

Techet Péter

Az alkotmányozó akarat Avagy a lét és a legyen kapcsolata

*„Die Freiheit allerdings ist mit dem Notwendigen
gegeben, und erst, wenn sie zu ihm in Relation
tritt, stellt sich die neue Verfassung dar.”*

(Ernst Jünger)¹

Az alábbi dolgozatban amellet érvelünk – nem az egyetértés, hanem a megértés céljából –, hogy a jog végső okaként azonosított alkotmány mögött – és ekként az egész jogrendszer mögött – az akarat, az erőszak (*Gewalt*) áll. A jog megszületése nem jogi, hanem tényleges folyamat:² szerencsés esetben akaratok egyetértő találkozása, más esetben egyetlen akarat egyoldalú ereje legitimálja a normatív semmire épített legális rendszert. Amint Georg Jellinek felismerte,³ és amint a német 1918-as forradalom után a birodalmi bíróság egy ismert döntésében ki is mondta:⁴ a jogrendszer legitimitásának nem oka, nem feltétele megszületésének legalitása, jogszerűsége. A faktualitás ereje – normatív ereje – legitimál. Az alkotmány révén jogiasodik a politika – de az alkotmány születése pusztán politikai eljárás. Az alkotmány leköti a politikát, hogy a társadalmilag fontos kérdések és válaszok immár ne a politikai harc eredményei legyenek, hanem a szűkített érvrendszerű és meghatározott eljárásrendű jogrendszeré.⁵

Egy olyan rendszerrel szemben, amelyben a tények normatív ereje és az egyén személyes erkölcsi felfogása nem találkozik egymással, a pozitivisták jogász nem tehet mást, mint Gerhard Anschütz, látva korának „nemzeti forradalmát”: azaz

* Techet Péter – LL.M., jogfilozófus, újságíró

¹ Ernst JÜNGER: *Der Waldgang* (Stuttgart: Klett-Cotta 2008) 44.

² Ahogy Heinrich Triepel írja: „A jog érvényességének »jogalapja« nem jogi.” Lásd Heinrich TRIEPEL: *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig: Hirschfeld 1899) 82.

³ Georg JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Springer 1920) 339.

⁴ „Die Rechtmäßigkeit der Begründung [ist] kein wesentliches Merkmal der Staatsgewalt.” (Reichsgericht 1920. július 8-i döntése).

⁵ Christian WALDHOF: „Entstehung des Verfassungsgesetzes” in Otto DEPENHEUER – Christoph GRABENWARTER (szerk.): *Verfassungstheorie* (Tübingen: Mohr Siebeck 2010) 290.

visszaléphet egyetemi katedrájától, esetleg a jogon kívüli (politikai) szférába helyeződve küzdhet egy új jogért.

Az alábbi dolgozat semmilyen értelemben sem kíván a megtörtént magyar alkotmányozási folyamatra és annak eredményére reflektálni – amely szigorú értelemben véve amúgy sem tekinthető alkotmányozásnak, az erre való kényszerhelyzet hiánya okán⁶ –, hanem a jogi megismerés, az Engels és Kautsky által leírt *juristische Weltanschauung*⁷ ideológiai válaszainak dekonstruálására tesz csupán kísérletet. Egy átfogó jog- és társadalomkritikai elmélet kidolgozásához ugyanis a valóság tényleges megértése az első lépés. Dolgozatunk nem az erőszak igazolása, hanem tényének ábrázolása.

AZ AKARAT MINT AZ ÉRVÉNYESSÉG FELTÉTELE

A jog egy érvényes és érvényesülő kényszerrend. Így az állításunk. Érvényes, azaz a Sollen-szférában egzisztál, és kötelezettséget fejez ki, amely kifejezés lehetősége nem függ a kifejezés megvalósulásától. Ám mivel a jog érvényesülő rend is, az érvényes kifejezések igénylik a megvalósulás *lehetőségét*⁸ (ami továbbra sem jelenti, hogy magát a megvalósulást igényelnék, hiszen ez esetben érvényesség és érvényesülés egyet jelentene). Ha az érvényes akarat pusztán az akarat megfogalmazása révén érvényesülne, akkor az érvényesség és az érvényesülés egybe esne, azaz a

⁶ A 2010/II-es magyar alkotmányozás politikai indokairól és eredményéről e dolgozatban nem lesz szó; a dolgozat sem igazolása, sem kritikája nem kíván lenni az új Alaptörvénynek. Mivel az új Alaptörvény formáljogilag megfelelő eljárásban lett elfogadva, jogi érvényessége vitathatatlan – azaz legföljebb csak egy *külsődleges, politikai* álláspontból, a fennálló *jog ellenében* lehetne megbírálni. (Eörsi Máttyás is éppen a jog *mögé* lépve, rögtön a népre hivatkozva tartja elképzelhetőnek az elfogadott alkotmány leváltását, lásd EÖRSI Máttyás: „2014” *Magyar Narancs* 2011. április 28.) Más kérdés persze, hogy egy jogi dokumentum jelentését sohasem az elfogadása, hanem az alkalmazása során nyeri el, így – főleg az alkotmánybírói – joggyakorlat, amelyet a tudomány, akár mögöttes politikai értékvalasztások mentén, befolyásolni tud, fogja valóban megmutatni az új Alaptörvény lényegét, jelentését. A Súlyom-iskola erre irányuló szándékaként lásd JAKAB András: *Az új Alaptörvény keletkezése és gyakorlati következményei* (Budapest: HVG-ORAC 2011).

⁷ Friedrich ENGELS – Karl KAUTSKY: „Juristen-Sozialismus” in Karl MARX – Friedrich ENGELS: *Werke* 21. (Berlin: Dietz 1975) 491. Minderről lásd még Kilian STEIN: *Die juristische Weltanschauung: der Staat als Fetisch* (Hamburg: VSA 2010).

⁸ A göttingeni Sabine Müller-Mall különbséget tesz érvényesség (*Geltung*) és normativitás (*Normativität*) között: az első a norma absztrakt lehetősége arra, hogy hatni tudjon, a második viszont maga a konkrétan kifejtett képessége arra, hogy hasson. Vö. Sabine MÜLLER-MALL: „Normative Kräfte” in Jochen BUNG – Valerius BRIAN – Sascha ZIEMANN (szerk.): *Normativität und Rechtskritik. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2006 in Würzburg und im März 2007 in Frankfurt am Main* (Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2007) 18.

