

A jurisztokratikus állam felemelkedése

Az elmúlt évtizedekben olyan változások indultak el a demokratikus jogállam működését érintően, melyek ennek alapjellemzőit is megváltoztatják. Az új működési jellemzőkkel rendelkező állam leírására alkalmasabbnak tűnik a jurisztokratikus állam elnevezés. E változásoknak csak az egyik oldalát jelentik az államhatalom szerkezetében az alkotmánybíróságok középpontba kerülése a törvényhozás és az államfő mellett, melyre államelméletileg elegendő a jurisztokratikus kormányforma megkonstruálása a parlamentarizmus, a prezidencializmus és a fél-prezidencializmus mellett. Tágabban azonban csak a demokratikus jogállam egészének leváltásaként és a jurisztokratikus állam felemelkedéseként lehet ezeket a változásokat megfelelően egybefogni.

Röviden megfogalmazva a szembeállítást – ideáltipikus tisztaságban - a következőket kell kiemelni. A demokratikus jogállamban az állami működést a politikai döntés és a közigazgatási döntés pontos szétválasztása vagy legalábbis az erre törekvés jellemzi, és az utóbbiak előbbieknél alá vetését a pontos jogi szabályok közvetítik. Itt a politikai döntések a törvényhozási többség törvényeiben, az ennek alárendelt kormányrendeletek és miniszteri rendeletek pontos szabályaiban kerülnek át az állami közigazgatás tevékenységeinek meghatározására, és ezt egészíti ki a helyi önkormányzatokban politikai többséget szerzett helyi politikai elit önkormányzati rendeleteinek szabályai, melyek az előbbiektől hagyott részekben a városok és falvak közösségeinek többségi akaratát formálják jogi normákká a helyi közigazgatás felé. Ebben a működési szerkezetben a társadalmi döntési kompetenciával rendelkező mindenkor politikai többség a választások révén a társadalom közösségeihez kötött, és e révén ciklusonként eltávolíthatók az államhatalom meghatározásából; a közigazgatás precíz szabályok által körbeírtan végzi napi tevékenységeit, és a bíróságok a precíz szabályszerű jogi normáknak megfelelést döntenek el ítéleteikben nagyon szűk mérlegelési jogkörben, ha az érintettek úgy találják, hogy a jogi szabályokban lefektetett jogukat megsértette egy állami szerv vagy egy magánszemély, nem teljesítve a jogi szabályokból rájuk háruló kötelezettségeket.

A jurisztokratikus állam felemelkedéséhez vezető változási tendenciák ebben az alapszerkezetben hajtanak végre átrendeződést. A középponti változása itt az, hogy a bíróságok által kezelt jogi normák a pontos szabályszerű meghatározások helyett/mellett egyre inkább absztrakt jogelvekké, jogi értékké, jogi értékké és alkotmányos alapjogokká válnak, melyek társadalmi értelmezési lehetőséget biztosítanak a bírának, és végül is rájuk bízják, hogy eldöntsék, mi is az egyes helyzetekben a jog és kötelezettség. Ezt egészíti ki aztán az egyszerű törvényekhez képest sokkal absztraktabb és általánosságokat kimondó alkotmányok közvetlen hatályának kimondása a bírói döntések felé, melyek így ezen keresztül még képlekenyebbé és formálhatóbbá teszik az amúgy is társadalmi normákat tartalmazóvá vált törvényeket. Az alkotmánybíróságok már csak ennek a szerkezetnek a „tetejére ülnek”, és a felsőbbbíróságokkal együtt az alkotmánybírósági és felsőbbbírósági döntésekben közvetlenül meghatározzák a közigazgatás napi működését, illetve másik oldalról pedig az alkotmánybírák a politika demokrácia törvényhozási többségét szűk gyeplő közé fogva többé-kevésbé részletesen meghatározzák a lehetséges törvényi tartalmakat. Az átrendeződés tehát a bírói kar és a feléjük ültetett alkotmánybíróságok középpontba nyomulását jelenti, és egyrészt a politikai prioritások meghatározásának elvételét a többségi törvényhozástól, másrészt a közigazgatás egészének illetve a napi közigazgatási döntéseknek a bírói/alkotmánybírói döntések politikai mérlegelés által meghozott döntéseinek alávetését. A demokratikus jogállami működés politikai többség/bíróságok/közigazgatás hármas alapszerkezete helyett így tendenciaszerűen a politikai

¹ Alkotmánybíró; egyetemi tanár (ELTE ÁJK)

bíráskodás (csúcán az alkotmánybíráskodás) és ennek alávetett közigazgatás kettősének alapszerkezetévé válik a jurisztokratikus állam működésében. A demokratikus választások és az ezek alapján létrejövő törvényhozási többségek és önkormányzati többségek itt már jórészt csak pusztán legitimáló lepellé válnak.

Szétnézve az itt felmerülő változási tendenciák és ezeket megfogalmazó elméletek között a következőkre már találhatunk elemzéseket. Bernd Rüthers-nek a jogállamtól a bírói állam felé mutató változásokról szóló elemzése a legközvetlenebbül felhasználható a jurisztokratikus állam felemelkedésének megértéséhez,² és az itteni elemzésünk egésze is az ő elméleti keretének a kitágítását jelenti. Ő ugyanis leszűkíti ezt pusztán az alkotmánybíráskodások középpontba kerülésére a politikai rendszerben, és a rendes bíróságok jogértelmezésében a törvényektől elszakadó *objektív értelmezés* domináló helyzetbe kerülésére (1). Ez a szűkített kiemelés, ha nem is elegendő, de hasznos a jurisztokratikus államhoz vezető út egészének megértésében. A Rüthers által kiemelt alkotmánybíráskodás középponti helyén belül még külön kell választani az alkotmányozó hatalom döntő részének átkerülését az alkotmánybírákhoz egy sor strukturális ok következtében, és mint pszeudo-alkotmány az általuk létrehozott normarendszer kerül az eredeti alkotmány helyébe a működésük során (2). Még mindig az alkotmánybíráskodás középponti államhatalmi szerepénél maradva ki kell térni az alkotmánybíráskodás erős hatalmi pozícióján nyugvó jurisztokratikus kormányforma kérdéseire (3). Ezután kell kitérni a Rüthers által is hangsúlyozott objektív értelmezési módszer középpontba nyomulására, mely a bírakat tendenciaszerűen elszakítja a törvények szövegétől, és helyére a bírói karban kialakult jogpolitikai célokat teszi (4). A további változási tendencia a jogban a precíz szabályok helyére, illetve jelentőségükben feléjük kerekedő általános jogelvek, alkotmányos elvek, emberi jogok, alapjogok és alkotmányi értékek elterjedése és ezek közvetlen hatásának kimondása a bírák eseti döntései felé (5). A fenti változások ágyaznak meg a szembenálló társadalmi csoportok politikai küzdelmei egy részének áttevődésére a demokrácia parlamenti választási küzdelmeiből és a törvényhozási arénából a bírói tárgyalótermekbe a perlési politizálás formájában (6). Végül a demokratikus jogállam jurisztokratikus állammá alakulásának moráleméleti megalapozására is találhatunk elemzéseket a Kant és Rawls nyomán haladó Jürgen Habermas diskurzus-morál elméletében és a parlamenti választási demokráciát leváltó deliberatív demokrácia elméletében (7). Ezek után érdemes külön megnézni, hogy mindezek a változási tendenciák milyen mértékben mentek végbe a mai magyar állam működésében (8).

I. Az alkotmánybíráskodások elterjedése és szerepnövekedése

Az egyik változást, mely több más változási tendenciával összegződött hatásként a demokratikus jogállam jurisztokratikus, bírói állammá válását hozta létre a világ számos országában, az alkotmánybíráskodások elterjedéseként és fokozatos szerepváltozásaként kell felmutatni. Az alkotmánybíráskodás eredeti eszméje szerint az Egyesült Államokban az 1800-as évek elejétől kialakulva csak hatásköri bíráskodást jelentett, mivel a világ első szövetségi államában vitássá vált, hogy a szövetségi állam hatáskört gyakorló kongresszusi törvények és a tagállami törvényhozások törvényei ütközése esetén ki döntsön. Marshall főbíró vezetésével a szövetségi Legfelsőbb Bíróság erre az esetre fektette le 1803-ban, hogy ők mondhatják ki e vitában a végső szót, és a szövetségi alkotmányba ütközés címén alkotmányellenesnek mondhatják ki, és megtilthatják az ütköző

² Lásd összefoglaló kötetét e témában: Bernd Rüthers: Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Mohr Siebeck, 2014; de a bírói állam és a bírói hatalom jogállamot elporlasztó hatásait Rüthers tanulmányaiban már a 2000-es évek elejétől a figyelem középpontjába hozta, lásd: Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat? In: Picker/Rüthers (Hrsg.): Freiheit und Recht. München. 2003, S. 11-136.; illetve ugyanő: Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht. NJW 2006, S. 2759-2761. A magyar irodalomban Varga Zs. András sok szempontból hasonló kritikai attitűddel a „totális jogállam” kialakulásaként írta meg a demokratikus jogállam torzulását, lásd „Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája” c. könyvét (Századvég, 2015).

törvények egyikének alkalmazását. Ez a szerény terjedelmű alkotmánybíráskodás bár tágult az 1900-as évek elejéig, de csak nagyon ritkán szolt bele a törvények tartalmi formálásába, és a mindenkori törvényhozási többség törvényeinek meghatározásába. Az alkotmánybíráskodás ebben a szerény szerepben vált ismertté az európai országok jogtudósai számára,³ és 1920-ban így került átvételre az Osztrák-Magyar Monarchia szétesése után az új osztrák alkotmányba. Annyiban persze módosult az Európába átkerült alkotmánybíráskodás, hogy az osztrák alkotmánybíráskodást nem a felsőbbbíróságokra, végső fokon a legfelsőbb rendes bírákra bízta, ahogy az Amerikában kialakult – az akkor domináló osztrák szociáldemokraták parlamenti többsége a konzervatív bírói kartól tartott a leginkább –, hanem különálló alkotmánybíróságot hoztak létre, teletöltve a kormánytöbbséghez húzó jogászokkal, jogászprofesszorokkal. E mellett a hatásköre is megváltozott az eredeti amerikaihoz képest, és nem a rendes bírói peres eljárások végére illesztették ezt be, hanem közvetlenül a parlamenti törvényhozás ellenőrzésére, és a törvények ily módon történő esetleges megsemmisítésére alakították át. Ez már nagy lépést jelentett a demokrácia jurisztokráciával leváltása útján, de a végül is megvalósult szerény alkotmánybírói szerepfelfogás Ausztriában nem hozta létre a mindenkori törvényhozási többség széleskörű ellenőrzés alá vételét.

