

Újabb adalékok a jurisztokratikus állam elemzéséhez

A korábbi cikkemben jurisztokratikus állam különböző aspektusainak feltérképezésével az analitikai rendező kategóriát jelentő államtípus demokratikus államtípussal való szembeállítását igyekeztem elvégezni.² A mostani elemzés két oldalról igyekszik további részletesebb megvilágítást adni a jurisztokratikus állam megértéséhez. Az első rész az ide vezető utat jelentő alkotmánybírói funkcióbővülést veszi tüzetesen szemügyre, ahogy az elmúlt bő harminc évben az addig alig néhány országban létező alkotmánybírásgból mára a világ minden kontinensén elterjedve az egyre nagyobb kompetenciával rendelkező alkotmánybírásgok sokasága létrejött. A második rész - elfogadva a demokrácián nyugvó államtípus néhány jellemzőinek háttérbe szorításán nyugvó jurisztokratikus állam realitását – azt kívánja megvizsgálni, hogy a jurisztokratikus állam legitimációját biztosító jogi-alkotmányjogi érveléssel működő, jelenlegi döntési mechanizmusok milyen torzulásokat mutatnak, és hogyan lehetne ezeket a legitimációnak jobban megfelelő szintre feljavítani, és így “megnemesíteni” a jurisztokratikus államot.

Az alkotmánybírásgok funkciói - realista perspektívából

Az 1970-es évek közepén az Egyesült Államokon kívül Európában csak három országban működött alkotmánybírásg, míg napjainkra Latin-Amerikában, Európában, Ázsiában és Afrikában lassanként a többségbe kerülnek azok az országok, ahol működik az alkotmánybírásg valamilyen formája. E mellett az új és új alkotmánybírásgok egyre szélesebb jogköröket kaptak az államhatalom ellenőrzésében és a jog alakításában. A következőkben az első részben ez a funkcióbővülés kerül elemzésre. Ezt követően az alkotmánybírásgok egy részének nemzetközi bírásgok funkcióval ellátása és ennek következményei kapnak kiemelés; végül a funkcióellátás folyamán létrejövő néhány tipikus torzulást mutat ki az elemzés. Lezárásként és kitekintésként az alkotmánybírásgok és a felsőbírásgok hatalmi szerepének növekedése révén a jurisztokratikus állam megjelenését veti fel a tanulmány.

Az alkotmánybírásgok funkcióbővülése

Az alkotmánybírásg eszméje a világ első szövetségi államát létrehozó Egyesült Államokban vetődött fel az 1800-as évek elején, és ekkor egyetlen funkciót társítottak ehhez az intézményhez. A szövetségi és a tagállami törvényhozás menetében ugyanis összeütközött a szövetségi alkotmányban taxatívan felsorolt szövetségi állami hatáskör a tagállamok hatáskörével, és nem volt semmilyen intézmény ennek feloldására. A Szövetségi Legfelsőbb Bíróság vezetője, John Marshall főbíró 1803-ban arra a belátásra jutott, hogy az ilyenfajta ütközéseket nekik kell majd mindig feloldaniuk. Így tehát a törvények alkotmányi hatáskör-leírásnak megfelelését vagy éppen a hatáskör-túllépését célzó ellenőrzést tekintették az alkotmánybírásg funkciójának. A pusztán hatásköri bírásgot jelentő alkotmánybírásg aztán az 1800-as évek második felében kibővült az Egyesült Államokban, és a szövetségi alkotmányhoz fűzött alkotmánykiegészítések révén beemelt

¹ Alkotmánybíró, egyetemi tanár, ELTE ÁJK, az MTA Doktora, e-mail: pokolb@ajk.elte.hu

² Lásd Pokol Béla: A jurisztokratikus állam felemelkedése. Jogelméleti Szemle 2017/1. sz.

alkotmányos alapjogokhoz is mérni kezdték a vitatott törvényeket. Ezzel a kezdeti alkotmánybíráskodás pusztán formai szempontú törvénykontrollja egyrészt tartalmi jellegű felülvizsgálattá is vált, másrészt mivel a viszonylag pontos hatásköri szabályokhoz képest az alkotmányos alapjogok általánosabb és nyitottabb jellegűek - ami szabadabb bírói mérlegelést tett lehetővé -, ezért ez az újonnan létrejött tartalmi felülvizsgálat fokozatosan erőteljes politikai centrummá is tette az alkotmánybíráskodást a törvényhozás felett.

Európában nagy tisztelettel figyelték a törvényhozás felett az alkotmányos rendelkezéseket folyamatosan számonkérő amerikai alkotmánybíráskodást, és a szövetségi államiságot szintén megvalósító Svájcban az 1874 május 29.-i alkotmánymódosítással lehetővé tették, hogy a kantonok és a szövetségi állam vitáiban döntő Szövetségi Bíróság előtt az állampolgárok is panasszal támadhassák meg az alkotmányos jogaikat sértő állami aktusokat.³ Az osztrák tartományok és a szövetségi állami intézmények közötti viták feloldására a neves osztrák államjogász, Georg Jellinek 1885-ben egy kiterjedt jogkörökkel rendelkező alkotmánybíráskodást tervezett el tanulmányában. Ebben már széles körben megjelent az előbbieken túl a parlamenti törvényhozás sokoldalú alkotmánybírói kontrollja, és a választások lefolyása feletti alkotmányos ellenőrzés éppúgy bekerült az alkotmánybíráskodás funkciói közé, mint a minősített többséget követelő alkotmánymódosító törvények védelme a egyszerű törvényekkel szemben.⁴

Az alkotmánybíráskodás intézményének átvétele aztán Európában - az e szempontból csak csonka svájci előkép után - 1920-ban történt meg Ausztriában azzal a módosítással, hogy itt az eredeti helyén a rendes bíróságok által ellátott alkotmánybíráskodást külön szervezett alkotmánybírószágra bízta, és ez már előre jelezte ennek jellegváltozását. Georg Jellinek terveitől eltérően - aki a legfőbb osztrák bíróságot, a Bundesgerichtshofot tervezte felruházni az alkotmánybíráskodás funkciójával, ahogy az a mintát adó Egyesült Államokban is létezik - a ténylegesen megvalósult osztrák alkotmánybírószágot teljes mértékben elkülönült a rendes bíróságok hierarchiájától és alapvetően nem bírák, hanem egyetemi jogászprofesszorok és ügyvédek kerültek bele alkotmánybíróként. Az akkori szociáldemokrata parlamenti többség ugyanis a legkevesbé sem bízott a konzervatív osztrák felsőbírói karban, és megfelelőbbnek látta, ha az elkülönített alkotmánybírószágra a baráti szociáldemokrata jogászprofesszorok és hozzájuk húzó más jogászok kerülnek be. Ez annál inkább is fontos volt a különálló alkotmánybírószágot eszméjének létrejötténél, mert ez az újfajta alkotmánybíráskodás Ausztriában eleve nem a bírói perek végére illesztve került, és így végezte el az éppen alkalmazott törvényi rendelkezések alkotmányhoz mérését, hanem a parlamenti törvényeket a létrejöttük után közvetlenül meg lehetett támadni. Ezzel a módosítással pedig az alkotmánybíráskodás a parlamenti kormánytöbbség és az ellenzéki pártok állandó vetélkedésének a középpontjába került, és lényegében politikai döntőbíróvá vált a létrejött törvények alkotmányos ellenőrzése közben.

Az alkotmánybírószágot funkcióváltozásai menetében a következő mérföldkő a második világháború utáni újjárendezés volt a legyőzött Németországban és Olaszországban, ahol a megszálló amerikai csapatok vezérkarai által levezényelt alkotmányozás adta meg az alapokat. (Az Egyesült Államok által ellenőrzött átmeneteknél ez addig elmegehetett, hogy például Japán részére az amerikai megszálló csapatok jogászai írták meg teljesen az alkotmányt, és ezt csak lefordították utólag japán nyelvre.⁵) Bár otthon Amerikában a rendes

³ Lásd Georg Jellinek: Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich. Alfred Hölder K. K. Universitäts- und Buchhandlung, Wien. 1885. 57. p.

⁴ Lásd Jellinek id. mű 10-52.p.

⁵ Noah Feldman írja, hogy a japán alkotmány külső, rákényszerített jellege a hatályba lépés után tíz év múlva a japán közvélemény tudomására jutott, és ekkor egy bizottságot hoztak létre az alkotmány rendelkezéseinek átvizsgálására és esetleges revíziójára, de végül mindent megtartottak benne, ami ma már nem lenne elképzelhető - teszi hozzá - az alkotmányok belső legitimitásának igénye miatt: „Less than a decade after the adoption of the Japanese Constitution, the document's imposed foreign origins became public knowledge in

felsőbírók által ellátott alkotmánybíráskodás működött, de éppúgy ahogy 1920-ban a baloldali osztrák szociáldemokrata többség is tartott a konzervatív bírói kartól, úgy a megszálló amerikai katonai vezetés sem akarta a nagy politikai hatalommal ellátott alkotmánybírói pozíciókat a Hitler és Mussolini alatt is bíráskodó bírói karnak adni. Így az osztrákoknál már mintát adó, különszervezett alkotmánybíróság vált a német alkotmánybíróság formájává is. Az amerikaiak számára megbízható (néhány esetben a megszálló csapatokkal visszatelepülő) jogászokkal, jogászprofesszorokkal feltöltött kezdeti német alkotmánybíróság így erős háttértámogatással kezdte a tevékenységét az 1950-es évektől.⁶ A szintén a rendes bírói hierarchián kívül szervezett olasz alkotmánybíróság ezzel szemben csak korlátozott jellegű lett. Itt azonban a belső politikai erők harcai miatt amúgy sem kezdte meg ez a szerv a működést az 1950-es évek végéig, amikor a német alkotmánybírák már döntő mértékben meghatározták a német állam cselekvési lehetőségeit. De a későbbiekben is, az 1980-90-es években az alkotmánybíróságok elterjedésekor az olasz modell jelentősebb hatást nem fejtett ki, és a német minta vált az átvétel főútvonalává, így érdemes ennek elemzésére koncentrálni.

Itt - miközben az osztrák minta szerinti közvetlen törvénykontrollt is meghagyták - félrészben igyekeztek visszakötni a felsőbírókhoz is ezt az intézményt. Lehetővé tették a rendes bírói perek jogerős lezárása után az alkalmazott törvényi rendelkezések alkotmányjogi panasszal megtámadását, és nagyon hamar ez vált a legnagyobb munkateherré itt. Másrészt a felsőbírói karhoz kötődés egy fokának megteremtése érdekében előírták, hogy a szövetségi alkotmánybíróság két szenátusában a bírák egyharmadát a legfelsőbb bíróságok tagjai közül kell megválasztani.

Utólag el lehet mondani, hogy azt az alkotmánybírói hatalmi potenciált, amit a rendes bíróságoktól elválasztott és a parlamenti politikai pártok vezérkarai által – több parlamenti ciklusra - megválasztott alkotmánybírói testület jelentett, igazán a német alkotmánybírói modell tudta kibontakoztatni. Ennek egyik bázisát az országban akkor igazi hatalmat jelentő megszálló amerikai csapatok vezérkarainak biztos háttértámogatása jelentette az alkotmánybíróság számára a parlamenti kormánytöbbséggel való küzdelmei során. Erre pedig a legnagyobb szükségük volt, mert az a nagy törvénymegsemmisítési szabadság, amit a német alkotmánybírák kaptak - és ők még ezt ki is szélesítették döntéseikkel – ismeretlen volt mind az alkotmányelméletben, mind a gyakorlatban előkép nélküli volt.⁷ (Az átvétel eredeti helyét jelentő amerikai alkotmánybíráskodás az 1940-es években még nem érte el azt a hatalmi szintet, amit aztán az 1960-as évek megvalósított.) Másik hatalmi bázist a német alkotmánybírák azokkal a nagyon absztrakt és szinte normatívan üres biankó csekket jelentő alapjogi és alapelvi formulákkal kapták, melyeket az 1949-es alaptörvényük beemelt az alkotmányos alapjogok közé. Egyik ilyen volt például a “személyiség mindenoldalú kiterjesztéséhez való jog”, a másik az “emberi méltóság sérthetlensége”. Noha ez utóbbit

Japan. A commission was formed to consider redrafting – and despite the recommendations for changes, the existing constitution was preserved in its entirety. A half century later, one cannot imagine this sort of acquiescence being reproduced in most places in the world. Today a new constitution must be understood as locally produced to acquire legitimacy.” *Noah Feldman*: Imposed Constitutionalism. *Connecticut Law Review* (Vol 37.) 2005, 859.p.

⁶ A transzatlanti irányba véghezvitt radikális elítélés elemzéséhez a második világháború utáni Németországban lásd Stefan Scheil: *Transatlantische Wechselwirkungen. Der Elitenwechsel in Deutschland nach 1945*. Duncker und Humblot. Berlin. 2012., az alkotmánybíráskodást illetően különösen a 155-159 oldalakat.

⁷ Az emigrációból hazatérő Gerhard Leibholz aki 1951-71 között alkotmánybíróként döntő mértékben meghatározta a német alkotmánybírák szerepfelfogását 1952-ben egy ún. *Status-Denkanschrift*-ben vázolta fel az alkotmánybíráknak a kormánnyal és a parlamenti kormánytöbbséggel szembeni privilegizált pozícióját, és Konrad Adenauer kormányaival szemben elkeseredett politikai küzdelemben tudta elismertetni az alkotmánybíróság szupremáciáját az államhatalmi szervek között. Lásd ehhez részletesen: Justin Collings: *Gerhard Leibholz und der Status des Bundesverfassungsgerichts. Karriere eines Berichts und seines Berichterstatters*. In. Anna-Bettina Kaiser (Hg.): *Der Parteienstaat*. Nomos 2013. 228-258.

pontos tartalommal ellátva - a megalázás és a megaláztatás tilalmaként – a kiszámítható alkotmánybíráskodás formulájává lehetett volna tenni, a német alkotmánybírák azonban az emberi lényeg szintjére általánosították ki, és arra használták fel, hogy ebből kibontva maguk hozzanak létre új és új alkotmányos alapjogokat, és ezekből az eredeti alkotmányhoz képest egy részben új alkotmányt alkossanak meg.

Az alkotmánybíráóságok funkcióinak változása szempontjából fontos volt az a fejlemény, melyet a német alkotmánybírák kezdtek el mind erősebben alkalmazni az általuk alkotmányellenesnek minősített törvények, törvényi rendelkezések megsemmisítésekor. Eredetileg a külön szervezett és jórészt közvetlenül a törvényhozás feletti kontrollra átépített alkotmánybíráskodás – az ennek szülőatyjaként emlegetett Hans Kelsen megfogalmazásában - csak *negatív* törvényhozást végezhetett, azaz pusztán csak megsemmisíthette a törvényeket alkotmányellenesség címén, de pozitívan az ezek helyére létrehozott új törvényeket továbbra is a parlamenti többsége határozhatta meg. A német alkotmánybírási gyakorlatban ez kezdett fokozatosan megváltozni, és a döntéseik indokolásában egyre sűrűbb előírásokkal kezdték ellátni a megsemmisítés kimondását, melyekkel részletesen rögzítették, hogy a létrehozandó új törvényt milyen tartalom esetén fogják alkotmányosnak elismerni. Ezzel a negatív törvényhozás egyre erőteljesebben pozitív törvényhozás felé csúszott el. E fejlemények aztán a német minta alapján létrehozott új alkotmánybíráóságoknál az 1980-as évektől több esetben még fokozottabban jelentek meg.

A továbbvitel egyik élharcosa a spanyol alkotmánybíráóság lett az 1980-as évek elejétől. Átvéve a németek által kifejlesztett aktivista alkotmánybíráskodási stílust a spanyolok abban is kezdtek továbblépni a németeken, hogy a döntéseik alapját jelentő spanyol alkotmányt fokozottan kezdték félretolni, és alapvetően a saját régi - szabadon létrehozott - döntéseiket vették alapul az új és új döntéseik megalapozásához. A saját alkotmánybírási esetjog gyakori használata a vonatkozó alkotmányi rendelkezések mellett ugyan a németeknél is jellemző vonás volt már régen, de ott azért az egyes döntéseknél az alkotmányi rendelkezések szövegének elemzése is megjelenik. (Igaz, sokszor alaposan elszakadva tőle, és egy-egy generális alapjogból kiolvasztott alapjogra történik a döntésük alapozása.) A spanyolok esetében azonban gyorsan kialakult az is, hogy a teljes döntést a saját régi esetjogukra alapozzák, félretolva a vonatkozó alkotmányi rendelkezést.⁸ Ezen az úton a német kezdeményezés felfokozásával létrejött a spanyoloknál a *pszeudo-alkotmány* jelensége, amely az írott alkotmány helyére lépő alkotmánybírási esetjogot jelenti.

Ebben és a német alkotmánybírói kezdemények más verzióinak továbbvitelében élharcos lett az 1990-től létrehozott magyar alkotmánybíráóság is, és mivel amúgyis ezt ismerem részleteiben a legjobban, az alkotmánybíráóságok funkcióváltozásainak elemzését erre összpontosítva végzem el. Magyarországon a kommunizmus bukásakor egyáltalán nem volt ismert az alkotmánybíráskodás eszméje a jogászság nagyobb részében és a szellemi életben, és így 1990-ben csak mint a régen várt politikai demokrácia legfőbb vívmánya került propagálásra. A találomra beválasztott első alkotmánybírák többsége sem volt tisztában, hogy végülis milyen szerep illeti őket az új többpárti politikai rendszerben. Az első szabadon választott parlamenti kormánytöbbség erőviszonyai 1990-ben aztán sajátos lehetőséget adtak

⁸ Ennek legnyilvánvalóbb példája volt az a 2012-es döntésük, amikor az egyneműek közötti házasságot lehetővé tevő polgári törvénykönyvi rendelkezés felett döntöttek, és bár a spanyol alkotmány szösz szerint kimondja, hogy a házasság egy nő és egy férfi közötti jogi kapcsolat, a spanyol alkotmánybírói testület többsége alkotmányosnak ismerte el az ezzel szembevető törvényi rendelkezést. A spanyol alkotmány vonatkozó rendelkezése angol fordításban így hangzik: „Art 32.1. A man and a woman will be entitled to marry in terms of full legal equality.” Ezt így interpretálták az ottani alkotmánybírák: „Otherwise, if strictly and literally interpreted, Article 32 CE only identifies the holders of a right to marry, not the other spouse, although, we must insist, systematically speaking it is clear that this does not mean that there was a wish in 1978 to extend the exercise of this right to homosexual unions” STC No. 198/2012, 5.p. Az alkotmányozó akarattal szembenállás beismerése ellenére azonban döntésükben deklarálták az egyneműek közötti házasság alkotmányosságát.

a legnagyobb alkotmánybírói hatalom kibontakoztatására Magyarországon. A rendszerváltás első hónapjainak kaotikus körülményei között ugyanis egy kis többséggel a nemzeti-konzervatív pártok egy koalíciója ért el kormánytöbbséget, de a megszerzett kormányhatalmon túl a teljes médiahatalom, az egyetemi-akadémiai szféra szellemi hatalmi csoportjai és a gazdasági hatalmat jelentő régi szocialista nagyvállalatok vezetőrétegei mind az ellenzékbe került baloldali és balliberális pártokat támogatták. Ebben a helyzetben az ellenzék mögötti túlnyomó hatalmi források szinte már az első hónapokban lebénították a kormányt, és volt is egy kormánybuktató taxisblokádnál a fővárosban, amely tényleg majdnem államcsínnyé változott 1990 novemberében.