Sollen voltaképp a Seint fogalmazná meg egy más nyelvtani szerkezetben, azt írván tehát elő kellőként, ami eleve is van. Ez esetben állíthatnánk, hogy az érvényes jog érvényesülése természetes. Mivel azonban a jogról való gondolkodás elsődleges feltétele, hogy megőrizzük az érvényesség és az érvényesülés kettőségét – ha ugyanis ez összemosódik, már nem jogról, hanem a létező mindenről (minden létezőről) beszélünk –, nem tagadhatjuk, hogy *a jog egy kényszerrend*. És e jellege nem mellékes, mert épp ez által fejezzük ki a jogról való *gondolkodhatóság* elsődleges feltételét: az érvényesség és az érvényesülés kettőségét. Miért is? Gondoljunk bele, mi lenne annak a következménye, ha azt állítanánk, hogy a jog elsődleges megkülönböztető jegye és lényege nem a kényszerben van! Egy ilyen állítás implicite két további vagylagos állításba gondolható tovább: 1. vagy a jogot teljességgel a Sollen-szférába utaljuk és logikai kategóriaként kezeljük, nem is tartva fontosnak bármiféle esélyét is akár a társadalmi interaktivitásának, azaz az érvényesülésének – ne feledjük, hogy még a szigorú normativista Hans Kelsen is egy minimumhatékonyságot elvárt azért a jogrend egészétől –; 2. vagy pedig a jogot teljességgel belemossuk a valóságba, azt gondolva, hogy jogilag nézve is igaz az a fizikai törvényekre alkalmazható állítás, hogy úgyis az van, aminek lennie kell, s úgyis annak kell lennie, ami van. Azonban „ahogyan lehetetlen az érvényesség meghatározásánál a valóságtól elvonatkoztatnunk, éppen úgy lehetetlen az érvényességet a valósággal azonosítanunk”.⁹ A szigorú, a jogot csak logikai összefüggéseiben kezelő normativizmus a valóságról szakítaná le a jogot (más kérdés, hogy a kritikusai által Kelsennek felrótt szélsőséges álláspontot maga Kelsen sem vallotta, ahogy az is más téma persze, hogy ezáltal saját elméletét gyengítette csak¹⁰), a természetjogias gondolkodás viszont azonosítaná a valósággal a jogot (a természetjog számára ugyanis a jog is csak eleme azon Seinnak, amely felett helyezkedik el a természetjog Sollenje¹¹). Az eredmény mindkét esetben ugyanaz: a *jog* funkcionális értelmetlensége. A normativizmusnál a jog teoretikus értelmét megőrizhetné – ám azt is minek? –, gyakorlati értelemmel viszont épp nem bírna, hiszen kihagynánk a fogalmi meghatározásából a céljába implikált társadalmi meghatározottságot és meghatározást. A természetjogi koncepciónál viszont tudományos és gyakorlati értelmét is elveszítené: tudományosan, nem elkülönülven immár, nem lenne vizsgálható, gyakorlatilag pedig szintén nem bírna autonóm értelemmel, mert egy nagyobb értelem (*Sein*) része lenne. A jog kényszerrend jellege biztosítja, hogy a jog úgy lehet érvényes és érvényesülő rend, hogy közben az érvényesség és az érvényesülés nem egymás szinonimája, hanem esetleg feltétele csak. (Azaz a jog azért van – *érvényes* –, hogy célja szerint alakítsa a társadalmat, tehát érvényesüljön, ám az érvényesülésről csak akkor beszélhetünk, ha van egy

⁹ Hans KELSEN: *Tiszta jogtan* (Budapest: Rejtjel 2001) 39.

¹⁰ Vö. PESCHKA Vilmos: *A modern jogfilozófia alapproblémái* (Budapest: Gondolat 1972) 54–55

¹¹ PESCHKA 33.

minta – maga az érvényes jog –, amelyhez képest lehetséges *inkább* vagy *kevésbé* érvényesülést megállapítanunk. Az érvényességnek tehát célja az érvényesülés, az érvényesülésnek pedig feltétele az érvényesség. Ha összemósódnak, a jog a célját, a jogszerűség a feltételét vesztené.) Nos, ha tagadjuk a kényszert, tagadjuk tehát a jog értelmét, teleologikus, jövőre orientált és társadalmi jellegét. Mivel az érvényes jog nem eleve azonos az érvényesülővel – azaz nem mindig az *van*, aminek lennie *kell* –, így az érvényes tartalom sem eleve, hanem a kényszer, az akarat révén érvényesül.

A jog egy érvényes és érvényesülő kényszerrend: egy olyan kellést fejez ki, amely nem immanens tulajdonsága az előírás címzettjének, és nem szükségszerű következménye az előírás feltételül szolgáló tényállásnak. Nem a jelenségek képe (*Abbild*), hanem mintaképe (*Vorbild*).¹² Akik egy folyamat, egy jelenség, egy esemény immanens tulajdonságának tartják annak jogi minőségét (minősítését),¹³ egy Seinből következtetnek egy Sollenre. A jog ugyanis (vagy: azonban) egy Sollen-tétel: nem azt mondja meg, hogy mi *van*, hanem azt, hogy minek *kell lennie*. Egy jelenség jogi minősége nem azt jelenti, hogy maga a jelenség milyen (*ist*), hanem hogy milyennek kell (*soll*) lennie.

Míg a természeti törvény következik,¹⁴ addig *a jog vonatkozik*. Nem kauzális, hanem teleologikus aktus. „A »kellőség« (*»das Gesolltsein«*) a létezőt nem önmaga alapján jellemzi, hanem egy olyan instancia alapján, ami valamit követel”.¹⁵ Mivel a jog teleologikus aktus, ezért a jogkövetkezmény nem kauzálisan, hanem akaratlagosan kapcsolódik a jogilag értelmezett jelenséghez, viszonyhoz, folyamat-hoz, személyhez.

Az absztrakt szinten mindez előremutatóan történik: kijelentve, hogy általában milyennek kell tekinteni bizonyos tényhelyzeteket. A konkrét szinten – az alkotó jogalkalmazás szintjén – viszont visszamenőlegesen állapítatják meg, hogy egy megtörtént jelenséget milyennek kell látni, ha jogilag akarjuk látni.

Nos, a kellés tehát nem immanens tulajdonság, nem következik a jelenségből, a folyamatokból magából, hanem a jelenséghez, a folyamatokhoz *rendelt jelentés*. Rendelt: azaz akaratlagos, aktív tevékenységet feltételező magatartás áll az egész jogi felépítmény mögött: „Ha az, aminek lennie kell, nem a létezőben és nem a létező által ismerhető fel, szükség van autoritásra, amely a kellést tételezi”.¹⁶ Nos, ezért van szükség az akaratra. A jog érvényességében sem *van*, hanem tételeztetik:

¹² Vö. Franz ACHERMANN: *Das Verhältnis von Sein und Sollen als ein Grundproblem des Rechts* (Winterthur: P. G. Keller Verlag 1955) 55.

¹³ Már a szakirodalmi szóhasználat – minőség helyett *minősítés* – is elárulja azt, amit állítunk majd, hogy a jog nem fennáll, nem eleve van, hanem mindig kimondatik, hozzárendelődik (hozzárendeltetik) a tényekhez.

¹⁴ Éppen ezért „érvényesség” nélkül „érvényesül”.

¹⁵ ACHERMANN 30.

¹⁶ ACHERMANN 4.

azaz akaratok eredménye. És érvényesülésében sem *van*, hanem megvalósítatik: azaz szintén akaratok eredménye. Hogy milyeneké, az a következőkben kiderül.

