem juthatott érvényre.<sup>28</sup> Ez a szabály tökéletes és helyes lehet mindaddig, amíg absztrakt módon gondolkozunk. Amint azonban a konkrét eset, az élet valósága kerül elénk, egyszeriben érezzük azt a bizonytalanságot, amelyben a perjogi gondolkodás lényegét vélem felismerni. Minden attól függ, mit lehet bebizonyítani. A végrendelettel szétosztott egész vagyon, az alanyi jogok egész halmazának sorsa függ attól, mennyiben sikerül külső tények útján belelátunk az esetleg már régen elhalt örökgyógyó lelkiületébe, mennyiben sikerül a bírónak az egyik akaratnak a másikra gyakorolt lenyűgöző hatá-

<sup>28</sup> K. 3341/1939. — Gr. XXX. 1014.

sát megállapítani. A tárgyilagossá szemlélőnek Schmidt-féle értékmérője aligha fog nagy segítséget jelenteni.

Pedig a materiális igazság csak egy lehet és bizonyos, hogy az anyagi jog szerint vagy csak a végrendeleti, vagy csak a törvényes örökösök tarthatnak igényt a hagyatékra, csak az érdekeltek egyik csoportjának lehet alanyi joga.

A perben rejlő bizonytalansági momentumoknak az árnyéka tehát sokkal hosszabb, mint ameddig ezt az árnyékot a maga perjogi beállítottságánál fogva *Bülow* szemügyre vette. Az nemcsak a keresetindítás alkalmával gyakorolt konkrét keresetjogot takarja, hanem visszanyúlik az alanyi jogra is, annak az érvényesülése is bizonytalan, annak a létét állítani is annyit jelent, mint a perjogi szabályoknak esetleg ellentmondó parancsnak ugyanazon jogrendszer keretében való létre építeni.

Ha tehát alanyi jognak csak azt tekintjük, aminek az érvényesülése biztos, Solonnak Kroisoshoz intézett intelme juthat az eszünkbe. Amint senki sem mondható boldognak halála előtt, úgy semmi sem mondható alanyi jognak, megvalósulása, a vele szemben álló kötelezettségnek teljesítés útján való megszűnése előtt. Sőt míg a holtak nem ébredhetnek új életre hogy újabb földi szenvedések részesei legyenek, a teljesítéssel megszűnt követelésről a perjog szabályai alapján még mindig kiderülhet, hogy az nem volt követelés, a teljesített fizetés pedig az alap-talan gazdagodás szabályai szerint visszakövetelhető.

Igaz, hogy a magánjog parancsai az egyénhez, a perjog szabályai a bíróhoz szólnak, s a konkrét keresetjog is ugyanahhoz a bíróhoz szóló parancsot tételez fel, a különbség tehát az alanyi magánjog és a keresetjog között felismerhető, ámde az egyeshez intézett parancsnak is csak az állam kényszerítő hatalma a szankciója.

Ebből a megállapításból kitűnik, hogy — ha az anyagi jog szerinti tényállás és a perbeli tényállás, vagy általában a magánjog és a perjog közti dualizmust fenn akarjuk tartani — a konkrét alanyi magánjogok körében csakúgy, mint a konkrét keresetjog esetében számot kell

vetnünk olyan alanyi jogoknak a létevel, amelyek a valóságban nem érvényesülnek, mégpedig a perjogi szabályok helyes alkalmazásának eredményeképpen.

Ebből a dilemmából keresi a kivezető utat *Binder*<sup>25a</sup> hegelianus alapokra épített monista vagy azonosság-felfogása. A per magánjogias felfogásának klasszikus képviselője, Savigny és ellenlábasa a tiszta processzualista *Bülow* közös elvi alapon állanak annyiban, hogy mindketten megkülönböztetnek a magánjog jogrendje mellett egy másodlagos, perjogi jogrendet, amely az elsőhöz kiegészítőleg csatlakozik, amelynek akkor kell közbelépni, ha az elsődleges, a magánjogi jogrend nem hat, ha az adós a magánjog parancsának nem engedelmeskedik. Ezzel szemben *Binder* a két jogrend azonosságát állítja. Állítja, hogy minden jog funkcionális lényege a kifelé érvényesíthető hatalom, a magánjog lényege sem lehet tehát más, mint hatalom. Ez a hatalom pedig az állam jogvédelmi szervezetében gyökerezik, úgyhogy a magánjogi igény egybeesik az állam elleni jogvédelmi igénnyel. A jog és a jogvédelem nem különböző, más és más jogrendszeren nyugvó be rendezések, hanem a kettő egy, legfeljebb más és más szempontból szemlélve. Az a jog, amelyet valaki bizonyíték hiányában vagy a saját ügyetlensége folytán nem tud érvényesíteni, nem is jog, mert a jog a hatalom rendje és nem a tehetetlenségé. Az ítélet tehát nem csupán megállapító tartalmú, amely nem érinti az anyagi jog szerinti helyzetet, hanem minden ítélethez konstitutív hatály fűződik. Nem olyan értelemben, mintha az ítélet megváltoztatná az anyagi jog szerinti helyzetet, de úgy sem, hogy az ítélet magánjogot keletkeztetne, mert mindkét megoldásban benne lenne a kifogásolt dualizmus, a kétféle jogrend elismerése, hanem úgy, hogy az ítélet és egyedül az ítélet jelenti a jogszabálynak a konkrét tényállásra alkalmazását. Korábban van törvény és van tényállás, de nincs konkrét alanyi magánjog. Ehhez képest

<sup>25a</sup> Prozess und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Leipzig. 1927.

minden, a perjogi szabályoknak megfelelően hozott ítélet szükségképen helyes, mert az anyagi jog szerinti állapot vele feltétlenül harmóniában van. A perújítás alapján hozott és az alapperbeli ítélettel ellentétes ítéletnek sem lehet az a szerepe, hogy a korábbi, helytelen ítélettel az érvényesüléstől elzárt alanyi jogot érvényesüléshez segítse, hanem az új ítélet megszünteti a korábbi jogerős ítélet jogkövetkezményeit minden vonatkozásban, tehát abban a vonatkozásban is, hogy az alapperben hozott ítélettel megsemmisített igényt visszaható erővel, tehát úgy állítja vissza, mintha az alapperbeli ítéletet sohasem hozták volna meg.

Természetes, hogy ez az azonossági elmélet nem fér össze a konkrét keresetjogi elmélettel. Nem lehet a kedvező ítélet iránti igény létét egy, a per előtti jogvédelmi igényhez kapcsolni, mert épen a per feladata, hogy az igény létét megalapítsa és azt a megfelelő esetben a hipotézisek világából kiemelve objektív biztonsággá tegye.

Nem ilyen logikai szükségszerűség az absztrakt keresetjog tagadása *Binder* rendszerében. Azt nevezetesen meg kell állapítania, hogy a per keletkezésének nincsen más előfeltétele, mint a perrendi szabályoknak megfelelő kereset előterjesztése. Az ő kérdése tehát ebben a vonatkozásában is csak az, hogy a keresetindítás mindenki számára nyitva álló lehetősége mennyiben nevezhető jognak.

*Binder* szerint a jog jellemzője a védettség. A keresetjogot is tehát akkor lehetne jognak minősíteni, ha a jog megvalósítására kényszereszközök is állnának a jogosult rendelkezésére. Ilyen eszközök a keresetjog mögött nincsenek, mert ha a bírói szerv igazságszolgáltatási kötelezettségének teljesítését megtagadja, az e miatt emelt panasz nem az állam ellen emelt, hanem épen az államnál emelt panasz a szerv ellen. Az államot az igazságszolgáltatás gyakorlására ösztönző kényszer azonban mégis megvan, csak hogy egészen más természetű, mint a magánjogi tartozás adásával szembeni kényszer. A szociális szükségszerűség az a készítő erő, amely úgy nehezedik az állam vállára, mint Atlasz vállára a menny-

boltozat. Ha menekülni akarna a terhe alól, saját magát zúzná össze. A közjogi alanyi jogok világába tehát egy mechanikusan funkcionáló kényszerítő apparátus egyáltalán nem tartozik. A magánosok elleni kényszerítő hatalom, amely a magánjogok érvényesülésének biztosítására való, nem gyengül meg azzal, hogy a szociális szükségszerűségben gyökerezik. A biztosíték az állam tudata a saját szükségességéről, vagyis az állampolgárok és főként az állam szerveinek meggyőződése egy állami és társadalmi rend nélkülözhetetlenségéről. Az államnak a magánjogok védelméhez fűződő érdeke tehát oly elementáris, hogy semmi szükség nincs még az ehhez való jog védelméről egy külön alanyi jog útján gondoskodni. Az, amit az állam jogvédelmi szervezete véd, a magánérdek, amely épen ezzel a jogvédelemmel válik jogilag védett érdeké, tehát magánjoggá. Jognak tehát a keresetjog eszmekörében legfeljebb az egyesnek az érintettségét nevezhetnénk az igazságszolgáltatási apparátus működésével.

