

Varga Csaba

Paradigmaváltás a jogi gondolkodásban: Carl Schmitt és a vágyott szintézis megkísértése

BEVEZETÉS

Veszélyes korban veszélyes mindaz, amit teszünk vagy elmulasztunk, kimondunk vagy elhallgatunk. Veszélyes korban egyaránt veszélyes élni vagy meghalni, gondolkodni vagy butulásba menekülni, vállalni a közösségi sorsot vagy kibúváson mesterkedni. Mit tegyen hát egy Anna Ahmatova, egy Hendrik Höfgen vagy egy Carl Schmitt, kinek eszmélnie éppen akkor és ott, nem máskor és másutt adatott? Vállalja-e inkább a tömegekkel sodortatást, személyessége elfojtását, a tucatemberré törpülést, avagy a szélsőségek összecsapásában a reménytelen s oktalan felmorzsolódást, a hősként kiválasztódás és elbukás patológiáját?

Ha egy az igazság, úgy mindig és mindenhol ez tárulkozik fel. A kor persze eltérő kontextust ad, felhangot és többsúlyt biztosít. Ha ez bármit mássá tud avatni, úgy lehetséges-e egyáltalán megértés? Érthetlek-e én téged, kultúráma a kultúrádat, mindennapi problémátlanságban jóllakástól petyhüdt életpótlék-okoskodásom másoknak drámai helyzetben borotvaélek közt tántorogva igazság után sóvárgó vágyát? Avagy a berendezkedettséget gyermeketegen megelégtelve anarchizmusba átcsapó felelőtlenségem másokban a nemzeti megaláztatásból s tehetetlenségéből éppen kibontakoztató kiütkezés görcsös akarását? Nos, korlátlan vélemény szabadságunk korában szabadon ítékezhetünk ugyan, bütykünk primitív felmutatása a földbe döngölés aktusaként mégsem ad feltétlenül többet tartásban és emberi minőségben, mint megszenvedett kudarcunk, már amennyiben ez utóbbi tényleg jóra elszántságot, verejtékes küzdelmet takar.

Ha egy is az igazság, megjelenése mégis sokféle. Melyikért harcoljunk? Önteremtő Demiurgoszként mindenben mindig csak nekünk magunknak kell választanunk? Igazságot, sőt gondolatot és annak kifejezését is? Hiszen hiába a saját teremtményeink, mégis veszélyes lehet ezek akármelyike: kiiktatandó, meg sem történné teendő. Mert azt várják tőlünk, hogy Atlaszként magunkra vállaljuk a világ gondját – akár tőlünk távol zajlik, akár bennünk nevesítődik. Merthogy mi vagyunk, kik szólnak róla, halljuk a megítéltetést, miénk hát a felelősség is.

Amikor az emberi értelem, a világra rácsodálkozás adományát fél évszázadon át a környezetünkben megcsalták, még hihettük, hogy a gondolkodói talentummal való visszaélés megtestesítőjeként Az ész trónfosztásának Lukács Györgye aligha élheti túl saját és elvtársai önmagába záruló bolsevizmusát. Hiszen minden értéket a proletár világforradalmi hit kíméletlen messianizmusának nyelvére fordított át, csupán azért, hogy bármit, amit ott és akkor éppen nem tud a maga hasznára fordítani, a saját maga által teremtett ördögnek, az irracionalizmus perverziójának a lomtárába dobhasson.¹

¹ Löffler Tibor beszél „eszmetörténeti kálváriáról” Lukács György műve, *Az ész trónfosztása* kapcsán (LÖFFLER 1994, 99).

Paradox felvetnünk, hogy – a múlt kettős nyomása, a barna és vörös diktatúra személyes megélése után – egy veszélyesen ideológiavezérelt korhoz látszunk közelíteni most is (vö. Varga 2002a, 9), amikor önmagukban ártatlan felismerések, gondolatok, fogalomképzések felelőssége (netalán: bűnössége) ismét és újból, egyre rendszerűbben felvetődik, történetesen az alig lezárult hidegháború túlpárti zászlóshajója oldaláról, az ottani posztmodern valláspótlékként gyakorolt doktriner liberalizmus dogmatikai következményeként.²

SCHMITT DILEMMÁJA

Carl Schmittől tudnunk kell, hogy professzori erőinek teljében, 45 évesen élte meg a nemzetiszocialista hatalomátvételt.³ A kisebbik rossznak, elérhető megoldásnak tekintette azt, valamint származása, értékvilága s a nemzeti kibontakozás iránti elkötelezettsége – számottevő intellektuális, hivatalnoki és gazdasági körökhöz hasonlóan – sem predestinálta azonnali, elvi és teljes szembefordulásra. Sőt, éppen azok társaságába tartozott, akiket a századelő fejleményei, a háborús összeomlás szége, másfél évtized tehetetlensége, benne a weimari demokrácia iránynélkülisége és gyakorlati perspektívátlansága mélyen elgondolkoztatott. Így a kiüttlálás egyik, bár nem szándékolt és nem is rokonszenvvel fogadott, de elgondolható változataként élte át a tényszerűen bekövetkezett történéseket. Hatalomközelsége csupán néhány évig tartott, ami valóban alapot szolgáltatott az azóta olykor minden mást elfedő vádaskodásoknak (vö. CALDWELL 1994; RÜTHERS 1988, 230; RÜTHERS 1990, 162).

Ne feledjük: 97 megélt évéből alig három évtizedet (professzori kinevezésétől a felesége, majd egyetlen gyermeke halála utáni emberi összeomlásáig) fordíthatott rendszeres tudományos munkára. Ebből három évnyi az az idő, amelyre *Kronjurist*ként való megbélyegzését alapozták (GURIAN 1934; SÉGLARD 1995, 27) és két évig tartó amerikai, majd szövetséges nürnbergi letartóztatásával megtorolták.