AZ AKARAT MINT AZ ÉRVÉNYESÜLÉS FELTÉTELE

A pozitívizmus számára a jog már csak megszületettségében létezik: ekként épp dinamikájában nem képes redukcionista szemléletével érzékelni azt. A természet-jog viszont megpróbálná különféle értékkoncepciókkal – voltaképpen egy jog feletti Sollennel – kötni az alkotmányozó folyamatot. A dekonstrukcionizmus és a realizmus irodalma alapján meg, úgy látszhat, a jog *ex nihilo* jön létre: oka egy akaratát megfelelően érvényesíteni képes döntésben fedezhető fel, amely döntés megteremti a letisztult állapot normatív kereteit, ekként az új politikai egzisztencia alkotmányi törvényét. Mitől függ azonban a döntés akaratspektruma és érvényesülésének sikere? Az etikai normák nem lehetnek a jog mércéi: ugyanis az etika merev, abszolút igazságai nem illeszkednek a jog mindig gyakorlati, flexibilis valóságához. Nem az a jó bíró, aki mindenáron az igazságot keresi – és akkor annak kérdését, hogy mi az igazság, már fel sem tesszük –, hanem az, aki szuverénként dönteni tud. A döntést Carl Schmitt-i értelemben fogjuk fel – amely el-lentétben a vádakkal (Karl Löwith, Bernd Rüthers) nem föltétlenül nihilista –; azaz a jó döntésben egyesül a tekintély (*potestas*) és a hatalom (*auctoritas*). A döntéshozó tekintélye adja a döntés legitimációját, és a mögöttes kényszer lehetősége – a hatalom – biztosítja a hatékonyságát. Nem elvont etikai normák igazolnak – elvégre ki jogosult ezek felállítására és megtalálására? –, hanem a gyakorlat sikere. Egy alkotmányozást az alkotmányozó (jogon kívüli) akarat sikere, egy jogi döntést az érvényesülés és az elfogadottság sikere. Amint Christian Waldhoff megállapítja: bármily fájó, egy állam belső jogi-politikai folyamata, alkotmányozása esetén nem állapíthatók meg természetjogi, emberi jogi vagy nemzetközi jogi korlátok.¹⁷ Miközben az önkorlátozás lehetősége nem kizárt.

Ehelyütt szükségesnek látszik utalni Ernst-Wolfgang Böckenförde véleményére, aki szerint a modern alkotmányosság utolsó jegye, értékcharta jellege egy új totalitás lehetőségét veti fel. A modern alkotmányok nem csak szervezeti vázát adják a hatalom működésének, de a szuverén mozgásterének kijelölői, korlátjai is. Az értékek kezdetben e negatív tartalomból voltak kiolvasandók, de számos alkotmány *expressis verbis* megfogalmazott bizonyos emberi (vagy alapvető) jogokként nevesített értékeket, és ezek olyan tartalmat adtak az alkotmányoknak,

¹⁷ WALDHOFF 312–315. (Waldhoff éppen ezért hangsúlyozza más helyütt, hogy az alapjog nem emberi jog, azaz nem univerzális érvényességű, hanem egy állami döntés eredménye, egy pozitív-jogi aktus. Minderről lásd TECHET Péter: „A láncok védői – az emberi jogok kritikusai. Konzervatívizmus és emberi jog” *Kommentár* 2011/2. 12–15.

amely a jogrendszer hagyományos jogi rétegződésébe nehezen illeszthető be, illetve amely nem bármikor megváltoztatható, mert érvényességét nem formájától – alkotmányban elfoglalt helyétől – nyeri, hanem *immanens érvényességet* igényel. A hagyományos jogelméleti kép, miszerint a jog tartalma a jog formája okán érvényes, megfordul, s immár a jog tartalma *saját okán* érvényes. Ha azonban egy tartalom a formától függetlenül érvényes, akkor a tartalom nem cserélhető, s csak a tartalom formája, de nem a forma tartalma változtatható. Böckenförde ennek kapcsán beszél új totalitásról.¹⁸ Az utóbbi időkben egyre nagyobb hangsúlyt kapnak az alkotmányokban az ún. alkotmányos értékek, alapelvek, emberi jogok (azaz egy teológiai megalapozottságát veszített, szekuláris, úgymond természetjog megjelenését figyelhetjük meg), amelyek leválthatatlan, korlátozhatatlan, kontrollálhatatlan, s a hagyományos jogképpel idegen, a klasszikus jogi rétegződésbe nehezen beilleszthető szintjét adják a jogrendszernek.¹⁹ A különböző alkotmánybíróságok gyakorlati, ill. az újjáéledt természetjog és az alkotmányos liberalizmus párhuzamos elméleti munkája nyomán az alkotmányok értékchartákká váltak, amelyek tartalmát ráadásul az alkotmánybíróság(ok) hivatott(ak) kiolvasni, s egy olyan egységes egészzé formálni (alapjogok rétege), amely a jog strukturálisan zárt, de kognitíve nyitott rendszerébe *egy strukturálisan nyitott, de kognitíve zárt szintet* próbál beemelni.²⁰ Pokol Béla több helyütt részletesen elemzi mindezt, amit ő a *jog alkotmányjogiasításának* nevez. Ő is megállapítja az új jogréteg kognitív zártságát: „az alkotmányos alapjogok és -elvek normatív tartalma jóval absztraktabb, mint a hagyományos jogterületek szabályai”.²¹ Ennek révén a jogtudományban megjelenik az értékalapú, zárt gondolkodás. Amint Ernst Forsthoff hangsúlyozta: az értékeknek saját – a jogétól eltérő – logikájuk van.²² Az érték exkluzív és kognitíve zárt gondolkodást feltételez. Forsthoff szembeállította az értéket (*Wert*) az erénnyel

¹⁸ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: „Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung” in Arno BUSCHMANN [et al.] (szerk.): *Festschrift für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag*, 28. Juli 1983 (Bielefeld: Gieseking Verlag 1983) 18.

¹⁹ Ezt nevezzük az alkotmányos alapjogok rétegének; az ezekkel kapcsolatos problémákról lásd POKOL Béla: „Alapjogok és alkotmánybíráskodás – jogelméleti nézőpontból” *Jogtudományi Közlöny* 1990/5.; ill. POKOL Béla: *Jogelmélet* (Budapest: Századvég 2005) 77–136.

²⁰ Carl Schmitt mindezt úgy fogalmazza meg, hogy „sobald der Wert erscheint, wird eine spezifische Denk-Schaltung unvermeidlich”. Lásd Carl SCHMITT: „Die Tyrannei der Werte” in Sergius BUVE (szerk.) *Säkularisation und Utopie. Erbracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag* (Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz: W. Kohlhammer Verlag 1967) 55. Azaz az érték nem nyitott, hanem zárt tartalmú kategória: így identitásában idegen a jog jelenségétől. Míg a jog érzékeli a külvilágot, s adekvát reakciót eredményez, addig az érték immanens és a tények vagy idomulnak hozzá, vagy *tant pis pour les faits*.

²¹ POKOL Béla: *A bírói hatalom* (Budapest: Századvég 2003) 170.

²² Ernst FORSTHOFF: „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes” in Hans BARION – Ernst FORSTHOFF – Werner WEBER (szerk.): *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, dargebracht von Freunden und Schülern* (Berlin: Duncker und Humblot 1959) 45.

(*Tugend*), s míg az erény az egyénre vonatkozik, így nem érvényesíteni, hanem gyakorolni szokták, addig az érték *másokra vonatkoztatott aktus*, s így érvényesíteni kell.

