

Szigeti Péter

A decizionizmus két terepe Carl Schmittnél: a szuverenitás makro- és a bírói ítélet mikroszintjén

Az elmúlt század társadalomtudományának, benne az általunk is kiváltképpen szeretett jogelméletnek, állam- és politikaelméletnek és alkotmányjognak kruciális gondolkodóját ismerhettük meg szerzőnkben. Műveinek olvasása intellektuális élmény, tárgyismerete és szintetizáló képessége lenyűgöző, miközben fogalmisága, éleslátása egyfelől nem marad mentes bizonyos szituacionalizmustól, tehát az aktuális helyzetek elméleti átvilágításától és a reájuk vonatkozó program adásától. „Schmitt – leszámítva 1914-es állam- és jogbölcseleti munkáját – soha többé nem írt tradicionális értelemben vett államelméletet, ám mint ízig-vérig szituatív gondolkodó nemcsak reflexiókkal kísérté a weimari köztársaság alkotmányos helyzetének alakulását, hanem az ebből nyert eredményeket többnyire elméleti-elmélettörténeti szempontból is rendszerezte. Így szóhasználatában az államelmélet sohasem valamiféle elvont teóriát jelent, hanem a konkrét államrendszer adott helyzetének teoretikus reflexióját. Ez alól csak a *Der Begriff des Politischen* című mű képez bizonyos fokig kivételt.” (PETHŐ 1991, 5.) Jellegzetessége ugyanakkor az elszánt gondolati harc a liberalizmussal, pluralizmussal és a korabeli szocialista, marxista gondolkodással szemben. Közismert, hogy szerzőnk ezen intellektuális harcában – azon bölcs belátás birtokában, hogy komoly ellenfeleitől tanulni érdemes – végig katolikus, nemzeti és konzervatív gondolkodóként, bizonyos időszakában pedig a német nemzeti szocializmussal rokonszenvező vagy azzal egyenesen azonosuló gondolkodóként lépett színre. 1945–1946 telén megfogalmazott önanonosság-tudata szerint olyan hitvány, méltatlan, de mégis autentikus keresztény Epimétheuszként, aki – mint Cs. Kiss Lajos rámutatott – „a politikai techné modernitásban egyedül lehetséges és érvényes bölcsességével szerette volna megajándékozni az európai emberiséget, hogy megmentse számára a kereszténységet és a nyugati racionalizmus szellemét” (Cs. Kiss 2002, 282). Az ajándék elmaradt, a világ, nem kis szenvedések és áldozatok árán, mégis megmenekült. A két világháború közötti liberalizmus válságára és filozófiai agnoszticizmusára adott szocialista reakció schmitti *ellenreakciója* specifikus német talajon és némiképp visszafelé, a monarchikus állameszmény abszolút szuverenitása érvényességének fenntartása felé ment el. Az események és körülmények azon drámai alakulása a két világháború közötti Németországban, ahol a császárságból köztársaságba vezető államformaváltás heves külső és belső politikai és osztályharcok, forradalmi hullámok közepette ment végbe, az új polgári demokratikus rend stabilizációja viszont tiszavirág-életűnek bizonyult az 1929–1933-as válság kitöréséig,¹ paradigma-

¹ A korszak átfogó bemutatását lásd: TOKODY—NIEDERHAUSER 1972.

tikus erővel vetette fel az állam- és politikaelmélet, a nemzetközi jog és a jogelmélet megannyi kérdését. Schmitt ezen tudományterületeken nyújtott teljesítményei mögött tehát egy páratlanul eseménydús történelmi időszak gondolati feldolgozásának készítményei állnak. Eredeti teljesítményeinek sorába tartozik decizionizmusa, melyet itt és most vizsgálódásaink középpontjába állítunk. E tanulmányban azonban nem törekszünk belső fogalom- és hatástörténeti analízisre vagy pályaképadásra, mert ezt sok szempontból elvégezte már a hazai recepciós irodalom (PETHŐ 1993; PACZOLAY 1992; Cs. Kiss 2002). Inkább a címben exponált probléma módszertani megfejlesztésének nyomába eredtünk, anélkül, hogy a decizionizmus egymással összefüggő két terepének – a sajátos schmitti problémafelállításnak és -megoldásnak – a művekbe és e művek saját korába ágyazottságáig, ennek szélesebb összefüggéseig jutnánk. Ugyanakkor a kommentárirodalom megoldásait figyelembe vesszük. Márpedig azt, hogy megengedhető-e egy ilyen tudatosan vállalt módszertani redukció, csak a végeredmény minősítheti. Induljunk ki Schmitt makroszintű problémafelvetéséből, melyet, mint látni fogjuk, gyakran és sokoldalúan elemzett.

Politikai teológia (1922) című művében a rendkívüli intézkedéseket igénylő kivételes állapotokra (*Ausnahmezustand*) – melyeknek, a szükségállapotokkal szemben, megvannak az alkotmányos szabályai – alapozta a jogállamiság kritikáját. „A szuverén kívül áll az általános érvényes jogrenden, ám mégis hozzá tartozik, mert ő illetékes az alkotmány teljes körű felfüggesztése kérdésében dönteni.” (SCHMITT 1992, 2.) Azonban sem a kivételes állapotok léte, sem pedig a bevezetésének szükségességéről való döntés nem jogi, hanem politikai probléma. „Szuverén az, aki a kivételes állapotról dönt” – hangzik e tanulmány első mondatának a szuverenitásánokban eredeti, veretes meghatározása (SCHMITT 1992, 1). Schmitt a kivételes állapotról való döntés kapcsán helyesen mutat rá arra, hogy a döntés nem a normatartalomtól következik, mivel a szuverént e tisztán hatalmi-politikai döntés megtételére a norma (ti. az alkotmány) pusztán felhatalmazza. Ily módon a tartalmi döntésben, tehát a kivételes állapot tényleges bevezetésének kérdésében a döntés világosan elválik a jogi normától. Általánosított formában pedig tovább radikalizálta a döntés jelentőségét, amennyiben eloldotta azt a kivételességtől. „Minden rend döntésen alapul, és a jogrend fogalma – amit gondolkodás nélkül, mintegy magától értetődően használnak – szintén magában hordozza a jog két elemének ellentmondását. Mint minden más rend, a jogrend is döntésen és nem normán nyugszik.” (SCHMITT 1992, 3.)

Annyiban egyetérthetünk Schmitt érvelésével, hogy e problémában világosan tetten érhető az a határérték, ahol a jog, mondhatni, kibújik önmagából, s saját előfeltételül mutatja fel azt a politikai hatalmat, amelynek jogalkotó és jogszolgáltató rendje. Nem egy hipotetikus „Grundnorm”-ra vezethető vissza, mint Kelsennél, hanem egy tételező alanyra, aki dönt, azaz bevezeti a jogrendet. Voltaképpen a forradalmi, polgárháborús helyzetekkel, a jogalkotó hatalom megragadásáért folyó társadalmi-politikai harcokkal kellene csak érvelését kiegészítenünk, hogy a jogrendet konstituáló döntés mozzanatát jogelméletileg konkretizáljuk, hiszen ezek a történelemben aligha tekinthetők kivételes, atipikus jelenségeknek (amit Schmitt nem is állít).² Viszont jogi

² Elmélete ezen a ponton – ahol a másutt polgárháborúnak tekintett helyzetet elemzi – tárgyilag kapcsolatba kerül a *Begriff des Politischen* ellenségfelfogásával, melynek nemcsak teoretikus konstrukcióját kapjuk meg, hanem meghatározott formáit is jellemzi: reguláris katona, gerilla, partizán, forradalmár. Erre a tárgyi kapcsolatra *előszőr* alighanem Lukács György mutatott rá 1954-es könyvében: „Minden egzisztenciálfilozófiai kerdőzés ellenére, az »élettel«, a történelmi konkrétssággal való szüntelen kacérokodás ellenére Schmitt jogszo-

szempontból tovább elemezhető, ha a kivételes állapotokat a társadalmi forradalom/ellenforradalom helyzeteivel összehasonlítjuk. A társadalmi forradalmak elementáris erejű társadalmi tények, embereket, politikai irányzatokat, intézményeket magukkal ragadó és újakat létrehozó viharok, amelyek joghatásukat tekintve *vis major jogi tényeknek* minősülnek. Nem így a kivételes állapotok, mivel azokban a *formális jogi elemnek formális, de kiszámítható konzekvenciái vannak az egyén életvitelére*. Ezt nem vagy legalábbis nem kellően vette figyelembe Schmitt, amikor a *jogi forma* jelentésének Weber nyomán elemzett háromféle összefüggése között emlegetett kiszámíthatóságot nem kötötte össze az I. fejezettel, a szuverenitás meghatározásának témájával (SCHMITT 1992, 14). Ha bejelentik a kivételes állapotokat és az azokkal fogamatosított intézkedéseket, akkor az állampolgár számolhat azzal, hogy az intézkedés megsértése esetén statáriális bíróság elé állítják a kijárási tilalom megszegéséért, főbe lövik a gyülekezési jog tilalmának megsértéséért. A jogállami formális racionalizmusnak eleget tehet a kivételes állapot, s adott esetben ez azért nem közömbös, például ha az ember megmentheti vele a bőrét. (A forradalmár állhatatosságát persze ez a körülmény aligha fogja megváltoztatni.) Az intézkedések persze számos ponton sértik a materiális jogállamiság szabadságjogait, az alapvető állampolgári jogokat, még sincs *vis major joghatásuk*, mint a társadalmi forradalmaknak. A különbség felmutatása részünkről csak a *formális legalitás* szempontjának bemutatására szolgált, s nem másra. A formális jogszerűségnek, minden tartalomtól függetlenül, megvan a jogon túlmutató társadalmi hatása, amely csupán a jogi nihilizmus álláspontjáról irreleváns, és amit a decizionista érvelés sem hagyhatott volna figyelmen kívül.

