

## Carl Schmitt és természetjog, avagy Hans Kelsen jogpozitivizmusának tévedései

Tanulmányunkban a természetjog és a pozitívizmus közti alapvető különbség újraértékelésére vállalkozunk, abból a feltevésből kiindulva, hogy a normativitás nem a pozitívizmust, hanem a természetjogot jellemzi. Ezzel összefüggésben kísérletet teszünk Carl Schmitt természetjogi koncepciójának rekonstrukciójára és a természetjog természetfogalmának védelmére a pozitívista támadásokkal szemben. Dolgozatunk Carl Schmitt természetjogát bemutató nagyobb, összefoglaló, jelenleg kidolgozás alatt lévő munka részeként, ezen tézis felvillantásaként született. Már a címválasztással is azt a hiedelmet akarjuk eloszlatni, hogy Carl Schmitt decizionista szerző lenne, s így a jogban önkényes erőszakot látott volna. Feltevésünk szerint ez sokkal inkább jellemzi Hans Kelsen jogpozitivizmusát.

### A TERMÉSZETJOG ÉS A POZITIVIZMUS KÜLÖNBSÉGÉRŐL

A természetjog nem abban különbözik leginkább a pozitívista szemlélettől, hogy megkettőzi a jogrendszert – egy örökérvényűnek és a pozitívista nézőpontjából metajurisztikusnak számító szintet feltételezve az emberileg tételezett jogszabályok fölé (Norberto Bobbio) –, hanem abban, hogy másképp definiálja a jogot, és ezért teoretikus érdeklődése is más irányú.

A pozitívista számára a jog egy emberileg tételezett szabály, amelynek érvényessége mögött *esetleges* emberi akaratok (a törvényhozó hatalmat éppen ténylegesen birtokló személy, csoport, osztály, stb. akarata), míg az érvényesülés mögött a végrehajtás *ereje* húzódik meg. Látható, hogy a pozitívista a jogot nem tartalma, hanem *formája és sikere* szempontjából észleli: számára a jog eszerint 1. egy mögöttes politikai akarat eszközüintézménye, 2. oka ennek megfelelően tetszőleges, 3. legitimitása pusztán a legalitására redukált, és ezért 4. az érvényessége és érvényesülése mögött meghúzódó akaratok erején kívül semmi mást nem észlel a jog okaként. A pozitívista, mivel a jog okát egy esetlegességhez (a hatalom erejéhez, ténylegességéhez<sup>[1]</sup>) kapcsolja:

1. a jog vonatkozásában értelmetlennek tartja az ontológiai kérdéseket, a jog születését és okát a politikum jogelméletileg nem megragadható világába helyezi, ill.

[1] Ergo egy Sein-jelenséghez – ennek módszertani hibájáról lejjebb még szólunk.

2. jogtudományosan csak egy jogi ismeretelméletet képes kidolgozni, elképzelni: ennek lenne az a feladata, hogy – mindenféle ontológiai, metajurisztikus, tartalmi elem nélkül – pusztán a formalitás külsődlegessége szempontjából megállapítsa, felismerhetővé tegye azon jellemvonásokat, amelyek (a maga redukált jogszemlélete alapján) a jogot jellemeznék.

A pozitívizmus – mivel irrelevánsnak tartja a tartalmi szempontokat – relativista, és bármit kész jogként elfogadni, amelyet egy erre hivatott szerv érvényes eljárás keretében érvényesen elfogadott. Mivel azonban az érvényesség is ténylegesen – tehát ha figyelmen kívül hagyjuk a hipotetikus alapszabály *fiktíóját* – egy politikai akaratra, a Walter Benjamin által leírt jogtételező erőszakra (*rechtssetzende Gewalt*) vezethető vissza: az eljárás, az elfogadás és kihirdetés érvényessége sem mondottá válik semmi biztosat arról, hogy *mi* is valójában a jog. Mert voltaképp a jog – a pozitívizmus formalitásában és relativizmusában – az az entitás, ami mögött a társadalmi-politikai harcok *legerősebbikének* immár legálisként preszupponált – mert ekként kikényszeríthető és elfogadandó – akarata, ereje húzódik meg.

A természetjog szerint azonban nem tekinthető minden jognak, amelyet egy megfelelően erős és hatékony akarat jogszabályként kihirdet. A természetjogtalan ugyanis éppen a jog *tartalma* érdekli. Míg a pozitívista szerint a jogot tételező emberi akaratnak legföljebb valami – egyébként szintén tőle származó<sup>[2]</sup> – eljárási (ergo formális, külsődleges) feltételeknek kell csak megfelelnie, addig a természetjog szerint a jogiság minőségének nem elegendő indoka egy akarat, egy erőszak ereje, hatékonysága, még oly tartós sikere. A természetjogtalan éppen az érdekli, hogy milyen tartalmi feltételek fennállása mellett tekinthetjük jognak az adott hatékony akarat, erőszak termékét. A pozitivistát viszont csak a külsődlegesség, a legalitás foglalkoztatja – éppen ezért csak egy jogi episztemológiát képes felállítani. A „természetjogász” viszont ama mércét, tartalmi szempontot keresi, amelynek alapján valami jognak tekinthető – ergo nem az emberi akarat megjelenési formájától, erejétől, hanem forrásától és tartalmától teszi függővé a jogi minősítést. A pozitívista számára az érvényesség pusztán formális kategória, amely voltaképp egyetlen jogfilozófiai kérdésre (miért érvényes a jog?, miért kell követnem a jogot?) sem ad választ. Eme kérdéseket a pozitívista eleve nem-joginak ítéli – elvégre számára minden ontológiai kérdés (hiszen az kivétel a forrásozott tárgyból) metajurisztikusnak számít –, így 1. ha megfelelően cinikus – amivel Kelsen *tiszta* jogtana nyugodtan megvádolható<sup>[3]</sup> –, akkor az erőszak jogtételező szerepére rámutatva, bármiféle tartalmi-legitimáci-

[2] Azon eljárási rend, amelynek betartása voltaképp a jogszabály érvényességének a feladata, sem más, mint egy másik jogszabály: azaz az A jogszabály érvényessége a B jogszabály meghatározta eljárási rendre vezethető vissza. Mivel azonban A és B jogszabály egyaránt az állam akarata, így voltaképp a pozitívizmus érvényességszármaztatása egy időbelileg eltolt tautológia, amennyiben is az állam későbbi akaratának érvényességét egy korábbi akaratára vezeti vissza. (E láncolat eme módon nem lezárható, ezért van szükség a hipotetikus alapszabály *fiktíójára*.)

[3] Miközben természetesen nem kérdéses, hogy Kelsen maga – persze nem jogtudósként, hanem magánemberként vagy legföljebb politikatudósként – elkötelezett volt a demokrácia (azaz annak általa értelmezett relativista-plurális formája) irányába. •

ós igény előtt szétárja a kezeit; ha viszont 2. nem elégszik meg a legalitás formalitására redukált legitimitással, akkor a legitimitás kérdését áttolja a politikai filozófia tereumára, mondván: annak feladata, hogy megtalálja ama *értékeket*, amelyeknek szolgálata, megvalósulása esetén nevezhető legitimnek a jogeszköz. Az első válasz cinizmusa legalább őszinte, elvégre Kelsen tiszta jogtana valóban éppen a legitimitás kérdéseitől „megtisztított” jogelmélet; az az érték gondolkodás viszont, amelyet a különféle absztrakt politikai filozófiák gyakorolnak (felállítva mindenféle univerzálisnak szánt és éppen ezért teljességgel életidegen elméleteket) a jog eszközintézményét holmi absztrakt célokhoz (értékekhez) kötné<sup>[4]</sup> – elszakítva akár a konkrét helyzet konkrét kihívásának megválaszolhatóságától is. Nos, akár cinikus, akár értékelvű: a pozitivista jogtudomány csak az eszköz formáját észleli.

