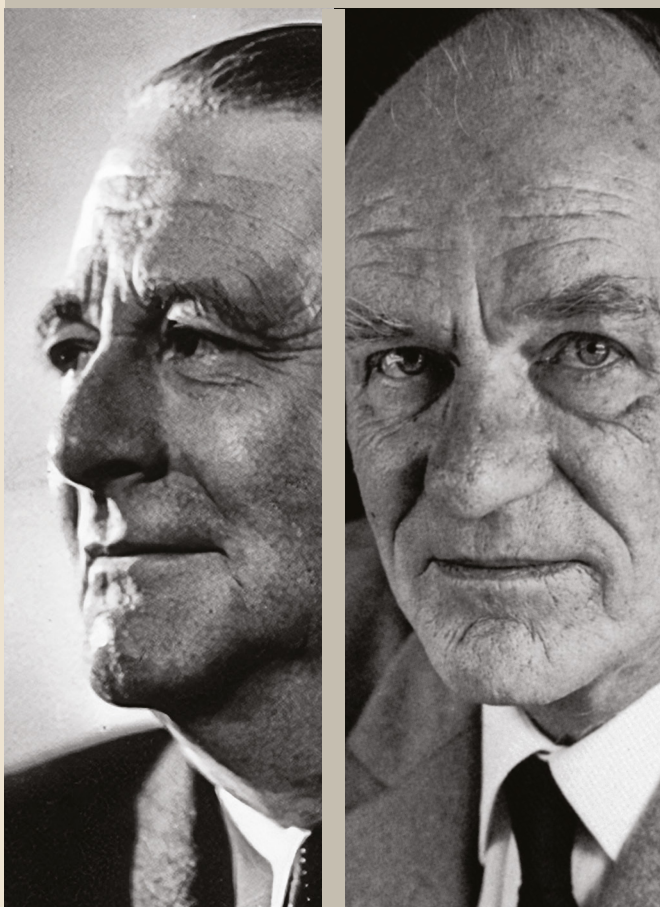


Techet Péter
**JOG MÖGÖTTI
AKARAT**

Metapozitivisták kísérletek
a német jogtudományban:
Carl Schmitt
és Ernst Forsthoff



ÁLLAMÉRTELMEZÉSEK

Viták



LUDOVIKA
EGYETEMI KIADÓ

Techet Péter
JOG MÖGÖTTI AKARAT

Államértelmezések



Viták

Sorozatszerkesztők
Cs. Kiss Lajos és Kis Norbert

Techet Péter

JOG MÖGÖTTI AKARAT

METAPOZITIVISTA KÍSÉRLETEK
A NÉMET JOGTUDOMÁNYBAN:
CARL SCHMITT ÉS ERNST FORSTHOFF



LUDOVIKA
EGYETEMI KIADÓ

Budapest, 2023

Szakmai lektor
Cs. Kiss Lajos

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

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

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

ISSN 2786-1430

© Techet Péter, 2023
© A kiadó, 2023

Minden jog védve.

ÁLLAMÉRTELMEZÉSEK

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

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

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

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

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

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

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

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

*Cs. Kiss Lajos és Kis Norbert
a sorozat szerkesztői*

TARTALOM

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

BEVEZETÉS

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

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

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

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

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

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

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

Ha kiélezve akarom megfogalmazni: a jog előtt ott a politika (amit Carl Schmitt mutatott ki nagyon pontosan), de – és ez talán még a schmitti felfogásnál is fontosabb és érdekesebb felismerés – a jogban (németül mondva: *am und im Recht*) is ott van a politika, amit pedig – amint például Matthias Jestaedt elemzi nagyon szépen³ – éppen Hans Kelsen, valamint a kelsen elméletet lényegileg kiegészítő Adolf Julius Merkl mutatott ki a legpontosabban.

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

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

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

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

² E teóriákról – egy gyűjteményes könyv recenziójaként – összefoglalásként lásd TECHET 2009.

³ JESTAEDT 2011: 330.

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

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

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

New York, 2020 januárja

I. FEJEZET

A POZITIVISTA JOGLOGIKA HIÁNYOSSÁGAI

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

A JOGI AXIOMATIZMUS ZÁRTSÁGA

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

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

⁴ A jogtudomány logikai felfogásáról lásd VARGA 2004: 348 skk.

⁵ KLUG 1982: 15–16.

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

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

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

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

⁶ VAIHINGER 1920: 220.

⁷ JUNG 2006: 120.

⁸ A két „világkép” eltérőségéről lásd SZABÓ 2001: 17–18.

⁹ STAMMLER 1911: 55–58.

¹⁰ STAMMLER 1911: 69.