

vitéz MOÓR GYULA  
AZ ALKOTMÁNY



## TARTALOM:

1. §. Bevezetés.
2. §. Az alkotmány három értelme.
3. §. A nemzetközi alkotmány.
4. §. Az abszolút állam alkotmánya.
5. §. Az „alkotmányos“ állam alkotmánya.
6. §. Az alkotmány mint jog, mint a tényleges erőviszonyok eredője, mint konvenció és mint állametikai elvek foglalata.
7. §. A hatalom, a konvenció, az erkölcs, mint a jogi kötelező erő forrása.
8. §. A Kelsen-féle „jog-logikai értelemben vett alkotmány“ vagy „alapsnorma“.
9. §. Kelsen felfogásának általános kritikája.
10. §. Az alapsnorma tartalma.
11. §. A logika nem lehet a jogi kötelező erő forrása.
12. §. Az alkotmányjog magasabbrendűségének értelme.
13. §. Formai és tartalmi értelemben vett alkotmány.
14. §. Az alkotmány keletkezésének kérdése nem tételesjogi kérdés.
15. §. A jogi kötelező erő forrása.
16. §. Végsősorban minden alkotmány szokásjogon nyugszik.
17. §. Befejezés.

1. §. Az a hosszú és jelentős tudományos munkásság, amely felett *Polner Ödön* neve ragyog, legnagyobb részben az *alkotmányjog* területén mozog. S minthogy az alkotmány a nemzeti élet csúcshoz vezet fel, nem véletlen, hogy az a tudományos munka, amelyet *Polner Ödön* alapos, mélyenjáró és széleslátókörű elméje végzett, nemcsak a tételes jogtudomány, hanem a politikai elmélet irodalmi kincsesházának értékes gazdagodása is.

Legyen szabad ezért az *alkotmány* kérdését, — amely egyaránt érdekli a jurisprudenciát és a jog- és állambölcseletet, — választanom értekezésem tárgyául akkor, midőn a magyar jogtudomány *Polner Ödön* hetvenedik születésnapjának ünneplésére készül. Legyen ez a szerény értekezésem egyúttal

annak a mélységes tiszteletnek a kifejezője, melyet hatalmas tudományos munkássága iránt, s annak az őszinte ragaszkodásnak jele, melyet puritán egyénisége iránt érzek.

2. §. Az *alkotmány* szót a politikai tudomány egy szűkebb és egy tágabb értelemben szokta használni.<sup>1</sup>

*Szűkebb* értelemben egy olyan állami szervezet megjelölésére használják, amelyben az államhatalom az állampolgárok részvételével gyakoroltatik. Az alkotmány ebben az értelemben mint az azelőtt korlátlanul tartott fejedelmi hatalom korlátja jelentkezik. Az alkotmánynak ebben az értelmében is kifejezésre jut tehát az a bennünket alább közelebről foglalkoztató gondolat, hogy azokat a *legmagasabbrendű* jogszabályokat kell értenünk alatta, amelyek még a legfőbb államszervet is korlátozzák és kötelezik. A jogfilozófia érdeklődésére az alkotmánynak ez az értelme mégsem tarthat számot, mivel a tételes közjogi rendnek csupán egyik lehetséges alakját jelenti és a jog egészére vonatkozó általánosérvényű jogelméleti megállapítások levonására alkalmat nem ad.

Több érdeklődéssel bír a jogfilozófia számára az alkotmánynak az a *tágabb* értelme, amely szerint az: az állam szervezete. Eszerint minden államnak, még az abszolút államnak is van alkotmánya. Az alkotmány ebben az értelemben a jog és az állam viszonyát megragadó jogfilozófiai kérdés fontos mozzanatává válik: ha az állam nem képzelhető el alkotmány, vagyis jogi szervezet nélkül, akkor a jog az állam logikai előfeltétele, a logikai prius s az állam a logikai posterius. Ebből következik, hogy az államot csak a jog segítségével lehet definiálni s hogy ennek folytán a jog fogalmát nem szabad az állam fogalmára támaszkodva határozni meg, ha *circulus vitiosus*-ba bonyolódni nem akarunk. Ez a felfogás, amely szerint az alkotmány az állam jogi szervezete, arra a korrekcióra szorul, amelyre a közigazgatási jognak az alkotmányjogtól való elválása hívja fel figyelmünket, és amely annak a belátásnak eredménye, hogy az államnak egész szervezete nem foglaltatik az alkot-

<sup>1</sup> V. ö. *Concha Győző: Politika*, I. köt., Budapest, 1895, 340—341. l.; *Balogh Artur: Politika*, Budapest, 1910, 98—99. l. — Hogy az alkotmánynak ezenkívül még milyen sok eltérő értelme lehet, amelyek azonban jelen vonatkozásban nem érdekelnek bennünket, arra nézve lásd *Carl Schmitt: Verfassungslehre*, München—Leipzig, 1928, 3—44. ll.

mányban. Az állami szervezet apró részletkérdéseivel, alacsonyabbrendű szerveivel és funkcióival az alkotmány nem foglalkozik. A politikai tudomány le is vonja ennek a tényállásnak konzekvenciáját akkor, midőn kiemeli, hogy az alkotmány csupán az állam főszerveit s ezek működését szabályozza.<sup>2</sup> Ez a korlátozás azonban ismét azt a gondolatot domborítja ki, hogy az alkotmány a *legmagasabbrendű* közjogi szabályok foglalatja.

Így jutunk el az alkotmánynak ahhoz a harmadik értelméhez, amely a jogelméletet a legközelebből érinti és amely szerint az alkotmány valamely jogrendszernek azokat a *legmagasabbrendű* jogszabályait jelenti, amelyekben az egész jogrendszer nyugszik s amelyekből a jogrendszer alacsonyabbrendű szabályainak jogi érvényessége levezethető.

Az alkotmánynak ez az értelme nincsen okvetlenül az állam és az állami szervezet fogalmához kötve s így az alkotmánynak előbb ismertetett három értelme közt a *legtágabb*. Ha az a fenti megállapításunk, hogy a jog az állam logikai előfeltétele, helytálló, akkor ebből annak a lehetősége is következik, hogy a jog birodalma az állami jelenségek körén túlterjedjen s hogy esetleg az alkotmány, mint jogi szervezet és jogi szabályozás, ugyancsak az állami lét határán túl is szerepelhessen. S valóban nehéz annak belátása elől elzárkóznunk, hogy már az állam-alakulás előtti törzs-szervezetnek is kellett valamiféle jogi szervezettel, alkotmánnyal bírnia s hogy másrészt az állam-feletti nemzetközi összeműködésnek, a nemzetközi jogközösségnek is van valamiféle alkotmánya.

3. §. De még ennél tovább is mehetünk. Ha a jogtudomány a maga rendszerező munkájában nem áll meg az egyes állami jogszabályok egységbefoglalásánál, hanem a jog egészét próbálja egységes rendszerbe szedni, akkor eljuthat egy olyan egységes jogi világképhez, amelyen belül mint legmagasabbrendű jog a nemzetközi jog szerepel, amellyel szemben az egyes állam szuverénitása csak mint a nemzetközi jogtól engedélyezett állami hatáskör jelentkezik.<sup>3</sup> Ebben az egységes jogi világképben

<sup>2</sup> Concha, i. m., 340. l., Balogh, i. m., 98—99. l.

<sup>3</sup> Ezt a felfogást képviseli az irodalomban Alfred Verdross „Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung“ (Tübingen, 1923.) és „Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft“ (Wien—Berlin, 1926.) c. munkáival.

az egyes államok alkotmányjoga elveszítené azt a tulajdonságát, hogy legmagasabbrendű jog, minthogy az államok maguk is csupán a nemzetközi közigazgatás önkormányzati szerveivé, alkotmányuk pedig a nemzetközi jogalanyiség szervezetévé, nemzetközijogi jogi-személyek alapszabályává válna. De másrészt a nemzetközi jog sem volna a maga egészében a legmagasabbrendű jog, hanem a nemzetközi közjog szabályai közül is kiemelkednék a *nemzetközi alkotmány*, amelyen a nemzetközi jog összes többi szabályainak érvényessége és végsősorban az állami jogszabályok érvényessége is nyugodnék. Az ilyen értelemben felfogott nemzetközi alkotmány a nemzetközi jog forrásait jelölné meg. Ha tehát a jelenlegi nemzetközi szervezethez mellett a nemzetközi szerződéseket és a nemzetközi szokásjogot tekintjük a nemzetközi jog forrásainak, akkor a nemzetközi alkotmány körül-belül a *pacta sunt servanda* szabályából és abból a szabályból állana, hogy az államok eddigi „gyakorlatuknak“ megfelelő magatartást tartoznak tanúsítani.<sup>4</sup>

A nemzetközi alkotmánynak ezekkel a szabályaival szemben felvethetjük azt a kérdést, hogy azok valóban jogszabályok-e? Ha az egész nemzetközi jog a nemzetközi alkotmányból vezet le a maga jogi kötelező erejét, akkor igen közel esik annak feltevése, hogy ez az alkotmány maga nem nemzetközi jog, hanem éppen minden nemzetközi jog érvényességének feltétele. A nemzetközi szerződések csak azért kötelezők, mert van egy általános szabály, amely kimondja, hogy a szerződéseket be kell tartani. Nem volna tehát semmi értelme annak, hogy valamely tételes nemzetközi jogi megállapodás mondja ki a *pacta sunt servanda* alapelvét, — bár van reá példa, hogy ezt az elvet a *clausula rebus sic stantibus* elvével szemben tételes nemzetközi szerződésben kimondották, — mert hiszen magának ennek a megállapodásnak érvényessége is már a szóbanforgó alapelven nyugodnék. És úgy látszik, hogy a nemzetközi szokásjog szabályaként sem foghatjuk fel a nemzetközi alkotmányt, minthogy a szokásjog kötelező ereje is már a nemzetközi alkotmány ama szabályának folyománya, mely a szokásjog kötelező erejét kimondja.

<sup>4</sup> V. ö. *A nemzetközi alkotmány, a nemzetközi jog és az állami szuverénitás problémája* c. értekezéssel (Magyar Jogi Szemle, 1924, 168. l.).

A nemzetközi alkotmány szemléleténél is elibénk lép tehát az a probléma, amelyet az alkotmány nagy elméleti kérdésének tekintünk s amely abban áll, hogy *az alkotmánnyal a jog végső határához jutottunk el*. Ezt a kérdést a nemzetközi alkotmány a maga egyszerűbb szerkezete folytán talán jobban leegyszerűsítve s ezért világosabban vetíti elénk, mint a sokkal fejlettebb és bonyolultabb állami alkotmányok.

Már a nemzetközi alkotmány szemléletéből levonhatjuk azt a megállapítást, hogy az alkotmány a *jog végső forrásait* jelöli meg, s ezért a *legmagasabbrendű jog*, amelyből a többi, alacsonyabbrendű jogszabályok a maguk érvényét nyerik, ha ugyan — mint a *jogi kötelező erő végső forrását* — egyáltalában jognak tekinthetjük azt és ha nem olyan, a *jognál magasabbrendű elvet*, erőt vagy értéket kell látnunk benne, amelytől a jog is a maga erejét vagy értékét nyeri. — A nemzetközi alkotmány egyben igen világosan mutatja azt a nagy szerepet is, melyet tételeinek megállapításánál a *logikai következtetés* (redukció, implikáció) játszik: a tételes nemzetközi szerződések érvényének *logikai előfeltétele* a *pacta sunt servanda* alapelve.

4. §. Az *állami alkotmány vizsgálatánál* a nemzetközi jogtól el kell tekintenünk. Ez a vizsgálat önálló egésznek veszi az állami jogrendszert, amely a maga érvényét nem egy másik, magasabbnak tekintett jogból, a nemzetközi jogból vezeti le, hanem érvényességének alapját önmagában bírja s a rendszer legmagasabbrendű jogszabályaiból, az állam alkotmányából vezeti le.

Figyelembe kell vennünk továbbá még azt is, hogy az egyes államok alkotmánya sokban különbözhetik egymástól s hogy az elméleti vizsgálatnak több típus lehetőségét kell szem előtt tartania.

Az *abszolút állam alkotmánya* körül-belül abba a tételbe foglalható össze, hogy *quidquid principi placuit legis habet vigorem*. Az abszolút államban jog az, amit a fejedelem parancsol. Azt azonban, hogy parancsai kötelező erővel birjanak, a fejedelem már nem parancsolhatja meg, mert hiszen ez a tétel parancsai érvényességének már logikai feltétele. Ennek a tételnek már „elfogadva“ kell lennie a kérdéses társadalomban, hogy a fejedelmi parancsok egyáltalában fejedelmi parancsok s ekként kötelező szabályok lehessenek. Ha tehát az abszolút

állam joga gyanánt csupán a fejedelmi parancsok összességét tekintjük, akkor az abszolút állam alkotmánya az állam jogrendszerén kívül fekvő elv volna. Igaz, hogy a tételes fejedelmi rendelkezések körén belül is találni olyanokat, amelyek „alkotmányi jelentőséggel“ bírnak; ilyenek különösen a trónöröklést szabályozó intézkedések, amelyeknek jelentősége éppen abban áll, hogy az állam legfőbb jogforrása a fejedelem halálával se apádjon el. Kétségtelen azonban, hogy a trónöröklést szabályozó fejedelmi rendelkezések érvénye is már azon az elven nyugszik, hogy a fejedelmi rendelkezések kötelező erejűek. Ha tehát mind ezt az alapelvet, mind az ezen nyugvó bizonyos tételész fejedelmi rendelkezéseket egyaránt az állam alkotmányához tartozónak vesszük, akkor magában az alkotmányban különbséget kell tennünk egy legmagasabbrendű tétel és különböző érvényükben ettől függő s így ennek alárendelt tételek között. És ekkor felmerülhetne az a kérdés is, hogy miben áll az „alkotmányi jelentőségű“ fejedelmi rendelkezések „magasabbrendűsége“ más fejedelmi rendelkezésekkel szemben, ha a fejedelem összes parancsai egyaránt és egyformán „törvényerejűek“? Ezt a „magasabbrendűséget“ megint csupán a fejedelmi parancsokon kívül álló elvre való hivatkozással indokolhatnók meg.

Ha ekként az abszolút állam alkotmánya kivezet a tételes jogként tekintett fejedelmi parancsok köréből, akkor elkerülhetetlen annak a kérdésnek felvetése is, hogy jogszabályok-e ezek az alkotmányi alaptételek? Az, hogy az alkotmány szabályai is tételes szabályok, csupán akkor állítható, ha *szokásjogi* szabályoknak tekintjük őket, ha azt a megállapításunkat, hogy az alkotmány alaptételének a kérdéses társadalomban „elfogadva“ kell lennie, akként értelmezzük, hogy annak szokásjogként kell érvényesülnie, azaz, ha a fejedelmi parancsok jogként való érvényesülésének *konkludens faktumából* kikövetkeztetjük szokásjogi szabályként a *quidquid principi placuit legis habet vigorem* alapelvét.