A magyar alkotmánybíróság ekkor kezdte el kialakítani döntési stílusát, és a karizmatikus elnök, Sólyom László ösztökélésére a német mintából a legaktivistább hatáskörbővítéseket vette át döntéseiben.⁹ Ráadásul Magyarországon nem terhelte az alkotmánybírákat a bírói döntésekkel szembeni alkotmányjogi panaszokkal való foglalkozás – amely többi alkotmánybíróságnál ezerszámra érkezve a legnagyobb munkaterhet jelenti –, és az osztrák megoldásnak megfelelően itt közvetlenül a parlamenti kormánytöbbség kontrollja körül alakult ki a feladatuk. Ezen felül itt ezt a közvetlen törvénykontrollt – eltérően az osztrákoktól – bárki kezdeményezhette, és így szinte naponta került sor az első években törvényt megsemmisítésekre. A törvények sűrűn végbemenő alkotmányellenessé nyilvánításainak már az kezdetekor lefektetésre került itt 1990 decemberében – alig néhány hónapos alkotmánybírósági működés után –, hogy az írott alkotmányon túl igazán az alkotmánybírák saját döntéseivel létrehozott *“láthatatlan alkotmány”* jelenti az tényleges döntési alapot számukra, és bár ezt gyakorolták már ekkora a spanyol és jórészt a német alkotmánybírák is, de ilyen nyíltan sehol nem vállalták fel ennek kimondását. Az említett politikai erőviszonyok között – amikor a pusztán kormányhatalommal rendelkező kormánytöbbséggel szemben állt az ellenzék mögé felsorakozó teljes médiahatalom, egyetemi-akadémiai szellemi hatalom és a gazdasági elit –, a *“láthatatlan alkotmány”* létrehozó és ez alapján a törvényeket tucatszámra megsemmisítő alkotmánybírák az ellenzék és az őket támogató társadalmi csoportok számára a demokrácia hőseivé váltak. Tetszőlegesen túlléphetek ebben a politikai légkörben az alkotmányi előírásokon, és minél több törvényt semmisítettek meg, annál nagyobb elismerést kaptak a tömegmédiákban és az akadémiai szellemi hatalom képviselői részéről. Ilyen óriási háttértámogatás mellett – amikor a nyilvánosságban szinte tilos volt kritizálni az alkotmánybírósági döntéseket –, a magyar alkotmánybírósági gyakorlatban elkezdtek átvenni a hatáskörbővítés minden már kialakult formáját, és a negatív törvényhozást jelentő törvényt megsemmisítések mellett a jövőbeni törvények pozitív meghatározásának egy sor formáját kialakították.

Ezeket aztán a 2011-es új magyar Alkotmány alapján létrehozott új alkotmánybírósági törvény legalizálta is, így ma már – túl az egyszerű törvényt megsemmisítéseken alkotmányellenesség címén – a következő eszközök állnak a rendelkezésre az alkotmánybíróság számára a jövőbeni törvényi tartalmak meghatározására. 1) Belenyúlhat a vizsgált törvényi rendelkezésbe az alkotmánybíróság úgy is, hogy mozaikosan semmisíti meg a rendelkezés egy részét (a többi részt érintetlenül hagyva), és így alapvetően át tudja alakítani a jövőt illetően annak tartalmát. 2) Megteheti, hogy érintetlenül hagyja a vizsgált törvényi rendelkezés egészét, de egy alkotmányos követelményt fűz hozzá – kiegészítve a törvényi rendelkezést –, és így a bírák és a hatóságok a jövőben csak ezzel a kiegészítéssel együtt alkalmazhatják azt. 3) Egy harmadik lehetőség, hogy egy alkotmányos jogelvet, egy

⁹ Kim Lane Scheppele – a saját pozitív értékelésének megfelelően – Sólyom László karizmatikus elnöki szerepét az orosz AB-elnök, Valerij Zorkin szerepéhez hasonlítja, és a poszt-szovjet idők alkotmánybíróságainak két legkiemelkedőbb személyiségének tartja őket, lásd: Kim Lane Scheppele: Guardians of the Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe. University of Pennsylvania Law Review (vol. 154.) 2006, 1757-1851. p.

alkotmányi rendelkezést vagy egy alapjogot bevonva a vizsgált törvényi rendelkezés értelmezésébe kimondja, hogy egy alkotmányos mulasztást lát fennállni, és egy határidő tűzésével kötelezi a törvényhozót, hogy egy törvénymódosítással tegyen eleget az alkotmányos mulasztás megszüntetésének, miközben az alkotmánybíróági döntés az indokolásában fő vonalaiban már körvonalazza is a megkívánt törvénymódosítási tartalmat. Ezek révén az alkotmánybíróság a negatív törvényhozáson túl széles eszköztárat kapott a törvények pozitív irányú meghatározására is.

Összegezve az eddigi funkcióváltozások és funkcióbővülések elemzését rögzíteni lehet: az alkotmánybíróság funkcióinak középpontjában az áll, hogy a ciklusonként változó parlamenti kormánytöbbség, esetleg a jelentős hatalommal rendelkező államfő és az ellenzéki pártok küzdelmei folyamán őrizze a társadalom - törvényhozási többségnél nagyobb - konszenzusával elfogadott alkotmány előírásait, és magukban az e küzdelmeknek keretet adó választási és más politikai akaratképzési eljárásokban is biztosítsa az alkotmány előírásainak garanciáit. Az alkotmánybírák választási bíráskodásán túl ez a funkció megvalósulhat a törvényhozás közvetlen ellenőrzésével az előzetes normakontroll menetében, amikor az elfogadott törvényt a kihirdetés előtt vizsgálják, és semmisíthetik meg alkotmányellenesség címén, vagy az utólagos normakontroll eljárásában, amikor a már kihirdetett törvényeket vizsgálják meg. Ez az utólagos normakontroll végbemehet absztrakt módon, amikor a képviselők - jellemzően az ellenzéki képviselők - egy csoportja (pl. ötven fő vagy a képviselők egynegyede stb.) támadhatja meg az elfogadott törvényt, vagy szövetségi jellegű államokban a szövetségi törvényeket a tagállamok kormányai, esetleg törvényhozási többségei is, és ugyanígy fordítva, a tagállami törvényeket pedig a szövetségi állami szervek is. De egyes országokban ez szélesebben is lehetséges, és például Magyarországon az 1990-es rendszerváltástól 2012-ig, az új Alkotmány elfogadásáig bárki – még nem magyar állampolgár is - megtámadhatott alkotmányjogi panasszal bármilyen törvényt és jogszabályt rögtön a kihirdetésük után az alkotmánybíróság előtt, és kérhette a megsemmisítésüket.

E fő funkció mellett - ha már létezik – az alkotmánybíróság olyan funkciókat is megkapott, melyek révén az államfő és esetleges más államhatalmi vezető, például a miniszterelnök hatalommal visszaélése esetén indult eljárásokban válik döntőbírává. Így fosztották meg az alkotmánybírák Litvániában 2004-ben az államfőt – Rolandas Paksast - a posztjától, vagy Thaiföldön a miniszterelnököt két esetben is megfosztották a hivatalától az ezredforduló utáni első években. Noha erre még nem került sor, de az államfő hivatalból eltávolítására a magyar alkotmánybírák is jogosultak, és a képviselők kétharmadának döntésével elfogadott javaslatára az alkotmánybírák megfoszthatják az államfőt a posztjától, ha az Alkotmány vagy a törvények szándékos megsértését állapítják meg nála.¹⁰

Az alkotmánybíróságok funkcióinak elemzése közben ki kell térni egy olyan funkcióra, amely az eredeti amerikai verzióban nem szerepelt, de a második világháború utáni európai alkotmánybíróságoknál több helyen szerepet kapott.

Az alkotmánybíróság mint nemzetközi bíróság

A II. világháború után az Amerikából Európába áttelepített alkotmánybíráskodás egy lényeges szempontból más funkciót is kapott a nemzetközi jog vonatkozásában, mint az eredeti helyén volt. Az 1949. évi német alkotmány a megszálló amerikai csapatok jogászainak szoros ellenőrzése mellett jött létre, és ahogy Németország felosztása és tartós megszállása - illetve az amerikai ellenőrzés mellett elindított európai integráció révén egy nagyobb európai egységbe befogása - is célolta, a német alaptörvény egyes előírásai is súlyt helyeztek arra, hogy ne idéződjön fel a nemzeti szocialisták 1932-es, milliók általi megválasztásának

¹⁰ Lásd a magyar Alaptörvény 13. cikkét, és ennek részletszabályaira az alkotmánybíróági törvény 35.§-át; ugyanilyen tartalommal a régi Alkotmány 31/A- 32. §-ai is tartalmazták ezt.

veszélye és ezzel a kialakult nemzetközi hatalmi egyensúly felborulása.¹¹ A nemzetközi hatalmi viszonyoknak való közvetlen alávetést célozta így az is, hogy bekerült az 1949-es német alaptörvénybe a német jog nemzetközi jognak való közvetlen alávetettsége, és ennek alkotmánybíróági ellenőrzése: „A nemzetközi jog általános szabályai a szövetségi jog részét képezik. Megelőzik a törvényeket és a szövetségi terület lakosai számára közvetlenül állapítanak meg jogokat és kötelezettségeket” (29. cikk). Majd a nemzetközi jog közvetlen német jog-felettségét a 100. cikk (2) bekezdése úgy pontosítja, hogy ha egy bírósági eljárásban kétség merül fel abban a tekintetben, hogy egy nemzetközi jogi szabály a szövetségi jog részét képezi-e, akkor vita esetén ebben az alkotmánybíróság dönt. Az elmúlt hatvan évben ugyan a német alkotmánybírák ezt a hatáskörüket csak visszafogott mértékben gyakorolták,¹² de mindenesetre ez a példa megteremtette több, később létrejött európai alkotmánybíróság számára az amerikaitól eltérő új funkciót is: nem egyszerűen alkotmánybíróság a törvények hazai alkotmányhoz mérésével, hanem egyben *nemzetközi jogi bíróság* is a hazai törvényeknek a nemzetközi joghoz mérésével. Ezzel a megkettőzéssel és összefonással az európai országok hazai alkotmányai és a nemzetközi jog elvileg egy közös normaanyagban egyesüléshez közeledhetnek, noha mindig az adott alkotmánybíróági többségek döntenek el, hogy milyen fokban ambicionálják az alkotmánybíráskodás mellett a „nemzetközi bírósági” szerepet, vagy ezzel szemben milyen fokban hagyják az utóbbit a nemzetközi fórumokra, és csak a hazai alkotmányhoz mérik a törvényeket ellenőrzés közben. Ezt az összefonódási lehetőséget azonban több fejlemény is érinti az utóbbi években, és ezek új aspektust adhatnak az alkotmánybíráskodásnak, vagy adnak is, ahol ezek erősebben realizálódtak az adott ország alkotmánybíráskodásában. Egyik ilyen fejlemény - erős globális hatalmi támogatás mellett - a *nemzetközi jog alkotmányjogiasodásának* elmélete, melyet több jogtudósi és jogpolitikus csoport is támogat, és amely az eredetileg a nemzetállamok közötti szerződésekkel létre hozott jogot jelentő nemzetközi jogot mint egy új „globális alkotmányjogot” fogja fel, illetve igyekszik ezt így felhasználni a nemzetállami jogokkal és a globális hatalmakkal alárendelődő alkotmányaikkal szemben.¹³ Szűkebb elemzéssel csak egy elméleti fejlemény ez az új jelenség, de ha átfogóbban vesszük szemügyre az utóbbi évtizedek globális világrendjének változásait, akkor ez nagyon is beleillik ezekbe. Az 1970-es évek elejétől indulóan, majd az 1980-as évektől ugyanis az euroatlanti térségben fokról-fokra a nemzetállamok határait lebontó és önálló belső szerveződésük helyett az egyes országokat a *globális-monetáris kapitalizmusba integráló* mechanizmusok kezdtek kiépülni.¹⁴ A szovjet birodalom széthullása után az innen kiszabaduló közép- és kelet-európai országok már ebbe a globális-monetáris kapitalista szerveződésbe léptek be az 1990-es évektől. A fokozódó európai integráció - úgy, ahogy a világ többi régiójában a hasonló integrációs szerveződések is - ezektől a globális struktúráktól kapták az ösztönzéseket és a háttérerősítést az általuk befogott nemzetállamok feletti ellenőrzés fokozására. A Valutaalap, a Világbank és főként az 1995-től működő WTO nemzetközi szerződésekkel és ezek szankcionálására bírságolási fórumok létrehozásával stabilizálta a globális világrend ellenőrzését a nemzetállami

¹¹ A német alaptörvény (Grundgesetz) 1949-es létrejöttének leírásához lásd: Karlheinz Nicklauß: Der Weg zum Grundgesetz. UTB Verlag, Stuttgart. 1999.

¹² „Some post-World War II national constitutions incorporate international law - or some parts of international law - as superior to statutes. So for example, in Germany, The Basic Law provides that „the general rules of public international law... take precedence over statutes and directly create rights and duties for individuals”, although in practice this provision is given somewhat restrictive meaning”. Vicki C. Jackson: Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. Federal Law Review, (Vol. 35.) 2007, 164.p.

¹³ E törekvés összefoglaló elemzéséhez lásd: Christine Schwöbel: The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. German Law Review. (Vol.13.) 2012, 2-22. p.

¹⁴ A folyamat összefoglaló elemzéséhez lásd Pijl kitűnő könyvét: Kees van der Pijl: Global Rivalries. From the Cold War to Iraq. Pluto Press. 2006

szerveződések felett. A formailag továbbra is érintetlenül létező állami szuverenitás így a határait a munkaerő-, áru- és tőke mozgás előtt kötelezően kinyitásra ítélt országokban él tovább, és ez az addig is létező globális hatalmi szerveződések és mögöttük álló globális tőkés- és bankárcsoportosulásokat minden eddigénél erőteljesebben tette dominálóvá felettük. Tulajdonképpen ez az egész globális struktúra csak a 2008-as nagy válságsorozat megindulásával rendült meg, mivel az egésznek alapját adó, globális bankcsaládokra épülő pénzügyi rendszer elemi szinten bizonyult alkalmatlannak a nemzetállamokat elfojtó világkapitalizmus tartós fenntartására. Ezek a jelenségek - egyesülve a különösen a közép-kelet-európai országokat sújtó migrációs mozgásokból következő demográfiai összeroppanás jeleivel -, erősebbé tették az Unióval szemben a nemzetállami szerveződés fenntartására irányuló politikai erőket a térségünkben éppúgy, mint az e feletti globális mechanizmusokkal való szembeszállás tendenciáit. Ez utóbbiak azonban még olyan friss fejlemények, hogy szellemi szintű irányzatok szintjén irányváltásokat még nem erősítettek fel, és a monetáris-globális világkapitalizmus problémamentességét alapul vevő szellemi irányzatok erőteljesek ma is.

Ez a strukturális háttér adhat magyarázatot azokra a szellemi fejleményekre, melyek az 1990-es évek közepétől a nemzetközi jog és az alkotmányjog határterületein tevékenykedő jogászok között a nemzetközi jog alkotmányjogiasodásának elméletét hozták létre. Az osztrák *Alexander Somek* kritikusan úgy írja le ezt a törekvést, hogy mivel az európai alkotmányozás és az Európai Egyesült Államok létrehozásának terve az ezredforduló utáni években politikailag teljes mértékben megbukott, és az euroszepticismus növekedése mellett semmi esély ennek visszafordítására, a valamikori politikai törekvés helyére az ezt támogató tudósok/jogpolitikusok léptek, akik a társadalmi és a jogi realitás fogalmainak átértelmezésével kívánják létrehozni az általuk kívánt állapotot. Ha az új világrend már nem hozható létre politikai eszközökkel, akkor képzeld el, hogy a kívánt változás már meg is történt, és csinálj úgy, mintha a változás már realitássá vált volna.¹⁵

Az alkotmánybírók ezzel a funkcióval ellátva mintegy belső nemzetközi bírósággá is válnak a belső jog feletti ellenőrzésben, és ez annak eszköze is lehet, hogy magát az ország alkotmányozó hatalmát is ellenőrzés alá vonják a nemzetközi "alkotmányjogra" támaszkodva. Ennek mértékére az egyes alkotmánybírók e tárgyban hozott döntései tekintetében összehasonlító adatok nem állnak rendelkezésemre, de az alkotmányok rendelkezéseinek szövege alapján a következő kép látható.