Az a fő különbség tehát – amint Walter Benjamin is rámutat – a pozitívizmus és a természetjog között, hogy míg 1. a pozitivistát csak a jogtételező erőszak formája érdekli (tehát az, hogy eme erőszak képes-e felvenni a legalitás tógáját, és ekként bevonulni arra a színpadra, amelyet a kelsenianus jogtudós a maga redukált horizontjában érzékel), addig 2. a természetjogászt az erőszak célja – más szóval: a *tartalom* – foglalkoztatja, és attól teszi függővé a jogi minőség elismerését.<sup>[5]</sup>

A természetjogász szerint nem elegendő válasz a jog érvényessége mellett annak kikényszeríthetősége, úgymond legalitása – a jog ugyanis nem legális erőszak, hanem a jog csak abban az esetben tarthat igényt a legális erőszakra (vagy másképp szólva: a legális erőszakot csak akkor nevezhetnők jognak), ha annak tartalma valóban *kötelező* érvénnyel bír.<sup>[6]</sup>

Jogfilozófia csak eme utóbbi esetben művelhető – a jogfilozófia ugyanis nem egy jogi episztemológia, formállogika, metodológia, hanem ontológia és ekként szükségszerűen vezet a kelsen-i jogi ismeretelmélet számára nem-joginak, metajurisztikusnak ítélt irányokba. A jog heteronómítása csak metajurisztikus (filozófiai) irányból magyarázható.<sup>[7]</sup> „Miért uralkodik az egész világban, minden tudományban, minden emberi tevékenységben egy törvény? Ez az eredetileg jogi fogalom uralja az egész szellemi életet. Ez is bizonyítja, hogy a jogtudomány fontos a filozófiában”, írja Carl Schmitt ifjúkori naplójában.<sup>[8]</sup> A jog által vizsgált élethelyzetek immanens törvényszerűségeinek a feltárása annak a jogfilozófusnak a fontos feladata,<sup>[9]</sup> aki éppen nem azt vallja, hogy az erő, hanem hogy az igazság – ennek nem absztrakt, hanem helyesség értelmében vett konkrét jelentése – a jog forrása.

\* Kelsen szerint nem a jog révén kell az ideálisnak tartott demokratikus állapotokat megteremteni: ez a politika és a pedagógia (és a kettő összekapcsolódásaként: a köznevelés) feladata; Kelsen ez irányú ténykedéséről ld. Ehs, 2009, 91-109.

[4] Az érték gondolkodás veszélyeiről lásd: Schmitt, 1967, 37-62.

[5] Benjamin, 1965, 31.

[6] Vö. Frivaldszky, 2008a, 5. et passim.

[7] Cumin, 2005, 51.

[8] Schmitt, 2005, 54.

[9] Frivaldszky, 2008a, 7.

Ahogy Frivaldszky János írja, helyesen szembeállítva a normativistának hitt, de valójában decizionista (ergo tartalmilag nihilista) pozitívizmus jogász-képével a természetjogét: „a jogász hivatása nem az, hogy egyfajta 'istenként' érveivel vagy jogi aktusokkal kreálja különböző divatos igazságosság-elképzelések szerint az emberi viszonyokat [ergo a jog nem textusok akaratlagos, erőszakos – és esetleg valamilyen externus politikai filozófia absztrakt elméleteivel megtámogatott – tételezéséből áll – TP], hanem kvázi-filozófus módjára kell az elrendezett dolgok, az emberi viszonyok természetét *keresnie*”.<sup>[10]</sup>

Természetesen e koncepció voltaképp ama indításként jelzett különbségben áll, hogy a természetjog a jogot – immár Jogként értve – nem egy tetszőleges tartalmú, államakarati formának tartja, hanem mércének, amely meghatározza – vagy ha tetszik: leképezi, felismeri, felismerteti, visszatükrözi – a környezetünkben meglévő, ember mivoltunkból (magánjog) s társadalmiságunkból (közjog) fakadó *immanens rendezettség*et. Így mérceként szolgál a tételes jog számára, elvégre: „a természetjogi felfogás szerint az emberi természet alapvető normáit sértő pozitív jogi norma vagy bírói, közigazgatási stb. döntés nem minősül érvényes jogi előírásnak, s így kötelező erővel sem rendelkezik, bármilyen magas szerv is hozza azt meg”.<sup>[11]</sup> A természetjog úgy föltételezi: személyközi viszonyainkban – legyenek ezek egymás mellé rendelve (magánjog) vagy hierarchikusak (közjog) – van olyan belső, immanens Rend („emberi természet alapvető normái”), amelynek megvalósítása, megerősítése a Jog feladata: ekként csak ama államakarati forma tarthat igényt a jogiség többletminőségére, amely eme Rendet tükrözi, valósítja meg.

## CARL SCHMITT NORMATIVISTA TERMÉSZETJOGA

Az alábbiakban – Carl Schmitt egyik korai írását példának véve – azt bizonyítjuk (jelen változatban csak vázlatosan<sup>[12]</sup>), hogy: 1. Schmitt számára – legalábbis ifjabb korában – a Jog hasonló eszmei tartalmat – és nem pusztá akaratformát – jelentett, mint a természetjog legtöbb irányzata számára, ill. 2. eme természetjogias koncepció – és ekként a korai Schmitt és a vele rokonítható természetjog – egy idealista normativizmust képvisel, ergo 3. nem Kelsen, nem a jogpozitívizmus a normativista – ők ugyanis a „naturalista hibába” esnek a jog érvényességének igazolásakor (lásd lejjebb) –, hanem a természetjog (és annak fiatalkori schmitti változata).

Carl Schmitt plettenbergi egyszerű sírkövén – mely szó szerint egy sírkő – három szó szerepel: *Kai Nomon Egno*. Ő ismerte a *Törvényt*.

[10] Frivaldszky, 2008b, 105. (kiemelés eredetiben) Frivaldszky idézett tanulmányában – a klasszikus római jogi szerzőkre hivatkozással – azt igazolja, hogy mivel a jogász a legitimitás miatt a filozófushoz hasonlóan az igazságot – a tartalmi igazságot – keresi, ám – és ettől több és tán szebb a munkája, mint bármely szobafilozófusé – célja szerint meg is valósítja, ki is kényszeríti – ha kell –, maga a jogász a *valóbb filozófus*.

[11] Frivaldszky, 2008a, 29.

[12] A téma részletes kidolgozására a későbbiekben törekszünk.

Nagybetűvel vagyunk kénytelenek írni a Törvény szót, mert eme ismeret – amelyet Schmitt barátai a feliratban kifejezni kívántak – nem holmi jogtechnikai jártasságot, jogászfi furfangosságot, a jogszabályok tengerének alapos tudását, hanem ama mély okot – a minden tudomány mélyén, így a jogtudományánál is meglévő *arcanumot*, az egészen nem kifejezhető titkot, belső összefüggést, Lényeket (logoszt) – jelenti, amelynek „természetessége” – a szónak nem fizikai értelmében véve – lenne a schmitti természetjog kutatásának fókusza.

Carl Schmitt gondolatossága politikailag egyértelműen a liberalizmussal áll szemben, nem véletlenül szolgálhat megannyi, akár egymással egyébként vitában is álló, ámde antiliberális nézetrendszerek (politikai katolicizmus, marxizmus,<sup>[13]</sup> neokonzervativizmus,<sup>[14]</sup> újjobboldal,<sup>[15]</sup> hegelianus etatizmus, hatvannyolcas antiparlamentarizmus stb.) gondolkodói számára egyaránt érv gyanánt ; a jogtudományban pedig a pozitívizmus az ellenfele.

