

A Verfassungslehre, mint különös és különleges államelmélet I.^[1]

Alkotmányfogalmak és jogállamértelmezés

I. BEVEZETÉS

Államelméleti szempontból Schmitt legjelentősebb, ma is számos tanulmányt tartalmazó munkája az először 1928-ban megjelent és az első kiadás előszava szerint 1927 nyarán vagy őszén lezárt *Verfassungslehre*.^[2] Tanulmányomban ezt a munkát szeretném bemutatni, nem utolsó sorban azért is, mert az egyre terebélyesebb hazai Schmitt irodalomban viszonylag kevesen foglalkoztak ezzel az írással, és akik tárgyalták is, csak a munka egy-egy elemét vizsgálták,^[3] és nem annak rendszerét,

[1] A tanulmány a KÖFOP-2.1.2-VEKOP-15-2016-00001 azonosító számú, *A jó kormányzást megalapozó közszolgálat-fejlesztés* című kiemelt projekt Ludovika Kiemelt Kutatóműhely Programjának *Államelméleti alap kutatás 2016-2018* (2016/86 NKE-AKFI) elnevezésű alprogramjának keretében a Nemzeti Közszolgálati Egyetem megbízásából készült.

[2] Carl Schmitt: *Verfassungslehre*. Dritte, unveränderte Auflage. Berlin, 1993, Duncker & Humblot. Az első kiadás (1928) előszavának dátuma 1927. december. C. Löser szerint feltehetőleg messze ez Schmitt legtöbbet idézett munkája (vö. Löser, 2008 http://www.cloeser.org/ext/Rezension_Carl_Schmitt_Verfassungslehre.pdf letöltve 2014.06.10.) és az már megjelenésekor számos neves szerző elemző, nem pusztán ismertető recenzióját és reflexióját váltotta ki (vö. Hensel, 1929, 168–197.; Hashagen, 1929, 127–139.; Bilfinger, 1929, 280–298.; Herrfahrdt 1929, 733–741.; Kraft-Fuchs, 1929–1930, 511–541.; Voegelin, 1931, 89–100.).

[3] Ennek következtében érthető, hogy Cs. Kiss Schmitt Magyarországi recepcióját részletesen elemző 2004-es tanulmányában (vö. Cs. Kiss, 2004, 19–143.) sem említi. Schmittnek ezt az alapvető művét a magyar nyelvű szakirodalomban ismereteim szerint a legrészletesebben Pethő Sándor elemezte 1993-ban megjelent Schmitt monográfiájában (vö. Pethő, 1993, különösen 183–200.) Pethő munkájának egyik erénye, hogy ráirányítja a figyelmet Schmitt kétértelműségeire, amelyek figyelembe vétele a *Verfassungslehre* megértéséhez is nélkülözhetetlen. Pethő Schmitt munkásságát elsősorban a társadalomfilozófiai összefüggések irányából közelíti meg és az egyik központi kérdés nála Schmitt és a náciizmus viszonya, hogy „mennyiben »előlegezi« meg – vagy korrektebbül fogalmazva: mennyiben engedi meg – Schmitt fogalomképzése a fasizmus későbbi legitimitását”. (I. m. 195., 203.) Ennek következtében bizonyos összefüggések kimaradtak Pethő ábrázolásából. Elsősorban a pozitív alkotmányfogalom és az alkotmányozó hatalom kérdésének, az alkotmány és az alkotmánytörvény megkülönböztetésének a tárgyalását hiányolom. Egyéb fontosabbnak tartott kritikái észrevételeimre Schmitt szövege kapcsán jegyzetekben utalok. A Carl Schmitt jogtudományával foglalkozó reprezentatív kötet (vö. Cs. Kiss Lajos, 2004) huszonnégy tanulmánya közül mindössze öt foglalkozik Schmittnek ezzel a művével. Ehhez lásd Körösenyi András: Carl Schmitt állam- és politikaelméleti alapfogalmai; Tallár Ferenc: Sacrum és politicum – Carl Schmitt politikai teológiája és az univerzális szeretetközösség; Szigeti Péter: A decizionizmus

belső összefüggéseit. És Schmitt számára, mint azt az Előszóban kiemelte, éppen ez a belső rendszer volt igazán fontos. Ennek a „belső rendszernek” a kifejtése során először a mű jellegéről, Schmitt munkásságában elfoglalt helyéről, szerkezetéről szólok, majd a munka egészének átfogó és a fontosabb fejezetek részletezőbb bemutatására vállalkozom. Az elkerülhetetlen szelekció alapja jelen esetben az, hogy nézetem szerint a *Verfassungslehre* tematikájából ma különösen két témakör aktuális. Az egyik az alkotmányfogalmak és az alkotmányváltozások megkülönböztetése és tipológiája, a másik pedig az alkotmány politikai és jogállami alkotórészeinek, ezen belül a demokráciának és a jogállamnak a szembeállítását. Előre szeretném bocsátani, hogy az első kérdéskör esetében Schmitt számos megkülönböztetését és fogalmát közvetlenül is gyümölcsözőnek és átvehetőnek tartom, de természetesen itt sem mellőzhető az alapos kritika. A második kérdéskör esetében Schmitt álláspontját tévesnek és elutasítandónak tartom. Ezt az álláspontot azonban nem lehet néhány politikailag motivált általános megfogalmazással elintézni, hanem Schmitt megfogalmazásainak beható kritikai elemzésére van szükség. A tanulmányban ezért rövid kritikai észrevételeket is szükségesnek tartok.

Az 1954-es kiadáshoz fűzött rövid előszavában Schmitt maga is úgy vélekedett, hogy „a könyv a jogállami-demokratikus alkotmány típusát máig meggyőző rendszerességgel fejtette ki”^[4] és annak szövegén a későbbi kiadásokban nem változtatott. A munka zöme végső megfogalmazásaiban tehát 1927-ben született, vagyis csaknem egy időben a *Der Begriff der Politischen* első változatával.^[5] Ha tehát a *Verfassungslehre* el kívánjuk helyezni Schmitt életművében, és ennek kapcsán megkíséreljük tisztázni a *Der Begriff der Politischen*hez való viszonyát, akkor itt nem az időbeli, hanem a logikai kapcsolatot és a műfaj különbségeit kell tisztázni.^[6]

- két terepe Carl Schmittnél – a szuverenitás makro- és a bírói ítélet mikroszintjén; Paczolay Péter: Ki az alkotmány őre?; Karácsony András: Megjegyzések Carl Schmitt politikai antropológiájáról (vö. Cs. Kiss Lajos, *i. m.*, 147–167., 147–167., 338–357., 358–371., 379–389.). A *Világosság* című folyóirat 2010 őszi tematikus számában a húsz tanulmányból csak három tárgyalja a *Verfassungslehre*t. (Vö. Cs. Kiss Lajos: A totális állam elmélete és mítosza; Karácsony András: Organikus demokrácia kontra liberális jogállam; Pócza Kálmán: A parlamentarizmus kritikája. *Világosság*, 2010 őszi, 19–40., 117–122., 129–135.) Ezen túlmenően a hazai szakirodalomból megemlíteném még Pócza, 2014. Azonban a jelzett korlátozás még a leginkább részletező vagy legalaposabb elemzésekre is igaz (vö. Pócza Kálmán, Körösi András, Szigei Péter elemzései). Hogy milyen tévedésekhez vezethet a *Verfassungslehre* nem ismerete vagy figyelmen kívül hagyása, azt jól mutatja Takács Péter „lesajnálás” tézise (vö. Takács, 2010, 53.)

[4] Schmitt, 1985, VII.

[5] Schmitt, 1928, 1–34. Eredetileg a *Deutsche Hochschule für Politik* 1927 nyári, *Probleme der Demokratie* című előadásorozatán hangzott el. Ennek azért van különös jelentősége, mert ezzel kezdődött Carl Schmitt és Hermann Heller egyre élesebb vitája. Andreas Lotz Manfred Gangl nyomán úgy véli, hogy a *Der Begriff der Politischen* későbbi változatai az olyan teoretikusokkal, mint Hermann Heller, Hans Morgenthau, Helmuth Plessner und Rudolf Smend folytatott „rejtett dialógus” eredményeként jöttek létre. (Lotz, 2012, 145.)

[6] A szakirodalomban eltérően vélekednek arról, hogy Schmitt munkássága mennyire egységes. Hasso Hoffmann szerint vitatott, hogy „Schmitt munkásságának egy egységes koncepció (Gesamt-konzeption) szolgál-e alapul, illetve az nem oldódik-e föl a változó álláspontok izgalmas sorában. Hogy Schmitt írásaiban számos változást produkált és fordulatot hajtott végre, az nyilvánvaló... Schmitt műve ellentmondások sokaságával tűnik ki, méghozzá nem csak a különböző fejlődési

Mindkét alapvető munka Schmitt munkásságának legjelentősebb időszakára, a weimari köztársaság idejére esik. Abban a szakirodalomban lényegében egyetértés van, hogy Schmitt első alkotói periódusa az első világháború előtti éveket fogja át,^[7] a második pedig a weimari köztársaság idejét. Schmitt későbbi tevékenysége kívül esik vizsgálódásainkon, de a weimari korszak helyes értelmezéséhez ki kell térnünk az első és a második szakasz viszonyára.

A két mű eltérő helyet foglal el a Schmitt recepcióban. A hazai Schmitt recepció is részben az angolszász recepció hatására, annak közvetítésével történt meg, ennek következményeknt Schmitt munkásságának bizonyos elemei háttérbe szorultak, figyelmen kívül maradtak. Ehhez járult még, hogy az angolszász recepcióban Strauss játszott döntő szerepet, ezért aztán Schmitt elsősorban a politikai filozófia konzervatív művelői körében vált kedvelté és divattá. Az viszont egyértelmű, a *Verfassungslehre* sokkal közvetlenebbül kapcsolódik a német államelmélet hagyományaihoz, mint a *Der Begriff der Politischen*, ezért az angolszászok számára nehezebb feladat annak elemzése. Nem véletlen, hogy olyan szerzők foglalkoztak vele, mint Paulson, Dyzenhaus, akik ebbe a német hagyományba alaposan beledolgozták magukat.

Ez a munka egy különös, sajátos és különleges államelméletet tartalmaz és ebben – minden kapcsolódás ellenére – különbözik a *Der Begriff des Politischen*től.^[8]

- szakaszok viszonyában, hanem egy és ugyanazon pozíción belül is... Schmitt munkásságának a fejlődését egy egészen határozott téma uralta: a közhatalom legitimitásának kérdése”, amit más és más aspektusból közelített meg és ezért ugyanarra a kérdésre eltérő válaszokat kapott. „A legitimitás »metajurisztikus« problémája vörös fonálként húzódik végig Schmitt munkásságán.” (Hofmann, 1992 7., 9., 16–18.) Ilse Staff úgy véli, hogy Schmitt „rendkívül terjedelmes életművében államelméletét explicite nem fejt ki, a legtöbb államjogi írása konkrét kérdésekre koncentrál, ennek ellenére műveiből egy egységes államfogalom tűnik elő, amelyet a leginkább az »állam mint szubsztanciális egység« fogalmával lehet megfogadni.” (Staff, 1981, 382.)

[7] Pethő, 1993. Schmitt munkásságának ez a szokásos periodizálása az *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*ben adott ábrázoláshoz igazodik. Eltér ettől Hofmann periodizációja, aki négy szakaszra bontva tárgyalja Schmitt munkásságát, megkülönböztetve a jogelméleti decizionizmus (1912–1922), a politikai decizionizmus (1923–1933), a faji legitimitásra alapozó konkrét rendgondolkodás (1934–1936) és a történetfilozófiai legitimitásra alapozó konkrét rendgondolkodás (1937-től) szakaszait (vö. Hofman, i. m.). Ez az eltérő szakaszolás azonban a *Verfassungslehre* értelmezését és megítélését közvetlenül nem érinti.

[8] Böckenförde szerint Schmitt e két alapvető munkája között – a keletkezés csaknem egyidejűségén túl – szoros tartalmi kapcsolat van. Szerinte ugyanis Schmitt államjogi munkái – és a *Verfassungslehre*t egyértelműen ezek közé számítja – megértésének a kulcsa a *Der Begriff des Politischen*ben rejlik, amelynek koncepciója lecsapódik a *Verfassungslehre*ben, noha ezt a koncepciót ott kifejezetten nem fejtegeti. A *Verfassungslehre* két döntő megállapítása, miszerint az állam a nép politikai egysége, és hogy a jogállami alkotórész, az alkotmány nem-politikai (unpolitisch) része csak ennek alapján érthető meg. A *Der Begriff des Politischen* kulcsjelentőségét Böckenförde hét példán kívánja bemutatni. Ezek: a szuverenitás fogalma, az állam és alkotmány viszonya, az alkotmány alkotóelemei, az alkotmánybíráskodás problémája, a politikai szféra sajátosságai, a pouvoir neutre szükségessége és a reprezentáció fogalma. (Vö. Böckenförde, 1991a, 344–366., 344., 350–365.) Böckenförde elemzéseinek zöme meggyőző, bár nem mindig. A nehézséget az okozza, hogy a jelzett kapcsolatot a problémák mélyrétege teremti meg, amit a megfogalmazások különbözősége elfed. Az 1920-as években keletkezett Schmitt munkák szoros kapcsolatára Pethő is utal. Szerinte ugyanis annak tisztázása, hogy mit jelent Schmitt számára a jogállam fogalma, csak a *Verfassungslehre* és a weimari köztársaság

Schmitt az első kiadás előszavában hangsúlyozza, hogy munkája „nem alkotmány-kommentár, nem is egyes tanulmányok sora, hanem egy rendszer kísérlete”. Ennek szükségességét azzal indokolja, Németországban „a »pozitivizmus« egy meghatározott felfogása vezetett oda, hogy az alkotmányelméleti alapkérdéseket az államtudományból az általános államtanba szorították, ahol helyük bizonytalan.”^[9] Ezzel szemben Franciaországban ezt a tudományterületet olyan hírességek neve fémjelzi, mint Esmein, Duguit és Hariou.^[10] Schmitt ezt a mintát kívánja követni.

A *Verfassungslehre* tehát nem pozitív alkotmányjogi munka,^[11] hanem a politikai kérdések iránt nyitott, a francia mintát követő államelmélet egyik fontos részterülete.^[12] Elnevezése ellenére különös államelmélet, mert az államelmélet vizsgálati területének csak egy részét tárgyalja, ezért magával az államelmélettel az általános-különös viszonyában áll. Erre Schmitt maga is utal néhányszor, mondván, hogy a részletes kifejtés az államtanba tartozna.^{[13] [14]}

- alkotmányjogi helyzetét, problémáit elemző írások együttes figyelembevételével lehetséges (vö. Pethő, 1993, 182.) Elvileg Pethőnek igaza van, de itt nehézséget jelent az alkotmányjogi és alkotmánypolitikai írások erőteljes szituativitása, szelektív érvhasználata, ezért a *Verfassungslehre* elemzése során Schmitt más írásaira csak utalni tudok.

[9] Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928a, IX.

[10] Schmitt, 1928a, IX–X. Hariou-t máshol is tudományszakunk mesterének nevezi. Ehhez lásd Schmitt: *A politikai fogalma. Válogatott politika- és államelméleti tanulmányok*. 2002a, 80. Hariou pozitív értékeléséhez lásd még Schmitt: *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*. 1934, 55–56.

[11] Joggal lehetne feltenni azt a kérdést, milyen alapon nevezik magukat alkotmánytanak a pozitív jogot tárgyaló alkotmányjog tankönyvek. De ezt ne tegyük föl, hiszen az 1950-es években az általános iskolák VIII. osztálya számára is írtak *Alkotmánytan* címmel tankönyvet.

[12] Alaptalannak tartom Margit Kraft-Fuchs kritikai megjegyzését „A könyv menetében megmutatkozik, hogy a Weimari Köztársaság alkotmányát fejtí ki, elsősorban, ezért általános alkotmánytanról alig lehet szó. A cím többet ígér, mint amit a könyv tartalmaz.” (Kraft-Fuchs, 1929–30, 511.)

[13] Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928a, XI–XII.

[14] Albert Hensel megjelenésük után szinte azonnal egy recenzióban tárgyalta a *Verfassungslehre*t és Rudolf Smend *Verfassung- und Verfassungsrecht*jét. Ebben a két mű érdemeit a következőkben látja: (a) a pozitív jogi alkotmányértelmezés kiindulópontját mindenkor az alkotmány lényegébe és ezzel az állam lényegébe való alapvető belátások jelentik; (b) a jogpozitivizmus meghaladása; (c) az alkotmánynak mint egésznek, és mint egységnek a vizsgálata, az átfogó megközelítés szükségességének a hangsúlyozása; (d) az alkotmány és más törvények alapvető különbsége, ami jelzi, hogy az alkotmány több és más, mint pozitív jog (vö. Hensel, 1929, 168–197., 168.) Hensel szerint „az államtan és ezzel az alkotmánytan megismerésének a tárgya az állam, a különböző útakon szerzett ismeretek egyetlen tárgyra vonatkoznak.” (I. m. 170.) „Ezért mindkét művel szemben először azt a kérdést kell föltenni: mi a lényeges az ő ismerettárgyában, mit jelent számára az állam lényege?” „Schmitt a *Verfassungslehre* elnevezéssel egy meghatározott és eddig még kevésbé kutatott területet akar körülhatárolni, amelyik a hagyományos Allgemeine Staatslehre és a Staatsrecht közötti helyre tart igényt. Nem államtan, mert az államról, mint alkotmány előtti kutatási tárgyról nem mond semmit sem, az alkotmány által rendezett állam, az államnak az alkotmány általi rendje érdekli. Nem államjog, az általa közvetített ismeretek a pozitív alkotmányjog helyes értelmezésének az előfeltételeit képezik.” (I. m. 181–182.) Hensel téved abban, hogy Schmitt az államról mint alkotmány előtti jelenségről nem mond semmit. Szerinte ugyanis az állam egy nép politikai egysége (vö. Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928a, 125.), és azt mint a politikai egységképződés problémáját közelíti meg, igaz, több helyen és sokszor ellenmondásosan. Találóa jellemzi Schmittnek ezt a munkáját másik korai recenzió, Erich Voegelin. Szerinte annak közvetlen tárgya ugyan a weimari alkotmány, aminek az elemzését a szerző három vonatkozásban is kibővíti. Az első kibővítés „az alkotmány elemzéséhez illő fogalomrendszer kidolgozása, a második az elemzés kibővítése az általában fölfogott jogállami alkotmánytípus vázlatává. A harmadik kibővítés, hogy a jogállam típusának konstrukciójába bevonja azokat a problémaköröket, amelyek

Annyiban sajátos államelmélet, hogy a francia mintát követve politikailag nyitott, de alapvetően mégis jogászai indíttatású.^[15] Röviden így lehet jellemezni Schmitt helyét a weimari köztársaság államelméletében, ahol az irányzatok különbségének a döntő kérdésévé Jellinek örökségéhez való viszony vált. Schmitt is azok közé tartozott, akik magában az államelméletben kívánták láthatóvá tenni a társadalmi, jogi és politikai tényezők kapcsolatát.^[16]

A „különleges” kifejezéssel az államelmélet módszerére kívánok utalni. A *Verfassungslehre*-ben összefonódik két tárgykör, a polgári jogállam és alkotmányosság, valamint a weimari alkotmány, és ezek különböző, analitikus, empirikus, értékelő megközelítésben való vizsgálata. Schmitt elemzéseiben jól megkülönböztethetőek az elemzési szintek, ezeket gyakran váltogatja, és egymásra reflektáltatja, de van, ahol összemosódnak, és ez az olvasótól fokozott figyelmet igényel. Az általa követett eljárást az Előszóban a példákvaló megvilágítás módszerének nevezi. Ezek a példák gyakran megvilágító erejűek, gyakran azonban félrevezető általánosításokra szolgálnak, ami arra vezethető vissza, hogy érvelése rendszerint erősen szituatív, a tényekre való hivatkozásai pedig erősen szelektívek.

Schmitt erénye egy bizonyos induktivitás, az a beállítódás, hogy a tételes alkotmányjogban, illetőleg a pozitív alkotmányjog-tudományban megjelent államelméleti problémák megvilágítására törekszik. Ezzel ellentétes viszont, amikor egy doktriner módon értelmezett identitás-tézisből dedukált tételekkel ütközteti ezeket. Schmitt módszerére jellemző, hogy ugyanazt a jogintézményt több oldalról, több vonatkozásban is elemzi, még hozzá elsősorban a politikai következmények szempontjából. Ez is az erényeihez tartozik és a Jellinek örökséghez kapcsolódik. Módszere az absztrakttól a konkrét felé való haladás ismerelméleti-logikai elvén alapul. Bár fejtegetéseinek erős oldala a fogalmi analízis, azonban az ebből levont következtetései viszont gyakran homályosak, ellentmondásosak^[17] illetőleg jogpolitikai és jogdogmatikai következményei miatt kritizálhatóak. Ez sokszor azzal a következménnyel járt, hogy az említett problematikus mozzanatokot bírálók Schmitt fogalmi elemzéseit is elutasították, nem tették föl azt a kérdést, hogy azoknak miben rejlik a fölhasználható racionális magva.^[18]

- az állam elveinek általános elméletébe tartoznak.” (Voegelin, 1931, 89.) Ezért a *Verfassungslehre* „egy általános államtan perspektívájában elgondolt vállalkozás. Az általános államelméleti elvek az alkotmánytan előfeltételei, és a szisztematikus elemzések során belefolyanak az alkotmánytanba. A könyv jelentős része, így az alkotmány fogalmával foglalkozó első rész és az államformatan, a vizsgálódás különös témáinak általános államelméleti megalapozását szolgálják. Maguk ezek az alapkérdések azonban nem válnak fő témává, a konkrét pozitív jogi és szűkebb alkotmányelméleti kérdésekből kiinduló vizsgálat éppen csak addig megy el, ameddig az az elvi megvilágításhoz szükséges. Nem tart igényt arra, hogy az államelméleti részekben tárgyalt dolgokról kimondja a végső szót.” (I. m. 89–90.) Véleményem szerint nagyrészt ennek tudható be, hogy a *Der Begriff des Politischen* és a *Verfassungslehre* közötti összefüggések rejtve maradnak.
- [15] A francia államelméletnek erről a nyitottságáról már Jellinek is írt (vö. Jellinek, 1914, 60., 68–69.).
- [16] Erről bővebben lásd Szilágyi, 2007, 106–125.; Szilágyi, 2014, Kézirat.
- [17] Pethő szerint „ez a fogalomhasználat a visszaélés, a gondolatok visszájára fordításának a lehetőségét is biztosítja Schmitt számára”. (Pethő, 1993, 203.)
- [18] Különösen jellemző ez Margit Kraft-Fuchs kelsenianus kritikájára (vö. Kraft-Fuchs, 1929–30, 511–541.)