Nem rendelkezik az alkotmánybíró "nemzetközi bíróság"- jogköréről a román és a horvát alkotmány, és itt a belső jogot csak a hazai alkotmányhoz viszonyítva ellenőrzik az alkotmánybírók. Azokra rátérve, ahol van ilyen, a gyengétől az erősebb felé haladva a cseh alkotmánnyal kell kezdeni. Itt a németek nyomán a hazai jog alkotmánybírói ellenőrzésére elterjedt kettős ellenőrzési alapot - az alkotmányba ütközést illetve ezen túl még a nemzetközi jogba ütközést is – csak korlátozott formában tartalmazza. Itt az alkotmány 87. cikke (1) bekezdésének i) pontjában nem az absztrakt nemzetközi szerződésekbe ütközést teszi az ellenőrzés alapjává, hanem csak az egyes nemzetközi bíróságok ítéletének végrehajtását akadályozó hazai jogi rendelkezések megsemmisítésére van lehetősége a cseh alkotmánybíróknak.¹⁶

¹⁵ „Since nobody appear to believe any longer in a change of the world order by political means, scholarship is increasingly taking comfort from the academic equivalent of practical change, namely the re-description of social realities. If the world cannot be changed, you imagine it changed and pretend the work of your imagination to amount to the real. (...) The most ludicrous form of the re-description is the application of constitutional vocabulary to international law.” *Alexander Somek: Administration without Sovereignty*. In: *Petra Dobner/Martin Loughlin (eds.): The Twilight of Constitutionalism?* Oxford Univ Press 2010. 286 p.

¹⁶ Lásd: „The Constitutional Court shall rule on... (...) i) measures essential for the implementation of a ruling by an international court, which is binding for the Czech Republic, unless it can be implemented in a different manner.”

A szlovák alkotmány ezzel szemben tartalmazza az alkotmányhoz mérésen túl a belső jognak a nemzetközi joghoz mérését is az alkotmánybíróági hatáskörök felsorolásában. Ám a némettől eltérően itt csak a nemzetközi jognak ahhoz a részéhez mérhetik a belső jog szabályait, melyek kifejezett nemzetközi egyezményekkel jöttek létre, és amelyekhez a Szlovákia csatlakozott, és a tetszés szerint tágítható terjedelmű 'általánosan elfogadott nemzetközi jogi szabályokhoz' nem.¹⁷ A belső jognak az alkotmánybíróágon keresztüli alávetése a nemzetközi jognak azonban annyiban fokozott szintet ér el a szlovákoknál, hogy itt az állampolgárok alkotmányjogi panaszát nem a saját alkotmányukban felsorolt alkotmányos alapjogok sérelme esetén bírálják el a szlovák alkotmánybírák, hanem a nemzetközi egyezményből eredő alapvető jogok sérelme esetén. Ezzel mintegy megkettőzik a belső jog európai Emberi Jogi Egyezménynek alávetését, és a strasbourgi bíróság mellett a hazai alkotmánybíró is ez alapján jár el. Ezen keresztül pedig nemcsak megsemmisíthetik az alkotmánybírák a nemzetközi egyezményből fakadó alapvető jogot sértő hazai jogi rendelkezést, hanem mulasztást is megállapíthatnak a jog védelmének elmaradását konstatálva, és határidőt tűzve felszólíthatják a megfelelő állami szervet a kötelező jogalkotásra.¹⁸

A lengyel alkotmány a szlovákokhoz hasonló erősséggel tartalmazza a belső jog alkotmánybíróági ellenőrzését a lengyel alkotmányon túl a nemzetközi jogba ütközés esetén is. Fontos kiemelni, hogy itt is csak a lengyel állami szervek által aláírt és ratifikált nemzetközi egyezménybe ütközés esetén teszi lehetővé a belső jog vizsgálatát, és az ezt meghaladó - kifejezetten nem ratifikált és csak az "nemzetközi jog általános elvei és szabályai (ún. *ius cogens*) alapján nem teszi ezt lehetővé.¹⁹ Az alkotmánybíróág előtt ezt a kontrollt pedig széles körben lehetővé teszi azáltal, hogy a rendes bíróságok bírái az eljárásaik közben kérhetik az éppen alkalmazott jogi rendelkezések nemzetközi jogba ütközésének vizsgálatát is az alkotmányba ütközés mellett.²⁰

A szlovén alkotmány a fentiekhez képest tágabban teszi lehetővé az alkotmánybírák számára a hazai jog nemzetközi joghoz mérését az alkotmányhoz mérés mellett, és esetleges megsemmisítését, mert a német mintát egészében átvéve nemcsak a szlovén állami szervek

¹⁷ „Article 185. 1. The Constitutional Court shall decide on the conformity of a laws with the Constitution, constitutional laws and international treaties to which the National Council of the Slovak Republik expressed its assent and which were ratified and promulgated in the manner laid down by law; b) government regulations, generally binding legal regulations of Ministries and other central state administration bodies with the Constitution, with constitutional laws and with international treaties to which the National Council of the Slovak Republik has expressed its assent and which were ratified and promulgated in the manner laid down by laws.” (The Constitution of Slovak Republik.)

¹⁸ “Article 127. (1) The Constitutional Court shall decide on complaints of natural persons or legal persons if they are pleading the infringement of their fundamental rights or freedoms, or human rights or fundamental freedoms resulting from the international treaty which has been ratified by the Slovak Republik and promulgated in the manner laid down by law, save another court shall decide on the protection of these rights and freedoms. (2) (...) If the infringement of rights and freedoms according to the paragraph 1 emerges from inactivity, the Constitutional Court may order the one who has infringed these rights or freedoms to act in the matter.” (The Constitution of Slovak Republik.)

¹⁹ “Article 91. (...) 2. An international agreement ratified upon prior consent granted by statute shall have precedence over statutes if such an agreement cannot be reconciled with the provisions of such statutes. 3. If an agreement ratified by the Republik of Poland, establishing an international organization so provides, the laws established by it shall be applied directly and have precedence in the event of a conflict of laws. (...) Article 188. The Constitutional Tribunal shall adjudicate regarding the following matters: (...) 2. the conformity of a statute to ratified international agreements whose ratification required prior consent granted by statute.” (The Constitution of the Republik of Poland of 2nd April 1997.)

²⁰ „Article 193. Any court may refer a question to the Constitutional Tribunal as to the conformity of a normative act to the Constitution, ratified international agreements or statute, if the answer to such question will determine an issue currently before such court.” (The Constitution of the Republik of Poland of 2nd April 1997.)

által aláírt és ratifikált nemzetközi egyezmények alapján teszi lehetővé a belső jog alkotmánybírói vizsgálatát, hanem a nemzetközi jog általános elvei alapján is.²¹

A magyar Alaptörvény is a németnél és a szlovénél látottak megfelelő legszélesebb jogkört adta az Alkotmánybíróságnak a belső jognak a nemzetközi jogra alapozott vizsgálatában és az esetleges megsemmisítésre. Ez alapján időként kialakul nálunk Magyarországon olyan alkotmánybírói többség, mely arra is hajlik, hogy magát az alkotmányozó hatalmat is ellenőrzés alá vonja, és akár az alkotmánymódosításokat is megsemmisítse erre alapozva. A magyar Alaptörvény Q) cikkének (3) bekezdése tartalmazza a nemzetközi jog és a belső jog viszonyának szabályozását, mely alapján az Alkotmánybíróság – az alaptörvényi szabályokon túl – a hazai törvényeket ellenőrizheti: „Magyarország elfogadja a nemzetközi jog általánosan elismert szabályait. A nemzetközi jog más forrásai jogszabállyal kihirdetésükkel válnak a magyar jogrendszer részeivé.” A kihirdetéssel belső joggá válással nincs probléma, az nem hozhatja létre az állami szuverenitás formai korlátozását, hisz az állami jogalkotás csak azt hirdeti ki, amit előtte konkrétan elfogadott nemzetközi kötelezettségként. A nemzetközi jog általánosan elismert szabályainak belső jogrend feletti ereje azonban bizonyos értelmezéssel módot adhat arra, hogy az alkotmánybírák erre támaszkodva magát az alkotmányozó hatalmat – egy esetleges új alkotmányt, vagy az alkotmánymódosításokat – is ellenőrzés alá vonják, illetve megsemmisítsék ezeket, és így a globális uralmi rend mindenkor követelményeit érvényesítsék a szuverén magyar állammal szemben. Ezt az álláspontot foglalta el a 2010-es évek elején domináló magyar alkotmánybírói többség, és a legtágabban értelmezve a fenti szabályt a 61/2011. (VII. 13.) AB határozat indokolásában kimondták, hogy ők nemcsak a teljes jogrendszer felett állónak fogják fel a nemzetközi jog általánosan elfogadott szabályait, hanem az alkotmányozó hatalom felett állónak is. Ezzel az értelmezéssel az akkori alkotmánybírói többség mind az alkotmányt, mind egyes részeit és módosításait tartalmilag is ellenőrizhetőnek tekintette. E döntésben kimondták, hogy az Alkotmánybíróság ellenőrzés során megsemmisítheti a későbbiekben az Alaptörvény helyébe lépő esetleges későbbi új Alkotmányt is: „A posteriori, utólagos mérceként szolgálhatnak a nemzetközi jog *ius cogens* normái valamint alapelvei (...) A *ius cogens* normái, alapelvei, alapvető értékei együttesen olyan mércét alkotnak, amelyeknek minden következő alkotmánymódosítás és Alkotmány meg kell, hogy feleljen” (indoklás V. rész 2.2. pont). Ezt az értelmezést a 2011-ben kibővített alkotmánybírói többség – heves belső viták után – rendszerint elvetette, de például a 12/2013. (V. 24.) AB határozat indokolásában még megerősítette, és a Q) cikkből az alkotmányozó hatalomra vonatkozó korlátokra következtetett a jövőbeli esetleges alaptörvény-módosítások kapcsán (lásd e döntés indokolása III. részének 3. pontját).²² Ezzel a kitágított értelmezéssel szemben a szuverenitás-barát értelmezés megítélésem szerint csak az lehet, amikor a nemzetközi jog általános szabályainak alaptörvényi elfogadását pusztán a magyar állam nemzetközi szerződéskötési kompetenciájának keretként fogjuk el, és nem úgy, hogy az alkotmányozó hatalom egészét ellenőrzés alá vonják az alkotmánybírák.

²¹ “Article 160. The Constitutional Court decide on the conformity of laws with the Constitution; on the conformity of laws and other regulations with ratified treaties and with the general principles of the international law;” (The Constitution of the Republik of Slovenia)

²² Szakirodalmi támogatásként a nemzetközi jog belső jogban játszott ilyen domináns szerepével szemben álljon itt John McGinnis és Ilya Somin közösen írt, két terjedelmes tanulmánya, melyben ők e jelenség hajtóerőiként a hazai politikai rendszerben sikertelen, de globális szinten erős politikai elitnek nemzetközi összefonódását látják, akik a demokrácia helyett a nemzetközi bírói oligarchiákban inkább bíznak: „A final explanation for the rise of raw international law may be its attractiveness to groups that are dissatisfied with the outcomes of the domestic political process. Political scientist Ran Hirschl has suggested that political and social elites have reacted to the rise of democracy in the modern world by constructing more powerful and wide-ranging roles for the judiciary over which they retain substantial influence.” John O. McGinnis/Ilya Somin: Should International Law Be Part of Our Law? Stanford Law Review (Vol. 59.) 2007 March 1185. p. illetve az expanzív emberjogi bíráskodás révén való belső jog alávételével szembeni kritikájukra: McGinnis/Somin: Democracy and International Human Rights. Notre Dame Law Review (Vol. 84) 2009 No. 4. 1739-1798.p.

Az alkotmánybíráskodás nemzetközi bíráskodási funkciójában már láthattunk egy torzulási lehetőséget, de ha közelebbről szemügyre vesszük az alkotmánybíráóságok működését, akkor több torzulást tudunk megállapítani. Ezek nagy része a hatáskörük többirányú bővítésében áll, de torzulás az is, hogy strukturális okok miatt a döntések nagy részét nem az arra megválasztott alkotmánybírák hozzák, hanem különböző alkotmánybírási apparátusok kezébe kerül a döntések tartalmi meghatározása. Nézzük meg ezeket a torzulásokat közelebbről.

A hatáskörök önkényes bővítéséből fakadó torzulások elemzése előtt érdemes kiemelni, hogy az alkotmánybíráóságok felett csak nagyon nehezen lehetne ellenőrzést kialakítani, lévén hogy ez a szerv az egész államhatalom felett álló alkotmányozó hatalom alkotmánya mellé rendelt intézmény. Ennek révén nincs olyan államhatalmi szervezet, amely felelősségre vonhatná az alkotmánybíráóságot döntéseiről. Ez a strukturális alaphelyzet aztán egy idő után óhatatlanul magával hozza, hogy a felülbíráhatatlan alkotmánybíráóság a sokféleképpen értelmezhető általános alkotmányi szabályokat egyre tágabban értelmezi. Vagy egy másik módszert igénybe véve úgy jár el, hogy a legátfogóbb és normatívan üres alkotmányi deklarációkból új és új rendelkezéseket „olvaszt ki”, „olvas ki”, ezzel lényegében új alkotmányt hoz létre saját döntéseivel. Ennek egyik módja – ahogy a főként a litván alkotmánybíráskodás döntéseinek elemzésével lehetett megállapítani – hogy nagyon sűrűn a „demokratikus jogállam” formuláját odavonva hozzák meg a döntéseiket, noha lennének konkrétabb rendelkezések is az alkotmányukban a felmerült viták eldöntésére. Ennek révén lényegében első sorban a demokratikus jogállam formulája marad meg az eredeti alkotmányi szabályokból, és az alkotmánybírák – félretolva a konkrét alkotmányi rendelkezéseket – egy új alkotmányt építenek fel a demokratikus jogállam mind újabb aspektusainak lépésről lépésre történő kibontásával. Az első magyar alkotmánybírási többség az 1990-es évek elején ugyanígy a demokratikus jogállam formuláját használta fel az írott alkotmány felett állónak deklarált „láthatatlan alkotmány” felépítéséhez²³, de ők átvették a németektől az emberi méltóság sérthetetlenségének formulából adódó lehetőségeket is. Ezt a formulát mint egy általános cselekvési szabadságjogot fogták fel rögtön az 1990-es megalakulásuk utáni első döntéseik egyikében, és kijelentették, hogy a jövőben ebből majd további alkotmányos jogokat vezetnek a törvények felülvizsgálatára.

Fontos annak kiemelése az alkotmánybíráóságok felülbíráhatatlanságából eredő következmények megértéséhez, hogy a pluralista politikai erők küzdelmein alapuló demokráciákban az alkotmánybíráóság törvénymegsemmisítései és általában a legtöbb döntésük a kormánytöbbséget érinti negatívan közvetlenül. Így a parlamenti ellenzék és az ellenzéki pártok számára ezek a döntések a pozíciójukat közvetlenül erősítőnek minősülnek, legyenek azok akár a legnyilvánvalóbban szembenállóak a tényleges alkotmányi szabályokkal. Így – különösen ha a médiahatalom és a szellemi értelmiségi körök nagyobb része az ellenzéki pártok oldalán áll – az alkotmánybírákat semmilyen érdemleges kritika nem éri az alkotmány félretolásáért a nyilvánosság előtt. Ezzel szemben, ha ezek a média- és szellemi hatalmi erőforrások nagyobb részt az ellenzék mögött állnak, akkor az alkotmánybírák még akkor is megfontolják a túlságosan aktivista döntési stílust, ha formális szankció nem érheti őket a felülbíráhatatlanságukból eredően.

Ezt az alkotmánybírási felülbíráhatatlanságot közvetetten csak az korlátozhatja, ha olyan törvényhozási többség létezik egy-egy törvényhozási ciklusban, mely képes arra, hogy akár alkotmánymódosítást is létrehozson, ha az alkotmánybírási többség széles körben

²³ Ennek kritikájára a „totális jogállam” fogalmát vezette Varga Zs. András, magyar alkotmánybíró: „Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája”. Századvég Kiadó. Budapest, 2015, különösen a 25-32. oldalakon.

megsemmisíti a számára fontos törvényeit és más intézkedéseit. Vagy ha alkotmánymódosításhoz nincs is elegendő kormánytöbbség a parlamentben, de legalább az alkotmánybíróági törvény módosításához azért elegendő ereje van.²⁴ A széttagolt politikai erőviszonyok között azonban van, amikor ilyen ellenállásra az alkotmánybíróssággal szemben évtizedekig nem adódik lehetőség egy-egy országban.

Az alkotmánybírák tehát nagyhatalmú testületet alkotnak, de ha közelebb lépünk működésük megfigyeléséhez, akkor hamar kiderül, hogy az esetek legnagyobb részében ténylegesen nem is az alkotmánybírák alakítják ki a döntéseket, hanem az alkotmánybíróági apparátusok. Nézzük meg ennek okait és következményeit.

1) A legfontosabb ok erre az alkotmánybíráskodás generális bíráskodás jellege, mellyel szemben Európában már az 1800-as évek elejétől egyre specializáltabb bíróági rendszer jött létre. Az Egyesült Államokban megmaradt a generális bíráskodás, és a felső illetve a legfelsőbb szintű bíróságok a teljes jogi életet illetően döntenek a peres ügyekben, nem elkülönítve a magánjogi, a büntetőjogi és a többi ügyeket, illetve ha kivételesen alsó fokon létre is jön egy ilyen specializált bíróság (pl. szabadalmi ügyekben), a legfelsőbb bírói fórumra a fellebbezések folytán ezek az specializált perek is belefolyznak a generalista bíráskodást végző bírák döntési kompetenciájába. Az alkotmánybíráskodás pedig az Egyesült Államokban a generális bíráskodási rendszerben jött létre az 1800-as évek elején, és innen került át az 1900-as évek első évtizedeitől Európába, és mára a legtöbb európai országban már létezik ez az intézmény. A specializált európai bíróági rendszer és az e szerint specializálódott bírói stábok, illetve ügyvédség, közigazgatási jogászok, egyetemi jogászok így alapvetően más összetevőket társítottak az Amerikából átkerült alkotmánybíráskodáshoz, mint az az eredeti helyén volt. Az alkotmánybírák Európában természetesen a szűk jogterületre specializálódott jogászcsoporthoz kerülnek ki, és a specializálódott, szűk területen kompetens jogász válik – kellene válni! – a megválasztással a jog teljes spektrumában döntő generalista alkotmánybíróvá. Ebből a szakmai beszűkülésből következően az európai jogász alkotmánybíróvá válva sokkal nagyobb kompetenciaproblémákkal szembesül, mint amerikai kollégái. Az alkotmánybíráskodást döntő részét végző szövetségi legfőbb bírói fórum bírái a legtöbb esetben már alsóbb szinten évekig bíráskodást végző bírákból kerülnek ki az USA-ban – tipikusan párhuzamosan végzett egyetemi jogászprofesszori tevékenységgel –, és így a generalista alkotmánybíráskodás nem jelent számukra kihívást. Végül is ugyanúgy kell továbbra is büntető-, polgári-, vagyoni jogi, közigazgatási jogi stb. ügyekkel foglalkozni, ahogy addig is tették.²⁵

2) Ezt a kompetenciaproblémát erősíti fel az európai alkotmánybírák esetében, hogy szemben az amerikai társaik időkorlát nélküli, élethossziglani időre történő kinevezéssel, Európában rendszerint csak rövid időre (9-12 évre) választják őket, és ezt is egy felső korhatár – rendszerint 65-70 év – meghúzásával. Ennek révén az európai alkotmánybírák sokszor csak hat-nyolc évet töltenek el a posztján, szemben az amerikai társaik esetében szokásos 30-40 évvel. Ennek egyik hatása, hogy az európai alkotmánybírák összetétele sűrűn cserélődik, majd mindig van két-három újonnan érkezett bíró, akik épp „betanulóban” vannak, míg a többiek egy részénél a felső korhatár miatt már a kiszállásra készülve történik a döntésekben való részvétel. Az amerikaihoz képest provizórikusabb, éppen csak beszálló, de már a kiszállásra készülő európai alkotmánybíró számára így az generalista bíráskodásból eredő, előbbi

²⁴ Ez utóbbi a helyzet Lengyelországban, és e lehetőség gyakorlása nyomán robbant ki hatalmi harc a lengyel alkotmánybírák és a nemzeti-keresztény parlamenti kormánytöbbség között 2015 végén.