A jogvédelmi igény nem attól függ, hogy az állított jog önmagában létezik-e, hanem attól, hogy a perben azt mint létezőt a bírő meggyőződésévé teszik-e. A jogvédelmi viszony tartalma nem egyedül a jog állításához, de nem is a jog létezéséhez, hanem a jog állításához és bizonyításához fűződik. Ez a tényállás egyszerre perbeli és perenkívüli. Perenkívüli annyiban, hogy azt úgy képzeljük, mint a perenkívül már létezőt, mégis a perben annakidején bizonyíthatót; perbeli annyiban, amennyiben tudatában vagyunk annak, hogy a per jogalakító folyamat, amelynek az a feladata, hogy az anyagi jog létezőt a bíróban a bebizonyítottág képzetét keltse.

A konkrét keresetjogi elmélet tehát túloz, amikor az anyagi jogot oly módon emeli jogvédelmi előfeltétellé, hogy a per lényegével ellentétbe kerül, az absztrakt keresetjogi elmélet pedig túloz azzal, hogy a pernek az anyagi joggal való kapcsolatát tagadásba veszi.

Az azonossági elméletnek *Binder* emberileg érthető módon igen nagy jelentőséget tulajdonít. Valóban az új német felfogás mutat is vele bizonyos szellemi közössé-

get, amikor a bíró feladatát az 1933. évi novella bevezetésében nem egyszerűen jogalkalmazásnak, hanem a jog megkeresésének (Rechtsfindung) nevezi. Ez a megjelölés azt a gondolatot takarja, hogy a konkrét magánjogi esetre szóló jogszabály megtalálása és az esetre alkalmazása nem lehet a magános feladata, aki erről legfeljebb bizonyos véleményt alkothat, hanem ez a funkció az erre hivatott bíró kizárólagos feladata.

De vajjon igaza van-e *Bindernek* akkor, amikor a perjog tudományának gyönyörű Walhalláját pusztulásra kárhóztatja, amikor annak falain oly hasadásokat vél felfedezni, amelyeket kárbavesztett fáradság lenne betapasztással eltüntetni, mert az alapok vannak megrendülve? Igaz-e, hogy akik az épületet annakidején emelték, elmulasztották a talaj megvizsgálását és az túlságosan lazának bizonyult? Igaza van-e abban, hogy nincs más hátra, mint új épület emelése és vajjon helyesen tüzte-e ki maga ennek az új épületnek az alapjait?

*Binder* elmélete mindenesetre érdekes átmenetet alkot a *Jhering* tanításából, amely alanyi jog alatt a jog által védett érdeket érti a *Windscheid* tanításához, amely szerint az akaraturalom, akarathatalom az alanyi jog lényege. *Binder*nél a védettség eredményezi a hatalmat és viszont az érvényesítéshez szükséges hatalom éri el a védelmet. Igaza van abban is, hogy az anyagi jog és az ítélet közti discrepantiát valóban csak úgy lehet kiküszöbölni, ha az ítéletet mindig feltétlenül helyesnek ismerjük el, mert az a másik képzelhető megoldás, hogy a jogerő gondolatát az anyagi jog érvényesülésének feltétlen biztosítása érdekében elejtsük, gyakorlatilag lehetetlen.<sup>29</sup>

A *Binder*-elmélet nézetem szerint olyan eltévelyedés, amely alig állhatott volna elő másutt, mint egy olyan országban, ahol a bírói hatalmat kiválóan szakképzett és minden vonatkozásban hivatásuk magaslatán álló bírákból álló testület gyakorolja. Csak ilyen ország jogtudósa

<sup>29</sup> Eddig a konzekvenciáig is eljut a konkrét keresetjogi elméletből Demelius.

eshetik abba a téves szemléletbe, hogy az ítéletet a joggal feltétlenül egyezőnek látja. De nem kell a laikus bíráskodás képét magunk elé idézni, hogy az anyagi jog és a perjog közti dualizmus mellőzhetetlenségét belássuk, hanem elég a kir. Kúria egyetlen jogegységi határozatának indokolását elolvasnunk. Két csoportra osztva megtaláljuk benne azoknak a bírói határozatoknak az ismertetését, amelyekben a bíróság a perbeli tényállás hasonlósága ellenére is az egyik, illetőleg a másik, egymással szembenálló elvi alapon hozta meg a maga határozatát.

Ezeket a határozatokat kiváló ítélő bírák hozták, akik nem egy esetben a jogegységi határozat meghozatala előtt, sőt az után is a szakirodalomban a tudós hivatott tollával szálltak síkra a maguk álláspontjának igaza mellett.

Hogy minek kell az adásvételi szerződés érvényességéhez írásban foglalva lenni, hogy a pénz vásárló erejének enormis csökkenése alapot szolgáltat-e a bírónak már megítélt baleseti járadék felemelésére, hogy az, aki valamely ügyének ellátására maga helyett mást rendelt ki, mennyiben felelős a kirendelt cselekvéséért vagy mulasztásáért, hogy a veszélyes üzem fenntartója egészen, vagy csak arányos részben köteles-e a kárt megtéríteni akkor, ha a balesetet nem kizárólag a sérült hibája okozta ugyan, de az abban közrehatott, mind olyan kérdések, amelyek nem perbeli tényálláson, hanem a bíróság jogi felfogásán múlottak. Végeredményben tehát a kötelező erejű határozat meghozataláig a bíróság elé került ügyekben a konkrét döntés tartalma attól függött, hogy az történetesen az egyik, vagy a másik kúriai tanács elé került-e.

Ez a szempont a *Binder* figyelmét talán azért kerülte el, mert a német jog a jogegység biztosítása céljából hozott kötelező erejű határozatokat nem ismeri. De hogy hasonló helyzetek a német jogéletben is előfordulnak, mint ahogy elő is kell fordulniok, azt mutatja, hogy igen tekintélyes német jogászok javasolták már a háború előtt a mi jogegységi határozatainknak megfelelő intézmény megvalósítását, a nemzeti szocialista felfogás pedig ez



elől csupán azzal az indokolással tért ki, hogy a jogszabályalkotó gépezet működését többé nem akadályozzák a parlamentáris rendszerből folyó nehézségek és így a közszempontjából is káros ingadozás, vagy téves gyakorlat kialakulása esetében a jogszabályalkotásnak kell sürgősen közbelépni.<sup>30</sup>

A keresetjog létét tagadó álláspont mellett *Kohler* hozta fel azt az érvet, hogy az istenítéletek korának lejártával szertefoszlott a bírói ítéletek csalatkozhatatlanságába vetett hit is. *Binder* elméletéből azonban úgy látszik, hogy ennek a hitnek csak a ténybeli oldala enyészett el, a bíró jogi csalatkozhatatlanságának azonban még mindig van hitvallója. De *Binder* álláspontjának tarthatatlansága nem ebből a hitből világlik ki, hanem akkor derül ki, ha a bírói döntésekből a bíró ítélkezési funkciójának fordított irányú elvégzése útján megállapítjuk az alkalmazott jogszabályt. Az egymással ellentétes elvi alapon nyugvó határozatok vizsgálatában *Binder* gondolatmenetén egyetlen lépéssel tovább haladva, visszaérkezünk ugyanahhoz a képtelenséghez, amelynek kiküszöbölésére törekvés *Bülowot*, *Kohlert*, *Rosenberget* és *Sárffyt* a konkrét keresetjogi elmélet elvetésére, *Bindert* pedig a maga elméletének felállítására vezette.

Ha minden jogerős bírói ítélet egyszersmind helyes, akkor ebből az is következik, hogy minden bírói ítélet egy valóban létező absztrakt anyagi jogszabály alkalmazása. Az egymással ellentétes elvi alapon nyugvó jogerős ítéletek esetében pedig ebből nem juthatunk más eredményre,

<sup>30</sup> A kötelező törvényértelmezés intézményes megvalósításának egyik előharcosa, *Zeiler A.* „Meine Mitarbeit“ c. emlékiratszerű munkájában foglalta össze (i. m. 12. és köv. l.) ezirányú törekvéseinek történetét. A vele diametrálisan ellentétes új fellegásra l. *Müller A.*: Die Geschichte der bindenden Gesetzauslegung, 1939. Az új felfogás egyik érdekes gyakorlati megnyilatkozása a végrendeletek alakosságának kérdésében alkotott 1938. július 31-i novella, amelyre a Reichsgerichtnek a jogászai közvélemény által helytelenített gyakorlata adott alkalmat. L. a törvény indokolásának bevezető részét (*Hoche*: Die Gesetzgebung Adolf Hitlers. Heft 28—410. és köv. l.) és az ott idézett irodalmat.

mint arra, hogy ugyanazon a jogrendszeren belül egymásnak ellentmondó anyagi jogszabályok élnek.