A *Verfassungslehre* négy fő részből áll: I. Az alkotmány fogalma (1–11. §) II. A modern alkotmány jogállami alkotórésze (12–16. §) III. A modern alkotmány politikai alkotórésze (17–28. §) IV. A szövetség alkotmánya (29–30. §).^[19] Megítélésem szerint Schmitt művéből különösen két kérdéskör tanulságos. Az egyik az alkotmányfogalmak vizsgálata és az ún. pozitív alkotmányfogalom előtérbe állítása, a másik pedig az alkotmányok politikai és jogi elemeinek a megkülönböztetése. Az első esetben szerintem Schmitt fogalomrendszerének továbbgondolása ma is aktuális, a másik esetben pedig a beható kritika járhat tanulságokkal. Függetlenül attól, hogy Schmitt milyen politikai tapasztalatok hatására és milyen politikai motívumok által vezérelve különböztette meg az alkotmányt és az alkotmánytörvényt, és állította szembe a legalitást és legitimitást, ezekkel két elméletileg lényeges és ma is aktuális kérdést vetett föl.

II. MEGALAPOZÁS: ALKOTMÁNYFOGALMAK ÉS KÖVETKEZMÉNYEIK

A *Verfassungslehre* első, a továbbiakat megalapozó^[20] részében Schmitt először a különböző alkotmányfogalmakat tekinti át, aztán a lehetséges alkotmánykeletkezési módokat elemzi, végül az előbbiekből levont és szerinte lényeges megkülönböztetéseket és fogalmakat tárgyalja, ezen belül az alkotmányváltozás különböző eseteit. Tartalmilag tehát az első rész három elemzési egységre bontható: (a) fogalomelemző-analitikus (1–5. §), (b) genetikus (6–9. §), (c) összegező, amely megalapozza a további fejtegetéseket (10–11. §).

Schmitt gondolatmenetének kiindulópontja az alkotmánynak és az alkotmánytörvénynek a megkülönböztetése. „Egy alkotmányfogalom csak akkor lehetséges, ha megkülönböztetjük az alkotmányt és az alkotmánytörvényt. Az alkotmánytan számára az alkotmány és az alkotmánytörvény megkülönböztetése minden további fejtegetés kezdete”^[21] – írja. Ennek a megkülönböztetésnek az a lényege, hogy Schmitt számára az alkotmány a politikai egység formájáról való átfogó döntés (*Gesamtentscheidung*), vagyis alapvető politikai döntés, az alkotmánytörvény pedig az alkotmány kihirdetett szövegét jelenti. Mivel az alkotmánynak és az alkotmánytörvénynek ez a megkülönböztetése szemben áll a német államelméletben és közjogtudományban kifejtett álláspontokkal, igazolásához szükség van a különböző alkotmányfogalmak elemzésére.

[19] A következőkben a mű negyedik részével nem foglalkozunk. Löser szerint ez a rész nagyon absztrakt és olyan mértékben távol áll a nemzetközi jog tudományától és az államelmélettől, hogy ma nincs jelentősége vagy aktualitása. Ezzel ugyan nem értek teljesen egyet, de Schmitt szövetségi államra vonatkozó fejtegetéseinek az elemzése csak akkor lenne tanulságos, ha azt az Európai Unióról folyó viták összefüggésében végeznénk el. Akkor viszont már nem Schmitt művéről lenne szó, hanem az Európai Uniónak, mint sui generis közhatalmi képződménynek a sajátosságairól (vö. Löser, i. m.).

[20] Hensel szerint az első rész tartja össze a további három részt, az Schmitt alkotmánytanának a magva (vö. Hensel, 1929, 184.).

[21] Schmitt, 1928a, 20–21.

1. Alkotmányfogalmak

Schmitt az alkotmányfogalmaknak négy fő csoportját (abszolút, relatív, pozitív, ideális), és azokon belül további változatokat különböztet meg, valamint különbséget tesz az alaptörvény kilenc jelentése között. Saját elemzése során az „alkotmányt” a pozitív alkotmányfogalom értelmében használja. A mi témánk és általában az államelmélet szempontjából a pozitív értelemben felfogott alkotmány és az alkotmánytörvény megkülönböztetése döntő fontosságú.

Abszolút fogalom. Az abszolút alkotmányfogalom abszolút jellege azt jelenti, hogy az általa kifejezett, megragadott alkotmány maga egységes, zárt egész.^[22] Ezt az alkotmányfogalmat egyrészt a társadalmi valóságban létező totalitások megragadására használják, másrészt pedig pusztán a normák, a Sollen szférájára alkalmazzák. A valóságra alkalmazva az abszolút alkotmányfogalomnak három jelentése van. Első jelentésében egy meghatározott állam politikai egységének és társadalmi rendjének konkrét összállapota. A kifejezés itt csak egy konkrét, egyedi államot jelöl, a maga konkrét politikai létezésében. Nem az államnak van alkotmánya, hanem az állam az alkotmány. Ebben az értelemben használták a kifejezést az antik államelméletben.^[23] Második jelentésében a politikai és társadalmi rend egyik különös fajtáját, az uralom különös formáját fejezi ki, amelyik az adott államhoz tartozik és annak politikai létezésétől nem választható el, mint például monarchia esetében. Az alkotmány itt azonos az államformával. Szintén valami létszerűt, egy statutust jelöl. Ebben az értelemben minden államnak van alkotmánya.^[24] Harmadik jelentése szerint a politikai egység dinamikus alakulásának (Werden), mindig megújuló képződésének az elve. Ez a fogalom ellentétben áll az előző kettővel, mint dinamikus a statikussal, de itt is empirikus, tényszerű létezőről és nem Sollenről van szó.^[25] Ennek a továbbiakban nem részletezett alkotmányfogalomnak a magyarázataként Schmitt Rudolf Smend integráció-elméletére hivatkozik, valamint Lassalle-ra.

Az eddigieket úgy összegezhethetjük, hogy az abszolút alkotmányfogalomnak ez a három variánsa realitást fejez ugyan ki, de olyan realitást, amelyre az államelméletben más fogalmak használatosak, ezért általános alkalmazásuk, a fogalmak megkettőzését elkerülendő, nem indokolt. Az abszolút alkotmányfogalmaknak az első, a létező valóságot kifejező csoportba tartozó változatai lehetségesek ugyan, de önmagukban fölöslegesek, elemző erejük csak mint ellenfogalmaknak van azáltal, hogy megvilágítják a többi alkotmányfogalom tartalmát, különösen a tisztán normatív alkotmányfogalmak relatív jellegét.

Végül „az alkotmány abszolút értelemben jelenthet egy alaptörvényi szabályozást, azaz a legfelső és végső normák egységes, zárt rendszerét (alkotmány=

[22] I. m. 3.

[23] I. m. 4.

[24] I. m. 4-5.

[25] I. m. 5-6.

a normák normája)”.^[26] Ezt a fogalomhasználatot azonban Schmitt teljes mértékben elutasítja, mivel az abszolút jellegnek megfelelő teljes, mindenre kiterjedő zárt jogi szabályozás nem lehetséges. Szerinte az alkotmánynak, mint normatív egységnek és valami abszolútnak az elképzelései abból az időből eredő álláspontot fejeznek ki, amelyben az alkotmányt még zárt kodifikációnak tartották. Franciaországban 1789-ben a törvényhozó bölcsességébe vetett racionalista hit uralkodott, és abból indultak ki, hogy az egész politikai és társadalmi élet tudatos és tökéletes terve megfogalmazható. Ez csak addig volt lehetséges, amíg a polgári természetjog metafizikai előfeltevései ilyen hitre támaszkodhattak. Ma már ilyen hit nem létezik, sőt, az az ellentétes felfogás terjedt el, mely szerint az alkotmányok szövege keletkezési idejük politikai és társadalmi helyzetétől függ. Azok az okok, amelyekből meghatározott törvényi megállapításokat egy alkotmányba és nem egyszerű törvénybe írnak, pártkoalíciók politikai megfontolásaitól és véletlenjeitől függ. Az alkotmány így egyes alkotmánytörvények sorozatává változott át, és az alkotmány fogalma az alkotmánytörvény fogalmává relativizálódott.^[27]

Relatív fogalom. A relatív alkotmányfogalom az előzőekben vázolt változások következménye, relatívvá válása abban áll, hogy az egészében egységes alkotmány helyett csak egyes alkotmánytörvényről rendelkeznek. Az alkotmány relatív értelemben tehát az egyes alkotmánytörvényt vagy törvényeket jelenti, úgynevezett formális jegyek határozzák meg, mint az írásba foglalás és a megnehezített megváltoztathatóság. Ezeknek a formai jegyeknek a korábbi tartalmi meghatározottsága megszűnt, minden tartalmi és tárgyi megkülönböztetés veszendőbe ment az egységes alkotmánynak egyes, formálisan egyenlő alkotmánytörvényekben való föloldásával. Az alkotmánytörvényekbe ugyanúgy belekerülnek politikailag lényeges és esetleges rendelkezések. Jól példázzák ezt a weimari alkotmány nem alkotmányos jelentőségű rendelkezései: a szabad ég alatt tartott gyűlésekre a birodalmi törvény bejelentési kötelezettséget írhat elő, s ezek a közbiztonság közvetlen veszélyeztetése esetén be is tilthatók; a köztisztviselőknek lehetőséget kell biztosítani arra, hogy saját személyi nyilvántartásukba betekintsenek; a nyilvános iskolák tanárait az állami tisztviselők jogai és kötelezettségei illetik meg; az iskolák feletti felügyeletet főállású, szakmailag képzett köztisztviselők gyakorolják; a főiskolák teológiai fakultásai megmaradnak.^[28] Schmitt szerint éppúgy az alkotmányba írhatták volna a polgári házasságnak és a házasság fölbonthatóságának a garantálását, a végrendekezés szabadságát, vagy azt, hogy a vadászatra jogosultnak a vadkárt teljes egészében meg kell térítenie, s hogy a lakbéréket a következő tíz évben nem szabad emelni. A megkülönböztetés nélkül formalizáló és relativizáló szemlélet számára mindegyik rendelkezés egyaránt

[26] I. m. 7.

[27] I. m. 10–11.

[28] Die Verfassung des Deutschen Reichs. 123. § (2), 129 §. (3) harmadik mondat, 143. §. (3), 144. §. második mondat, 149. § (3); A weimari alkotmány rendelkezéseit Szabó, 2000, 273–306. alapján idéztem. A * -gal jelzett szakaszokat átírtam.

„fundamentális”. Ebből magától értetődően következik, hogy az ilyen formalizálás során nem az egyes rendelkezések kapnak fundamentális jelleget, hanem megfordítva, az igazi fundamentális rendelkezések fokozódnak le.^[29]

A 19. században a polgárság követeléseinek megfelelően az alkotmány írásba foglalásának a követelménye még meghatározott tartalomhoz és megegyezést biztosító eljáráshoz kapcsolódott. Ez mára megszűnt, az írott alkotmányokba bekerült számos egyedi rendelkezés, amelyeket csak azért írnak bele az alkotmányba, mert el akarják vonni a változó parlamenti többségtől, és mert a pártok, amelyek az „alkotmány” tartalmát meghatározzák, kihasználják az alkalmat, hogy pártpolitikai követeléseiknek alkotmánytörvény jellegét kölcsönözzék.^[30]

Ugyanez történt a megnehezített megváltoztathatósággal. „A nehezített megváltoztathatóság követelményében a tartósság és stabilitás bizonyos garanciája rejlik. De magától értetődően elvész ez a garancia és stabilitás, ha egy párt vagy pártkoalíció szerzi meg a szükséges többséget... Az alkotmány tartalma nem a megnehezített megváltoztathatóság miatt sajátos, hanem megfordítva, fundamentális jelentősége miatt kell neki megkapnia a tartósság garanciáját. Ez a megfontolás veszített súlyából, amikor már nem az »alkotmányról«, hanem a számos alkotmánytörvény egyikéről vagy többükről volt szó. Most egy egészen egyszerű párttaktikai szempont lépett elő: a megnehezített megváltoztathatóság már nem az alkotmányos minőség következménye, hanem megfordítva: egy rendelkezést azért tettek alkotmánytörvénnyé, hogy azoknak valamilyen gyakorlati okokból (amelyeknek semmi közük az alapszabályhoz vagy hasonlóhoz) védelmet nyújtsanak a változó parlamenti többséggel szemben... Ha valójában ez lenne a végérvényes alkotmányfogalom, akkor az alkotmányváltoztatásról szóló rendelkezés lenne az alkotmány lényeges magva és egyedüli tartalma. Az egész alkotmány csak egy provizórium lenne, valójában egy blankettatörvény, amit az alkotmányváltoztatásra vonatkozó rendelkezések szerint bármikor ki lehetne tölteni. A ma hatályos német alkotmányjog minden normáját el kellene látni azzal a kiegészítéssel, hogy »amennyiben a 76. § útján másként nem rendelkeznek«. Ez lenne a következménye a »formális« alkotmányfogalomnak, ahogyan az a mai német államtudományban egészen magától értetődő.»^[31] Mindezek miatt a formális és relatív alkotmányfogalom nem kielégítő, ezért az alkotmány más definíciójára van szükség.^[32] Schmitt szerint ez a pozitív, a tulajdonképpeni, az „igazi” alkotmányfogalom. Ennek részletezése előtt azonban röviden a negyedik alkotmányfogalomról.

Ideális fogalom. Az alkotmány ideálfogalma az alkotmányt kitüntető értelemben egy meghatározott tartalomhoz köti. Politikai okokból igazi, vagy valódi alkotmánynak gyakran csak azt nevezik, amelyik megfelel az alkotmány egy meghatározott ideáljának. A politikai harcok kifejezés módja hozza magával, hogy minden harcoló

[29] Schmitt, 1928a, 12.

[30] I. m. 13–15.

[31] I. m. 18–19.

[32] I. m. 20.

párt csak a saját politikai követeléseinek megfelelő alkotmányt ismeri el igazi alkotmánynak. Ha az elvi politikai és társadalmi ellentétek nagyon élesek, akkor ez könnyen oda vezethet, hogy egy párt minden olyan alkotmánytól, amelyik nem elégíti ki követeléseit, elvitatja az alkotmány nevet. Különösen a liberális polgárság állította föl az abszolút monarchia elleni harcában az alkotmánynak egy meghatározott ideális fogalmát, és azt magának az alkotmánynak a fogalmával azonosította.^[33] Az alaptörvénynek ezzel szemben nincs ilyen ideális fogalma, csak funkcionális.^[34]

Az alkotmány ideális fogalmának más alkotmányfogalmakkal való összevagyítása vagy a különböző alkotmányeszmények összekapcsolása által könnyen zűrzavar és homály keletkezik.^[35] Schmitt az alkotmány ideálfogalmát tehát nem tartja eleve használhatatlan, elvetendő fogalomnak; az mint mérce és ideál használható, csak összececerélni, fölcserélni, összekeverni nem szabad más alkotmányfogalmakkal. Tegyük hozzá: az ideális fogalom képezi az alkotmányosság alapját.

A Schmitt által jelzett zűrzavar és homály napjainkban elsősorban a jogállam és a demokrácia fogalmak viszonyának tisztázatlanságában, esetenként összemosásában nyilvánul meg. Az ideális alkotmány fogalma ezt a tisztázást segítheti elő az alkotmány két alkotórészének megkülönböztetésével és elválasztásával. Schmitt hibája ebben az összefüggésben az, hogy a fogalmi megkülönböztetést nem követi a kölcsönösség vizsgálata, a reflexió, hanem, és ez a problematikusabb, a fogalmi megkülönböztetéssel a létbeli elválaszthatóságot, sőt, elválasztottságot alapozza meg: a két fogalomból helytelenül következtet a két részre, majd abból a két rész, vagyis a politikai és jogállami alkotórész ellentétére, végül a demokrácia és a jogállam ellentétére. Ugyanakkor, és ezt sem szabad figyelmen kívül hagyni, ebben a gondolatmenetben nem közvetlenül az alkotmány ideálfogalmát, hanem annak sikeres érvényre juttatását veszi alapul. Álláspontom szerint nem Schmitt fogalmi megkülönböztetésének a figyelmen kívül hagyása a helyes út, hanem annak alapos elemzése, következetes kritikája és az abból adódó tanulságok levonása.

Az ideális alkotmányfogalmak közül a polgári jogállami alkotmány ideálfogalma tett szert különös jelentőségre. A modern alkotmány történeti fejlődésében egy sajátos ideális fogalom oly sikeresen jutott érvényre, hogy a 18. század óta csak az olyan alkotmányokat nevezik alkotmánynak, amelyek a polgári szabadság követelményeinek megfelelnek, és ennek a szabadságnak meghatározott garanciáit tartalmazzák. Ennek az alkotmányideálnak a sajátossága abban áll, hogy az államszervezetet egyetlen, az államhatalommal szemben kritikus és negatív szempontnak, a polgárnak az államhatalom visszaéléseivel szembeni védelmének rendeli alá. Nem annyira az államot szervezik meg, mint inkább ellenőrzésének eszközeit és módszereit; biztosítékokat teremtenek az állami túlkapásokkal szemben és fékek beépítésére törekszenek az államhatalom gyakorlása során.^[36]

[33] I. m. 36.

[34] Vö. i. m. 42.

[35] I. m. 37.

[36] Vö. i. m. 37–39.

Ebből már következik, hogy a polgári-jogállami rész az egész alkotmánynak csak egyik összetevőjét képezheti, míg az alkotmány másik része a politikai egzisztencia formájáról hozott pozitív döntést tartalmazza. A mai polgári államok alkotmányai ennek megfelelően két részből épülnek fel: a jogállami alkotórészben a polgári szabadság állammal szembeni védelmét szolgáló elveket és jogokat rögzítik, a politikai alkotórészben a tulajdonképpeni államformát határozzák meg. Az államforma lehet monarchia, arisztokrácia vagy demokrácia vagy egy status mixtus. A két alkotórész összekapcsolásában rejlik a mai polgári-jogállami alkotmányok sajátossága.^[37]

Pozitív fogalom. A pozitív alkotmányfogalom Schmitt alkotmánytanának központi fogalma, az „alkotmány” szót a további elemzés során ebben az értelemben használja. A pozitív fogalom alapvetően az alkotmány mint a politikai egység fajtájáról és formájáról való átfogó döntést jelenti, fejezi ki. „Az alkotmányozás aktusa, mint olyan, nem valamilyen egyedi normatételést jelent, hanem egyszeri döntés által a politikai egység egészét határozza meg annak különös létformája vonatkozásában. Ez az aktus konstituálja a politikai egység formáját és típusát, amelynek a fönnállása előfeltételeztetik. Nem úgy van, hogy a politikai egység csak azután keletkezik, hogy egy ’alkotmány adatik’. A pozitív értelemben vett alkotmány csak annak a különös összalakzatnak (Gesamtgestalt) a tudatos meghatározását tartalmazza, amely mellett a politikai egység döntött. Ez az alakzat változhat. Fundamentálisan új formákat vezetnek be, anélkül, hogy az állam, azaz a nép politikai egysége megszűnne.”^[38] A pozitív értelemben vett alkotmány tehát eszerint nem normákat tartalmaz. „Az alkotmány pozitív értelemben az alkotmányozó hatalom aktusa által keletkezik.”^[39] Ez megfordítva azt is jelenti, hogy az alkotmányozó hatalom az, amelyik a pozitív értelemben vett alkotmányról dönt. „Minden törvénynek, az alkotmánytörvénynek is, mint normatív szabályozásnak az érvényességéhez szüksége van egy őt megelőző politikai döntésre, amelyet egy politikailag létező hatalom vagy autoritás hoz meg. Minden létező politikai egységnek az értéke és »létjogosultsága« a létezésében van, és nem normák helyességében vagy használhatóságában. Ami politikai minőségként (Größe) létezik, jogászilag szemlélve annyiban értékes, hogy létezik. Ezért annak az »önfenntartáshoz való joga« minden további fejtegetés előfeltétele. Spinoza: in suo esse perseverare; védi »egzisztenciáját, biztonságát, integritását és alkotmányát« – mindez egzisztenciális érték.”^[40]

A pozitív alkotmányfogalom jelentőségét, funkcióját az alkotmánytörvénynyel való szembeállítás adja, általánosabban a döntésnek és a normának a szembeállítása. Az alkotmányt mint döntést azzal indokolja, hogy „az alkotmányról szükségképpen, mint egységről kell beszélnünk, és ennyiben meg kell őrizni az alkotmány abszolút értelmét. Egyidejűleg azonban fel kell ismerni az egyes alkotmánytörvények relativitását is. Az alkotmány és az alkotmány-

[37] Vö. i. m. 21.

[38] I. m. 20–21.

[39] Uo.

[40] I. m. 22.

törvény megkülönböztetése azonban lehetséges, mert az alkotmány lényegét nem egy törvény vagy egy norma tartalmazza. Minden normatétélezést megelőző az alkotmányozó hatalom hordozójának alapvető politikai döntése, demokráciában a népé, valódi monarchiában a monarcháé.”^[41]

Az eddigi fejtegetésekre a döntésnek és a normának önálló entitásként való decizionista szembeállítására nyomta rá a bélyegét, azt a döntés és norma sajátos következményeket magában rejtő összekapcsolása követi. A weimari alkotmány esetében Schmitt szerint a pozitív alkotmányfogalomnak megfelelő alapvető politikai döntések a következők: döntés a demokrácia mellett (preambulum vége és 1. § 2.), döntés a köztársaság mellett a monarchiával szemben (1. § 1.), döntés a szövetségi struktúra mellett (2. §), döntés a kormányzás és a törvényhozás alapvetően parlamentáris-képviselői formája valamint a polgári jogállam mellett (alapjogok, hatalmak elválasztása). Ezzel a weimari alkotmány alkotmányos demokráciává tette a Német Birodalmat, azaz polgári jogállammá vált a demokratikus köztársaság politikai formájában, szövetségi állami struktúrával. A 17. § a tagállamok számára is a parlamenti demokráciát írta elő, ami a parlamenti demokrácia melletti alaplöntés megerősítése volt.^[42]

Schmittnek ez a fejtegetése ellentmondásos. A hivatkozott szöveg szerint a pozitív alkotmányfogalom nem normákat tartalmaz, aminek viszont ellentmond a weimari alkotmány meghatározott rendelkezéseinek mint a pozitív alkotmányfogalom tartalmi elemeinek itt idézett felsorolása. Schmitt egyfelől határozottan elválasztja a pozitív alkotmányfogalmat és az alkotmánytörvényt, másfelől az aktuális pozitív alkotmányfogalom tartalmát nem 1918/19 politikai döntéseiből, hanem az alkotmánytörvény szövegéből vezeti le. Mint látni fogjuk, ez Schmitt alkotmányelméletének Achilles sarka. Álláspontom szerint ennek az ellentmondásnak az a megoldása, hogy az alkotmányozó hatalom döntése mint cselekvés a politikai egység formájáról való döntés, amelynek az eredményeit az adott formának megfelelő alapvető politikai és jogi elvek képezik. Ezeket az elveket csak maga az alkotmányozó hatalom változtathatja meg.

