

Pokol Béla

Jegyzetek Hans Kelsen és Carl Schmitt vitájához

A weimari Németország szellemi és politikai küzdelmeiben alakító módon lépett fel mind Hans Kelsen, mind Carl Schmitt, és kettejük szembenállása és vitája sok szempontból mintegy kristályosodási pontként is szolgált akkor az ellentétes szellemi táborok szerveződéséhez. Utóhatásukat tekintve e vitából az utóbbi évtizedekben – több évtizedes marginalizálódás és belső emigrációba kényszerítés után – egyre inkább Schmitt is bekerült a szélesebb figyelem középpontjába, Kelsen pedig mindig is ott volt az elmúlt fél évszázadban. Újabban Kelsen késői munkáiban előtérbe kerülő nemzetközi jogi elemzések és a világállam, illetve egységes világrend pozitív méltatásai még fokozottabb odafigyelést kaptak a globális uralmi rend megvalósulásának körülményei között. Ebben a tanulmányban Kelsen és Schmitt jogfelfogásának különbségeit állítjuk a középpontba, s e különbözőségek megvilágítása érdekében vizsgáljuk az alkotmánybíráskodás és az állami politikai vezetés döntési szabadságára vonatkozó elemzéseiket is.

KELSEN JOGFELFOGÁSÁNAK HANGSÚLYAI

Kelsen jogfelfogásának jellemzőit három szempontból tudjuk jól feltárni. Az első az állam mindenkori politikai vezetésének jogalkotói döntési szabadságára és ennek korlátaira vonatkozik; a második a jogászság – a jogtudósok és a bírák – kööttségének, illetve törvényszövegtől való szabadságának mértékét mutatja meg, míg a harmadik Kelsennek a természetjogra vonatkozó megítélését érinti.

Az első dimenzióban vizsgálni kell Kelsennek az állami törvényhozás feletti alkotmánybíráskodást támogató felfogását – amely a „Wer soll die Verfassung hüthen?” című könyvében kapja a legteljesebb kifejtést –, de ezen túl itt kell érintenünk a normaközpontú jogfelfogásából következő, a mindenkori állami-politikai vezetés jogalkotási szabadsága feletti szélesebb korlátozást is.

Kelsen 1931-ben a szintén abban az évben megjelent Schmitt-műre („Der Hüter der Verfassung”) válaszként írta ezt a könyvét, és a Schmitt-tel való vitája jól megvilágítja saját felfogását is. Kiemelésében Schmitt fő nézetei a következők: A parlament a weimari demokráciában a pluralizmus színtere, amely az állam és a német nép széttagolódásának állandó veszélyét hordozza magában, a pártok egymással szembeni küzdelmei miatt. Kelsennel ellentétben az alkotmányt Schmitt, a régebbi katolikus természetjogi felfogás alapján, nem egyszerűen a legfelsőbb pozitív jogi normaegyüttesként fogja fel, hanem az állam és a német nép egységes szerkezete megtestesüléseként és kifejezőjeként. Az alkotmány így az egység misztikus „testvére” válik, és ez egyrészt magával hozza a parlament leértékelődését – hisz ez az egység széttagolásának helye és a pluralizmus színtere –, míg ezzel szemben felértékeli az államfő

szerepét, akit a weimari alkotmány szerint a nép közvetlenül választ meg, és így a nép egységének kifejezője, legalábbis Schmitt interpretációja szerint. Kelsen ezt tagadja és jelzi, hogy a szembenálló jelöltek közül megválaszthatják alig egy kis többséggel is az államfőt, így hibás a közvetlen nép általi választásból levonni azt a következtetést, hogy ő ténylegesen a nép egységének kifejezője lenne. A weimari alkotmány is csak a szimbolikus egység kifejezőjeként fogalmazza meg a szerepét, és ezt túlozza el Schmitt a tartalmi egységet kifejező szerep irányába.