A pozitívizmus profán, tartalmatlan jogképével szemben Carl Schmitt számára – nem véletlenül tartotta fontosnak, filozófiailag relevánsnak a jogtudományt<sup>[16]</sup> – a Jog olyan eszmét jelent, de legalábbis a *Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* idejében jelentett, amelynek megvan a belső eszmeisége, rendszere: ezt kell megtalálnia, képviselnie a jó jogásznak, ebben áll az ő szép feladata, s nem abban, hogy kiskapuk után kotorásszon a jogszabályok halmazában. Mindezt Hasso Hofmann paradigmatis Schmitt-monográfiájában akként fogalmazta meg, hogy Schmitt egész életében a jog legitimitását kereste – azaz annak okát, amiért valamilyen államakarati forma jogérvénnyel bírhat –,<sup>[17]</sup> nem elégedve meg a legalitás esetlegességével, formalizmusával, önkényességével.

Hans Kelsen azonban sohasem tudott ebben az értelemben jogásszá válni. Ismert, hogy – ellentétben Schmitt-tel<sup>[18]</sup> – nem szeretett a jogra járni, kényszerszakját ekként egész élete során, amint elméletei is bizonyítják, kívülről, felületesen, redukáltan volt csak képes megfigyelni. Minden joghallgató számára meghatározó élmény a jogszabályok biflázása, magoltatása, és annak megtapasztalása, hogy az előző félévben tanult jogszabály idénre tán már legföljebb a jogtörténések számára lehet érdekes. A jogszabályok változásai – a törvényhozó három megfelelő szava tényleg egész jogi könyvtárakat tehet semmissé<sup>[19]</sup> – valóban a jog esetlegességét, tartalmi kötetlenségét bizonyíthatják: azt, hogy

[13] Lásd példaként erre egy maoistával folytatott, igen jó hangulatú párbeszédét: Schickel, 1993. Joachim Schickel maoista társadalomtudós úgy vélte, hogy Schmitt az egyetlen ember, akivel érdemes a partizánkodásról beszélni. Egyébként Joseph (Joschka) Fischer, egykori német külügyminiszter és hatvannyolcas „ikot” is elismerte, hogy örömmel olvasták köreikben Carl Schmittet.

[13] Ennek megnyilvánulásaira lásd: Mouffe, 1999; Mouffe, 2005; Mouffe, 2006; Mouffe, 2009.

[14] A „neokonzervatív Carl Schmitt” tézis cáfolatához lásd: Benoist, 2007.

[15] A német újjobboldali konzervatívok „schmittizmusáról” lásd: Gessenharter, 2007, 77–94.

[16] Carl Schmitt mindig is jogásznak tartotta magát, s sohasem jogfilozófiáról vagy jogelméletéről szólt, hanem mindig Rechtswissenschafttról: amivel éppen eme tudomány lényegességét akarta jelezni (azt, hogy a jogtudomány – ha tetszik – eleve jogfilozófia.)

[17] Hofmann, 2002, 11. et passim.

[18] Mehring, 2009, 21., Cumin, 2005, 32.

[19] Kirchmann, 1990, 23.

a jog érvényességének *mintha* csak formális-procedurális indokai lennének. (Ugyanez elmondható a bírói ítéletekről is.<sup>[20]</sup>) Hans Kelsen, a jogi egyetemet végezve – mint megannyi korábbi és későbbi sorstársa – a jogból csak eme össze-vissza változást, esetlegességet, önkényességet, tartalmatlanságot láthatta. Ennek megfelelően úgy vélhette, hogy 1. ilyen esetlegességre tudomány egyáltalán nem építhető, mert olyan volna, mintha emberi szellentésekre akarnánk tudományt (tehát valamiféle rendszerszerűséget) alapozni, 2. vagy ha mégis, akkor egy olyan tudományos sablont – univerzális jogelméletet<sup>[21]</sup> – kell felállítanunk, amelyben eme önkényesség, esetlegesség immár tudományos keretbe helyezhető, logikailag magyarázható, modellezhető. Az eredmény persze – hiszen a kiindulási pont sem volt már túl mély – felettébb sovány lett: egy olyan tiszta jogtan, amely – amint német kritikusai megjegyezték – nem *Rechtslehre* (jogtan), hanem voltaképp *Rechtsleere* (jogüresség).<sup>[22]</sup>

Kelsen szerint ugyebár a jog 1. eszköz (éppen ezért a jogelméletnek nem feladata teleologikus kérdésekkel foglalkozni), 2. pusztán *formálisan* meghatározott (a jog érvényességének így nincsenek tartalmi szempontjai), 3. tartalma ekképp tetszőleges, 4. a jog érvényességének oka pedig valamely erős akarat sikere. A jognak tehát Kelsennél nincs jogilag értelmezhető ontológiája – a forrásvidéke, a politikum ugyanis esetleges, a jogtudomány számára nem érzékelhető területen helyezkedik el. Kelsen elmélete tehát vállaltan egy ismeretelmélet csupán: azt határozza meg, hogy miképp ismerhetjük fel a jogot. A jog megismerhetősége formális-eljárási keretben történik: a jog egy bármilyen tartalmú, de meghatározott eljárásban elfogadott, kihirdetett norma. Érvényessége tehát nem egy jogfilozófiai minőség, hanem voltaképp a hatalmi szó szülte fiktív kategória. Az a tudományos keret, amely ezt az esetleges és önkényes világot – a jogét – lefedi, mindenféle logikai feltételek, zárások – ergo gondolati fikciók – révén marad tudományos: a kelseni tiszta jogtanban az érvényesség nem a jogrendszer egészére, csak a normák egymáshoz való viszonyára értelmezhető kijelentés. A hatalom szülte jogszabályok fiktív létállapota, az érvényesség arra szolgál, hogy a beszámítás (*Zurechnung*) révén valamennyi immanens, tartalmi kategóriát (bűn, igazság, stb.) kifordítsák, megfordítsák, s pusztán egy fiktív kijelentés (jogszabályszerű, jogszabályellenes) feltételeként kezeljenek.<sup>[23]</sup> Kelsen egyenesen azt állítja – minden igazság létét tagadva –, hogy egy büntetőítélet nem azt mondja ki, nem azt kutatja ki, hogy mi történt, hiszen nincs objektív igazság, így nem is tudhatjuk megválaszolni ennek kérdését, hanem pusztán annyit mond ki, hogy az ítélet szerint mit kell megtörténni föltételezni. Ergo nem a lopás következménye a börtönbüntetés, hanem a börtönbüntetés kiszabásának mintegy logikai – de pusztán logikai – föltétele a lopás tényállásának jogi megállapítása.

[20] Varga, 2001, 130. sk

[21] Kelsen, 2001, 1.

[22] Ld. Klenner, 1972.

[23] Kelsen, 2001, 12. et passim.