²⁵ A generalista alkotmánybíráskodás és a európai specializált bíróági rendszer együttéléséből eredő problémák részletesebb elemzéséhez lásd korábbi tanulmányomat: Pokol Béla: Generális bíráskodás versus specializált bíróági rendszer. Az alkotmánybíráskodás egy dilemmájáról. Jogelméleti Szemle 2014/2. sz. 226-243. p.

pontban jelzett kompetenciaprobléma nagyobb mértékben jelent elbátortalanító hatást a szuverén módon döntő alkotmánybíróvá felnövelés útján, mint az az amerikai társaiknál jelentkezik. Legfeljebb azt célozhatja meg, hogy az első években el tudja sajátítani a sok-sok ezer oldalon lefektetett, régi alkotmánybíróági precedensjogot, de ennek szuverén ártértelezésére, új alkotmányos értékeket és értékhangsúlyokat a középpontba vonva csak az esetek minimális részében vállalkozik. A kompetenciaprobléma összegződve a provizórikus alkotmánybírói pozícióból eredő hatással így inkább teszi az elődök által létrehozott alkotmánybíróági esetjogot átléphetetlen korlátot jelentő *pszeudo-alkotmánnyá* az új és új alkotmánybíróági testületek számára, mintsem hogy ez megmaradna egyszerű alkotmányértelmező és átalakítható esetjognak.

3) E két ok és ezek összegződő hatásai mellé lép be az európai alkotmánybírák „decernátusai”-nak, törzskarainak eltérő szerepe az amerikai társaik „law clerk”-jeihez képest. Az amerikai felsőbíróságoknál az 1900-as évek elő évtizedeitől kezdve alakult ki fokozatosan a bírák döntés-előkészítő munkáját segítő *law clerk*-ek intézménye. A szövetségi fellebbezési bírák mellett három-három *law clerk* segíti a bírákat, a szövetségi legfőbb bírói fórumnál, mely az alkotmánybíráskodás döntő részét végzi, már négy *law clerk* van minden bíró mellett. Ezek a bírói segítők a joghallgatók közül kerülnek ki a legjobb jogi karokról, és az egyes bírák mellett egy-egy évre kapnak megbízást, még ha az esetek egy részében a bírók egy-két évvel meg is hosszabbítják a legbevéltabbak megbízását. A hosszú évtizedekig bírói posztot betöltő és a generalista bíráskodáshoz szokott amerikai bírák esetében így a fiatal *law clerkek* így egyértelmű alárendeltségben vannak, és ezek jóval kisebb döntési kompetenciával rendelkeznek, mint az őket rövid ideig alkalmazó bírójuk.²⁶ Ezzel a megoldással gyökeresen szemben áll az európai alkotmánybírák és törzskari munkatársaik viszonya. Mivel a legtöbb európai alkotmánybíróság a németet vette alapul, érdemes először az itteni helyzetet bemutatni. Ez a modell szakított az amerikai „freshman”-rendszerrel, a joghallgatók közül történő munkatárs-toborzással, és a már komolyabb gyakorlattal rendelkező jogászok, alsóbíróági bírák közül válogatják ki ezeket. A másik változtatás volt, hogy ezek nem egy-egy évre kerülnek az alkotmánybírák mellé, hanem eleve hosszabb időre.²⁷ Ezekkel a változtatásokkal az alkotmánybírák és törzskari munkatársaik viszonya lényegesen átalakul az amerikaihoz képest, alaposan felhozva a munkatársakat a döntéseket formálisan végző alkotmánybíró pozíciója mellé. Nem lehet pontosan tudni, hogy milyen arányban vannak a német alkotmánybírák közül azok, akik az érdemi döntés nagy részét is átengedik a decernátusukban (törzskarukban) levő, elvileg csak döntés előkészítő munkatársaknak, de az erről szóló empirikus vizsgálat és elemzés ezt komoly problémának mutatja be. Uwe

²⁶ A *law clerkek*nek ez a kisebb döntési kompetenciája sem akadályozza meg azonban az amerikai bírakat abban, hogy a különösebben nem vitás rutin ügyekben a többségi vélemény tervezetének elkészítését a *law clerkek*re bizzák, és szorosabb irányítást, illetve az érdemi döntés teljesebb átvételét ezekben csak akkor vonják magukhoz a bírák, ha politikailag érzékeny, vagy jogilag nagyobb jelentőségű döntésről van szó. A rutin ügyekben azonban a *law clerkek* nagyobb szerepe az alkotmányt konkretizáló régi precedensjogot a részükről mechanikusan követetté teszi: „But what one expects (...) if most judicial opinions are written largely by law clerks (as they are), who are inveterate legalists because they lack the experience, confidence or „voice” to write a legislative opinion of the kind that judges like Holmes, Carodozo, Hand, Jackson, Traynor, or Friendly wrote. The delegation of judicial opinions writing to law clerks may explain the decline in the number of judges whom anyone would be inclined to call „great”. Richard A. Posner: *Realism about Judges*. Northwestern University Law Review (Vol. 105.) 2011 No. 2.583.p.

²⁷ Korábban még öt-hat év is lehetett az alkotmánybíró „decernátusában” eltöltött idő, de újabban ez már rendszerint csak két-három év. (lásd Uwe Kranenpohl: *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*. Verlag für Sozialwissenschaften. 2010. 106-108.p.) Emlékeztetve Kranenpohl-lal e tanulmány írása közben, kérdésemre jelezte, hogy a rövidebb időközi tudományos munkatárs-cserék ellenére az szokásos, hogy az újonnan érkező alkotmánybíró az elődje decernátusának egyik munkatársa fogadja és vezeti be a betanulás idején a feladatába.

Kranenpohl a német alkotmánybírókkal készített interjúi kapcsán így ír: „Dabei signalisiert der leicht kritische Unterton dieses Gesprächspartner, dass einige Kollegen bei ihm durchaus im Verdacht stehen, ihren Mitarbeitern unangemessen umfangreiche autonome Gestaltungsbereiche einzuräumen. Noch deutlicher bringen dies zwei andere Interviewpartner durch Flucht in Sarkasmus zum Ausdruck: „Das hängt eben sehr vom einzelnen Richter ab. Ich glaube, ich kann für mein Dezernat sagen, dass da kein 'Entzug des gesetzlichen Richters' stattgefunden hat – aber ich kann das nicht allgemein behaupten” (Interview No.6.) „So gibt in der Tat Verfassungsrichter, da muss man davon ausgehen, die unterschreiben jeden Mist, der ihnen von den Wissenschaftlichen Mitarbeitern vorgelegt wird und kontrollieren das nicht!” (Interview No. 21.)”²⁸

Ennek a német modellnek a további eltolódását jelenti a többi európai alkotmánybírósnál, hogy a törzskari munkatársak nagyobbik része nem cserélődik az alkotmánybírójuk megbízási idejének lejártával, hanem maradnak, és átkerülnek a sűrűn belépő új és tapasztalatlan alkotmánybírók mellé segítő munkatársként. Ténylegesen persze a rövid időre belépő és elementáris kompetenciaproblémákkal szembesülő új alkotmánybírók az első időben szinte a gyámoltottjai a sokéves tapasztalattal rendelkező régi törzskari munkatársaiknak, és ezek vezetik, nevelik be őket az alkotmánybírói döntési munkába. Ebben a szituációban az előbbi interjúban a német alkotmánybíró által ironiával említett „törvényes bírótól való ügyelvonás” a munkatársak révén főszabállyá válik. Ez a kép inkább csak kivételesen módosul, ha az új alkotmánybíró szuverén személyisége révén egy idő után le tudja rázni a gyámoltó hatást, és önmaga áll neki új alkotmányos értékeket a középpontba emelve az öröklött *pszeudo-alkotmány* átalakításának. A szuverén személyiség mellett persze további előfeltétel, hogy a felső korhatár miatt ne kelljen túlságosan gyorsan kiválni az alkotmánybírói testületből öt-hat év után, illetve hogy az előzetes jogászai életpályája révén kivételképpen szélesebb jogterületet lásson át, és ne csak egy szűk területre szakosodott szakbírói múlttal, vagy egy-egy perfajtára szakosodott ügyvédi múlttal rendelkezzen. De még ha ez mind rendelkezésre is áll, az ilyen „deviáns” alkotmánybíró szembekerül a sok évtizedes *pszeudo-alkotmányt* bibliaként kezelő többi alkotmánybíró kollégájával és az ezeket instruáló munkatársi „régiságával”.²⁹

4) A negyedik ok az alkotmánybíróági esetjog leválthatatlan *pszeudo-alkotmánnyá* szilárdulásában az európai alkotmánybíróságok többségének óriási döntési terhében található. Az amerikai legfőbb szövetségi alkotmánybírók évente alig százat kitevő döntési terhe és a legtöbb európai alkotmánybíróság évenkénti több ezres nagyságú döntési terhe közötti különbség nemcsak azt okozza, hogy az így leterhelt európai alkotmánybírók alig tudnak párhuzamos- és különvéleményeket végig gondolni és írni, de azt is, hogy az egyszer megszilárdult korábbi esetjogot sem tudják az új alkotmányos értékek fényében felülbírálni, és azzal szemben az eredeti alkotmány szövegéből ismét kiindulva új értelmezést és konkretizálást létrehozni. Richard Posnerék egyik tanulmányának megfogalmazásában ez az összefüggés így hangzik: „The heavier a court's caseload, the less likely it is to reexamine (...)”³⁰

²⁸ Kranenpohl i.m. 88. p.

²⁹ Hogy milyen terheket vesz magára az az új alkotmánybíró, aki az eredeti alkotmányt igyekszik alapul venni, és csak másodlagosan az ennek helyébe lépő *pszeudo-alkotmánnyá* keményedett esetjogot, azt Kranenpohl is jelzi a már idézett művében: „Gerade das BVerfG hat eine starke Neigung, im Sinne der Wahrung von Rechtssicherheit die bisherige Rechtsprechung weitgehend beizubehalten. (...) Schon durch den bloßen Umfang der bisherigen Rechtsprechung sind damit bereits weite verfassungsrechtlich relevante Bereiche vorstrukturiert, was dem Berichterstatter im Regelfall lediglich erlaubt, sich mit seinem Vorschlag innerhalb der bereits formulierten Prinzipien zu bewegen.” (Kranenpohl i.m. 143.p.)

³⁰ Epstein/Landes/Posner i.m. 117. p.

A világ egyre több országában megjelenő és bővülő hatáskörű alkotmánybíróságok, valamint az alkotmányok általános deklarációi és normatívan jórészt üres formulái fényében az egyszerű törvényektől elszakadó rendes bíróságok ítélkezése³¹ sok szempontból irreálisnak teszik az ennek keretként megadott alkotmányos jogállami keretet. Inkább kifejezi ennek realitását a *jurisztokratikus állam* fogalmi konstrukciója, melyben a dominancia a törvényhozási többség és a végrehajtó szféra felett döntően a felsőbbbíróságokhoz és a feléjük helyezett alkotmánybíróságokhoz kerül. Az fent jelzett bővülő alkotmánybírósági funkciók és ezeknek még torzító bővítése a felülről kontrollálhatatlan alkotmánybírák révén nemcsak a törvényhozás tartalmi meghatározását viszi át az alkotmánybírákhoz, hanem a pseudo-alkotmány kialakulásával maga az alkotmányozás is jórészt átcúsúszik ide. (Mégha ezt sokszor nem is maguk az alkotmánybírák gyakorolják aztán, hanem az alkotmánybíróság állandó apparátusa.) A törvénytől elszakadó és kreatív jogértelmezési kunsztokat kialakító felsőbbbírói kar már csak ezt egészíti ki.

Egy szűkebb keretben az államhatalmi szervek között az alkotmánybíróságok domináns pozícióba kerülése szükségessé teszi, hogy a kormányformák szintjén a parlamentarizmus, a prezidencializmus és fél-prezidencializmus mellett hozzuk létre a jurisztokratikus kormányforma kategóriáját.³² De a jog feletti tényleges rendelkezés átcúsúzása a felsőbbbíróságokhoz és az alkotmánybírákhoz átalakítja a társadalom politikai akaratképzését is, és a választási és parlamenti politikai küzdelmek mellett kialakítja a perlési politizálás intézményeit is. Az Egyesült Államokban ez ment végbe az 1960-as évek elejétől, és mint alapjogi forradalmat ünneplik azóta ezt ennek hívei.³³ Mozgalmi jogászok mint a „jó ügy jogászaik” alkotmányos alapjogokra támaszkodva a bírói tárgyalótermekben igyekeznek kiharcolni azt, amit a kongresszusban és a tagállami törvényhozásokban nem tudnak a politikai küzdelmekben elérni.³⁴ Ennek menetében a felsőbbbíróságok - különösen a legfelsőbb bíróság - bíráinak kiválasztása is egyre inkább politikai táborok szerint történik, és az egymást követő adminisztrációk és szenátusi többségek által pozícióba emelt szövetségi bírák mint belső bírói pártok állnak szemben a bírói döntés meghatározásakor. Európában és a világ más országaiban ugyanez az alkotmánybírák révén megy végbe, noha itt a mozgalmi jogászat és a perlési politizálás azért nem érte el azt a fokot, ahogy az Egyesült Államokban az 1960-as és 1970-es években látható volt.

Ugyanígy az elméletben kezd átalakulni az is, hogy mi adja a bírói döntés legitimitását. Míg a demokráciában a bírói döntés legitimitását a törvényhez kötődés adja - melyet alulról a milliók választásán nyugvó parlamenti többség alkotmány szabályai szerinti kormányra kerülése legitimál - addig a jurisztokratikus államban kezd ez áttolódni magára a bírói döntésre.³⁵ Mindezek hatására a demokratikus jogállam egyre kevésbé használatos a realitás leírására, és e helyett megfelelőbb a jurisztokratikus állam kifejezésre áttérésre.

³¹ Lásd ebben a folyamatban az objektív-teológiai értelmezés uralomra jutását a bírói jogértelmezésben, és ennek a törvényhez kötöttségtől eltávolító hatását Bernd Rüthersnél: „Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat.” Mohr Siebeck. Tübingen. 2014, különösen 89-94. p.

³² Lásd ehhez részletesen korábbi elemzésemet: Béla Pokol: The Juristocratic Form of Government and its Structural Issues. In: Tamara Ehs/Heinrich Neisser (Hg.): Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie? Europäische Parameter in Zeiten politischer Umbrüche. Wien-Köln-Weimar. 2017. 61-79. p.; lengyel nyelven: „Juristokratyczna forma rządów i jej strukturalne aspekty.” Prawo i Władza. 2016 No.1. 95-113. p.

³³ Lásd Charles R. Epp: The Rights Revolution. Chicago University Press. Chicago-London. 1998

³⁴ Ennek aktív szervezőjeként és teoretikusaként lásd Stuart Scheingold elemzését: The Struggle to Politicize Legal Practice. A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In: Austin Sarat/S. Scheingold (eds.): Cause Lawyering. Oxford University Press. 1998. 118-150. p

³⁵ A német szakirodalomban talán még jellemző a bírói döntést a demokratikus legitimitációhoz kötni, és csak ezt kiegészítően ettől független forrásokra visszavezetni, de én részt vettem 2003-ban egy Olaszországban, Parmában rendezett nemzetközi konferencián e témában, ahol a fősodor már teljes mértékben elvetette a bírói

2. A jurisztokratikus állam feljavítása

Mint a tanulmány első részében részletesen elemezésre került, a világban egyre inkább terjedő alkotmánybíróságok az eredeti, szűk hatáskörök helyett mind szélesebb kompetenciával rendelkeznek, és így a demokrácián nyugvó államhatalom pusztán alkotmányos keretben tartása helyett a társadalomirányító döntések középpontjává válnak. A jogállami demokrácia elnevezés – melyet e megváltozott államhatalmi szerkezetre használnak – egyre kevésbé fedí a valóságot, mert nem egyszerűen az alkotmányi garanciális keretek feletti örökösödést jelent az alkotmánybíráskodás ebben a kiszélesített formában, hanem az állami főhatalmi döntések részben vagy egészben való elvételét a milliók által megválasztott demokratikus testületektől. Ez a kiszabadulás a demokrácia szervezési elvei alól nemcsak az alkotmánybíróságokat érinti, hanem az innen kiinduló impulzusokat átvéve a teljes felsőbbírói bíráskodás is elszakadhat a törvényhozói meghatározás alól, és a törvénytől elszakadó jogértelmezési módszerek, illetve nomatívan üres alkotmányi értékekre hivatkozás alapján lényegében szabadon alakítják ki a bírói joggyakorlatot. Erre a rendszerre megfelelőbb a jurisztokratikus állam elnevezés, mert ez adja vissza az államhatalom működésének a valóságát. Ezzel a szem elé kerül, hogy itt nem egyszerűen a jogállamisággal “megnemesített” demokráciáról van szó, hanem a demokráciának egy korlátozott formájáról, amely részben már szakított a népre mint az állampolgárok összességére alapozott hatalomgyakorlással.