Szabad-e egyáltalán teoretizálásba kezdenünk ilyen bajós jelzések nyomán és környezetében? Akkor, amikor azt sem tudhatjuk biztosan, vajon maga Schmitt a totalitárius romlottság megtestesülése volt-e, avagy csupán a jogpozitívizmus és a liberalizmus ettől függetlenül is bekövetkező csődközeliségének hírnöke?⁴ Ami a jogpozitívizmus és a liberális államkoncepció problematikussá válását illeti, ezek történeti alakulásának ívét s éppen akkor és ott elért végkifejletét alapul véve, teoretikus védhetőségüket és társadalmi megalapozottságukat Schmitt valóban és okkal kétségbe vonhatta. Mégis, nem egyszerűen arra gondolok itt, hogy a tudományos alapállásként mindannyiunk számára kötelező szkepticizmus különösen erőteljesen aktualizálódott

² 2002. október 26-án, az Európai Jogelméleti Akadémia „A jogösszehasonlítás ismeretelmélete és módszertana az európai integráció fényében” című konferenciájának a *Jogi hagyomány vagy jogi kultúra* dilemmáját tárgyaló munkacsoportja záróülésén elnöki összegzőként fejtette ki H. Patrick Glenn (McGill University, Montréal), a *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (2000) összehasonlító nemzetközi akadémiai nagydíjas szerzője, hogy a jogi hagyományhoz képest a jogi kultúra nemcsak származtatott, de egyenesen „veszélyes” fogalom. Nemcsak a felvilágosodás univerzalizmusával való szembefordulás „partikularizált” romantikáját őrzi, de az eltérőre koncentrálni egyúttal „kirekesztő” tendenciát is hordoz, s ez végző soron negatív polarizálja, hiszen „vagy a hagyományok kölcsönösségét fogadjuk el, vagy pedig Bosznia és Libanon lesz a végeredmény”.

³ Emigráns kortársi leírásként lásd LOEWENSTEIN 1936.

⁴ A nyugati világban szokásos kifejezőmód szerint például Gabriel Guillén Kalle csak „hiányosságokról” szól (KALLE 1996, 213).

Schmitt esetében, hanem magára a schmitti dilemma természetére. Schmitt ekkortól beérő kutatásainak iránya lehetett akár a jogpozitivizmus és a liberalizmus eleve elhatározott elutasításának utólagos fundálása és igazolása, vagy akár az ezek csődjének megtapasztalása után elvégzett korrekciós megoldáskeresés – azonban a fentebb jelzett, politikai ízű vádaskodásban nem érzem a schmitti életmű egészét átható rendszeralkotó teoretikus igényességgel és történelemfilozófiai perspektívával árányos és elítélésére eleve feljogosító igazságértéket.

Úgy tűnik ezért, a problematika roppant tágasságát általam e körben kezelhető, pusztán jogi bölcsekedésre szűkítve, *in medias res* tetszetős válaszlehetőséget kínál a reakció, egy erőteljes polemikus ellensúly láttatása Schmitt művében. Immár klaszszikus tömörségű szavakkal kifejezve: „Vajon »decizionista« lett volna-e Schmitt, ha Kelsen nem »normativista«? Sohasem fogunk választ kapni a kérdésre, miközben egyértelműen arról van szó, hogy Schmitt minden lépésében számolt Kelsennel.” (Sartori 1989.) Nos, nyilvánvaló, hogy a szituacionalizáltság, a kontextus éppen nem függetlenít a zajló vitáktól,⁵ sőt egyenesen fogalmi ellentétpárokból való gondolkodásra szólíthat fel;⁶ miközben az érdeklődés kiváltásában, irányának megválasztásában bizonyára tágabb körben lokalizálható okok játszhattak szerepet – különös tekintettel jelenkorának megértésére, a kor uralkodó tendenciáinak, a döntő barát/ellenség-megkülönböztetéseknek és -csoportosításoknak a felismerésére (SCHMITT 2002; vö. PETHŐ 1993, 256).

NORMATIVIZMUS ÉS DECIZIONIZMUS

A jogirodalomban a *Tiszta jogtan* 1934-ben elvégzett rendszerbe foglalásához 1911-től könyvek tucatjain keresztül vezető kelsenit utat (lásd MÉTALL 1934) Schmitt valóban egy azzal markánsan szembeforduló, határait s korlátozottságát egyértelműen kimutató, ahhoz ellensúly képzésére alkalmas ellenút kidolgozására való felszólításként értékelhette. Hiszen érthetően taszíthatta őt Kelsen bezárkózása, amely elutasított bármiféle problémalátást az ekkor még valóban logikailag egésszé kerekített, az érvényesség levezetésében és az alapvető nyelvi-logikai meghatározásban kifejeződő jogi pozitivizmuson belül. Ugyanígy, a jogtudomány és a jogászság professzionális deontológiája s formalizáló homogenizáltsága nevében bármiféle társadalmi-történelmi felelősségnek az eleve elutasítása, továbbá mindezek mögött úgyszólván közömbösséggel felérő teljes értékrelativizmusa, valamint a jogi válasz normatív levezethetőségének látszólagos logikumától elfedett, tehát a való életben sem szabadságként, sem egzisztenciális felelősségként ténylegesen meg nem élt önkény egyaránt saját nézőpontjának sarkos megfogalmazására szoríthatta.