Ez a lépés csak a második világháború utáni években következett be, amikor a győztes amerikai, megszálló csapatok jogászainak ellenőrzése mellett létrehozott, új német és olasz alkotmányba belevették az alkotmánybíróság intézményét.⁴ Az otthoni, amerikai mintából eredt volna, hogy itt is a rendes bírósági rendszer főbíróságait ruházzák fel az alkotmánybíráskodás jogosítványival, de az új rendszer megteremtői Németországban még inkább tartottak a Hitler alatt is hivatalban levő bírói kartól, és az osztrákok által kialakított különálló alkotmánybíróságot hozták itt is létre. Az olaszoknál nem sokat változtattak az osztrák modellen, és meghagyták szerény hatáskörű szervezetnek, sőt még el is távolították a közvetlen parlamenti törvény-megsemmisítési lehetőségtől azzal, hogy itt csak a rendes bírói eljárások folyamán a rendes bírót ruházták fel az alkotmánybírósághoz fordulás jogával az perben alkalmazott törvényi rendelkezések megsemmisítését kérve. Ám a németeknél alapvetően megváltozott a helyzet. Itt lehetővé tették, hogy az állampolgárok közvetlenül éljenek az alkotmányjogi panasszal, ha a rendes bíróságok előtti pereikben alkotmányellenesnek vélt jogszabályi rendelkezést alkalmaztak, sőt ha visszafordíthatatlan sérelmet okozna a rendes bíróság előtti perlés kimerítése, akkor közvetlenül is lehetővé tették az alkotmányjogi panasszal a törvények megtámadását az alkotmánybírák előtt. E mellett a tartományi kormányok is közvetlenül fordulhatnak a németeknél a szövetségi törvények megsemmisítését kérve, és a többi országban később az is létrejött, hogy az ellenzéki képviselők egy-egy csoportja – pl. ötven képviselő – is kérhesse az éppen elfogadott törvények alkotmányellenessé nyilvánítását az alkotmánybíráktól. Ez már lényegesen megnövelte a demokratikus törvényhozási többség feletti alkotmánybírósági dominanciát, de igazán az vitte fel ezt a csúcsig, hogy a németeknél olyan, zömmel Amerikából hazatérő, bizalmi jogászprofesszorral töltötték fel az alkotmánybíróságot, akik a biztos háttértámogatás tudatában a legtágabban kezdték értelmezni a jogkörüket.⁵ Az 1950-es évek elején konfliktusra is került itt sor a parlamenti többségi kormányzat és az alkotmánybírák között, mert az előbbi a demokratikus legitimáció biztos tudatában nem akarta elismerni az alkotmánybírák felettük állását. Az amerikai megszállás helyzetében azonban egyértelmű volt, hogy ténylegesen ki rendelkezik erősebb hatalmi háttérrel, így a német alkotmánybírák akadálytalanul tudták tovább

³ Az amerikai alkotmánybíráskodást csodálva Georg Jellinek már 1885-ben kidolgozott egy javaslatot az alkotmánybíráskodás osztrák megvalósítására (lásd „Verfassungsgerichtshof für Österreich” c. tanulmányát, Wien, Hölder, 1885, 70. p.), de ténylegesen csak – Hans Kelsen által inspiráltan – az 1920-as osztrák alkotmányban került megvalósításra.

⁴ Mivel ezt a részben kényszerített jelleget nem szokták dokumentálni álljon itt a kivételesen ezt nyíltan tárgyaló tanulmány az amerikai Noam Feldman-tól: Imposed Constitutionalism. Connecticut Law Review (Vol. 37) 2005. 851-865. p.

⁵ A transzatlanti irányba véghezvitt radikális elitcsere 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.

bővíteni amúgy is széles jogosítványukat. Ennek legfőbb útja az volt, hogy néhány üres formulát az alaptörvényükben, mely normatív tartalommal szinte nem is rendelkezett (mint a „személyiség mindenoldalú kifejtéséhez való jog”), vagy értelmezésükkel kiürítettek (mint az „emberi méltóság sérthetetlenségéhez való jogot”, melyet a megaláztatás tilalmának iránymutató parancsa helyett, mint az ’általános emberi lényeg’ formuláját kezdték használni) mint anyajogot fogtak fel, és ezekből új és új alapjogokat kezdtek kiolvasztani. Ennek révén néhány év alatt lényegében egy új alkotmányt hoztak létre az eredeti helyett, és az eredeti alkotmányi rendelkezéseket is ezek fényében kezdték értelmezni. Ezen felül még az esetleges alkotmánymódosítások felett is kimondták ellenőrzési jogukat, és ezzel a törvényhozó hatalmon túl az alkotmányozó hatalom felett állásukat is rögzítették, melynek már semmi köze nem volt, az alkotmánybíráskodás eredeti eszméjéhez.

A második világháború utáni gazdasági prosperitásban és a keynesi jóléti kapitalizmus modelljének békét teremtő viszonyai között Nyugat-Európa és benne Németország töretlenül biztosította a jó életfeltételeket, és a széles alkotmánybíráskodással korlátozott német demokrácia modellje csak néhány jogtudós elméleti kritikáját váltotta ki. A parlamenti demokrácia sokszor éles és ripacszkodó vitái láttán inkább csak szimpátiával övezte a közvélemény az ünnepélyesen talárban bevonuló alkotmánybírákat döntésük kihirdetése körülményei között. Ez a siker aztán arra ösztönözte az 1970-es évek végétől újrapendezett állami berendezkedéseket és a nemzetközi téren ezeket segítő nagyhatalmakat, elsősorban ismét az Egyesült Államokat - általában az diktatúrák megdöntése vagy csak megdőlése után -, hogy a németeknél kifejlesztett, széles alkotmánybíráskodással korlátozott demokrácia modelljét támogassák kívülről az új alkotmányok kialakításánál. Erre a modellre aztán a jogállami demokrácia fogalom került kialakításra, amely addig még megfelelő lenne, amíg a jogállami keret csak a ciklikus demokratikus kormányváltások fenntartását biztosítja. Ám itt már jóval e keretbiztosításon túl maga a demokratikus törvényhozás tartami meghatározása is átkerül az alkotmánybírákhoz.

Az írott alkotmány fölé emelkedő német alkotmánybíráskodás modellje az 1970-es évek végétől a diktátoraiktól megszabaduló Portugáliába és Spanyolországba került át, és különösen a spanyolok vették át a németektől a kitágított német alkotmánybíráskodás modelljét. Az írott alkotmánytól elszakadás fokozódásával itt a végül már azt is megtették az alkotmánybírák, hogy nemcsak az alkotmány absztraktes formuláit felhasználva nőttek a demokrácia parlamenti többsége fölé, de az alkotmány konkrét rendelkezéseit félresöpörve is hajlandók voltak dönteni.⁶ Az 1980-as évek folyamán aztán ezt a német-spanyol alkotmánybíráskodási modellt igyekezett átültetni a nemzetközi téren domináló Egyesült Államok politikai elitje a dél-amerikai országokba, és egy sor itteni államban a legszélesebb hatáskörű alkotmánybíróság kezdte meg működését. A szovjet birodalom felbomlása során 1989-től a leszakadt közép-európai csatlós államokban szintén a nagyhatalmú alkotmánybíráskodás német modelljét ösztökölték a folyamatot kívülről ösztökölő nagyhatalmak és a közöttük vezérlő szerepet játszó Egyesült Államok, majd 1991-től a Szovjetunió felbomlása utáni új független államokban is ezt tették, beleértve az akkor Jelcin elnök alatt a legközvetlenebb amerikai befolyás alatt álló Oroszországban is. Ez a folyamat zajlott aztán a '90-es években egy sor ázsiai országban, majd Afrikában, és az 1980-as évek elejének alig néhány európai alkotmánybírósága a helyett az ezredfordulóra a világ egy sor országában a legkiterjedtebb hatalmú alkotmánybíróságok álltak az államhatalom középpontjában, messze kerülve az alkotmánybíráskodás eredeti eszméjétől jellemzőit.