Egy másik érvelési vonalával Schmitt az alkotmánybíráskodás révén megvalósítható alkotmányvédelem ellen hoz érveket, és Kelsen ezt igyekszik cáfolni. Schmitt érvelése: a bíróságra bízni az alkotmányvédelmet azzal jár, hogy az megterheli az igazságszolgáltatást, mert erősen átpolitizálódott kérdésekben kell döntenie. Ezzel szemben Kelsen azzal érvel, hogy ezt a jogkört nem a rendes bíráskodás szervezetrendszerében kapná meg – és kapta meg az írás időpontjában már tíz éve Ausztriában, amit Schmitt minden elemzés nélkül csak mint „gyanús osztrák megoldást” félretol – , hanem egy külön alkotmánybíróság, így a „politikai megterhelésre” nem lehet hivatkozni. Schmitt másik érve, hogy ezek a bírák – döntéseik politikai fontossága miatt – pártok befolyása alatt állnának. Kelsen ennek megválaszolására nem tér ki, és azt mindenképpen érdemes kiemelni, hogy noha ebben az időben az amerikai alkotmánybíráskodás az addig legátpolitizáltabb szakaszát élte meg már évtizedek óta, a vitában Kelsen elkerülte ennek észlelését.

Egy következő részlet megvilágító erejű Kelsen vitáirátának néha pusztán polemikus beállítottságának felmutatásában, de egy fontos vonást is megmutat Kelsen jogfelfogásából: „Erblickt man das „Politische” in der Entscheidung der von Interessenskonflikten, in der „Dezision” – um in der Terminologie von C. S. zu sprechen –, dann steckt in jedem richterlichen Urteil bald mehr bald weniger ein Dezisionselement, ein Element der Machtausübung. Der politische Character der Justiz ist um so starker, je weiter das freie Ermessen ist [...] Die Meinung, daß nur die Gesetzgebung, nicht aber die »echte« Justiz politisch sei, ist ebenso falsch.” (KELSEN 1931, 16.) Vagyis e szöveg szerint Schmitt csak a törvényhozást tekinti a politizálás területének – a „Dezision” jellegű döntéseket itt hozzák – míg a bírák a norma alapján csak alkalmazzák a jogot, de ők érdemben nem döntenek, itt nincs politika, nincs „Dezision”. Ezzel szemben, mondja Kelsen, ez a már meghaladt „mechanikus” jogalkalmazási kép, ami automatáknak tekintette a bírákat, minden mérlegelés nélküli döntőknek, pedig ténylegesen a bírák is szabadon döntenek a törvényi rendelkezések keretei között, melyek mindig nyitottak. Így a bíró is mindig politikai döntést hoz, és csak fokozati ezek különbsége a törvényhozói döntéshez képest. A polemikus élt e fejtegetésben úgy mutathatjuk fel, ha jelezzük, hogy Schmitt első komolyabb írása 1912-ből, a „Gesetz und Urteil” éppen arra vonatkozott – többek között Kelsennel szemben is –, hogy a bíró nem egyszerűen csak kiolvassa a jogi rendelkezésből az alkalmazandó szabályt, hanem alkotó módon maga is konstruálja azt a szükségszerűen mindig nyitott jogi rendelkezés keretei között. Így Kelsennek Schmitt ellenében felhozott vádja „a mechanikus jogalkalmazó bíró” téves felfogásával szemben nem vehető komolyan. De érdekes következtetések adódnak Kelsen jogfelfogását illetően is ebből a szövegrészletből. Kelsen ugyanis itt implicite tagadja, hogy a törvényi rendelkezés nyitottságát a felsőbb bíróságok joggyakorlata töltené ki, és ez is kötné a bírákat a törvények mellett, illetve, hogy a jogdogmatikai fogalmak bevett értelmezési irányai – és esetleg a jogdogmatikai szerzők „herrschende Meinung”-ja – is kitöltik a nyitott rendelkezéseket. Vagyis egyrétegűnek fogja fel a jogot,

és így a létrejövő nyitottságot a bíró politikai – s mint máshol írja: erkölcsi – mérlegelésére bízva rögtön, ami már nem jog.