Joggal érzékelhette Kelsen véleménye kapcsán, hogy a jognak mint szabálynak egy élő közegből pusztán nyelvi képzett és átörökölt imperatívusként történő kiszakítása aligha lehet más, mint csupán egy pogány istenpótlék-képzés önámítása, ami sehová sem vezet. Sem puszta szabályként, sem tetszőleges szabályhalmaz nyelvi-

⁵ Az új eszmeiséget tükröző 1942-es kiadásában az *Enzyklopädie Brockhaus* távolságtartóan már maga is „szituacionális jogtudományként” tesz Schmitt munkásságáról említést. Lásd MÜLLER 1991, 42.

⁶ Polemikus helyzetekben szembesülésre, a saját pozíció kontrasztált kifejezésére alkalmas „ellenfogalomként” maga Schmitt is tudatosítja a *Gegenbegriffsbildung* jelentőségét (SCHMITT 1930, 1).

logikai összefüggéseként a jog nem lehet önmaga feljogosító forrása, értelme, célja, alapja és korlátja egyidejűleg. Ha a jogot egyszerűen játékszabálynak tekintjük, úgy csupán a liberalizmus bármiféle szerves közösséget felbontó individualizmusának adunk mögöttes ideológiai igazolást, mely a tekintélyt intézményként s (adott, külső, hierarchikus) vonatkozási pontként is számúzi az ember életéből, és ezzel az államot kiúzi a társadalmi lét egykor kétségbe nem vont keretének szerepéből, hogy az államban gyakorolható hatalomért éppen folytatott küzdelem csupasz terepévé alacsonyítsa. Egy ilyen felfogásban tehát bármiféle irány, elérendő és megvalósítandó tartalom, mindaz tehát, amiért állam és jog az emberi fejlődéstörténetben egyáltalán létrejött, szükségképpen érdektelenné, irrelevánssá, esetlegessé válik. Úgy tetszik hát, mint ha az emberek társulásában, társadalmi intézményteremtő erőfeszítéseiben egykor és most nem (törzsi, népi, nemzeti stb.) közösségük fennmaradásáról, reprodukciójuk és regenerációjuk lehetőségének biztosításáról, hanem kizárólag a tetszőleges csorda-formációkba tömörülő individuumok közt a szervezetlen erőszak szervezett kényszerrel való felváltásáról lenne, illetve lett volna szó.

Schmitt akként érzékeli a jogpozitivizmust végsőig szűkítő kelsen normativizmus szélsőséges s kizárólagosító formalizmusát, mint a felvilágosodás bűvöletében, a racionalizmus mítoszában született képződményt.⁷ A kelsen tisztá jogtan normativizmusa egyfelől a katolikus teológiai gondolkodás strukturális elemeiből építkezik (a felvilágosodásban is követett újkori államelméleti hagyományok nyomán), amikor az alaphozmából kiinduló, felülről hierarchikusan lefelé szétterülve a belakható teret maga alá rendelő és teljhatalommal rendelkező jogalkotó tényezővel számol. Másfelől él a deizmus világképének előfeltevéseivel is, melyek szerint bizonyos adottként számba vett anyagi törvények és működési törvényszerűségek birtokában, saját spontán működése révén biztosítani lehet a mindenkori újraképződést s benne a szükséges kiegyenlítődség és egyensúlyi állapot mindig ismétlődő újratermelését. Hasonló gyökerekből eredezteti a liberalizmus „konverzacionalizmusra” készíttetését is, vagyis az arra irányuló hajlandóságát, hogy a döntések elodázásával legfeljebb megvitatást kezdeményezzen,⁸ sőt a megvitathatóság játékszabályainak betartásán túl elérhető s tényleg elérendő bármiféle materiális célképzetről vagy küldetésvállalásról eleve lemondjon.

A századvégen és századelőn számára akkor és ott adott közegben, a történelmi pillanatot s az érte viselendő felelősséget egyaránt átérezve mindezt tudatos, a formalizmusok látszólag pártatlan módszertani köpenyébe burkolt ártásként, sőt, a nemzet számára sorsdöntő pillanatban egyenesen árulásként értékeli. Úgy véli, ha a háborús összeomlást követő kényszerfeltételekből született weimari alkotmány szerinti rend a politikai erők vég nélküli konfrontációját eredményezi, bármiféle kibontakozás ígérete nélkül, s ennek egyetlen állandósuló eredménye az államnak és szerveinek tétlenségre kárhoztatása, az államélet gyakorlati ellehetetlenülése lesz, akkor – folytatja az államtörvénytörvényeken is Kelsen ellenében érvelve – a kivételes helyzetben fenyegető

⁷ Schmitt a „jogállami racionalizmus” testet öltéseként bírálja Kelsen normativizmusát Hermann Heller *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* című előadásának vitájában. (*Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 4. Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 24 und 25 März 1927, Diskussionsreden. Berlin–Leipzig: de Gruyter, 1928. 168–189.)

⁸ Juan Donoso Cortés ennek fenntartóját, mint emlékezetes, *la clase discutiidora*-nak nevezte. A hagyomány legálábbis Xenofón kommentárjaiig vezet vissza e gondfeletti tünődést, melyekben a közrendetlenségének (*ta-raxé*) és határozatlanságának (*akrisia*) pusztító erejét érzékelve az államférfiúi bölcsességet a *polemikon* és *presbeia* (tudni, mikor kell harcolni és mikor közvetíteni) megválasztásának a képességével azonosította.

társadalmi veszély, fennforgásának pusztá tényénél fogva, szuverén (vagyis immár tovább nem korlátozott vagy korlátozható) döntési hatalmat ad a végrehajtó kezébe. A káosz kísértése csak döntéssel kerülhető el, és a döntésben a politikum nyíltan feltárja magát, éppen mert a jog kiürült, többletmondanivalója már nincs. Schmitt ezt a vitát nemcsak szükségszerű aktualitásként (vö. SCHMITT 1931; KELSEN 1931; 1932; a vitához lásd: HERRERA 1994; DYZENHAUS 1997b; 1997c; MACCORMICK 1998), hanem egyenesen személyiségének azonosságát kölcsönző kiállásként,⁹ sorsfordító teoretikus felismerésként (SCHMITT 1992, 41) éli meg.