⁶ Lásd az egyneműek házassága ügyében döntésüket 2012-ben, amikor a spanyol alkotmány kifejezett rendelkezése ellenére az alkotmánnyal összhangban állónak minősítették a polgári törvénykönyvbe bevett, egyneműek közötti házasság lehetőségét; a részletes elemzéshez lásd Pokol Béla: Alkotmánybírársági döntési stílusok Európában. Jogelméleti Szemle 2015/3. szám,

II. Az alkotmánybíróságok pszeudo-alkotmánya

Az alkotmányok az egyszerű törvényekhez képest általánosabb szinten fektetnek le normákat, alkotmányos értékeket és alapjogokat. Így az alkotmánybíráknak a felmerülő alkotmányos konfliktusok és az alkotmányjogi panaszok elbírálásánál sokkal több értelmezési-konkretizálási gondolati műveletet kell és lehet végrehajtani – és ezt sokkal szabadabban tehetik - mint a viszonylag pontos szabályokat tartalmazó törvényeket és más jogszabályokat alkalmazó rendes bíróságok. Ezért széles jogosítványt, nagy felelősséget és hatalmat kapnak az alkotmány értelmezésére és ennek konkretizáló esetjoggal való kiegészítésére. A mindenkor újonnan érkező alkotmánybírák a megváltozott demokratikus közvélemény képviselői által kiválasztva alapvetően persze csak az alkotmányhoz vannak kötve - esküjüknek megfelelően -, és az addig kialakított alkotmánybíróági precedensjogot, illetve annak egyes részeit az újonnan hangsúlyossá vált alkotmányos értékek fényében átértelmezhetik, lecserélhetik, és egy következő időszakra új precedensjogot alakíthatnak ki. Az új alkotmánybírákat (és velük az új alkotmánybírói többséget) az addigi alkotmánybíróági precedensjog egyes részei csak annyiban kötik, hogy ha el akarnak ezektől térni, akkor ezt explicit érveléssel, az új alkotmányos értékhangsúlyokra rámutatva és ezekből koherens érveléssel új precedenseket kialakítva tehetik meg, mert e nélkül csak önkényes káosz jönne létre döntéseikből. Ez a részbeni kötöttség és az absztrakt alkotmány keretei között a konkretizáló esetjog szabad megválasztásának lehetősége azonban sokszor csak elvi szinten van meg, de egy sor strukturális ok nehézzé teszi a korábbi esetjogtól való eltérést. Ez egyrészt az eredeti alkotmánytól való végleges elszakadást is létrehozhatja, és e helyett a korábbi alkotmánybírák esetjoga válik pszeudo-alkotmánnyá, másrészt az alkotmányozó hatalom alkotmánymódosítását vagy esetleg teljesen új alkotmány létrehozást célzó működését is lehetetlenné teheti. Ezzel az alkotmányozó hatalom hallgatólagosan átcsúszik az alkotmánybírák kezébe.

Négy strukturális tényezőt kell kiemelni, melyek hatásainak összegződése révén az európai alkotmánybírák az elődeik által létrehozott, alkotmányt konkretizáló esetjoghoz erősebben kötve maradnak.⁷ Nézzük meg a strukturális okokat, melyek az európai alkotmánybíróságok esetében a pszeudo-alkotmányok létrejötte felé hatnak.

1) A legfontosabb ok erre az alkotmánybíráskodás generális bíráskodás jellege, mellyel szemben Európában már az 1800-as évek elejétől egyre specializáltabb bírósági 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 a specializált perek is belefolyanak a generalista bíráskodást végző bírák döntési kompetenciájába.⁸ 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 bírósági rendszer és az e szerint specializálódott bírói stábok, illetve ügyvédség, közigazgatási jogászok, egyetemi jogászok

⁷ A német alkotmánybíráskodás szociológiai elemzését elvégző Uwe Kranenpohl idéz könyvében egy interjúrészt egy német alkotmánybírótól, aki az amerikainál erősebb német precedenskötöttségét azzal magyarázza, hogy az ahhoz képest fiatalabb német a tradíciókifejlesztés érdekében tapad jobban korábbi esetjogához: „Im Vergleich zum Supreme Court ist das BVerfG ein sehr junges Gericht und ist um so stärker bemüht Rechtsprechungsstraditionen zu entwickeln. Beim Supreme Court gibt es so Wellenbewegungen von etwa dreißig Jahren, so ungefähr nach einer Generation gibt es einen Wandel in der Rechtsprechung.” (Uwe Kranenpohl: *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*. VS Verlag für Sozialwissenschaften. Wiesbaden. 2010, 144. p.)

⁸ Az amerikai generalista bírák rendszerének fennmaradásához és ennek hatásainak elemzéséhez - az európai specializált bírói rendszerrel összehasonlításban - lásd Diane P. Wood: *Generalist Judges in a Specialized World*. SMU Law Review (Vol. 50.) 1997, 1755-1768. p.; ill. Herbert Kritzer: *Where Are We Going? The Generalist vs. Specialist Challenges*. (Vol. 47.) Tulsa Law Review 2011. 51 - 64. p.

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, közigazgatási jogi stb. ügyekkel foglalkozni, ahogy addig is tették.⁹ Ezzel szemben a szűk jogági területekre szakosodott európai jogászok, jogászprofesszorok és a szűk területre szakosodott felsőbb bíróságok bírái.

2) Ezt a kompetenciaproblémát erősíti fel az európai alkotmánybírák esetében, hogy szemben az amerikai társaikkal 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 poszton, szemben az amerikai társaikkal 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 pontban jelzett kompetenciaprobléma nagyobb mértékben jelent elbátortalanító hatást a szuverén módon döntő alkotmánybíróvá válás útján, mint az az amerikai társaikkal jelentkezik. Legfeljebb azt célozhatja meg, hogy az első években el tudja sajátítani a sok-sok ezer oldalon lefektetett, régi alkotmánybíróági precedensjogot, de ennek szuverén átértelmezésére, 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 pseudo-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 társaikkal „law clerk”-jeihez képest. Az amerikai felsőbb bíróságoknál 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 bírót, a szövetségi legfőbb bírói fórumnál, mely az alkotmánybíráskodás döntő részét végzi, már négy law clerk van minden bíró mellett. Ezek az alkotmánybírói 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 az éppen csak pályakezdő fiatal law clerkek egyértelmű alárendeltségben vannak, és ezek jóval kisebb döntési kompetenciával rendelkeznek, mint az őket rövid ideig alkalmazó bírájuk.¹⁰ Ezzel a megoldással gyökeresen

⁹ A generalista alkotmánybíráskodás és a európai specializált bírósági rendszer együttéléséből eredő problémák részletesebb elemzéséhez lásd korábbi tanulmányomat: Pokol Béla: Generális bíráskodás versus specializált bírósági rendszer. Az alkotmánybíráskodás egy dilemmájáról. Jogelméleti Szemle 2014/2. sz. 226-243. p.

¹⁰ A law clerkeknek ez a kisebb döntési kompetenciája sem akadályozza meg azonban az amerikai bírákat abban, hogy a különösebben nem vitás rutin ügyekben a többségi vélemény tervezetét elkészítését a law clerkekre bízzák, 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

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, alsóbírói bírák közül válogatják ki ezeket. A másik változtatás volt, hogy ezek nem egy-egy évre kerülnek az alkotmánybírák mellé, hanem eleve hosszabb időre.¹¹ Ezekkel a változtatásokkal az alkotmánybírák és törzskari munkatársaik viszonya lényegesen átalakult 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 döntéskészítő munkatársaknak, de az erről szóló empirikus vizsgálat és elemzés ezt komoly problémának mutatja be. Uwe 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.)”¹²

Ennek a német modellnek a további eltolódását jelenti a többi európai alkotmánybíróságnál, hogy a törzskari munkatársak nagyobbik része nem cserélődik az alkotmánybírójuk megbízási idejének lejártával, hanem maradnak, és átkerülnek a sűrűn belépő új és tapasztalatlan alkotmánybírák mellé segítő munkatársnak. 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 iróniával 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 e gyámolító hatást, és önmaga áll neki új alkotmányos értékeket a középpontba emelve az öröklött pseudo-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 pseudo-alkotmányt bibliaként kezelő többi alkotmánybíró kollégájával és az ezeket instruáló munkatársi „régiságával”.¹³

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.

¹¹ Korábban még öt-hat év is lehetett az alkotmánybíró „decernátusában” eltöltött idő, de újabban ez már rendszerint csak két-három év. (lásd Kranenpohl i.m. 106-108.p.) Emailen érintkezve 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.

¹² Kranenpohl i.m. 88. p.

¹³ Hogy milyen terheket vesz magára az az új alkotmánybíró, aki az eredeti alkotmányt igyekszik alapul venni, és csak

4) Végül a negyedik ok az alkotmánybírósági esetjog leválthatatlan pszeudo-alkotmánnyá keményedésében az európai alkotmánybíróságok többségének óriási döntési terhében található. Az amerikai legfőbb szövetségi alkotmánybírák évi alig százat kitevő döntési terhe és a legtöbb európai alkotmánybíróság évi több ezres nagyságú döntési terhe közötti különbség nemcsak azt okozza, hogy az így leterhelt európai alkotmánybírák 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 (...)”¹⁴

Összességében tehát e négy ok és ezek összegződő hatásai az európai alkotmánybíróságok bírái számára egy általuk alig változtatható pszeudo-alkotmányt húznak paravánként az eredeti alkotmány elé, és e helyett az új és új alkotmánybírók - az alkotmánybíró-cseréket áthidaló munkatársi régi gárda dominanciája mellett - csak ezt a pszeudo-alkotmányt tudják döntéseiknél alapul venni.

III. A jurisztokratikus kormányforma

A kiindulópontban a jurisztokratikus kormányformává válást az egyszerű hatalommegosztási szereplőből azzal a döntő ponttal jelölhetjük, hogy lehet-e egy országban az alkotmánybíráskodást végző szervnek a törvényeket közvetlenül a meghozataluk után megsemmisíteni, mert ezzel már közvetlenül belép a közjogi főszereplők állami akaratképzésébe. Azonban ennek fokozatai, a parlamenti többség erőinek fél-parlamentáris kormányformába visszaszorítása és másik oldalról pedig a jurisztokratikus kormányforma elemeinek ereje még egy sor további meghatározótól függ.