Kevésbé Kelsen átfogó jogfelfogását mint inkább csak az alkotmánybíráskodás formáját illetően fontos az a részlet a tanulmányból, amely a weimari korszakban lévő, rendes legfelső – büntető, polgári, pénzügyi stb. – bíróságok általi alkotmányossági kontrollra vonatkozik. E bíróságok 1925-től arra a belátásra jutottak, hasonlóan mint az egyesült államokbeli Marshall főbíró 1803-ban, hogy az alkalmazandó törvényi rendelkezések alkotmányossági kontrollját elvégezhetik, és ha alkotmányellenesnek találták, akkor nem alkalmazták azokat. Kelsen – aki részt vállalt az Ausztriában már működő alkotmánybíróság létrehozásában, és annak maga is tagja volt 1929-ig – egy külön alkotmánybíróság megteremtése érdekében azzal érvelt, hogy ez csak egyedi nem-alkalmazást jelent, és általánosságban nem jelenti az adott törvényi rendelkezés megsemmisítését. Ám megítélésünk szerint itt egy okfejtési probléma mutatható ki. Nyilvánvaló ugyanis, hogy ha a legfelső bírói fórum teszi ezt, akkor a fellebbezési láncolatban hozzá később eljutó ügyekben is ugyanezt fogja tenni, és ez általános jelleggel is nagyon hamar megsemmisítést jelent az ilyen törvényi rendelkezés felett. Az USA-ban épp így működik az alkotmánybíráskodás. Kelsen számára tehát csak azért maradhatott egyedi hatású – és ezzel az alkotmánybíráskodás fokát el nem érő – az ilyen „nem-alkalmazás”, mert eltekintett attól, hogy a legfelsőbb bíróságok bírói gyakorlata Németországban is kötelezően érvényesült. Az, hogy ezt fel sem veti, implicite ennek tagadását jelenti jogfelfogásában. De alátámasztja ezt az is, hogy a felsőbírósági gyakorlat által kialakított konkretizáló jogot más tanulmányaiban sem méltatja elemzésre. Ennek oka lehetett az is, hogy mivel ő a rendes bíróságtól különválasztott alkotmánybíráskodást kívánt a németeknél is létrehozatni, ezért „alájátszotta” az említett átfogóbb hatást. Pedig, mint az előbbieken utaltam rá, ez a Németországban akkor már létező alkotmányossági kontroll pontosan megfelelt az amerikai típusú, rendes bírói hierarchiába ágyazott alkotmánybíráskodás modelljének. Igaz olyan bírói kar kezében, melynek tagjai talán nem Kelsen politikai értékei és az általa fontosnak tartott érdekek szerint kontrollálták az alkotmány alapján a törvényeket. Ezt azért is érdemes kiemelni, mert ugyanebből az okból evidensnek tűnik, hogy a háborúban győztes amerikai katonai vezetés és jogászai is visszanyúlhattak volna 1945 után, az új német alkotmány kialakításának során erre az alkotmánybíráskodási tradícióra, – ami hozzájuk közelebb állt volna –, ehelyett ők mégis az osztrák modellt érvényesítették. Természetesen ez azt is mutatja, hogy féloldalas csak azt az érvet felhozni a különálló német alkotmánybíróság háború utáni megteremtésénél, hogy az amerikaiak „a törvények felett egy alkotmányossági kontrollt akartak megteremteni”. Ez esetben tudniillik a rendes bírói kar is elláthatta volna ezt a feladatot, ahogy történt ez Hitler hatalomra jutása előtt, ám Kelsenhez hasonlóan feltehetően az amerikaiak sem bíztak a győzelmük után a német bírói karban, és egy kis létszámú, külön alkotmánybírói stáb kezébe szívesebben adták ezt a jogkört.

Az alkotmánybíróság révén Kelsen a mindenkori állami vezetés jogalkotási döntési szabadságát már eleve korlátozni kívánta, de ezen túlmenően az is előbukkan elemzéseiből, hogy a joglépcsőn lefelé haladva az alsóbb fok a norma tartalmát a felső normából nyeri. Ezzel eltűnnek elemzéséből a reális jogalkotási folyamatokban lévő, állandóan folyó politikai küzdelmek, és a törvények tartalmának ezek általi meghatározása, vagyis a győztes opciójának bevétele a törvénybe, a kisebbségben maradtaknak pedig a visszaszorítása. A joglépcső rendjében ezek helyett a mindenkori felsőbb