Megállapíthatjuk tehát, hogy a kivételes állapot és a forradalmi helyzet jelenség-tartományai – a fenti (ti. a kivételes állapot formális racionalizmusára vonatkozó) megszorítást figyelembe véve – kívül esnek a jog elsőbbségének hatókörén, és a jogon túli társadalmi és politikai tényezők jog feletti primátusát bizonyítják. Ha feltárjuk azokat a területeket és helyzeteket, ahol a jogállamiság kritériumrendszere nem érvényesül, akkor ezzel behatároljuk azt is, hogy e kritériumrendszer valójában hol érvényesülhet. A kivétel erősíti a szabályt, mert felmutatja a szabály érvényességi körét. Nevezetesen, hogy a jogállamiság stacioner társadalmi-politikai állapotokban létezhet, míg a forradalmi helyzetekben, a kivételes állapotokban ez kizárt. Schmitt radikális jogállam-kritikusai pozíciója nélkülözhetetlen a jogállami minőségű jog problématerületének behatárolásához. Schmitt ragyogó teoretikus érvelése módszertanilag ott válik *hamis túláltalánosítássá, ahol a kivételességre vonatkozó érvelést a jogállamiság mint normálforma általános megszüntetésére használja fel*, elsősorban későbbi munkáiban (SCHMITT 1928; 1932). Abból ugyanis, hogy a kivétel fontosabb lehet, mint a szabály, s a szabály érvényességi körének behatárolása feltételezi a kivételek ismeretét – mint ahogy a kivétel is a szabályosra vonatkoztatva bír csak jelentéssel és jelentőséggel – még nem következik, hogy elesne a

ciológijának pozitív magvaként nagyon sovány séma lappang mindezen polémia mögött: minden politikai és ezért jogi és állami vonatkozásnak visszavezetése a barát-ellenség sémájára.” (LUKÁCS 1978, 589.) Azt persze kritikailag hozzá kell fűznünk, hogy Schmitt sémája inkább a *politikainak mint sajátos tevékenység-formának teoretikus átvilágítása – igaz, társadalomelméleti megalapozás nélkül*. Ennyiben sovány, másfelől igen megvilágító erejű. Persze, a hegeli filozófia felbomlási folyamatában született két irányzat, a marxizmus és az egzisztencializmus közül Lukács az előbbi, Schmitt az utóbbi folytatója. Lesz módunk még bemutatni Schmitt hegelianizmusát és azt is, ahol tárgyi problémái kifejtésében ettől az egzisztenciálfilozófikus megalapozás felé fordul.

normálforma.³ A frankfurti Franz Neumann nyomán megmutattuk, hogy fenntartható teoretikusan a jogállamiság érvényessége, ha a korlátozott szuverenitásra épülő jogfogalommal dolgozunk, ahol a jog nem pusztán *voluntas*, normatív formára emelt államakarat, hanem megfelel valaminő *ratio* követelményeinek, amely a szuverént is köti (SZIGETI–TAKÁCS 1998, 188–189). Schmitt elméletével és az abszolút szuverenitással ugyanakkor ez összeegyeztethetetlen, nála a jog a szuverént nem köti. Álláspontjának kialakításában nem teoretikus készségeinek valaminő hiányosságai, hanem konzervatív, etatista motivációi játszották a fő szerepet. A normál állapothoz képest a kivételes állapot specifikuma éppen abban rejlik, hogy ez utóbbi felfüggeszti a normál állapot jogrendjét. Ugyanakkor a kivételes állapot nem az anarchia helye, hanem egy olyan jogrend *nélküli* tényleges rend, amelynek célja az eredeti alkotmányos állapot helyreállítása. Ez a *Politikai teológia* teoretikus konstrukciója, amelyet hasonlóan értékel Pethő Sándor is Carl Schmitt-ről írott monográfiájában (PETHŐ 1993, 137–143). Későbbi munkásságában Schmitt azért is bírálja a parlamentáris jogállamot és *in concreto* a weimari demokráciát, mert az a pluralista erők széthúzósa következtében nem képes előállítani *az államélet alapját képező politikai egységet*. Ekkoriban, a húszas években teoretikus erőfeszítései még az alkotmányvédelem megtalálására irányulnak, és a diktatúra kivételessége azért kap etatista igazolást, hogy az állam és az alkotmányosság helyreállításának eszközeként értelmezi. Nézzük meg közelebbről is, kategoriális szerkezetét tekintve hogyan teszi ezt. „Az állam léte ebben az esetben [ti. a kivételes állapot esetén – Sz. P.] minden kétséget kizáró bizonyítéka annak, hogy a jogi normák érvényessége fölött fölényben van. A döntés megszabadul minden normatív köteléktől, és a szó tényleges értelmében abszolúttá válik. A kivételes állapot idején az állam az önfenntartáshoz való jog alapján, ahogy mondani szokás, felfüggeszti a jogrendet. A jogrend két eleme – fogalmi önállóságuk bizonyítékaként – szembekerül egymással. Ahogy rendes körülmények között a döntés autonóm mozzanata a minimumra szorítható vissza, úgy semmisül meg a norma kivételes állapot idején. Ennek ellenére a *kivételes állapot fogalma* még mindig megközelíthető a jog oldaláról, mivel mindkét eleme, a norma és a döntés egyaránt a jog keretein belül marad. Ha a kivételes állapotot azon az alapon, hogy nincs jogi jelöltsége, csupán szociológiai fogalomnak tartanánk, ez nem lenne más, mint a jogtudomány és a szociológia sematikus szétválasztásának durva utánzása. A kivétel nem rendelhető alá semminek és kívül áll az általánosság keretein, ám ezzel egyidejűleg sajátos jogi formát is jelent, a döntést a maga teljes tisztaságában. A kivételes állapot akkor valósul meg teljesen, amikor ahhoz, hogy a jogtételek érvényesülhessenek, előbb meg kell teremteni az arra alkalmas helyzetet. Minden általános norma rendezett életviszonyokat követel meg, olyanokat, amelyekre alkalmazható a tényállás, és amelyek alkalmasak a normatív szabályozásra. A normának homogén közvetítő közegre van szüksége.” (SCHMITT 1992, 5.)

A normál állapot normatív rendjét és a kivételes állapot *nem-normatív* rendjét a következő ábrán szemléltethetjük:

³ Egy jogi példa erejével szólva: a kártérítési kötelezettség normálformája („Aki másnak jogellenesen kárt okoz, köteles azt megtéríteni.”) nem válik feleslegessé azért, hogy kialakulnak speciális kivételei – mondjuk a vétkességtől független objektív felelősség alakzata, vagy a munkaviszonyon belüli kártérítésért való felelősség speciális szabályai. Ezzel mindössze beszűkül a normálforma alkalmazása, mert pontosabbá válik jelentés-és alkalmazási tartománya, éppen saját kivételeinek megállapítása révén.

1. Normál állapot

3. Kivételes állapot

2. Jogrend

4. Rend bevezetése

(a döntés autonómiája a minimumon)

(a szuverén döntése, nem normán, autoritáson alapul)

A normál állapot (1) és a kivételes állapot (3) két minőségileg eltérő helyzet, melyek kiélezetten szemben állnak egymással. A normál állapotnak van jogrendje (2), amit normán alapuló döntésekkel jogrendként konkretizálnak. A megbomlott normál állapot és jogrendjének tagadása átalakul kivételes állapottá (3), melynek nincsenek az alkotmányból levezethető konkrét jogviszonyai, jogrendje, csak a szuverénnek van autoritáson alapuló felhatalmazása erről az állapotról dönteni. A kivételes állapotról, annak bevezetéséről meghozott döntés és a kivételes állapotban gyakorolt normatív és egyedi rendelkezések és reálaktusok egyaránt a szuverén konstitutív aktusai, melyeknek elvileg az a céljuk, hogy biztosítsák a visszatérést a rendhez (4), amely egyrészt nem anarchikus helyzet, uralomnélküliség, hanem az autoritás *potestas*a által uralt kivételesség, másrészt nem káosz, amelyben a felbomlás erőiből egy új rend felé lehetne kijutni – ez esetben antagonizmust kellene tételezni, nem ellentétviszonyt –, hanem *visszatérés a normál állapot jogrendjéhez* (1). Ezért konzervatív, etatista politikai filozófia Schmitt megoldása a *Politikai teológiában*, mert a kivételességnek éppen az a célja, immanens értelme, hogy a felbomlás erőiből ne új rend keletkezzék, hanem ennek megakadályozásaként *visszatérés a régi rendhez*. *In concreto*: a szocialista forradalom helyett – itt és ekkor, 1923 előtt – a weimari polgári államhoz. A különbség külső, közömbös viszonyát az ellentétviszony váltja fel, amely még – kerülő úton, a kivételes állapot és rendje bevezetésével (4) – közvetíthető.