A felvetett kérdésnek egy másik megoldása az volna, hogy pusztán *logikai következtetést* látunk az említett alaptételben. Ez a megoldás az alkotmány (s így az egész jogrendszer) érvényességét a *logikai* érvényességre vezetné vissza. Meg lehetne kísérelni azonban az alkotmány érvényességének *vallási*



vagy erkölcsi tételekből való levezetését is, amire már az abszolút fejedelmi hatalomnak Isten kegyelméből való hatalomkénti felfogása is utal. És meg lehetne kísérelni azt, hogy az alkotmányt valamiképpen a *hatalom tényével* hozzuk összefüggésbe, minthogy az abszolút fejedelmek hatalma igen sokszor és igen nagy mértékben a katonai erőn, a hadseregen nyugszik.

Az a kérdés, hogy min alapul az abszolút fejedelem jogalkotó hatalma, mint az abszolút állam alkotmányának kérdésével párhuzamosan futó kérdés, közelről tanulmányozható napjainkban is azokban az államokban, ahol *diktaturák* uralkodnak. Ezek az újabb tapasztalatok azt látszanak bizonyítani, hogy a diktatura is igyekszik, legalább is uralomrajutásánál, a régebbi alkotmány formáit betartani, s hogy további működésének sikere nagyrészt attól függ, hogy mennyire sikerül megnyernie a nemzeti közvélemény tetszését és helyeslését. Igaz, hogy uralomra juthat a régi jog nyílt megsértésével, erőszakos forradalom útján is, és további működésében is nélkülözheti a közvélemény támogatását különösen olyan országban, amelyben a közvélemény általában csekély szerepet játszik. Az újabb diktaturák közös jellemző vonása azonban az, hogy erős párt-szervezetre és párt-hadseregre támaszkodnak, legalább is uralomrajutásuk idején. Ez a párt-szervezet és párt-hadsereg nem a jog alkotása, sokszor éppen a jog ellenére keletkezik, mint önkéntes összefogás, szabad megegyezés eredménye. Ez a tény a *konvencionális* szabályozásnak az alkotmányok keletkezésénél játszott nagy szerepére figyelmeztet. A párt-szervezet nagy jelentősége pedig emlékeztethet arra is, hogy a parlamenti rendszer mellett is milyen hatalmas szerep jut a pártoknak az állam alkotmányos életében anélkül, hogy az alkotmányjog szervezetüket és szerepüket egyáltalában szabályozná.

5. §. A szűkebb értelemben „*alkotmányos*” állam alkotmánya valamivel bonyolultabb képet mutat. Az ilyen államok alkotmánya vagy közönséges törvényekben vagy a közönséges törvényeknél nehezebben megváltoztatható külön alkotmánytörvényekben (alaptörvényekben) nyerhet szabályozást.

Történeti alkotmányok rendszerint az előbbi módon, vagyis *közönséges törvények* formájában jelentkeznek, de emellett különös jelentőséget nyer számukra a *szokásjog* is, úgy hogy az alkotmány gyökere tulajdonképpen a szokásjogba

nyúlik le s az alkotmányi jellegű közönséges törvények is a szokásjog tömbjébe vannak beágyazva. Felmerül itt is az a kérdés, hogy miben mutatkozik ezeknek az alkotmányi jellegű közönséges törvényeknek magasabbrendűsége a többi közönséges törvénnyel szemben, ha köztük „jogi természetre nézve különbség nincsen”? Ha „ezeknek a törvényeknek nagyobb állandóságot nem is különös jogi természetük, hanem a nemzet kegyelelte alapintézményei iránt, ad”,<sup>5</sup> akkor ez a momentum megingt olyasvalamire utal, ami a jog területén kívül esik. Ezek a törvények tulajdonképpen csak *tartalmukban* különböznek a közönséges törvényektől, abban, hogy az állam *legfőbb jogtorrását* jelölik meg, annak szervezetét és működését szabályozzák. Így például a tipikusan „alkotmányt megerősítő” 1791. XII. magyar törvény lényeges tartalma az, hogy a törvényhozás jogát csak a koronás király és az országgyűlés együttesen gyakorolhatják.<sup>6</sup> Mi értelme van azonban annak, hogy a törvényhozó szerv a törvényhozásra való jogosultságát a saját törvényében állapítsa meg, amely törvény már eleve feltételezi ennek a jogosultságnak meglétét? Ha ez így van, akkor az ilyen törvényeknek csupán *deklaratórius* és nem *konstitutív* jelentőségük van, ami azt jelenti, hogy a törvényhozó szerv törvényhozói jogosultsága nem a törvényeken, hanem azoknál *magasabbrendű* szabályokon nyugszik. A törvényhozó szerv törvényhozásra vonatkozó jogát deklaráló törvények pedig feleslegesek, mert ez a jog tőlük függetlenül is fennáll. Már a törvényhozó szerv működéséből mint *konkludens faktumból* következik e szerv alkotmányos jogosultsága erre a működésre. Az alkotmány ebben az értelemben a törvényhozás logikai előfeltétele. A törvényhozás megállapíthatja a munkájában résztvevő tényezők jogait és kötelességeit, részleteiben szabályozhatja az eljárás módját, s egy következő törvényhozó szerv összetételét, de mindaddig, amíg jogában áll ezeket a szabályokat tetszése szerint megváltoztatni, ezek felett a szabályok felett áll, s így ezek felett a szabályok, vagyis a közönséges törvények felett kell állania annak a szabálynak vagy tekintélynek is, amelyből a maga törvényhozói jogát levezeti. Az alkot-

<sup>5</sup> Nagy Ernő: *Magyarország Közjoga*, VI. kiadás, 1907, 12. l.

<sup>6</sup> Nagy Ernő, i. m., 197. l.

mány tehát, — ha abban az értelemben vesszük, amely szerint a törvényhozó jogosultság forrása, — mindenképpen a közönséges törvények felett áll, annál magasabbrendű, vagyis a kérdéses jogrendszerben a legmagasabbrendű szabály.

Csak némiképp bonyolultabb a helyzet azokban az államokban, hol az alkotmányt a közönséges törvényeknél nehezebben megváltoztatható ú. n. *alap-* vagy *alkotmány-törvények* szabályozzák. Ezek az alap- vagy alkotmány-törvények magasabbrendűek mint a közönséges törvények, minthogy a közönséges törvényhozás az ú. n. alap-törvényekben foglalt alkotmányból nyeri hatáskörét; ha utóbbi a törvényhozás szabályozásán kívül még sok más egyébre is kiterjedhet, ezeknek a különböző tárgyakra alkotmányi szabályozása nem jelent egyebet, mint a közönséges törvényhozás hatáskörének korlátozását. Az alkotmány tartalma tehát valójában nem egyéb, mint a közönséges törvények alkotására szóló felhatalmazás. Utóbbiak valóban a náluk magasabbrendű alap- vagy alkotmány-törvényekből vezethetik le jogi kötelező erejüket. — Ez a tiszta helyzet bonyolultabbá válik azonban azáltal, hogy az alkotmány nemcsak a közönséges törvényhozást, de magát az alkotmány-módosítást, vagyis az alkotmányra vonatkozó magasabbrendű törvényhozást is szabályozza. Erre vonatkozólag kell tehát felvetnünk azt a kérdést, hogy milyen alapon szabályozhatja az alkotmányozó szerv a saját hatáskörét. Alkotmány-törvények alkotásának joga nem alapulhat az alkotmányon, mely utóbbinak érvényessége már eleve felteszi ennek a jogosultságnak fennforgását. Ezzel ismét a fentebb már tárgyalt kérdéshez jutunk.

E kérdés, amelyre mindenféle alkotmánynak szemlélete elvezet, az, hogy honnét veszi a legmagasabbrendű jogszabály a maga érvényességét. Ezzel a kérdéssel a *jog határához* érkezünk el s ebben az értelemben az alkotmány jogfilozófiai problémája a jog határának, a jogi érvényesség végső forrásának problémája.

6. §. A politikai elmélet, az előadott tényállásnak megfelelően, valóban hangsúlyozni is szokta, hogy az alkotmány „nem áll szükségképen jogszabályokból“, hogy az alkotmány „a társadalmi elemek közt a történeti fejlődés folyamán kialakult erőviszonyoknak jogként kifejezése“, hogy „a parlamen-

tárizmus bár nem jogszabály, az alkotmánynak ép oly részévé válhat, mint az írott alkotmányjogi szabályok. Az állametikai elvek hasonlóképpen, bár nem jogi elvek, sőt azokkal ellentétesek lehetnek“.<sup>7</sup>

Ennek a helyzetnek felel meg, ha egyes újabb írók jogi és jogonkívüli elemek összefonódását látják az alkotmányban.<sup>8</sup>

És ennek a helyzetnek felel meg az is, ha a politikai elmélet arról beszél, hogy az államoknak, különösen a parlamenti rendszer mellett, kétféle alkotmányuk lehet: egy *jogi értelemben vett* alkotmányuk, amelynek írott szabályai szerint az államélet igen sokszor lehetetlenné válna és egy a *tényleges erőviszonyokon* vagy hajlékony *konvenciókon* és *állametikai elveken* nyugvó alkotmányuk, amelynek szabályai nem merevithetők meg jogi formákban. Van olyan író is, ki többfajta alkotmányjogot különböztet meg. *Koulicher* egyenesen azt állítja, hogy nemcsak hogy lehetséges, de valójában a gyakoribb eset az, hogy az államoknak kettős vagy még ennél is többértű alkotmányjoguk van, úgy hogy az egyik alkotmány fölé, azzal szoros összefüggésben, egy másik alkotmány, vagy esetleg több más alkotmány, jogi rétege helyezkedik el.<sup>9</sup> Szerinte például a mai Angliának nemcsak két, egy „legális“ és egy „konvencionális“, hanem legalább négy alkotmány-rendszere van, melyek csodálatos módon összeműködnek és kiegészítik egymást.<sup>10</sup> A mai Szovjetoroszországnak pedig három: az elsőben, az írott alkotmányban szó sincsen a kommunista pártról, holott valójában ez irányítja az államéletet; ennek a pártnak szervezete tehát a második alkotmány, amellyel szemben 1929 óta Stalin személyes diktaturájának rendszere mint harmadik alkotmány bontakozik ki.<sup>11</sup> *Koulicher* ebből a következő követ-

<sup>7</sup> *Balogh*, i. m. 98., 99. 11.

<sup>8</sup> Körül-belül ez az értelme *Rudolf Smend* „integrációs-elméletének“ (*Verfassung und Verfassungsrecht*, München—Leipzig, 1928, 75. s. köv. l.), valamint *Carl Schmitt* „politikai akaratának“ (*Verfassungslehre*, München—Leipzig, 1928, 22. l.) és jórészt *Dietrich Schnidler* felfogásának is (*Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich, 1932, 122. l.).

<sup>9</sup> *A. Koulicher: La multiplicité des sources en droit constitutionnel* (Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris, 1934) 210. l.

<sup>10</sup> U. o. 215. l.

<sup>11</sup> U. o. 222—226. ll.

keztetést vonja le: „L'organisation suprême du pouvoir se trouve, elle-même, dominée dans ses oeuvres vives, manipulée, remaniée par un droit le plus inorganisé, que l'on puisse s'imaginer: par cette masse floue de *conventions*, qui se forment, se désagrègent, se réforment sans aucune autorité préétablie, qui puisse les fixer, les retenir: une matière juridique primaire, nébuleuse, d'où sortent des mondes nouveaux de droit et de vie politique“.<sup>12</sup> Eszerint a végső következtetése szerint azonban maga Koulicher is tulajdonképpen nem jognak, hanem — ami bennünket a következőkben különösen érdekelni fog — *konvencionálnak* tekinti azt a felső alkotmányt, amely az írott alkotmány működését segíti vagy azt esetleg módosítja. S ha ezt az alaktalan, hajlékony konvencionális alkotmányt mi mégis jognak akarnók tekinteni, akkor nem vehetnők másnak, mint *szokásjognak*.

7. §. Az előbbi §-ban elmondottakból különben kitűnik már az is, hogy milyen — *a jogon kívül fekvő* — forrásokból szokták a jog kötelező erejét levezetni.

Az a felfogás, amely az alkotmányt a társadalmi erőviszonyok eredőjének tartja, az alkotmány s ezzel a jog kötelező erejének végső forrását *a társadalmi hatalom fuktumában* találja meg. Ez az ú. n. *jogi pozitivizmus* álláspontja. Ennek az álláspontnak gyöngéje az, hogy egy pusztán ténylegességből gondolja a jog normatív kötelező erejét levezethetni, abból, „ami van“, azt, hogy „mi legyen“, vagy amint azt a német irodalomban mondani szokták: a „Sein“-ből a „Sollen“-t. E felfogás mélyén az a *Jellinek-féle* tétel rejtőzik, amely a tényeknek cselekvési szabályt keletkeztető erejét állítja („die normative Kraft der Faktischen“). E tétel helytálló voltához azonban kétség fér. Jellinek tétele már feltételezi egy olyan, — a társadalmi cselekvések állandóságát, „konszolidációját“ szolgáló, — szokásjogi, konvencionális vagy esetleg erkölcsi szabály fennállását, amely a társadalmi rend érdekében — mondhatnók: *propter vitandam turbationem* — megköveteli, hogy lehetőleg úgy cselekedjünk, ahogy eddig cselekedtünk. — Az a felfogás, mely a jog kötelező erejének végső forrását a társadalmi hatalomban találja meg, mindazonáltal mégsem olyan helytelen, amint azt említett gyengéje folytán az újabb irodalomban állí-

<sup>12</sup> U. o. 226. l.

tani szokták. A társadalmi hatalom ugyanis nem pusztán faktum. Amint azt más helyen kimutatni törekedtem, a társadalmi hatalom is elsősorban szellemi egység s így meg sem érhető anélkül a szellemi tartalom nélkül, amely a hatalom alkotórészeként jelentkező emberi cselekvéseket a hatalom társadalmi jelenségének egységévé összefoglalja.<sup>13</sup> Az a felfogás tehát, amely a jog kötelező erejét a társadalmi hatalomra vezeti vissza, megtalálhatja abban a szellemi tartalomban, amelyet ez a hatalom hordoz és amely jórészt normatív jellegű, a jog kötelező erejének normatív forrásait is. Az emberi cselekvéstől és az akarás lelki aktusától hordozott akarat-tartalmak maguk is normatív jellegűek, s normatív jellegű a konvenció s az a társadalmi erkölcsi felfogás is, amely a társadalmi hatalom szellemi tartalmában előfordulni szokott. A társadalmi hatalom szellemi kapcsolatai közt természetesen maguk a jogszabályok is szerepelnek, ezektől azonban el kell tekintenünk akkor, mikor éppen ennek a jogi hatalomnak s a jog kötelező erejének végső forrásait keressük. Hogy a társadalmi hatalom jogi szervezethez nélkül is milyen hatalmas, magát az állami alkotmányt is módosítani képes erőt képvisel, azt éppen a modern diktatúrák keletkezésének története s az a nagy szerep is bizonyítja, amelyet abban a szabad akaratú elhatározásokon és konvención alapuló párt-szervezet és párt-hadsereg játszani szokott.