Minthogy pedig a körül nincs vita, hogy ez lehetetlen, nincs más hátra, mint vagy az objektív normák jogként elismerésének tagadása — ami valóban *Binder* hegelianus alapgondolata — de akkor semmi logikai akadályja nincs annak, hogy a konkrét keresetjog normája épen úgy jognak nem tekinthető norma legyen, mint a magánjogi törvénykönyv valamennyi szabálya, — vagy annak a factumnak az elismerése, aminek kijelentése nem egy jogegységi határozatunk indokolásában olvasható, hogy nevezetesen vannak olyan bírói ítéletek, amelyek — annak ellenére, hogy már perújítással sem támadhatók meg — az anyagi jog szempontjából fenn nem álló jogot fennállónak nyilvánítanak. Van tehát olyan értékmérő, amelynek alkalmazásával az ítélet helyességének, vagy helytelenségének kérdését el lehet dönteni, mégpedig a szó szoros értelmében vett peren kívül is. És ez nincs kiegészíthetetlen ellentétben azzal az állásponttal sem, hogy csak az a jog, ami érvényesül, mert az esetek túlnyomó többségében érvényesülő jog jog marad akkor is, ha néhány téves ítélet esetében nem is tud érvényre jutni.<sup>31</sup>

Talán a német magánjog kodifikáltsága és a magyar magánjog szokásjogi jellege az oka annak, hogy a most kifejtettek *Binder*nek és a többi említett német írónak a keresetjogra vonatkozó ismertetett fejtegetéseiben nem jutnak szerephez. A német jogtudomány számára az anyagi magánjog a kódex kézzelfogható paragrafustömege volt a legújabb időkig, de ez nem változtat azon, hogy *Binder*, amikor a régi épület emelőinek szemére veti, hogy elmulasztották az általa megvizsgálását, a maga épületének előkészítése során ugyanebbe a hibába esik, mégpedig még súlyosabb mértékben.

El tudom képzelni a jognak egy olyan kezdeti fejlő-

<sup>31</sup> Ha viszont a nemérvényesülés válik a gyakorlatban a rendszerinti esetté, ez valóban lehet annak a jele, hogy a jog megszűnt jog lenni. „Eine Norm, die sich nicht Geltung verschaffen kann, ist keine Rechtsnorm mehr.“ (*Moór*: Macht, Recht, Moral, 17. l.)

dési szakát, amikor a Binder-féle elgondolásnak van bizonyos létjogosultsága, sőt épen a magyar jog szempontjából ennek a stádiumnak bizonyos állandósult megnyilatkozásai ma is felismerhetők.

Abban a korban, amikor a XII táblás törvény, Szent István törvénykönyve a törvényhozó hatalom egyedüli megnyilatkozásaiként megjelentek, bizonyára nemcsak azok az életviszonyok voltak reális valóságok, amelyekről ezek a törvények szóltak. Az államhatalom azonban akkor még fejletlen és gyenge arra, hogy a ma jogi szabályozásban részesülő valamennyi életviszony tekintetében kilátásba helyezze az államhatalom védelmét. Az államhatalom beéri a jogvédelemnek abban a minimális körben való ígéréssel, amely körben azt a maga korában a saját létének fenntartása érdekében nélkülözhetetlennek tartja. Kockázatos kísérlet lenne, de végre is nem lenne képtelenség, ha az igazságszolgáltatás terheit a törvényhozás azon az úton igyekeznék csökkenteni, hogy a bírói generális delegáció megszüntetésével a bírói úton nem érvényesíthető követelések körét mindaddig tágítaná, amíg csak ez az állam létét nem veszélyeztetné. A moratóriumok időlegesen ugyan, de lényegileg ilyen természetű rendelkezéseket jelentenek. Épen ezekből látjuk, hogy néha az ilyen intézkedés nemcsak nem veszélyezteti az állam létét, hanem egyenesen szükséges annak fenntartására.

Ha a XII táblás törvény megalkotásakor valóban az volt a helyzet, amit a fentiekben feltételeztem, arról lehet vitatkozni, vajjon jog volt-e az is, ami a törvény szűkszavú rendelkezéseiben nem volt szabályozva. Ha megtagadjuk is a jogminőséget az olyan szabályoktól, amelyeket az emberek jogszabályként közmeggyőződéssel követnek, bár nincs mód a szabály ellen vétővel szemben az államhatalom kényszerítő erejének mozgásbahozására, és azt az álláspontot foglaljuk el, hogy a XII táblás törvényen kívül nem volt állami parancs a magán életviszonyok bírói oltalmazására, ebben az esetben sem áll, hogy az eseti döntések, amelyek az államhatalom megerősödé-

sével egyre több és több életviszonyt vontak az igazságszolgáltatás körébe, adták egyszersmind az egyes konkrét esetekre korlátozottan a jogot, hanem a praetori jogfejlesztés az objektív jogot is gazdagította s az egyszer megadott actio actiot teremtett a hasonló, de perbe még nem vitt viszonyok alanyai javára is. Ez a távolbahatás a jogfejlesztő jogalkalmazás sajátja nálunk is. Az a bizonytalanság, amelyre a per szükségessége mellett szóló érvként már *Frank Ignác* is hivatkozott, valóban fennáll és amint *Moór Gyula* legújabban találóan kifejti, egyáltalán nem korlátozódik annak a bizonytalanságára, hogy milyen tényállás fog a perben kiderülni, hanem a legfőbb alapja abban van, hogy a jogszabály sohasem találhat annyira pontosan az eleven élet során felmerült jelenségekre, hogy az absztrakt szabályt és a konkrét valóságot széles szakadék ne választaná el, amelynek kiküszöbölése a bíró feladata.<sup>22</sup> Az eseti döntéssel azonban a bizonytalanság sokszor nemcsak az eldöntött esetre szólóan, hanem általában járul el. Áll ez különösen azokban az esetekben, amelyeket *Moór Gyula* a jogalkotás decentralizációjának eseteiként említ, amikor ugyanis a törvényhozó bizonyos részleteknek a konkretizálását tudatosan a bíróra bizza.<sup>23</sup>

*Binder* felfogásának nemis ezekben az esetekben, hanem a *Moór Gyula* által ú. n. delegált másodlagos jogalkotás szélsőséges eseteiként mutatkozó azokban az esetekben tudom bizonyos fokig a létjogosultságát elismerni, amikor a jogszabályt azt bizza kifejezetten a bíróra, hogy konkrét esetben a jog léte vagy nemléte felől döntsön. Ilyenkor a törvényhozás nemcsak maga nem akar absztrakt szabályt alkotni, hanem ilyennek a létrehozását a bírótól sem várja. Ennek az esetnek a tipikus példája a vétlen károkozásért való felelősségnek a Mt. 1739. §-ában formulázott általános szabálya: „Aki másnak jog-

<sup>22</sup> A joghézag kérdéséről. Kolosváry-Emlékkönyv. 312. l.

<sup>23</sup> I. m. 313. l. — Ilyenkor jut nagy szerep a Schmidt által elemzett, a laikus nagyközönség körében kialakult értékkiteleteknek. V. ö. 21. l.

védte érdekét jogellenesen, de vétkesen sérti meg (vétkes kártétel) a sértettnek ebből eredő vagyoni kárát, ha máshonnan meg nem térül, annyiban köteles megtéríteni, amennyiben ezt, tekintettel a körülményekre, különösen az érdekelt felek vagyoni viszonyaira a méltányosság megkívánja." Ebben az esetben nemcsak a kár mennyiségének megállapítása függ a bírói belátástól, mint a Pp. 271. §-ában említett esetekben általában, hanem a konkrét eset körülményeitől függ annak az eldöntése is, hogy van-e egyáltalán kárkötelelem. Az ilyen esetek teremtését, a bírónak ilyen értelemben vett fehér lap nyújtását éppen a német jogalkotás a legújabb időkig elkerülte. *Binder* tehát alig vehette ezeket kiindulási pontul. De ez a kivételnek számító jelenség különben sem lehet alap az azonosság elmélet általános értelmű elfogadására.