Az alkotmányhoz való *monopolizált hozzá férés foka* az alkotmánybíróság részére az egyik legfontosabb összetevő a parlamenti többséggel szembeni jurisztokratikus kormánya erejének felmérésénél. Számára a közvetlen hozzáférés az alkotmányhoz az alkotmányértelmezés hatalma révén már a funkciójából származik, ám attól függően, hogy fordítva, a parlamenti többség számára milyen előfeltételek esetén lehetséges felülbírálni az alkotmánybíróságot e téren, nagy eltérések léteznek. Pedig végső fokon ettől függ, hogy milyen mértékben kerül az alkotmánybíróság a parlamenti többség fölé, és szorítja vissza végletesen vagy csak enyhébben a fél-parlamentáris kormányforma erejét. Minél nehezebb a parlamenti többség részéről az alkotmánymódosítás és az alkotmánybírósági törvény átalakítása - vagy esetleg magát az alkotmányt is csak több grémium közös eljárásában lehet nehéz feltételek mellett módosítani -, annál nagyobb az alkotmánybíróság alkotmányhoz való monopolizált hozzáférése a foka, és ezzel jórészt megközelíti a jogállása magát az alkotmányozó hatalomét. Ezzel szemben minél könnyebb az alkotmánymódosítás vagy legalább az alkotmánybírósági törvény átírásának az eljárása a parlamenti többség pozíciójának javítására, annál inkább csak részleges a jurisztokratikus kormányforma ereje és másik oldalról a fél-parlamentáris pozícióba visszaszorítás foka.

A monopolizált hozzáférés magas foka az alkotmányhoz növeli a jurisztokratikus

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.)

¹⁴ Epstein/Landes/Posner i.m. 117. p.

kormányforma privilegizáltjának, az alkotmánybíróságnak a hatalmát. Ám ezt továbbnövelheti az, ha az alkotmány szövegezése folytán ennek szövege több általános jellegű elvi deklaráción nyugszik, és az alkotmányi intézmények pontos szabályozásai mellett egy sor ilyen formula adja meg az alkotmányi normatív útmutatásokat. Hogy érthető legyen ez a dimenzió, össze kell vetni az Egyesült Államok alkotmányát - amely viszonylag pontosan rögzített szabadságjogokat és szervezeti-hatásköri szabályokat tartalmaz - a német vagy az ennek mintájára létrejött újabb alkotmányokkal, melyek olyan általános – normatív tartalmat alig hordozó - formulákat tartalmaznak, mint a „személyiség mindenoldalú kiterjesztéséhez való jog”, vagy az „emberi méltóság sérthetetlen”. Ez utóbbi esetben az alkotmánybírák lényegében maguk döntenek el a normatív meghatározottság hiányában, hogy mi is az alkotmány tulajdonképpen, míg ha a pontos szabályok jelentik az alkotmány szövegét, akkor bár van értelmező hatalma az alkotmánybírói grémiumnak, de ezt az alkotmány pontosabb értelme korlátok közé szorítja. Ha kettőt együtt nézzük, és azt látjuk, hogy egy országban az alkotmánybíróság magas fokú monopolizált hozzáféréssel rendelkezik az alkotmány felett, és e mellett az alkotmány szövege eleve általános-üres normatív útmutatásokkal adja meg az alkotmánybíróságnak az alkotmányértelmezés hatalmát, akkor lényegében ez a szerv tekinthető az alkotmányozó hatalomnak, és csak egészen kivételes helyzetben tudja egy demokratikus társadalmi többség felülbírálni a jurisztokrácia hatalmát. Ugyanez fordított előfeltételek esetén - a parlamenti többség számára könnyű alkotmánymódosítási lehetőség létezik, és eleve feszes-pontos alkotmányi szabályok rögzítik az alkotmány értelmét - visszaszorítja a jurisztokratikus kormányforma erejét, és a vele keverten együtt élő fél-parlamentáris kormányforma a *közjogi cohabitation* létrejötté esetén komoly hatalommal rendelkezik a szembenálló alkotmánybíróság ellensúlyozására.

Külön kérdés ennél, hogy tudja-e ellenőrizni az alkotmánybíróság az alkotmánymódosításokat, és ezeket esetleg szintén megsemmisítheti-e alkotmányellenesség címén. E lehetőség felvetése a németeknél jött létre, de ez a minta aztán több országban is ösztönzést adott ahhoz, hogy - szemben az alkotmánybíráskodás eredeti amerikai eszméjével – néhány országban az alkotmánymódosításokat is bevonja ellenőrzése alá az alkotmánybíráskodást végző szerv. Ez a lépés már az alkotmányozó hatalom nyílt átvételét jelenti, hisz ebben az esetben az alkotmányhoz való monopolizált hozzáférés szinte teljessé válik, és még a minősített parlamenti többségek sem tudják felülbírálni a jurisztokrácia erejét.

A jurisztokratikus kormányforma szerkezeti kérdései közül fontossági sorrendben a harmadik az alkotmánybírói *törvényt megsemmisítési jogkör aktiválásának terjedelmére vonatkozik*. Az alkotmányhoz való monopolizált hozzáférés magas foka és az alkotmány általános-üres formulákra építése következtében kiterjedt széles alkotmányértelmezési jogkör akkor tudja igazán a csúcsra juttatni a jurisztokratikus kormányforma erejét, ha a mozgásba hozására könnyű lehetőségek vannak biztosítva a parlamenti többség fél-parlamentáris erejével szemben. Ez lehetséges a parlamenti pártok kisebbsége számára biztosított széleskörű indítványozási joggal, vagy egyszerűen egy teljes körű populáris akció biztosításával minden állampolgár számára bármely törvény megtámadására, mely révén az alkotmánybíróság a kihirdetésük után lényegében bármely törvényt rögtön ellenőrzése alá tud vonni, és közvetlenül a létrehozásuk után már meg tudja semmisíteni a parlamenti kormánytöbbség állami akaratképzését. További kérdés itt, hogy milyen mértékben van kötve az alkotmánybíróság az indítványok kereteihez, vagy ezek csak egy formális kezdőrugást jelentek számára, melynek megtörténte után már tetszőlegesen további törvényeket és ezek rendelkezéseit is bevonhatja ellenőrzés és megsemmisítés alá pusztán azzal, hogy egyszerűen összefüggést deklarál ezek között. Még az itteni széles lehetőségeket továbbfokozhatja, ha az alkotmánybíróság az indítványozásra utaltságon túl széleskörű hivatalból való eljárás indítási joggal is rendelkezik, mely révén tetszés szerint aktiválhatja magát, és semmisítheti meg a politikai értekeivel szembenálló parlamenti többség törvényeit. Mindezekre az aspektusokra a legkülönbözőbb megoldások léteznek, és van, ahol e dimenziók szabályozása a jurisztokrácia erejét növelik, van, ahol a fél-parlamentáris kormányforma erejét tartja meg egy szint felett az alkotmánybírósággal szemben. Például az 1989-es magyar alkotmányi szabályozás és az ez alapján

kiadott alkotmánybírói törvény a legnagyobb szabadságot adta meg az alkotmánybírákhoz fordulás terén a legszélesebb populáris akcióval, és az indítványhoz kötöttségről sem mondott a szabályozás semmit, és így bármit és bármikor mindent megsemmisíthetett az akkori alkotmánybírói többség, csak az önmérséklet foghatta vissza ennél. Ezzel szemben a 2012 januárjában hatályba lépett új magyar alkotmány – részben már tanulva a korábbi problémákból – sok mindent visszavett az alkotmánybíráktól e téren. Mindezeket tehát részletesen meg kell vizsgálni összehasonlító módon, ha arra akarunk választ kapni, hogy egy országban a jurisztokratikus kormányforma milyen erőt képvisel a fél-parlamentáris kormányzásra visszaszorított parlamenti kormánytöbbséggel szemben.

Az alkotmánybírói megbízási ciklus hosszúsága vagy ennek relatív rövidsége a következő befolyásoló tényező a jurisztokratikus kormányforma fél-parlamentáris erővel szembeni pozíciójának elemzésében. Hiába a legmagasabb a monopolizáltságuk foka az alkotmányhoz hozzáférésben, a legszélesebb az alkotmányértelmezési hatalmuk az alkotmány általános-üres formulákra építésével, illetve a legtágabb a mozgásba hozataluk lehetősége az akár tetszőleges populáris akciók révén, ha csak rövid ideig tart az alkotmánybírák megbízása, és ez mindig visszaszáll a parlamenti többség illetve államfő általi új alkotmánybírói megbízásra. Főként, ha a rövid ciklus mellett még az újraválasztásuk is lehetséges, akkor az alkotmánybírák az éppen kormányzó parlamenti többséghez idomulása az esetek nagyobb részében elkerülhetetlen. Mindez pedig egy küszöbérték alatt tarthatja a jurisztokratikus kormányforma erőinek súlyát a fél-parlamentáris kormányforma parlamenti kormánytöbbségével szemben. Ezzel szemben, ha az alkotmánybírák megbízási ciklusa hosszú, akár élethossziglan szól, (különösen, ha nincs felső korlát a kötelező visszavonulásra, ahogy pl. az USA-ban), akkor mindez tendenciaszerűen a jurisztokrácia erejét növeli. Ekkor még ha a fenti paraméterekben szűkebb is a jurisztokrácia mozgástere, akkor is megnöveli ez a hatalmi súlyukat, mint ahogy USA-ban is látható, ahol minden szempontból szűkebb az alkotmánybíráskodást végző legfőbb szerv, a szövetségi Supreme Court hatalma, mint a világ újabb alkotmánybírói Európában, Dél-Amerikában és Ázsiában, de az itteni bírák az általában 35-40 éven keresztül tartó pozícióban létük miatt egész generációk számára biztos pontként jelentik az államhatalom változatlan csúcsait a néhány éves periódusonként változó elnöki adminisztrációkkal és kongresszusi politikusokkal szemben.

