

Takács Péter<sup>1</sup>

**Opponensi vélemény**

**Techet Péter: Kísérletek a jogpozitívizmus kritikájára és meghaladására  
a német jogtudományban: a decizionista államelmélettől a közigazgatási állam  
koncepcióján át az intézményvédelemig (2018) című PhD-dolgozatáról**

A dolgozat Bevezetésre és öt fejezetre tagolódik. I. fejezet: A jogpozitívizmus ellentmondásai és tévedései Carl Schmitt korai pozitívizmus kritikájának fényében, 12–26., II. fejezet: A pozitívista joglogika hiányosságai, 27–35. III. fejezet: Jogpozitívista alkotmány-és alkotmányozás-konceptió politikai bírálata a német decizionizmus és jogi realizmus irodalmában, 36–93., IV. fejezet: A *Daseinsvorsorge* mint a pozitívizmust meghaladó, közigazgatás alapú államlegitimáció, 94–118., V. fejezet: Az intézmény mint a pozitív jogi kategóriák meghaladása és az intézményvédelem mint a metapozitívista alkotmányvédelem a német jogban, 119–159. E fejezeteket Zárszó (159–160.), Irodalomjegyzék (161–180.) és – elméleti dolgozat esetében szokatlan, bár nem kifogásolható módon – Jogszabálymutató (181.) követi. Az ún. műhelyvitán elhangzott észrevételeket a szerző hasznosította, feldolgozta és azokra reagált. A lábjegyzetek száma 654. db. A hivatkozások pontosak, a szövegezés gondos, a gépelési hibák száma elenyésző.

*Tisztelt Bíráló Bizottság!*

A dolgozat címe és kiinduló problémája alapján többeknek talán Judith N. Shklar emlékezetes megállapítása jut eszébe: „A filozófiai viták ritkán oldódnak meg, néhány inkább elhalványul. Vannak azonban olyanok is, amelyeknek különleges képessége van a túlélésre. Ezek nevezetes példája a természetjogászok és a jogpozitivisták közötti vita.”<sup>2</sup> E már-már örök vitát látva a dualizmusokból és dichotómiákból álló, fragmentált „*Sein-Sollen*-világ” elgondolásával, valamint az ezt teoretikusan megjelenítő kantiánus eszméssel meg nem békélő gondolkodók különböző stratégiákat állítanak fel a kérdés kezelésére. Egyesek a részek szintézisére törekednek, mások a szinopszis lehetőségét keresik, ismét mások pedig túl akarnak menni e tartós dichotómián, mert úgy gondolják, hogy a megoldás valahol „amögött” van.<sup>3</sup> S akadnak olyanok is, akik – a probléma megoldása érdekében vagy más miatt – túl akarnak menni magán a jogon is.<sup>4</sup> A magam részéről szerencsésnek tartom, hogy Techet Péter – bár szembesült egy ilyen perspektívával – más utat választott: a jogpozitívista jogelméletek egyikének hiányait – vagy ahogy egy helyen mondja: (önmagában vett) tartalmi „ürességét”

<sup>1</sup> Tanszékvezető egyetemi tanár, Széchenyi Egyetem, Jogelméleti Tanszék, takacs.peter@sze.hu

<sup>2</sup> Shklar, Judith N.: *Legalism. Law, Morals, and Political Trials* [1964]. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986. 29. o

<sup>3</sup> Ez utóbbi törekvésre a külföldi szakirodalomból lásd pl. Weinberger, Ota: *Beyond Positivism and Natural Law. = An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Szerk.: McCormick, N. – Weinberger Ota. Dordrecht, D. Reideil, 1986. 111–126., Baur, Michael: *Beyond Standard Legal Positivism and „Aggressive” Natural Law. Some Thoughts on Judge O’Scannlain’s „Third Way”*. *Fordham Law Review*. 79. évf. 2011. 1529-539. és Vega, Jesús: *Aristotle’s Concept of Law: Beyond Positivism and Natural Law*. *Journal of Ancient Philosophy*. 4. kötet 2010. 2. szám. (A közgazdaságtanban hasonlóan vö. Caldwell, Bruce, J.: *Beyond Positivism. Economic Methodology in the Twentieth Century*. London, Routledge, 2010.)

<sup>4</sup> Lásd például Techet Péter: *Jogfilozófia a jogon túl*. Varga Csaba: *Jogállami? Átmenetünk? = Kortárs*. 52. évf. 2008/12. sz. és *Társadalomkutatás*. 26. évf. 2008/4. 555-560. Más összefüggésben vö. Falusi Márton: *Mi van a jogon túl? = Iustum Aequum Salutare*. 6. évf. 2010/3. sz. 11–16.