A jurisztokratikus államnak ez az elfogultságmentesen történő korlátozott demokráciaként felmutatása lehetővé teszi létrejöttének a megértését is. Ugyanis eredetileg az alkotmánybíráskodás eszméje egyáltalán nem irányult a milliók választásán nyugvó demokratikus állami működés elfojtására, hanem csak a ciklikusan változó demokratikus kormánytöbbségek fölött az alkotmányi garanciák biztosítására. Vonatkozott ez az alkotmánybíráskodás amerikai kezdeteit jelentő hatásköri bíráskodásra a szövetségi szint és a tagállami szint között, és ugyanígy a kelsen-i osztrák alkotmánybíráskodásra 1920-tól. Csak az amerikai megszálló katonai kormányzat jogászainak ellenőrzése mellett 1949-ben kialakított német alkotmánybíróság indult meg azon az úton, amely az utóbbi évtizedekre egyre inkább a demokráciát elfojtó jurisztokratikus állam létrejöttéhez vezetett egy sor országban. E modellnek a sikere, és az 1980-as évek elejétől a világ egy sor országában ennek mintájára létrehozott alkotmánybíróságok egyre bővülő államhatalmi kompetenciái hozták létre a demokratikus testületek nyílt politikai küzdelmein alapuló állami működés helyett a jogi ruhába bújtatott és jogi érvekkel megvívott jogi-politikai küzdelmek mai állami működését. Nem vitásan a német alkotmánybírósági modell elterjedése mellett ebben fontos szerepet játszott az alkotmánybíráskodásnak magában az Egyesült Államokban is végbement megváltozása az 1960-as évektől.³⁶ Az itt megindult “alapjogi forradalom” teljes jogrendszert és politikai küzdelmeket átalakító technikái, majd ennek exportálása az amerikai alapítványok és jogvédő szervezethálózataik révén össze tudtak kapcsolódni a legközvetlenebb politikameghatározást lehetővé tevő német alkotmánybírósági modellel, és ezek együtt hozták létre mára a világ egy sor részében megfigyelhető jurisztokratikus állami működést a demokrácia részbeni elfojtásával.

Elfogulatlanul fel kell tehát tártani, hogy a későbbiekben a világ egyre nagyobb részén mintát adó, főhatalmú alkotmánybíráskodással ötvözött demokrácia nem egy megnemesített

döntés legitimációjának a törvényhez kötöttségből levezetését. Lásd ehhez Christopher Conrad Henke: Legitimität und richterliche Entscheidung. Zeitschrift für Internationale Rechtsdogmatik (ZIS) 2/2015, 110-18. p.

³⁶ Lásd ennek bemutatására Charles Epp: Rights Revolution. Chicago University Press. Chicago - London 1998, különösen 7-21 oldalakon; a változás nyomán a mozgalmi jogászok politikai küzdelmeire pedig Stuart Scheingold: The Struggle to Politicize Legal Practice. A Case of Left Activist Lawyering In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): Cause Lawyering. Political Commitment and Professional Responsibilities. Oxford University Press. New York. 1998. 118- 150.p.

demokráciaként jött létre, hanem már a létrehozók szándékai szerint is a demokrácia korlátozásaként és a sokmillió német tömegek feletti kontroll eszközeként. Ez sokáig tabutémát jelentett a német tudományos kutatásokban is, de az utóbbi években már - ha is annyira az alkotmányjogi körökben, hanem inkább a történettudományi feltárásokban - már őszintébben írnak erről.

A Konrad Adenauer Stiftung 2009 májusában tartott konferenciájáról szóló összefoglalóban Rüdiger Löwe-t idézik, miszerint az amerikai befolyás és meghatározás tényleges nagysága a Grundgesetz létrejöttére és tartalmára mindmáig tabutémának számít a tudományos kutatásban: "Löwes Meinung nach sei der Einfluss der USA auf die Entstehung des Grundgesetzes heute immer noch ein Tabu-Thema. Die USA hätten mit sanfter Strenge auf den richtigen Weg geholfen. "General Lucius D. Clay und die amerikanische Regierung gaben nach dem Zweiten Weltkrieg ein engen Korridor vor, in dem sich die deutschen Gründungsväter bewegen konnten".³⁷ Ugyanerről a kérdésről így ír egy recenzióban Marcus M. Payk: "Über Brisanz der Frage, inwieweit das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 23. Mai 1949 als eine eigenständig deutsche Verfassung oder doch eher als ein "Diktat der Alliierten" zu werten sei, ist die Zeit hinweggegangen. Das Problem eines demokratischen Legitimationsdefizits durch die "Verfassungsschöpfung unter Besatzungsherrschaft" (R. M. Orsey) ist zwar wiederholt aufgeworfen, größtenteils aber unter Hinweis auf den eigenständig deutsche Anteil an der Entstehung des Grundgesetzes sowie auf die akklamatorische Funktion der ersten und der nachfolgenden Bundestagswahlen verworfen worden."³⁸

Hermann-Josef Rupieper Németország amerikaiak általi megszállása közben a demokrácia egy sajátos formájának létrehozásánál három átfogó cél érvényesülését emeli ki, melyek középpontjában a német tömegek tartós pacifikálása állt: "1949 hatten sich drei Strategien herauskristallisiert, um zu verhindern, dass die Deutschen jemals wieder zu einer Gefahr für die "demokratischen Welt" werden konnten. Sie sollten "zum überzeugten Glauben an die Demokratie" gebracht werden, sie mussten durch "Kontrolle und Überwachung" in Schach gehalten werden, und sie waren durch Europäische Integration" in breitere Beziehungen einzubetten. Alle Elemente dieser Politik existierten weiterhin parallel zueinander."³⁹

Barbara Fait az amerikai megszállás első éveiben keletkezett dokumentumokat elemezve leszögezte, hogy az amerikaiak nem felszabadítani akarták 1945-ben a németeket, hanem mint ellenséget ellenőrzés alá vonni és megbüntetni őket, és a kezdeti düh elmúlása után is a keményen ellenőrzött és kézben tartott német demokrácia felépítését igyekeztek elvégezni. Eredeti angol nyelven is idézi, hogy milyen erős kontrollt gyakoroltak minden lényeges fejlemény felett az első években - így a szövetségi alkotmány létrehozásában is - az amerikaiak: "Die (Straf-)Direktive JCS 1067, von April bis Juli 1947 offizieller Richtlinienkatalog der amerikanischen Militärregierung, bringt die restriktive Haltung der Sieger deutlich zum Ausdruck. "Germany will not be occupied for the purpose of liberation but as defeated enemy nation."⁴⁰ Egy további jó idézet Fait elemzéséből annak alátámasztására, hogy az amerikai megszállók korlátozott demokráciára törekvése mögött a német tömegektől való félelem állt: "Es war der Hauptziel der USA wie auch die anderen

³⁷ Lásd: Veranstaltungsberichte Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 26. Mai 2009.

³⁸ Lásd Payk recenzióját: www.hsozkult.de/publikationreview/id/rezbuecher-238 vagy másodpublikációja: H-NET Review in the Humanities and Social Sciences. A recenzált mű pedig Edmund Spevack terjedelmes könyve, lásd Spevack: Allied Control and German Freedom: American Political and Ideological Influences on the Framing of the West German Basic Law. Münster LIT Verlag 571. p.

³⁹ Hermann-Josef Rupieper: Peacemaking with Germany. Grundlinien amerikanischer Demokratisierungspolitik 1945-1954. In.: Arnd Bauerkämper (Hg.) Demokratiewunder. Transatlantische Mittler und die kulturelle Öffnung Westdeutschlands 1945-1970. Vandenhoeck und Ruprecht. Göttingen. 2005. S. 41-56.

⁴⁰ Barbara Fait: "In einer Atmosphäre der Freiheit". Die Rolle der Amerikaner bei der Verfassungsgebung in den Ländern der US-Zone 1946. Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 1985. No. 3. S. 420.

Siegermächte, eine neuerliche Bedrohung der Welt durch Deutschland endgültig auszuschließen.”⁴¹

Az OMGUS (Office of Military Government for Germany U.S. - a megszálló amerikai katonai kormányzati főhatóság neve) döntött arról már 1945-ben, hogy egy új alkotmányt kell megalkotni az ország egésze számára, és ugyanígy a Németországon belüli Landokban is. Az OMGUS melletti alkotmányozó munkacsoport létrehozása már 1946 decemberben megtörtént, és benne volt egy amerikai bíró is ill. az USA-ba emigrált és onnan most visszajött államjogászprofesszor, Carl Loewenstein: “Die Abteilung ließ sich dabei von einer im December 1945 eingesetzten Inter-Divisional Working Party on Land Constitutions beraten. Diesem Arbeitsausschuß, der sich bereits seit Dezember mit der Frage der Länderverfassungen beschäftigt hatte, gehörten hochrangige Persönlichkeiten an, so der OMGUS-Legal Advisor Joseph Warren Madden, Professor der Rechte und zeitweilig Richter am US-Court of Claims, und der von 1933 von München nach Amerika emigrierte Verfassungsrechtler Carl Loewenstein.”⁴² A Landesverfassung-ok mögötti igazi szuverén az amerikai katonai kormányzat volt, és a verfassungsgebende Versammlung-ok igazán csak tanácsadó szerepet játszhattak: “Bis zum 15. September 1946 erwartete die Militärregierung die Vorlage der fertigen Verfassungsentwürfe, die nach ihrer Genehmigung nicht später als am. 3. November 1946 dem Volk zur Abstimmung unterbreitet werden sollten. (...) Mit der Anweisung verzichtete die Militärregierung aber keineswegs auf ihre alleinige Souveränität. Auch die Verfassungsgebenden Versammlungen hatten de jure nur beratende Funktionen.”⁴³

Az OMGUS tanácsadói inkább a teljes alkotmányelfogadást is az alkotmányozó Versammlung-ok-on keresztül akarták megszervezni, de Clay ragaszkodott e helyett inkább a népszavazással elfogadáshoz. Ugyanis miközben a Landesverfassung-ok készítését alapvetően a kezükben tartották, Clay aggódott azon, hogy nehogy úgy váljon ismertté a közvélemény előtt, hogy az a megszállók által készített alkotmány: “These consitution must go to the German people as free creation of their elected representatives and with the least possible taint of Military Government dictation”⁴⁴ És ezután a tanulmány szerzője, Fait hozzáteszi: “Andererseits waren weder Clay noch sein Stab geneigt, den Besatzungszielen oder vitalen amerikanischen Interessen zuwiderlaufende Verfassungsinhalte zu akzeptieren.”

⁴⁵ Clay egyik tanácsadója volt a Landesverfassung-ügyekben a német származású Carl J. Friedrich is, aki ezután a Grundgesetz előkészítésében is az OMGUS-t képviselte - írja Fait. Számomra meggyőzőek ezek az elemzések arra, hogy megválaszoljuk a kérdést az eredeti alkotmánybíráskodási eszmével szakítás okáról, és e helyett a kiterjesztett és főhatalmi státusra emelt német alkotmánybíráskodási modellt létrehozó motivációkról. Ez pedig egyértelműen a sokmilliós német tömegben nyugvó demokrácia korlátozását célozta, és épp ez volt a megszálló amerikai kormányzat jogászainak a fő szempontja. A nem megfelelő tömeges politikai akaratképzés és ennek parlamenti kormánytöbbséggé válásának veszélye esetén egy nagyhatalmú testület hatékony jogosítványokkal alapjaiban kiiktathatja ezeket a szerveződéseket, és az USA által dominált nyugati világ folyamatos ellenőrzését tudja biztosítani. A demokráciának ez a korlátozott modellje aztán egy olyan narratívával kapta meg a legitimációját a nyilvánosság előtt, hogy ez a jogállamisággal megnevesített “igazi” demokrácia. Mivel pedig a politikai demokrácia mindennapjai a sokszor acsarkodó parlamenti és médiavitákkal tényleg egy sor disszonáns benyomást és averziót kelt fel az emberek millióiban, így a társadalom tényleges alapdöntéseit meghozó alkotmánybírásgok nyilvánosság mögötti működése és csak méltóságteljes, ünnepélyes döntéshirdetéseiken

⁴¹ Fait, 420. p.

⁴² Fait, 426. p.

⁴³ Fait, 429. p.

⁴⁴ Clay utasítását idézi a szerző, lásd Fait, 432. p.

⁴⁵ Fait, 432. p.

való megjelenése tömeges támogatást biztosított a legtöbb helyen számukra. A német alkotmánybírósági modellt aztán a világ sok országában átvették az 1980-s évektől indulóan, de látni kell, hogy ennek akadálytalan terjedéséhez és rendszerint tömeges támogatásához az is hozzájárult, hogy majd mindig olyan országokban történt ez meg, ahol előtte a diktatúra valamilyen formája létezett. Az ennek megdöntését kívülről is segítő hatalmak - rendszerint az Egyesült Államokkal az élen - aztán úgy tálták ezt a modellt, mint a modern kor igazi demokráciáját. Nincs itt semmi változás a demokrácia alapjait illetően, csak éppen a nagyhatalmú alkotmánybíróságok kompetenciái a milliók demokráciáját megtestesítő parlamenti kormánytöbbség felülbírálására az alkotmány garanciáival még nemesebbé teszi ezt a demokráciát - került propagálásra e modell. Ez azonban nem fedí a valóságot a kiterjesztett német alkotmánybírósági modellt illetően, és ez csak az eredeti szerény jogkörű amerikai illetve osztrák alkotmánybíráskodásra lett volna igaz. Ez az alapvető változás már szakítást jelentett a tömegeken alapuló politikai demokrácia állami rendszerével, és ténylegesen a jogi-alkotmányjogi ruhába öltöztetett politikai döntési rendszert hozta létre, melyet megfelelőbb jurisztkatikus államnak nevezni.

Ha a középpontra emeltük a fő hangsúlyt illetően az állami működés demokratikus alapról jurisztokratikus alapra helyeződését, és így az eddigi legitimációs narratíva valósággal össze nem egyeztethető jellege láthatóvá vált, akkor felvethető, hogy milyen irányokba lehetne változásokat eltervezni ahhoz, hogy társadalom felé történő politikai legitimáció érvei nagyobb összhangban álljanak az állam tényleges működésével. Fontos kiemelni, hogy a mai jurisztokratikus államban sem történt teljes szakítás a demokrácia egy visszaszorított működésével, csak éppen e fölött a főhatalom komoly részét gyakorló jurisztokratikus döntési rendszer áll. Itt a legitimációs alap - a jurisztokratikus állam hordozóinak magas parlamenti többséghez kötött választása révén a részbeni demokratikus legitimáció mellett - a jogi-alkotmányjogi érveléshez kötött döntési eljárás. Niklas Luhmann ezt úgy fejezte ki, hogy "legitimáció a pusztán a döntési eljárás minősége által".⁴⁶ Közvetlenül ugyan nem az állampolgárok milliói választják ezeket, de az absztrakt alkotmányi normatív keretből vezetik le a döntéseiket, és ez az érvelési levezetés adja jurisztokratikus állam döntéseinek sajátos igazolását. Bizonyos fokig egy kettős legitimációnak lehet ezt nevezni. Ebből a helyzetből éppúgy adódik elvi lehetőség arra, hogy igyekezzünk visszametszeni az utóbbi évtizedek kiterjedt alkotmánybíráskodását és a rendes főbírói testületek törvénytől elszakadó működését - így visszatérjünk az állam fő hangsúlyát illetően a politikai demokrácia legitimációs alapjára -, minthogy arra is elvi lehetőség nyílik, hogy a jurisztokratikus állam nyílt legitimációját megteremtve ezt igyekezzünk megnevesíteni, és a demokrácia elvével is egy fokig rendszeresebben összekötni. E nélkül ugyanis egyrészt a nyilvánosság háta mögött a legnagyobb torzulásokkal működik a jurisztokratikus rendszer, másrészt a háttérbe szorított demokrácia elvei még inkább elsikkadnak az állam működésében.

A demokráciára visszametszés és az ezzel összeegyeztethető szerény jogkörű alkotmánybírósági modellre visszatérés különösebb elemzést nem igényel, elég csak felsorolásszerűen emlékeztetni erre: az alkotmánybírák itt csak az alkotmányi garanciális keret fenntartását szolgálják a ciklikusan változó demokratikus kormánytöbbségek felett, és csak azon örködnek, hogy az éppen kormányon levő politikai erők ne tudják felszámolni a hatalomból eltávolításuk alkotmányi garanciáit; így itt az alkotmánybíróság főként a választási rendszert és a szabad politikai akaratképzés mechanizmusait őrzi a politikai váltogazdaság működésének épen tartásához, de a törvények tartalmának az absztrakt alapjogokra hivatkozva történő meghatározása már a jurisztkatikus állam felé eltolódást

⁴⁶ Lásd Niklas Luhmann: *Legitimation durch Verfahren*. Surhkamp. Frankfurt am Main 1982.; kritikájához lásd Stefan Machura: Niklas Luhmanns „Legitimation durch Verfahren” im Spiegel der Kritik. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*. (Vol. 14.) 1993. No. 1.

jelenti, így az eredeti kelsen-i alkotmánybíráskodási modell mellett lecövekelve ezt meg kellene szüntetni.