IV. Az objektív jogértelmezés – a bírák törvénytől elszakadása

A törvények rendelkezései mindig csak keretet adnak a bírók eseti döntéseikhez az eléjük terjesztett vitás ügyekben, és nem határozzák meg teljes mértékben a bírákat döntéseik, de az 1800-as évek elejétől kiforrott és bevetté vált jogértelmezési kánonok - elsősorban Savigny alapvetése nyomán – többé-kevésbé biztosította a bírák törvényhez kötöttségét a kontinentális Európa országaiban, ugyanígy a precedenskövetés pontos szabályai a bírák kötöttségét az angol-amerikai precedensjogban. A kontinentális európai országokban aztán Rudolf von Jhering egészítette ki az 1870-es évektől az addigra bevetté vált jogértelmezési négyes kánont (nyelvtani, logikai, rendszertani, történeti) a teleológiai értelmezéssel, mely a mindenkor jogszabály célját tette az értelmezés középpontjába. Maga Jhering ugyan a bírák legszorosabb törvényhez kötöttségének a híve volt, és ezt tekintette a modern időkben egyre fontosabb jogbiztonság alapjának, de a jogszabály szövege mögött a jogalkotó által szem előtt tartott szabályozási cél kiemelése – és az azzal való lehetséges konkurencia létrejötte - már közvetlenül Jhering 1892-es halála utáni években aggasztó fejleményeket hozott a büntetőjogi bíráskodásban. Ugyanis a Jhering-tanítvány, Franz von Liszt a szöveg mögötti célgondolatot konkretizálva már az 1882-ben egy kettős iránymutatássá formálta ezt át a bírák részére.¹⁵ Kötelező a büntető törvény szövege által megformált büntető tényállás, de e

¹⁵ Franz von Liszt: Der Zweckgedanke in Strafrecht. In: uő: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Band 1. (1875-1891).

mögött a szöveg létrehozását ösztökélő jogalkotói cél is kötelezőként jelent most már meg, és a bíró számára e mögöttes cél fényében a szöveg felülbíráhatósága került a középpontba. A cél fényében ugyanis felvethetővé vált, hogy a jogalkotó nem találta meg a céljához illő szövegszerű kifejezéseket, és ehelyett a cél fényében a büntető bíró megváltoztathatja, átírhatja, kiterjesztheti vagy éppen leszűkítheti a törvényi tényállást. Ez éppen szemben állt a felvilágosodás óta meghatározó *nullum crimen sine lege* elvvel, és a modern kor által kiemelten megkövetelt jogbiztonságtól a büntetőbíráskodás terén, így Franz von Liszt maga is megrettenve elmélete bírák általi felkarolásának következményeitől ki is hagyta tankönyvének újrakiadásából az 1900-tól az erre ösztökélő részeket.¹⁶ A magánjogban azonban eleinte nem volt ilyen probléma, mert a jheringi gondolat hasznosítását Philip Heck 1912-es úttörő tanulmányában az érdekkutató jogtudomány megteremtésével kifejezetten a jogalkotó által szem előtt tartott érdekmérlegelést helyezte a középpontba, és óvott a bíró törvénytől elszakadásától.

Ez a törvény szövegéhez kötött célkeresés kezdett aztán megváltozni az 1950-es évek folyamán mind a német jogtudományban és bíráskodásban, mind az innen kisugárzó hatásra a kontinentális Európa több országában. Ehhez segítséget adott az is, hogy a második világháború után a náci Németország jogtalanságait elkezdték a törvényhez kötöttségre nevelt bírói kar és a jogi pozitivizmus nyakába varrni. Mára ez ugyan megcáfolt tétellé vált - épp Bernd Rüthers alapos elemzése nyomán¹⁷ -, de a törvénytől kötött bíró és az arra szűkített jogszabályi cél keresése egy sor jogtudományi szerző számára elvetendővé vált. Ebben a légkörben aztán kezdett terjedni, hogy nem azt kell keresni a bírónak - és az értelmező jogtudósoknak -, amit a jogalkotó el akart érni ténylegesen a jogszabályi rendelkezés megformálásával, hanem amit „ésszerű módon el kellene érni vele”. Az ésszerűségről pedig a bíró önállóan dönthet, mivel abból kell mindig kiindulnia, hogy a törvény okosabb, mint maga a törvényhozó volt.¹⁸ Ez a törvénytől elszakadó, objektív-teleológiai jogértelmezési módszer pedig azért is terjedőben van az utóbbi években Európában, mert a legnagyobb politikai törésvonallá itt a föderális Európa versus nemzetállami törvényhozási függetlenség vált, és a fő vita itt e két tábor hívei között van az ezredfordulótól. A föderális Európa híveinek jogpolitikai csoportjai, mögöttes alapítványai és ösztöndíjai erős nemzetközi hálózatokkal rendelkeznek, és nagyságrendekkel erősebb hatást fejtenek ki, mint a nemzetállami törvényhozások mellett kiálló jogpolitikuskok, jogtudósok. Különösen pedig akkor tud nagymértékben végbemenni ez az elszakadás a törvények szövegétől és rendelkezéseitől, ha azok maguk is egyre kevésbé szabályszerű pontossággal kerülnek megfogalmazásra, hanem általános jogelvek és absztrakt normatív deklarációk alakjában. Nézzük meg a következőkben az ebbe az irányba ösztökélő változtatási tendenciákat.

V. A szabályok és jogelvek szerepváltozása a jogban

A jog kötelező iránymutatást ad a mikénti cselekvésre vagy éppen az attól való tartózkodásra, de a történelem során az iránymutatások természete sokat változott. Az európai jogtörténetben

J., Guttentag Verlag, Berlin 1905. 126-179.p.

¹⁶ Lásd ennek Finkey Ferenc általi kiemelését 1909-es akadémiai székfoglalójában: A jogtalanság mint büntetendő cselekmény ismérve. Magyar Tudományos Akadémia. Budapest 1909. 24-25.p.

¹⁷ Lásd Bernd Rüthers: Die unbegrenzte Auslegung. 7. Auflage. 2012. Tübingen.

¹⁸ Bernd Rüthers egy internetre feltett előadásában idézi a legfőbb német rendes bíróság, a Bundesgerichtshof elnökét, aki így írt egy cikkében: „Es geht also nicht darum, was sich der Gesetzgeber - wer immer das sein mag - beim Erlass des Gesetzes gedacht hat, sondern darum, was er vernünftigerweise gedacht haben sollte. (...) eröffnet die objektive Theorie den Richtern die Möglichkeit, vom subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers abzuweichen. Insoweit gilt dann eben das geflügelte Wort, daß das Geetz klüger ist als der Gesetzgeber.” Bernd Rüthers: „Rechtsstaat oder Richterstaat? - Methodenfragen als Verfassungsfragen. 14.p. In: www.richterkontrolle.de (2007) ugyanez részletesen az összefoglaló jellegű könyvében: „Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Mohr Siebeck, 2014. 89-95.p.

megalapozó jellegű római jog mindvégig esetjog maradt, és csak az egyes esetre mondta meg egyedi jelleggel, hogy miként kell azt megítélni a vita felmerülése esetén, és a jogok és a kötelezettségek megoszlása hogyan áll az adott esetben.¹⁹ Az utóbbi évszázadokban az európai országok jogaiban általunk már ismert absztrakt szabály szintű jogrögzítés, mely egy egész esetcsoportra előírja, hogy azon belül miként kell az egyes eseteket megítélni a bírának, a római jogban csak kivételt jelentettek, és ezeket az utókorra áthagyományozva a nagy gyűjteményük, a *Digesta* is csak mint *regulákat* illesztette a több tizezernyi esetnorma után a gyűjtemény végére (szám szerint 217-et). A középkorban a római jog felélesztése és használatba vétele után a jogi egyetemeken tanítási célból kezdték összefoglalni a sok-sok, egy irányba futó *Digesta*-töredéket (eseti normát) átfogó regulákká, hogy a nebulók egyszerűsítve is megtanulják a jog alapjait, és a regulákon túl még ennél is átfogóbb jellegű normatív iránymutatásokat is kiáltalánosítottak belőlük *maxima* elnevezés alatt, melyek normatíván még üresebben ugyan, de átfogó igazságossági és más értékszempontokat közvetíteni tudtak tömör megfogalmazásban a joghallgatóknak és a szellemi élet más laikusainak. Egy idő után az is felmerült már, hogy mennyiben tekinthetők jognak ezek az egyre terjedő regulák és maximák a *Digesta*, a *Codex* és más autentikus jogi gyűjtemények eseti normái mellett, és erre az 1300-as évek során Bartolus majd tanítványa Baldus adta meg az elfogadottá vált választ. E szerint az átfogó maximák és regulák jognak tekinthetők a bírói döntés számára, de ha egy konkrétan az esetre illő (eseti) normát találnak, akkor az háttérbe tolja az általános jogi normát, és az alapján kell eldönteni a jogi vitát.²⁰ Ez a válasz azonban eltérően vált bevetté az 1300-as évek végére végleg kettébomlott európai jogokban, és míg ez a kontinentális európai jog egyik alappillére lett, addig Angliában a római jog kezdeti recipiálása után leálltak ezzel, és az utazó királyi bírák common law anyagát alkotó precedensjognál megmaradva más választ adtak a jogi maximák szerepére. Nézzük meg először a kontinentális Európa jogfejlődését ebből a szempontból.

A kontinensen a városi élet fejlődése és a nagy országrészek közös jogi rendezés alá összevonása közben az 1400-as évektől a szokásjogi gyűjtemények összegyűjtése és rendezése közben fokozatosan eltűnt az eseti megfogalmazás a normákból, és egyre inkább egész esetcsoportokra irányadóként fogták fel a tiltó és előíró normákat. Így a jog mint szabályrendszer kezdett működni. Ezt a jellegváltozást csak fokozta az eleinte a városokban statutumként megfogalmazott tudatos írott jogi normák megalkotása, majd a centralizált állam megerősödésével - legalább egy-egy erős kezű uralkodó idején – az ország egészére kiadott ediktumok, rendeletek sokasodása. Legtisztábban ez az abszolutizmust hosszú időre megteremtő Franciaországban ment végbe, és az 1600-as évek elejétől a királyi *ordonance*-ok egész jogterületeket szabályoztak tudatos célokkal és átlátással a szabályok szintjén. Ekkor a már szabályrendszerre vált jog felett a régi esetnorma-regula/maxima viszonyra – egy absztraktsági szinttel magasabban - a jogi szabály és a jogelv kettőse lépett, és megmaradva a Baldusé által kialakított elrendezés mellett a *lex specialis derogat legi generali* értelmezési kánon segítségével adták meg a viszonyukra a választ. A jogelvek *prima facie* (első megközelítésben) megadják a döntési alapot a bíró számára, de ha konkrét, esetre illő szabály is létezik, és ezt felmutatják a per folyamán, akkor ez lép az előtérbe, és e szerint kell dönteni a bírónak. E megnyugtató elrendezés ellenére a gyakorlatban a sok-sok egymásra torlódó szabály, kivétel, maxima stb. konkurenciája egy-egy perben a *topikai* érvelések ügyes értelmezési kunsztjait kínálta a pernyertességre törekvő jogi doktorok és ügyvédek számára, és egyes főnemesi családok örökösödési perrei évszázadokig is elhúzódhattak az ebben érdekelt ügyvédek trükkjei miatt.