– az alkotmányozás, ún. közigazgatási állam és az intézményvédelem kérdésén át a (közelebről nem meghatározott) „van” felé vitte el. Azt vizsgálta, hogy miként formálódhat meg a jogpozitívizmus (állítólagos) ürességéből az élő jog valósága. Dolgozatának ezt az irányát nagyon jól kifejezi választott mottója, a forgatókönyv- és dalszövegíró Bereményi Géza 2004-es versének részlete: „...megyek a *nincsből* a *van* felé”. Ezt az utat járja a disszertáns is: a dolgozat – különböző kitérőkön keresztül – arról szól, hogy miként lesz a „semmitből” „valami” – a jog terén. Arról, hogy a szerző szerint tartalmi értelemben milyen is (lesz) ez a megszülető „valami”, az olvasónak a disszertáció alapján csak sejtései lehetnek (miként egyébként a leendő „van” konkrétumai abban a dalszövegben is csak felsejlenek, amelyből a szerző a mottót választotta).<sup>5</sup> A szerző nem ezt tekintette fontosnak, hanem a keletkezés, a születés folyamatának leírását: „a *nincsből* a *van* felé” vezető utak egyik lehetséges változatának felvázolását. Annak megmutatását, hogy a pozitívizmus *Sollenje* miként megy át a *Seinbe*.

## I.

A téma elemzéséhez felhasznált szakirodalom jól megválogatott, mennyisége elégséges, sőt, imponálóan gazdag, a hivatkozott források a téma szempontjából relevánsak. A dolgozat analitikus-elemző módszerei igazodnak annak problémátörténeti és problémacentrikus jellegéhez. (Megjegyzem ugyanakkor, hogy az, amikor a dolgozat szerzője Hans Kelsen elméletét tekinti „a pozitívizmus” archetípusának, bizonyos mértékben determinálja a későbbi okfejtéseket, egy meghatározott irányba terelve figyelmet. Erre még visszatérek.) A disszertáns a forrásokat önállóan és értő módon kezeli. A dolgozat folyamatosan magas színvonalú, s különösen a jog- és alkotmányelméleti részben intellektuálisan izgalmas, inspiráló elemzéseket ad. Az írás stílusa jó, a munka nyelvi színvonala igényes. A dolgozat számos kapilláris csatornán keresztül csatlakozik mind a

<sup>5</sup> Vö. Bereményi Géza – Cseh Tamás: *Megyek az utcán.* = *Cseh Tamás: Esszencia.* Hungaroton. 2007. (A „sejthetőségek” dőlten kiemelve e sorok szerzője által.)

„Megyek az utcán lefelé,  
nyitott kabátban hazafelé,  
lehet úgy fél hét felé,  
megyek a *nincsből* a van  
felé.

Dombos az én utcám,  
csúcspontján túljutván  
lejtmenet lendít meg,  
szárnyasan lépkedjek.

2004, 2004,  
itt van az év, ez az az év,  
hogy *semmit se adj*,  
*semmit se végy*,  
2004 van fél hét felé.

és azt kell éreznem,  
hogy célba érkeztem,  
és talán lefekszem,  
végre is lefekszem.

Cipőmben ott az üzenet,  
az hajtja összes léptemet,  
visznek szárnyas bokák,  
minden lépésnél van tovább.

És *visszapillantva*  
*nem látok én vissza,*  
*mit kezdetben tettem meg,*  
*csúcsvonal takarja.*

Megyek utcámon, lefelé,  
nyitott kabátban hazafelé,  
megyek egy *fényes ház felé*,  
jó lesz majd ottan hét felé.

És talán lefekszem,  
a földön elfekszem,  
és azt kell éreznem,  
*nincs már mit végezmem.*

Jönnek a házak, oszlopok,  
*túl vagyok rajtuk, túl vagyok,*  
táncolok *nincsből* a van felé,  
fél hétből megyek a hét felé.

Tovább az utcán lefelé,  
jövet a *nincsből* a van felé,  
veletek, házak, oszlopok,  
veletek együtt úgy futok.

Jó lesz a kedvem majd,  
rántom az ajtókat,  
bútorok ott majd bent  
mind elém térdelnek,

Hát ilyen az utcán, lefelé,  
nyitott kabátban, hazafelé,  
érezve, hogy *minden*  
*csak az övé,*  
*aki ezt így rendelé.*”

Megyek az utcán lefelé,  
viszem a *nincset* a van felé,  
és *minden hálám csak az*  
*övé,*  
*aki ezt így rendelé.*

Megyek az úton lefelé,  
2004 estefelé,  
és ő még azt is jól rendelé,  
hogy senki sem mondja,  
gyere bé.