## VII.

*Binderrel* éppen az ellenkező irányban fejleszti tovább a tant *Goldschmidt*,<sup>34</sup> aki a jogvédelem előfeltételeinek szabályait a *materiális igazságszolgáltatási jog* nevezete alatt a perjog és a magánjog területe közötti új jogterületként kísérli meg kiépíteni, abból a szemléletből kiindulva, hogy az, amit büntető törvénykönyv alatt értünk, büntetőjogi vonatkozásban éppen ezt a közbenső jogterületet jelenti, amelynek a szabályai a polgári igazságszolgáltatás szempontjából a magánjog és a perjog szabályai közt szét vannak szórva. Ezek a szabályok nem magánjogi szabályok, mert nem a magánszemélyek egymásközti viszonyát, hanem az állami igazságszolgáltatás viszonyát szabályozzák az egyessel szemben, de nem tartoznak a perjog körébe sem, mert a perjog szabályai viszont az igazságszolgáltatás jogának csupán formális oldalát ölelik fel.

Ez az elgondolás, amely a konkrét keresetjog elmé-

<sup>34</sup> *Materielles Justizrecht*, 1905.

letének extremitása és a közjogiasan elgondolt elméleten keresztül a *Tóth Károly* megoldásához vezet, nem tett szert szélesebb körben követőkre. Maga *Goldschmidt* is úgy jellemzi, hogy az tulajdonképpen a magánjognak az átfordítása az állam jogvédelmi kötelezettségét megállapító szabályok alakjába. Ez a beállítás már magában kihívja azt az ellenvetést, hogy a materialis polgári igazságszolgáltatási jog tulajdonképpen nem is más, mint maga a magánjog.<sup>35</sup>

Ennél őszintébb *Tóth Károly*, aki a másodlagos, harmadlagos magánjogi szabályokat magukat, minden átfordítás nélkül mondja törvénykezési szabályoknak. Egy további alapos ellenvetés, hogy a büntetőjoggal vont párhuzam azért sikertelen, mert ha a büntetőtörvénykönyvet a polgári materialis igazságszolgáltatási jog párdarabjának fogjuk fel, a büntetőtörvénykönyvnek másodlagos szabályokat kellene tartalmaznia, amelyek csak a végett volna felállítva, hogy más normáknak a védelmére szolgáljanak. A büntetőjognak ez a lebecsülése nem felel meg a büntetőjog igazi lényegének. Nem is szólva arról, hogy az elsődleges, a tulajdonképeni anyagi büntetőjogi szabályokat maga *Goldschmidt* sem tudja rendszerbe foglaltnak megtalálni, a helyes párhuzam inkább úgy állítható fel, hogy a büntetőjog célja bizonyos különösen veszedelmes cselekményekhez a büntetés szigorú jogkövetkezményét fűzni, míg a magánjog ezzel párhuzamos — legalább egyik — célja kevésbé veszedelmes cselekményekhez kevésbé szigorú következményeket kapcsolni. Ebből a párhuzamból azonban a büntető, illetőleg a magánjog szabályaihoz a megfelelő perjogi szabályoknak közvetlen kapcsolódása adódik, a nélkül, hogy összekötő területre szükség vagy csak tér is lenne.<sup>36</sup>

De éppen a konkrét keresetjogi elmélet *Goldschmidt*-féle túlhajtása világít rá ennek az elméletnek arra az erősen individualista vonására, amely a legújabb idők-

<sup>35</sup> *Rosenberg: Lehrbuch*, 294. l.

<sup>36</sup> *Sauer: Grundlagen des Prozessrechts*, 564. l.

ben létjogosultságát leginkább tette kétségessé. Ez a tanítás a bírói ítélkezés célját csak az egyén magánjogi érdekeinek kiszolgálásában látja, holott, amint azt már Klein Ferenc, a szociális perjogi irány egyik leghatározottabb kifejtője kimutatta, a per szociális baj, amely azt mutatja, hogy a jogrend a gyakorlatban nem érvényesül. A tényleges érvényesülés elmaradása pedig a jogszabályt, a kijelentett állami akaratot létében támadja meg. Helyesen mondja *Moór Gyula*, hogy minden jogszabálynak meg kell küzdenie a maga létéért, ki kell vívnia a maga érvényesülését ahhoz, hogy valóban jogszabállyá váljék.<sup>37</sup> Amikor az egyes a bíróságtól magánjoga tekintetében védelemben részesül, ennek nem az az oka, hogy az állam az ő érdekének a szolgálatát tekinti a legfőbb feladatának, hanem az, hogy épen ő az a személy, akinek a jogrend megvalósulásához, a jogrenden esett sérelem orvoslásához érdeke fűződik. Az ő érdekeinek védelme egy nagyobb cél megvalósulásának velejárója. Ez a szociális felfogás a ma uralkodó felfogás és ez a mélyen fekvő oka a konkrét keresetjogi elmélet háttérbe szorulásának. Ebből az alaptól kiindulva vezet a maga támadását *Sauer*,<sup>38</sup> aki azonban *Binderrel* ellentétben és *Goldschmidthez* hasonlóan szintén különállóan szemlélhető új jogterületeket ékel az anyagi magánjog és a peres eljárási szabályok közé.

### VIII.

*Sauer* bizonyos vonatkozásban *Binderrel* diametrálisan ellenkező irányban, a dualizmus helyett a jogrendszer további tagozásával keresi a keresetjog problémájának megoldását. Szerinte a keresetjog körül kifejlődött vitának az az oka, hogy az egymással szembenálló felek nem vették figyelembe egymás eltérő szemlélési módját. Pedig

<sup>37</sup> Macht. Recht. Moral. 13., 17. és 36. l.

<sup>38</sup> Allásfoglalásának rövid összefoglalását l.: Juristische Methodenlehre. 1940. — 194. és 535. l., részletes kifejtését már idézett műve tartalmazza.

a perjog szempontjából három ellentétpár is jelentős; 1. a valóság és az eszme szemlélete; 2. a konkrét és az absztrakt szemlélet; 3. az individualis és a generalis szemlélet.

Az eszme és a valóság megkülönböztetésének hiánya vezette *Bülowot* annak a megállapítására, hogy a pernek nem is kell mindig a jog megvalósítására törekednie. Az, aminek egy jogerős érdemi ítéletnek lennie kellene, sokszor lényegesen különbözik attól, ami valójában. A kérdés ezért csak az, mennyire szabad a reális megjelenésnek az eszmétől eltávolodnia, hogy még mindig az maradjon, aminek külső alakjában megjelenik. A helytelen ítélet az eszmei szemlélet mellett akkor is kivételes jelenség, amelyet figyelmen kívül kell hagyni, ha a statisztika valóságsszemlélete azt mutatná, hogy hibás ítéletek gyakrabban fordulnak elő, mint helyesek.

Az absztrakt szemlélet a jogász szemlélési módja a *törvény tanulmányozásakor*, a konkrét az *egyes eset tárgyalásakor*. Az utóbbi a specifikus perjogi szemlélet, jellemzője az egyszeri iránti érdeklődés. Az ilyen szemlélet azonban nem korlátozódik a perre, mert épen e szemlélet alapján bonyolódhatnak le magánjogi jogviszonyok peren kívül.<sup>39</sup>

Az absztrakt és a konkrét szemlélési mód különbségén tisztázódik a jogerős helytelen ítélet kérdése is. Az ítélet természetesen nem változtat az absztrakt jogszabály létén, de azt, hogy a felperesnek igaza van, csak konkrét szemlélet alapján lehet állítani, vagyis a konkrét esetről *magánítéletet* lehet mondani. A bíró, amikor a perben ítél, a felek egymással ellenkező ítéleteihez hozzáfűzi a maga ítéletét. A konkrét életviszonyok megítélésében csak embereknek normákról szóló ítéletei szerepelhetnek. Ha tehát egy bírói ítéletet helytelennek mondunk,

<sup>39</sup> Ebben a megfigyelésben ütközik ki *Sauer* és *Tóth Károly* között az a szellemi közösség, amelyre *Balás P. Elemér* is utal a 2. jegyzetben idézett tanulmányában. *Sauer* a megintés, felmondás, beszámítás példáját hozza fel, tehát azokat, amelyeket *Tóth Károly* is a törvénykezés eseteiként tárgyal. — Grundlagen 20. és köv. l.

ez annyit jelent, hogy magánszemély, esetleg hatóság a maga ítéletét helyezi újból a bírói ítélettel szembe. A magánvélemény, vagy hatóság által kifejtett álláspont lehet helyesebb, mégis a bírói ítélet a kötelező.<sup>40</sup> Absztrakt szemlélési mód a konkrét kereseti jog hiveinek szemlélete, konkrét az ellenzőié.

