

Techet Péter

# JOG MÖGÖTTI AKARAT

Metapozitivisták kísérletek  
a német jogtudományban:

Carl Schmitt  
és Ernst Forsthoff



ÁLLAMÉRTELMEZÉSEK

*Viták*



**LUDOVIKA**  
EGYETEMI KIADÓ

Techet Péter  
JOG MÖGÖTTI AKARAT

*Államértelmezések*



*Viták*

Sorozatszerkesztők  
Cs. Kiss Lajos és Kis Norbert

Techet Péter

# JOG MÖGÖTTI AKARAT

METAPOZITIVISTA KÍSÉRLETEK  
A NÉMET JOGTUDOMÁNYBAN:  
CARL SCHMITT ÉS ERNST FORSTHOFF



**LUDOVIKA**  
EGYETEMI KIADÓ

Budapest, 2023

Szakmai lektor  
Cs. Kiss Lajos

Kiadja a Nemzeti Közszerológati Egyetem  
Ludovika Egyetemi Kiadó  
A kiadásért felel: Deli Gergely rektor  
Székhely: 1083 Budapest, Ludovika tér 2.  
Kapcsolat: kiadvanyok@uni-nke.hu

Felelős szerkesztő: Kilián Zsolt  
Olvasószerkesztő: Csinta Áron  
Tördelőszerkesztő: Kilián Zsolt  
Korrektor: Tomka Eszter

Nyomdai kivitelezés: Pátria Nyomda Zrt.  
Felelős vezető: Orgován Katalin vezérigazgató

DOI: <https://doi.org/10.36250/01043>

ISBN 978-963-531-959-6 (nyomtatott)  
ISBN 978-963-531-960-2 (ePDF)  
ISBN 978-963-531-961-9 (ePub)

ISSN 2786-1430

© Techet Péter, 2023  
© A kiadó, 2023

Minden jog védve.

# ÁLLAMÉRTELMEZÉSEK

„És mindazonáltal egy életerős nép egyetlen korszakban sem nélkülözheti a jól kimunkált államtant. Ezért az előrehaladó tudománynak merészen újra és újra vállalkoznia kell arra a nehéz kísérletre, hogy korának államát a saját kora számára fogalmilag megragadja és ábrázolja... Ahhoz, hogy egy ilyen vállalkozás ne vesszen bele a határtalanba, eredményeinek szilárd középpont körül kell kikristályosodni, amely semmi más nem lehet, mint saját állama és hazájának joga.”  
(Georg Jellinek)

*Az Államértelmezések* könyvsorozat az 2016-ban elkezdett és folyamatban levő állam- és kormányzáselméleti alapkutatási program, valamint a hozzá kapcsolódó hasonló irányultságú és tematikájú államtudományi kutatások eredményeinek közlésére vállalkozik. A kutatási programot – amely hosszú távon vizsgálja az állam létezése, értékessége, megismerhetősége alapjául szolgáló társadalmi-szemantikai struktúrákat, a premodern és modern állam intézményesülésének és kormányzásának módjait, értelmezési formáit – az államelméleti megismerés dogmatizálódása, terméketlensége, az államtudományok értelmével, hasznával, tudományrendszertani státusával, a tudomány és a politika viszonyának értelmezésével kapcsolatos tisztázatlanságok, félreértések hívták életre. A kutatási program és a könyvsorozat alapvető célkitűzéseit ez a problémahelyzet indokolja. A sorozat céljai a magyar és az euroatlanti államdiskurzus szintjeinek, fajtáinak világos megkülönböztetésére, a tudományos államdiskurzus újjászervezésére, a „kormányzat nélküli kormányzás” paradox formulájával jellemzett neoliberális állam- és kormányzásfelfogások kritikájára, ezzel összefüggésben az Európai Unió sui generis politikai rendszerének, „lebegő” államiságának konszenzusképes értelmezésére irányuló elméletalkotási törekvésekben, az államtudomány nagy gondolkodóit, nagy elméleteit, nagy vitáit elemző kutatói teljesítményekben valósulnak meg. A sorozatban közölt monográfiák és tanulmánykötetek szigorúan a tudományos diskurzus területén belül maradván tisztán tudományos szempontból elemzik az államfejlődés és az államtudomány alapproblémáit, az államok önmegértésének történelmi változásait, a globalizálódás, a globalizáció kifejezéssel azonosított nagy átalakulási folyamatot, amely sokak véleménye szerint szükségszerűen vezet a szuverén hatalom, terület, népesség fogalmi triászával értelmezett nemzetállamok felbomlásához, s elkerülhetetlenné teszi a világtársadalom világállamának a kialakulását.

A nemzetállamok elhalásának, a világállam létrejöttének utópikus előrejelzései szemben az állam- és kormányzáselméleti alapkutatás, valamint a kapcsolódó

kutatások az államok létezésének és pluralitásának a tényéből, valamint a szociális jelenséggént felfogott állam társadalomelméleti téziséből indulnak ki. Az állam szociális jelenség, komplex társadalmi, politikai és jogi értelemképződmény, amely a szociális világban intézmények (államszervezet) és értelmezések (államdiskurzus) formáiban jelenik meg. Az állam alapvető funkciója, célja, teljesítménye az adott társadalomban a szociális integráció és rend feltételeinek a megteremtése és biztosítása, amiből az következik, hogy társadalom mint olyan önmagában, államtól függetlenül nem létezhet. Egyetlen társadalom sem képes a saját egységét – szociális integrációját és rendjét – önmagában, állam nélkül létrehozni és fenntartani: a szegmentáris differenciálódás evolúciós fokát elhagyó társadalmak létezése csak állami egységként, az állam integrációs és rendkonstitúciós teljesítményeként gondolható el. A társadalom állami egysége egyfelől funkcionális egység, amely a politikai integráció és a jogi rend megkülönböztetése és egysége, másfelől egzisztenciális egység, amely az államok saját, csak rájuk jellemző, s ebben az értelemben „individuális” történelmi fejlődésében jön létre. A társadalomhoz hasonlóan az állam sem létezik önmagában vagy általában, hanem mindig csak konkrét társadalom (kultúra) egységét létrehozó és biztosító történelmi individuummként, azaz országként. A szociális jelenséggént felfogott államok történelmi országállamok, modern formájukban nemzetállamok, amelyek a maguk történelmi egyszerűségében, fejlődéstörténeti-kulturális különállásukban léteznek, és mint ilyenek kapcsolódnak más államokhoz.

Az európai államfejlődés jelenlegi helyzetében a sorozat, az államjelenség társadalomelméleti-történelmi megközelítéséből kiindulva, hangsúlyosan törekszik azoknak az elméleti háttérösszefüggéseknek a tárgyyszerű megvilágítására, amelyek lehetővé teszik egyfelől az államok szövetsége (konföderáció) vagy szövetségi állam (föderáció), a nemzetállam vagy birodalom polemikus ellentétei mentén szerveződő politikai álláspontok filozófiai, teológiai, tudományos, ideológiai alapjainak mélyebb megértését, másfelől az európai államdiskurzus aktuálpolitikai érdekektől függetlenített elemzését.

A sorozat az állam- és kormányzáselméleti alap kutatás irányai szerint az általános államelméletek, a történelmi nemzetállamok és birodalmak „államtanai”, a kormányzáselméletek témakörben létrehozott kutatói teljesítményeket, az államtudomány nagy gondolkodóit, nagy elméleteit, nagy vitáit elemző monográfiákat, illetve tanulmányköteteket közöl.

Az *Államértelmezések* könyvsorozat vezéreszméje a reflexív államtudomány, amely közös interpretációs horizontot teremt az államjelenség jogtudományi, igazgatóstudományi, hadtudományi, rendészettudományi, politikatudományi, szociológiai, történelemtudományi, filozófiai, teológiai nézőpontú elemzései számára, s képes az államot vizsgáló valamennyi tudományt közös államdiskurzusban egyesíteni.

A kötet témája a jogpozitivizmus és a természetjog jogelméleti gondolkodást leegyszerűsítő ellentétének a meghaladása. Techet Péter amellet érvel, hogy Carl Schmitt jogelméletéből kiindulva az ellentét új értelmezési kontextusba helyezhető, amely lehetővé teszi a pozitivizmus alaptézisének a megőrzését és meghaladását: minden jog ember által alkotott és szabadon változtatható, de csak az állam *konkrét* történelmi-szociológiai létezésének normatív kifejeződéseként fogható fel. Carl Schmitt a jogot egyfelől akaratformaként, azaz decizionista módon, másfelől a történelmi államok egzisztenciaformájaként, azaz fogalmilag a konkrét rendgondolkodás (*konkrete Ordnungsdenken*) által megragadható normatív rendként írja le. E megközelítéshez kapcsolódik Ernst Forsthoff elmélete az ipari társadalmakban újfajta legitimációs kihívásokkal szembesülő teljesítményállamról (*Leistungsstaat*). A modern teljesítményállam értelmi célját és funkcióját Forsthoff a *Daseinsvorsorge* fogalmával értelmezi.

Cs. Kiss Lajos és Kis Norbert  
a sorozat szerkesztői





# TARTALOM

|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Államértelmezések</i>                                                             | 5   |
| <i>Bevezetés</i>                                                                     | 11  |
| I. fejezet: A pozitivista joglogika hiányosságai                                     | 15  |
| A jogi axiomatizmus zártsága                                                         | 15  |
| A jog saját logikája                                                                 | 17  |
| II. fejezet: Alkotmánykonceptiók és kritikáik                                        | 21  |
| Az alkotmány aspektusai                                                              | 22  |
| Az alkotmány(ozás) ontológiai elemzése                                               | 29  |
| Az akarat szerepe a jogérvényesülésben                                               | 63  |
| III. fejezet: Közigazgatás mint államlegitimáció                                     | 73  |
| Egy új államlegitimáció és jogszerep igénye                                          | 74  |
| Daseinsvorsorge: egy új fogalmiság okai                                              | 76  |
| Feladatcentrikus közigazgatástan                                                     | 78  |
| Daseinsvorsorge mint állami legitimáció                                              | 84  |
| Államlegitimáció az ipari társadalom korában                                         | 88  |
| IV. fejezet: Intézményi gondolkodás a német jogban                                   | 95  |
| Intézményi gondolat                                                                  | 96  |
| Az intézményi garancia tanának kidolgozása                                           | 99  |
| Intézményi gondolat a nemzetiszocialista jogtudományban                              | 114 |
| Az intézményi garancia tana a bonni köztársaságban                                   | 119 |
| Függelék: Kell olvasnunk Carl Schmittet,<br>hogyan a rendkívüli állapotot megértsük? | 131 |
| A „kivételes állapot” alanya                                                         | 132 |
| „Kivételes állapot” – „Sein” versus „Sollen”                                         | 134 |
| A „kivételes állapot” politikája                                                     | 136 |
| A „kivételes állapot” mögötti hatalmi érdekek                                        | 138 |
| A „kivételes állapot” megjátszása                                                    | 140 |
| „Kivételes állapot” mint retorika                                                    | 141 |
| <i>Zárszó</i>                                                                        | 143 |
| <i>Irodalomjegyzék</i>                                                               | 145 |
| Szakirodalom                                                                         | 145 |
| Jogszabályok                                                                         | 159 |



# BEVEZETÉS

„...megyek a nincsből a van felé”  
(Bereményi Géza)

Az alábbi könyv alapötlete – azaz a pozitivista jogtudomány objektivitásának vizsgálata, a „jogászi ideológia” dekonstrukciója, a jog és a valóság (társadalom) kapcsolatának vizsgálata – legelőször Varga Csaba jogelméleti óráin fogalmazódott meg bennem, ugyanis Varga Csaba éppen a problémaérzékenységet, a kritikai szemléletmódot hangsúlyozta óráin és könyveiben egyaránt. Számára a jog nem absztrakt eszme, nem is egyedül tételezettségében létező normahalmaz, hanem a társadalmiasulás folyamataként önállósodott, de célját és jelentését a többi társadalmi alrendszerrel interakcióban hordozó alrendszer.

Ugyan a pozitívizmus képes a már megszületett, már érvényes jogot és annak belső működését logikailag leírni – ennek tökélyre fejlesztett és önmaga szabta céljában (azaz a jog mint önálló, lezárt halmaz belső logikai koherenciájának és működésének leírásában) nem meghaladott és alig meghaladható elmélete a kelsenitizmus jogtan –, de a pozitívizmus eleve kizárja azon kérdéseket, amelyek a jog értelmére, külső céljára és külső kapcsolódásaira (létrejövételére, érvényesülésére, megszűnésére) kérdeznének rá.

E kérdések egyrésztől megválaszolhatóak egyfajta természetjogi álláspontból, ahol azonban a mérce és a cél továbbra is a *Sollenkijelentés* marad;<sup>1</sup> másrésztől a pozitívizmus meghaladására – vagy még pontosabban szólva: a pozitívizmus nyújtotta szűk, csak a jog már létező belső életére koncentrálnak a perspektívájánál szélesebb horizontra – leginkább azon megközelítések alkalmasak, amelyek a jog eszköztézményének társadalmi környezetét, hatását, jelentésadó és jelentésnyerő együttthatait, interakcióit kísérlik meg – egyben a *Sein* és a *Sollen* szigorú szétválasztásának szintetizálásával vagy feloldásával – kimutatni.

A jogszociológia megjelenésétől – amely még nem rendszerező igénnyel, pusztán egyfajta heurisztikus jelleggel fordult a jog társadalmi jelentése, érvényesülése, megvalósulása felé – a jogi realizmus vagy a politikai decizionizmus irodalmán át a dekonstrukcióig (*critical legal studies*, *postcolonial legal studies*, *feminista*

<sup>1</sup> Az alábbi monográfiában nem kívánunk az egyes természetjogi irányzatok elemzésébe részletesen belemenni, de már az első fejezetben Schmitt korai idealista normativizmusát ábrázolva cáfoljuk a kelsenit pozitívizmus örök vádját a természetjogi tanokkal szemben, miszerint azok a „naturalista hibába” esve a tényből normára következtetnének. Mindazonáltal a műben kidolgozatlanul használjuk a „természetjog” kifejezést – könyvtárgyi irodalma van ugyanis a különféle természetjog-felfogásoknak –, egyes esetekben elsősorban nem is a magyar irodalomban (sajnálatosan) majdnem egyedülálló módon képviselt Frivaldszky János-i értelemben (ahol a természetjog mint a jogfilozófia *per se* jelenik meg), hanem az absztrakt észjogi értelemben (főleg a kötet harmadik fejezetében).

jogelmélet stb.)<sup>2</sup> tart azon megközelítési módok, iskolák pannója, amelyek immáron elméleti jelleggel kívánják a jog belső logikáját kinyitni, a jogi objektivációk kritikáját, dekonstrukcióját elvégezni, éppen azért, hogy a jogi – vaihingeri értelemben vett – mintha-valóságok tényleges környezetét, okait, keletkezését meg tudjuk ismerni. Mindez nem destruktív cél, hanem a jog iránti problémaérzékenységünket növeli, ugyanis mindezen iskolák arra mutatnak rá, hogy a jog jelentését a társadalom, végső soron a társadalmat jelentő egyének akarata hordozza. Mindez a jogért való közös felelősségünket hangsúlyozza, mert a fogalmak önmagukban nem jelentenek semmit, azok társadalmi szinten való megvalósulása adja tényleges értelmüket és jelentésüket.

Ha kiélezve akarom megfogalmazni: a jog előtt ott a politika (amit Carl Schmitt mutatott ki nagyon pontosan), de – és ez talán még a schmitti felfogásnál is fontosabb és érdekesebb felismerés – a jogban (németül mondva: *am und im Recht*) is ott van a politika, amit pedig – amint például Matthias Jestaedt elemzi nagyon szépen<sup>3</sup> – éppen Hans Kelsen, valamint a kelsen elméletet lényegileg kiegészítő Adolf Julius Merkl mutatott ki a legpontosabban.

Azaz azon jogász szemlélet, amely a jogot például az alkotmányos alapjogokban vagy a nemzetközi jogilag lefektetett emberi jogokban abszolutizálja és egyetlennek, igaznak posztulált válaszát bizonyos – sokszor demokratikusan csak közvetve legitimált – intézményekhez helyezi (gondolva itt például az alkotmánybíróságokra), éppen nem pusztán Schmitt-tel – aki hozzám hasonlóan a jogra kívülről tekintett –, hanem a jog belső működését jól ismerő és mind a mai napig meghaladhatatlanul pontosan leíró Kelsennel is bemutatható.

Az alábbi nem összefoglaló monográfia, hanem a jog mögötti politikai akaratot több irányból közelítve mutatja be. Az I. fejezetben annak kérdése kapcsán, hogy a jogi döntéshozatal logikai szükségszerűségekből állna, elemzem, miként az akarat határozza meg, miként jutunk azon tételekhez, amelyekből már tényleg logikailag következik az, amit előtte eleve ekként akartunk.

A II. fejezetben az alkotmányozás folyamata kapcsán mutatom meg, hogy sem a normatív, sem a természetjogi elméletek nem képesek (esetleg nem is akarják) megragadni azt, ami az alkotmányozás – tehát a jogszületés – során ténylegesen történik. A normatív vagy természetjogi elméletek dekonstrukciója is azonban konzervatív kritikára szorul: noha az akarat áll a jogszületés hátterében, de nem akarható bármilyen tartós sikerrel – a társadalmi közeg tényleges korlátot jelent.

A III. fejezetben az állam tényleges feladata – az ipari társadalmak korában egyre szükségszerűbb közszolgáltatások (*Daseinsvorsorge*) – felől közelítve kísérem meg a jóléti államiséget mint államlegitimációs okot – egyfajta gyakorlati államlegitimációt – bemutatni, elemezni.

<sup>2</sup> E teóriákról – egy gyűjteményes könyv recenziójaként – összefoglalásként lásd TECHET 2009.

<sup>3</sup> JESTAEDT 2011: 330.

A IV. fejezetben pedig a weimari köztársaság alatt az akkori alkotmány hiányosságai okán megjelent intézményigaranca-tan alapján veszem végig, miként képes a jogtudomány a jog által meg nem válaszolt hézagokat kitölteni, a politikai kihívásokat megválaszolni – miközben ezek sikere is leginkább a megoldási javaslatok pozitíválása révén biztosított, amint a bonni köztársaságban történt is.

Miközben tény, hogy a kontinentális jog belső működését – ekként politikával való szükségszerű kapcsolatát – a mai napig a legprecízebb módon Hans Kelsen észlelte és írta, az ő elmélete – nem hiányossága, hanem eleve ekként megfogalmazott célja miatt – nem képes a jogra kívülről tekinteni, ekként a metapozitivist elméletek kapcsán – amelyek a jog mögötti akaratot (politikát) teszik láthatóvá – két német jogászzseni, Carl Schmitt és tanítványa, Ernst Forsthoff elméletei állnak az alábbi könyv fókuszában. Az ő elméleteik jelennek meg a könyvben – de nem hagyományos kronológiai vagy fogalmi elemzésben, hanem különböző konkrét problémák kapcsán (a jogi logika kérdése, alkotmányszületés, gyakorlati államlegitimáció, alkotmányvédelem).

Az alábbi könyv a 2019-ben a Pázmány Péter Katolikus Egyetemen *summa cum laude* minősítéssel megvédett doktori dolgozatom rövidített és részben átdolgozott változata. Köszönettel elsősorban témavezetőmnek, Varga Csabának, valamint a dolgozat értő opponenseinek, Karácsony Andrásnak és Takács Péternek, illetve további recenzenseinek, Cs. Kiss Lajosnak, Szigeti Péternek és Varga Zs. Andrásnak tartozom. A külföldi kutatómunkát a német és a bajor állam ösztöndíjprogramjai tették lehetővé.

New York, 2020 januárja



## I. FEJEZET

# A POZITIVISTA JOGLOGIKA HIÁNYOSSÁGAI

A tételezett jogot és annak rendszerezett tudományát, a jogpozitivizmust a logikai következetesség igénye hívta életre: eszerint a jogszabályok egymáshoz való viszonya és azok értelmezése logikailag meghatározott lenne. Mindazonáltal a jogszabályok – és különösképpen értelmezésük – értelme a társadalmi valóságra, a társadalmi változásokra való reagálás. Mivel a társadalom – ellentétben a tételezett jogrendszerrel és az érvelés- és értelmezéstan zárt szabályaival – nem logikai rendszer, nem logikusan adódnak a kihívások, így a válaszok a logikai értelmén túl beleérzést és egyéb megértési módszereket is igényelnek. Miközben vitathatlan, hogy a jogbiztonság igénye zárt értelmezési keretben biztosítható, az is egyértelmű, hogy a társadalmi valóság érzékelése ennél összetettebb, nyíltabb, akár rendszertelenebb megértési módokat tesz szükségessé.

## A JOGI AXIOMATIZMUS ZÁRTSÁGA

A logika a maga egyértelműségében mindenkor mércéül és eszközüül szolgált a különböző tudományok számára. Nemcsak a matematika világában, de a reál-tudományokon kívül is cél lett az adott tudomány tárgyának logikai rendszerezése. Ezt nevezhetjük axiomatizálásnak. A cél olyan logikailag zárt jogi gondolkodás, rendszer megalkotása volt, ahol szükségszerű következtetések láncolata eredményezné az eredményt. Az ember szerepe pedig pusztán a felismerésre, és nem a teremtésre szorítkoznék.<sup>4</sup>

Mit is jelent ez? Az axiomatikus rendszerben axiómák és teoreémák vannak. Az axiómák „definíálatlan definíciók”, amelyek az egész rendszer hallgatólagos jelentését adják. Ezen axiómákból teoreémákat vezetünk le: az adott szükségszerűségek felismerésével. A teoreémák nem rendelkeznek önálló létokkal, létük az axiómá(k)ból nyert. Ezt a kibontási folyamatot nevezi a jog területén Ulrich Klug „láncbizonyításnak”, amelyben a rendszer fogalmainak meghatározása a „definíálatlan definíciók” révén történik („láncdefiníálás”).<sup>5</sup> Ez körkörös bizonyítást eredményez, ahol voltaképp semmi sem igaz vagy hamis, mert nem a valóságnak, hanem az emberi fantáziának, a fogalmi

<sup>4</sup> A jogtudomány logikai felfogásáról lásd VARGA 2004: 348 skk.

<sup>5</sup> KLUG 1982: 15–16.



rendszerteremtő intellektusnak a teremtményei. Például a jogállamiság kifejezését olyan fogalmakkal szoktuk definiálni, amely kifejezések logikailag voltaképp a jogállamiság axiómájának teoreimái. Felállítunk axiómákat, levezetünk belőlük teoreimákat, s aztán ezen teoreimák segítségével definiálni véljük axiómáinkat is. A vaihingeri *Ideenverschiebung*<sup>6</sup> logikai leírása mindez. Mondhatom tehát, hogy az én rendszeremben a jogállamiság „szükségszerű következménye”, hogy minden körte alma, s utána kijelenthetem, hogy ahol nem minden körte alma, az nem is jogállam. A logika mindezt önmagában hordozza, hiszen – amint Carl Gustav Jung írja – „[a] logikának sehol sem kell elhajlania, minthogy az egyoldalúság már a premisszában benne van”.<sup>7</sup>

Azonban tán a túlzó példa is rámutat arra, hogy a logizálás nem a jogban, nem a társadalomtudományokban, hanem a matematikában lehet csak követendő példa.<sup>8</sup> A természet szükségszerű adottságait a természettudományok tárják fel. Okokat és okozatokat keresnek. A jog világában viszont nincs semmi olyan, amiből bármi is szükségszerűen (kauzálisan) következne. A jogban célok és eszközök vannak; a célok az emberi tudat és akarat jelenségei, az eszközök pedig az ezekhez kapcsolódó aktív akaratéi. A jog tehát nem természettudomány, hanem – Rudolf Stammler kifejezésével élve – céltudomány.<sup>9</sup>

A valóságot vagy megfigyeljük, vagy akarjuk. A megfigyelő tudományok szükségszerűségekkel foglalkoznak. A jogban azonban semmi sem szükségszerű. Nem állíthatom azt, hogy egy törvény és annak (állítólagos) alkotmányossága/alkotmányellenessége úgy viszonyulna egymáshoz, mint a felforralt víz és a gőz. A pozitív jogban ugyanis nincsenek belső törvényszerűségek; a jogban vélemények vannak, érvek s ellenérvek.<sup>10</sup> Éppen ezért nemcsak a jog érvényre juttatásakor, de születésekor is az akarat játssza a főszerepet. Míg a természettudományok következményei (felforralt víz) szükségszerűek, tőlünk függetlenek, addig a jog Sollenvilágában a következmények akartak.

Leegyszerűsítő lenne persze, ha azt állítanánk, hogy a reáltudományok a szükségszerűségek világával, míg a humán tudományok a szabadságéval foglalkoznak, hiszen a matematikai axiómák felállítása „teljesen” önkényesen, szabadon történhet, és így szabadon teremthetünk magunknak olyan rendszert, amely aztán a belső törvények okán „szükségszerűen” működik. Ezzel szemben a humán tudományok a szükségszerűségeket (egy konkrét történelmi esemény okát, indítékát stb.) keresik, de a fogalmi világuk nem belső szükségszerűségek, hanem a szabad fantázia „eredménye”. A matematika a maga (belülről) biztos rendszerével biztos tudást ígér – ez az,

<sup>6</sup> VAIHINGER 1920: 220.

<sup>7</sup> JUNG 2006: 120.

<sup>8</sup> A két „világkép” eltérőségéről lásd SZABÓ 2001: 17–18.

<sup>9</sup> STAMMLER 1911: 55–58.

<sup>10</sup> STAMMLER 1911: 69.

amit a szellemtudományok művelői elirigyelnének tőle. A történelemnél ezzel szemben „[a] nyerhető összefüggések rejtélyek összefüggései. Csak az »elképzelés« ismeri ki magát.”<sup>11</sup> Egy történész elvileg feltételezheti, hogy egy csata szükségszerű (mert faktuális) tényéből a fantázia, a szabad szellem révén megtalálhatja mondjuk e csata valós okát, amely ok már ismét szükségszerű lesz. A történész anyaga tehát a Sein világából származik, a jogászé viszont a Sollenéből (noha – amint látni fogjuk – a jogi Sollen nem választható el a Seintől). Ennyiben még lehetne is a matematikai logika a jog eszköze – csak hogy a matematika nem lép ki saját fiktív világából, a jog viszont (hatását és céljait tekintve) igen, ezért nem steril, hanem reflektív eszközt kell magának találnia.

## A JOG SAJÁT LOGIKÁJA

Ulrich Klug szerint csak akkor beszélhetünk jogtudományról, ha van a joghoz logikailag strukturált szimbolikus narrációnk. Ennek megfelelően például a „jogállam” fogalma ugyan szimbolikus narráció (hiszen nem valóság), de egy rendszernarratíva részeként logikailag már valóságos jelentést nyer.<sup>12</sup> Ezt a rendszernarratívát a logisták a jog mint olyan logikai leírásának tartanák. Azaz a „jogállam” szimbolikus, tömörített kifejezéséből valóban „szükségszerűen” származhatnának következmények. A jogi realisták számára e szimbólumvilág viszont fikciók és mítoszok „racionalizálási kísérletének” tűnik.

Klug szerint minden tudománynak saját szaklogikával kell bírnia, amelyben a formállogika adja a logikai rendszerezést, és a tudomány-specifikus (tehát például a jognál jogias) axiómák karakterizálják a rendszert. Magyarán: jogi fogalmakkal játszunk, de a játékszabályt a logikai axiómák adják.<sup>13</sup> Az ilyen kalkulizált jogi rendszer minimálesete, ha az egész rendszer összesen egy darab nem logikai axiómát tartalmaz premisszaként.<sup>14</sup> Klug azt állítja, hogy voltaképp a jog jelenleg is az általa leírtak alapján működik (kvázi axiomatikusan), hiszen a jogász munkája is következtetésekből áll, márpedig ez csak logikai-axiomatikus rendszerben lehet igazán tökéletes. A jelenlegi kvázi axiomatizmust kell csak csiszolgatni, és az átlépés az axiomatizmusba már „elméletileg nem is olyan nagy”, hiszen a jog ideája és gyakorlata már ma is erre felé tendál.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> EMGE 1967: 2.

<sup>12</sup> Leibniz célja a tudományosság ilyen jellegű szimbolikus nyelvezetének a megteremtése volt (*characteristica universalis*), amelyben fogalmi kalkulációk révén gondolkodnánk (*ars combinatoria*).

<sup>13</sup> KLUG 1982: 16.

<sup>14</sup> KLUG 1982: 195.

<sup>15</sup> KLUG 1982: 196.

Nos, éppen ezt az érvet támadja meg Chaïm Perelman, amikor kimutatja, hogy (1) a jogi gondolkodás nem következtetések láncolata,<sup>16</sup> illetve hogy (2) a logika nemcsak az arisztotelészi *Organon*ban leírt analitikus módszert jelenti, hanem a dialektikus módszert is. A jog Perelman szerint – eddig a logisták is igazat adnának neki – bizonyításokból áll. Állítok valamit, s azt bizonyítani akarom. A bizonyítás azonban nemcsak az eredménnyel és annak formalizálásával azonosítható, hanem az egész komplex pszichológiai, szociális és kulturális kutatás. Ezen kutatás a dialektikus bizonyítás, amely a meggyőzést, a kritikát, a reflexiót és az érvelést foglalja magában. Ez a bizonyítás Arisztotelésznél ugyanúgy logikának számított, mint az *Organon*ban leírt analitikus módszer, amely révén premisszákból jutunk szükségszerű eredményekre, és e premisszák tartalma irreleváns. Ezen tartalmi irrelevancia miatt lenne alkalmatlan az analitikus módszer a jog saját belső működtetésére – hiszen a jogban a cél, amelyet el kívánunk érni, igencsak fontos, és nem csak az elérés technicizálása. Ahogy Perelman írja: „A szillogizmusban a premisszáktól a következtetésbe való átmenet szükségszerű. Az érvek átmenete egy döntésbe már egyáltalán nem ilyen szükségszerű: ha ez lenne a helyzet, az ember nem valódi döntés előtt állna.”<sup>17</sup>

A jogban pedig – amint azt Carl Schmitt-től is tudhatjuk – dönteni kell, és ezen döntéseknél nem bújhatunk „szükségszerű fogalmak mögé”, mert – amint Varga Csaba helyesen megállapítja – „a jognak [...] nincsen semmi egyebe: nincsen hát semmiféle mechanicitással vagy önmagából adódó alternatívátlansággal érvényesülő kényszerítő ereje sem”.<sup>18</sup> A jog tehát nem önműködő eszköz, hanem hosszadalmas és fáradságos gondolkodás eredménye. Ezt az utat egyetlen kultúra sem spórolhatja meg magának, átvéve más kultúrák „kiizzadt” válaszait: az importált válaszok ugyanis egészen más jelentéssel, értelemmel bírhatnak, mint megszületésük eredeti környezetében. Mivel koronként és helyenként a problémák is eltérőek, a válaszok sem ültethetők át. A jog folyamatos reflexió. Nem formállogikai rendszer, hanem válasz, érv, meggyőzés. Ezen dialektikus módszer – amely azonban szintén logikai módszernek tekinthető<sup>19</sup> – lehet a jogi gondolkodás sajátja.

Mégis igen elterjedt az a vélemény, hogy a logikát csak a formállogikával azonosítsuk, és így a joglogikát a formállogika alapján, annak egyik „alfajaként” építsük fel. Azonban a matematika és a formállogika semlegessége nem illik a jog funkciójához. Végtevére is a joggal nem logikai világot kell működtetnünk, hogy aztán ott játszodozhassunk fogalmainkkal, hanem a társadalmi valóságot akarjuk valamiféle „jó” irányába szervezni. A jog tehát gyakorlati tudomány. Így az, ami a matematikai-formállogikai módszer előnye (lenne), azaz hogy tárgyát mindenféle azonosulás,

<sup>16</sup> PERELMAN 1979: 13.

<sup>17</sup> PERELMAN 1979: 11.

<sup>18</sup> VARGA 2006: 24.

<sup>19</sup> PERELMAN 1962: 221.

értékelköteleződés nélkül tudja szervezni (hiszen a matematikai világképben egy érv releváns vagy irreleváns lehet ugyan, de helyes vagy helytelen nem),<sup>20</sup> a jogban haszontalan. A joglogika ennek megfelelően nem az analitikus módszer jogra történő alkalmazása, hanem olyan metódus, amely nemcsak anyagát, de hivatását, célra rendeltetését, funkcionalitását is a jog sajátosságából nyeri. Rendezhetjük a jogot sokféleképpen, a formállogika alapján is (de akár a törvénykönyvek színe alapján is), ám ettől még módszerünk egyáltalán nem lesz jogi – pusztán jogra vonatkoztatott. Ergo a jog saját logikáját nem külső módszerben kell megtalálni.

De hát akkor hol? Nézzük, hogy mit tudunk! Tudjuk, hogy a jogban döntést kell hozni. Hogy ezt a döntést igazolni kell, alá kell támasztani. És hogy ez az igazolás az érvelésben történik. Ez az érvelés (argumentáció) a jog önlogikája. Giovanni Tarello egyik cikke nyomán 13 érvelési típust különböztethetünk meg a jogászai gondolkodásban<sup>21</sup> – úgymint: (1) *argumentatio a contrario*; (2) *argumentatio a simili* (vagy analógia); (3) *argumentatio a fortiori* (*a minori ad maius*, illetve *a maiori ad minus*); (4) *argumentatio a complitudine*; (5) *argumentatio a coherentia* (nem logikai, hanem ideológiai érv, hiszen azon a jogi önideológián nyugszik, hogy a jog koherens rendszer); (6) pszichológiai érvelés (a konkrét törvényhozó akaratára irányul); (7) történeti érvelés; (8) apagógiai érvelés (vagy *reductio ad absurdum*); (9) teleológiai érvelés (a törvényhozó feltételezett céljára utal); (10) gazdasági érvelés; (11) *argumentatio ab exemplo* (vagy autoritativ érv, ugyanis tekintéllyel bíró példából indul ki); (12) szisztematikus érvelés; (13) naturalista érvelés (azaz a „dolog természetére” hivatkozik). Tarello szerint „ezen érvek közül semelyik sem logikai”<sup>22</sup> – legalábbis a formállogika értelmében véve.<sup>23</sup>

Ezen érvelések mögött mindig értékítéletek vannak. Nem az értékítéletek változatossága a lényeg, hanem az, hogy ezek választásában – márpedig bármely választás egy másiknak az ellentéte – már semmiféle immanens logika nem játszik szerepet.<sup>24</sup> Hiszen a szillogizmus tartalmi irrelevanciája helyett a jogi argumentáció lényege nem az a végső pont, ahol – ha tetszik – a szillogizmus segítségével megkapjuk az eredményt, hanem a fő- és altétel igazolása, tartalmának megállapítása. A jogi döntés szillogizmusa csak az utolsó állomása a döntési folyamatnak, és éppen a legkevésbé lényegi: a jogi döntés ugyanis nem erre, hanem éppen a fölső és az alsó tételek megállapítására koncentrál, és e feladat nem logikai, hanem empatikus és retorikai készségeket igényel.<sup>25</sup> Erre pedig alkalmatlan a tiszta logika. Ide ugyanis olyan módszer kell, amely érezni és akarni tud, s nem csak következtetni. A német

<sup>20</sup> PERELMAN 1962: 220.

<sup>21</sup> TARELLO 1972: 104–108.

<sup>22</sup> TARELLO 1972: 108.

<sup>23</sup> A jogi értelmezés elemzéséről lásd többek között: POKOL 2001: 232–258.

<sup>24</sup> VARGA 2004: 467 skk.

<sup>25</sup> VARGA 2000: 37–38.

jogi terminológia *Rechtsgefühl*nek nevezi ezt a beleérzési képességet – azaz „annak a művészetének, hogy helyes előismereteink legyenek”.<sup>26</sup>

Kétféle tudomány van: gyakorlati (*phronésisz*, *prudentia*) és elméleti (*episztéma*, *scientia*). Az újkorban azonban csak a *scientia* lett a tudományosság szinonimája, és így a *prudentia* eltudományosítása, „scientiának való alávetése” lett a cél.<sup>27</sup> És ennek megfelelően a *jurisprudencia* is (amely nem *jurisscientia*) – amint Kriele írja – „olyan elvárásoknak vetette alá magát, amelyeknek a dolog természeténél fogva nem tudhatott megfelelni”.<sup>28</sup> A juriszprudencia sem mellőzheti persze a tudományosságot, de ahelyett, hogy absztrakt tételek logikai játékvá válna, inkább arra a gyakorlati kérdésre kell gyakorlati választ adnia, hogy „mit ajánlatos tenni?”. A jog feladata, hogy konkrét esetben kell alkalmazhatónak, mégpedig célravezetően alkalmazhatónak lennie. A célok ugyanakkor esetről esetre változnak. Mert nincs olyan objektív valóság, amelyet jogként azonosíthatnánk, amelyből valamilyen fejlett módszer birtokában lefejtethjük a jog mint olyan úgynevezett választ. Morvai Krisztina egy korai cikkében jogtudóstól szokatlan őszinteséggel ismeri el, hogy „gyermeki rácsodálkozással szembesülök azzal, ami már eddig is »egy kicsit gyanús« volt: elképzelhető, hogy »A JOG«, mint olyan, mint objektív, az emberi gondolkodásmódtól, szubjektív értékrendtől független, megtanulható, elsajátítható, és a (jogi) felelősség kérdéseire öntörvényűen, egyetlen »jó« módon válaszolni képes zárt szabályrendszer talán nem is létezik. Érvek és ellenérvek léteznek, egy-egy lehetséges védhető álláspont, amelyet képviselője azzal kísérel meg elfogadtatni, hogy »ez A JOG«.”<sup>29</sup>

Az érvelés során nem biztos tudásra jutunk, hanem konszenzusra. Ahogy Kaufmann írja: „[A] jog [...] nem szubsztancia, hanem reláció; az emberek egymás közötti és a dolgokhoz való kapcsolatai azok, amelyek a jog tárgyát meghatározzák.”<sup>30</sup> És ezért segítheti elő az argumentációtan a valódi juriszprudencia feléledését.

<sup>26</sup> KAUFMANN 1997: 64.

<sup>27</sup> KRIELE 1979: 17.

<sup>28</sup> KRIELE 1979: 18.

<sup>29</sup> MORVAI 1992: 62.

<sup>30</sup> KAUFMANN 1997: 66.

## II. FEJEZET

# ALKOTMÁNYKONCEPCIÓK ÉS KRITIKÁIK

Az alkotmány a jogpozitivizmus értelmében tételes jogi dokumentum, mégis alkotása, az alkotmányozás jelensége több pusztán kodifikációs problémánál, és a jog határvidékeire, keletkezésére, így létének értelmére irányítja figyelmünket. Ezért van a jogelméletnek mondanivalója ezen a területen (is). Normáink által normatív keretbe foglalt társadalmiságunkban hajlamosak vagyunk elfeledni, hogy a jog konstruált valóság, amelynek saját, önnön fennmaradását és működését biztosító szabályai csak a belső szemlélődő számára tűnhetnek valós céloknak, ám valójában azon végső értelem eszközei, amely a jog létét indokoltta teszi. Jogrendszerünk végső, a jogtudomány által még tudományosan érzékelhető forrása az alkotmány, de ennek alkotása a pozitivisták jogtudomány hagyományos fogalmaival nem leírható folyamat, s ezért – amint Louis Favoreu írja – „az »alkotmány« tanulmányozásakor [...] a jogelmélet felé kell fordulni”.<sup>31</sup>

Az alkotmány kapcsán – ez lévén egy jogrendszer utolsó eleme – gondolkodhatunk magáról a jogszületésről is, amelyben – állításom szerint – az emberi szándék, a Seint és a Sollent összekötni képes *Wollen* (akarat) a meghatározó. Megnézem e fejezetben azt is, mit mond az alkotmányszületésről a normativizmus és az idealizmus, hogy aztán a jogi dekonstrukció és a realizmus irodalma segítségével, felvázoljam a jog születésének faktuális folyamatát. Az itt levonható következtetések viszont nem számolnak az időbeliség dialektikájával, így konzervatív irányból korrekcióra szorulnak.

A II. fejezetben azon kérdés van tehát a középpontban, miként jön létre az alkotmány – azaz a schmitti értelemben vett politikai állapot – az alkotmányjogi normákon túl és azok felett. Az elemzés alapjául a *Verfassung* (azaz egy politikai döntés) és *Verfassungsgesetz* (azaz egy jogi szabályozás) közötti, Carl Schmitt által felállított megkülönböztetés szolgál. Az alkotmányi törvényt az alkotmányról szóló politikai döntés megelőzi, ennyiben a folyamat, hogy miként jön létre az alkotmányi törvény, nem a fennálló alkotmánytörvény normáiból érthető meg. E fejezetben ennek értelmében az alkotmány (mint Sein) és az alkotmányi törvény (mint Sollen) létrejövetelének folyamatát a német jogtudomány decizionista elméletei alapján elemzem, különösképpen amiként ezek Carl Schmitt munkásságában megjelentek.

<sup>31</sup> FAVOREU et al. 2007: 51.

Először az alkotmány különböző aspektusait dolgoztam ki: realista alkotmány-ontológia csak egzisztenciális alkotmányfogalom esetén lehetséges, amely – ellentétben az axiológiai (értékcentrikus) vagy normativista (normacentrikus) alkotmányfogalmakkal – az alkotmányt politikai, reálisan létező állapotként definiálja. Miközben az axiológiai alkotmányfogalom csak azon tartalmakat fogadja el, amelyek a metajurisztikus Sollennek megfelelnek, a normativista alkotmányfogalom megmarad a létező jogrendszeren belül. Egy új alkotmány azonban nem holmi metajurisztikus Sollen metajurisztikus tartalma és nem is egy fennálló jogrendszer pozitív jogszabályai okán jön létre – hanem, amint egy realista ontológiában kidolgozható, politikai döntések alapján, amelyek nem Sollen-, hanem Seinjelenségek. Ha a politikai döntés érvényre juttatja magát, létrejön az alkotmány (Verfassung), amely aztán önmagának alkotmányi törvényt (Verfassungsgesetz) ad. Az új alkotmány ekként sem a korábbi, sem az új alkotmányi törvény által nem meghatározott. A korábbi alkotmányi törvény elveszíti érvényességét, miközben az új alkotmányi törvény csak az új politikai állapotról szóló politikai döntés alapján igényelheti az érvényességet.

Itt tehát az emberi akaratot elemzem egy új alkotmány – annak léte és érvényessége – okaként. Egy ilyen decizionista perspektíva, amely a schmitti alkotmányelméletből kiolvasható, figyelmen kívül hagyja viszont a környezetet, mintha az új alkotmány „steril”, tetszőlegesen és önkényesen kitölthető „térben” jönne létre. Egy új alkotmány azonban illeszkedik a környezetbe, amely az alkotmány sikerét és érvényességét meghatározza: a politikai akarat sem akarhat mindent. Ebben az értelemben a decizionista alkotmányontológia – amely maga is metapozitív – a szintén metapozitivistá alapon érvelő konzervatív kritikával relativizálható.

## AZ ALKOTMÁNY ASPEKTUSAI

Ha az alkotmány fogalmát funkcionálisan nézzük, használhatjuk tértől és időtől elszakítva, hiszen minden ó- és középkori államszerű formációnál találhatunk olyan jogi-politikai instanciát, amely a mai alkotmánnyal megfeleltethető.<sup>32</sup> Mégis igaz lehet, hogy „[a] modern alkotmányjog gyökerei az észak-amerikai és a francia forradalom alkotmányterveinél vannak”.<sup>33</sup> Az alkotmányok célja innentől a hatalom funkcionális megosztása és polgárok általi kontrollja, amely így valamennyi modern alkotmány immanens lényegévé vált.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Noha nem szerencsés korábbi korszakokat mai fogalmakkal leírni, ezért javasolta Otto Brunner a *quellennähe Begrifflichkeit*ot; minderről lásd WILLOWEIT 2005: 5–8.

<sup>33</sup> FROTSCHER–PIEROTH 2007: 5.

<sup>34</sup> DAU-LIN 1932: 43.



A jogtudományi művek többsége formális és materiális alkotmány között tesz különbséget: míg a formális alkotmány meghatározott eljárási szabályok között elfogadott és alkotmányként nevesített jogszabály, addig a materiális alkotmány az adott állam alapvető kérdéseit rendező, organikus szabályok összessége.<sup>35</sup> Ebben a szellemben differenciál Horváth Barna is anyagi és alaki értelemben vett alkotmány között.<sup>36</sup> Az alkotmány ilyen jellegű megkülönböztetése azonban továbbra is normatív fogalomként kezeli az alkotmányt. Itt a „kellés” a tartalomra és a formára egyaránt vonatkozhat, ekként – ugyan mára a kettő összemosódott – az alkotmány axiológiai és normatív aspektusai ismertek; a létalkotmány ezektől eltérő jelenség, hiszen nem a mindenkori politikai egység kellő, hanem tényleges állapotát mutatja.

## Axiológiai alkotmányfogalom

Akik az alkotmány axiológiai fogalmát fogadják el, implicite a jogi fogalmát is magukénak vallják – számukra az alkotmány speciális törvény, amely meghatározza az állami szervezetet és a polgárok helyzetét –, de modern értelemben vett alkotmányként csak azokat ismerik el, amelyek a demokratikus jogállamiság kritériumainak megfelelnek.<sup>37</sup> Az 1789-es *Déclaration* 16. cikke egyértelműen megfogalmazza, hogy „az a társadalom, amelyben a szabadság garanciája és a hatalommegosztás nincs biztosítva, nem rendelkezik alkotmánnyal”.<sup>38</sup> Josef Isensee ezt a meghatározást polemikus-politikai alkotmányfogalomnak tartja,<sup>39</sup> hiszen az alkotmány jelentését egy politikai elv érvényesüléséhez köti. Amennyiben az alkotmány nem leíró tényjelenség, hanem politikai filozófiák megoldásainak tárháza, úgy az egyik alkotmányideológia szükségszerűen tagadni kényszerül a másik alkotmányosságát,<sup>40</sup> és így annak kérdése, hogy mi az alkotmány, a politikai harcokban dől el.

## A normatív alkotmányfogalom elemei

### A formai elkülönültség

A normatív fogalom előfeltétele, hogy az alkotmány az állami létől elkülönülten jelenjék meg. Kezdetben az alkotmány egy állam állapotát, tényhelyzetét

<sup>35</sup> Lásd többek között JAKAB 2007: 120 skk.

<sup>36</sup> HORVÁTH 2004: 68.

<sup>37</sup> HERMENS 1964: 165–168.

<sup>38</sup> *Déclaration des droits de l’homme...* 1995: 33.

<sup>39</sup> ISENSEE 1987: 638.

<sup>40</sup> SCHMITT 2003: 36.



jelentette – ezt nevezi Ellen Bos „empirikus alkotmánynak”. Szerinte minőségi váltásként értékelhető az empirikus alkotmányból a „normatív alkotmányba” való átlépés, amely folyamat a 18. századtól, a polgári szabadságjogok biztosításával, az államhatalom korlátozásával, így az alkotmánynak az államjog által szabályozott állami állapotra való szűkítésével indult meg.<sup>41</sup> A normatív alkotmány által az emberek azon vágya fejeződött ki, hogy az uralkodók uralmát immár külső minta korlátozza.<sup>42</sup> Bos szerint is a normatív alkotmány elsődleges funkciója – és az empirikus alkotmánytól különböző *specifica differentia*ja – a fennálló hatalom szekuláris kontrollja.<sup>43</sup> Az empirikus alkotmány a tényleges hatalmi helyzetet írta le, a normatív alkotmány viszont reflektív alkotmány – „az értelem és az akarat alkotása”<sup>44</sup> –, ekként reflektál a ténylegességre: alakítani, formálni próbálja, s ezért nem is érintkezik teljesen vele.<sup>45</sup>

### Tartalmi normativitás

Az alkotmány normatív fogalmára nemcsak az elkülönültség, de a normativitás is jellemző: míg az arisztotelészi alkotmányfogalom élő valóság volt, addig „[n]ormaként az alkotmány nem a valódi, hanem a kellő állapotát mutatja az államnak”.<sup>46</sup> A normatív alkotmányfogalommal jelenik meg a formális alkotmányfogalom, hiszen innentől kezdve „alkotmányjogilag az alkotmány olyan norma, amely speciális tartalma és létrejövedele révén különbözik a többi törvénytől”.<sup>47</sup>

A normativitás viszont nemcsak a speciális jogszabályi minőségre, hanem a tartalomra is vonatkozik. Ernst-Wolfgang Böckenförde ennek nyomán összegyűjtötte az európai alkotmányok tartalmi elemeit. Az első a szabadság, amely az alkotmányok célja volt már a *Magna Charta* óta.<sup>48</sup> A második elem a hatalom korlátozása:<sup>49</sup> a 19. század során az alkotmányok a királyi hatalom korlátozását, majd a későbbi parlamentarizmus révén korlátját valósították meg; a korai liberális államokban is

<sup>41</sup> Bos 2004: 17.

<sup>42</sup> LOEWENSTEIN 1975: 128. Az, hogy ez a külső minta alkotott jogi minta, a szekularizáció eredménye, előtte ui. a monarcha uralmának internus korlátja a *Gottesgnadentum* gondolatából fakadt; ennek tagadása után formális, írott, kikényszeríthető, külsődleges korlátra lett szükség. A modern írott alkotmány megjelenésének folyamata így a szekularizáció folyamatába illeszkedik.

<sup>43</sup> Bos 2004: 18.

<sup>44</sup> CONSTANTINESCO – PIERRÉ-CAPS 2006: 209.

<sup>45</sup> GRIMM 1991: 15.

<sup>46</sup> ISENSEE 1987: 642.

<sup>47</sup> ISENSEE 1987: 644.

<sup>48</sup> BÖCKENFÖRDE 1983: 7.

<sup>49</sup> BÖCKENFÖRDE 1983: 9.

csak erre helyeződött a hangsúly.<sup>50</sup> A későbbiekben harmadik tartalmi elemként megjelent a népszuverenitás,<sup>51</sup> a hatalomgyakorlás demokratikus legitimációjának kötelezettsége, noha már az 1789-es *Déclaration* 3. cikke is kijelentette, hogy „le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation”.<sup>52</sup> És végső elemként az alkotmány értékek chartáját is jelenti.<sup>53</sup> Az alkotmány eme utolsó tartalmi koncepciója rejtje magában az alapjogok gondolatát. E felfogás egyben totalizálja az alkotmányt: az alkotmánytörvény e gondolkodásban már nem pusztán bármikor megváltoztatható jogi dokumentum, hanem kvázi örök érvényű elvek normatív tárháza. Ez – Böckenförde szerint – abszolutista gondolkodáshoz vezet.<sup>54</sup>

Carl Schmitt is rámutat arra, hogy a modern alkotmányjog csak az ilyen tartalmú alkotmányokat hajlandó alkotmányként elfogadni.<sup>55</sup> Az alkotmány így egyrésztől immár nem jogfilozófiai, hanem politikai filozófiai fogalom lett, másrésztől nem leíró, hanem előíró kategóriává vált. Ennek oka, hogy a jogállam jelentése is megváltozott, és immár nem a jog szerint működő államra irányul (ami a klasszikus pozitivista jog- és államképet meghatározta), hanem magára a jog tartalmára. Ám míg a formai kritériumok egyértelműek, a tartalmiak nem. Ezzel megmerevítjük és objektívként ábrázoljuk az egyébként szubjektív, ezért legitim módon kritizálható jogalkotói akaratot.

<sup>50</sup> A liberális állam ezért nem szükségszerűen demokratikus, hiszen nem az foglalkoztatja, hogy kik, hanem hogy miként kormányoznak. A korlátozott állam feladata negatív: a liberális szabadságjogok és a magánszféra szabadságának biztosítása. John Stuart Mill is elismeri, hogy akár a despotizmus is csak akkor rossz, ha nem ad teret az individuumnak (így *a contrario* a despotizmus is elfogadható lehet a liberális számára, ha a „jó diktátor” biztosítja a liberális szabadságokat); bár az is igaz, hogy az egyéniséget megsemmisítő rendszerek mindig despotikusak. Vö. MILL 1988: 88. (Ez utóbbi felismerés okán váltak demokratákká a liberálisok.)

<sup>51</sup> A népszuverenitás tana Sieyès abbéra nyúlik vissza, aki az alkotmány forrását, azaz a konstituáló hatalom (*pouvoir constituant*) birtokosát a népben látta. A mai demokratikus jogállamiság lényege is abban áll, hogy a nép az alkotmányozás alanya, miközben e nép a létrejött alkotmány keretei között maga is alávetett az alkotmánynak, s csak kivételes esetekben (népszavazás) élhet ismét közvetlen hatalmával. A nép azonban nem egységes, homogén közösség, amely egységesen cselekedne, s amelynek egységes akarata lenne, így – amennyiben az alkotmányozás (alkotmány-létrejövétel) reális folyamatát nézzük – látni kell, hogy az alkotmányt nem a nép döntése hozza létre – hiszen konkrét döntés meghozatalára a népnél kisebb, szervezettebb, homogénebb csoportok képesek csak –, ám az új alkotmány (politikai egzisztencia) és annak normatív kerete (alkotmányi törvény) létének oka már a nép elfogadása. A nép jogforrási jellege ekként nem tevőlegességében, hanem elfogadásában nyilvánul meg. Ezért állítjuk a könyvünkben is majdan, hogy ugyan az alkotmányozás folyamata nincs kötve semmiféle felette álló jogi, etikai stb. normához, ám sikere – azaz érvényesülése – érdekében nem mellőzheti az elfogadást, s ez – azaz a majdani legitimáció szüksége – az alkotmányozó hatalom immanens korlátjaként jelentkezik.

<sup>52</sup> *Déclaration des droits de l’homme...* 1995: 33–34. A francia közjogban a nép (*peuple*) és a nemzet (*nation*) szinonim fogalom; vö. ISENSEE 1995: 27.

<sup>53</sup> BÖCKENFÖRDE 1983: 17.

<sup>54</sup> BÖCKENFÖRDE 1983: 17.

<sup>55</sup> SCHMITT 2003: 37.

Az ebben rejlő veszély oka az, hogy – amint Szigeti Péter írja – „[a] jogállamiság jegyében túlságosan is sokféle rejtőzködő világkép, politikai morál és helyi isten lépett már elénk”.<sup>56</sup> E rejtőzködő politikai morálok pusztán hipotézisek, amelyeket tudatunk erősít dogmákká. Eme folyamatot nevezi Hans Vaihinger *Ideenverschiebung*-nak: ebben „a mintha mivel és hogy lesz”.<sup>57</sup> A jogi axiomatikus gondolkodásban – ahogy azt az I. fejezetben ábrázoltuk – mindez úgy zajlik le, hogy bizonyítatlanul felállított axiómáinkat az axiómákból levezetett teoreémakkal definiáljuk. Ám ezzel fogalmainkat nem tettük még valóságossá, pusztán logikailag koherenssé. Ráadásul tudományosan soha nem tudjuk bizonyítani, hogy csak valamilyen tartalmi elem megléte esetén nevezhetünk egy jogszabályt alkotmánynak. Az axiológiaival összefonódott normatív fogalom nem értéksemleges, hanem értékelő szemléletű; ez szolgálhat ugyan politikailag helyes célokat, de alkotmányelméletileg igazolatlan marad a szükségszerűségére való hivatkozás. Így a jogállami alkotmány helyességét nem a jogtudomány értéksemleges eszközeivel, csak a politikum értékkelkötelezett céljaival igazolhatjuk.

## Egzisztenciális alkotmányfogalom

Sokan ráéreztek arra, hogy az alkotmányt a jogrendtől elválasztottan kell kezelni. Samu Mihály szerint például „az alkotmányos rend nem azonosítható a jogrenddel, mert az alkotmány mint átfogó alapnorma alatt helyezkednek el a jogszabályok, emellett a politikai, gazdasági, szociális és kulturális normák”.<sup>58</sup>

E koncepció azonban az alkotmány lét- és normajellegét még összemossa, mert ugyan észrevételezi, hogy az alkotmány több mint a legmagasabb jogi norma, de tartalmát nem a politikai valóságra, hanem a társadalom más alrendszerének belső normáira terjeszti csak ki. Valójában azonban különbséget kell tenni a normatív alkotmány és a létalkotmány között: míg az első a jogrendnél szélesebb norma, addig a második maga a politikai egzisztencia. Csak e distinkció megtétele után juthatunk el egy valóságos alkotmányontológiához.

Az alkotmány ugyanis olyan reális Sein, amely létét egy ideális Seinnak (akaratnak, elképzelésnek) köszönheti. Az ideális Sein emberi magatartásokra irányul, amelyek révén reális, objektív adottság jön létre: a politikai egzisztencia, a politikai közösség, a széles értelemben vett alkotmány. Nem következményről van szó, mert a kauzális folyamatok végig a reális Sein szférájában játszódnak: az ideális Sein nem kauzális oka a reális Seinnak, hanem a reális Sein mint cél fogalmazódik meg az ideális Seinban.

<sup>56</sup> SZIGETI 2003: 73.

<sup>57</sup> VAIHINGER 1920: 221.

<sup>58</sup> SAMU 1997: 77.

Az alkotmányfolyamatok eszköze az erőszak, eredménye pedig a hatalom. Maga a reális, megvalósult Sein (alkotmány) azt mutatja tehát, hogy kik és hogyan gyakorolják a hatalmat.<sup>59</sup> Az alkotmány a társadalmilag, történelmileg létező hatalmi viszonyokat határozza meg. Ferdinand Lassalle híres előadásában ezért azonosította az alkotmány jelenségét „a tényleges hatalmi viszonyokkal”,<sup>60</sup> s ezért állította, hogy „az alkotmányi kérdések eredetileg nem jogi, hanem hatalmi kérdések”.<sup>61</sup> Nem az alkotmányból származik hát a hatalom, hanem a hatalom ténylegessége jelenti az alkotmányt – különben arra a Somló által anekdotikusan leírt császárra emlékeztetnénk, aki a forradalom láttán azt kérdi, hogy „szabad-e ezt?”.<sup>62</sup> „Ezen kijelentés komikuma abból adódik, hogy [a császár] annak kérdését, hogy meghatározott hatalom jogi hatalom-e még, vagy sem, ezen megkérdőjelezett hatalom egyik normájának tartalmából szeretné megválaszolni.”<sup>63</sup>

Az alkotmány – mint maga a pozitív jog is – az akarat eredménye. Az alkotmányozással születik meg a jogrendszer, így a jogontológiai vizsgálódásunkat, *pars pro toto*, becsomagolhatjuk az alkotmányozás elemzésébe: láthatjuk így is Walter Benjamin nyomán, hogy „a jogtételezés hatalomtételezés, és ennyiben az erőszak (Gewalt) közvetlen manifesztálódásának aktusa”.<sup>64</sup>

A normatív alkotmányfogalom mint a jogrendszer érvényességének állítólagos végső pontja arra a jogászai vágyra vezethető vissza, hogy a jogrendszer egésze a Sollenszférában legyen tartható.<sup>65</sup> Azonban – ahogy Somló írja – „egy (jogi) normarendszer végső alapja nem lehet ezen rendszer egyik normája”.<sup>66</sup> A jogi rendszer mindig egy tényből nő ki: az alkotmánynál a ténylegességet a valós hatalmi struktúra jelenti. E hatalmi viszony – amelyhez kötve vannak a normák, de amely nincs kötve a normákhoz, mert azok felett áll azok forrásaként – maga a Verfassung.<sup>67</sup>

Nem szükségszerűen kell egyébként mindezt a Sein-Sollen dualizmusában láttatni: e kettőségnek ui. eleve csak egymással szembe- és párba állítva van értelme. A Sein voltaképp minden létezőt – reálisat és ideálisat – egyaránt felölel: minden, ami van – függetlenül létének módjától –, Seinként értelmezhető, mindent „minimális tulajdonságként” jellemez a létezése, mert ez teszi lehetővé, hogy egyáltalán gondolni tudjunk rá. Gondolni ugyanis nemcsak reálisan, mérhetően, megfoghatóan

<sup>59</sup> SOMLÓ 1973: 310.