(2004/2007)

hazai,<sup>6</sup> mind a német kortárs szakirodalomhoz. Az értekezés kiérlelt, átgondolt munka, koncepciója eredeti, egy ahhoz kapcsolódó határozott gondolati struktúrával, s abban számos megalapozott elemzést olvashatunk.

Mivel az opponensi vélemény műfaji szempontból nem bűnügyi regény (krimi), ahol a rejtélyekre mindig a végén derül fény, már itt előrebocsátom javaslatomat. Megítélésem szerint a disszertáció szerzője bebizonyította, hogy rendelkezik azzal a tudással és azon képességekkel, melyeket a jogszabályok és az egyetemi szabályzatok a Ph.D. minősítéshez megkövetelnek. Azt javaslom: a Bíráló Bizottság olyan előterjesztést tegyen a PPKE Doktori Bizottsága felé, hogy az – a nyilvános védésen elhangzottaktól is függően, de javaslatom szerint a legkiválóbb minősítéssel – *ítélje oda* Techet Péternek a *doktori (Ph.D) fokozatot*. E javaslatot előrebocsátva alább a dolgozattal kapcsolatban megfogalmazok további konkrét érkelő megállapításokat, és teszek kritikai megjegyzéseket is.

## II.

Az értekezés szerkezete a következő. A probléma exponálása (I. fejezet) és az azt kiegészítő vagy szemléltető kitérő elemzések (II. fejezet) mellett a dolgozat lényegében három további fő részből áll: egy sajátos alkotmány- és alkotmányozás-koncepció kifejtéséből, a „közigazgatási állam” egy meghatározott elméletének elemzéséből, valamint az intézmény-fogalom újragondolásából, ideértve az intézményvédelem és az alkotmányvédelem lehetőségeinek mérlegelését is (III-V. fejezetek).

A probléma exponálásaként Hans Kelsen elméletének gyengeségeit látjuk. E gyengeségeket Techet Péter több területen külön okfejtésekben is szemlélteti, melyek közül egyesek – például a joglogika és az érvelés terén Giovanni Tarello vagy Chaïm Perelman elmélete kapcsán jelzett összefüggések – akkor is érdekesek, ha a sokat látott (mert idősebb) olvasó számára e kis „betétek” végeredménye talán nem túl meglepő. „Az újszülöttnak minden vicc új” – szokták mondani kissé esetlenül, s nincs abban semmi kifogásolni való, tehetjük hozzá, ha az újszülöttek, vagyis hát az ifjabb generáció tagjai nemcsak mondogatják ezeket, de jókat is nevetnek rajta.

A szerző – miután a kelsenii jogtant a pozitivizmus „nem meghaladott és alig meghaladható elméletének” nevezi (8.) – hosszú oldalakon lényegében a pozitivizmus meghaladásának útjait keresi. Ehhez Carl Schmitt elméletét választja afféle arkhimédészi pontként, ahol lábát megvetheti, s ahonnan kimozdíthatja helyéről a kelsenii univerzumot. Ez általában véve is jó választás, a dolgozattól azonban e XX. századi nagy vitának egy érdekes – szerintem a kérdés szakirodalmában is újszerű – aspektusa is elénk tűnik. Nevezetesen Techet a pozitivisták jogfogalmát Carl Schmitt egyik korai műve (*Der Wert des Staates...*) alapján bírálja, s ennek során több meglepő és elgondolkodtató megállapítást tesz (16-19.). Miután Kelsent, főleg korai művei alapján, lényegében imperatív-voluntarista gondolkodóként mutatja be (aki „a jog forrását – idézve a dolgozattól – a politikum tetszőlegességéhez köti”), hozzá adresszálja a decizionizmust is. E korai kelsenii decizionizmust (!) – olvashatjuk meglepődve – (az egész életében a „jog legitimitását kereső”) Carl Schmitt bírálta,<sup>7</sup> aki ekkortájt nem volt megelégedve „a legalitás

<sup>6</sup> A „hazai kortárs szakirodalomhoz” fordulat elsősorban az I-III. fejezetre áll; megjegyezve, hogy a IV, s főleg az V. fejezetben tárgyalt témakörnek (intézmény, intézményvédelem, alkotmányvédelem) vagy nincs közvetlen hazai szakirodalma, vagy ha van is, az (alkotmányjogi területen) az angolszász tradícióhoz kötődik, más vonatkozásban pedig ma már csupán történeti értékkel bír.