A weimari alkotmány itt megnevezett rendelkezései Schmitt szerint nem alkotmánytörvények, azok egyáltalán nem törvények, még csak nem is kerettörvények vagy alapelvek, de azért nem csekélyebb jelentőségűek, nem jelentéktelenek, nem hagyhatóak figyelmen kívül. Azok többek a törvényeknél és szabályozásoknál, konkrét politikai döntések, amelyek meghatározzák a német nép politikai létezésformáját és minden további normaalkotás (Normierungen) alapvető előfeltételét képezik, így az alkotmánytörvényekét is. Minden, ami a Német Birodalmon belül a törvényesség és normativitás értelmében létezik, csak ezeknek a döntéseknek az alapján és keretében érvényes. Ezek alkotják az alkotmány szubsztanciáját. A német nép e totális alaplöntése az oka annak, hogy a weimari alkotmány egyáltalán

[41] I. m. 23.

[42] Vö. i. m. 23-24.

alkotmány, és nem összefüggéstelen, a 76. cikkely szerint megváltoztatható egyedi rendelkezések összessége, amelyeket a weimari kormánykoalíció pártjai valamilyen „kompromisszumok” alapján a szövegbe belevenni gondoltak. Helyesen szemlélve ezek az alapvető politikai döntések a pozitív jogtudomány számára is mérvadóak és a tulajdonképpen pozitívak.^[43] A további szabályozások, a hatáskörök fölso-rolásai és elhatárolásai, azok a törvények, amelyek számára valamilyen okból az alkotmánytörvény formáját választották, azokkal a döntésekkel szemben relatívak és másodlagosak; külsődleges sajátosságukat az jellemzi, hogy a 76. cikkely megne-hezített módosítási eljárása szerint változtathatóak meg vagy számolhatóak föl.^[44]

2. Jogpolitikai következtetések

Az alkotmányfogalmak elemzését követően Schmitt az alkotmány és alkotmány- törvény megkülönböztetésének gyakorlati jelentőségét tárgyalja. Itt lényegében az általa levont jogpolitikai következményeket sorolja föl, amit a weimari alkot- mány kompromisszumos jellegének számos vonatkozásban találó elemzése követ.^[45] Az elemzés részletezésére itt most nem térhetünk ki, az említett jogpoli- tikai következtetések közül kettőre utalunk, amelyek a későbbi viták központi témáit képezik. Az egyik jogpolitikai következtetés az, hogy az alkotmány 76. § szerint csak az alkotmánytörvények változtathatóak meg, de az alkotmány mint egész nem. A szóhasználat homályossága ellenére a 76. cikkely értelme világos. Az alkotmány megváltoztathatósága nem jelentheti azt, hogy az alkotmány szubsztanciáját képező alapvető politikai döntések a parlament által bármikor megszüntethetőek és más rendelkezésekkel pótolhatóak lennének. A Német Biro- dalom a Reichstag kétharmados többségével sem alakítható át abszolút monarchi- ává vagy szovjetköztársasággá. A 76. cikkely szerinti „alkotmánymódosító törvényhozó” egyáltalán nem mindenható. Az alkotmány megalkotása és az alkot- mánymódosítás, azaz az egyes alkotmánytörvényi rendelkezések revíziója minő- ségileg különbözőek. Az alkotmány szó az egyik esetben a totális döntést, a másikban csak az alkotmánytörvényt jelöli. Egy alkotmányozó gyűlés ezért egy normális törvényhozó testülettől, egy parlamenttől minőségileg különbözik.^[46]

[43] Henke ehhez azt a kritikai megjegyzést fűzi, hogy „Schmitt »a közjogi jogrend végső erőforrását« (Kraft) visszahozta a politikai valóság talajára, de azzal a kérdéssel, hogy kit illet meg a szuverenitás és az alkotmányozó hatalom, ki is tette e talaj ingadozásainak. Az alkotmány pusztá döntéssé nyilvánításával azonban elhanyagolta a helyes alkotmányozás kritériumainak a kérdését és ennyiben nem haladta meg a pozitívizmust.” (Henke, 1968, 167.)

[44] Vö. Schmitt, 1928a, 24–25.

[45] Vö. i. m. 28–35.

[46] Vö. i. m. 25–26. A 76. §-nak az itt adott értelmezése a szakma egyöntetű elutasításával találkozott. (vö. Hensel, i. m.) Schmitt itt saját logikájával ellentétben elmosza az alkotmányozó hatalom és az alkotmánytörvényt alkotó hatalom különbségét, aminek az a funkciója, hogy lehetővé tegye a birodalmi elnök túlsúlyos szerepének az elméleti megalapozását, és érvt szolgálta ahhoz a tételé- hez, miszerint a weimari alkotmány parlamentáris rendszerének „a középpontjában a birodalmi elnök

A másik jogpolitikai következtetést Schmitt weimari alkotmány a 48. §-ának az értelmezése kapcsán folyó vita összefüggésében fogalmazta meg: az alkotmány érinthetetlen, az alkotmánytörvények ezzel szemben kivételes állapot idején felfüggeszthetők és áttörhetők.^[47]

3. Alkotmánygenezis, alkotmányérvényesség

Schmitt pozitív alkotmányfogalmának leginkább vitatható és vitatott eleme a döntés és norma decizionista szembeállítás, a normák jelentőségének relativizálása. Ennek jobb megvilágításához és megalapozott kritikájához fontosak lehetnek Schmittnek a genetikusnak nevezett szakaszokban található vizsgálódásai. Az alkotmányfogalmak megkülönböztetése ugyanis ahhoz a kérdéshez vezet, hogy ezeknek mi a szerepe, funkciója az alkotmányozás folyamatában és az alkotmánytanban, továbbá hogy a különböző alkotmányfogalmakkal megragadott jelenségek a valóságban hogyan jönnek vagy jöhetnek létre. Ez alapozza meg a sui generis alkotmányozó hatalom megkülönböztetését, ami viszont az alkotmány és az alkotmányozó hatalom legitimitásának a kérdését veti föl. Ezeknek a kérdéseknek az elemzését összefoglaló jelleggel az alkotmányváltozások tipológiája zárja. Elemzése során Schmitt először az alkotmány keletkezésének kérdéseit tárgyalja (6-7. §), azután az alkotmányozó hatalom fogalmát és sajátosságait (8. §), majd az alkotmány legitimitását (9. §) és végül az alkotmányváltozások fajait (11. §).

Keletkezés. Az alkotmányok keletkezését illetően Schmitt kiinduló tézise az, hogy a pozitív értelemben vett alkotmánynak, vagyis az alapvető politikai döntésnek két formája lehetséges: az alkotmány vagy az alkotmányozó hatalom szubjektumának egyoldalú politikai döntésével, vagy több ilyen szubjektum megegyezésével jöhet létre. Tézisét részletes történeti áttekintéssel támasztja alá, amelynek legfontosabb elemei a következők: először is annak rögzítése, hogy a rendeknek a későközépkorban az uralkodóval kötött szerződéseit „nem nevezhetjük alkotmánynak, félrevezető a modern államjog fogalmainak a középkori viszonyokra való átvitele”.^[48] Áttekintésének második fontos eleme a francia forradalom jelentőségének a kiemelése, a harmadik pedig az 1918-as német forradalom és a weimari alkotmány viszonyának az elemzése.

A francia forradalomban látja Schmitt a modern alkotmányozó hatalom kialakulásának mintáját, ideáltípusát. Az alkotmányozó hatalom, szemben az angol polgári forradalommal és az Egyesült Államok megalakulásával, ahol más mozzanatok – mint a presbiteriánus parlament és az independens hadsereg részben

- föloszlatási joga áll, mint az egész rendszert hordozó és minden más alkotmánytörvényi rendelkezést módosító normális intézmény, amelynek az a célja, hogy hagyja, hogy a nép akarata döntsön, akár a parlament többségével szemben is.” (Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928a, 358.)

[47] Vö. i. m. 26. Részletesen erről Szilágyi, 2013, 137–157.

[48] Schmitt, 1928a, 45.

felekezeti ellentétei, illetőleg a függetlenné válás – elhomályosítják az alkotmányozó hatalom lényegét, Franciaországban tiszta formában jelent meg.^[49] Ez a „lényeg” abban fejeződött ki, hogy „a francia nép alkotmányozó hatalomként megkonstruálta magát; tudatosította saját politikai akcióképességét és saját maga adott magának alkotmányt... A nép nemzetté vált, azaz tudatosult saját politikai egzisztenciája.”^[50] Ám ennek a folyamatnak szellemi és politikai előfeltételei voltak. „Gondolati előfeltétele az alkotmányozó hatalom tana volt. A francia forradalom államtana ezáltal válik fő forrássá nem csak az egész következő időszak politikai dogmatikája számára, hanem a modern alkotmánytan pozitív jog jogászai konstrukciója számára is.”^[51] Politikai előfeltétele az államnak és a népnek, mint politikai tényezőnek a létezése: „A politikai lét megelőzi az alkotmányozást.”^[52] Schmitt szerint „a francia forradalom jelentősége másodszor abban rejlik, hogy egy polgári-jogállami alkotmányhoz, azaz az államhatalmat kontrolláló és korlátozó alkotmányhoz vezetett”.^[53] Ennek a gondolatnak a részletezésétől itt most el kell tekintenünk, pusztán annyit jegyeznék meg, ami a későbbiek szempontjából is fontos, hogy, mint az elemzésből kitűnik, Schmitt az ún. plebejus, korlátok nélküli demokráciaértelmezés híve, szemben a liberális felfogással. Ennek az álláspontnak a következetes végig vitele oda vezet, hogy a következetes vagy valódi demokrácia kizárja a hatalommegosztást.

A weimari alkotmány keletkezése bemutatásának az a funkciója, hogy igazolja tételét az alkotmányozó és az alkotmány-törvényhozó hatalom elkülönüléséről, ugyanakkor annak következményeit maradéktalanul nem vonja le. Elemzésének a kiinduló megállapítása szerint az 1918. novemberi forradalommal Németországban a nép alkotmányozó hatalmáról szóló demokratikus elmélet gyakorlatilag érvényre jutott. Ennek szerintünk azért van nem csak politikai, hanem elméleti jelentősége is, mert monarchikus vagy arisztokratikus alkotmányozó hatalom esetében az alkotmányozó hatalomnak és az alkotmánytörvényt alkotó hatalomnak az alanya egybeeshet, a nép mint alkotmányozó hatalom esetében azonban ez

[49] „Az Egyesült Államok Függetlenségi Nyilatkozata (1776) esetében még nem ismerték föl teljes világossággal az új elvet, mert itt egy új politikai képződmény keletkezett és az alkotmányozás aktusa egybeesett új államok egész sorának az alapításával. A francia forradalom során nem keletkezett új politikai képződmény, új állam. A francia állam korábban is fennállt és tovább létezett. Itt csak arról volt szó, hogy az emberek saját politikai létezésük fájáról és formájáról tudatos döntéssel maguk határoztak. Itt az alkotmányozó hatalom kérdésénél tudatosan vetették föl és választották meg, így sokkal világosabb volt ennek a folyamatnak az alapvetően új jellege. Egy nép tudatosan a maga kezébe vette sorsát és szabadon döntött politikai létezésének fájáról és formájáról.” (I. m. 78.)

[50] Vö. i. m. 50.

[51] Vö. i. m. 49.

[52] „Az alkotmányozó hatalom előfeltételezi a népet, mint politikailag létező minőséget (Größe).” „A nép nemzetté vált, azaz tudatosult saját politikai egzisztenciája. Ez azonban nem jelenti azt, hogy korábban nem létezett és hogy államát is alkotmányozó hatalmának tudatos megragadásával konstituálta.” „Azt az aktust, amellyel a nép magának alkotmány ad, meg kell különböztetni az állam konstituálásától.” (I. m. 50.) Jegyezzük meg ennek kapcsán, hogy Észak-Amerikában is így történt: először a népnek, mint amerikai népnek a létrejötté, aztán a Függetlenségi Nyilatkozat és végül az alkotmányozás.

[53] I. m. 50.

kizárt. A nép mint politikailag cselekvőképes sokaság néhány alapvető döntést meg tud hozni, de részletes normaalkotásra képtelen. Ebből el lehet jutni ahhoz a következtetéshez is, hogy ahol az alkotmányozó hatalom és az alkotmánytörvényt alkotó hatalom egybeesik, ott valójában nem a nép az alkotmányozó hatalom, hanem a népszuverenitás frázisával leplezett elitista alkotmányozással állunk szemben.

A nép mint alkotmányozó hatalom 1918–19-ben Németországban abban nyilvánult meg, hogy az alapvető politikai döntést – monarchia helyett köztársaság, szovjetköztársaság helyett parlamentáris köztársaság és jogállam, unitárius helyett föderális köztársaság – maga a német nép hozta meg 1918 novemberében a monarchia megdöntésével és az általános, egyenlő, titkos választójog, arányos választási rendszer deklarálásával, a tanácsok Landok szerinti szerveződésével, 1918 decemberében a tanácskongresszus döntésével és 1918 januárjában az alkotmányozó gyűlési választásokkal. Az alkotmányozó gyűlésre már csak az alkotmánytörvény megszövegezése maradt, erős politikai-legitimációs korlátokkal. Jól mutatja ezt az a tény, hogy a weimari nemzetgyűlés nem vezethetett be többségi választási rendszert, Preuß unitárius próbálkozásai is kudarcot vallottak.^[54] Schmitt későbbi érvelése miatt rá kell mutatnunk arra, hogy a népnek ezekben a döntéseiben a birodalmi vagy köztársasági elnök intézménye szóba sem került.

Az 1918-1919-es németországi események Schmitt alaptételét alátámasztják, további fejtegetései viszont kritikára adnak okot.

Schmitt ábrázolása szerint „az 1919. február 6-án összeült... Nemzetgyűlés gyakorolta a német nép alkotmányozó hatalmát és fogalmazta meg a német nép politikai döntésében benne lévő tartalmakat, valamint az azok megvalósításához szükséges alkotmánytörvényi normákat. Nem volt alanya vagy hordozója az alkotmányozó hatalomnak, csak megbízottja. Az alkotmánytörvény kibocsátásáig, feladatának elvégzéséig semmilyen más jogi korláthoz nem volt kötve, csak azokhoz, amelyek a német nép alapvető politikai döntéséből adódtak. Egyébként ő volt a német nép politikai egységének az egyedüli konstituált hatalma.” Amíg feladatát el nem végezte, alkotmánytörvényi korlátai nem voltak.^[55] Schmitt itt ingadozik a Nemzetgyűlés alkotmányozó és az alkotmány-törvényhozó hatalomként való fölfogása között, illetőleg hol a népet, hol a Nemzetgyűlést tekinti alkotmányozó hatalomnak. Itt nem következetes, a Nemzetgyűlés nála alkotmányozó hatalom is, meg nem is. Az idézett szövegben is ott van a nemzetgyűlésnek és a nép által hozott döntésnek a megkülönböztetése, a nemzetgyűlés a nép döntését valósította meg, nem volt alanya vagy hordozója az alkotmányozó hatalomnak, de gyakorolta, aztán megbízottként az alkotmány-törvényhozás hatalmát gyakorolta, ez a mandátum részben kötött volt, a további részeiben nagymértékben szabad.

Schmitt elemzése kapcsán arra is utalnunk kell, hogy a nép alkotmányozó hatalmának nemcsak az alkotmány-törvényhozó hatalomtól való elkülönülés az

[54] Vö. Richter, 1998, 20–24.

[55] Schmitt, i. m. 59.

előfeltétele, hanem a két hatalom kapcsolata is, amit viszont Schmitt – a döntés és a norma elszigetelő szembeállítása következtében – nem tárgyalt kielégítően. Az alkotmányozó hatalom gyakorlásának két eleme van: először, tartalmilag az alapvető kérdések és elvek eldöntése és kinyilvánítása; másodsor felhatalmazás a részletek kidolgozására, esetleg fönntartva a népszavazással való jóváhagyást. Schmitt elemzése részben ellentmondásos, továbbá – szerintem tévesen – a diktatúráról írt könyvének^[56] fogalmihoz kötődik: „Az alkotmányozó gyűlés sajátos helyzete a leginkább mint szuverén diktatúra jellemezhető. Mivel nincsenek alkotmányos korlátai, ezért nem komisszárius diktatúra, hanem szuverén. Másrészt maradt a megbízás. Nem ő maga a szuverén, mindig a nép nevében és megbízásából jár el, a nép saját megbízottjaitól bizalmát bármikor megvonhatja.”^[57] Itt az alkotmányozó gyűlésnek nincsenek alkotmányos korlátai, pár sorral előbb viszont a nép alapvető politikai döntéséből adódó korlátok kötik. Ez az ellentmondásosság azután a *Verfassungslehre* végén (27–28. §) a weimari alkotmány értelmezésére is rányomja bélyegét, gyöngítve Schmitt értelmezéseit, különösen a weimari alkotmány ún. prezidenciális eleme tekintetében.^[58]

Schmitt elméletének az ellenmondásait és hiányosságait kiküszöbölve mind-ebből az következik, hogy az alkotmányozó és az alkotmánytörvényhozó hatalom analitikailag mindig megkülönböztethető és meg is kell különböztetni, empirikusan viszont nem mindig, csak sajátos, többnyire forradalmi politikai szituációkban. A két hatalom viszonyát az jellemzi, hogy az alkotmánytörvényhozó hatalom legitimitását az alkotmányozó hatalomtól nyeri és egyben egy korlátozott fölhatalmazást is kap. Ennek a fölhatalmazásnak a kereteit az alkotmányozó hatalom döntése tartalmát képező politikai és jogi elvek szabják meg. A weimari alkotmány esetében ilyen elv volt többek között a népszuverenitás elve, a jogállamiság a hatalommegosztással és az alapjogokkal, a parlamentáris kormányforma, a föderatív államszerkezet és az arányos választási rendszer is. Az alkotmánytörvényhozó hatalom korlátozott fölhatalmazásából következik, hogy annak hatáskörei is korlátozottak. Az már egy további, itt nem részletezhető kérdés, hogy a kibontakozó globalizáció és integráció viszonyai között az alkotmánytörvényhozó hatalomnak milyen további transznacionális korlátai vannak, vagyis hogy az alkotmányozó hatalom döntésének tartalmát képező politikai és jogi elveket milyen transznacionális jogrenddel kell összhangba hozni.

Az alkotmány szerződés útján való keletkezésének kérdését itt most mellőzzük, csupán annyit jegyzünk meg, hogy Schmitt szerint valódi alkotmány-szerződés útján csak szövetségi állam jöhet létre, unitárius állam esetében valódi alkotmány-szerződés nem lehetséges.

Alkotmányozó hatalom. Az alkotmánykeletkezési módok tárgyalását az alkotmányozó hatalom fogalmának és sajátosságainak az elemzése követi. Az alkotmá-

[56] Vö. Schmitt: *Die Diktatur*, 1928b.

[57] Schmitt, 1928b.

[58] Erről bővebben a 27–28. §-ok elemzése kapcsán lesz szó.

nyozó hatalmat elsősorban a pozitív alkotmányfogalom alapján tárgyalja, azután tér rá a legitimitás kérdésére és az alkotmányváltozások tipizálására. Noha az alkotmányozó hatalom tana a nép alkotmányozó hatalmának elméleteként jelent meg és elméleti problémái is ennek kapcsán értelmezhetőek, mégis indokoltnak tűnik az általában vett alkotmányozó hatalom és a nép mint alkotmányozó hatalom kérdéseinek az elválasztása. Itt meg kell jegyeznem, hogy Schmitt következetesen a népről, mint alkotmányozó hatalomról beszél („das Volk als verfassunggebende Gewalt”), míg a mai német szakirodalom többnyire a nép alkotmányozó hatalmáról („die verfassunggebende Gewalt des Volkes”). A kettő nem teljesen ugyanaz, az első csak a nép által közvetlenül gyakorolt alkotmányozó hatalomra terjed ki, a második a képviselő útján gyakoroltra is. Ez az általánosítás azért is lehetséges és indokolt, mert 1814 után megjelent az Isten kegyelméből uralkodó monarcha alkotmányozó hatalmának a tana.

Az alkotmányozó hatalmat Schmitt úgy határozza meg, hogy az a politikai akarat, amelynek a hatalma vagy autoritása képes arra, hogy a saját politikai létezés fajáról és formájáról átfogó konkrét döntést (Gesamtentscheidung) hozzon, tehát a politikai egység létezését egészében meghatározza.^[59] Nem haszontalan, ha Schmittnek ezt a meghatározását összehasonlítjuk Böckenförde többek által elfogadott meghatározásával, amely szerint az alkotmányozó hatalom az a (politikai) erő és autoritás, amelyik abban a helyzetben van, hogy az alkotmányt normatív érvényességi igénytel létrehozza, hordozza és megszüntesse (hervorzubringen, zu tragen und aufzuheben).^[60] Ez Schmitt meghatározásától annyiban tér el, hogy nem a politikai döntéshozatalra alapozza az alkotmányozó hatalmat, hanem az alkotmány normatív érvényességi igényének a létrehozására. A két meghatározás különbségére maga Böckenförde hívja föl a figyelmet mondván, „az alkotmányozó hatalmat tehát legitimációs fogalomként fogjuk föl.”^[61] Tegyük hozzá: csak legitimációs fogalomként. Böckenförde „gyöngébb” megfogalmazása általános jelleggel igazolható, a döntésre alapozó Schmitt féle meghatározás általános érvényű igazolása kérdéses, legalább is nehezebb, mivel a nép kifejezett döntésére csak kivételes helyzetekben kerül sor, ami további kérdéseket vet föl, mindenekelőtt a hallgatóságos döntését. Ez azt jelzi, hogy a nép alkotmányozó hatalmának a megnyilvánulási formája szituációfüggő, amit az alaposabb elemzés során figyelembe kell venni – amit viszont Böckenförde is mellőz. Továbbá a legitimitás többnyire utólagos, a politikai döntésben viszont benne van a megbízás mozzanata, ami előre utal. Böckenförde álláspontja – úgy tűnik legalábbis – annyiban nem egyértelmű, hogy mi a viszony az alkotmányozó hatalom és az alkotmánytörvényt alkotó hatalom között.