Az előbbi §-ban ismertetett politikai irodalomból eléggé ki-domborodik annak a nagy fontosságnak elismerése is, mellyel az alkotmány szempontjából a társadalmi konvenció rendelkezik. S valóban a *konvenció* az a másik forrás, amelyből az alkotmány és ezzel a jog kötelező erejét levezetni megpróbálhatjuk. Ehhez a felfogáshoz áll közel az ú. n. államalkotó szerződés természetjogi elmélete, a jog fogalmáról szóló ú. n. elismerési elmélet (Anerkennungstheorie), az a felfogás, amely a jogot a „népszellemből“ származtatja (jogtörténeti iskola), vagy amely az alkotmány alapját „a nemzet akaratában“ vagy alapintézményei iránt érzett „kegyeletében“ találja meg. — Arra, hogy az alkotmány „alakatlan és hajlékony“ alapjául szolgáljon, különösen az a tulajdonsága teszi alkalmassá a konvenciót, hogy

<sup>13</sup> L. „*Creazione e applicazione del diritto*“ (Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1934) 662. 1. és „*Szociológia és jogbölcselet*“ (Athenaeum, 1934) 6. §.

mind a ténylegességgel, mind a társadalom erkölcsi meggyőződéseivel, s végül a szokásjoggal is igen szoros és benső kapcsolatban áll. A ténylegességgel különösen azáltal kerül kapcsolatba, hogy szorosan tapad a tényleges akarások jelenségéhez, mert hiszen a konvenció nem egyéb, mint a társadalom tagjainak nyílt vagy hallgatólagos akaratmegegyezése. Az akarat-tartalom azonban, amelyre nézve az akaratmegegyezés ténye fennáll, valami normatívum.<sup>14</sup> A konvencióban tehát egy olyan normatívummal állunk szemben, amely épúgy mint a jog: az érték-momentumot magában rejtő szabály, anélkül, hogy az erkölcsi értékesség gondolatát okvetlenül tartalmazná. Igaz, hogy másrészt, — bár nem kivétel nélkül, de többnyire, — a társadalom erkölcsi felfogásával, a nemzeti közerkölccsel, a tradíció, a hagyomány, a nemzeti „kegyelet” etikai színezetű jelenségeivel is igen szoros, még pedig a jognál szorosabb kapcsolatban áll. Ez a tulajdonsága viszont igen alkalmassá teszi arra, hogy a nemzeti közerkölcsnek és az állametikai elveknek behatolását a jogba és az alkotmányba közvetítse. — Ha a *konvenció* olyan „hatalomra” tesz szert, hogy fizikai kényszerrel is érvényesülni képes, akkor azonban joggá, még pedig többnyire *szokásjoggá* válik: a jognak ezt a hajlékonyabb alakját veszi fel, mielőtt az írott jog szabatos *grammatikai* és *logikai* formáiba megmerevedne. Ezért nyugszik végsősorban minden állam alkotmánya szokásjogi alapokon s így a jogrendszer maga is a szokásjogon.<sup>15</sup>

Az előbbi §-ban ismertetett politikai felfogások közül azok, amelyek az alkotmány érvényesülésének végső garanciáit az

<sup>14</sup> Ezt még *Kelsen* is, — bár ő egyébként elköveti azt a hibát, hogy az akaratban pusztá realitást lát és nem veszi észre az abban rejlő érték-momentumot, — elismeri következő helyében: „Aber eine Wirklichkeit *will* nicht wirken, sondern *wirkt*. Der Imperativ, der etwas *will*, und zwar im objektiven Sinne (t. i. mint akarat-tartalom) — da doch dem Imperativ als solchem kein *Wille* (t. i. akarás, mint lelki aktus) innewohnt — nähert sich stark einer Norm, die postuliert... In dem *fordern* liegt doch der Normcharakter... Der als *wirkend* gedachte reale Imperativ — im Gegensatz zur *geltenden* Norm — trägt in Wahrheit auch die untrüglichen Zeichen einer Geltung, das Stigma des Sollens auf, der Stirn“. (*Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*, Schmollers Jahrbuch, 1916, 149. l.).

<sup>15</sup> L. „*Recht und Gewohnheitsrecht*“ c. értekezésemet (Zeitschrift für öffentliches Recht, 1934, 564—565, ll.).

ú. n. állam-etikai elvekben látják, az alkotmány alapját és ekként a jogi kötelező erő végső forrását az *erkölcsben* találják meg. Ez a felfogás felel meg a *skolasztikus természetjog* álláspontjának, mely a tételes emberi jogot „*per modum conclusionis*” vagy „*per modum determinationis*” a természeti jogból származtatja s a természeti jogot a természetes erkölcsi rend részeként fogja fel.<sup>16</sup> — Ennek a felfogásnak nagy előnye, hogy egyenesen a legmagasabbrendű normatívumra, az emberi cselekvések legmagasabb szabályozójára, az erkölcsre, viszi vissza a jog kötelező erejét. A „kötelezettség” fogalmának egy bizonyos mértékben mindig erkölcsi színezete van, s ezt leginkább az a felfogás magyarázza meg, amely a jogi kötelezettségeket is erkölcsi köteleességeknek tekinti. Tagadhatatlan továbbá, hogy bizonyos minimális, a társadalom fennállásához nélkülözhetetlen, erkölcsi tartalom nélkül maga a jog sem állhat fenn, s ezért a jog maga is erkölcsileg értékesé válik, ha és amennyiben a társadalom létezése egyuttal erkölcsi értéket is jelent.<sup>17</sup> — A szóbanforgó felfogás gyengéje az, hogy nem magyarázza meg az erkölcstelen és igazságtalan tételes jog lehetőségét, ami előtt pedig szemet hunyni nem lehet. Ha mint *poena et remedium peccati* a jog és állam erkölcsileg szükséges volna is, ennek az elvont megállapításnak dacára is kétségtelen az, hogy egyes konkrét jogszabályok és állami intézmények igen nagy mértékben ellentétbe kerülhetnek az erkölcs követelményeivel, legalább is addig a határig, amelynek túllépése már magát a társadalmi létet is lehetetlenné teszi. Még ha a társadalom létezése valóban erkölcsi értéket jelent is, akkor is kétségtelen, hogy az erkölcs nem elégszik meg pusztán a társas élet követelésével, hanem hogy ezen messze túlmenő követelése is vannak, amelyekkel a társas létet biztosító jog is ellentétbe kerülhet. Kétségtelen továbbá az is, hogy a jogi kötelezettség élesen megkülönböztethető az erkölcsi köteleességtől; közös vonás bennük nemeszer talán csak az, hogy mindkettő normatív jellegű. Maga a skolasztikus természetjog is elismeri az igazságtalan tételes jog (*leges iniustae*) lehetőségét, sőt erkölcsileg helyesnek tartja,

<sup>16</sup> L. „*A természetjog problémája*” (Értekezések a filozófiai és társadalmi tudományok köréből, IV. köt. 10. sz., M. Tud. Akadémia, 1934) c. munkám, 14. l. 24. jegyz.

<sup>17</sup> V. ö. „*A természetjog problémája*”, 41. l., 41. l. 51. jegyz.



hogy engedelmeskedjünk az ilyen igazságatalan de még nem kiáltó módon erkölcstelen törvényeknek: *propter vitandum scandalum vel turbationem*.<sup>18</sup> Az a követelmény, amely ekként a skolasztikus felfogás szerint még az igazságosság erkölcsi követelményével szemben is diadalt arat: a közrend követelménye, a konszolidált társadalmi hatalom fel-nem-forgatásának elve, a *konvencionális, megszokott* állapothoz való ragaszkodásnak gondolata. Eszerint a *konvenció* erejéből, a *jogbiztonság* gondolatából és a fennálló társadalmi *hatalom* elismeréséből erősebb *kötelező* erő fakadna, mint az igazságosság követelményéből!

8. §. Az ismertetett felfogások mellett, melyek a jog kötelező erejét a hatalomból, a konvencióból vagy az erkölcsből származtatják, külön kell megemlékeznünk arról az elméletről, mely ezt a kötelező erőt a *logikából* vezeti le.

Ez a felfogás *Kelsennek* és iskolájának álláspontja s a jog lépcsőzetes tagozódását betetőző *hipotetikus alapnormáról* vagy *jog-logikai értelemben vett alkotmányról* szóló tanításban nyilvánul meg. Ez a tanítás eredetileg nem tartozott *Kelsen* elméletéhez: „*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*“ (1911) c. nagy munkájában még nem is találjuk meg. Tanítványainak, *Verdrossnak* és *Merklnek* hatása alatt vette át és fejlesztette tovább a jog lépcsőzetes tagozódásáról szóló elmélettel kapcsolatban a hipotetikus alapnormáról szóló tanítást is. Felfogásának ez a változása „*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*“ (1920) c. nagyobb munkájában jelentkezik először világosan s azóta egyre fontosabb szerepet kap elméletében, s egyik vezéreszméje legutóbb megjelent „*Reine Rechtslehre*“ (1934) c. művének is.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> L. „*A természetjog problémája*“, 15. l.

<sup>19</sup> Az *alapnorma* gondolata megvan már *Kelsennek* 1916-ban megjelent „*Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*“ (Archiv des öffentlichen Rechts, 32. köt., 216. s köv. 11.) c. értekezésében. A tan kialakulására nézve fontos *A. Verdross* „*Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers*“ (Juristische Blätter, Wien, 1916) és *A. Merkl* „*Die Rechtseinheit des österreichischen Staates*“ (Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen, 1918) c. értekezése. — V. ö. *Kelsen*: „*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*“ (2. kiadás, Tübingen, 1923), Vorrede zur zweiten Auflage, XII—XVI. ll. — A jog lépcsőzetes tagozódásának elméletét *Merkl* „*Die Lehre von den Rechtskraft*“ (Leipzig u. Wien, 1923) c. művében fejtette ki részletesen.

A *hipotetikus alapnormáról* szóló tanítás, amint említettük, a *jog lépcsőzetes tagozódásának elméletével* karöltve lép fel. Ennek az utóbbi elméletnek lényege az, hogy a jog világának összes jelenségei, — az egyszerű végrehajtási aktustól kezdve a magánjogi jogügylettől, a bírói ítéleten és közigazgatási intézkedésen át a kormányrendeletig és a törvényig, sőt egészen az alkotmányig, — azonos jellegűek. Csupán abban van köztük különbség, hogy lépcsőzetesen egymás fölé, illetőleg alá vannak rendelve. A jogra nézve jellemző ugyanis Kelsen szerint, hogy a saját létrejövetelét is szabályozza s így az a jogszabály, amely a jog létrejövetelét szabályozó rendelkezésnek megfelelően jön létre, ehhez az utóbbihoz viszonyítva alárendelt szabály, amely a maga jogi kötelező erejét éppen abból nyeri, hogy a számára magasabbrendű jogi szabályozás szerint jött létre. Vagyis az alacsonyabbrendű jog jogi érvényessége a magasabbrendű jog „delegációjából” ered: a törvény azért érvényes, mert az alkotmány rendelkezései szerint, a kormányrendelet azért, mert a törvény szerint, a közigazgatási aktus és a bírói ítélet azért, mert a törvény és a törvényes kormányrendeletek szerint jött létre, s végül az egyszerű végrehajtási cselekmény azért jogi aktus, mert a közigazgatási intézkedés vagy a bírói ítélet szerint igazodik. Hasonló a helyzet a magánjogi jogügyletnél is, amelyben a törvény felhatalmazásából maguk a felek alkotják meg az egymáshoz való viszonyukat rendező jogszabályokat, melyeket a bíróságok is alkalmazni tartoznak. A magánjogi jogügylet ekként a törvény és a bírói ítélet közé beékelődő lépcsőfoka az egységes jogrendszernek.<sup>20</sup>

A jogrendszer eme lépcsőzetes tagozódása mellett megszűnik a jogalkotás és a jogalkalmazás különbsége: minden lépcsőfok jogalkalmazás a felette álló fok szempontjából és jogalkotás az alatta álló fok számára.<sup>21</sup> Csupán a legalsó és a legfelső lépcsőfok kivétel ez alól a szabály alól. A legalsó fok, az egyszerű végrehajtási aktus, már nem jogalkotás, hanem pusztán jogalkalmazás, s ezért nem is jogszabály, nem is

<sup>20</sup> Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Leipzig—Wien, 1934, 82. 1.

<sup>21</sup> Arról, hogy a jogalkotás és jogalkalmazás tradicionális megkülönböztetése a lépcső-elmélet dacára is fenntartandó, „*Creazione e applicazione del diritto*” c. fentebb már idézett dolgozatom értekezik.

norma, hanem csupán „jogi jelenség“.<sup>22</sup> A legfelső lépcsőfoknál, a *tételesjogi értelemben vett alkotmánynál*, még nehezebb a helyzet: ez az alkotmány, amelyből a törvényhozás és végső sorban az egész jogrendszer a maga jogi érvényességét nyeri, nem vezetheti már le a maga érvényességét valamely magasabb tételes jogi szabályból s így jogi érvényesség nélkül szükkölnének, jogalkotásra való jogosultság nélküli jogalkotás volna. Ezzel azonban az egész jogrendszer jogi kötelező ereje kérdésessé válnék.

Ebben a végszükségi helyzetben vezeti be Kelsen a *hipotétikus alapnorma* vagy *jog-logikai értelemben vett alkotmány* gondolatát. Hogy a tételes jog legmagasabb fokozatának jogi érvényességét megindokolhassuk, *fel kell vennünk* szerinte egy még ennél is magasabb normát, amelyből a tételesjogi értelemben vett alkotmány a maga jogi érvényességét levezetheti s amelynek tartalma az, hogy azt a tényezőt, amely ezt az alkotmányt megalkotta, a jogalkotás jogával felruházza. Ezt a csupán *feltételezett* legmagasabb normát nevezi Kelsen *alapnormának* vagy *jog-logikai értelemben vett alkotmánynak*, szemben a *tételesjogi értelemben vett alkotmánnyal*, amelynek jogi érvénye éppen ezen a jog-logikai értelemben vett alkotmánynon, az alapnormán nyugszik. Az alapnorma tehát maga nem jog, hanem csupán a jogtudománynak egy *feltevése*, amelyhez azért folyamodik, hogy az alkotmánynak, s ezzel az egész jogrendszernek jogi kötelező erejét, amelyet egyébként megindokolni nem tudna, megmagyarázza. Az alapnorma csupán a *jogtudománynak* egy *hipotézise*, *logikai művelete*, s ezért mondhattuk, hogy Kelsen a jog kötelező erejét a *logikából* vezeti le.

9. §. Az *alapnorma* gondolatát *Verdross* a Kelsen-féle jogelmélet „koronájának“ nevezi.<sup>23</sup> Ha ezt a felfogást nem osztjuk is, s inkább egy olyan túlmerész konstrukciónak tekintjük

<sup>22</sup> *Merkel, Die Lehre von der Rechtskraft*, 218. l. — A pusztta végrehajtási aktusoknak a jogrendszer keretébe való beillesztése, kapcsolatban azzal a beismeréssel, hogy minden jogi lépcsőfok egyuttal jogalkalmazás is, természetesen már egymagában is alkalmas arra, hogy a jogrendszer pusztán *normatív* jellegéről szóló Kelsen-féle tanítást alapján megingassa.