Azaz a bíró büntetése nem az igazságot juttatja érvényre, hanem önkényesen létrehoz egy új jogi tényállást, amelynek igaz vagy nem-igaz mivolta nem csak irreleváns, de egyenesen értelmetlen, megválaszolhatatlan kérdés.<sup>[24]</sup>

Kelsen tehát dekonstruálta a jogot, amennyiben tagadta mindazon jellegét – metajurisztikusként vetve el –, amelyet más jogfilozófiák éppen a jogiség kiválasztó tartalmi kategóriájának tartottak: azaz az igazsággal való összefüggését. Mivel Kelsen megtisztította elméletét az ontológiai válaszoktól és kérdésektől, az elméletében ábrázolt jognak nem maradt értelmesen megragadható forrása, célja. A forrás (ki nem mondottan) a politikum, a tetszőlegesség, ergo a *semmi*, épp ennek nyomán – azaz, hogy tagadta bármiféle megelőző rend szükségét a jogrend létrejöttének föltételeként – tudta igazolni ama tézisé, hogy az állam, a demokrácia – ellentétben Schmitt ezirányú állításaival<sup>[25]</sup> – nem valamiféle eleve létező, homogén közösségben tud létrejönni, hanem bárhol, bármikor, bárkiből. Amint a jogot jogtalanította, az államot – ezt immár el is ismerten – államtalanította; azaz a már eleve redukcionista módon megfogalmazott, „letisztult” (tehát ontológiailag az előzetes semmire alapozott) jogrendre redukálta.<sup>[26]</sup> Bármi lehet a jog tartalma – ekként a jog fogalma relativizálódik és az esetleges törvényével esik egybe –, mert nincs semmiféle legitimnek mondható mérce.<sup>[27]</sup> Mivel nem létezik semmiféle tartalmi mérce (igazság, helyesség, „dolog természete”), amint semmiféle előzetesség (megelőző rend, homogenitás, *Gleichartigkeit*) sem, a legitimitás fogalma – mely más jogfilozófiákban éppen ama elemeket tartalmazza mérceként, amelyektől Kelsen jogtanát és államtanát megtisztította – a legalitásba csúszott át. Legális az, amit a jogszabály megenged. Mivel a jogszabály tartalmilag kötetlen, bármi – ha tartja magát a eljárásrendhez – legális lehet, ergo legitim. A *minden lehetősége* azonban voltaképp a *semmi valósága*. Kelsen persze úgy vélte, hogy mindez – éppen a demokratikus eljárás szükségszerűsége okán – nem önkényt eredményez, mert amennyiben a jog oka immáron kizárólag az emberi tételezettség, akkor valóban minden megtehető, de – éppen, mert nem akarunk „önmagukkal kiszúrni” – az emberek úgyis csak annyit tesznek meg, amennyi az érdekükben áll. „Az állam mi vagyunk”<sup>[28]</sup> – ez lenne e kelsoni államelmélet maximája és önkorlátja. Bármi megtehető – de ha mi vagyunk az állam, akkor nem teszünk olyat, ami ne állna érdekünkben. Az egyetlen mérce az esetleges ember.

Amennyiben mindaz, amit az emberek tehetnek, legitim lehet, és amennyiben minden, ami jogszabály (tehát legális), az eleve legitim – a mondat első része okán –, akkor a legitimitásnak immáron semmi (önálló) értelme nincs. Carl Schmitt – és a természetjog – képes csak érzékelni ennek hiányát: a Jog náluk ugyanis a Rend képe, és a jogszabály csak akkor legitim, ha tartalmában eme Rendnek felel meg. A Jog tehát a Rend – ez a le-

[24] Kelsen, 1964, 51.

[25] Schmitt, 1996, 13–14., ill. Schmitt, 2003, 238. et passim.

[26] Kelsen, 1964, 54–55.

[27] Ooyen, 2009, 35.

[28] Kelsen, 1933, 23.

gitimitás mércéje. Ennek legitim eszköze a jogszabály, a tételezett jog. A jogszabály legitimitásának kérdése ontológiai kérdés. Legalitása pedig episztemológiai kategória. Kelsen viszont csak ez utóbbi érdekelte: éppen ezért a jogéletet meglehetősen redukáltan észleli („jogtalanított jog”).

Mit lát Kelsen a jobból? Voltaképp – ki nem mondottan – akaratok. Mivel Kelsen tagad minden értéköttséget, elmélete valóban vallja a hobbesi „non veritas sed auctoritas facit legem” elvét, és éppen ezért decizionista (ráadásul a joglépcső dinamikáját, a szintek „kommunikációját” is a döntések biztosítják nála). A pozitívizmus számára a jog oka egy döntés – a jogalkotó jogot alkotó döntése –, s aztán eme döntés eredményét, a normákat kezeli csak úgy mond normativistaként.<sup>[29]</sup> Kelsen, mivel a jog forrását a politikum tetszőlegességéhez köti,<sup>[30]</sup> nem tudja a létrejött rendszer – pláne nem a rendszer létrejövetelének<sup>[31]</sup> – érvényességét megmagyarázni: az érvényességet nem a rendszerre, hanem az egyes normákra – így a rendszeren belülre – szorítja. A rendszert, mivel minden legitimációs alaptól megtisztította, csak egy később általa is egyértelműen *fikciónak* nevezett<sup>[32]</sup> – hipotetikus alapnormával tudja lezárni. Ténylegesen tehát a kelseni rendszer a jog mögötti erő ereje – azaz végső soron a politika – okán érvényes és érvényesül. Ugyan Schmitt maga is a jogrendszer kezdeténél (az alkotmányozásnál) egy döntést feltételez, de eme döntés nem a semmit, hanem egy eleve létező rendet szervez politikai egységgé (azaz a döntés *nem a népnek, hanem a nép politikai keretének* a forrása): „Ami politikailag nem adott, nem is tudhat tudatosan dönteni”.<sup>[33]</sup> Mivel Schmitt közjogász – meg ráadásul hegelianus is –, így a rendet főleg közösségi dimenzióban (homogén nép) értelmezi.

Schmittnél tehát a Rend, Kelsennél pedig az Önkényes Erő a jogszabályok érvényességének indoka – már amennyiben nem fiktív magyarázatát fogadjuk el, hanem elméletének elhallgatott, ámde szükségszerű következményei mögé nézünk.

Carl Schmitt – noha etatistának szokás tartani – az Államot is alárendelte e Rendnek, azaz a Jog eszméjének. Elméletében tehát nem az Állam a végcél – ez esetben ugyanis voltaképp a jogot átengedte volna ama önkénynek, amelynek (minden államtalanítás ellenére) Kelsen kiszolgáltatta –, hanem az pusztán eszköz a Jogeszme megvalósulásában.

Főleg a Jogeszme lényege érdekes Schmitt ifjúkori elméletében, itt ugyanis a természetjog számos tulajdonsága megfigyelhető.

[29] A pozitívizmus ezért a normatívizmus és a decizionizmus keveréke, vö. Schmitt, 1993, 27.

[30] Kelsen, 1914, 217.

[31] Egyenesen jogászilag meg nem ragadható misztériumnak minősítette annak kérdését, hogy miként jön létre a legális rend (Kelsen, 1923, 334.). Amennyiben valóban semmiféle megelőző entitást, semmiféle legitimitást nem feltételezünk – mert mindezt belemossuk a legalitásba, azaz eleve csak a már létrejött rendszer vonatkozásában észleljük –, akkor egy jogász számára valóban érthetetlen tényfolyamat marad a jogszületés.

[32] Kelsen, 1979, 206.

[33] Schmitt, 2003, 50.