<sup>7</sup> Figyelembe véve az érett kelsenii elmélet újkantianus jellegét érdekes kiegészítése e különös problémafelvetésnek, hogy az önálló utat kereső Schmitt e korszakában az újkantianus filozófia egyik korabeli fellegrárához, a strasbourgi (akkor: sträßburgi) egyetemhez kötődött; ha nem is intellektuálisan, de „egzisztenciálisan”. Érdekes az is, hogy Schmitt elméletét a szerző több helyen (pl. 16.) és több okból

esetlegességével, formalizmusával, önkényességével” (16.). Akár helyesek ezek a megállapítások, akár nem (amit az itteninél részletesebb szakmai reflexió során tudnánk eldönteni), a disszertáció szerzőjének jogfilozófiai érzékenységét és elemzőképességét dicsérik.

A lényeg az, hogy a Techet Péter által bemutatott pozitívizmus „a normativizmus és decizionizmus keveréke” (18. 22.j.) , amely nem képes jogilag megmagyarázni a jog érvényességét. Bár létezik másfajta pozitívizmus is, a kelseninek vitathatatlanul megvan az a hibája, hogy kantianus előfeltevései miatt könnyen beletörődött saját korlátozottságába. Ezzel kétségtelenül hozzájárult ahhoz, hogy a pozitívizmus bírálói a vidámparkokból ismert „pofozógépként”<sup>8</sup> használják.

A kelsen elmélet meghaladása, illetőleg a *Sollen Seinné* válása lehetőségeként Techet Péter három fő témát mutat fel és elemez részletesen. Így foglalkozik

(A.) a jogpozitivisták alkotmány- és alkotmányozás-koncepció bírálatával, s egy jogontológiai – vagy ahogy ő nevezi: realista – alkotmányelmélet lehetőségével;

(B.) a „*Daseinvorsorge*” koncepciójára épülő államelmélettel, vagyis Ernst Forsthoff közigazgatási elméletével; valamint

(C.) a német jogban és jogi gondolkodásban kialakult ún. intézményvédelem, ill. alkotmányvédelem kérdéseivel.

E három téma a szerző érdeklődésének tükrö; a külső szemlélő számára ezért talán kissé esetlegesnek tűnnek, ugyanakkor indokolhatóak és mindannyiunk figyelmére érdemesek.

A. Az alkotmányelmélet terén főleg az érvényességgel, a legalitással és a legitimitással kapcsolatban kifejtettek inspirálhatják az olvasót. A szerző arról beszél, többek között persze, hogy miként jön létre az alkotmány – az alkotmányjogi normákon túl és azok felett –, s miként igazodik ahhoz az érvényes és érvényesülő (valóságos) jogrend. Az elemzés alapja Carl Schmitt *Verfassung* és *Verfassungsgesetz* közötti megkülönböztetése; a végeredmény a kelsen „érvényesség-származtatás” kritikája és az állítólagos „fiktív ontológia” bírálata (58-53.). Christian Winterhoff álláspontját erősítve Techet Péter is úgy véli, hogy Kelsenél a „levezetési elv” alkotmányozás esetén egy bizonyos ponton „csődöt mond” (48-49.). Ezt szerintem azért gondolják így, mert a problémát – a német szakirodalom egy jelentős részével egyezően – csak a normatív rendszeren belül vizsgálják (vagyis éppen hogy nem ontológiaként), s nem veszik figyelembe, hogy az „érvényesség-származtatást” Kelsen sosem gondolta kiterjeszteni magára alkotmányozásra. S ha így tette, abban igaza volt: az alkotmány ugyanis sosem lehet érvényes vagy nem érvényes (ami nem ugyanaz, mint amikor valaki azt mondja valamiről, hogy az „a jogászai gondolkodásban érvényesnek feltételezett”), s így az „érvényesség-származtatás” kiindulópontja nem lehet sem egy valódi, sem egy fiktív ontológia alapja.

Abból persze, hogy egy alkotmány esetén annak „valóságos” érvényességét nem vetjük föl, még nem következik, hogy *más módon* – s akár a jogrendszer megalapozása

---

„természetjogias koncepciónak” nevezi. Az meg, hogy Kelsen elméletének korlátozottságát valaki Carl Schmitt korai elméletében valóban fellelhető „normativista természetjog” alapján mutatja ki, már-már frivol. Mindehhez persze érdemes hozzátenni, hogy a korszak szinte hemzseg a pozitívizmussal szembe forduló nem-természetjogi, de „természetjogias” koncepcióktól (mint amilyen például a szabadjogi iskola elmélete, az amerikai jogi realizmus előfutárának, Holmes-nak a jogfogalma, sőt, nem sokkal később talán még Leon Petrażycki jogelmélete is, stb.), s az sem biztos, hogy a decizionizmus ne lappangana ott már ekkor Schmitt elméletében (is).