norma meghatározása lép, és az alsóbb csak mint annak kiteljesítése jön be a képbe. Explicite persze Kelsen nem tagadja, hogy politika is van a joglépcső egyes szintjein – láttuk az előbb, hogy még a bírói döntésben is utalt erre –, de tényleges elemzést a jogalkotás politikai harcainak normatartalmat meghatározó szerepére nem találunk nála. Ez pedig implicite tagadást jelent. Schmitt a következőképpen kritizálja Kelsen felfogásának ezt a jellemzőjét: „In concreto ist damit nichts anderes erreicht, als daß die Norm oder das Gesetz politisch-polemisch gegen den König oder Führer ausgespielt wird; das Gesetz zerstört mit dieser „Herrschaft des Gesetzes“ die konkrete Königs- oder Führer-Ordnung; die Herren der Lex unterwerfen den Rex. Das ist meistens auch die konkrete politische Absicht eines derartigenderartigen normativistischen Ausspielens der Lex gegen den Rex.” (SCHMITT 1934, 14.)

A jelzett második dimenzió Kelsen jogfelfogásának elemzésénél a szövegréteg feletti jogászai átfarmálási szabadságra vonatkozik. Kérdése: mennyiben kötöttek a bírák a szöveghez, mennyiben van nekik és általában a jogtudósoknak átfarmálási szabadsága a szöveg felett?

A pozitív jog értelmi rend („sinnvolle Ordnung”), jelzi Kelsen (KELSEN 1928, 24), amin azt érti, hogy bár az autoritással felruházott jogalkotó bármit alkothat, azonban a megalkotott logikai korrekcióját el kell végezni, csak azzal együtt válik helyessé. A logikailag ellentmondásos rendelkezés ugyanis kioltja önmagát. Például ha az osztrák alkotmány-nak egy szakasza előírja, hogy „A köztársaság elnöke kinevezi az állami hivatalnokokat”, akkor a jogtudományi értelmezésnek ezt úgy kell értenie, hogy a mondat értelme nem az, amit közvetlenül (szövegszerűen) állít, hanem, hogy „az elnök a kinevezésnél közreműködik”. Ugyanis máshol rögzíti az alkotmány, hogy az elnök minden aktuálisához a miniszterek ellenjegyzése kell, így ebből következik, hogy át kell formálni az említett mondatot, mert az nyílt ellentmondásban van ez utóbbival. Vagyis a pozitív jog bár az „igazságos” minősítést nem igényelheti magának, de az „értelmes”-t igen. Az ellentmondás-mentesség törvénye benn van az alapnormából való delegálásban, ugyanis rendelkezésként egyszerre nem állhat fenn, hogy „A-nak lennie kell” és „A-nak nem kell lennie”. Majd felsorolva néhány joglogikai maximát (pl. lex posterior derogat priori) rögzíti: „Sie alle zielen auf nichts anderes ab, als das positiv-rechtliche Material sinnvoll zu deuten, indem sie dem Satz vom Widerspruch innerhalb der normativen Sphäre Rechnung tragen; sie alle sind zu allermeist keine positiv-rechtlichen Sätze, keine gesetzlichen Normen, sondern Voraussetzungen der Rechterkenntnis, d. h. aber, sie sind im Sinne der Grundnorm mitenthaltend.” (KELSEN 1928, 26.) Eszerint a joglogikai szabályok benne vannak a hipotetikus alapnormában, azaz Kelsen minden pozitív jogi kitarása ellenére megengedi, hogy e szabályok innen pozitív jogi rögzítés nélkül kifejezhetőek és megalapozhatóak legyenek.

E sorokat olvasva azt is gondolhatja az olvasó, hogy Kelsen talán az objektív értelmezés-elméletet vallja, ahogy a Begriffsjurisprudenz hívei az 1800-as évek második felében tették, és egy önálló jogdogmatikai réteg felsőbbbsége a törvények szövegrétege felett is felmerülhet itt. De Kelsen eddig nem megy el, és fejtegetése csak a logikai ellentmondás kiküszöbölésére vonatkozik, a törvényhozás teljes jogdogmatikai előköttéttsége nem merül fel benne. Vagyis a törvényhozót csak a logikai szabályok kötik – és ha ezek ellen vét, azt korrigálhatják a bírák –, azonban a teljes jogdogmatikai kategóriarendszert Kelsen nem állítja korlátként eléjük.