Ha az alkotmányt jogi értelemben fogja föl, mint azt Böckenförde tanulmánya elején rögzíti, akkor a kettő megegyezik. Más megfogalmazásai viszont helyenként a kettő különbségére utalnak. A normatív igénytel való létrehozás a kettő

[59] I. m. 75–76.

[60] Vö. Böckenförde, 1991b, 90–11., 94. Ehhez lásd Petrétei, 2008, 124–137.

[61] Böckenförde, 1991b, 94.

azonosságát jelenti, a hordozás már nem, a legitimációs fogalom sem: ha a legitimálás azonos a létrehozással, akkor a legitimitás itt értelmetlen és fölösleges, a létrehozó hatalom ex definitione legitim. Nem azonos a kettő, ha a létrehozó alkotmánytörvényt alkotó hatalom legitimitására kérdezzük rá. Ebben az esetben az alkotmánytörvényt alkotó hatalom legitimitása az alkotmányozó hatalomtól ered, az alkotmányozó hatalom döntésében foglalt politikai és jogi elveknek való megfelelés függvénye. Böckenförde abban viszont megegyezik Schmitt-tel, hogy egy alkotmány csakis egy politikai hatalom döntésére vezethető vissza, azzal alapozható meg.

Visszatérve Schmitt alkotmányelméletének a bemutatására, az alkotmányozó hatalom sajátosságait a következők szerint foglalhatjuk össze:

(1) Tartalma pozitív kifejtés szerint: a pozitív értelemben vett alkotmánynak, mint alapvető politikai döntésnek a meghozatala; az alapvető politikai döntés meghozatala által tevékenykedik.^[62]

(2) Negatív, elhatárolások útján: nem normaalkotás, hanem döntés; nem alkotmánytörvény-alkotás; nem azonos az alkotmánymódosító hatáskörrel; különbözik az alkotmánymódosításra illetékes fórumoktól.^[63]

(3) Alanya vagy a nép vagy a monarchia; az elit mint alkotmányozó hatalom kérdését fölveti ugyan, de végül is mellőzi;^[64] ennek kritikájára az alkotmányváltozások kapcsán térek vissza.

(4) Létezése feltételezi az államnak mint politikai egységnek a létezését, sajátos alanyának, azaz a népnek vagy a legitim uralkodónak a létezését,^[65] továbbá gondolati előfeltételként az alkotmányozó hatalom tanát.^[66]

(5) Egzisztenciálisan létezik, ami azt jelenti, hogy hatalma vagy autoritása létében rejlik;^[67] az „akarat” szó jelöli ennek az érvényességi alpnak a lényegében egzisztenciális jellegét (das wesentlich Existenzielle) – ellentétben minden normatív vagy absztrakt helyességtől való függőségtől,^[68] az alkotmányozó hatalom nem igényel semmiféle igazolást valamilyen erkölcsi vagy jog(ász)i norma alapján, hanem a politikai létezésben van az értelme;^[69] amiből az következik, hogy a legitimitás nem szükségszerű kritériuma az alkotmányozó hatalomnak.^[70]

(6) Létezése permanens,^[71] nem szűnik meg az alkotmánytörvény kibocsátásával.^[72]

(7) Jogilag kötetlen; jogilag nem szabályozott; jogilag nincs eljáráshoz kötve;

[62] Vö. Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928a, 91.

[63] Vö. i. m. 91., 98., 105.

[64] Vö. i. m. 78.

[65] Vö. i. m. 50.

[66] Vö. i. m. 49.

[67] Vö. i. m. 9.

[68] Vö. i. m. 76.

[69] Vö. i. m. 87.

[70] Meg kell jegyezni, hogy ezzel ellentétes megállapításai is vannak, ezekre a legitimitás kapcsán utalok még; továbbá az előbbieket szerint ez is problematikus.

[71] Vö. i. m. 91.

[72] Vö. i. m. 77.

megállapodások nem kötik.^[73]

(8) Elidegeníthetetlen és átruházhatatlan.^[74]

(9) Egységes és oszthatatlan; nem „hatalmi ág”.^[75]

(10) Az alkotmányozó hatalomból az alkotmánynak egy megváltoztathatatlan minimuma következik.^[76]

A népnek mint alkotmányozó hatalomnak még további sajátosságai Schmitt szerint a következők:

(1) Alanya a nép.

(2) A nép mint alkotmányozó hatalom előfeltételezi a népet mint politikai tényezőt és mint politikai egységet; saját politikai egzisztenciájának tudatosodásával nemzetté vált népet, francia terminológiával a nemzetet mint politikailag megszervezett népet.^[77]

(3) A népet mint az alkotmányozó hatalom hordozóját nem lehet fölösztatni – és tegyük hozzá: leváltani sem (Brecht) –, ameddig létezik és továbbra is fenn akar állni, életerejé és energiája kimeríthetetlen, és mindig képes arra, hogy politikai létezése számára új formákat találjon.^[78]

(4) Minden alkotmánytörvényi eljárás előtt és fölött áll; sem alkotmánytörvény, de még alkotmány sem tud alkotmányozó hatalmat juttatni és működésének formáját előírni.^[79]

(5) A nép alkotmányozó akarata közvetlen akarata; a népakarat közvetlenségéhez tartozik, hogy független minden előírt procedúrától.^[80]

(6) A nép mint alkotmányozó hatalom valamilyen fölismerhető kifejezés révén nyilvánul meg; ebből sajátos problémák adódnak.^[81]

(7) A nép mint az alkotmányozó hatalom hordozója nem szilárd, szervezett fórum, nem magisztrátus és a demokráciában sem illetékes hatóság.^[82]

(8) Gyöngesége abban rejlik, hogy a népnek a politikai formának és szervezetének az alapkérdéseiről anélkül kell (sollen) döntenie, hogy megformázná magát és szervezett lenne; ezért akaratnyilvánításai könnyen félreérthetőek, félremagyarázhatóak vagy meghamisíthatóak.^[83]

(9) A nép alkotmányozó akarata mindig csak egy alapvető igenben vagy nemben nyilvánul meg, és ezáltal azt a politikai döntést hozza meg, amelyik az alkotmány tartalmát képezi; a nép mindig csak igent vagy nemet tud mondani, és igenje vagy nemje annál egyszerűbb és elementárisabb, minél inkább alapvető döntésről van

[73] Vö. i. m. 82., 90., 69.

[74] Vö. i. m. 91-92.

[75] Vö. i. m. 77.

[76] Vö. i. m. 92.

[77] Vö. i. m. 50.

[78] Vö. i. m. 83.

[79] Vö. i. m. 84.

[80] Vö. i. m. 83-84.

[81] Vö. i. m. 82-83.

[82] Vö. i. m. 83.

[83] Vö. i. m. 83.

szó; békés időszakokban az ilyen megnyilvánulások ritkák és fölöslegesek; kritikus időszakokban az csak mint tagadás világos, a pozitív akarat nem annyira biztos.^[84]

(10) A nép által a maga közvetlenségében meghozott politikai döntés további részletezése és megszövegezése valamilyen szervezetet, eljárást igényel, amire nézve a modern demokrácia bizonyos gyakorlatokat és szokásokat fejlesztett ki.^[85]

(11) A titkos szavazás problematikus forma, abszolutizálása antidemokratikus tévedés;^[86] Itt Schmitt érvelésének a lényege, hogy a demokrácia a közvélemény uralma, az a titkos szavazással nem jön létre, tehát a titkos szavazás nem demokratikus.^[87]

(12) A nép közvetlen akaratnyilvánításának természetes formája az összegyűlt tömeg egyetértő vagy elutasító közfelkiáltása, az akklamáció.^[88]

(13) A nép alkotmányozó hatalma nem azonos az alkotmánytörvényben szabályozott közvetlen demokratikus formákkal, azoktól minőségileg különbözik.^[89]

Legitimitás. Az alkotmány legitimitásának a tárgyalása Schmittnél eléggé ellentmondásos. Előjáróban leszögezi, hogy „egy alkotmány legitim, ha nem csak mint tényleges állapot, hanem mint jogszerű rend is elfogadott, ha az alkotmányozó hatalom (Gewalt) hatalma (Macht) és autoritása, amelynek a döntésén nyugszik, elismert.”^[90] Eszerint a legitimitás nem azonos a puszta ténylegességgel. Ennek ellentmondva viszont úgy folytatja, hogy az alkotmányozó hatalom „nem igényel semmiféle igazolást valamilyen erkölcsi vagy jog(ász)i norma alapján, hanem a politikai létezésben van az értelme. Egy norma itt nem lenne képes arra, hogy valamit megalapozzon. A politikai létezés különös fájának nincs szüksége arra, hogy legitimálja magát, és erre nem is képes (braucht und kann sich nicht legitimieren)”^[91]. Tehát nincs rá szükség, csak történeti okokból lehet róla beszélni, a demokratikus legitimitást a legkülönbözőbb alkotmányoknak oda lehet ítélni.^[92] Lekicsinylő megjegyzései ellenére részletesen tárgyalja az alkotmányozó hatalom két fajtáját, és azt a dinasztikus és a demokratikus legitimitás különbségére alapozza.^[93] Ez első pillantásra ellentmondani látszik annak a megállapításának, miszerint az alkotmányozó hatalom tana a nép alkotmányozó hatalmának az elméleteként jelent meg. Az ellentmondás azért látszólagos, mert a nép alkotmányozó hatalmának elmélete előbb jelent meg ugyan, de arra való reakcióként 1814 után megfogalmazódott az Isten kegyelméből való szuverén monarcha tana,^[94] ami az uralkodó alkotmányozó hatalmát is magában foglalta. Alapvető hiányossága viszont Schmitt ez irányú fejtegetéseinek, hogy a demokra-

[84] Vö. i. m. 84.

[85] Vö. i. m. 84. A jelzett „gyakorlatok és szokások” részletes leírásához lásd i. m. 85–87.

[86] Vö. i. m. 83.

[87] Vö. i. m. 84.

[88] Vö. i. m. 83.

[89] Vö. i. m. 98.

[90] Vö. i. m. 87.

[91] Vö. i. m. 87.

[92] Vö. i. m. 87., 88., 91.

[93] Vö. i. m. 87., 90.

[94] Ehhez részletesen lásd Heller, 1926, 26–33.

tikus legitimitás kérdését is csak általánosságban tárgyalja. Csupán annyit mond, hogy „ahol a maiestas populi demokratikus szempontja uralkodik, ott az alkotmány érvényessége a nép akaratán nyugszik... a demokratikus legitimitás azon a gondolon nyugszik, hogy az állam a nép politikai egysége... a demokratikus legitimitás elve szerint az állami létezés fajtát és formáját a nép szabad akarata határozza meg.”^[95] Schmitt mellőzi a demokratikus legitimitás részleteit, nevezetesen a közvetítések fontosságát, vagyis hogy a demokratikus legitimitás esetében különösen fontos és további elemzést igényel a képviselő legitimitása. Ennek az itt hiányzó további elemzésnek az lehet a kiindulópontja, hogy ezek a közvetítések erősen függenek az alkotmányozási szituációtól. Ebből a szempontból viszont nagyon is gyümölcsözőnek tartom az alkotmányváltozások Schmitt által kifejtett tipológiáját.

Alkotmányváltozás. Az alkotmányváltozások tipológiája során Schmitt öt esetet különböztet meg, ezek két nagyobb csoportba sorolhatóak:

(1) Az alkotmány szövegének, azaz az alkotmánytörvénynek a változását eredményező alkotmányváltozások.

(2) Az alkotmány szövegét, azaz az alkotmánytörvényt nem érintő, az alkotmányos gyakorlat és értelmezés által előidézett alkotmányváltozások.

Az első csoporton belül Schmitt az alkotmánymegsemmisítést, az alkotmányváltást vagy megszüntetést és az alkotmánymódosítást különbözteti meg. Az alkotmánymegsemmisítés (*Verfassungsvernichtung*) a fennálló alkotmány (és nem pusztán egy vagy több alkotmánytörvény) fölszámolása az annak alapjául szolgáló alkotmányozó hatalom fölszámolásával együtt.^[96] Schmitt szerint az alkotmányozó hatalom soha nincs kötve eljárási szabályokhoz. Ez a megállapítás a forradalmi alkotmányozás esetében nyilvánvaló és vitathatatlan. Tegyük viszont hozzá, az ancien regime eljárási szabályainak a betartása nem szünteti meg az alkotmányozás forradalmi jellegét és az új alkotmányozó hatalom létrejöttét, mint például az 1848. áprilisi törvények, a Német Birodalom 1871-ben történő alapítása, valamint az 1989-es magyar rendszerváltozás esetén.

Az alkotmánymegsemmisítés az alkotmány lényegének, identitásképző elemeinek a fölszámolását is jelenti. Ezt az esetet Kelsen, és a közfelfogás is, forradalmi úton létrejött alkotmánynak nevezi. A *conditio per quam* itt az új alkotmányozó hatalom létrejötte. Kérdés az, hogy ennek a hatalomnak melyek a kritériumai. A köznapi vagy politikai értelemben vett forradalmak – mint az angol forradalom, az Egyesült Államok alapítása, a francia forradalom, az 1917-es orosz forradalom, vagy 1918–1919-es német forradalom esetében – ez nyilvánvalóan az alkotmányozó gyűlések, illetve kongresszusok léte és cselekvése. Kérdéses lehet a békés rendszerváltások, az ún. bársonyos forradalmak esete, mert itt a régi alkotmányozó hatalom képviselői fogadták el formailag az új alkotmánytörvényt, de ők már csak a réginek olyan képviselői voltak, akik mögül eltűnt a korábbiakban

[95] Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928a, 88., 90.

[96] Vö. i. m. 100.

képviselt tényleges alkotmányozó hatalom, megszűnt a kommunista párt alkotmányban is rögzített vezető szerepe és az új alkotmányozó hatalom képviselőjének (kerekasztal) döntéseit foglalták normákba. Ezért álláspontom szerint az alkotmányozó hatalom szempontjából a békés rendszerváltások is ebbe a csoportba tartoznak. Kérdéses lehet még, hogy egy alkotmánymódosító többséget elérő választási győzelem, például egy „fülkeforradalom” esetén beszélhetünk-e új alkotmányozó hatalomról. Álláspontom szerint nem, az új alkotmányozó hatalomnak más, forradalmi jellegű legitimitásra van szüksége, ami ezekben az esetekben hiányzik. Ezt mutatja az is, hogy az új alkotmánytörvényt alkotó hatalom képviselői a hatályos alkotmányra tettek esküt valamilyen Labdaházi Eskü helyett. Az alkotmánymegsemmisítésnek és a forradalmi legitimitásnak, valamint az azon alapuló alkotmányozó hatalomnak jellemzője és feltétele a régi rend és alkotmány határozott és egyértelmű többségi elutasítása, továbbá a jövőt illetően egyetértés néhány nagyon általános politikai elv tekintetében. Ennek az a következménye, hogy az új alkotmányozó hatalomnak alig vannak politikai kötöttségei, eltérően az alkotmányváltástól.

Ez az eltérő legitimitás, helyesebben legitimitás-igény viszont azt jelenti, hogy Schmitt dinasztikus/demokratikus dichotómiáját ki kell egészíteni az elitista vagy arisztokratikus legitimitással és alkotmányozó hatalommal, aminek az alap gondolata, hivatkozási alapja a nép érdekében, de nem a nép által folytatott politika és ennek megfelelő alkotmányozás. Ebbe a körbe tartozik mindenekelőtt az élcsapat típusú legitimitás-igény, különösen a bolsevik, de a jakobinus is, és még további történeti példákat lehetne találni. Heller alapján ide sorolható a felvilágosult abszolútizmus néhány esete is, például Nagy Frigyes vagy a bonapartizmus.^[97] Tekintettel arra, hogy az elit a nép érdekében hivatkozik, elmosódott a határ a demokratikus és az elitista legitimitás között, attól függően, hogy az elit mennyiben tekinthető a nép alkotmányozó hatalma képviselőjének, és mennyiben az alkotmányozó hatalom kisajátítójának. A tényleges folyamatok kontinuos jellege, elitista és demokratikus mozzanatok egymásmellettsége, a határok elmosódottsága nem releváns érv a fogalmi elhatárolással szemben. A népszavazás lehetőségének korlátozása mindenképpen elitista mozzanat, de az egy határig még a demokrácián belül marad, egy határon túl viszont az alkotmányozó hatalom elitista kisajátítását jelenti. 1989-ben a korábban elitista legitimitás-igénnyel föllépő, és egy időben ilyen legitimitással ténylegesen is rendelkező, de ezt 1989-re elvesztő alkotmányozó hatalmat leváltotta a nép alkotmányozó hatalma. Schmittnek az alkotmányozó hatalom permanenciájára vonatkozó, már idézett tétele alapján mondhatjuk, hogy ez az alkotmányozó hatalom máig megmaradt.

Ez a példa azt is mutatja, hogy alkotmánymegsemmisítés esetében a nép alkotmányozó hatalmának két iránya, vonatkozása van: egyfelől a régi politikai hata-

[97] Heller, 1934, 172, 174.

lom megdöntése és ezzel a régi alkotmányozó hatalom megsemmisítése, másfelől az új alkotmányozó hatalom statuálása, politikai és jogi elveinek a deklarálása.

Tanulságos lenne az 1944–1949 közötti magyar történelem elemzése ezekkel a Schmitt-től származó kategóriákkal. Mondhatjuk-e vajon azt, hogy 1944–1945-ben a nép alkotmányozó hatalma megsemmisítette a régi alkotmányozó hatalmat,^[98] és felhatalmazást adott egy demokratikus alkotmánytörvény megalkotására, ami az 1946-os ún. kis alkotmányban meg is valósult. A későbbiekben azonban ezt az alkotmánytörvényhozó hatalmat fokozatosan kisajátította a Kommunista Párt, azt a fölhatalmazással ellentétesen, tehát illegitim módon gyakorolta, mint azt különösen az 1947-es választójogi törvény és az 1949-es választások tanúsítják, és végül az alkotmányozó hatalmat is megszerezte. Ha tehát elfogadjuk Schmitt kategóriáit, akkor alappal lehet érvelni amellett, hogy Magyarországon 1944–1990 között három alkotmánymegsemmisítésre került sor: 1944–1945-ben a konzervatív arisztokratikus alkotmányozó hatalmat leváltotta a nép alkotmányozó hatalma, majd azt 1949-ben a Kommunista Párt elitista alkotmányozó hatalma, végül 1989–1990-ben ezt ismét leváltotta a nép alkotmányozó hatalma. Ezzel a gondolatmenettel szemben fölvethető, hogy az alkotmányozó hatalom föltételezi a kartális alkotmányt és viszont. Ez így igaz, de itt is egy hasonló esettel állunk szemben, mint a restauráció monarchikus alkotmányozó hatalma esetében.

További, itt nem részletezhető probléma az alkotmánymegsemmisítés hatása a jogrend egészére, az a kérdés, hogy a politikai diszkontinuitás hogyan érinti a jogrendszer kontinuitását. Ennek legfontosabb változatai: (a) totális diszkontinuitás, mint 1917-ben Oroszországban; (b) formai diszkontinuitás, amikor a jogforrási hierarchia nem érvényes; (c) a jogalkalmazói mérlegeléstől függő tartalmi diszkontinuitás és nem-alkalmazás; (d) a diszkontinuitás jogállami alkotmánybírói megítélése. A diktatúrák és autokratikus rendszerek jogának kettőssége miatt szerintem ez az utóbbi a legjobb megoldás.

Az alkotmányváltás vagy megszüntetés, hatályon kívül helyezés (*Verfassungsbeseitigung*, *Vefassungswechsel*) a fennálló alkotmány fölszámolása az alkotmányozó hatalom fönmaradása mellett.^[99] Itt a *conditio per quam* az jelenti, hogy a változatlan alkotmányozó hatalom új, a korábitól lényegesen eltérő alapvető politikai döntést hoz és ennek következtében az alkotmányozó törvényhozásra más képviselőt bíz meg. A nép, mint alkotmányozó hatalom döntésének azonban ebben az esetben is „valamilyen fölismerhető kifejezés révén” meg kell nyilvánulnia. Schmitt erre példaként részletezés nélkül az 1848, 1851, 1852 és 1870 évi francia alkotmányváltozásokat említi. Ezek azonban politikai tartalmukat, minőségüket tekintve eltérő példák, bár formailag összeköti őket a népszavazással való jóváhagyás francia hagyománya. Jó példa lehet viszont az alkotmányváltásra az 1958-as francia alkotmányozás.^[100] Itt a nép alapvető politikai döntése

[98] Vö. Bibó, 1986a, 50–57.

[99] Vö. Schmitt, i. m. 100.

[100] Johancsik, 2007, 148–162.

egyértelműen tartalmazta a kormányozhatatlanná, kormányzásra alkalmatlanná vált IV. Köztársaság leváltását, az algériai háború valamilyen módon történő befejezésére irányuló igényt és a demokrácia megőrzésének a követelményét. Ezekre alapozva lépett föl De Gaulle az új alkotmány igényével, elképzelései beszédei révén lényeges tartalmukban ismertek voltak. Az alkotmányváltás esetében az alkotmánytörvényalkotás politikai kötöttségei erősek, az alkotmányváltás legitimitásának megítélésénél fontos szempont, hogy az alkotmánytörvényt alkotó hatalom megválasztása során az alkotmányváltás szükségessége, iránya mennyiben vált a nyilvános vita részévé. Schmitt szerint az alkotmányozó hatalmat eljárási szabályok ilyen esetben sem kötik. Ezzel az alapvető politikai döntés tekintetében egyet is lehet érteni, de ebből nem következik, hogy az alkotmányszövegező hatalmat se kötnék eljárások. Megfelelő eljárás nélkül ugyanis alkotmánytörvényt nem lehet hozni, a kérdés csak az lehet, hogy ez milyen eljárásban történjék. A demokrácia megőrzésének a követelménye azt jelenti, hogy a korábbi demokratikus eljárási szabályok mellett a következő vélelem szól: azokat mindaddig be kell tartani, amíg az alkotmánytörvényt alkotó hatalom változatlan marad. Ezt a vélelmet a demokratikus legitimitásigény indokolja. Egy alkotmányozó gyűlés összehívásával ez a követelmény megszűnik.