<sup>8</sup> A vidámparkok e jellegzetes eszköze („pofozógép”) olyan készülék, amely elviseli, hogy minél nagyobbat üssenek rá, s a legerősebb ütés hatására még egy a lámpa is felgyullad rajta, sőt, talán még csilingel is. A lámpa jelen esetben akkor gyullad ki, amikor „hipotetikus alapszabály” úgy tűnik elénk, mint valami *álczandó* dolog, aminek valódi természetét megalkotójának – bár talán szerette volna, de – nem sikerült elrejtene. A csengő pedig azoknak csilingel, akiknek eszébe jut, hogy az idős Kelsen – egyik postumus megjelent (1979) kéziratában – hipotetikus alapszabályt *fikciónak* nevezte.

kontextusában is – ne vizsgálhatnánk kiválóságát vagy gyarlóságait. A szerző figyelmébe ajánlanám például annak végiggondolását, hogy egy alkotmány nem „érvényes” vagy „érvénytelen”, hanem (valamilyen mértékben) *legitim* vagy *nem legitim*, *legitimált* vagy *delegitimált*, illetőleg *legitimációs* és/vagy *delegitimációs folyamatoknak alávetett*. Ez az azon való elgondolkodást is jelenti, hogy aki lezárja a gondolatrendszerét a (jogi) „érvényesség”-fogalom határainál, s valamilyen okból nem hajlandó átmenni az olyan társadalmi-politikai fogalmak birodalmába, mint amilyen a „legitimitás”, az vajon csinálhat-e legalitást a legitimitásból, ahogy a szerző írja.<sup>9</sup>

Azzal viszont teljes mértékben egyetérthetünk, hogy a jogi pozitivizmus régi hibája a jog kizárólag önmagában való, ezért részleges vizsgálata, „nem észrevéve a létezővel, mint befogadó-alkalmazó-értelmező közeggel való ontológiai és komplex kapcsolatrendszerét” (70-77). A pozitivistáknak ugyanis „a két szférát szétválasztja, és ismeretelméletileg kezelve, logikailag eleve is szétválasztottnak tartja” (uo.). Ezért hanyagolja el a jog érvényesülésének vizsgálatát, ideértve az alkotmány érvényesülését is.

Mivel pedig egy alkotmány esetén az érvényesülés az alkotmányozó hatalom akaratának más akaratok kontextusában történő érvényesülésétől is függ, egy ontológiai szándékú elemzésnek, mint amilyen Techet Péteré, az akaratok világára is ki kell térnie. Techet ezt konzekvensen meg is teszi, s elemzése részletesen kitér az olyan akarati aktusokra is, amelyek a *Sollenből* a *Seinbe* és a *Seinből* a *Sollenbe* való átlépést teszik lehetővé. „A szuverén alkotmányozó akarat sikere az elfogadástól függ” – állítja újra Winterhoffra utalva (74.), majd a „konkuráló tételező akaratok” ábráját (75.) magyarázva a „nép elfogadó akaratára” utal. A fogalmakkal való bíbelődés során e részben sok okos dolgot mond ki, s csak néha gabalyodik bele saját fogalmi hálójába. Érdekes volna okfejtéseit Erich Kaufmann népakaratról kifejtett elméletére<sup>10</sup> vonatkoztatni, és annak kontextusában is leellenőrizni.

Mint emlékeztetés, Kaufmann egyik fő kérdése az volt, hogy valóságos dolog-e a nép akarata, vagy csak olyan fiktív valami, amire a politikusok hivatkozhatnak és beleírják az alkotmánytörvények szövegébe. E kérdés azért is jogos, mert a *népakarat* fogalma – mint Kaufmann megjegyzi – a *népszellemét* feltételezi, márpedig – tehetjük hozzá posztmodern játékosággal e régi gondolathoz – a népszellemmel még senki sem találkozott. Úgy legalábbis biztosan nem, hogy felültették a Népszellem Vasújtárára, mint annak idején Bástyá elvtársat a Szocialista Szellem Vasújtárára. Vagyis a népakarat nem olyasmi, ami egyszer csak benéz az ablakon. Ettől azonban, amint azt tapasztalatból is tudjuk, nagyon valóságos jellegű: olykor elsodor uralkodókat, a történelem süllyesztőjébe küld pártokat, megváltoztat államokat és így tovább. Mivel azonban szétszórt és formátlan, csakis a „rákérdezés” hívja elő, és ez képes aktualizálni. Vagyis komolyan véve Kaufmann üzenetét (melytől Techet álláspontja szerintem nem áll távol) a népakarat *válasz-jellegű*, s ezért csak igennel vagy nemmel tud megnyilvánulni. A döntő probléma így az, hogy *ki* kérdezheti meg a népet, *mikor* és *hogyan*? Ezt az a népakaratot megformáló intézményi rend<sup>11</sup> határozza meg, mely egyben korlátot is jelent számára.