Térjünk most rá Kelsen természetjogra vonatkozó elemzéseire! Az egyik ilyen a pozitív jog logikai lehetetlenségét állítja egy természetjog feltevése mellett. Itt Kelsen az

ellen érvel, hogy hibás volt az a régen bevett elképzelés, amely a természetjog mellett – annak alárendelten – akart elismerni egy földi hatalmak által alkotott pozitív jogot, mintegy annak realizálásaként, azaz a kettőt egy egységes rendben akarták integrálni. Ennek egyik verziója szerint a természetjogból delegálják a pozitív jogot oly módon, hogy a legfőbb földi jogalkotó autoritása az istentől való beiktatottság feltételezésén alapul, és így számára az isteni természetjog alkotója delegálta a földi jogalkotást, s ezért érvényes az ő alkotása. Ám ez nem helytálló, mondja Kelsen, mivel a természetjog normái azért érvényesek, mert igazságos a tartalmuk, és ezt a delegáció sem tudja átvinni a pozitívjog alkotójához: „Die Normen dieses Naturrechtes aber gelten – ihrem Wesen nach – nur kraft ihres sachlichen »gerechten« Gehaltes. Daß die Delegationsnorm dieser Idee nicht entspricht, versteht sich von selbst.” (KELSEN 1928, 33.) Ténylegesen ez az egész csak arra jó – mondja –, hogy így legitimálják a földi jogot, és így a természetjog csak a pozitív jog ideológiájává válik. Még az is csak látszat, hogy ha a földi jog nem felel meg az örök természetjogi normáknak, akkor az semmis, mert ezeket a legtöbbször úgy alakították ki, hogy nagyon is megfeleljen nekik a földi jog, és ezzel magasabbrendűséget tudtak adni a földi jog számára. Ráadásul az is téves, hogy a természetjogot forradalminak mutatják be. A legtöbb természetjog több évszázadon keresztül inkább konzervatív volt, és csak a fennállót igazolta. Julius Friedrich Stahl helyezte tévesen a középpontba Rousseau forradalmi természetjogát, és indokolatlanul ennek tulajdonságait terjesztette ki az összes többire. Így – mondja Kelsen – ma már mindenki a természetjog általános forradalmi jellegét vallja (KELSEN 1928, 34–35).

Kelsen kimutatja, hogy az anarchizmus, amely egy ideál nevében tagadja a földi berendezkedést és a kényszerrend minden formáját, teoretikus alapját tekintve tulajdonképpen egy természetjogi elmélet. A természetjog és a földi jog dualizmusát elfogadók csoportján belül két típust különböztet meg: Az egyik a pesszimista dualista, aki szerint a földi jog menthetetlenül eltér az örök jogtól, s ennek megszüntetése iránti törekvés szüli a forradalom kívánását. Az öskeresztények például ebbe a típusba tartoztak, de Pál apostol révén áttértek a rezignált verzióra, amely egy köztes álláspontra van, majd később államvallássá válva a rómaiak utolsó éveiben már konzervatívok lettek, azaz optimista dualisták. Így látható, hogy az optimista dualista az, aki a földi jogban a természetjog megvalósulását látja, vagyis konzervatív.