Az alkotmánymódosítás vagy alkotmányrevízió (Verfassungsänderung) az eddig hatályos alkotmánytörvény egyes rendelkezéseinek a megváltoztatása, ide tartozik az egyes rendelkezések hatályon kívül helyezése (Beseitigung) és újjak felvétele is.^[101] Az alkotmánymódosítás kifejezés pontatlan – mondja Schmitt –, mert nem az alkotmánynak, hanem egyes alkotmánytörvényi rendelkezéseknek a megváltoztatásáról van szó, de a bevett szóhasználat miatt megtartjuk.

Az előzőekből következik, hogy az alkotmánytörvénynek, az alkotmány szövegének minden olyan megváltoztatása ebbe a körbe tartozik, amelyik nem sorolható be az előbbi két esetbe. Az is az előzőekből következik, hogy ennek mind tartalmilag, mind eljárás tekintetében korlátai vannak. Tartalmilag ez azt jelenti, hogy alkotmánymódosítás útján az alkotmány lényegét kifejező alkotmánytörvényi rendelkezések nem változtathatók meg és azoknak ellentmondó vagy azokat kiüresítő rendelkezések sem hozhatók. Ebből következik az alkotmányellenes alkotmánymódosításnak, mint politikai realitásnak és mint jogi ténynek a lehetősége és annak jogi tilalma.

Schmitt az alkotmánymódosításoknak két fajtáját különbözteti meg: (a) az alkotmányt figyelmen kívül hagyó (verfassungsmißachtende) módosítások, amelyek az alkotmánytörvényben előírt módosítási eljárást nem tartják be; (b) alkotmánymódosítások az előírt eljárás szerint (verfassungsgachtende), amely a tulajdonképpeni értelemben vett alkotmányrevízió.

A magam részéről ezt a megkülönböztetést formálisnak és iskolásnak tartom, de főleg az a problematikus, hogy az előírásokkal ellentétes alkotmányváltoztatást is ide sorolja. Ez ugyanis jogi értelemben nem tekinthető alkotmánymódosításnak,

[101] Schmitt, i. m. uo.

ezért nézetem szerint az inkább az alkotmánytörés egyik esetét képezi. Itt egyébként az elméleti kérdés az, hogy ezek közül a megkülönböztetések közül melyek kategoriális jelentőségűek, azaz olyan mértékben sajátosak, hogy önálló kategóriával való megjelölésük a további tudományos elemzés szempontjából indokolt.

Az alkotmányváltás és az alkotmánymódosítás különbségéből következik egyfelől, hogy azok különböző fórumok hatáskörébe tartoznak, továbbá ezeket a hatásköröket a lehetőségekhez képest pontosan meg kell határozni. Kiinduló gondolatként Schmitt leszögezi: „az alkotmánymódosító hatáskör egy szabályozott és körülhatárolt feladatkör értelmében véve nem normális hatáskör, mert az alkotmánytörvények megváltoztatása nem olyan normális állami funkció, mint a törvényhozás, bíraskodás vagy a közigazgatás, hanem rendkívüli hatáskör.” Félreértelmezéseket elkerülendő hangsúlyozzuk: a „nem normális” a funkcióra vonatkozik és nem a szabályozás terjedelmére. „Éppen ezért nem valami korlátlan hatáskör, mert minden alkotmánytörvényileg megállapított hatáskör korlátozott és ebben az értelemben valódi hatáskör. Az alkotmánytörvényi szabályozás keretében nem lehet semmilyen korlátlan hatáskör. Egy »kompetencia-kompetencia« sem lehet korlátlan.”^[102] Itt arról van szó, hogy minden jogi értelemben vett hatáskör (Kompetenz), amit itt Schmitt a kompetencia kifejezés többértelműsége miatt valódi kompetenciának, hatáskörnek nevez, fogalmából eredően korlátozott, ebben különbözik a felhatalmazástól, amelyik lehet korlátozott és korlátlan, eltekintve a *nemo plus iuris elv*éből fakadó korlátoktól.

Az alkotmánymódosító hatáskör korlátai az alkotmánymódosítás helyesen fölfogott fogalmából adódnak. Az az alkotmánytörvénnyel megállapított hatáskör, hogy az alkotmányt módosítsák, azt jelenti, egy vagy több alkotmánytörvényi rendelkezést más alkotmánytörvényi szabályozással pótolni lehet, de csak azzal a feltétellel, hogy az alkotmánynak, mint egésznek az identitása és kontinuitása megőrződik.^[103] Az alkotmánymódosító hatáskör tehát csak azt tartalmazza, hogy az alkotmány megőrzése mellett az alkotmánytörvényi rendelkezésekben módosításokat, kiegészítéseket vagy törléseket foganatosítsanak, de nem terjed ki sem egy új alkotmány megalkotására, sem magának az alkotmánymódosító hatáskörnek a megváltoztatására.

A továbbiakban „az alkotmánymódosítás helyesen fölfogott fogalmát” elhatároló tagadások útján a következőképpen pontosítja: (a) Az alkotmánymódosítás nem alkotmánymegsemmisítés.^[104] (b) Az alkotmánymódosítás nem alkotmányváltás, mivel az alkotmányváltáshoz az alkotmányozó hatalom új politikai döntésére van szükség; ezért a weimari alkotmány 76. § szerint nem változtatható meg a demokratikus választójog, a föderális berendezkedés, a birodalmi elnök jogállása; ezek mint alapvető politikai döntések a nép alkotmányozó hatalmának az ügyei, és nem az alkotmánytörvény módosítására illetékes fórumokra tartoznak. (c) Az alkotmánymódosítás nem alkotmánytörés (*Durchbrechung*).^[105]

[102] I. m. 102.

[103] Vö. i. m. 103.

[104] Uo.

[105] I. m. 106.

(d) Az alkotmánymódosítás nem alkotmányfölfüggesztés.^[106] A két utóbbi elhatárolásnak ma csekély a jelentősége és az az alkotmányozó hatalom szempontjából nem releváns, ezért annak a részletezését mellőzöm. Ez a két pont a weimari alkotmány 48. § értelmezése szempontjából volt jelentős.^[107]

Schmitt fölhívja a figyelmet arra, hogy az alkotmánymódosító hatáskör korlátait az alkotmányelméletben eddig alig tárgyalták. Figyelemreméltó kivételként említi Marbury cikkét a *Harvard Law Review* 1919/20-as évfolyamából, amelyben a szerző joggal állítja, hogy az alkotmányt módosító és kiegészítő hatáskör nem lehet korlátlan. A cikk gyakorlati célja a szesztilalom alkotmányellenességének a megalapozása volt, ami nem járt ugyan sikerrel, de az alapgondolat – hogy az alkotmány által megállapított alkotmánymódosító hatáskör elvileg korlátozott, hogy az alkotmányt magát érintetlenül kell hagyni, és hogy az Amendment hatáskörrel való visszaélés, ha közönséges törvényeket Amendment eljárással bocsátanak ki – Schmitt szerint mindenképpen helyes, és előbb vagy utóbb meg fog mutatkozni gyakorlati jelentősége is.^[108]

Ebből az következik, hogy az alkotmánymódosító hatáskörnek két vonatkozásban vannak korlátai: az egyik a hatáskörtúllépés tilalma, a másik a hatáskörrel való visszaélés tilalma. A hatáskörtúllépés tilalma azt jelenti, hogy az alkotmánytörvény módosítása során nem sérülhet az alkotmánynak mint egésznek az identitása és kontinuitása, s hogy az alkotmánytörvényben rögzített alapvető normák nem változtathatók meg. A hatáskörrel való visszaélés tipikus formája az, amikor egy olyan rendelkezést, amelynek alkotmánytörvénybe foglalása a tartalma alapján nem indokolt, pusztán a megnehezített megváltoztathatóság érdekében foglalnak bele az alkotmánytörvénybe. Álláspontom szerint egy ilyen „bebetonozás” mint joggal való visszaélés a kormányozhatóság sérelme miatt tartalmától függően akár alkotmányellenes is lehet.^[109]

4. Kritikai pozíciók

A *Verfassungslehre* által kifejtett és érintett alkotmányjogi és államelméleti kérdések közül ma – és Schmitt elmélete szempontjából is – az alkotmány (az ún. pozitív alkotmány fogalom) és az alkotmánytörvény, valamint ehhez kapcsolódóan az alkotmányozó hatalom és az alkotmánytörvényt alkotó hatalom megkülönböztetése az alapvető elméleti kérdés. Az ebben a kérdésben való állásfoglalástól függ ugyanis az alkotmánymódosítás határainak és az alkotmányellenes

[106] Vö. i. m. 106., 109.

[107] Vö. Szilágyi, 2013, 137–157.

[108] Vö. Schmitt, i. m. 106.

[109] Ehhez lásd Jakab – Sonneveldt, 2013, 143–145. A könyv első részének lezárásaként Schmitt még két, az alkotmányfogalomhoz kapcsolódó kérdést tárgyal. Egyrészt az alkotmányjogi viták fogalmát, amelynek az alkotmánybíráskodás és a weimari alkotmány 48. §-a értelmezésének a szempontjából volt jelentősége, másrészt az alkotmány büntetőjogi védelmének a határait.

alkotmánymódosítás lehetőségének a megítélése is. Ez utóbbi alkotmányjogi kérdés, az alkotmányozó hatalom és az alkotmánytörvényt alkotó hatalom mögöttes meghúzó problémája viszont államelméleti. Az első kérdés aktualitása szerintem nyilvánvaló,^[110] az államelméleti aktualitást pedig az alapozza meg, hogy az alkotmányjogi érvelésekben az említett mögöttes fogalmakat eltérő értelemben használják, illetőleg azoknak az értelmét még a saját gondolatmenet szempontjából sem tisztázzák. Ezeknek a fogalmaknak a tisztázása tehát szükséges, ami viszont par excellence államelméleti feladat.

Én Schmitt megkülönböztetéseit gyümölcsözőnek tartom, de kifejtése, egyes megfogalmazásai nem problémamentesek: egyrészt a döntés és norma szembeállítására miatt, másrészt mert megfogalmazásai nem eléggé egyértelműek. Ez az alapvető megkülönböztetés ugyanis Schmittnél hol a döntés és a norma, hol a lényeges és eshetőleges, illetve a szubsztanciális és esetleges alkotmányos normák különbségét fejezi ki. Annak érdekében, hogy megalapozottabban tudjunk állást foglalni abban a kérdésben, hogy Schmitt alkotmányelméletéből mi az, ami továbbgondolásra érdemes, és mi az, ami nem, indokolt a vele szemben megfogalmazott kritikák áttekintése. Ezen korabeli kritikák közül nézetem szerint Hermann Helleré a leginkább tanulságos, ezért célszerűnek tartom arra röviden utalni.

Heller államelméletének általános jellemzője, hogy egyaránt bírálja Kelsen normativizmusát és Schmitt decizionizmusát. Heller álláspontját röviden a következőképpen foglalhatjuk össze: Kelsennel szemben azt hangsúlyozta, hogy nincs norma és normativitás, azaz jogalkotó és jogalkalmazó döntések nélkül; Schmitttel szemben pedig azt, hogy a döntés norma és normativitás nélkül nem hatásos, tehát nem valódi döntés. Ennek az álláspontnak a jogelméleti lényege a döntés és a norma összetartozása és elválaszthatatlansága.^[111]

Ennek a kritikának a jogelméleti alapja és megerősítő tanulsága, hogy az alkotmányozásnál, mint minden más hasonló esetben, meg kell különböztetni az adott tevékenységi komplexus egyes elemeit, mindenekelőtt a tevékenység alanyát, a tevékenység tartalmát és az eredményeként létrejövő objektivációt, de ezeket nem szabad elszakítani, elszigetelni egymástól. Esetünkben ez különösen három elem, helyesebben mozzanat, az alkotmányozó hatalom – alkotmányozás, mint döntés meghatározott tárgyokban – jogi értelemben vett alkotmány viszonyára vonatkozik.

[110] Ehhez lásd a magyar Alkotmánybíróság 61/2001, 45/2012, 12/2013. sz. és 22/2016. sz. határozatait, valamint az ahhoz kapcsolódó szakirodalmat. Vö. Petrétei, 2014, 49–68.; Bragyova-Gárdos-Orosz, 2016, 35–63.) A magyar Alkotmánybíróság 22/2016. sz. ún. alkotmányos identitás határozatában a német BVerfG. judikatúrájára támaszkodott, az pedig az alkotmányos identitás védelmét a német GG 79. § (3) bekezdésébe foglalt ún. örökkévalósági klauzúrára alapozta, aminek az elméleti alapját Carl Schmitt alkotmánytana, az alkotmányozó és az alkotmánymódosító hatalom elválasztása képezi. „A német alkotmányos identitás tehát az alkotmányozó, az alkotmánymódosító és a törvényhozó hatalom megosztásán nyugszik.” (Drinóczi, 2017, 11. jegyzet. A kérdéshez még lásd Drinóczi, 2016.) Ebből persze az alkotmányellenes alkotmánymódosítás alkotmányjogi tényállása illetőleg tilalma következik.

[111] Ehhez részletesen lásd Heller, 1934, 253., 255., 264/265., 274., 276–278.; Szilágyi, 2013a. Magyarul bővebben lásd Szilágyi, 2013a, 93–136., a vonatkozó rész 116–128.

Genetikusan és kronológiailag, azaz egy leszűkített időintervallumot vizsgálva az alkotmányozó hatalomnak és az alkotmányozásnak van prioritása, ontológiailag és hosszabb történelmi időszakot tekintve azonban az egyes mozzanatok kölcsönhatása, kölcsönhatásos differenciálódása érvényesül: a múltbeli objektivációk és azok jövőbeli lehetőségei befolyásolják magát a tevékenységet, továbbá az objektivációk differenciálódása differenciálja a tevékenységet és viszont. Strukturális és genetikus kérdések összefüggenek egymással, elméletileg is és jogpolitikailag, de lege ferenda is. Itt is érvényesül a valóságos kauzális folyamatok és az alapvető vagy elsődleges megismerési folyamatok fordított irányultsága: a rögzített objektivációkból könnyebb és célszerűbb is kiindulni, mint az elmosódottabb tevékenységekből. Schmitt is így járt el, amikor elemzését a különböző alkotmányfogalmakkal kezdte.

Álláspontom szerint analitikailag az alkotmányozás és törvényhozás folyamatában a lehetséges ügödöntő fórumként megjelenő politikai hatalmi tényezők négy szintjének a megkülönböztetése indokolt, úgymint alkotmányozó hatalom, alkotmánytörvényhozó hatalom (vagy inkább: alkotmánytörvényt alkotó hatalom), alkotmánymódosító hatalom és törvényhozó hatalom, mint az alkotmányt konkretizáló és végrehajtó hatalom. Mind a négy szint esetében szorosan összetartozik a döntést hozó fórum, annak legitimitása és korlátlan vagy korlátozott felhatalmazottsága, a hatáskörök gyakorlása, azaz a döntés mint alternatív lehetőségek közötti választás, valamint a döntés tartalmának vagy eredményének a kihirdetése, pozitíválása, kötelezővé nyilvánítása és normativitásának a biztosítása. Ez utóbbiak a fórum kötöttségeinek és a döntés általánosságának a függvényében értelemszerűen különbözőképpen alakulnak, de ezek az összefüggések ilyen általános megfogalmazásban általános érvénnyel rögzíthetők. Ehhez még annyit fűznék hozzá, hogy tendencia jelleggel még egy olyan összefüggés is megállapítható, hogy a hatáskör tartós nem-gyakorlása magának a hatáskörnek a *desuetudo*-ját is eredményezheti. Ezt szerintem Schmitt permanencia tézisének is figyelembe kell venni.

Schmitt elemzéséből az a további következtetés is levonandó, hogy a döntés és norma decizionista elszakítása nem tartható, de a lényeges és eshetőleges döntések és normák megkülönböztetése továbbgondolandó.

Ebből több dolog is következik. Az észszerű jogi értelemben – helyesebben talán jogforrástani értelemben – vett, Schmitt terminológiájával relatív alkotmány csak a lényeges elemeket tartalmazza, de azokat maradéktalanul. Ne legyen benne „abszint” és szesztilalom és ne legyen alkotmányos válság veszélyével járó hiányos szabályozás. Az alkotmány oda nem illő elemekkel való földuzzasztása ugyanis föllazítja az alkotmány koherenciáját. De hogy mi a lényeges, az függ a végső értékálláspontoktól, a konkrét helyzettől, mint azt a rendszerváltások utáni restaurációellenes intézkedések mutatják, valamint a politikai-jogi kultúra mindenkori állapotától. Annyit Schmitt példái alapján meg lehet állapítani, hogy rendkívüli helyzetek, rendszerváltások, forradalmak esetén, amikor nyíltan alapvető politikai kérdésekről van szó, a lényeges és az esetleges megkülönböztetése sokkal könnyebb, mint konszolidáltabb, békés viszonyok között, amikor a politikai kérdések inkább jogi-jogászai formában jelennek meg, és ettől nem függet-

lenül nagyobb lehetőség nyílik az öncélú pártpolitikai törekvések alkotmányba foglalására. A pártpolitikai törekvések minősége („arcátlansága”) és terjedelme szintén a politikai kultúra állapotától, a bizalom hagyományának az erejétől függ. Az egészen bizonyos, hogy a partikuláris pártpolitikai törekvések az alkotmányozás folyamatából nem zárhatóak ki, de minimalizálhatóak, pontosabban egy elviselhetőségi szintre szoríthatóak vissza. Az a tény, hogy nehéz annak megállapítása, mi tekinthető lényegesnek az alkotmánytörvény tartalma szerint, nem jelenti a kérdés irrelevanciáját és elméleti elemzésének a hiábavalóságát.

Ebből további következmény-kérdések adódnak. Ha elfogadjuk azt, hogy vannak az alkotmányozás szempontjából lényeges, kevésbé lényeges és lényegtelen normák, vagy de lege et constitutione ferenda szabályozandó kérdések, akkor ebből három követelmény adódik: (a) Állást kell foglalni a normák, illetőleg szabályozási kérdések jogforrási rendjét illetően, ami vagy az alkotmány, a minősített törvények és az egyszerű törvények, vagy pedig az alkotmány és a törvények közötti különbségtételt jelenti. (b) Állást kell foglalni az egyes jogforrások megalkotása alanyának, esetleg eljárásának meghatározását illetően. (c) Állást kell foglalni az egyes jogforrások megváltoztathatóságát illetően. Ez utóbbi szoroson összefügg az előzővel, de nem azonos vele; lehetséges bizonyos rendelkezések megváltoztathatóságának a határidő nélküli tilalma, mint a német Grundgesetz vagy az 1874. évi francia alkotmánymódosítás esetében, lehetséges átmeneti megváltoztathatatlanságának a rögzítése, ez történt az 1976-os portugál alkotmányban. Ezeknek a kérdéseknek a tisztázása vonatkozásában ismét tanulságosak lehetnek Schmitt vizsgálódásai.

A *Verfassungslehre* további rekonstrukciója során Schmitt államelméletének központi tételéből kell kiindulnunk, mely szerint a modern alkotmányok tartalmilag két fő részből, egy jogállami és egy politikai alkotórészből épülnek fel. Ennek megértéséhez nem szabad elfelejtenünk és szem elől tévesztenünk, hogy Schmitt gondolatmenetében az alkotmány az úgynevezett pozitív alkotmányfogalomnak felel meg, amely megteremti a kapcsolatot a *Verfassungslehre* I. és II-III. része között.

III. JOGÁLLAMI ALKOTÓRÉS Z

A jogállam egyes részleteivel foglalkozó elemzések^[112] a jogállami és a politikai elemek megkülönböztetése és összekapcsolása foglalja keretbe. Az identitás és

[112] A *Verfassungslehre* második nagy része ennek megfelelően „A modern alkotmány jogállami alkotórésze” címet viseli. Ezt a részt Schmitt öt szakaszra bontva tárgyalja: 12. § A polgári jogállam elemei; 13. § A jogállami törvényfogalom; 14. § Az alapjogok; 15. § A hatalmak megkülönböztetése (az úgynevezett megosztása) 16. § Polgári jogállam és politikai forma. Hensel szerint ez legfontosabb rész. „Itt a modern alkotmányokról van szó, mert a polgári jogállam államjogilag elsősorban alkotmányos állam, ami kialakulásának első időszakában uralkodó konstitucionalizmus elvére utal, a polgári jogállam és az alkotmányos állam szoros kapcsolatára. Schmitt törekvése, hogy az alkotmányjogi intézményben az alkotmánytörténeti ideológiát kimutassa, és világossá tegye: az eredeti ideológia kritikus mércéként is alkalmazható a mai politikai jogi intézmények merevsége, gyakran azok eltérései vonatkozásában is.” (Hensel, i. m.)

reprezentáció kérdéseit tárgyaló 16. § már a III. rész (A modern alkotmány politikai alkotórésze) megalapozását, bevezetését szolgálja.

Schmitt az előzőekben az alkotmány és az alkotmánytörvény megkülönböztetését emeli ki, elemzéséből azonban a kettő összefüggése is egyértelműen következik. Az a politikai döntés, amely nem vezet alkotmánytörvény megalkotásához, nem tekinthető alkotmányozó hatalomnak, csak arra irányuló kísérletnek; az a pozitív alkotmány, amelyik nem fejeződik ki alkotmánytörvényekben, nem lehet alkotmány. Ebből az következik, hogy minden modern alkotmánynak van egy politikai tartalmi eleme, mozzanata és egy jogi eleme, mozzanata. Schmitt ezt a megkülönböztetést két gondolatmenettel is megalapozza. Itt a megkülönböztetés a pozitív és a relatív alkotmányfogalom különbségéből következik, később ezt a jogállam sajátosságaival is alátámasztja.