<sup>60</sup> LASSALLE 1958: 28.

<sup>61</sup> LASSALLE 1958: 56.

<sup>62</sup> SOMLÓ 1973: 315.

<sup>63</sup> SOMLÓ 1973: 315.

<sup>64</sup> BENJAMIN 1965: 57.

<sup>65</sup> SOMLÓ 1973: 318.

<sup>66</sup> SOMLÓ 1973: 320.

<sup>67</sup> A Verfassung nincs kötve a tételes joghoz: ez leginkább az úgynevezett komisszárius diktatúrában nyilvánul meg, amikor az egész (alkotmány) érdekében függesztik fel a rész (jog) érvényesülését. Vö. AGAMBEN 2004: 41 et passim.

létező dolgokra tudunk, hanem ideális, eszmei tartalmakra is, mint például a jogra. Így ha önmagában nézzük a két szférát, a Sein voltaképp minden létezőt felölelhet, ekként a Sollent mint érvényességében létező tartalmat is.<sup>68</sup> (Lásd 1. ábra!) Franz Achermann ezért nem is Sollenről, hanem ideális Seinről beszél: ez „mindannak a fogalma, ami a tudati tartalmat jelenti, ami az elképzelésben mint élmény-, érzelmi és gondolati tartalom létezik”.<sup>69</sup> Ez esetben a jog csak része, eszköze egy nagyobb rendnek mint létezőnek.

|                      | <i>Pozitivisták kép</i> | <i>Egzisztenciális kép</i> |
|----------------------|-------------------------|----------------------------|
| hatalmi viszonyok =  | Sein                    | Sein                       |
| alkotmányi törvény = | Sollen                  |                            |

1. ábra. *Sein és Sollen kapcsolata*

*Forrás: saját szerkesztés*

Ha így nézzük, a létalkotmány (Verfassung, az állami rend egésze) és ennek normatív tételezettsége (Verfassungsgesetz) – vagy Schmitt szóhasználatával élve: az alkotmány abszolút és relatív fogalma<sup>70</sup> – nem egymással áll szemben, ahogy a normativizmus – a Sollent hangsúlyozandó – vagy a jogszociológia – a Seint hangsúlyozandó – gondolná, hanem az alkotmányi törvény része az egésznek: azaz a jogrend (Sollen) nem ellentéte, nem logikai ellenpólusa, hanem eleme, eszköze a rendnek (Sein).

Amennyiben az alkotmányt a hatalmi helyzettel azonosítjuk, óhatatlanul átlépünk a jogi szférából a politikum világába, miközben a létrejött alkotmány a politikumot is jogiasítja, ekként korlátozza. Magyarán – ahogy Andreas Anter írja – „az alkotmány egyrészt a politikum alkotása, másrésztől kivonja magát e szféra alól, amennyiben is olyan rendet hoz létre, amely keretet szab a maga részéről a politikumnak”.<sup>71</sup>

Azon alkotmány, amely „a politikum alkotása”: a Verfassung; az az alkotmány pedig, amely keretet szab a politikumnak: a Verfassungsgesetz. A kerettel megszületik a „mérvadó egység”, ami kizárja annak lehetőségét, hogy adott államon belül barát-ellenség szembenállás alakulhasson ki. Az agnosztikus politikum lényege vagy az államok között, vagy az államnélküliségben nyilvánulhat meg: mihelyt megvan a barát-ellenség harc „győztese”, letisztul az államiság politikai kerete, és így belül nem – vagy csak a szétesés veszélyekor – jelenhetnek

<sup>68</sup> PESCHKA 1972: 32–33.

<sup>69</sup> ACHERMANN 1955: 53.

<sup>70</sup> SCHMITT 2003: 3–20.

<sup>71</sup> ANTER 2004: 165.

meg újból a politikai harc jellemzői.<sup>72</sup> A politikum ugyan megelőzi az államot – hiszen „[a] jog [...] nem képes a politikai első döntés helyébe lépni”<sup>73</sup> –, de egyseget az állam (az állami jog) teremt,<sup>74</sup> amely egységen belül eltűnik a politikum lényegét adó látásmód.

## AZ ALKOTMÁNY(OZÁS) ONTOLOGIAI ELEMZÉSE

A jog jelensége kétféleképpen írható le: az ismeretelmélet a felismerésre, míg az ontológia a származásra kérdez rá. A jogpozitivizmus legfeljebb a jog sajátos létmódját, az érvényességet – azaz a jogi *Daseint* – ábrázolhatja, a jog lényegének bemutatása csak a pozitív jogon túl tekintve képzelhető el (ontológiai megközelítés).<sup>75</sup>

(1) A normativizmus számára az alkotmányozás (így a jogrendszer születése) olyan jogi folyamat, amelynek a jogrendszer szabja meg kereteit: a folyamatok a Sollenszférán belül maradnak, valójában azonban ekként csak a már létrejött rendszerben tud értelmes kijelentéseket tenni: azaz az ontológiai kérdéseket eleve ismeretelméleti síkra tereli, és ott próbálja a rendszerén belül tartva „hatástalanítani” őket. (2) A metajurisztikus elméletek szerint az alkotmányozás oka valamilyen abszolút értékben, abszolút értékkel bíró entitás „szavában” található. (3) A realista ontológia az alkotmányozás valóságát írja le, amelyben nincsenek külső (jogi, politikai vagy etikai) korlátok, mert a tényfolyamatok belső önmozgása határozza meg a végeredményt.<sup>76</sup> Itt azonban az a (4) konzervatív bírálóat lehet jogos, amely a realista koncepciók túlzottságára, az idő- és hagyománytényező figyelmen kívül hagyására mutat rá (pragmatista természetjog).

Az alkotmány ontológiájában a cél egyértelmű: új alkotmány; a vita tárgya a létrejövételre vonatkozik: eleve jogi aktusról van-e szó, vagy a jogi jelleg csak utóbb válik a folyamatok jellemzőjévé?<sup>77</sup> A normativizmus közvetlenül jogi aktusnak tartja az alkotmányozást, míg a metajurizmus és a realizmus nem. Azonban míg a normativizmus és a metajurizmus külső mércékkel értékeli, írja le a folyamatokat, a realizmus a folyamatot magát ábrázolja.

<sup>72</sup> Chantal Mouffe szerint a politikai közösségen belül is fennmaradhatnak a politikai ellentétek, biztosítva a valódi pluralizmust. Vö. MOUFFE 2007.

<sup>73</sup> DI FABIO 2003: 74–75.

<sup>74</sup> TAKÁCS 2004: 175–179.

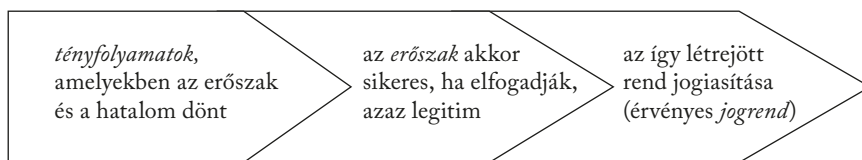
<sup>75</sup> PESCHKA 1972: 309–311.

<sup>76</sup> A jogrendszer nézőpontjából viszont azt mondhatjuk, hogy létrejövetele nem belső, hanem külső hatás eredménye.

<sup>77</sup> WINTERHOFF 2007: 129.

Az alkotmányozás folyamatát leginkább az iskolák szinopszisában, a folyamatok lényegéből adódó tulajdonságok elemzésével tudjuk bemutatni. Ha csak az egyik vagy csak a másik szempontokra koncentrálunk, hiányos elméletet kapunk.

(1) A realizmus és a dekonstrukcionizmus segítségével lebonthatjuk jogi fogalomvilágunkat, és láthatjuk a mögötte lévő akaratot – amelynek jogkeletkeztető létét egyébként a pozitivizmus sem tagadná –, (2) ám a konkrét akarat sikerének – azaz az új létállapot létrejöttének – magyarázatában nem elégséges a dekonstrukció absztrakt látásmódja, hanem az akaratot és annak környezetét – azaz annak kérdését, hogy az akarat és környezete miként képes új alkotmányt eredményezni – szintén meg kell vizsgálni. Itt van szükség a legitimitás kérdésére, amely viszont már tartalmi és metajurisztikus szempont. (3) Mihelyt megszületett – azaz elfogadtatott – az új létállapot (maga a rend), e rendnek – épp a társadalmi kommunikációk sokrétűsége, a modern társadalmi lét, társadalmi interakciók bonyolultsága okán – jogi közvetítő mezőre, rendező erőre van szüksége, azaz jogrendre, ami pedig már normatív szempont. (Lásd 2. ábra!)



2. ábra. *Tényhelyzetből joghelyzet*

*Forrás: saját szerkesztés*

## A normativista alkotmánykoncepció problémája

Miután létrejön a jogi kommunikáció, a korábbi rend immár a „jogszerű”-„jogszerűtlen” binaritásban magyarázható, megteremtve a jogi kommunikációs tér virtuális mezejét. E virtuális, gondolt (mert pusztán a kommunikációban és általa létező) tér statikus leírására képes a kelsen-i jogpozitivisták elmélete – anélkül, hogy az érvényesülés (azaz a jogi dinamika) valóságát, a jog létrejöttét, születését, megszüntését tudná (és ami még fontosabb: akarná) magyarázni.

A normativizmus alaptézise, a Sein-Sollen megkülönböztetés értelmében a jogi tulajdonság nem következménye bármilyen tényaktusnak, hanem a tényaktusra a jogi norma vonatkozik, és az akarat révén vonatkoztatik, anélkül, hogy a jogi tulajdonság – ellentétben a természetjog állításaival – abból bármilyen módon is következne. Ez a kelsen-i beszámítási láncolat (*Zurechnung*) lényege – ez mindig visszafele ható beszámítást jelent.



## A hipotetikus alapnorma problémája

Kelsen joglépcsőtanában valamennyi norma egy felette álló normától – annak érvényességétől – nyeri érvényességét, és a felsőbb norma kereteit kitöltve minden következő szint egyben új tartalmat ad a rendszer egészéhez.<sup>78</sup> A rendszer belülről zárt és egységes. Az egész rendszer azonban mitől érvényes? A normahierarchia végén az alkotmány helyezkedik el, és mivel ez a legfelső norma egy jogrendszeren belül, ennek érvényessége nem vezethető vissza egy még felsőbb normára. Ahogy Christian Winterhoff megállapítja: „[A] levezetési elv az alkotmányozás esetén csődöt mond: nincs több (jogi) norma az alkotmány felett.”<sup>79</sup> Az alkotmánynak a létrejötté így nem magyarázható a többi normánál alkalmazott logikai séma szerint, hiszen „[l]ogikailag sohasem gondolhatjuk a lépcsőzetesség végét”.<sup>80</sup>

Kelsen nem mondja meg, hogy miért lenne érvényes az önmagában, amire a normát visszavezetjük.<sup>81</sup> Nála az érvényesség így rendszerimmanens kategória. Ahogy Paksy Máté helyesen rámutat, Kelsen az alkotmány igazolásakor olyan térre sodródik, ahol óhatatlanul vagy a tiszta jogtan leíró, vagy tudományos jellege kerül veszélybe.<sup>82</sup> Ugyanis az alkotmány igazolásakor vagy megpróbál annak tartalmához nyúlni (de így elvesz elméletének leíró, tartalomfüggetlen jellege), vagy pedig – belső rendszerlogikáját nézve még mindig helyesebben téve – az úgynevezett hipotetikus alapnorma segítségével oldja meg a problémát (de itt az érvényesség végső lezárása sikerül igen kurtára). A hipotetikus alapnormával a legnagyobb gond, hogy már érvényes, létező jogrendszer érvényességét magyarázza csak. Kelsen a már létrejött, már létező rendszer működését írja le – amelynél a hipotetikus alapnorma szükségszerű feltétel, de nem ontológiai kategória –, és nem a rendszer létrejöttét.<sup>83</sup> A hipotetikus alapnormával a rendszer egészének érvényességére irányuló kérdés ekként – ahogy Bernd Rüthers írja – nem lesz megoldva, „legfeljebb átnevezve”.<sup>84</sup>

A hipotetikus alapnorma logikai fikciója biztosítja, hogy a jogtudós normatív jelentést tulajdoníthasson a tényeknek – elvégre a norma nem más, mint a tényekhez rendelt speciális jelentés. Az alapnorma így szükségszerű (de bizonyítatlan, formális, üres) logikai elem,<sup>85</sup> „transzcendentállogikai alkotmány”.<sup>86</sup> Eme alapnorma jogivá

<sup>78</sup> Kelsen 2001: 44 skk.

<sup>79</sup> Winterhoff 2007: 131.

<sup>80</sup> Ross 1989: 361.

<sup>81</sup> Ross 1989: 260.

<sup>82</sup> Paksy 2005: 61.

<sup>83</sup> Alexy 2005b: 334.

<sup>84</sup> Rüthers 2007: 291.

<sup>85</sup> Bódig 2007: 200–202.

<sup>86</sup> Kelsen 1968c: 1976 sk.



transzformálja a Seinből a Sollenbe való átlépést,<sup>87</sup> és mintegy jogi kategóriaként kezeli a rendszer alapokát is. Ezzel azonban Kelsen egy Sollenjelenséget (norma) egy Seinjelenséggel (mögöttes akarat) kötne össze: ám amennyiben igaz, hogy logikailag a két szféra különáll egymástól, akkor – Moór Gyula megfogalmazásával élve – az alapnorma révén a „logikai lehetetlenség logikai feltétellé” válik.<sup>88</sup>

### Kelsen fiktív ontológiája

A kelseni „ontológia” konstitutív ismeretelméleti koncepción nyugszik: a jogrendszer azért jön létre, mert a hipotetikus alapnorma feltételezett léte rendezettséget teremt az emberi akaratok kaotikus világában:<sup>89</sup> elkülönítve a jogot a nem jogtól (ezért és ekként válik pszeudoontológiai kategóriává Kelsennél az érvényesség fogalma). Ugyan Kelsen szerint az alapnorma révén megtisztítjuk a jogi érvényességtant a metajurisztikus-transzcendentális elemektől, valójában az alapnormának is csak valamiféle hit lehet az alapja.<sup>90</sup> Hiszen maga Kelsen ismeri el, hogy a rendszer logikai összetartójaként fungáló alapnorma voltaképp – logikailag nézve – nem is hipotetikus, hanem kifejezetten fiktív oka a jogrendszernek.<sup>91</sup> Azaz – ahogy Peschka Vilmos írja kritikusan – a tiszta jogtanban „Kelsen [...] hogy a jogi norma érvényességét pusztán a Sollenből vezethesse le, inkább az üres, tartalmatlan képzetek, a transzcendentális idealizmus világába menekül”.<sup>92</sup>

Az alapnorma okán – ahogy Karácsony András helyesen állapítja meg – „a kelseni jogpozitivizmusban létezik egy metafizikai minimum, s ezért filozófiai értelemben nem pozitivistá”, illetve nem realista, mert nem a tényeket leíró, hanem előíró elmélet.”<sup>93</sup>

A normativista tan e hiányossága a rendszeren belül nem ütközik ki, ha azonban az alkotmányozás esetén is erre a hipotetikus alapnormára hivatkoznánk, a természet-jog dualista jogképéhez jutnánk, azt feltételezve, hogy van olyan, az ember alkotta törvény felett elhelyezkedő – akár csak hipotetikus – jog, amely meghatározza jogalkotásunkat. Értelemszerűen a hipotetikus alapnorma nem tölthet be ilyen funkciót, hiszen tartalmilag üres, szerepe formállogikai.<sup>94</sup> Ám akkor hogyan, hol és miért születik a jogrendszer? Kelsen számára sem a metajurisztikus érvelés, sem a ténylegességre való hivatkozás (engedelmesség) nem szolgálhat válaszul. Ő figyelmét

<sup>87</sup> ALEXY 2005b: 343.

<sup>88</sup> MOÓR 2006: 117.

<sup>89</sup> DIAS 2005: 198.

<sup>90</sup> ROSS 1989: 366.

<sup>91</sup> KELSEN 1968c: 1978.

<sup>92</sup> PESCHKA 1972: 52.

<sup>93</sup> KARÁCSONY 2007: 166 sk.

<sup>94</sup> DIAS 2005: 205; ALEXY 2005b: 345.

a már létező Sollenszférára összpontosítja, és mint jogtudós a jogot mint olyat, nem annak előzményét (létrejöttét) akarja leírni. Igazolni azonban így semmiképp sem lesz képes a jogrendszert, hiszen maga ismeri el, hogy „lehetetlen a jogot is a joggal igazolni”.<sup>95</sup> Azaz – ahogy arra Lukács György a kantianus jogelmélet kritikájában rámutat – „az újkantianusok a jogi tételek »érvényességét« elválasztják minden társadalmiságtól [...], legjobb esetben immanens értelmezését adhatják a mindenkor érvényes jogtételeknek, de sohasem tudományos magyarázatát, keletkezésüknek, hatálytalanná válásuknak”.<sup>96</sup>

Kelsen persze nem is akarja kívülről – a keletkezés, megszűnés, hatás felől – szemlélni a jogrendszert: belső leírására szorítkozik.<sup>97</sup> Eme előzetes metodológiai döntéssel tudja kikerülni elméletében az alkotmányozás problémáját. A normativizmus így előzetes metodológiai döntés révén kikapcsolja a jog környezetét, születését, hatását.

Tamás András ezzel igazolja annak általa is felismert tényét, hogy „[a] tiszta jogtan a Sollen világába zárt teória”.<sup>98</sup> Szerinte azonban csak így lehet a jogtudomány többé-kevésbé állandó válaszokkal élő tudomány, hiszen „[a]llokotmányosság és jogrend nem lehet pillanatnyi – folytonosan módosuló – erőhelyzetek következménye”.<sup>99</sup> A környezet, az erőhelyzet leírása is történhet persze tudományosan: ez a jogszociológia (vagy a politológia) terrénuma. A normativista jogtudomány a jogot viszont leválasztja minden további tényezőről, és kizárólagosan vizsgálja. Ahogy Varga Csaba írja Kelsen elméletéről: „Nem valóságot ír le hát, hanem fiktív világot: a normákét, mintha a normák pusztá létük folytán [...] mozgást indíthatnának el, önmagukban meghatározóvá válhatnának [...]”<sup>100</sup>

Mivel Kelsen a jogot önálló tudományként akarta megalapozni, nem is tehetett másképp, holott a jog szempontjából döntő és érdekes kérdések a „jogon túl” merülnének fel, hiszen a jog fogalma sem érthető meg igazán alapjainak ismerete nélkül.<sup>101</sup> A pozitívista jog- és államelmélet így végső soron problémaérzetlen. Kelsen elméletével képes biztosítani a jogrendszer belső logikai koherenciáját, de az ontológiai kérdésekre eleve nem tud választ adni.<sup>102</sup> Kelsen számára a jogi normák adottak. Carl Schmitt mutat rá viszont – immár ontológiai elméletében – a normák alkotott jellegére.<sup>103</sup>

A normativisták számára az alkotmányozás így nem téma, (1) mert megelőgszenek a hipotetikus érvényességszármaztatással (amellyel a már létező alkotmányok

<sup>95</sup> Kelsen 2001: 70.

<sup>96</sup> Lukács 1978: 585 sk.

<sup>97</sup> Kelsen 2001: 71. A jog belső (jogias) és külső (szociológiai) leírásáról lásd Black 1989: 21.

<sup>98</sup> Tamás 2005: 75.

<sup>99</sup> Tamás 2005: 71.

<sup>100</sup> Varga 2001, xii.

<sup>101</sup> Horváth 2006: 11.

<sup>102</sup> Ehrenzweig 1973: 57.

<sup>103</sup> Takács 2004: 178.

érvényességét tudják magyarázni), illetve (2) mert belátják, hogy számukra az alkotmányozás nem jogi folyamat, s így saját látókörükön kívül helyezkedik el.<sup>104</sup> Azaz – ahogy Frivaldszky írja –, „Kelsen a pozitivista tudományfelfogás nézőpontjából a jogot redukált formájában vizsgálja, s mindaz, ami módszertani redukcionizmusa folytán nem érzékelhető, azt a jogilag nem létező világába utasítja”.<sup>105</sup>

Maga Kelsen nyilvánította a jogszületést „jogászi konstrukcióval meg nem ragadható tényállásnak”, „misztériumnak”.<sup>106</sup> Miközben az osztrák közjog kontinuitásának 1918 utáni megszakadása kapcsán maga is beismerte, hogy „kiindulópontnak mindig valamiféle végeredményben önmagát érvényesnek előfeltételezett és legfelsőbb normát (vagy normarendszert) kell tennünk. Ezen utolsó mint a jogi megismerés előfeltételeként szereplő norma érvényességéről szóló kérdés jogi megismerésen kívül helyezkedik el. Ez a végeredményben legfelsőbb normaként előfeltételezett úgy mond az archimedesi pont, ahonnan a jogi megismerés világát mozgásba hozzák. Ennek a pontnak a kiválasztása alapjában véve nem jogi, hanem politikai kérdés, és ezért az önkényesség látszatát hordozza a jogi megismerés szempontjából nézve.”<sup>107</sup>

## Metajurisztikus alkotmánykonceptió és kritikája

### A pozitivista szemlélet meghaladása

Az egyik lehetséges megközelítés szerint a jog létrejöttét külső szempontok alapján kell értékelni. A jog itt nem deskriptív, hanem értékfogalom: számára nem minden jog, ami egy pozitivista munkájában annak látszana. Értéknormativizmusuk okán a kelsen normativizmus számára megválaszolhatatlan kérdések azonban itt is megválaszolhatatlanok maradnak – csak egy szinttel feljebb. Amennyiben azonban a természetjogot annak klasszikus változatával azonosítjuk, a kritika e koncepciót nem érinti, mert e felfogás értelmében – ahogy Frivaldszky János írja –, „a természetjog alapvető elvei – s nem pedig normái – olyan rugalmasok és tágak, hogy a történeti-társadalmi igényeket nemcsak hogy érvényesíteni engedik a pozitív jog alkotója számára, hanem egyenesen igénylik is ezen kiegészítő tevékenységet”.<sup>108</sup>

Az alábbiakban bírálendő – ettől eltérő – absztrakt-univerzális koncepció hibája viszont épp a statikus, időtlen jogkép, amely – persze más módon, mert nem tartalmi, hanem formai szempontból – a pozitivista jogképet is jellemzi. Egy jogontológiának

<sup>104</sup> WINTERHOFF 2007: 138.

<sup>105</sup> FRIVALDSZKY 2007: 418.

<sup>106</sup> KELSEN 1923: 334.

<sup>107</sup> KELSEN 1914: 217.

<sup>108</sup> FRIVALDSZKY 2007: 408.

azonban éppen olyan kérdésekre kell választ találnia – jogszületés, jogérvényesülés, jogmegszűnés stb. –, amelyek eleve a jog dinamikáját illetik.

### Az értéklogika és veszélye

Ehelyütt szükségesnek látszik visszautalni Böckenförde véleményére, aki szerint a modern alkotmányosság utolsó jegye, azaz értékchartajellege új totalitás lehetőségét veti fel. A modern alkotmányok nemcsak szervezeti vázát adják a hatalom működésének, de szuverén mozgásterének kijelölői, korlátjai is. Az értékek kezdetben e negatív tartalomból voltak kiolvasandók, de számos alkotmány *expressis verbis* megfogalmazott bizonyos emberi (vagy alapvető) jogokként nevesített értékeket, és ezzel olyan tartalmat adtak az alkotmányoknak, amely a jogrendszer hagyományos jogi rétegződésébe nehezen illeszthető be, illetve amely nem bármikor megváltoztatható, mert érvényességét nem formájától – alkotmányban elfoglalt helyétől – nyeri, hanem immanens érvényességet igényel. A hagyományos jogelméleti kép, miszerint a pozitív jog tartalma a jog formája okán érvényes, megfordul, és immár a pozitív jog tartalma a saját okán lesz érvényes. Ha azonban egy tartalom a formától függetlenül érvényes, akkor a tartalom nem cserélhető, és csak a tartalom formája, de nem a forma tartalma változtatható.

Böckenförde ennek kapcsán beszél új totalitásról.<sup>109</sup> Az utóbbi időkben egyre nagyobb hangsúlyt kapnak az alkotmányokban az úgynevezett alkotmányos értékek, alapelvek, emberi jogok (azaz teológiai megalapozottságát veszített, szekuláris, úgymond észjog megjelenését figyelhetjük meg), amelyek leválthatatlan, korlátozhatatlan, kontrollálhatatlan, ekként a hagyományos jogképpel idegen, a klasszikus jogi rétegződésbe (egyesek szerint) nehezen beilleszthető szintet visznek a jogrendszerbe.<sup>110</sup> Minderre példa lehet azon „láthatatlan alkotmány”, amelynek fogalmát – a korábbi magyar Alkotmány értelmezése kapcsán – Sólyom László vezette be a magyar közjog szókincstárába, imígyen nyilatkozva róla egy konferencián: „a napi politikai érdekből módosított vagy értelmezett Alkotmány fölött az alkotmányosság biztos mércéjéül szolgál [a láthatatlan alkotmány]; annyi, hogy a várható új alkotmánnyal sem kerül ellentétbe.”<sup>111</sup>

Magyarán a jogilag értelmezett alkotmány (Verfassungsgesetz) politikai-filozófiai eszmék chartájává válik, ekként változhat ugyan a formája, de eleve és előre

<sup>109</sup> BÖCKENFÖRDE 1983: 18.

<sup>110</sup> Ezt nevezzük az alkotmányos alapjogok rétegének; az ezekkel kapcsolatos problémákról lásd POKOL 1990: 144–155; ill. 2005: 77–136.

<sup>111</sup> SÓLYOM 1992: 274. Jakab András nem alkotmányfelettiként definiálja a „láthatatlan alkotmányt”, hanem az alkotmány értelmezéseként, az AB határozatokból összeálló koherens fogalmi réteggént, amely a jogforrási hierarchiában az AB-határozatok szintjén – tehát semmiképp sem az Alkotmány felett – helyezkedik el; vö. JAKAB 2007: 118, 138. Ádám Antal szerint sem korlátozza, csak esetleg orientálja a jövő *pouvoir constituant*-ját a láthatatlan alkotmány; vö. ÁDÁM 1998a: 78.

korlátozná bármilyen alkotmányozó politikai hatalom mozgásterét. Ádám Antal is elismeri e sólyomi kijelentés ideológiai jellegét, bár védeni próbálja a mögöttes szándékot.<sup>112</sup> A különböző alkotmánybíróságok gyakorlati, illetve az újjáéledt természetjog és az alkotmányos liberalizmus párhuzamos elméleti munkája nyomán az alkotmányok értékchartákká váltak, amelyek tartalmát ráadásul az alkotmánybíróság(ok) hivatott(ak) kiolvasni, és olyan egységes egészzé formálni (alapjogok rétege), amely a jog strukturálisan zárt, de kognitíve nyitott rendszerébe strukturálisan nyitott, de kognitíve zárt szintet próbál beemelni.<sup>113</sup>

Pokol Béla több helyütt részletesen elemzi az általa a jog alkotmányjogiasításának nevezett jelenséget. Ő is megállapítja az új jogréteg kognitív zártságát: „az alkotmányos alapjogok és -elvek normatív tartalma jóval absztraktabb, mint a hagyományos jogterületek szabályai.”<sup>114</sup> Ennek révén a jogtudományban megjelent az értékalapú, zárt gondolkodás, márpedig az értékeknek saját – a jogétól eltérő – logikájuk van. Az érték exkluzív, kognitíve zárt gondolkodást feltételez. Az érték sem nem perszonális, sem nem interperszonális (horizontális) moralitást jelent, hanem vertikális meghatározottságot, ahol nem a személyes meggyőződés, nem a visszacsatolás, hanem a felülről lefelé meghatározott absztrakt tételezettség válik a politikai hatalom helyességének vélt biztosítékává.

Az érték gondolat úgy véli, hogy a jog mint a valóságról tett értékítélet objektív, azaz a Sollen a Seinből következik. Franz Achermann írja, hogy az emberi jogok tana szerint azon tényekből, hogy az ember beszélni, látni, hallani, mozogni stb. képes, rögtön az is következne, hogy az embernek joga is van a beszédhez, halláshoz, mozgáshoz (véleménynyilvánítási szabadság, mozgásszabadság stb.). Az érték gondolkodás tehát a jogot mint objektív értéket kezeli, belehelyezve a természet kauzális folyamataiba mint ok vagy okozat: „Abból a tényből, hogy van fülünk, a természetjogászok arra következtetnek, hogy [...] nekünk hallanunk is kell, hogy nekünk jogunk van arra, hogy halljunk.”<sup>115</sup>

A természeti világ azonban: van; míg a jogi világ: kell. A természeti világ kauzális folyamatait nem alakíthatjuk át teleologikus folyamatokká – miközben persze a teleologikus aktusok megvalósulása már a kauzális folyamatokba helyeződve képzelhető el. Az exkluzív érték gondolkodás legnagyobb hibája, hogy a valóságról tehető jogi kijelentéseket – „jogszerű”, „jogszerűtlen” – megismerési ítéleteknek (*Erkenntnisurteile*) tartja: azaz egy folyamat jogellenességének

<sup>112</sup> ÁDÁM 1998b: 354.

<sup>113</sup> Carl Schmitt mindezt úgy fogalmazza meg, hogy „mihelyt megjelenik az érték, egy gondolati váltás szükségessé válik”. Vö. SCHMITT 1967: 55. Azaz az érték nem nyitott, hanem zárt tartalmú kategória: identitásában idegen a jog jelenségétől. Míg a jog érzékeli a külvilágot, s adekvát reakciót eredményez, addig az érték immanens, és a tények vagy idomulnak hozzá, vagy *tant pis pour les faits*.

<sup>114</sup> POKOL 2003: 170.

<sup>115</sup> Minderről ACHERMANN 1955: 37. (A természetjog alatt Achermann az észjogot érti.)

megállapítása ugyanolyan ítéleti aktus lenne eszerint, mint annak megállapítása, hogy az előttem lévő képnek mennyi az átmérője.

Holott a jogi ítélet nem ilyen megismerési ítélet – mert nem a megismerendő tárgyból, hanem a megismerő szubjektumából fakad (*Werturteile*) –, és ekként ugyanúgy lehet valami egyszerre jogszerű és jogszerűtlen – akaratumk és akaratumk érvényesíthetőségétől függően –, mint ahogy az előttem lévő kép is látható szépnek vagy csúnyának egyaránt. Pozicionáltságunk, kondicionáltságunk, kulturáltságunk és akaratumk függvénye, hogy a képet szépnek vagy csúnyának látjuk-e. Hogy aztán mely állítás objektiválódik (kanonizálódik) a diskurzusban, továbbra sem a megismert képtől, hanem a megismerő akaratumnak erejétől, hatalmától, hatásától, elfogadottságától függ. A jogban sincs ez másképp. Egy tény – mint a Sein egy eleme – sokféleképpen megismerhető, hozható róla sokféle megismerési ítélet, azaz a róla tehető állítások verifikálhatóak magával a megismerendő tárgy immanens tulajdonságaival. Ezen tény persze jogilag is értékelhető (így jön létre a tényállás), ám eme értékelés ekkor már – lévén a jog nem immanens, hanem hozzárendelt, gondolt, akart tulajdonság – nem a megismerés, hanem az akarat, a gondolat, a tudat eredménye.

A pozitivistá jogszemlélet, különösen a kelsen elmélet ezt igen szigorúan fogalmazta meg, miszerint nem a tény jogellenes (vagy jogszerű), hanem az én akaratom látja annak, és annak eredményeképp jön létre a tényállás és az arra alapuló ítélet (ez az úgynevezett beszámítás). A tényállás eleve nem ok, hanem okozat – a tények jogi értékelésének (azaz emberi akaratnak) az eredménye. A kép átmérője az akaratumtól függetlenül is annyi, amennyi (amennyi a megállapodott mértékegységgel mérő mérőszalag alapján megállapítható), de esztétikai vagy jogi értéke nem önmagából, hanem az értékelő személy tudatából vonatkozik rá. A kép a megismerési ítéletnek alanya („a kép ennyi és ennyi centiméter átmérőjű”), míg az értékelő ítéletnek tárgya („én szépnek látom a képet”, „én jogellenesnek ítélem az eseményt”).

Ha és amennyiben az ítéletalkotási láncolat hierarchizált – ahogy a jogban igen, az esztétikában viszont nem –, úgy a láncolat végén elhelyezkedő ítéletalkotó személy ítélete objektívnek látszhat, lévén nem felülbíráható immár az ítéletalkotási láncolatban legitim módon. Az esztétikában – mivel (hivatalosan) nem alakult ki a jogi döntéshozatali fórumokhoz hasonló ítéletalkotási láncolat – jobban érzékelhető az ítéletek szubjektivitása – igaz, az esztétikai ítéleteket is meghatározzák különféle kánonok –, és egy laikus jobban látja, hogy hiába okos a képet elemző esztéta, véleménye csak egy a felvethető vélemények közül. A jog azonban olyan mitikus légkört alakított ki önmaga körül – akár ruházkodásában is (lásd az alkotmánybírák öltözetét, szertartásait)<sup>116</sup> –, amely révén azt az illúziót keltheti a laikus jogalanyokban,

<sup>116</sup> VORLÄNDER 2006: 28 sk.

hogy a jogot az alkotmánybíró pusztán felismeri (és nem alkotja), ahogy felismeri a kép átmérőjét, az utca hosszát, a törvénykönyv súlyát. A pozitív jogi értékelés azonban nem a reális Seinban, nem a leírt szövegben, a megtörtént eseményben, hanem az azt értékelő emberi tudatban (ideális Sein) megjelenő tudati tartalom, akarat – amely, ha megfelelően erős és (a jog esetében) megfelelően magas fórum által kinyilvánított, még objektívnek is tetszhet.

## Realista alkotmánykoncepció

### Az alkotmányozás funkcionális-egzisztenciális jellege

Az alkotmány (és a jog) valós okának kutatására sem a pozitivista, sem az axiológiai út nem alkalmas. A pozitívizmus eleve már kialakult jogrendszer ismeretelméletét adja, ontológiai vizsgálódásai normatív vagy tautologikus kijelentésekbe csúsznak.

Miről is van szó még egyszer? A normatív alkotmányozásfogalom szerint az alkotmányozás során sem lépünk ki a normatív szférából, hanem a meglévő formális keretek közé viszünk be, a meglévő eljárási lehetőségek segítségével, új normatartalmat. A normatív alkotmányozáskor ezért egy hirtelen váltás van csak: az egyik percben még a korábbi alkotmányszöveg érvényes, a másokban viszont már a meghatározott többséggel elfogadott új normatextus. Egy ilyen pillanatnyi, azonnali váltáskor valóban megváltozhat a jogrendszer, a Sollenszféra egzisztenciája – elvégre új jog lesz érvényes –, de ha az alkotmányt létjelenséggként fogjuk fel, nem állíthatjuk, hogy bármilyen váltás a politikai egzisztenciában néhány másodperc alatt végbemehet. Persze ez esetben az alkotmányt nem olyan jelenséggként értelmezzük, amely által (normatív alkotmányfogalom), hanem amelyben létezik az állam. Ez a megközelítés igen régi: amikor Arisztotelész osztályozza az alkotmányokat, szintén a politikai egzisztenciájukat vizsgálja, és nem – Lassalle kifejezésével élve<sup>117</sup> – holmi elkülönült papírfecnit. Mivel az alkotmányozás valós folyamat, sem a hipotetikus, sem a természetjogi (észjogi) normákkal nem jellemezhetjük,<sup>118</sup> legfeljebb értékelhetjük.

Összefoglalóan azt jelenthetjük ki, hogy az alkotmányozás tényleges leírására (kritikájára) nem alkalmas csupán a pozitív jogi szemlélet, amely mindent az eszköz jogszerűsége felől, illetve az a „természetjogi” szemlélet, amely pedig mindent a célok igazságossága felől közelítene meg.<sup>119</sup> Az alkotmányozás nem „normális” (valamilyen norma szerinti) aktus, így sem eszközeiben, sem céljaiban nem vizsgálható külső szempontok (jogszerűség, igazságosság) alapján. Ezért csak realista

<sup>117</sup> LASSALLE 1958: 42.

<sup>118</sup> PETRÉTEI 2008: 125.

<sup>119</sup> BENJAMIN 1965: 31.



koncepció képes jogontológiai válaszokra. Körösényi András szerint voltaképp Schmitt az, aki eleve ontológiai kérdéseket fogalmaz meg, akinek elmélete nem ismeretelméleti vagy normatív, hanem ontológiai síkon mozog.<sup>120</sup> Lukács György is elismeri, hogy „Schmitt épp azt, amit az újkantianizmus a jogfilozófián kívül helyez, a jogfilozófia tulajdonképpen problémájával fogja fel, ti. hogy milyen hatalom tétel, illetőleg szünteti meg a jogot”.<sup>121</sup>

Az alkotmányozás problematikájakor ezért gyakorlatilag a senki földjén találjuk magunkat; ahogy Andreas Anter írja: „[a]z alkotmányi kérdések [...] rég nem jogi területek”,<sup>122</sup> és így a reálisan létező hatalmi viszonyok határozzák meg, mi legyen majdan a jog. Semmiféle Sollen (jog) vagy Dürfen (etika) nem korlátozza ténylegesen a Können (hatalom) világát. Ahogy a korábbi német alkotmánybíró Udo Di Fabio írja: „[a] történelem arra figyelmeztet [...], hogy a politikai hatalom jog vagy morál által nem korlátozható tartósan.”<sup>123</sup>

Kelsen – mint fentebb olvashattuk – belátja, hogy a jogszületés nem a Sollen világa, sőt egy késői tanulmányában egyenesen úgy fogalmaz, hogy „a Sollen és a Wollen között lényegi kapcsolat áll fenn”.<sup>124</sup> Kelsen azonban a reláció egyik, normális (norma szerinti) oldalát elemzi csupán, holott – ahogy Paul Noack írja – „[a normától való] eltérés mutatja csak meg, milyen esélyei vannak annak, amit »normalitásnak« nevezünk”.<sup>125</sup> Ám ehhez nem a normalitás normativitásából, hanem a ténylegességből kell kiindulni. Ezért ha az alkotmányozást vizsgáljuk, látnunk kell: nem normatív keretek között zajló folyamatról van szó, hanem majdan a folyamat végén alakulnak ki e normatív keretek. Először a „normatív semmi” van. Ahogy Derrida szemléletesen írja: „Az alapító tett erőszakos struktúrája hallgatást rejt.”<sup>126</sup> Mégpedig a jog hallgatását.

Schmittnél mindig a konkrét helyzetben dönteni tudó tényező az alkotmányozás alanya.<sup>127</sup> Definíciója szerint „[a]z alkotmányozó hatalom az a politikai akarat, amelynek hatalma vagy autoritása képes a politikai egzisztencia formájáról és jellegéről meghozni a döntést”.<sup>128</sup> Pasukanisz ugyan marxista ízű terminológiával, de a jogalkotás valóságosságából kiindulva, tehát eredményében sokkal inkább tudományosan, mintsem ideologikusan állítja ugyanezt: eszerint a jogi „felépítmény” esetén „egy normatétélező autoritás [...] létét (adottságát) [kell] előfeltételezni”,

<sup>120</sup> KÖRÖSÉNYI 2004: 154.

<sup>121</sup> LUKÁCS 1978: 585.

<sup>122</sup> ANTER 2004: 166.

<sup>123</sup> DI FABIO 2003: 11.

<sup>124</sup> KELSEN 1968c: 1977.

<sup>125</sup> NOACK 1993: 307.

<sup>126</sup> DERRIDA 1991: 28.

<sup>127</sup> WINTERHOFF 2007: 128.

<sup>128</sup> SCHMITT 2003: 75.



azaz „a jogi felépítmény a politikum következménye”.<sup>129</sup> A schmitti koncepcióban is az állami (politikai) rend a Verfassungsgesetz előtt már létezik, és egzisztenciális értelemben mindaddig nem történik tulajdonképpen semmi sem egy alkotmány-módosítás vagy egy új alkotmányszöveg elfogadása során, míg azok nem érintik magát a politikai összállapotot.

Az alkotmányozás alatt az alkotmány átfogó tartalmi megváltoztatását értjük. A korábbi alkotmánytörvény nem rendezheti annak kérdését, hogy mikor és hogyan megy végbe az alkotmányozás, mert az éppen a korábbi normatív keretek túllépését, egy új létállapot és az azt fenntartó, biztosító normatív szabályozás megszületését jelenti. Azaz – ahogy Carl Schmitt írja – „egy alkotmány legitimitása nem azt jelenti, hogy az alkotmány a korábban érvényes alkotmánytörvények szerint jött létre”.<sup>130</sup> Ezért faktuális-egzisztenciális jelenség az alkotmányozás. (1) Faktuális, mert nem a Sollen, hanem a Sein szférájában megy végbe, s nem a korábbi Sollen által meghatározva, hanem tőle szabadulva, illetve (2) egzisztenciális, mert az állami létet, az államot mint politikai egzisztenciát, s nem csak a jogrendszert érinti.

A hatalom sem a joggal születik, hanem előtte: a ténylegesség szférájában kikristályosodó és akaratát hatékonyan érvényesíteni tudó döntésben. Az alkotmányozás révén a korábbi keret (Sollen<sub>1</sub>) egy faktum révén megszűnik létezni, hogy a tiszta faktuális szférában (Sein<sub>f</sub>) megjelenő akarat megteremthesse az új létállapot új normatív keretét (Sollen<sub>2</sub>). Az alkotmányjog általában azt tanítja, hogy maga a fennálló alkotmány (Sollen<sub>1</sub>) szabályozza az alkotmányozást is, a Sollen<sub>1</sub>-ből a Sollen<sub>2</sub>-be való átlépést, megmondva, milyen többség szükségeltetik az alkotmányozásra felruházott testületben az új alkotmány elfogadásához, vagy esetleg eleve megváltoztathatatlanak nyilvánítva bizonyos alkotmányi részeket. Eszerint az alkotmányozás a Sollen<sub>1</sub> keretei között lezajló folyamat lenne. E pozitivista alkotmánytan értelmében a normatív kommunikációs csatorna, amelyben és amely által a változás végbemegy, a Sollen<sub>1</sub> „teremténye”, ám az új impulzusok a régi csatornában is vezethetnének ennek nyomán új eredményre. Az alkotmányozás ontológiai többletminősége így nem a kommunikációs csatorna új tartalmában, hanem azon kívül, az előtt keresendő.

A normatív felfogás szerint az alkotmányozás azt jelenti, hogy az ilyen szándékú inputra a jog a maga formalizált eljárásával új alkotmány formájában válaszol (*output*), azaz az új alkotmány a korábbi jogrendszer outputja. Erre utal Kelsen is, amikor az érvényességi láncolatnál már-már görcsösen a normatív rendszeren belül akar maradni, azt feltételezván, hogy „[h]a [...] az alkotmány érvényességének alapjára rákérdezzünk, [...] akkor esetleg egy régebbi alkotmányra bukkanunk”.<sup>131</sup> Kelsen persze eleve normatív rendszeren belül képes csak az érvényesség fogalmát

<sup>129</sup> PASCHUKANIS 2003: 89 sk.

<sup>130</sup> SCHMITT 2003: 88.

<sup>131</sup> KELSEN 2001: 36.

megragadni, és ezért van szüksége a hipotetikus alapnorma fikciójára. A realista jogelmélet azonban a jog megszűntével is számol, sőt, tényhelyzetet tart a jogrendszer forrásának, érvényességindító alapjának.

Tény, szigorúan jogi nézőpontból azért jelent problémát egy másik alkotmányba való átmenet, mert közben megszakad a jogi kontinuitás: lesz egy olyan pont, teoretikus időtartam, amikor a klasszikus jogtudomány fogalmai nem megfelelőek a jelenségek jellemzésére,<sup>132</sup> ekként az új alkotmány nem a korábbinak, hanem egy jogi vákuumnak az outputja.

A kelsen elméletben ábrázolt érvényesség csak normális állapot jellemzője lehet<sup>133</sup> – az *in statu nascendi* jogrendek azonban nem normális, hanem legfeljebb normalizálódó állapotok; így nem az érvényesség, hanem a ténylegesség jellemzi (még) őket. Azaz a kelsen alkotmányfogalom a schmitti relatív alkotmány fogalmával feleltethető meg – ez azonban, realista nézőpontból, pusztán előzetes rend, a politikai egzisztencia, a schmitti értelemben vett *Verfassung* normatív kerete. Mivel Kelsen csak a normatív keretre koncentrál, valóban nem tudja (nem akarja) magyarázni azt a helyzetet, amelyben a normatív keret megszűnik érvényesülni (kilépés a tényszerűségbe), illetve amelyben új rend érvényesül (a jog előzetes rendjének létrejötte).

#### A realista koncepció sematikus ábrázolása

Az alkotmányozás realista felfogása az alábbi séma szerint írható le: a korábbi  $Sollen_1$ -szférában olyan változások mennek végbe, amelyek immár nem vagy csak önrombolólag magyarázhatók a  $Sollen_1$ -szféra normáival, fogalmaival. Ha egy országban forradalom tör ki, akkor ugyan továbbra is érvényes a  $Sollen_1$  – hiszen az érvényesség normatív jelenség, és nem ténylegességet jelent, de ez a  $Sollen_1$  képtelen lesz immár érvényességét érvényesíteni, vagy ha mégis, akkor a túlzott érvényesítési szándékok önromboláshoz vezetnek.<sup>134</sup> Egyrésztől azért, mert maga a normatív rend is esetleg megszegi már saját normáit – tehát az érvényesítők is a faktualitás aktorai lesznek –, másrésztől a túlfeszített államgépezet (jogrend) és a fokozódó ellenállás tovább mélyíti az érvényesség ( $Sollen_1$ ) és a ténylegesség ( $Sein_F$ ) közti szakadékot. Ahogy Carl Schmitt írja: „Minden norma normális helyzetet előfeltételez, és a jogi norma nem lehet érvényes egy vele szemben teljesen abnormális helyzet számára”,<sup>135</sup> azaz a hagyományos jogi leírás értelmét veszti ilyenkor, mert a belső ellentétek olybá

<sup>132</sup> LIPPOLD 2000: 250 sk.

<sup>133</sup> DIAS 2005: 228.

<sup>134</sup> Így érthető meg az a Walter Benjamin-féle tézis, hogy a „jogmegtartó erőszak” is eleve tartalmaz belső fenyegetést a jog integritására.

<sup>135</sup> SCHMITT 2002: 31.

intenzíválódnak, magyarul: politikaivá válnak; hogy a konfliktusok végét csak valamely politikai akarat politikai döntése jelentheti.<sup>136</sup>

Ha azonban nem politikailag, hanem jogilag nézzük az ilyen folyamatokat, akkor az ilyen helyzetekben érvényességkollízióról beszélhetünk,<sup>137</sup> ugyanis ütközik egymással a jogi és a szociális érvényesség. Azt, hogy melyik fog aztán legálisan és legitim módon érvényesülni – azaz melyikben egyesül a jogi és a szociális érvényesség –, a konfliktus után lehet csak megmondani. De mi érvényesül a konfliktus alatt? Ugyebár vagy a régi jogrendszer (ugyanis az őt leváltó még nem volt képes ténylegesen, teljesen és főleg jogi értelemben leváltani a régit), vagy a konfliktus végén győztes – mintegy visszamenő hatállyal –, vagy mindkettő, konkurálva egymással.<sup>138</sup> E vita elméleti jellegű és esetleges megoldása is hipotetikus vagy ideologikus funkciót tölthet csak be. Valójában az érvényességkollízió idején a folyamatokat a Sein<sub>F</sub>-szféra belső önmozgásai határozzák meg, de a folyamatok során eleve nem is beszélhetünk *stricto sensu* érvényességkategóriáról, mert az érvényesség csakis rendszerszinten releváns, az valamiféle kialakultságot feltételez.<sup>139</sup> A folyamatok jogisága majdan attól függ, hogy melyik „erőszak”<sup>140</sup> – a korábbi jogot megtartani vagy az újat létrehozni akaró – kerekedik-e felül a „kivételes állapotban”.<sup>141</sup>

Mikor születhet új Sollen? Értelemszerűen nem a „jogmegtartó erőszak” győzelme esetén – noha ez is faktuális folyamat eredménye lenne –, hanem a „jogtételező erőszak” sikerekor. Az alkotmányozás ilyenkor faktuális folyamat következménye. Ha sikerül új alkotmányt elfogadtatni a ténylegesség szféráján belül – azaz megteremthető a „homogén közvetítő közeg”<sup>142</sup> –, akkor valamilyen legitimációs aktus keretében a ténylegesség szféráján belül létezőből (új *Verfassung*) a normatív szférában érvényes jelenség (az új *Verfassung*nak formát adó *Verfassungsgesetz*) válik. Ekkor már nem a ténylegességtől, hanem az érvényesség érvényesítésétől függ a győztes „jogtételező erőszak” megvalósulása.

<sup>136</sup> SCHMITT 2002: 26.

<sup>137</sup> Ha Bódig Máttyás Kelsen-interpretációját követjük, nem alakulhat ki ez a kollízió, ugyanis az érvényesség és a hatékonyság nem két, egymással akár kijátszható fogalom, hanem az érvényesség a normák létállapota, míg a hatékonyság azon tények jellemzője, amelyekhez potenciális jelentésként társul(hat)nak a normák; vö. BÓDIG 2007: 203.

<sup>138</sup> ALEXY 2005a: 145 sk.

<sup>139</sup> HELLER 1983: 285.

<sup>140</sup> A német *Gewalt* kifejezése adná vissza a legpontosabban azt, amire az „erőszak” alatt gondolunk, ez ugyanis hatalmat, tehát eleve valami legitimet is jelent, de azon túlmutató erőszakot is; és ez esetben éppen nem gond, hanem megtermékenyítő a fogalmi bizonytalanság (elvégre a jelenség maga is bizonytalan).

<sup>141</sup> Herrfahrdt azonban arra a jogbiztonsági követelményre mutat rá, hogy a forradalom után – míg az új alkotmány kellőképp nem érvényesül – a korábbi írott alkotmányt kell érvényesnek tekinteni; lásd HERRFAHRDT 1970: 85.

<sup>142</sup> SCHMITT 1992: 5.

Az alkotmány (Verfassung) születése is tehát a hatalomhoz (*Macht, Gewalt*) kapcsolható. A hatalom weberi meghatározása szerint voltaképp annak esélyét jelenti, hogy „egy társadalmi kapcsolaton belül ellenkező törekvéssel szemben [sikerül] keresztülvinni a saját akaratot”.<sup>143</sup> Azonban ahhoz, hogy ez az esély ne holmi matematikai véletlenszerűség, hanem részben elfogadott állapot legyen, legitim indokokkal kell bírnia a hatalomnak. Mitől elfogadott (weberi értelemben legitim) az uralom? Azon októl, amely a címzetti körben mint pszichológiai azonosulás vagy legalább potenciális azonosulás felfedezhető: ez az elfogadás nyugodhat az uralom legalitásán (legális uralom), a fennálló hagyományokban (tradicionális uralom) vagy egy vezér személyes tulajdonságaiban (karizmatikus uralom).<sup>144</sup> Mivel a modern államban – szervezeti okokból kifolyólag is – a legitimitás alapja a legalitás, az állam a jogra támaszkodva szerveződik. Az alkotmány ama előzetes rend, amely a jogi rendet rendezi.<sup>145</sup>

A ténylegességen belüli magatartásokat bizonyos kauzalitás jellemzi, mihelyt azonban kialakulnak a jogi keretek, a magatartások – immár visszamenőlegesen is – megfeleltethetők egy mintának, azaz megjelenik az érvényesség kategóriája, és a cselekedetek ekként, eljárási kommunikációban (az érvényesség érvényesítésével) többletjelentést nyernek. A Sein<sub>F</sub>-szférán belüli önmozgások így sohasem a Sollen<sub>1</sub>, hanem – *ex post facto* – a Sollen<sub>2</sub> szemszögéből ítéltetők meg.<sup>146</sup> Minden bizonnyal egy győztes forradalom képes lesz állam- és jogelméletileg igazolni a megelőző tényleges mozgásokat, elvégre – ahogy Andrew Arató írja szellemesen – „[n]ehéz [...] elutasítani a forradalom legitimációját, miközben az ember forradalmat hajt végre”.<sup>147</sup>

### A forradalom mint jogforrás?

Ha a jogi realizmusnak igaza van, akkor az alkotmány forradalmi helyzet, de legalábbis jogon kívüli állapot eredménye – azaz vizsgálatakor óhatatlanul kilépünk a jogtudomány szűken vett területéről. Ezt a tényállapotot jogilag nehezen tudjuk leírni, mivel a jog szókincsével a jogon kívüli világot nem vagy legalábbis nevetségesen irreálisan tudjuk csak megragadni. A korábbi jog érzékeli ugyan, hogy valamiféle jogellenes cselekedetek zajlanak, és ezeket képes is kommunikációs csatornáján belül, bináris kódrendszerével jellemezni, de a jogellenesség hipertrófiája a jogszerű válasz,

<sup>143</sup> WEBER 2006: 62.

<sup>144</sup> WEBER 2006: 218.

<sup>145</sup> ANTER 2004: 161.

<sup>146</sup> DERRIDA 1991: 79.

<sup>147</sup> ARATÓ 1999: 159. Az 1918-as német forradalom során hozott döntések is csak utólag váltak „jogszerűvé”, lásd *Übergangsgesetz* 1919, 240.

a bináris kód deformálódásához, és végül eltűnéséhez vezet. A jogellenesség is igényel valamiféle fennmaradót, érvényesülő jogszerűséget (amellyel szemben ő jogellenes lehet), így ennek az elmaradása, azaz a jogszerűség teljes érvényesítlensége, megszűnése eleve értelmetlenné teszi az „ez a cselekedet jogellenes” típusú kijelentéseket, hiszen – a valóságot nézve – immár nincs semmi, ami vele szemben a jogszerűség jellemzőjével bírna.

A forradalomban nemcsak a kezdetben jogellenes aktorok, hanem az eredetileg a jogszerűség díszruháját magukra öltő szereplők is (rendőrök, igazságszolgáltatás stb.) kilépnek tényleges cselekményeik során a jogszerűség szférájából. És ha a kommunikációs „értékduál” egyik oldala („jogszerűség”) „kiesik”, a másik („jogszerűtlenség”) értelmét veszti. Hiszen nincs már mihez képest „jogszerűnek”/„jogszerűtlennek” lenni. A forradalom nyelvezete ezért nem a jog nyelve, és mihelyt a forradalom nyelvezete határozza meg a cselekmények logikáját, önképét, önleírását, átlépünk a ténylegesség szférájába. A forradalomban, a ténylegességben tehát feloldódik, szublimálódik a jogi kommunikáció.

Az új, majdani jogi kommunikáció forrása lehet-e azonban a forradalom? Ez a jog érvényességének alapvető kérdését veti fel. Anélkül, hogy ezt a bonyolult kérdést megválaszolnánk, Radbruch nyomán felvázoljuk a lehetséges eddigi utakat, próbálkozásokat. Gustav Radbruch szerint a jog érvényességére irányuló kérdések háromféleképpen válaszolhatók meg: jogilag, ténylegesen és idealistán.

1. A jogi érvényességtan nem lép ki a jog zárt szférájából, azaz egy norma érvényességét egy másik norma érvényességéből vezeti le. Amint azt fentebb láttuk, e zárt gondolkodás nem képes az alkotmány érvényességét megmagyarázni, vagy legalábbis – Radbruch szerint – feloldhatatlan *circulus vitiosus*-ba jut, amennyiben is a jogilag értelmezett államot a jogra magára, a jogot magát pedig a jogilag értelmezett államra vezeti vissza.<sup>148</sup>

Kelsen elméletében az érvényesség egyébként is relatív fogalom, mert nem az egész jogrendszer érvényességét mint olyat, hanem a jogrendszer normáinak érvényességét magyarázza csak (relativitás), mégpedig egy másik normából levezetve (derivativitás). Azonban Kelsen nem mondja meg, hogy miért lenne az érvényes önmagában, amire a normát visszavezetjük,<sup>149</sup> mert annak érvényességét is egy még feljebb álló normától származtatná. Ezt nevezi Robert Alexy a jogi érvényesség „belső problémájának”. (A „külső probléma” pedig a másik kettő érvényességformához – a társadalmihoz és a morálishoz – való viszonya.)<sup>150</sup> Kelsennél az a kijelentés, hogy „N norma érvényes”, abszolút értelemben véve teljességgel értelmetlen, mert Kelsen az érvényességet zárt rendszeren belüli

<sup>148</sup> RADBRUCH 1914: 159.

<sup>149</sup> ROSS 1989: 260.

<sup>150</sup> ALEXY 2005a: 143.

kapcsolatból ( $N_1 \rightarrow N_2$ ) vezeti le, miközben a rendszer egészének érvényességét nem tudja megfelelően (értsd: elméletének megfelelően) megválaszolni. De mert éppen csak a rendszeren belül vizsgálja az egyes részek érvényességét, nem kell kitekintenie a rendszerből, és a Sollent a Seintől teljesen függetlenül elmélete szempontjából.