Kelsen szakít a természetjog és a földi jog dualizmusával, mert megítélése szerint nem lehet a kettő együtt érvényes. A *Sein* és a *Sollen* kettőse fennáll, de a *Sollenben* nem lehet két jog. Ám az egyedül maradt *Sollen* mint pozitív jog sem lehet túl messze a *Seintől*, van egy minimum, amiben azért el kell térnie – máskülönben nem *Sollen*, hanem már pusztán *Sein* lenne. Ha azonban ez az eltérés túl nagy, akkor meg nem tudnak *Seinná* válni a *Sollen* parancsai: „Die Spannung zwischen Sollen und Sein darf nicht unter einem gewissen Minimum bleiben. Andererseits darf der Gegensatz zwischen dem rechtlichen Sollen und dem ihn korrespondierenden Sein der sozialen Wirklichkeit, darf die Spannung zwischen diesem Sollen und Sein auch ein bestimmtes Maximum nicht überschreiten. Das tatsächliche Geschehen darf der rechtlichen Ordnung, von der es geregelt sein will, nicht vollkommen widersprechen.” (KELSEN 1928, 65.) Ebből következik egy nagyon jó meglátás, amelyből ma az emberjogilag-morálisan alátámasztott amerikai „emberjogi imperializmus” kritikájához fontos érveket lehet nyerni: „Diese sozialen Kräfte treten in ihrem Kampfe um die Macht stets hinter der Maske der »Gerechtigkeit« auf, bedienen sich alle der Ideologie des »natürlichen Rechtes«, geben sich keineswegs als das, was wirklich sind, als bloße Gruppeninteressen,

sondern als das »wahre«, das, wenn auch nicht von allen tatsächlich eingesehene, so doch als das »wohl verstandene« Gesamt-Interesse aus.” (KELSEN 1928, 68.)

A későbbiekben nagy hatást gyakorolt Kelsennek az igazságossági eszme logizálását illető felfogása. Ennek lényege, hogy „az egyenlőt az egyenlővel, az eltérőt az eltérés szerint” tézis a pozitív jog alapja, és ezt lehet megvalósítani, mint az igazságossági eszme reális verzióját a jogban: „Diese Reduktion des Ideals der Gerechtigkeit auf die Idee der Gleichheit oder Ordnungseinheit bedeutet aber nicht mehr und nicht weniger als die Ersetzung des ethischen durch das logische Ideal. Als die Rationalisierung der – ihrem ursprünglichen Sinne nach – irrationalen, die Logisierung der – von vornherein – logos-fremden Gerechtigkeit.” (KELSEN 1928, 69.)

CARL SCHMITT JOGFELFOGÁSA

Bár Carl Schmitt három jogi gondolkodási típusról beszél – a szabályközpontú gondolkodásról, a döntésközpontú gondolkodásról és a konkrét rend központú gondolkodásról –, de ténylegesen két fő ellentéppárra szűkíti le ezeket: az absztrakt szabálygondolkodásra és vele szemben a konkrét rendgondolkodásra. A döntésközpontú gondolkodás így csak alárendelten jön szóba, azaz nem annyira fontos Schmitt elemzéseiben a teljes jogfelfogását illetően.

Egy másik jellemző szembenállás az, hogy míg Schmitt az alkotmányból csak kevés normatív kööttséget lát létezőnek a mindenkori konkrét állami vezetés számára, és ezek szabad döntéssel való alakítási kompetenciáját állítja, addig az absztrakt normagondolkodás hívei ebből a szempontból az alkotmánynak a konkrét állami vezetések feletti tág és részletesen meghatározó jellegéből indulnak ki, s így az állami vezetések sokkal korlátozottabb döntési kompetenciával rendelkeznek. De a normák általában is sokkal szélesebben meghatározzák a konkrét állami vezetők döntési kereteit az absztrakt szabálygondolkodás hívei szerint.

Schmitt konkrét rendgondolkodásában a norma egyrészt a létező társadalmi közösségi viszonyokba beágyazott lehet csak, melyeket nem a norma alkot, hanem csupán egy-egy részét, adótként elfogadva, szabályozhatja, másrészt nem lehet túl absztrakt, vagyis csak alig-alig emelkedhet az egyes eset konkrétsága fölé. Ha túl absztrakt – és elszakadva a létező viszonyok fogalmaitól –, a norma akár új fogalmakkal rendet szabni ebben, akkor semmivé válik, és nem is lehet érteni. A jogi normának normálfogalmakkal szabad csak dolgozni, az adott viszonyok kialakult rendjéhez kötöten. Ez az értelmezés kicsit Savigny népszellem-jogfelfogását idézi, amennyiben csupán korlátozott pozitíválódást és eltávolodást enged a jogalkotónak. Ezt a gondolatmenetet a következő idézettel támaszthatjuk alá: „Eine gesetzliche Regelung setzt Normalbegriffe voraus, die so wenig aus der gesetzlichen Regelung entstehen, daß vielmehr gerade die Normierung ohne sie ganz unverstänlich wird und man nicht einmal mehr von einer »Norm« sprechen kann. Eine generelle Norm soll zwar von der konkreten Einzellage unabhängig sein und nicht nur einen einzelnen Fall regeln soll; aber sie erhebt sich nur in einem sehr beschränkten Maße, nur in einem ganz bestimmten Rahmen, und nur bis zu einer gewissen bescheidenen Höhe über die konkrete Lage. Überschreitet sie dieses Maß, so trifft und betrifft sie nicht mehr den Fall, den sie regeln soll.” (SCHMITT, 1934, 18.) Mellékesen jegyezzük meg, hogy az absztrakt törvényi rendelkezés bírói precedensjoggal történő konkretizálásának lehetősége fel sem merül Schmitt számára.