A pozitív alkotmányfogalomnak, mint alapvető és átfogó döntésnek szükségképpen vannak jogi és politikai elemei. Jogi elemei azért, mert a pozitív alkotmány csak akkor alkotmány és nem másféle politikai döntés, ha a relatív értelemben vett alkotmányra, azaz az alkotmánytörvényekre irányul, politikai eleme azért van, mert a politikai egység adott formáját és típusát konstituálja. A politikai egység adott formája, amint ezt a későbbiekben látni fogjuk, a formaelvek szerint alapvetően demokratikus vagy monarchikus lehet. Ennek kapcsán is megjelenik az ideális és a pozitív alkotmányfogalom különbsége.

A jogi és politikai elemnek ez a megkülönböztetése ahhoz a problematikához kapcsolódik, amit Jellinek úgynevezett két oldal-elmélete jelentett a kor állam- és jogelmélete számára. Röviden arról van szó, hogy Jellinek rögzítette ugyan, hogy az államnak egy jogi és egy társadalmi oldala van, de a két oldal kapcsolatáról kifejtett nézeteit bírálói nem tartották kielégítőnek.^[113] Több kortársához hasonlóan ezért Schmitt is tisztázni akarta ezt a kérdést, mint az állam politikai és jogi oldalainak a viszonyát. A *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* című korai írásában ezt állítja az előtérbe^[114] és a problémát a jogfogalom megket- tőzésével kísérli megoldani.^[115] Itt még hajlik az újkantiánusok módszertisztasága

[113] Erről bővebben: Szilágyi, 1994; Szilágyi, 2007.

[114] „Ez a könyv csak azzal igazolhatja magát, hogy az államot a maga értelmességében akarja megragadni... Ha a jogfilozófiai szemlélet megtalálja az államnak egy meghatározott definícióját, az a tudományos szemlélet számára mindenképpen eredmény, még akkor is, ha a jog definíciója átmenetileg néhány szükségképpen negatív állításra korlátozódik; az államnak abból a helyzetéből, amelyet számára a definíció kiutal, a jogélet számos jelenségének az ellentmondásmentes magyarázata adódik, különösen az a fontos tétel, hogy a jog megelőzi az államot, így ezzel valamit már megtettünk... Ennek a könyvnek az érdeklődése az állam kérdésre irányul. A jogot csak annyiban tárgyalja, amennyiben az az állam jogfilozófiai definíciójához vezet... Ez a vizsgálódás néhány meghatározott kérdésre koncentrálódik: az állam és a jog viszonyának a kérdésére, az állam definíciójának a kérdésére és azokra a konzekvenciákra, amelyek ebből az államban lévő individuum számára adódnak. Abba a számos kérdésbe, amelyek az állam definíciójához kapcsolódnak, csak annyiban mentem bele, amennyiben az az állam lényegének az ábrázolásához szükséges volt, hogy megtaláljuk a problémák során keresztülvezető utat és zárt rendszerben megadjuk az állam jogfilozófiai elméletét.” (Schmitt, 1914, 7, 10, 14.)

[115] „Az állam fogalmához ezért hozzátartozik a hatalom, ezért csak azt az empirikus jelenséget sza-

felé,^[116] amit a *Verfassungslehre*ben gyakorlatilag felad,^[117] elméletileg pedig a *Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*ben reflektál.^[118] A „két oldal” viszonyában a politikai mozzanat válik a túlsúlyossá, amit a legmarkánsabban sokat idézett mondata, „a politikai fogalma megelőzi az állam fogalmát”^[119] fejez ki. Ennek megfelelően a *Verfassungslehre*ben is a politikai formaelvek az elsődlegesek a jogi mozzanattal, azaz a jogállammal szemben.

A kérdés itt az, hogy „a politikai fogalma megelőzi az állam fogalmát” tétele a jognak az állammal szembeni, korábban megfogalmazott elsőbbségének a tagadását vagy konkretizálását, netán hegeli értelemben vett megszüntetve-megőrzését jelenti. Szerintem konkretizálásról van szó, ami megjelenik a *Verfassungslehre* II. és III. fő részében. Az állam fogalmát a jog is megelőzi mint absztrakt jog, és a politikai is. A politikai mozzanat a jog tartalmára vonatkozik, az konkretizálja az absztrakt jogot ténylegesen érvényesülő állami joggá, ami ellentmondásos folyamat. Ez a politikai és a jogi-jogállami mozzanatok, elemek ellentmondásához és a politikai formaadó elvek módosulásához vezet, mivel az absztrakt jog sem válhat valóságossá politikai forma, tehát politikai formaadó elvek nélkül, és a politikai elvek sem válhatnak valóságossá a jog nélkül. Érdekházasság ez a javából. A *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*ben erről még nincs szó, ott a problémát elfödi a minden állam jogállam általánossága.

A politikai és a jogállami elem megkülönböztetésének másik megalapozása a jogállam polgári jellegéhez kapcsolódik. A modern polgári jogállami alkotmány az elveiben a polgári individualizmus alkotmányeszményének felel meg, mégpedig annyira, hogy ezeket az elveket gyakran azonosítják az alkotmánnyal, így az alkotmányos állam a jogállammal azonos jelentésű lesz.^[120] Itt látható, hogy Schmitt elméletében az ideális alkotmányfogalomnak is megvan a maga szerepe, az alkotmányfogalmak összefüggenek nála. Az ideális alkotmányfogalom egyrészt kifejezi az eredeti

- bad államnak nevezni, amelyik az ilyen hatalmat igazolja. Azáltal azonban, hogy az állam kapcsolatot hoz létre a jog és az empirikus világ között, belefolyik az állam által proklamált jogi normába, amelyet az állam mint médium átvárt /azon áthatolt (hindurchgegangen ist) és így egy sajátos módosulást szenvedett el, az empirikusnak egy mozzanatát... Egyik oldalon eszerint a jog áll, az az állam előtt létezett és mint gondolat független tőle, azt az államhoz való viszonyában mint uralkodót, originálisat lehet jellemezni,... mint absztrakt jogot lehet jellemezni; a másik oldalon az állami jog mint szolgáló, célmeghatározott közvetítő jog, amelyik az origináris joghoz nem eszköz és cél viszonyában áll, amelynek a célszerűsége inkább az empirikus világnak, mint hatásterületnek a befogadásában alapul.” (I. m. 68–69., 75.)
- [116] „Nincs elmélet konzekvenciáinak és azok lehetőségének az előfeltevése nélkül... egyetlen jó államelmélet sem maradt messze ható reális következmények nélkül, és a kettő között legalább egy végső soron való összefüggés fönnáll. Ez azonban nem vezethet oda, hogy a különbségeket félreismerjük, és arra a téves kísérletre vállalkozunk, hogy heterogén dolgokat egymással »összepasszítsuk«, két összeegyeztethetetlen módszert »kölcsönhatásba« hozunk. Aki kezdettől fogva mindkettőt szem előtt akarja tartani, semmit sem fog elérni, legföljebb... eklekticizmushoz jut el.” (I. m. 9–10.)
- [117] Ez különösen a weimari alkotmány egyes rendelkezéseinek az elemzése kapcsán látható; erről később, a *Verfassungslehre* 27. és 28. §-ai kapcsán lesz szó.
- [118] Schmitt: *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934b, 31–40.
- [119] Schmitt: *A politikai fogalma*, 2002a, 15.
- [120] Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928a, 4. §, 36.

alkotmánytörténeti ideológiát, másrészt a pozitív és a relatív alkotmányfogalmaktól, mint a politikai realitásokat kifejező fogalmaktól való különbséget. Ezt a kettősséget próbálom kifejezni azzal a megfogalmazással, hogy a jogállam a modern állam koncepcionális alakváltozata. A politikai és a jogállami elem megkülönböztetésének itt az a lényege, hogy a jogállam az állam korlátozását és ellenőrzését jelenti, illetőleg célozza, ezért az már előfeltételezi az államot, azaz a politikai alkotórészt.

A polgári jogállam két alapvető elve, az alapjogok biztosítása és a hatalommegosztás önmagában szemlélve nem tartalmaz államformát, hanem csak az állam korlátainak és ellenőrzésének a sorát, a polgári szabadság garanciáinak és az államhatalom relativizálásának a rendszerét. Az állam, amelyet ellenőrizni kell, ebben a rendszerben előfeltételezett. Ebből következik, hogy a jogállami alkotórészrel minden alkotmányban összekapcsolódik és összekeveredik a politikai formaelvek második alkotórésze.^[121]

Schmitt a jogállam elemzése során ahhoz csaknem mindig hozzáteszi a polgári jelzőt. Közel százoldalas elemzésének a részletezésétől itt el kell tekintenünk, annak csak néhány fontos elemére térhetünk ki. A félreértelmezésekkel szemben hangsúlyoznunk kell, hogy alapvetően téves Schmitt jogállam fölfogásának az az általános jellemzése, mely szerint Schmitt mindig is kétellyel fogadta a jogállam eszméjét és azt némileg lesajnálta.^[122] Az kétségtelen, hogy számos ponton ellentétben állt a jogállamiság eszméjével,^[123] de felfogására éppen az jellemző, hogy ezt hogyan tette.^[124] Mivel a jogállamot az alkotmány politikai alkotórészével állítja

[121] Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928a, 216.

[122] „Nyilvánvaló, hogy Carl Schmitt elmélete számos ponton ellentétben állt a jogállamiság eszméjével (amit ő maga egyébként mindig is kétellyel fogadott, s ha meg nem is vetett, de a „ravasz ügyvédek magabiztosságával” – hogy úgy mondjam – némileg lesajnált.” (Takács, 2010, 53.) Ez a szöveg több tankönyvben is szerepel, legújabbban lásd Takács, 2016, 225.

[123] „Bár Schmitt államelméleti koncepciója minden alapvető értékében szemben áll vele, a jogállamnak és elméletének korrekt interpretációját adja. Az izraeli alkotmány kidolgozásánál is nagymértékben támaszkodtak a *Verfassungslehre*re.” (Pethő, 1993, 188.)

[124] „A jogállammal kapcsolatos összes lényeges fogalom Schmitt szerint struktúráját tekintve polemikusan ellenfogalom.” (Pethő, 1993, 183.) Ebből a polemikusan szembeállításból is következik, hogy Schmitt jogállamfelfogásának az elemzése nélkül elméletének más elemei sem értelmezhetőek. A „mindig is kétely” és a „némileg lesajnált” állításokat, amelyek egyébként egy hatályos tananyagban is részét képezik, mindenekelőtt Schmittnek az 1954-es kiadás előszavából már idézett önértékelése is cáfolja, miszerint „a könyv a jogállami-demokratikus alkotmány típusát máig meggyőző rendszerességgel fejtette ki”. Ezen kívül az 1914-ben megjelent *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* című munkájában is külön alcímet kap a jogállam. Itt Schmitt azt a tézist fejtje ki, hogy „a jog az állam előtt primátusa nélkül nem gondolható el sem egy olyan fogalomképzés, amelyik meghaladja a fejelemzetlen asszociációkat, sem pedig a jogélet elementáris folyamatai értelmének a magyarázata. Az állam ezért a jogból vezetendő le és annak lényeges vonásait a joghoz való különös pozíciójában kell megpillantani... Az állam eszerint az a jogi képződmény, amelyiknek az értelme kizárólag abban a feladatban van, hogy a jogot megvalósítsa... A jog az állam számára – Ágoston szavait használva – origo, informatio, beatitudo. Ezért nincs másféle állam csak jogállam, és minden empirikus állam legitimitációját mint a jog első szolgája kapja.” (Schmitt, 1914, 51–53. Kiemelés az eredetiben.) Az Államjogász Egylet 1924-es jénai konferenciáján a weimari alkotmány 48. cikkelyéről tartott előadásában a jogállam liberális-pozitív értelmezését bírálta. Ebben a kritikában kifejtett akkori álláspontja a jogállam konzervatív értelmezésének felelt meg. A 48. § (2) bekezdésének szokásos értelmezését azzal az érveléssel utasítja

szembe, a jogállami a politikai sajátos ellenfogalmát képezi. Schmitt jogállam fölfogása nélkül államelmélete nem érthető meg és nem értelmezhető helyesen.

Schmitt jogállam kritikája elméletileg a jog és a politika viszonyáról kialakított nézeteiben gyökerezik, politikai éle pedig a jogállam liberális értelmezése ellen irányul. A jogállam „bűne” az, hogy a politikai alakító, meghatározó elveket^[125] nem engedi következetesen érvényre jutni, az őket kifejező államformákat

- el, hogy az „a bekezdés második mondatának felületes kiterjesztése az elsőre. Ennek jogállami motívumai azonban figyelemreméltóak maradnak. Mert valamilyen határokat a birodalmi elnök hatásköre számára is meg kell (müssen) vonni. A kérdés csak az, hogy azt egy látszótervel segítségével vagy a 48. § (2) különösségének és nehézségének a teljes tudatában kell-e (sollen) megtalálnunk.” (Carl Schmitt: Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung. Az előadást Függelék-ként beillesztette a diktatúráról szóló könyv második, 1928-as kiadásába, az idézet innen származik. Vö. Schmitt, 1928b, 233.). Ugyanebben az írásában a weimari alkotmány 48. §-át, mint a kivételes állapot tipikus jogállami szabályozását elemzi. Abban a híres vitában, hogy ki legyen az alkotmány őre, az alkotmánybíráskodással szemben jogállami hivatkozásokkal is érvel. A *Der Hüter der Verfassung* című munkája első fejezete harmadik alfejezetének címében fejezi ki a fő tételt („Maßgebliche Festsetzung des Inhaltes eines inhaltlich zweifelhaften Verfassungsgesetzes ist in der Sache Verfassungsgesetzgebung, nicht Justiz”), amit aztán tipikusan jogállami érveléssel indokol. „Nincs polgári jogállam független igazságszolgáltatás nélkül, nincs független igazságszolgáltatás a törvényhez való tartalmi kötöttség nélkül, nincs a törvényhez való tartalmi kötöttség a törvény és a bírói ítélet tárgyi különbsége nélkül. A polgári jogállam a különböző hatalmi ágak tárgyi megkülönböztetésén alapul. A törvényhozás és az igazságszolgáltatás elvi megkülönböztetését nem lehet megcáfolni a határok keresztvezésére, az átfedésekre vagy további felosztásokra való utalással. A polgári jogállam számára azonban mindig érvényes marad, hogy a törvényhozás, végrehajtás (kormányzás és közigazgatás) és az igazságszolgáltatás tárgyi megkülönböztetése nélküli államnak a polgári jogállam értelmében nincs alkotmánya... A polgári jogállamban igazságszolgáltatás csak mint a törvény alapján való bírói ítékezés létezik. A „törvény alapján” formula a polgári jogállam szervezete számára centrális jelentőségű... Egyik normának a másikra való alkalmazása valami minőségileg más, mint egy normának egy tényállásra való alkalmazása, és egy törvénynek egy másik törvény alá szubszummálása (ha egyáltalán elgondolható), valami lényegesen más, mint egy szabályozott tényállásnak a szabályozás alá rendelése.” (Schmitt, 1931a, 36–37., 42.) Ugyanez a gondolat a *Verfassungslehren* is megfogalmazódik: „A törvények alkotmányosságának az elbírálására egy különleges bíróság létesítése azonban a jogállami konzekvenciák politikai okokból való föllázítását mutatja.” (Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928a, 137.) A *Legalität und Legitimität* 1958-as kiadásához fűzött megjegyzéseiben az indokolatlanul, pusztán a későbbi nehezebb megváltoztathatóság érdekében alkotmányba foglalt rendelkezések kapcsán, amelyeket nálunk gyakran a „bebetonozás” kifejezéssel jelölnek, azt írja, hogy ennek a „megvitatása a jogállam és hatalommegosztás mai helyzetére vonatkozó alkotmányelméleti megfontolásokat segítene elmélyíteni”. A liberális jogállam atyjának, John Locke-nak gyakran idézett mondása, amelyik a felhatalmazási törvények és a törvényhozási delegálások ellen irányul, találon jegyzi meg, „hogy a törvényhozó nem azért van, hogy törvényhozókat csináljon, hanem azért, hogy törvényeket. Analóg módon mondhatjuk, hogy az alkotmányozó és az alkotmánytörvényalkotó is azért van, hogy jó törvényhozásokat és törvényhozási eljárásokat alkosson, és nem azért, hogy maga csináljon törvényeket.” (Schmitt, 1985, 349.) Ebben a kötetben még további fejtegetések találhatók a jogállamról. Pethő Sándor elemzése szerint „a jogállam fogalom teljessége csak a *Legalität*-ben jelenik meg.” (Pethő, 1993, 202.) Mindezek alapján tartották tőbben úgy, hogy „legalábbis időlegesen azonosult a liberális jogállammal.” (Hofmann, 1992, 7.) Ennyit röviden „a lesajnálásról” és „az örök kételyről”.
- [125] Schmitt hol politikai alakító elvekről (politische Gestaltungsprinzipien), hol a politikai forma elveiről (politische Formprinzipien) beszél (vö. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928a, 204., 200.). Ezeket a kifejezéseket nyilvánvalóan szinonimaként használja, és közülük a politikai alakító elvek (politische Gestaltungsprinzipien) fejezi ki a leginkább azt a tényállást, hogy itt az alkotmányozó hatalom, illetve a pozitív alkotmány alakító döntéséről, és annak következményeiről van szó. Az elvek szerepének értelmezéséhez lásd Láncki, 2004, 394.

puszta kormányformákká^[126] torzítja: a monarchiát alkotmányos monarchiává, a demokráciát parlamentáris demokráciává. Elvileg mindkét torzulás elutasítandó, de a kritika politikai éle a jogállam liberális értelmezése, az „ő jogállamuk” ellen irányul,^[127] ezért az összeolvad a liberalizmus és a parlamentarizmus bírálóival.

A politikai és a jogállami elem szembeállítására kapcsolódik az alkotmány ideál-fogalmának és a pozitív alkotmányfogalomnak a korábban bemutatott megkülönböztetéséhez. Schmitt a polgári alkotmány ideál-fogalmával indítja az elemzést: „A modern polgári jogállami alkotmány elveiben a polgári individualizmus alkotmányeszményének felel meg, mégpedig annyira, hogy ezeket az elveket gyakran azonosítják az alkotmánnyal és az alkotmányos állam a jogállammal azonos jelentésű lesz... A modern jogállami alkotmány keletkezését (Werden) és még ma is uralkodó alapsémáját tekintve először is szabadságelvű (freiheitlich) alkotmány, mégpedig a polgári szabadság értelmében.”^[128] Ezzel szemben a politikai mozzanatot, az alapvető politikai döntést és formameghatározást a pozitív alkotmányfogalom fejezi ki. A politikai elem vizsgálata előtt azonban „szükséges és indokolt, hogy külön bemutassuk és tárgyaljuk ezt a jogállami alkotórészt, mert az elvek zárt rendszerét képezi és igen jelentős és jellemző a modern alkotmányokra.”^[129]

Már az eddigiekből is kitűnik, hogy Schmitt itt adott erősen vitatható megfogalmazása szerint a modern állam jogi eleme minden esetben a polgári jogállam.^[130] Ezzel azonosítja a modern állam jogi oldalát annak jogállami elemével, és így ő is egy majdnem „minden állam jogállam” gondolathoz jut el, némileg

[126] Államforma és kormányforma különbségéhez lásd Szilágyi, 2011, 226–227. Figyelemre méltó, hogy Schmitt hangsúlyosan és következetesen megkülönbözteti ezt a két fogalmat. Ezt azért tartom fontosnak, mert a politológusok többsége ezt a különbséget nem érzékeli (az újságírókról már nem is szólva).

[127] „A jogállam kifejezést nem használjuk... A jogállam kifejezés oly sok mindent jelenthet, mint maga a jog, s mint amilyen sokféleké az állam szóval jelölt szervezetek... Az ő jogállamukról és az ő jogfogalmukról szól a mondás: »A jog azonban előnyös legyen: olyan, amit én és atyámfiak dicsőítünk.«” (Schmitt, 2006, 20.) Vagyis: a jogállam elvontan üres, konkrétan rossz. Ennek ellentmondva Schmitt 1935-ben már ismét használja a fogalmat, de lekcisinylésről most még kevésbé van szó. Hans Frank „Der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers” c. írására hivatkozva kijelenti, hogy immáron semmi sem áll útjában egy nemzetiszocialista jogállam létrehozásának, miután a polgári törvényállamot meghódította a nemzetiszocialista forradalom. A jogállam fogalmának és a kifejezésnek a szellemi meghódítását jelentős sikernek tekinti. („Diesen Gesetzesstaat eroberte die nationalsozialistische Revolution... Und wenn es einen christlichen, einen nationalliberalen, einen faschistischen und einen kommunistischen Rechtsstaat gibt – das wäre ja nur eine Frage der Durchführung und nicht des Inhaltes oder der Ziele –, so stande nichts im Wege, auch einen nationalsozialistischen Rechtsstaat einzurichten. ... Die geistige Eroberung des Wortes und Begriffes Rechtsstaat ist ein großes Verdienst. Carl Schmitt: Was bedeutet der Streit um den »Rechtsstaat«? In *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* Bd. 95, H. 2. (1935), 196–199.) Figyelemre méltó Schmitt megjegyzése itt: „A jogállam kifejezés átvételének és továbbfejlesztésének azonban mélyebb értelme is lehet. Tipikus szellemtörténeti folyamat, hogy az eszmei harcban átveszik és átértelmezik a hatásos formulákat és a nagy kifejezőerejű szavakat.” (Uo. 197.) Ez egyszerre hívja föl a figyelmet az államelméleti fogalmak rugalmasságára és az abból adódó visszaélések veszélyeire.

[128] Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928a, 125–126. Schmitt itt vissza is utal a munka korábbi részeire (4. §, S. 36.f.).

[129] Schmitt, i. m. 125.