A módszertani probléma megvilágítása érdekében általánosítva azt mondhatjuk, hogy a *határhelyzetek* végződhetnek ugyan drámaian, akár egy köztársaság bukásával, akár valamelyikünk elpusztulásával agyvérzésben vagy szívbénulásban. De valójában mikor mutatkozik meg a társadalmi vagy emberi szervezet valódi működése – a mindennapokban avagy a kivételes határhelyzetekben? Például milyen is voltaképpen párkapcsolatunk? Amilyenként mézesheteinket vagy a mindennapok szerencsés problémátlanságát megéljük, vagy amiként legnehezebb konfliktusaink szakítópróbájában egymáshoz ragaszkodásunkat mégis megőrizzük? Nos, ama körülményben, hogy Kelsen itt nem akar problémát érzékelni, Schmitt a normalitás immár külön nem reflektált – mert kialakult gyakorlattá fomalódottan többé már nem problematizált – rutinját, vagyis a gyakorlatában konvencionalizált logizmus tehetetlenségi nyomatkát, önjárását véli tetten érni. Ezt állapotjellemzésként elfogadhatónak tartja ugyan, de nem magyarázatként, s főleg nem egy magyarázat végső okaként vagy elveként. Az tehát, hogy a potencialítások közül mi aktualizálódhat szervezetemben, igazából nem problémátlanul közönséges működése során, hanem a krízishelyzetek esetén megnyilvánuló válaszadási képességében és ennek módozataiban tárulkozik fel. Márpedig, amennyiben a határokat, a lehetőségeket, a kritériumszerű meghatározásokat csupán a kivételek által elvégzett tesztelés adhatja, úgy végső soron ez határozza meg magát a kérdéses működést is.¹⁰ Más jellegű, egyszersmind számunkra ismerősebb terepen illusztrálva ezt: annak kérdését, hogy a maga mindennapos rutinjában mi is az *easy case*, csakis a *hard case* megszenvedett válaszai cövekelhetik körül (vö. VARGA 1999a, 213–214). A kivételesség határhelyzeteire irányuló figyelem s az ekkor meghozott döntés viszonylagos szuverenitása így pontosan olyan módszertani megfontolásból és olyan mértékben határjelző, mint amilyen értelemben és hatással John Rawls vizsgálta az elveket. Szembesítve ezeket a még bennük foglalható s a már bennük foglalhatatlan határhelyzetekkel, egyfajta kölcsönösen egymásra vonatkoztatott egyensúlyi állapotban írta le magukat az elveket, vagy még pontosabban azt, hogy végső soron mit is jelentenek az elvek valójában.¹¹

Ami a jogműködést illeti, egyfajta metaforikus láttató erővel úgy is leírhatom, hogy a jog az egyszer már beindított mozgás tehetetlenségi nyomatkával hajtottan, nyelvi-logikai összefüggérendszerében problémátlanul, s egyszersmind (a szükséges

⁹ „Az 1918-as tördőfés, a kés, amellyel a Leviathánt apró darabokra szeletelik, a legalitás mérgezett fegyvere, amellyel a pártok egymást szúrák hátba, a kor hatalom- és jogbirtokosainak kése, amelybe ő nem akart belerohanni... – idézi fel régi beszélgetéseiket egykor ifjú beszélgetőtársa. A tör mint a polgárháború metaforája! Ilyenkor mindig a szeretett Donoso Cortést idézte: »Ha a tör és a kard diktatúrája között kell választanom, akkor a kard diktatúráját választom.«” (SOMBART 2000, 274.)

¹⁰ Mindez egy önállóuló érdeklődés alapjait vetette meg. Ehhez lásd FORSTHOFF 1955; SCHNEIDER 1957, 295; MENDER 1957; HUBER 1963; ORFANEL 1986, 307.

¹¹ A *reflective equilibrium* módszertani javaslatához lásd: GOODMAN 1955, 65–68; RAWLS 1971, 20–21, 48–51, 120; VARGA 1992, 152–153.

alkalmazások elvégzésével) önmagát (re)generálva haladhat előre – már ha akadály-lyal, vagyis a rutinhelyzetben túlmutató s ezért önálló döntést igénylő helyzettel nem találkozunk. Ennyiben és ilyen értelemben helytálló Kelsen igazsága. Mihelyt azonban az eredetileg mozgásba indító energia kimerül vagy akadályt kell leküzdeni, új lökés-re van szükség; mert ha a jogot eredeti létrejöttében körülvevő feltételrendszer meg-változik vagy új helyzet áll elő, döntéshez kell folyamodni. Folyamatosságában, meg-újulásra való képességében tárja fel hát voltaképpen természetét a jog, ennyiben és ilyen értelemben tehát Kelsenét meghaladó és egyben kiegészítő Schmitt igaz-sága. Ennek értelmében a jogműködés nem más, mint a normativizmus által leírt formalizmus ön(re)generáló automatizmusa, amelyet azonban időnként vagy szűk-ség esetén meg kell toldanunk a szuverén döntés mozzanatával, amely a formaliz-mus szemszögéből végső soron jogüres térben keletkezik, s ezért és ennyiben poli-tikai jellegű. Ez a mozzanat egyben új határokat biztosít a jog számára az eredetileg gondolthoz képest megváltozott környezetben, és jelentésállományában ismételt konvencionalizál.