Egy másik kiemelendő mozzanat Schmitt jogfelfogásából, hogy teljesen megelőlegezi Habermas kritikáját Luhmann funkcionalista jogfelfogásával szemben. Akár azt is mondhatnánk: Habermas azt hozza fel Luhmannal ellentétben, amit Schmitt Kelsennel szemben. E kritika lényege: külön tekinti a „menetrendszerű” viszonyokat, melyek teljesen és hézagmentesen szabályozhatók a szabálygondolkodás logikájával, azonban létezik egy sor társadalmi szektor, amely „intézményt” jelent, és itt a jog csak szét-törni tudja a konkrét rendet; ezért a jog itt csak a részleteket és a konkrét viszonyokat segítően szabályozhat. Vagyis Schmittnél tágabban megfogalmazva találhatjuk meg a Habermas által alkalmazott *életvilág* szűkebb kategóriáját és ennek szembenállását a mechanikus szabályozással és „gyarmatosítással” szemben. Ez az analógiát illusztrálja a következő gondolat: „Es gibt aber andere Bereiche menschlichen Daseins, für welche die Übertragung eines derartigen Funktionalismus der Regelmäßigkeit gerade das spezifische Wesen der konkreten Ordnung zerstören würde. Das sind alle Lebensgebiete, die sich nicht verkehrsmaÙig-technisch, sondern institutionell gestaltet haben.” (SCHMITT 1934, 17.) Így a szabályozás csak folyománya lehet a már létező viszonyoknak és nem konstitutív módon alakító. Összegezve tehát, Schmitt szemben áll a jogdogmatikailag ellenőrzött, absztrakt-rendszeres joggal, és csak a hétköznapi fogalmakat alkalmazó és így a fennálló rendhez kötött jogot fogadja el. Ez azonban nem lehet túl absztrakt csak eset közeli, és ennek csak a politikai akaratokhoz kötöttségét ismeri el, de nem a jogtudósok jogdogmatikai szabad alakításához. Azt mondhatnánk, hogy ez egy enyhített Savigny népszellem-jogfelfogás, kissé eltolva a politikai-állami alakíthatóság felé.

Előbbi gondolatmenetünket folytatva, Schmitt, katolikus öntudatának megfelelően, bizonyos természetjogi kötöttséget is beemel jogfelfogásába, megnevesítve ezzel a „menetrendszerű szabályozással” szemben az igazi jogot. Erre csak egyetlen mondat: „Recht als Herrscher, der Nomos basileus, kann nicht irgendeine beliebige, nur positive Norm, Regel oder Gesetzesbetsimmung sein; *der Nomos, der einen rechten König tragen soll, muß gewisse höchste, unabänderliche, aber konkrete Ordnungsqualitäten in sich haben.*” (SCHMITT 1934, 13. Kiemelés – P. B.)