Az exkluzív érték gondolkodás legnagyobb hibája, hogy a valóságról tehető jogi kijelentéseket – „jogszerű”, „jogszerűtlen” – megismerési ítéleteknek (*Erkenntnisurteile*) tartja: azaz egy folyamat jogellenességének megállapítása ugyanolyan ítéleti aktus számára, mint annak megállapítása, hogy az előttem lévő képnek mennyi az átmérője. Holott a jogi ítélet nem ilyen megismerési ítélet – mert nem a megismerendő tárgyból, hanem a megismerő szubjektumból fakad –, s ekként ugyanúgy lehet valami egyszerre jogszerű és jogszerűtlen – akaratunk és akaratunk érvényesíthetőségétől függően –, mint ahogy az előttem lévő kép is látható szépnek vagy csúnyának egyaránt. Pozícionáltságunk, kondicionáltságunk, kulturáltságunk és akaratunk függvénye, hogy a képet szépnek vagy csúnyának látjuk. Hogy aztán, mely állítás objektiválódik (kanonizálódik) a diskurzusban, továbbra sem a megismert képtől, hanem a megismerő akaratának erejétől, hatásától, elfogadottságától függ. A jogban sincs ez másképp. Egy tényállás – mint a *reális Sein* egy eleme – sokféleképpen megismerhető, sokféle megismerési ítélet hozható róla: ergo a róla tehető állítások verifikálhatóak magával a megismerendő tárgy immanens tulajdonságaival. Ha azonban a tényállást jogilag vizsgáljuk, akkor nem felismerünk, hanem értékelünk: az ítélet éppen ezért (lévén a jog nem immanens, hanem hozzárendelt, gondolt, akart tulajdonság) nem a megismerés, hanem az ontológiailag szubjektív – ami deontológiailag nézve objektiválódhat is akár – akarat, gondolat, tudat eredménye. Nem a tényállás jogellenes (vagy jogszerű), hanem az én akaratom látja annak. A kép átmérője az akaratomtól függetlenül is annyi, amennyi (amennyi a megállapodott mértékegységgel mérő mérőszalag alapján megállapítható), de esztétikai vagy jogi érteke nem önmagából, hanem az értékelő személy tudatából vonatkozik rá. A kép a megismerési ítéletnek alanya („a kép ennyi és ennyi centiméter átmérőjű”), míg az értékelő ítéletnek tárgya („én szépnek látom a képet”, „én jogellenesnek ítélem az eseményt”). Ha és amennyiben az ítéletalkotási láncolat hierarchizált – ahogy a jogban igen, az esztétikában viszont nem –, úgy a láncolat végén elhelyezkedő ítéletalkotó személy ítélete objektívnek látszhat, lévén az ítéletalkotási láncolatban legitim módon nem felülbíráható immár. Az esztétikában – mivel (hivatalosan) nem alakult ki a jogi döntéshozatali fórumokhoz hasonló ítéletalkotási láncolat – jobban érzékelhető az ítéletek szubjektivitása, és egy laikus is jobban látja, hogy hiába okos a képet elemző esztéta, véleménye csak egy a felvethető vélemények közül. A jog azonban egy olyan *mitikus légkört* alakított ki önmaga körül – akár ruházódásában is (lásd az alkotmánybírák öltözetét, szertartásait²³) –, amely révén

²³ Hans VORLÄNDER: „Deutungsmacht – Die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit” in Hans VORLÄNDER (szerk.): *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit. Verfassung und Politik* (Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2006) 28–29.

azt az *illúziót* keltheti a laikus jogalanyokban, hogy a bírói ítélet, az alkotmánybíró-sági kijelentés voltaképp maga a jog – és eddig még igaz is –, ám úgy vélvén egyben, hogy e jogot a bíró, az alkotmánybíró pusztán felismeri, ahogy felismeri a kép átmerőjét, az utca hosszát, a törvénykönyv súlyát és édesanyja korát. Míg egy esztétikai ítéletnél mindenki vallja a „*chacun à son goût*” elvét – szubjektívnek ítélve bármely véleményt –, addig a jognál a laikus úgy véli, hogy a megismerendő tényállásban immanensen lakozik az az egyetlen válasz, ami a tényállás jogiságát eldönti, s amit csak a szakképzett és megfelelően díszes ruhába bújtatott jogász képes felismerni. Holott egy tényállás jogszerűsége sem objektívebb kijelentés, mint egy kép szépségéről alkotott vélemény.

Amikor tehát egy-egy esemény – pláne egy eleve jog előtti alkotmányozás – jogiságát akarjuk objektíve megítélni – és az érték gondolat erre utal: azaz arra, hogy a világ tényei, dolgai *magukban* hordozzák jogi minőségüket –, akkor azt a mára naivnak tetsző állítást is el kéne fogadnunk, hogy egy kép vagy szép, vagy csúnya, és megfelelő megismerési módszer kialakításával el is dönthetnénk, hogy a kép valóban szép-e vagy csúnya.

Az etikai normák csak a belső azonosulás esetén korlátozhatják – de ez esetben önként vállaltan, tehát szűk értelemben véve nem is valódi (azaz *belső*) korlátként²⁴ – a szuverén alkotmányozó akaratot, míg jogi normák, létre nem jövén még maga az új jogrendszer, nem is léteznek, a korábbi jog pedig, elveszítvén mindennemű hatékonyságát, éppen nem *alkalmas* a korlátozásra. Ha etikai normák *belső* létét ismernénk el, azzal olyan terepünkre sodródnánk, ahol, meggyőződésünk szerint, a tudomány nem illetékes, míg a jogi normák elismerése esetén tagadnánk a korábbi jog „*érvényesületlenségét*” (nem-érvényesülését), ekként az egész alkotmányozási helyzet kialakulhatóságát. Elvégre a szuverén alkotmányozó akarat azért jelenhetett meg, mert a korábbi jogrendszer immár képtelen lett saját normáinak érvényt szerezni – azaz nem érvényesülnek a normái –, ekként logikailag lehetetlen, hogy egyszerre állítsuk a korábbi jogrendszer normáinak érvényesülő és a szuverén alkotmányozó akarat aktív egyidejű létét.

Mégsem állítjuk azt, hogy az a „*jogi vákuum*”, amelyben a szuverén alkotmányozó akarat „*akar*” – azaz hat – mindentől mentes, társadalmi *üres* tér lenne.

²⁴ Korlátnak azt tekintjük, ami a korlátozott alany akaratán kívül állóan hat a korlátozott alany cselekvési lehetőségére. Mindaz, amit azért nem teszünk meg, mert eleve nem tehetnénk meg, nem korlátozza szabadságunknak. Lásd Joel FEINBERG: *Társadalomfilozófia* (Budapest: Osiris 1999) 20–21. A jogi és az etikai normák – előírások lévén – ekként korlátozhatják a cselekvésnek, ezért állítjuk, hogy ilyenek nincsenek a jog előtti rendezés időszakában, ám például a természeti törvények, amelyek egyébként szintén áthághatatlanok egy alkotmányozás esetén, nem korlátok, mert nem előírnak egy cselekményt, hanem pusztán leírják azt, ami történik. Lásd Michael PAUEN – Gerhard ROTH: *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit* (Frankfurt/M: Suhrkamp 2008) 59–64.

A korlátok azonban nem normatívak, azaz nem konstruáltak, hanem az alkotmányozás folyamatának lényegéből, céljából, az abban részt vevő alanyok alanyiságából adódnak. Ha tetszik: a dolog természetéből következnek. Mindez egyáltalán nem jelenti az akaratszabadság csökkenését, mert a determináció összeegyeztethető a szabadság jelenségével (*kompatibilitás tézise*).²⁵

Az akarat lényege, hogy általa célokat tudunk önmagunk számára meghatározni, s e célokat követni vagyunk képesek. Társadalmilag az akarat leginkább a *procedurális rutin-elmélet* segítségével írható le, ami szerint az akarat – az elmélet szerint az individuális akarat is – filogenetikai és ontogenetikai tényezőktől, azaz velünk született és megszerzett faktoroktól (determinánsoktól) függ: ezek teremtik meg azon belső szabályrendszert, amelynek működését kívülről célra törekvő akaratnak látjuk, holott a bennünk lévő öröklött és tanult tényezők által kialakított szabályok szerinti cselekvés történik csak.²⁶ Egy társadalom életében a kultúrát azonosíthatjuk ezzel az öröklött és tanult szabályrendszerrel, s ez hordozza tehát a potenciális célokat és azok elérhetőségének lehetőségét és módját.²⁷ Az elmélet kétféle cél között tesz különbséget: a *target* olyan cél, amely érzékelhető közelségben van (egy célszalag elérése ilyen cél), a *goal* pedig olyan cél, amely nem érzékelhető az erre irányuló akarat megjelenésekor, így eléréséhez szükség van azon feltételekre, amelyek egyáltalán lehetővé teszik az akarat tárgyának érzékelhetőségét.²⁸ Állításunk szerint, egy politikai egzisztencia megteremtése mint cél ilyen *goal*-célnak tekintendő, hiszen az erre vonatkozó akarat nem egy érzékelhető célra, hanem egy olyanra irányul, amelynek először úgymond meg kell jelennie.