Ezen változtatott fokozatosan az 1600-as évektől indulóan a kontinentális európai jog országaiban a természetjog felemelkedésének egyik következményeként a rendszeres jogra törekvés előtérbe kerülése. Pufendorf, Leibniz, majd Christian Wolff mint követelményt kezdték megfogalmazni, hogy egységes jogfogalomnak és jogi nyelvnek kell a jogi szabályok alapjává

¹⁹ Részletesen ehhez lásd Peter Stein: *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*. Edinburgh: at University Press. 1966.; illetve a általános szabályoktól való római viszolygás okaira lásd Fritz Schulz: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Hermann Bölaus Nachfolger. Weimar. 1961.

²⁰ Lásd Stein id. mű 154.p.

válni., és tudatosan szakítani kell a kazuisztikus eseti jogi római kori szemlélettel. Az ő nyomukban indult el Gustav Hugo, majd az 1800-as évek elejétől Carl Fridrich von Savigny, és az utóbbi a tetszőleges jogi topikai érvelést elvetve már a rendszeres jogdogmatikai fogalmi rendszer által összefogott jogi rendszer megteremtését tűzte ki célként. A német jogászprofesszorok dogmatika fejlesztésével az élen az egyes nagy jogágakban (magánjog, büntetőjog majd közjog) az 1800-as évek végére meg is valósult a jogfogalmi összecsiszolttságban létező és nagy kódexekbe kodifikált jogi szabályok rendszere az európai kontinens legtöbb országában, és innen kisugárzó hatással – illetve a korábbi gyarmatosítás révén - Latin Amerikában és Ázsia egyes országaiban is.

E fejlődéssel szemben az angol jogban, és az innen a gyarmataikra kivitt angol common law kultúrájában erősebben megmaradt a precedensjoguk felett a jogi maximák és a jogelv szintű jogi normák tisztelete. Itt ugyanis nem a Baldusék által kialakított, szerény szerepű *prima facie* hatást tulajdonítottak már az 1600-as évektől a jogi maximáknak, hanem - ahogy Coke főbíró megfogalmazásában tudjuk - mint cáfolhatatlan és nem is vitatható *axiómaként* tekintettek rájuk. Aki egy ilyen axiómaként felfogott jogi igazságra tud hivatkozni, annak nyert ügye van az esethez esetleg jobban passzoló precedensek és szabályok ellenére.²¹ Ez a jogfelfogás ment át aztán a kialakuló Egyesült Államok common law kultúrájába is, és a pontos szabályok feletti átfogó jogi normák primátusát itt még alátámasztotta az Angliától elszakadásuk idején megfogalmazott alkotmányuk emberi jogi pátosza is. Míg az 1700-as évek végétől az európai kontinensen az észjogként felfogott természetjognak és az ebbe befogott emberi jogok eszméjének gyorsan vége szakadt - Montesquieu nagy hatású összehasonlító munkája és a kialakuló történettudományok feltárása nyomán -, addig ez az amerikai alkotmány emberjogi pátosza és az erre alapozott alkotmányos alapjogok fokozódó középpontba lépését magával hozó alkotmánybíráskodás révén az Egyesült Államokban mindvégig megmaradt. Bár az iparosodás és az urbanizáció által felfokozott jogbiztonsági szükséglet az Egyesült Államokban is előtérbe kezdte hozni az ütköző jogi maximák, általános jogelvek háttérbe tolását a pontos szabályszerű joganyag kedvéért, és a jogdogmatikai rendezést részben kezdték átvenni a kontinentális Európa gyakorlatából, de az alkotmányos alapjogokon nyugvó alkotmánybíráskodás párhuzamos erősödése - már az 1900-as évek elejétől – mindvégig élőknek hagyta meg az általános jogelvek és maximák konkrét szabályokat überelő felfogását.

Ez az amerikai sajátosság a *lex specialis derogat legi generali* megfordításáról kezdett aztán visszakerülni Európába és a világ eddig európai jog által befolyásolt országaiba annak a menetében, ahogy az amerikai alkotmánybíráskodás eszméje kezdett elterjedni az 1950-es évek kezdetétől. Ennek következtében a legabsztraktabb alkotmányos alapjogok megelőzik és lerontják a velük szembenállónak minősített (alkotmányellenes) speciális jogi rendelkezéseket. De e mellett még egy tételként kimondott elvi megfordítás is kezdett áttérjedni az amerikai jogi szellemi életből. Az amerikai Ronald Dworkin ugyanis az 1960-as évektől az angol-amerikai jogirodalomban nagy hatást kiváltó H. L. A. Hart, oxfordi professzor „a jog a szabályok rendszere” felfogását megtámadva felelevenítette a valamikor Coke főbíró által vallott axiómaként felfogott jogelvi primátust a precedensek és a szabályok felett, és ez a legnagyobb hatást kezdte kiváltani az európai kontinens országaiban is annak menetében, ahogy az alkotmánybíráskodás egyre szélesebben kezdett itt is megvalósulni. E mellé jött párhuzamosan Dworkin hatása az alkotmányos alapjogokat mindenek felé emelő kiemelő *Taking Rights Seriously* című könyvével (1975), és a jogi élet egyes jogászcsoportjai, jogpolitikusai számára ezek váltak több európai országban is jogfejlesztés fő követelményeivé.

Ebben a légkörben mára már egyre bevettebbé válik, hogy az egyes nagy jogterületeket vagy ezek belső részeit szabályozó törvények első fejezetében a jogelvek sokaságát megfogalmazva úgy szabályozzák aztán a részleteket szabálypontosságú normatívákkal, hogy beillesztenek a első fejezetbe egy általános értelmezési deklarációt, miszerint a részletes szabályokat mindig a jogelvek fényében kell alkalmazni és értelmezni. (Közben pedig a *lex specialis derogat legi generali* elv is

²¹ Lásd Stanly J. McQuade: Ancient Legal Maxims and Modern Human Rights. Campbell Law Review (Vol. 75.) 1996. 539-558.p.

változatlanul ott van a jogi szellemi életben, minden tisztázás nélkül az új hangsúlyokkal való ellentmondásáról!) De bejön még e mellé az alkotmányos alapjogok, alkotmányi értékek és alkotmányos elvek szerepe is az eseti bírói döntések meghatározásába. A németeknél ez az alkotmányos alapjogok közvetlen hatályának kimondásával került rögzítésre, a magyar Alaptörvényben pedig a bíró jogértelmezése felé az Alaptörvénnyel összhangban való értelmezés kötelezettségével (28 cikk.). Összességében mindez a valamikori szabálypontosságú jog helyett a normatívan sokkal nyitottabb és tetszőlegesebb bírói döntéseket lehetővé tevő jog kialakulását hozta létre napjainkra, és ez az állam működésében a politikus/bíró/közhivatalnok hármasan belül *a bírói döntést* kezdi a középpontba tolni.

VI. A perlési politizálás

A modern nyugati társadalmakban az utóbbi másfél évszázadban már lehetőség nyílik a nagy társadalmi csoportok demokratikus politikai küzdelmeire, hogy meghatározzák a törvények tartalmát, és ebbe bevigyék az egyes csoportok érdekeinek és értékhangsúlyainak megfelelő jogi rendezést. Ennek legfőbb módja a ciklusonként visszatérő parlamenti és más választásokon a szavazók meggyőzésére irányuló választási küzdelem, de a ciklusok alatt a nyilvánosság előtti politikai és véleményharcok is ezt szolgálják. Ekkor a mindenkorai törvények tartalmába befogva húzódnak meg a politikai küzdelmek eredményei, várva arra, hogy egy következő választás során esetleg sikerül átfordítani a győztes kormánytöbbség elképzeléseit, és megváltoztassák a törvények egyes rendelkezéseit. Ekkor a szabályszerű pontosságú törvényi rendelkezésekhez kötött bírók szűk értelmezési keretben - ha akarják, ha nem - csak politikailag semlegesen járhatnak el, és saját politikai preferenciák érvényesítésére nem sok lehetőséget adnak a pontos szabályozási keretek.