[130] Még határozottabban: nincs másféle állam csak jogállam, és minden empirikus állam legitimitációját, mint a jog első szolgája kapja (vö. Schmitt, 1914, 53., 36., 37., 124.).

hasonlóan Hellerhez és persze Kelsenhez. Ez az állítás viszont csak a jogállam nagyon tág értelmezése (törvények kötelező ereje, kapitalizmus minimum stb.) esetén tartható, vagy még úgy sem. Ellentmondás van a jogállam polgári jellegének és a modern állam tekintetében vett általánosságának az állítása között.^[131] Más szóval: Schmitt jogállam terminusa mögött két jogállam fogalom rejlik, húzódik meg, helyesebben azonos kifejezéssel jelöl két jogállam fogalmat. Az egyik, amit logikai értelemben vett jogállamnak nevezhetünk, az a modern (pozitív) alkotmányok szükségképpen meglévő jogi oldalát jelenti; a másikat történeti értelemben vett jogállamnak nevezhetjük, ez a szó szoros értelmében vett polgári vagy liberális jogállam.^[132]

A polgári jogállam elemeit vizsgálva Schmitt először történeti konkretizálást végez (12. §), és ennek során jut el a jogállam követelményeihez és lényeges elemeihez. Ezt követi a fogalmi konkretizálás, majd a jogállam két tartalmi elemének a konkrét elemzése: az alapjogi elemet először a tárgyi jog oldaláról (törvényfogalom), aztán az alanyi jogok oldaláról (14. §) vizsgálja, végül pedig a szervezeti elvet (15. §). Ennek a résznek a tárgyalását is az absztrakttól a konkrét felé haladás jellemzi. Mivel „a szó általános jelentése szerint minden államot jogállamnak lehetne nevezni, amelyik a hatályos pozitív jogot és a fennálló alanyi jogokat feltétlenül respektálja”, ezért azt konkretizálni kell.^[133] A történeti visszapillantás teszi nyilvánvalóvá, hogy a jogállami alkotmány keletkezését (Werden), alapeszméjét, „és még ma is uralkodó alapsémáját tekintve először is szabadságelvű (freiheitlich) alkotmány, mégpedig a polgári szabadság értelmében.”^[134] A modern jogállami alkotmány „elsősorban a polgári szabadság értelmében tartalmaz döntést: személyes szabadság, magántulajdon, szerződési szabadság, kereskedelem és iparúzés szabadsága, és így tovább. Az állam a társadalom szigorúan ellenőrzött szolgájaként jelenik meg, alá van vetve jogi normák zárt rendszerének, egyszerűen ezzel a normarendszerrel azonosítják; így az állam nem más, mint norma és eljárás. Valójában azonban a jogállam, minden jogisága és normativitása ellenére mindig állam marad, és ennek következtében a speciális polgári-jogállamin kívül mindig tartalmaz még egy politikai alkotórészt is. Ezért nincs olyan alkotmány, amelyik maradéktalanul nem volna semmi más, mint jogi normáknak az egyént az államtól védő rendszere. A politikai az államtól – egy nép politika egységétől – nem választható el és az államjog nem depolitizálható, hiszen az nem jelentene mást, mint államtalanított államjogot. A jogállami csak

[131] Ez ugyanis csak akkor tartható, ha az államszocialista rendszereket is kapitalizmusnak, államkapitalizmusnak és jogállamnak tekintjük. Ezen a ponton azonban nem kívánunk elmélyedni sem az államszocializmus kapitalista jellegében, sem a jogállam és a szocialista törvényesség viszonyában. A problémához lásd Péteri, 1960, 202–232.

[132] Vö. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928a, 129–130. Itt megkülönbözteti a jogállam általános jelentését és a jogállam mai fogalmát.

[133] I. m. 129.

[134] I. m. 126.

egyik eleme minden modern alkotmánynak.”^[135]

Schmitt ennek alapján először a polgári alkotmány ideálfogalmából adódó alapvető követelményeket rögzíti: „A polgári szabadság alapeszméjéből két követelmény adódik, amelyek a jogállami alkotórész két elvét alkotják. Az egyik az elosztási, illetve elhatárolási elv (Verteilungsprinzip), amely a közszféra és magánszféra, az állam és polgári társadalom elhatárolására vonatkozik; az egyéni szabadság szférája mint az államot megelőző tételeztetik föl, az egyén szabadsága elvileg korlátlan, míg az állam hatásköre ebbe a szférába való beavatkozást illetően elvileg korlátozott. A másik egy szervezeti elv, amelyik ezt az elhatárolási elvet szolgálja: az elvileg korlátozott államhatalom (Macht) föl van osztva és körülírt hatáskörök rendszerében van rögzítve. Az elhatárolási elv – az egyén elvileg korlátlan szabadsága, az állam elvileg korlátozott hatásköre – alap- vagy szabadságjogok egész sorában fejeződik ki; a szervezeti elvet az úgynevezett hatalommegosztás tana tartalmazza, azaz az állami hatalomgyakorlás különböző ágainak a megkülönböztetése... Az alapjogok és a hatalommegosztás jelölik a jogállami alkotórész lényeges tartalmát.”^[136]

A jogállam tartalma (demokratikus, liberális, illiberális) és elemei kapcsán folyó viták szempontjából Schmitt elemzését tartom a megfelelő kiindulópontnak, szemben a jogállam elemeinek sokféle és mind terjedősebb felsorolásával, különösen akkor, ha a jogállamot úgy fogjuk föl, mint a modern állam egyik koncepcionális alakváltozatát.^[137] Eszerint az elemzés során különbséget kell tenni a koncepcionális, az intézményi és a politikai-jogi gyakorlati szint között. Ennek megfelelően a jogállam koncepcionális szintjéhez tartozik a szabadságeszmény, valamint a magánszféra és közszféra elhatárolásának elve, az intézményi szinthez pedig az alapjogok és a tágan felfogott – azaz nem pusztán a három hagyományos hatalmi ágra szűkített – hatalommegosztás. A két elv, illetve követelmény közül nem a szervezeti, hanem az elhatárolási elv az alapvető és az a logikai kiindulópont, amelyből az alapjogok katalógusa és azok biztosítása következik a hatalommegosztás intézményei révén.^[138] A két követelményről (elhatárolási elv és szervezeti elv) és két lényeges elemről, lényeges tartalomról (alapjogok és hatalommegosztás) van szó. Ez a kettő nem azonos, de a második szint az előzőből következik, itt is az absztrakttól a konkrét felé haladást láthatjuk.

A továbbiakban Schmitt a két alkotórész fogalmi konkretizálását végzi el, ebből következik az egész államélet általános jogászai, bírósági forma-központú kezelése (Justizförmigkeit), majd az abból fakadó problémák, különös tekintettel a politikai igazságszolgáltatás és az alkotmánybíráskodás kérdésére.

[135] I. m. 125.

[136] I. m. 126–128.

[137] Vö. Szilágyi, 2011, 229.

[138] Ebből a napi politika szintjén folytatott alkotmánypolitikai vitákra nézve az következik, hogy először azt kell tisztázni, ki hogyan értelmezi az említett elhatárolási elvet.

A jogállam tartalmának a pontosítását először ellentétek során keresztül végzi, majd a szervezeti kritériumok rögzítésével és továbbfejlesztésével pontos értelmet kap a polgári jogállam fogalma.^[139] Fontosnak tartom kiemelni Schmittnek azt a megállapítását, hogy „a polgári jogállam szervezeti kritériuma így módon mind inkább specializálódik.” Ebből ugyanis az következik – gyakran Schmitt politikai törekvéseivel szemben –, hogy a három klasszikus hatalmi ág elválasztásával a jogállamiság fejlődése nem fejeződik be és a kialakuló „hatalmi góccokkal”^[140] szemben további ellensúlyokra van szükség, különösen parlamenti kormányformák esetén.

Mivel a polgári jogállam a törvény uralmán nyugszik, Schmitt szükségesnek tartotta, hogy részletesen foglalkozzék a jogállami törvényfogalom problémájával.^[141] Gondolatmenete párhuzamos a jogállamfogalom vázolt konkretizálásával. „Ha minden törvény, amit egy ember vagy egy gyűlés megparancsol, akkor a Szovjetunió és a proletárdiktatúra is jogállam lenne. A törvény fogalmába ezért bizonyos minőségeket is bele kell venni, amelynek révén a jogi normának a parancstól vagy intézkedéstől való megkülönböztetése lehetséges lesz... A törvény fogalma mindenekelőtt és elsősorban azt jelenti, hogy a törvényhozó maga is kötve van a saját törvényéhez... A törvényhozó törvényhez kötöttsége azonban csak akkor lehetséges, ha a törvény sajátos tulajdonságokkal (helyesség, értelmesség, igazságosság) fölruházott norma. Mindezek a tulajdonságok előfeltételezik, hogy a törvény általános norma legyen.”^[142] Alapvető jelentőségű ezért a törvénynek, mint általános normának, illetőleg a jogi normának a parancstól vagy intézkedéstől való különbsége.^[143] Vizsgálódásai során Schmitt kritikailag kitér a formális

[139] „A polgári jogállam értelmében a szó sajátos jelentését először ellentétek során keresztül kapja meg, elsősorban polémikus értelemben, szemben a Machtstaat-tal, a polgár szabadsága az állam dicsőségével (gloire de l'état); aztán Polizeistaat, Wohlfahrtstaat, és minden más állammal szemben, amelyik nem korlátozza magát arra, hogy a jogrendet fönntartsa. Itt jogrenden a polgári jogrend értendő, amelyik a magántulajdonon és a és személyes szabadságon nyugszik... A polgári jogállam fogalma precízebb értelmet azáltal kapott, hogy nem elégedtek meg a polgári szabadság általános elveivel és a jog általában vett védelmével, hanem meghatározott szervezeti kritériumokat állítottak föl, és azokat az igazi (wahr) jogállam jellemzőivé emelték. A szervezet általános alapelve persze mindig a hatalmak elválasztása marad, de ebből az elvből a szabadságelvű polgárság politikai harca idején további következmények adódnak.” (I. m. 130.) Ezek közül a továbbiakban Schmitt a törvény elsőbbségét és a törvényi fenntartás elvét, az állami tevékenység egészének jogi szabályozottságát, a bírák függetlenségét és az egész államélet általános bírósági formában történő kezelését (Justizförmigkei) tárgyalja. (I. m. 130–134.)

[140] Vö. Bibó, 1986, 393.

[141] Ezt a *Verfassungslehre* 13. §-ában végzi el, húsz oldalon keresztül. A kérdésnek különös aktualitást adott az államjogászegylet 1927 márciusi vitája, amit a *Verfassungslehre* előszavában Schmitt is megemlít. A vita alapjául szolgáló referátumot Hermann Heller tartotta. Vö. Heller, 2003, 224–259. Sajnos a fordítás néhány helyen hibás.

[142] Schmitt, *Verfassungslehre*, 1828a, 138–139. A továbbiakban részletesen taglalja a jogi norma általános jellegének a jelentőségét. (I. m. 151–157.)

[143] A törvénynek „egy tulajdonságáról azonban nem lehet lemondani anélkül, hogy maga a jogállam meg ne szűnne: ez a jogi norma általánossága... Mindaz, amit a törvény vagy a norma uralmáról mondani lehet, minden szólam a normativitásról önmagában ellentmondásos és zűrzavaros, ha feladják ezt az általános jelleget, és minden tetszés szerinti egyedi parancs, minden intézkedés norma

és materiális törvény Labandtól eredő megkülönböztetésére, s a bírálathoz alapvető szempontjává a jogállam és a politikai törvényfogalom megkülönböztetését teszi. „A »politikai« itt a törvénynek egy, a jogállammal ellentétben az állam politikai létformájából és az uralmi szervezet alakulásmódjából adódó fogalmát jelenti... A politikai törvényfogalom értelmében vett törvény konkrét akarat és parancs és a szuverenitás aktusa. A monarchikus elv államában ezért a törvény a király akarata, egy demokráciában a nép akarata, *lex est quod populus jussit*... Itt tehát abból kell kiindulni, hogy a törvény jogállami fogalma, továbbá az ún. formális törvényfogalom jogász-technikai segédkonstrukciója mellett létezik még egy politikai törvényfogalom, amit semmilyen jogállamiság sem képes fölszámolni.”^[144]

Schmitt és Heller álláspontjának a különbsége a jogállam és a törvény viszonyának értelmezését illetően abban van, hogy Schmitt számára a polgári jogállam többé-kevésbé homogén, csak formális, ezért az csak az egyik alkotórész a szükségképpen meglévő politikai alkotórész mellett. Ebből logikusan következik, hogy a két alkotórésznek kétféle törvényfogalom felel meg, vagyis Schmitt fenntartja a formális és materiális törvényfogalom hagyományos megkülönböztetését, de azt jelentősen átértelmezi. Heller ezzel szemben a jogállam változásait hangsúlyozza, számára a korai klasszikus materiális jogállam az irányadó, abban népszuverenitás, törvényfogalom és jogállamiság összekapcsolódik, ezért csak egyetlen helyes jogállami törvényfogalom létezik. Talán azt is lehet mondani, hogy Schmitt elválasztja és szembeállítja a politikai és a jogi elemet, Heller pedig a jogállamin belül mutatja be a politikai és a jogi elemek viszonyát.^[145]

Mint már jeleztük, Schmitt alkotmányelméletében a polgári jogállam két alapvető elve közül az egyik az alapjogok biztosítása. Szerinte „az alapjogokat meg kell különböztetni más alkotmánytörvényileg biztosított és védett jogoktól... Az alap-

- vagy törvény lehet.” (I. m. 142.) Ebből következik, hogy a személyre vagy intézményre szabott törvények nem felelnek meg a jogállamiság kritériumainak. A törvény általánossága kérdésében Schmitt Kelsenel és Hellerrel is ellentétes álláspontot foglalt el. A vita politikai háttéréhez tartozik, hogy 1926-ban a KPD népi törvénykezdeményezést indított a volt uralkodóházak vagyonának kisajátítása érdekében, amihez a SPD is csatlakozott. (Erről bővebben lásd Németh, 2002, 151–152.; Gusy, 1997, 97.) A népi kezdeményezés eredménytelennek bizonyult, Schmitt álláspontja – amit szakvéleményként is megfogalmazott – a kezdeményezés alkotmányellenessége mellett érvként szolgált, mivel ami nem lehet törvény, az népi kezdeményezés útján sem lehet az. A törvény és az intézkedés különbségét a *Legalität und Legitimität*hez fűzött utólagos megjegyzéseiben is nyomatékosan hangsúlyozta (vö. Schmitt, 1985, 347–348.) „Schmitt a volt uralkodóházak vagyonának kisajátításához kapcsolódóan a *Maßnahmengesetz* fogalmát dobta be a vitába. A weimari alkotmány ismerte a törvény útján történő kisajátítás lehetőségét. Ezeket a rendelkezéseket azért hozták meg, hogy a dinasztikus szervezeti formákat a tagállamokban republikanizálják. Schmitt azt állította, hogy a törvény általi kisajátítás esetében nincs szó tulajdonképpeni értelemben vett törvényhozásról, a kisajátítási aktusok természetükönél fogva közigazgatási intézkedések. Mivel egyedi aktusok, hiányzik náluk a törvény fő ismérve, az általánosság (Generalität). Ezeket az eszméket Schmitt az *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der WRV Berlin, 1926 S. 10. és Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, München 1932, S. 31. ff.* című írásaiban fejtette ki.” (Müller, 1984, 693–722.)

[144] Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928a, 147–148.

[145] Schmitt, Heller és Kelsen törvényfogalmának a viszonyáról bővebben lásd Müller, i. m. 709–714.

jog tudományosan használható fogalma számára ragaszkodni kell ahhoz, hogy a polgári jogállamban csak azok a jogok alapjogok, amelyek mint állam előtti és fölötti jogok lehetnek, amelyeket nem az állam adományoz saját törvényei szerint, hanem azokat, mint megelőzően létezőket ismeri el és védelmezi, és amelyekbe csak elviekben mérhető terjedelemben és csak szabályozott eljárásban avatkozhat be. Ezek az alapjogok szubsztanciájukat tekintve nem jogtárgyak (Rechtsgüter), hanem a szabadság szférái, amelyekből jogok, még hozzá védőjogok adódnak. Ez a legvilágosabban a szabadságjogoknál mutatkozik meg... Az államot megelőző emberi jogokról van szó.”^[146] Első pillantásra úgy tűnik, hogy ebben a kérdésben Schmitt természetjogi álláspontra helyezkedik. Figyelmesebb olvasással azonban nyilvánvalóvá válik, hogy ez az állítás csakis a polgári jogállamra vonatkozik és csakis a polgári jogállamiság értelmében. Nem természetjogról van tehát szó, hanem a jogállam és vele az alapjogok polgári jellegéről, aminek az alapját a már említett elhatárolási elv, azaz a polgári társadalom és az állam elválasztása képezi. Ebből következik, hogy „az alapjogok tulajdonképpeni értelemben lényegében a szabad egyes ember jogai, mégpedig olyan jogok, amelyekkel az állammal szemben rendelkezik... Azok individuális jogok, az elszigetelt egyedi ember jogai.”^[147] A valódi alapjogoktól messzemenően különböző jellegűek a lényegében demokratikus állampolgári jogok, és hasonlóan lényegesen más jellegűek az egyénnek az állam pozitív teljesítésére irányuló szociális jogai.^[148] Itt a valódi alapjogok és a demokratikus állampolgári jogok megkülönböztetésére hívnám föl a figyelmet. Ez ugyanis jelzi, hogy Schmitt liberalizmuskritikája a 20. századi politikai liberalizmus ellen irányult, és nem vonatkozott a gazdasági liberalizmusra.^[149]

A polgári jogállam másik alapvető elve az államhatalmi ágak elválasztása, pontosabban megkülönböztetése. Kiindulópontként leszögezi, hogy „ez az a szervezeti elv, amely végrehajtásának minden állami hatalmi hatáskör mérhetőségét és ellenőrizhetőségét biztosítania kell”.^[150] Ezt követően a hatalmak megkülönböztetése (Gewaltenunterscheidung) tanának történelmi eredetét tekinti át, és ennek alapján egyrészt egy fogalmi finomítás szükségessége mellett érvel, másrészt az elvben rejlő fejlődési tendenciákat mutatja be. Megállapítja, hogy „ebből az áttekintésből is a hatalmak megkülönböztetése általános szervezeti elvére vonatkozó kifejezések és nézőpontok nagymértékű sokfélesége adódik. A legáltalánosabb és legátfogóbb kifejezés a »hatalmak« itt javasolt »megkülönböztetése« (Gewaltenunterscheidung) lehet. Az elválasztás (Trennung) teljes elszigetelést jelent, ami csak a további szervezet kiindulópontjaként szolgál, és később a további szabályozás során újra lehetővé tesz néhány kapcsolatot. A megosztás (Teilung) az egyik hatalmon belüli megkülönböztetést jelent, például

[146] I. m. 163–164.

[147] I. m. 164.

[148] I. m. 165.

[149] Ez majd az 1932-es cikkében válik különösen nyilvánvalóvá (vö. Schmitt, 1932, I).

[150] Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928a, 182.

a két kamarát. Ily módon jön létre a három hatalmi ág tipikus szervezeti sémája. Elméletileg még további hatalmak konstruálhatók meg és konstruáltatnak. Nincs azonban olyan polgári-jogállami alkotmány, amelynek szervezeti szabályozását ne a hatalmak megkülönböztetésének az elve uralná.”^[151]

A jelzett fejlődési tendenciák esetében arról van szó, hogy „a »hatalmak« (Gewalten) megkülönböztetésével összekapcsolódik az a további szervezeti gondolat, hogy az így megkülönböztetett állami tevékenységi területeken belül további megosztásokat (Teilungen) vezessenek be, hogy az ellenőrzés és fékek (Kontrollen und Hemmungen, checks and balances) legnagyobb mértékét elérjék. A megkülönböztetés nemcsak az elválasztást szolgálja, mert különben elszigetelt állami tevékenységek összefüggés nélküli egymasmellettisége jönne létre, hanem annak az a célja, hogy kiegyensúlyozottságot idézzon elő.”^[152] Tehát hatalmak megkülönböztetése „során két szempont jut érvényre: először a legfelső állami hatóságok és hatásköreik elválasztása, aztán egy összekapcsolás létrehozása, ezen elkülönített hatalmak hatásköreinek az egymásra való kölcsönös hatása”,^[153] ami az egyensúly elképzeléséhez vezet.

Noha a teljes elszigetelés nem valósítható meg maradéktalanul, mégis ennek a szervezeti elvnek önálló nézőpontját először önmagában kell szemügyre venni ahhoz,^[154] hogy a kölcsönhatások és egyensúlyok rendszere érthetővé váljék. Ezért a szigorú elválasztás elméleti következményeit részletezi a három hatalmi ág lehetséges hat viszonya szerint,^[155] mindenütt a „nincs hatás” következményeit sorolva föl. Ennek véleményem szerint az a mondanivalója, hogy világossá tegye, mi minden nem valósítható meg, ha az elválasztást szigorúan veszik.

Ebben a kérdéskörben egy részletkérdésre térnek ki, mivel Schmittnek az alkotmánybíráskodás kérdésében elfoglalt álláspontja összetettebb annál, ahogy az nálunk a Schmitt-Kelsen vita^[156] nyomán elterjedt. Röviden szólva: az alkotmánybíráskodást itt is elutasítja, de a bírói felülvizsgálatot elfogadja.^[157]

[151] I. m. 186. Itt jelezniünk kell, hogy ez a megállapítása ellentétben áll azzal a korábban ismertett tételével, miszerint minden modern alkotmány jogállami alkotmány.

[152] Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928a, 183.

[153] I. m. 186.

[154] Uo.

[155] Ezek a következők: 1. a végrehajó hatalomnak nincs hatása a törvényhozásra a)-k) pontokra bontva; 2. a törvényhozásnak nincs hatása a végrehajó hatalomra, a)-g); 3. a végrehajó hatalomnak nincs hatása az igazságszolgáltatásra; 4. az igazságszolgáltatásnak nincs hatása a végrehajó hatalomra a)-c); 5. a törvényhozásnak nincs hatása az igazságszolgáltatásra a)-d); 6. az igazságszolgáltatásnak nincs hatása a törvényhozásra

[156] Paczolay, 2004, 358–371.

[157] „Ennek ellenére az egyszerű törvények bírói felülvizsgálatát szeretném támogatni, mert itt a hatalmak megkülönböztetése megőrződik. Mert az igazságszolgáltatásnak nincs hatása a törvényhozásra. Az igazságszolgáltatás egyáltalán nincs abban a helyzetben, hogy ugyanúgy befolyásoljon és beavatkozzék, mint más állami tevékenységek... Nem olyan hatalom, mint a többiek... Ezért én a törvények érvényességének bírói felülvizsgálatát nem tekintem a hatalmak megkülönböztetése jogállami elve megsértésének.” (Schmitt, i. m. 196.) A bírói felülvizsgálat kérdésének vitáihoz és politikai hátteréhez bővebben Szilágyi, 2007.