Vajon ez a némiképpen mechanikus összegzésből előálló képlet az egyedül lehet-séges megoldás? Nyilvánvalóan nem. Ráadásul, amint ez a műveiből kikövetkeztet-hető, Schmitt sem egyszerűen így gondolhatta.

Egyszerűsítő sémához folyamodva, következtetésemet talán az alábbi ábra sze-rint szemléltethetem:

jogműködés (I.) = KELSEN + SCHMITT

jogműködés (II.) = ~~KELSEN + SCHMITT~~ = SCHMITT

A módszertani problémával kapcsolatos gondolatmenetet összegezve: az a megha-tározó, ami végső soron határoz meg. Abból érthetem meg az átlagost, ami kritikus helyzetben is a működés elve. Az egész hermeneutikai gondolkodás és benne a „je-lentése van”, illetve „jelentést rendel hozzá” dilemmája (Perelman 1962) arra int, hogy fogalmiságaimmal, köztük elveimmel, szabályaimmal, politikaként követett gyakorla-taim fogalomma absztrahált fogódzóival folyamatosan s egyre rendszerszerűbben megkísérelhetem (és nem is sikertelenül) a problémamegoldó jogi gondolkodást csa-tornákba terelni, érv-választásokra és érvelési utakra korlátozni, tényekből genera-lizált s ismét fogalmiasított tényállásjelekhez kapcsolni, fogalmilag képzett intézmé-nyek nyelvi-logikai úton előállított megfeleltetésévé redukálni. Mégis, erőfeszítéseim ellenére mindezekkel nem „jogtól” és „tényektől” meghatározottá, belőlük kényszerít-ően következővé teszem „a jog” kinyilvánítása gyanánt meghozott ítéletemet, hanem a valóságos életbeli helyzetek összetettségét, ambivalenciáját, többoptikájúságát, tehát ilyen vagy olyan fogalmiasításától függő ellentmondásosságát transzformálom, ugrások csupán finom elemzésben megmutakozó tömegén keresztül a jog kívülről és felülről eleve adott kettős nyelvére, amely kizárólag saját bináris-dichotomikus kódján belül megejtett kategorikus választást ismervé mereven elutasítja a feltételeességet, a különválaszthatatlan egybefonódást, az egyidejű megmaradás és mássá levés dia-lektikáját (vö. VARGA 1999; VARGA 2002c, 177–196).

A Kelsen és Schmitt közti éles polémia alapjává tett kontrasztált megközelítés óta eltelt évtizedek után legfeljebb alkotás-lélektanilag lehet érdekes, hogy a két egyko-ri társ a hitleri hatalomátvételtől halálukig hivatkozott-e még egyáltalán egymásra, s

ha igen, úgy milyen mélységben és terjedelemben. Hiszen nem csupán eltérő családi és közösségi hagyományvilágból érkeztek, és nem csak történelmi aspirációjukban, értékvilágukban álltak szemben egymással, hanem a náci érában Kelsen mindenképpen bekövetkező eltávolítását a professzori székből mégis Schmitt személyes lépése aktualizálta. Útjaik, hangsúlyaik, érzékenységük, támpontjaik a weimari demokrácia válságának átélése és teoretikus megfogalmazása függvényében véglegesen szétváltak. Ám nem egyszerűen mindent hátrahagyva, a másikat emlékezetükből kitörölve léptek külön-külön tovább, hanem mintha későbbi munkásságukat is változatlanul ugyanennek a dilemmának a továbbélése, elméleti és történeti általánosítási lehetősége, valamint egyre szélesebb körben való újraigazolásának igénye – végső soron egykori önmagukra, s természetszerű következményként a később megtett lépésekre való kölcsönös odafigyelés – szabta volna meg.

Mindezt éppen erősíti, hogy a leginkább jelentőségteljes teoretikus (bár hallgatólagos) engedményeket Kelsen teszi meg, akinek életútját egyébként nem kísérik politikai drámák, nem terhelik meglepő fordulatok. Kelsen engedményei a következők: 1. 1925-ben kinyilvánítja, hogy „a jogalkalmazási aktus éppen úgy jogi tételezés, jogalkotás, jog létrehozása, mint a törvényhozási aktus, és mindkettő a jog létrehozatali folyamatának csupán két egymásra következő foka” (KELSEN 1925, 233–234), amiről még alig egy évtizede nyilvánította ki, hogy le- és visszavezethetetlenül „nagy misztérium” az elméleti jogmagyarázatban (KELSEN 1911, 334, 441).¹² 2. 1934-ben új felismerésének megfelelően újrafogalmazza a Merkl-től átvett lépcsőelméletet. „A legtöbb jogi aktus egyszerre jogalkotó és jogalkalmazó aktus. E jogi aktusok mindegyikével egy magasabb fokú normát alkalmaznak és egy alacsonyabb fokú normát hoznak létre.” (KELSEN 1988, 46.)¹³ 3. Egy további évtized múltán, a *Tiszta jogtan* újrafogalmazásaiban (KELSEN 1946; 1960) immár egyre erőteljesebben kutakodásának, egész válaszkísérletének logikáját egyenesen visszájára fordítja. Egyfelől kritériumszerűvé avatja a mindenkor adott helyzetekben hatásköre birtokában eljáró konkrét szerv történetesen éppen megejtett hatósági „megállapításának” tény és norma tekintetében egyaránt kizárólagos, pótolhatatlan és egyedi konstitutivitását. 4. Másfelől ugyancsak kritériummá teszi a jogerővel rendelkező, vagyis az eljárászerűen történetesen utolsóként megejtett döntés kétségbevonhatatlanságát, amely immár a normatív származtatás és levezetés egész rekonstrukciós játékát ellentétes irányba fordítja.¹⁴ 5. Végezetül, figyelembe véve azt is, hogy a *Tiszta jogtan* elméleti igényét alátámasztó jelentéssel-mérettel és joglogikával Kelsen mindvégig adós maradt, pontosabban: ilyen irányú ismételt kísérleteit végig ellentmondásokkal teli kudarcok beismerése kísérte, mindez valójában nem egyéb, mint a végső, kritériumszerű, a jogi mozgást voltaképpen elindító *decízió* háttérben álló mozzanatának beemelése a *norma* kultúrájára épülő világba. Amiről vélhetjük úgy, persze, hogy a *decízió* ilyen értelmű tényszerű aktusá-