1. *A jog nem hatalom.* A pozitívizmus számára a jog oka a jogalkotó akarat – márpedig azon akarat tud „jogalkotni”, amely hatalommal bír. Eszerint: egy adott térbeli adottságon (országon) belül az lenne a jogalkotó, aki hatalommal bír – azaz ebben a koncepcióban nem a jog a hatalom forrása, hanem a hatalom a jog forrása. E felfogás nem teszi fel a hatalom legitimitására irányuló kérdést, éppen ezért nem is tudhatna különbséget tenni a rabló és az APEH-tisztviselő pénzkérő felszólítása között. „Ha a jogot hatalomként definiáljuk, az már lényegileg nem is norma akkor”, írja az ifjú Schmitt.<sup>[34]</sup> A hatalom ugyanis ténykérdés: ki van azon politikai, gazdasági és egyéb lehetőségek, eszközök birtokában, amelyek lehetővé teszik valamely akarat megvalósítását. A pozitívizmus voltaképp az egyik ilyen eszköznek véli a jogszabályt, amelynek ennek megfelelően oka (forrása) tehát a hatalom, célja pedig eme hatalom biztosítása. Igen ám, de a hatalom, ugyanúgy, mint az akarat *Sein*-jelenség! Azaz amennyiben a pozitívizmus voltaképpen az állam parancsához, a jogalkotó akaratához, annak (nem lévén más mércéje) tényszerűségéhez kapcsolja a jogszabályt, amely viszont, mint tudjuk, normakijelentés, tehát *Sollen*-tétel, akkor valójában éppen Kelsen – és nem az általa evvel egyébként gyakorta megvádolt természetjog – esik a naturalista hiba „bűnébe”. A naturalista hiba, mint tudjuk, akkor valósul meg, ha egy *Sein*ből (hatalom, akarat, tények stb.) egy *Sollenre* (jogszabály) következtetnek. Persze Kelsen – éppen azért, hogy elkerülje ennek el- s beismerését – bevezeti a látszólag szintén *Sollen*-szférában hagyott hipotetikus alapnorma fikcióját. Ezen alapnorma viszont fiktív – emberileg gondolt<sup>[35]</sup> –, így legföljebb argumentációs trükk arra, hogy elfedje a kelseni elmélet naturalista hibázottságát. Kelsen tehát – tagadva bármiféle *überrechtlich* létező (érvényes) norma vagy a szabályozandó anyagban immanensen jelenlévő normatív rendszerszerűség létét – egy kitalációval, egy fantazmagóriával kívánja a jogrendszer érvényességét még azelőtt rövidre zárni, mielőtt egyébként kiderülne: elmélete mind kezdő-, mind végpontján átcsúszik a *Sein*ba. A politikai akarat ugyanúgy *Sein*-jelenség, mint a végrehajtás mozzanata. Amennyiben a pozitívizmus tehát – nyíltan (Austin, Hobbes) vagy letagadva (Kelsen) – a hatalomra (*Sein*) vezeti vissza a jogot (*Sollen*), voltaképp azt a szegényes legitimitációt tudja csak megfogalmazni, hogy azt kell (*soll*) tenni, amit a legerősebb akar (*will=ist*). Ekként éppen a természetjoggal szemben egyébként – annak (tudatos vagy tudatlan) félreértése miatt – olyannyira kritikus pozitivisták nem képesek megfelelni az önmaguk támasztotta követelményüknek: a jog *Sollen*-szférában való tartásának, megőrzésének.

2. *A jog normatív idea.* A jog oka, forrása nem lehet a ténylegesség: az állam vagy bármilyen más politikai entitás akarat. (Ráadásul mivel az állam – legitim módon – azért állam, mert betartja a jogot, logikus, hogy nem az államból származik a Jogeszme, hanem a Jogeszme az Állam legitimitásának oka.

[34] Schmitt, 2004, 28.

[35] Jelezzük, hogy az emberi gondolat szintén már *Sein*-szféra!

Természetesen, a Jogeszme nem kész törvénykönyveket tartalmaz – nincs természetjogi versenyjog, internetjog –, így az Állam feladata a Jogeszme kibontása, kikényszerítése, azaz a föltétlenül *Sollen*-beli jognak a *Seinnal* való érintkezése. Ám eme érintkezés a Jogeszme normativitásának semmiképp sem föltétele.) „Ha a jog a tényekből levezethető, nincs jog.”<sup>[36]</sup> A pozitivisták is szokták állítani, hogy a természetjogászok a tények világából (természet) akarnának normákat kisajtolni – azaz két létszféra között ugrálni. Fentebb azonban éppen azt bizonyítottuk, hogy a „naturalista hiba” – a tényből az értékre való következtetés – nem a természetjogra jellemző – amely eleve érték, és éppen ezért nem hagyja önnön érvényét (értékét) a tények esetlegességétől, önkényétől (lásd természetjogot sértő törvényhozás) befolyásolni –, hanem ama pozitivismusra, amely a jogot a hatalomból eredezteti. Schmitt – amint a természetjog is – a Jog normativitását nem a hatalom erejéből, azaz valami faktualitásból magyarázza, hanem eszmeként, értékként fogja fel: így a jog normativitása nem relatív, nem egy tételező tényhatalom, tényhelyzet függvénye, hanem abszolút módon kötelez mindenkit, mindenhol s mindenkor. Schmitt a hatalomelmélet kritikájában egy nagyon szigorú idealista *normativizmust* dolgoz ki, ami szerint „a jog egy absztrakt gondolat, amely tényekből nem levezethető, és amely tényekre nem hat ki”.<sup>[37]</sup> A Jognak ugyanis nem az akarata az oka, és nem az akarás a feladata: a Jog feladata, hogy Eszme legyen – normatív Eszme (Irány), amit bár megvalósítani lehetünk kötelesek, de amely Eszme nem azért normatív, mert megvalósítatik vagy sem, hanem mert egy eleve *in se* érvényes normatartalom. „A cél azonban nem alkot jogot, mert a jog öncél.”<sup>[38]</sup>

3. *Az Állam feladata ennek megfelelően eme Jogeszme megvalósítása.* A Jog önnön érvényesülése nélkül is érvényes. A *Jog normatív* van, azaz érvényes. Nem azért, amiért Kelsen magyarázza a normák érvényességét, mert tételezték volna; nem is azért, mert hatékony lenne, hanem egyszerűen *önmaga jogán* (*per se*). Természetesen bármely evilági Sein-tett csak akkor legitim, ha eme eleve normatív Jogeszmeének megfelelően jár el. Tehát a Jogeszme létének (érvényességének) nem föltétele az Állam általi érvényesítése – miközben az Állam létének alapja a jogszerűsége. Nem is kell azt írunk külön, hogy: „a legitim állam létének”, mert az *Állam vagy legitim, vagy semmilyen*. Az illegitim jog, az illegitim állam fogalmi képtelenség a természetjogi koncepcióban – nem úgy Kelsennél, aki (mivel a jogot tételezett eszközként értelmezte) morális és immorális jogot (lévén a jog tartalma indifferens a jogiság szempontjából) is ismert.<sup>[39]</sup> Valójában azonban az állam államisága egy tőle független autoritás (Jog) *derivátuma*<sup>[40]</sup> – az Állam tehát tényleg vagy legitim (és akkor jogszerű), *vagy nem állam*, hanem kiterjedt rablóbanda, esetleg más egyéb szervezett összeverődöttség.

[36] Schmitt, 2004, 36.

[37] Schmitt, 2004, 42.

[38] Schmitt, 2005, 65.

[39] Olechowski, 2009, 51.

[40] Schmitt, 2004, 50.

Az Állam faktuális ténye azáltal nyer jelentőséget – értéket –, hogy a Jogot valósítja meg: „Nem a Jog van az Államban, hanem az Állam a Jogban”.<sup>[41]</sup> Ennél világosabban nem lehet megfogalmazni egy nem-etatista természetjogot. Az Állam feladata tehát, hogy a normatív Eszmének akaratot kölcsönözzön: a normatív Eszme az állam akarata nélkül is érvényes – nem az teszi érvényessé tehát a Jogot, hogy az Állam tételezi –, de az Állam biztosítja számára, hogy megvalósuljon. A Jognak azonban nem fogalmi eleme – *Sollen* lévén – a megvalósulás: a Jog akkor is érvényes, ha senki sem érvényesíti, s akkor is érvényes, ha valamilyen hatalom vele ellentétes tartalmat érvényesítene. A Jog érvényesége semmiféle tényhelyzettől nem függ: így sem a kényszer, sem az akarat, sem a megvalósulás nem fogalmi eleme a Jognak. (Mint ismert, a pozitívizmus számára voltaképp a jog nem más, mint kényszerrel megerősített és érvényesített parancs.) Schmittnél az Állam érvényes hatalmának oka nem hatalmának ténylegességében áll, hanem abban, hogy az érvényes Jogot valósítja meg.<sup>[42]</sup> A Jog Eszme, az államilag megvalósított Jog viszont formát, érzékelhetőséget igényel: ez a pozitíválás lényege. A pozitív jog így voltaképp a Jog mint Eszme állami megfogalmazása: a pozitív jognak azonban az Eszmének, s nem az Állam akaratának kell megfelelnie. (Egy pozitívista számára az a pozitív jog, ami tartalmilag az alkotmánynak felel meg, az alkotmány pedig egy hatalmi helyzet eredménye, ekként a pozitív jog voltaképp semmilyen abszolút tartalmi mércéhez nincs kötve.)