Schmitt nem mondja, de mi a hegeli–marxi dialektika ismeretében és alkalmazásával rámutathatunk, hogy eltérően a forradalmi, ellenforradalmi helyzetektől, ahol az ellentét (már) nem közvetíthető, mert az események folyamatszerű kibomlásában a helyzet kategoriális szerkezete ellentmondásba, mégpedig antagonisztikus ellentmondásba nő át, a kivételes állapotban még számít a formális jogszerűség közvetítése, és számít, hogy a barát és az ellenség megkülönböztetése itt – intenzitási fokát illetően – nem megy el a totális ellenfél totális megsemmisítéséig. Elégséges a kivételes állapot politikai kutyaórába helyezni az (ellenfél)-ellenséget. Rendkívüli jogrenddel átfórmálni a politikai erőviszonyokat. Nem így áll az akkor, amikor az ellentétviszony tovalendül: antagonizmussá válik, ami nyelvileg tehát kibékíthetetlen, már feloldhatatlan, nem közvetíthető ellentétviszony. Itt elesik a közvetítés lehetősége. Kategoriálisan, egzisztenciameghatározottságként pedig ez azt jelenti, hogy közvetítés hiányában az egyik politikai pólus fennmaradása nem lehetséges a másik megsemmisítése nélkül, és fordítva. Vagy a forradalmi, vagy az ellenforradalmi erők alakítják át a társadalmi élet totalitását, és a *politikai* ezen kiélezett formája többé már nem található mozgásformát a kivételes állapot bevezetéséről szóló döntéssel (és a nyomában életbe léptetett konkrét rendelkezésekkel). Amikor az ellentétviszony a jog semlegesítő, leszerelő hatású beiktatásával még közvetíthető, az a kivételesség; amikor a különböző politikai minőségek különbsége, bár egymás iránt nem közömbösek, mert versengenek, de nem éri el „az ellentét olyan intenzitási fokát”, amely a szuverén döntését igényelné, akkor tulajdonképpen – gyenge határhelyzetként – a schmitti elmélet

alapján is belátható a pluralista demokrácia „szabályozott verseny” helyzete. A kivételes állapot és a forradalmi/ellenforradalmi (polgárháborús) helyzethez képest, íme, a harmadik módozat. Ezt azonban inkább csak utólag, a II. világháború utáni tapasztalatok politikátörténete nyomán lehet beleszuszakolni Schmitt elméletébe, s közel sem véletlen, hogy ő ezt akkor nem tette meg. Ez a megoldás azonban a *Begriff des Politischen* 1932-es konstrukciójába is belefér, kényszeredett és kitágított interpretáció mellett – figyelmen kívül hagyva, hogy a két világháború közötti németországi társadalmi harcokat és politikai folyamatokat elméletileg adekvát módon éppen a szoros és nem a kitágított interpretáció fejezi ki.⁴

Ha most már eddigi elemzésünket gondolatilag összekötjük a *politikai fogalmával, három egymástól eltérő konzekvenciájú helyzettel találjuk szembe magunkat, aszerint, ahogy a barát és ellenség megkülönböztetésének intenzitási fokát értelmezzük. Ennek megfelelően, analitikusan a következő lehetőségek adóttak:*

(1) A barát és ellenség megkülönböztetésének ellentétviszonya, amely már csak a kivételes állapot *rendkívüli jogrendjével* közvetíthető, de még feloldható helyzet.

(2) Az ellentét mint antagonizmus közvetíthetetlen helyzete, ahol az egyik pólus fennmaradása csak a másik megsemmisítésén keresztül történhet. Ilyen politikai helyzet következményeképpen áll elő gyakorta az *illegitim jogképződés* jelensége.

(3) Olyan ellentétviszony fennállása, ahol a különbségek egymásra nézve nem maradnak közömbösek, amennyiben a felek, pólusok versengenek, de amely a szuverén döntése nélkül is közvetíthető, mert a szabályozott versenyhelyzettel talál magának politikai mozgásformát. Ilyen politikai helyzetben érvényes a *normálforma jogrendje*.

⁴ Azonképpen, ahogy Rousseau is megelőlegezte a *Társadalmi szerződés* „Tévedhet-e az általános akarat?” című részében nemkívánatos, de anticipatív módon a pluralizmus elvi lehetőségét. Igaz, ezt kevesen veszik figyelembe. Pedig Rousseau zsenialitásának bizonyítéka, hogy a XVIII. század derekán, a polgári nemzetállam és ennek legkifejlettebb történelmi formája, a szervezett kapitalizmus keynesianus jóléti államának pluralista demokráciája előtt majd kétszáz évvel anticipálta a pluralista szituációt, a következő érveléssel: „A közakarat gyakran eltér az általános akarttól; ez utóbbi csak a közérdeket nézi, míg az előbbi a magánérdeket, s nem több a különös akaratok összegénél. De ha a különös akaratokból elveszünk azt, amiben az egyik több vagy kevesebb a másíknál, márdpedig ezen különbségek kölcsönösen megsemmisítik egymást, úgy a kívánás eredményeként az általános akarat marad fenn.” (ROUSSEAU 1978, Idézeteink a „Tévedhet-e az általános akarat?” c. részből valóak, 492–493.) Az egyéni akaratok és az általános akarat viszonyát egy tisztított átlag viszonyaként fogta fel, úgy, hogy ezáltal el lehet jutni az általános akarathoz, kizárva a pusztán a magánérdekek összegzését adó közakaratot. Ennek azonban nála két további konjunktív feltétele van: a népnek legyenek meg a szükséges ismeretei, s az egyének ne kommunikáljanak egymással, tehát befolyásmentesen, elszigetelten formálják meg saját véleményüket. Így lehetett a tisztított matematikai átlag mintájára kidolgozni a közvetítést az egyéni akaratoktól (*volonté de tous*) az *általános akaratig* (*volonté générale*), kikapcsolva a magánérdekeket néző közakaratot. Mert ha ez nincs meg, „ha egyesek ármányt szőnek, ha egy rész az összesség rovására szövetezik, akkor az ilyen szövetségek akarata általános lesz tagjaik és különösen az állam vonatkozásában, s azt mondhatjuk, hogy a szavazók száma nem annyi, mint az embereké, hanem csak annyi, mint a szövetségeké. Végezetül, amikor e szövetségek egyike oly nagy, hogy az összes többit maga alá gyűri, az eredmény már nem apró különbségek összege, hanem egyetlen különbség; akkor nincs többé általános akarat, s a felülkerekedő vélemény csupán magánszemélyek véleménye.

Hogy tehát az általános akarat hangot kapjon, az államon belül nem szabad kisebb társulásoknak létesülniük, és minden polgárnak csak a saját nevében szabad véleményt nyilvánítania.” (ROUSSEAU 1978, uo.) Ezt, a szövetségesedést, a pártosodást kellene elkerülni, a klasszikus úton járni, a genfi polgárok kisközösségi városállamában maradni, ahol az egyéni akaratokból áll elő az általános akarat, s nem torzítják el a folyamatot különös közvetítők, szövetségek. Ha azonban a rossz mégis bekövetkezne, s szerzőnk érzi, hogy ez reális veszély, mert kommunikálni, tapasztalatot cserélni s nyomában szöveteznie csak fognak, akkor egyetlen lehetőség marad: „Ha pedig léteznek az államnál kisebb társulások, úgy számukat szaporítani kell, és elejét venni közöttük az egyenlőtlenségnek (...)” (ROUSSEAU 1978, uo.) A pluralisan szervezett erők *egyensúlyát* kell ez esetben megcélzni, elkerülendő azt, hogy egy különös erő váljék általánossá. Íme a *gondolati megelőlegezése* a nemzetállamban szabadon szerveződő erőknek – természetesen anélkül, hogy az egyensúly valóságosságáról mindez önmagában meggyőzhette.

Szögezzük le: (1) és (2) kategoriális szerkezetének különbségét nem igazán látta Schmitt, hiszen (2) lehetőségét nem dolgozta ki. Ugyanis az általa használt „intenzitási fok” terminusban eltűnik az azonosság, különbség, ellentét, ellentmondás, antagonisztikus ellentmondás *kategoriális felépítettségének különbözősége*.