A másik irányt az utóbbi évtizedek realitásává vált jurisztokratikus állam feljavítása jelenti, és ekkor elfogadjuk, hogy a politikai demokrácia működésében amúgyis jelen lévő, beépített torzulásokra hivatkozva nyílttá tesszük az alkotmányjogi ruhába öltöztetett jogi-politikai döntési mechanizmus rendszerét. Itt a változások a jurisztokratikus állam feljavítását-megnemesítését célozzák, és ezt egyrészt az alkotmánybíróságok működésében meglévő strukturális torzulások lehetőség szerinti kiiktatásával lehet elérni, másrészt a demokrácia elvével való erősebb összhang megteremtésével. Jelenleg a következő torzulások jellemzik a nyilvánosság háta mögött működő alkotmánybíróságokat: 1) Kiválasztási mechanizmusukban nem megfelelő a pusztán pártkatonai jellegű alkotmánybírók elkerülése, és ez egy fok felett – a jurisztokratikus állam gyenge minősége mellett – a törvényhozási váltógazdaságot is megkérdőjelezi. 2) A generalista alkotmánybíráskodáshoz nem tudnak felnőni a tipikusan szűk, szakosodott jogász területekről érkező mindenkori új alkotmánybírók. 3) Az állandó alkotmánybírósági munkatársi gárda egyrészt fokozza az autentikus alkotmánybíróvá felnövés nehézségeit, másrészt lehetővé teszi, hogy az alkotmánybíróság elnöke vagy más főhivatalnok a gárdán keresztül lényegében pusztán álcává szorítsa vissza az alkotmánybírói testületet, és a fő hangsúlyt illetően a mögöttes apparátussal átvegye az alkotmánybíróság döntési hatalmát. 4) Torzulást jelent az is, hogy több alkotmánybíróságnál – így a magyarnál is – az alkotmánybírósági elnököt semmilyen automatizmus nem korlátozza az ügyek előadó bíróhoz kiadásában, vagy akár saját magának megtartásában, és ezzel a legjelentősebb kérdések eldöntésének irányát egymagában meg tudja határozni. 5) Következő torzulást jelent, hogy mivel egyetlen szerv sem áll az alkotmánybíróság felett, így óhatatlanul elszakadási tendenciák indulnak meg az alkotmány rendelkezéseitől, és épp azok, akik az alkotmány védelmére hivatottak, válnak a legnagyobb veszélyeztetetté.

A jurisztokratikus államot elfogadva, de ezen belül azért a demokrácia komponensét erősítendő, a következő hiányok követelnek változtatást a mai helyzetben az előbbieken túl.

6) Az állami főhatalom részévé vált alkotmánybíróság döntéshozatala teljes mértékben a nyilvánosság kizárásával történik, és míg ez egy rendes felsőbíróságnál elfogadható, addig a társadalom politikai alapkérdéseit szabad mérlegeléssel meghozó alkotmánybírói testületnél ez a demokratikus nyilvánosság megsértését jelenti. 7) A jurisztokratikus állam alapkérdéseinek befolyásolására szerveződött mozgalmi jogászcsoporthoz belevegyülnek az egyszerű civilszervezeti egyesületek közé, miközben az új jogi-politikai döntéshozatal központi szereplőiként a jogász-harcosok gárdáit jelentik, így ezen változtatni kellene.

Végül említeni kell, hogy a rendes felsőbíróságokon belül a legfelsőbb bírósági szerepet betöltő bíróság bírái bár szintén részesülnek a jurisztokratikus állam alapkérdéseinek a meghozatalában, de egy zárt korporatív kiválasztás révén nem rendelkeznek a demokratikus legitimáció minimumával sem. Így felvethető, hogy a jurisztokratikus állam némileg erősebb demokratikus komponenssel felruházása érdekében biztosítani kellene legalább a legfelsőbb bírósági szervezeti vezető bírók parlamenti megválasztását.

Az alkotmánybírók kiválasztása

Az alkotmánybírók elkerülhetetlenül széles mérlegeléssel döntenek az absztrakt alkotmányi rendelkezések miatt, és a konkretizáló alkotmányértelmezésük nagy nyitottsága óhatatlanul az egyes alkotmánybírók értékhangsúlyainak – közöttük politikai értékeiknek – a középponti szerepét hozza létre. Az alkotmánybírói pozícióba kiválasztásuk pedig az állami csúcspolitikusok (parlamenti pártvezérek és/vagy már államfővé vált korábbi pártvezetők) által – a formális feltételeknek megfelelés mellett – kifejezetten az előéletük szerint mutatott politikai értékeik alapján megy végbe. Ebből fakadóan főszabály szerint valamelyik politikai

értéktáborba sorolható a legtöbb alkotmánybíró, mégha abban nagy különbségek is vannak, hogy a megválasztás utáni hónapok múlásával milyen intenzíven maradnak meg, vagy múlnak el az egyes alkotmánybíróknál az őket jelölő vagy más módon támogató parlamenti pártvezérekhez fűződő kötelékek. Az erős kötelékek tartóssá válása esetén akár a pártkatonabíró szerep is létrejöhet, míg a kötelékek elenyészésével csak a pusztá politikai értékkötődés marad meg, és az utóbbinál a pártérdekek figyelembevétele az alkotmánybírószági döntéshozatalban már nem határozza meg az adott alkotmánybíró szavazatát. A jurisztokratikus állam nagy hatalommal rendelkező alkotmánybírószága esetében csak akkor nem válik hosszabb távon elviselhetetlen konfliktusok forrásává a politikai értékkötöttség, ha a bírók nagyobb részénél ez nem éri el a pártkatonai szintű erősséget. Ilyen esetekben ugyanis egy olyan kormánytöbbség létrejötte után, mely alapvetően szemben áll a korábbi kormánytöbbségek által kiválasztott alkotmánybírószági többséggel lényegében lebénulhat a kormányzás, és ez hosszabb távon valamilyen robbanásban nyilvánulhat meg. Ezért a rendszer harmóniája és életképessége érdekében olyan kiválasztási mechanizmus szükséges, mely a pártkatonai kötöttséget minimalizálni képes, és csak a pusztá politikai értékhangsúlyok szintjén tartja az egyes alkotmánybírák meghatározottságát.

Ha félretoljuk a demokratikus legitimáció szükségessége miatt a jogászai szakmai szervezetek szerepét az alkotmánybíró kiválasztásban - mert ennél szükségszerűen a korporációk és szervezői klikkek érdekei dominálnak a szakmai álarc mögött -, akkor a parlamenti többségi kiválasztást helyesnek kell tekinteni. Ám látni kell, hogy ez csak akkor lehet megfelelő, ha az előzetes alkotmánybírószági törvény által rögzített magas szintű követelmények precízen kerülnek meghatározásra. A gyakorlat tanúsága szerint, ha ezek nem eléggé határozottak, akkor a parlamenti – esetleg magasan meghúzott minőségi - többség érdekében egymásra utalt pártok akár az alapvető követelményektől is eltekintenek a saját jelölt bejuttatása érdekében. Így az alkotmánybírók minősített parlamenti többséggel megválasztását kell helyesnek tekinteni a jurisztokratikus állam minősége (és a megfelelő legitimáltság) érdekében, de ehhez egy formai ellenőrzési szerepet mindenképpen érdemes juttatni az elvileg semleges államfőnek. Ő azonban csak a formai feltételek meglétét vizsgálhatja, és csak akkor tagadhatja meg a kinevezést - sőt kell azt megtagadnia -, ha a formai előfeltételek szintjén hiány mutatkozik.

Látni kell azonban, hogy az alkotmánybíró kiválasztásban legfontosabb kérdés, a pártkatonabírók lehetőség szerinti kiszűrése csak akkor valószínű, ha a számbajövő jogászai szakmák sajátosságaira figyelve a napi politikai kötöttségben élő jogászai körökön kívülről tesszük csak elérhetővé az alkotmánybírói posztokat. Így elsősorban az egyetemi jogászprofesszori csoportoknál várható el - márcsak e tevékenység szervezeti előfeltételei miatt is - a napi politikától való tartós távolélés, és ugyanígy a felsőbírószági bírói kartól. Ha ezekre a jogászai csoportokra szűkítjük az alkotmánybírói poszthoz előírt szakmai feltételeket, akkor az egyszerű pártjogászokat nagyobb valószínűséggel ki lehet szűrni innen. Természetesen kivételek mindkét irányban lehetnek, és jogászprofesszor válhat echte pártkatonává e poszton, illetve ügyvédből pedig zsinórmérték szerint döntő mintaszerű alkotmánybíró lehet, de a fő szabály szerint inkább áll az általam kiemelt torzulás veszélye, illetve ennek kisebb valószínűsége, ha csak meghatározott jogászai szakmákra szűkítjük az alkotmánybírói kiválasztási bázist.

Az autentikus alkotmánybírói szerepre felnövés

Akármilyen hosszú jogászai múlt is áll az alkotmánybíróvá kinevezett volt felsőbírószági bíró vagy jogászprofesszor mögött, amikor el kell kezdenie az alkotmánybírószági döntéshozatalban való részvételt, akkor óriási tanulást kell végrehajtania. Évtizedekig a jog

egyik területére szakosodott bíró vagy jogtudós volt, aki a jog többi nagy területére már csak joghallgató korában tett vizsgái tárgyaiként emlékszik, ám most a jog minden területén döntésképpé kell válnia. Az alkotmánybíráskodás generalista bíráskodást jelent, és ez éppen szembenállón az európai szakosodott bírósági karrierrel - illetve ugyanígy az egy-egy jogágra szűkült jogászprofesszori tevékenységgel - az amerikai generalista bíráskodást terítette szét a világban.⁴⁷ Így a nagy szakmai múltú és szűk jogágában már széleskörben elismert bíró és jogászprofesszor szinte kezdő, amikor elkezd megválasztott alkotmánybíróként a tevékenységét. Ahhoz, hogy fel tudjon nőni ténylegesen autentikus alkotmánybíróvá, az első hónapokban a legnagyobb erőfeszítéseket kell tennie a felhalmozott alkotmánybíróági esetjog sok-sok ezer oldalának ügynként történő feldolgozásához, megismeréséhez és a főbb elvi szempontok kivonatolásához, esetleg kritikájához. Mindezt jórészt olyan jogágakat illetően is, melyek távol esnek a szakosodott saját jogágának világától, és csak joghallgatóként tett vizsgáinak emlékeiben élnek. Nem vitásan, hogy erre nagyobb esélye van annak a jogásznak, aki jogtudósként kevésbé szűkült le egyetlen jogágra, hanem esetleg a jogelmélet egész jogrendszert bevonó kutatójaként tevékenykedett sok éven át, vagy ha egy jogágra szűkült professzor is volt, de habitusából fakadóan mindig a jog egészét bevonva művelte ezt. Ezzel szemben a legmélyebb specializálódásban tevékenykedő jogász (ügyvéd, bíró, jogtudós) számára a generalista alkotmánybírói szerephez való tényleges felnövés sok esetben szinte megoldhatatlan problémát jelent.⁴⁸

Ez azonban csak a kiindulási helyzetet jelenti, mert az alkotmánybíróági szervezet felépítése illetve az itteni döntési gyakorlat egy sor szempontból segítheti az autentikus alkotmánybírói szerephez felnövés valószínűségét, vagy éppen gátolhatja. Ha a pozíciójába megválasztott, új alkotmánybíró sokéves tapasztalattal és gyakorlattal rendelkező alkotmánybíróági munkatársak fogadják, akkor az első időben szinte gyámolítottá válik, és ez akár végig megmaradhat. Elvileg az autentikussá vált és felkészült alkotmánybírónak csak azért kellenek döntés előkészítő munkatársak, hogy ha ő lesz egy-egy ügy előadó bírója, akkor a határozatszerkesztés technikai gondjaitól mentesülni tudjon, és a tényleges elvi problémákra tudjon összpontosítani. Ha más által készített tervezetről van szó - és ez jelenti a fő munkaterhet egy tíz-tizenöt fős testületben -, akkor a tervezettel együtt a teljes dossziét megkapva, az alkotmánybíró már maga is át tudja nézni és feldolgozni az egész ügyet. Ám az

⁴⁷ Csak a legfontosabb vonatkozó irodalom a generalista versus specializált bíráskodás elemzésének anyagai közül: Richard A. Posner: Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function. Southern California Law Review (Vol. 56.) 1983 No. 2. 761-791.p.; Diane P. Wood: Generalist Judge in a Specialized World. SMU Law Review (Vol. 50.) 1997. No. 4. 1755-1768.p.; Sarang Vilay Damle: Specialize the Judge not the Court: A Lesson from the German Constitutional Court. Virginia Law Review. (Vol. 91.) 2005. No. 4. 1267-12311.p.; Lawrence Baum: Probing the Effects of Judicial Specialization. Duke Law Review. (Vol. 58.) No. 6. 1667-1684.p.; Herbert Kritzer: Where Are We Going? The Generalist vs. Specialist Challenge. Tulsa Law Review. (Vol. 47.) 2011. No.1. 51-64.p.; Edward K. Cheng: The Myth of the Generalist Judge. Stanford Law Review. (Vol. 61.) 2008. No. 2. 519-572.p.; Steve Vladeck: Judicial Specialization and the Functional Case for Non-Article III. Courts. JOTWELL. 2012. 2-5.p.; Anna Rüefli: Spezialisierung an Gerichten. Richterzeitung 2013/2. 2-18.p.

⁴⁸ Az amerikai Posner a következőképpen hívja fel a figyelmet az eltérésre az európai és az amerikai bírói szerep között és arra, hogy ez az eltérés a két jog szerkezete közötti átfogóbb eltérésből ered: „In Europe the judiciary is much more specialized than it is in this country; and I am not prepared to assert that is a bad thing, given the very different structure of the Continental system. I have serious reservations, however, about trying to graft on branch of that system, namely the specialized judiciary, onto an alien trunk” Richard A. Posner: Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function. Southern California Law Review (Vol. 56.) 1983 No. 2. 778.p. Posner érvét visszafordítva, *a contrario* azonban le lehet vonni a következtetést, hogy a kontinentális Európában – főként az 1989-es rendszerváltás után a közép-kelet-európai országokban - úgy vettek át az amerikai összjogrendszerből egy szeletet, a generalista alkotmánybíráskodást, hogy azt minden vizsgálat nélkül az európai összjogrendszerek specializált szakbíróági rendszerébe, annak tetejére ültették azzal, hogy a német modellt követve a bírói ítéletek alkotmánybírói felülvizsgálatát is bevezették.

elődjétől örökölt hagyott, gyámolító munkatársak lehetővé teszik az új alkotmánybíróknak azt is, hogy a sokszázoldalas dossziék részletes feldolgozását rájuk hagyja, és az egyes ügyekről csak néhány oldalas kivonatban kapjon információt, és ezáltal kiokosítva menjen be a testületi ülésekre. Természetesen ez a kényelmesebb út, és ha erre áll rá az új alkotmánybíró, akkor nagy valószínűséggel soha nem válik autentikus alkotmánybíróvá, és végig a gyámolító törzskari munkatársai pusztán küldöttje marad a testületi üléseken és döntéshozatalban. A testületi döntés többi tagja szempontjából ez a pusztán formális részvétel rendszerint csak könnyebbé jelent, hisz épp a sok önálló szuverén bíró léte jelenti a fejfájást a testületben domináns elnöknek vagy más mérvadó döntéshozóknak. Így a pusztán törzskara által gyámolított, önálló bíró a kevés felszólalásával a testületi vitákban csak nagy megkönnyebbülést jelent, és nem kell tartania semmilyen negatív értékeléstől. Akár a testület kedvence is lehet. Kívétel persze, ha a testületi többséggel szembenálló törzskari munkatársak épp az ilyen önálló bíró keresztléte tudják blokkolni a többség döntési irányát. Azonban akár így van, akár úgy, ez nem változtat azon, hogy ez egy torzulást jelent, és ha több ilyen törzskari gyámolított alkotmánybíró van a testületben, akkor a nagy parlamenti legitimitás álcája mögött a testület megválasztott tagjaitól eltérő alkotmánybírói akaratképzés kezdi működtetni a jurisztokratikus állam középpontját. Meg kell tehát vizsgálni, hogy miképpen lehet e szervezeti torzulásokat kiküszöbölni, és az autentikus alkotmánybírói szerepre felnevelést valamiképpen biztosítani.

A változtatások középpontjába azt kell helyezni, hogy a szűk jogterületre szakosodott bíró/jogászprofesszor a generalista alkotmánybírói feladatra minél gyorsabban fel tudjon nőni, és ne kerüljön az alkotmánybírói állandó apparátus gyámolítása alá. Az itthoni állapotokat a szem előtt tartva - de ez a világ legtöbb alkotmánybírói rendszerére állhat - a legfontosabb az lenne, hogy az új alkotmánybírók az első évben ne kapjanak törzskari munkatársakat, és ebben az időben még ne is kapjanak előadó bírói feladatokat sem, mivel ezekre nélkülözhetetlen a munkatársak segítsége. Ez a strukturális változás kényszerítheti arra a mindenkori új alkotmánybírókat, hogy maga végezze el a többi kollégája által készített döntési tervezetek és ezek dokumentumainak (indítványok, az ügy első- és másodfokú bírói ítéletei stb.) vizsgálatát. Ez - főként a korábbi szakosodott jogterületről eltérő jogágakba tartozó ügyeknél - eleinte nagy munkaterhet jelent, de néhány száz ilyen döntési tervezet alapos elemzése után egyre könnyebbé válik ez, és a következő években az új bíró a begyakorolt érvelési vonalak és alternatívák ismeretében már igazi generalista alkotmánybíróként tud tevékenykedni a büntetőjog, a magánjog, a közigazgatási jog, a munkajog stb. ügyeiben.

A fenti változtatás és a saját elemzéssel a döntési tervezetekbe elmélyülésre ösztönzés azonban csak akkor lehet hatásos, ha kötelezővé teszik az alkotmánybírói törvény előírásainak a szintjén, hogy az egyes bírók kötelesek minden döntési tervezetre írásban előzetesen állást foglalni. Ez a régi, begyakorolt és már autentikus alkotmánybírók esetében is fontos - ne ott rögtönözzön a többiek türelmére gyakorlatozva véleménye megformálásával! -, de különösen fontos az új alkotmánybírók esetében. Nem ülhet a testületi viták alatt békésen mosolyogva és a hallgatásával helyeselve, hanem explicit módon álláspontra kell tudni elfoglalnia az ügy főbb aspektusaiban. A munkatársak hiánya ekkor pedig biztosítja, hogy tényleg hasson az ösztönzés, és neki saját magának kelljen az ügyeket átnéznie, és a tervezeteket kivonatolnia, és nem mehet be a testületi ülésekre a munkatársak által adott egy-két oldalas silabuszok megértésével.