<sup>23</sup> *Verdross: Die Rechtstheorie Hans Kelsens* (Sonderabdruck aus Nr. 20 der Juristischen Blätter, 59. Jhg., 1930, 5. l.).

a „hipotetikus alapnormát“, amely a hozzáfűződő jogelmélet megbízhatósága iránt is kételyt ébreszt, mégis el kell ismer-nünk, hogy az olyan kiemelkedő csúcsa Kelsen felfogásának, amelyről tág perspektívában tárulnak fel ennek a napjaink iro-dalmában nagy szerepet játszó felfogásnak fény- és árny-  
oldalai.

Érdeme Kelsen jogelméletének, hogy minden eddigi teó-riánál világosabban és élesebben fedte fel az alkotmány prob-lémájának mélyén rejlő alapvető kérdést, midőn a jogi érvé-nyesség végső forrását kereste a jog-logikai értelemben vett alkotmányban.

Érdeme az is, hogy a normatív jogi érvényességet, a jog kötelező erejét, a jog tényleges érvényesülésének faktumától, a jog okozatos hatóerejétől élesen megkülönböztette. Minden jogásznak éreznie kell, hogy a jog valami normatívum, amely nem azt írja le, hogy hogyan cselekszenek tényleg az emberek, hanem cselekvési szabályként írja elő, hogy hogyan kell csele-kedniök: *ius est norma agendi*. Ennek a „kell“-nek, ennek a normatív kötelező erőnek forrása pedig nem lehet valamely pusztá tény, valamely okozatos valóság s így az emberek tényleges magatartása sem, mert ebből még semmiféle cselek-  
vési szabály sem következik.

Hibája azonban Kelsen felfogásának, hogy a jog normatív jellegének hangsúlyozásával túllő a célon s hogy nem tudja a jogban kétségtelenül meglévő normatív kötelező erőt a pozitív jog fogalmában ugyancsak kétségtelenül meglévő tényleges érvényesülés mozzanatával összhangba hozni. Ez a hibája is legvilágosabban az alapnormáról vallott felfogásában ütközik ki. Kelsennek a *Cohen-féle* újkantianizmuson alapuló filozófiai ál-láspontja szerint áthidalhatatlan ellentét van az érték és a való-ság, a normák világa és a reális hatalom világa közt, s a jog szerinte pusztán a normák világához tartozik. A jog normatív kötelező erejét éppen ezért nem is vezetheti le a hatalom „fak-tumából“. Azt pedig, hogy a társadalmi hatalom nem pusztá „faktum“, nem látja. Olyan magasabb normatívum gyanánt, amelyből a jog kötelező erejét levezethetné, az erkölcs kínál-koznék. Kelsen azonban ehhez a megoldáshoz sem folyamad-hatik, mivel a jognak az erkölcsre való visszavezetése a termé-  
szetjog hibájába való visszaesés volna szerinte, s mivel ö

„tisztá normatív“ felfogása mellett a természetjogtól is „tisztá“ akar maradni és szigorúan a pozitívizmus alapján akar állni.<sup>24</sup> S minthogy ekként a jog érvényességét sem a hatalom „faktumából“, sem az erkölcsből nem származtathatja, azért vezet le a jogtudománynak egy hipotéziséből, az alapszabályból.

Azt ugyan Kelsen is érzi, amit ugyancsak minden jogásznak éreznie kell, hogy a tényleges érvényesülés is hozzátartozik a jog pozitivitásához. Ahelyett azonban, hogy a jog *normatív érvényességét és tényleges érvényesülését*, mint két különböző fajtájú alkotó-elemét, kapcsolná össze a normatív és faktikus mozzanatokat magában rejtő pozitív jog fogalmában, inkább kitart amellett az alapfelfogása mellett, hogy a jog pusztá norma, és a jog tényleges érvényesülésének faktumát is normává akarja átváltoztatni. Ezt is az alapszabály segítségével véli elérhetni. Az alapszabály *tartalma* szerinte ugyanis körül-belül úgy szól, hogy engedelmessédjünk a tényleges hatalomnak, hogy jogi kötelező erővel az a norma bírjon, amely ténylegesen érvényesül. Ez azonban nem jelent egyebet, mint azt, hogy a jog kötelező erejét — az alapszabály segítségével — mégis csak onnét vezet le, ahonnét pedig azt levezetni — szerinte — nem szabadna, t. i. a tényleges érvényesülés valóságából, a hatalom „faktumából“.

10. §. Legyen szabad az alapszabály *tartalmára* vonatkozó Kelsen-féle felfogást közelebbről szemügyre vennünk, minthogy ez az alapszabály mivoltának és szerepének tisztázásához az előbbi §-ban elmondottakon kívül még szükséges.

Az a kifogás, amelyet Kelsennel szemben tenni szoktak, hogy t. i. a természetjogászok mintájára egy tudományos

<sup>24</sup> A Kelsen-féle jogelmélet egyik legnyaktörőbb produkciója éppen az, hogy szigorúan a pozitív jog alapján akar állni s amellett éppen a jog pozitivitásának kellékét, a tényleges érvényesülést rugja ki lábai alól. V. ö. *Creazione e applicazione del diritto* c. értekezésem 658. l. — Arról, hogy ez a produkció nem sikerülhet neki, s hogy „normatív“ kiindulópontjával ellentétben a jog pozitivitását maga is a tényleges érvényesülés szociológiai faktumában kénytelen megtalálni, valamint arról, hogy a szociológiai és a természetjogi felfogás Scyllája és Charybdise közt hanykolódva milyen ellentmondásokba ütközik, részletesebben szól a Kelsen-Emlékkönyvbe írt „*Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus*“ (Gesellschaft, Staat und Recht, Festschrift gewidmet Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Wien, 1931, 58—105. ll.) c. értekezésem.

alapelvből, a jogtudomány hipotétikus alapnormájából, pusztán formális logikai dedukciók segítségével vezetné le a jogrendszer egész tartalmát, természetesen ebben az értelemben nem áll meg. Kelsen szerint csupán a jogrendszer normatív érvényessége, kötelező ereje, származik az alapnormából, de tartalma *szociális és történeti* faktumokból ered: „Ich bin mir bewusst, — mondja, — dass die Verfassung ihre rechtlich relevante *Geltung* zwar aus der vorausgesetzten Ursprungsnorm,<sup>25</sup> ihren *Inhalt* aber aus dem empirischen Willensakt der konstituierenden Autorität holt, ganz ebenso wie das Gesetz seine *Geltung* aus der Verfassung, seinen *Inhalt* aber aus dem Faktum des Gesetzesbeschlusses, das Urteil seine *Geltung* aus dem Gesetz und seinen *Inhalt* aus dem Faktum des richterlichen Willensaktes hernimmt. Die logische *Erzeugung* des Rechtes aus der Ursprungsnorm vollzieht sich stufenweise in stetem Bezug auf ein paralleles Faktum, das aber doch nur ... die *conditio sine qua non*, nicht aber die *conditio per quam* des Rechtes auf seinen verschiedenen Stufen, in seinem für den Juristen entscheidenden Geltungsaspekte ist“.<sup>26</sup> A dinamikus jellegű lépcsőelméletet tehát abban az értelemben illeszti be a saját tanításába, hogy mindig történeti folyamatok, szociális faktumok határozzák meg a jog tartalmát s ebben az értelemben mondja legújabb munkájában is, hogy: „Wenn von *Erzeugung* einer Norm gesprochen wird, so sind damit immer Seinsvorgänge gemeint, die die Norm als Sinngehalt tragen.“<sup>27</sup> A jogrendszer az alapnormából tehát csupán jogi kötelező erejét és nem a tartalmát nyeri. Az alapnorma szerepe pedig éppen abban áll, hogy ennek a pusztá tényekből merített tartalomnak jogi érvényességet kölcsönözzön, vagyis röviden: hogy a *faktumot normává változtassa át*.

Ez ellen a felfogás ellen három súlyos kifogást emelhetünk. Az egyik az, hogy ezáltal Kelsen ellentétbe jön azzal a saját alapfelfogásával, hogy a jog pusztá norma, mert ha a jog csupán jogi kötelező erejét meríti az alapnormából, tartal-

<sup>25</sup> Az alapnormát (Grundnorm) eredetnormának (Ursprungsnorm) is nevezi.

<sup>26</sup> *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1920, V—VI. 1.

<sup>27</sup> *Reine Rechtslehre*, 1934, 6. 1.

mát azonban a csupasz faktumokból, akkor a jognak nemcsak normatív, hanem faktikus alkatelemei is vannak, s ekkor a jog: norma és faktum összekapcsolódása volna, ami pedig Kelsen szerint lehetetlen. Különös gyengéje volna ennek a felfogásnak az, hogy éppen a jogtartalom volna csupasz faktum, merő ténylegesség, minthogy teljes egészében a faktumokból származván nehezen lehetne más mint pusztán faktikus valami. Felfogásának ezt a gyengéjét érinti második kifogásunk, amely abból indul ki, hogy a jog tartalma nyilvánvalóan valami gondolati előírás, tehát szellemi tartalom s ezért megmagyarázhatatlan, hogy hogyan lehessen csupasz faktumokból a jog számára ilyen szellemi tartalmat meríteni. Kelsen, aki a jog normatív és szellemi természetét élesen meglátta, nem veszi észre, hogy már azok a szociális és történeti faktumok is, — az alkotmányozó hatalomnak, a törvényhozónak, a bírónak *akarati aktusai*, — amelyekből a jog tartalmát nyeri, nem pusztán faktumok és nem pusztán akarati aktusok, hanem olyan szociális és történeti realitások, amelyek normatív jellegű szellemi tartalmakat, olyan akarási folyamatok, amelyek határozott akarat-tartalmakat hordoznak. Bennük is már valóság és érték, faktikus és normatív elemek kapcsolódnak, ami Kelsen filozófiai felfogása szerint természetesen lehetetlen volna. Előbbi két kifogásunk elesnék, ha az alapnormának megvolna az a bűvös ereje, hogy azt a csupasz faktumot, amelynek Kelsen szerint semmi érintkezése sem lehet a normával, a maga egészében normává alakítsa át. Kelsen valóban ezt a bűvös erőt tulajdonítja az alapnormának s nem veszi észre, hogy ékként az alapnorma közvetítésével szerinte is megvalósulna a tényeknek szabályt keletkeztető ereje, bármennyire támadja is éppen ő Jellineknek „die normative Kraft des Faktischen“ fogalmazású tételét. Harmadik kifogásunk azonban éppen ez ellen irányul. Ha igaz volna az, hogy az alapnorma a hatalom *tényét* az alkotmány *normatív* értelmével ruházza fel, hogy a faktumot norma gyanánt értelmezi, a „Sein“-ből „Sollen“-t varázsol elő,<sup>28</sup> s ha másrészt igaz volna Kelsennek az az alaptétele, hogy „Sein“-ből „Sollen“-t, tényből normát, hatalomból jogot semmiképpen

<sup>28</sup> V. ö. Kelsen: *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie*, Wien, 1928, 24. l.

sem lehet levezetni, akkor az alapszabály a lehetetlent tenné lehetségessé.<sup>29</sup>

Hogy az alapszabály a faktumot normává, a hatalmat joggá változtathassa, ahhoz Kelsen szerint csupán az szükséges, hogy az alapszabály *tartalma* kimondja azt, hogy a faktumot normának kell tekinteni, a hatalomnak jogi kötelező erőt kell tulajdonítani. Ezt egyébként „logikai lehetetlenségnek” tartja, de azért, hogy a jogtudomány „logikai előfeltevésként” az alapszabály tartalmába felveszi ezt a logikai lehetetlenséget, ez egyszerre lehetségessé válnék. Kérdészetnők ezzel szemben, hogy vajon szabad-e a tudománynak olyan logikai előfeltevéseket felvennie és azokra építenie, amelyek logikai lehetetlenségeket tartalmaznak? És mit jelent a logikai lehetetlenség, ha a tudomány egy logikai feltevéssel túlteheti magát rajta?

Az alapszabály a jogtudomány hipotézise. A jogtudomány azonban nem határozza meg szabad tetszése szerint az alapszabály tartalmát, hanem azt akként kell megállapítani, hogy megfeleljen azoknak a szociális és történeti faktumoknak, amelyekből amint láttuk, a pozitív jog is a maga tartalmát meríti. Eszerint tehát nemcsak a pozitív jog tartalma ered ezekből a faktumokból, hanem magának az alapszabályának tartalma is ezek szerint a faktumok szerint igazodik. Az alapszabály hivatása volna, hogy a faktumot normává, a hatalmat joggá változtassa át, de azért Kelsen szerint ez az alapszabály is az empirikusan adott faktumoktól, a hatalomtól függene.<sup>30</sup> A tételesjogi értelemben vett alkotmány megalkotásának jogával az alapszabály csupán *azt* a tényleges hatalmat ruházhatja fel, „amelynek *szabályai* nagyban-egészében engedelmességgel találkoznak”.<sup>31</sup> Kelsen legújabb műve szerint is az alapszabály tartalma

<sup>29</sup> L. *Reine Rechtslehre, Naturrechts und Rechtspositivismus* c. értekezésem, 67. l.

<sup>30</sup> Kelsen: *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, 1928, 65. l.: „Der Inhalt der Grundnorm... richtet sich durchaus nach dem Material, das als positives Recht begriffen werden soll, nach der Fülle von empirisch gegebenen Akten...“

<sup>31</sup> U. o. 65. l.: „...durch die Grundnorm (kann) als rechtserzeugende Autorität nur eine solche eingesetzt werden..., deren Normen im grossen und ganzen Gehorsam findem...“ — Ha a hatalom parancsai már



aszerint a „tényállás“ szerint igazodik, amely azt a „rendet“ megalkotja, amelynek „az emberek tényleges magatartása“ bizonyos fokig megfelel.<sup>32</sup>

Kelsen ezt a felfogását a *forradalom* példájával világítja meg. Ha egy új alkotmány nem forradalmi úton, hanem a régi alkotmány előírásai szerint jön létre, akkor érvényességét is ebből a régiebb alkotmányból vezeti le és nincsen szüksége az alapnormára. Utóbbira csakis akkor van szüksége, ha a jogfolytonosság megszakad, vagyis *forradalmi jogalkotás* esetén,

*normák*, akkor azonban nincs is szükség az alapnormára, hogy a faktumot normává változtassa. Kelsen önkéntelenül elismeri a társadalmi és történelmi *tények normatív* jellegét is. Az alapnorma szerepét pedig most már csak abban látja, hogy *szubjektív* igényeket *objektívekké* változtasson, vagyis hogy a szubjektív akarások által hordozott akarattartalmakat jogszabály-tartalomná tegye: „Der Inhalt der Grundnorm... richtet sich... nach der Fülle von empirisch gegebenen Akten, die mit dem *subjektiven* Anspruche auftreten, Rechtsakte zu sein, und die *objektiv* als solche nur gelten können, sofern sie auf einen Grundakt bezogen werden, der — d. i. die Funktion der Grundnorm — als erster *rechtserzeugender* Tatbestand *vorausgesetzt* wird.“ (U. o.) Ez azonban nem azt jelenti, hogy a történeti „faktumban“ rejlő „akarattartalom“ normatív jellege hiányozna, hanem azt, hogy hiányzik a társadalom engedelmissége ezzel a nem egészen helyesen szubjektívnek nevezett akarattartalommal szemben. S valóban az alapnorma a tényleges követésnek ezt a faktumát csatolja az akarattartalomhoz, tehát éppen a faktikus elemet képviseli a jogban. Hasonlóképpen fogja fel az alapnormát a Kelsen-féle irányhoz közelálló *Hans Mokra* is *Theorie des Gewohnheitsrechts* (Wien, 1932.) c. művében, amint azt *Recht und Gewohnheitsrecht* (Zeitschrift für öffentliches Recht, 1934, 557. l. 561. l.) c. értekezésemben kimutatni próbáltam.