Bár (1) és (3) különbségét érzékelte, de nála a politikai mint a megkülönböztetés intenzitása az antagonizmus felől értelmeződik, anélkül, hogy a forradalmi/polgárháborús helyzettel – tárgyilag – állította volna szembe a kivételes állapotot, annak formális, kiszámítható jogszerűségét (s nem pusztán a jogtudományi és a szociológiai mozzanatok sematikus szétválasztásának helytelenségét vette volna számba).

A politikainak mint össztársadalmi szintű rendelkező erőnek a kérdése Schmittet nemcsak a kivételes állapot végső kérdésének megítélésében foglalkoztatta, hanem *a semleges hatalom államjogi tanaként* is. A *Der Hüter der Verfassung* (1931) problémafelállítás az volt, hogy a politikai küzdelmekben részt vevő felek közötti nézeteltéréseket, ha nem okoznak közvetlen alkotmány sértést, nem lehet az igazságszolgáltatás, illetve annak formakényszere útján eldönteni, hanem ezeket „vagy a különböző vélemények felett álló erősebb politikai hatalom, azaz egy magasabb rangú harmadik fél szünteti meg – aki azonban ekkor nem az alkotmány őre volna, hanem az állam szuverén ura; vagy egy nem fölé-, hanem mellérendelt szerv, azaz egy semleges harmadik fél simítja el, illetőleg oldja fel. Ez az utóbbi a semleges hatalom, a *pouvoir neutre et intermédiaire* értelme, mely nem a többi alkotmányos hatalom fölé, hanem mellé rendelt, egyúttal azonban sajátos hatáskörökkel és beavatkozási lehetőségekkel rendelkezik. Ha azt akarjuk, hogy ez ne pusztán a többi állami tevékenység kiegészítő mellékhatása legyen, s ezért egy különálló intézményt és fórumot kívánunk szervezni, melynek feladata, hogy biztosítsa a különböző hatalmi ágak alkotmányos működését és védje az alkotmányt, akkor egy hatalmi ágakat megkülönböztető jogállamban logikus, hogy e feladatot nem lehet a meglévő [értsd: hagyományos – Sz. P.] hatalmi ágak valamelyikére bízni. Ezzel ugyanis csak túlsúlyba kerülne a többivel szemben és kivonná magát az ellenőrzés alól, s ezáltal az alkotmány urává válna. Ezért szükséges a többi hatalmi ág mellé egy sajátos semleges hatalmat állítani, s különleges hatáskörök révén az előbbiekkal összekapcsolni és egyensúlyba hozni.” (SCHMITT 2000, 158.)

A Benjamin Constant-i eredetű *pouvoir neutre et intermédiaire et régulateur* államfői hatalmát Schmitt azokkal az alkotmányjogi katalógusokkal szerelné fel, melyek a monarcháknál vagy az államelnököknél a 19. században megvoltak (sérthetetlenség, a törvények szentesítése, kihirdetése, kegyelmezési jog, miniszterek és főtisztviselők kinevezése, a választott kamara feloszlátása). A semleges hatalom számára fenntartott ezen beavatkozási hatáskörök és előjogok az alkotmányos államban még ki kell hogy egészüljenek valamivel, ami a francia liberalizmus atyja, Constant – „aki a francia polgárságot ránevelte a parlamentarizmusra” – munkásságának utóéletéből észrevétlenül maradt: az államfő védő-óvó hatalmának, a *pouvoir préservateur*-nek a szükségességével.

Hogy alapozza meg Schmitt az államfő ezen hatalmát, s az ki és mi ellen védi meg a társadalmat? Schmitt itt saját leleményeként egy jellegzetes szétválasztási technikát alkalmaz, az *auctoritas* és a *potestas* fogalmának bevezetésével, mely distinkció felől érthetővé válik a kívánatos helyzet, melyben az államfő uralkodik, de nem kormányoz. „Az államfő semleges, közvetítő, szabályozó és védelmező szerepéről szóló tan gyakorlati értéke mindenekelőtt abban áll, hogy választ ad a kérdésre: mit jelent immár az államfő jogállása és mit jelentenek hatáskörei egy olyan polgári jogállam-

ban – legyen az akár alkotmányos monarchia, akár alkotmányos demokrácia –, ahol a törvényhozás egészében a két kamara feladata, az államfő által kinevezett miniszterek teljesen a törvényhozó testületek bizalmától függenek, az államfő maga mindenben miniszteri ellenjegyzésre szorul, s ennek folytán elmondhatjuk róla: *il régne et ne gouverne pas* (uralkodik – és nem kormányoz).” (SCHMITT 2000, 159.) Ez az a helyzet, melyet a németek azért nem értenek, mert szerintük az uralkodónak mindig ténylegesen uralkodnia kell és valódi kormánnyal rendelkeznie (Max von Seydel), hiszen, ha elvonnák tőle a kormányzás jogát, akkor semmi sem maradna uralkodásából. Márpedig Schmitt szerint marad: „az államfő a számára kijelölt hatáskörökön túl megjeleníti az állam egységének és egységes működésének *folymatosságát és állandóságát*. A folyamatosság, az erkölcsi tekintély és az általános bizalom alapján pedig egyfajta autoritással kell rendelkeznie, mely éppúgy hozzátartozik minden állam életéhez, mint a naponta aktívan gyakorolt hatalom és parancsadás. A semleges hatalom tana szempontjából ez különösen lényeges. Egyrészt azért, mert a semleges harmadik fél sajátos funkciója nem a folyamatos parancsadás és rendelkezés, hanem elsősorban a közvetítő, védelmező és szabályozó jellegű, s *csak szükséghelyzetben aktív tevékenység* (...)” (SCHMITT 2000, 159–160. Kiemelés tőlem – Sz. P.)

A *formális hatalom, az auctoritas*⁵ csak szükséghelyzetben, s végső, eszkatologikus értelmében aktív tevékenység, s normális esetben a semleges államfőnek nincs ilyen védő aktivitása. Ennyiben a normál forma és a kivételesség kettősségére alapozza Schmitt a *pouvoir préservateur* létének indokoltságát. Azonban az államfőnek nemcsak formális, hanem informális értelemben is van tekintélye, *potestasra* tehet szert, s e két mozzanat egységével alapozható meg különleges helyzete. „A 19. és 20. század legtöbb jelentős államfője megértette, minisztereivel szemben anélkül is háttérbe húzódhat, hogy veszítene tekintélyéből. Egy alkotmánytörvény nyilván éppoly kevésbé írhatja elő és követelheti meg azokat a személyes tulajdonságokat, amelyeket a *pouvoir neutre* szerepének tökéletes betöltése megkövetel, mint azt, hogy a birodalmi kancellár nagy politikai vezér legyen, aki maga határozza meg a politika irányvonalát.” (SCHMITT 2000, 160.) Látható, hogy az, amit egy alkotmánytörvény nem írhat elő, viszont a *személyes kvalitások informális hatalma révén előállhat*, szélesíteni fogja a *pouvoir neutre* szerepét. Nem kell folytatni a weimari alkotmány történetével, a nép által választott elnök erős legitimitációjával, a 48. alkotmánycikk és az alkotmány szilárd, nyugvó pólusát betöltő, a pluralisztikus koalíciós pártállamot az egész felől szem előtt tartó elnöki hatalom pozicionálásával.⁶ Schmitt, decizionista módszertana jegyében, a formális hatáskörök és struktúrák között és azok felől nézve megoldatlan és megoldhatatlan ügyekkel érvel akkor, amikor a Birodalmi Bíróság elnökének, Simonsnak a kormánnyal való 1928. decemberi konfliktusát akként jellemzi, hogy formálisan, tehát a pozitív jog oldaláról, mondjuk egy telekkönyvi bíró szemszögéből nézve, nincs joga a Birodalmi Bíróság elnökének az államelnökhöz fordulnia, mert ez nem felel meg az alkotmánynak, amely nem ad hatáskört a konfliktus elbírálására az államfőnek. „Valójában, ha válaszában az elnök, annak kijelentése mellett, hogy »alkotmányos okok-

⁵ Az *auctoritas* jelentése feltehetően megegyezik az *autoritás*sával, az utóbbi az első, eredeti latin szónak a modernebb latin nyelvek hatására kialakult változata.

⁶ Schmitt itt maga mellett idézi Franz Neumannt is: „A birodalmi gyűlési választásokon érvényes arányos választási szabályok és a pártok ebből adódó nagy száma ahhoz vezetnek, hogy a birodalmi kancellár a koalíció embere lesz. Éppen ezért különösen erős igény mutatkozik majd egy olyan személyiség iránt, aki az egészet tartja szem előtt.” (SCHMITT 2000, 160.)

ból nem tekinti magát jogosultnak a panasz formális elbírálására«, mégis állást foglal az ügyben és a kormánynak ad igazat, egyúttal azonban személyes előzékenységből válaszol a Birodalmi Bíróság elnökének, ezzel megfelel az államfő semleges, közvetítő, szabályozó és védelmező jogállásáról szóló helyes felfogásnak, s eljárását ez az elmélet megmagyarázza és igazolja. Ezzel egyúttal elesik az a gyakori kritika is, hogy az elnök időnként kancellári ellenjegyzés nélküli személyes levelekkel és más megnyilvánulásokkal beavatkozik az események menetébe.” (SCHMITT 2000, 161.)