A jogrendszer érvényességére irányuló kérdés megválaszolásánál óhatatlanul olyan kompromisszumokba kényszerül Kelsen, amelyek a korábbi, szigorú megkülönböztetéseket relatívvá teszik. Kénytelen ugyanis elismerni, hogy a jogrendszer egészének érvényessége, azaz az alapnorma érvényessége – a belső érvényességszármaztatási láncolatnak az alapnorma a kiindulópontja, így a rendszer érvényességének vizsgálatakor ennek érvényességére kell „csak” fókuszálnunk – a hatékonysággal áll összefüggésben: „Az emberi magatartást szabályozó jogrend érvényessége [...] a hatékonyságtól [függ].”<sup>151</sup> A naturalista hibát elkerülő, szigorúan normativista érvényességfogalom tehát csak a rendszeren belül, a normák vonatkozásában tartható, hiszen ott nem feltétel, hogy az egyes norma érvényesüljön is, elég ha normatíve egzisztál, azaz érvényes.<sup>152</sup>

Hogyan áll ez az elmélet a forradalommal? Kelsen is számol a forradalom jogrendszerteremtő jellegével. A forradalom nála is tényfolyamat, és amennyiben sikeres lesz (tehát az általa elképzelt rendet hatékonyan megszilárdítja), akkor volta-képp a hatékonyság révén az új rend válik érvényessé. Normativista terminológiával élve a forradalom nem más, mint új alapnorma tételezése, amely aztán az összes többi belső norma (alkotmány, törvény, rendelet, bírói ítélet stb.) érvényességét kiváltja. Az egész jogrendszer érvényességét viszont kénytelen a hatékonyságtól függővé tenni, ezáltal Kelsen tiszta jogtana is elismeri a sikeres forradalom jogforrási jellegét, és ezzel implicite az episztemológiailag kezelt és élesen szétválasztott Sein- és Sollen-szféra ontológiai egymásrautaltságát, komplexitását.<sup>153</sup>

2. A faktikus érvényességtan hatalmi helyzetből, a jog tényleges érvényesüléséből következtet annak érvényességére – ahogy Radbruch írja: „A jogtudomány nem dönthet a jogrend érvényességéről [...] Az a jogrend érvényes, amelyik

<sup>151</sup> Kelsen 2001: 39.

<sup>152</sup> Kelsen 2001: 40. Bódig Mátyás szerint viszont helytelen lenne az érvényesség és a hatékonyság közti párhuzam Kelsen által felismert jelenségében a kelsenit tisztaság megsértését látni, ugyanis „[a] hatékonyságfeltétel [...] egyszerűen abból következik, hogy Kelsen szerint a normatív értelmezés bizonyos tények egyik lehetséges értelmezése. [Azaz a] jogtudós csak egy működő (azaz szociológiai értelemben hatékony) kényszerrend esetében állhat elő normatív értelmezéssel”, magyarul Kelsen hatékonyságfeltétele nem a normákra vonatkozik (amelyek csak érvényesek), hanem a normák jelenlétét adó tényállásokra; lásd Bódig 2007: 203.

<sup>153</sup> Peschka 1972: 54 sk.

a konkuráló jogrendekkel való harcban sikeresen teremtett magának tényleges hatékonyságot [...]”<sup>154</sup>

Az a „jog” válik joggá, amely mögött győztes forradalmi erő áll. Radbruch azonban rámutat arra, hogy ez a megfigyelési álláspont – legalábbis szerinte – nem a jogászé, hanem a történészé és a szociológusé, mert „a jogásznak és a jogfilozófusnak minden egyedi esetben követelnie kell a jog érvényességének bizonyítékát, és ezért nem azonosíthatja az érvényességet a hatékonysággal, a hatalommal, amellyel nem rendelkezik a jog minden egyedi esetben”.<sup>155</sup>

Ha ugyanis kizárólag szociológusként tekintenénk egy olyan társadalomra (vagy akár annak egy részére), amelyben a többség ilyen vagy olyan okokból kifolyólag bűnözésből tartja el magát, és a rendőrség képtelen ettől visszatartani, akkor ebben a társadalomban valóban az ököljog tűnhetne jognak. Holott a jog éppen akkor kell hogy megnyilvánuljon, amikor nem engedelmeskednek neki. Ha ennek hiánya esetén a jog hiányát is megállapítanánk, akkor a jog represszív jellegét tagadnánk, és a társadalmilag elfogadott, követett jelenséget tekintenénk csak jognak. Ezért fontos, hogy az érvényesség és az érvényesülés ne mosódjék teljesen össze, azaz a jog őrizze meg a társadalmi valótól való különállását, hiszen – ahogy Lukács György is rámutat – csak így biztosítható, hogy a létnek lesz mintaként szolgáló célja.<sup>156</sup> Különben az van, ami van – mindez nem igényel jogtudományi elmélyülést.

Míg Kelsen szerint egy jogrendszert csak a logikai ellentmondás („A legyen és nem A legyen”) vethet szét,<sup>157</sup> a szociológiai elmélet szerint az úgynevezett teleológiai ellentét („A legyen és nem A van”) szintén lerombol(hat)ja. A jog viszont akkor érvényesül, amikor nem hatékony – amikor tehát nem A van (azaz jogsértést követnek el) –,<sup>158</sup> és ezért pusztán a pillanatnyi hatékonytalanságból nem következtethetünk érvénytelenségére is. Ám ha nem érvényesítették, tehát a jogsértésre nem adatik jogi válasz – azaz végül tényleg nem A lesz –, akkor végső soron megkérdőjeleződik az egész jogrendszer léte. A két érvényességfogalom összetársítható, amint Pokol Béla is külső és belső érvényességről beszél.<sup>159</sup> A jog belső érvényességét valóban leírhatjuk a kelsen-i modellel, míg a külső érvényességét a ténylegességgel, azaz az érvényesüléssel állíthatjuk párhuzamba.

<sup>154</sup> RADBRUCH 1914: 163–164.

<sup>155</sup> RADBRUCH 1914: 165.

<sup>156</sup> Idézi PESCHKA 1972: 34.

<sup>157</sup> KELSEN 2001: 17.

<sup>158</sup> A jog lényegi eleme a jogsértés, hiszen csak a jogsértés megléte mellett jelentkezhet a jog jogként, tehát normatív válaszként (KELSEN 2001: 16), mert a tény- és a normaszféra folyamatos egyezése esetén értelmét vesztené a jog jelensége, mert olyasmit parancsolna, ami egyébként is fennáll, márpedig „[n]incs értelme elrendelni azt, amiről föltehető, hogy természeti szükségszerűséggel amúgy is bekövetkezik” (KELSEN 2001: 38).

<sup>159</sup> POKOL 2005: 243.



3. A filozófiai érvényességtan messzire tekint, a Sollen és a Sein valóságán túl, s azt kérdezi, hogy miért kell (morális értelemben, azaz a kényszeren túlmutató okokból) követni a jogot.

Nos, ha a forradalom jelenségét tekintjük, láthatjuk, hogy a jogi érvényességtanban a forradalom értelmezhetetlen kategória, amelynek legalábbis csak érvényességtromboló, és nem teremtő funkciója van. A filozófiai érvényességtan kíváncsisága pedig a jog érvényességénél nem állna meg, hanem a forradalomnál is továbbkérdezősködne annak legitimitása iránt, újabb szép, de cáfolható teóriák felállításával. A faktuális érvényességszármaztatás – tehát ahol a jog mint *law in action* jelenik meg – képes viszont jogilag megragadni a forradalmat,<sup>160</sup> tehát azt az állapotot, amelyben a politikai közösség lényegéről szóló normákat már nem követik, és a közösségen belüli politikai cselekvést más események, aktorok és faktorok határozzák meg.

Lehet-e tehát akkor jogforrás a forradalom? A ténylegességből származhat-e jog? A faktuális érvényességszármaztatási tan számára nem kérdés, hogy igen, hiszen minden jog a ténylegességtől függ, és így a jog végső oka is ebben keresendő. A korábbi jogrendszerből az újba viszont nem léphetünk át a korábbi jogrendszer folyosóján (mert akkor az új jogrendszer nem lenne új, hanem a korábbiba eleve vagy lehetségszerűen „belegondolt”). A kilépés mint aktus ugyanúgy tény, mint a tény lezárása (alkotmányozó döntés), és mindkettőre, azaz a kilépésre s a kilépés lezárására is legtipikusabban forradalmi helyzetekben kerülhet sor. Azaz a forradalom mint tény mégis lehet jogforrás. De csak a szociológiai jogforrásfogalom értelmében, ahol a jog alapja (forrása) az érvényesülés (és nem a pusztá egzisztálás, azaz az érvényesség) – márpedig győztes forradalom alatt és után a nép a tényleges hatalomnak engedelmeskedik, vagy legalábbis a tényleges hatalom képes akaratát kikényszeríteni. A közjogban a tényleges hatalom és a jogi hatalom valahogy úgy viszonyul egymáshoz, mint a magánjogban a birtok és a tulajdon<sup>161</sup> – azzal a nem jelentéktelen különbséggel, hogy míg a birtok jogilag bizonyos védelmet élvezhet, és jogilag előre szabályozottan válhat tulajdonná (elbirtoklás), addig a közjogi ténylegesség a jogi hatalom oldaláról (fennálló jogrendszer) semmiféle védelemben, biztosításban nem részesül, noha idővel maga is jogilag biztosítottá válhat, azaz az idő (hasonlóan a birtokhoz) végül a közjogban is jogerősítőleg hathat (mint az elbirtoklásnál a magánjogban).

### A jog dekonstrukciója

A Sollen<sub>1</sub> tehát nem normatív, hanem faktuális aktus révén szűnik meg érvényesülő érvényességgel bírni – érvényessége ezzel szemben sohasem szűnik meg, hiszen

<sup>160</sup> ZIPPELIUS 1997: 17.

<sup>161</sup> HERRFAHRDT 1970: 57.



ahhoz a Sollen<sub>1</sub>-szférán belüli érvénytelenítési módokat (parlament általi visszavonás stb.) kéne felhasználni. Új alkotmány – mint új egzisztencia – nem a Sollen<sub>1</sub> érvénytelenítésével, hanem érvényesíthetlenségével születik, hiszen az alkotmány nem normatív, hanem tényjelenség, ezért sem születése, sem megszűnte nem kapcsolható normatív (jogi) folyamatokhoz, hanem csak a ténylegesség önmozgásaihoz. Az alkotmányban mint a jogi felépítmény csúcsában aztán egyesül a szociális és a normatív érvényességfogalom, ám a normatív adódik a szociálisból.

Az alkotmány normatív érvényességének végső alapja tehát a ténylegesen bekövetkezettnek az elfogadása.<sup>162</sup> A realista ontológia szerint – ahogy Karl Olivecrona írja – „közvetlenül vagy közvetve minden alkotmány vagy háborúból, vagy forradalomból származik”.<sup>163</sup> Carl Schmitt hasonlóan ír: „Az alkotmány nem olyan normán nyugszik, amelynek helyessége lenne az [alkotmány] érvényességének alapja. [Az alkotmány] a politikai valóságból származó, a módról és a saját létét meghatározó normáról szóló politikai döntésen nyugszik.”<sup>164</sup>

E koncepcióhoz áll közel Jacques Derrida elmélete is.<sup>165</sup> Szerinte, ha linearitásban nézzük a jogot, a jog forradalmi állapotból, erőszakból születik, ahol önmaga realizálja önmagát. Mert ha az új jog a régi jog talajából nőne ki, nem is lenne újszerű: legitimitása nem önmagától, hanem a régi jogtól származna. Derrida kiveszi a talajt a jog alól, mert szerinte a „jog” szöveggént bárhogy értelmezhető (nem lévén immanens objektív jelentése), időbelileg és elméletileg nézve pedig „alaptalan”, „megalapozatlan” jelenség (a jog dekonstrukciója),<sup>166</sup> hiszen a jogban minden – textus, kontextus, cselekvés és annak jogi értékelése – többjelentésű.

Mindez azonban nem a jog tagadásához vezet. Jacques Derrida sokat sejtető kijelentése szerint „a dekonstrukció az igazság”.<sup>167</sup> Mit is jelenthet ez? Nem az igazság tartalmi koncepcióját – hanem módszerét. Az igazság tehát dekonstrukció révén érhető el. Amennyiben lebontjuk a teremtetett fogalmi világot, jogi mítoszokat, hiedelmeket, juthatunk el a valósághoz. A valóság – az „igazság” – azonban nem a semmi. A jogi dekonstrukció arra mutat rá, hogy ugyan a jog nincs – hiszen nincs valós léte, csak érvényessége, amely viszont kijelentés, de nem valóság –, ám a jognak van ontológiai környezete: oka, létrejötte, érvényesülése, amely már van. Ennek jelentősége főleg a voluntarizmus konzervatív kritikájában jut érvényre.

<sup>162</sup> WINTERHOFF 2007: 144 sk.

<sup>163</sup> OLIVECRONA 1981: 344.

<sup>164</sup> SCHMITT 2003: 76.

<sup>165</sup> Minderről lásd DERRIDA 1991: 27–30, 72–114.

<sup>166</sup> DERRIDA 1991: 30.

<sup>167</sup> DERRIDA 1991: 30.

## Az akarat mint az érvényesség feltétele

A jog érvényes és érvényesülő kényszerrend. Érvényes, azaz a Sollenszférában egzisztál, és kötelezettséget fejez ki, amely kifejezés lehetősége nem függ a kifejezés megvalósulásától. Am mivel a jog érvényesülő rend is, az érvényes kifejezések igénylik a megvalósulás lehetőségét<sup>168</sup> (ami továbbra sem jelenti, hogy magát a megvalósulást igényelnék, hiszen ez esetben érvényesség és érvényesülés egyet jelentene).

Ha az érvényes akarat pusztán az akarat megfogalmazása révén érvényesülne, akkor az érvényesség és az érvényesülés egybeesne, azaz a Sollen voltaképp a Seint fogalmazná meg más nyelvtani szerkezetben, azt írva tehát elő kellőként, ami eleve is van. Ez esetben állíthatnánk, hogy az érvényes jog érvényesülése természetes. Mivel azonban a jogról való gondolkodás elsődleges feltétele, hogy megőrizzük az érvényesség és az érvényesülés kettőségét – ha ugyanis ez összemosódik, már nem jogról, hanem a létező mindenről (minden létezőről) beszélünk –, nem tagadhatjuk, hogy a jog kényszerrend. És e jellege nem mellékes, mert épp ezáltal fejezzük ki a jogról való gondolkodhatóság elsődleges feltételét: az érvényesség és az érvényesülés kettőségét. Miért is? Gondoljunk bele, mi lenne annak a következménye, ha azt állítanánk, hogy a jog elsődleges megkülönböztető jegye és lényege nem a kényszerben van! Az ilyen állítás implicite két további vagylagos állításban gondolható tovább: (1) a jogot vagy teljességgel a Sollenszférába utaljuk, és logikai kategóriaként kezeljük, nem is tartva fontosnak társadalmi interaktivitását, azaz érvényesülését (noha még a szigorú normativista Hans Kelsen is egy minimumhatékonyságot elvárt azért a jogrend egészétől), (2) vagy pedig a jogot teljességgel belemossuk a valóságba, azt gondolva, hogy jogilag nézve is igaz az a fizikai törvényekre alkalmazható állítás, hogy úgyis az van, aminek lennie kell, s úgyis annak kell lennie, ami van. Azonban éppen Kelsen állapítja meg, hogy „ahogyan lehetetlen az érvényesség meghatározásánál a valóságtól elvonatkoztatnunk, éppen úgy lehetetlen az érvényességet a valósággal azonosítanunk”.<sup>169</sup>

A szigorú, a jogot csak logikai összefüggéseiben kezelő normativizmus a valóságról szakítaná le a jogot; a természetjogias gondolkodás viszont azonosítaná a valósággal a jogot (a természetjog számára ugyanis a jog is csak azon Sein egyik eleme, amely felett a természetjog mint Sollen helyezkedik el).<sup>170</sup> Az eredmény mindkét esetben ugyanaz: a jog funkcionális értelmetlensége. A normativizmusnál a jog teoretikus értelmét megőrizhetné, gyakorlati értelemmel viszont épp nem bírna,

<sup>168</sup> A göttingeni Sabine Müller-Mall különbséget tesz érvényesség (*Geltung*) és normativitás (*Normativität*) között: az első a norma absztrakt lehetősége arra, hogy hatni tudjon, a második viszont maga a konkrétan kifejtett képessége arra, hogy hasson; lásd MÜLLER-MALL 2007: 18.

<sup>169</sup> KELSEN 2001: 39.

<sup>170</sup> PESCHKA 1972: 33.

hiszen kihagynánk fogalmi meghatározásából a céljába implikált társadalmi meghatározottságot és meghatározást. A természetjogi koncepciónál viszont tudományos és gyakorlati értelmét is elveszítené a jog: tudományosan, nem elkülönülve immár, nem lenne vizsgálható, gyakorlatilag pedig szintén nem bírna autonóm értelemmel, mert egy nagyobb értelem (Sein) része lenne.

A jog kényszerrendjellege biztosítja, hogy a jog úgy lehet érvényes és érvényesülő rend, hogy közben az érvényesség és az érvényesülés nem egymás szinonimája, hanem esetleg feltétele csak. (Azaz a jog azért van – érvényes –, hogy célja szerint alakítsa a társadalmat, tehát érvényesüljön, ám az érvényesülésről csak akkor beszélhetünk, ha van olyan minta – maga az érvényes jog –, amelyhez képest lehetséges inkább vagy kevésbé érvényesülést megállapítanunk. Az érvényességnek tehát célja az érvényesülés, az érvényesülésnek pedig feltétele az érvényesség. Ha összemosódnának, a jog a célját, a jogszerűség a feltételét vesztené.) Ha tagadjuk a kényszert, tagadjuk a jog értelmét, teleologikus, jövőre orientált és társadalmi jellegét. Mivel az érvényes jog nem eleve azonos az érvényesülővel – azaz nem mindig az van, aminek lennie kell –, így az érvényes tartalom sem eleve, hanem a kényszer, az akarat révén érvényesül.

A jog érvényes és érvényesülő kényszerrend: olyan kellést fejez ki, amely nem immanens tulajdonsága az előírás címzettjének, és nem szükségszerű következménye az előírás feltételéről szolgáló tényállásnak. Nem a jelenségek képe, hanem mintaképe.<sup>171</sup> Akik egy folyamat, egy jelenség, egy esemény immanens tulajdonságának tartják annak jogi minőségét (minősítését),<sup>172</sup> Seinből következtetnek Sollenre. Egy jelenség jogi minősége nem azt jelenti, hogy maga a jelenség milyen, hanem hogy milyennek kell lennie. Míg a természeti törvény úgymond következik,<sup>173</sup> addig a jog vonatkozik. Nem kauzális, hanem teleologikus aktus.

Mivel a jog teleologikus aktus, ezért a jogkövetkezmény nem kauzálisan, hanem akaratlagosan kapcsolódik a jogilag értelmezett jelenséghez, viszonyhoz, folyamat-hoz, személyhez. Az absztrakt szinten mindez előremutatóan történik: kijelentve, hogy általában milyennek kell tekinteni bizonyos tényhelyzeteket; a konkrét szinten – az alkotó jogalkalmazás szintjén – viszont visszamenőlegesen állapíttatik meg, hogy egy megtörtént jelenséget milyennek kell látni, ha jogilag akarjuk látni. Az alkotmányozás mint faktuális folyamat természetesen kauzális eseménysorból áll, a döntés mint ideális Sein „megteremti” azt a reális Seint, amely maga a politikai egzisztencia, és azt a Sollent, amely a normatív keret, a tulajdonképpeni és érvényes jog.

<sup>171</sup> ACHERMANN 1955: 55.

<sup>172</sup> Már a szakirodalmi szóhasználat – minőség helyett minősítés – is elárulja azt, amit állítunk majdan, hogy a jog nem fennáll, nem eleve van, hanem mindig kimondatik, hozzárendelődik (hozzárendeltetik) a tényekhez.

<sup>173</sup> Éppen ezért „érvényesség” nélkül „érvényesül”.

A kellés tehát nem immanens tulajdonság, nem következik magából a jelenségből, a folyamatokból, hanem a jelenséghez, a folyamatokhoz rendelt jelentés. Rendelt, azaz akaratlagos, aktív tevékenységet feltételező magatartás áll az egész jogi felépítmény mögött, ahogy Achermann írja: „Ha az, aminek lennie kell, nem a létezőben és nem a létező által ismerhető fel, szüksége van autorításra, amely a kellést tételezi.”<sup>174</sup> Ezért jelenik meg központi és szükségszerű elemként a jogban az akarat.

### Az akarat mint az érvényesülés feltétele

A pozitívizmus számára a jog már csak megszületettségében létezik. A dekonstrukcionizmus és a realizmus irodalma alapján meg úgy látszhat, a jog *ex nihilo* jön létre: oka egy akaratát megfelelően érvényesíteni képes döntésben fedezhető fel, amely döntés megteremti a letisztult állapot normatív kereteit, ekként az új politikai egzisztencia alkotmányi törvényét.

Mitől függ azonban a döntés akaratspektruma és érvényesülésének sikere? A fentiekben már kimutattuk, miért nincs normatív korlátozva a jogszületés folyamata. Az etikai normák csak a belső azonosulás esetén korlátozhatnak – de ez esetben önként vállaltan, tehát szűk értelemben véve nem is valódi (azaz *externus*) korlátként<sup>175</sup> –; jogi normák, mivel még nem jött létre maga az új jogrendszer, nem is léteznek, a korábbi jog pedig, elveszítve mindennemű hatékonyságát, éppen nem alkalmas a korlátozásra. A jogi normák elismerése esetén tagadnánk a korábbi jog érvényesületlenségét, ekként az egész alkotmányozási helyzet kialakulhatóságát. Elvégre a szuverén alkotmányozó akarat azért jelenhetett meg, mert a korábbi jogrendszer immár képtelen saját normáinak érvényt szerezni – Seinbázisát elvették, ellenerőszakkal ellehetetlenítették –, ekként logikailag lehetetlen, hogy egyszerre állítsuk a korábbi jogrendszer normáinak érvényesülő és a szuverén alkotmányozó akarat aktív egyidejű létét.

Mégsem állítjuk azt, hogy az a „jogi vákuum”, amelyben a szuverén alkotmányozó akarat „akar” – azaz hat –, mindentől mentes, társadalmi üres tér lenne. A korlátok azonban nem normatívak, azaz nem konstruáltak, hanem az alkotmányozás folyamatának lényegéből, céljából, az abban részt vevő alanyok alanyiségéből adódnak.

<sup>174</sup> ACHERMANN 1955: 4.

<sup>175</sup> Korlátnak azt tekintjük, ami a korlátozott alany akaratán kívül állóan hat a korlátozott alany cselekvési lehetőségére. Mindaz, amit azért nem teszünk meg, mert eleve nem tehetnénk meg, nem korláta szabadságunknak (lásd FEINBERG 1999: 20 sk.). A jogi és az etikai normák – előírások lévén – ekként korláta a cselekvésnek, ezért állítjuk, hogy ilyenek nincsenek a jog előtti rendezés időszakában, ám például a természeti törvények, amelyek egyébként szintén áthághatatlanok az alkotmányozás esetén, nem korlátok, mert nem előírnak egy cselekményt, hanem pusztán leírják azt, ami történik (PAUEN–ROTH 2008: 59–64).

Mindez egyáltalán nem jelenti az akarat szabadság csökkenését, mert a determináció összeegyeztethető a szabadság jelenségével (a kompatibilitás tézise).<sup>176</sup>

Az akarat lényege, hogy általa célokat tudunk önmagunk számára meghatározni, és e célokat követni vagyunk képesek. Társadalmilag az akarat leginkább a procedurális rutin elméletének segítségével írható le, amely szerint az akarat – az elmélet szerint az individuális akarat is – filogenetikai és ontogenetikai tényezőktől, azaz velünk született és megszerzett faktoroktól (determinánsoktól) függ: ezek teremtik azon belső szabályrendszert, amelynek működését kívülről célra törekvő akaratnak látjuk, holott a bennünk lévő öröklött és tanult tényezők által kialakított szabályok szerinti cselekvés történik.<sup>177</sup> Egy társadalom életében a kultúrát azonosíthatjuk ezzel az öröklött és tanult szabályrendszerrel, és ez hordozza tehát a potenciális célokat és azok elérhetőségének lehetőségét és módját.<sup>178</sup> Az elmélet kétféle cél között tesz különbséget: a *target* olyan cél, amely érzékelhető közelségben van (egy célszalag elérése ilyen cél), a *goal* pedig olyan cél, amely nem érzékelhető az erre irányuló akarat megjelenésekor, így eléréséhez szükség van azon feltételekre, amelyek egyáltalán lehetővé teszik az akarat tárgyának percipiálhatóságát.<sup>179</sup>

Állításunk szerint egy politikai egzisztencia megteremtése mint cél ilyen goal-nak tekintendő, hiszen az erre vonatkozó akarat nem érzékelhető célra, hanem olyanra irányul, amelynek először úgymond meg kell jelennie. Achermann példájával élve mondhatjuk, hogy „házat kell építeni”, s az akarat ekkor látszólag a házra irányul – noha az még kész sincsen, így maga is ideális Seintartalom csak –, de a kijelentés voltaképp olyan emberi magatartásokra vonatkozik, amelyek megteremtik annak lehetőségét, hogy az „építeni kell” felszólítás tárgya már valóban reális Seintartalom legyen.

A politikai egzisztencia akarásának feltétele, hogy legyen vele találkozó, hasonló tartalmú akarat, és az elfogadás után – közvetítő közegként – jöjjön létre a normatív keret, amelyen belül a teremtő (tételező) akarat már mint megőrző akarat él tovább, és célja nem a létezendő megteremtése, hanem a percipiálhatóan létező megőrzése. A tételező akarat sikerének tehát feltételekre van szüksége. A feltétel okán állíthatjuk, hogy az akarat a semmiből nem az új politikai egzisztenciát hozza létre, miközben a feltételek nem előzetes korlátot jelentenek – mint a jogi vagy az etikai normák esetén –, hanem azon közeget, amelyen belül valóban az akarat nemcsak megfogalmazza, de elérheti célját.

Mindezen feltételeket hívhatjuk legitimációnak is. Vagy Peschka Vilmos kifejezését átvéve: az akarat sikerének feltétele a (majdani) jog „társadalmi bázisának”

<sup>176</sup> PAUEN–ROTH 2008: 10, 19.

<sup>177</sup> A procedurális rutin elméletéről lásd PRINZ 2008: 18.

<sup>178</sup> A kultúra egy lehetséges, vázlatos felfogásáról lásd TECHET 2007: 65 sk.

<sup>179</sup> PRINZ 2008: 23.

megléte. Persze az akarat tartalmát nem korlátozza ez, sőt a megfelelően erős és hatékony erőszak e bázis ellenében is képes érvényesíteni akaratát, mert „[a]z állami kényszerrel támogatott államakarat formája [...] bármilyen társadalmi tartalmat általános érvényű jogként jelenthet ki”. Ámde Peschka mégis felhívja arra a figyelmet, hogy „a társadalmi-gazdasági feltételeknek ellentmondó, azokat ignoráló tartalmú jog előbb-utóbb végül is mindig elveszti érvényességét”.<sup>180</sup> E feltételek (determinánsok) tehát nem szűkítik az alany akaratspektrumát, pusztán sikerességét. Azaz: az ideális Sein korlátai a reális Sein okán jelennek meg, miközben – mivel két önálló létszféráról van szó – az ideális Sein önmagában nem korlátozott: bármi akarható, de nem bármi valósítható meg. Az akaratot mint ideális Seint nem korlátozza tartalmában semmi, ám sikere érdekében figyelembe kell vennie azt a közeget, amelyre irányul, amelyre vonatkozik.

A jog mint állami kényszer és akarat nem tartalma okán érvényes, miközben érvényességének eredményét, az érvényesülést igenis meghatározzák jogon kívüli, társadalmi jelenségek. Ami a jogot (mint Sollent) meghatározza, nem maga is Sollen, hanem a Sein, a valóság. A jog egyszerre hat a valóságra – visszatükröződik benne –, miközben a jog maga is e valóság visszatükröződése.<sup>181</sup> A jogi pozitivizmus hibája tehát, hogy a jogot kizárólag önmagában vizsgálja, nem észrevéve a létezővel mint befogadó-alkalmazó-értelmező közeggel való ontológiai és komplex kapcsolatrendszerét, mert a két szférát szétválasztja, és ismeretelméletileg kezelve logikailag eleve is szétválasztottnak tartja. Az axiológiai gondolkodás pedig a jogot ismét nem a valósággal, hanem még feljebbi (vagy még mélyebbi) normával való megfeleltetésben vizsgálja, értékeli, összefüggést vélve felfedezni az érvényesség és a tartalom között. A jogi pozitivizmus számára az érvényesség ekként – amint a kelsen tanok elemzésénél feljebb írtuk is – immanens, lényegi kategória; a természetjog számára pedig egy másik érvényes (kellő) (érték)rend függvénye. A jog mindkét esetben – a pozitivizmusnál *in se*, az axiológiai koncepciónál pedig relációjában – absztrakt kategória marad: érvényesülése így szintén absztrakt kijelentés maradhat csak.

Az absztrakt korlátok – ön- vagy külső korlátok – esetleges hiánya a jog kapcsán mégsem jelenti egyidejűleg, hogy a jog korlátoktól mentes bármi lenne. A jog érvényessége és érvényesülése függ a jog társadalmi környezetétől. Ebben az értelemben érthetőek Peschka Vilmos találó szavai, miszerint „a jog érvényessége tulajdonképpen mint a jog tartalmának próbája, kontrollja is felfogható”.<sup>182</sup> Az a reális jogontológia, amely éppen arról szól, hogy mindenféle absztrakt kategória létét tagadva kizárólag a folyamatok tényszerűségére figyel, nem is állíthatná azt, hogy bármi, ami a társadalmi térszférában, a Seinban végbemegy, minden korláttól

<sup>180</sup> PESCHKA 1972: 358 sk.

<sup>181</sup> Vö. többek között VARGA 2000: 21 sk.

<sup>182</sup> PESCHKA 1972: 359.



mentes lenne, és eredményét kizárólag önnön akarata, teremtmő ereje határozná meg. Ez a szemléletmód éppen a normatív tanokra igaz: a normatív szférában ugyanis valóban létrehozhatóak elszigetelt gondolati aktusokkal elszigetelt világok (Sollen), amelyeknek úgyis egyetlen feltételnek, a normatív érvényesség attribútumának kell csak megfelelniük.

A jogi realizmus azonban a jogi valóságra koncentrálna, annak minden bonyolult társadalmi, történeti összefüggésével, és amennyiben ezek között szeretne a szuverén alkotmányozó döntés sikeres, hatékony – azaz érvényesülő – lenni, sikere e környezetétől függ. Az érvényesülés ugyanis a szuverén alkotmányozó döntés akarata, ám nem szükségszerű következménye. Nem minden akarat képes lerombolni a korábbi jogi rendszert, hogy a faktuális szférában kikristályosodó döntésével újraformálja a politikai egzisztenciát, megteremtve azt az előzetes rendet, amelynek immár normatív, pozitívált megfogalmazása, kerete, letisztázása lehet az alkotmányi törvény. Az erre irányuló akarat sikerét tehát nem kizárólag az akarat ereje határozza meg – és ezt nem etikai minimumként, pusztán történeti igazsággént fogalmazhatjuk meg –, hanem az a közeg is, amelynek jogát rombolja le a szuverén alkotmányozó akarat, amely közeget formál újra, és amely közegnek új alkotmányt ad. Mert bár a jog akarat, s érvényesen bármi akarható, de nem hosszú távon, mert az érvényesség – mint folyamatszerű tulajdonság – csak egy elfogadott joghoz kapcsolódó attribútum.<sup>183</sup> Mindezzel nem az érvényesség és az érvényesülés közé teszünk egyenlőségjelet, tagadva netán magának a Sollennek is a létét, pusztán jelezzük, hogy – amint Peschka Vilmos írja – „[a] jog érvényessége az állami kényszerrel biztosított államakarati forma, a jogban kifejeződő akarat alanyának társadalmi különössége, tehát a társadalomban uralkodó osztály és a jog realizálódása, érvényesülése mint komponensek állandó mozgásban, alakulásban, levésben levő relációinak eredőjeként áll elő”.<sup>184</sup>

Az új jog ezért nem *in abstracto* születik, ekként nem is *ex nihilo* jön létre, hanem valami eleve meglévőbe épülve bele, amely mint anyag vagy befogadja, vagy nem. A szuverén alkotmányozó akarat sikere így az elfogadástól függ.<sup>185</sup> Az elfogadás voltaképp nem más, mint a normára – az akcióra – adott reakció, amely ha a normatartalommal megegyező irányú, akkor a norma érvényesülését, a norma szerinti magatartás bekövetkeztét segíti elő. Sabine Müller-Mall newtoni ihletettséggű érvényességmodelljében az érvényesség – a fizikai erővel analóg – ereje a normának, tehát az az erő, amelyet a norma az adott cselekedetre kifejti, és minél erősebb az érvényesség ereje, annál valószínűbb, hogy a cselekedet a norma szerinti lesz. Ám az érvényesség ereje – mint akció – szembetalálkozik azzal az erővel, amelyet

<sup>183</sup> A normatétélezés folyamatának belső – ha tetszik: pragmatikus – kötöttségeiről lásd CAMPAGNA 2007: 40–44.

<sup>184</sup> PESCHKA 1972: 356.

<sup>185</sup> WINTERHOFF 2007: 373.

pedig maga az a magatartás fejt ki, amelyre a norma ereje irányul. Minél erősebb a reakció – az elfogadás –, annál biztosabb az érvényesülés.<sup>186</sup>

Mindezt úgy is megfogalmazhatjuk, hogy az érvényesülésnek legitim – elfogadott – okokra van szüksége. A legitimáció nem külső – jogi, metajurisztikus, erkölcsi stb. – mintának való megfelelés eredménye, hanem szociálpszichológiai tény. „Az alkotmány akkor legitim – azaz jogi alaprendként elismert –, ha az alkotmányozó hatalom, amelynek döntésén az alaptörvény nyugszik, maga is elismert” – írja erre utalva Petrétei József.<sup>187</sup>

Amikor a népet azonosítjuk az alkotmányozás alanyaként – amely persze nem leíró, hanem ideologikus kijelentés –, akkor sem gondolhatunk arra, hogy ez a nép – amely számosságában és heterogenitásában egységes akaratképzésre eleve képtelen – „akarna”, „döntene”, mert a nép szerepe abban jelenik meg, hogy egy nála kisebb és homogénebb csoport akaratát és döntését elfogadja-e, vagy sem, azaz engedi-e, hogy az adott akarat tartalma érvényesüljön saját életében, vagy sem.<sup>188</sup> Igaz tehát, hogy a döntés teremti az alkotmányi állapotot – mint előzetes rendet –, de nem bármely döntés képes erre, csak az, amelyik találkozik azok akaratával (elfogadó akaratával), akikre a döntés (mint teremtő akarat) vonatkozik. A politikai egzisztencia mint tényállapot (Sein, érvényesülés) ekként több akarat egyidejű és folyamatos találkozásának köszönheti létét.

Az egyik részről van a teremtő akarat, amely megfogalmazza a céltartalmat, a másik részről pedig vannak az egyéni akaratok, amelyek elfogadják – és/vagy módosítják – a céltartalmat, meghatározva a politikai egzisztencia tényleges tartalmát. Ez a politikai egzisztencia az az előzetes rend, amelynek normatív – tehát immár nemcsak érvényesülő, de érvényes, ekként kikényszeríthető – kerete az alkotmányi törvény (Verfassungsgesetz): ez azonban szintén a tételező és az elfogadó akaratok találkozásának eredményeképp hozza létre a jogrendszert, amely eleve az alkalmazó akaratok találkozásának köszönheti fennállását.

<sup>186</sup> Lásd MÜLLER-MALL 2007: 23–25.

<sup>187</sup> PETRÉTEI 2008: 131.

<sup>188</sup> Nagyon szépen fejezik ki a lett alkotmánynak a parlament (*Seima*) feloszthatóságáról szóló rendelkezései a szuverén akaratok ilyenképpen ütközését és a nép mint elfogadó alany szerepét. A lett alkotmány 48. §-a értelmében az államfő kezdeményezheti a Seima felosztatását, azzal a felfüggesztő feltétellel, hogy a döntés csak népszavazáson való megerősítés révén válhatik hatályossá. Ha a választópolgárok e népszavazáson a parlament felosztatására mondanak igent, az államfői akarat érvényesülvén a parlament felosztatottnak tekintendő, s új választásokat kell tartani. Ha azonban, szól a lett alkotmány 50. §-a, a nép az államfői akarat – azaz a felosztatás – ellen voksol, az államfő elveszti hivatalát, ekként a parlament szuverén akarata érvényesül. Az egy csárdában lévő két dudás jogelméleti feloldását és a nép mint elfogadó akarat szabályozását példázza a lett alkotmány. (Elektronikusan lásd: [www.verfassungen.eu/lv/](http://www.verfassungen.eu/lv/); az alkotmány eredeti nyelven itt olvasható: [www.saeima.lv/Likumdosana/likumdosana\\_satversme.html](http://www.saeima.lv/Likumdosana/likumdosana_satversme.html).)



Azaz a tételezettség születésében és alkalmazásában is egyaránt a társadalmi relációtól – azaz az akaratok találkozásától – függ. Ahogy Varga Csaba írja: „[a] jog életét megtestesítő mozgás [...] alapvetően a társadalmi viszonyoktól indul, hogy a jogalkotás közvetítésével és az emberi, tudományos felismerés során feltárt lényegi általánosság ismeretében elérje a tipikus vonásoknak a különös szintjén történő rögzítését, hogy aztán a jogalkalmazás e különösséget ismét a társadalmi viszonyok felé fordíthassa”.<sup>189</sup>

Mihelyt akár a tételező, akár az elfogadó (alkalmazó) akarat megszűnik „akarni”, szétbomlik a normatív keret, az előzetes rend, és ismét kilépünk a ténytérbe, ahol aztán a megjelenő tételező akaratok közül az lesz sikeres, amelyik találkozik a jelenvaló elfogadó akaratokkal – és így tovább. Carl Schmitt ennek kapcsán „jogi feltételezésekről” beszél, amelyek a minden népnél különböző, tértől és időtől függő népszellemmel lennének azonosak<sup>190</sup> – joggá az válhatnak, amely találkozik a népben élő ilyen „feltételezésekkel”. A feltételül szolgáló feltételezések – amit rövidebben társadalmiságnak nevezhetünk – biztosítják tehát a jogtételező akarat sikerét, ezzel az új jog létrejöttét.

Milyen okokból találkozhat a teremtmő (tételező) akarattal a nép elfogadó akarat? A jogi magyarázatok ez esetben úgyszintén nem kielégítőek, hiszen amennyiben azt állítjuk, hogy a nép valamiféle jogtudat birtokában, az érvényes joggal azonosulva fogadja el a teremtmő (tételező) akaratot, akkor voltaképp egy okozatot (a jog elfogadását) az új politikai egzisztencia létének és az új normatív keret érvényesülésének okaként kezelnénk. A nép azonban szintén a faktuális szférában tartózkodik, amikor „találkozik” a teremtmő (tételező) akarattal, ekként az ő elfogadásának sem jogi (azaz fiktív, normatív), hanem valós (faktuális) indokai vannak. A jogi leírás mindig utólagos (*ex post facto*) kapcsolódik a tényekhez), és ebből következően nem következmény, hanem „rendelmény”, azaz a tényekhez rendelt utólagos jelentés. Ekként az a tény, hogy a nép elfogadja a teremtmő (tételező) akarat tartalmát, célját, tényfolyamat eredménye, azaz azonnali és történeti, nem utólagos és gondolt jellemző. A nép elfogadása által jön létre az a jogrendszer, amely immár visszamenőlegesen képes a megelőző eseménysorokat saját kommunikációs instrumentáriumával jellemezni, leírni.

Milyen indokok okán találkozhat a teremtmő (tételező) akarattal az elfogadó akarat? Miért fogadja el azt az előzetes rendet a nép, amely előzetes rend a jövő jogának – mint felépítménynek – az alapjául szolgál? A jog követésének indokai többfélék lehetnek: szankciótól való félelem (a racionális költség-haszon mérlegelés), társadalmi imitáció (azaz a jogkövető társak magatartásának utánzása), belső azonosulás.<sup>191</sup> Ezen indokok a jogot megalapozó állapot elfogadásánál is megjelenhetnek.

<sup>189</sup> VARGA 2000: 21.

<sup>190</sup> SCHMITT 1993: 9.

<sup>191</sup> REHBINDER 2003: 153 skk.

Ekként az elfogadó akarat indoka néhányaknál lehet a félelem a további erőszaktól, míg mások azért fogadják el a bekövetkezett, mert igazodnak hozzá, hasonulnak, idomulnak és követik társaik többségét, és bizonyosan vannak olyanok, akik azért fogadják el a bekövetkezett új állapotot, mert eleve és belsőleg is azonosulnak, egyetértenek vele. Egy konkrét forradalom utáni stabilizálódás, konszolidálódás idején is megfigyelhetők ezek az emberi viszonymagatartások: a félelem, az utánpótlás vagy az azonosulás okán történő elfogadás.

## A realista alkotmánykonceptió kritikája

### Az önkényesség veszélye

Az eddig ismertetett dekonstruktivista ábrázolásban az alkotmányozás erőszakként jelenik meg. Sokan bírálják is ezt a decizionista, túl reális koncepciót, mondván, itt nem az a lényeg, miként döntenek, hanem maga az igény, hogy döntenek. Ennek révén „az alkotmány fogalma minden értékvonatkoztatottságtól megfosztódik, és az »alkotmány« immár nem jelent mást, mint [...] egy bármiért való döntést”.<sup>192</sup> Karl Löwith egyenesen „aktív nihilizmusról” beszél, azt állítva, hogy Schmitt számára az „eldöntöttségért való döntés” számít csak.<sup>193</sup> Mindez ugyebár annak a veszélyére hív fel, hogy e koncepciónak voltaképp bármely, az adott politikai egységen belüli hatalom által létrehozott úgymond alkotmány megfelelhet. Lukács György is rámutat arra, hogy a schmitti gondolatok, noha jól indulnak, mégis eredményükben „nagyon sovány, tartalom nélküli elvontság” és „irracionális önkény” mutatkozik.<sup>194</sup>

Persze az önkényesség – épp a jogi ítélet eleve szubjektív jellege vagy az erőszak jogfenntartó szerepe okán – eleve benne van a rendszerben. Ezt fejezi ki Walter Benjamin azzal, hogy a joghoz nemcsak a stabilitás (*das Bestehende*), hanem – ontológiai oka és dinamikájának biztosítója, az erőszak miatt – a fenyegetés (*das Drohende*) is hozzátartozik:<sup>195</sup> a jog bármikor képes túllépni saját objektivitásán, hiszen annak látszata saját nyelvezetének, intézményi struktúráinak az eredménye, de ezen látszathoz maga a jog nincs kötve. Ám mivel a jogi illúziók a jogi oktatásban is megjelennek, ezek kellőképp köthetik a majdani jogalkotót is, aki ekként úgy hiheti, hogy cselekvése objektív mércéktől függően, és nem az ő akaratának megfelelően jogszerű.

<sup>192</sup> DAU-LIN 1978: 59.

<sup>193</sup> Idézi NOACK 1993: 77 sk.

<sup>194</sup> LUKÁCS 1978: 590.

<sup>195</sup> BENJAMIN 1965: 42.

Schmitt persze eleve nem alkotmányetikát, hanem deskriptív alkotmányelméletet alkotott, amely tudományosan képes leírni az alkotmányozás valós folyamatát, de helyességét (legitimitását) nem magyarázza, hanem csak esetleg feltételezi. Bármely remélt alkotmányos korlát tudományosan nem lesz igazolható az alkotmányelmélet által.<sup>196</sup> Ám mivel (1) a jog állandó közösségi töprengés, bízni tudunk abban, hogy eredménye sem lesz a közösség érdekeivel ellentétes, illetve (2) a jognak mint formának – önmaga érvényesülhetése érdekében – tiszteletben kell tartania a formálandó „anyag” immanens sajátosságát, így egy közösségellenes, a politikai egzisztencia lényegszerűségével, érdekeivel ellentétes konstrukció nem tudna alkotmányként funkcionálni.

Azaz a realista koncepció nem a természetjog klasszikus vonulatával, hanem épp annak modern, abszolút és axiomatikus változataival áll szemben, hiszen a klasszikus természetjog számára is egyértelmű volt, hogy a követelmények nem tőlünk függetlenül vannak, hanem a konkrét helyzetből származottan.<sup>197</sup> Schmitt kapcsán sokan nem veszik észre, hogy elmélete nem a steril decizionizmusé, hanem – a IV. fejezetben részletesen bemutatandó – konkrét rendé, amely rendnek megvannak azon önszerűségei, amelyek meghatározzák eszközeit, így alkotmányát is.<sup>198</sup> Akik bírálják Schmittet, úgy feltételezik, a jogból koherens értékcharta vezethető le: ezek lennének az úgynevezett alapjogok. Ám valójában az alapjogok azt kívánják megalkotni, logikai rendszerre szervezni, amit korábban pozitíválni lettek volna csak hivatottak.<sup>199</sup> A társadalom értékei nem a jogból származnak, hanem együttélésünk *hic et nunc* sajátosságaiából, amelyeket – a kényszeríthetőség okán – a pozitív jog megjeleníthet, de amelynek tartalmát nem a jog hivatott meghatározni. Egy kiegyensúlyozott jogi szemlélet például elfogadja az erkölcstelen szerződési feltétel semmisségét, de nem kívánná jogilag taxonomizálni az erkölcs fogalmát – hiszen ennek eredményeképp az erkölcsi mint olyan szűnne meg erkölcsinek lenni, jogi fogalomként válva.<sup>200</sup>

### Az idő dialektikája

Ha a jog nemcsak a mindenkori adandó válasz, amely erőszakkal születik és érvényesül, hanem környezete is van, amely eleve meghatározza az adhatóság határait,<sup>201</sup> akkor pusztán erőszakkal nem váltható le a jog – legalábbis csak a formális szinten

<sup>196</sup> WINTERHOFF 2007: 87 sk.

<sup>197</sup> Minderről FRIVALDSZKY 2007: 97.

<sup>198</sup> SCHMITT 1993: 11.

<sup>199</sup> DI FABIO 2003: 72.

<sup>200</sup> VARGA 2007: 210.

<sup>201</sup> Karácsony András egyenesen a lehetőségességgel azonosítja a jogi kultúrát: ez határozná meg az éppen adandó válasz mellett, hogy mi adható, vö. KARÁCSONY 2002.

lehet valós a diszkontinuitás, a delegitimitás; az informális mezőben kontinuitás valósul meg, és az új jog legitimitása sem csak narratív, de ténylegesen is visszanyúl a megszületés idejébe. Hiszen az új jog jelentését sem önmagában hordozza, hanem jelentésadó környezettől nyeri, és ez a környezet adta a korábbi jog kontextusát is: „az, ami volt, és az, ami alakul, szétbogozhatatlanul összefonódik.”<sup>202</sup> A jogváltás össztársadalmi kommunikáció, amelynek csak akkor van értelme, ha a beszélgetés fázisai között szemantikai és konvencionális kapcsolat is fennáll. Ahogy Marc Bloch írja: „minden beszélgetésben [...] a megfigyelt kijelentéseknek és cselekedeteknek is kapcsolódniuk kell mind szemantikailag, mind pedig a közös kommunikatív konvenciókat, például a szavakat és a mondattant illetően azokhoz a kijelentésekhez és cselekedetekhez, amelyek megelőzték őket, és a jelen nem értelmezhető a múlttól függetlenül.”<sup>203</sup>

Ez utóbbi *a contrario* azt jelenti, hogy a múlt nem függetleníthető a jelentől. A jogi kultúra korláta a formális jogi cselekvésnek: meghatározza a formális cselekvés eredményét. Ahogy François Ost írja: kiszakadhatunk egy tradícióból, de a tradícióból nem.<sup>204</sup> A jog születését, új intézményesedését sem megelőző nihil jellemzi, hanem a létező rekompozíciója.<sup>205</sup> Mivel minden jog mögött valami szociabilitás, a legitim biztonságra és konszenzusra vágyódás húzódik meg – elvégre ezek biztosítása a jog feladata –, a határhelyzetekben nem a pusztító szándék, hanem a régi jognál is megvolt, de idővel elfeledett előfeltételek jönnek elő, és formálják újra magukat az új jogban. Ekként a jövő joga nem a múlt tagadása, hanem az abba való újszerű illeszkedés. Ugyanezen az alapon tagadja Marie-Françoise Rigaux is, hogy az alkotmány egy jogrendszer kizárólagos kezdő aktusa lenne, mert szerinte a jog nem zárt rendszer, hanem a 20. századi episztemológiai felismerések nyomán (Kurt Gödel, Alfred Tarski) szintén tartalmaz meghatározatlan elemeket. Ergo a rendszer nem axiomatikus, illetve nincs abszolút kezdőpontja, hanem eleve meglévőbe épül bele.<sup>206</sup> Ez biztosítja a megszületett új jog legitimitását, elfogadottságát.

Az alkotmányozáskor ezért – azon túl, hogy vannak objektíve átléphetetlen korlátok (időbeli vagy földrajzi szükségzerűségek) – más jellegű immanens korlátok is léteznek.<sup>207</sup> Az új jog előtt zajlik a múlt és a jövő közötti – François Ost kifejezésével élve – „jövés-menés”.<sup>208</sup> Derrida is elismeri, hogy az új jogot megalapozó döntés ugyan szerinte nem tartozik semmiféle történeti-időbeli folytonossághoz, de – és itt jön a lényeg – mégis ebben játszódik le a születés: mert a régi jog formáit

<sup>202</sup> VARGA 1992: 68.

<sup>203</sup> BLOCH 2000: 115.

<sup>204</sup> OST 1999: 125.

<sup>205</sup> OST 1999: 60 sk.

<sup>206</sup> RIGAUX 2000: 396 skk.

<sup>207</sup> EHMKE 1953: 87.

<sup>208</sup> OST 1999: 61 sk.

rombolja le, feshízi szét.<sup>209</sup> Azaz az alapítás egyszerre egy hagyományba (valami meglévőbe) épül bele, miközben az újszerűség lényege – amelyet Derrida az ígérettel azonosít<sup>210</sup> – e meglévőt formálja újra, alakítja át.<sup>211</sup> Mindez az intézményesedő és az intézményesedett idő dialektikáját mutatja: az intézményesedő idő az intézményesedett idő formáiban jelenik meg (jogi és fizikális idő kettősége). Ahogy Karácsony András megfogalmazza: míg a struktúrák – így a jog is – az időt reverzibilisen rögzítik, addig a folyamatok ideje irreverzibilis.<sup>212</sup>

A jogszületés ezek metszéspontjában helyezhető el, és az egész jogi életet áthatja ez a kettőség. A fizikális (valós, történeti) idő van, a jogi idő kell: a létező átformálásával alakítja ki azt, ami az átformáláskor még csak mint kell létezik, de sikere esetén maga is létezővé válik: tehát lesz. Az új jog alakulásakor a fizikális, történeti idő van, a jogi idő pedig kell és lesz. A jogász úgy alakítja a jövőt, hogy a múltból örökölt formákat használja fel intézményesítő céljaihoz.<sup>213</sup> Az intézményesedés intézményekkel és intézményekben zajlik:<sup>214</sup> eredménye a létező átalakulása. A teljes jogi diszkontinuitás így nem lehetséges. Az a gondolkodás, amely a jövőben tiszta ígéretet lát, és a múltat levetné, uchronisztikus.<sup>215</sup> A zárt múlt és a nyitott, kiteljesedő (kiteljesítendő) jövő képe eszkatológikus, biblikus időképre vall; ennek szekularizált változata a modern kori haladásmánia. A modern utópisztikus gondolkodásnál a jövő nemcsak kiteljesíttetik (valahogy), hanem kiteljesedik (mindenképp valahogy). Az utópia így mindig jelenellenes.<sup>216</sup>

<sup>209</sup> DERRIDA 1991: 87.

<sup>210</sup> DERRIDA 1991: 83.

<sup>211</sup> OST 1999: 62 sk.

<sup>212</sup> KARÁCSONY 1988: 59.

<sup>213</sup> OST 1999: 180 sk.

<sup>214</sup> Az intézményekről lásd az IV. fejezetet.

<sup>215</sup> Az uchronizmus nem idegen a jogpozitivizmustól sem: Ost szerint a pozitívizmus törvényre, normatívra redukált jogszemlélete azt sugallja, hogy a kiadott, elkészült jognak azonnal érvényesülnie kell, és nem veszi figyelembe az időtényezőt. Nos, a pozitívizmus a múlt időt túl statikusnak látja, a jövőt viszont túl dinamikusnak (vö. OST 1999: 164): a múltban semmi nem történhet újra, az lezárt, kész, befejezett (perfekt). Pedig néha szükség lenne egy szerződés utólagos (visszamenőleges hatályú) módosítására, elkerülendő, hogy valamely fél csődbe menjen. De hazai példát is említhetünk a pozitívizmus perfekt múltképehez: amikor a magyar Alkotmánybíróság az úgynevezett elévülési határozatában (11/1992. AB hat.) a jogi időt a fizikális idő keménységével, alternatívátlanságával ruházta fel, kijelentve, hogy ha egyszer eltelt az elévülési idő, akkor kész, befejezett, újra meg nem nyílható időről van szó, szintén statikusan kezelte az időt. A pozitívizmus múlt ideje tehát a fizikális idő múlt ideje: ha egyszer az elévülési idő ennyi és ennyi, és némi számolgatás után megállapíthatjuk, hogy ez az idő már eltelt, akkor semmiféle egyéb jogi érdek nem igazolhatja azt az állítást, hogy az elévülési idő nem a fizikaival együtt telik. A pozitívizmus jövő ideje viszont épp ellenkezőleg túlzottan dinamikus, itt nem a fizikai idő behatároltsága, hanem a jogi idő szabadsága, a jogi tervezés absztrakt bármit akarhatása érvényesül. Valójában azonban nemcsak a jövő, de a múlt is kontingens (vö. KARÁCSONY 1988: 60).

<sup>216</sup> Minderről DE STEXHE 2000: 29 sk.

## Az előzetes rend mint feltétel és a homogenitás mint következmény

A tételező (teremtő) akarat nem pusztán saját erejéből, hanem az elfogadó akarat által tudja megteremteni azon létállapotot, amelynek normatív kerete az alkotmányi törvény. A tételező akarat – a jogtételező erőszak – ereje és legitimitása okán képes rendet teremteni a maga okozta, a korábbi jog lerombolása miatt keletkezett káoszban. Ez a rend még nem jogi rend, hanem önmagában vett rend. Nem érvényes, de nem is érvényesülő, hanem létező állapot. Ennek kereteként, hogy immár a rend érvényes – így kikényszeríthető – és érvényesülő – így követett – (jogi) rend legyen, van szükség az alkotmányi törvényre, amelynek léte – (norma lévén) érvényessége – szintén az elfogadó akarattól függ. És a létrejött érvényes rend (a jogrend) érvényesülését is minden szinten az akaratok találkozása eredményezi.

Azonban a jogtételező erőszak sem képes pusztán a nyers erő révén rendet teremteni. Fentebb ezt a folyamatimmanens korlátot, az intézményesedés dialektikáját vizsgáltuk: a jog már meglévőbe épül bele, azt alakítja, formálja, rombolja, de nem a semmiből építkezik, hanem adott térben, adott időben, adott anyagból alkotja meg saját rendjét. Maga az alkotmányi törvény tehát a már létező rend jogiasítása; ez a rend az alkotmányozás előfeltétele, ugyanis biztosítja azon környezetet, amely jogilag ugyan nem megfogalmazható, de amely nélkül nincs sikeres alkotmányozás, jogtételezés. Ahogy Petrétei József írja: „Az alkotmány megalkotása érdekében ugyanis először a szükségszerűen megkövetelt cselekvési- és hatásgyakorló egységet kell előállítani.”<sup>217</sup>

Mindezt értelmezhetjük úgy, hogy létre kell jönnie annak a homogén közegnek, amelyet Carl Schmitt az alkotmány feltételeként tekint: szerinte ugyanis a jog a homogén kultúra konkrét eszköze (*konkretes Ordnungsdenken*).<sup>218</sup> Ez a homogenitás persze nem szükségszerűen tartalmi, hanem eljárásilag is értelmezhető: azaz azt is jelenti, hogy kialakulnak azok a közvetítő csatornák, amelyek révén az antagonisztikus ellentétek agonisztikussá mérséklődve biztosítják a továbbiakban is a politikailag heterogén, ám mégis egységes társadalom kialakulását. Schmitt homályos fogalmaiból (identitás, szubsztantív azonosság, egyenlőség, nép stb.) mindazonáltal nem derül ki egészen egyértelműen, hogy a homogenitás a belső viták teljes eltűnését és a mindenben homogén közösség létét jelenti, vagy kizárólag arra utal, hogy az államon belül mindenki azonos, és azonos módon fogadja el az államot magát, nem zárva ki a politikai viták folytathatóságát.

Chantal Mouffe baloldali filozófusnő ezen utóbbi irányba gondolja tovább a schmitti elveket: szerinte a homogenitás voltaképp azt a „közös szimbolikus teret”

<sup>217</sup> PETRÉTEI 2008: 128.

<sup>218</sup> SCHMITT 1993: 11 et passim.

jelenti,<sup>219</sup> amely biztosítja a viták eljárását, de további politikai karakterét is, hiszen a politikai vita nem eltűnik, hanem csak mérséklődik az államiságon belül.<sup>220</sup> Mindez tehát azt jelenti, hogy a teremtő (tételező) akarat és az elfogadó akarat találkozásaként megszületett rend – éppen az elfogadás indokainak eltérősége okán is – nem tartalmi homogenitást eredményez, hanem olyan homogén kereteket, amelyeket elfogad a nép, és amely nép ezen elfogadás által válik azonossá, azaz a közösség teljes jogú részévé. Mindez azonban nem eredményezi a népben meglévő ellentétek megszűnését, pusztán új kommunikációs csatornáknak való megfogalmazását, és ekként kezelhetőségét.

A jog társadalmi kommunikáció. A schmitti elméletben a politikai kommunikáció az elsődleges, mert bármilyen ellentét politikaivá intenziválódhat. A homogén közösség léte kizárja a maximális intenziválódás lehetőségét – az ugyanis szétverné ellentéteivel a közösséget –, így a politikai ellentétek kommunikációja immár nem elsődleges és totális, hanem a politikai kommunikáció a többi társadalmi alrendszer kommunikációja mellett az egyik lehetséges társadalmi kommunikációs csatorna, miközben genezisének nézve valóban elsődlegesebb és fontosabb náluk. A népben megjelenő ellentétek így már nemcsak politikailag, hanem más részrendszerek (jog, esztétika stb.) kommunikációs csatornájában is artikulálódhatnak, miközben ez eleve mérsékli (esetleg fel is számolja) a politikai ellentétek lehetőségét. A politikai kommunikációt az különbözteti meg a jogi kommunikációtól, hogy a politikai kommunikáció (1) a közösség létrejötte előtt is létezik, és pedig (2) éppen akkor létezik teljesen, mert a közösség létrejötte után a politikai ellentétek agonisztikussá mérséklődnek, így azok újbóli maximális intenziválódása immár szétvetné a közösségi politikai kommunikáció csatornáit, és ismét új teremtő (tételező) akaratok konkurálásához vezetne. Ezzel szemben a jogi kommunikáció a normatív keret – az alkotmányi törvény – létrehozatalával jön létre, azaz csak egy közösségen belül, és ott is mint eszközintézmény bír értelemmel, léttel.