Nézzük meg most Schmitt decízió fogalmának felbukkanását és alakulását! Ez a fogalom első munkájában, a *Gesetz und Urteil*ban (1912) jelenik meg, s az akkori erősebben természetjogias felfogásának megfelelően a decízió azt akarta jelenteni, hogy a földi jogot megalapozó isteni természetjog nemcsak deklarálja a magasabb jogot, hanem szükségszerűen szabad elemeket is tartalmaz. Vagyis a természetjog földi joggá realizálódása közben a decízió már ekkor a szabad megállapíttóságot (*Festgestelltsein*) jelenti. Később ez az értelmezés csak radikalizálódik, s a decízió (döntési jogosultság) léte általában már a felsőbb norma keretei között döntő állami vezetés önállóságát jelenti, valamint a normától való szélesebb függetlenséget. Vagyis szemben azzal, hogy Kelsen mindenhol csökkenteni akarja a mindenkori állami-politikai vezetés döntési kompetenciáját, és ezek jogalkotói döntéseinek a normából való pusztá dedukálását állítja – a weimari időkben gyakorlati politikai fellépései is erre irányultak –, addig Schmitt a szabad döntés jelentőségét emeli ki a jog (szabad) decízióra alapozással (vö. DELACROIX 2005, 30–45). Az idézett cikkben egy fontos kiemelés, hogy Kelsen a jogot csak a már létrejött jog állapotában tárgyalja, és a „Hogyan keletkezik a jog?” kérdését zárójelbe teszi, illetve azt deklarálja, hogy a keletkezés a felsőbb normából való dedukció, azaz leszármaztatás. Vagyis a politikai harcokat és az ebből keletkező eredményeket nem létezőnek minősíti. Ezzel szemben Schmitt a jogalko-

tási politikai harcokra teszi a hangsúlyt jogi elemzéseiben, és szemére veti Kelsennek, hogy elhanyagolja a politikai problémáját, és csak ezen az áron tud tiszta jogtudományról és jogról beszélni. Ehhez persze Schmitt hozzáteszi, hogy Kelsen ezzel csak azt a régi liberális álláspontot ismétli meg, amely ilyen módon védelmezi a liberális magántulajdont és leplezi a jogalkotás során elkerülhetetlen politikai harcokat. (Igaz, Kelsen sokszor nem leplezni, hanem eltüntetni akarja a politikusok szabadságát a jog alkotása felett.) Sylvie Delacroix idézett cikkében azt állítja, hogy decízióban levő korábbi természetjogi kötöttség eltűnik a *Politikai teológiában*, és a döntés a normát a semmiből hozhatja létre. Ezzel szemben, végigolvasva a magyar fordítást, látható, hogy ez csak egy hevenyészett félmondat, és előtte a szövegben olyan állítások is vannak, melyek jelzik, hogy magasabb jogeszmék is kötik a decíziót. De főként a korábban már részletesen idézett *Die Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*ben találhatóak olyan mondatok, különösen a „menetrend” és az „igazi jog különbségét” fejtegető résznél, melyek egy enyhe természetjogi álláspontot még 1934-ben is mutatnak a Kelsennel paradigmateremtő módon szembeszegülő Schmitt gondolkodásában.

IRODALOM

- DELACROIX, Sylvie 2005. Schmitt's Critique of Kelsenian Normativism. *Ratio Juris*. Vol. 18. No. 1. (March) 30–45.
- HARTMANN, Bernd J. 2004. The Arrival of Judicial Review in Germany Under the Weimar Constitution of 1919. *B. Y. U. Journal of Public Law*, Vol. XVIII. 107–108.
- JACOBSON, Arthur J. – Bernard Schlink (ed.) 2000. *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley – Los Angeles – London: University of California Press.
- KELSEN, Hans 1931. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin – Grunewald: Dr. Walter Rothschild Verlag.
- KELSEN, Hans 1923. *Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss, Entwicklungsgeschichtlich dargestellt*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- KELSEN, Hans 1928. *Die philosophische Grundlage der Naturrechtslehre und des Positivismus*. Charlottenburg 2: Pan Verlag Rolf Heise.
- LACHMUND, Jana 2005. Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei 1920 bis 1939. (Exposé) *Münchener Bohemisten-Treffen*. (4 März) Nr. 15.
- ÖHLINGER, Theo 2003. The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review on Legislation. *Ratio Juris*. (June) Vol. 16. 206–222.
- SCHMITT Carl 1992. *Politikai teológia*. Ford.: Paczolay Péter. Budapest: ELTE ÁJK. Tempus Program.
- SCHMITT Carl 1934. *Über die Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Berlin: Duncker & Humboldt.