¹² Önként adódik hát a fogalmi funkciókat érintő kérdés: vajon nem az lesz-e „kivételesség” Schmittnél, ami „misztérium” volt Kelsennél, s amiről úgy adunk ma számot, mint eddigi módszereinkkel már nem magyarázható „logikai ugrásról” és „fogalmi átalakításról”? Ez utóbbit konceptuálisan és analitikusan Aleksander Peczenik vezette be (PECZENIK 1979; Peczenik: *Formalism, Rule-skepticism and Juristic Operationism* (kézirat); VARGA 1999a, 3.4. és köv. pont).

¹³ Mint Kelsen írja, „a meghatározás azonban sohasem teljes... A magasabb fokú normának az azt megvalósító normaalkotási vagy végrehajtási aktushoz való viszonyában mindig csak egy ezen aktus által kitöltendő keretjellege van.” (KELSEN 1988, 50–51.)

¹⁴ A kelseni felfogás módosulásának teoretikus összefüggéseihez lásd VARGA 1999b, 271–304; VARGA 2002a, 60–61.

nak elméleti tartalma immár aligha tisztán decizionizmus, legalábbis eredeti schmitti értelmében. Ám természetesen az sem a korábbi kelsen-i értelmében vehető normativizmus többé, amibe ez beemeltetik.

A SZINTÉZIS LEHETŐSÉGE

Annak kérdése viszont, hogy voltaképpen mi micsoda kettejük érvelésében, immár csupán a megoldáskereső historikumának eszmetörténeti nézőpontjából érdekes. Ugyanis az ellenfogalmakból alakuló szintézisben válik a legteljesebbé a szintézist alkotó fogalmak megszüntetve megőrződése. Vagyis, így nyernek az *Aufhebung* ket-tösségében olyan jelentéstartalmat, amiben egykori kizárólagosságok már nem élhetnek, hiszen a szintézis éppen ellenfogalmak hajdani egymásnak feszüléséből született, azaz konfrontációból, mely olyasmit hozott létre, ami külön-külön vagy pusztán halma-zukban e szintézis eredeti alkotóiiban még nem állott készen. Mert tudvalévő, hogy az ellenfogalmak nem egyszerűen egy analitikus elgondolás különféle konceptuális vál-tozói, hanem eltérő gondolkodási kultúrákban fogant, eltérő problémamegoldások jel-zései.¹⁵ A szintézisben tehát már mást jelentenek, mert eredeti fogalmi kizárólagos-ságukból kilépve maguk is mássá lettek. Témánkról, a jogi következésről egy csupán negyed évszázada zajlott vitát példaként felidézve: vélekedhetem egyaránt úgy, hogy vagy szubszumpció vagy szubordináció áll mögötte, mégis tudhatom, hogy voltakép-pen e kettő csak együtt érvényes. Ámde mégis úgy áll ez, hogy nem külön-külön vagy egységében teszi ki e két fogalom a konfrontálásuk eredményeként nyert felismerést, hanem legfeljebb egy hermeneutikus szintézisben való feloldásuk révén.¹⁶

Ebből pedig kiderül, hogy voltaképpen a jogi bölcselkedés olyan örök kérdéséről van szó, amelyre az adható válaszok hosszú sorában sem Kelsen egyoldalúsága, sem Schmitt drámai körülmények közt és embertelenítő hatáskörnyezetben átpolarizáló rektifikációja nem az első, de nem is az utolsó válasz. Összecsapásuk az emberi eszmélődés egy szakasza, önmagában míves emléke csupán.¹⁷

¹⁵ Ilyen tudatosságra vall már Schmitt 1927-ben elhangzott figyelmeztetése arról, hogy amennyiben Kelsen egyáltalán óvni kívánja a jogtudomány jobboldali politikai erői általi megszállásától, úgy ez éppen annak reményét erősíti, hogy végre „az államjogban tisztába kerüljön ténybeli és tudati előfeltevéseivel, s med-dő és önkényes logizmusát hátrahagyva erőteljesebben oltalmazhassa magát az egyoldalú pártpolitikától” (in *Veröffentlichungen...* (7. jegyzet), uo.). E problémához lásd továbbá JABLONER 2000, 72.

¹⁶ A hermeneutikai problémához lásd Arthur Kaufmann gondolatmenetét (KAUFMANN 1982, 88; 1984, 260), továbbá Peschka Vilmos kritikáját (PESCHKA 1992, 170) és jelen sorok írójának értelmezését (VARGA 1992, 3. fej., főként 3.6.1. és 3.9. pont).