A jog egy rend eszköze, a rendet azonban nem a jog teremti, hanem az elfogadás. A normának ugyanis – Schmitt kifejezésével élve – „homogén közvetítő közegre van szüksége”.<sup>221</sup> A homogén közvetítő közeg alakul ki az elfogadás által: ez az a rend, amelyen belül aztán megjelenik a jogi kommunikáció is. Ám – ahogy Schmitt írja – „[n]incs olyan jogi norma, amely a káoszra alkalmazható lenne”,<sup>222</sup> így a korábbi jog lerombolása okán előállt káosz (Sein<sub>p</sub>) sem normák tételezésével válik rendezetté, hanem döntés révén. Mind a teremtő (tételező) akarat, mind az elfogadó akarat döntésként jelenik meg. Ez a döntés teremti meg azon előfeltételeket, amelyekre a jog

<sup>219</sup> Ez tekintendő a schmitti „homogén közvetítő közeg” mouffe-i megfelelőjének.

<sup>220</sup> MOUFFE 2007: 29 sk.

<sup>221</sup> SCHMITT 1992: 5.

<sup>222</sup> SCHMITT 1992: 5.



épül. „Ahhoz, hogy értelmet nyerjen a jogrend, előbb a rendet kell helyre állítani.”<sup>223</sup> Ez a helyreállítás – vagy korábbi rend hiánya esetén: állítás – zajlik a döntés (teremtő akarat) és az elfogadó akarat találkozásában.

A jog létének sajátossága – amint Ernst-Wolfgang Böckenförde írja –, hogy célját olyan feltételek mellett (között) tudja csak megvalósítani, amely feltételekről nem diszponálhat. Másképp megfogalmazva: az állam olyan feltételek között működik, amely feltételeket maga nem tudja garantálni.<sup>224</sup> A jognak és az államnak is feltétele az előzetes rend, de eme előzetes rend nem a jog vagy az állam alkotása lenne eszerint.

## AZ AKARAT SZEREPE A JOGÉRVÉNYESÜLÉSBEN

### A jogrendszer dinamikus szemlélete

#### Sein és Sollen

A jogontológia két alapvető kategóriája a Sein és a Sollen. Azt már láttuk, hogy ezek nem szükségszerűen egymás ellentétei – a Sein ugyanis lehet a Sollent magában foglaló egész is –; ám ha el is fogadjuk a duális képet (Sein/Sollen), az ontológiában mindenképp ezek egymásrautaltságát kell észrevennünk: az alkotmányontológiai fejtegetések erre utaltak.

Ugyan Kelsen alapállítása, hogy a két szféra egymástól elkülönült, mert logikailag nem lehet az egyikből a másikra következtetni – hiszen a zárótételben nem szerepelhet olyan terminus (Sein), amely a premisszában (Sollen) nem volt eleve adott –, logikailag tényleg igaz, de sem a jog születésére (alkotmány), sem megszűntére (forradalom), sem érvényesülésére (végrehajtás) nem szolgál magyarázó erővel. Hiszen ha logikailag nem lehet a Seimből levezetni a Sollent – és fordítva –, akkor nem tudjuk megmondani, hogy miért s honnan jön létre a jog (Sein  $\rightarrow$  Sollen), illetve miért s hogyan valósul meg (Sollen  $\rightarrow$  Sein). Azaz a Sein és a Sollen szembeállítás logikailag igaz lehet, de ha jogilag kezeljük e két fogalmat, csak úgy lehet igaz, ha az egyébként ontológiai kapcsolatukból, helytelenül, episztemológiáit csinálunk.<sup>225</sup>

A jog nem eleve adott, hanem születik, alakul, mégpedig nem önmaga, hanem külső tényezők által meghatározottan. Vagyis: a Sollen nem magyarázható csak a Sollennel, mert mind születésében, mind érvényesülésében a társadalmiasság (Sein)

<sup>223</sup> SCHMITT 1992: 5.

<sup>224</sup> Böckenförde a modern, szekuláris állam kapcsán fogalmazza meg mindezt ismert aforizmájában: „A liberális, szekuláris állam olyan feltételekből él, amelyeket nem tud magának garantálni.” (BÖCKENFÖRDE 1976: 42.)

<sup>225</sup> Minderről lásd PESCHKA 1972: 39–56.



figyelembe veendő. Az akarat (Wollen) a jogrendszer mozgatórugója: ez köti össze a Seint a Sollennel a jog születésekor, és a Sollent a Seinnal a jog érvényesítésekor. Kelsen terminussal szólva: a joglépcsőnek mind a legfelső, mind a legalsó fokán az akarat található, amely nélkül – amint egy normatív elmélet eleve is csak erre képes<sup>226</sup> – a jogrendszer statikus pillanatfelvételét tudnánk elemezni, de nem tudnánk valóságában – azaz dinamikájában – megragadni.

Az alábbiakban azt bizonyítjuk, hogy a jog nem szabályok statikus halmaza, hanem a jog szabályokból és döntésekből áll: míg az előbbi az általánosságot és a biztonságot, addig az utóbbi a különösét és a dinamikát biztosítja. Jerome Frank kifejezésével élve: a jog „dinamikus biztonságot” adja a döntés.<sup>227</sup> A döntésben a politika momentuma jelenik meg a jogi életben – márpedig ezt éppen hogy nemcsak Schmittnél (aki ráadásul alkotmánybíróság-kritikájában rég meghaladott, ósdi elképzelést képviselt, miszerint a bíraskodás statikus, mechanikus jogalkalmazás lenne), hanem még inkább – mily meglepő – Kelsennél találhatjuk meg, aki az Adolf Merkl-től átvett joglépcsőelmélet értelmében a döntés előzetes meghatározatlanságát és szabadságát a jogérvényesülés és a jogérvényesítés egész folyamatába beleépítette, ekként végső soron dinamikusabb képét adta a jogműködésnek, mint Carl Schmitt.

### A teremtmő akarat

A jogrendszer önideológiája szerint zárt, statikus, dezantropomorf rendszer,<sup>228</sup> amelyből minden objektív szükségszerűséggel adódna. Ám a Sollentételek közötti kvázi kauzalitást az akarat, az emberi szándék biztosítja.<sup>229</sup> Ahogy Lukács György szemléletesen írja: „Hogy kétszer kettő négy, az a tudatunktól független igazság; az azonban, hogy egy bűncselekményre öt vagy tíz évi fogházat szabnak-e ki, nem a jogi tétel belső tartalmától függ, hanem attól, hogy az arra illetékes hatóság, bíróság, szerv így vagy úgy döntött-e; de annak jellegét, összetételét, stb. eleve politikai-társadalmi szempontok határozzák meg.”<sup>230</sup>

A döntés a jogtalálás, a jogalkotás és nem a mechanikus jogmegvalósítás eszköze.<sup>231</sup> Helytelen az a koncepció is, hogy a döntés csak a bírói jogalkalmazással azonosíttatik, hiszen problémákat más döntéssel (például tudományos döntéssel) is megoldhatunk. De jogi ügyek milliói oldódnak meg a hétköznapi élet döntései által,

<sup>226</sup> MOÓR 2006: 128.

<sup>227</sup> FRANK 2006: 24.

<sup>228</sup> VARGA 1992: 55.

<sup>229</sup> VARGA 1992: 82–86.

<sup>230</sup> LUKÁCS 1978: 585.

<sup>231</sup> ISAY 1929: 16.

anélkül hogy azok a bíróság elé kerülnének.<sup>232</sup> (Amikor nem megyünk át a piroson a Rákóczi úton, szintén jogilag releváns döntést hozunk.)

Maga a jog is a döntésben jelenik meg. A döntések által, a döntésekben válik valósággá a fiktív és a hipotetikus normatartalom. Petražycki példáját idézve: az a mondat, hogy „Zeusz az istenek királya”, nem attól lesz „valósággá”, hogy egy archeológus ténylegesen elmegy az Olümposzhoz, ellenőrizendő e kijelentés tényszerűségét, hanem azon belátás által, hogy az ilyen kijelentések (ítéletek) alanya nem a valóságban, hanem csak a kijelentés által létezik.<sup>233</sup> Gondolatunkkal (norma)világokat teremthetünk, s akarattunkkal (döntés) valósággá is tehetjük őket. Ahogy Jung írja: „A világ nem csak önmagában létezik, hanem olyan is, amilyennek én látom.”<sup>234</sup>

A szabály és a döntés egyaránt jogi norma: e koncepció leginkább éppen a kelsen joglépcsőtanban mutatkozik meg, ahol a jog legalsó szintje maga a konkrét döntés, amely nem pusztá jogalkalmazás, hanem jogalkotás is, hiszen Kelsen e két fogalom szétválasztását relativizálja, elméletében ugyanis az egyes szintek egyszerre valósítanak meg – felülről nézve – jogalkalmazást és – alulról nézve – jogalkotást. Azonban nemcsak a joglépcső legalsó fokán, de a születés pillanatában és az egész érvényesülés alatt az akarat játssza a főszerepet; mindez a kelsen elméletből is kiolvasható, hiszen nála a konkrét döntés szintén a normahierarchia része – ekként norma –, a normákról meg kijelenti, hogy azok „csak akaratból származhatnak”.<sup>235</sup> Mindezt Kelsen Adolf Julius Merkl-től vette át, aki joglépcsőtanával kiválóan világította meg a jog minden elemében és szintjén dinamikus és nem teljesen lezárható, előrelátható működését. Merkl azt írja 1916-ban a jog jelentéséről, hogy „tudatosan, szándékkal van a jogba megoldástöbbség, megoldás-sokszínűség bevíve”.<sup>236</sup> Éppen ezért „a jog az, amit a jogalkalmazó a törvény alapján jogként felismer”.<sup>237</sup> A jog felismerése eszerint nem tudás, hanem hatalom kérdése: annak eljárásjogi megválaszolása, hogy mely fórum milyen módon mondhatja ki, mi a jog (szerinte, de eme vélekedése egyben autoritativ is). Megint Merkl idézve: „a bíró, ahogy eleve a jogalkalmazó abbéli képessége, hogy megmondja, mi a jog [...] nem a jobb tudás jeleként, amiként azt első pillantásra vélnénk, hanem kizárólag az erősebb lehetőségeként értékelendő.”<sup>238</sup> Aki a jogot alkalmazza, az tehát nem ismeri előre és pláne jobban a jogot, hanem egyszerűen hatalma van ahhoz, hogy akaratát – amely nem felismerés, hanem akarat – jogként jelenítse meg: „A jogalkalmazásra való felhatalmazás ugyan [...] akarathatalom átruházását, de nem a felismerési képiséget

<sup>232</sup> BAUMANN 1991: 62.

<sup>233</sup> PETRAZICKY 1907: 36.

<sup>234</sup> JUNG 2006: 88.

<sup>235</sup> KELSEN 2005: 47.

<sup>236</sup> MERKL 1993a: 96.

<sup>237</sup> MERKL 1993a: 109.

<sup>238</sup> MERKL 1993a: 113.

jelenti.”<sup>239</sup> Fontos tehát látni – ismét Merkl immáron 1931-ből idézve –, hogy a jogban „a forma véges, a tartalom végtelen”.<sup>240</sup>

A valóság is ekként az akaratlagos alkalmazás révén válik *ex post facto* jogilag relevánssá, hiszen a jogban – ellentétben a morálfilozófiával, ahol a bűn szükség-szerű következménye a büntetés – a jogi tényállás csak azáltal jogi tényállás, hogy következményt rendeltünk hozzá. Visszamenőlegesen a jogalkalmazás „alkotja” a (jogi) tényállásokat,<sup>241</sup> ugyanis a következmény alkalmazása nélkül azok pusztá Seinjelenségek maradnának.<sup>242</sup> Mindezzel nem azt állítjuk, hogy a jog megszűnne abban az esetben, ha egy „A legyen” típusú állítás mellett „nem A van” – hiszen éppen ez az ellentmondás eredményezi az érvényes jog létét, mert ha mindig az lenne, ami elő van írva, nem kéne jog, és pláne nem lenne szükség az érvényesség kategóriájára –, ám amennyiben hosszabb távon és nagy számban is „nem A lesz” – azaz nem hatékony a „nem A”-val szembeni „A legyen” kitétel –, valóban értelmét – érvényesülhetőségét – veszti a jogrend; ez történik a tényszférába való kilépésnél is. A jog érvényességének és érvényesülésének feltétele tehát, hogy a jog minta – azaz nem szükségszerűen létező adottság – legyen, de e minta – épp lényegében foglalt célja okán – igényli a hatás, az érvényesülés lehetőségét, ami pedig az akarat eredménye. Az emberi (akarati) tényező tehát nélkülözhetetlen a joghoz. Noha Kelsen elméletéből ez még inkább következik, kezdeti mechanikus jogalmazásképét levetve Carl Schmitt is azt írja: „egy törvény nem képes önmagát alkalmazni, kezelni, végrehajtani; nem is tudja önmaga [...] megnevezni és kinevezni azon személyeket, akik [a jogot] értelmezni és kezelni kötelesek.”<sup>243</sup>

Hosszú ideig uralkodott ama ideológia, hogy a jogi norma már megalkottatásával valósággá vált.<sup>244</sup> A norma érvényesüléséhez azonban számos normán túli feltételnek teljesülnie kell: a jogalanyoknak ismerniük és önként alkalmazniuk kell a jogot; ennek elmaradása esetén az arra hivatott szervnek fel kell lépnie a jogsértés ellen, és a jogi normában meghatározott következményt alkalmaznia kell, akár kényszer útján is. Mindezen cselekmények nem az érvényességgel, hanem az érvényesítéssel, azaz az akarral állnak összefüggésben: ergo csak a jogalanyok akarata révén válhat a halott betűkből valóság.

Fontos látni azonban, hogy a mindenkori jog nem pusztá akarat, hanem legitim, elfogadott akarat. Az elfogadottság azonban annyit jelent csak, hogy valamilyen okból megvan az esélye arra, hogy a jogot kövessék a címzettek. Ennek hangsúlyozása

<sup>239</sup> MERKL 1993b: 245.

<sup>240</sup> MERKL 1993c: 439.

<sup>241</sup> Ezt nevezi Varga Csaba a proceduralitás konstitutivitásának; lásd VARGA 2003: 125 sk.

<sup>242</sup> KELSEN 2001: 12 sk.

<sup>243</sup> SCHMITT 1993: 14.

<sup>244</sup> KININGER 1971: 171 sk.

azért fontos, mert ha teljesen a pusztá akaratra hagyatkoznánk a jog leírásakor, egy adóbehajtó és egy rabló szava között nem is találhatnánk normatív különbséget,<sup>245</sup> és végül a köztük lévő tényleges erőkülönbség döntene csak el, melyiket is kövessük. Ezért nem lehet a jog teljesen a valóság tükörképe, illetve ezért – a jog objektív megkülönböztető jegyeként – van szükség az érvényesség posztulátumára.<sup>246</sup> Mert ha esetleg nem is mindig érvényesül az adóbehajtó akarata – miközben egy bankrabló meg esetleg megvalósítja akarátát –, a lényegi különbség, hogy az adóbehajtó felszólítása akkor is érvényes, ha egyébként nem érvényesülne, míg a bankrabló felszólítása akkor sem érvényes, ha akarata „érvényesülne” (azaz megvalósulna).

## Norma és döntés

A jogi definíciók többsége abból indul ki, hogy a jog magatartási norma. Ezt követően próbálják meghatározni azt a *specifica differentiát*, amely megkülönbözteti a többi normától. E kísérletek redukciója vezet a jog törvénnyel való azonosításához, amely a társadalom széles köreiben is elterjedt vélemény. Georges Renard mondta egy előadáson tanítványainak, hogy „[á]llítsák meg azt az embert, aki ezen előadó ablakai alatt elhalad, és kérdezzék meg tőle, mit gondol, mit csinálunk mi itt. A legkevesebb, amit tud, hogy ez a jogi fakultás, tehát azt fogja Önöknek válaszolni, hogy »Önök a törvényeket« tanulmányozzák.”<sup>247</sup>

A „jog” szónak azonban több jelentése is van. Értünk alatta rendszert, összességet, de jognak nevezzük ezen összesség részeit is. Amikor jogról beszélünk, egyszerre gondolhatunk a jogrendszerre és annak egy elemére is. Azonban a jog definiálásakor a jelenséget magát: az összességet, az egységet, és nem annak egy részét akarjuk meghatározni. Azok, akik a jogrendszer egészét a törvényekkel azonosítják

<sup>245</sup> Kelsen 1968b: 1422.

<sup>246</sup> Ahhoz, hogy a jogi alrendszer lényegét – az elvárások kontrafaktuális stabilizálását – biztosítani tudja, szükséges, hogy a bináris kommunikáció mentén intézményesedjék. A jog intézményesedésének központi fogalma az érvényesség kategóriája; ez a kiválasztási elv. A „jogszerű”-„jogszerűtlen” binaritása kialakítja a kommunikációt, de ez a kommunikáció csak a megfelelő eszközintézmények és a megfelelő – immár belülről nézve célokként megjelenő – működési mechanizmusok révén válhat hatásossá. Ennek érdekében egy másik „strukturális szint” jelenik meg: ez az érvényesség (LUHMANN 1999: 314). A jogi kommunikációs térben a jogi intézmények határát az érvényesség fogalma jelöli. Az érvényesség létrehozza azon intézményeket, amelyek mellett a jogiság „kontingenciája” szabályoztatik. Luhmann-nál központi fogalom a kontingencia, azaz annak jelensége, hogy az események másképp is történhetnek, mint ahogy az elvárások szerint történniük kellene (LUHMANN 1987: 31). A társadalmi szinten az elvárások érvényesülését az elvárások normativitása biztosítja, de a társadalmi szinten a normatív elvárások kontrafaktualitása szembetalálkozik a tényleges magatartások kontingenciájával, és ezt teljességgel nem is zárhatjuk ki. Az érvényesség pedig arra szolgál, hogy legalább a normatív szféra kontingenciáját csökkenthessük (LUHMANN 1999: 321) – azzal, hogy tudjuk, mi is a jog.

<sup>247</sup> RENARD 1924: 25.

(és érvényességét is ebből vezetnék le) – ergo a jogrendszert normák halmazának tekintik –, pusztán egy részelemét veszik figyelembe a jog egész rendszerének. A normák csak tárgyai, eszközei a jogrendszernek, de nem kizárólagos elemei.<sup>248</sup>

Ha csak általános jogszabályaink lennének, hasztalan lenne a jogunk, mert a jogszabály túl általános, túl statikus és szükségszerűen hézagos. Noha az absztrakció a jogi gondolkodás elengedhetetlen feltétele,<sup>249</sup> mégis szükség van olyan eszközökre, amelyek konkretizálják a jogot. A jogszabály nem szabályozhat az egyedire tekintettel, mert a kazuisztikus túlszabályozottság révén az általánosság feloldódnék a jogszabály esetleges egyediségében, s ezzel voltaképp a jogilag nem átfogható tényhelyzetek körét szaporítanánk.<sup>250</sup> A hézagokat nem az általános jogszabály egyediesítésével, hanem az egyedire való alkotó alkalmazással, azaz a döntéssel – mint különös közvetítéssel – tölthetjük ki, amely ekként dinamizálja, élővé teszi a statikus jogszabályt. A döntés tehát – ahogy Hermann Isay írja – „egy egyedi eset meghatározott rendjének az akarása”.<sup>251</sup> A meghatározott rend az általános jogszabály előírása.

Tipikus helyzetben minden jogi szabályozás két úton történik: előremutatóan és utólagosan. A normák előre szabályoznak: a jövő fogalmiasítása révén előre láthatóvá kívánják tenni a bizonytalant és absztrakt fogalmakkal próbálják leírni a jövő végtelen számú lehetőségét. A normákat absztrakt tényállásra alkotják, holott majdan konkrétira kell őket alkalmazni. A jog azonban nem csak normákból áll, a jogrendszer ugyanis az absztrakt normák segítségével egyáltalán nem tudná beteljesíteni célját. Ezért van szükség a konkrét és utólagosan szabályozó döntésre. Mert „a jog alapvető értéke: biztonsága”,<sup>252</sup> ám teret kell adni a különösnek is, hogy a jog további értékei (igazságosság, méltányosság) is megvalósulhassanak. „A különösség [...] közvetítő mező”,<sup>253</sup> s itt kap teret a bírói jogtalálás.

„A jogi norma kész, befejezett, mozdulatlan, statikus valami. A döntés ezzel szemben dinamikus, élményfolyamat, tehát az élet, a keletkezés, a mozgás” – foglalja össze Hermann Isay, a döntésemélet egyik fontos kidolgozója.<sup>254</sup> A mechanikus jogképben még a jogalkalmazás pusztá eszköze a döntés: a normának alárendelt szerep jutna neki. Montesquieu felfogásában a bíró *la bouche de la loi*, aki pusztán kimondja az absztrakt norma konkrét választát – ez a válasz azonban mintegy szükségszerűen „adódna” a normából (naiv realizmus).<sup>255</sup> A gyakorlat azonban bebizonyította, hogy

<sup>248</sup> ROMANO 1975: 23.

<sup>249</sup> ROTHAR 1979: 15 skk.; ill. POKOL 2005: 34.

<sup>250</sup> PESCHKA 1988: 75. A kazuisztikus szabályozás problémáiról lásd VARGA 2004: 51 skk.

<sup>251</sup> ISAY 1929: 60.

<sup>252</sup> PESCHKA 1981: 242.

<sup>253</sup> PESCHKA 1981: 245.

<sup>254</sup> ISAY 1929: 25.

<sup>255</sup> A jogi szillogizmus problematikusságáról és (esetleges) meghaladásáról lásd BAUFELD 2005: 182–192.

az élet ennél – és a normák szabályainál – bonyolultabb, ezért a bíró (és a jogi élet többi szereplőjének) alkotó tevékenysége nélkül nincs konkrét jogi megoldás, hiszen – amint Varga Csaba írja – „a döntés premisszáinak érvelés útján történő kialakítása [...] nem írható le egyetemesen alkalmazható szabályok halmazával, mert mindig konkrét helyzethez, [...] az ún. jogalkalmazási szituációhoz kötött. A szituáció pedig [...] sohasem választható el a szóban forgó folyamatban résztvevő hallgatóságtól.”<sup>256</sup>

A normából gondolkodási folyamat eredményeként születik a sohasem alternatívátlan válasz – s ez a folyamat a döntés.<sup>257</sup> Ezért az érvelés a jog logikája, amint azt az I. fejezetben körbejártuk. Ahogy Chaïm Perelman megállapítja, bírálva a jog logikai következtetési láncolatként ábrázolását: „[a] szillogizmusban a premisszáktól a következtetésbe való átmenet szükségszerű. Az érvek átmenete egy döntésbe már egyáltalán nem ilyen szükségszerű: ha ez lenne a helyzet, az ember nem valódi döntés előtt állna.”<sup>258</sup>

Mi a különbség a döntés és a norma között? A norma racionális, de személytelen, önmagában véve igazságtalan, mert túl absztrakt, nem értékelő, hanem értékekre vonatkoztatott aktus. A döntés irracionális, személyes, egyedi, nem kognitív, hanem volatív aktus eredménye, a jogérzetből és a gyakorlati észből táplálkozik.<sup>259</sup> A döntésnek két forrása van: a megpillantás és a megérzés.<sup>260</sup> E döntési módok racionalizálási kísérletei zajlanak a döntéslegitimáció során.<sup>261</sup>

## A jog szituatív szemlélete

A jogászság önideológiájában a jogalkalmazás eredménye személytelen és szükségszerű folyamat biztos eredménye – ezt a döntéslegitimációs érvet azonban az elmélet nem igazolja vissza.<sup>262</sup> Előbb van a motiváció és az akarat, és csak aztán az ítélet.<sup>263</sup> A jogbiztonság így nem jogszabály szerinti döntést garantál, hanem meghatározott fórum általi, meghatározott időn belüli döntést. A döntés szükségszerűsége a normák jelentésének bizonytalanságából – ekként értelmezésreszorultságából – fakad, a döntés szubjektivitása pedig a döntés lényegéből.

Kelsen egyértelműen kifejti, hogy a magasabb rendű norma sohasem képes hézagmentesen meghatározni alkalmazásának eredményét,<sup>264</sup> hiszen „a norma

<sup>256</sup> VARGA 1992: 60.

<sup>257</sup> ISAY 1929: 20.

<sup>258</sup> PERELMAN 1962: 11.

<sup>259</sup> ISAY 1929: 25–28.

<sup>260</sup> ISAY 1929: 67.

<sup>261</sup> ISAY 1929: 78.

<sup>262</sup> VARGA 1992: 62.

<sup>263</sup> A bírói döntések lehetséges motivációiról lásd BENDIX 1968: 133–144.

<sup>264</sup> KELSEN 2001: 50 sk.

nyelvi értelme nem egyértelmű; a norma több lehetséges jelentéssel találja magát szemben”.<sup>265</sup> Ez a jelentésadás a jogi döntés, amelynek eredménye szintén egy norma, mely norma nem azért norma, mert tartalmilag szükségszerűen következne egy felette álló normából, hanem pusztán azért, mert formálisan, eljárásilag következik – azaz igazolható – e felsőbb normából. A klasszikus jogi módszertan szerint megvannak azok az értelmezési utak, eszközök, amelyek révén megkaphatjuk egy felsőbb norma konkrét jelentését, a felsőbb norma alkalmazását, azaz az alsóbb normát. Kelsen azonban relativizálja a jogalkotás és a jogalkalmazás fogalmait, rámutatva arra, hogy a jogi élet valamennyi szintjén – kivéve a legelső és a legelső lépcsőfokot – egyszerre zajlik alkotó és alkalmazó folyamat. És mivel a normának nem egy jelentése van, hanem több, a konkrét jelentés – ugyan a felsőbb norma keretei között marad – nem a felsőbb normától származik szükségszerűen – tehát nem megismerési aktus eredménye –, hanem a jogalkalmazótól. Tartalmilag a jog ezért nem is garantálhat teljes bizonyosságot; ha ugyanis előre tudnánk, mi a jog válasza, nem kéne bíróság, ügyvéd és ügyész, hiszen minden „magától”, azaz a jogszabályokból értetődne.<sup>266</sup> Épp a válasz többesélyűsége miatt megyünk bíróságra, bízva abban, hogy a bíró akaratára a mi érveinket fogadja el. A jogszabály – ahogy Niklas Luhmann írja – passzív: „idéztetik [...], de nem tud a döntésről diszponálni.”<sup>267</sup> Ezért az argumentáció a jog logikájának a sajátossága.<sup>268</sup>

A jog mint rendszer mindig konkrét szituációban nyilvánul meg: és épp a döntés szükségszerűsége adja meg a mindenkor szabadságot, hiszen – ahogy Vladimír Kubeš írja – „[a] helyzet nem mondja meg az embernek, hogyan kell döntenie. Teret enged neki, hogy így vagy úgy cselekedjék.”<sup>269</sup> És azt, hogy ki milyen motivációk hatására dönt így vagy úgy, meghatározhatja ugyan a jog (az attól való félelem vagy a vele való belső azonosulás), de más szempontok is. Egyéni szabadságunkkal áll összefüggésben a Luhmann által a döntés paradoxonának nevezett jelenség is: azaz, hogy ott merül fel igazán a döntés szükségszerűsége, ahol elvi szinten nem hozható döntés. Amennyiben a konkrét kérdés eldönthető (azaz van rá válasz), akkor e válasz a kérdés belső lényegéből adódik: megválaszolása nem döntés, hanem felismerés.<sup>270</sup> Ám a társadalmi jelenségeknél nincs szükségszerűség, így a kérdések megválaszolása valójában azért történhet csak döntéssel, mert nincs mit felismerni, nincs eleve adott válasz. A válasz mindenkor a helyzettől és tőlünk függ – nem objektív szabályosságtól. Ahogy Varga Csaba írja: „Bármiféle külső kényszerítő tekintély híján,

<sup>265</sup> Kelsen 2001: 52.

<sup>266</sup> A jogbiztonság mítoszáról lásd Frank 2006: 19–27.

<sup>267</sup> Luhmann 1999: 38.

<sup>268</sup> Perelman 1962: 222.

<sup>269</sup> Kubeš 1986: 80.

<sup>270</sup> Luhmann 1995: 307–310.



gyakorlatunk során végső soron csakis magunk fegyelmezhetjük, befolyásolhatjuk vagy irányíthatjuk magunkat.”<sup>271</sup>

Mindez abból fakad – amint feljebb fejtegettük már –, hogy a jog nem tényhelyzet leírása, hanem értékítélet: nem azt jelentjük ki, hogy a jogilag megítélendő, eldöntendő tényhelyzet milyen, hanem azt, hogy milyennek kell lennie. Az értékítéletek nem az értékelt tulajdonságaiból adódnak – mint a megismerési ítéletek –, hanem az értékelő alany véleményéből, ekként szükségszerűen szubjektívek, és episztemológiailag egyaránt igazak és hamisak, azaz verifikálhatóan nem eldönthetőek.<sup>272</sup> A jogi döntésnek azonban társadalmi vonatkozásai vannak: mindez egyrészt – etikai értelemben – felelősséget ró a döntéshozóra, másrészt eleve nem a semmiből születik, tehát mindenképp igazodnia kell környezetéhez. Ez biztosítja voltaképp, hogy nem önkényes, hanem társadalmilag hasznos döntések szülessenek.

A jog azért jött létre minden társadalomban, hogy szervezzen, problémákat oldjon meg, azaz: valósággá váljék. Mint láttuk, a normák nem valóságok – parafrázálva Jerome Frankot: nem mennek maguktól a bíróságra –, csak az akarat képes valósággá tenni őket. És az akaratnak nem pusztán eszközszerrep jut, hanem az határozza meg, az mondja ki, hogy mi a norma – ezért a döntés nem a norma alkalmazása, hanem a bíró szellemi alkotómunkája.<sup>273</sup> Egy társadalomban az lesz hát a jog, amit a jogalanyok, bírók, törvényhozók jogként akarnak. A törvény ui. nem objektív adottság, hiszen – amint Arisztotelész rámutat – a törvény szelleme az azt alkotó ember szellemétől nem elválasztható.<sup>274</sup> Magyarán, ha értékeket (erényeket) akarunk a jogállam révén előhozni, nem a jogra (Sollen), hanem az azt alkotó és alkalmazó emberre (Sein) kell hatni. Bármilyen intézmény csak az arra képessé tett emberekkel teljesítheti ki feladatát: nem véletlenül ismeri el egy kortárs magyar liberális politikai filozófus is, hogy „csak annak a morális tekintélynek jár ki az egyéniségre szabott jog, a szabadság és autonómia, akit a nevelés erre már felkészített”.<sup>275</sup> Bármily szép „apapótlék” (Jerome Frank), a jog sem mentesít minket felelősségünk és cselekvésünk alól – egy reális jogontológia, lerántva a normatív fikciókról, a „hatalom misztikus okáról” (Blaise Pascal) a leplet, erre mutat rá. Mert – ahogy Zlinszky János írja – „nem születik meg az érték csak úgy véletlenül, azért meg kell vívnia a maga harcát értékkereső egyénnek és társadalomnak egyaránt”.<sup>276</sup>

Annak belátása, hogy jogszabályaink se adhatják meg a teljes biztonságot – mert jelentésüket nem önmagukban hordozzák, és nem mechanikusan vonatkoznak az élet

<sup>271</sup> VARGA 1992: 69.

<sup>272</sup> ACHERMANN 1955: 54–64.

<sup>273</sup> BENDIX 1968: 88.

<sup>274</sup> ARISZTOTELÉSZ 1971: 99.

<sup>275</sup> BRETTER 2004: 99.

<sup>276</sup> ZLINSZKY 2006: 13.



sokszínűségére –, éppen nem dekonstruktív gondolat, hanem az egyéni és közösségi felelősség fontosságát hangsúlyozza. Szükség van szabályosságra, előreláthatóságra, jogbiztonságra, jogállamiságra – de mindezeket nem pusztán ilyen fogalmak törvényi bevezetésével, előírásával, hanem elsősorban a megfelelő jogtudat és jogkövető magatartás megléte esetén tudhatjuk elérni, fenntartani.

Annak belátása, hogy a jog mögött az akarat húzódik meg, elvezethet persze önkényhez – de annak megakadályozásához is. A megfelelő jogtudat és jogkövető magatartás nem jogszabályok, hanem helyes történelmi élmények, tapasztalatok vagy – azok esetleges hiánya esetén – tudatos nevelés eredménye, így nagyon is politikai és pedagógiai feladat. A weimari és a bonni alkotmány között se a leírt szavakban, a bevezetett jogintézményekben van a legfontosabb különbség (bár abban is lényegi változások történtek azért), hanem a társadalmi környezetben. A bonni köztársaság már nem elégedett meg azzal, hogy demokratikus és jogállami alkotmánya van, hanem tudatosan arra törekedett – a társadalmi „nevelés” legitim eszközeivel is –, hogy az alkotmány szavait az alkotmány eredeti szándékának és szellemének, a demokratikus, liberális jogállamnak megfelelően értelmezze bíró és polgár egyaránt.

Pusztá szavak nem teremtenek új valóságokat – erre csak erős akarat képes. Németországnak sikerült megkésett, erősen autoriter és militarista hagyományokkal rendelkező nemzetből a mai Európa egyik legnyitottabb, legliberálisabb jogállamává válnia. Ott az akarat ugyanis a jogállam feltételeinek megteremtésére, és nem – mint Weimarban – szétzúzására irányult.

### III. FEJEZET

## KÖZIGAZGATÁS MINT ÁLLAMLEGITIMÁCIÓ

A következőkben a jogi pozitivizmus kritikája a *Daseinsvorsorge* elmélete alapján jelenik meg. Ernst Forsthoff vezette be a fogalmiságot mint tudatosan metapozitívként gondolt megújítást a régi közigazgatási jognak, amely – véleménye szerint – az ipari társadalom új kihívásainak – mégpedig az emberi lét biztosításának – nem tudott már megfelelni. Ezért célozta meg Forsthoff a „klasszikus” közigazgatási jog szabályozási céljának és dogmatikájának kinyitását.

A társadalmi változások a 20. század első negyedében már odavezettek, hogy az ember – akinek lehetőségei és perspektívái térbelileg igencsak kiterjedtek (effektív élettér) – nem volt már képes pusztán az uralt életterére támaszkodva létfenntartását biztosítani. Míg lehetőségei tágultak (effektív élettér), konkrét helyzete szűkült (uralt élettér). Forsthoff vezette be a két élettérfogalom megkülönböztetését: van az uralt, illetőleg az elérhető (későbbi elnevezésben effektív) élettér.

A klasszikus liberalizmus felfogása szerint az állam és a társadalom elválasztottan létezik, az állam feladata csupán annyi, hogy jogszabályokkal biztosítsa a társadalmi-gazdasági folyamatok zavartalan, állami beavatkozástól mentes működését. Az ilyen állam – és az ilyen jog – azonban nem képes reagálni azokra a változásokra, amelyek miatt mind a társadalom, mind az egyén egyre inkább nem csupán az állam passzivitását és a jog absztrakt kiszámíthatóságát igényli, hanem az állam beavatkozó segítségét (jóléti állam) és egy nyíltabb jogfelfogás megjelenését. Ha az állam aktív feladatai erősödnek, az egyrészt a közigazgatási jogot érinti leginkább, másrészt viszont kihat az egyén és az állam általános kapcsolatára is, újfajta államlegitimációs indokot megjelenítve. A közigazgatási jog „felduzzadása”, aktivizálódása okán az egyén szerepe megváltozik: a társadalmi-gazdasági változások miatt kiszolgáltatott helyzete miatt állami védelemre szorul, ennek okán viszont az állami beavatkozásokkal szembeni egyéni kiszolgáltatottsága növekszik.

Ernst Forsthoff német közjogász érzékelte leginkább e változásokat. Miközben a közigazgatási jogot ő ennek megfelelően az államszervezés helyett elsősorban az egyéni létfenntartás biztosításának (*Daseinsvorsorge*) céljába állította, ezt a közigazgatási jog elméletének és dogmatikájának megváltoztatásával összekötötte. Másrészt viszont Forsthoff – immáron nem közigazgatási, hanem alkotmányjogásként kifejtett munkásságában – az államiságot nem akarta kiszolgáltatni teljesen az egyéni és társadalmi

érdekeknek – aminek következményét nevezte Carl Schmitt „mennységileg totális államnak” –, hanem egyfajta „neoliberális autoritarizmus” jegyében az állam „minőségi totalitását” akarta megőrizni a növekvő egyéni és társadalmi befolyással szemben. Mind közigazgatásjogi, mind alkotmányjogi koncepciói – noha egymással sokszor ellentmondásba kerültek – a német jogtudomány fontos metapozitív kísérleteit jelentik.

Amikor a jog születéséről, az állam legitimitásáról gondolkodunk, a Daseinsvorsorge gyakorlati szempontokat vet fel: az állam azért és általa legitim, amiért és ami által elfogadott. Ez a modern társadalomban leginkább a gondoskodás révén biztosított – így válik a Daseinsvorsorge közigazgatási jogi fogalomból a jog lényegére, az állam legitimitására, elfogadottságára vonatkozó felvetéssé. Éppen ezért különösen érdekes metapozitív kísérletről van szó, mert alapvetően gyakorlati – a közigazgatás mindennapjaiból – kiinduló koncepció.

## EGY ÚJ ÁLLAMLEGITIMÁCIÓ ÉS JOGSZEREPI IGÉNYE

A technikailag egyre fejlettebb világban olyan új lehetőségek nyílnak meg az emberek előtt, amelyek addig nem ismert távlatokat eredményeznek. Ez a térbeli és időbeli szabadság ugyanakkor elidegeníti és eltávolítja a korábbi emberi kapcsolatok kiszélesítése révén a társadalom tagjait egymástól. Kiszakad az ember korábbi természetes környezetéből – értve ezalatt anyagi környezetét (természet) és immateriális környezetét (család, kultúra) –, ugyanis egyre szabadabban – értsd: kötetlenebbül – tud mozogni, élni. Isaiah Berlin egy nagy hatású esszéjében különbséget tett negatív és pozitív szabadság között: az ő tipológiája szerint a negatív szabadság az az állapot, amelyben az ember külső kényszerektől mentesen, az élet, a természet külső erőitől szabadon tud létezni.<sup>277</sup> Ez a negatív szabadság azonban magában hordozza az elidegenedés lehetőségét is.

Carl Schmitthez hasonlóan Ernst Forsthoff is igen korán felismerte, hogy a jogtudomány – amely absztrakt normalitásokat feltételez, és azokból indul ki – rég elhaladt a valóság mellett. Forsthoff éppen ezért a közigazgatási jogot új fogalmi alapokra akarta helyezni. Felismerése szerint az iparosodás, a városiasodás, a technikai fejlődés az embereket negatív értelemben teszi szabaddá, és éppen ezért az így negatív szabaddá tett embernek nagyobb szüksége van az állam – és főleg az állami közigazgatás – nyújtotta segítségre, támogatásra, védelemre. E feladatköröket nevezte összefüggően „Daseinsvorsorgének”, amely így a modern állami közigazgatás legfőbb feladata lenne. Az is Forsthoff újszerű és gyakorlatorientált megközelítését bizonyítja, hogy az állam esetében a közigazgatást azonosította a központi elemként,

<sup>277</sup> BERLIN 2006: 201 skk.

mert a legfontosabb állami feladat nem a negatív szabadság fenntartása (amelyre a három hatalmi ág és főleg azok szétválasztása alkalmas), hanem a negatív szabad állampolgár pozitív védelme, a róla való gondoskodás (*Fürsorge, Vorsorge*).

Azon korábbi „természetes” egységek, amelyek az emberek védelméről gondoskodtak – a családi közösségtől a faluközösségen át az egyházig –, a modernizáció és a szekularizáció révén meggyengültek, és szerepüket az államnak, az állami közigazgatásnak – amely ennek megfelelően elsősorban szociális igazgatás, gondoskodás – kell átvennie.<sup>278</sup> A modernizáció és a technikai fejlődés révén eleve nagyobbak lettek a negatívan szabad ember igényei, és az esetlegesen még jelen lévő, korábbi gondoskodó közegei nem is lennének képesek eme új és nagyobb igényeket megfelelően kielégíteni. Az emberi emancipáció paradox módon tehát ahhoz vezet, hogy a szabadság fokának növekedésével újabb és nagyobb intézményekre van szükség, amelyek e szabadságtól védeni tudják a kötetlenné vált embert – mert különben éppen csak a ténylegesség ereje határozná meg egy-egy emancipált ember sorsát.<sup>279</sup> A kontrollálatlan negatív szabadság olyan helyzeteket szül, amelyekben az erősebbek – felszabadult erejük, hatalmuk ténylegessége okán – túlélnek, miközben a gyengék csak vegetálnak és félelemben élnek, mert számukra a negatív szabadság védtelenséget jelent.<sup>280</sup> A létvédelem (*Daseinschutz*) feladatát így az állam veszi át, amelynek saját feladatait és intézményeit (azaz a közigazgatást) ennek megfelelően kell újrafogalmaznia. Amit Schmitt az államtan szintjén fogalmazott meg – hangsúlyozva, hogy az állam feladatait és eszközeit a sohasem normális (azaz mindig rendkívüli) konkrét helyzetből kiindulva kell meghatározni –, Ernst Forsthoff a közigazgatási jog dogmatikájába vitte át.

Ahogy Willi Blümel Forsthoff-méltatásában írja: „Forsthoffnak érzéke volt az újdonságokhoz”;<sup>281</sup> így igen korán megfigyelte a fentebb leírt tendenciákat, és a Daseinsvorsorge fogalmának bevezetésével akarta újrafogalmazni az állam és a pozitív jog addig ismert lényegét és feladatait. A Daseinsvorsorge nem csupán új közigazgatási feladat, és nem szűkíthető csupán az anyagi gondoskodásra. A Daseinsvorsorge éppen azt biztosítja, hogy az állam – amelynek klasszikus fogalma és lényege történelmileg meghaladottnak látszik<sup>282</sup> – új, metapozitív legitimitást és igazolást nyerhessen.

Forsthoff az állami legitimitáció újrafogalmazásának során a (schmitti értelemben vett) totális állam helyeslésétől a nemzetiszocializmuson<sup>283</sup> át jutott az ipari társadalom államának meghatározásáig, amelynek révén újszerű közigazgatási és államjogi

<sup>278</sup> JASPERS 1932: 5.

<sup>279</sup> Ezen biopolitikai koncepcióról lásd AGAMBEN 2004: 127.

<sup>280</sup> Ahogy Carl Schmitt írta: „A nem beavatkozás [...] nem más, mint beavatkozás a mindenkori hatalmasok és kíméletlenek érdekében.” Lásd SCHMITT 1988: 154.

<sup>281</sup> BLÜMEL 2003: 119.

<sup>282</sup> Lásd SCHMITT 2003: 383.

<sup>283</sup> KERSTEN 2005: 544 skk.

elméleteit a konkrét körülményekből, változásokból – így (ha tetszik) a rendkívüliből kiindulva – tudta felépíteni. Először maga is úgy vélte, hogy a totális állam – a minőségileg totális állam – lehet képes az ipari korszak, a modernitás követelményeinek megfelelni, de idővel egyre inkább a szubszidiaritás és a társadalom szerepét hangsúlyozta a túlon túl erős és nagy állammal szemben.

## DASEINSVORSORGE: EGY ÚJ FOGALMISÁG OKAI

### Társadalmi-történelmi változások

A 19. század óta megjelenő változások (urbanizáció, tömegtársadalom kialakulása, technológiai újítások, iparosodás stb.) révén az emberiség lehetőségei – és ezzel arányosan igényei – folyamatosan nőttek, miközben a források szűkössége nem változott ilyen arányban. Amikor Ernst Forsthoff először bevezette a Daseinsvorsorge fogalmát, ezen változásokra kívánt reagálni, és a közigazgatást – valamint annak tudományát – a valósághoz közelebb vinni.

Elméleteinek egyik lehetséges előfutára – noha egyértelmű kapcsolódás nem állapítható meg – Karl Jaspers filozófus,<sup>284</sup> aki már 1932-ben, tehát pár évvel Forsthoff előtt éppen azon problémákra és jelenségekre utalt, amelyeket aztán Forsthoff a maga közigazgatási jogelméleti koncepcióiban mélyebben és jogászilag továbbgondolt. Jaspers szerint a tömegtársadalom jelentette változások miatt az ember „minden-nel érintkezésbe” került: „Semmi se távoli, titkos, csodálatos.”<sup>285</sup> Amit Jaspers még inkább érzelmileg fogalmazott meg, Forsthoff pontosította tovább, amennyiben is ő különbséget tett az uralt és az effektív élettér között. Erre a különbségtételre – amelyet későbbi műveiben is többször szó szerint megismételt<sup>286</sup> – alapította a Daseinsvorsorge fogalmát. E fogalom első ránézésre nem tűnik jogászinak – számosan ezért eleve úgy vélték, hogy Forsthoff nem új jogi dogmatikát alkotott, mert eleve vitatták fogalomképzésének dogmatikai helyességét.<sup>287</sup>

A Daseinsvorsorge fogalma egzisztencialista ihletettségű. Noha az az állítás, hogy Forsthoff Heidegger-től kölcsönözte volna,<sup>288</sup> nem igazolható. Karl Korn mégis kapcsolódást vélt felfedezni a heideggeri Dasein és a forsthoffi Daseinsvorsorge között, mivel a *Dasein* éppen azon gondokat, azon életfélelmeket jelenti,<sup>289</sup> amelyek

<sup>284</sup> SCHEIDEMANN 1991: 20 skk.

<sup>285</sup> JASPERS 1932: 29.

<sup>286</sup> FORSTHOFF 1938: 4 skk.; FORSTHOFF 1958: 4 skk.; FORSTHOFF 1968a: 146 skk.

<sup>287</sup> FISCHERHOF 1969: 41 skk.; BÖRNER 1971: 406 skk.; OSSENBUHL 1971: 516 sk.

<sup>288</sup> Heidegger *Sorge* fogalmáról lásd MERKER 2001.

<sup>289</sup> KORN 1959: 167.

mérséklése a Daseinsvorsorge feladata. A német *Sorge* szó is egyszerre jelent gondot, nyugtalanságot, aggodalmat, valamint gondoskodást, segítséget.

## A Daseinsvorsorge fogalma

Az említett társadalmi változások odavezettek, hogy az ember – akinek lehetőségei és perspektívái térbelileg igencsak kiterjedtek (effektív élettér) – nem volt már képes pusztán uralt életterére támaszkodva létfenntartását biztosítani. Míg lehetőségei tágultak (effektív élettér), konkrét helyzete szűkült (uralt élettér). Forsthoff vezette be a két élettérfogalom megkülönböztetését: van az uralt, illetőleg az elérhető (későbbi elnevezésben effektív) élettér: „Uralt élettérként [azon élettér] azonosítható, amely olyan intenzív módon kapcsolódik az emberhez, hogy azt csak önmagához tartozónak, sajátjának tekintheti, és amelynek uraként érezheti magát. Ez nem más, mint az udvar, a föld, amely az övé, a ház, amelyben él.”<sup>290</sup>

Ezen megkülönböztetésre, amely elsősorban még szociológiai – vagy Christian Schütte szerint pszeudoszociológiai<sup>291</sup> – megfigyeléseken alapult, építette fel Forsthoff a maga Daseinsvorsorge-elméletét, (1) amely képes volt a közigazgatás ténylegességét, valóságát, amely már akkoriban is számtalanszor gondoskodásról (*Daseinsfürsorge*) szólt,<sup>292</sup> jogilag megragadható formában leírni, és (2) amely – alapfogalomként – a közigazgatás új feladatát jelölte ki, és ezzel a közigazgatási jogi dogmatika újrafogalmazásához járult hozzá. Ami számos nyelven egyszerűen közszolgáltatásként ismert (*service public, public services, servicio público, usługi publiczne* stb.), Forsthoff révén nyert – tanúsítva „a tárgyiasítás németekben rejlő képességét” (Forsthoff)<sup>293</sup> – közigazgatásjog-elméleti megfogalmazást.

Miért volt szükséges a közigazgatás számára új feladatokat meghatározni, és a közigazgatási jog tudományát ennek megfelelően újrafogalmazni? „[A] modern ember már nincs azon alapvető javak birtokában, amelyek nélkül léte akár csak egy napig is elképzelhető volna” – válaszolja meg Forsthoff maga a kérdést, a probléma bemutatásával.<sup>294</sup> Az effektív (elérhető) élettér kitágulása – például a közlekedési lehetőségek megsokszorozódásának és felgyorsulásának köszönhetően<sup>295</sup> – ahhoz vezetett, hogy az összeszűkült, uralt élettér az új elvárásokat, igényeket már nem tudta kielégíteni. A paraszt, aki egykoron mezőgazdasági munkával tudta létfenntartását

<sup>290</sup> FORSTHOFF 1935: 398.

<sup>291</sup> SCHÜTTE 2006: 45. Peter Häberle szerint Forsthoff bizonyos ideológiai premisszákból kiindulón elemzett: HÄBERLE 2002: 11.

<sup>292</sup> Vö. HUBER 1974: 141 skk.

<sup>293</sup> FORSTHOFF 1968a: 161.

<sup>294</sup> FORSTHOFF 1938: 7.

<sup>295</sup> FORSTHOFF 1938: 5.

biztosítani, a városba, lakásba költözött,<sup>296</sup> és köz- (azaz külsődleges) szolgáltatásokra lett ráutalva. Minél nagyobb, minél távolibb lett az effektív élettér, annál inkább szüksége lett az embernek rendezett, a közjó felé elkötelezett, gondoskodó intézményekre. Egy mai német közigazgatási jogi kommentár is megállapítja, hogy „a Daseinsvorsorge teljesítési feladatát az állam nem engedheti át az erők szabad játékának”.<sup>297</sup> Forsthoff az állam – azaz az állami közigazgatás – feladatává tette, hogy biztosítsa a létfenntartást, a Daseinsvorsorgét.<sup>298</sup> Azaz – ahogy Forsthoff meghatározza a Daseinsvorsorge feladatát – „a (szó legszélesebb értelmében vett) államra hárul a feladat és a felelősség, hogy mindent megtegyen, ami a létezés feltételeit biztosítja [Daseinsermöglichung] az élettér nélküli ember számára”.<sup>299</sup>

A Daseinsvorsorge mint új állami feladat egyben erősíti is az állampolgári hűséget, az állam és az állampolgár kapcsolatát (és ennek megfelelően az állam legitimitását), mivel az állampolgár a személyében lesz érdekelt az állam – mint a Daseinsvorsorge biztosítója – zavartalan továbbműködésében. A Daseinsvorsorge forsthoffi koncepciója ekként (1) egyrészt új közigazgatási jogi fogalmat jelent, (2) másrészt új államlegitimációs alapot teremt. E kettős cél abból is kiolvasható, ahogy Forsthoff a Daseinsvorsorge fogalmának értelmét meghatározta: „A Daseinsvorsorge fogalma arra szolgál, hogy [1.] a modern állam szolgáltató feladatai között, feltéve, hogy az állam nem csupán fiskálisan cselekszik, közjogi elem legyen felmutatható, valamint [2.] egyidejűleg az egyénnek az államhoz való alapviszonyát az adottságoknak megfelelően újrafogalmazza.”<sup>300</sup>

A meghatározásban tehát ott a Daseinsvorsorge kettősége: egyszerre közigazgatás-jogi fogalom és államlegitimációs ok.

## FELADATCENTRIKUS KÖZIGAZGATÁSTAN

### Régi valóság – új dogmatika

Amikor Forsthoff kidolgozta a saját elméletét, a valósághoz akarta közelíteni a közigazgatási jogi dogmatikát, ugyanis a valóságban a közigazgatás már az ő korában is nagy részben közszolgáltatást jelentett. A közigazgatási jog fogalmisága azonban a pozitivista *Polizewissenschaft* keretei között rekedt meg. Már az 1960-as években – visszatekintve korábbi munkásságára – azt írta, hogy „a közigazgatástani lényegi feladata abban áll, hogy olyan valóságelemeket szállítson, amelyek alkalmasak

<sup>296</sup> „A ház helyébe az emelet, a bútorozott szoba, a hálószoba lépett.” Lásd FORSTHOFF 1938: 5.

<sup>297</sup> RONELLENFITSCH 2003: 79.

<sup>298</sup> HERDEGEN 2003: 43.

<sup>299</sup> FORSTHOFF 1958: 6 sk.

<sup>300</sup> FORSTHOFF 1959: 9.



alakítólag visszahatni a közigazgatási jogra, azaz képesek a meglévő jogelveket módosítani vagy új jogelveket létrehozni”.<sup>301</sup>

Ezen okból hivatkozott Lorenz von Stein munkásságára, aki már a 19. században, az akkor uralkodó, szigorúan pozitivista közigazgatási jogtudománnyal vitatkozva a közigazgatást és annak tudományát, amelyet ő közigazgatástannak (és nem közigazgatási jogtudománynak) nevezett, nem a jogász előírások, hanem a teljesítendő, megoldandó feladatok, problémakörök felől határozta meg. Szerinte a közigazgatási jog „az igazgató lényegéből (aus dem Wesen des zu Verwaltenden)” határozandó meg.<sup>302</sup> Hasonló okból akarta Forsthoff is megújítani a közigazgatási jog tudományát: „A Daseinsvorsorge mint a létszükségletekről, a létehetőségekről való gondoskodás manapság egyáltalán nincs oly módon dogmatikailag figyelembe véve, ahogy illenék.”<sup>303</sup>

A hagyományos dogmatika alkalmatlan volt arra, hogy a megváltozott társadalmi körülményeket észlelje, és ezért Forsthoff fogalomalkotása nem leíró-(jog)szociológiai, hanem normatív-dogmatikai természetű.<sup>304</sup> Forsthoff célja ezért, hogy „a modern közigazgatási jog tudományának alapjait [...] bizonyos vonatkozásban megvilágítsa”.<sup>305</sup>

Forsthoff a jogot nem zárt Sollenrendszernek tekintette, hanem Carl Schmitt-hez hasonlóan a valóságból kiindulóan próbálta meg meghatározni. Míg Forsthoff az alkotmányjog területén igencsak merev-konzervatív álláspontot képviselt – elutasítva a szociális államiság és a jogállamiság azonosrendűségét vagy a második világháború utáni német alkotmánybíráskodás munkásságában megjelent értéklogikát –, a közigazgatási jog területén híve volt az újszerű, dinamikus fogalmiságoknak. Mondhatni: amit Schmitt az alkotmányjog terén tett – az alkotmányjog politikai és tényleges elemeit hangsúlyozva, a pozitivizmust meghaladva –, Forsthoff a közigazgatási jogban gondolta tovább.<sup>306</sup> Schmitt realista alkotmányelméletét így kiegészíti Forsthoff realista közigazgatástana – mindkettő a pozitivizmus meghaladásaként értékelhető.

### Daseinsvorsorge mint nemzetiszocialista fogalom?

Forsthoff a Daseinsvorsorge fogalmát a nemzetiszocialista időkben vezette be a tudományosságba. Ez nem csak a megszületésének idejére vonatkozó történelmi tény, de

<sup>301</sup> FORSTHOFF 1964a: 138.

<sup>302</sup> VON STEIN 1972: 451.

<sup>303</sup> FORSTHOFF 1938: 12.

<sup>304</sup> SCHEIDEMANN 1991: 174.

<sup>305</sup> FORSTHOFF 1938: 2.

<sup>306</sup> STOROST 1984: 169.



egyben tartalmi kérdéseket is felvet arra vonatkozólag, hogy miért éppen a nemzeti-szocializmus ideje alatt nyíltott lehetőség a realitásalapú közigazgatásra, és hogy mennyire kapcsolódott e kor szellemiségéhez Forsthoff munkássága.

Noha 1945 után – sokszor a német önfelmentés stratégiájába illeszkedően – többször is az állítólag valóságidegen és értékrelativista (jog)pozitivizmust vádolták azzal, hogy védtelenné tette volna a német jogászságot a nemzetiszocializmussal szemben,<sup>307</sup> valójában a nemzetiszocialista jogszemléletet igen erősen áthatotta a pozitivizmus elutasítása, a hagyományos, klasszikus jogdogmatika meghaladása. Azaz éppen hogy nem a pozitivizmus, hanem ennek meghaladása szolgáltatta ki a német jogászságot a nemzetiszocializmusnak.<sup>308</sup> A nemzetiszocializmust ugyanis (pszeudo)természetjogi gondolatiság határozta meg.<sup>309</sup> A természetjogra is jellemző homályos jogkép – és nem a pozitivizmus merevsége – tette lehetővé, hogy számos német jogász – főleg azok, akik eleve kritikusak voltak a valóságidegenként megélt (jog)pozitivizmussal szemben – könnyen utat talált a nemzetiszocializmus felé, és kapcsolódott ahhoz.<sup>310</sup>

A nemzetiszocializmus maga is anti- és metapozitivista volt, azt vallotta például, hogy a kelsen-i tiszta jogtan absztrakt normativizmusa miatt nem lett volna képes a német jogtudomány a konkrét közösség konkrét élethelyzetére megfelelően reagálni. A náci jogászok – a történeti jogiskola hagyományait követve – a jogot nem absztrakt eszköznek, hanem egy konkrét nép, szellem kifejeződésének tartották. Karl Larenz ezért javasolta akkoriban, hogy „ezen absztrakt látásmódtól, azaz attól az elképzeléstől, hogy a jog nem más, mint normák rendszere, meg kell szabadulnia a ma jogfilozófiájának”.<sup>311</sup> A jognak ehelyett a konkrét (nép)rendre kell hivatkoznia, és fogalmait abból levezetnie.<sup>312</sup>

Noha e követelés főleg a nemzetiszocialista célok jobb megvalósulását szolgálta, tény, hogy a valóság felé fordulás egyben jogi megújulásra, új tudományos vitákra is lehetőséget adott. Forsthoff is abból indult ki, hogy a jogtudománynak nem zárt normarendszernek, hanem a valóságra reagáló problémamegoldásnak kell lennie. Éppen ezért a nemzetiszocialista jogfelfogást – amint Michael Stolleis írja – „a közigazgatási reáliák felé fordulás”, „a norma és a közigazgatási valóság közötti szakadék szűkítése” jellemezte.<sup>313</sup> Nem tagadható tehát, hogy a fenti okok miatt

<sup>307</sup> Ez ellen érvel pl. WALTHER 1989: 323 skk.

<sup>308</sup> SCHLINK 1991: 171.

<sup>309</sup> Minderről lásd WITTECK 2008; kortárs példaként pedig lásd NICOLAI 1934: 76; ill. SAUER 1934–1935: 245.

<sup>310</sup> A pozitivizmust már a weimari köztársaság idejében élesen bírálták, ezért nem lehet egységes pozitivista korszakról beszélni.

<sup>311</sup> LARENZ 1934: 19.

<sup>312</sup> LARENZ 1938: 27 skk.

<sup>313</sup> STOLLEIS 1984: 155.