Ez tud megváltozni a fenti változási tendenciák menetében, és ezek az Egyesült Államokból kiindulva ténylegesen is lehetőséget adtak az 1960-as évek kezdetétől arra, hogy az egyes nagy társadalmi csoportok ne a parlament felé irányuló, demokratikus politikai küzdelmekben a törvények tartalmának befolyásolásán keresztül igyekezzenek meghatározni a jogi rendezéseket.²² Itt kialakult – már az 1900-as évek kezdetétől erre törekedve –, hogy azok a társadalmi kisebbségi csoportok, melyek a törvényhozási választásokon esélytelenek voltak a többséggel szemben érvényesíteni érdekeiket, közvetlenül a bíróságok felé fordulva alkotmányos alapjoguk sérelmeként kezdtek perelni, és támadták meg a hatályos törvényi rendelkezéseket, ezek megsemmisítését és megváltoztatását követelve alkotmányellenesség címén. A kezdetben a feketék hátrányos helyzetét sérelmező jogvédő szervezetek sikerei az 1950-es évektől kezdve arra ösztökélte a többi kisebbség tagjait is, hogy ezen a úton megszerveződve mint perlési politizálást valósítsák meg azt, amit a törvényhozási többség ellenére nem tudtak elérni. Az 1960-as évek elején az akkori demokrata adminisztráció Kennedy majd Johnson elnök alatt a velük egyező demokrata kongresszusi többség felkarolta ezeket a törekvéseket, és törvényi szabályozásaikkal segítették a jogvédő szervezeteken, illetve a bíróságokon keresztül perlési politizálás megszerveződését. E törekvések védői és szellemi támogatói mint alapjogi forradalmat élték meg az ennek következtében létrejött változásokat az amerikai társadalomban, ám miközben tényleg létrejött néhány pozitív változás, addig ennek áraként az amerikai bíróságok a legnagyobb mértékben átpolitizálódtak, és a perlés menete a tárgyalótermekben mint parlamenti küzdelem kezdett átalakulni.²³ Ettől kezdve a legfontosabbá vált a bírók kiválasztása illetve kinevezése előtt, hogy milyen politikai értékeket valószínűsítsenek korábbi megnyilatkozásaik, előéletük, és különösen a legfőbb bírói fórum bírái kinevezése előtt olyan politikai küzdelmek mennek már végben a médiában és nagy nyilvánosság csoportjai között, mint az

²² Lásd ennek leírásához Charles R. Epp: *The Rights Revolution*. Chicago University Press. 1988.

²³ 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.

elnökválasztás jelöltjei közötti választás folyamán. Ám így az egyes bíróságok bírái között tartós politikai törésvonalak jönnek létre, és a bírói döntési folyamat a testületen belül ugyanazt a politikai szembenállást mutatja, mint ami a törvényhozási küzdelmekben is - persze más érvekkel - megjelenik.

A bírói tárgyalótermekbe beköltözött politikai küzdelmek így még közvetlenebbül mutatják a jurisztokratikus állam alapszerkezetének megváltozását, és a demokratikus állam különtartott politikusi/bírói/közigazgatási hármasa helyére a politikussá vált bírának és bírói döntéseknek a közigazgatási döntéseket közvetlenül meghatározó jellemzőit. Ez persze csak kis mértékben terjedt át az eddigiekben Európába és a világ más részeibe, de nyomokban már több helyen jelen vannak. Az átplántálás legtöbbször az e téren már otthoni tapasztalatot szerzett amerikai alapítványok vagy az ezek által támogatott más alapítványok (pl. a Norvég Alapítvány) segítségével jött létre, és ha a bírói karokon belül kellő szövetségre találnak egy-egy országban, akkor ott alkalmanként komoly befolyást tudnak gyakorolni az adott társadalmak politikai és jogi életére.

VII. Diskurzusmorál és deliberatív demokrácia

A jurisztokratikus állam felé haladás során a morálelmélet terén is olyan fejleményeket találhatunk az utóbbi évtizedekben, melyek az össztársadalom sokmillió választórétegeire alapozódó törvényhozási demokrácia és jogállam helyére egy szűk elitmorált és az ehhez kötött jogszolgáltatást teszik. Ennek előzményei még Kant individuális morálfilozófiája és Hegel közmorálként megragadott morálfilozófiája közötti szembenállásra vezetnek vissza, melyben Kant mint pusztá szokáserkölcst alacsonyabb rendűként ragadta meg a közerköcsöt/közmorált., és az igazi morált az egyes ember tudatos választásához kötötte.²⁴ Az utóbbi évtizedekben a Kantot radikalizáló Jürgen Habermas – nagy médiatámogatással és publicisztikai terjesztéssel segítve - azonban már a morált magát is mint magatartási követelményeket tartalmazó normarendszert elvetette, és már csak mint kulturális tudást látja létezőnek a modern körülmények között.²⁵ Állítása szerint a konkrét életviszonyok közötti eligazodást lehetővé tevő morális irányítást már csak csoportos diskurzusokban a politikailag aktív polgárok tudják ad hoc módon kialakítani az univerzális morális elvek bázisán, és az így kialakított konkretizált morális iránymutatások mint a törvények morális alapjai már csak a jog révén tudják elérni az emberek mindennapjait. Az így átmoralizált jog már jog és morál is egyben, és ez egy felemelt státust ad a jognak. A morál így nem mint közmorál határozza meg a milliók demokratikus választása útján a törvényhozás törvényeit, hanem a morális diskurzust megszervező civilszervezetek tudatos morális konszenzusai révén.

Habermas – szándékai szerint - ezzel a pusztán négyévenkénti szavazatbedobásra szűkülő demokráciát akarja igazi vitatkozó, deliberatív demokráciára feljavítani, de a reális értékelés szerint ez elvétí egyrészt a tényleges életviszonyok között az átlagemberek millióinak lehetőségeit, másrészt a bonyolult társadalmi körülmények közötti a szakkérdések megértésének lehetőségeit a diskurzusmorál vitáiban. Ténylegesen az ilyen civilszervezeti vitákon érdemben - a főbb politikai értéktáborok szerinti megoszlásban liberális, konzervatív stb. klubokban - csak a napi fárasztó szellemi vagy fizikai munka alól felmentett „közértelmiségiek” tudnak részt venni, újságírói, egyetemi oktatói stb. munkájuk mellett, főként jogászai, politológusi szociológusi, közgazdasági végzettségük tudására alapozva, ahogy mindennap láthatjuk a közvélemény-formáló televíziós vitákban. Ez a szűk kör ráadásul csak a nagy pénzekben fenntartott tömegmédiák - televíziós csatornák, napi- és hetilapok vagy online portálok - révén tud bekapcsolódni a nagy nyilvánosságot

²⁴ A Kanttól és Hegeltől induló, kettőszakadt morálfilozófiai vonulatok részletesebb elemzéséhez lásd átfogóbb munkámat: Pokol Béla: Morálelméleti vizsgálódások. A közmorál elméleti eltüntetésének kritikája. Kairosz Kiadó. Budapest. 2010.

²⁵ Lásd Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main Surhkamp. 1992. 146. p.

elérő diskurzusokba, és ezek száma különösen nem lehet több néhány száznál egy egész országot tekintve sem. E szűk körbe bekerülés azonban mindig csak a médiatulajdonos-csoportok politikai táborhoz tartozása szerint lehetséges, például a liberális médiába esetleg célzottan kiválasztott „minta-konzervatívként” is beengedve a baráti értelmiségiék mellett, és fordítva is ugyanígy. Ilyen reális feltételek között pedig a Habermas által szem előtt tartott minőségi deliberatív demokrácia a milliók tömegdemokráciája helyett csak a szűk értelmiségi elituralmat és a mediokráciát hozná létre. Ennek széleskörű terjesztése és sulykolása a széles nyilvánosság előtt azonban továbbcsökkenti a törvényhozási demokrácia legitimitását a értelmiségi csoportokban, és a bírák törvényhez kötöttsége helyett az attól elszakadó, szabad morális bírói döntés elméleteinek támogatását.²⁶

A jog és a morál közvetlen összekötésének egy másik verziója az emberjogi ideológia révén valósul meg. Az Egyesült Államok szellemi légkörében élő maradt emberjogi ideológia a második világháború utáni dominanciája révén Európában is felélesztette ezt a valamikori természetjogi eszmét, és az európai államok háború utáni nemzetközi szerződését a polgárok jogairól ebben az elnevezésben fogalmazták meg. Az emberjogi egyezmény ugyan éppolyan jogászi szakmunka mint bármely más nemzetközi jogi szerződés, és eseti alkalmazását is éppoly bírói jogértelmezési módszerekkel végzik mint a nemzetköz jog más részein, de ez a nyelvi fogás módot adott arra, hogy mint egy morállal közvetlenül áthatott jogot a közvéleményben kiemelten mutassák be. Ennek megsértése így nem egyszerűen „jogsértés” egy állam részéről a médiaprezentációkban, hanem „szégyenletes és morálisan megvetendő” esemény. Miközben esetleg az adott állam épp az emberjogi egyezményt a legkiterjesztőbben értelmező strasbourgi bíróság ellenében joggal hivatkozik is az egyezmény szövegére. Ám a morális hangsúly nem tűr el szörszálhasogató ellenkezéseket...

Összességben tehát ezek a morálméleti alátámasztások és nyelvi fogások a jurisztokratikus állam alkotmánybírói/bírói dominanciáját kivonják a kritizálhatóság alól, és aki ezt teszi, az eleve érvelési hátrányból indul.