A *pouvoir neutre* nem formális hatalmának bemutatásával érkeztünk el arra a módszerrel közös pontra, ahol a *makro- és mikroszint a decizionizmus közös gondolati alapjaként összeér, egybeesik*: a döntés alanyának, szubjektumának – személyes kvalifikációi, informális *potestas* révén – önálló jelentősége lesz a döntés, a szerep formális-jogi, normatív hatalmához, autoritásához képest. A két mozzanat egységben van – mint ezt Schmitt a *Leviatán* 26. fejezetén keresztül bizonyítja (SCHMITT 1992, 17) – de nincs autoritás *potestas* nélkül. A görög *crisis* eredendően válságos állapotot, határhelyzetet jelentő latin átíratából, a *decisió*ból ered a „decizionizmus” terminus. Az a meghatározott álláspont, amely az állam- és politikaelméleti, alkotmányjogi témákat – immáron nem a szociológiai tényszerűség és a jogtudományi normativitás módszerdualizmusára építve, hisz a normativitás igénye nem illeti meg a határhelyzetekben hozandó döntéseket, az egzisztenciális ontikus értelmű kivételességét – módszerrel egyesíti a jogelmélet jogalkalmazásra vonatkozó problémáival. Van amikor ezt a „jogi fogalmak szociológiájáról” beszélve teszi (SCHMITT 1992, 19), máskor a „jogász tudományos gondolat”-ról (SCHMITT 1992, 17) vagy a jogtudományi gondolkodás fajtáiról ír (SCHMITT 1934, passim), miközben közel sem *intentio reflecta*, hanem *intentio recta*, nem jogtudományi, hanem jogi kérdéseket vizsgál.

A jog a szuverén döntése, mint Austinnál, s ezzel a makro- és mikroszintű jogi döntések közös alapon válnak elemezhetővé.⁷ Vessük össze Austin 1859-es, Schmitt két világháború közötti és Hart 1961-es álláspontját. Austinnál a jognak azért van autoritása, mert imperatív képződmény, megparancsolják. Hartnál nem attól kötelez, mert parancsolják, hanem attól, hogy a szabályok megfelelnek – autoritatív kötelezés nélkül vagy azzal együtt is – a körülményeknek, a társadalom elvárásainak és nyomásának. Schmittnél nem csak és elsősorban nem is ezért van a jognak autoritása, mert imperatív képződmény, *hanem a szellemi erő ad tekintélyt a döntésnek – a joghatóság formális mozzanatán túl és amellett*. Austinnál tehát az autoritás imperatív jellege, Hartnál a kényszerítő erő szociológiai megalapozása, Schmittnél pedig képességként, szellemi erőként való felfogása az *übergreifendes Moment*, a túlsúlyos mozzanat. Mindenesetre, idealista, etizáló természetjogászok felfogása ellenére, a legalitás vizsgálatában aligha kerülhető meg az autoritás-mozzanat, mert nélküle a jog *érvényessége* sem alapozható meg. Schmitt decizionizmusa az autoritás két összetevőjének – az autoritásnak és a *potestas*nak – egységében mutatja fel a jogalkotásban, a jog regulatív funkciójában és a jogalkalmazásban, konfliktusfeloldó,

⁷ Rejtett kelsenizmus, hogy a joglépcső elméleti leleménye – minden normatív aktus a magasabb szint felől nézve pusztán jogalkalmazás, a saját szintjéről tekintve azonban alkotás – a Kelsen-ellenes Schmittnél decizionizmusként lép előnk: hiszen a jogalkotás is és a jogalkalmazói döntés is a szuverén parancsa (ti. szuverén módon dönt el egyedi, konkrét jogvitát a bírói ítélet). Talán csak azt tehetnénk hozzá, hogy *még szuverénabb*, ha a bíró döntését nem normatartalom alapján hozza meg, hanem a joghézag kitöltéséhez keresi meg és vezeti be a döntési alapot. Ez éppen a bíró alkotta jog esete, noha közel sem bír a normatív aktusok érvényességének általánosságával.

döntési funkciójában egyaránt jelen lévő érvényességi összetevőt. Nem szerencsés azonban, hogy ezt nem a funkcionáló jogrendszerek tárgyi tulajdonságaként kezeli, hanem a jogtudományi, jogászai gondolkodással kapcsolatban írja – holott a jog autoritatív jellegét a nem-decizionista típusú jogfelfogások is elismerik (hegeli, marxi, kel-seni, pragmatista, skandináv realista stb.).

A *Politikai teológia* Schmittje szerint két típusa létezik a jogászai tudományos gondolatnak, aszerint, hogy „milyen mértékben befolyásolja őket a jogi döntés normatív sajátossága” (SCHMITT 1992, 17). Hobbes a decizionista típus képviselője, a hatalom és az igazság antitezisének klasszikus megalkotásával: *Autoritas, non veritas facit legem*. Ez radikálisabb és pontosabb meghatározás Schmitt szerint, mint az autoritás és a többségi elv ellentétének F. J. Stahl-féle megoldása (ahol feltehetőleg az „Autorität nicht Majorität”-re gondol), mert „Hobbes is döntő érveket hoz fel az ilyen fajta decizionizmus és perszonalizmus összefüggése mellett, és minden kísérletet elutasít, mely a konkrét állami szuverenitás helyére absztrakt érvényű rendet akar állítani. Vitatta azt a követelést, hogy az állami hatalom rendelődjék a szellemi hatalom alá, mivel az utóbbi magasabb szintű rendet jelent.” (SCHMITT 1992, 17.)

Schmitt Hobbesra visszanyúlva vitatja, hogy létezne egy szellemi rend, erő, amelyet objektíve, *személytől függetlenül* – „Zurechnungspunkt”-ként – *be lehetne számítani*. Ezzel tagadja az arisztotelészi eredetű hagyományt, a törvényesség formális értelmét, amelyben a törvény személytelen rendjének, s nem egy személynek kell uralkodnia. („A törvény uralkodjék, s ne az ember.”)⁸ A hatalom *potestas* összetevője perszonalista, mert „létezik jogi valóság és élet”, amely nem természettudományos értelemben objektív. A jogi gondolkodás sem hagyhatja figyelmen kívül „a jogi normának a jogi formában megtalálható specifikus valóságát. A forma, amit ő keresett, a konkrét és meghatározott hatalomtól eredő döntésben rejlik. A döntés önálló jelentőségén belül a döntés alanyának önálló jelentősége van – függetlenül a tartalom kérdésétől. A jogi élet valósága számára az fontos, hogy ki dönt. A tartalmi helyesség kérdése mellett ott van az *illetékesség* kérdése is. A jogi forma problémája a döntés alanyának és tartalmának ellentétében s az alany önálló jelentésében rejlik. Nem rendelkezik a transzcendentális forma a priori ürességével, mivel éppen a jogi konkrétból keletkezik. Nem is a technikai pontosság formája ez, mert az lényegileg tárgyi és személytelen célzatos érdekeket hordoz. És végül nem lehet az esztétikai alkotás formája sem, mivel az nem ismeri a döntést.” (SCHMITT 1992, 18.)

Milyen érveket talál Carl Schmitt elmélete gordiuszi csomójának számító axiómájához, mely szerint: „A döntés önálló jelentőségén belül a döntés alanyának önálló jelentősége van – függetlenül a tartalom kérdésétől.” [Emelhetjük ki kardinális tételét a fentebbi idézetből]. Előrebocsáthatjuk: az igaz és a hamis érvek egész komplexumát találjuk szerzőnkél.