éppen a nemzetiszocialista jogtudomány adott lehetőséget azon elméleti próbálkozásoknak, amelyek a Sollen és a Sein szigorú elválasztásának meghaladására törekedtek. A jog immár nem volt szembeállítva a léttel, hanem abból, annak megfelelően lett meghatározva. A nemzetiszocialista időszakot e tekintetben – ahogy Schütte írja – „a közigazgatás valósága iránti fokozott figyelem” jellemezte.<sup>314</sup>

A nemzetiszocialista jogtudomány Forsthoff számára is megfelelő keret lehetett, hogy a közigazgatási jog elméletét újrafogalmazhassa. Scheidemann odáig megy a forsthoffi fogalom elemzésekor, hogy egyenesen úgy véli: e fogalom megszületésére és megvalósulására eleve csak autoriter államban kerülhetett és kerülhet sor.<sup>315</sup> A Daseinsvorsorge ugyanis nem más, mint az állami legitimitás – és így az állami hatalom – megerősítésének a lehetősége. A Daseinsvorsorge újra legitimálni képes az államot, és a társadalmat egyetlen egységes (szolidáris) közösséggé formálja. A Daseinsvorsorge ugyanis nemcsak a tömegek anyagi ellátását (*Versorgung*), de egyben az immateriális létbiztosítást (*Daseinssicherung*) is nyújtja a rendszabályozás (*Daseinsdisziplinierung*) révén. Erre a demokratikus intézményiség eltörlése vagy csekélyebb súlya több, közvetlenebb lehetőséget biztosíthat.

## Szolgáltató és beavatkozó közigazgatás

### Szolgáltató közigazgatás

Az emberi lét csak meghatározott rend keretei között tud kibontakozni, így ennek védelme és fenntartása az emberi lét biztosítása. A közigazgatás korábban nem irányult azonban arra, hogy e (lét)rendet fenntartsa, és így a lét kibontakozásának feltételeit biztosítsa. Az állam pusztán azért volt legitim – tehát Max Weber meghatározását követve: elfogadott –, mert biztonságot nyújtott az embereknek. Az emberek azért fogadták el az államot, mert biztosította a rendet, de a társadalmi szférában mindenki ki volt téve a (gazdasági, társadalmi) erők szabad játékának. Forsthoff írja ennek kapcsán, hogy „az a jogrend, amelynek elvi szinten a szabad jogügyleteket lehetővé tevő privátautonómia az alapja, ezen privátautonómia hordozóira rakja mindennek kockázatait is. Úgy feltételezi róla, hogy megfelelően jár majd el a privátautonómiájával, és éppen ezért megterhelhető a kockázatokkal.”<sup>316</sup>

Azonban az uralt létternek fentebb ábrázolt szűkülése miatt nem elvárható az egyéntől, hogy mindazon kockázatokat, amelyek az effektív létter kiterjedéséből adódnak, egyedül magára vállalja. Már a 19. században megállapította Lorenz von

<sup>314</sup> SCHÜTTE 2006: 77 et passim.

<sup>315</sup> SCHEIDEMANN 1991: 242.

<sup>316</sup> FORSTHOFF 1938: 39.

Stein, hogy „az egyén nem képes önerőből meghatározni önmagát”, és éppen ezért úgy vélte, hogy az egyén érdekében gazdasági feladatok is hárulnak az államra, így nem lehet a privátautonómia biztosítására szűkíteni az állam feladatát.<sup>317</sup> Stein eme állami feladatot népgazdaság-gondoskodásnak (*Volkswirtschaftspflege*) nevezte, és sok tekintetben azt fejezte ki, amit Forsthoff Daseinsvorsorge fogalma. Azaz a Daseinsvorsorge – nem rendteremtő,<sup>318</sup> hanem gondoskodó értelemben – így válhat új állami (közigazgatási) feladattá. Ennek értelmében – ahogy Forsthoff írja – „a régi stílusú »bevatkozó közigazgatás« mellé a modern Daseinsvorsorge szolgáltató közigazgatása lépett”.<sup>319</sup>

E két területből – beavatkozó és szolgáltató – áll össze a modern állami közigazgatás, de a szolgáltató közigazgatás nemcsak az anyag nagysága miatt, de államlegitimációs okból is meghaladja a beavatkozó (rendfenntartó) közigazgatás jelentőségét. Az állam ugyanis egyre inkább nem a rend passzív biztosításával, hanem azon aktív szolgáltatásokkal legitimálja önmagát, amelyeket a polgárok igénybe vesznek, és amelyek nélkül a polgárok nem is tudnának létezni. Jens Kersten elemzésében egyenesen odáig megy, hogy a Daseinsvorsorge kapcsán a schmitti értelemben vett „politikai” (*das Politische*) konstruálásáról beszél – tehát hogy a Daseinsvorsorge lenne a „politikai” fő megjelenési területe –: „A Daseinsvorsorge iránti biztonságigény hozza létre a politikai közösséget.”<sup>320</sup>

Tény, hogy a modern állam éppen a Daseinsvorsorge okán várhat el elfogadást és engedelmisséget a polgárok részéről, és így a rendvédelmi, rendfenntartó hatalom csupán az önfenntartás egyik, rendkívüli esetekben legitimáló eszköze lett. Az állam immáron nem a rendfenntartó hatalma, hanem a Daseinsvorsorge révén legitimálja magát: a polgár léte ugyanis a gondoskodó (szolgáltató) közigazgatás szolgáltatásaitól függ.<sup>321</sup> Mindezt talán úgy lehet szemléletesen kifejezni, hogy az állam immáron nem (csupán) rendőrsége, hanem sokkal inkább a vízellátás és hasonlók révén legitimálja magát. Forsthoff ekként különbözteti meg a közigazgatás két ágát: „Megkülönböztetjük a beavatkozó közigazgatást a szolgáltató közigazgatástól, és ezzel valójában két eltérő struktúrájú részre szakítjuk a közigazgatási jogot. A rendvédelmi jog [Polizeirecht], amely egykor a közigazgatási jogszolgáltatás lényegét adta, mennyiségileg és minőségileg mellékes jelenséggé vált.”<sup>322</sup>

Miben különbözik e két közigazgatási jogi terület? A klasszikus államelmélet értelmében az állam és a társadalom két szembeállított entitás. Az állam ugyan

<sup>317</sup> VON STEIN 2010: 123 sk.

<sup>318</sup> FORSTHOFF 1959: 13.

<sup>319</sup> FORSTHOFF 1968b: 172.

<sup>320</sup> KERSTEN 2005: 553.

<sup>321</sup> FORSTHOFF 1970: 147.

<sup>322</sup> FORSTHOFF 1964a: 134.

a társadalom fölé emelkedik, de nem avatkozik be a társadalom (főleg gazdasági) folyamataiba, hanem szabadon hagyja őket – pusztán rendfenntartó közigazgatása révén biztosítja azon kereteket, amelyek között a társadalomban az erők szabad játéka megmarad. A beavatkozó közigazgatás koncepciója tehát feltételezi az állam és a társadalom különválasztását, az állammentes társadalmat: a társadalom önmagát szervezi meg, és az állam legfeljebb csak akkor vesz ebben részt, (1) ha a saját érdekeit akarja érvényesíteni, vagy (2) ha a társadalmi rend és nyugalom, amely a zavartalan gazdálkodás (azaz a polgári társadalom) alapja, védelemre, megerősítésre szorul. Az állam eszerint csak meghatározott (általában rendkívüli) esetekben jogosult a társadalom folyamataiba beavatkozni.

A liberális jogállamban a közigazgatás elsősorban „az állam tevékenysége saját céljainak kielégítésére”.<sup>323</sup> Nemcsak a társadalom volt állammentes, de az állam is társadalommentes, amennyiben is saját céljait követte, a társadalomban pedig hagyta a gazdaság szabadságát érvényesülni. A közigazgatás így ekkoriban állami feladat volt, és nem annyira a társadalom, mint inkább maga az állam érdekére irányult. A „beavatkozás” szó is – a két szféra különválasztottságán túl – ezt fejezi ki. A liberális jogállam polgára élvezte a negatív szabadságot. Szabadságát éppen az garantálta, hogy az állam távol tartotta magát a társadalomtól. A rendfenntartásra a biztonság miatt volt szükség, egyébként a társadalom önmagára volt utalva. A polgárok jogi helyzete annyit jelentett, hogy valamennyien azonos elbánásra tarthattak igényt az állam részéről (törvény előtti egyenlőség), az állam azonban nem törekedett tényleges egyenlőségre vagy a létfenntartásra. Az államot a törvény előtti egyenlőség, a társadalmat a gazdasági egyenlőtlenség elve határozta meg. E koncepció azonban nem tud megfelelni azon modern, technikai, elidegenedett világ elvárásainak, amelynek megjelenését Forsthoff a két élettér megkülönböztetésével fejezte ki.

A közigazgatás feladata mindig a konkrét körülményekből határozandó meg, így reagálnia kell a társadalmi változásokra: „Az állam történetének minden korszaka a közigazgatás új fogalmát hozza elő.”<sup>324</sup> A liberális-pozitvista jogállamiság korszaka Forsthoff szerint lejárt, és a demokratikus tömegtársadalomban az állam nem elégedhet meg annyival, hogy csak rendfenntartás esetén avatkozik be a társadalmi folyamatokba. Ahhoz, hogy a demokratikus tömegtársadalomban is biztosított legyen a biztonság, a létezés, az államnak intenzívebben és rendszeresítetten kell a társadalmi életben részt vennie. A demokratikus tömegtársadalom működése és fennmaradása függ ettől, ennek révén az állam egyre szociálisabb, a társadalom meg az államtól egyre függőbb lesz. Az az éles határ, amely a liberális jogállamiság szerint az állam és a polgári társadalom között húzódik, elmosódik ebben az esetben. A társadalom zavartalan működése, az egyén létfenntartása több állami beavatkozást igényel, amelyek így

<sup>323</sup> MAYER 2004: 1.

<sup>324</sup> FORTSHOFF 1966: 18.

immáron nem rendkívüliek, hanem rendszeresítettek. Az állam és a társadalom nincs immár szembeállítva egymással, éppen ezért nem állami „beavatkozásokról”, hanem állami „szolgáltatásokról” beszélhetünk. Az állami szolgáltatás fogalma kifejezi, hogy az állam immár nem a társadalom ellenpólusa, hanem maga is a társadalmi-gazdasági folyamatok résztvevője – ahogy Forsthoff írja: „Relatív kis területen összejött nagy embertömeg, és az embernek ezzel szükségszerűen összefüggő elválasztása a javaktól olyan létfenntartási szükségletet hívott elő, amelyet a közigazgatás csak saját szolgáltatások nyújtásával tudott kielégíteni.”<sup>325</sup>

E szolgáltatások nyújtására a klasszikus liberális jogállam eszközei és intézményei – így akár a pozitív jog – nem alkalmasak, és ezért az állam belép a társadalom, a gazdaság szférájába: az állam a közjónak elkötelezetten olyan jogintézményeket és jogeszközöket használ fel, amelyek korábban a polgári társadalom autonóm résztvevői számára voltak csak fenntartva. A szolgáltató közigazgatás révén a közigazgatás tehát társadalomalakító faktorrá lesz. Maga a szolgáltatás is a magánjogból kölcsönzött kifejezés. A szolgáltató közigazgatás lényege a feladata felől határozandó meg.

### A közigazgatás mint állami valóság

A szolgáltató közigazgatás a modern tömegtársadalomban is biztosítja az állam legitimitását, elfogadottságát. Ennek révén – az államlegitimációs kérdésekben – immáron nem is az alkotmány – mint absztrakt szabály –, hanem a közigazgatás – mint állami valóság – játssza a központi szerepet: a közigazgatás legitimálja, tartja fenn és stabilizálja az államot. Így válik – Forsthoff kifejezésével élve – a közigazgatás „az állam arcává”.<sup>326</sup> Forsthoff ezért, noha maga is államjogásznak tekinthető, a közigazgatás kérdései felé fordult, mondván, ott játszódik le az állam valósága: „Mai világunk alkotmányjogi problémái valójában közigazgatási problémák.”<sup>327</sup>

## DASEINSVORSORGE MINT ÁLLAMI LEGITIMÁCIÓ

### Az uralkodó államtól a szolgáltató államig

Az egyén számára az effektív élettér csak akkor nyitott, ha saját, önerőből immáron uralni nem tudott élettére államilag védett, biztosított. Ez a Daseinsvorsorge feladata, amely így – mint a liberális jogállam esetében a beavatkozó, rendfenntartó

<sup>325</sup> FORTSHOFF 1966: 35.

<sup>326</sup> FORSTHOFF 1935: 331.

<sup>327</sup> FORSTHOFF 1964a: 131.

közigazgatás – állammegtartó erővel rendelkezik.<sup>328</sup> A Daseinsvorsorge ezért nem csupán közigazgatási jogi fogalom, amely új közigazgatási feladatokat fogalmiasít, hanem államlegitimációs ok is egyben.<sup>329</sup> Az állam ugyanis ezen új közigazgatási feladat révén válik szükségessé ismét az egyén számára: „A Daseinsvorsorge nem csupán a közigazgatás elsődleges feladata és kötelessége [...], de elsősorban az állam felhatalmazása a gyenge, függő modern ember felett.”<sup>330</sup> A technikailag fejlett, demokratikus tömegtársadalmiság korában, amikor egyre több embernek nem elegendő az uralt életterre önmaga ellátására, az állam feladata Forsthoff szerint „a politikai létbiztosítás”,<sup>331</sup> és ezért hangsúlyozta maga is, hogy „[a] Daseinsvorsorge minden kérdése [...] szükségszerűen mindig elsőrangú politikai kérdés is”.<sup>332</sup> Az állam ezáltal újabb feladatokat nyer, felelőssége a társadalomért is totalizálódik. A totális állam tehát „a totális felelősség állama” Forsthoff számára.<sup>333</sup>

A totális felelősség – mint az állam új legitimációs indoka – feltételezi az egyének totális kiszolgáltatottságát. Az egyén immár önerőből, az uralt életterére támaszkodva nem képes megvédeni és fenntartani magát – ennyiben helyzete a természetes állapot szabadságáéhoz hasonlatos –, így olyan autoritásra van szüksége, amely biztosítja (1) a létét az uralt életterén túl, (2) valamint az effektív életteréhez való hozzáférést. A szolgáltató állam végső soron nagyobb hatalomra tesz szert az egyén felett, mint a korábbi uralkodó állam.<sup>334</sup> Ahogy Forsthoff lakonikusan megállapítja: „az ember nemcsak az államban él, de az állam révén is.”<sup>335</sup> Az állam társadalmi beavatkozásai nem időlegesek, nem rendkívüli uralmi eszközök – mint a beavatkozó, rendfenntartó közigazgatás esetében –, hanem rendszerességgé állnak össze: „Az egyén állammal való érintkezése nem egyedi aktusokban nyilvánul meg. [...] Állandó állapot” – vonja le Forsthoff a következtetést.<sup>336</sup>

## A demokratikus tömegtársadalom legitimációja

A társadalom a modern társadalmiság korában az államon keresztül valósítja meg céljait. Az állam ugyan jelentős hatalmat nyer ennek révén a társadalom felett, de ez a hatalom annyiban „üres”, hogy tartalmát nem a társadalomtól független állam,

<sup>328</sup> MEINEL 2007: 788.

<sup>329</sup> SCHEIDEMANN 1991: 10.

<sup>330</sup> MEINEL 2007: 792.

<sup>331</sup> FORSTHOFF 1938: 6.

<sup>332</sup> FORSTHOFF 1938: 13.

<sup>333</sup> FORSTHOFF 1933: 42.

<sup>334</sup> FORSTHOFF 1938: 8.

<sup>335</sup> FORSTHOFF 1968a: 149.

<sup>336</sup> FORSTHOFF 1966: 71.

hanem a társadalom maga határozza meg. Az állami hatalom megnövekszik – de immáron nem az állam érdekében, hanem az állam különféle társadalmi csoportok eszközévé lesz. Carl Schmitt ezt „gyengeségből totális államnak” vagy „mennyei totalitásnak” nevezte. Ennek elutasítása fejeződik ki az autoriter neoliberalizmusban – ahova Schmitt és ForsthoFF egyaránt sorolható –, amely az államot éppen azért erősítené, hogy kivonhassa magát a társadalmi érdekek alól.

### Az állami kérdések dezideologizációja

ForsthoFF szerint a Daseinsvorsorge miatt az állam és az egyén kapcsolatát leginkább az egyén gyakorlati helyzete és igényei határozzák meg: „[A polgár] az államhoz való viszonyában kevésbé alapelvek és ideológiák szerint orientálódik; elsősorban nem konzervatív, liberális vagy szocialista, hanem mezőgazdász, importőr, nyugdíjas, nagykereskedő, munkás, háztulajdonos, gyümölcskereskedő stb.”<sup>337</sup>

Az állam tehát immáron nem egy eszme magasabb rendű – társadalom feletti – megvalósulása, objektivációja – mint Hegelnél –, hanem az állam egyre inkább a különféle, a demokratikus eljárásokban megjelenő csoportok, osztályok és az ő képviselőik, pártjaik, szakszervezeteik érdekeit szolgálja. ForsthoFF szerint ez oda vezetett, hogy „a modern választó nagyobb mértékben, mint korábban, a saját érdekei szerint orientálódik”.<sup>338</sup> Ennek révén azonban – és ezt a korai etatista ForsthoFF sajnálkozva állapítja meg – elvész az állam önállósága, önértéke, számára ugyanis „az igazi államiság a társadalmi érdekkonfliktusok felett áll”,<sup>339</sup> és nem az egyéni/társadalmi érdekeket szolgálja.

Az, hogy az állam immáron nem eszmei tartalomként jelenik meg, stabilizálja persze a hatalmát. Ahogy ForsthoFF – immáron az ipari társadalmak vonatkozásában – megállapította: „[A politikai ideológiákat] sokkal inkább alá kell rendelni az államilag összetartott szolgáltató rendszerek elsődleges működési céljának. Ekként újfajta stabilitás jön létre, amely a rendőrség megszokott hatalmi eszközét sem igényli.”<sup>340</sup>

A szolgáltató államban senki sem lesz érdekelt például az állam megdöntésében, mert a forradalom nemcsak a hatalmat, de vele együtt a létfenntartó szolgáltatásokat is elsöpörné. Ahogy ForsthoFF megállapítja: „A modern szociális állam a történelemben az első [olyan állam], amelynek fennmaradása és működése minden egyén számára személyes, nyilvánvaló érdekében áll.”<sup>341</sup>

<sup>337</sup> FORSTHOFF 1968a: 153.

<sup>338</sup> FORSTHOFF 1971: 91.

<sup>339</sup> FORSTHOFF 1968a: 159.

<sup>340</sup> FORSTHOFF 1971: 159.

<sup>341</sup> FORSTHOFF 1970: 147.



## Totalitás gyengeségből

A polgárainak létéről gondoskodó állam mennyiségileg egyre nagyobb lesz – azaz mennyiségileg totalizálódik –, miközben immáron nem önmagáért, hanem különféle társadalmi aktorok hatalmi eszközeként, a társadalmi csoportok érdekében létezik. A pártok, a szakszervezetek, a különféle szövetségek lesznek egyre jelentősebbek, és az államot saját érdekeikre használják fel: ez mennyiségileg növeli, minőségileg viszont gyengíti az állami hatalmat.<sup>342</sup> Minden társadalmi ügy – ahogy Schmitt kritikusan állapítja meg – ennek révén potenciálisan állami ügy is lesz egyszerre.<sup>343</sup> Schmitt ezt az államot nevezi „gyengeségből totális államnak”, amely „a pártok és a szervezett érdekek ostromának” nem tud ellenállni,<sup>344</sup> azaz nem önmagában és nem önmagáért áll fenn.

ForsthoFF ugyan bírálta eme államot, de az állam társadalmiasulásához maga is hozzájárult, amennyiben is a közigazgatást nem az állam saját céljait megvalósító ténykedésként, hanem társadalmi szolgáltatásként határozta meg. A Daseinsvorsorge ugyanis maga is sok tekintetben mennyiségileg totális államhoz vezet: az újszerű közigazgatás totalizálja az állam hatalmát – elvégre senki se tudja és akarja magát az állam hatalma alól kivonni (mert az állami hatalom fennmaradása és tevékenysége társadalmi érdek). ForsthoFF mindezt annyiban próbálta meg mérsékelni – vagy elméletileg megakadályozni –, hogy tagadta a szociális államiságnak – a jogállamisághoz hasonló – alkotmányos rangját.<sup>345</sup>

## A totális Daseinsvorsorge

Ernst ForsthoFF – noha hozzájárult az állam társadalmiasulásához – elméleteiben egyfajta „kriptohegelianizmus” figyelhető meg.<sup>346</sup> A Schmitt-tanítvány ForsthoFF<sup>347</sup> az államot ideálisan a társadalom felett álló, a társadalmi aktoroktól független és lényege szerint szellemi objektivációnak tartotta, amelynek elsődleges feladata nem a polgárok céljait megvalósítani, hanem a társadalommal szemben saját autoritását és méltóságát fenntartani. E minőségi totalitás nem sokszorozza

<sup>342</sup> A weimari alkotmány kapcsán utólagosan, kritikusan állapítja meg FORSTHOFF 1971: 17 skk.

<sup>343</sup> SCHMITT 1988: 151 sk.

<sup>344</sup> SCHMITT 1958a: 360 skk. Itt: 362.

<sup>345</sup> FORSTHOFF 1968b: 178 skk.

<sup>346</sup> EUCHNER 1974: 181.

<sup>347</sup> ForsthoFF egyetemistaként Carl Schmitt egyik óráján – amely a vadászati jogról szólt – kedvelte meg a jogász szakmát (QUARITSCH 1974, 2120). Azonban ForsthoFF nem vált Schmitt tanítványává, abban az értelemben, hogy elméleteit a schmitti elméletek továbbgondolásaként értékelhetnénk (SCHEIDEMANN 1991: 115 skk.).



meg a társadalomba való állami beavatkozásokat: a minőségileg totális állam hagyja a társadalom szabad erőit – Hermann Heller szerint éppen ebben áll a fasiszta állam lényege, amelyet ő ezért autoriter liberalizmusnak nevezett<sup>348</sup> –, azért, hogy saját erejét és méltóságát tudja a társadalom egészével szembehelyezni.

Ez az állam képes lenne – ahogy a fasiszta jogtudós Pannunzio írja – „a szociális csoportokkal szemben fellépni és a szakszervezeti konfliktusokon úrrá lenni”.<sup>349</sup> A fasiszta állam a társadalmi pluralizmussal szemben fogalmazódik meg, és – ellentétben a mennyiségileg totális állammal – nem válik a társadalmi pluralizmus jelentette társadalmi érdekek eszközévé, ami gyakorlatilag a társadalmi demokrácia kiiktatásával jár együtt.<sup>350</sup> Ezen állam totalitása nem a gazdasági szféra állami meghódítása,<sup>351</sup> még kevésbé a különféle társadalmi részérdekek, részigények kielégítése, hanem az állam megerősítése éppen ezen részérdekekkel szemben. A (minőségileg) totális államnak képesnek kell lennie politikai döntést hozni – schmitti értelemben tehát barát és ellenség között különbséget tenni. A minőségi totalitás schmitti lényege nem abban áll, hogy ledőlnek az állam és a társadalom közötti falak, hanem abban, hogy az állam az állami egységet és társadalomfelettséget veszélyeztető erőket kizárja, azaz gyakorlatilag a plurális társadalmat felszámolja. A társadalom az államnak alárendelt, és a társadalmon belül egység, homogenitás áll fenn. Erwin von Beckerath ezen minőségi totalitás értelmében tekintette „tipikus gondoskodó államnak” a *fascista* államot.<sup>352</sup>

Forsthoff később elfordult a totális állam elméletétől, a második világháború utáni írásaiban már a közigazgatás demokratizálását, a részvétel fontosságát hangsúlyozta, és elismerte az ipari társadalmak államstabilizációs hatalmát: e társadalmak ugyan nem képesek egységes társadalmat teremteni, de erejük és önállóságuk okán az államra csak kiegészítő feladat hárul (azaz elkerülhető a mennyiségi totalitás).

## ÁLLAMLEGITIMÁCIÓ AZ IPARI TÁRSADALOM KORÁBAN

Miközben Forsthoff az alkotmányjogban elvetette a mennyiségileg totális államot, amely tehát túl sok társadalmi feladatot vállal fel, és ezért a különféle társadalmi erők játékszerévé válik, a közigazgatási jog területén nagyon is nyitott volt új, dinamikus

<sup>348</sup> HELLER 1971: 643–653. Itt: 652.

<sup>349</sup> PANUNZIO 1934: 23 skk.

<sup>350</sup> HELLER 1971: 650 skk.

<sup>351</sup> A mennyiségileg totális állam célja, hogy az egészséges, azaz a társadalmi részérdekektől függetlenül működő gazdaság szabadságát biztosítsa; lásd SCHMITT 1995: 81. A mennyiségileg totális állam a gazdaságot védelmezi a társadalmi érdekérvényesítő szervezetekkel (pártokkal, szakszervezetekkel) szemben, és ennek értelmében gyakorlatilag neoliberais agendát követ; lásd KERVÉGAN 2005: 88 skk.

<sup>352</sup> VON BECKERATH 1927: 151.

megoldások, eszközök felé.<sup>353</sup> Ez leginkább azzal magyarázható, hogy ugyan az államot meg akarta őrizni társadalom feletti entitásként – és ezért elvetette a jogállamiság szociális államiságba való továbbgondolását –, de közben mint „érzékeny jogász” – ahogy Peter Häberle jellemezte őt<sup>354</sup> – reagált a változó társadalmi környezetre, amennyiben is ahhoz próbálta meg alakítani a közigazgatási jogot.

A második világháború utáni társadalmi és gazdasági stabilitás során a konzervatív államelmélet is „megengedhette magának”, hogy az államiságot a normalitás felől definiálja – ellentétben Carl Schmitt-tel, akinél a rendkívüli helyzet és annak meg- és feloldása adta az államelmélet központi jelenségét –, de ezen normalitás stabilitását nem az alkotmányjog, hanem a gyakorlatibb kérdésekre közvetlenül válaszoló közigazgatási jog felől közelítette meg és írta le.<sup>355</sup>

## A szociális államiság ellenében

A német Grundgesetz a Német Szövetségi Köztársaságot „demokratikus és szociális szövetségi államként” határozza meg (Art. 20 GG), és a szociális jogállamiság iránt valamennyi szövetségi tagállamnak el kell magát a saját alkotmányában kötelezni (Art. 28 Abs. 1 GG). A német Alaptörvény tehát a jog- és szociális államiság két fogalmát összeköti, noha e két fogalom eltérő történelmi kontextusban született, és eltérő célokat hordoz.<sup>356</sup> A jogállamiság lényege az azonos szabadság (törvény előtti egyenlőség): az egyén és a társadalom szabadságát az állam éppen azáltal biztosítja, hogy – bizonyos működési kereteket ugyan megszabva – lényegileg távol tartja magát mind az egyén, mind a társadalom életétől; ezzel szemben a szociális (vagy jóléti) államiság céljai – amelyek a Daseinsvorsorge fogalmában is megjelennek – csak állami beavatkozással valósíthatóak meg.<sup>357</sup>

Ezen az alapon – azaz a két jelenség eltérő céljai és eszközei miatt – vetette el Forsthoff a német Alaptörvényben alkotmányos célként meghatározott szociális jogállamiság lehetőségét.<sup>358</sup> Tagadta tehát annak lehetőségét, hogy egy állam egyszerre lehessen jogállami és szociális. Forsthoff elméleti igyekezete arra irányult, hogy a jog- és szociális államiság egyidejűségének és azonosértékűségének cáfolatával elválassza egymástól az állam alkotmányos és közigazgatási cselekvési szintjeit. A jogállamiság az alkotmányjog területe, annak alapelve, míg a szociális államiság legfeljebb közigazgatási cél lehet, azaz nem

<sup>353</sup> HÄBERLE 2002: 5.

<sup>354</sup> HÄBERLE 2002: 5.

<sup>355</sup> Minderről lásd SAAGE 1983a: 15 skk.

<sup>356</sup> HUBER 1962: 11 skk.

<sup>357</sup> HUBER 1962: 21.

<sup>358</sup> FORSTHOFF 1968b: 178 sk.

alkotmányos alapelv, hanem a közigazgatás egyik lehetséges feladata, ugyanis – ahogy Forsthoﬀ írja – „egy alkotmány nem lehet szociális törvény”.<sup>359</sup>

Forsthoﬀ tehát nem dobja ki a szociális államiséget, csupán rámutat arra, hogy alkotmányos alapelvként való megfogalmazása veszélyeket rejt (az állam mennyiségi totalizálását), és így a jogállam lebontását okozhatja. Alkotmányos rendezőelvként így csak a jogállamiságot tartja meg, mert szerinte az biztosítja az állam társadalomfelettségét is. Mindez azonban nem jelenti azt, hogy egy gazdaságilag felfelé ívelő, sokféle társadalmi érdeket előhozó modern ipari társadalomban ne lenne az állam gyakorlati feladata a szociális biztonság, a minimális megélhetés, a társadalmi érdekek közötti kiegyensúlyozás biztosítása. Milyen problémákat vehetünk azonban észre e forsthoﬀi szétválasztásban, és miként magyarázhatóak ezek?

### A forsthoﬀi jogállamfogalom problémái

Forsthoﬀ már az 1930-as években azzal a céllal vezette be a közjogba a Daseinsvorsorge fogalmát, hogy azáltal olyan új közigazgatási jogi szemléletet honosítson meg, amely az egyének valós problémái felé fordul. E koncepcióját a megmerevedett pozitivisták közigazgatási jog ellenében dolgozta ki. Éppen ezért felettébb meglepő, hogy miközben a közigazgatási jog területén a pozitivizmust meghaladni kívánta, az alkotmányjogban hű maradt a pozitivizmushoz. Míg a közigazgatási jogot „kinyitotta” a metajurisztikus problémák és jelenségek előtt, addig az alkotmányjog területén arra törekedett, hogy a jogállamiság klasszikus, liberális, pozitivisták, minimalista koncepcióját megóvja a társadalmi behatásoktól, a metajurisztikus tendenciáktól. Ezen okból utasította el Forsthoﬀ azon alkotmánybíráskodási modellt is, amely külsődleges (valamely politikai filozófiától kölcsönzött) értékeket zárt értéklogikai rendszerben „kényszerítene” a jogrendszer egészére.<sup>360</sup> A jogalkalmazás metodológiai fellazítását is bírálta, mert e téren is hű maradt a pozitivisták jog(alkalmazás)-modellhez.<sup>361</sup> Önmagában azonban a Daseinsvorsorge fogalma és feladata is elhelyezhetetlen az állami feladatok között, ha nem nyitjuk fel a pozitivisták jogállamfogalmát. Forsthoﬀ maga is beismeri egy helyütt, hogy „az állam teljesítménye a Daseinsvorsorge területén [...] a modern államot szükségszerűen szociális állammá teszi”.<sup>362</sup>

Forsthoﬀ azonban elméleti munkásságában úgy tesz, mintha nem lenne közös alkotmányjogi pont a jog- és a szociális államiség között. Ernst Rudolf Huber ezzel szemben a különbséget nem lényeginek, hanem időbelinek tartja, ugyanis a két

<sup>359</sup> FORSTHOFF 1968b: 180.

<sup>360</sup> FORSTHOFF 1964b: 182.

<sup>361</sup> FORSTHOFF 1964b: 183; ill. 1971: 68.

<sup>362</sup> FORSTHOFF 1968a: 148.

államkoncepció eltérő társadalmi modelleknek felel meg: a jogállam a polgári társadalom állammodellje, a szociális állam pedig az ipari tömegtársadalomé.<sup>363</sup> Szükséges tehát, hogy a társadalmi változások az alkotmányjog szintjén is megjelenjenek,<sup>364</sup> és ezért lehetett szükséges, hogy a német Alaptörvény egyszerre emeli mindkét állammodellt közös alkotmányjogi alapelvvé. A szociális jogállamiság – a szociális jelző beemelésével – éppen azon társadalmi integrációt szolgálja,<sup>365</sup> amelyet Ernst Forsthoff még egykoron a totális állam modelljével akart megvalósítani. Ennek értelmében Forsthoff nem veszi észre, hogy a szociális államiság és a jogállamiság egymást kiegészítve lehetne a modern ipari tömegtársadalom alkotmányos alapelvévé. A szociális tartalom nélküli jogállam legalista formalizmushoz vezetne csak, míg a jogállami fékek és ellensúlyok nélküli szociális állam kollektivistá államná fajulna. A jogállam materiális magja adja a szociális államiságot.<sup>366</sup>

### A szociális államiság elutasítása az alkotmányos szinten

A szociális államiságot azért bírálta Forsthoff, mert abban a társadalom eszközt látta arra, hogy hatalmába kerítse az államot; az igazságszolgáltatási államot, főleg az alkotmánybíráskodást pedig azért vetette el, mert úgy vélte: a bírói hatalom olyan külsődleges korlátot jelent, amely korlátozná az állami szuverenitást. Mindkét esetben tehát az államot mint önálló, társadalom feletti, szuverén egységet védelmezi. Az alkotmánybíráskodás modelljében egész egyértelműen azt vitatja, amiként az a politikai problémákat jogiasítja, és így azok megoldása immáron nem az állami szuverén akarat döntése lenne – ahogy azt Carl Schmitt gondolja<sup>367</sup> –, hanem az állami akarat korlátja. Különösen azon alkotmányos értékeket vetette el Forsthoff, amelyeket az alkotmánybíráóságok – mintegy az állami akarral szemben – kényszerítenek ki. Amikor Forsthoff az alkotmány alkotmánybíráskodás általi vélt ideologizálása ellen polemizált – azt állítva, hogy ennek révén mindenki számára nyitottá válnak az alkotmányos viták<sup>368</sup> –, az állam eltársadalmiasítása (*Ver-gesellschaftung*) elleni küzdelmét folytatta.

Ulrich Storost azonban más nézőpontból értelmezi a (jogállamcentrikus) alkotmány és a (szociálisállam-centrikus) közigazgatás éles megkülönböztetését. Storost szerint Forsthoff nem arra törekszik, hogy az állam totalitását és önállóságát a szociális

<sup>363</sup> HUBER 1962: 11 skk.

<sup>364</sup> HUBER 1962: 23.

<sup>365</sup> HUBER 1962: 13.

<sup>366</sup> BACHOF 1954: 39.

<sup>367</sup> SCHMITT 2004: 13.

<sup>368</sup> FORSTHOFF 1971: 68 sk.

államiságtól leválasztott jogállamiságban gondolja tovább – amint a fenti kritika feltételezte –, hanem éppen ellenkezőleg: Forsthoff azért hangsúlyozza a két államkoncepció különállását, hogy a szociális kérdésekkel foglalkozó, dinamikus közigazgatás (ekként a szociális államiság megnyilvánulása) ne csúszhasson át erős, cselekvő, jogállamilag nem kötött államiságba.<sup>369</sup> Forsthoff eszerint a jogállamiság révén akarná korlátozni a szociális államiságot, amely különben totális állammá fajulhatna.

## Társadalmi Daseinsvorsorge mint állam nélküli rend

A Daseinsvorsorge közigazgatási feladata igen jelentős hatalmat biztosít az államnak polgárai felett, ami visszaélésekhez is vezethet.<sup>370</sup> Ezért fordult el később Forsthoff maga is saját kezdeti koncepciójától, a (minőségileg) totális államtól, és szorgalmazta a Daseinsvorsorge demokratizálódását, sőt társadalmiasítását, ugyanis ezekről remélte elkerülhetni a mennyiségileg totális állam kialakulhatóságát.

### A Daseinsvorsorge demokratizálódása

Forsthoff tehát maga is felismerte, milyen veszélyeket – főleg az állam mennyiségi totalizálódásának veszélyeit – rejtget magában az állami Daseinsvorsorge. Amint fentebb írtuk, a Daseinsvorsorge alapélménye, amely aztán a közigazgatási jog megújításának célját is kifejezte, éppen a polgár elidegenedése, az uralt élettér csökkenése. Ezt azonban nem az állami hatalom növelésével, kiterjesztésével lehet orvosolni. Ha ugyanis az egyén léte egy hatalmas államtól és annak szolgáltatásaitól függ, tovább fokozódik az elidegenedése, egyben egyéni felelősségérzete is csökkenni fog. Forsthoff ezért javasolta, hogy ne állami, hanem kommunális feladat legyen a Daseinsvorsorge. A kommunális Daseinsvorsorge egyben a közigazgatási feladatok demokratizálódását is eredményezi: „Minél közelebb áll a polgár a közfeladathoz, annál nagyobb a lehetőség arra, hogy a polgár annak megvalósításában részt vállalhasson, és így az elidegenedést feloldhassa.”<sup>371</sup>

### A Daseinsvorsorge társadalmiasítása

Forsthoff utolsó nagy műve, amelyben számot vet a második világháború vége óta végbe ment változásokkal, az ipari társadalom államát tárgyalja. E könyvben (1) összefoglalja

<sup>369</sup> STOROST 1984: 187 sk.

<sup>370</sup> FORSTHOFF 1958: 9.

<sup>371</sup> FORSTHOFF 1958: 21 skk.

állam- és közigazgatási jogi elméleteit, és (2) megbékél a Daseinsvorsorge társadalmiasításával, amely a német gazdasági csoda és az azzal együtt erősödő politikai normalizáció jele. Ez jelentős fordulat a forsthoffi életműben – de a német államtan számára is. A weimari időkben az államjogi érdeklődés – főleg a konzervatív államjogászok részéről – a kivételes helyzet kérdéseire irányult, mert az állam folyamatosan ki volt téve annak, így fontos, gyakorlati jelentőséggel bírt a kivételes helyzetek elemzése és megoldása. Éppen ezért az államiság egészét a kivételes helyzet felől ragadták meg. A politikai – azaz minőségileg totális – állam, amely képes barát és ellenség között különbséget tenni, vagy a forsthoffi totális állam, amely a társadalmat az állam alá rendeli, a permanens kivételes állapotból kivezető megoldási javaslat volt. A stabilitást tehát a kor államjogászai a kivételes állapot eldöntéseként képzelték el.

A második világháború után viszont olyan időszak kezdődött, amikor a (német) állam – nem csupán a weimari hibákat elkerülő Grundgesetz, de még inkább a gazdasági csoda következményeként – stabilizálódni tudott. Már 1959-ben ezért Forsthoff felismerte, hogy az államra csak „kiegészítő feladat” hárul a társadalom stabilizálása tekintetében.<sup>372</sup> Ennek okán persze hiányzott a német állam társadalom feletti önállósága, mert stabilitása „az ipari társadalomtól kölcsönzött” volt.<sup>373</sup> Ez azonban végső soron ugyanahhoz a stabilitáshoz vezetett, amelyet a weimari alkotmánytan még az erős államtól remélt elérhetni. Az, hogy az ipari társadalom nem akar, de nem is tud állami autoritást teremteni,<sup>374</sup> a normalitás időszakában kevésbé volt gyakorlati értelemben zavaró. A szuverenitás és a kivételes állapot kérdései lekerültek így a napirendről, mert megelégedtek az ipari társadalom tényleges stabilitásával, anélkül, hogy annak államelméleti garanciáiról gondolkodtak volna. Carl Schmitt weimari kérdései a bonni köztársaságban látszólag elvesztették gyakorlati aktualitásukat – ezáltal az NSZK nem volt felkészülve a kivételes állapotra, így stabilitása a normalitás fennmaradásától függött.

Forsthoff mindezt látva elméleti kompromisszumot kötött, amennyiben is az állam társadalmiasulását már nem vetette el, hanem az egész állami legitimitást és stabilitást a társadalomból vezette le. Ez azzal magyarázható, hogy míg a weimari időkben a társadalom, amennyiben is a részérdekeit az állam révén akarta érvényesíteni, gyengítette az államot, addig a bonni köztársaság ipari társadalma – amely már nem a pártok és szakszervezetek weimari időkből megismert, részérdekekre szakadt társadalma lett volna – stabilizátorként hatott,<sup>375</sup> és ezért képes volt az államtól a Daseinsvorsorge feladatát is átvenni, ezzel csökkentve a mennyiségileg totális állam kialakulhatóságának veszélyét.

<sup>372</sup> FORSTHOFF 1959: 21.

<sup>373</sup> FORSTHOFF 1971: 54 skk.

<sup>374</sup> FORSTHOFF 1971: 131.

<sup>375</sup> SAAGE 1983b: 194 sk.

Az ipari társadalom azonban nem képes a kivételes állapottal szemben hatni, mert legitimitását a tényleges normalitásból nyeri – ellenkezőleg a schmitti állam-koncepcióval, amely éppen a kivételes helyzetben mutatja meg erejét. Azaz az ipari társadalom legitimitása és stabilitása a gazdasági jóléttől, például a teljes foglalkoztatottságtól függ.<sup>376</sup> De ha egy gazdasági válság esetén e tényleges feltételek megszűnnek, az állam védtelenül áll a kivételes helyzettel szemben. Az ipari társadalom örökké tartó jólétének illúziója kiszorította az államjogi gondolkodás homlokteréből a kivételes állapot lehetőségét.

<sup>376</sup> SAAGE 1983a: 26.



## IV. FEJEZET

# INTÉZMÉNYI GONDOLKODÁS A NÉMET JOGBAN

A weimari alkotmány alapja – ahogy a mostani német Grundgesetz is – a jogállam melletti politikai döntés volt. Ez abban nyilvánult meg, hogy az alapjogok (*Grundrechte*) adták és adják az alkotmány lényegét. Az alapjogok fejezték ki az állam célját és feladatát. Ezen alapjogok – legalábbis a liberális modell értelmében – nem az állam alkotásai, hanem az állam korlátai, azaz az állam elismerni tartozik őket. Egy állam azonban nemcsak alapjogokból és szabadságokból áll, hanem olyan intézményekből is, amelyek az állam kontúrjait adják, és amelyek az alkotmányt önmagában védik. Az intézmények révén a pozitív jogi szabályok szélesebb jelentést, jelentéstartalmat nyerhetnek. E fejezetben ezen intézményekről lesz szó.

Mivel a mai napig nincs egyértelmű intézménydefiníció, (1) először röviden az intézménykonceptiót mutatjuk be, (2) hogy aztán az utóbbi alapján az intézményi garanciák jogelmélete felé fordulhassunk. (3) A jogtudományon belül általában ritka, hogy valami egészen újat, *ex nihilo* találjanak ki, ezúttal mégis Carl Schmitt érdemeként kell megneveznünk, hogy az intézményi garancia tanát a jogtudományi diskurzusba bevezette. Éppen ezért részletesen ismertetjük Schmitt ezirányú munkásságát. (4) Schmitt ezen tanát – néhány kivételtől eltekintve<sup>377</sup> – igen gyorsan recipiálta a weimari jogászság, ezen továbbgondolásokat is bemutatjuk. (5) Az intézményi gondolkodás nem csupán egyfajta alkotmányvédelmet jelent, hanem a hagyományos jogi fogalmiság áttörését is, éppen ezért különösen a nemzetiszocialista jogtudományban – főleg Carl Schmitt és Karl Larenz részéről – az úgynevezett intézményi gondolkodás a klasszikus-pozitivista *Begriffsjurisprudenz* alternatívájaként jelent meg, éppen ezért az intézményi garancia tana kapcsán „a konkrét rend gondolatáról” és a „konkrét-általános fogalmakról” is szólnunk kell. (6) Végül röviden arra is kitérünk, miként jelent meg a tan az NSZK jogi diskurzusaiban ismét.

Az intézménygondolat története arra is példa, hogy miként tud a jogtudomány a pozitív jog által nem megoldott problémákra – amennyiben kilép e pozitív jog keretei közül – megoldásokat találni. De egyben bizonyítja azt is, hogy sikeres megoldást sohasem lehet tartósan a pozitív jogot meghaladva (avagy egyes megközelítésben: *contra*

<sup>377</sup> Fritz Stier-Somlo volt a weimari korszak egyetlen nevesebb jogtudósa, aki elutasította a tant. Számára Schmitt elmélete nem volt más, mint kísérlet a weimari alkotmány tényleges jelentésének megkerülésére; lásd STIER-SOMLO 1929: 170–171, FN 24.

*legem*) „kiértelmezni”, hanem szükség van e megoldás pozitíválására – amint a weimari alkotmány hiányosságaiából okulva erre a bonni Grundgesetzbzen sor is került.

## INTÉZMÉNYI GONDOLAT

Az alábbiakban az intézmény és az intézményi garancia tanát mint a pozitív jog által nem megválaszolt problémák metapozitív megoldásainak egyik példáját mutatjuk be. A gondolat lényege, hogy a jogszabályokból intézmények – azaz védendő tartalmak – érthetőek ki, amelyek a törvényhozás, de akár egyes esetekben az alkotmánymódosítás elől is védhetnek olyan szabályösszességeket, amelyeket amúgy – ha csupán a pozitív jog szabályaihoz lenne kötve a jogalkotó – módosítani lehetne jogalkotás (törvényhozás, alkotmánymódosítás stb.) útján. Az intézmény bizonyos jogszabályi területeket foglal össze, az intézményi garancia ezek védettségét biztosítja. A tan leginkább a német jogtudományban a weimari köztársaság idején alakult ki – mind kialakulásakor, mind fejlődésében különféle definíciók és elméletek jelentek meg az intézmény lényegét és a garancia tartalmát, terjedelmét illetően. E fejezetben főleg Carl Schmitt ezirányú munkássága kapcsán mutatjuk be, miként tudja a jogtudomány átvenni akár a jogalkotó által (tudatosan vagy sem) elfelejtett, nem kielégítően megoldott feladatokat.

### Savigny tana

A jogtudományban az intézménytan voltaképpen Savigny munkássága révén jelent meg, aki a római jogot – ahol ugyebár az *institutio* kezdetben didaktikus, később rendszerező jellegű fogalom volt – akarta újrászervezni, azzal a céllal, hogy az áthagyományozódott jogot ne önkényesen és ne tetszőlegesen kodifikált törvénykönyvekkel váltsák le. Savigny tekinthető tehát az intézményi tan kezdetének.<sup>378</sup> Savigny azon történeti érveléssel utasítja el a kodifikációt, miszerint a jog nem *in abstracto* keletkezik, hanem történelmileg legitimált hagyományból nő ki.

Savigny a jog és a nyelv között vont párhuzamot, mondván mindkét jelenség organikusan alakul, fejlődik.<sup>379</sup> Ahogy a nyelv, úgy a jog sem hagyja magát eszerint mesterségesen alakítani, hanem élő, dinamikus hagyomány része. A kodifikáció nem más, mint mesterséges kilépés a hagyomány folyamatosságából, ekként éppen nem dinamikus, hanem statikus tett. Savigny számára a jogtételezés nem önkényes akarat megnyilvánulása, hanem a jog belső struktúráira utal, amely

<sup>378</sup> RÖHL 1990: 371.

<sup>379</sup> VON SAVIGNY 1840: 15.

a népszellemből – ahogy írja: „a mindenkiben egyaránt munkálkodó népszellem megnyilvánulásából”<sup>380</sup> – táplálkozik. A jogi normák természetesen Savignynél is tételezett akarati aktusok, de csak a jogintézmények révén nyerik el „mély alapjukat”, „organikus természetüket”.<sup>381</sup>

Miközben a pozitívizmus számára a jogtételezés akarati aktus, amelynek tartalma tetszőlegesen változtatható – a jog tehát gyakorlatilag a törvényalkotó erejéből születik (jogerejét a törvényhozó politikai ereje adja) –, Savigny a jogtételezést olyan közös folyamatnak tartja, amely öntudatlan és organikus. A nép homogenitása miatt – vagy ahogy Savigny írja: „a szellemi közösségiség”<sup>382</sup> okán – a nép „egy és ugyanazon jogot” ismerné fel, mégpedig „szükségszerűen”.<sup>383</sup> Ezen folyamat zajlana a jogintézmények révén, amelyek tehát jogilag ragadnák meg a népszellemet; a jogi öntudatra ébredt népszellem nem absztrakt, tételezett, önkényes szabályokban élne, hanem „a jogintézmények élő valóságában”, ezekben találná meg a nép önnön „organikus összefüggését”.<sup>384</sup> A jogrend így Savignynél nem más, mint a jogintézmények organikus egysége.

## Hauriou tana

Miközben Savigny a népszellemből vezeti le az intézményeket, és ezáltal azok nála egyfajta kollektivistá jelleget nyernek, Hauriou az intézményeket először is a jog forrásainak, másodsorban az intézményesedést a társadalmilag meghatározott jogkeletkezés értéksemleges, egyéni folyamatának tartja.

Hauriou szociológiailag megalapozott jogontológiát állít fel, ahol az intézmények adják a társadalmi rend magját és alapját.<sup>385</sup> E társadalmi rend jogilag rendezett, de ez – ellentétben Savignyval – nem azt jelenti, hogy az intézmények maguk is jogi természetűek lennének. Az intézmény Hauriounál nem a jog, hanem az a társadalmi forma, amelyben egy eszme – amelyet ráadásul nem a társadalom, hanem az egyén (valaki) hordoz – az erőszak és a társadalmi megerősítés révén megnyilvánul.<sup>386</sup> Ezen eszme persze jogi formában is megjelenhetne, de Hauriou intézményelmélete nem jogtan, hanem a jogkeletkezés (jog)szociológiai leírása.<sup>387</sup>

<sup>380</sup> VON SAVIGNY 1840: 40, 15.

<sup>381</sup> VON SAVIGNY 1840: 9.

<sup>382</sup> VON SAVIGNY 1840: 19.

<sup>383</sup> VON SAVIGNY 1840: 14.

<sup>384</sup> VON SAVIGNY 1840: 16.

<sup>385</sup> JENNINGS 1968: 110 skk.

<sup>386</sup> HAURIU 1965: 34 skk.

<sup>387</sup> MAINZER 2003: 43.

Hauriounál az intézmények „a tartósság, az állandóság, a valóságosság kategóriái”.<sup>388</sup> Számára az intézmények nem holmi népszellem megnyilvánulásai. Mivel Hauriou objektív idealista volt – a platóni és a tomista tan gyakorolt jelentős hatást gondolkodására<sup>389</sup> –, az intézményeket az ideák világában helyezte el. Az intézményben objektív eszme jelenik meg, amely akaratunktól függetlenül létezik,<sup>390</sup> és csak akkor tud megjelenni, érvényre jutni, ha egy konkrét egyén fel- és elismeri, erővel érvényesíti. Az eszme léte nem függ attól, hogy érvényesítik-e, felismerik-e; az érvényesítés csupán az eszme hatását érinti. Ennek megfelelően az intézmény három elemből áll Hauriounál: (1) az objektíve adott eszméből, (2) az eszme „szolgálatában” álló hatalomból, erőből és (3) a közös társadalmi kifejeződésből, megerősítésből,<sup>391</sup> amely azonban nem kollektív esemény, hanem egyéni felismerések összessége.<sup>392</sup>

Hauriounál is ekként – mint Savignynál – az intézmények egyértelműen állam előttiék.<sup>393</sup> Ugyan az állam is intézmény, de a többi intézmény nem tőle függ. Az állam védi a többi intézményt, míg őt magát – mármint az államot – az alkotmány védi, biztosítja.<sup>394</sup> Azaz az intézmény állam előtti – léte nem az államtól függ –, az állam maga pedig alkotmány előtti: az alkotmány a már meglévőnek ad keretet. Az intézmények autonóm jelenségek, és ekként nem állami normakomplexusokat jelentenek, hanem a jog forrását adják. Ebből következik, hogy az intézmények Hauriounál érinthetetlenek, és hasonló pozíciót élveznek az állammal szemben, mint Carl Schmitt korai alkotmánytanában az alapjogok.<sup>395</sup>

1. táblázat. *Hauriou–Schmitt-összehasonlítás*

| <i>Hauriou</i>           | <i>Az intézményi garancia tana<br/>(korai C. Schmitt)</i>      |
|--------------------------|----------------------------------------------------------------|
| szociológiai tan         | jogi tan                                                       |
| állam előtti intézmények | államilag tételezett intézmények                               |
| jogszületés leírása      | az alkotmány egységét és védelmét<br>biztosító értelmezési mód |

*Forrás:* saját szerkesztés

<sup>388</sup> HAURIU 1965: 27.

<sup>389</sup> FRIEDRICH 1963: 9.

<sup>390</sup> „A valóságban az eszméket nem lehet kigondolni, hanem azokra rátalálunk.” (HAURIU 1965: 39.)

<sup>391</sup> HAURIU 1965: 35 skk.

<sup>392</sup> FRIEDRICH 1963: 19.

<sup>393</sup> FRIEDRICH 1963: 50 skk.

<sup>394</sup> FRIEDRICH 1963: 54.

<sup>395</sup> MAGER 2003: 139.

## AZ INTÉZMÉNYI GARANCIA TANÁNAK KIDOLGOZÁSA

## Alapjogfelfogások

A német császárság idején a jogpozitivizmus értelmében az alapjogok a közigazgatással szembeni törvényi fenntartások (*Vorbehalte*) voltak. A közigazgatásnak a törvények szerint kellett tevékenykednie – mint a III. fejezetben láttuk: ezért nem is feladat-, hanem szabályorientált volt –, és az egyén jogi pozícióját az biztosította, hogy a közigazgatásnak tartania kellett magát a törvényekhez.<sup>396</sup> Eszerint az egyén az államnak volt alárendelve, az államot viszont kötötték a törvények.<sup>397</sup> A törvény az állam akarata volt, de az állam akaratát nem kötötte semmi sem (elvégre az emberi jogok vagy az alkotmányosság még nem ismert jogi fogalom volt); a közigazgatásnak persze az államilag tételezett alapjogokhoz kellett tartania magát: „Az intézményi szabadságjogok az állam közigazgatási tevékenységének korlátai.”<sup>398</sup> E felfogás a császárkorban annyira elfogadott volt, hogy híres jogi tankönyvükben Anschütz és Meyer az alapjogok kérdését a közigazgatási jog leírásánál tárgyalta. Az alapjogok eszerint a közigazgatást, de nem a törvényalkotót kötötték, mivel – ahogy Gerhard Anschütz írta más helyütt – „az alapjogok a törvényszerű közigazgatás elvének klasszikus kifejezései, de nem a törvényalkotási tárgyak felsorolásai”.<sup>399</sup> Az alapjogok tehát nem a törvényhozás korlátai voltak, a törvényhozás tárgyait nem érintették, ugyanis a pozitivista tan értelmében az állami akaratot nem kötheti semmilyen jogon kívüli entitás.

A weimari birodalmi alkotmánnyal (WRV) radikálisan megváltozott e felfogás, elvégre az alkotmány második fejezete – az alapvető kötelességek mellett – az alapvető jogokról szólt. Ennek értelmében az alapjogok már nemcsak a közigazgatással szembeni törvényi fenntartást jelentették, de egyben a törvényalkotót is korlátozták, amennyiben – még ha ez ilyen egyértelműen nem is mondatott ki a weimari alkotmányban – az alapjogok alkották az állam lényegét, és ezért a törvényhozással szemben is védelmet élveztek. Ez mindenképp forradalmi újítás, az alapjogok egészen újszerű megközelítése volt, amely addig ismeretlen volt a német alkotmányjogban és jogtörténetben.<sup>400</sup> A weimari alkotmány révén az alapjogok államalapító rangot nyertek: a weimari alkotmány lényegét adták. Ennek értelmében a törvényalkotó csak az alapjogok szabta keretek között lehetett aktív: ez – amint Carl Schmitt hangsúlyozta különösképpen – azt is jelentette egyben, hogy ugyan az alkotmányozó

<sup>396</sup> MAGER 2003: 7.

<sup>397</sup> ANSCHÜTZ–MEYER 2005: 946.

<sup>398</sup> ANSCHÜTZ–MEYER 2005: 956.

<sup>399</sup> ANSCHÜTZ 1912: 98.

<sup>400</sup> HAMMER 2000: 61.

és a törvényhozó hatalom azonossága<sup>401</sup> okán tulajdonképpen egyszerű törvényalkotási eljárás keretében (Art. 76 WRV) lehetséges volt az alkotmány módosítása, de az – legalábbis Schmitt vitatott alkotmányértelmezése értelmében – nem érintette az alapjogokat.<sup>402</sup> Az alapjogok ugyanis olyannyira az alkotmány lényegéhez tartoztak, hogy egyszerű alkotmánymódosítással – még ha a törvény azon pozitivista értelmezése, amelyet Schmitt bírált, erre lehetőséget is adott – nem voltak megváltoztathatóak, pláne kiüresíthetőek.

Carl Schmitt volt az, aki – gyakorlatilag egyedüliként a weimari közjogászok közül – észrevéve a problémát, hogy elvileg kétharmados többséggel az egész alkotmány pusztán alkotmánymódosítás útján újraírható, az alapjogok lényegi, változtathatatlan jellegét hangsúlyozta. Minden alkotmány alapját, lényegét – fejtette ki – bizonyos elvek adják,<sup>403</sup> amelyeket alkotmánymódosításokkal nem lehet érinteni, mert ahhoz már új alkotmányra lenne szükség. A weimari alkotmány 76. cikkelye, amely az alkotmány korlátlan módosítását tette volna lehetővé, Schmitt szerint nem lehet az alkotmány szétrombolásának eszköze.<sup>404</sup>

A weimari alkotmány maga azonban nem védte magát ilyen esetektől, nem állított fel kötelező értékhierarchiát az alkotmány tartalmán belül: ez inkoheren-ciát és védtelenséget okozott az alkotmány által megformált rend egésze számára. Az inkoheren-ciát Schmitt különösen abban látta, hogy az alkotmány második fejezetével – amely egyértelmű érték döntést tartalmaz – értéksemleges (politikai-államszervezeti kérdéseket tárgyaló) első rész áll szemben.<sup>405</sup> Carl Schmitt ezen meg látását azonban nem osztották a továbbra is pozitivista jogászok:<sup>406</sup> ők ugyanis abból indultak ki, hogy az alkotmánymódosítás számára semmiféle alkotmány feletti korlát nem lehet, és ezért az alkotmánymódosítás – elvégre a szöveg is így szabályozott – gyakorlati alkotmányozáshoz is vezethet.<sup>407</sup>

Carl Schmitt, amint még ezt látni fogjuk, megpróbálta az alkotmány (tehát az alkotmányozó döntésből származó társadalmi-politikai össz állapot) és az alkotmány törvény közötti különbségtétel révén megvédeni az alkotmány lényegét az alkotmánymódosításoktól. E schmitti tant azonban elutasították a pozitivisták, mert szerintük – ahogy például Richard Thoma írta – e különbségtétel – holmi metapozitív „alkotmányra” hivatkozással – leértékeli a konkrét alkotmány törvényt, a pozitív alkotmányszöveget.<sup>408</sup> Schmitt tana politikai felhangot is nyert, amennyiben a védendő alkotmányt

<sup>401</sup> MAINZER 2003: 60.

<sup>402</sup> SCHMITT 2003: 177.

<sup>403</sup> SCHMITT 1932: 60 sk.