4. E koncepció annyiban azonban mindenképp közjogi, tehát hierarchiát feltételező, hogy az Egyént voltaképp – amint ki is mondja – a jog konstrukciójának tartja. Giorgio Agamben biopolitikai ihletettségű emberi jog-kritikájában is (minden bizonnyal nem éppen konzervatív élel) megfogalmazódik<sup>[43]</sup> ez a gondolat: *az Egyén jogai az Állam konstrukciói*. Az Állam – mely Állam persze nem önkényes, hanem Joghoz kötött – jelöli ki a juttatott jogok és kötelezettségek révén az Egyén helyét a közösségen belül. „Az objektíve érvényes normát teljesíteni, az egyén szempontjából nem jelent mást, mint saját szubjektív, empirikus valóságát megtagadni.”<sup>[44]</sup> Persze a normativista álláspontból – némileg – érthető ez az imperatívusz. Ha ugyanis a Jogeszme a regulatív erő, akkor Államnak és Egyénnek – ahhoz, hogy értelmet nyerjenek – fel kell adniuk faktuális, biológiai esetlegességeiket ahhoz, hogy a Jogeszme meghatározta érvényes, immanens létrend részesévé váljanak. Voltaképp Schmitt tehát nemcsak az Állam, de az Egyén irányába is megfogalmazza a legitimitás követelményét: a Jogonalny is vagy legitim, vagy semmilyen.

[41] Schmitt, 2004, 52.

[42] Schmitt, 2004, 71.

[43] Vö. Agamben, 2002, 127-139. et passim.

[44] Schmitt, 2004, 89.

## A TERMÉSZET MINT NORMA

Szükségesnek látszik ehelyütt bemutatni a pozitívizmus és a természetjog eltérő természetkoncepcióját – még egyszer hangsúlyozva a természetjog normatív és a pozitívizmus szinkretista jellegét.<sup>[45]</sup> Kelsen szerint a természet „[a] tudomány szemszögéből [...] nem más, mint az okozatiság törvénye által egymáshoz kapcsolt tények halmaza”.<sup>[46]</sup> Ennek megfelelően a természet a fizikai, biológiai, kémiai tények világa, megismerése tehát ezen tudományok módszereivel, leírása pedig ezen tudományok törvényeivel valósítható meg. A természettudományok törvényei azonban egészen más szerkezetűek, mint a jogi szabályok, mert nem azt írják elő, aminek lennie kell, hanem azt, ami – a megismerés után megállapíthatóan – van. A Kelsen által értelmezett természeti törvények eleve olyan folyamatokat, tényeket írnak le, amelyek leírásuk nélkül is fennállnának, bekövetkeznének. Nem azért esik le az alma a fáról, mert Newton kimondta volna ennek törvényét – Newton pusztán felismert valamit, ami egyébként a mi tudásunk és akaratumk nélkül (sőt: esetlegesen ellenkező akaratumk vagy tudásunk ellenére is) megtörténik. Kelsen szerint a természetjog a fizikális világ törvénye. Eszerint az lenne a természetjog, hogy például az elejtett üveggolyó lefele zuhan és nem felfele. Mivel ez mindig így fog történni – és ha egyszer mégsem így történnék, az sem a mi akaratumk miatt lesz –, így felesleges is lenne normatív előírni. Mi haszna volna egy olyan jogszabálynak, amely azt mondaná ki, hogy minden elejtett testnek a föld felé *kell* esnie? Kelsen szerint azonban a természetjog a fizikális törvényszerűségeken túli, úgymond társadalmi, humán törvényeket is a természetbe projektálja – majd azt ekként természetesnek véelve, immár jogi törvényként fogalmazza meg. Kelsen szerint azonban 1. ha a természetjog felismerései valóban természetesek (tehát, hogy például az öngyilkosság természetellenes tett), akkor felesleges előírni, mert eleve érvényesülni fognak, 2. ha viszont nem a fizikai törvényekhez hasonló módon természetesek, akkor viszont egy *Sollen*-kijelentést *Sein*-kijelentésként tüntet fel, majd onnan visszaforrásztatja *Sollen*-kijelentéssé. Az első esetben gyakorlatilag, a második esetben pedig tudományosan hibás a természetjog állítása – gondolja Kelsen.

Kelsen azonban elkövet – tudatosan vagy sem, ki tudja – egy ügyes trükköt: olyat feltételez a természetjogról, amit az egyébként magáról sohasem állított; majd eme nem állított butaságról valóban könnyűszerrel tudja Kelsen már bizonyítani, hogy botorság. Nem a természetjog értelmezi fizikai tárgyszerűségben a természetet, hanem a természetjog kritikusai tesznek így.

A hagyományos természetjogi koncepciók elfogadottságának lehanyatlásával „a természetet radikálisan eltárgyasították, és immáron csak a dolgok külsődleges megjelenését jelentette. [...]”

[45] Erről részletesebben ld. Frivaldszky, 2005, 15–27.

[46] Kelsen, 2003, 352.

A természet telos és értelem nélkül maradt. [...] [A]z ekképpen [ergo pusztán fizikailag] felfogott lét [*Sein*] semmiképpen sem tette már lehetővé, hogy benne holmi jót [*bonum*] fedezhessünk fel, vagy megalapozásképpen belőle egy *Sollent* levezzünk”.<sup>[47]</sup>

A természetjog tehát nem állította, hogy 1. az általa felismerni vélt immanens normák fizikai törvényszerűségek lennének (és a család szabályszerűsége ekként a földre hulló almához lenne hasonlatos), ill. 2. a természetjog azt sem állította, hogy az általa felismert immanens normatartalmak *Sein*-kijelentések volnának. A természetjog a *Sollen*jét nem a *Sein*ből vezeti le, hanem azt, ami *helyes* akár eme *Sein*nal, tehát az emberi akaratok tényszerűségével is szembehelyezi.

A természetjog normái nem fizikai értelemben, hanem a helyesség értelmében természetesek. Ha valaki megkérdez engem, hogy „kérek-e kávé”, s én azt felelem erre, hogy „igen, természetesen”, azzal nem azt akarom kifejezni, hogy a kérdező fizikai törvényszerűséggel adja nekem a kávé, hanem azt, hogy helyes a gondolata, valóban arra van szükségem, valóban a kávé elfogyasztása felel meg az éppen ottani és akkori immanens létállapotomnak. Normatíve, értékelő és nem leíró módon jelentem tehát ki, hogy „természetesen kérek kávé”, normatíve értem, hogy „barátom természetesen kávéval kínált”.