¹⁷ „Egy bírói döntés korrekt, ha előrelátható és előzetesen megjósolható. A bírói döntés ma akkor korrekt, ha előrelátható, hogy egy másik bíró ugyanígy döntene. »Egy másik bíró« itt a jogilag képzett modern jogászok empirikus típusát jelenti.” (SCHMITT 1912, 64.) Hasonló módszertani meglátásokat és megközelítéseket más kultúrákban és más körülmények között is fel lehet lelteni; napjainkban leginkább David Dyzenhaus feszege-ti a kérdést (DYZENHAUS 1997a; 1998). Csak az angol-amerikai jogi gondolkodás körét áttekintve, ez olyan szembesüléseket eredményezett, mint a nagy vita előbb Jeremy Bentham és John Austin, fél évszázaddal később Oliver Wendell Holmes és Karl Llewellyn, majd ismét fél évszázadra rá H. L. A. Hart és Ronald Dwor-kin között, ami az európai kontinensen csupán a Schmitt által megfogalmazott Kelsen-kritikához mérhető. Ráadásul előfeltevés-rendszerük is behelyezhető ama kettős állításba, amit pedig Schmitt mai kritikusa – a náciizmus jogi alapvetéseként elővezetve – így összegez: (1) a jog meghatározatlanságából szükségképpen adódik a diszkréció, (2) diszkréció esetén viszont csak a joggyakorlat egyöntetű következetessége (*homo-geneity*) teremthet előreláthatóságot és biztonságot (SCHEUERMAN 1996).

Népek tragédiáját kiváltó történelmi helyzetek közepette, kivételes teoretikus erővel és elszántsággal, nem csekély elméletépítő képességgel feszült e két gondolkodó egymásnak, s a teoretikus teljesítménynek önmagában kijáró számadási kötelezettségen túl ez ad többletértelmet nézeteik formálódásának összefüggéseit feltáró mai vállalkozásainknak.¹⁸ A tudomány társadalomhumanizáló feladatán pedig, éppen a vitatható múltak tanulságai feletti töprengéssel, tovább kell tünődnünk.¹⁹

IRODALOM

- CALDWELL, Peter 1994. National Socialism and Constitutional Law: Carl Schmitt, Otto Koellreutter, and the Debate over the Nature of the Nazi State, 1933–1937. *Cardozo Law Review*, 16. 399–427.
- DORÉMUS, André 1992. Esquisse pour une mise en perspective des rapports entre Carl Schmitt et le régime hitlérien. In Dupeux, Louis (dir.): *La »révolution conservatrice« dans l'Allemagne de Weimar*. Paris: Kimé. 302–314.
- DYZENHAUS, David 1997a. Holmes and Carl Schmitt: An Unlikely Pair? *Brooklyn Law Review*, 63. 165–188.
- DYZENHAUS, David 1997b. Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons? *American Political Science Review*, 91. 121–134.
- DYZENHAUS, David 1997c. *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- DYZENHAUS, David 1998. Why Carl Schmitt? In Dyzenhaus, David (ed.): *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham–London: Duke University Press. 1–20.
- FORSTHOFF, Ernst 1955. Über Maßnahmegesetze. In Bachof, Otto (Hrsg.): *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*. München: Isar. 221–236.
- GOODMAN, Nelson 1955. *Fact, Fiction, and Forecast*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- GOTTFRIED, Paul 1990. *Carl Schmitt. Politics and Theory*. London: Claridge Press.
- GURIAN, Waldemar 1934. Carl Schmitt, Kronjurist des dritten Reich. *Deutsche Briefe*, 26. Okt. 52–54.
- HERRERA, Carlos Miguel 1994. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, 86. 195–227.
- HUBER, Konrad 1963. *Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz. Eine Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff*. Berlin: Duncker & Humblot.
- JABLONER, Clemens 2000. Hans Kelsen. In Jacobson, Arthur J. – Schlink, Bernhard (eds.): *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press.
- KALLE, Gabriel Guillén 1996. *Carl Schmitt en España. La frontera entre lo político y lo jurídico*. Madrid.
- KAUFMANN, Arthur 1982. *Analogie und „Natur der Sache“*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. Heidelberg: Decker & Müller.
- KAUFMANN, Arthur 1984. *Beiträge zur juristischen Hermeneutik: sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*. Köln: Heymann.
- KELSEN, Hans 1911. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: Mohr.
- KELSEN, Hans 1925. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer.
- KELSEN, Hans 1931. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, 6. 576–628.
- KELSEN, Hans 1932. Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932. *Die Justiz*, 8. 65–91.
- KELSEN, Hans 1946. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- KELSEN, Hans 1960. *Reine Rechtslehre*. Wien: Deuticke.
- KELSEN, Hans 1988. *Tiszta jogtan*. Ford. Bibó István. Budapest: MTA.

¹⁸ Írásunkban Schmitt minden ízében erőteljesen vitatott munkásságából csupán egyetlen mozzanatra összpontosítottunk, mégpedig arra, amelyek a jogműködés magyarázatában a belső, immanensen gondolható következetességet elérő kelsenit *Tiszta jogtan* kihívására ellenkihívással élő korrekciót ígért. Ez a korrekció azonban, igényével ellentétben, nem teóriát adott, hanem pusztán egyfajta, jövőendő szintézistörekvésekbe esetleg beépíthető ellenfogalmiasítást. Életművéből mindez néhány gondolati töredék és módszertani megállás csupán, melynek szemügyre vétele anélkül járulhat hozzá mai jogbölcsletünk változatlanul kardinális dilemmájának láttatásához, hogy érinteni kívánna az átfogóbb elméleti-jogi értékelésekben adott válaszokat (vö. STERLING 1961; ROTTLEUTHNER 1983; NEUMANN 1983; továbbá – a „jogi perszonalizmus (*potesta directa*)” örvényébe átcsapás végzetes lehetőségének felcsillantásával – DORÉMUS 1992, 302–314, különösen 308).