A generális és az individuális szemlélet közti különbség abban jut kifejezésre, hogy generális szemléletnél az ember csak *egyed-egy absztrakt normát* alkalmaz, individuálisnál *minden részletre kiterjeszkedik*. Az első művelet a másodiknak az előkészítése szokott lenni. Generális szemlélet alapján jár el a bíró, amikor a per-előfeltételeket vizsgálja és a per megengedettségére felől dönt, individuális a szemlélete, amikor az ügy érdemében, az eset minden részletének felderítése után határoz. Az absztrakt keresetjogi elmélet a per-előfeltételekre épít és így generális szemléletből indul ki, a konkrét az ügy érdemét tartja szem előtt és így szemlélete individuális. Jogszütsége tehát a maga szemlélési módja alapján mindkettőnek megvan, más kérdés azonban, hogy mi a tudományos jelentőségük.

A per eszmei szemléletének ugyanis négy eleme van. 1. A per *célja a jog érvényre juttatása az egyes esetre szólnak*. Nemcsak az igazság kiderítése, hanem a jog megállapítása is. A kettő együtt alakítja az objektív jogot konkrét valósággá. A per előfeltétele egy javításra szoruló objektív állapot, a cél a közületi akarat kinyilvánítása a szükséges helyzetjavítás megvalósítása útján. 2. Bár a teleológikus tudományokban a fogalom lényegét a céllal való vonatkozásban lehet felismerni, a per célja nem maga a per. A per belső lényege szerint *eszköz a jogérvényesítésre*. 3. Ennek az eszköznek a tartalmi elemei mellett megvannak a maga megszabott formái. 4. Végül

<sup>40</sup> De lege lata Sauernek a jogerős ítélettel ellenkező jogegységi határozatról is azt kellene mondania, hogy az egy más hatóságnak, a konkrét esetben nem kötelező ítélete.

lényeges elem a felek felé rendelt *instancia*: a közösség által kirendelt pártatlan szerv.

A per szociális jellege minden ítéletnek abban a *konstitutív, ügylakító erejében* van, hogy az ítélet előtti tökéletlen, bizonytalan jogi helyzet helyébe új, konkrét jogot teremt. Hogy ez az ügylakítás bekövetkezhesék, annak megvannak bizonyos, az ügy érdemére tartozó előfeltételei.

A per mint az ügylakítás eszköze, jogérvényesítés. Ez a jogérvényesítés is meghatározott szabályok szerint történik. Az érvényesítési szabályokban célszerűségi elvek emelkednek törvényességi elvekké. E szabályokhoz kapcsolódnak a felek jogkereső és védekező jogai. Az ezekből előálló materiális perjogviszonynak is megvannak a maga különleges előfeltételei.

A szabályok egy harmadik csoportját alkotják végül a tipikus eljárási szabályok. Megtartásuk alapítja meg a szoros értelemben vett perbeli jogviszonyt. Ennek előfeltételei az általában ú. n. *perelőfeltételek*.

A szóba jöhető jogszabályanyagnak ez a hármas tagozása, amelynek révén a magánjog és a perjog közbe voltaképpen a *Sachgestaltung* és a *Verfolgung* két új területe ékelődik, mutatja meg azután a Sauer rendszerében, hogy a keresetjognak nevezett jelenség valójában összetett, két különböző terület elemeiből áll. Ha ehhez még hozzávesszük, hogy mindhárom jogterületen az előfeltételek az érvényesség, megengedettség és megalapozottság szempontjából vannak megállapítva és egyaránt lehetséges valamit a lehetőség, a valószínűség és a bizonyosság szempontjából megítélni, a keresetjog egy szelvényyé válik a jogkeresés hatalmas területén, de nem lehet perjogi alapfogalom.

Az absztrakt keresetjog ítéletet tartalmaz a megengedettség felől, mégpedig az eljárás és a jogkeresés szempontjából. A konkrét keresetjogban a kereset megalapozottságára vonatkozó értékítélet van. Ez az ítélet tehát az ügylakítás területéhez tartozik. De jelenti egyézersmind a megalapozottsági ítéletet a jogkeresés szem-

pontjából is. Ennyiben tehát mindkettő a most tárgyalt vonatkozásában tartható fogalom.

A már kiemelt individualista alapjuk mellett azonban legsúlyosabb hibájuk *Sauer* szerint, hogy merőben sztatikus szemléletre vannak beállítva, a per előtti helyzetre építik a jogot, holott a per leglényegesebb vonása épen a fejlődés, előhaladás, a dinamikus jelleg. Konkrét keresetjogról helyesen és perjogi szempontból használható módon abban az értelemben lehetne beszélni, hogy az akkor van meg, ha annyi tényanyag van feltárva, amennyit rendes körülmények közt el lehet várni és ennek a feltárt tényanyagnak az alapján kedvező ítélet legalább valószínű. Tisztában kell azonban lenni azzal, hogy a keresetjog véleményeszerű megállapítása nem lehet több a felperes részéről sem valószínűségi ítéletnél. A keresetindítást ehhez képest jogszerűvé az teszi, ha a felperesnek ez a valószínűségi ítélete legalább az átlagember ítéletének megfelel.

Abból, hogy a keresetjog megállapítása egy valószínűségi értékitélet eredménye, következik, hogy a per folyamán ebben az ítéletben külső körülmények, egyes tények tisztulása, majd elhomályosodása folytán eltoldás is állhat elő. Téves tehát *Bülownak* az az álláspontja, hogy a bizonyos tartalmú ítélethez való jogot tiszta perjogi felfogás mellett csak a tárgyalás befejezése után lehetne megállapítani, mert valószínűségi ítélet alakjában a jogszerűség megállapítása a per minden stádiumában lehetséges. Logikai szükségesség ugyanis, hogy minden perbeli cselekvésről és általában a jogélet körébe vágó emberi cselekvésekről minden időpontban lehessen jogi értékitéletet alkotni. Ez a *Sauer*-féle keresetjog, amely nem egyéb, mint a kereset előterjesztéséről az előterjesztés időpontjára szólóan alkotott kedvező jogszerűségi ítélet eredménye, természetesen nem lehet azonos azzal a keresetjoggal, amely a per előtt, a per alatt, sőt még a kedvezőtlen jogerős ítélet után is, állandóan azonos tartalommal áll fenn, tehát a *Wach*—*Hellwig*-féle konkrét keresetjoggal.

## IX.

*Sauer* kategorizálása nemcsak a keresetjog, hanem a jogélet sok más, eddig egyszerűnek képzelt fogalma tekintetében alkalmas az összetettség képzetének felkeltésére és — annak ellenére, hogy élesen bevilágít a korábbi sok meddő vita hátterébe — aligha lesz alkalmas arra, hogy a tételes jog tárgyalásának szélesebb körben elfogadott alapjává váljék. *Sauer* mégis, mint a mai kor szellemének egyik öntudatos és önálló kifejtője, a tételes jog művelőjének is sok figyelemre méltót mond. Szabad legyen tehát szerény vizsgálódásaim eredményét épen az ő fejtegetéseivel kapcsolódva előadni.

A magánjogász a *Sauer* fejtegetései után sem fog lemondani arról, hogy a bírói érvényesíthetőséget az alanyi magánjog jellegzetes vonásaként szemlélje. Bizonyára nem változik meg a mai jogrendünk egyik jellegzetességét alkotó az a helyzet sem, hogy az alaptalanul megindított kereset nyomán is szabályszerű per keletkezik és hogy a bírónak hivatali kötelessége a perjogi szabályoknak megfelelően előterjesztett kereset esetében a per keletkezése és lebonyolítása körében közreműködni, a feleket meghallgatni és ítéletet hozni.<sup>41</sup> De sem a *Sauer* sem mások érvelése alapján nem tudok lemondani a konkrét keresetjogi elméletnek arról a megállapításáról sem, hogy az igaz úton járónak joga van a keresetnek megfelelő ítéletre, amely jog őt a kereset beadása előtt fennállott, illetőleg perenkívüli tények alapján illeti meg. Ez a gondolat megtartja a maga jelentős szerepét, mint a bíró tevékenységét irányító, a jogszabályalkotást ösztönző és a nép széles rétegeiben az igazságszolgáltatásba vetett hitet fenntartó tényező akkor is, ha az a szemlélet, amely először világította meg, nem bizonyul egye-

<sup>41</sup> A perbeli igazmondási kötelezettségnek napjainkban egyre erőteljesebb hangsúlyozása a perjogi szempontból hatályos keresetindítás tiltottá minősítésével más síkon oly korrekтивumot hoz, amelynek szükségessége már *Degenkolb* előtt sem maradt rejtve, és amelyet *Tóth Károly* is felismert.

dül helyesnek, ha az a jogtudomány rendszerének egésze szempontjából alárendelt jelentőségűvé válik.