A politikai egzisztencia akarásának feltétele – amint lejjebb látjuk –, hogy legyen egy vele találkozó, hasonló tartalmú akarat, s az elfogadás után – közvetítő közegként – jöjjön létre a normatív keret, amelyen belül a teremtő (tétélező) akarat már mint megőrző akarat él tovább. A cél ekkor már nem a *létezendő* megteremtése, hanem a percipiálhatóan *létező* megőrzése.

A tétélező akarat sikerének feltételekre van szüksége. A feltétel okán állíthatjuk, hogy az akarat nem a semmiből hozza létre az új politikai egzisztenciát, miközben a feltételek nem előzetes korlátot jelentenek – mint a jogi vagy az etikai normák tennék –, hanem azon közeget, amelyen belül valóban az akarat nem csak megfogalmazza, de *elérheti* célját. Mindezen feltételeket hívhatjuk legitimációnak is, bár inkább a *feltétel* és az *elfogadás* deskriptív kategóriáit használnánk szí-

²⁵ PAUEN–ROTH 10., 19.

²⁶ A procedurális rutin-elméletről lásd Wolfgang PRINZ: „Wille und Ziel oder ist willentliches Handeln dasselbe wie zielorientiertes Handeln?” in Tillmann VIERKANT (szerk.): *Willenshandlungen. Zur Natur und Kultur der Selbststeuerung* (Frankfurt/M: Suhrkamp 2008) 18.

²⁷ A kultúra egy lehetséges, vázlatos felfogásáról lásd TECHET Péter: „A jog funkcionális értelmezése. A jog kulturális, társadalmi-politikai és időbeli dimenziójáról” *Válóság* 2007/5. 65–66.

²⁸ PRINZ 23.

vesebben. Vagy Peschka Vilmos kifejezését átvéve: az akarat sikerének feltétele a (majdani) jog „társadalmi bázisának” megléte. Persze az akarat tartalmát nem korlátozza ez, sőt egy megfelelően erős és hatékony erőszak e bázis ellenében is képes érvényesíteni akaratát, mert „[a]z állami kényszerrel támogatott államakarat formája [...] bármilyen társadalmi tartalmat általános érvényű jogként jelenthet ki” – ámde: „a társadalmi-gazdasági feltételeknek ellentmondó, azokat ignoráló tartalmú jog előbb-utóbb végül is mindig elveszti érvényességét.”²⁹ *E feltételek (determinánsok) tehát nem szűkítik az alany akaratspektrumát, pusztán sikerességét. Azaz: az ideális Sein korlátai a reális Sein okán jelennek meg, miközben – mivel két önálló létszféráról van szó – az ideális Sein önmagában nem korlátozott: bármi akarható, de nem bármi valósítható meg. Az akaratot mint ideális Seint nem korlátozza tartalmában semmi, ám sikere érdekében figyelembe kell vennie azt a közeget, amelyre irányul, amelyre vonatkozik. Ez nem jelenti azt, hogy a jog érvényességét a jog tartalmából vezetnénk le. A jog mint állami kényszer és akarat nem tartalma okán érvényes, miközben érvényességének eredményét, az érvényesülést igenis meghatározzák jogon kívüli, társadalmi – és a társadalomban való jelenlőségük okán morális – jelenségek is. Ami a jogot (mint Sollent) meghatározza, nem maga a Sollen, hanem a Sein, a valóság. A jog egyszerre hat a valóságra – visszatükröződik benne –, miközben a jog maga is e valóság visszatükröződése.³⁰ A marxista jogelmélet – magyarázni próbálva a Sollen létrejöttét – mindezt olyképpen írta le, hogy annak kérdése, mi legyen, ugyan nem tényekből levezetett – így elkerülhető az ún. naturalista hiba –, de tények által meghatározott.³¹*

A jogi pozitivizmus hibája tehát, hogy a jogot kizárólag önmagában vizsgálja, nem észrevéve a létezővel mint befogadó-alkalmazó-értelmező közeggel való ontológiai és komplex kapcsolatrendszerét, mert a két szférát szétválasztja és, ismeretelméletileg kezelve, logikailag eleve is szétválasztottnak tartja. Az axiológiai gondolkodás pedig a jogot ismét nem a valósággal, hanem egy még feljebbi (vagy még mélyebbi) normával való megfeleltetésben vizsgálja, értékeli, összefüggést vélt felfedezni az érvényesség és a tartalom között. A jogi pozitivizmus számára az érvényesség ekként egy immanens, lényegi kategória, a természetjog számára pedig egy másik érvényes (kellő) (érték)rend függvénye. A jog mindkét esetben – a pozitivizmusnál *in se*, az axiológiai koncepciónál pedig relációjában – absztrakt kategória marad, érvényesülése így szintén absztrakt kijelentés maradhat csak.

Amennyiben azonban tagadjuk az absztrakt korlátok – ön- vagy külső korlátok – létét a jog kapcsán, még nem állítjuk egyidejűleg, hogy a jog egy korlátoktól

²⁹ PESCHKA 358–359.

³⁰ Vö. többek között VARGA Csaba: *A jog mint logika, rendszer és technika* (Budapest: Osiris 2000) 21–22.

³¹ Peter HIGI: *Sein und Sollen in der marxistischen Rechtstheorie unter Berücksichtigung des marxistischen Wissenschaftsverständnisses* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag 1988) 181.

mentes *bármí* lenne.³² A jog érvényessége és érvényesülése függ a jog társadalmi környezetétől. Ebben az értelemben érthetőek Peschka Vilmos találó szavai, miszerint „a jog érvényessége tulajdonképpen mint a jog tartalmának próbája, kontrollja is felfogható”.³³

Az a reális jogontológia, amely mindenféle absztrakt kategória létét tagadva kizárólag a folyamatok tényszerűségére figyel, nem is állíthatná, hogy bármí, ami a társadalmi tényszerűségében, a *Sein*ban végbemegy, mindenféle korláttól mentes lenne, s eredményét kizárólag önnön akarata, teremtő ereje határozná meg. Ez a szemléletmód éppen a normatív tanokra igaz: a normatív szférában ugyanis valóban létrehozhatóak elszigetelt gondolati aktusokkal elszigetelt világok (*Sollen*), amelyeknek úgyis egyetlen feltételnek, a normatív érvényesség attribútumának kell csak megfelelniük, s amely jellemző egyébként is egy önleírás, azaz tautologikus és *internus* kijelentés. A jogi realizmus azonban a jogi valóságra koncentrálna, annak minden bonyolult társadalmi, történeti összefüggéseivel, és amennyiben ezek között szeretne a szuverén alkotmányozó döntés sikeres, hatékony – azaz érvényesülő – lenni, sikere e környezetétől függ. *Az érvényesülés ugyanis a szuverén alkotmányozó döntés akarata, ám nem szükségszerű következménye.* Nem minden akarat képes lerombolni a korábbi jogi rendszert, hogy a faktuális szférában kikristályosodó döntésével újraformálja a politikai egzisztenciát, megteremtve azt az előzetes rendet, amelynek immár normatív megfogalmazása, kerete, letisztázása lehet az alkotmányi törvény. Az erre irányuló akarat sikerét tehát nem kizárólag az akarat ereje határozza meg – és ezt nem etikai minimumként, pusztán történeti igazságként fogalmazzuk meg –, hanem az a közeg is, amelynek jogát rombolja le a szuverén alkotmányozó akarat; amely közeget formál újra; és amely közegnek ad új alkotmányt. Mert bár a jog egy akarat, s érvényesen bármí akarható, de nem hosszú távon, mert az érvényesség – mint folyamatszerű tulajdonság – csak egy *elfogadott* joghoz kapcsolódó attribútum.³⁴ Mindezzel nem az érvényesség és az érvényesülés közé teszünk egyenlőségjelent, tagadva netán magának a *Sollen*-nek is a létét, pusztán jelezzük, hogy – amint Peschka Vilmos írja –:

„[a] jog érvényessége az állami kényszerrel biztosított *államakarati forma*, a jogban kifejeződő akarat alanyának társadalmi különössége, tehát a társadalomban uralkodó osztály és a jog realizálódása, érvényesülése mint komponensek állandó mozgásban, alakulásban, levésben levő relációinak *eredőjeként áll elő*”.³⁵

³² Minderről lásd KARÁCSONY András – TECHET Péter: „Idő és jog” in MEZEY Barna (szerk.): *A szimbólumok üzenete. A jogi kultúra jelképei: eljárások, szokások, formák és tárgyak* (Budapest: Eötvös Kiadó 2011).

³³ PESCHKA 359.

³⁴ A normatítelezés folyamatának belső – ha tetszik: pragmatikus – kötöttségeiről lásd Norbert CAMPAGNA: „Vom Anspruch auf Verbindlichkeit zu den verbindlichen Normen. Historisch-systematische Überlegungen zur Entstehung politisch-rechtlicher Normativität” in BUNG–VALERIUS–ZIEMANN 40–44.

Az új jog ezért nem *in abstracto* születik, ekként nem is *ex nihilo* jön létre, hanem valami eleve meglévőbe (*Dasein, être-là*) épülve bele, amely mint anyag vagy befogadja vagy sem. (Éppen ezért lett volna hiú ábránd, hogy a magyar 1989–90-es rendszerváltásnál jogi aktusokkal gyors, de hosszú távú változások érhetőek el.³⁶ A jog mindig követi a társadalom belső folyamatait, és amint egy posztkommunista társadalom is legalább egy emberöltő után tud valóban megtisztulni, úgy a jog hatása is a megfogalmazásához, tételezéséhez képest jóval később áll be. Mindez persze nem jelenti azt, hogy a jog a maga eszközeivel – törvényalkotás, bírói ítélezés – ne segíthetné e társadalmi folyamatokat.) A szuverén alkotmányozó akarat sikere így az elfogadástól függ.³⁷ Az elfogadás voltaképp nem más, mint a normára – az akcióra – adott reakció, amely ha a normatartalommal megegyező irányú, akkor a norma érvényesülését, a norma szerinti magatartás bekövetkezését segíti elő. Sabine Müller-Mall newtoni ihletettséggű érvényességmodelljében az érvényesség – a fizikai erővel analóg – ereje a normának, tehát az az erő, amit a norma az adott cselekedetre kifejti; s minél erősebb az érvényesség ereje, annál *valószínűbb*, hogy a cselekedet a norma szerinti lesz. Ám az érvényesség ereje – mint akció – szembetalálkozik azzal az erővel, amit az a magatartás fejt ki, amire irányul a norma ereje. Minél erősebb a reakció – az elfogadás –, annál *biztosabb* az érvényesülés.³⁸

Mindezt úgy is megfogalmazhatjuk, hogy az érvényesülésnek legitim – elfogadott – okokra van szüksége. A legitimáció nem egy külső – jogi, metajurisztikus, erkölcsi stb. – mintának való megfelelés eredménye, hanem egy szociálpszichológiai tény. „Az alkotmány akkor legitim – azaz jogi alaprendként elismert –, ha az alkotmányozó hatalom, amelynek döntésén az alaptörvény nyugszik, maga is elismert.”³⁹

Amikor a népet azonosítjuk az alkotmányozással, a politikai döntések alanyaként – amely persze nem leíró, hanem ideologikus, fiktív kijelentés⁴⁰ –, akkor sem gondolhatunk arra, hogy ez a nép – amely számosságában és heterogenitásában egységes akaratképzésre eleve képtelen is – „akarna”, „döntene”. A nép szerepe abban jelenik meg, hogy egy nála kisebb és homogénebb csoport akaratát és döntését *elfogadja-e vagy sem* (Carl Schmitt eleve aklamációról beszél a demokrácia kapcsán), azaz *engedi-e*, hogy az adott akarat tartalma érvényesüljön saját életében, vagy sem.⁴¹

³⁵ PESCHKA 356.

³⁶ Erről lásd TECHET Péter: „A rendszerváltás alkotmányozása” *Magyar Szemle* 2009/II–12.

³⁷ Vö. Christian WINTERHOFF: *Verfassung–Verfassungsgebung–Verfassungsänderung. Zur Theorie der Verfassung und der Verfassungsrechtserzeugung* (Tübingen: Mohr Siebeck 2007) 373.

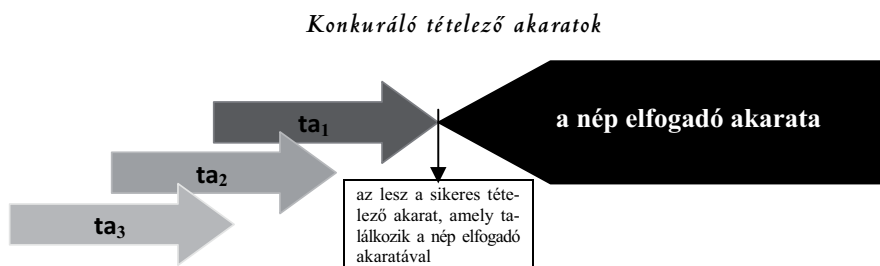
³⁸ Lásd MÜLLER-MALL 23–25.

³⁹ PETRÉTEI József: „Az alkotmányozó hatalomról” *Jura* 2008/I. 131.

⁴⁰ Wilhelm STAPEL: *Die Fiktionen der Weimarer Verfassung. Versuch einer Unterscheidung der formalen und der funktionalen Demokratie* (Hamburg–Berlin–Leipzig: Hanseatische Verlagsanstalt 1928) 77.

⁴¹ Nagyon szépen fejezik ki a lett alkotmánynak a parlament (Seima) feloszthatóságáról szóló rendelkezései a szuverén akaratok ilyenképpen ütközését és a nép mint elfogadó alany szerepét.

Nos, igaz, hogy a döntés teremti az alkotmányi állapotot – mint előzetes rendet –, de nem bármely döntés képes erre: csak az, amelyik találkozik azok akaratával (elfogadó akaratával), akikre a döntés (mint teremtő akarat) vonatkozik. A politikai egzisztencia mint tényállapot (*Sein*, érvényesülés) ekként *több akarat egyidejű és folyamatos*⁴² találkozásának köszönheti létét. Egyik részről van a teremtő akarat, amely megfogalmazza a céltartalmat, másik részről pedig vannak az egyéni akaratok, amelyek elfogadják – és/vagy módosítják – a céltartalmat, meghatározva a politikai egzisztencia tényleges tartalmát. Ez a politikai egzisztencia az az előzetes rend, amelynek normatív – tehát immár nem csak érvényesülő, de érvényes, ekként kikényszeríthető – kerete az alkotmányi törvény (*Verfassungsgesetz*): ez azonban szintén a tételező és az elfogadó akaratok találkozásának eredményeképp hozza létre a jogrendszert, amely pedig eleve az alkalmazó akaratok találkozásának köszönheti fennállását. (Lásd az alábbi ábrát.)