## B. A gondoskodó állam és közigazgatás viszonya kapcsán a disszertáns azt

<sup>9</sup> Miután Kelsen (állítólag) „jogtalanította a jogot”, és „államtalanította az államot” – olvashatjuk a disszertációban –, elméletében „a legitimitás fogalma... a legalitáséba csúszott át” (18.). Ugyanilyen okból nem helyes szerintem „érvényesség-kollízióról” beszélni, vagy azt mondani, hogy valamely elméletben ütközik „a jogi és a szociális érvényesség” (61.). A jogi, a szociális és a politikai érvényesség ütközése esetén a dolgozatban sok esetben helyesebb volna *delegitimációs folyamatról* beszélni, vagy annak egy szakaszára utalni.

<sup>10</sup> Kaufmann, Erich: *Zur Problematik des Volkswillens*. Berlin–Lipcse, W. de Gruyter, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 17, 1931.

<sup>11</sup> Ezen intézményi rendnek a jogon kívüli „nagydarab megmondóemberek” és a hozzájuk hasonlók természetesen nem részei, de lehetnek „őrei” vagy „förgalmistái”.



hangsúlyozza, hogy Forsthoff elméletének vizsgálatát azért illeszti dolgozatába, mert Forsthoff a közigazgatási jogot „metapozitivistán fejlesztette ki”, miközben kitarthat egy pozitivista alkotmányjog eszméje mellett. Ebben igaza is van, hisz van némi feszültség Forsthoff alkotmányjogi és közigazgatási jogi elmélete között, melynek részleteibe itt sajnos nem bonyolódhatunk bele. Ebben a részben is sok okos dolgot olvashatunk, például az állam „minőségi” és „mennyiségi” totalitása közötti viszonyról,<sup>12</sup> és az „eltársadalmiasult államiság” következményeiről.

A szerző állítása szerint a gondoskodás és a gondoskodó közigazgatás „az államnak” új legitimitációt ad: „A »*Daseinvorsorge*« éppen azt biztosítja– olvashatjuk –, hogy az állam ... új metapozitív legitimitást és igazolást nyerhessen” (97.). Megjegyezném, hogy a legitimitás fogalmát az államelméletben már nem használják magára az „államra” (abban az értelemben, ahogyan azt Georg Jellinek tette 120 évvel ezelőtt,<sup>13</sup> amikor is az állam létének, elvi szükségességének általános *igazoltságáról* – indokoltságáról – beszélt). A legitimitást inkább államrendszerekre, politikai formákra, államtípusokra és alkotmányos konstrukciókra vagy kormányzati rendszerekre vonatkoztatják. Ez azért érdekes, mert Forsthoff végül is valójában a jóléti-szociális államról és annak közigazgatásáról és legitimitációs potenciáljáról<sup>14</sup> beszélt (pozitívan), még ha alkotmányos státuszával kapcsolatban voltak is fenntartásai. Az ezzel kapcsolatos bonyolult problémákat a szerző egyébként igen jól érzékeli, s öröndetes, hogy a kérdést immár a magyar szakirodalomban is ilyen igényesen tárgyalják.

C. A disszertáció alapkérdésének feloldásával kapcsolatos útkeresés harmadik nagy témaköre az ún. *intézményvédelem* kérdése. Itt a szerző azt a kérdést veti fel, hogy egy alkotmány *lényege* miként védhető meg az alkotmányi *normák* megváltoztatása révén való változástól. Ezt részben a weimari, részben a bonni alkotmány vonatkozásában vizsgálja (a német szakirodalom alapján); a kifejtetteknek a magyar valóságra vonatkozatható összefüggései sajnos homályban maradnak. A szerző fő tézise: az *intézmények tana* lehetővé teszi a védendő jogtartalmak metapozitív megalapozását – akkor is, ha ezen tartalmak pozitív jogilag nincsenek lefektetve.<sup>15</sup> Az ezt tárgyaló fejezetben – a gazdag (német) szakirodalom, a szofisztikáltan kifejtett részösszefüggések és a számos továbbgondolásra ösztönző okfejtés ellenére – nem mindig válik el konzekvensen az *intézmény*, a *jogintézmény*, az *alkotmányos intézmény*, az *alkotmány által védett intézmény* fogalma, s ez a szerző gondolatmenetének követését kissé nehézzé, egyes megállapításait ellentmondássá<sup>16</sup> teszi. Ez