Az alkotmánybírói munkatársi gárda reformlehetőségei

Az alkotmánybírói döntési munka technikai részeinek és a határozatszerkesztés mechanikus feladatainak elvégzésére - a bírák ez alóli tehermentesítése érdekében - az Egyesült Államokból az intézménnyel együtt átvételre került a legtöbb országban az egyes

bírákat segítő munkatársak rendszere is (decernátus, jogi asszisztensek, törzskari munkatársak stb.). Ám míg az eredeti helyen ez csak a joghallgatók közötti pályáztatással, éves megbízásokkal tevékenykedő munkatársakat (law clerk) jelentett - szigorúan az egyes bírák által saját maguknak kiválasztva -, addig az átvétel folyamán egyre inkább magasan képzett jogászok, esetleg középszintű bírák munkatárskénti foglalkoztatásává változott ez át. E mellett ez nem ideiglenes és folyamatosan változó munkatársi gárdát jelent már, hanem mint az alkotmánybíróság állandó munkatársai sok évig, akár egy életen át itt tevékenykednek, és várják az új és új, gyakorlatlan alkotmánybírók belépését. Így ezzel az a korábbi jellemző is megváltozott a legtöbb esetben, hogy az alkotmánybíró maga választja ki a munkatársait, és ő dönt a foglalkoztatásukról. Ezek a legtöbb országban rendszerint az alkotmánybírósági elnök vagy egy általa kinevezett főhivatalnok, főtitkár munkáltatói jogköre alatt tevékenykednek akkor is, ha formailag egy-egy alkotmánybíró törzskari munkatársait jelentik.

Ezekkel a változtatásokkal alapvetően átalakul a bíró és munkatársai viszonya, és magának az alkotmánybírónak a bíróságon belüli tényleges jogállása is lényeges változáson megy át. Ennek megértéséhez érdemes az USA eredeti law clerk-jeinek bírákhoz és a döntési folyamathoz való viszonyát a szem elé venni, és ehhez képest az ettől leginkább távol eső, másik pólust ezzel összehasonlítani, hogy lássuk a skála két végén belüli szóródások kevésbé tiszta jellemzőit és ennek kihatásait. Az USA eredeti megoldásában az egyes legfelsőbb bírósági bírák szuverén döntési pozícióban vannak, maguk választják ki a law clerk-jeiket éves cserékkel, akik nemcsak a döntés előkészítés technikai részleteire vannak szorítva, de tényleges döntési kompetenciájuk is összehasonlíthatatlanul csekélyebb mint a "gazdájukat" jelentő bíróé. Ehhez képest a másik végletet jelenti a török alkotmánybírósági döntési mechanizmus és az itteni alkotmánybírók illetve a munkatársak viszonya. Itt ugyanis nem az egyes bíráknak vannak munkatársai, hanem csak az egész alkotmánybíróságnak, akik szigorúan az AB elnökének vannak alárendelve egy főhivatalnok közvetlen felügyelete mellett. E mellett itt a döntési tervezeteket nem maguk az egyes alkotmánybírák mint előadó bírák (rapporteur) készítik el, hanem az AB-elnök által megbízott egy-egy állandó munkatárs, aki így ténylegesen mint helyettes alkotmánybíró viszi az ügyet az AB-elnök és a főhivatalnok felügyelete alatt. Ő is viszi be a saját döntési tervezetét a testületi ülésre, és csak ekkor kapcsolódnak be az igazi alkotmánybírók a kész tervezet megvitatásába a döntéstervezetet készítő munkatárssal vitázva, és végül ők szavaznak az elfogadásáról. Itt tehát egy olyan alkotmánybírósági döntési mechanizmus működik, ahol az AB-elnök illetve az általa közben tartott alkotmánybírósági apparátus "pót-alkotmánybírói" állnak a középpontban, és az egyes alkotmánybírók mindig csak kívülről igyekeznek megérteni a nélkülük elkészített döntési tervezeteket, hogy szavazni tudjanak felettük. Közelebbi vizsgálat kellene itt az egyes török alkotmánybírák tényleges döntési behatásainak és az erre való lehetőségeik feltárására, de átfogó értékelés szintjén is meg lehet állapítani, hogy ez csak csekély lehet, és legfeljebb csak a nyilvánvaló politikai konzekvenciákkal járó ügyek esetében tudnak érdemben állást foglalni valamilyen irányban. Itt az alkotmánybíróság döntési hatalma ténylegesen az AB-elnök kezében van az általa meghatározott pót-alkotmánybírák gárdáján keresztül, és amennyiben a török államfő pedig közben tudja tartani az AB-elnököt, akkor az egész intézmény csak egy álca és fűgefalevél az államfő tényleges hatalma előtt.

Ha a szuverén alkotmánybírók testületét jelentő amerikai megoldással polárisan szembenálló török alkotmánybíróságtól a skálán befelé jövünk, akkor ismereteim szerint a román alkotmánybíróság következik a sorban. Itt is a helyettes alkotmánybírók pozíciójában vannak az alkotmánybíróság állandó munkatársai, de itt azért már az egyes alkotmánybírók kapják meg az előadó bírói megbízást az AB-elnöktől, és így érdemben is bele tudnak szólni az alkotmánybírók a döntési végeredménybe. Ám itt is a gyakorlott, állandó alkalmazásban álló helyettes-alkotmánybírói gárda áll a döntési mechanizmus középpontjában - belülről is hierarchikusan tagolva fő- és beosztott jellegű munkatársakkal - mint a törököknél, és igazán

csak a nyilvánvaló politikai konzekvenciákkal járó ügyekben tud saját álláspontot kialakítani a legtöbb alkotmánybíró, különösen az újak az első években. A románoktól eggyel enyhébb az alkotmánybírói állandó munkatársak döntésmeghatározó szerepe a horvátoknál, mert itt hivatalosan nem mint helyettes bírók kapnak ezek megbízást, és itt az egyes alkotmánybírókhoz tartoznak ezek mint az ő munkatársaik. Ám a jogállásuk kiemelt szerepét azért mutatja, hogy a horvát alkotmánybírói törvényben kifejezett rendelkezés van arról, hogy a főszabály szerint alkotmánybírók mellett a testületi üléseken a döntéstervezetek megvitatásánál ők is részt vehetnek – kivéve, ha egy-egy ügynél kifejezett döntéssel az alkotmánybírók többsége ezt kizárja -, és emellett arról is rendelkezik az itteni alkotmánybírói törvény, hogy az egyes előadó bírók megbízhatják a törzskari munkatársukat, hogy ő terjessze a döntéstervezetet a testületi vita elé, és képviselje a döntéstervezet álláspontját.⁴⁹ Ez lényegében teljesen felmenti a megválasztott alkotmánybírókat az autentikus alkotmánybírói szerephez felnövés nehéz munkája alól, és az ő nevükben a munkatársak által készített döntéstervezethez éppúgy kívülállóan tudnak csak hozzászólni a testületi vitákban, mint a románoknál vagy a törököknél, csak éppen formálisan az ő nevükben készített döntéstervezetekről van itt szó.

Mint a skála autentikusság felé eső további részét talán a magyar alkotmánybírói döntési mechanizmus jelenti, ahol az egyes előadó bíró munkatársai ugyan nagy szerepet kapnak a döntéstervezetek elkészítésében, de ez egyrészt az egyes alkotmánybírók döntési szuverenitásának megőrzésétől függ - és van ahol ez az érdemi döntés átvételét is jelenti, míg más alkotmánybíróknál ez csak a technikai határozatszerkesztési kérdésekre terjed ki⁵⁰ -, másrészt itt nem vehetnek részt a testületi üléseken a munkatársak, és itt már az egyes előadó bíróknak maguk kell annyira beásni a döntéstervezet dilemmáiba, hogy képviselni tudják azt a testületi vitában. Mivel azonban a kialakult gyakorlat szerint a munkatársak Magyarországon is sokéves állandó munkaviszonyban látják el ezt a feladatot - az AB-elnök munkáltatói jogköre mellett, de az egyes alkotmánybírók törzskarába beosztottan -, és rendszerint az új, tapasztalatlan alkotmánybírókat ezek a régi munkatársak gyámolítják a betanulásuk időszakában, így sok esetben a tényleges érdemi döntések is megmaradnak az egyes bírók törzskari munkatársainak a kezében.

A fenti elemzéssel látható válik, hogy az autentikus alkotmánybírói szerephez felnövésben - és egyes esetekben az adott ország alkotmánybírói rendszerének valóban alkotmánybíróként tevékenykedésében - a legnagyobb akadályt jelenti az európai alkotmánybírói rendszerek alkotmánybírókat segítő munkatársi rendszere. A törököknél ez elhárítható addig, hogy az egész inkább csak jogállami álca az államhatalom legitimációjához, de a románoknál és a horvátoknál is inkább csak egy hatalmi centrumot jelent az alkotmánybírói rendszer, melyet az államhatalom más szereplőivel szemben fel tudják használni azok, akik a jórészt a megválasztott alkotmánybírókon kívülről mozgatott (helyettes bírók, AB-elnöki állandó munkatársak stb.) döntési mechanizmust uralni tudják. Ahhoz, hogy ne pusztán hatalmi machináció legyen a jurisztokratikus állam demokráciát részben háttérbeszorító mechanizmusa, és tényleg a megválasztott alkotmánybírók testületének jogi érvelései adják a társadalom irányító alapkérdéseit – amin a jurisztokratikus állam egész legitimációja

⁴⁹ Lásd a horvát alkotmánybírói törvény 47. § (2) bekezdését angol fordításban: "Unless the Constitutional Court decides differently the secretary general and the legal advisors of the Constitutional Court and the head of the Office of Records and Documentation are present at the Sessions and may take part in deliberations." Illetve 48. §. (2) bek.: „The judge may authorize the legal advisor to present the case to the Sessions”

⁵⁰ A Magyar Alkotmánybírói Szemle folyóiratában, az Alkotmánybírói Szemleben megjelent tanulmány egy empirikus felmérés eredményét közölte a magyar alkotmánybírói testület jelenlegi döntési mechanizmusáról, és e szerint kb. egyharmad azoknak az alkotmánybíróknak a száma, melyek a tervezetek érdemi részét maguk határozzák meg, egyharmad azoké, ahol a törzskari munkatársakkal együtt történik meg ez is, és a maradék egyharmad esetében az érdemi kérdésekben is a munkatársak döntenek. Lásd Orbán Endre/Zakariás Kinga: Az alkotmánybírói érdemi munkatársak szerepe Magyarországon. Alkotmánybírói Szemle 2016/2. sz. 114. p.

nyugszik! -, a munkatársi rendszer megváltoztatását is az autentikus bírói szerephez felnövés segítésére kell átépíteni.

Az előbbieken szó volt már arról, hogy törvényi előírásokkal lehet olyan strukturális körülményeket létrehozni, melyek a generalista alkotmánybírói szerep szempontjából szükségképpen kompetenciaproblémákkal küzdő szakosodott jogászokat (felsőbírósági bírókat és jogászprofesszorokat) az autentikus alkotmánybíróvá felnövés felé ösztökélik. Így említeni kell ismét a kötelező írásbeli vélemény (feljegyzés) előzetes készítésének törvényi előírását minden tervezethez az alkotmánybírók számára, továbbá az első évben a saját munkatárs hiányának fontosságát az új bírónál, mely a saját álláspont kialakítására készlet, és ezzel a megválasztás után a tényleges alkotmánybíróvá válás nehéz munkáját nem teszi megkerülhetővé. Látni kell, hogyha a törvény nem írja ezeket elő, akkor a testületi döntési mechanizmusok logikája inkább arra ösztönöz mindenhol, hogy lehetőleg minél önállótlanabbak legyenek a mindenkor új alkotmánybírók, és a mindenkor testületi többségnek az a legmegfelelőbb állapot, amikor a testület egy tucat békésen mosolygó és a tervezeteket engedelmesen megszavazó alkotmánybíróból áll.

A fenti előírások azonban még nem elegendők, mert ha marad az európai bíróságoknál kialakult rendszer, hogy tapasztalt jogászokból feltöltött állandó alkotmánybírói munkatársi gárda sok éves foglalkoztatással áll az egyes alkotmánybírók mellett, akkor mindig lehetőség nyílik arra, hogy a bírák egy részénél létrejőjön az érdemi döntések leadása ezek számára (vagy elvétele ezek által). Azt elementáris előfeltételnek kell tekinteni, hogy megszüntetésre kerüljön az új alkotmánybírók tapasztalt régi munkatársak általi gyámolításának rendszere – és hogy ezek “neveljék be” az új alkotmánybírókat -, mert ez kivételessé teszi a szuverén alkotmánybírói tevékenység létrejöttét. Így a törzskari munkatársak foglalkoztatásának korlátozása a bírójuk ciklusára, és ezután az új alkotmánybírók mellé új munkatársak toborzása (a jelzett egy éves szünet után) a minimális feltétel. De igazán optimális az lenne, ha az amerikai law clerk-rendszer egyéves megbízásokkal tevékenykedő munkatársi rendszere - mindenkor végzős joghallgatókból feltöltve - lenne általános a világ alkotmánybíróságainál.⁵¹ A jurisztokratikus állam középpontját jelentő alkotmánybíróságok csak így közelíthetnek az autentikus bírók testületévé váláshoz, és válna lehetővé, hogy tényleg a jogi-alkotmányi érvelések zsinórmértékszerű normatívái legyenek a társadalom alapidöntéseinek a formálói, és ne mindenféle rejtett hatalmak által formált döntési mechanizmusokban jöjjenek ezek létre.

Az ügyszignálás automatizmusának megteremtése

A bírói függetlenség és az ügyek elfogulatlan megítélésének egyik jogállami garanciáját jelenti, hogy a bíróságokra beérkező perindítások (keresetek, vádiratok) az illetékes bíróságon belül nem a bírósági elnök mérlegelésével kiválasztott bíróhoz vagy bírói tanácshoz kerülnek elbírálásra, hanem valamilyen automatizmus alapján kerülnek kiosztásra. Az alkotmánybíróságoknál a nagyobb testületi - rendszerint 10-15 fős - döntési folyamat révén a döntés irányait meghatározó előadó bírói (rapporteur) szerep a fontos, mert jórészt ennek döntési tervezete határozza meg a későbbi döntést, melyhez ügyes kompromisszumokkal többséget lehet szerezni. Így itt a legfontosabb, hogy kihez kerül a beadott indítvány kiosztásra, azaz szignálásra, és másik oldalról ugyanolyan fontos lehet, hogy *kit kerül el* a

⁵¹ Lábjegyzetben nem lehet kihagyni a nagy amerikai ügyvédi irodákban és egyes ottani bíróságokon már használt *robotlawyer* (robotjogász) jövőbeli bevetésének a lehetőségét sem az alkotmánybírák határozatszerkesztésében, melyek főként a rutinügyekben (és ez az ügyek majd 90%-a) a digitalizált alkotmánybírói esetjog, az indítványok tényállás-összegzés elkészítésével és a vonatkozó jogszabályi rendelkezések percek alatti összegyűjtésével, illetve egy nyers határozattervezet készítésével átrendezheti az alkotmánybírói döntéshozatalt.

bírák közül egy-egy ügyben az előadói bírói szerep, és így legfeljebb csak különvéleményként, vagy párhuzamos indokolásban tudja álláspontját megjeleníteni az adott ügyben, de azt nem tudja igazán befolyásolni. Nézzük meg, hogy az alkotmánybíróságoknál milyen megoldások vannak erre, majd vegyük szemügyre a magyar helyzetet.

Kezdjük az Egyesült Államokkal, ahonnan az alkotmánybíráskodás intézménye átkerült Európába. Itt az ügy eldöntéséhez a döntési tervezetet kidolgozó előadói bírói szerep úgy kerül a valamelyik bíróhoz, hogy minden ügy napirendre tűzésekor a bírák leadják az indítványt támogató, vagy elutasító álláspontjukat, és az előadó bíró csak az lehet, aki a többségi álláspontra került csoportba sorolódott ennél a szavazásnál. Pontosabban ez úgy alakul, hogy a többségre került bírák közül a szenioritási sorban első helyen álló (vagyis aki legrégebben a Supreme Court tagja) jelöli ki a többséghez tartozó bírák közül az adott ügy előadó bíróját, esetleg magát. Itt tehát a bíróság elnökének egyáltalán nincs szignálási joga, csak akkor jön számba, ha szavazata leadásánál a többségbe került. Ekkor azonban a többségen belül a tényleges szenioritási sorrendtől eltérve is ő jelölheti ki az ügy előadó bíróját.⁵²

A németeknél a szignálási helyzetet az határozza meg, hogy itt igyekeztek magát az alkotmánybíráskodást is közelíteni a rendes bírói fórumok specializálódott szakszabírói rendszeréhez. Már a – máshol nem létező – két szenátusra bontás is e felé közelít azzal, hogy a német alkotmány (Grundgesetz) rendelkezéseit kétfelé választva az egyes szenátusok csak az alkotmány bizonyos rendelkezései felett rendelkeznek döntési joggal, és a beadott alkotmányjogi panaszok aszerint kerülnek az egyik vagy másik szenátushoz, hogy melyik alkotmányi rendelkezésre alapozták a beadványt. Ezt a fél részben már kezdődő specializálódást fokozza, hogy az egyes szenátusokba kerülő alkotmánybírák már eleve valamelyik jogterületet kapják meg, megörökölve az éppen kiszállt alkotmánybíró jogterületét (munkajog, pénzügyi jog, büntetőjog stb.). Az alkotmányjogi panaszok pedig automatikusan ahhoz az alkotmánybíróhoz kerülnek előadói bírói tervezet elkészítésére, amelyik jogterületéhez tartozik a beadvány a tárgya szerint. Így itt az alkotmánybírói specializálódás hoz létre egy szignálási automatizmust, és ez minimalizálja a szenátusi elnökök előadó bíró kiválasztási jogában rejlő hatalmi mozzanatot. (Csak a félreértések elkerülése végett kell jelezni, hogy a német alkotmánybíróságnál is marad a generális bírói szerep azzal, hogy a döntést végül a szenátus egésze hozza meg, ahol már a különböző jogterületre specializálódott alkotmánybírák szavaznak együtt.)