¹⁹ Az általam tanulmányozott művekből további összefüggésekhez lásd GOTTFRIED 1990, 72; WARD 1992, különösen Section C, 7. és 8. feje; PAVÓN 1996, 486.

- LOEWENSTEIN, Karl 1936. Dictatorship and the German Constitution: 1933–1937. *The University of Chicago Law Review*, 4. 537–574.
- LÖFFLER Tibor 1994. Carl Schmitt konzervatív állam- és jogbölcsélete. *Valóság*, 11. 99–104.
- MCCORMICK, John P. 1998. The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers. In Dyzenhaus, David (ed.): *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham–London: Duke University Press. 217–251.
- MENGER, Christian-Friedrich 1957. Das Gesetz als Norm und Maßnahme. In Menger Christian-Friedrich – Wehrhahn, Herbert (Hrsg.): *Das Gesetz als Norm und Maßnahme*. Berlin: de Gruyter. 3–34.
- MÉTALL, Rudolf Aladár 1934. Bibliographie der Reinen Rechtslehre. In *Separatabdruck aus Hans Kelsen Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig–Wien: Deuticke. 1–8.
- MÜLLER, Ingo 1991. *Hitler's Justice. The Courts of the Third Reich*. London: Tauris.
- NEUMANN, Volker 1983. Vom Entscheidungs- zum Ordnungsdenken: Carl Schmitts Rechts- und Staatstheorie in der nationalsozialistischen Herausforderung. In Rottleuthner, Hubert (Hrsg.): *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*. Wiesbaden: Steiner. 153–162.
- ORFANEL, German Gómez 1986. *Exception y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- PAVÓN, Dalmacio Negro (coord.) 1996. *Estudios sobre Carl Schmitt*. Madrid: Veintiuno.
- PECZENIK, Aleksander 1979. Non-equivalent Transformations and the Law. In Peczenik, Aleksander – Uusitalo, Jyrki (eds.): *Reasoning on Legal Reasoning*. Vammala: Society of Finnish Lawyers. 47–64.
- PERELMAN, Chaim 1962. Avoir un sens et donner un sens. *Logique et Analyse* No. 5, 235–250.
- PESCHKA Vilmos 1992. *Appendix „A jog sajátosságához”*. Tanulmányok. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó – MTA Állam- és Jogtudományi Intézet.
- PETHŐ Sándor 1993. *Norma és kivétel. Carl Schmitt útja a totális állam felé*. Budapest: MTA Filozófiai Intézet.
- RAWLS, John 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.
- ROTTLEUTHNER, Hubert 1983. Substantieller Dezisionismus: Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus. In Rottleuthner, Hubert (Hrsg.): *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*. Wiesbaden: Steiner. 20–35.
- RÜTHERS, Bernd 1988. *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. 2., verb. Aufl. München: Beck.
- RÜTHERS, Bernd 1990. *Carl Schmitt im Dritten Reich*. 2. erw. Aufl. München: Beck.
- SARTORI, Giovanni 1989. The Essence of the Political in Carl Schmitt. *Journal of Theoretical Politics*, 1. 63–75.
- SCHUEURMAN, William E. 1996. Legal Indeterminacy and the Origins of Nazi Legal Thought: The Case of Carl Schmitt. *History of Political Thought*, 17. 1–20.
- SCHMITT, Carl 1912. *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*. Berlin: Liebmann.
- SCHMITT, Carl 1930. *Hugo Preuß Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*. Tübingen: Mohr.
- SCHMITT, Carl 1931. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- SCHMITT, Carl 1992. *Politikai teológia*. Ford.: Paczolay Péter. Budapest: ELTE ÁJK.
- SCHMITT, Carl 2002. *A politikai fogalma. Válogatott politika- és államelméleti tanulmányok*. Ford.: Cs. Kiss Lajos. Budapest: Osiris – Pallas Stúdió – Attraktor.
- SCHNEIDER, Peter 1957. *Ausnahmestand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt*. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt.
- SÉGLARD, Dominique 1995. Présentation. In CARL SCHMITT: *Les trois types de pensée juridique*. Paris: Presses Universitaires de France.
- SOMBART, Nicolaus 2000. *Ifjúkor Berlinben, 1933–1943*. Ford.: Földényi F. László. Budapest: Osiris.
- STERLING, Eleonore 1961. Studie über Hans Kelsen und Carl Schmitt. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLVII. 569–586.
- VARGA Csaba 1992. *A bírói ténymegállapítási folyamat természete*. Budapest: Akadémiai.
- VARGA Csaba 1999a. *Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról*. Budapest: Osiris.
- VARGA Csaba 1999b. *A jog mint folyamat*. Budapest: Osiris.
- VARGA Csaba 2002a. A bécsi iskola. In Varga Csaba (szerk.): *Jogbölcsélet: XIX–XX. század. Előadások*. Budapest: Szent István Társulat.
- VARGA Csaba 2002b. Joguralom? Jogmánia? Ésszerűség s anarchia határmezsgyéjén Amerikában. *Valóság*, 9. 1–10.
- VARGA Csaba 2002c. Utószó. In VARGA CSABA: *A bírói ténymegállapítási folyamat természete*. 2., átdolg. kiad. Budapest: Akadémiai.
- WARD, Ian 1992. *Law, Philosophy and National Socialism. Heidegger, Schmitt and Radbruch in Context*. Bern: Lang.