Abban áll az alany önálló jelentősége, hogy vannak *kivételes helyzetek, amelyek a normativitás alá besorolhatatlanok*, s ekként minősítésük nem vezethető le normatartalomtól. Hisz, mint Robert von Mohl mondotta, „jogi értelemben csak akkor beszél-

⁸ Ha az objektív, személytelen törvény és az uralkodó személy viszonyát úgy tételezzük, hogy az első negatív, a második viszont pozitív értékű, akkor Schmittnek adhatunk igazat, hisz miért lenne jobb egy zsarnoki törvény rendje, mint egy felvilágosult uralkodóé. Ha viszont egyaránt jó, vagy egyaránt rossz törvényt és uralkodót feltételezünk, tehát azonos szintűeket, akkor valószínűsíthetően az arisztotelészi követelmény az igaz, mert ez esetben a törvény rendje még mindig kiszámíthatóbb, mint az uralkodó hatalma, amennyiben egy személyhez való alkalmazkodás problematikusabb, mint egy jogrendhez.

hetünk döntésről, ha az teljes egészében a norma tartalmából vezethető le” (SCHMITT 1992, 1). Ez azonban csak a jogállami liberalizmus és pozitívizmus illúziója, amely szerint, tehetjük hozzá, még joghézagok sincsenek, s amely félreértelmezi a döntés jelentését. Schmitt a szó szoros, tárgyi értelemben vett jogalkalmazást jogelméletileg, szisztematikusan a *Politikai teológiában* nem vizsgálta, ámbár annak természetéről másutt elszórt, nem is mindig ellentmondásmentes megjegyzéseket tett. Ugyanakkor a döntés önálló jelentőségéről vallott nézetei egyértelműsíthetőek, álláspontja az igazságszolgáltatásra vonatkozóan is rekonstruálható, mégpedig a következőképpen: A normákhoz kötött igazságszolgáltatás tényszerű besorolást, szubszumpciót tesz lehetővé. Ezek a besorolások tartalmuk szerint nem kétségesek és nem vitatottak. „Minden igazságszolgáltatás normához kötött, és ott ér véget, ahol a normák maguk is tartalmukban kétségesek és vitatottak lesznek” – szól egyik plasztikus megfogalmazása, a *Hüter der Verfassungban* (SCHMITT 1931, 19). Voltaképpen, ha a dolog így festene, azt mondhatnánk, hogy szerzőnk számára az igazságszolgáltatás – a jogelmélet mai nyelvén szólva⁹ – *mindig egyszerű esetekből áll, s a nehéz eseteknél át kellene lépniük az igazságszolgáltatás területéről a decizionizmus terepére. Egyszerű eseteknél, ahol nincs szó jogkérdésekről, a jogi minősítés problémájáról, legfeljebb az eset megítélésének tényálladéka, ennek feltárása és bizonyítása jelent nehézséget a perben.*¹⁰ Másutt azonban ezekre az egyszerű esetekre nézve is érvényesnek szánt, ellentmondó kijelentést tesz: „Minden döntésben, még egy tényállásszerűen besoroló, pert eldöntő bíróságában is rejlik egy olyan tiszta döntési elem, amely nem vezethető le a norma tartalmából.”¹¹ (SCHMITT 2000, 45–46.) A normatartalomból nem következő *tiszta döntési elem* bevezetése tehát érvelése ugrópontja – de mit értünk ezen? A normától független *kivételesség-egyediség jelenlétét* (mondjuk a „fán nem nő két egyforma levél” értelmében), amely átvinné a problémát a joghézagok és nehéz esetek világába, noha ezt Schmitt maga nem mondja; vagy pedig azt, hogy az ún. egyszerű, nem nehéz esetekben is van olyan tiszta döntési elem, amely a norma alá történő besorolást nem teszi automatikussá, hanem a jogalkalmazótól szellemi erőfeszítést, képességet kíván. Szövegeiből nem igazán rekonstruálható, hogy *mai*

⁹ A nehéz ügyekben a szabályok alapján el nem dönthető, de más magatartásmintákkal (elvek, politikák) megítélhető jogi érvelésekkel és igazolási eljárásokkal behatóan foglalkozott Ronald Dworkin híres munkája, az 1977-es *Taking Rights Seriously*. A magyar jogelméletben szemantikailag kidolgozott, színvonalas felfogást érvényesít Györfi Tamás, amikor – könyve „Nehéz esetek” című fejezete 1. részének 2. pontjában – az egyszerű eseteket elválasztja a részlegesen szabályozottaktól és a szabályozatlanoktól, melyek bizonyos feltételek mellett jelentik a joghézag problémáját (GYÖRFI 2001).

¹⁰ Nem jogász olvasóink számára vegyünk egy ilyen *egyszerű*, az életben gyakori, de jogelméletileg konstruált jogesetet, egy autólopást, ahol a lopás törvényi tényállása a magyar Büntető Törvénykönyvben a következő: „Aki idegen dolgot mástól azért vesz el, hogy azt jogtalanul eltulajdonítsa, lopást követ el.” 316. §.(1) Az idegen dolog elvételének megfelel az autó birtokba vétele, s a corpus elem semminemű besorolási, minősítési problémát nem jelent, mint ahogy e bűncselekmény elkövetésének az a jogi eleme sem, hogy a szándéknak, az animusnak ki kell terjednie az eltulajdonításra. Ha nem eltulajdonítás végett vitték el az autót – mondjuk csak használatba, „kölcsonbe” vették – akkor nem kocsit, csak kocsihasználatot loptak. (Például „elkötötték”, de visszaviszik. Erre az esetre alkotta meg a jogalkotó „a jármű önkényes elvétele” tényállást.) A törvényi tényállás egyik mozzanatával kapcsolatban sincs jogi minősítési probléma. Legfeljebb a *tényállás bizonyítása* okozhat nehézséget a bírásokodásban, nevezetesen az, hogy a szándékmozzanat milyenségére többnyire csak a körülményekből következtethet a bíróság.

¹¹ Ha ezen Schmitt azt értené, hogy a döntésben, mondjuk a büntetés kiszabásban individualizáló célszerűség lenne, és/vagy a *ius strictum* és a *ius aequum* feszültségének feloldása mindenkor bírói mérlegelés, ítélőerő kérdése, akkor érvelése ki is állná a szakkritika próbáját. Azonban nála a probléma artikulálatlan marad, tehát nem erről van szó.

kérdésfeltevésünk szempontjából az egyszerű esetet is, vagy csak a joghézagot és a nehéz esetet illeti-e meg a „tiszta döntési elem” jelenléte, ami a bíró ítélőerejét igényli a szubszumpció vonatkozásában.¹²

Az azonban bizonyos, hogy Schmittnél a kivételesség – az általunk bevezetett elméleti megkülönböztetések nélkül – mikroszinten is megáll, holott voltaképpen csak a joghézag értelmét kellene kapnia. A joghézag valóban kiküszöbölhetetlen, legfeljebb előrelátó szabályozással egy meghatározott minimumra szorítható, s mivel a jogalkalmazásban döntési kényszer van – a bíró nem mondhatja, hogy sajnálja, mivel joghézag áll fenn, nem dönti el a jogvitát –, a hézag kitöltésével, döntési alap keresésével és megtalálásával (*Rechtsfindung*) a döntést hozó alanynak önállósága van. Azt, hogy a kivétel fontosabb lehet, mint a szabály, Schmitt, jelentős gondolkodóhoz méltóan, filozofikusan is alátámasztja, Kierkegaard gondolatát idézve: „A normális semmit, míg a kivétel mindent bizonyít, és nemcsak megerősíti a szabályt, hanem maga a szabály léte is kivételből táplálkozik. A kivételben a valódi élet a folytonos ismétlődések során megmerevedett mechanizmus kergét törí át. ...A kivétel megmagyarázza önmagát és az általánost is, s ha valaki az általánost akarja tanulmányozni, akkor a kivételt kell keresnie. Abban minden sokkal világosabb, mint az általánosban. Hosszú távon eltérünk az általánosról szóló fecsegéssel, pedig vannak kivételek. Ha azokat nem tudjuk megmagyarázni, a szokásost sem értjük. Mivel a hétköznapi dolgokra nem szenvedélyes figyelemmel, hanem csak kényelmes felszínességgel gondolunk, nem vesszük észre általában a nehézségeket. Ezzel szemben a kivétel szenvedélyes figyelmet fordít az általánosra.” (Sören Kierkegaard: *Az ismétlés* című munkájából idézi SCHMITT 1992, 7.)

Nem lehet tehát norma alapján értelmet adni, jelentést találni a faktikus helyzeteknek, mert a kivételesség – egyedi, egyszeri, megismételhetetlen – jellegében „a valódi élet a folyamatos ismétlődések során megmerevedett mechanizmus kergét törí át”. A kivételesség, feltehető ideáltípusú értelme szerint, a létszerűséget és az újítást hordozza a szabályossal, a normálissal szemben, aminek következtében a jogalkalmazás folyamatába tiszta döntési elem kerül. Az újítás értelmét hordozó létszerűség pedig felfogásában tematikailag reflektálatlan, ontikus – nem pedig ontologikus, kell rámutatnunk –, mert nem a lét, levés folyamatában keletkező konkrét létező, amely reflektálható. A tiszta döntési elem, melyet a kivételesség alapoz meg, vagy a kivételesség létszerű, egyedi, egyszeri, megismételhetetlen jellegére alapozódik, vagy pedig a létszerű fogalmilag artikulálatlan – vélt vagy valós – természetű áll mögötte. Ez az, ami miatt „a kivételes állapot a jogtudományban hasonló jelentéssel bír, mint a csoda a teológiában” (SCHMITT 1992, 19). A hegeli ontológiától az „életszerűség”; a „történelmi konkrétság”; az „egzisztenciális értelműség” felfogásában tér el Schmitt, mégpedig az egzisztenciálifilozófia irracionálizmusa irányába mozdulva. Hegelnél a kategóriák – a szerző objektív idealizmusa következtében, némi logicizmussal megterhelt – egzisztenciameghatározások. Ezekkel és a modalitáskategóriákkal az „új” levezethető a régi elemek variációi, kombinációi, és/vagy az alap-következmény viszony megváltozása