<sup>32</sup> *Reine Rechtslehre*, 68. l.: „Fragt man, wonach sich der Inhalt der eine bestimmte Rechtsordnung fundierenden Grundnorm richtet, so zeigt eine — die juristischen Urteile auf ihre letzte Voraussetzung prüfende — Analyse: nach dem Tatbestand, in dem jene Ordnung erzeugt wird, der das tatsächliche Verhalten der Menschen, auf die sich die Ordnung bezieht, bis zu einem gewissen Grad entspricht“. A „Tatbestand“-on itt nem lehet jogilag szabályozott tényállást érteni, hanem pusztán tényleges hatalmat kell érteni alatta, amelynek éppen az alapnorma adja meg a jogalkotás jogát. Amde ez a pusztán tényleges hatalom már az alapnorma nélkül is olyan *normatív rendet* (az „Ordnung“ szó nem jelenthet egyebet) hozott létre, amelyet az emberek ténylegesen is követnek. Az ember igazán azt kérdezhetné, hogy mi szükség van akkor az alapnormára? Hogy az alapnorma a Kelsen-féle tanításban felesleges, azt igyekszik bizonyítani *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus* c. értekezésem 70. l.

vagy pedig akkor, ha a jogfolytonosság rendjén, az újabb alkotmányoknak régebbi alkotmányokra való visszavezetésével végül a történetileg első alkotmányhoz jutunk, vagyis az *originárius jogalkotás* esetében, amely azonban szerintünk nagyban és egészében rokon a forradalmi jogalkotással, mivel a forradalmi jogalkotás is originárius jogalkotásnak tekinthető. A forradalmi úton keletkezett alkotmány esetében Kelsen szerint arról van szó, hogy a régi alkotmányos tekintélyt „delegáló” alapszabályt fel kell cserélnünk egy új alapszabállyal, amely a régi tekintély helyett az új forradalmi hatalmat ruházza fel a jogalkotás hatalmával.<sup>33</sup> — Az egyes állam alkotmányának ez a hipotétikus alapszabálya Kelsen szerint megegyezik a tétéles nemzetközi jognak azzal a szabályával, amely csak az effektíve érvényesülő hatalmat ismeri el államhatalom gyanánt, s egyben a nem legitim, forradalmon vagy államcsínyen alapuló hatalmat is elismeri a nemzetközi jog szempontjából legitim államhatalomnak. Az *effektivitás* elvének tétéles nemzetközi jogi szabálya tehát az egyes államok alkotmányának alapszabálya volna, ha alapszabályként tétéles jogszabályt és nem egy pusztán feltételezett hipotétikus jogtudományi elvet értenénk. Amikor azonban az egyes államok alkotmányát az effektivitás nemzetközi jogi elvére alapítjuk, ezzel egy egységes jogrendszerbe foglaltuk már az egyes állami jogokat és a nemzetközi jogot s így csupán a nemzetközi jogrend számára kereshetünk egy ilyen hipotétikus alapszabályt, amelyből a nemzetközi jog minden szabálya s így az effektivitás tétéles szabálya is a maga jogi érvényességét nyeri.<sup>34</sup>

Az elmondottakból eléggé kiviláglik, hogy a Kelsen-féle hipotétikus alapszabály tartalma mindig az, hogy engedelmessédjünk a tényleges hatalomnak, hogy a társadalom tagjai kövessék annak a tekintélynek szabályait és parancsait, amelynek szabályait és parancsait amúgy is követik. Találón mondja tehát Kelsen, hogy az alapszabály „a történeti és politikai realitást” igyekszik „objektív jogként felfogni”, hogy „a hatalomnak:

<sup>33</sup> *Reine Rechtslehre*, 67—68. l.

<sup>34</sup> *Reine Rechtslehre*, 71—72. l. — Az effektivitás nemzetközi jogi szabálya éppen ezért legfeljebb mint „relatív alapszabály” szolgálhat Kelsen szerint az egyes államok alkotmányának alapjául.

joggá való átváltoztatását jelenti”.<sup>35</sup> Ha azonban, híven Kelsen felfogásához, a „tényleges hatalmat” valóban pusztá okozatos faktumnak tekintjük, akkor nehéz belátni azt, hogy hogyan lehet egy pusztá faktumnak engedelmessé válni? S ha másrészt az alapszabály valóban azt mondja, hogy a társadalom tagjai kövessék azokat a szabályokat, amelyeket tényleg követnek, akkor az alapszabály normajellege is kérdésessé válik, mert éppen Kelsen szerint is az a norma, amely azt követelné, hogy történjék az, ami amúgy is történik, nem volna norma.<sup>36</sup>

Az elmondottakból is kiviláglik, hogy amilyen élesen meglátta Kelsen az alkotmány kérdésében rejlő legmélyebb problémát, éppen olyan kevésbé sikerült az a megoldás, amelyet e probléma számára ad. Élesen megkülönbözteti a jog kötelező erejét a jog tényleges érvényesülésétől, s azután az alapszabály segítségével mégis a tényleges érvényesülésből vezeti le a normatív kötelező erőt. Annak a számos ellentmondásnak, amelybe ekközben keveredik, oka az, hogy pusztá normának tekinti a jogot, amelynek a tényleges érvényesülés faktumához saját filozófiai felfogása szerint semmi köze sem lehet, de azután a filozófussal szemben felébred benne a tétel jogász és arra ösztökéli, hogy mégis bekapcsolja a tényleges érvényesülés momentumát a pozitív jog fogalmába. E törekvésének természetesen ellentmondásra kell vezetnie.<sup>37</sup> S ez az ellentmondás

<sup>35</sup> *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 65. 1.

<sup>36</sup> *Reine Rechtslehre*, 69. 1.: „Gälte es, eine soziale Ordnung zu begründen, der das tatsächliche Verhalten der Menschen stets und unter allen Umständen entspricht, müsste die Grundnorm — alles mögliche Sein von vornherein legitimierend — lauten: Es soll geschehen, was tatsächlich geschieht, oder: Du sollst, was Du willst. Eine derartige Ordnung wäre aber sinnlos...“ Eszerint azonban két lehetőség állna nyitva: az egyik az, hogy az alapszabály nemcsak a hatalomhoz való alkalmazkodást, de a vele való szembezállást is előírná, ami nyilván ellentmondás, vagy pedig az a másik, hogy egy olyan hatalom parancsainak követését kívánná, amelynek parancsai tényleg nem érvényesülnek kivétel nélkül, ebben az esetben azonban a jog normatív jellege abból az alapszabályon kívüli tényből fakadna, hogy az alapszabálytól delegált rendet az emberek tényleg megsértik.

<sup>37</sup> Kelsen tulajdonképpen maga is beismeri, hogy az említett ellentmondást kiküszöbölni nem tudja, amikor megállapítja, hogy: „Das Problem der Positivität des Rechts besteht gerade darin, dass dieses zugleich

a legélesebben éppen az alapnormáról szóló felfogásából hangzik ki.

Az alapnorma gondolata tulajdonképpen egy nagy *circulus vitiosus*: a jogalkotó tények jogi érvényességüket az alapnormából nyerik, az alapnorma pedig a jogalkotó tényekből nyeri a maga tartalmát. Az alkotmányt alkotó faktumot az alapnorma határozza meg, s másrészt ez az alkotmányt alkotó faktum határozza meg az alapnormát.

11. §. Igaz, hogy ebbe a *circulus*ba közbe még beleékelődik a jogtudomány tevékenysége: a jogtudomány konstatálja azt a faktumot, hogy egy bizonyos hatalom szabályait tényleg követik az emberek, ehhez a faktumhoz igazodva megalkotja azt a feltevést, hogy ez a hatalom a jogalkotás jogával bír, hogy szabályai normatív kötelező erővel rendelkeznek, s azután ebből a feltevésből levezeti a hatalom szabályainak jogi kötelező erejét, azt, hogy a tényleg követett szabályok normatív érvényességgel bírnak. A jogtudománynak ez a feltevése, a hipotétikus alapnorma, ekként az egész jogrendszer kötelező erejének forrása volna.

Ha a tudomány tevékenységét *megismerő* tevékenységnek tartjuk, csupán *ismeretek* forrását láthatjuk benne. Elképzelhetetlen tehát, hogy hogyan válhatnék a jogtudomány egy hipotézise az egész jogrendszer kötelező erejének forrásává. A jog cselekvési szabályoknak és nem tudományos tételeknek foglalata; a jogszabály kötelező ereje nem az ismeret logikai érvényességét jelenti. A jogi érvényességnek a logikai érvényességgel, a jogi parancsnak a tudományos ismerettel való összezavarása, ha az alkotmánynak és az egész jogrendszernek kötelező erejét a jogtudománynak egy hipotéziséből, vagyis egy logikai műveletből vezetjük le.

Igaz, hogy a jognak *logikai értelme* is van, s hogy ennek az értelemnek megállapításánál *logikai következtetések* is

*als Sollen und als Sein erscheint, obgleich sich diese Kategorien logisch ausschliessen“ (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 10. l. — V. ö. Kelsen: Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1925, 19. l.). — Ez azonban eredeti álláspontjának feladását jelenti, s ez után nincs is szükség az alapnormára. — A norma és a faktum, az érték és a valóság kapcsolatának lehetőségét bizonyítja Szociológia és jogbölcselet c. értekezésem 7. §.*

nagy szerepet játszanak. A jog grammatikai és logikai eszközökkel fejezheti ki magát s így megértéséhez is szükség van grammatikai és logikai interpretációra. Ez azonban még nem jelenti azt, hogy a jog kötelező erejét a grammatikából és a logikából nyeri. A jogot logikailag helyesen megérteni egészen más, mint a jog által kötelezve lenni. Bármilyen fontos szerepet játszanak is a logikai következtetések a jog értelmének és különösen a szokásjog tartalmának, mint konkludens faktumokból kikövetkeztetett jogtartalomnak megállapításánál, a jog érvényességét logikai következtetésekre vagy tudományos hipotézisekre visszavezetni nem lehet.<sup>38</sup>

Utóbbi fejtegetéseinkkel az alpnormáról vagy jog-logikai értelemben vett alkotmányról szóló Kelsen-féle tanítást legvégső gyökerében próbáltuk megcáfolni, mert hiszen ennek a tanításnak leglényegesebb tartalma az, hogy a jog kötelező erejét a jogtudománynak egy hipotéziséből vagyis logikai műveletéből s így végsősorban a logikából vezeti le.

Az alpnormáról szóló fejtegetéseink befejezésekként még csupán arra szeretnénk reávilágítani, hogy mi vihette Kelsent arra a szinte megdöbbenő állításra, hogy a jogtudomány ruházza fel az alkotmánytadó hatalmat a jogalkotásra való jogosultsággal, hogy az egész jogrend kötelező ereje a jogtudománynak egy hipotéziséből fakad.

Kelsen szóbanforgó álláspontjának magyarázatát ismeretelméleti felfogásában találhatjuk meg. Kelsen a „*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*“ megjelenése után a *Cohen-féle metódikus idealizmus* hatása alá kerül.<sup>39</sup> Az újkantiánizmusnak ez a túlzóan idealisztikus iránya azt tanítja, hogy az ismeret tárgyát a megismerés módszere, a tudomány tárgyát maradék nélkül a tudomány megismerő tevékenysége „hozza létre“. Amint tehát a természetet, amely mint a természettudomány tárgya nem egyéb, mint a természettudományi ismeretek összessége, a természettudomány „hozza létre“, akként „hozza

<sup>38</sup> A logikumnak a jogrendszerben, a jogalkalmazásban és a jogtudományban játszott szerepét vizsgálja „*A logikum a jogban*“ (Athenaeum, 1928) c. értekezésem; valamint „*A természetjog problémája*“ c. akadémiai felolvasásom 8. §-a.

<sup>39</sup> V. ö. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. kiadás, Vorwort zur zweiten Auflage, XVII. 1.

létre“ Kelsen szerint a jogtudomány is a maga tárgyát, a jogot. A hasonlóság abban is teljes szerinte, hogy amint a természettudomány az érzékletek alogikus anyagából alkotja meg a természettudományi ismeretet, akként a jogtudomány a történeti tények faktumaiból, — „a törvények, rendeletek, bírói ítéletek, közigazgatási aktusok, stb. alogikus anyagából“ — alkotja meg a jogszabályokat, a jogtételeket.<sup>40</sup>

E felfogás helytelenségével más helyen foglalkoztam,<sup>41</sup> itt csupán arra a feltűnő hasonlatosságra akarok reámutatni, amely Kelsen jogi ismeret-elmélete és másrészt az alapnormáról szóló tanítása közt mutatkozik. Ismeret-elméleti felfogása szerint történeti tényekből, akarati aktusok faktumából *a jogtudomány* hozza létre a jogszabályokat; az alapnormáról szóló tanítása szerint történeti tényeket, akarati aktusok pusztá fak-

<sup>40</sup> Kelsen ezt a felfogását legrészletesebben *Rechtswissenschaft und Recht* (Zeitschrift für öffentliches Recht, 3. köt., 1922, 103—235. 11.) c. munkájában fejtette ki. V. ö. i. m. 192. l.: „Unterscheidet man zwischen Recht und Rechtswissenschaft, sowie man zwischen Natur und Naturwissenschaft unterscheidet, dann ist das Recht... ebenso wie die Natur, sofern man sie dabei nicht als Gegenstand einer Erkenntnis im Auge hat — ein Alogisches“. Továbbá u. o. 181—182. ll.: „Die synthetischen Urteile der Naturwissenschaft sind, sosehr sie von der Wissenschaft selbst *erzeugt* werden, ebenso durch das in ihnen zur Einheit zu bringende *Material* determiniert..., wie die synthetischen Urteile der Rechtswissenschaft, die Rechtssätze, in denen das der Rechtswissenschaft gegebene Material: die Gesetze, Verordnungen, richterliche Urteile, Verwaltungsakte usw., ebenso verarbeitet, zu Rechtssätzen verarbeitet wird wie das Empfindungsmaterial in den synthetischen Urteilen der Naturwissenschaft... In den Rechtssätzen, die Urteile, und als solche Funktionen einer Erkenntnis, eines wissenschaftlichen Bewusstseins sind, darf ebenso nur ausschliesslich dieses Material bearbeitet werden... Das und nichts anderes bedeutet, dass die Rechtswissenschaft nicht Rechtsquelle sein dürfe, aber darum darf sie nicht nur, sie muss sogar die Rechtssätze — als Urteile — erzeugen.“ U. o. 182. l.: „...die das Material der Rechtssätze bildenden Akte (sind) ...Willensakte...“ — Idézett helyében Kelsen különbséget tesz a jogtudomány, mint a *jogi tételek* létrehozója és a jogforrás, mint az alogikus anyagnak tekintett jogalkotó *akarati aktusok* létrehozója közt. A jog „létrehozásának“ (Erzeugung) ezt a kétféle értelmét összekeveri akkor, amidőn az alapnormát, amely az első értelemben „hozza létre“ a jogot, a jogi lépcső-rendszer élére állítja, melynek egyes fokai a második értelemben „hozzák létre“ a jogot.