Azaz a tételezettség születésében s alkalmazásában is egyaránt a társadalmi relációtól – azaz az akaratok találkozásától – függ. Ahogy Varga Csaba írja:

„[a] jog életét megtestesítő mozgás [...] alapvetően a társadalmi viszonyoktól indul, hogy a jogalkotás közvetítésével és az emberi, tudományos felismerés során feltárt lényegi általánosság ismeretében elérje a tipikus vonásoknak

A lett alkotmány 48. §-a értelmében az államfő kezdeményezheti a Seima felosztatását, azzal a felfüggesztő feltétellel, hogy a döntés csak egy népszavazáson való megerősítés révén válhat hatályossá. Ha a választópolgárok e népszavazáson a parlament felosztatására mondanak igent, az államfői akarat érvényesülvén, a parlament felosztatottnak tekintendő, s új választásokat kell tartani. Ha azonban, szól a lett alkotmány 49. §-a, a nép az államfői akarat – azaz a felosztatás – ellen voksol, az államfő elveszti hivatalát, ekként a parlament szuverén akarata érvényesül. Az egy csárdában lévő két dudás jogelméleti feloldását és a nép mint elfogadó akarat szabályozását példázza a lett alkotmány. (Forrás: www.verfassungen.eu/lv; az alkotmány eredeti nyelven itt olvasható: www.saeima.lv/Likumdosana/likumdosana_satversme.html)

⁴² Fontos hangsúlyozni, hogy az alkotmány érvényessége nem csak egy egyidejű, pillanatnyi döntés, akaratnyilvánítás, akarat-találkozás eredménye – amint Carl Schmitt túlzottan decizionista szempontú alkotmánytana ábrázolja –, hanem folyamatos akarat-egyezeit feltételez: mindezt a smendi integráció fogalmával írhatjuk le leginkább, vö. WALDHOFF 308.

a különös szintjén történő rögzítését, hogy aztán a jogalkalmazás e különösséget ismét a társadalmi viszonyok felé fordíthassa”.⁴³

Mihelyt akár a tételező, akár az elfogadó (alkalmazó) akarat megszűnik „akarni”, szétbomlik a normatív keret, az előzetes rend, és ismét kilépünk a tényszerűségbe, ahol aztán a megjelenő tételező akaratok közül az lesz a sikeres, amelyik találkozik a jelenvaló elfogadó akaratokkal. És így tovább, és így tovább. Amint a történelem, úgy az alkotmánytörténet sem ér véget. Mindig lesznek újabb alkotmányok, újabb fordulatok.

Az újbóli kilépés kapcsán meg kell vizsgálnunk egy fontos kérdést, amely a teremtő (tétélező) akaratra irányul. Ez az akarat a szüességi konstituáló hatalommal (*pouvoir constituant*) vagy a benjamini jogkeletkeztető erőszakkal (*rechtsetzende Gewalt*) azonosítható. Az alkotmányozás folyamata egyértelműen e jelenség(ek) megnyilvánulása – nevezzük őket bárhogyan is –, ám a kérdés az, hogy az alkotmány és főleg az alkotmányi törvény létrejötte után mi lesz, mi marad a szerepük nékik. Egyes állítások szerint az újbóli alkotmányozáskor ismét előjönnek. Igen ám, de *ugyanaz* az akarat jön elő, mint ami létrehozta a rendet s a rendszert? (Ugyanaz az erő alkotmányozott 1949-ben, mint 1989-ben, s esetleg 2011-ben?) Mi értelme volna ennek? A teremtő (tétélező) akarat olyan rendet s rendszert hozott létre, amelyen belül ő a nélkül tudja érvényesíteni akaratát, hogy ismét ki kellene lépnie a rendből s a rendszerből a jogelöttiség világába. Amennyiben *új cél* fogalmazódik meg, *új erőszakforma* jelenik meg egyben. A jogtétélező erőszak feladata, hogy győzzön: ez valósul meg a döntésben, a döntő akarat elfogadásában. Ám ezután, létrejövén a rend, immár jogmegtartóvá (*rechtserhaltend*) válik az erőszak, amely nem követhet új célt.⁴⁴ Ha új cél fogalmazódik meg a régi cél elfogadására épülő egzisztenciális keretben (alkotmány), akkor új, a jogmegtartó erőszakkal konkuráló erőszak jelenik meg.

Így az újbóli alkotmányozásokkor nem ugyanaz az erőszak, akarat, hatalom hat, amely a lerombolt rendnél is hatott. A korábbi rendre irányuló hatalom már mint jogvédő, jogörző hatalom, erőszak, akarat marad fenn, s az esetleges teremtő (tétélező) akaratok, az új *pouvoir constituant*-ok vele szemben „akarnak”, ekként eleve nem is azonosak vele. Mindezt azért fontos leszögezni, mert még Christian Winterhoff is a maga nagy alkotmányelméleti opuszában az alkotmányozások esetén a *pouvoir constituant*-ról beszél, mintha mindig egy és ugyanazon hatalom nyilvánulna meg az újbóli alkotmányozások esetén.⁴⁵

⁴³ VARGA ZI.

⁴⁴ Vö. Walter BENJAMIN: *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze* (Frankfurt/M: Suhrkamp 1965) 44.

⁴⁵ TECHET Péter: „Az alkotmányozás mint politikai tényfolyamat” *Iustum Aequum Salutare* 2009/I. 230–231.

Visszatérve a legitimitás kérdéskörére – Carl Schmitt ezek kapcsán „jogi feltételezésekről” beszél, amelyek a minden népnél különböző, tértől és időtől függő népszellemmel lennének azonosak⁴⁶ –: joggá az válhat, amely találkozik a népben élő ilyen „feltételezésekkel”. A feltételül szolgáló feltételezések – amit rövidebben társadalmiságnak nevezhetünk – biztosítják tehát a jogtételező akarat sikerét, ezzel az új jog létrejöttét.