A *Sauer* fejtegetéseiből azonban az is kiderül, hogy a konkrét keresetjog körüli vita sikja újabban kissé eltolódott, vagy talán inkább az került erőteljesebb megvilágításba, hogy az ellenvetések helytálló lényege nem a sokszor túlságosan apró részletekbe menő kérdések körül, hanem a *per individualista, vagy szociális felfogása* körül mozog.

Azt kell tehát megvizsgálnunk, hogy a *Wach—Hellwig*-féle valóban individualista alapon felépített felfogás lényeges része valóban összeegyeztethetetlen-e a per szociális felfogásával, amely *Bülow* óta elmellőzhetetlen igazság.

Hogy maga a per közjogi jogintézmény, vitán felül marad, de vajjon ez a közjogi intézmény valóban magánérdekek kiszolgálója-e és a közjogi jellege épen ezért külön magyarázatra szorul-e, mint ahogy ezt *Plósz* fogta fel, aki a magánjogi jogszabályok közjogi eredetében látta a magyarázatát annak, hogy a magánjogok érvényesítése visszatorkollik a közjog világába?

A szociális felfogás — amint erre már korábban is utaltam — a német 1933. évi perrendi novella bevezetésében bizonyos mértékig tételes jogi formulázást is nyert.<sup>42</sup> E szerint az egyes, aki számíthat a jogvédelemre, nem csupán a maga igazát keresi, hanem *közfunckiót* is végez, amikor a bírót kötelelességszerűen támogatja a jog megtalálásában. A pernek ebből a felfogásából logikusan következik, hogy a feleket a perben igazmondási kötelezettség terheli, és hogy a bíró pervezetése is megerősödik. Az egyes akaratától függ ugyan, hogy magánjogi bírói úton érvényesíti-e és a felek egyező akarata a perenkívüli jogi helyzetet legelőbnyire át is alakíthatja, aki azonban elhatározta jogának per útján érvényesítését, annak ezt csak a közérdekkel harmóniában álló eszközökkel sza-

<sup>42</sup> Lásd a 19. jegyzetben idézett törvényhozói kijelentést.

bad tennie, s e végből sok vonatkozásban az alárendeltség helyzetébe kerül.

Az, hogy a felek a perben *nem pusztán magánérdekeiket hajszolják*, a magyar irodalomban sem új gondolat, hiszen egybeesik *Magyary Géza* tanításával, aki kezdettől fogva hirdette, hogy a felek a perbelépéssel a kötelezettségek egész sorát veszik magukra a bírói felségjogát gyakorló államhatalommal szemben. Ettől az állásponttól csak egy lépés választja el azt, amit *Sauer* tanít, nevezetesen, hogy a perben a *jogrend megvalósulása megy végbe* és a fél csupán a jogrendnek a megvalósulásában van érdekelve. Az ebben a felfogásban megnyilatkozó szociális gondolatot azonban nem szabad úgy felfognunk, mint az egyén elnyomását és a magánjog megsemmisítését. Az egyén magárahagyottságában sokkal gyengébb, mint akkor, ha egy nagy közösség tagjaként jelentkezik. Ezért a *Wach* által tisztán individuális alapon felépített keresetjog inkább nyer erőben azzal, ha ez a jog az anyagi jog szerint jogosultnak arra nyújt módot, hogy a *jogrend megvalósításában* működjek közre abban a tudatban, hogy érdeke, amelynek kielégítéséért küzd, a közérdekkel esik egybe. Ez az erőföllet bizonyára nem fosztja meg az érvényesített jogot magánjogi minőségétől mindaddig, amíg az érvényesítés eszközeinek igénybevétele az érdekelt akaratától függ, de mindenesetre elejtését jelenti annak a felfogásnak, mintha az állam az ítélkezésben nem lenne a közjó szempontjából érdekelve. Sőt, amennyiben azokat az alanyi jogokat, amelyeket az újabb jogfejlődés a jogosultnak még akarata ellenére is biztosít, mint pl. a jogszabályban megállapított minimális munkabérhez való jogot, amely a *Windscheid*-féle akaratelmélet szerint már kötelelességgé alakulna át, a *Jhering*-féle érdekelmélethez híven alanyi magánjognak tekintjük, még az sem lenne a szociálisan felfogott konkrét keresetjoggal ellentétes, ha a jog ezekben az alanyi jogokban a közérdek fokozott jelentőségét azzal is kifejezésre juttatná, hogy még érvényesítésüket is függetlenül a jogosult akaratától.

De a kedvező ítélethez való jog létjogosultságát vajjon

nem támadja-e meg alapjában az, amit *Sauer* a bírói ítéletnek a jog fejlődése szempontjából vett jelentőségéről tanít?

*Sauer* az ítélet feladatát még többnek találja a jog keresésénél (*Rechtsfindung*) és a jog kialakításában (*Rechtsgestaltung*) véli a helyes kifejezést megtalálni. Az, amit e kifejezés alatt ért, nekünk szintén nem új gondolat, sőt olyan, amelyet jogászaink legkiválóbbjai régóta vallanak. A jog nem az az absztrakt jogrend, amely formális jogszabályok tömegeként jelentkezik, nem a törvényjog és a szokásjog foglalatja, amint azt tiszta formális beállítás mellett meg szokták határozni. Igazi, vagyis hatékony jog valójában a konkretizált, az egyes esetekben megvalósuló jogrend. Ezt az „élő jogot” a bírói döntések eredményeiben, valamint a jogeszmé egyéb megvalósulásaiban ismerhetjük meg, származzék ez a megvalósulás hatóságtól, vagy magánszemélytől.<sup>43</sup> Ezt az álláspontot a hegeliánus túlzás nélkül, vagyis olyan értelemben, hogy *a bírói döntések az objektív jog megismerésének is forrásai*, a magyar jogfejlődés szempontjából könnyen elfogadhatjuk, ha azt még kodifikált magánjog mellett is vallani lehet.

Ha azonban a jog úgyszólván minden egyes ítélettel továbbfejlődik és változik, kézenfekvő az az ellenvetés, hogy meghatározott tartalmú ítéletre a félnek joga nem lehet, amikor még maga a jogszabály sincs készen, amelyen az ítélet alapulni fog. Ilyen messzire viszont maga *Sauer* sem megy és nem rombolja le a jogrend stabilitásának követelményét. Elismeri ugyanis a valószínűségi ítélet létjogosultságát az ítélet várható tartalma felől, sőt a helytelen ítéletek kategóriájával is behatóan foglalkozik. Az a tény, hogy helytelen ítéletek vannak — úgymond — semmiféle magyarázattal el nem tüntethető. Ezek szemébe tűnnek minden jogásznak és különösen épen a legjobbaknak, leglelküismeretesebbeknek. A jogtudomány sem nyugodhatik, ha mint minden tudomány, egységre,

<sup>43</sup> Juristische Methodenlehre. 1940. — 193. l.

az ellentmondások kiküszöbölésére törekszik, míg a harmóniát legalább az eszmék világában helyre nem állította és a hozzá vezető útra legalább rá nem mutatott. Mint-hogy pedig *Sauer* szerint az ítélet helytelenségét eredményezi az alkalmazott jogszabály helytelen kialakítása is, az ítélkezésnek jogszabályalakító tevékenységként fel-fogása tételünkön legfeljebb annyit változtat, hogy a *konkrét keresetjog a jogszabály megfelelő kialakítására irányuló jogot is jelenti*.