<sup>41</sup> *A logikum a jogban*, I. 7. §.; *Szociológia és jogbölcselet*, 7. és 8. §§.

tumát az *alpnorma* változtatja át jogszabályokká: belőle, a jogtudomány hipotéziséből, vagyis ismét csak a *jogtudományból* nyerik ezek a faktumok a maguk jogi érvényességét. A *jogtudomány az alpnorma megalkotásával ugyanazt a funkciót teljesíti a jogrendszer csúcsán, amelyet már a jogrendszer minden egyes szabályánál elvégzett akkor, amikor a történetileg adott alogikus anyagból a jogszabályt létre hozta*. Röviden: az alpnorma egy a jogtudománytól már elvégzett feladatot teljesít s így felesleges munkát végez.

Érdekes, hogy sem Kelsen, sem pedig — legalább is tudomásom szerint — kritikusai nem jöttek reá arra, hogy az a tanítás, amely szerint a jog alogikus anyagából a jogtudomány alkotja meg a jogszabályokat, tökéletesen ugyanazt a gondolatot fejezi ki mint az az elmélet, amely szerint a jogalkotás akarati aktusait a jogtudomány alpnormája ruházza fel jogi érvényességgel. Mindkét teória azt a gondolatot fejezi ki, hogy a jog „objektív érvényessége“, a jogi kötelező erő, végsősorban a jogtudományból, vagyis a logikai érvényesség szférájából ered. Ennek folytán természetesen kettőjük közül az egyik felesleges. Kelsen ezt nem veszi észre s ugyanakkor, midőn azt az ismeretelméleti felfogását, hogy a jogot a jogtudomány „hozza létre“, részletesen kifejti (1922), egyúttal az alpnorma szerepét is nyomatékosan kiemeli.

Egy bizonyos különbség azonban mégis van az azonos gondolatot kifejező két teória között. Kelsen jogi ismeret-elmélete szerint minden egyes jogszabályt a jogtudomány „hozza létre“ és ruház fel objektív érvényességgel. Az alpnormáról szóló tanítás azonban már összekapcsolódik a jog lépcsőzetes tagozódásáról szóló elmélettel, amely szerint minden egyes lépcső-fokon létre jön a jog a jogtudomány közreműködése nélkül is; a felsőbb fok „delegációja“ alapján működő akarati aktusok tevékenységéből; ennek folytán csupán a legfelső tételesjogi fokozat, az alkotmány kénytelen a maga jogi érvényességét az alpnorma „delegációjából“, vagyis a jogtudományból meríteni. Az a gondolat, hogy az objektív jogi érvényesség a jogtudományból ered, az alpnormáról szóló tanításban jelentősen szűkebb térre szorúl tehát, mivel egyetlen pontra, a tétel jogi értelemben vett alkotmányra, koncentrálnak.

Talán nem véletlen, hogy Kelsen újabb műveiben annak hangoztatásával, hogy a jogot — ismeret-elméleti értelemben — a jogtudomány hozza létre, már nem igen találkozunk.<sup>42</sup> *Ez az ismeret-elméleti tanítás most tulajdonképpen mint végső menedékhelyen az alpnorma koncepciójában húzódik meg.* S ha az a folytonos fejlődés, amelyen Kelsen elmélete keresztül megy és amely a jelek szerint még nem tekinthető lezártnak, jövő alakulásában következetes lesz, akkor nézetünk szerint vagy az alpnorma gondolatának teljes feladásához, vagy lényeges átalakításához kell vezetnie. Mindenekelőtt fel kell majd adni azt a gondolatot, hogy az egész jogrend kötelező ereje a jogtudománynak egy hipotéziséből ered. Legújabb művében valóban mintha már kevésbé hangsúlyozná azt, hogy az alpnorma a jogtudománynak egy hipotézise, s egy egész finom árnyalati eltéréssel mint „hipotétikus alapról“ beszél róla;<sup>43</sup> egy helyen pedig az effektivitás nemzetközi elvét, amely már tételesjogi szabály, az egyes állami jogrendek *relatív alpnormájának* nevezi.<sup>44</sup>

12. §. Előző irodalmi és kritikai jellegű fejtegetéseink után, amelyeknek rendjén alkalmunk volt nemegy helyen saját álláspontunkat is éreztetni, most már csupán ennek a saját álláspontunknak rövid összefoglalása van hátra.

*Az alkotmányt a legmagasabbrendű jogszabályok foglatának tartjuk.* Tisztáznunk kell tehát, hogy mit értünk *magasabbrendűség*en. Nyilvánvalóan nem nagyobb *állandóságot*. Valamely állam alkotmánya sokszoros változáson mehet át azalatt az idő alatt, amíg magánjoga, büntetőjoga vagy akár közigazgatási joga is nagyban-egészében változatlan marad. Gondoljunk Franciaországra, hol ma is a Code Napoleon van

<sup>42</sup> Lásd azt a fentebb (27. jegyz.) már idézett helyét (*Reine Rechtslehre*, 6. l.), amelyben kijelenti, hogy amikor a jog „*létrehozásáról*“ (Erzeugung) van szó, *mindig* faktikus folyamatokat (Seinsvorgänge) kell ezen értenünk. A jognak a jogtudomány által ismeret-elméleti értelemben való „*létrehozására*“ tehát már nem kell gondolnunk.

<sup>43</sup> *Reine Rechtslehre*, 66. l.: „Die Reine Rechtslehre operiert mit dieser Grundnorm als einer hypothetischen Grundlage“.

<sup>44</sup> U. o. 72. l. — V. ö. a fenti 34. jegyz. — Hogy az alpnormának a jogtudományi hipotézis értelmén kívül milyen más értelmeket lehet adni, arra nézve lásd „*Recht und Gewohnheitsrecht*“ (Zeitschrift für öffentliches Recht, 1934) c. értekezésem 561. l.



érvényben s hol a centralizált közigazgatási szervezet sem szokott átalakulni az alkotmányos változások rendjén. Vagy gondoljunk Németországra, hol 1900-ig a római magánjog volt s azóta a BGB. van érvényben. Vagy gondoljunk arra, hogy a magyar jog számos ága a Magyarországtól elszakított területeken az impériumváltás után is tovább él. Szinte azt lehetne mondani, hogy a magánjogi elvek relatíve nagyobb állandóságot mutatnak, s hogy különösen a forgalmi élet joga kevésbé változik hely és idő, az egyes nemzetek sajátos felfogása vagy egyes korok politikai irányeszméi szerint, vagy legalábbis nincsen olyan közvetlenül kitéve ezeknek az uralkodó áramlatoknak, mint az alkotmányjog. — Kétségtelen az is, hogy a szóbanforgó magasabbrendűség a tényleges érvényesülés nagyobb *biztosságát* sem jelentheti. Egy első helyen bekebelezett magánjogi követelés érvényesülése biztosabb, mint nemegy alkotmányjogi alapelv megvalósulása. — Az alkotmányjog magasabbrendűsége tehát nem a tényleges érvényesülés okozatos faktumának nagyobb állandóságában vagy nagyobb biztosságában és egyáltalában *nem a tényleges érvényesülés* területén keresendő. — Ez a magasabbrendűség azonban az *erkölcsi értékeség* nagyobb fokát sem jelenti. A büntetőjog általában szorosabb kapcsolatban szokott állani az erkölcsi felfogással, mint az alkotmányjog, s a magánjog is igazságosabb lehet, mint egyes alkotmányjogi rendelkezések. — Még talán leginkább a *társadalmi közfelfogásban* található meg az alkotmány magasabb értékelésének alapját, az alkotmány és a konvenció szoros kapcsolata folytán (7. §.). Azonban a konvenció alapján sem lehet mindig és egész biztosan az alkotmány magasabbrendűségéről beszélnünk, mivel valamely fennálló alkotmány nem egyszer ellenszenves is lehet a társadalmi közfelfogás szemében, bár ez már az alkotmány szilárdságának alapjait is meggyengíti.

Mit jelent tehát az alkotmány magasabbrendűsége? A *tételes jog* szempontjából vett magasabbrendűséget abban az értelemben, hogy érvényességét a tételes jog előírásaiból levezetni nem lehet úgy mint az alacsonyabbrendű jogszabályokét. Ha elfogadjuk a jog lépcsőzetes tagozódásának elméletéből azt a gondolatot, amely a magyar jogi felfogással sincsen ellentétben, hogy t. i. a jog különböző rangú, jogi természete-

tükre nézve különböző szabályokból áll,<sup>45</sup> akkor azt is be kell látnunk, hogy az, hogy hányfajta ilyen egymásnak kölcsönösen alá- és fölé- s esetleg mellérendelt jogforrás létezik valamely jogrendszerben, e jogrendszer idevonatkozó tételes előírásaitól függ. Az egymásnak alá- és fölérendelt jogforrásoknak ebben a hierarchiájában az alacsonyabb-rendű a felsőbb-rendűből vezet le a maga jogi kötelező erejét: abból, hogy ennek előírásai szerint jött létre. A helyhatósági statutum vagy a kormányrendelet azért érvényes, mert a törvénynek megfelelően keletkezett, amellyel tartalmilag nem ellenkezik s amelyet nem módosíthat. A törvény, amely az alacsonyabb-rendű jog szabályait megváltoztathatja és eltörölheti, viszont azért érvényes, mert az alkotmány előírásainak megfelelően alkották meg. Az alkotmány azonban már nem vezetheti vissza a maga kötelező erejét valamely magasabb jogszabályra s éppen ezért a legmagasabbrendű jogszabály. Az alkotmányjog magasabbrendűsége tehát csupán azt jelenti, hogy felette áll a tételes jog által létesített fölé- és alárendeltségi viszonyoknak, hogy jogi minőségét nem lehet pusztán a tételesjog tartalma alapján, tehát tételesjogi alapon eldönteni. Az alkotmánnyal *a tételes jogi szemlélet határához* érkeztünk el. Hogy az alkotmány előírása jog-e vagy sem, azt csak a tételes jogtudomány köréből kivezető vizsgálat segítségével dönthetjük el, annak megállapításával, hogy megfelel-e a jog fogalmi kellékeinek.

A jog a jogkeletkezés kérdését maga is szabályozhatja s ebből a szabályozásából azután jogosultság fakad a jogalkotásra, ami egyébként *filius ante patrem* volna. Ez a jogosultság azonban csak a kérdéses elsődlegesnek nevezhető jogi szabályozásnak *alárendelt* vagyis *másodlagos* jog alkotására vonatkozhatik. *A jogalkotásra való jogosultságnak ez az elsődleges tételesjogi szabályozása az alkotmány.* A legitím jog, amely az alkotmány szabályainak megfelelően jön létre, azért másodlagos, az alkotmányhoz viszonyítva alacsonyabb rendű jog, mert az alkotmányhoz alkalmazkodva, annak jogalkotásra vonatkozó irányítását elfogadva, s így felsőbbségét elismerve jött

<sup>45</sup> V. ö. *Creazione e applicazione del diritto* c. értekezésem 655. l., hol utalok arra, hogy a magyar jog szerint az autonómiák statutaris joga és a kormányrendeletek alá voltak és alá vannak rendelve a törvénynek.

létre. Az alkotmány a másodlagos vagy legitim jog érvényességének forrása, keletkezésének kiindulópontja; ezért utóbbi az alkotmánnyal nem is jöhet ellentétbe. Az alkotmány magasabb-rendűségének ez az értelme.

13. §. Amikor az alkotmányt mint *a jogkeletkezés kérdésének tételesjogi szabályozását* fogtuk fel, figyelmen kívül hagytuk, hogy a jogalkotás folyamatának egyes részleteit, éppen az alkotmányból nyert jogalkotási jogosultság alapján, másodlagos jogszabályok is szabályozhatják, s másrészt azt, hogy elsődleges, vagyis a fenti értelemben legmagasabbrendű jogszabályokban más tárgy is lehet szabályozva, mint a jogalkotás kérdése.

Ugy látszik tehát, mintha az alkotmánynak egy *formái* jelentését, amely szerint az a *legmagasabbrendű* jogszabályok foglalata és egy *tartalmi* jelentését, amely szerint az a *jogalkotás kérdésre vonatkozó* jogszabályok foglalata, különböztettük volna meg. E két jelentés eltéréséből adódnának azután azok a nehézségek, amelyeket egyelőre figyelmen kívül hagytunk.

Ez a látszat nem egészen helyes. Amikor a magasabbrendűség kérdését tételes-jogi rangsorozásként fogtuk fel, ezáltal jogtartalmi kérdéssé tettük. Az alkotmány magasabbrendűségének látszólag „formális” kelléke tehát éppen azt a „tartalmi” vonását jelenti, hogy a jogalkotás kérdését szabályozza. Alacsonyabbrendű mindig az a jogszabály, amely a másikkal igazodik, annak előírása szerint jön létre; magasabbrendű pedig az, amelyhez igazodva, amelynek előírása szerint a másik létrejön. Valamely jog egyenlőrangú vagy magasabbrangú a fennálló régiebb jognál, ha azt megváltoztathatja, vagyis ha azzal ellenkezve is létrejöhet; alacsonyabbrendű pedig akkor, ha azzal nem ellenkezhetik, azzal ellentétben létre se jöhet s így létrejövételét az határozza meg. Az alkotmány *legmagasabbrendűsége* pedig azt jelenti, hogy vele a jogrendszer semmiféle szabálya sem ellenkezhetik, ebben az értelemben tehát a jogrendszer összes többi jogi formáinak létrejövételét végsősorban az alkotmány határozza meg. Leheteséges ugyan, hogy az alkotmánynak közvetlenül alárendelt legmagasabbrendű legitim jog maga is szabályozza a nála alacsonyabbrendű jog keletkezését vagy e folyamat részleteit, és

hogy a legitím jog még alsóbbrendű fokozatai is megteszik ezt a nálunk alacsonyabbrendű fokozatokkal. Ezek a szabályozások nézetünk szerint már nem tartoznak az alkotmány körébe, minthogy az alkotmányon nem általában a magasabbrendű jogot, hanem éppen a legmagasabbrendű jogot értjük. Az alkotmány tehát a jogkeletkezés kérdésének, a jogforrások problémájának, a jogalkotásra való jogosultságnak tételesjogi szabályozása, de *nem kimerítő* szabályozása. Az alkotmány tulajdonképpen csak *a legitím jog legmagasabb fokozatát* határozza meg.