Milyen okokból találkozhat a teremtő (tételező) akarattal a nép elfogadó akarata? A jogi magyarázatok ez esetben úgyszintén nem kielégítőek, hiszen amennyiben azt állítjuk, hogy a nép valamiféle jogtudat birtokában, az érvényes joggal azonosulva fogadja el a teremtő (tételező) akaratot, akkor voltaképp egy okozatot (a jog elfogadását) az új politikai egzisztencia létének és az új normatív keret érvényesülésének okaként kezeljük. A nép azonban szintén a tényszférában tartózkodik, amikor „találkozik” a teremtő (tételező) akarattal, ekként az ő elfogadásának sem jogi (azaz fiktív, normatív), hanem valós (faktuális) indokai vannak. A jogi leírás mindig utólagos (*ex post facto* kapcsolódik a tényekhez), s ebből következően nem következmény, hanem „rendelmény”, azaz a tényekhez rendelt utólagos jelentés. Jacques Derrida emiatt tette fel azt a kérdést, hogy végül is ki írta alá a Függetlenségi Nyilatkozatot: Jefferson nem lehetett, mert ő „csak” írta; a nemzet kongresszusi képviselői sem lehettek, mert ez a nemzet – elvégre a nyilatkozat még nem volt aláírva – nem létezett szuverén módon; a nép sem írhatta alá, mert a nyilatkozat konstituálta a népet.⁴⁷ Mégis valaki valakinek a nevében aláírta ezt, ami okán megszülethettek azok az instanciák (nemzet, nép, képviselő stb.), amelyek önkonstituálásukat érvényesen aláírhatták volna. Azaz mégiscsak van valami a jog előtt, ami szintén jogi – még ha nem is lineárisan, hanem retroaktíve kell is érteni ezt a valami-előtt-levést. Ha viszont a fizikális idő linearitásában nézzük a jogot, akkor Derrida szerint a jog egy forradalmi állapotból, erőszakból születik, ahol önmaga realizálja önmagát. Mert ha az új jog a régi jog talajából nőne ki, nem is lenne újszerű, mert legitimitása nem önmagától, hanem a régi jogtól származna. A jogot lineárisan megelőző időbeli ok így nem egy másik jog, hanem a döntés (ami pedig nemcsak hogy nem azonos a régi joggal, de nem is jogi aktus). Derrida itt ugyanazt állítja, mint Carl Schmitt: a jog egy politikai döntés sikeressége révén születik, amely kijelöli azon kereteket, amelyek a döntés értelmében – immár visszamenőlegesen is – jognak számítanak. A ténybeli helyzet, amelyet a siker legitimál, utólagosan válik jogilag is értelmezhetővé. Egy forradalom – vagy maradvány – példánál: a Függetlenségi Nyilatkozat aláírása

⁴⁶ Carl SCHMITT: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Berlin: Duncker und Humblot, 1993) 9.

⁴⁷ Jacques DERRIDA: „Unabhängigkeitserklärungen” in Christoph MENKE – Francesca RAIMONDI (szerk.): *Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen* (Frankfurt/M: Suhrkamp 2011) 150.

– nem önmagában, hanem visszamenőlegesen tekinthető csak jogi aktusnak. Ha sikeres: jogszerűvé válik, ha sikertelen: jogellenessé. Ezt a szemléletet François Ost a *futur antérieur* (befejezett jövő) nyelvtani szerkezettel illusztrálja. Ez a derridai retroaktív legitimáció azonban nem a győztesek ideológiai bűvészmutatványa, hanem az *időbeliség dialektikájából* fakad. Mert ugyan Derrida elismeri, hogy az új jogot megalapozó döntés nem tartozik semmiféle történeti-időbeli folytonossághoz, de – és itt jön a lényeg – mégis ebben játszódik le a születés: mert hiszen a régi jog formáit rombolja le, fészíti szét. Azaz a visszamenőleges legitimáció nemcsak színlelt, de valós, nemcsak retrospektív, de előre tekintő is: hiszen ha *mégis* van (valami), amiben és amivel lejátszódik az egész megalapozás, akkor nem a semmiből születik az új jog sem. Az alapítás egyszerre egy hagyományba (valami meglévőbe) épül bele, miközben az újszerűség lényege – amit Derrida az ígérettel azonosít – ezen meglévőt formálja újra, alakítja át, vagy lerombolva őt, épít belőle valami mást.⁴⁸ Mindez az intézményesedő és az intézményesedett idő dialektikáját mutatja: az intézményesedő idő az intézményesedett idő formáiban jelenik meg. Mert kiszakadni egy tradícióból lehet, de a tradícióból magából nem.⁴⁹ Tehát van fizikális idő a jog előtt, amelyben lineárisan nem jogi aktusok zajlanak, de mihelyt ezen nem jogi aktusokból (forradalom, alkotmányozás stb.) megszületik az új jog, az új jog képes a saját jogi idejébe bevonni keletkezését is, s így visszamenőlegesen jogiasítani a nem jogi előzményeket. Ez a jogi idő dialektikája és sajátosságai.⁵⁰

Egy demokratikus rendszerben a nép elfogadása által jön létre az a jogrendszer,⁵¹ amely immár *visszamenőlegesen* képes a megelőző eseménysorokat saját kommunikációs instrumentáriumával jellemezni, leírni, azaz jogtörténetileg legitimálni. Az alkotmánynak – azaz a jog egészének – legitimációja egy „alapítási elbeszélésben” rejlik:⁵² az állam, a jog, a politika utólagosan *elbeszéli* (igazolja) saját létrejöttét, immáron a létrejött fogalmakat használva. Míg történetileg-lineárisan az elbeszélés (legitimitás) az elbeszélhetőség (politikai döntés) eredménye, addig legitimitás szempontjából megfordul a helyzet, s az elbeszélés ad értelmet az elbeszélhetőségnek. Az alkotmányok érvényességének kérdésénél voltaképp a *normativitás szembekerül a történetiséggel*, s felülírja azt.⁵³ Jefferson aláírása – amely a maga

⁴⁸ Minderről lásd François OST: *Le temps du droit* (Paris: Odile Jacob 1999) 61–64.

⁴⁹ OST 125.

⁵⁰ Vö. KARÁCSONY–TECHET

⁵¹ WALDHOFF 304.

⁵² Vö. Albrecht KOSCHORKE: „Zur Logik kultureller Gründungserzählungen” *Zeitschrift für Ideengeschichte* 2007/2.

⁵³ Josef ISENSEE: „Wechsel, Wandel und Dauer der Staatsformen im 19. und 20. Jahrhundert” in Ulrich LAPPENKÜPER – Joachim SCHOLTYSEK – Christoph STUDDT (szerk.): *Masse und Macht im 19. und 20. Jahrhundert. Studien zu Schlüsselbegriffen unserer Zeit* (München: Oldenbourg 2003) 67., 73.

konkrét időbeli megnyilvánulásakor még értelmezhetetlen aktus volt – az utólagos elmesélés eredményeként mégis értelmet, igazolást, legitimitást nyer.

Nos, az (első) elfogadás tehát nem jogi folyamat. Ám akkor milyen? Milyen indokok okán találkozhat a teremtő (tétélező) akarattal az elfogadó akarat? Miért fogadja el azt az előzetes rendet a nép, amely előzetes rend a jövő jogának – mint felépítménynek – az alapjául szolgál? A *jog követésének* indokai, mint ismert, lehetnek: a szankciótól való félelem (a racionális költség-haszon mérlegelés), vagy a társadalmi imitáció (azaz a jogkövető társak magatartásának utánzása) vagy a belső azonosulás.⁵⁴ Ezen indokok a jogot megalapozó állapot elfogadásánál is megjelenhetnek. Ekként az elfogadó akarat indoka néhányaknál lehet a félelem a további erőszaktól, mások csak igazodnak hozzá, hasonulnak, idomulnak és követik társaik többségét, és bizonyosan vannak olyanok, akik eleve és belsőleg is azonosulnak, egyetértenek az új helyzettel. Egy konkrét forradalom utáni stabilizálódás, konszolidálódás idején is megfigyelhetőek ezek az emberi viszonymagatartások: a félelem, az utánzás vagy az azonosulás okán történő elfogadás. Mindez ismételten a tények normatív erejét bizonyítja: az ember ugyanis eleve hajlamos a ténylegesen bekövetkezett – annak ténylegessége, ismétlődése és mások általi rendszeres gyakorlása okán – normatív, azaz önmagára (is) kötelezőként szemlélni, elfogadni.⁵⁵

⁵⁴ Manfred REHBINDER: *Rechtssoziologie* (München: Beck 2003) 153–155.

⁵⁵ JELLINEK 337.