<sup>404</sup> SCHMITT 1932: 50.

<sup>405</sup> SCHMITT 1932: 44 et passim.

<sup>406</sup> SCHNEIDER 1953: 216.

<sup>407</sup> KRÖGER 1990: 303.

<sup>408</sup> THOMA 1929: 44 sk.

mint politikai döntést (és annak tartalmát, célját) állítja szembe a konkrét, tételezett alkotmánytörvénnyel. Ez az ellentét aztán a weimari köztársaság végóráiban meg is mutatkozott, amikor Schmitt az eredeti politikai döntés (azaz a weimari alkotmányos rend és tartalma) érdekében akár az alkotmánytörvény megsértését, félretolását is elfogadhatónak érezte volna (elvégre egy ilyen koncepció megfelelt volna az általa kidolgozott komisszárius diktatúra jelenségének is). A pozitivisták azonban nem tudtak mit kezdeni ezen elméletekkel, számukra ugyanis a jog az, ami a törvényben van, így értelmezhetetlen volt számukra a törvény szövegének és szellemének schmitti szembeállítás. Éppen ezért Thoma sem értette, miért ne változtathatná meg teljesen az alkotmányt a törvényhozó, ha erre a tételezett jog alapján minden lehetősége amúgy megvan: „Carl Schmitt tárgyalt elmélete elutasítandó, és kiderül, hogy a birodalmi alkotmány valamennyi tétele, az alapjogokat érintő tételei is a 76. cikkely értelmében megfelelő többségű birodalmi törvénnyel jogsértés nélkül megváltoztathatóak, hatálytalaníthatóak.”<sup>409</sup>

Ezen voluntarista-pozitvista felfogással értelemszerűen összeegyeztethetlen volt az állam előtti, állam feletti alapjogok gondolata, elvégre pozitivista nézőpontból érthetetlen, hogy amennyiben nincs egyértelműen jogszabályilag tiltva, miért ne lehetne alkotmánymódosítással az egész alkotmányt újraírni. Mivel a weimari birodalmi alkotmány nem határozta meg tételes jogilag a maga korlátait, a pozitívizmus elvetette azt a schmitti ötletet, hogy az alkotmánymódosítás korlátozott legyen. Az alkotmány belső inkohereenciája és az alkotmányvédelmet biztosítani tudható paragrafus hiánya értelemszerűen kedvezett egy ilyen pozitivista értelmezésnek, amint arra Schmidt-Jortzig, összehasonlítva a weimari és a bonni alkotmányt, rámutat: „Hiányoztak az egyértelmű előírások (mint manapság a Grundgesetz 79. cikk 1. szakasza), hiányzott az alkotmánytartalmi minimum megállapítása (mint manapság a Grundgesetz 79. cikk 3. szakasza), és önmagában hiányzott a törvényhozási többség rendszerszerű korlátozása [...]”<sup>410</sup>

Ha egy jogász a weimari köztársaságban nem akarta mégsem e helyzetet elfogadni, és az alkotmány inkohereenciájából és védtelenségéből mégis biztos és biztosított, rendszerezett rendet akart teremteni, akkor jogtudományilag – a pozitívizmust meghaladva – kellett „pótolnia” azt, amit a kezdeti alkotmányozók elmulasztottak.<sup>411</sup> Carl Schmitt mindenképpen egyike volt azon kevés jogásznak, aki e probléma jelentőségét és veszélyét igen korán felismerte, és igyekezett jogelméletileg megoldást találni – egyrészt az alapjogok alkotmányos felértékelésével, másrészt az intézmények mint védendő jogszabályösszességek megfogalmazásával. Azaz az intézmény fogalma Schmittnél a weimari alkotmány hibáira – azaz védtelenségére – adott

<sup>409</sup> THOMA 1929: 43.

<sup>410</sup> SCHMIDT-JORTZIG 1979: 14 sk.

<sup>411</sup> SCHMIDT-JORTZIG 1979: 15.



válaszként jelent meg: nem a tételes jogból, hanem azon politikai eszméből volt levezethető, miszerint az alkotmány lényege akkor is meghatározandó és védendő, ha erre egyébként az alkotmány tételes szövege nem tartalmaz semmiféle utalást.

### Az intézményi gondolat megjelenése a weimari jogtudományban

Az intézményi gondolat a jogalkotás ontológiai kérdésére próbál meg választ találni, és ennek révén óhatatlanul metajurisztikus és szociológiai területre csúszik át, amennyiben a jog forrásaként vagy az intézményekben megjelenő hagyományt (Savigny) vagy az eszméket megvalósító, társadalmi intézményeket (Hauriou) azonosítja. Az intézmény ilyen – tehát állam előtti, a törvényhozó akaratával szemben levédett – értelmezése a weimari köztársaságban is megjelent, ennek egyik példájaként idézhetjük Erich Kaufmann-nak a kor államjogászai előtt tartott egyik előadását, amelyben kifejtette, hogy „[a] törvényalkotó nem a jog alkotója. Nem ő alkotta a kölcsön, az adásvétel, a házasság, a rendőrhatalom, az adóztatás, a közszolgálat fogalmát, ahogy azon alapvető jogszabályi helyeket sem, amelyek ezen intézményeket konstituálják.”<sup>412</sup>

Kaufmann felfogásában tehát – hasonlóan Savignyhoz – az intézmény jogi, de nem törvényi forma. Az intézmény a jog formája és a törvény forrása. E vélekedés két előfeltételre épül: (1) a jog nem az állami akarat terméke, hanem folyamatosság, amelyet a törvényhozónak fel kell ismernie, és az általa alkotott törvény csak akkor érvényes, ha a törvény illeszkedik e folyamatosságba; (2) az intézmények a jog örök formái, amelyek nem az érvényességük, pusztán a hatékonyságuk miatt igénylik a pozitíválást. „Az intézmények [Kaufmann-nál] [...] nem a törvényhozás alkotásai, hanem a törvényhozó számára előre adott rendet alkotnak.”<sup>413</sup>

Schmitt maga is a pozitívizmus ellenfele volt – éppen a pozitívizmus jelentette veszélyek, az alkotmányvédtelenség ellenében fogalmazta meg saját alkotmánytanát –, mindazonáltal az ő intézményelmélete már adott alkotmányrendből indul ki – kezdetben eleve csak az alapjogoknak biztosítva alkotmányos rangot. Az intézmények Schmittnél a konkrét alkotmányban jelennek meg, onnan olvasandók ki, értelmezendők – tehát nem jogontológiai, hanem legfeljebb episztemológiai kategóriákról beszélhetünk –, és az intézményi garancia sem jogkeletkeztetően, hanem alkotmánymegtartóan hat, tehát nem az alkotmányozó hatalommal, hanem a törvényhozással szemben véd. Az intézményi garancia Schmitt korai elméletében tehát a már eldöntött, megformált alkotmányban található, intézményekként értelmezhető normakomplexumok védelmét jelenti. Az intézmények ekként nem

<sup>412</sup> KAUFMANN 1960: 262.

<sup>413</sup> MAINZER 2003: 45.



forrásai, hanem részei a jogrendnek. A jogalkotásnak meg kell maradnia a már fennálló jogrend (az abszolút értelemben vett alkotmány) keretei között, és ezért nem módosíthatja, nem törölheti el az intézményeket, ami azonban nem jelenti, hogy a régi vagy egy esetlegesen új alkotmányozó hatalom akarata szintén kötve lenne az intézményekhez. Savigny vagy Kaufmann ugyanis az intézményeket az alkotmányozástól is védett jogtárgyaknak tartotta.

Az intézmények nem explicit pozitív jogot jelentenek: a jogtudomány egyes normakomplexumokat foglal össze e név alatt, azaz az intézmények – ahogy Schmidt-Jortzig írja – az értelmezés, a jogtudományi rendszerezés eredményei: „A tan kapcsán [...] értelmezési kísérletek gyümölcseről van szó. [...] Az intézményi garancia tana így a jogalkalmazás rendszerezett köztes eredménye, és nem önmagában része a jognak vagy eleme a jogalkotásnak.”<sup>414</sup>

A weimari időkből két szerző neve említendő meg, akik már Schmitt előtt használták azzal a céllal az intézmény kifejezését, hogy az alkotmány tartósságát és védelmét hangsúlyozzák. Friedrich Giese saját alkotmánykommentárjában már mint az alkotmányban rögzített intézményről írt a házasságról, a tulajdonról és az öröklésről,<sup>415</sup> anélkül azonban, hogy mindebből bármiféle rendszert alkotott volna. Éppen ezért Martin Wolffot szokás inkább a tan előfutárának tartani. Ugyan ő csak a tulajdont kommentálta, de elemzéséből kiovashatóak voltak már az alkotmányi intézmények általánosabb jellemzői is. A weimari alkotmány 153. cikkelye kimondta, hogy „a tulajdont az alkotmány garantálja”. E mondatból nem túl nehéz a tulajdon alkotmányi védelmét kiolvasni. Martin Wolff azonban azt hangsúlyozta saját tulajdonkommentárjában, hogy a 153. cikkely „ezen túl” még valami mást is tartalmaz, mégpedig „annak biztosítását [Zusicherung], hogy a magántulajdon jogintézményként fennmarad”.<sup>416</sup> Az intézmény lényege éppen abban állt eszerint, hogy a konkrét alkotmányi rögzítettségen és az ebből fakadó védelmen túlmenően mint a fennálló jogrend alapját ismerték el: az alkotmány lényegéhez tartozóan élvez védelmet a törvényhozással szemben. Mindez „speciális védelmi tartalmat” alapo-  
 z meg.<sup>417</sup> Wolff mindebből azonban arra következtetett, hogy az intézményeket csak alkotmánymódosító, tehát a weimari alkotmány 76. cikkelyében előírt módon elfogadott törvény érintheti.<sup>418</sup> E véleménnyel azonban nem értett egyet Carl Schmitt, mert ő szigorúbb védelmet biztosított volna az intézményeknek, és ezért elutasította, hogy bármilyen törvényhozási aktsussal – még ha az meg is felel a 76. cikkelynek – módosítható legyen korlátozás nélkül bármely alkotmányi szabály.

<sup>414</sup> SCHMIDT-JORTZIG 1979: 24.

<sup>415</sup> GIESE 1920: 331, 396, 398.

<sup>416</sup> WOLFF 1923: 5.

<sup>417</sup> MAGER 2003: 13.

<sup>418</sup> WOLFF 1923: 6.

## Carl Schmitt, az intézmények őre

### A weimari alkotmány gyengeségei

Schmitt igen korán felismerte azt a problémát, hogy az érvényes weimari alkotmány nem határozta meg önnön lényegét, és ezért – amint azt a 76. cikkely lehetővé is teszi – teljességgel kiszolgáltatta magát az alkotmánymódosításhoz szükséges törvényhozási többség („kétharmad”) önkényének. Mindez Schmittet arra vitte, hogy részletesebben is foglalkozzék az alkotmány második részével, és az alapján – amellett, hogy kezdetben az alapjogokat tekintette az alkotmány változtathatatlan lényegének – kidolgozza az intézmények kategóriáit.

Carl Schmitt azzal a megállapításával, hogy a weimari alkotmány egyrésztől inkoherens, másrésztől védelemre szorul, fontos gyakorlati problémát nevezett meg, amely az egész államiséget érintette. Schmitt igen korán tehát ráérezett arra, hogy a weimari alkotmány, amennyiben pusztán pozitivista módon értelmezik, az általa elvileg megalapozandó jogállami-polgári rend szétzúzásához is elvezethet. Éppen ezért a jogtudományra hárul szerinte a feladat, hogy koherenciát és védelmet biztosítson az alkotmányos rend egészének, akár a pozitivista értelmezési lehetőségek ellenében is. Noha az alkotmány alapja az alapjogok okán értékdöntés volt, hiányzott az alkotmányon belüli egyértelmű értékhierarchia – az egész szöveget, de különösen a második részt különféle ideológiai célok szabdalták szét<sup>419</sup> –, és éppen ezért lehetetlen volt pusztán a szöveg alapján az alapjogok lényegi magvát és az alkotmány lényegét kiolvasni, megvédelmezni.<sup>420</sup>

A weimari alkotmány két fő gyengesége,<sup>421</sup> amelyre Schmitt két alkotmányelméleti felvetéssel próbált meg reagálni, a következő volt: (1) A weimari alkotmány rendszerében összemosódik a törvényhozó és az alkotmányozó hatalom, ugyanis az alkotmány 76. cikkelye értelmében a törvényhozás minősített többséggel teljességgel, azaz korlátlanul újraírhatta az alkotmányt. Ezt megakadályozandó vezette be Schmitt az intézmények kategóriáját, amelyeket a fennálló alkotmányos rend részeiként nem lehetett volna törvényhozási úton kiiktatni. (2) Mivel az alkotmány semmiféle határt nem szabott önnön módosíthatóságának, az alkotmány lényege védtelenül ki lett szolgáltatva a mindenkorai alkotmánymódosító többség („kétharmad”) önkényének. Az alkotmány lényegét védendő dolgozta ki Schmitt ismert megkülönböztetését az alkotmány két fogalma (Verfassung és Verfassungsgesetz) kapcsán.

<sup>419</sup> THOMA 1929: 5; SCHMITT 2003: 30.

<sup>420</sup> MAINZER 2003: 59.

<sup>421</sup> MAINZER 2003: 60 skk.

## Carl Schmitt alkotmánytana

Schmitt intézményigaranca-elmélete szorosan kapcsolódik tehát alkotmánytanához, annak megértése így elengedhetetlenül szükséges. Így helyütt röviden azt ismertetnénk, noha a II. fejezetben már elszórtan sor került rá.

Schmitt abszolút és relatív alkotmányfogalom között tesz különbséget: (1) az abszolút alkotmány (Verfassung) ténylegesen létező jelenség, tehát az állam maga,<sup>422</sup> amely előzetesen adott homogén entitás politikai döntéséből, alkotmányozó akaratából származik; (2) a relatív alkotmány (Verfassungsgesetz) ezzel szemben nem más, mint a politikai döntés jogszabályként való rögzítése. Ha azonban az alkotmány egésze csupán ezzel lenne azonos, akkor az azt jelentené – különösen a weimari alkotmány esetében –, hogy az alkotmány tetszőlegesen módosítható törvény, amelynek egyetlen specifikus tartalma a 76. cikkelye lenne.<sup>423</sup> Egy alkotmánynak azonban tartós rendnek kell lennie, és ez csak akkor lehetséges, ha az alkotmányt konkrét rendként, az alapjául szolgáló politikai döntés felől értelmezzük.

Schmitt az alkotmányvédelem eszméjét – amelynek pozitív jogi és intézményes alapjai csak a bonni köztársaságban épültek ki – az abszolút (egzisztenciális, faktikus) alkotmányfogalomra építi. Csak akkor biztosítható az alkotmány tartóssága, ha az alkotmány lényege szab határt az alkotmányi törvény módosíthatóságának.

Hogyan jön létre azonban eme alkotmány, eme keret? Schmittnél az alkotmányozás jog előtti, tényleges eljárás (ennek részletesebb elemzését a II. fejezetben elvégeztük), amelyben a már adott homogén entitás politikai döntés – azaz a barát és ellenség megkülönböztetése<sup>424</sup> – révén állammá (vagy más politikai egységgé) szervezi magát.<sup>425</sup> Az államot tehát megelőzi a politika(i).<sup>426</sup> Az állam csupán egyik lehetséges, történelmileg meghatározott,<sup>427</sup> ekként egyáltalán nem örök politikai formája egy közösségnek.

Az alkotmányozás (az alkotmányozó hatalom) az alkotmányról (Verfassung), azaz az államilag (vagy más politikai formában) megszervezett közösség összállapotról szóló döntés.<sup>428</sup> A heterogén elemek kizárásával, azaz a barátot és az ellenséget megkülönböztető politikai döntéssel jön létre a közösség. Schmittnél az alkotmányt megelőzi a politikailag aktív, dönteni tudó közösség léte: „Ami politikailag nem adott, nem tud tudatosan dönteni.”<sup>429</sup> Az alkotmányozás ekként a már adott politikai

<sup>422</sup> SCHMITT 2003: 4 sk.

<sup>423</sup> SCHMITT 2003: 19.

<sup>424</sup> SCHMITT 2002: 26 skk.

<sup>425</sup> SCHMITT 2003: 21 skk.

<sup>426</sup> SCHMITT 2002: 20.

<sup>427</sup> SCHMITT 1958b: 375–385. Itt: 375 skk.

<sup>428</sup> SCHMITT 2003: 75.

<sup>429</sup> SCHMITT 2003: 50.

Sein döntése. E döntésben jelenik meg az, ami az alkotmány lényegét adja, és ezért az alkotmánymódosításoktól védett. Az alkotmányi törvény tehát csak addig a határig értelmezhető, módosítható, hogy az még ne érintse az alapvető politikai döntés tartalmát. Mivel az alkotmányi törvény az alkotmány – tehát a közösség politikai döntése – okán érvényes,<sup>430</sup> nem irányulhat tartalmában e döntés ellen: „Egy alkotmányi törvény tartalma alapján az alkotmányozó akarat részletes normatív kibontása.”<sup>431</sup> Mást, mint ami az alkotmányozás során eldöntetett, nem írhat elő az alkotmányi törvény.

Melyek az alkotmányozó politikai döntés azon elemei, amelyek alkotmánymódosítással nem, csak alkotmányozással – azaz új politikai döntéssel – módosíthatóak? Carl Schmitt szerint 1919-ben a német nép akarata polgári jogállamra és alkotmányos demokráciára irányult;<sup>432</sup> ezek adnák az alkotmány azon alaplényegét, amely csak újabb döntéssel, azaz alkotmányozással lenne módosítható, még akkor is, ha amúgy pozitív jogilag az alkotmány 76. cikkelye e lényeg módosítását is lehetővé tette a minősített törvényhozási többség számára. Schmitt szerint azonban a fennálló alkotmánytörvényt csak az alapvető politikai döntés értelmében lehet esetleg módosítani, értelmezni, és ez – az explicit tilalom hiánya ellenére is – az alkotmány 76. cikkelyének korlátja: „A politikai döntés, amely az alkotmányt jelenti, nem hathat vissza a saját alanya ellen és nem szüntetheti meg annak politikai létét. Az alkotmány mellett és felett eme akarat megmarad.”<sup>433</sup>

A német nép döntése a weimari alkotmány értelmében a demokráciára, a köztársaságra, a szövetségi államiságra, a parlamentarizmusra, a polgári jogállamra és annak megnyilvánulásaira, az alapjogokra irányult.<sup>434</sup> Ezek alkották a weimari alkotmány azon lényegét, amelynek védettnek kellene lennie bármiféle alkotmánymódosítástól.<sup>435</sup>

Az alapjogok a weimari alkotmányban vagy védelem nélkül lettek megfogalmazva, és ezért egyszerű programként voltak értelmezhetőek – ami gyakorlatilag az alapjogok eljelentéktelenedéséhez vezetett volna –, vagy az alkotmány önkényesen és bármikor módosítható részéhez tartoztak.<sup>436</sup> Carl Schmitt alkotmánytana révén azonban az alapjogok koherens rendszert és alkotmánymódosítástól védett stabilitást nyertek volna. Schmittnek a megkülönböztetése révén sikerült a német nép alapvető

<sup>430</sup> SCHMITT 2003: 22.

<sup>431</sup> SCHMITT 2003: 76.

<sup>432</sup> SCHMITT 2003: 30.

<sup>433</sup> SCHMITT 2003: 77. (Annyi pontosítás kell ide, hogy vélhetően az első mondatban az alkotmány abszolút, míg a második mondatban relatív értelemben szerepel.)

<sup>434</sup> SCHMITT 2003: 23 skk.

<sup>435</sup> SCHMITT 2003: 25 skk.

<sup>436</sup> SCHMITT 1958c: 140–173. Itt: 143. Mindkét koncepció helytelen Schmitt szerint, lásd SCHMITT 1958d: 201.

döntését levédenie a törvényhozóval szemben, ami azonban persze ahhoz vezethetett (amint vezetett is), hogy ki lehetett játszani az alkotmány (Verfassung) vélt tartalmát az aktuális alkotmányjoggal szemben.<sup>437</sup> Richard Thoma is attól tartott, hogy Schmitt alkotmánytana „az írott alkotmány leértékelődéséhez” vezethet.<sup>438</sup> Amikor Schmitt a weimari alkotmányt a köztársaság végső éveiben egyfajta kommisszárius diktatúrával akarta megmenteni – mintegy az írott jogot félretolva az írott jog mögötti lényeg védelmében –, akkor e megfontolások gyakorlati szempontból jöttek újra elő.

Schmitt különbséget tesz az alkotmánymódosítás különféle kategóriái között is,<sup>439</sup> amelyek az intézmények garanciatartalma szempontjából is fontos szerepet játszanak. (1) Alkotmánymegsemmisítés: A korábbi alkotmány és az azt megalapozó politikai döntés helyébe teljességgel új politikai döntés és annak megfelelő alkotmány lép; (2) alkotmánykiiktatás: a politikai egység fennmarad, de megváltoztatja korábbi akaratát, és így új alkotmányban fogalmazza önmagát újra, azaz – ellentétben az alkotmánymegsemmisítéssel – az alkotmányozó döntés alanya nem változik; (3) alkotmánymódosítás: csak a fennálló alkotmány szövege változik, azaz sem az alapvető politikai döntés alanya, sem annak tárgya nem változik.

### Carl Schmitt kezdeti intézményigaranca-tana

A német nép döntése, politikai értékválasztása a weimari alkotmány második részében fejeződik ki leginkább, mivel a polgári jogállam alapját jelentő alapjogokat ott sorolták fel.<sup>440</sup> Azaz amennyiben az alkotmány egészének lényegét akarjuk megérteni, mindenképp „a második főrész előrenyomulásáról” beszélhetünk.<sup>441</sup>

Carl Schmitt kezdeti jogállamfelfogása a személyes szabadság eszméjén alapszik: az alapjogok biztosítják a polgárok negatív szabadságát és annak védelmét. Schmitt tehát ekkor még egyfajta individuális-liberális alapjog-konceptiót vallott,<sup>442</sup> (1) amelyben a közösségek nem tudnak az alapjogok alanyai lenni;<sup>443</sup> (2) amelyben a személyes szabadság teoretikusan korlátlan<sup>444</sup> (mivel a szabadság intézményként nem fogalmazható meg);<sup>445</sup> és (3) amelyben az állam csupán távolságtartásra, de semmiféle pozitív

<sup>437</sup> MEHRING 2009: 216; WALDHOFF 2010: 298.

<sup>438</sup> THOMA 1929: 45.

<sup>439</sup> SCHMITT 2003: 99 skk.

<sup>440</sup> SCHMITT 2003: 162 sk.

<sup>441</sup> KLEIN 1934: 272.

<sup>442</sup> A liberális alapjogelméletről lásd BÖCKENFÖRDE 1974: 1530 skk.

<sup>443</sup> SCHMITT 1958d: 212; SCHMITT 2003: 173.

<sup>444</sup> SCHMITT 2003: 126.

<sup>445</sup> SCHMITT 1958c: 166 sk.; SCHMITT 2003: 171.

szolgáltatásra nem kötelezett.<sup>446</sup> Liberális-polgári jogállamban csak a szabadság-jogokként értett alapjogoknak jár ki az alkotmányos rang; mindez kizárja – amint azt Forsthoﬀ elméleteinél is a III. fejezetben láttuk – a szociális jogállamiságot, mondván: az lehet a közigazgatás feladata, de az állam lényegileg nem lehet egyszerre szociális és jogállami. A szociális jogok eszerint összeegyeztethetetlenek lennének a liberális védelmi jogokkal, mivel a szociális jogok a polgár kötöttségét és az állam teljesítési kötelezettségét erősítenék, a szabadságjogok viszont olyan államtól független polgárokból indulnak ki, akik az államtól szabadságuk elismerését várják csak el.

Schmitt kezdeti elméletében az alapjogok állam előttiék, állam felettiék, így alkotmánymódosítással nem változtathatóak. Az intézményi garancia azonban csak a törvényhozás útján történő megváltoztatástól védi az intézményeket.<sup>447</sup> Azaz az intézmények Schmitt korai elméletében „gyengébb védettségű kategóriák”.<sup>448</sup> Nem az alkotmányozó akarat részei, és ezért csak a törvényhozással szemben garantáltak.<sup>449</sup> Nem ugyanazon védettségi szintet élvezik, mint az alapjogok, amelyek mint az alapvető politikai döntés tartalma az alkotmánymódosítással szemben is garantáltak. Schmitt ezen korai elmélete értelmében – a liberálisjogállam-tannak megfelelően – az alapjogok fogalmilag nem korlátozhatóak az adott alkotmányos kereteken belül, míg az intézmények „lényegük szerint korlátozottak”.<sup>450</sup> Az intézményi garancia tehát eszerint nem az alkotmányozót, hanem csak a törvényhozót köti, akinek nem terjed ki a jogköre az alkotmány tartalmának törvényhozás útján történő megváltoztatására.

## Intézmények definíciói és kategorizációi

Friedrich Giese

Az intézmény gondolatát a weimari alkotmány elemzése kapcsán ugyan Carl Schmitt hozta be és rendszerezítette, de a fogalmat magát először Friedrich Giese használta saját alkotmánykommentárjában. Giese itt használja először azon fogalmakat – anélkül, hogy azokat magyarázná, részletezná, elméletté állítaná össze –, amelyeket aztán Carl Schmitt az intézményi garancia tanában gondolt tovább. Giese három fogalmat használ: „a házasság jogintézményéről” beszél,<sup>451</sup> „a magántulajdon intézményéről”,<sup>452</sup>

<sup>446</sup> SCHMITT 1958c: 167; SCHMITT 2003: 212.

<sup>447</sup> SCHMITT 2003: 170.

<sup>448</sup> MAINZER 2003: 71.

<sup>449</sup> MAGER 2003: 29 skk.

<sup>450</sup> SCHMITT 2003: 170.

<sup>451</sup> GIESE 1920: 331.

<sup>452</sup> GIESE 1920: 396.

valamint „az örökösödési jogról mint jogi intézményről”.<sup>453</sup> Felesleges lenne az eltérő szóhasználat mögött bármiféle rendszert, dogmatikát feltételezni, Giese ugyanis e szavakat egyszerűen egymás szinonimáiként értette. Érdekesebb azonban, hogy csak olyan magánjogi karakterű alkotmánytartalmakat (házasság, tulajdon, örökösödési jog) tekintett intézményeknek, amelyeken a kapitalista társadalmi modell is nyugszik.<sup>454</sup> Ez is mutatja, hogy az intézményi gondolat a magánjogi, áthagyományozódott intézmények esetében sokkal egyértelműbb, mint azon közjogi jellegű intézményeknél, amelyeket az alkotmányok hoznak létre (és intézményi létük legfeljebb a felismerő rendszerezés eredménye). Gustav Boehmer például az örökösödési jog kapcsán ezért beszél az alkotmány által fenntartott magánjogi intézményről: ezzel ugyanis kinyilvánítja, hogy az örökösödés intézményét nem az állam hozta létre.<sup>455</sup>

Giese nem csupán az intézmény fogalmát használja a weimari alkotmány leírásakor, de – ugyan csupán a házasság intézményénél – a garancia szó is megjelenik, mondván: a birodalmi alkotmány a házasságnak „alkotmányos garanciát” kölcsönöz.<sup>456</sup>

### Richard Thoma

Richard Thoma is a birodalmi alkotmány második részével foglalkozik részletesebben. Az ott felsorolt alapjogok védelme érdekében felállítja a jogi hatóerő vélelmét mint értelmezési célt: ennek értelmében ti. az alapjogokat mindig úgy kell értelmezni, hogy azok leginkább kifejthessék jogi hatóerejüket.<sup>457</sup> Az intézmények nála „a törvényhozásnak címzett tilalmak”, amelyek értelmében a törvényhozás nem alakíthatja, értelmezheti úgy az intézményeket, hogy azok intézményi jellege megsemmisüljön.<sup>458</sup>

Thoma különbséget tett az intézmény léte és terjedelme között, ezzel biztosítva az intézmények folyamatosságát tartalmi változásai ellenére is.<sup>459</sup> Az intézmény fennállása és tartalmi változása ekként nem zárja ki egymást. Például eszerint a házasság intézményi jellegét nem érintené a házasság változó meghatározása. E felismerés segíthet abban, hogy az intézményt ne állandó tartalomként, hanem állandó védettségű jogi kategóriaként lássuk, amelynek tartalma azonban a politikai-társadalmi változásokhoz igazodóan változhat is. A tartalmi módosítás azonban nem

<sup>453</sup> GIESE 1920: 398.

<sup>454</sup> ENGELS 1946.

<sup>455</sup> BOEHMER 1930: 266.

<sup>456</sup> GIESE 1920: 330.

<sup>457</sup> THOMA 1929: 9.

<sup>458</sup> THOMA 1929: 30.

<sup>459</sup> THOMA 1929: 33.



az intézmény felszámolását jelenti, mert a tartalom módosítása ellenére is folyamatosan fennmarad az állandó védettségi szint.

Ennek egyik példája az a vita, amelyet a weimari közjogban a hivatalnoki réteg jövedelmezése kapcsán folytattak. Amikor kérdésként merült ugyanis fel, hogy a hivatalnoki réteg (*Berufsbeamtentum*) alkotmányi garanciája (Art. 127 WRV) a jövedelemcsökkentés tilalmát is magában foglalja-e, ezzel szemben Carl Schmitt azzal érvelt, hogy egy intézmény léte nem azonos a konkrét tartalmával, azaz a hivatalnoki réteg alkotmányi intézménye nem a konkrét tartalmi szabályozást (így például a jövedelmi előírásokat) védelmezi, hanem az intézmény folyamatosságát, amelyet azonban egyes tartalmi változások nem érintenek.<sup>460</sup> Az intézményi garancia nem a konkrét szabályozás megmerevítését jelenti. Ahogy Helmut Quaritsch megállapítja: „egyedül a törvényhozási adaptáció védi meg az intézményeket a halott formákban való megmerevedéstől.”<sup>461</sup>

### Carl Schmitt

Amikor Schmitt a *Verfassungslehre*-ben az intézményi garancia gondolatát először általánosságban – azaz ellentétben Giesével vagy Wolff-fal nem egy-egy konkrét intézmény kapcsán – kifejtette, pusztán „bizonyos intézményekről” írt, amelyek „különleges védelmet élveznek”.<sup>462</sup> Schmitt pusztán megállapította, hogy a weimari alkotmány – az alapjogok és az alapvető kötelezettségek pozitívált kategóriái mellett – ezt a kategóriát is ismeri, és számára is – noha az alapjogokénál gyengébb – védelmet biztosít. Egyéb megkülönböztetést nem tesz. Csak később pontosítja, hogy intézmények alatt a közjogi jellegű intézmények védelmét érti,<sup>463</sup> jelezve azonban utóbb a magánjogi intézmények létét is.<sup>464</sup> E definíció már megmutatja az intézmények legfőbb tulajdonságait: (1) államilag tételezett, (2) közjogi és (3) alkotmányjogilag<sup>465</sup> védett alkotmánytartalmakról van szó. 1932-ben aztán bővíti a definíciót, mert a magánjogi intézményeket is bevonja, amelyek garanciáját aztán – az intézményi garanciától megkülönböztetetten – intézménygaranciának nevezi. A két garanciatípus között az egyetlen különbség tehát annyi, hogy a védett intézmények mely jogterülethez tartoznak. Ennél azonban vélhetően sokkal hasznosabb megkülönböztetés lenne a garanciák által védett célok szerint különböztetni.<sup>466</sup> Schmitt

<sup>460</sup> SCHMITT 1931: 917 skk.

<sup>461</sup> QUARITSCH 1987: 1357.

<sup>462</sup> SCHMITT 2003: 170.

<sup>463</sup> SCHMITT 2003: 149.

<sup>464</sup> SCHMITT 1958d: 218 sk.

<sup>465</sup> Ehhez lásd SCHMITT 1958c: 153 skk.

<sup>466</sup> Egy megkülönböztetésre lásd MAGER 2003: 410 sk.

megkülönböztetése, amelyet amúgy sokan átvettek, túlságosan egydimenziós, csupán az intézmények forrását írja le, de nem szól a különféle garanciartalmakról és garanciafeladatokról.

### Bodo Dennewitz

Bodo Dennewitz konzervatív jogásként állam feletti intézményfogalomból indult ki. Egyrészt elutasította a liberális-polgári jogállam eszméjét – és ezzel azt is, hogy az alapjogok adnák a weimari alkotmány lényegét –, másrészt az intézményi garanciát konzervatív jogi eszköznek tekintette, amely „a monarchista német államtól áthagyományozódott és illetően politikai intézmények alkotmányos garanciáját” jelenti.<sup>467</sup> Az intézmény nála így (1) állam feletti, állam előtti, (2) az állam által elfogadandó, (3) nem államilag tételezett, (4) hanem államilag elismert, (5) a jogi folytonosságot biztosító és kifejező tartalom. Ebből következik, hogy az alkotmányozó nem hozhat létre új intézményeket, nem láthatja el azokat garanciával, mert „ez a garancia csak azon intézményekre vonatkozhat, amelyeket a weimari állam már eleve létezőként talált”.<sup>468</sup> E meghatározásnak amúgy csak a hivatalnoki réteg és a kommunális közigazgatás intézményei feleltek meg a weimari alkotmányból.<sup>469</sup>

Bodo Dennewitz célja saját intézménytanával az volt, hogy (1) biztosítsa a császárság és a köztársaság közötti jogi kontinuitást (és ezzel relativizálja az 1918-as forradalmat és az 1919-es alkotmányozást), valamint (2) a nemzeti gondolatot erősítse a liberális ellenében,<sup>470</sup> amennyiben az intézményeket az alapjogok fölé helyezte.

### Ernst Rudolf Huber

Huber élesen elutasítja, hogy a weimari alkotmány liberális államot hozott volna létre,<sup>471</sup> és ezért az alapjogokat azon szellemi tartalmak kifejeződésének tartja, amelyek konkrét népben nyernek konkrét jelentést.<sup>472</sup> Huber szerint az alapjogok nem elzárják a polgárokat egymástól, hanem éppen fordítva: az alapjogok révén válnak a polgárok egy népközösség részeivé.<sup>473</sup> Az alapjogok nem „az állammal

<sup>467</sup> DENNEWITZ 1932: 45.

<sup>468</sup> MENZEL 1937: 44.

<sup>469</sup> DENNEWITZ 1932: 25 skk.

<sup>470</sup> DENNEWITZ 1932: 35.

<sup>471</sup> HUBER 1933: 79 skk.

<sup>472</sup> HUBER 1933: 2 skk.

<sup>473</sup> HUBER 1933: 7.

szembeni szubjektív jogok”, hanem „az államhatalom objektív határai”.<sup>474</sup> Az alapjogok adják meg az állam, a közösség határait, kijelölve a polgárok szabadságát. (Ezen alapjog-koncepció a Grundgesetzértelmezés során is megjelent, főleg Peter Häberle munkásságában, aki felállította az alapjogok intézményi elméletét.)<sup>475</sup>

### Friedrich Klein

Schmitt az intézményi garancia gondolatát bevezette, de nem definiálta. Friedrich Klein rendszerezi az intézményeket tartalmuk alapján, ekként tesz különbséget jogintézménygarancia (*Rechtsinstitutsgarantie*), intézményi garancia (*institutionelle Garantie*) és institúciógarancia (*Institutionengarantie*) között. Az első két kategóriát a magyarul nehezen lefordítható, szűk értelemben vett *Einrichtungsgarantie* fogalma alatt foglalja össze. Valójában mindhárom kategória *Einrichtungsgarantie* a fogalom tág értelmében.<sup>476</sup>

Jogintézmény-garanciák: A jogintézmény-garanciák magánjogi gyökerű intézményeket védenek. Schmitt is rámutatott már arra, hogy ezen intézmények léte politikai értékválasztás eredménye, ugyanis a weimari alkotmányban megjelent magánjogi intézmények révén „a birodalmi alkotmány egy politikai világnézet mellett kötelezi el magát”,<sup>477</sup> mégpedig a liberális-polgári jogállam mellett. Ezen értékválasztásból következik, hogy a magánjogi karakterű intézmények alkotmányosan fontosabbak, mint a közjogi jellegű intézmények, amelyek többségükben államszervezeti, gyakorlati, és nem értékválasztási szerepet töltenek be. A magánjogi intézmények az elsődleges politikai döntéssel jönnek létre – még ha Schmitt kezdetben csak az alapjogok kapcsán ismerte is ezt el –, míg a közjogi intézményeket védő intézményi garancia „a formális birodalmi alkotmányjog egyik fogalma” csupán.<sup>478</sup>

Intézményi garanciák: A közjogi intézmények, amelyek az alkotmányi törvényben jelennek meg, tételes jogi szabályokat foglalnak össze, és e tekintetben nem másról van szó esetükben, mint a fennálló, de megváltoztatható alkotmányi törvény anyagának rendszerezési kategóriájáról. Klein azonban e gondolatot nem viszi konzekvensen végig, mert egy helyütt azt állítja, hogy az intézményi garanciák az egész állami – tehát az alkotmányos – rend védelmét biztosítják. Még pontatlanabbá és inkonzekvensebbé teszi Klein definícióját az, hogy elutasítja Schmitt abszolút és relatív alkotmány közötti megkülönböztetését.<sup>479</sup> Ugyanis a kleini megkülönböztetések éppen a schmitti

<sup>474</sup> HUBER 1933: 4.

<sup>475</sup> HÄBERLE 1983: 51, 56 skk.

<sup>476</sup> KLEIN 1934: 106 skk.

<sup>477</sup> KLEIN 1934: 113 sk.

<sup>478</sup> KLEIN 1934: 128.

<sup>479</sup> KLEIN 1934: 154. skk.

alkotmánytan talajáról lennének csak érthetőek. Schmitt alkotmányfogalmával jobban magyarázhatjuk a vélhetően Klein által is osztott megkülönböztetést a privátjogi intézmények (mint áthagyományozódott, az állam által felismerendő és értékalapú döntéssel elismert alkotmánytartalmak) és a közjogi intézmények (mint az állami akarat alkotmányi törvényben rögzített megnyilvánulásai) között.

Status quo garanciák: Schmitt is ismerte már ezt a kategóriát, amely – az intézményi garanciával szemben – nem a fennálló rend dinamikus folyamatosságát biztosította, hanem egy konkrét helyzet megmerevítését, megőrzését. Schmitt a weimari alkotmány 149. cikkelyének 3. bekezdését, amely a teológiai karok 1919 utáni fennmaradását írja elő,<sup>480</sup> nevezi csupán ilyen status quo garanciának.<sup>481</sup> Elvileg minden intézményi garancia – azok dinamikus jellege ellenére is – status quo garanciaként is értelmezhető,<sup>482</sup> elvégre – Klein meghatározása szerint – „nem jövőbenit, nem még megalkotandót, lehatárolandót, megformálandót és megszervezendőt, hanem valami jelenvalót, adottat, már fennállót, létezőt” biztosít.<sup>483</sup>

Látható tehát, hogy számos próbálkozás volt az intézményi garancia kategorizálására, definiálására. A weimari köztársaság vége felé – amely után az intézményi garancia valóban más jelentést nyert már – Gerhard Anschütz a weimari közjog definíciós és kategorizációs kísérleteit ekként foglalta össze egyetlen meghatározással: „Az intézményi garanciák alkotmányi előírások, amelyek nem vagy nem elsősorban alanyi jogok biztosítására, hanem csak vagy elsősorban bizonyos jogintézmények garantálására szolgálnak, oly módon, hogy az érintett intézményt mint intézményt az alkotmányban rögzítik, anélkül, hogy tartalmát meghatároznák.”<sup>484</sup>

Ahogy Thománál vagy Schmittnél is már láthattuk, az intézményi garancia nem konkrét tartalmat véd tehát – mert különben status quo garanciáról beszélhetnénk –, hanem az intézmény intézménykénti létét. Az intézményi garancia által védett intézmények konkrét tartalmának meghatározása már a törvényhozó kompetenciája, aki az intézményt nem számolhatja fel, de ezen korlátok között tetszőlegesen alakíthatja.

#### A weimari birodalmi alkotmány intézményei<sup>485</sup>

Persze nemcsak az intézményi garancia definíciója volt vitatott, de annak kérdése is, hogy milyen intézmények találhatók a birodalmi alkotmányban. Egyértelmű

<sup>480</sup> Art. 149 Abs. 3 WRV: „A teológiai karok a főiskolákon megmaradnak.”

<sup>481</sup> SCHMITT 1958c: 157 sk., SCHMITT 1958d: 216.

<sup>482</sup> KLEIN 1934: 191.

<sup>483</sup> KLEIN 1934: 190 sk.

<sup>484</sup> ANSCHÜTZ 1933: 520.

<sup>485</sup> Dennewitz, Schmitt, Anschütz, Klein és Loewenstein elméleteiről összehasonlító táblázatot lásd MENZEL 1937: 48.

felsorolás azért nem található egyetlen szerzőnél sem, mert munkáikban két irányból közelítették meg a problematikát: vagy egy-egy intézményt kiválasztottak, és azt elemezve bontották ki az intézményi garancia lényegét, vagy eleve általános definíciót alkottak, és csak példálózó jelleggel említettek meg egy-egy intézményt. Sem az egyik, sem a másik megközelítési mód nem eredményezett azonban zárt listát az intézményekről. Schmitt a *Verfassungslehre*-ben például az alkotmány 105. cikkelye (a kivételes bíráskodás tilalma), 119. cikkelye (házasság), 127. cikkelye (községi autonómia), 139. cikkelye (szabad vasárnap), 153. cikkelye (tulajdon) és 154. cikkelye (öröklés) kapcsán beszél intézményekről.<sup>486</sup> Schmitt későbbi cikkeiben e felsorolást kiegészíti még a 102. cikkellyel (bírói függetlenség), a 129. cikkellyel (hivatalnokság), a 137. cikkellyel (vallási közösségek) és a 142. cikkellyel (tudomány).<sup>487</sup>

Karl Loewenstein szerint intézmények az alkotmány első részéből is kiolvashatóak, így intézményi garanciát adott volna az 1. cikkelynek (köztársaság), a 2. cikkelynek (birodalmi országterület), a 3. cikkelynek (birodalmi zászlók), a 17. cikkelynek (jogállamiság) és a 20. cikkelynek (a német nép képviselői).<sup>488</sup> Schmitt azonban kritizálta ezt, mert szerinte túlságosan kiszélesíti az intézmény fogalmát: „lehet persze bármely tetszőleges törvényi szabályozás normatív hatását garanciaként meghatározni”, de „ezáltal a garancia szó elveszti speciális jelentését”.<sup>489</sup>

## INTÉZMÉNYI GONDOLAT A NEMZETISZOCIALISTA JOGTUDOMÁNYBAN

### Az intézményi garancia felszámolása

#### A nemzetiszocialista intézményigaranca-tan kísérlete

1933 az intézményigaranca-tan szempontjából is fordulópont volt. Mivel a weimari alkotmányt – annak formális érvényben maradása ellenére – több jogász is halottnak nyilvánította,<sup>490</sup> az intézmények is elvesztették alkotmányos jelentőségüket. Carl Schmitt maga is megállapította, hogy „a weimari alkotmány már nem érvényes, így a lényegi fogalmai és intézményei sem érvényesek már”.<sup>491</sup> A felhatalmazási törvény és az ezen törvény alapján elfogadott más törvények olyan mértékben változtatták

<sup>486</sup> SCHMITT 2003: 171 skk.

<sup>487</sup> SCHMITT 1958c: 149 skk.

<sup>488</sup> LOEWENSTEIN 1931: 290.

<sup>489</sup> SCHMITT 1958c: 153.

<sup>490</sup> Lásd pl. MENZEL 1937: 32.

<sup>491</sup> SCHMITT 1934a: 27.

meg a német államiság lényegét – azaz új politikai döntésként tekinthetünk rájuk –, hogy értelemszerűen kihatott mindez a weimari alkotmányban garantált intézményekre is. Az új államiság önmeghatározása szerint is összeférhetetlen volt azzal a gondolattal, hogy lennének a törvényhozó által nem érinthető intézmények.<sup>492</sup> Mégis akadt pár szerző, aki megpróbálta az intézményi garancia tanát a nemzetiszocialista jogtudományba – annak megfelelően átértelmezve – átvinni. Bodo Dennewitz és Carl Falck neve említendő meg közülük.

Dennewitz *völkisch* alapon értelmezte újra az intézményeket, amennyiben is a népközség szolgálatába állította jelentésüket.<sup>493</sup> Az intézményi garancia eszerint „a nemzeti és szocialista jog- és életrend tartósan létszükségszerű tartalma”, amely a népet és az államot szétválaszthatatlanul összekapcsolja.<sup>494</sup> Dennewitz – amint fentebb írtuk – már a weimari időkben is nacionalista volt, de intézményfogalma a náci számára még mindig túlságosan konzervatívnak tűnt. A náci számára ugyanis már az külsődleges korlátként jelent meg – azaz voluntarizmusuk korlátjaként –, hogy az intézmények történelmileg kialakult, áthagyományozódott tartalmak lennének. Dennewitz mégis az intézményi gondolkodás új megnyilvánulását látta a nemzetiszocialista államjogban.<sup>495</sup> Dennewitz annyiban tett engedményt a voluntarizmus felé, hogy elismerte az 1933-ban akaratlagosan létrehozott új intézmények kapcsán is azok intézményi garanciáját.<sup>496</sup> A következő intézményekről lenne szó: Führer, birodalmi zászló, egységállam, Wehrmacht, NSDAP.<sup>497</sup>

Carl Falck szintén megpróbálta az intézményi garancia tanát a nemzetiszocialista jogtudományba átemelni, amennyiben is azokat eleve népintézményekként (*Volkstumseinrichtung*) értelmezte: azaz a néptől, annak akaratából és történelméből származnak az intézmények.<sup>498</sup> Az intézmények „a többségi népvélemény értelmében a német jog tartós, létszükségszerű tartalma[i]”, azaz az állam e tartalmakat azért fogalmazza meg intézményekként, mert a nép ezeket ekként ismeri el.<sup>499</sup> Falck egyértelműen a népet tartotta a jogélet központi kategóriájának,<sup>500</sup> amely fogalomban egyszerre jelenhet meg a hagyomány (történelem) és az akarat (jelen). A jogalkotónak és a jogalkalmazónak így mindig a népből kiindulón, annak akaratát kutatva kell a jogot alkotnia, alkalmaznia, értelmeznie. Falck szerint a bírónak akár a népdalkincshez is vissza kell nyúlnia, hogy abból ismerje meg azon népszellemet,

<sup>492</sup> MAINZER 2003: 91.

<sup>493</sup> DENNEWITZ 1953: 956.

<sup>494</sup> DENNEWITZ 1953: 957.

<sup>495</sup> DENNEWITZ 1953: 957.

<sup>496</sup> DENNEWITZ 1953: 956.

<sup>497</sup> DENNEWITZ 1935: 237.

<sup>498</sup> FALCK 1935: 70.

<sup>499</sup> FALCK 1935: 74.

<sup>500</sup> FALCK 1935: 76.

amely a jog forrása és mércéje.<sup>501</sup> Falck azonban olyannyira a nemzetiszocialista jogtudomány szolgálatába akarta állítani saját intézményfogalmát, hogy gyakorlatilag teljesen kiszolgáltatta az állami voluntarizmusnak, amennyiben is leszögezte: az intézmények nem nyújthatják „egy meghatározott élettér alkotmányjogi védelmét az állam mindenhatóságával szemben”.<sup>502</sup>

### Az intézményi garancia elutasítása

Két okból is érthető, miért utasította el a nemzetiszocialista jogtudomány többsége egyértelműen az intézményi garancia akár völkisch alapokon módosított tanát is. Egyrészt az autoriter államnak nincs szüksége korlátokra, pláne nem áthagyományozódott korlátokra;<sup>503</sup> másrészt – és ez maguknak a náci jogászoknak volt a fő érvük – olyan államban, amely éppen az állam és a nép közötti különbséget akarta áthidalni, fogalmilag kizárt, hogy az állam a nép számára bármit garantáljon.<sup>504</sup> a nemzetiszocialista államtan értelmében ugyanis a nép és az állam egyet jelent.<sup>505</sup> Eberhard Menzel ennek alapján elvetette az intézményi garanciát, bebizonyítva, hogy a tan azon liberális jogállam elmélete, amelyet a nemzetiszocialista állam meghaladni kíván. Menzel elismerte persze Dennewitz igyekezetét, amellyel megpróbálta az intézményi garancia tanát a nemzetiszocialista jogtudomány számára is használhatóvá tenni,<sup>506</sup> de szerinte fogalmilag kizárt egy ilyen párosítás sikere, ugyanis a nemzetiszocialista államban elképzelhetetlen az állami akarat bármiféle korlátozása.<sup>507</sup> Menzel ítéletével és cikkével tehát végleg eltűnt a nemzetiszocialista jogirodalomból az intézményi garancia gondolata. Miközben az intézményi gondolkodás új értelmet és jelentést nyert.

### Rendgondolat mint a pozitívizmus nemzetiszocialista meghaladása

A nemzetiszocialista jogtudomány csak az intézményi garancia gondolatát vetette el, de az intézményi gondolkodás – mint a jogpozitívizmus meghaladásának lehetősége – nem volt idegen tőle. Ezen intézményi gondolkodás azonban nem az intézményi

<sup>501</sup> FALCK 1935: 78.

<sup>502</sup> FALCK 1935: 74.

<sup>503</sup> MAGER 2003: 67.

<sup>504</sup> MENZEL 1937: 76.

<sup>505</sup> MENZEL 1937: 46.

<sup>506</sup> MENZEL 1937: 52.

<sup>507</sup> MENZEL 1937: 61 et passim.



garancia tanának folytatása, hanem a fentebb bemutatott Savigny- és Hauriou-féle intézményelmélet rasszista továbbgondolkodása.

1945 után többször felmerült, hogy a weimari kor jogtudományának pozitívizmusa miatt lett volna védtelen a német jogászság a nemzetiszocialista voluntarizmussal szemben,<sup>508</sup> holott a nemzetiszocializmust magát is erősen meghatározta a pozitívizmus természetjogias kritikája.<sup>509</sup> Azaz nem a pozitívizmus túlhajtásaként, hanem annak meghaladási kísérleteként lehet inkább tekinteni a nemzetiszocialista jogtudományra.<sup>510</sup> A nemzetiszocialista jogászok maguk is bírálták a pozitívizmust, mondván a pozitívizmus miatt a jog elszakadt a nép tényleges valóságától. Metapozitivisták kísérletek így kíváltképp jellemezték a nemzetiszocialista jogirodalmat: a konkrét rend (Schmitt) és a konkrét fogalmak (Larenz) gondolata irányult arra, hogy a jogot minél inkább konkrét eszközként, és ne absztrakt eszmeként fogalmazzák újjá, ami egyidejűleg az állami voluntarizmus számára is nagyobb teret biztosított.

### Konkrét rendgondolat

Carl Schmitt, aki az intézményi garancia elméletét kidolgozta, 1933. április elején – május 1-jei hatállyal – belépett az NSDAP-ba,<sup>511</sup> evvel a megelőző elnöki kabinetek koronajogásza az új hatalomhoz csatlakozott.<sup>512</sup> 1934-ben Schmitt megjelentetett egy kis könyvet, amelyben nemzetiszocialista intézményelméletet dolgozott ki, amelyet konkrét rendgondolatnak nevezett el (*konkretes Ordnungsdenken*). Schmitt e könyvben abból indul ki, hogy minden jogfogalmat bizonyos jogi felfogás – normatív, decizionista vagy konkrétrend-szerű – határoz meg.<sup>513</sup> Schmitt szembemenne korábbi decizionizmusával – elvégre a *Verfassungslehre*-ben még egyértelműen a döntést jelölte meg a jog okaként – rasszista alapvetésű intézménytan mellett kötelezte el magát,<sup>514</sup> amely persze hasonlóságot mutatott fel Hauriou és Savigny tanával is.<sup>515</sup>

Schmitt 1934-es könyve értelmében a jog nem önkényesen tételezett norma (azaz elveti a pozitívizmust), hanem a minden népben immanens rend, amelyből az egyes jogintézmények levezethetők. Schmitt egyfajta kultúrdeterminista álláspontot képviselt, amennyiben is a különféle népeket és rasszokat különféle gondolkodási típusokkal kapcsolja össze, és közben – ami amúgy tudományos könyveiben ritka – antiszemitizmusa is

<sup>508</sup> Ez ellen WALTHER 1989: 323 skk.

<sup>509</sup> Minderről lásd WITTECK 2008.

<sup>510</sup> Vö. SCHLINK 1991: 171.

<sup>511</sup> Schmitt náci fordulatának esetleges okairól lásd TECHET 2012: 133–152.

<sup>512</sup> MEHRING 2009: 304 skk.

<sup>513</sup> SCHMITT 1993: 7.

<sup>514</sup> SCHMITT 1934b: 227.

<sup>515</sup> SCHMITT 1993: 37, 45.

megjelenik.<sup>516</sup> Noha a mű a mai jogtudomány számára is használható kijelentéseket tartalmaz, több okból a mai napig is nemzetiszocialistának számít,<sup>517</sup> pedig az alapgondolat, hogy a norma a rend eszköze,<sup>518</sup> és az egyes jogintézmények e rendnek megfelelően szabályozandók és értelmezendők, sem nem genuin nemzetiszocialista, sem nem egészen új gondolat.<sup>519</sup> Éppen emiatt lehetséges a nemzetiszocialista jogelméletet – Bernd Rüthers alapján – „neotermészetjoginak” is nevezni.<sup>520</sup>

A konkrét rendgondolat jogintézményei adott renddé állnak össze. Az állam feladata lenne eszerint, hogy az egyes élethelyzetek belső rendjét figyelembe vegye; a normák, azaz a törvényhozás termékei nem írhatnak elő mást, mint ami az egyes élethelyzetekben már adott, jelen van. Azaz az egyes élethelyzetek magukban hordozzák önnön szabályozásukat.<sup>521</sup> A nemzetiszocialista jogtan, hasonlóan Schmitthez, oldani akarta a pozitivizmus absztraktságát. Bernd Rüthers szerint a nemzetiszocialista jogtudomány célja általánosságban – és a konkrét rendgondolaté különösen – a pozitivizmus fellazítása, amely azonban a jogbiztonság felszámolásához és állami önkényhez vezetett.<sup>522</sup>

### Konkrét jogfogalmak

Karl Larenz célja is az volt, hogy oldja a jogélet jogpozitivizmus miatt létrejött absztraktságát, és ezért ő is a népet tette volna meg a jog központi kategóriájává.<sup>523</sup> Szerinte a valódi német jogtudománynak az a feladata, hogy „zárja a nép és a joga közötti szakadékot”,<sup>524</sup> amennyiben is a jogot nem absztrakt szabályokból, hanem a népben immanens rendből vezetné le.<sup>525</sup> Ahogy írja: „Minden jog a közösségi élet kifejeződése, és ezért völkisch meghatározott”,<sup>526</sup> és „a jog nem pusztán [...] előírások összessége, [...] hanem [...] népünk saját rendje”,<sup>527</sup> mert „a jog [...] a nép valódi életrendje”.<sup>528</sup> A jog egésze tehát eleve következne a közösségből, így csupán az egyénnel – a közösségnek magát alávetni nem akaró egyénnel – szemben igényli

<sup>516</sup> SCHMITT 1993: 9.

<sup>517</sup> GROSS 2005: 108 skk.

<sup>518</sup> SCHMITT 1993: 11 et passim.

<sup>519</sup> RÜTHERS 1991: 294.

<sup>520</sup> RÜTHERS 1988: 65.

<sup>521</sup> SCHMITT 1993: 17 et passim.

<sup>522</sup> RÜTHERS 1988: 27; 1991: 298 sk.

<sup>523</sup> LARENZ 1934: 15.

<sup>524</sup> LARENZ 1934: 3.

<sup>525</sup> LARENZ 1934: 19 sk.

<sup>526</sup> LARENZ 1934: 20.

<sup>527</sup> LARENZ 1938: 10.

<sup>528</sup> LARENZ 1938: 27.

az erőszakos kényszerítést. Nem a közösséggel, csak az egyénnel szemben kényszerítendő ki a jog, mert az eleve azt írja elő, ami a közösségben célként és eszmeként adott.<sup>529</sup> Az egyén feladata nem más, mint betagolódni a néprendbe: „Az egyén jogi helyzetét illetően nem a személyisége a lényeges immár, hanem az ő konkrét betagózodottsága [Gliederung].”<sup>530</sup> Amennyiben is az egyén „például paraszt, katona, szellemi munkás – házastárs, családtag, állami hivatalnok”,<sup>531</sup> aláveti magát a közösség, illetve a közösség formálta intézmények (család, házasság, hivatalnoki réteg stb.) belső, adott rendjének.

E tan sok hasonlóságot mutat azon szociológiai intézményelmélettel, amely szerint az intézmények az egyének társadalmi szerepei számára szolgálnak keretül; Larenz ezt azonban nem csupán leíró, sokkal inkább normatív értelemben állapítja meg, azaz az egyén kötelezhető is akár arra, hogy társadalmi szerepének megfelelően – értsd azon rendnek megfelelően, amelynek része – viselkedjék: „Közösségek, mint a család vagy az üzem, a népközösség csoportosulásaiként közvetlenül olyan jogi rendet jelentenek, amelynek nincs szüksége törvényi megerősítésre. Megvan az erejük, hogy a lényegükkel szembenálló absztrakt-általános törvényi normákat annyira visszaszorítsák, amennyire ezt az ő különösségük és völkisch feladatuk szükségessé teszi.”<sup>532</sup>

Larenz elismeri persze, hogy ezzel oldja a jogbiztonságot,<sup>533</sup> de azt eleve absztrakt kategóriának tartotta, amely nem engedi a konkrét rend változó és dinamikus megnyilvánulását. Ezért lenne szükség konkrét jogfogalmak alkotására, amelyek megfelelnek a néprendnek.<sup>534</sup> „Az egyes [így képzett – *T. P.*] jogi előírások nem azért érvényesek, mert állami törvény írja elő őket, hanem mert egy előre adott, metapozitív fogalomból [...] levezethetők.”<sup>535</sup> Mivel e tan az állami voluntarizmust is meg akarná haladni (elvégre a pozitivizmus és a voluntarizmus összefügg), érthető, hogy e tan se tudott kizárólagosan elfogadottá válni a nemzetiszocialista Németországban.

## AZ INTÉZMÉNYI GARANCIA TANA A BONNI KÖZTÁRSASÁGBAN

Noha sem az alkotmányozó Parlamenti Tanács jegyzőkönyveiben, sem a Grundgesetz szövegében nem fordul el az intézményi garancia kifejezése, a tant a második

<sup>529</sup> LARENZ 1934: 26, 29.

<sup>530</sup> LARENZ 1934: 40.

<sup>531</sup> LARENZ 1934: 40.

<sup>532</sup> LARENZ 1938: 31.

<sup>533</sup> LARENZ 1938: 33.