A természetjog azt vallja, hogy minden dolognak, minden élethelyzetnek megvan a maga helyessége. E helyesség normatív fogalom, tehát nem kötelező fizikai törvényszerűséggel. A természetjog természetfogalma éppen nem tény-, hanem mérce- (ekképpen normatív) fogalom. Hannah Arendt írta egy helyütt példaként a tényszerű természetesség és a normatív (helyes) természetesség különbségére a magas sarkú cipő példáját.<sup>[48]</sup> Arendtnek volt egy magas sarkú cipője: legtöbbször lábbeliként hordta – mert az volt az immanens rendeltetése, tehát a helyes használata, ekként a természetessége eme cipőnek –, de néha, kihasználva a magas sarok előnyét, akár szöveget is be tudott (volna) verni vele. A magas sarkú cipővel történő szögbeverés azonban nem természetes. Kelsen persze rávágthatná, hogy: már miért ne lenne az? Ha lehet – márpedig lehet –, akkor természetes. Kelsen tehát nem tudná megmondani, hogy mire is való (mire teremtett) a magas sarkú cipő: mely használat (a lábbeliként vagy a kalapácsként való) felel meg a rendeltetésének. Amit lehet, az a természetes, vallja ő. Kelsen szerint tehát ugyanolyan természetes a magassarkút cipőként hordani, mint szög beverésére használni. Sőt, mivel még arra is képesek lehetünk, hogy netán kis lángon melegítve végül apró darabokra cincáljuk és megegyük önnön cipellónket, akár ez – a magas sarkú cipő elfogyasztása is – teljességgel természetesnek számítana. *Anything goes*. Ez a posztmodernitás paradigmája. Hogy mindent, ami megtehető, azonos értékkel megtehetőnek ítélünk. Családot alapítani, házasságban élni, gyermekeket nevelni eszerint ugyanúgy természetes, mint szexuális perverziókat kiélni vagy a vonat elé ugrani. A posztmodern nem tudja megválaszolni – mert a nagy tisztításban kidobta a mércéket –, hogy miért természetesebb a magas sarkú cipőt a lábon hordani, mint kalapácsként

[47] Böckenförde, 2006, 69.

[48] A példát – ha jól emlékszem – a Turgonyi Zoltán PhD-védésén kiosztott tézisekben olvastam.

hasznosítani, netán egyenesen elfogyasztani. Ha e koncepciót a jogra vetítjük, valóban oda jutunk, hogy minden életforma egyforma – korlát legfeljebb a fizikai világ lehet. A modern korban emancipációnak nevezett folyamat, annak túlpörgött szakasza voltaképp nem szól másról, mint a meglévő – a hagyomány természetességére támaszkodó – „empirikus adottságok” lerombolásáról, azért, hogy végül *mindaz, ami lehetséges, egyben szabad is lehessen*. Gunyorosan írja a kölni katolikus alkotmányjogász, Otto Depenheuer, hogy egyedül a szodómia tartogat még emancipálandó lehetőségeket.<sup>[49]</sup>

A természetjog a természet emlegetése esetén nem a lehetőségekről, hanem a kellőről, a mércéről, a helyesről, a jóról szól. Valóban: maga a természet is képes megannyi elfajzást, zsákutcát, betegséget előállítani. Igen, a betegség is természetes. Ám a természetjog arról szól, hogy – ellentétben Michel Foucault-val, aki a szexualitásról vagy az elmebetegségekről szóló többkötetes tanulmányaiban voltaképp a normalitás és az abnormalitás határainak esetlegességét, így önkényességét, tehát elvetendőségét igazolta nagy elánnal – különbség van betegség és egészség között, így a jog feladata az egészség támogatása és a betegség gyógyítása, kirekesztése, büntetése.

A delegitimáció, dekonstrukció révén nincs fogalmunk azonban immáron a helyességről, így a jogokat tetszőlegesen szűkíthetjük (modernkori totalitárius diktatúrák) vagy bővíthetjük (emberi jogi túlhajtások, állatok joga stb.). Ha nem tudjuk, mi az ember, mi a természet, mi az élet értelme és célja – azaz, ha úgy állunk neki közösségi ténykedésünknek, hogy semmiféle normatív mércével nem rendelkezünk –, akkor az ember valóban bármi és semmi lehet, akkor a szabadság kiterjesztésének, és az evvel nyert új lehetőségek emberi jogiasításának tényleg csak a fizikai törvények szabhatnak határt. A Jog immár nem arravaló, hogy általa az Ember kiteljesítse Önmagát. Mivel nincs normatív fogalmunk önmagunkról: csak pillanatnyi tényhelyezeteinket, így vágyainkat, ösztöneinket ismerhetjük, és a jog forrásává – feltéve, hogy csoport- vagy egyéni érdekünk mögé megfelelő lobbitevékenység társul – pusztán ezt tesszük. A jog az emberi akarat alkotása. Tartalma ennek megfelelően az emberi vágyak folyamatosan szélesíthető pannója. „Az ember jogkörébe vonta a világot, és mindenből jogot csinált: a szerelmi vágyból jogot a szerelemre, a pihenést követelő vágyból jogot a pihenésre, a barátságot szorgalmazó vágyból jogot a barátságra, a tiltott sebességgel száguldás vágyából jogot a tiltott sebességgel való száguldáshoz, a boldogság vágyából jogot a boldogsághoz, a könyvkiadás vágyából jogot a könyvkiadáshoz, a vágyból, hogy valaki éjjel a téren üvöltözzön, jogot a téren való üvöltözéshez.”<sup>[50]</sup> Míg nem tudjuk megmondani – normatív –, hogy *mi* az ember, a jogok katalógusa tetszőlegesen bővílhet,<sup>[51]</sup> vagy akár szűkülhet. A posztmodern nem csak a totális szabadosság, de a teljes jogfosztottság lehetőségét is magában rejtí.<sup>[52]</sup>

[49] Depenheuer, 2009, 87.

[50] Kundera, 2007, 189.

[51] Dijon, 2009, 16.

[52] Techet, 2010, 89–90.

Ám azért a természetben sem lehetséges mindaz hosszú távon, ami rövid távon természetesnek (mert megtehetőnek, vágyhatóknak és vágyottknak) tűnik. Michel Foucault példáját idézzük fel ennek kapcsán, aki – vélhetőleg homoszexuális életmódja miatt (elvégre a természetben ilyen is van) – az elsők között kapta el a nyolcvanas évek új betegségét, az AIDS-ként megismert vírust. A helytelenség értelmében vett betegség faktuálisan is – és nem csak a helyesség megítélésében – betegséghez vezethet tehát. Ehelyütt azonban nem ezt akarjuk most hangsúlyozni, mert mindenképp szerencsétlen lenne azt állítani, hogy a szexuális betegségek úgymond (a természet, az Isten stb.) büntetés-ként jelentkeznének. Foucault AIDS-betegségében sokkal „érdekesebb”, ahogy az akkor már San Franciscoban élő francia filozófus reagált állapotára. „*Je n’y crois pas.*” Foucault egyszerűen *tagadta* (nem hitte), hogy beteg lenne, tagadta, hogy homoszexuális, kicsapongó életmódjával betegséget szerzett volna – és az új „betegséget” is pusztán a fennálló társadalmi rend szempontjából vélte csak abnormálisnak. Megelőző könyveiben is azt igazolta, hogy az elmebetegségek sem *in se* betegségek, csak a fennálló társadalmi viszonyok elnyomó ítélkezésében, narratívájában számítanak annak. Úgy vélte, a haladó közvélemény feladata, hogy *emancipálja* az AIDS-betegséget is, a vele szembe állított egészség dekonstruálásával. (Végül azonban a Természet dekonstruálta Foucault-t. Amint Isten is tán túlélte Nietzschét.)