¹² További kibontása ennek, ahogy a *Politikai teológiában* a jogi gondolkozás sajátosságaként jellemezve Hugo Krabbe-val szemben érvelt Schmitt: „Minden értelmezés *auctoritatis interpositio* [személyes tekintély közbeiktatása – Sz. P.] is egyben. Egy jogítélet jogi minőségéből önmagában még nem vezethető le egy-értelműen, hogy ki az a magánszemély vagy hatóság, aki vagy amely ezzel az autoritással rendelkezhet.” (SCHMITT 1992, 16.)

következtében.¹³ Az egzisztenciálfilozófiai értelmű egyediség, kivételesség – amely az újítást hordozza – viszont nem levezethető. Nincs olyan alap, amelynek következményeként mutatkozna, ezért fogalmilag megragadhatatlan, kielemezhetetlen – decíziót igényel. Tulajdonképpen normalogika és ontikusság feszültségét állítja elő ezzel Schmitt, ahol most már azt mondhatjuk, hogy vagy azért nem lehet norma alapján értelmet adni, tulajdonítani a létszerűnek, mert az tagolatlan, artikulálatlan természetű, vagy pedig a konkrét egyediség rossz végtelenségben széteső természete miatt. A decízió feladata módszertani oldalról tehát az, hogy kitöltse a *hiatus irrationalis* tételezte űrt. A létfolyamat egzisztenciálfilozófiai felfogása és a fogalom- és normaalkotó gondolkodás meg nem feleltethetőségéből ered a decizionizmus: a normatív semmi lokalizálása *utáni* problémamegoldások. Schmitt elvont racionalizmusa azért és annyiban csap át a *hiatus irrationalis* felmutatásánál irracionalizmusba, mert nem teszi fel magának a kérdést: ha decízióval kell kitölteni az űrt, milyen e decízió természete? Tehát se fogalmilag, se tapasztalatilag tovább nem elemezhető végső adottságnak fogja fel a tiszta döntést. Mi viszont, a jogelmélet szaktudományos síkjának bekapcsolása mellett, rá kívánunk mutatni arra is, hogy filozófiai-világnézeti motívumok akadályozzák szerzőnket abban, hogy túlléphessen elvont racionalizmusán.¹⁴

Mindez radikális elméleti szakítást jelent Schmitt 1912-es, még neokantiánus előfeltevésekkel dolgozó munkájához, a jogi praxist vizsgáló *Gesetz und Urteil*hez képest, mert ott a jogot még a norma és a döntés egységeként értelmezte. A *Politikai teológiában* és az utána következő munkáiban, melyekben a norma (jogrend) és a döntés (rend) viszonyát problematizálta, megszűnik ez az egység, s a két mozzanat elválasztásával teret nyit a bíró számára is, hogy – a bemutatott makroszintű társadalmi összefüggéseken túlmenően (tétélezett törvényhozó hatalom; polgárháborús helyzetek; rendkívüli állapot) – normatív, a pozitív jogi semmin alapuló döntést, épp ezért politikai decíziót hozzon (láttuk: átfogóbban, nemcsak a joghézag kitöltése értelmében). A kivételességen túl tehát a normálformájú – normatartalomtól függő – döntés esetét is ezzel a saját módszertannal problematizálja Schmitt. Álláspontját egyfelől szakkritikai, másfelől világnézeti szinten kell értékelnünk. Valóban nem lehet mindig a norma a mérték, mert csak a tömeges-tipikus esetekben – ha tetszik a normálformánál – oldható meg az életbeli tényállás norma alá történő besorolása, szubszumpciója. Amikor a jogi norma a döntés mértéke, a norma akkor is a különöség-tipikusság szintjén mozgó absztrakció, egyneműsítés, ezért a módszertani individualizmus egyedi konkrétumokat behozó érvelésével ezek a helyzetek is problematizálhatók. Mindazonáltal, szemben Schmitt-tel, a jogalkalmazás jogelméletében kevesen gondolják, hogy a lét-

¹³ Arra gondolunk, ahogy *A logika tudománya* a modális kategóriákat és az alap-következmény viszonyt tárgyalja. Egyrészt a formális és a reális alap szintéziseként áll elő az új, teljes alap. „Ez az alap és feltétel által közvetített és a közvetítés megszüntetése által magával azonos közvetlenség az egzisztencia.” (HEGEL 1979, 88.) A modális kategóriák szempontjából pedig Hegel a pusztán absztrakt lehetőségtől az esetlegességen, sporadikus megvalósuláson át a reális lehetőség és a szükségszerűen kibomló folyamatokig keletkezeti az újat (HEGEL 1979, 150–163). Öntevékeny, teremtő alap következményeként.

¹⁴ Mindez érthetővé válik Szigeti József műve alapján (SZIGETI 1991). *Ismeretelméletileg* ugyanis pozicionális irracionálisat elismerhetünk magunk is, mert a megismerésben fogalmilag még feltáratlan – de nem elvileg feltáratatlan –, megmagyarázatlan helyzetek gyakran adódnak. A megismerés folyamatszerű, sohasem teljesen lezárt mozgás. *Az igazságszolgáltatásban azonban* nem az ismeretelméletileg igaz-hamis problémáját kell a jogalkalmazónak megoldania a *hiatus irrationalis* helyzetében, hanem a *jogos – jogalap nélküli – jogtalan triád szempontjából* kell szakmai tudása, tapasztalata alapján mérlegelni és értelmeznie e hiástust. E szempontok különbsége nem jelenik meg Schmittnél sem a létszerűség-kivételesség elemzésében, sem a döntés alanyának önállóságában.

szerű konkrétság egyediségben szétfutó szintje miatt ne következhetne olyan döntés, amely – a létező, a társadalmi cselekvések artikuláltsága következtében – a norma tartalmából, pozitív jogi jogtételekből megalapozottan levezethető. Nem mechanikusan és automatikusan, hanem a jogalkalmazás műveleteinek és szakaszainak, továbbá a jogértelmezésben bevett jogász érvelés jogtechnikáinak segítségével, ami miatt évszázadok óta a munkamegosztás külön ágát képező szakma végzi és végezheti csak el ezt a jogszolgáltató feladatot. Logicisztikus-filozofikus szinten egy deontikus normalogika és egy tematikailag reflektálatlan ontikusság feszültségét azonban mindig elő lehet állítani. Ez Schmitt fő fegyvere, amely hatásos is. Ezen a filozofikus szinten és ez esetben azonban el kell vonatkoztatni a szakszerűség – a koncentrált tapasztalat és képzettség – problémamegoldó képességétől, ami nála implicite, a deciziófogalom vélelmezhető tartalmaként akár jelen is lehetne. Erre azonban nem törekszik. A decizióban épp ezért eltűnik, hogy a normálforma nem azonos természetű a kivétellekkel: nem keverhető össze a *joghézaggal*, amely objektíve és szubjektíve egyaránt előáll és megalapozható, és az ún. *nehéz esetekkel*. Schmitt a három problémát túl közel vitte egymáshoz, sőt, együtt kezelte – s ez nem elégséges, noha a jogot dogmatikusan, logikai jelentésalakulatként felfogó módszerdualizmussal és a törvényozítívizmussal szembeni érvei gyakran meggyőzőek. Későbbi felvetése megfelel annak, hogy a pályája elején jogfilozófusnak indult Schmitt problémái megváltoztak, s egyre inkább alkotmányjogásszá és politológussá vált. Az alkotmányjog eminensen az a terület, ahol a jog a leginkább politikai természetű: normatív és intézményteremtő funkciói mellett a legitimációs funkció legalábbis nem marad és maradhat el. Ezért aztán világnézeti posztulátumokat is látnunk kell abban, ahogy a jogalkalmazói döntés jogi motívumai mögött jöhetnek kívüli motívumok is előtérbe, s a politikai (joghoz képest meglévő) autonómia aspektusát akkor is behozza, amikor ez félrevívó, s amikor – mondjuk – a német nép jogérzékére hivatkozik. Két 1934-es tanulmányából jól érthető, miért és hogyan teszi ezt.

Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens című munkájában a jogtudományi gondolkodás három, elvileg egyenértékű formájával meg akarja oldani azokat a problémákat, fel akarja számolni azokat a paradoxonokat, melyeket fentebb bemutattunk. Nem elégséges ugyanis, hogy elválasszuk a *rendet mint normatív állapotot*, melyet a szabály- vagy törvénygondolkodás típusa képvisel (*Regeln- oder Gesetzdenken*) a *konkrét döntéstől*, melyet a döntési típusú gondolkodás (*Entscheidungsdenken*) reprezentál, mint ezt eddig tettük, hanem az is szükséges, hogy a felmutatott nehézségeket egy magasabb egység oldja fel. Pethő a pályakép szempontjából ezt így jellemzi: „A konkrét rend és a decizió összekapcsolása a rendező gondolkodásban annak a *Politische Teologie* koncepciójában még csak elvontan benne rejlő következménynek az aktualizálásával jár, melynek nyomán a rendfogalom sajátosan megkettőződik. A rend a *Drei Arten*-ben már egyaránt jelenti a döntés által megteremtendő, illetve a maga valóságos konkrétságában adott rendet. A rendezés (mint döntés) és a rend (mint megteremtendő állapot) között a kettő intelligibilis azonos neműségének (Artgleichheit) belátása teremti kapcsolatot. A rendező akarat (voluntas) így a normához képest szükségképpen irracionális tényezőként tételeződik.” (PETHŐ 1993, 156.) Ezen a ponton azonban – mivel Pethőtől eltérően elsősorban nem hatástörténeti összefüggéseket keresnénk, vagy éppen Schmitt szinkretizmusát mutatnánk fel (PETHŐ 1993, 156–157) – arra kell rámutatunk, hogy a konkrét rendelkező gondolkodás (*konkretes Ordnungsdenken*) révén elérhető szintézis jogelméletileg azt a reális problémát

fejezi ki, hogy egy jogrendszer *legfontosabb jogrétege mindig a konkrét jogviszonyok szintje*. Az, ahol az absztrakt, jogszabályok által előírt jogviszonyokat *jogi tények közbeiktatásával* a bíróságok, a hatóságok vagy éppen a magánfelek konkrétá teszik, specifikálják és individualizálják, hogy ezáltal a jogalanyok magatartását alanyi jogi jogosultságokként, kötelezettségekként szabják meg; konkrét jogviszonyokat keletkeztessenek, módosítsanak vagy szüntessenek meg. A Schmitt által nem használt fogalom jól megvilágítja azt a tárgyi problémahelyzetet, amelyre megoldást kínál a konkrét rendelkező gondolkodás – éppen ellentétesen a kelsen-i módszertisztasággal, amely a jogból a szociológiai, világnézeti, politikai és morális elemeket igyekezett szisztematikusan kikapcsolni. A konkrét rendelkező gondolkodás megalapozása nemcsak az állam belső társadalmi állapotait kifejező belpolitikai szükségletekkel történik, mint ezt még Schmitt a *Legalitás és legitimitás*ban a törvényhozó-, az igazságszolgáltató-, a kormányzó- és az igazgató állam megkülönböztetésével tette (SCHMITT 1932, 7–19),¹⁵ hanem állami és belpolitikai tendenciájától némiképp *távolítva, világnézeti értékválasztásának megfelelően jogiasíthatja felfogását*. A konkrét jogviszonyok valószínűsége, igazsága ezen a ponton keveredik össze retrográd, hamis értékválasztásaival. Ugyanis Schmitt a konkrét rendelkező gondolkodást az életforma rendjével, a nép jogérzékével, szokásjogi rendjével és a karizmatikus vezér nagyszerűségével egyaránt alátámasztja. A decizionizmus ezen a ponton már nem módszertanilag megalapozott hézagkitöltésnek, hanem sokkal inkább elrejtett természetjognak vagy jogpolitikának mutatkozik – számunkra nem túl vonzó tartalmakkal.

Ebben a megalapozásban kap szerepet az, hogy az alkotmány mindig egy nép politikai döntése – ami az oktrojált alkotmányozás eseteit kivéve igaz is –, de az is, hogy felfogásában a konkrét rendelkező döntés alapja, tehát a legfontosabb jogréteg nem vezethető vissza sem a liberális társulásra (konszenzuselméletekre), sem a hipotetikus alapnormára (Kelsen logikai pozitívizmusára), *sem a társadalmi-gazdasági alakulatokra* (a marxista szocializmus társadalmiságfelfogására), *hanem más természetű*. Egyszer a *Gemeinschaft* szokásjogán, másszor a német nemzet individuális szupermáciáján alapul, amikor „a német állam rendelkezett azzal az erővel és akarattal, hogy különbséget tegyen a barát és az ellenség között” (SCHMITT 2002b, 231), vagy „amikor [a Führer] a veszély pillanatában vezéri erejénél fogva legfőbb bíróként közvetlenül jogot teremt” és kijelenti: „Ebben az órában én voltam a felelős a német nemzet sorsáért és ezzel én lettem a német nép legfőbb bírója.” Az igazi vezér mindig bíró is. A bírói mivolt a vezérség folyamánya, teszi hozzá a jogtudós (SCHMITT 2002b, 228) – alighanem a *konkretes Ordnungsdenkenre* gondolva. A jogelmélet művelője mellett azonban a nemzetközi jogász is racionalizálja a helyzetet, amennyiben megmagyarázza, hogy az állam egységét – amely tehát itt a hatalommegosztás hiányának kontextusában áll – a külső és a belső szuverenitás egysége képezi. Ahogy az állam nemzetközi jogi vonatkozásban az ellenség megnevezésével dönt a *ius ad bellum*ról, azonképpen belül, a vezér-bírónak kell eldöntenie, hogy ki az ellenség. A monarchikus állameszmény (Bodin, Hobbes, Donoso Cortés) és az alkotmányos monarchia

¹⁵ Schmittet már korábban is foglalkoztatták a jog különböző szintjei, megjelenési formái. Így a zárt legalitásrendszeren alapuló törvényhozó állammal, melyen a politikai közösség meghatározott formáját értette, szemben áll egy másik, konstruált ideáltípus (államforma): „Az igazságszolgáltató állam jellegzetes kifejeződése a *konkrét eseti döntés*, melyben a helyes jog, az igazságosság és az ésszerűség közvetlenül – előre meghatározott általános normák közvetítése nélkül – nyilvánul meg, s ezért nem merül ki a pusztán legalitás normatívizmusában.” (SCHMITT 1932, 8.)

(Constant) legitimációs mintái érvényességének fenntartása egy antipluralisztikus és szocialistaellenes perspektíva jegyében – hiszen a szubsztanciális, erkölcsiségtől és igazságosságtól elválasztott semleges legalitás jogállami eszméje lerombolta, s tulajdon ellenségeinek szolgáltatta ki a német államot – már megalapozta, hogy 1934-re „a Führer oltalmazza a jogot”.

Értékelkötelezettségünk szerint kívánatosabb, hogy a jog oltalmazzon minket; továbbá ne a vezér, hanem az igazságszolgáltatás kezében legyen a konkrét jogviszonyokról való döntés – legalábbis stacioner társadalmi állapotainkban.

IRODALOM

- Cs. Kiss Lajos 2002. Egy keresztény Epimétheusz. In SCHMITT 2002. 241–286.
- GYÓRFI Tamás 2001. *Az alkotmánybíráskodás politikai karaktere*. Budapest: INDOK.
- HEGEL, G. W. F. 1979. *A logika tudománya*. I–II. Ford.: Szemere Samu. Budapest: Akadémiai.
- LUKÁCS György 1978. Carl Schmitt. In *Az ész trónfosztása*. Budapest: Magvető. 583–593.
- PACZOLAY Péter 1992. Bevezetés. In SCHMITT 1992.
- PETHŐ Sándor 1991. Folytonosság és megszakítottság Carl Schmitt államelméletében, 1910–1933. Kandidátusi értekezés tézisei. Budapest.
- PETHŐ Sándor 1993. *Norma és kivétel. Carl Schmitt útja a totális állam felé*. Budapest: MTA Filozófiai Intézet.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques 1978. A társadalmi szerződésről. In *Értekezések és filozófiai levelek*. Ford.: Kis János. Budapest: Magyar Helikon–Európa.
- SCHMITT, Carl 1912. *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*. Berlin: Otto Liebmann.
- SCHMITT, Carl 1928. *Verfassungslehre*. München–Leipzig: Duncker & Humblot.
- SCHMITT, Carl 1932. *Legalität und Legitimität*. München–Leipzig: Duncker & Humblot.
- SCHMITT, Carl 1934. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg: Hanseatische.
- SCHMITT, Carl 1985. A pluralizmus mint az állam felbomlásának elmélete. Ford.: Bayer József. In Bayer József – Hardi Péter (vál.): *Pluralizmus*. 128–133. Budapest: Kossuth.
- SCHMITT, Carl 1992. *Politikai teológia*. Ford.: Paczolay Péter. Budapest: ELTE ÁJK.
- SCHMITT, Carl 2000. Der Hüter der Verfassung. Tübingen, 1931. Ford.: Cserne Péter. In Takács Péter (szerk.): *Államtan*. Kézirat. Budapest.
- SCHMITT, Carl 2002. *A politikai fogalma. Válogatott politika- és államelméleti tanulmányok*. Ford.: Cs. Kiss Lajos. Budapest: Osiris – Pallas Stúdió – Attraktor.
- SCHMITT, Carl 2002b. A Führer oltalmazza a jogot. In SCHMITT 2002.
- SZIGETI József 1991. *Racionalizmus és irracionizmus dialektikája*. Budapest: Akadémiai.
- SZIGETI Péter – TAKÁCS Péter 1998. *A jogállamiság jogelmélete*. Budapest: Napvilág.
- TOKODY Gyula – NIEDERHAUSER Emil 1972. *Németország története*. Budapest: Akadémiai.