---

<sup>12</sup> E fejtegetéseket – részben a számomra kissé ezoterikusnak tűnő terminológia miatt – itt nem követem, utalva arra, hogy e részeket a bizottság több tagja – akár a lukácsi, akár a schmitti elmélet talajáról – nálam egyébként is értőbb módon képes megítélni majd.

<sup>13</sup> Jellinek, Georg: *Allgemeine Staatslehre* [1900]. Berlin, O. Häring, <sup>3</sup>1914. 184-229.

<sup>14</sup> E legitimitációs potenciál egyébként – tennem hozzá – konkrét esetekben meglehetősen sérülékeny is, hiszen ha a „szolgáltató állam” nem szolgáltat elég hatékonyan, az akár (értelemszerűen azzal a feltétellel, hogy e kérdések nyilvános diszkusszió tárgyává tehető) delegitimitációs hatású is lehet.

<sup>15</sup> Az elemzés kulcsfigurája e tekintetben is Carl Schmitt, akit (mivel azt állította: miközben az alkotmánytörvény a fennálló jogrendszeren belül is megváltoztatható, az alkotmány azon politikai döntést jelenti, amely az alkotmánymódosítás útján nem, hanem csak egy új politikai döntés révén érinthető) a szakirodalomban olykor institucionalistának mondanak. Érdekes dolog ezt a fajta institucionalizmust a pandektisták által kimunkált jogintézmény fogalmával, sőt általában Carl Friedrich von Savigny tanaival összekapcsolva látni. Az, hogy ez a kapcsolat megalapozott-e, szerintem ugyanúgy további vizsgálatokat igényel, mint Maurice Hauriou Carl Schmittre gyakorolt hatásának megítélése. Az én ismereteim szerint az utóbbi vonatkozásban valószínűleg könnyebb lesz hatásmechanizmusokat kimutatni, mint az előbbi esetén.

<sup>16</sup> Annak kijelentése például, hogy lehetnek olyan esetek, amikor „az intézményi garancia nem egy konkrét tartalmat véd...hanem az intézmény intézménykénti létét”, még akkor is meglehetősen problematikus, ha Gerhard Anschütz tekintélyére hivatkozva mondják. Anschütz szerint (vö. 141.) az is „intézményi garancia”, ha egy jogintézményt „az alkotmányban rögzítenek, anélkül, hogy tartalmát meghatároznák”. Am ha az

utóbbiak azonban összességében nem zavaróak – inkább afféle beszélgetésre ösztönzik az olvasót.

### III.

Végül, egy gondolat erejéig visszatérek a kiinduló problémához. Mint jeleztem, helyes, ha valaki – jogászként és jogtudósként – nem akar „túlmenni” a pozitívizmus és természetjog dualizmusán, de legalábbis magán a jogon. A dolgozat meggyőzően megmutatta, hogy e határokon belül is lehet értelmes vizsgálódásokat folytatni alkotmányról, államról és jogintézményekről. Antipozitivisták hangszívi ellenére Tschet Péter a *Zárszóban* ki is mondta, hogy „a pozitívizmust ... nem meghaladni kell – pusztán látni, hogy a pozitívizmus a már kész, már érvényes, már tétélezett jogról szól, azt írja le, azt rendez (160.)”.

Ám amikor ehhez azt is hozzátesszük, hogy „a jog tartalmát, célját, érvényesülését, megszületését... a pozitív jogon túl (előtt) kell megtalálni”, akkor – szerintem – e *tartalomról*, célról, érvényesülésről, tehát a születő félben lévő „van” mibenlétéről és jellemzőiről nem lehet szinte semmit sem mondani vagy csak általánosságokban nyilatkozni (például a demokrácia és a jogállam társadalmi, jogi vagy etikai feltételeire való utalással).<sup>17</sup> A dolgok sejtetéséhez természetesen ez is elég. Az ilyesmi azonban mit sem ér, ha valaki esetleg azt vetné fel elméletünk ellenében, hogy pozitív jog és jogpozitívizmus nem-demokratikus és nem-jogállami viszonyok között is létezik, ám a dolgozatban leírtak – például a *Daseinvorsorge* és az intézményvédelem, stb. – ott egészen *máshogy* működnek, vagy talán egyáltalán *nem* működnek. Vagyis szerintem egyértelművé kell tenni, hogy a kifejtett elmélet szempontjából van-e, s ha igen, mi a különbség az olyan világok között, ahol „a [pozitív] törvény csak a kólát védi”,<sup>18</sup> és ahol annak más céljai is vannak.