„Ha elhisszük, hogy minden ’diskurzust’, ami a betegségről szól, a társadalom erői konstruálnak, és azt is, hogy az ember esztétikailag bármilyen ’ellendiskurzust’ képes létrehozni, akkor könnyen meggyőzhetjük magunkat arról, hogy bizonyos értelemben legyőzhetetlenek vagyunk.”<sup>[53]</sup> A vád, ami Foucault „Nem hiszek benne” felkiáltásából kicseng, nem más, mint hogy a természetjog nem a helyességet, nem az egészséget védi, hanem csak a fennálló társadalmi rendet. Ezen érv Kelsennél is megjelent, aki – ideológiakritikájában dekonstruálva – szintén ilyes hatalomlegitimációs eszközt látott minden természetesnek, organikusnak vélt jogi-állami legitimitásban.<sup>[54]</sup>

## ÖSSZEFOGLALÁS

Nos, megállapíthattuk, hogy – a közkeletű tudományos vélekedésekkel szemben – 1. Kelsen pozitívizmusa követi el a naturalista hibát, ill. 2. a természetjog természetfogalma normatív, s nem fizikai értelemben vett igazságot, helyességet jelent.

A jogkritikai mozgalom állításai, hogy a jog a fennálló osztály, hatalom pusztá erőszaka, éppen ezért csak a pozitívizmus teremtette jogi környezetre illhetnek: 1. ebben a jog valóban pusztán emberi akarat (ergo erőszak), 2. és mivel a jog forrása a hatalom, így a jog tényleg nem más, mint a hatalommal

[53] Mark, 2005, 211.

[54] Kelsen, 2003, 356.

bíró embercsoport „törvényre emelt akarata”,<sup>[55]</sup> ill. 3. éppen ezért az uralkodó osztály szempontjából osztályuralmi, az elnyomottak szempontjából osztályelnyomó eszköz. A pozitívizmus teremtette meg azon feltételeket – az államiság esetén az előzetes közösségi kötelekek tagadásával (az állam Kelsennél bármilyen összetételű embertömeg formális jogi köteleke), ill. a jog vonatkozásában a legitimitás felszámolásával (a helyesség megkérdőjelezése révén) –, amelyekre vonatkozhatnak a posztmodern jogkritikai megállapítások. Ám ha újra lenne tartalom, a jog sem pusztá (osztály)erőszak és az állam sem széthulló entitás lenne.

A tartalom a természetjog lehetne, a keret pedig a nemzetállam.<sup>[56]</sup>

## IRODALOM

- Agamben, Giorgio (2002): *Homo sacer. Die Souveränität der Macht und das nackte Leben*. Frankfurt/M: Suhrkamp,
- Benjamin, Walter (1965): *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Suhrkamp, Frankfurt/M
- Benoist, Alain de (2007): *Carl Schmitt actuel. Guerre juste*, Krisis, Paris
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2006): Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, In: Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt/M.
- Cumin, David (2005): *Carl Schmitt. Bibliographie politique et intellectuelle*. Paris, Ed. du Cerf
- Depenheuer, Otto (2009): Risiken und Nebenwirkungen menschenrechtlicher Universalität. In: Josef Isensee (hrsg.): *Menschenrechte als Weltmission*, Duncker und Humblot, Berlin
- Dijon, Xavier (2009): *Les droits tournés vers l'homme*, Cerf, Paris
- Ehs, Tamara (2009): Demokratie und politische Bildung. In: Tamara Ehs (hrsg.): *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Wien: Facultas, 91–109.
- Frivaldszky János (2005): Hans Kelsen természetjog-kritikájának cáfolatához. *Világosság*, 11. szám, 15–27.
- Frivaldszky János (2008a): A házasság és a család: elnyomó hatalmi viszonyok avagy a jog relacionális jellegének prototípusai? Az olasz relacionalista jogfilozófiai eredmények tükrében. *Iustum Aequum Salutare*, 3. szám.
- Frivaldszky János (2008b): A jogászok tudása mint „igaz filozófia” Ulpianusnál és napjainkban. In: Paksy Máté (szerk.): *Európai jog és jogfilozófia: konferenciatanulmányok az európai integráció ötvenedik évfordulójának ünnepére*, Szent István Társulat, Budapest
- Gessenharter, Wolfgang (2007): Der Schmittismus der „Jungen Freiheit” und seine Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz, In: Braun, Stephan – Vogt, Ute (hrsg.): *Die Wochenzeitung „Junge Freiheit”. Kritische Analysen zu Programmatik, Inhalten, Autoren und Kunden*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 77–94.
- Hofmann, Hasso (2002): *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Duncker und Humblot, Berlin

[55] Marx–Engels [<http://www.marxists.org/magyar/archive/marx/1848/communist-manifesto/ch02.htm>]

[56] Ez mintegy politikai programként is megfogalmazható.



- Kelsen, Hans (1914): Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 32,
- Kelsen, Hans (1923): *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen
- Kelsen, Hans (1933): *Staatsform und Weltanschauung*, Mohr, Tübingen
- Kelsen, Hans (1964): Gott und Staat. In: Kelsen, Hans: *Aufsätze zur Ideologiekritik*, (hrsg. von Ernst Topitsch) Luchterhand, Neuwied am Rhein / Berlin
- Kelsen, Hans (1979): *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien
- Kelsen, Hans (2001): *Tiszta jogtan*, Rejtjel, Budapest
- Kelsen, Hans (2003): Jogi pozitivizmus és a természetjog doktrínája, In: Varga Csaba (szerk.): *Jog és jogfilozófia. Antológia a XX. század jogi gondolkodása köréből*, Szent István Társulat, Budapest
- Kirchmann, Julius Hermann von (1990): *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, (hrsg. von Hermann Klenner) Rudolf Haufe Verlag, Berlin / Freiburg
- Klenner, Hermann (1972): *Rechtsleere. Verurteilung der Reiner Rechtslehre*, Akademie Verlag, Berlin
- Kundera, Milan (2007): *Halhatatlanság*, Európa Könyvkiadó, Budapest
- Mark Lilla (2005): *A zabolátlan értelem. Értelmiségiek a politikában*, Európa Könyvkiadó, Budapest
- Marx, Karl - Engels, Friedrich: *A Kommunista Párt Kéltványa* [<http://www.marxists.org/magyar/archive/marx/1848/communist-manifesto/ch02.htm>]
- Mehring, Reinhard (2009): *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*, Beck, München
- Mouffe, Chantal (2005): *On the Political*, Verso, London
- Mouffe, Chantal (2006): *The Return of the Political*, Verso, London
- Mouffe, Chantal (2009): Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy, In: Mouffe, Chantal: *The Democratic Paradox*, Verso, London, 36-59.
- Mouffe, Chantal (ed.) (1999): *The Challenge of Carl Schmitt*, Verso, London
- Olechowski, Thomas (2009): Kelsens Rechtslehre im Überblick. In: Ehs, 2009.
- Schickel, Joachim (1993): *Gespräche mit Carl Schmitt*, Merve Verlag, Berlin
- Schmitt, Carl (1967): Die Tyrannei der Werte. In *Säkularisation und Utopie. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*. [Ebracher Studien] W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz, 37-62.
- Schmitt, Carl (1993): *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Duncker und Humblot, Berlin
- Schmitt, Carl (2003): *Verfassungslehre*, Duncker und Humblot, Berlin
- Schmitt, Carl (2004): *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. Duncker und Humblot, Berlin
- Schmitt, Carl (2005): *Tagebücher. Oktober 1912 bis Februar 1915*. (hrsg. von Ernst Hüsmert). Akademie Verlag, Berlin
- Techet Péter (2010): Egy félbehagyott igazság, *Hitel*, 1. szám.
- Varga Csaba (2001): *A bírói ténymegállapítási folyamat természete*, Akadémiai Kiadó, Budapest



• Első győri jogász évfolyam pajzs