<sup>534</sup> LARENZ 1938: 45 skk.

<sup>535</sup> RÜTHERS 1988: 82.

világháború után – ráadásul már a Grundgesetz hatályba lépése előtt<sup>536</sup> – átvette és továbbgondolta a bonni köztársaság jogtudománya.<sup>537</sup> Explicit módon azonban csak egyetlen tartományi alkotmányban jelent meg, mégpedig az (alkotmány-jogilag helytelenül) újraegyesülésnek nevezett folyamatsorozat után született szász-anhalti alkotmányban.<sup>538</sup>

Ez azonban nem jelenti azt, hogy a Grundgesetz értelmezésénél és rendszerezésénél ne jött volna elő igen korán a fogalom. A bonni köztársaság alkotmányjoga más téren is erősen inspirálódott Carl Schmitt előmunkálataiból. A konstruktív bizalmatlansági indítvány, az alkotmány lényegi magjának megváltoztathatatlansága vagy az eredeti alkotmányszöveg értelmében még minden politikai menekült előtt nyitva álló menekültjog egyértelműen Schmitt hatását mutatja.<sup>539</sup> Reinhard Mußgnug egyenesen azt állította, hogy „a bonni alaptörvény atyái őt [Carl Schmittet] és az ő alkotmánytanát követték”.<sup>540</sup> Ha ez így felettébb túlzó kijelentés is, tény, hogy az intézményi garancia tanának bonni megjelenésénél a szerzők mind hivatkoztak Schmittre.

## Intézményi garancia és a Grundgesetz

Ulrich Scheuner azon szerzők közé tartozott, akik igen korán átemelték a weimari jogtudományból a bonniba az intézményi garancia gondolatát. Scheuner „közjogi berendezkedések alkotmányjogi biztosítékaként” definiálta az intézményi garanciát.<sup>541</sup> Különbséget tett szabadságjogok, intézményi garanciák, a közösségi élet rendjének védelme, alkotmányjogi vezérelvek és szociális alapjogok között. Természetesen 1945 után sem sikerült egyetlen kategorizációt uralkodó álláspontként elfogadtatni.<sup>542</sup>

A tan amúgy egykoron a weimari alkotmány hibáinak korrekciójaként született: a birodalmi alkotmány második része nem volt koherens, valamint eleve hiányoztak azok a tételes jogi szabályok, eszközök, intézmények, amelyek az alkotmány törvényhozás útján történő kiüresítését akadályozták volna meg, azaz az alkotmányos

<sup>536</sup> STERN 1988: 763.

<sup>537</sup> ABEL 1964: 27.

<sup>538</sup> Art. 3 Abs. 2: „A következő berendezési garanciák arra kötelezik az országot, hogy védjék ezen berendezkedéseket, és azok tartalmát és fejlődését garantálják.” (Mindehhez lásd REICH 1994: 59 sk.) A szász-anhalti alkotmány értelmében a következő védendő berendezkedések ismertek: család, házasság, gyerek, oktatás, iskola, oktatási rendszer, etika- és hittan, főiskolák, vallási és egyéb világ-szemléleti közösségek, valamint szabad jótékonykodás (REICH 1994: 137 skk.).

<sup>539</sup> VAN LAAK 1993: 158 skk.

<sup>540</sup> MUSSGNUG 1988: 519.

<sup>541</sup> SCHEUNER 1978: 672.

<sup>542</sup> STERN 1988: 769, 776.

rend egésze a weimari köztársaságban védtelen maradt. Az intézményi garancia tana gyakorlatilag erre a problémára adott egyfajta, pozitív jogilag nehezen igazolható (mert az alkotmányszövegből nem kiolvasható, azaz a pozitívizmust meghaladó) választ, megoldást. Mivel tehát a weimari alkotmányban nem volt benne e tan (azaz nem értelmezési vagy episztemológiai kérdésről volt szó), az intézményi garancia tana ontológiailag jelent meg, amennyiben is a jogtudósok eleve az intézmények létevel, eredetével foglalkoztak, így próbálva úgymond „az alkotmány elé kerülni”. A Grundgesetz azonban már számos olyan szabályt, eszközt vezetett be, fogalmazott meg explicit módon, amely miatt egyesek az intézményi garancia kérdskörét immár megoldottnak látták. Mindazonáltal ez pusztán az intézmények ontológiai kérdését oldotta meg; a bonni köztársaságban az intézmények kapcsán főleg azok értelmezése vált központivá.<sup>543</sup>

### Jogi intézmények

Friedrich Klein kivételével minden jogász elfogadta, hogy a tan jogi intézményeket véd, azaz olyan intézményeket, amelyek vagy eleve megjelennek a jogszabályokban, vagy azokból legalábbis értelmezhetőek. Ez azért fontos, mert Klein viszont kísérletet tett arra, hogy „társadalmi tényállásokra” (*Sachverhalt*, és nem a jogias *Tatbestand* értelemben értve a tényállást) kiterjessze az intézményvédelmet.<sup>544</sup> A jogintézmény eszerint nem lenne más, mint „egy társadalmi tényállás jogi elismerése”.<sup>545</sup> Ezt azonban elutasította a bonni jogtudomány többsége.<sup>546</sup> Stern szerint „[t]isztán tényleges intézmények, társadalmi tényállások vagy életformák [...] nem lehetnek intézményi garancia tárgyai”.<sup>547</sup>

### Intézmények védelme

A Schmitt által eredetileg kidolgozott tan értelmében az intézmények államilag tételezett alkotmánytartalmak voltak, amelyek – éppen mert nem az alkotmányozó döntésnek, hanem az alkotmányi törvénynek a részei – „csak” a törvényhozóval szemben élveztek védelmet. E tan a schmitti alkotmányelméletbe illeszkedett: csak a schmitti megkülönböztetés (*Verfassung, Verfassungsgesetz*) alapján volt

<sup>543</sup> SCHMIDT-JORTZIG 1979: 23.

<sup>544</sup> KLEIN 1966: 84 skk.

<sup>545</sup> KLEIN 1966: 85.

<sup>546</sup> STERN 1988: 787.

<sup>547</sup> STERN 1988: 785.

értelmezhető a kétszintű védelmi rendszer (alkotmánygarancia az állam előtti alapjogoknak, alkotmánytörvényi garancia az államilag tételezett intézményeknek). E schmitti megkülönböztetés azonban a Grundgesetz mellett okafogyottá vált, mert eleve az alkotmányszövegben jelentek meg azon védelmi mechanizmusok, amelyeket Schmitt a weimari alkotmányból nem tudva kiolvashatni elméletileg alkotott meg. Mindazonáltal a schmitti megkülönböztetés ellen szólt az az érv is, hogy az lehetővé teszi a pozitív alkotmányjog metapozitív érvekre való hivatkozással történő megkerülését.

A schmitti megkülönböztetés feladását a bonni köztársaságban az is indokolhatja, hogy a Grundgesetz több szabálya, főleg a Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) és az Ewigkeitsklausel (Art. 79. Abs. 3 GG) megvalósítja azt a védelmi szintet, amelyet Schmitt még csak értelmezéssel tudott elérni a weimari időkben. Azaz az alkotmányvédelem immár pozitív jogi szabályozásként jelenik meg, így a védelem szintje a schmitti kettős alkotmányfogalom feladásával gyakorlatilag nem csökken, hanem növekszik.

### Garanciatartalmak

Ute Mager a maga osztályozásánál megpróbál kilépni a szokásos sémákból, és – Robert Alexy nyomán, aki az intézményeket a polgárok számára fenntartott kompetencia keretként fogta fel – autonómiabiztosítást lát az intézményvédelemben: (1) A jogintézmény-garancia „egy normakomplexum léteként” „jogviszonyok szabad rendezésének előfeltételét” jelentené, (2) míg az intézménygarancia „e jogi formák és szervezetek tényleges fennállását és működését is garantálj[a]”.<sup>548</sup>

A valósághoz való viszony nem ontológiai, hanem a garancia tárgyában jut kifejezésre. Mivel a magánjogi jellegű berendezkedések Alexy elméletében kompetencianormákat foglalnak egybe, amelyeket aztán a polgárok töltenek ki – valószínűleg –, így nem a tényleges hatást, hanem a kompetencianormák meglétét kell védeni: „A tulajdon normái nélkül nincs tulajdon jogi értelemben, a házassági jog normái nélkül nincs házasság jogi értelemben stb.”<sup>549</sup> A tulajdon és a házasság ontológiailag nézve nem az állam alkotása, de az államnak a polgár számára biztosítania kell azon jogi kereteket, amelyek között e társadalmi jelenségek jogi rangot nyerhetnek (jogintézmény-garancia). Ezzel szemben az intézményi garancia éppen olyan berendezkedéseket garantál, amelyek ontológiailag nézve az állami akarat révén léteznek, ott tehát a valóságosságukat, megvalósulásukat kell garantálni: nem elég, hogy az állam normakomplexumokat rendelkezésre bocsát, de azok tényleges kitöltését, azaz

<sup>548</sup> MAGER 2003: 410 sk.

<sup>549</sup> ALEXY 1994: 442.

megvalósulásukat is garantálnia kell. Az intézményi garancia az autonómia tényleges lehetőségének garanciája – ellentétben a jogintézménygaranciával, amely a normák rendelkezésre bocsátását jelenti –, így Mager azt javasolja, hogy az intézményi garanciát „intézményi autonómiagaranciává” nevezzük át.<sup>550</sup> Másképp megfogalmazva: (1) a jogintézmény-garancia esetében a polgárok valósítják meg a normát, amennyiben is igénybe veszik – elvégre az állam maga nem tud házasságot kötni, de rendelkezésre bocsáthatja az ahhoz szükséges normákat –,<sup>551</sup> (2) az intézményi autonómiagarancia esetében pedig az állam elkötelezi magát, hogy megteremti a normák ténylegességét, azaz érvényre juttatja azokat. Mindez arra vezethető vissza, hogy jogintézmény-garanciával védett intézmények állam előtti, nem az állami akarat hozta létre őket,<sup>552</sup> míg az intézményi autonómiagarancia védte intézmények az állam alkotásai.

2. táblázat. Összehasonlítás<sup>553</sup>

|                            | <i>ontológiailag</i> | <i>garanciatartalom</i>                                |
|----------------------------|----------------------|--------------------------------------------------------|
| <i>intézménygarancia</i>   | állam előtti         | normatív (normatétételezés)                            |
| <i>intézményi garancia</i> | állami               | normatív + faktuális (normatétételezés + megvalósítás) |

Forrás: saját szerkesztés

Az állam számára más kötelezettségek keletkeznek aszerint, hogy ki kell-e alakítania az autonómiát (intézményi garancia), vagy egyszerűen a megvalósuláshoz szükséges normakeretet kell „csak” biztosítania (jogintézmény-garancia).

### Alapjog-közeliség

Klein különbséget tesz „közeli” és „nem közeli” intézményi garancia között, aszerint, hogy lényegüket meghatározza-e alapjog, vagy sem.<sup>554</sup> Már a weimari korszak alkotmányjoga is – például Carl Schmitt<sup>555</sup> – felismerte, hogy egyes intézmények és alapjogok összefügghetnek. Mivel azonban a weimari jogtudomány nem dolgozott ki még egyértelmű alapjog-dogmatikát, így az alapjogok és az intézmények összefüggéseit először a bonni köztársaság időszakában mutatták ki igazán:

<sup>550</sup> MAGER 2003: 411.

<sup>551</sup> MAGER 2003: 437.

<sup>552</sup> Ezen elismerés a normák rendelkezésre bocsátása révén történik.

<sup>553</sup> Sem Ute Mager, sem Robert Alexy nem hangsúlyozza az intézmények ontológiai államelőttiségét.

<sup>554</sup> KLEIN 1966: 86.

<sup>555</sup> ABEL 1964: 35.



„Az intézménygaranciának az alapjogi tartalmat nem gyengíteni, hanem erősíteni kell.”<sup>556</sup> Nemcsak arról van szó, hogy az intézményi garancia erősítheti az alapjogi tartalmat, de egyben alapjogok is levezethetők az intézményi garanciákból.<sup>557</sup> Az intézményi garancia feladata tehát az alapjogok érvényének erősítése.<sup>558</sup>

Az intézmények alapjog-közelisége szorosan összefügg az előző alfejezetben tárgyalt témával, ahol kimutattuk, hogy az intézményeknek – hasonlóan az alapjogokhoz – autonómiavédelmi szerepük van, azaz védenek az állami behatások ellen.<sup>559</sup> Robert Alexy odáig megy az értelmezésben, hogy szerinte az intézmények mint kompetencianorma-komplexumok gyakorlatilag az alapjogok (mint kompetenciák) előfeltételei.<sup>560</sup> Az intézmény tehát kompetencia-előfeltétel, mert az intézmények biztosítják az alapjogok érvényesíthetőségének normatív feltételeit, azaz az egyén által kitöltendő szabályozási kereteket.<sup>561</sup>

E normák adnák az alapjogok objektív oldalát. Ebből következően gyakorlatilag az alapjogokat tekinthetjük az intézmények valódi tartalmának.<sup>562</sup> Az alapjog ennek értelmében nem más, mint az intézményekben és az intézmények által objektíve rögzített tartalmak szubjektív igénybevétele. Ezen nézetet főleg Heinrich de Wall képviselte, de nem vált uralkodó nézetté, ráadásul az egyes intézmények között jelentős különbségek vannak azok alapjog-közeliségét illetően, így nem lehet általánosságban valamennyi intézményt mint az alapjogok objektív előfeltételeit definiálni.

### Egyes intézmények felsorolása a Grundgesetzből

Ahogy a weimari, úgy a bonni és a jelenlegi berlini köztársaságban sem teljesen eldöntött, hogy a Grundgesetz mely részei alkotnának intézményeket. Klaus Stern felsorolása szerint a Grundgesetz a következő intézményeket garantálja jelenleg: oktatás (Art. 7 GG), azon belül különös tekintettel a vallási oktatásra (Art. 7 Abs. 3 GG), tudományszabadság (Art. 5 Abs 3 GG), állampolgárság (Art. 16 GG), vallási közösségek (Art. 4, Art. 140 GG),<sup>563</sup> kommunális öngazgatás (Art. 28 Abs. 2 GG), hivatalnokság (Art. 33 Abs. 5 GG), pártok (Art. 21),<sup>564</sup>

<sup>556</sup> STERN 1988: 873.

<sup>557</sup> STERN 1988: 874.

<sup>558</sup> STERN 1988: 795 et passim.

<sup>559</sup> DE WALL 1999: 388.

<sup>560</sup> ALEXY 1994: 442 et passim.

<sup>561</sup> MAGER 2003: 449 et passim.

<sup>562</sup> DE WALL 1999: 387.

<sup>563</sup> STERN 1988: 797 skk.

<sup>564</sup> Stern az intézmények között helyezné el a szövetségi alkotmánybíróságot, a szövetségi legfelsőbb bíróságot, a szövetségi számvevőszéket és a szövetségi jegybankot; lásd STERN 1988: 796 sk.

bírói kar (Art. 97 skk. GG); valamint a következő jogintézményeket: házasság, család (Art. 6 Abs. 1 GG), szülői gondosság és felelősség (Art. 6. Abs. 2, 3 GG), tulajdon (Art. 14 GG). Lehetséges intézmények még:<sup>565</sup> szabad művészet (Art. 5 Abs. 1, S. 2 GG), sajtó (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG), egyesületek (Art. 9 Abs. 1 GG), bérmeállapodási rendszerek (Art. 10 Abs. 3 GG).

## Intézményi alapjogelmélet

Az alapjogokról, azok feladatáról és államon belüli helyéről különféle felfogások ismertek. Amint láttuk, Carl Schmitt kezdetben például az individuális felfogás híve volt, amennyiben is az alapjogokat államilag nem behatárolható szabadságokként definiálta. Éppen azért vezette be az intézmények kategóriáját, hogy az alkotmány államilag alkotott és behatárolható, de védelemre szoruló részeit elkülönítse az állam által érinthetetlen alapjogoktól. Maga Schmitt is oldotta későbbiekben a szabadság és az intézmény ilyen szigorú szembeállítását. A szabadság és az intézmény szintézisét – ahol a szabadság intézményileg garantált – Peter Häberle alkotta meg a bonni köztársaságban az úgynevezett intézményi alapjog tanával. Ennek persze voltak már a weimari időszakban is előfutárai, főleg Rudolf Smendre gondolhatunk, aki az alapjogokat nem elkülönült, érinthetetlen szabadságokként, hanem a polgár részvételi jogaiként<sup>566</sup> definiálta.<sup>567</sup> Csak a közösségileg összetartozó polgárok esetében volt lehetséges az államot egyetlen egységben integrálni, így az alapjogok éppen nem az állam ellen hatottak, hanem kijelölték a polgár helyét az állami integráción belül.<sup>568</sup> Ezen célnak lennének az alapjogok Häberlénél is alárendelve. Häberle szerint a szabadság nem korlátlan és nem korlátozhatatlan, hanem rendezett: az alapjogok adják ki azt a rendet, amelybe a polgár betagozódik.<sup>569</sup> Az alapjogok így egyrészt „már megvalósult, szabadságalapú rend kifejeződése” (szubjektív oldal), másrészt ezen rend előfeltételei (intézményi oldal).<sup>570</sup> Az alapjogok nem korlátozhatatlanok, mert tartalmuk, feladatuk és céljuk eleve a társadalmi összesség által meghatározott, ami már eleve behatárolásukat jelenti. Az alapjogok határai azonban nem önkényes korlátozások, hanem immanensen vannak jelen az alapjogokban: csak ha behatárolhatóak az alapjogok, tudnak nagyobb összeggé összeállni: „Az alapjogok mint szubjektív közjogi

<sup>565</sup> STERN 1988: 832 sk.

<sup>566</sup> A részvételi jog kifejezésével nem szociális jogokra gondolunk, hanem azt akarjuk kifejezni, hogy az intézményi értelemben vett alapjogok jelölik ki az egyének helyét a társadalomban.

<sup>567</sup> SMEND 1968: 316 skk.

<sup>568</sup> SMEND 1968: 323.

<sup>569</sup> BÖCKENFÖRDE 1974: 1532 sk.

<sup>570</sup> HÄBERLE 1983: 4.

jogok révén válnak az egyének az objektív élethelyzetek rajtuk túlmutató részévé, ezen élethelyzetekben élnek és hatnak, és ez jelöli ki számukra azon helyet, amelyről feladatukat, »hivatásukat« teljesíteniük kell.”<sup>571</sup>

Ezen felfogás – ahol is az alapjogok pozíciófüggő részvételi jogok és kötelezettségek – erős hasonlóságot mutat – a völkisch hangnemet leszámítva – Lorenz fentebb ismertetett elméleteivel. Hasonlóan Lorenz felfogásához, Häberle szerint sem az egyén miatt garantáltak az alapjogok, nem az egyént védik az állammal szemben, hanem az egyén helyét jelölik ki az államon belül.<sup>572</sup>

E felfogásban gyakorlatilag az alapjogok feladata megfelel az intézményi garancia céljának. Amennyiben az alapjogokat – mint korlátozhatatlan szabadságok – az állam pusztán fel- és elismerni köteles, az intézményi garanciára van szükség ahhoz, hogy az állam ne essék szét korlátozhatatlan szabadságokra, hanem az intézmények folyamatossága mellett védelmet és egységet élvezhessen. Häberlénél azonban éppen az alapjogok adják az állam körvonalait, a behatárolt alapjogok állnak össze azzá, amit államnak nevezhetünk. Az alapjogok révén nyeri el „az alkotmány fogalmilag önnön garanciáját, azaz a garanciát az egyszerű törvényhozóval szemben”.<sup>573</sup> Az alapjogok tehát Häberle szerint mint az egyének behatárolt és behatárolható részvételi jogai nem az államilag érinthetetlen szabadságot, hanem az állami összetartozást biztosítják: az államon belül az alapjogok jelölik ki az egyén helyét, feladatát, hivatását.

### Az intézményi garancia meghaladva megőrzése

Az intézményi garancia tanának megjelenése a weimari köztársaság idejében egészen konkrét, gyakorlati problémákra vezethető vissza: az alkotmány második része inkoherens volt, illetve az egész alkotmány védtelen volt az alkotmánymódosító alkotmánymegsemmisítéssel szemben.<sup>574</sup> Mert nem volt az alkotmányvédelem semmilyen formában sem pozitív jogként rögzítve, szükségessé vált, hogy a pozitív jogon túl, értelmezéssel alkossanak alkotmányvédelmet. Schmitt a problémát kezdetben úgy oldotta meg, hogy az alapjogokat határozta meg az alkotmány érinthetetlen lényegeként, valamint az alkotmány más, lényegi, törvényhozás által nem érinthető szabályait intézményekként foglalta össze.

<sup>571</sup> HÄBERLE 1983: 98.

<sup>572</sup> HÄBERLE 1983: 21.

<sup>573</sup> HÄBERLE 1983: 42.

<sup>574</sup> SCHMIDT-JORTZIG 1979: 14. skk.

## A probléma feloldása

A Grundgesetz alatt azonban e problémák már nem voltak adottak.<sup>575</sup> Ennek értelmében az intézményi garancia tana a német alkotmánytörténet meghatározott korszakához tartozna csak, és azon korszak problémáinak elmúltával meghaladottá vált volna.<sup>576</sup> A Grundgesetz érvénye mellett azért nem lenne szükség egyes szabályokat intézményekként összefoglalni, mert a Grundgesetz koherenciája és önvédelme tételes jogi szabályokkal biztosított, azaz átkerült a pozitív jogba.<sup>577</sup> Éppen a weimari alkotmány tapasztalatai okán lettek bizonyos védelmi mechanizmusok a bonni alkotmányba beépítve; ergo az alkotmányvédelem célját a weimari köztársaság idején jogértelmezéssel (akár a tételes jogon is túllépve) lehetett elérni – amint a történelem bizonyította: ez nem volt kielégítő –, míg a Grundgesetzben pozitív jogként jelent meg.

## Az intézményi garancia pozitíválása?

A Grundgesetz egyes szabályai (Art. 1. Abs. 3, Art. 19 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3 és Art. 79 Abs. 3 GG) az alkotmányvédelem és az alkotmánykoherencia kifejeződéseinek számítanak, és így az intézményi garancia pozitíválódásaként is tekintenek rájuk.<sup>578</sup> Ezen értelmezés szerint e szabályok okafogyottá teszik az önálló intézményigaranca-tan létét.<sup>579</sup> E szabályok azonban valójában nem veszik át teljesen az intézményi garancia feladatait, mert más alkotmányi feladatot töltenek be. Például a Grundgesetz 19. cikkely 2. bekezdése alapjogokat, de nem intézményeket garantál:<sup>580</sup> e szakasz ugyanis Schmitt liberális-individuális alapjogtanához áll közel (amely szerint az alapjogok korlátozhatatlanok és az alkotmány lényegét adják), és nem a történelmileg áthagyományozódott intézmények védelmét biztosítja.<sup>581</sup> Vagy a Grundgesetz 79. cikkely 3. bekezdése eleve az alkotmánymódosításokkal szemben nyújt védelmet, miközben az intézményi garancia pusztán a törvényhozástól véd.<sup>582</sup> Az intézményi garancia alacsonyabb védelmi szintet jelent ezért, mint például a Grundgesetz 19. cikkely 3. bekezdése.<sup>583</sup> Ráadásul

<sup>575</sup> MAINZER 2003: 182.

<sup>576</sup> WAECHTER 1996: 48 sk.

<sup>577</sup> WAECHTER 1996: 62.

<sup>578</sup> MAINZER 2003: 183.

<sup>579</sup> DÜRIG 1953: 337.

<sup>580</sup> STERN 1988: 796.

<sup>581</sup> MAGER 2003: 402.

<sup>582</sup> ABEL 1964: 38; STERN 1988: 766.

<sup>583</sup> MAGER 2003: 403.

vannak olyan intézmények, amelyek eleve nem egy alapjoggal vannak összekötve<sup>584</sup> (a pártok, a helyi közigazgatás, a hivatalnokság, a bírói kar) – egyfajta határvonal persze eleve nehezen húzható<sup>585</sup> –, így a Grundgesetz 19. cikkely 2. bekezdése és 79. cikkely 3. bekezdése azokra nem is terjedhetne ki. Ezen intézmények védelmében van szükség az intézményi garancia tanának megtartására.<sup>586</sup> Elvileg a Grundgesetz 20. cikkely 3. bekezdése – amelynek értelmében a törvényhozás az alkotmányos rendhez kötött – az alapjogokkal kapcsolatban nem álló intézmények számára is megfelelő, tételes jogi védelmet nyújthatna.<sup>587</sup> Mindazonáltal kérdéses, hogy meddig terjed például az alapjogokkal összefügghető magánjogi intézmények (házasság stb.) alkotmányos védelme. Például az uralkodó vélemény elutasította, hogy az élettársi kapcsolat bevezetése a házasság intézményi garanciáját sértené.<sup>588</sup>

Az intézmények sokfélesége okán – láthattuk, hogy mennyire nincs sem a fogalom definíciója, sem kategorizációja kapcsán egységes álláspont – felmerülhet a kérdés, hogy szüksége van-e egyáltalán a jogtudománynak e tanra, az intézményre mint „dogmatikai figurára”. „A dogmatikai figuráknak az a feladatuk, hogy a joganyag azon aspektusait összefoglalják, amelyek legalább részben azonos alkalmazási feltételekkel és következményekkel rendelkeznek.”<sup>589</sup>

Claudia Mainzer ennek révén olyan egységes aspektusokat próbált volna kimutatni, amelyek – a meglévő fogalmi és kategorizációs viták ellenére is – valamennyi intézménynél hasonlóak. Mainzer azonban sem külső,<sup>590</sup> sem belső<sup>591</sup> kategóriákat nem tudott találni, amelyek az intézmények egységes dogmatikai figuráját adhatnák. Az egyes intézmények értelmezése ugyanis eltérő aspektusokra vezet.<sup>592</sup> Ebből az következik, hogy az egyes intézményeket önmagukban – és nem általános intézménykategória részeként – kell értelmezni, mert ennek eredményeként is lehetséges az értelmezett intézmények tartalmát védeni, garantálni, noha e garancia a konkrét intézményből, és nem annak vélt intézménységéből fakad.<sup>593</sup> Éppen ezért kérdéses, hogy miután a Grundgesetz a weimari alkotmány főbb problémáit tételes jogi úton megoldotta, szükséges-e az intézmény általános dogmatikai figuráját megőrizni, ugyanis az egyes intézmények védelme és garanciája kapcsán elegendő azokra koncentrálni, és nem szükséges előzőleg absztrakt intézményfogalom alá szubszumálni őket.

<sup>584</sup> KLEIN 1966: 86.

<sup>585</sup> STERN 1992, 75 sk.

<sup>586</sup> SASSE 1960: 439 sk.

<sup>587</sup> MAINZER 2003: 198 skk.

<sup>588</sup> E véleményként lásd SCHOLZ–UHLE 2001: 397; BRAUN 2002: 25 skk.

<sup>589</sup> MAINZER 2003: 127.

<sup>590</sup> MAINZER 2003: 129 skk.

<sup>591</sup> MAINZER 2003: 131 skk.

<sup>592</sup> MAINZER 2003: 236.

<sup>593</sup> MAINZER 2003: 145 sk.

Az intézmények fogalmi megjelenése a jogban (Savigny, Hauriou) és az intézményvédelem kialakulása azt bizonyítja, hogy a jogtudomány a jog feladatát nem csupán a leírt szövegek szövegű megvalósításában, hanem egyfajta rend megszervezésében látja. E rend fejeződik ki az intézményekben – az egyes intézmények ugyanis a jog által felismerendő társadalmi valóságok –; míg az intézményvédelem – függetlenül attól, hogy Schmitt korai, alapjogközpontú vagy későbbi intézménycentrikus alkotmányelméletét vesszük-e alapul – azt a feladatot látta el, amelyre a weimari alkotmány és a korabeli pozitivista jogtudomány – éppen a szöveghez való ragaszkodásában – nem lett volna képes: a rend védelmét.

Az intézményvédelem története azonban arra is bizonyíték, hogy a pozitív jog képes érzékelni környezetét, és a felmerülő problémákra végül pozitív jogi választ adni. A weimari alkotmány alatt a jogtudományilag kidolgozott és metapozitív forrásozottságú intézményvédelem tana garantálta azon alkotmányos koherenciát és dinamikus kontinuitást, amelyre a Grundgesetz 1949 után tételes jogi szabályokkal adott választ.





FÜGGELÉK

KELL OLVASNUNK  
CARL SCHMITTET, HOGY  
A RENDKÍVÜLI ÁLLAPOTOT  
MEGÉRTSÜK?

„Ki ismeri még őt a nagyvilágban?” – kérdezte a szociáldemokrata Theo Rasehorn 1985-ben, amikor Carl Schmitt elhunyt.<sup>594</sup> Az elmúlt több mint 35 évben azonban nem múlik a Carl Schmitt iránti érdeklődés – különösen a nyugati baloldalon beszélhetünk kifejezett „Schmitt-reneszánszról”.<sup>595</sup> Folyamatosan történnek körülöttünk olyan események, amelyek – veszélyként vagy igazolásként – aktualitást kölcsönöznek a schmitti elméleteknek. Legutóbb éppen a koronavírus-járvány miatti, számos országban különféleképpen bevezetett rendkívüli állapotok és intézkedések miatt került elő számos cikkben, elemzésben Carl Schmitt neve.<sup>596</sup>

Miért félrevezető azonban azt gondolni (és akár még veszélyes is azt állítani), hogy a Carl Schmitt-i szuverenitás (vagy éppen a Carl Schmitt-i szuverén) lép elő egy tényleges veszélyhelyzetben? Az alábbi fejezetben azon kérdést vizsgálom meg röviden, hogy milyen célt szolgált a schmitti „kivételes állapot”, valamint a kelsen-i „tisztta jogtan” milyen alternatívát állít vele szemben. Nem arról van szó, hogy a „kivételes állapotot” alkotmányjogilag általában vagy egy konkrét alkotmány fényében elemezném, hanem a schmitti „kivételes állapot” mögötti történelmi okokat és politikai célokat mutatom be Kelsen kritikája alapján. Állításom szerint a schmitti tanok a kivételes állapotról és a szuverenitásról nem töltenek be hatalom- és jogkritikai funkciót – ahogy sokszor a baloldali elemzésekben (félre)értik őket<sup>597</sup> –, hanem sokkal inkább bizonyos hatalmi körök érdekeit védik le, akik a „kivételes állapotra” való hivatkozással és a szuverén utáni vágyakozással akarják saját érdekeiket akár *contra legem* is keresztülvinni.

<sup>594</sup> RASEHORN 1985: 743.

<sup>595</sup> BECH DYRBERG 2009: 649–669.

<sup>596</sup> A kérdésről, hogy miként jelentek meg schmitti fogalmak ezen időszakban, lásd MEHRING 2020.

<sup>597</sup> LOUMANSKY 2013: 12.

## A „KIVÉTELES ÁLLAPOT” ALANYA

Carl Schmitt a *Politikai teológiában* – a maga egyszerre plakatív és homályos módján – határozza meg, hogy ki is a szuverén: „szuverén az, aki a kivételes állapotról dönt.”<sup>598</sup> Ebben a meghatározásban a szuverenitás összekapcsolódik a „kivételes állapottal”. A „kivételes állapot” eszerint nem helyzet, hanem történés – mégpedig döntés. Schmitt értelmében a „kivételes állapotban” mutatkozik meg, hogy a norma csak normális körülmények között tudja társadalmi rendteremtő feladatát betölteni.<sup>599</sup> Ha a norma már nem érvényesül, akkor a normalitást először helyre kell állítani, és itt jut szerep a decizionista elemnek. Schmitt azonban tudatosan nyitva hagyja annak kérdését, hogy ki és milyen mértékben cselekszik szuverénként a „kivételes állapot” idején, szerinte ugyanis nem lehet egyértelműen és előre meghatározni, mikor áll fenn rendkívüli helyzet, sem azt, hogy ilyenkor mi engedélyezett.<sup>600</sup>

Amit Schmitt a *Politikai teológiában* „szuverénként” ír le, a diktatúráról szóló korábbi könyvében „komisszárius diktátorként” jelenik meg, akinek a feladata ugyanaz lenne, mint egy „szuverénnek” a „kivételes állapotban”. A „komisszárius diktátor” ugyanis azért helyezi egy időre hatályon kívül a konkrét alkotmányt, hogy a mögötte lévő rendet viszont meg tudja védeni.<sup>601</sup> A diktatúráról szóló könyvben még egy konzervatív-reakciós jogász szólal meg, aki a jakobinus és a bolsevik – mint szuverén, teljesen új rendet megalapozó – diktatúrával szemben támogat egy rendvédő diktatúrát. Miközben későbbi könyvében, a *Politikai teológiában* már a semmiből születő döntést teszi meg a jog alapjává, a diktatúráról szóló könyvben jobban megjelenik a konzervatív rendvédelem gondolata.<sup>602</sup> A forradalmakkal szemben veszi elő Schmitt a római *dictator* intézményét, amely időbelileg korlátozott, tartalmilag azonban teljes hatalmat biztosított a fennálló rendet fenyegető veszély megakadályozására. Ezt az intézményt akarja Schmitt felhasználni korának forradalmaival szemben egy konzervatív-reakciós jogkép megerősítésére.<sup>603</sup>

Schmitt ezen könyvében azonban még ugyanazon alkotmányról beszél, mintha az alkotmány egyszerre hatályon kívül helyezhető és megvédhető lenne. Ezt a fogalmi pontatlanságot aztán alkotmánytanában oldja fel. Itt Schmitt különbséget tesz „alkotmány” – azaz a politikai összállapot, melyet politikai döntés előz meg – és az „alkotmányi törvény” között.<sup>604</sup> Ezen megkülönböztetés révén válik világossá, hogy Schmitt a *Politikai teológiában* mit is ért „kivételes állapot”

<sup>598</sup> SCHMITT 1996: 13.

<sup>599</sup> SCHMITT 1996: 19.

<sup>600</sup> SCHMITT 1996: 14.

<sup>601</sup> SCHMITT 1921: 136.

<sup>602</sup> McCORMICK 1998: 223 skk., 229. skk.

<sup>603</sup> TUORI 2016: 95–106.

<sup>604</sup> SCHMITT 2003: 21 skk.

alatt: azt a momentumot, amikor az alkotmány (politikaiösszállapot-értelmében) az alkotmánytörvényi előírásokkal nem védhető és fenntartható. A politikai össz-állapotként értelmezett „alkotmány” védelme ezért indokolna olyan entitást, amely „az egész érdekét szem előtt tartva” politikai – azaz a jogi előírásokat akár meghaladó, megszegő – döntést hoz.<sup>605</sup>

Amit Schmitt a diktatúráról szóló könyvében „kommisszárius diktátorként”, a *Politikai teológiában* „szuverénként” ír le, alkotmánytanában már „cselekvőképes alanyként” jelenik meg,<sup>606</sup> végső értelmét pedig azon könyvben nyeri el, amelyet Schmitt egyértelműen már Hans Kelsen ellen fogalmazott meg.<sup>607</sup> Az alkotmány öréről szóló könyvről van szó. Schmitt itt sem normákkal vagy intézményekkel akarja az alkotmányt védeni, hanem konkrét személyre ruházza a feladatot. Az „alkotmány őre” lenne eszerint az a „szuverén”, aki valójában egyfajta „kommisszárius diktátorként” „kivételes állapotban” a feltételezett „rend” érdekében alkotmánytörvényileg nem feltétlenül engedélyezett és kontrollált döntéseket hozhat. A kérdést, hogy mi is a „kivételes állapot”, valamint miként védendő az „alkotmány”, Schmitt konkrét személyekre – az általánosabban megfogalmazott „dictatorra” vagy „szuverénre”, valamint a konkrétan megnevezett birodalmi elnökre – való utalással válaszolja meg.

Schmitt decizionista fordulata persze nem azt jelenti, hogy a forradalmakat (és az azok mögötti népszuverenitás tanát, amelyet még a diktatúráról szóló könyvében le akart győzni) elfogadta volna. Azonban később már belátta, hogy nem tudja a történelmi folyamatokat kommisszárius diktatúrával feltartóztatni, hanem sokkal inkább ezen jelenségeket – forradalom, népszuverenitás – már a szuverén diktatúra értelmében, de új konzervatív rend érdekében instrumentalizálta.<sup>608</sup> Ennek kapcsán ír John P. McCormick fasiszta fordulatról – a korábbi konzervatív irány elhagyásával – Schmitt életművében.<sup>609</sup> Schmitt életművében a diktatúráról szóló könyve után már nem a forradalomtól, a népszuverenitástól tartó jogász szólal meg, hanem ezen fogalmakat konzervatív forradalmi jogelméletbe építi be.<sup>610</sup> A nép fogalma is átértékelődik: a nép feltételezett homogenitása okán,<sup>611</sup> valamint pusztán akklamációs funkciója révén<sup>612</sup> hivatott új autoritarizmust, a *Führertumot* megalapozni.

Schmitt ezen fordulata a weimari korból érthető meg, elméletében a weimari köztársasággal szembeni konzervatív-forradalmi elutasítása jelenik meg.

<sup>605</sup> SCHMITT 1996, 115.

<sup>606</sup> SCHMITT 2003: 21.

<sup>607</sup> A Schmitt és Kelsen közötti vitához lásd DE MIGUEL BÁRCÉNA – TAJADURA TEJADA 2018; valamint GRIMM 2020.

<sup>608</sup> BURCHARD 2006: 11.

<sup>609</sup> MCCORMICK 1998: 242.

<sup>610</sup> BURCHARD 2006: 21 sk.

<sup>611</sup> SCHMITT 2003: 228 skk.

<sup>612</sup> SCHMITT 2003: 243.

Már a weimari köztársaság kezdeti éveiben olyan alternatívákat keresett, amelyek decizionista módon (azaz akár *contra legem*) lehettek volna megvalósíthatóak.<sup>613</sup> Decizionizmusa mögött ekként semmiképpen sem holmi nihilizmus húzódik meg, a politikát (a politikait) Schmitt – sokkal ismertebb definíciója ellenére – egyáltalán nem tartalom nélkülinek gondolta: „A politikaihoz hozzátartozik az eszme” – amint 1923-ban írja.<sup>614</sup> A weimari köztársaság alatt persze egy nihilistának tűnhet, decizionista liberalizmus- és parlamentarizmuskritikában elrejtette, hogy milyen eszme is lenne azon magasabb, helyesebb rend, amelyet egy politikai döntésnek érvényre kellene juttatnia. Decizionista „nihilizmusa” ennyiben viszont alá tudta ásni a liberális demokráciát az új, az Arthur Moeller van den Bruck-féle konzervatív forradalom értelmében<sup>615</sup> még megteremtendő rend érdekében.

Schmitt tehát nem mindenféle decizionizmust támogatott, a döntés számára az új rend felépítésének eszköze volt.<sup>616</sup> Ha nem is volt a weimari köztársaságban híve a nemzetiszocializmusnak,<sup>617</sup> a schmitti jogelmélet lényege nem a decizionizmusban, hanem az autoriter rendgondolatban ragadható meg – ebben az értelemben weimari írásaiban is megjelennek azon gondolatok, amelyeket igazán náci írásaiban tudott kiteljesíteni.<sup>618</sup> 1933 után Schmitt az új rendszerben tudta megpillantani az új rendet.<sup>619</sup> Ezért váltotta fel 1933 után decizionizmusát a „konkrét rendgondolat”.<sup>620</sup> Ebben az értelemben írta elő 1934-ben a német jogtudomány számára, hogy „ránts le a normativista bábeli tornyot, és helyére egészséges, konkrét rendgondolatot helyezzen”.<sup>621</sup>

### „KIVÉTELES ÁLLAPOT” – „SEIN” VERSUS „SOLLEN”

A schmitti „kivételes állapot” tehát nem pusztán, nyers döntés, hanem annak alapját és értelmét meta- (és anti)pozitivistá rendgondolat adja. Azért, hogy az előzetesen normatív nem meghatározott döntést a jog részeként tudja megfogalmazni, Schmitt

<sup>613</sup> NEUMANN 2015: 51.

<sup>614</sup> SCHMITT 2008: 28.

<sup>615</sup> MOELLER VAN DEN BRUCK 1931: 202.

<sup>616</sup> SCHMITT 1934c: 49.

<sup>617</sup> A már akkoriban is náci Otto Koellreutter többször is megtámadta Schmittet emiatt, azt állítva például, hogy Schmitt a weimari köztársaságban „a nép akarat elleni liberalista diktatúrát” támogatta volna, lásd KOELLREUTTER 1933: 27; Koellreutter Schmitt-ellenességéhez, amelynek számos személyes oka is volt, lásd SCHMIDT 1995: 84 skk.

<sup>618</sup> SCHEUERMAN 1998: 1744.

<sup>619</sup> SCHMITT 1993: 43.

<sup>620</sup> SCHMITT 1993: 17 skk.

<sup>621</sup> SCHMITT 1934b: 226.

magasabb rendet feltételez a konkrét jogrend fölött. Azaz a schmitti „kivételes állapot” nem „jogi fekete lyuk”.<sup>622</sup> Schmitt számára a „kivételes állapot” nem a fennálló rend teljes és önkényes felszámolása, hanem eszköz arra, hogy valamiféle „lényeg” – amely a jogrend felett állna – érvényre juthasson. A szuverén döntés és a pozitív jogi norma ekként a schmitti jogelméletben két egyenrangú elem – ebben az értelemben a döntés ugyan felszámolja a normát (akár csak időlegesen), de nem az egész rendet, amelynek mind a döntés, mind a norma csak eszköze lenne. Ezen dialektika – azaz a jog felszámolása önnön érdekében – csak akkor értelmezhető, ha a jogot nem azonosítjuk a normával, az államot pedig a jogrendszerrel. Ha a rend több, mint a norma, az állam pedig több (és magasabb), mint a jogrendszer, akkor a „kivételes állapotban” nem a rend vagy az állam lesz felszámolva – hanem éppen ezeket védené a normával szembeni döntés.

A gondolatot, hogy a „szuverén” a „kivételes állapotban” nincs kötve a joghoz, de „magasabb rend” érdekében cselekszik, a német jogtudományban a mai napig sajnálatosan elterjedt etatista-idealista nézet határozza meg, miszerint a jog a nagyobb „rend” része lenne. A jog ezen megkettőzése – azaz a jogrendre és az államra való osztása – kapcsán tudja Schmitt is azt állítani, hogy valamiféle rend – ahogy ő írja: „még ha nem is jogrend” – a jogrend felfüggesztésekor, azaz a „kivételes állapotban” is fennállna.<sup>623</sup> A „szuverén” normatív nem korlátozott és meghatározott döntési hatalmát Schmitt akként tudja a jog részeként megfogalmazni, hogy a jogot (különösen az államot) nem azonosítja a jogrenddel, hanem valamiféle mögöttes „rendet” feltételez a jogrend felett. A jogrendet Schmitt nem a Sein/Sollen, hanem a Sein/nicht-Sein dichotómiájában értelmezi,<sup>624</sup> ennek értelmében a jog számára tényszerű entitás, amelynek normatív tartalma (a Sollen) csak egy részét, aspektusát tenné ki az „egésznek”. Ezen egészt Schmitt a „jog mögötti” állammal azonosítja. Ezen államfogalomban azonban – amint Kelsen rámutat – a „joggal szemben ellenséges jelentés” fejeződik ki.<sup>625</sup> Az a gondolat, hogy van a jog mögött attól független állam, amely nincs is teljesen kötve a joghoz, Kelsen szerint lehetővé teszi jogellenes állami cselekedetek megalapozását.<sup>626</sup>

Kelsen elmélete irányul a legradikálisabban és legkonzekvensebben azon gondolat ellen, amely a Sein és a Sollen dichotómiáját a jog megkettőzésével (jog és mögöttes rend) akarná feloldani. Különösen a „kivételes állapot” kapcsán mutatkoznak meg a különbségek Schmitt – aki a jogi normát egy jog előtti „rend” („állam”) egyik lehetséges eszközének tartja csak – és Kelsen között – aki a jogot nem csupán

<sup>622</sup> DYZENHAUS 2006: 2015.

<sup>623</sup> SCHMITT 1996: 18.

<sup>624</sup> HOFMANN 2002: 15.

<sup>625</sup> KELSEN 1964: 49.

<sup>626</sup> KELSEN 1922b: 136 sk.

az államhoz köti, de eleve az államot jogrendszerként értelmezi.<sup>627</sup> A kelsen elméletben semmiféle jog mögötti vagy feletti „rend” nem lehetséges.<sup>628</sup> Kelsen számára az „alkotmány” mint tényszerű politikai összállapot „természetjogi művi ideál”,<sup>629</sup> azaz metafizikai, misztikus gondolkodásnak a terméke, amely minden tárgy mögött valami mélyebb, láthatatlan lényeket – ahogy Kelsen írja gunyorosan: „minden forrás mögött forrásistent” – vél felfedezni.<sup>630</sup> Ennek révén azonban egyrészt – amint Kelsen állítja – a megismerés tárgya hiposztázálva és perszonifikálva lesz (lásd „alkotmány” az alkotmány mögött vagy „szuverén” a „kivételes állapot” mögött); másrészt ezen metafizikai gondolkodás az élet fluiditását, relativitását és relationalitását – valamiféle állandó lényegre való utalással – szubsztanciákba merevíti.<sup>631</sup> Kelsen számára azonban nincs semmi lényeg a relációk mögött, azaz a jogrendszer sem mögöttes „rend” következménye, leképeződése, hanem *ex nihilo* keletkezett, magát szabályozó és teremtő, dinamikusan működő, autonóm és zárt rendszer.

## A „KIVÉTELES ÁLLAPOT” POLITIKÁJA

A törvényt pozitívizmus a jogot kiszámíthatóvá akarja tenni, amennyiben is a „kivételes állapotot” nem döntésként, hanem normacsoportként – *lex specialis*ként – fogja fel. Ha az alkotmányok előre meghatározzák azon esetek listáját, amelyek az időbelileg korlátolt, ellenőrzött, rendkívüli állami cselekvést lehetővé teszik, egyben ezen cselekvés alanyát és tárgyát is előre szabályozzák, akkor értelemszerűen nem a schmitti „szuverén” – mint politikai hatalom –, hanem a jogrendszer speciális esetekre előírt részét jelenik meg. Ebben az esetben mind a feltételek, amelyek a rendkívüli helyzetet megalapozzák, mind a szabályok, amelyek ilyenkor alkalmazhatóak, előre meghatározottak. A „kivételes állapot” ekkor nem jog feletti/előtti hatalom csodaszerű berobbanása, hanem a fennálló jogrendszer egy részének pusztán alkalmazása. A jogilag meghatározott és behatárolt „kivételes állapot” sem érvényességében, sem alkalmazásában nem különbözik a jogrendszer más normáitól.

A „kivételes állapot” ezen normativista-törvényt pozitívista „normalizálása” azonban a „kivétel” leglényegét – kivételes jellegét – hagyja figyelmen kívül. A jogilag előre meghatározott „kivételes állapot” már nem kivételes – abnormális – helyzet (elvégre *per definitionem* nem lehet valami abnormális, amit normák szabályoznak előzetesen), hanem olyan, amely szintén „normális”, pusztán az ezen helyzetre

<sup>627</sup> Kelsen 2019: 14, 59.

<sup>628</sup> Kelsen 1922b: 205 skk. Itt: 252.

<sup>629</sup> Kelsen 2008: 103.

<sup>630</sup> Kelsen 1922a: 138.

<sup>631</sup> Kelsen 1922a: 138 skk.

vonatkozó normák ritkábban kerülnek alkalmazásra. Ahogy Malte Johannes Becker írja: „Egy konzekvens pozitivista a kivételes állapot problémáját csak ignorálni tudja”, mert fogalmi apparátusával csak a normális állapotokat tudja leírni.<sup>632</sup>

A „kivételes állapot” illetén „normalizálása” persze azt jelenti – amint Günther Frankenberg írja –, hogy „[a] kivételes állapot nem történik meg”,<sup>633</sup> elvégre minden az adott jogrendszeren belül és az által szabályozottan zajlik. Ennek kapcsán kritikusan lehet megjegyezni, hogy egy olyan jogelméletet, amely a „kivételes állapotot” csupán részjogrendszerként értelmezi, az az illúzió határozza meg, hogy az alkotmányok és a törvények minden jövőbeli lehetséges eseményt – még a legextrémebb és legelképzelhetetlenebb eseményeket is – előzetesen előre látni és szabályozni képesek.<sup>634</sup> Ahogy Schmitt 1914-ben írta: „Minden konkrétum és absztraktum között áthidalhatatlan szakadék van, amely semmiféle lassú átmenettel nem zárható le.”<sup>635</sup> Éppen a „kivételes állapotban” mutatkozik meg leginkább ez a szakadék az absztrakt szabály és a konkrét döntés között.<sup>636</sup> „Lassú átmenet” helyett – amint az mondjuk a jog lépcsőzetes konkretizációjában megjelenik – a jog Schmitt szerint nem absztrakt szabály alkalmazása, hanem konkrét döntés. A szuverenitás lenne az a híd, amely a kivételes és a normális helyzetet összeköti. Ezen szakadék egyben tehát azt is bizonyítaná, hogy a jog nem csupán normákból áll.<sup>637</sup> Schmitt a maga elméletével éppen annak problémájára hívja fel a figyelmet, hogy minden normának szüksége van tényleges hatalomra ahhoz, hogy érvényesülni tudjon.<sup>638</sup>

Schmitt ezen felismerése azonban nem áll ellentétben a kelsen-i „tiszta jogtannal”. Kelsen ugyanis – elvégre ő nem klasszikus törvényt pozitivista – maga is felismerte a norma meghatározatlanságát – éppen ezért lehetséges a „tiszta jogtan” alapján radikálisan realista jogelméletet kidolgozni.<sup>639</sup> Kelsen semmiképpen nem „vaskalapos” törvényt pozitivista, aki a mechanikus jogalkalmazást vallaná.<sup>640</sup> A politika nagyon is megjelenik Kelsennél a jogban.<sup>641</sup> Kelsen tárja fel – sokkal inkább, mint Schmitt – például a bírói munka politikai jellegét is.<sup>642</sup> A kelsen-i jogelméletben a döntésnek nagyon fontos szerep jut<sup>643</sup> – bár nem politikai eszközként arra, hogy

<sup>632</sup> BECKER 2020: 14.

<sup>633</sup> FRANKENBERG 2010: 126.

<sup>634</sup> A jogi előrelátás „liberális” illúziójához kritikaként lásd SALTER 2012: 56 skk.

<sup>635</sup> SCHMITT 2004: 80.

<sup>636</sup> ZARMANIAN 2006: 49.

<sup>637</sup> BALAKRISHNAN 2000: 45 sk.

<sup>638</sup> VOIGT 2019: 92.

<sup>639</sup> Erre példaként lásd többek között TROPER 1981: 518–529; 2006: 301–318; valamint a genovai iskolából CHIASSONI 2012: 240, 248.

<sup>640</sup> DREIER 2019: 11 skk.

<sup>641</sup> JESTAEDT 2011: 320 skk.

<sup>642</sup> KELSEN 1968a: 620.

<sup>643</sup> KELSEN 2019: 234.



egy feltételezett „rendet” érvényre juttasson akár a jogrendszer ellenében is, hanem a jogi norma meghatározatlanságának, valamint a jog lépcsőzetes konkretizációjának joglogikai (rendszeri) következményeként. A jogi norma meghatározatlanságát, azaz a „jogalkalmazás” jogteremtő (ekként politikai) jellegét a joglépcsőelmélettel<sup>644</sup> beépíti a jogrendszer immanens működési logikájába. A norma meghatározatlanságát persze – a Sein és a Sollen éles elválasztása miatt – Kelsen nem köti össze a politika ténylegességével, ő inkább megpróbálja a politikát – például az alkotmánybíráskodással<sup>645</sup> – jogiasítani, valamint intenzitását mérsékelni.

Ezzel szemben Schmitt nem a működési mechanizmust, hanem magát a konkrét személyt – aki minden jogalkalmazás mögött ott van – helyezi az előtérbe. Ezzel Schmitt egyértelműen felmutatja a jogkeletkezés politikai jellegét – ellentétben Kelsennel, aki bár a jog keletkezésének politikai jellegét elismeri, de nem jogtudományi kérdésnek tartja.<sup>646</sup> A „kivételes állapot” állandó lehetőségével Schmitt gyakorlatilag folyamatosan emlékeztet bennünket a fennálló jogrendszer törékenységre és politikai okára.<sup>647</sup>

## A „KIVÉTELES ÁLLAPOT” MÖGÖTTI HATALMI ÉRDEKEK

Mivel Schmitt a jog kapcsán a politikát egyértelműbben hangsúlyozza, mint Kelsen, aki a jogtudomány hatását és megismerési lehetőségét szűkebbre húzza annál, semmint hogy a politika még látóterébe kerülhetne,<sup>648</sup> a *Critical Law Studies* (CLS) képviselői is előszeretettel inkább Schmittre hivatkoznak referenciaként,<sup>649</sup> mintha csak Schmitt ismert volna fel minden jog(alkalmazás) mögötti politikai jellegét. Kelsen a CLS irodalmában már-már karikatúraszerűen van félreértve, a joglépcsőelmélet dinamikus (ebben az értelenben politikai) jogképét teljesen figyelmen kívül hagyják. De emellett a CLS azt is figyelmen kívül hagyja, hogy Schmitt valóban politikai jogelmélete milyen célokat szolgál(hat). Schmitt elméletét ugyanis nem társadalomkritikai értelemben és céllal fogalmazta meg. A jogot konkrét – a weimari köztársasági idején: konzervatív-reakciós és neoliberális-autoriter<sup>650</sup> – politika szolgálatába akarta állítani. Schmitt konzervatív-etatista

<sup>644</sup> A gondolat, hogy a jog lépcsőzetesen konkretizálódik, és az első és utolsó lépcsők kivételével mindegyik fokon egyszerre zajlik jogalkalmazás (a felső lépcső tekintetében) és jogalkotás (az alsó lépcső tekintetében), Adolf Merkl-től származik.

<sup>645</sup> EHS 2017: 139 skk.

<sup>646</sup> HOFMANN 2005: 175 sk.

<sup>647</sup> KERVÉGAN 2011: 189.

<sup>648</sup> JESTAEDT 2008: xxviii sk.

<sup>649</sup> A CLS félreértelmezett Schmitt-képéhez lásd KIEWIET 2011: 170 skk.

<sup>650</sup> Schmitt konzervatív forradalmiságához lásd CUMIN 2008: 72 sk.; neoliberalizmusához pedig lásd CRISTI 1998.



jog- és államfelfogást akart elméleteivel megtámogatni – a weimari köztársaság konkrét vitáiban tehát azon köröket, amelyek a parlamentarizmust és a pluralizmust akarták felszámolni. Egy olyan jogelmélet, amely eleve jog mögötti „rendet” feltételez, Kelsen szerint „azon politikai köröknek [kedvez], amelyek egyetlen csoportérdek kizárólagos uralmára törekednek”.<sup>651</sup>

Schmitt nem azért foglalkozott a hatalom kérdésével, hogy a fennálló hatalmi helyzetet kritizálja, hanem sokkal inkább megtámogatni akarta azt. Ebben az értelemben a schmitti jogelmélet egy baloldali kritikai jogelmélet céljaival ellentétes irányba mutat. Miközben a plurális társadalom jogrendszere minden érdeknek azonos esélyt biztosít, a stratégia, amely a jog mögött feltételez valamiféle „rendet” (jog mögötti „államot” stb.), azt a célt szolgálja, hogy az adott uralkodó osztály politikai és gazdasági hatalmi helyzetét és érdekeit pszeudójogi érvekkel tudja levédeni. Schmitt ennyiben a „rend” reakciós illúzióját teoretizálja, és eközben „az állam és a társadalom transzcendentális, legitimált és egységes rendjének befejezett múltja” iránt táplál nosztalgiát.<sup>652</sup> A „szuverén” feladata ebben az értelemben Schmittnél nem más, mint a jog előtti és antiplurális „rend” helyreállítása<sup>653</sup> – és ekként a gazdaság neoliberális érdekeinek védelme a többi társadalmi csoportérdekkel szemben.<sup>654</sup>

Kelsen szerint ugyanis az olyan fogalmakban, mint „állam”, „államérdek”, „államakarát”, csupán bizonyos uralkodó körök csoportérdekei fejeződnek ki. A jog és az állam megkettőzése ekként lehetővé teszi, hogy az uralkodó osztály az „államra” hivatkozhassék, ha a „jog” révén érdekeit nem tudja elérni.<sup>655</sup> Kelsen szerint az „állam” (mint jog mögötti entitás) azon uralkodó osztály utolsó mentsvárát, amely hatalmát a plurális demokráciában veszélyeztetve látja.<sup>656</sup>

Ezen az alapon érthető meg Kelsen és Schmitt eltérő álláspontja a „kivételes állapot” kapcsán. Schmitt a „kivételes állapottal” éppen az uralkodó osztálynak akart újabb eszközt a kezébe adni, amellyel hatalmát biztosítani tudja. Kelsen ezzel szemben felismerte a „kivételes állapot” ideológiai (in concreto: antidemokratikus és antiplurális) jellegét. Schmitt tehát elméletével valójában nem a jogrendszert – vagy az amögé posztulált „rendet” –, hanem bizonyos partikuláris érdekeket akart védeni. A schmitti „alkotmány őrének” éppen ezért lenne az a feladata, hogy megakadályozza a pluralizmust, amelyben az uralkodó csoportok mellett más érdekek is megjelenhetnének.<sup>657</sup> Schmitt jogtana ekként éppen azon marginalizált társadalmi csoportok ellen irányult, amelyeknek ügyét a CLS képviselni szeretné.

<sup>651</sup> Kelsen 2006: 172.

<sup>652</sup> Frankenberg 2010: 143 sk.

<sup>653</sup> Schmitt 1996: 159.

<sup>654</sup> Schmitt 1995: 81.

<sup>655</sup> Kelsen 1964: 47.

<sup>656</sup> Kelsen 2019: 157.

<sup>657</sup> Schmitt 1996: 100 sk.

## A „KIVÉTELES ÁLLAPOT” MEGJÁTSZÁSA

Azért, hogy a schmitti „kivételes állapot” tényleges politikai értelmét megértsük, érdemes még egyszer elolvasni a híres schmitti definíciót. Schmitt tudatosan nem azt írta, hogy „szuverén az, aki a *kivételes állapotban* dönt” (elvégre a kérdés, hogy ki dönthet a kivételes, rendkívüli helyzetben, az alkotmány vagy más törvények által előre meghatározott), hanem: „szuverén az, aki a *kivételes állapotról* dönt” (kiemelés – *T. P.*). A kivételes állapotról szóló döntés nem más, mint az a döntés, amely a semmiből előhívja ezt az állapotot.