Az alkotmányon a politikai tudomány is az állam főszerveinek működését meghatározó jogszabályokat érti, az állam főszervei pedig azok, amelyeknek együttműködéséből az állami szuverénitást kifejező legfőbb államakarat létrejön. Nyilvánvaló, hogy valamely alsóbb államszerv (még ha az alája rendelt szféra számára jogot alkothat is) az állami főszervek működését nem szabályozhatja. Sem az államfői tevékenységet, sem a parlament működését nem lehet belügyminiszteri rendelettel szabályozni. Az előfordulhat ugyan, hogy a parlamenti képviselők megválasztására vonatkozó eljárást kormányrendelet szabályozza, vagy hogy a választói jogosultságot a helyi autonómiák szervei állapítják meg, mindez azonban már nem az alkotmányjog, hanem a közigazgatási jog kérdése. Tegyük fel, hogy az alkotmány a parlament összetételének meghatározását és működésének szabályozását a kormány hatáskörébe utalná. Ebben az esetben a parlament többé nem az állam főszerve, hanem a kormány tanácsadó testülete volna. Forradalmi időkben megtörténhetik, hogy a forradalmi kormány rendelettel szabályozza az új alkotmány megalkotására hivatott alkotmányozó testület megalakulását. Az ilyen „kormányrendelet” azonban a jogfolytonosság megszakítását s egy új alkotmány keletkezését jelenti; jogi természetére nézve tehát *toto coelo* különbözik a kormányrendelettel, mint a legitím jog egyik fokozatától, bárha kibocsátói a kormányrendelet elnevezéssel a legitimitás látszatát óhajtanák is kelteni.

Ha az alkotmányjog legmagasabbrendűsége abban áll, hogy a legitím jog legfelső fokozatának létrejövetelét határozza meg, akkor felmerül az a kérdés, hogy hogyan történhetik még az, hogy némely alkotmány e tárgyon kívül egyéb tárgya-

kat is szabályoz. Ide tartozik az az eset, mikor az alkotmány a legitim jog alsóbb fokozatait közvetlenül szabályozza, vagy mikor nem is a jogalkotás kérdéséről, hanem más tárgyról, például az állampolgárok szabadságjogairól rendelkez. Erre vonatkozólag azt kell mondanunk, hogy ezeknek a kérdéseknek az alkotmányban történő szabályozása csupán annyiban bír alkotmányjogi jelentőséggel, amennyiben korlátokat állít fel a törvényhozás, mint legfőbb legitim jog számára; tehát amennyiben mégiscsak a legfőbb legitim jog létrejövetelet, a törvényhozó hatalom jogalkotási jogosultságának határait s ekként ezt a jogalkotási jogosultságot szabályozza. Elképzelhető, hogy valamely alkotmány-levél a végrendeletek alaki kellékeit is részletesen előírja, ezek az előírások azonban csak mint a közönséges törvényhozás korlátai tartoznának az alkotmányjogba, s amennyiben nemcsak a jogalkotási jogosultság korlátozását, de az állampolgárok magánéletének rendezését is tartalmazzák, annyiban már a magánjogban volna a helyük.

Különösen élesen lép elibénk ez az utóbb tárgyalt kérdés azokban a történeti alkotmányokban, amelyek ugyanolyan közönséges törvényekben foglaltatnak, mint amilyenek a köz- és magánélet kérdéseit általában rendezik. Ezt a kérdést fentebb (5. §.) már érintettük. Láttuk, hogy az ilyen alkotmányok, melyek, amint mondani szokás, csupán „tartalmukban“ különböznek a többi közönséges törvényektől, tulajdonképpen *szokásjogon* nyugszanak, mert azoknak a közönséges törvényeknek, melyekben a törvényhozó szerv maga állapítja meg a saját törvényhozói jogosultságát, csupán a fennálló szokásjogi állapotot *deklaráló* jelentőségük van. A némalkotmányi jellegű közönséges törvények jogi érvényessége kétségtől azon nyugszik, hogy az alkotmányi jellegű közönséges törvények előírásainak megfelelően jöttek létre. Az alkotmányi jellegű közönséges törvények érvénye azonban, ha egy időbelileg régibb hasonló törvényre támaszkodik is, végsősorban mégsem alapulhat azon, hogy a törvényhozó szerv a maga törvényhozói jogosultságát saját törvényében állapította meg, minthogy utóbbinak érvényessége már felteszi a törvényhozói jogosultság meglétét. *A jogilag szabályozott törvényhozói hatalom* tehát írott alkotmány nem-létében *csakis a szokásjogon alapulhat*. Az alkot-

mányt megalkotó tényezőnek az alkotmány meghozatalára való jogosultsága után pedig már nem kutathatunk, minthogy ilyen jogosultság tételes jogi értelemben egyáltalában nem létezhetik. Az alkotmány a legmagasabbrendű tételes jog s ezért nem vezetheti le érvényét egy felette álló magasabb jogból származó jogalkotási jogosultságból. Az *alkotmány originárius jogalkotás eredménye* s így az alkotmány kérdésével a jog határához és a tételes jogász szemlélet végállomásához értünk.

14. §. Abban a megállapításunkban, hogy *az alkotmány a tételes jog és a tételes jogász szemlélet határa*, benne foglaltatik annak megállapítása is, hogy a jogalkotás kérdése nem teljes egészében tételes jogi kérdés. Mert hiszen éppen a legmagasabbrendű tételes jognak, az alkotmányjognak, megalkotása nem lehet egy még magasabb tételesjogi szabályból eredő jogosítványnak kifolyása. S így azt a kérdést is, hogy az alkotmány jogi érvényességgel bír-e, nem dönthetjük el a tételes jog tartalma alapján, hanem csak egy a tételes jogtudomány köréből kivezető vizsgálattal, azzal a jogfilozófiára támaszkodó megállapítással, hogy megfelel-e a jog fogalmi kellékeinek vagy sem.

Az alkotmány tehát két oknál fogva nem adhatja a jogalkotás kérdésének kimerítő és teljes megoldását. Egyrészt azért, mert — amint arról az előbbi 13. §-ban volt szó — magát a legitím jog keletkezését sem szabályozza kimerítően, s tulajdonképpen csupán a legitím jog legmagasabb fokozatának keletkezését határozza meg, s az alsóbb fokozatok szabályozását alsóbb fokozatokra bizza. Másrészt pedig azért, mert az alkotmány a jogkeletkezés kérdésének tételesjogi szabályozása lévén, csupán a legitím jog keletkezésének kérdését érintheti.

*Minden legitím jog* s így az alkotmány előírásai szerint keletkezett törvény is *csak másodlagos jog*, mivel egy felette álló jog szabályozásának megfelelően jön létre s ebből meríti jogi érvényességét. A törvény magasabbrendű alkotmány-törvények nemléteben sem elsődleges jog, mert alapját végsősorban a törvénynél magasabbrendű alkotmányos szokásjogban bírja. Ezt nem is változtathatja meg s így például nem volna a magyar alkotmány szerint sem érvényesnek tekinthető egy olyan bár *optima forma* létrejött törvény, amely megszüntetné a nemzet részesedését a törvényhozásban s az egész állami ha-

talmat egy diktátorra ruházná át. Egy ilyen törvény a törvényhozó szervtől elkövetett államcsiny volna s az alkotmány eltörlését s egy új alkotmány megalkotását jelentené, ha ugyan egy ilyen kísérlet sikerrel járna.

A legitím jogkeletkezés mellett mindig fennáll az *originárius* és az *illegitim* jog keletkezésének lehetősége. Az illegitim jog tulajdonképen szintén az originárius jogkeletkezés egyik formája: az, amikor a tisztán saját erejére és nem egy már fennálló jogra támaszkodó új jog éppen a jogalkotásra nézve fennállott jogszabályok megsértésével jön létre. Míg az originárius jog a történetileg első jogkeletkezésnek s valamely állam történetileg első alkotmányának kérdéséhez vezet, addig az illegitim jog a forradalmi jogkeletkezés, államcsiny és törvényrontó szokásjog kérdéseit veti fel.

Minthogy az alkotmány nem másodlagos s így végsősorban nem is legitím jog, nyilvánvaló, hogy csak originárius vagy illegitim jog lehet. S valóban az alkotmány keletkezése vagy az állam keletkezésével egyidejű originárius jogalkotásra nyulik vissza, vagy az alkotmányt lassan átalakító alkotmányrontó szokásjogra, vagy egy a régi alkotmányt hirtelenül felforgató győzelmes forradalomra. Az *alkotmány* és a *forradalom* kapcsolata igen élesen domborodik ki az alapnorma tartalmára vonatkozó Kelsen-féle felfogásból is (10. §.). Érdekes, hogy éppen az alkotmány és a forradalom ellentétesnek látszó gondolata függ ilyen szorosan össze. Alkotmány és forradalom ellentétek, mert az alkotmány megszilárdulása, a „konszolidáció“, a forradalmi jogbizonytalanság állapotának megszűntét jelenti. De azért egymás sarkában vannak: az alkotmány legtöbbször a társadalom forradalmi vajadásában születik meg. „Hány olyan existencia van a mai politikai világban, — kérdezte Bismarck, — amely nem forradalmi talajból nőtt volna ki.“<sup>46</sup>

Ha azonban az alkotmány, az elsődleges jog, az originárius és az illegitim jog keletkezésének kérdése nem tételesjogi kérdés, hanem *a jog életének szociológiai s történeti törvényszerűségeit érintő problema*, akkor ebből következik az is, hogy a jogforrások tanának éppen az a része, amelyből a jog kelet-

<sup>46</sup> *Gedanken und Erinnerungen*, I., 1905, 198. l.

kezésére a legélesebb fény vetődik, nem a tételes jogtudomány, hanem a jogbölcsélet körébe tartozik. A jogkeletkezés és a jogforrások kérdése olyan *kettős-probléma*, amelyen a juriszprudencia és a jogfilozófia megosztozik: a juriszprudencia a jogkeletkezésére nézve fennálló tételesjogi előírásokat fejt ki, a jogfilozófia pedig a jogkeletkezés társadalmi és történeti folyamatának törvényszerűségeit igyekszik megállapítani. Az *alkotmánynak*, mint a jogkeletkezés kérdését szabályozó elsődleges jognak *tartalmát* a juriszprudencia fejt ki. Az *alkotmány keletkezésének* kérdése azonban már a politikai tudomány és a jogfilozófia hatáskörébe esik. Az is nyilvánvaló, hogy valamely jogrendszer keretén belül nem szoktak külön forrásai lenni az egyes jogágaknak, közjognak, büntetőjognak és magánjognak. Az egyes tételes jogtudományokban követett az a gyakorlat, hogy a közjogi, büntetőjogi és magánjogi tankönyvek rendszeren a jogforrások kifejtésével indulnak útjukra, nem helyeselhető. A jogforrásokra vonatkozó tételes jogszabályok kifejtése teljes egészében a közjogba, legnagyobb részében pedig éppen az alkotmányjogba tartozik.

15. §. Az előbbieken az alkotmány keletkezésének kérdését olyan kérdés gyanánt fogtuk fel, amely a jog életének társadalmi és történeti törvényszerűségeiből érthető meg s ezért vizsgálatát a *jogbölcsélet* feladatai közé soroltuk. Az alkotmány jogi érvényességének kérdése, amelyre a jogi kötelező erő eredetének problémája visszanyulik, amint láttuk, szintén olyan kérdés, amely nem dönthető el tételesjogi vizsgálattal, hanem csupán annak a megállapításával, hogy megfelel-e az alkotmány a jog fogalmi kellékeinek vagy sem, vagyis a jog fogalmára vonatkozó *jogfilozófiai* felfogás alkalmazásával. Ez a két kérdés különben, — feltéve, hogy az alkotmányt tételes jognak tekintjük, amire nézve nincsen teljes egyértelműség az irodalomban (6. §.), — egyet jelent: az alkotmány keletkezéséről csak akkor beszélhetünk, ha az teljes jogi kötelező erővel bíró jogként áll előttünk. E kérdéssel alább a közjogi *lex imperfecta* kérdésénél különben még találkozni fogunk.

Az a fontos szerep, amely az alkotmány keletkezésének és jogi érvényességének vizsgálatánál a jogfilozófia számára jut, indokolja, hogy felvessük azt a kérdést, hogy vajjon nincsen-e mégis igaza annak a Kelsen-féle felfogásnak, amely az



*alkotmány érvényességét a jogtudományból vezeti le* (11. §.). Ha az alkotmány érvényessége attól függ, hogy megfelel-e a jog fogalmi kellékeinek, a jog fogalmát pedig a jogfilozófia állapítja meg, akkor — mondhatná valaki — az alkotmány érvényessége is a jogfilozófiától függ, a jogtudománynak ebből az ágából vezethető le.

Ez az okoskodás elhamarkodott következtetéseken alapul. A jogfilozófia a jog fogalmát nem határozhatja meg másként, mint úgy, hogy az élő pozitív jog szemléletéből levonja azokat a közös vonásokat, kielemezi azokat a közös alkotóelemeket, amelyeket minden jogban megtalálhatni. Ha ezek közt az alkotó-elemek közt nincsen ott a kötelező erő, akkor azzal a jogfilozófia sem ruházhatja fel a jogot. Hogy az alkotmányjog a jog fogalmi kellékeinek megfelel, az pedig nem jelent egyebet, mint azt, hogy fellelhetők benne is mindazok az alkotó-elemek, amelyekből a jog társadalmi és történeti jelensége összetevődik. Az alkotmány normatív érvényessége, kötelező ereje nem a jogfilozófiából ered, hanem onnét, hogy alkotó-elemei közt van olyan is, amely ezt a kötelező erőt magában rejt.

A jog társadalmi és történeti folyamatokból ered. Ezek a történeti és társadalmi folyamatok nem pusztán faktumok, hanem olyan aktusok, amelyek eszméket, célokat, akarattartalmaidat, egyszóval normatív szellemi tartalmakat hordoznak magukban s a jog normatív kötelező ereje ezekből származik. Helytelen Kelsennek az a felfogása, hogy a jog olyan csupasz faktumokból nyeri tartalmát, amelyeket a jogtudománynak kell az alapszabály segítségével normákká átalakítani (10. §.). A jogalkotó társadalmi és történeti erőkben éppen elég normatív tartalom van (konvencionális szabályok, politikai normák és erkölcsi eszmék), úgyhogy a jogtudomány alapszabályára egyáltalában nincsen szükség ahhoz, hogy ezeket az állítólagos pusztán faktumokat normákká tegye. Maga az a társadalmi hatalom is, amely a jog keletkezésénél olyan nagy szerepet játszik, amint láttuk, szellemi egység, amelyet normatív szellemi tartalmak tartanak össze (7. §.). S láttuk azt is, hogy a konvenció szabályai és a társadalom erkölcsi felfogásai milyen nagy jelentőséggel bírnak a jogkeletkezésnél (7. §.).