Nézzük most meg, hogy miként áll a helyzet a magyar szabályozásban. Már a kiindulópontban le kell szögezni, hogy ez a kérdés nem került szabályozásra az alkotmánybíráskodás itteni bevezetésénél az 1989-es alkotmánybírói törvényben. Ekkor nem is észlelték ennek fontosságát, és csak a gyakorlatban alakult ki az, hogy az alkotmánybíróság elnöke minden korlát nélkül önmaga dönt az egyes ügyek előadó bírójának kiválasztásáról. Ez a húszéves gyakorlat került be aztán az új, 2011-es alkotmánybírói törvénybe, és mondja most már ez ki, hogy az elnök jelöli ki az előadó bírót. Hogy az ebben rejlő problémát nem is észlelte a végül is illetékes törvényelőkészítő minisztériumi apparátus és a parlamenti kormánytöbbség, az abból adódik, hogy az alkotmánybíráskodást - szervezetét, eljárását, döntési folyamatát stb. illetően - egyáltalán nem alakult ki a magyar jogtudósi berkekben hozzáértő kutatás, inkább csak az egyes döntéseket illető jogfilozófiai stb. kérdésekben. Az a kevés alkotmányjogász, aki rendszeresebb elemzést készített erről, lényegében az alkotmánybíráskodáson belül kiadott ügyrendi szabályokat és ezek változásait vették alapul, ám ezek érthetően elrejtik a fennállóval szembeni alternatív lehetőségeket, így *de lege ferenda* szabályozási megoldások és ezek feletti tudományos vita egyáltalán nem alakult ki az elmúlt húsz évben ezekről a kérdésekről Magyarországon.

⁵² Lásd Kovács Virág: Az (alkotmány)bírói döntéshozatal dimenziói. Amerikai empirikus kutatások tanulságai. *International Relations Quarterly*, Vol. 4. No 1. (Spring 2013) 13. p.

Az információk szerint ez a korlátlan szignálási jog úgy alakult az 1990-es évektől a magyar alkotmánybírói testületben, hogy az esetek egy részében alkotmánybíróság elnöke azért figyelembe vette egy-egy alkotmánybíró eredeti foglalkozását - zömmel egyetemi jogászok -, hogy milyen jogterületen szerzett esetleg szakosodást, de ez nem vált szokásjogilag kötelezővé az elnök számára. Hogy mikor szignálja saját magára az egyes ügyet, vagy az ügy tárgyának megfelelően esetleg korábban valamilyen szakosodást felmutató alkotmánybíróra, vagy másra, végül is korlátozás nélkül létezik itt máig hatóan. Ez a teljes szignálási elnöki szabadság létezik az információk szerint az olasz alkotmánybíráknál is, és azt talán általánosságban is el lehet mondani, hogy míg a rendes bíróságoknál a legnagyobb véték lenne a tisztességes bírósági eljáráshoz való jog tekintetében a tetszőleges bírósági elnöki szignálási jog - és feltehetően az így hozott bírói döntés az alkotmánybírósági megtámadása esetén szinte bizonyosan megsemmisítésre kerülne az automatikus szignálás hiánya miatt -, addig magában az alkotmánybírósági ügyszignálásban sokkal nagyobb - vagy esetleg korlátlan - az alkotmánybírósági elnöki szignálás szabadsága. Pedig ha ezt összevonnuk azzal, hogy tetszés szerint akár magának is megtarthatja az ügyeket az alkotmánybírósági elnök több helyen - így Magyarországon is -, és akár az ügyek tucatjainál is az ellenőrzése alá vont alkotmánybírósági állandó munkatársakból álló csoportokkal készíttethet el tervezeteket, akkor már közel állunk a török alkotmánybírósági döntéshozatali modellhez, mely a legmélyebben sérti az autentikus alkotmánybírói szerepet, és részben már csak álcává teszi az alkotmánybíróságot az átláthatatlan mögöttes hatalmi befolyásolók előtt. Valamilyen szignálási automatizmus megteremtése tehát a jurisztokratikus állam minőségi szintre emelése érdekében elengedhetetlen, legyen ez akár az amerikai, vagy a német, de ettől eltérő automatizmusok is könnyen létrehozhatók.

Az alkotmánybírók alkotmányhoz kötésének biztosítása

Az alkotmánybírák az állam legmagasabb döntési szintjének, az alkotmánynak a védelmét és értelmezését látják el, és ahhoz hogy ezt függetlenül tudják végezni, el kell távolítani a körükből minden partikulárisabb behatást az egyes államhatalmi szervek részéről. Az alkotmánybírók közvetlenül az állam legmagasabb döntési szintjéhez kapcsolódnak és közvetlenül ez alatt állnak, és ez az alkotmányozó hatalom. Ám épp ez az ellenőrizhetetlenség minden más állami szerv felől felveti a "ki őrzi az őrzőket?"- kérdést. Ténylegesen ugyanis nagyon is sok strukturális ösztönző és más szubjektív motiváció van arra, hogy a teljes ellenőrizetlenségben tevékenykedő alkotmánybírók váljanak az alkotmány legnagyobb veszélyeztetői. Erre annál is nagyobb lehetőségük van, mert a fő feladatuk - a törvények ellenőrzése és alkotmányellenesség címén való megsemmisítése - a politikai demokráciában legtöbbször természetesen az ellenzéki pártok és médiájuk illetve értelmiségi hátterük újjongását váltja ki, legyen a döntésük bármennyire is szembenálló az alkotmány explicit rendelkezéseivel. Ha pedig a fősodor média nagy mértékben szembenáll egy-egy kormányciklusban a kormánytöbbséggel, akkor akár új alkotmányt is létrehozhatnak az alkotmánybírák saját esetjoguk révén - félresöpörve a tényleges alkotmányt -, és ezt mint az igazi szakmai lelkiismeret termékét fogják ünnepelni az ebben érdekelt domináns média hangadói, illetve az ellenzéki erők mögött álló "jogvédő" mozgalmi jogász szervezetek.

Ezt a problémát a szem elé tartva nem lehet megkerülni azt, hogy valamilyen ellenőrzést azért megkíséreljünk létrehozni az alkotmánybírák felett, mégha ennél a legnagyobb óvatossággal kell is eljárni, nehogy a partikuláris politikai érdekek bosszúja tudjon ezen keresztül megvalósulni. Így az alkotmánybírósági többség alkotmányi rendelkezésektől való nyilvánvaló elszakadásának szankcionálására csak egy nagyon magas parlamenti többség megkövetelése jöhet számba. Például a szankcionálás elrendelésének háromnegyedes parlamenti többséghez kötése már elég magas ahhoz, hogy a napi politikai erők és ezek

koalíciói ne tudják beindítani ezt. Ám kivételesen nagy konszenzus esetén azért ez mégis lecsaphasson - ha szükséges -, és kimondják az ilyen alkotmánytól elszakadó döntést megszavazó alkotmánybírók megbízatásának a megszűnését. Ha ez a nehezen megindítható szankcionálás a rendelkezésre állna, akkor ez mint egy Damoklész-kard a mindenkori alkotmánybírói többségek felett jótékony hatást tenne. Egy ilyen szakcionálási lehetőség alkotmányba beépítése, és egy folyamatos parlamenti alkotmánybírárság-figyelő központ szervezése a kormánypártok illetve az ellenzéki pártok delegáltjaiból a mindenkori új és új alkotmánybírársági döntések elemzésére és alkotmányi rendelkezésektől való eltérések regisztrálására – ezek mindenkori nyilvánosságra hozásával -, nagy lépést tehetne az alkotmánybírák alkotmányhoz kötése felé. Ez akkor is hatna, ha maga a szankcionálási mechanizmus csak nehezen lenne mozgásba hozható, mert az ehhez szükséges háromnegyedes többség létrejötte a legtöbb kormánydöntés megsemmisítéséhez való természetszerű ellenzéki támogatás miatt – ha alátámasztja azt a alkotmány, ha nem - csak kivételesen valószínűsíthető.

Az alkotmánybírársági döntéshozatal nyilvánosságának megteremtése

Amíg egy bíróság a precíz törvényekhez kötötten csak ezeket esetileg értelmezve dönt az eléje terjesztett ügyekben, addig elfogadható, hogy a nyilvános ítélethirdetés és annak írásos megindokolása elegendő a bíróságok nyilvánosság általi kontrolljához, de máskülönben a döntési mérlegelést végző tanácskozásuk a zavartalan értelmezési vita érdekében a nyilvánosságtól elzárva folyjon. Ám az alkotmánybírársági döntések mellett, hogy sokszor a társadalom működését meghatározó alaptörvényekre irányulnak, még nem is egyszerű értelmezési vitákban születnek, hanem átfogó alkotmányi deklarációk és nyitott alkotmányi generalklauzulákat jelentő alapjogok nagyon széles mérlegelésével. Egészen új normatömeget lehet vezetni olyan nyitott alapjogokból, mint a tisztességes bírósági eljáráshoz való jog, vagy az emberi méltóság sérthetetlenséghez való jog de ugyanígy abból az alkotmányi deklarációból is, amely demokratikus jogállamot rögzíti. A nagyjából nyitott normatívákat és deklarációkat, alkotmányi értékeket tartalmazó alkotmányok - mely részek még csak növekedtek az utóbbi évtizedekben keletkezett alkotmányokban - ténylegesen az alkotmánybírársági döntésekkel létrehozott esetjogban kapják meg a pontosabb tartalmukat, és a törvények alkotmányossági kontrolljánál a legtöbb alkotmánybírárság ezekre a korábbi döntésekre alapozva mondja ki az alkotmányellenességet vagy állapítja meg az alkotmánnyal való összhangot. Kicsit kihegyezve a tételt azt lehet mondani, hogy az alkotmánybírársági döntési folyamatban állandó alkotmányozás megy végbe, melyek termékei, az alkotmánybírársági döntések nemcsak a konkrét esetet döntenek el, hanem rögzítik azt is, hogy a jövőben mi számít majd alkotmányosnak vagy éppen alkotmányellenesnek. A jurisztokratikus állam fogalma ezt a realitást teszi nyilvánvalóvá, és itt már az ennek középpontját jelentő alkotmánybírársági döntési folyamat nem maradhat oly módon a nyilvánosság háta mögött elrejtetten, ahogy az a rendes bíróságok eseti döntéseinek megformálására irányuló döntéshozatali eljárás esetében létezik. A valamilyen formában itt is megteremtendő nyilvános ellenőrzés egyrészt a társadalom számára a legnagyobb fontossággal bíró alkotmánybírársági döntések megformálására irányuló motivációkat és mérlegeléseket teszi láthatóvá, másrészt a testületi döntésekben résztvevő alkotmánybírák számára a legerőteljesebb motivációkat hozzák létre a minél teljesebb felkészülésre az eldöntendő ügyekben és álláspontjaik részleteinek tiszta megfogalmazására.

A nyilvánosság megteremtésére irányuló latolgatásban két út merül fel. Az egyiket az alkotmánybírársági döntéshozatal teljes megnyitása jelentené a nyilvánosság számára - mintegy a parlamenti bizottsági ülések nyilvánosságának a mintájára -, melyet az újságírók és más közéleti szereplők szabadon látogathatnának. A másik a zárt ülések fenntartásán nem

változtatna, ám ez minden teljes ülési döntés lezárulása után a döntés nyilvánosságra hozatalával egyidőben a teljes üléseken készült szószerinti jegyzőkönyv nyilvánosságra hozatalát követelné meg, például az Alkotmánybíróság honlapján. Az első megoldás túlzott lenne, és zavaró az érvelési és értelmezési vitákra való elfogulatlan figyelést, illetve negatív hatása lenne még az is, hogy az erre fogékonyabb alkotmánybírók számára a nyilvánosságnak való szerepjátszás tenné lehetővé, mely torzítná a döntéshozatalt. Ám a másodiknak jelzett út semmilyen ilyenfajta hátránnyal nem járna, hanem csak a nyilvános kontroll előnyeit hozná létre. Minden alkotmánybíró annak tudatában szólna meg a testületi vitában - és készülne fel erre a felszólalásra már az ülés előtt! -, hogy a döntés lezárulása után bárki megtekintheti majd a testületi ülés szószerinti jegyzőkönyvét, és mindenki kontrollálni tudja majd érveit, felkészülését, a vonatkozó alkotmányi rendelkezésekhez való viszonyát és motivációit. E megoldás technikai hátterének megteremtése nem jelenthet problémát, és a parlamenti üléseknél már kialakult, szószerinti jegyzőkönyvezést végző apparátusból beszerezhető az ehhez szükséges állomány, de ma már egyre inkább bevezethető erre a beszédet automatikusan írássá formáló algoritmusok robotjai is. Az állandóvá váló alkotmánybírószakszerű szószerinti jegyzőkönyvek nyilvánossága által az előbb érintett alkotmánybírószakszerű figyelő központ számára is megteremtődne a folyamatos ellenőrzés bázisa, és az alkotmánytól való elszakadás jelei már a testületi vitákban felmerült érvek és ellenérvek segítségével is könnyebben láthatóak lennének.

A mozgalmi jogász képződmények kiválasztása a civilszervezetektől

A demokráciákban az állampolgárok milliói pártokra és pártképviselőkre szavaznak, és így igyekeznek meghatározni az állami politika irányát illetve a társadalomra vonatkozó alapkérdések meghozatalát. Ezzel szemben a jurisztokratikus állam jogi-alkotmányjogi alapra helyezett döntési mechanizmusában a főbb állami döntések meghozatala jórészt áttolódik a legfőbb jogi testületek döntési eljárásába - főként az alkotmánybírói és a legfőbb rendes bírói fórumokba -, így ezek befolyásolására és meghatározására nem elegendő az állampolgárok csoportjai számára a választási eljárásokon fellépés és a pártok, pártképviselők befolyásolása, hanem közvetlenül e jogi-alkotmányjogi eljárásokban kell megjeleníteniük, vagy legalább ezt befolyásolni ahhoz, hogy a főbb állami döntésekre behatást tudjanak tenni. Ez okozta az elmúlt évtizedekben a civil szervezeteken belül a - bevett szóhasználat - "jogvédő" egyesületeknek, szervezeteknek nevezett képződmények ugrásszerű elterjedését és a napi politika szintjén való aktív működésük fokozódását. Amit a pártok jelentenek a demokráciában, azt jelentik a mozgalmi jogász-harcos szervezetek a jurisztokratikus államban.

Tevékenységük egyrészt a politikai céllal kiválasztott ügyek perlésén keresztül történik, és az ilyen ügyek mögötti társadalmi csoportérdekek perlés és alkotmányjogi panaszok útján való a nyilvánosságba való bevitelére irányulnak, és így az állami döntések kialakítását ezen az úton igyekeznek meghatározni. Másrészt közvetlen utcai akciók szervezésében is részt vesznek, melyeken aztán nem érvekkel vívnak a képviselt csoportérdekek érvényesítéséért, hanem a nemes, jogért való küzdelem morális pártoszával - ahogy azt Rudolf von Jhering másfél évszázada körvonalazta.⁵³ A két út közül eleinte csak az első volt bevett - ahogy az 1960-as években az amerikai alapjogi forradalom megszerveződött a "jó ügy jogászata" által

⁵³ Lásd Rudolf von Jhering: Der Kampf um's Recht. Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung Wien. 1872. Ám hogy a mai mozgalmi jogászok jogfelfogása milyen távol esik ténylegesen Jhering jog- és társadalomfelfogásától - és maga a jogért való küzdelem is -, azt Irredel Jenkins finom elemzése jól feltárta, lásd Jenkins: Rudolf von Jhering. Vanderbilt Law Review 1960, No. 1. 160-190 p.; Jhering teljes jog- és társadalomfelfogásához lásd korábbi elemzésemet: Pokol Béla: Jhering jog- morál és társadalomelmélete. Jogelméleti Szemle 2009/1. sz. 2-38. p.

(cause lawyering) –, ám az utóbbi években az USA-ból kiindulva és az ottani jogi küzdelmekre szakosodott alapítványok technikáinak világ számos országába való exportálásával az utcai összecsapásokra szakosodott mozgalmi jogászrészlegek is megjelentek. Ezek eleinte a környezetvédők “jó ügy” érdekében kialakított erőszakos tüntetésformáit és a védett joggal (környezetvédelemmel) szembenálló tevékenységek erőszakos megsemmisítését jelentették – például a bálnavadászhajók elsüllyesztését a kikötőkben stb. –, de az itt kialakított technikákat időközben a teljes politikai küzdőterre kiterjesztették, és az utóbbi években már jogvédőként a támadott állam politikákkal szemben állva bármit meg tudnak ezzel támadni. A perlési politizálás mellett így az utcai jogvédelem is bekerült a mozgalmi jogász-harcosok eszköztárába, és az egyik forma neve erre - a régi politikai tüntetések új harci formává átalakítása mellett - a “közvetlen politikai akció”.⁵⁴

A jurisztokratikus állam megfogalmazása és a demokrácia álcája mögötti rejtett létezésének megszüntetése a nyilvánosság elé vonásával megköveteli, hogy az ennek ellenoldalát jelentő jogász-harcos szervezetek is tisztábban a nyilvánosság előtt álljanak. Ahogy a jurisztokratikus állam középpontját jelentő alkotmánybíróági döntési folyamatok nyilvánosságát is követelni kell, úgy a döntési folyamat másik oldalán központi szerepet játszó mozgalmi jogász szerveződések is a nyílt sisakos fellépésre kell kényszeríteni. Nem pusztán a civilszervezetek ezek, hanem jurisztokratikus állam döntési mechanizmusára szabott új jogász-harcos szervezetek, melyek fő célja az állami döntések meghatározása, ahogy a jurisztokratikus vonást nélkülöző demokráciákban a pártok révén történik meg.

Nem vitatható, hogy valamilyen fokozott nyilvánosság általi kontrollt kell megteremtteni a mozgalmi jogász-szervezetek felett - túlmenve a civilszervezetek enyhébb kontrollján -, ahogy a politikai pártok felett is létezik ez. Ennek egyik módja lehet, hogy valamilyen parlamenti vizsgáló központ a civilszervezetek tevékenységi formáinak folyamatos figyelésével mint mozgalmi jogász-szervezetet minősíti át az ilyenféle szerveződések, és ettől kezdve ezek fokozottabb nyilvánosság előtti kontrollra kényszerülnek, például tevékenységükről időszakonként való beszámolásra, pénzügyi támogatóik részletes megnevezésére stb.

⁵⁴ Ennek részletes elemzéséhez lásd korábbi elemzésemet, Pokol Béla: Politikai agytrösztök, közvetlen akciócsoportok és a politikai akaratképzés átalakulása. Jogelméleti Szemle 2004/4. sz.