Amidőn azután *Sauer* a helytelen ítéletek ellenszerei után kutatva a rendes és rendkívüli jogorvoslatok, a kegyelmi tények és az ítélet érintetlenül maradása mellett előálló kártérítési igényen felül az ítélet hatálytalanságának megállapítása vagy a végrehajthatóság megtagadása útján igyekszik a kivezető utat megtalálni, végeredményben azokat a kísérleteket folytatja tovább, amelyeket *Hellwig* és követői kezdték meg épen a jogerős ítélettel ki nem elégített konkrét keresetjog megmentése érdekében.<sup>44</sup>

De nem jutunk kedvezőtlenebb eredményre a *Merkl* által kifejtett és lényegében *Kelsen* által is elfogadott „*Fehlerkalkül*” gondolatmenete mellett sem.<sup>45</sup>

*Merkl* szerint a tételes jognak az a szabályozása, hogy a jogerő a helytelen ítéletek tekintetében is bekövetkezik, annyit jelent, hogy a jog egy hatósági aktust, amely a vele szemben felállított követelményeknek nem felel meg, mégis hatályosulni enged és az említett követelmények ki nem elégítését szankcionálja. A jog ezzel mintegy önmagát módosítja: azt, ami követelménye volt egyszerű kívánsággá fokozza le, amelynek a nemteljesítéséért a szerv esetleg felelős lesz, az aktus azonban nem válik jogtalanná. E jelenség magyarázata egyszerűen az, hogy a jog emberi és emberek számára rendelt eszköz, számot kell tehát vetni azzal, hogy szabályait nem fogják követni,

<sup>44</sup> Grundlagen 583. és köv. l., Methodenlehre 538. és köv. l.

<sup>45</sup> Adolf Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft. 1923. — 294. és köv. l.; Hans Kelsen: Reine Rechtslehre. 1934. — 87. és köv. l.



azokat nem fogják alkalmazni, ami eredhet a szervek akaratí és gondolkozási hibájából egyaránt. Ezt a hibaforrást nem lehetne a követelmények enyhébb megszabásával sem kiküszöbölni, mert ezzel a jog a primitivizmusba süllyedne ugyan, a szervek hibái azonban mégis megmaradnának. A legcélszerűbb megoldás tehát az ideális követelményeknek megfelelő és a még hatályosnak elismert cselekvések közt bizonyos szabad teret nyitni, amelyen belül a szerv tévedését a Fehlerkalkül fedezi és a jognak meg nem felelő cselekvést is jogossá teszi. A törvényhozó azonban — még ha tudatosan erre az álláspontra helyezkedik is — úgy jár el okosan, ha ezt az álláspontját lehetőleg elleplezi és a szervekben nem teszi tudatossá, hogy ők másképp is eljárhatnak, mint a követelményeknek mindenben megfelelően.

Ugyanezt *Kelsen* röviden a következőkben foglalja össze: A törvény nemcsak azt mondja, hogy a bírói ítéletnek meghatározott módon kell keletkeznie és meghatározott tartalmúnak kell lennie, hanem azt is, hogy a más módon keletkezett, vagy más tartalmú ítélet is mindaddig érvényesüljön, amíg meghatározott eljárás útján az első sorban irányadó szabályokba ütközése folytán hatályon kívül nem helyezik. Ha az ilyen eljárási lehetőség már ki van merítve, vagy ilyen nincs is lehetővé téve, akkor az ítéletben foglalt alacsonyabbrendű szabály a törvényben foglalt magasabbrendű szabállyal szemben jogerőre emelkedik. Ez azonban annyit jelent, hogy az alacsonyabbrendű norma a magasabbrendű normával ellentétes tartalma ellenére is hatályban marad, még pedig a magasrendű norma által statuált szabály, a jogerő következtében.

Ezeket a fejtegetéseket nem nehéz párhuzamba állítani *Schmidt*nek fentebb már bemutatott azokkal a fejtegetéseivel, amelyek a konkrét keresetjog adott esetben való meg nem valósulása esetére igyekeztek magyarázatot találni. A *Fehlerkalkül*t bizonyára nem nehéz megtalálni a konkrét jogvédelmi igény összefoglaló formuláját alkotó koncentrált parancsban.

Ez az elmélet mindenesetre *Binder*rel ellentétben igazolja, hogy a meg nem valósulás lehetősége a magasabbrendű normát nem fosztja meg a norma jellegétől. Más kérdés azután, hogy a jogrendszerben él-e csakugyan az a rezignáció, amely a Fehlerkalkül motívuma, vagy pedig helyénvaló a Merkl-féle szabad tér szűkítésének keresése.<sup>46</sup>

Még kell lenni ennek a törekvésnek különösen a *Sauer* által jogilag elviselhetetlennek, a közjával és az igazságossággal ellentétesnek minősített ítéletek tekintetében.

A *Sauer* gondolatmenetébe bizonyára beleillenek azok a rendelkezések, amelyeket az 1932: VI. t.-c. 15. §-a tartalmaz a követelés uzsorás szerződésből eredésének a végrehajtási eljárás során való érvényesítéséről. Az uzsorás szerződésből eredő követelésben marasztaló ítélet oly helytelen ítélet, amely a törvényhozásnak az uzsoráról vallott felfogása folytán jogilag elviselhetetlen, a közjával és az igazságossággal ellentétes. Ehhez a helytelenséghez a törvény valóban azt, a *Sauer* által levezetett következményt fűzi, hogy a végrehajtást fel kell függeszteni és hogy perújításnak ezen az alapon az általános perújítási határidőre tekintet nélkül van helye.

De úgy vélem, hogy a szociálisan megfogalmazott konkrét keresetjogból, amely mellett a fentiekben állást foglaltam, egy különleges magyar jogintézménnyel kapcsolatban még egy konzekvenciát kell levonnom, amely a közérdekekkel harmóniában a meghatározott tartalmú ítéletre irányuló jog létezését fokozott mértékben igazolhatná.

A jogegységi határozatok esetére gondolok.

Mind *Sauer*, mind *Kelsen* szerint az ítélet helytelensége eredhet a jogszabály helytelen alkalmazásából is,

<sup>46</sup> Erről *Merkl* és *Kelsen* már csak azért sem szólnak, mert a kérdés szerintük nyilván a tiszta jogtanon kívül eső jogpolitika körébe tartoznék. Bár *Merkl* a jogpolitikától nem zárkózik el mereven, hiszen az idézett fejtegetésének az a része, amely a „Fehlerkalkül”-nek a szervek ellótti elleplezéséről szól, kétségkívül jogpolitikai jellegű.

aminek autentikus megállapításával találkozunk az egymással ellentétes elvi alapon nyugvó határozatok folytán keletkező jogegységi döntésekben. Mégis, ezen az alapon jogunk még perújításnak sem ad helyet, jöllehet a Bp. 442. §-a értelmében a jogegység érdekében használt perorvoslat alapján hozott határozat legalább az elítélt javára kihat.

A jogegységi határozattal ellentétes határozatokról lényegileg az van megállapítva, hogy ezek a jogrend megvalósulását nem szolgálták, azzal ellentétesek voltak. A harmónia visszaállítása a legcélszerűbben úgy történhetné meg, ha legalább ilyen esetekben a téves határozatok ellen pusztán ezen az alapon orvoslást engednénk. Hogy az orvoslás eszközét perújításnak neveznénk-e vagy másnak és azt minő értékbeli, időbeli vagy egyéb előfeltételekhez fűznénk, a részletkérdések körébe tartozik.

A gondolat ellen nézetem szerint nem lehet felhozni, hogy a törvény a jogegységi döntésnél még autentikusabb megnyilatkozás lévén, ez az intézkedés logikusan arra vezetne, hogy általában meg kellene nyitni a perújítást anyagi jogszabálysértés címén, ami végeredményben a jogerő feladását eredményezhetné. De nem lenne helytálló az az ellenvetés sem, hogy a joggyakorlatnak az ingadozása a perújításra jogegységi határozat nélkül is ugyanazt a logikai alapot nyújtaná.

A továbbterjedés veszélyével szemben megfelelő gátat állít a jogegységi határozatok különleges jellege.

A törvény időben mindenesetre korábbi, mint az azt helytelenül alkalmazó ítélet és ezért a törvényben nem foglaltathatik az ítélet tekintetében alkotott értéktétel — hacsak Fehlerkalkül alakjában nem — míg a mi jogegységi határozatunk világosan ilyet tartalmaz.

A bírói gyakorlat ingadozása esetében az egyes eseti döntésben elfoglalt jogi álláspont helytelenségét csak magánvélemény, legfeljebb más bíróság, tehát hatóság véleménye állítaná, ami az ítélet kötelező erejét még mindig nem teszi feltétlenül visszássá. Egyébként is, — amint erre *Moór Gyula* is utal — a törvénnyel világosan ellen-

kező egyes ítélet esetében még nem világos, vajjon az ítélet nem megindítója-e az esetleg fennállott jogszabály módosulásának, az ingadozás ideje tehát — ahhoz hasonlóan, mint más vonalon a forradalom ideje — épen a legkevésbé alkalmas arra, hogy az ítélet helytelensége vagy helyessége felől ítéletet mondjunk, mert a szerint, hogy melyik álláspont válik állandó gyakorlattá, bármelyikről egyaránt kiderülhet, hogy helyes, illetőleg helytelen volt.