Hogy ezek a társadalomban már meglévő normatív tartalmak pozitív joggá váljanak, ahhoz csupán az szükséges, hogy az

emberi akaratoknak és cselekvéseknek olyan tömegét ragadják meg hordozóikul, és ezáltal olyan hatalomra tegyenek szert, hogy szükség esetén kényszerrel is érvényesülhessenek. A jogkeletkezésnél tehát nem az a probléma, hogy pusztán faktumok számára valahonnan normatív erőt varázsoljunk elő, hanem éppen fordítva az történik, hogy bizonyos normatív tartalmak — a tényleges követés és a kényszerrel való érvényesítés által — elnyerik azt a faktikus erőt, amit a jog pozitívítása jelent. S mihelyt ez megtörtént, mihelyt a kényszerrel való érvényesülés lehetősége, a szankció gondolata, ott áll a jog mellett, akkor az a normatív meggyőző erő is, amellyel a pozitív joggá vált normatív tartalom már joggá válása előtt rendelkezett, megerősödik, társulván azzal a *célszerűségi megfontolásból eredő követeléssel, hogy ha ki akarjuk kerülni a jogsértés következményét, a kényszerrel, akkor alkalmazkodnunk kell a jog előírásaihoz.* A kényszer lehető elkerülésének gondolata, mint törekvés, mint cél, tehát mint normatív tartalom, szintén megvan a társadalomban, a társadalom tagjainak gondolatvilágában, és szintén nem a faktumokból ered, hanem csupán csatlakozik a jog kényszerrel való érvényesülésének faktumához.

Akár a társadalom erkölcsi felfogásából, akár a konvencióból, akár magasabb, akár alacsonyabb politikai célokból, akár bárminő akarat-tartalmakból merítse is a jog a maga normatív tartalmát, ennek a norma-tartalomnak eredete, éppen mivel ennyire változatos lehet, nem jellemző reája. *Jellemző azonban a kényszerrel való érvényesülésnek lehetősége s a kényszer elkerülésére irányuló célból eredő normatív postulátum.* S ezért — ha a jogba befogadott konvencionális felfogásokból, erkölcsi és nemzeti célokból eredő normatív kötelező erőtől eltekintünk, — a jogi kötelező erő *specifikumát* a kényszer elkerülésének célszerűségi belátásból fakadó postulátumában találhatjuk meg, mint olyan *pluszban*, amellyel az említett normatívumok mellett még rendelkezik, vagy mint olyan *surrogatum*-ban, amellyel esetleg hiányzó erkölcsi vagy konvencionális értékét pótolni igyekszik.

Az elmondottakból kitűnik, hogy milyen nagy szerepet játszanak a jog és a jogi kötelező erő eredeténél a hatalom, az erkölcs, politikai eszmék, konvencionális szabályok és célszerűségi belátások. A hatalomnak mint pusztán faktumnak az er-

kölccsel, konvencióval, politikai célokkal és célszerűségi belátásokkal mint normatívumokkal való szembeállítás az azonban helytelen. A társadalmi hatalomban már normatív tartalmak is bennrejlének, amelyek összetartják és képessé teszik arra, hogy szükség esetén kényszerrel alkalmazzon s ekként azokat a tartalmakat, amelyeket kényszerrel is érvényesít, pozitív joggá tegye. S másrészt a társadalom erkölcsi felfogása, a konvenció, a politikai ideológia, a célszerűségi belátás is: hatalmak, ha tényleges követésre találhatnak; s ha annyira megerősödnek, hogy kényszerrel is érvényesülni tudnak, akkor a pozitív jog tartalmává válnak. Az egyszer létrejött pozitív jog azután maga is a hatalom megszervezője és legjelentősebb összetartója lesz.

A jog keletkezésének ez a nagy erjedési folyamata a társadalmi élet és a történelem üstjében folyik le. A szellemi tartalmaknak vértelen küzdelme ez — az emberek lelkéért, hogy azután a lelkükön keresztül fizikai erejüket is a maguk szolgálatába állíthassák a vért szomjuhozó eszmék barrikádjain és csataterein. Ez a harc a legnagyobb hevességgel a „végeken“, a jog határánál tombol: az alkotmányt kialakító tényezőknek a jogi szabályozás számára jórészt hozzáférhetetlen küzdelmeiben. Nem ok nélkül hozta tehát a politikai elmélet az alkotmányt összefüggésbe a hatalommal, a konvencióval és az állametikával. És az sem lephet meg, hogy az alkotmányt magát is hol a pusztá hatalommal, hol a konvencióval, hol pedig az állametikai elvekkel azonosították. Sokszor valóban nehéz eldönteni, hogy az állametika, a közvélemény, a „nemzet lelke“ joggá merevedett-e, hogy a forradalmi hatalom jogalkotó tekintélyé „könszolidálódott-e“.

16. §. Az alkotmányt alkotó és fenntartó erőknek ebből a szellemi fegyverekkel vagy fegyveres erőszakkal vívott állandó harcából, a társadalom és történelem olvasztó tégelyéből az alkotmány valóban nem szokott merev állapotban, „írott jog“-ként grammatikai és logikai formákba préselve kikerülni. Inkább a *szokásjog* hajlékonyabb és határozatlanabb alakjában jelentkezik, amely érzékenyebb a tételes jog határain zajló „közhangulat“ iránt s árnyalatilag állandóan változhat annak hatása alatt.

Fentebb megállapítottuk, hogy *végsősorban minden al-*

*kotmány szokásjogi alapokon nyugszik* (7. §., továbbá 13. §.). Az a nagy szerep, melyet a szokásjog a történeti alkotmányokban játszik, megerősíti ezt a tételt (5. §.). Láttuk, hogy az abszolút állam alkotmánya (4. §.), valamint a nemzetközi alkotmány is (3. §.) szokásjogon nyugszik. Láttuk azt is, hogy az alkotmányos formák közt létrejött törvény, melyet az ú. n. „írott jog“ legmagasabb fokozatának szokás tartani, tulajdonképpen csak *másodlagos* jog (14. §.). Ebből azt a következtetést vonhatnók le, hogy az alkotmány, amelynek *elsődleges* (originárius vagy illegitim) jognak kell lennie, írott jog gyanánt nem is jelentkezhetik. Ennek a következtetésnek ellene mond azonban az a valóság, hogy a forradalmi jog, amely kétségkívül elsődleges jog, a forradalmi hatalom kifejezetten megformulázott parancsainak formájában, vagyis „írott jogként“ szokott jelentkezni s ilyen formában új alkotmányt dekretálhat. A forradalmi hatalom parancsai azonban igazában csak akkor válnak joggá, ha ez a hatalom állandósult, ha a szokásjog erejénél fogva jogalkotó tekintéllyé konszolidálódott.<sup>47</sup> A forradalmi jogkeletkezésnek a szokásjoggal való nagy hasonlósága<sup>48</sup> viszont a forradalmi alkotmány esetében is inkább az alkotmány és a szokásjog szoros kapcsolatára mutat. Az alkotmány és a forradalom összefüggése folytán (14. §.) ez a megállapítás nagy fontosságot nyer.

A szokásjog igen szoros összefüggésben van a társadalom erkölcsi felfogásával és a konvencionális szabályok rétegével, valamint a tényleges érvényesülés mozzanatával is. A jog normatív és faktikus alkotóelemei grammatikai és logikai formák közvetítése nélkül, közvetlenül érintkeznek benne egymással. Különösen a konvenció ama rétegének fontosságát óhajtanók ismételten is kiemelni, amelyen a szokásjogi alkotmány rendszerint nyugodni szokott. Nagy jelentőségű ez napjainkban, midőn a közvélemény és a közhangulat ellenére nehéz kormányozni. A tényleges érvényesülés és a kényszer mozzanata ugyancsak szervezetlen formában tapad a szokásjogi al-

<sup>47</sup> A forradalmi jogbizonytalanságban még a kényszer elkerülésének biztosságát sem nyújtja a forradalmi parancsokhoz való alkalmazkodás, eltekintve attól, hogy a jognak ezenkívül meg más alkotó-elemei is vannak.

<sup>48</sup> L. *Bevezetés a jogfilozófiába* c. munkám, 190., 195. ll., *Recht, Macht, Moral* (Szeged, 1922), 18., 36. ll.

kormányhoz. Ugy hogy a kialakulóban levő jognak ebben a ködös rétegében az alkotmány tételesjogi határai nem válnak el élesen az alkotmányt kialakító társadalmi és történeti tényezőktől.

Ennek folytán sokszor kérdéses lehet, hogy szigorú értelemben vett alkotmányjoggal állunk-e szemben. Ez a helyzet az ú. n. *közjogi lex imperfecta* esetében. Az ilyen *lex imperfecta* a legfőbb államszerv valamely alkotmányos köteleességét állapítja meg, amelynek kikényszeríthetősége és ekként jogi jellege kérdéses azért, mert hiszen a legfőbb államszerv ellen jogilag szervezett állami kényszer nem érvényesülhet. Kétségtelen azonban, hogy a maga szervi minőségét a legfőbb államszerv is az alkotmány felhatalmazásából nyeri s hogy az alkotmány felette áll. Ha tehát az alkotmány bizonyos köteleességeket ró reája, bár a köteleességteljesítés biztosítására szervezett állami kényszert nem is helyez kilátásba, biztosítani fogja azt a nemzetnek alkotmányához való ragaszkodása s megvédelmezésére való készsége s így az a szervezetlen kényszerrel való fenyegetés, amit a passzív ellentállás vagy a forradalom jelent. Ha a nemzetnek ez a ragaszkodása az alkotmány valamely *lex imperfectá*jához nincsen meg, ha a legfőbb államszerv valamely alkotmányos köteleességén a felfordulás legkisebb veszélye nélkül túlteheti magát, akkor ez azt jelenti, hogy a kérdéses *lex imperfecta* valóban nem bír jogi erővel s etikai követelmény vagy jámbor óhajtás csupán. A *lex imperfecták* szankcióját, ha valóban alkotmányjogi szabályok, a szokásjog tartalmazza.

Arra, hogy minden állam alkotmánya végsősorban szokásjogon alapul, végül még egy körülmény figyelmeztet. A nemzetközi alkotmány, valamint az abszolút állam és az „alkotmányos“ állam alkotmányának tárgyalásánál egyaránt alkalmunk volt reá mutatni arra a nagy szerepre, melyet az alkotmányjog tételeinek megállapításánál a *logikai következtetés* (*reductio, implicatio*) játszik (3., 4., 5. §§.). És felvetettük annak a lehetőségnek gondolatát is, hogy az alkotmány nem jog, hanem csupán a jogrendszer logikai előfeltétele s így logikai elvek foglalata (4. §.). Minthogy pedig a jogrendszer a maga kötelező erejét az alkotmányból nyeri, eszerint az elgondolás szerint ez a kötelező erő a logikából folyna. Amint láttuk, va-

lóban ez *Kelsen* felfogásának lényege is (8., 11. §§.). Ez az elgondolás azonban nem helyes. Az a nagy szerep, amelyet az alkotmányjog tételeinek megállapításánál a *logikai következtetések* és — hozzátehetjük — a *konkludens faktumok* játszanak, csupán azt bizonyítja, hogy ezek a tételek *szokásjogi szabályok*. Ha szokásjogon a *konkludens* faktumokból *kikövetkeztethető* jogot értjük, akkor az alkotmány a jogélet tényeiből mint konkludens faktumokból következtetett szokásjog. A fentebb elmondottak egyuttal magyarázatát adják annak, hogy miért kell az alkotmányjog megállapításánál olyan jelentős szerepet játszania a logikai munkának. Ha a történeti erők olvasztó tégelyéből anélkül kerül ki az alkotmányjog, hogy szabatos grammatikai és logikai formákba volna préselve, akkor akarattartalmának ezt a logikai feldolgozását utólag kell pótolnia a jogtudománynak. S ezt megteheti azért, mert csupán a jog akarat-tartalmához van kötve, de nem a jog kifejezési módjaihoz.<sup>49</sup>

17. §. Amidőn az előbbieken az alkotmány magyarázatánál olyan nagy súlyt vetettünk a szokásjogra, ezzel egyuttal a szokásjog elméleti tanulmányozásának nagy fontosságára is fel óhajtottuk volna hívni a figyelmet. Való igaz, hogy a szokásjog fogalma eléggé tisztázatlan és igen sokféle értelmet takar. Egy a közelmúltban megjelent értekezésemben annak a felfogásnak adtam kifejezést, hogy a szokásjog terminus technicus-a a jog világának annyira különböző fajtájú jelenségeit foglalja egy kalap alá, hogy e fogalom meghatározásának *nem is a szokásjog közös ismertető jegyeinek felkutatásával, hanem különböző értelmeinek szétválasztásával kell kezdődnie*. Ezzel kapcsolatban magam is mindjárt a szokásjognak négy különböző értelmét különböztettem meg.<sup>50</sup> Az alkotmányra vonatkozó fenti fejtegetéseim alapján hozzáfűzhetem ehhez a szokásjognak azt az értelmét is, hogy az *a jog határát* látszik jelenteni. Nemcsak a jog felső határánál, az alkotmánynál lazul meg a jog logikai merevsége s vékonyodik a jog hajlékony szokásjoggá, de a jog alsó határainál, a jogalkalmazási aktu-soknál, a jog testén lassan rágódó apró jogsértéseknél, például

<sup>49</sup> V. ö. Somló, *Juristische Grundlehre*, II. kiadás, Leipzig, 1927, 528. l.

<sup>50</sup> *Recht und Gewohnheitsrecht*, 1934, 564—567. l.

a jogellenes tartalmú jogerős bírói ítéleteknél is a szokásjog keletkezésének szimptomáira bukkanunk.

A szokásjog nagy jelentőségének hangsúlyozása megfelel a hagyományos *magyar jogi felfogásnak*. *Werböczy* nemcsak azt hangsúlyozza, hogy: „*Consuetudo habet virtutem derogatoriam, quia derogat legi, quando est contra legem*”,<sup>51</sup> hanem ezen továbbmenőleg „*per consuetudinem approbatam inducta lex*”-ről beszél, vagyis magának a törvénynek jogi kötelező erejét is a szokásjogból vezeti le.<sup>52</sup> Az a megállapításunk tehát, hogy a törvényhozás a szokásjogi alkotmányon nyugszik, harmóniában van a legnagyobb magyar jogász négy évszázad előtti tanításával.

Különösen jól esik ezt leszögezni ebben a munkában, amely a hagyományos magyar közjogi felfogás nagy letéteményesének, *Polner Ödönnek*, tiszteletére készült.

---

<sup>51</sup> *Opus Tripartitum*, Prologi Tit. 11., 4. §.

<sup>52</sup> U. o. Pars II., Tit. 73., 2. §.; Tit. 6., 9. §.