A „szigorú elválasztás” sémája után jöhet az elválasztott hatalmak egyensúlyának a sémája. Ez „kölcönös hatásokhoz és befolyásolásokhoz vezet, amelynek során arról van szó, hogy kétoldalú hatáskörök egymással szemben egyensúlyt hozzanak létre. Minden megerősítést az egyik oldalon ki kell egyenlíteni a másik oldalon, hogy az egyensúly egyik része se kapjon túlsúlyt. A mai jogállamban ennél a rendszernél többnyire arról van szó, hogy a törvényhozó testületek, vagyis a parlament hatalmát mérsékeljék. Ugyanis a törvény uralma következtében a jogállami törvényfogalom figyelembevétele esetén magának a törvényhozó testületnek természetes túlsúlya van. A kormánynak a parlament bizalmától való függése és költségvetési hatáskörei együtt azt eredményezik, hogy ez a túlsúly könnyen féktelen és ellenőrizetlen abszolutizmussá válhat. Hogy ezt megakadályozzák, a „valódi” parlamentarizmus olyan konstrukcióját keresik, amely képes egyensúlyt teremteni a parlament és kormány viszonyában. Az ilyen egyensúly-konstrukciók a weimari alkotmány számára döntő jelentőségűek, mint látni fogjuk, a végrehajtó hatalom szervezete ilyen megfontolásokon nyugszik.^[158] Schmitt három lehetséges sémát vázol föl, és mindegyikbe beilleszti a weimari alkotmány vonatkozó cikkelyeit: (a) A törvényhozás és végrehajtó hatalom egyensúlya, amelyről a nép dönt, és amelyet a nép őriz. (b) Egyensúly, elválasztás által a törvényhozó hatalmon belül, amelyről a birodalmi elnök és a nép dönt, és amelyet a birodalmi elnök és a nép őriz. (c) Egyensúly, elválasztás által, a végrehajtó hatalmon belül, a birodalmi elnök és a kormány között.^[159] Az ideális sémákat illetően figyelemreméltó, hogy Schmitt a közvetlen demokratikus formát, pontosabban a nép döntését a hatalommegosztás elemének tekinti. A hatalommegosztás rendszerének az elemzését Schmitt egy módszertani megállapítással és egy meglehetősen körmönfont elméleti összegezéssel zárja. A módszertani megállapítás világos, azzal egyet is kell értenünk: „Az ábrázolt sémák csak egy absztrakt és általános vázlatot világítanak meg. Egy konkrét alkotmánynak a politikai viszonyokhoz kell alkalmazkodnia. Az ideális sémának az a célja, hogy minden polgáriszabadelvű alkotmány jogállami alkotórészének a szervezeti elvét vázlatosan megvilágítsa. A sémával való megegyezések és az attól való eltérések révén egy jogállami alkotmány szervezeti szabályozása jobban érthető lesz.”^[160]

Az elméleti összegezést nem véletlenül neveztem meglehetősen körmönfontnak. Schmitt szerint ugyanis „a hatalmak megkülönböztetésének szervezeti elve minden jogállami alkotmányhoz hozzátartozik, és joggal vetődik föl a kérdés, hogy vajon ez az elv alapvető jelentősége miatt fölötte áll-e minden alkotmánymódosításnak és revízióknak. Jogállami álláspontból a kérdést igennel kellene megválaszolni. Ennek során azonban félreismerik, hogy egy politikailag létező nép alkotmánya nem állhat csak jogállami elvekből, azok inkább csak az alkotmánynak a politikai

[158] Schmitt, i. m. 196–197.

[159] I. m.198.

[160] I. m.198.

elvekhez hozzákapcsolódó, mérséklő alkotórészét képezik.”^[161] Ebből az következik, hogy kellene, de mégsem kell, hogy a hatalommegosztás az alkotmánymódosítások fölött álljon. Schmitt a jogállami elemet azért bírálja, mert az korlátozza a politikai alkotórészt, ugyanakkor a saját elméletében viszont a politikai elemre hivatkozva gyöngíti, relativizálja a jogállami elemet.

IRODALOM

- Bibó István (1986a): A magyar demokrácia válsága. In: Bibó István: *Válogatott tanulmányok. 1945–1949.* 2. kötet. Magvető Könyvkiadó, Budapest, 13–79.
- Bibó István (1986b): Az államhatalmi ágak elválasztása egykor és most. In: Bibó István: *Válogatott tanulmányok, 1945–1949.* 2. kötet. 397–397.
- Bilfinger, Carl (1929): Verfassungsrecht als politisches Recht. *Zeitschrift für Politik*, XVIII, 280–298.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1991a): Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts. In: Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Recht, Staat, Freiheit – Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte.* Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 344–366.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1991b): Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts (1986). In: Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Staat, Verfassung, Demokratie – Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht.* Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 90–111.
- Bracher, Karl Dietrich (1962): Die Technik der nationalsozialistischen Machtergreifung. In: *Der Weg in die Diktatur 1919–1933. Zehn Beiträge.* R. Piper & Co. Verlag, München.
- Bracher, Karl Dietrich - Sauer, Wolfgang - Schulz, Gerhard (Hrsg.) (1962): *Die nationalsozialistische Machtergreifung. Studien zur Errichtung des totalitären Herrschaftssystems in Deutschland 1933/34.* Zweite, durchgesehene Auflage. Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen.
- Bragyova András - Gárdos-Orosz Fruzsina (2016): Vannak-e megváltoztathatatlan normák az Alaptörvényben? *Állam- és jogtudomány*, 3. szám, 35–63.
- Drinóczi Tímea (2016): Az alkotmányos identitásról. Mi lehet az értelme az alkotmányos identitás alkotmányjogi fogalmának? *MTA Law Working Papers*, 2016/15. 1–42.
- Drinóczi Tímea (2017): A 22/2016 (XII. 5.) AB határozat: mit (nem) tartalmaz, és mi következik belőle. Az identitásvizsgálat és az *ultra vires* közös hatáskörgyakorlás összehasonlító elemzésben. *MTA Law Working Papers*, 2017/1. 1–19.
- Dworkin, Ronald (1996): A szabályok modellje. (ford. Zódi Zsolt) In: *Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések.* Szerk. Szabadfalvi József. Bíbor Kiadó, Miskolc, 17–56.
- Jellinek, Georg (1922): *Allgemeine Staatslehre.* Dritter Auflage. Unter Verwertung des handschriftlichen Nachlasses. Durchgesehen und ergänzt von dr. Walter Jellinek. Verlag von Julius Springer, Berlin.
- Gusy, Christoph (1934): *Die Weimarer Reichsverfassung.* Tübingen, 1997, Mohr Siebeck

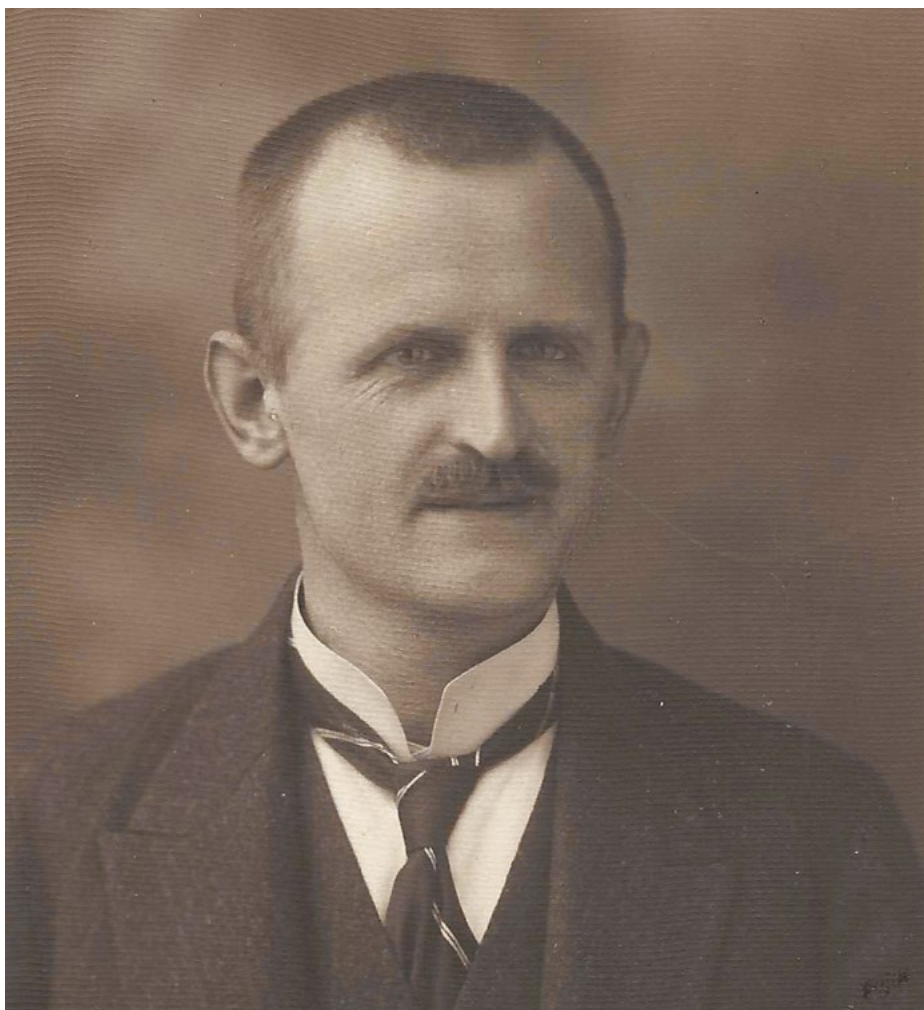
[161] I. m. 199.

- Hashagen, Julius (1929): Zwei Neuerscheinungen zu Verfassungstheorie und Verfassungsrecht. *Schmollers Jahrbuch*, 53/1, 127–139.
- Heller, Hermann (1926): *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*. Ferdinand Hirt, Breslau.
- Heller, Hermann (2003): A törvény fogalma a birodalmi alkotmányban. Ford. Gyarmati Franciska. In: Takács Péter (szerk.): *Államtan. Írások a XX. századi általános államtudomány köréből*. Szent István Társulat, Budapest, 224–259.
- Heller, Hermann (1934): *Staatslehre*. A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., Leiden.
- Henke, Wilhelm (1968): Die verfassunggebende Gewalt des Volkes in Lehre und Wirklichkeit. *Der Staat*, 2. szám, 165–182.
- Hensel, Albert (1929): Staatslehre und Verfassung. *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 61, 168–197.
- Herrfahrdt, Heinrich (1929): Der Sinn des parlamentarischen Prinzips in der Reichsverfassung *Zeitschrift für Politik*, Bd. XVIII, 733–741.
- Hofmann, Hasso (1992): *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*. Zweite Auflage, ergänzt durch eine Vorbemerkung. Duncker & Humblot, Berlin.
- Huber, Ernst-Rudolf (1991): *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte. Band 4. 1919–1933*. Dritte Auflage. Stuttgart-Berlin-Köln, W. Kohlhammer Verlag.
- Jakab András – Sonneveldt Pál (2013): Kontinuitás hiányosságokkal: Az új magyar Alaptörvény. In: Zsuzsanna Kovács, Endre Miklós, Paczolay Péter, Tóth J. Zoltán (szerk.): *Állam és jog – kodifikációs kihívások napjainkban*. Magyar Jog- és Államtudományi Társaság – Gondolat Kiadó, Szeged–Budapest, 117–154.
- Johancsik János (2007): Viták a francia V. köztársaságról. In: Feitl István (szerk.): *Köztársaság a modern történelem fényében*. Napvilág Kiadó, Budapest, 148–162.
- Karácsony András (2004): Megjegyzések Carl Schmitt politikai antropológiájáról. In: Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitt-ről*. 379–389.
- Karácsony András (2004): Megjegyzések Carl Schmitt politikai antropológiájáról. In: Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitt-ről*. 379–389.
- Karácsony András (2010): Organikus demokrácia kontra liberális jogállam. *Világosság*, ősz, 117–122.
- Kerekes Lajos (1985): *A weimari köztársaság*. Kossuth Könyvkiadó, Budapest.
- Cs. Kiss Lajos (2004): Találkozások Carl Schmitttel. In: Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitt-ről*. 19–143.
- Cs. Kiss Lajos (2010): A totális állam elmélete és mítosza. *Világosság*, 2010 ősz, 19–40.
- Cs. Kiss Lajos (szerk.) (2004): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitt-ről*. Gondolat Kiadó, Budapest.
- Körösnéyi András (2004): Carl Schmitt állam- és politikaelméleti alapfogalmai. In: Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitt-ről*. 147–167.
- Kraft-Fuchs, Margit (1929–30): Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, IX, 511–541.
- Kriele, Martin (1981): *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*. 2. Auflage, Westdeutscher Verlag, Opladen.
- Láncki András (2004): Carl Schmitt és a liberalizmus. In: Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitt-ről*. 390–401.

- Lotz, Andreas (2012): Carl Schmitts blinder Fleck: Zur absoluten Feindschaft aus Imperientheoretischen Perspektive. In: Eva Marlene Hausteiner, Herfried Münkler (Hrsg.): *Die Legitimation von Imperien: Strategien und Motive im 19. und 20. Jahrhundert*. Campus Verlag, Frankfurt am Main–New York 145–172.
- Löser, C. (2008): Carl Schmitt: Verfassungslehre (1928). (Rezension) *GreifRecht*, Heft 5. 63–66. http://www.cloeser.org/ext/Rezension_Carl_Schmitt_Verfassungslehre.pdf (letöltve 2014.06.10.)
- Marx, Karl (1963): Louis Bonaparte brumaire tizennyolcadikája. In: Karl Marx – Friedrich Engels: *Válogatott Művek. Első kötet*. Kossuth Kiadó, Budapest, 252–349.
- Maus, Ingeborg (1976): *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur soziale Funktion und aktuelle Wirkung der Theorie Carl Schmitts*. München, 1976, 1980, Wilhelm Fink Verlag.
- Montesquieu (2000): *A törvények szelleméről*. Osiris – Attraktor, Budapest.
- Müller, Christoph (1984): Kritische Bemerkungen zur Kelsen-Rezeption Hermann Hellers. In: Müller, Christoph, Staff, Ilse (Hrsg.): *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891–1933*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 693–722.
- Németh István (2002): *Németország története. Egységtől az egységig*. Aula, Budapest.
- Ormos Mária (2008): *Németország története a 20. században*. Rubicon-Hát Bt., Budapest.
- Paczolay Péter (2004): Ki az alkotmány őre? In: Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitttről*. 358–371.
- Pethő Sándor (1993): *Norma és kivétel. Carl Schmitt útja a totális állam felé*. MTA Filozófiai Intézete, Budapest.
- Petrétei József (2008): Az alkotmányozó hatalomról. *Jura*, 1. szám, 124–137.
- Petrétei József (2014): Az alkotmányozó hatalom és az alkotmányosság. In: Gárdos-Orosz Fruzsina – Sente Zoltán (szerk.): *Alkotmányozás, alkotmányjogi változások Európában és Magyarországon*. NKE Közigazgatás-tudományi Kar, Budapest, 49–68.
- Pócza Kálmán (2010): A parlamentarizmus kritikája. *Világosság*, ősz, 129–135.
- Pócza Kálmán (2014): *Parlamentarismus und politische Repräsentation. Carl Schmitt kontextualisiert*. Nomos Verlag, Baden-Baden.
- Pyta, Wolfram – Seiberth, Gabriel (1999) Die Staatskrise der WR im Spiegel des Tagebuchs von Carl Schmitt. 1–2. *Der Staat*, 3. 423–448.; 4. 594–610.
- Richter, Ludwig (1998): Die Vorgeschichte des Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung. *Der Staat*, 1. 1–26
- Richter, Ludwig (1998): Reichspräsident und Ausnahmegehalt. Die Genese des Artikels 48. *Der Staat*, 2. 221–247.
- Robbers, Gerhard (1993): Die Staatslehre der Weimarer Republik. *Jura*, 2. szám, 69–73.
- Schmitt, Carl (1914): *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- Schmitt, Carl (1926): *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig.
- Schmitt, Carl (1927): *Volksentscheid und Volksbegehren: ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie*. Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig.
- Schmitt, Carl (1928a): *Verfassungslehre*. Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig.
- Schmitt, Carl (1928b): *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. Verlag von Duncker & Humblot, München–Leipzig.

- Schmitt, Carl (1928c): Der Begriff des Politischen. *Politische Wissenschaft*. Heft 5, Probleme der Demokratie. Berlin – Grunewald, Dr. Walter Rothschild, 1–34.
- Schmitt, Carl (1930): *Hugo Preuss und die deutsche Staatslehre*. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- Schmitt, Carl (1931a): *Der Hüter der Verfassung*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- Schmitt, Carl (1931b): Situationsgemäße Auslegung. *Deutsche Richterzeitung*, 1.
- Schmitt, Carl (1932): Gesunde Wirtschaft im starken Staat. *Mitteilungen des Vereins zur Wahrung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen in Rheinland und Westfalen* (Langnamverein), N. F. 21, I.
- Schmitt, Carl (1933): *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*. Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg.
- Schmitt, Carl (1934a): *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München–Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot
- Schmitt, Carl (1934b): *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg.
- Schmitt, Carl (1935a): Die Verfassung der Freiheit. *Deutschen Juristen-Zeitung*, 40, 1133–1135.
- Schmitt, Carl (1935b): Was bedeutet der Streit um den „Rechtsstaat“? *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 95, H. 2., 196–199.
- Schmitt, Carl (1936): Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist. *Deutschen Juristen-Zeitung*, 41, 1193–1199.
- Schmitt, Carl (1985): *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924– 1954*. Duncker & Humblot, Berlin.
- Schmitt, Carl (1992): *Politikai teológia*. (Ford., bev., bibl. Paczolay Péter.) ELTE Állam-és Jogtudományi Kar, Tempus Program, Budapest.
- Schmitt, Carl (2002a): *A politikai fogalma. Válogatott politika- és államelméleti tanulmányok*. (Ford., vál., szerk. Cs. Kiss Lajos.) Osiris – Pallas Stúdió – Attraktor, Budapest.
- Schmitt, Carl (2002b): A fordulat a totális állam felé. In: Carl Schmitt: *A politikai fogalma. Válogatott politika- és államelméleti tanulmányok*. 210–221.
- Schmitt, Carl (2002c): A totális állam továbbfejlődése Németországban. In: Carl Schmitt: *A politikai fogalma. Válogatott politika- és államelméleti tanulmányok*. 221–226.
- Schmitt, Carl (2002d): A Führer oltalmazza a jogot. In: Carl Schmitt: *A politikai fogalma. Válogatott politika- és államelméleti tanulmányok*. 227–231.
- Schmitt, Carl (2006): *Legalitás és legitimitás*. (Ford. Mulicza Katalin, Füzesi Péter, Holczer Márton, Szabó Béla.) Attraktor, Máriabesnyő–Gödöllő.
- *Staatslexikon* (1963) *Recht Wirtschaft Gesellschaft*. Band 8. Hrsg. Görres-Gesellschaft. Sechste Auflage. Verlag Herder, Freiburg.
- Staff, Ilse (1981): *Lehren vom Staat*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Szabó István (2000): *Az államfő jogállása a Weimari Köztársaságban*. Osiris Kiadó, Budapest.
- Szigeti Péter (2004): A decizionizmus két terepe Carl Schmittnél – a szuverenitás makro- és a bírói ítélet mikroszintjén. In: Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitttről*. 338–357.
- Szilágyi Péter (1994): Előszó. In: Georg Jellinek: *Általános államtan*. Osiris-Századvég, Budapest, 7–21.

- Szilágyi Péter (2007): Köztársasági eszme és államelmélet – a Weimari Köztársaság államelméleti vitáiról. In: Feitl István (szerk.): *Köztársaság a modern történelem fényében*. Napvilág Kiadó, Budapest, 106–125.
- Szilágyi Péter (2011): *Jogi alaptan*. 4., átdolgozott kiadás. Eötvös Kiadó, Budapest.
- Szilágyi Péter (2013a): Az alkotmányozás és az alkotmányozó hatalom államelméleti kérdései és annak tanulságai. In: Drinóczi Tímea, Jakab András (szerk.): *Alkotmányozás Magyarországon 2010–2011*. 2. kötet. Pázmány Press, Budapest–Pécs, 93–136.
- Szilágyi Péter (2013b): Diktaturgewalt in einem demokratischen Staat. (Die Auslegung des Artikels 48 der Weimarer Reichsverfassung). *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae, Sectio Iuridica*, Tom. LIV. Budapest, 137–157.
- Szilágyi Péter (2016): Az alkotmánybíráskodás jogalkotásra gyakorolt hatásának vázlata és vizsgálatának jog- és állambölcseleti előkérdései. In: Fejes Zsuzsanna – Török Bernát (szerk.): *Suum cuique. Ünnepi tanulmányok Paczolay Péter 60. születésnapja tiszteletére*. Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 160–188.
- Szilágyi Péter (2017): A társadalomelméleti és a politikai filozófiai alapozású jogelméletek különbsége. In: *Unitas multiplex. Ünnepi tanulmányok Szigeti Péter 65. születésnapjára*. Szerk. Takács Péter. Gondolat Kiadó – SZE DFK, Budapest–Győr, 328–342.
- Takács Péter (szerk.) (2003): *Államtan. Írások a XX. századi általános államtudomány köréből*. Szent István Társulat, Budapest.
- Takács Péter (2010): *Államtan. Fejezetek az állam általános elmélete köréből*. Corvinus Egyetem Közigazgatástudományi Kar Jogtudományi Tanszék, Budapest.
- Tallár Ferenc (2004): Sacrum és politicum – Carl Schmitt politikai teológiája és az univerzális szeretetközösség. In: Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitttről*. 242–259.
- Voegelin, Erich (1924): Reine Rechtslehre und Staatslehre. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Band IV, 80–131.
- Voegelin, Erich (1931): Die Verfassungslehre von Carl Schmitt. Versuch einer konstruktiven Analyse ihrer staats-theoretischen Prinzipien. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XI, 89–100.
- Winkler, Heinrich August (2005): *Németország története a modern korban*. Osiris Kiadó, Budapest.
- Winkler, Heinrich August (1997): *Weimar 1918–1933. Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie*. 2. Auflage. Verlag C. H. Beck, München.



•
Schima A. Bandi (1882-1959) iparművész az 1910-es években (RFMTM)