Ezzel szemben a jogegységi határozat esetében egy olyan jogi aktusról van szó, amely egyenesen korábban hozott bírói határozatok hivatott bírálata alapján mondja ki a bíróságokra kötelező erővel a helyes jogi elvet. Az említett párhuzam folytatásával tehát azt mondhatjuk, hogy véget vet a forradalomnak és pedig vagy a korábbi álláspont győzelemhez segítségével vagy épen a forradalmi tények legalizálásával. Igaz, hogy a Ppé. 75. §-a értelmében a jogegységi határozatnak ez a kötelező ereje csak a hivatalos lapban való közzétételétől számított 15. nap elteltével áll be, ez azonban nem azonos a törvény kötelező erejére vonatkozó általános szabállyal, mert a 15. nap eltelle után keletkező eseti határozatokban a jogegységi határozat jogtételét nem az átmeneti jog elveinek megfelelően kell alkalmazni, hanem, mint kezdettől fogva a jogegységi határozat értelmében fennállott jogot. Amikor pl. a Kúria a 81. sz. jogegységi határozattal 1936. június hó 8. napján kimondotta, hogy az örökbefogadási szerződésnek magánjogi vonatkozásban való érvényességéhez is szükséges a szerződésnek kormányhatósági megerősítése, ez nem új jogszabályként lépett hatályba olyan értelemben, hogy a hatálybalépése előtt kötött örökbefogadási szerződések magánjogi szempontból a kormányhatósági megerősítés hiányában is hatályosan maradtak volna, hanem úgy, hogy a kormányhatóság által meg nem erősített minden örökbefogadási szerződést minden bíróság köteles volt ettől kezdve magánjogilag hatálytalannak

tekinteni, amint ezt egy 1931. február 5-én, tehát a jogegységi határozat meghozatalát mintegy öt évvel megelőzően kötött örökbefogadási szerződés esetére a Kúria is kimondotta.<sup>47</sup> Ez alól kivételt csak azok az esetek alkotnak, amelyekben a jogegységi határozat már vele ellentétes tartalmú jogerős ítéletet talált. Nézetem szerint ez a kivétel nem elégíti ki az igazságérzetet, sőt a Sauer által ú. n. elviselhetetlen igazságtalanság megjelölést érdemli meg pl. az, hogy egy tekintélyes hagyatékot tartson meg az oldalági vérszerinti rokonokkal szemben egy állítólagos örökbefogadott, akiről a Kúria világosan megállapította, hogy nem volt örökbefogadott.

Úgy vélem, hogy a jogegységi határozatok különleges magyar intézménye kedvező teret nyújtana arra, hogy az anyagi jog tökéletesebb érvényesüléséhez azon kerestül utat találjunk.<sup>48</sup>

Végezetül még csak egyet kívánok megjegyezni.

Amikor az előadottakban a szociálisan felfogott konkrét keresetjog mellett foglaltam állást, nem feledkeztem meg arról a különbségről, amely a jogszabályok absztrakt szemlélése és a konkrét esetre alkalmazása között van. Az absztrakt jogszabályok és az eseti döntések szembeállításra ugyanannak az ellentétnek más síkon való felmerüléséhez vezet, amely a tökéletesnek, isteni eredetűnek tekintett természetjog és az ember által alkotott, az emberi tökéletlenség bélyegét magán viselő, helyhez, időhöz

<sup>47</sup> K. 1603/1936. — Gr. XXX. 770. — Igaz, hogy ennek a konzekvenciának a levonásától a Kúria a 844. sz. E. H. esetében visszaríadt, de ennek oly speciális okai voltak, amelyek gazdasági hátterük miatt a most tárgyalt elvi szempontból ennek az esetnek a behatott tárgyalását mellőzhetővé teszik.

<sup>48</sup> A javasolt intézkedésnek ugyancsak előnyös mellékhatásként azt is várnám, hogy a Kúria épen a perújítás lehetőségének megadása folytán a jogegységi határozatok hozását — különösen, amikor az mintegy új jogszabály alkotásának hatásával járna — nagyobb óvatossággal gyakorolná.

kötött pozitív jog között van. Amint a természetjog, mint ideál, jogpolitikai vezérgondolat az irányítója a pozitív, tételes jogot kialakító erőtényezőknek, épen úgy a tételes jog tökéletes megvalósítása a vezérlő gondolata a jog alkalmazójának.

Amikor azt mondom, hogy *az egyesnek, aki keresetet indít, mert a jogrendszernek egy konkrét esetben való megvalósulásához érdeke fűződik, joga is van keresetének megfelelő, a jogrend megvalósulásának követelményét kielégítő ítéletre*, még ez a szavaiban a konkrét esetre és konkrét perbeli cselekményre utaló szabály is *absztrakt szabály*, nem maga az élet jelensége. Épen ezt hagyja figyelmen kívül Sauer, amikor a maga keresetjogában csupán valószínűségi ítéletet kíván látni, holott a per folyamán a per fejlődéséhez képest hozott és változásnak kitett ítélet épen csak arról szólhat, vajjon az említett absztrakt szabály a konkrét esetben alkalmazhatónak fog-e bizonyulni.

Mondhatnám, hogy az absztrakt jogszabályok mintegy csak a csontvázat alkotják, amelyet az élet valósága ölel körül vérrel, ideggel, izommal és visz bele is eleven életet, úgy vélem mégis találóbbs lesz a hasonlatom, ha — egyfelől a *Binder* azonossági elméletének bizonyos koncessziót téve, másfelől az absztrakt jogszabály és az élő jog közötti kvalitatív különbséget jobban kidomborítva — az objektív anyagi jog szabályait és a konkrét keresetjogot elismerő absztrakt szabályt is hatalmas fényforrásból eredő fény sugarának tekintem, amely arra van hivatva, hogy az élet valóságának jelenségeit jobban érzékelhetővé tegye.

Ez a hatalmas fény sugar azzal a másikkal együtt, amely a peres eljárás szabálytömegéből vetődik az élet *ugyanazon* jelenségére, még mindig nem biztosítja, hogy az eset minden mozzanata a leghelyesebb megvilágításba kerül, nemcsak a természetjogi értékmérő, hanem a pozitív anyagi normák szempontjából sem.

A jogásznak tudnia kell, hogy az ő biztonsága csak

absztrakt szemlélet mellett bizonyosság, de fényforrásai nem kelhetnek versenyre Isten égi napjával.

Ennek az alázatos elismerése mellett is azt tartom: a tételes jogásznak az a legszebb hivatása, hogy az élet egyes eseteiben az igazság megkeresésének eszközeit a tökéletes eredményt minél inkább megközelítve alkalmazza.

E feladat szerény szolgálata a célja dolgozatomnak is.

A börtönügy haladása az utolsó száz év alatt. — 12. Angyal Pál: A közigazgatásellenesség büntetőjogi értékelése.

#### IV. kötet (1931—1936). 1—15. szám.

1. Balás Károly: Ar-adók és residuum-adók. — 2. Illés József: A Quadripartitum közjogi interpolációi. 3. Kornis Gyula: Az államcélok elmélete és a kultúrpolitika. — 4. Kornis Gyula: Neveléstörténet és szellemi történet. — 5. Finkey Ferenc: Adatok a büntetettek jellemcsoportjainak megállapításához. — 6. Tóth Lajos: Az abszolút és relatív jogok. — 7. Polner Ödön: A Mária Terézia-rend közjogi jellege. — 8. Fodor Ferenc: A járszág demográfiája a XVII. században. — 9. Bartók György: A „szellem” filozófiái vizsgálata. — 10. vitéz Moór Gyula: A természetjog problémája. — 11. Mattyasovszky Miklós: Természet-tudomány, mezőgazdasági tudomány, agrárpolitika. — 12. Bartók György: A metafizika célja s útjai. — 13. Surányi-Unger Tivadar: Gazdasági rugalmasság és változékonyság. — 14. Bartók György: A lét bölcséleti problémája. — 15. Holub József: Néhány kérdés a leánynegyed köréből.

#### V. kötet (1937—). 1—4. szám.

1. Finkey Ferenc: Jelszavak harca a büntetőtörvénykönyvek revíziója körül. — 2. vitéz Moór Gyula: A jogrendszer tagozódásának problémája. — 3. Bartók György: Ösztön. Tudat. Öntudat. — 4. Irk Albert: A büntetőjog racionális és irracionális elemei. — 5. Irk Albert: Schopenhauer jog-filozófiája. — 6. Schütz Antal: Logikák és logika. — 7. Nizsalovszky Endre: Az alanyi magánjog és a perjog.