A schmitti „kivételes állapot” fikcionális és manipulatív jellege megmutatkozott mind a *Preußenschlag* (1932) idején – amikor a birodalmi elnök azért idézett elő „kivételes állapotot”, hogy megszabadulhasson egy szociáldemokrata vezetésű tartományi kormánytól –, mind a „hosszú kések éjszakájakor” (1934). Az SPD-ből, Zentrumból és DDP-ből álló porosz kormánykoalíció 1932-ben valóban elvesztette a választások után a parlamenti többségét (az NSDAP és a KPD együttesen több mandátumhoz jutott), de a birodalmi elnök döntése a kormány elmozdításáról sem szükségszerű, sem arányos nem volt, a porosz alkotmány értelmében (59. cikkely 2. bekezdés) ugyanis a kormány ügyvezető kabinetként hivatalban maradhatott volna. Azaz a „kivételes állapotot” a birodalmi elnök döntése idézte elő,<sup>658</sup> amennyiben is alkotmányellenesen elmozdított egy tartományi kormányt. 1934-ben aztán még egyértelműbben mutatkozott meg a schmitti „kivételes állapot” fikcionális és manipulatív jellege. A hitleri rezsim belső és konzervatív ellenfeleinek meggyilkolása még a náci állam joga szerint is törvénytelen volt. Azonban a „hosszú kések éjszakája” valóban nem volt más, mint schmitti értelemben vett szuverén döntés: egy fikcionális és manipulatív „kivételes állapotban” előlépett a csupán tényleges, jogilag már nem kötött politikai hatalom, erő.

Carl Schmitt mind 1932-ben, mind 1934-ben nagyon fontos szerepet játszott. A *Preußenschlag* után ő vette át a birodalmi elnöki döntés védelmét az Állambíróság előtt.<sup>659</sup> A „hosszú kések éjszakája” után megírta nevezetes cikkét arról, hogy a Vezér védelmezi a jogot, amelyben nagyon világosan megjelent a schmitti kivételes állapot és szuverenitástan konkrét politikai következménye: a szuverén döntése maga jog, de a jog által nem kötött.<sup>660</sup> A jog tehát Schmittnél nem más, mint a mindenkori „szuverén” csupasz akarata (persze a „rendre” való ideológiai hivatkozással). Nincs

<sup>658</sup> A birodalmi elnök döntésére az ürügyet egyrészt a porosz kormánykoalíció és a kommunisták közötti (a kommunisták által kívülről tolerált kisebbségi kormány megalakítását célzó) titkos tárgyalások, valamint az úgynevezett „altonai véres vasárnap” szolgáltatta, amikor 1932. július 17-én a kommunisták által dominált Altona városában az SA emberei több embert is meggyilkoltak; mind-ehhez lásd többek között BIEWER 1983: 163 sk.

<sup>659</sup> SEIBERTH 2001.

<sup>660</sup> SCHMITT 1934d: 945–950.

eszerint olyan jog, amely a Vezér akarata felett állna. 1932-ben Schmitt még általánosságban írja le a „szuverén” mint „a legfőbb törvényhozót, legfőbb bírót és egyben legfőbb parancsolót”,<sup>661</sup> 1934-ben már ennél sokkal konkrétabban nevezi meg, ki is ez a „szuverén”: „Eljárásának tartalmát és mértékét a Vezér maga határozza meg.”<sup>662</sup> Amit Schmitt 1934-es cikkében kifejtett, nem más, mint politikai teológiájának következetes alkalmazása és továbbgondolása. Hitler 1934-ben „szuverénként” döntött egy „kivételes állapotról”, szuverenitása nem a jogrendszer szabályaiból, hanem csupán saját akaratából és erejéből táplálkozott. Ekként tudott a „szuverén” faktikus hatalma 1934-ben egy fikcionális és manipulatív – azaz nem létezett, hanem tudatosan előidézett – „kivételes állapotban” megjelenni.

### „KIVÉTELES ÁLLAPOT” MINT RETORIKA

Carl Schmitt tehát semmiképpen nem az alkotmányjogilag vagy más törvényben lefektetett „kivételes állapot” teoretikusa, hanem azon kontrollálatlan, kötetlen és osztatlan politikai erőszaké, amely egy „*kivételes állapot*” ürügyén felszámolja a jogrendszert. Ebben áll politikai teológiájának „világi csodája”,<sup>663</sup> amely – ahogy Kelsen írja – „a nem jogból jogot, egy csupasz hatalmi aktusból jogi aktust értelmez ki”.<sup>664</sup> Ezen politikai momentumban mutatkozik meg a nyers erőszak, amely ugyan minden jogban immanens, de amely képes a jogot magát fel is számolni. A schmitti „szuverén” elővárásolja ezt a helyzetet: a „szuverén” döntése nem tényleges rendkívüli állapotra adott reakció, hanem maga teremti meg a „kivételes állapotot” a döntésével. A schmitti „kivételes állapot” ebben az értelemben fikcionális, pusztán „elmesélt” – azért, hogy politikai hatalmi érdekeket, amelyeknek a jogrendszer mind normális, mind kivételes helyzetekben határt szab, érvényre juttathasson.

A schmitti „szuverén” a „kivételes állapotban” tehát nem különbözik a „szuverén diktátortól” lényegileg,<sup>665</sup> csupán a cselekvő alany önjellemzése és önleírása más. Hogy a „rendet” a „kivételes állapotban” egy szuverén döntés révén helyreállítani vagy megalapozni kell, pusztán attól függ, miként igazolja *ex post facto* önmagát a „szuverén” – forradalmi vagy konzervatív erőként. Minden előzmény, előtörténet elmesélése (így egy szuverén döntése is) mindig „*visszamenőleges hatályú* történés”, amelyben számos kérdést és aspektust, amely más történetet alapozna meg, figyelmen

<sup>661</sup> SCHMITT 1988: 10.

<sup>662</sup> SCHMITT 1934d: 948.

<sup>663</sup> SCHMITT 1996: 43.

<sup>664</sup> KELSEN 1964: 48.

<sup>665</sup> A „szuverén diktátor” a „komisszárius diktátor” ellenpárja; SCHMITT 1921: 137.

kívül hagynak.<sup>666</sup> A „kivételes állapot” az a momentum, amelyben egy korlátlan és kötetlen politikai hatalomnak sikerül az előzményeket a saját történetébe illeszteni – ebben az értelemben *iudex in causa sua* lesz. A schmitti „kivételes állapot” tehát nem időbelileg behatárolt, parlamenti vagy bírói úton kontrollált kivétel a jogban, hanem határtalan és kontrollálatlan *kilépés a jogból* – az uralkodó osztály érdekében, ha már másképp (azaz jogi úton) nem tud érvényt szerezni hatalmának.



A címben feltett kérdésre válaszunk tehát: igen, kell Schmittet olvasnunk – de nem azért, hogy a „kivételes állapot” jogát, hanem hogy a „kivételes állapot” politikai retorikája mögötti érdekeket és célokat megértsük. Ennek értelmében el kell búcsúznunk Schmitt-től mint jog- és hatalomkritikai szerzőtől. A „kivételes állapot” nála nem olyan helyzet, amelyet lehetőleg el kell kerülni (vagy alkotmányjogilag meghatározni), hanem hatalompolitikai retorika, amely akár törvényellenes tetteket is az uralkodó osztály érdekében visszamenőlegesen legitimál. Társadalom- és hatalomkritikai perspektívát sokkal inkább ad a jogpozitivizmus, különösen annak dinamikus verziója, azaz a kelsen elmélet.<sup>667</sup> Schmitt kíméletlenül és nagyon pontosan felmutatta a jog mögötti hatalmat, de ő ezt a hatalmat nem bírálta, hanem levédni és akár a törvényekkel szemben is érvényre juttatni akarta.

<sup>666</sup> KOSCHORKE 2009: 272. (Kiemelés az eredetiben.)

<sup>667</sup> TROPER 1994: 71 skk.; MILLARD 2006: 728 skk.

## ZÁRSZÓ

A jogpozitivizmus által kialakított jogkép kívülről túlságosan egyértelműnek, mechanikusnak tűnik: a válaszok, az ítéletek mintegy eleve adódnak a törvényből. Ha mégsem ez a helyzet, akkor csak pontosítani kell a törvényeket, esetleg újabbakat hozni, és az ítéletek még egyértelműbben születnek. Ezen nézet azonban légüres, zárt térben képzelet el a jogot.

A tények száma nem véges – így mindig lesz olyan eset, amely nem dönthető el egyértelműen –, és a tények jelentése nem adott, hanem különféle értelmezési erőhelyzetektől függ. A társadalmi-kulturális közeg jogértelmező szerepére a 19. század végétől jelentkező jogszociológiai mozgalom számtalanszor rámutatott. Az 1960-as évektől erősödő jogkritikai mozgalom, valamint a posztkoloniális elemzési mód kimutatta, hogy a jog jelentése és értelmezése társadalmi erőhelyzetektől függ, és a társadalmi egyenlőtlenségek vagy a nemzetközi életben jelenlévő imperializmusok az egyes jogi fogalmak jelentésadása révén tudnak fennmaradni.

Jogszabályok önmagukban nem teremtenek sem demokráciát, sem jogállamot, ahhoz megfelelő értelmező közegre, egyéni és társadalmi akaratra van szükség. A veszély azonban mindig fennáll, hogy – amint a weimari köztársaság példája mutatja – demokratikus és jogállami szándékkal megtöltött jogszabályok más értelmet, jelentést nyernek, más eredményre vezetnek, mint amelyet alkotóik kigondoltak. A demokratikus jogállamhoz ugyanis nemcsak jogszabályok, de jogalanyok is keltenek. Jogéletünk sem lesz más, mint amit a jogértelmező közeg – amely az egész társadalmat, annak minden alrendszerével átfogja – valóban akar.

Az akarat szerepének túlhangsúlyozása persze jelentős veszélyeket hordoz magában. A jog fennmaradása is akarati aktustól függ – de demokratikus és jogállami jogrendszerünk csak akkor lehet működőképes, ha immáron akarattal nem akarunk ezen túlterjeszkedni. A lehetőség mindig megvan arra, hogy a csupasz akarat, az erő, az önkény diadalt arasson a jog felett. Ennek veszélyét is azzal láthatjuk be, hogy felismerjük a jog jelentése és a jogértelmező akarat közötti összefüggést. Jogállamról csak ott beszélhetünk, ahol a jogtételző és a jogértelmező akarat nem akarja a jogállam tartalmi elveit, eszméjét – a pozitivizmus adta voluntarizmus lehetőségeit kihasználva – meghaladni, hanem – amint Odüsszeusz önként kiköttette magát az árbóchoz – korlátozza önnön akaratát. A jogállam nem más, mint akaratunk korlátozása. Jogállam csak ott lehetséges, ahol a mindenkori törvényhozó nem akarhat bármit (jogi korlát) – és nem is akar bármit (egyéni/társadalmi erkölcsi korlát).

A könyv célja nem az volt, hogy a jogi pozitivizmust dekonstruálja – pusztán felmutatott olyan utakat, amelyek a német jogtudományban metapozitív irányból

jelentek meg (a jogi logika kérdései, alkotmányszületés, Daseinsvorsorge, intézmények stb.), de igazi hatásukat kifejezni, céljukat elérni valóban pozitívjogiasodásuk után tudták. A pozitív jog metapozitív kinyitása tehát nem a pozitív, tételezett jog meghaladását, hanem továbbfejlődését, társadalmi beágyazottságát szolgálja.

Egyrészt a modern társadalmiság igényli a tételezettséget – a lukácsi értelemben vett menetrendszerű jogszabályi környezetet –, éppen ezért a jogtudomány is tudományosan a jogszabályra koncentráltan, azaz elsősorban pozitivistaként művelhető. De mindez nem jelenti azt, hogy a jognak és tudományának a jog környezetétől el kéne záródnia. A jogtudomány pozitív tudományként képes leginkább általánosan leírni a jogműködést, de a jog tartalmát és feladatát a pozitív jogon túl találja meg – és szerencsés esetben, amint a weimari kudarc utáni bonni köztársaság sikere bizonyítja, a jogban jogszabályként (azaz immáron tételezett normaként) jeleníti meg. A pozitivizmust tehát nem meghaladni kell – pusztán látni, hogy a pozitivizmus a már kész, már érvényes, már tételezett jogról szól, azt írja le, azt rendezi. A jog tartalmát, célját, érvényesülését, megszületését azonban a pozitív jogon túl (előtt) kell megtalálni, mert a jog nem önmagáért való eszköz, így sem célját, sem feladatát nem önmagának szabja.

Másrészt a könyv arra is rámutott, hogy a pozitivizmus túlzott meghaladásának igénye sokszor a jogot nem kinyitotta, hanem önkényes politikai akaratoknak szolgáltatva ki – nem véletlen, hogy Schmitt metapozitív politika- és alkotmányelmélete, konkrét rendgondolata vagy Ernst Forsthoff minőségileg totális állama a nemzetiszocializmus mint sok tekintetben szintén metapozitív, neotermészetjogi gondolat farvizén tudott megjelenni. Az intézményelmélet bizonyítja azonban, hogy lehetséges a pozitivista tézisekre adott metapozitivista antitézisekkel egyfajta szintézist elérni – és immáron törvényi szinten a jogállamiság és a jogbiztonság kívánalmainak is megfelelően megjeleníteni.

# IRODALOMJEGYZÉK

## SZAKIRODALOM

- ABEL, Gunther (1964): *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot. Online: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-40001-0>
- ACHERMANN, Franz (1955): *Das Verhältnis von Sein und Sollen als ein Grundproblem des Rechts*. Winterthur: P. G. Keller.
- ÁDÁM Antal (1998a): *Alkotmányi értékek és alkotmánybíráskodás*. Budapest: Osiris.
- ÁDÁM Antal (1998b): A jogrendszer alkotmányosodása és erkölcsiesedése. *Jogtudományi Közlöny*, 53(10), 351–359.
- AGAMBEN, Giorgio (2004): *Homo sacer. Die Souveränität der Macht und das nackte Leben*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ALEX, Robert (1994): *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ALEX, Robert (2005a): *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg–München: Karl Alber.
- ALEX, Robert (2005b): Hans Kelsens Begriff der Verfassung. In Stanley L. PAULSON – Michael STOLLEIS szerk.: *Hans Kelsen. Staatsrechtler und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 333–352.
- ANSCHÜTZ, Gerhard (1912): *Die Verfassungs-Urkunde für den Preussischen Staat. Von 31. Januar 1850*. Berlin: D. Häring.
- ANSCHÜTZ, Gerhard (1933): *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919*. Berlin: Stilke.
- ANSCHÜTZ, Gerhard – Georg MEYER (2005): *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- ANTER, Andreas (2004): *Die Macht der Ordnung. Aspekte einer Grundkategorie des Politischen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- ARATÓ, András/Andrew (1999): *Civil társadalom, forradalom és alkotmány – Civil Society, Revolution and Constitution*. Budapest: Új Mandátum.
- ARISZTOTELÉSZ (1971): *Nikomakhoszi etika*. Ford. Szabó Miklós. Budapest: Magyar Helikon.
- BACHOF, Otto (1954): Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 12. 37–79. Online: <https://doi.org/10.1515/9783110904499>
- BALAKRISHNAN, Gopal (2000): *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*. London – New York: Verso.
- BAUFELD, Stefan (2005): Diesseits der Logik. Warum die Logik zur Lösung juristischer Probleme wenig beiträgt und warum die topische Rhetorik dies kann. In Carsten BÄCHER – Stefald BAUFELD szerk.: *Objektivität und Flexibilität im Recht*. Stuttgart: Franz Steiner, 182–199.
- BAUMANN, Max (1991): *Recht / Gerechtigkeit in Sprache und Zeit*. Zürich: Schulthess Polygraphischer.



- BECH DYRBERG, Torben (2009): The Leftist Fascination with Schmitt and the Esoteric Quality of the Political. *Philosophy & Social Criticism*, 35(6), 649–669. Online: <https://doi.org/10.1177/01914537091044>
- BECKER, Malte Johannes (2020): *Notverordnung und Decreto-Legge. Der Ausnahmezustand in den Verfassungstraditionen Deutschlands und Italiens*. Tübingen: Mohr.
- BENDIX, Ludwig (1968): *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters und andere Schriften*. Neuwied–Berlin: Hermann Luchterhand.
- BENJAMIN, Walter (1965): *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- BERLIN, Isaiah (2006): *Freiheit. Vier Versuche*. Frankfurt am Main: Fischer.
- BIEWER, Ludwig (1983): Der Preußenschlag vom 20. Juli 1932. Ursachen, Ereignisse, Folgen und Wertung. *Blätter für deutsche Landesgeschichte*, 119. 159–172.
- BLACK, Donald (1989): *Sociological Justice*. New York: Oxford University Press.
- BLOCH, Marc (2000): Múlt és jelen a mában (ford. Gyarmati János). In FEJŐS Zoltán szerk.: *Idő és antropológia*. Budapest: Osiris, 113–138.
- BLÜMEL, Willi (2003): Schlusswort. In Willi BLÜMEL szerk.: *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*. Berlin: Duncker & Humblot, 115–122. Online: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-50939-3>
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1974): Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. *NJW*, 27(35), 1529–1538.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1976): Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation. In Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *Staat – Gesellschaft – Freiheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 42–64.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1983): Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung. In Arno BUSCHMANN et al. szerk.: *Festschrift für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag 28. Juli 1983*. Bielefeld: Kiesecking, 7–19.
- BÓDIG Mátyás (2007): A kelsen-i normativizmus szemléleti alapjai. In Cs. Kiss Lajos szerk.: *Hans Kelsen jogtudománya. Tanulmányok Hans Kelsenről*. Budapest: Gondolat, 191–207.
- BOEHMER, Gustav (1930): Artikel 154. Erbrecht. In Hans Carl NIPPERDEY: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*. Berlin–Mannheim: Hobbing–Bensheimer, III. 250–282.
- BÖRNER, Bodo (1971): Irrwisch Daseinsvorsorge. *Bayerische Verwaltungsblätter*, 17. (új folyam), 406–408.
- BOS, Ellen (2004): *Verfassungsgebung und Systemwechsel. Die Institutionalisierung von Demokratien im postsozialistischen Osteuropa*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- BRAUN, Johann (2002): „Ein neues familienrechtliches Institut“. Zum Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes. *JZ*, 2002. január 4. 23–31.
- BRETTNER Zoltán (2004): *Politika a határon. A Devlin–Hart vita*. Pozsony: Kalligram.
- BURCHARD, Christoph (2006): Interlinking the Domestic with the International: Carl Schmitt on Democracy and International Relations. *Leiden Journal of International Law*, 19(1), 9–40. Online: <https://doi.org/10.1017/S092215650500316X>
- CAMPAGNA, Norbert (2007): Vom Anspruch auf Verbindlichkeit zu den verbindlichen Normen. Historisch-systematische Überlegungen zur Entstehung politisch-rechtlicher Normativität. In Jochen BUNG – Valerius BRIAN – Sascha ZIEMANN szerk.: *Normativität und Rechtskritik. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*



- (IVR) im September 2006 in Würzburg und im März 2007 in Frankfurt am Main. Stuttgart: Franz Steiner, 28–44.
- CHIASSONI, Pierluigi (2012): Il realismo radicale della teoria pura del diritto. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012/1. 237–262.
- CONSTANTINESCO, Vlad – Stéphane PIERRÉ-CAPS (2006): *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France.
- CRISTI, Renato (1998): *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*. Cardiff: Cardiff University Press.
- CUMIN, David (2008): *Carl Schmitt. Biographie politique et intellectuelle*. Paris: Cerf.
- DAU-LIN, Hsü (1932): *Die Verfassungswandlung*. Berlin–Leipzig: Walter de Gruyter. Online: <https://doi.org/10.1515/9783111414294>
- DAU-LIN, Hsü (1978): Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff. In Manfred FRIEDRICH szerk.: *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 34–59.
- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu – Javier TAJADURA TEJADA (2018): *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*. Madrid: Guillermo Escolar.
- DE STEXHE, Guillaume (2000): La modernité comme accélération du temps: temps manquant, temps manqué? In Philippe GÉRARD – François OST – Michel VAN DE KERCHOVE szerk.: *L'accélération du temps juridique*. Bruxelles: Facultés universitaires de Saint-Louis, 15–48. Online: <https://doi.org/10.4000/books.pusl.19821>
- DE WALL, Halle (1999): Die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes als Grundlagen subjektiver Rechte. *Der Staat*, 38. 377–398.
- DENNEWITZ, Bodo (1932): *Die institutionelle Garantie. Zum Problem der Existenzfrage des deutschen Berufsbeamtentums und der kommunalen Selbstverwaltung*. Berlin: Stilke.
- DENNEWITZ, Bodo (1935): Friedrich Klein: Institutionelle Garantien und Rechtsinstituts-garantien. Buchbesprechung. *ÄöR*, 65(2), 234–237.
- DENNEWITZ, Bodo (1953): Die Lehre von der institutionellen Garantie. *Reichsverwaltungsblatt*, 56(48), 955–957.
- DERRIDA, Jacques (1991): *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- DI FABIO, Udo (2003): *Die Staatsrechtslehre und der Staat*. Paderborn–München–Wien–Zürich: Ferdinand Schöningh.
- DIAS, Gabriel Nogueira (2005): *Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- DREIER, Horst (2019): *Kelsen im Kontext. Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren*. Tübingen: Mohr. Online: <https://doi.org/10.1628/978-3-16-158192-2>
- DÜRIG, Günter (1953): Das Eigentum als Menschenrecht. *ZgS*, 109(2), 326–350.
- DYZENHAUS, David (2006): Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order? *Cardozo Law Review*, 27(5), 2005–2040.
- EHMKE, Horst (1953): *Grenzen der Verfassungsänderung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- EHRENZWEIG, Albert E. (1973): *Psychoanalytische Rechtswissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot. Online: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-42896-0>
- EHS, Tamara (2017): Das politische Moment der Verfassungsgerichtsbarkeit. In Elif ÖZMEN szerk.: *Hans Kelsens Politische Philosophie*. Tübingen: Mohr, 133–147.
- EMGE, Carl August (1967): *Geschichte der Rechtsphilosophie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

- ENGELS, Friedrich (1946): *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Berlin: Neuer Weg.
- EUCHNER, Walter (1974): Ernst Forsthoff: Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland. Beck'sche Schwarze Reihe, Bd. 77. München: C. H. Beck, 1971, 169 S. DM 9, 80. [Rezension]. *ÄöR*, 99(1), 179–182.
- FALCK, Carl (1935): Die institutionelle Garantie. Werdegang, Aufbau und Bedeutung einer neuen Staatslehre. *Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung*, 52(2), 69–79.
- FAVOREU, Louis et al. (2007): *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- FEINBERG, Joel (1999): *Társadalomfilozófia*. Ford. Krokovay Zsolt. Budapest: Osiris.
- FISCHERHOF, Hans (1969): „Daseinsvorsorge“ und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. *DÖV*, 1969/2. 41–46.
- FORSTHOFF, Ernst (1933): *Der totale Staat*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- FORSTHOFF, Ernst (1935): Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft. *Deutsches Recht*, 1935. augusztus 15. 398–400.
- FORSTHOFF, Ernst (1938): *Die Verwaltung als Leistungsträger*. Stuttgart–Berlin: W. Kohlhammer.
- FORSTHOFF, Ernst (1958): *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen. Ein Vortrag*. Köln–Marienburg: Sigillum.
- FORSTHOFF, Ernst (1959): *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*. Stuttgart: W. Kohlhammer.
- FORSTHOFF, Ernst (1964a): Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre. In Ernst FORSTHOFF: *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950–1964*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 129–146.
- FORSTHOFF, Ernst (1964b): Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). In Ernst FORSTHOFF: *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950–1964*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 176–184.
- FORSTHOFF, Ernst (1966): *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil*. Neunte Auflage. München–Berlin: Beck.
- FORSTHOFF, Ernst (1968a): Verfassungsprobleme des Sozialstaates. In Ernst FORSTHOFF: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- FORSTHOFF, Ernst (1968b): Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. In Ernst FORSTHOFF: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 165–199.
- FORSTHOFF, Ernst (1970): Von der sozialen zur technischen Realisation. *Der Staat*, 9(2), 145–160.
- FORSTHOFF, Ernst (1971): *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*. München: Beck.
- FRANK, Jerome (2006): *Bíráskodás az elme ítélszéke előtt. Válogatott írások*. Ford. Badó Attila, Bóka János, Bencze Mátyás, Mezei Péter. Budapest: Szent István Társulat.
- FRANKENBERG, Günter (2010): *Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- FRIEDRICH, Hansjürgen (1963): *Die Institutionenlehre Maurice Haurious*. PhD-dissertation. Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität.

- FRIVALDSZKY János (2007): *Klasszikus természetjog és jogfilozófia*. Budapest: Szent István Társulat.
- FROTSCHER, Werner – Bodo PIEROTH (2007): *Verfassungsgeschichte*. München: C. H. Beck.
- GIESE, Friedrich (1920): *Die Verfassung des Deutschen Reiches von 11. August 1919. Taschenausgabe*. Berlin: Carl Heymann.
- GRIMM, Dieter (1991): *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- GRIMM, Dieter (2020): *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse und die heutige Lage*. Berlin: Duncker & Humblot. Online: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-58099-6>
- GROSS, Raphael (2005): *Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HÄBERLE, Peter (1983): *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*. Heidelberg: C. F. Müller.
- HÄBERLE, Peter (2002): Lebende Verwaltung trotz überlebter Verfassung? Zum wissenschaftlichen Werk Ernst Forsthoff (1975). In Peter HÄBERLE: *Kleine Schriften. Beiträge zur Staatsrechtslehre und Verfassungskultur*. Berlin: Duncker & Humblot, 3–15. Online: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-50679-8>
- HAMMER, Felix (2000): Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – die Weimarer Verfassung. *Jura*, 2000/2. 57–63.
- HAURIOU, Maurice (1965): *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*. Berlin: Duncker & Humblot.
- HELLER, Hermann (1971): Autoritärer Liberalismus. In Hermann HELLER: *Gesammelte Schriften. Zweiter Band: Recht, Staat, Macht*. Leiden: A. W. Sijthoff, 643–653.
- HELLER, Hermann (1983): *Staatslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- HERDEGEN, Matthias (2003): Ernst Forsthoffs Sicht vom Staat. In Willi BLÜMEL szerk.: *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*. Berlin: Duncker & Humblot, 41–52.
- HERMENS, Ferdinand A. (1964): *Verfassungslehre*. Frankfurt am Main – Bonn: Athenäum.
- HERRFAHRDT, Heinrich (1970): *Revolution und Rechtswissenschaft*. Aalen: Scientia.
- HOFMANN, Hasso (2002): *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- HOFMANN, Hasso (2005): „Souverän, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“. *Der Staat*, 44(2), 171–186.
- HORVÁTH Barna (2004): *A jogelmélet vázlatja*. Máriabesnyő–Gödöllő: Attraktor.
- HORVÁTH Barna (2006): *The Bases of the Law. A jog alapjai*. Budapest: Szent István Társulat.
- HUBER, Ernst Rudolf (1933): Bedeutungswandel der Grundrechte. *ÄöR*, 62(1), 1–98.
- HUBER, Ernst Rudolf (1962): *Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft*. Oldenburg: Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie.
- HUBER, Ernst Rudolf (1974): Vorsorge für das Dasein. Ein Grundbegriff der Staatslehre Hegels und Lorenz v. Steins. In Roman SCHNUR szerk.: *FS für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 139–163.
- ISAY, Hermann (1929): *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Franz Vahlen.
- ISENSEE, Josef (1987): Staat und Verfassung. In Josef ISENSEE – Paul KIRCHHOF szerk.: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. I. kötet. *Grundlagen von Staat und Verfassung*. Heidelberg: C. F. Müller, 591–661.

- ISENSEE, Josef (1995): *Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt*. Opladen: Westdeutscher. Online: <https://doi.org/10.1007/978-3-322-98764-8>
- JAKAB András (2007): *A magyar jogrendszer szerkezete*. Budapest–Pécs: Dialóg Campus.
- JASPERS, Karl (1932): *Die geistige Situation der Zeit*. Leipzig–Berlin: Walter de Gruyter.
- JENNINGS, W. Ivor (1968): Die Theorie der Institution. In Roman SCHNUR szerk.: *Institution und Recht*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 99–117.
- JESTAEDT, Matthias (2008): Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung. In Hans KELSEN: *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*. Tübingen: Mohr, xi–lxvi.
- JESTAEDT, Matthias (2011): Zur Koppelung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit. In Thomas VESTING – Stefan KORIOTH szerk.: *Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?* Tübingen: Mohr Siebeck, 317–332.
- JUNG, Carl Gustav (2006): *A lélektani típusok*. Ford. Bodrog Miklós. Budapest: Európa.
- KARÁCSONY András (1988): Az el nem múlt időről. *Társadalomkutatás*, 6(3), 48–66.
- KARÁCSONY András (2002): A jog mint kulturális jelenség. *Jogelméleti Szemle*, 3. Online: <http://jesz.ajk.elte.hu/karacsony11.html>
- KARÁCSONY András (2007): „Pozitivistá” volt-e a kelsen jogpozitivizmus? In Cs. Kiss Lajos szerk.: *Hans Kelsen jogtudománya. Tanulmányok Hans Kelsenről*. Budapest: Gondolat, 159–170.
- KAUFMANN, Arthur (1997): *Rechtsphilosophie*. München: Beck.
- KAUFMANN, Erich (1960): Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung. In Erich KAUFMANN: *Rechtsidee und Recht. Rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Bemühungen aus fünf Jahrzehnten*. Göttingen: Otto Schwartz & Co., 246–265.
- KELSEN, Hans (1914): Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung. *ÄöR*, 32(3–4), 390–438.
- KELSEN, Hans (1922a): Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. *Imago – Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse für die Geisteswissenschaften*, 8(2), 97–141. Online: <https://doi.org/10.11588/diglit.28550.7>
- KELSEN, Hans (1922b): *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*. Tübingen: Mohr.
- KELSEN, Hans (1923): *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: Mohr.
- KELSEN, Hans (1964): Gott und Staat (1922). In Hans KELSEN: *Aufsätze zur Ideologiekritik*. Neuwied am Rhein – Berlin: Luchterhand, 29–55.
- KELSEN, Hans (1968a): Was ist die Reine Rechtslehre? (1953). In Hans KLECATSKY – René MARCIC – Herbert SCHAMBECK szerk.: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*. Wien – Frankfurt am Main – Zürich: Europa, 611–629.
- KELSEN, Hans (1968b): Vom Geltungsgrund des Rechts (1960). In Hans KLECATSKY – René MARCIC – Herbert SCHAMBECK szerk.: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*. Wien – Frankfurt am Main – Zürich: Europa, 1417–1427.
- KELSEN, Hans (1968c): Die Funktion der Verfassung (1964). In Hans KLECATSKY – René MARCIC – Herbert SCHAMBECK szerk.: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften*

- von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Wien – Frankfurt am Main – Zürich: Europa, 1971–1979.
- KELSEN, Hans (2001): *Tiszta jogtan*. Ford. Bibó István. Budapest: Rejtjel.
- KELSEN, Hans (2005): *Was ist Gerechtigkeit?* Stuttgart: Reclam.
- KELSEN, Hans (2006): Vom Wesen und Wert der Demokratie. Zweite Auflage. In Hans KELSEN: *Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie*. Tübingen: Mohr, 149–228.
- KELSEN, Hans (2008): Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (1930). In Hans KELSEN: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*. Tübingen: Mohr, 58–105.
- KELSEN, Hans (2019): *Allgemeine Staatslehre. Studienausgabe der Originalausgabe 1925*. Tübingen–Wien: Mohr – Verlag Österreich. Online: <https://doi.org/10.33196/9783704684004>
- KERSTEN, Jens (2005): Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge im Werk von Ernst Forsthoff. *Der Staat*, 44(4), 543–569.
- KERVÉGAN, Jean-François (2005): *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*. Paris: PUF.
- KERVÉGAN, Jean-François (2011): *Que faire de Carl Schmitt?* Paris: Gallimard.
- KIEWIET, Jeroen (2011): Does Carl Schmitt Defend a Critical Legal Indeterminacy Thesis? In Lyana FRANCOT – Ubaldus DE VRIES szerk.: *Law's Environment. Critical Legal Perspectives*. Den Haag: Eleven, 155–173.
- KININGER, Ewald (1971): *Die Realität der Rechtsnorm. Eine empirische Studie*. Berlin: Duncker & Humblot. Online: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-42571-6>
- KLEIN, Friedrich (1934): *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*. Breslau: M & H. Marcus.
- KLEIN, Friedrich (1966): Vorbemerkungen. In Friedrich KLEIN – Hermann VON MANGOLDT: *Das Bonner Grundgesetz I*. Berlin – Frankfurt am Main: Franz Vahlen.
- KLUG, Ulrich (1982): *Juristische Logik*. Berlin – Heidelberg – New York: Springer. Online: <https://doi.org/10.1007/978-3-642-87156-6>
- KOELLREUTER, Otto (1933): Volk und Staat in der Verfassungskrise. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Verfassungslehre Carl Schmitts. In Fritz BERBER szerk.: *Zum Neubau der Verfassung*. Berlin: Junker und Dünhaupt, 7–38.
- KORN, Karl (1959): *Sprache in der verwalteten Welt*. Olten: Walter.
- KÖRÖSÉNYI András (2004): Carl Schmitt állam- és politikaelméleti alapfogalmai. In Cs. Kiss Lajos szerk.: *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitt-ről*. Budapest: Gondolat, 147–167.
- KOSCHORKE, Albrecht (2009): Wie werden aus Spannungen Differenzen? Feldtheoretische Überlegungen zur Konfliktsemantik. In Heinz FASSMANN – Wolfgang MÜLLER-FUNK – Heidemarie UHL szerk.: *Kulturen der Differenz. Transformationsprozesse in Zentraleuropa nach 1989*. Göttingen: V & R., 271–285.
- KRIELE, Martin (1979): *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- KRÖGER, Klaus (1990): Der Wandel des Grundrechtsverständnisses in der Weimarer Republik. In Gerhard KÖBLER – Meinhard HEINZE – Jan SCHAPP szerk.: *Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi. Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag*. Gießen: Brühlscher, 299–312.
- KUBEŠ, Vladimír (1986): *Ontologie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot. Online: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-45985-8>



- LARENZ, Karl (1934): *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*. Tübingen: Mohr.
- LARENZ, Karl (1938): *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*. Berlin: Junker und Dünhaupt.
- LASSALLE, Ferdinand (1958): *Über Verfassungswesen*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- LIPPOLD, Rainer (2000): *Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- LOEWENSTEIN, Karl (1931): *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung. Verfassungsrechtsdogmatische Untersuchungen zu Artikel 76 der Reichsverfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- LOEWENSTEIN, Karl (1975): *Verfassungslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- LOUMANSKY, Amanda (2013): Critical Theory's Turn to Schmitt: Not Waving but Drowning? *Liverpool Law Review*, 34. 1–16. Online: <https://doi.org/10.1007/s10991-013-9126-z>
- LUHMANN, Niklas (1987): *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- LUHMANN, Niklas (1995): *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- LUHMANN, Niklas (1999): *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- LUKÁCS György (1978): *Az ész trónfosztása*. Budapest: Magvető.
- MAGER, Ute (2003): *Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- MAINZER, Claudia (2003): *Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie*. Baden-Baden: Nomos.
- MAYER, Otto (2004): *Deutsches Verwaltungsrecht. I. und II. Band. Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage*. Berlin: Duncker & Humblot.
- MCCORMICK, John P. (1998): The Dilemmas of Dictatorship. Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers. In David DYZENHAUS szerk.: *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham, NC: Duke UP, 217–251. Online: <https://doi.org/10.1215/9780822377849-011>
- MEHRING, Reinhard (2009): *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*. München: Beck.
- MEHRING, Reinhard (2020): Carl Schmitt und die Pandemie. Teil II. *Verfassungsblog*, 2020. május 12. Online: <https://verfassungsblog.de/carl-schmitt-und-die-pandemie-teil-ii>
- MEINEL, Florian (2007): Review Essay: Ernst Forsthoff and the Intellectual History of the German Administrative Law. *German Law Journal*, 8(8), 785–789. Online: <https://doi.org/10.1017/S2071832200005940>
- MENZEL, Eberhard (1937): Das Ende der institutionellen Garantie. *AöR*, 67(1), 32–76.
- MERKER, Barbara (2001): Sorge als Sein des Daseins. In Thomas RENTSCH szerk.: *Martin Heidegger: Sein und Zeit*. Berlin: Akademie, 117–132.
- MERKL, Adolf Julius (1993a): Das Recht im Lichte seiner Anwendung (1916). In Adolf Julius MERKL: *Gesammelte Schriften I/1*. Berlin: Duncker & Humblot, 85–146
- MERKL, Adolf Julius (1993b): Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes (1918). In Adolf Julius MERKL: *Gesammelte Schriften I/1*. Berlin: Duncker & Humblot, 227–252.
- MERKL, Adolf Julius (1993c): Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus (1931). In Adolf Julius MERKL: *Gesammelte Schriften I/1*. Berlin: Duncker & Humblot, 437–492.
- MILL, John Stuart (1988): *Über die Freiheit*. Stuttgart: Reclam.

- MILLARD, Éric (2006): Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation. In Deny DE BÉCHILLON et al. szerk.: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Paris: Economica, 725–734.
- MOELLER VAN DEN BRUCK, Arthur (1931): *Das dritte Reich*. Hamburg: Hanseatische.
- MOÓR, Julius (2006): *Schriften zur Rechtsphilosophie*. Budapest: Szent István Társulat.
- MORVAI Krisztina (1992): Emberi jogok, jogállamiság, „visszamenőleges” igazságszolgáltatás. *Jogtudományi Közlöny*, 47(2), 62–71.
- MOUFFE, Chantal (2007): *Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- MÜLLER-MALL, Sabine (2007): Normative Kräfte. In Jochen BUNG – Valerius BRIAN – Sascha ZIEMANN szerk.: *Normativität und Rechtskritik. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2006 in Würzburg und im März 2007 in Frankfurt am Main*. Stuttgart: Franz Steiner, 16–27.
- MUSSGUG, Reinhard (1988): Carl Schmitts verfassungsrechtliches Werk und sein Fortwirken im Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. In Helmut QUARITSCH szerk.: *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt. Vorträge und Diskussionsbeiträge des 28. Sonderseminars 1986 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*. Berlin: Duncker & Humblot, 517–528.
- NEUMANN, Volker (2015): *Carl Schmitt als Jurist*. Tübingen: Mohr.
- NICOLAI, Helmut (1934): Grundsätzliches über den Zusammenhang von Volk und Rasse. *Deutsches Recht*, 1934. február 24. 74–77.
- NOACK, Paul (1993): *Carl Schmitt. Eine Biographie*. Berlin – Frankfurt am Main: Propyläen.
- OLIVECRONA, Karl (1981): A jog mint tény. In VARGA Csaba szerk.: *Jog és filozófia. Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből*. Ford. Varga Csaba et al. Budapest: Akadémiai, 343–358.
- OSSENBÜHL, Fritz (1971): Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht. *DÖV*, 15–16. 513–524.
- OST, François (1999): *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob.
- PAKSY Máté (2005): Hippokratész ikrei: jog és filozófia a kelsen-i jogértelmezésben. *Világosság*, 46(11), 55–64.
- PANUNZIO, Sergio (1934): *Allgemeine Theorie des faschistischen Staates*. Berlin–Leipzig: Walter de Gruyter.
- PASCHUKANIS, Eugen (2003): *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik juristischer Grundbegriffe*. Freiburg: Ça ira.
- PAUEN, Michael – Gerhard ROTH (2008): *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- PERELMAN, Chaïm (1962): *Justice et raison*. Bruxelles: Presse Universitaire de Bruxelles.
- PERELMAN, Chaïm (1979): *Juristische Logik als Argumentationslehre*. Freiburg–München: Karl Alber.
- PESCHKA Vilmos (1972): *A modern jogfilozófia alaproblémái*. Budapest: Gondolat.
- PESCHKA Vilmos (1981): Értékek és kategóriák a jogalkotásban. *Jogtudományi Közlöny*, 36(4), 239–247.
- PESCHKA Vilmos (1988): *A jog sajátossága*. Budapest, Akadémiai.
- PETRAZICKY, Lev Iosifovic (1907): *Über die Motive des Handelns und über das Wesen der Moral und des Rechts*. Berlin: H. W. Müller.



- PETRÉTEI József (2008): Az alkotmányozó hatalomról. *Jura*, 14(1), 124–137.
- POKOL Béla (1990): Alapjogok és alkotmánybíráskodás – jogelméleti nézőpontból. *Jogtudományi Közlöny*, 45(5), 144–155.
- POKOL Béla (2001): A jog élmelete. Budapest: Rejtjel.
- POKOL Béla (2003): *A bírói hatalom*. Budapest: Századvég.
- POKOL Béla (2005): *Jogelmélet*. Budapest: Századvég.
- PRINZ, Wolfgang (2008): Wille und Ziel oder ist willentliches Handeln dasselbe wie zielorientiertes Handeln? In Tillmann VIERKANT szerk.: *Willenshandlungen. Zur Natur und Kultur der Selbststeuerung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 14–39.
- QUARITSCH, Helmut (1974): Erinnerung an Ernst Forsthoff. *NJW*, 1974. 2120.
- QUARITSCH, Helmut (1987): Institutionelle Garantie. In Roman HERZOG et al. szerk.: *Evangelisches Staatslexikon*. Stuttgart: Kreuz, I. 1351–1354.
- RADBRUCH, Gustav (1914): *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Leipzig: Quelle & Meyer.
- RASEHORN, Theo (1985): Das lange Fortleben des NS-Staatsrates Prof. Carl Schmitt. *Die Neue Gesellschaft / Frankfurter Hefte*, 8. 741–743.
- REHBINDER, Manfred (2003): *Rechtssoziologie*. München: C. H. Beck.
- REICH, Andreas (1994): *Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt. Kommentar*. Bad Honnef: K. H. Bock.
- RENARD, Georges (1924): *La Justice et La Volonté. Conférences d'Introduction philosophique à l'étude du droit*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey.
- RIGAUX, Marie-Françoise (2000): Constitution et concordance des temps. In Philippe GÉRARD – François OST – Michel VAN DE KERCHOVE szerk.: *L'accélération du temps juridique*. Bruxelles: Facultés universitaires de Saint-Louis, 395–412. Online: <https://doi.org/10.4000/books.pusl.19890>
- RÖHL, Klaus F. (1990): Institutionstheoretische Ansätze in der Rechtssoziologie und institutionelles Rechtsdenken. In Gerhard GÖHLER – Kurt LENK – Rainer SCHMALZ-BRUNS szerk.: *Die Rationalität politischer Institutionen. Interdisziplinäre Perspektiven*. Baden-Baden: Nomos, 357–380.
- ROMANO, Santi (1975): *Die Rechtsordnung*. Berlin: Duncker & Humblot. Online: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-43425-1>
- RONELLENFITSCH, Michael (2003): Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff. Aktuelle Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht. In Willi BLÜMEL szerk.: *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*. Berlin: Duncker & Humblot, 53–114.
- ROSS, Alf (1989): *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Aalen: Scientia.
- ROTHAR, Werner (1979): *Recht und Bewußtsein. Zur Psychologie des Zivilrechts*. Edelsbach: Rolf Grammer.
- RÜTHERS, Bernd (1988): *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: Beck.
- RÜTHERS, Bernd (1991): *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Heidelberg: C. F. Müller.
- RÜTHERS, Bernd (2007): *Rechtstheorie*. München: C. H. Beck.
- SAAGE, Richard (1983a): Rückkehr zum starken Staat? Zur Renaissance des Freund-Feind-Denkens in der Bundesrepublik. In Richard SAAGE: *Rückkehr zum starken Staat? Studien über Konservatismus, Faschismus und Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 7–35.

- SAAGE, Richard (1983b): Konservativismus und Faschismus. Anmerkungen zu Ernst Forsthoffs Entwicklung vom Totalen Staat zum Staat der Industriegesellschaft. In Richard SAAGE: *Rückkehr zum starken Staat? Studien über Konservativismus, Faschismus und Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 181–201.
- SALTER, Michael G. (2012): *Carl Schmitt. Law as Politics, Ideology and Strategic Myth*. Abingdon – New York: Routledge.
- SAMU Mihály (1997): *Alkotmányozás, alkotmány, alkotmányosság*. Budapest: Korona.
- SASSE, Christoph (1960): Die verfassungsrechtliche Problematik von Steuerreformen. Ein Beitrag zur Interpretation der Art. 105 und 106 des Grundgesetzes und zur Frage der verfassungsrechtlichen Bestandsgarantien. *ÄöR*, 85(4), 424–457.
- SAUER, Wilhelm (1934–1935): Recht und Volksmoral im Führerstaat. Zu den Grundfragen der deutschen Rechtserneuerung. *ARSP*, 28(2), 230–274.
- SCHIEDEMANN, Dieter (1991): *Der Begriff Daseinsvorsorge. Ursprung, Funktion und Wandlungen der Konzeption Ernst Forsthoffs*. Göttingen–Zürich: Muster-Schmidt.
- SCHUEMAN, William E. (1998): After Legal Indeterminacy: Carl Schmitt and the National Socialist Legal Order. *Cardozo Law Review*, 19. 1743–1770.
- SCHUENER, Ulrich (1978): Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes. In Ulrich SCHUENER: *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*. Berlin: Duncker & Humblot, 665–708. Online: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-44225-6>
- SCHLINK, Bernhard (1991): Why Carl Schmitt? *Rechtshistorisches Journal*, 10(6), 160–176.
- SCHMIDT, Jörg (1995): *Otto Koellreutter 1883–1972. Sein Leben, sein Werk, seine Zeit*. Frankfurt am Main: Peter Lang.
- SCHMIDT-JORTZIG, Edzard (1979): *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*. Göttingen: Otto Schwartz & Co.
- SCHMITT, Carl (1921): *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. München–Leipzig: Duncker & Humblot.
- SCHMITT, Carl (1931): Wohlerworbene Beamtenrechte und Gehaltskürzungen. *DJZ*, 1931. júl. 15. 917–921.
- SCHMITT, Carl (1932): *Legalität und Legitimität*. München–Leipzig: Duncker & Humblot.
- SCHMITT, Carl (1934a): Ein Jahr nationalsozialistischer Verfassungsstaat. *Deutsches Recht*, 1934. január 25. 27–30.
- SCHMITT, Carl (1934b): Nationalsozialistisches Rechtsdenken. *Deutsches Recht*, 1934. május 25. 225–229.
- SCHMITT, Carl (1934c): *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches*. Hamburg: Hanseatische.
- SCHMITT, Carl (1934d): Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934. *DJZ*, 1934. augusztus 1. 945–950.
- SCHMITT, Carl (1958a): Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland (1933). In Carl SCHMITT: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 359–366.
- SCHMITT, Carl (1958b): Staat als ein konkreter an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff. In Carl SCHMITT: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 375–385.
- SCHMITT, Carl (1958c): Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931). In Carl SCHMITT: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 140–173.

- SCHMITT, Carl (1958d): Grundrechte und Grundpflichten (1932). In Carl SCHMITT: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 174–231.
- SCHMITT, Carl (1967): *Die Tyrannei der Werte*. In *Säkularisation und Utopie*. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag. Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz: W. Kohlhammer.
- SCHMITT, Carl (1988): Die Wendung zum totalen Staat (1931). In Carl SCHMITT: *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles*. Berlin: Duncker & Humblot, 146–157.
- SCHMITT, Carl (1992): *Politikai teológia*. Ford. Paczolay Péter. Budapest: ELTE ÁJK.
- SCHMITT, Carl (1993): *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Berlin: Duncker & Humblot.
- SCHMITT, Carl (1995): Starker Staat, gesunde Wirtschaft. In Carl SCHMITT: *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969*. Berlin: Duncker & Humblot, 71–85.
- SCHMITT, Carl (1996): *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922). Berlin: Duncker & Humblot.
- SCHMITT, Carl (2002): A politikai fogalma. In Carl SCHMITT: *A politikai fogalma. Válogatott politika- és államelméleti tanulmányok*. Ford. Cs. Kiss Lajos. Budapest: Osiris – Pallas Stúdió – Attraktor.
- SCHMITT, Carl (2003): *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot.
- SCHMITT, Carl (2004): *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. Berlin: Duncker & Humblot. Online: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-51442-7>
- SCHMITT, Carl (2008): *Römischer Katholizismus und politische Form*. Stuttgart: Klett-Cotta.
- SCHNEIDER, Hans (1953): Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933. *VfZG*, 1(3), 197–221.
- SCHOLZ, Rupert – Arnd UHLE (2001): „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz. *NJW*, 2001. február 5. 393–400.
- SCHÜTTE, Christian (2006): *Progressive Verwaltungsrechtswissenschaft auf konservativer Grundlage. Zur Verwaltungslehre Ernst Forsthoffs*. Berlin: Duncker & Humblot. Online: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-51913-2>
- SEIBERTH, Gabriel (2001): *Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozess „Preußen contra Reich“ vor dem Staatsgerichtshof*. Berlin: Duncker & Humblot.
- SMEND, Rudolf (1968): Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht. In Rudolf SMEND: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlin: Duncker & Humblot, 309–325.
- SÓLYOM László (1992): Az Alkotmánybíróság önértelmezése. *Jogtudományi Közlöny*, 47(6), 272–275.
- SOMLÓ, Felix (1973): *Juristische Grundlehre*. Aalen: Scientia.
- STAMMLER, Rudolf (1911): *Theorie der Rechtswissenschaft*. Halle: Buchhandlung des Waisenhauses.
- STERN, Klaus (1988): Die Einrichtungsgarantien. In Klaus STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren und Grundrechte*. München: Beck. III/1. 751–887.
- STERN, Klaus (1992): Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In Josef ISENSEE – Paul KIRCHHOF szerk.: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, V. 45–100.
- STIER-SOMLO, Fritz (1929): Art. 119. Gleichheit vor dem Gesetz. In Hans Carl NIPPERDEY szerk.: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten*

- Teil der Reichsverfassung*. Berlin–Mannheim: Reimar Hobbing – J. Bensheime, I. 158–218.
- STOLLEIS, Michael (1984): Die „Wiederbelebung der Verwaltungslehre“ im Nationalsozialismus. In Erk Volkmar HEYEN szerk.: *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 147–162.
- STOROST, Ulrich (1984): Die Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs als Ausdruck eines politischen Verfassungsmodells. In Erk Volkmar HEYEN szerk.: *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 163–188.
- SZABÓ Miklós (2001): Tudomány – jogtudomány – joggyakorlat. In SZABÓ Miklós szerk.: *Bevezetés az állam- és jogtudományokba*. Miskolc: Bíbor.
- SZIGETI Péter (2003): Legalitás és legitimitás Magyarországon. *Fundamentum*, 7(1), 73–78.
- TAKÁCS Péter (2004): Az állam politikai fogalma. In Cs. Kiss Lajos szerk.: *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitttről*. Budapest: Gondolat, 168–180.
- TAMÁS András (2005): A tiszta jogtan alkotmányelmélete. *Világosság*, 46(11), 65–76.
- TAMÁS András (2007): *Legistica. Ajogszabálytan vázlat*. Budapest: Szent István Társulat.
- TARELLO, Giovanni (1972): *Sur la spécificité du raisonnement juridique*. Wiesbaden: Franz Steiner.
- TECHET Péter (2007): A jog funkcionális értelmezése. A jog kulturális, társadalmi-politikai és időbeli dimenziójáról. *Valóság*, 50(5), 63–76.
- TECHET Péter (2009): Új irányok a jogelméletben. Recenzió Sonja Buckel / Ralph Christensen / Andreas Fischer-Lescano (szerk.): *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart, 2009 c. könyvéről. *Iustum Aequum Salutare*, 5(2), 231–237.
- TECHET Péter (2012): Carl Schmitt és a nemzetiszocializmus. *Politikatudományi Szemle*, 21(1), 133–152.
- THOMA, Richard (1929): Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen. In Hans Carl NIPPERDEY szerk.: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*. Berlin–Mannheim: Reimar Hobbing – J. Bensheime, I. 1–53.
- TROPER, Michel (1981): Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique. *Revue Internationale de Philosophie*, 138. 518–529.
- TROPER, Michel (1994): *Pour une théorie juridique de l'état*. Paris: PUF. Online: <https://doi.org/10.3917/puf.trope.1994.01>
- TROPER, Michel (2006): Une théorie réaliste de l'interprétation. *Revista opinião jurídica*, 2(8), 301–318.
- TUORI, Kaius (2016): Schmitt and the Sovereignty of Roman Dictators: From the Actualisation of the Past to the Recycling of Symbols. *History of European Ideas*, 42(1), 95–106. Online: <https://doi.org/10.1080/01916599.2015.1118334>
- VAIHINGER, Hans (1920): *Die Philosophie des Als ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Leipzig: Felix Meiner.
- VAN LAAK, Dirk (1993): *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik*. Berlin: Akademie.
- VARGA Csaba (1992): A jogi normaalkalmazás természete. *Állam- és jogtudomány*, 34(1–4), 55–92.
- VARGA Csaba (2000): *A jog mint logika, rendszer és technika*. Budapest: Szent István Társulat.

- VARGA Csaba (2001): Bevezetés. In Hans Kelsen: *Tiszta jogtan*. Ford. Bibó István. Budapest, Rejtjel. ix–xviii.
- VARGA Csaba (2003): *A bírói ténymegállapítási folyamat természete*. Budapest: Akadémiai.
- VARGA Csaba (2004): *A jogi gondolkodás paradigmái*. Budapest: Szent István Társulat.
- VARGA Csaba (2006): A jogbölcselkedés állapota Magyarországon. *Állam- és Jogtudomány*, 47(1), 1–29.
- VARGA Csaba (2007): *Jogállami? Átmenetünk?* Pomáz: Kráter Műhely.
- VOIGT, Rüdiger (2019): Ausnahmezustand. Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur. In Rüdiger VOIGT szerk.: *Ausnahmezustand. Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur*. Baden-Baden: Nomos, 89–122. Online: <https://doi.org/10.5771/9783845298702-87>
- VON BECKERATH, Erwin (1927): *Wesen und Werden des fascistischen Staates*. Berlin: Julius Springer. Online: <https://doi.org/10.1007/978-3-642-99662-7>
- VON SAVIGNY, Carl Friedrich (1840): *System des heutigen römischen Rechts I*. Berlin: Veit. Online: <https://doi.org/10.1515/9783111692302>
- VON STEIN, Lorenz (1972): Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands. In Lorenz VON STEIN: *Gesellschaft – Staat – Recht*. Frankfurt am Main: Propyläen, 147–494.
- VON STEIN, Lorenz (2010): *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- VORLÄNDER, Hans (2006): Deutungsmacht – Die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit. In Hans VORLÄNDER szerk.: *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit. Verfassung und Politik*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 9–33. Online: [https://doi.org/10.1007/978-3-531-90350-7\\_1](https://doi.org/10.1007/978-3-531-90350-7_1)
- WAECHTER, Kay (1996): Einrichtungsgarantien als dogmatische Fossilien. *Die Verwaltung*, 29(1), 47–72.
- WALDHOFF, Christian (2010): Entstehung des Verfassungsgesetzes. In Otto DEPENHEUER – Christoph GRABENWARTER szerk.: *Verfassungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 289–348.
- WALTHER, Manfred (1989): Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These. In Ralf DREIER – Wolfgang SELLERT szerk.: *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 323–354.
- WEBER, Max (2006): *Wirtschaft und Gesellschaft*. Paderborn: Voltmedia.
- WILLOWEIT, Dietmar (2005): *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*. München: C. H. Beck.
- WINTERHOFF, Christian (2007): *Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung. Zur Theorie der Verfassung und der Verfassungsrechtserzeugung*. Tübingen: Mohr Siebeck. Online: <https://doi.org/10.1628/978-3-16-151236-0>
- WITTECK, Fabian (2008): *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- WOLFF, Martin (1923): Reichsverfassung und Eigentum. In *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*. Tübingen: Mohr Siebeck, 3–30.



- ZARMANIAN, Thalin (2006): Carl Schmitt and the Problem of Legal Order: From Domestic to International. *Leiden Journal of International Law*, 19(1), 41–67. Online: <https://doi.org/10.1017/S0922156505003171>
- ZIPPELIUS, Reinhold (1997): *Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*. München: C. H. Beck.
- ZLINSZKY János (2006): *Az Alkotmány értéktartalma és a mai politika. Székfoglaló 2005. október 24.* Budapest: Szent István Társulat.

## JOGSZABÁLYOK

1949. évi XX. törvény a Magyar Köztársaság Alkotmányáról.
- Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789 (1995). In Jacques GODECHOT szerk.: *Les Constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Garnier Flammarion. 33–35.
- Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland („Bonner Grundgesetz”).
- Latvijas Republikas Satversme [A Lett Köztársaság Alkotmánya]. Online: [www.verfasungen.eu/lv](http://www.verfasungen.eu/lv); eredeti nyelven: [www.saeima.lv/Likumdosana/likumdosana\\_satversme.html](http://www.saeima.lv/Likumdosana/likumdosana_satversme.html)
- Übergangsgesetz. Vom 4. März 1919 (RGBl. Nr. 55, ausgegeben am 7. März 1919, S. 285) (1919). In *Preußisches Archiv. Sammlung der Gesetze und der das Rechtswesen betreffenden Verordnungen und Verfügungen Preußens und des Reichs*. Freiburg im Breisgau: J. Bielefelds. 240–241.
- Verfassung des Deutschen Reiches („Weimarer Reichsverfassung”).





Az *Államértelmezések* című könyvsorozatban az állam- és kormányzáselméleti alap kutatás irányai szerint az állam- és kormányzáselméletek, a történelmi nemzetállamok és birodalmak „államtanai” témakörében létrehozott kutatói teljesítményeket, az államtudomány nagy gondolkodóit, nagy elméleteit, nagy vitáit elemző monográfiákat, tanulmányköteteket, valamint fordításokat adunk közre *Gondolkodók*, *Elméletek*, *Viták* szerinti tematikai csoportosításban. A *Gondolkodók* alsorozat klasszikus államelméleti műveket, eredeti fordításokat, nagy gondolkodókról szóló írásokat, az *Elméletek* alsorozat rendszeres államelméletek, illetve „államtanok” rekonstrukcióit, új elméletalkotásokat, a *Viták* alsorozat pedig az államjelenség különböző nézőpontú értelmezéseivel kapcsolatos aktuális, problémaorientált vitákat, újszerű kontroverz megközelítéseket összefoglaló munkákat közöl.

A *Viták* alsorozatban megjelenő jelen kötet témája a jogpozitivizmus és a természetjog jogelméleti gondolkodást leegyszerűsítő ellentétének meghaladása. A szerző Carl Schmitt és tanítványa, Ernst Forsthoff elméleteiből kiindulva helyezi az ellentétet új értelmezési kontextusba, nem hagyományos kronológiai vagy fogalmi elemzésben, hanem olyan különböző konkrét problémák kapcsán, mint a jogi logika kérdése, az alkotmányszületés, a gyakorlati államlegitimáció vagy az alkotmányvédelem.

ISBN 978-963-531-959-6



9

789635 319596