Ezért e kiváló dolgozat értékelésének befejezéseként csak annak a bizakodásnak tudok hangot adni – Térey János 2011-es versét idézve –, hogy az a „van” (*Sein*), ahová Tschet Péter elmélete el kíván jutni,<sup>19</sup> nem „az alázóduló vörösiszapban” vagy az „életre trombitált múzeumban” lesz. Ott ugyanis „nagydarab megmondóemberek ragadnak pálcát”, hogy befogják a „pörös szájukat”, s „tisztázás”, *Daseinvorsorge* és intézményvédelem helyett csak „lágymaszat” található.<sup>20</sup>

---

„intézményi garancia” nem egy konkrét tartalmat véd, akkor – tehetjük hozzá – vagy nem véd semmit, vagy csak akkor véd bármit is, ha tartalmának kialakítása nyilvános diszkusszió tárgya lehet.

<sup>17</sup> Például: „Jogszabályok – olvashatjuk a dolgozatban – önmagukban nem teremtenek se demokráciát, se jogállamot, ahhoz megfelelő értelmező közegre, egyéni és társadalmi akaratra van szükség. ...egy demokratikus jogállamhoz ugyanis nemcsak jogszabályok, de jogalanyok is kellenek” (159.). Ezt úgy is értelmezhetjük, hogy a „demokratikus jogállam” tulajdonképpen nem rossz dolog – már ha a jogalanyok is így gondolják! Ugyanígy: „Jogállamról csak ott beszélhetünk, ahol a jogtétélező és jogértelmező akarat nem akarja a jogállam tartalmi elveit, eszméjét... meghaladni, hanem korlátozza önnön akaratát. A jogállam nem más, mint akaratunk korlátozása. Jogállam csak ott lehetséges, ahol a mindenkori törvényhozó nem akarhat bármit (jogi korlát) – és nem is akar bármit (egyéni erkölcsi korlát)” (*ugyanott*). Ezt meg úgy: a jogállam sem rossz dolog – már ha a jogszabályok és a törvényhozó erkölcsi megengedik.

<sup>18</sup> Vö. Röhrig Géza: „nem jó egy olyan országban élni, | ahol a törvény csak a kólát védi...”. = *Huck@ebelly*. 1988.

<sup>19</sup> Hiszen – természetesen fel – *valahová* biztosan el kíván jutni, ha választott mottója teljesebb dalszövegét komolyan vesszük: vö. „cipőmben ott az üzenet, | az hajtja összes léptemet” (lásd 4. sz. jegyzet). Az adott szerzőtől ugyanígy, de számonkérőbben: „Hova is, hova is, táncosok, | kérem a célját az útnak...”; Vö.: Bereményi Géza: Polka. = Bereményi Géza – Cseh Tamás: *Új dalok*. Gong, 1990.

<sup>20</sup> Utalás Térey János: *Magyar közöny* (2011) című versére. (Az utalások dőlten kiemelve e sorok szerzője által.) Vö.:

---

„Fölpaprikázva, s megvezetve, népem,  
Nyakadban ízlésed szerinti úrral,  
Ha olvasol, hát félreolvasol,  
És fényes nappal vészharangozol;  
Tárulkozó elfojtásodat értem.

Kőbe vésett alkotmány a jutalmad!  
Fék: nem bilincs. Otthonos lett a káosz,  
*A tisztázás helyett a lágy maszat.*  
*Pörös szájak befogva? Nagydarab*  
*Megmondóemberek pálcát ragadnak.*

Legyintve szerteszét és számolatlan,  
Él a kedély. Lakájkultúra tombol,  
Kilincselők a nábob ajtaján...  
Pirul a boldogságos tartomány  
*Az alázúduló vörösiszapban.*”

Ki legnagyobb vagy önmagasztalásban  
S öngyűlöletben, önkorlátozásban,  
Göggel tudsz elfordulni, sérteni,  
Sértődni, mint egy félretolt zseni!...  
Két féltekéd nehéz szívvel bejártam.

*Az életre trombitált múzeumból*  
Üzennek tekintetes vármegyéid!  
És műveletlen főispánjaid  
Gondozzák a föld szekérvárait;  
S egymást elvéteni késztet az undor.

(2011)