VIII. Az itthoni helyzet: a magyar jurisztokratikus állam

Az itthoni helyzet elemzésére rátérve ki kell emelni, hogy az előbb jelzett változási tendenciák csokorba szedése csak analitikai keretet jelentett a jurisztokratikus állam strukturális jellemzőinek ideáltipikus tisztaságban való megfogalmazására. Hogy ez mennyiben valósul meg az egyes államokban ténylegesen is - vagyis, hogy az egyes országokban a jurisztokratikus állammá válás milyen fokban ment végbe - azt konkrét elemzések tudják csak feltárni. E konkrét elemzésnek irányulnia kell először is az egyes államok alkotmányi, alkotmánybírói szabályaira, illetve esetleg ezen kívüli közjogi rendelkezéseinek vizsgálatára, továbbá az alkotmányi és közjogi rendelkezések érvényesülésének konkrét politikai, szervezeti stb. életviszonyaira. A vizsgálandó kérdések közül az első így Magyarországra vonatkozóan az, hogy milyen erősségű hatáskört kapott a hazai alkotmánybírói testület a 2012-től hatályos Alaptörvénytől és az ez alapján kiadott alkotmánybírói törvénytől (Abtv.). Ezzel egyrészt tisztázni lehet, hogy a többi államhatalmi intézménnyel szemben az alkotmánybírói testületen nyugvó jurisztokratikus kormányforma milyen fokban szorítja vissza a félpármentáris kormányforma pozíciójába a törvényhozási többség és kormányának pozícióját (az államfő pusztá szimbolikus posztja mellett), másrészt, hogy ezentúl - ha a többi változási tendencia is megvalósul - az egész állam jurisztokratikus állammá formálása milyen fokban ment végbe. Ehhez csatlakozik a következő kérdés, hogy az alkotmánybírói mint intézmény strukturális felépítése és döntési folyamatainak jellemzői mennyiben tették lehetővé, hozták létre az alkotmányozó hatalom elbirtoklását, és *pszeudo-alkotmányként* ennek az írott

²⁶ Habermastól eltérő elméleti megalapozással az ilyen „morális bíró”-kép megformálásához lásd Gerald Postema írását: *Moral Responsibility in Professional Ethics* New York University Law Review. (Vol 55.) 1980. 63-89.p.

alkotmány helyére állítását. Következő kérdés már túlmegy a szűken vett alkotmánybíráskodáson, és az egész bírói kar vonatkozásában arra irányul, hogy milyen fokban ment végbe Magyarországon az eddigiekben a törvényhez kötött bírói jogértelmezés helyett az objektív-teleológiai jogértelmezés uralomra jutása. Vizsgálandó kérdés továbbá a jog szabályszerű és dogmatikai rendszerezése helyére lépő tetszőlegesebb normatívák - generálklauzulák, alkotmányi deklarációk és értékek, illetve normatíván üres jogelvek - szerepe a hazai bírói döntésekben. Ugyanígy vizsgálandó a perlési politizálás megvalósulásának foka nálunk, ahogy végül mindezek moráleméleti támaszainak elterjedése is hozzájárulhat a jurisztokratikus állam tényleges megvalósulásához Magyarországon. Mindezek a kérdések egyenként is csak tanulmány szintű feldolgozással tisztázhatók, de kiindulópontként néhány választ röviden már fel lehet mutatni.

A hazai alkotmánybíróság hatalmi szempontból az alaptörvényi és az alkotmánybírói törvényi (Abtv.) szabályozás szintjén a világ alkotmánybírói között erős hatáskörű szervnek minősíthető. Az új Alaptörvényben 2012-től megkapta a közvetlen törvénykontroll mellett a bírói döntések megsemmisítésének a jogosítványát is, és az alkotmánybírói törvény rendelkezései alapján a bírói döntések ellen benyújtott alkotmányjogi panaszok kapcsán bármikor áttérhet az alapul fekvő törvényi rendelkezések megsemmisítésére is, és szoros összefüggésre hivatkozva akár az egész jogszabályt is bevonhatja ellenőrzés és megsemmisítés alá.²⁷ De ha nem kívánja megsemmisíteni az ellenőrzés alá vont törvényi rendelkezést, tartalmilag meg is változtathatja azt azzal, hogy alkotmányos követelményt illeszt hozzá, és ezután a bírák csak így használhatják az adott törvényi vagy más jogszabályi rendelkezést.²⁸ A törvények tartalmi formálására rendelkezésre áll még az alkotmánybírói törvény által felhatalmazva az is, hogy mulasztást állapíthat meg egy törvényi szabályozás kapcsán, és tartalmilag előírhatja, hogy milyen szabályozást fog alkotmányosnak elfogadni, és így tartalmilag is meghatározhatja a törvényhozó mulasztást betöltő jogalkotását.²⁹ Másik irányban az alkotmánybírói testület hatalmi jogállásának korlátját jelenti, hogy formális szabályozás szintjén - az adó és pénzügyi szabályok ellenőrzése alóli kivételén túl - az alkotmányozó hatalomba belefolyását és átvételét is igyekeztek megakadályozni, és egy alaptörvényi szabállyal az alaptörvény-módosítás feletti érdemi ellenőrzését kifejezetten megtiltották. Az alaptörvény-módosítást csak Alaptörvényben lefektetett eljárási szabályok megfeleltetése tekintetében tették lehetővé számára.³⁰ (Tanulva abból, hogy ahol ilyen tiltás nincs - vagyis ezt szabályozatlanul hagyták - ott a testületi többség ösztönözhető érezheti magát arra, hogy a teljes alkotmánymódosításokat is ellenőrzés alá vonja - mint ahogy e szabályozás előtt tényleg volt ilyen törekvés a hazai testületi többség részéről is.)

Az alkotmánybíróság kiemelkedő államhatalmi helyzete és a jurisztokratikus kormányforma közjogi helyzetét illetően egyértelműen meg lehet állapítani, hogy a szabályozás szintjén erős nálunk a jurisztokratikus kormányforma pozíciója, és a törvényhozási többség parlamentarizmusa nagymértékben félparlamentáris jogállásra van visszaszorítva. Mind a négy felsorolt dimenzióban nagyfokú hatalmi primátust élvez az alkotmánybírói testület: mind az Alaptörvény, mind az alkotmánybírói törvény csak kétharmados többséggel érinthető, és amíg ilyen kormánytöbbség nincs, addig az alkotmánybíráknak az alkotmányhoz hozzáférésben monopóliumuk van; az alaptörvényi általános formulák és deklarációk a legtagabb szabadságot adják a tetszőleges törvény-megsemmisítésre; a másik aspektust szemügyre véve, a törvényt megsemmisítési jogosítványuk aktiválásának gyorsasága ugyan csökkent az új Alaptörvény óta - a korábbi populáris akció adta legszélesebb aktiválási sebesség elvétele miatt -, de az alkotmányjogi panasz kapcsán a könnyű áttérés lehetősége az alapul fekvő törvény megsemmisítésére még mindig gyors aktiválási sebességet enged meg, vagy említeni lehet ugyanerre a hivatalból való vizsgálódás bármikori lehetőségét, ha az alkotmánybírói testület nemzetközi jogba ütközést megállapítva akar megsemmisíteni egy törvényi

²⁷ Lásd az Abtv. 28.§. (1) bekezdését.

²⁸ Lásd az Abtv. 46.§ (3) bekezdését.

²⁹ Lásd az Abtv. 46.§ (1) - (2) bekezdéseit.

³⁰ Lásd az Alaptörvény 24. cikkének (5) – (6) bekezdéseit.

rendelkezést, de ugyanígy említeni lehet itt, hogy az ellenzék is aktiválni tudja ezt a törvénymegsemmisítési jogosítványt, ha ötvenen összeállnak az éppen elfogadott törvény megtámadására. Végül utolsó aspektusként a hazai jurisztokratikus kormányforma erejének felbecslésére ki kell emelni, hogy az alkotmánybírák tizenkétéves megbízatása elég hosszú idő ahhoz, hogy három parlamenti ciklus többségét is ellenőrizni tudja az adott alkotmánybírói többség.

A következő vizsgálandó kérdés az írott alkotmányt háttérbe szorító pszeudo-alkotmány kialakulása Magyarországon, és itt könnyű helyzetben van az elemző, mivel az első alkotmánybírási elnök e téren a legnyíltabban mint az alkotmánybírák elsőrendű feladatát meg is fogalmazta ezt.³¹ Az alkotmánybírák döntései során létrejövő és az ezekben megtestesülő „láthatatlan alkotmány” mint az írott alkotmány felett álló igazi alkotmány tézise az alkotmányozó hatalom nyílt elvétételét jelenti az adott ország sokmilliós közösségétől, és így ezt ilyen nyíltan mint a haza alkotmánybírák sehol nem mondák ki. Ténylegesen azonban ez már a németeknél elkezdődött az 1950-es évek végétől, és az absztrakt alkotmányi formulák, deklarációk és rendelkezések konkretizálása közben nélkülözhetetlen alkotmánybírási precedensjog felhasználása elment náluk is olyan irányba, hogy ez vált a későbbiekben az alkotmányellenessé minősítések legfőbb alapjává. Ennek évén az írott alkotmány rendelkezéseit jórészt csak formális megemlíti, de a tényleges érvelések döntően az alkotmánybírási precedensjogon nyugszanak. Az első magyar alkotmánybírási elnök e módszer alapját ismerte fel rögtön a nálunk soha nem létezett és nem is igazán ismert alkotmánybíráskodás megindulásánál, és mondta ki nyíltan a láthatatlan alkotmány primátusát az írott alkotmány felett. (Hadd tegyem hozzá zárójelben a sejtésemet, hogy ez a nyíltság csak a beívódott demokratikus hagyományok alapvető hiánya miatt volt nálunk lehetséges!) A láthatatlan alkotmányon alapuló döntési módszer aztán olyan erőssé vált a '90-es évek eleje óta kialakult hazai alkotmánybírási döntési gyakorlatban, hogy hiába léptettek hatályba új Alaptörvényt 2012-től, a mélyen beívódott döntési rutin kötőereje miatt a testületi többség (és különösen a döntési tervezeteket ténylegesen kialakító törzskari apparátusok) képtelenek voltak megszabadulni a régi Abh.-k (alkotmánybírási precedensek) meghatározó erejétől. Csak annyit kell még kitekintően jelezni, hogy a felmérések szerint ez a németeket követő – és a magyar módra őket még túl is szárnyaló – pszeudo-alkotmány szerinti döntési gyakorlat Európában leginkább a spanyoloknál és Litvániában jött még létre, míg például a horvátoknál, a szlovénoknál vagy a cseheknek ilyen erős elszakadás az írott alkotmánytól nem volt megállapítható.³²

A bírói kar törvényhez kötöttségét lazító objektív-teleológiai értelmezés elterjedését illetően még nem állapítható meg a jurisztokratikus állam felé elmozdulás. A bírák többsége úgy tűnik, hogy megmaradt még az eddigiekben a törvényhozó akarata-szándéka szerinti, bevett jogértelmezésnél. Az Alaptörvény 28. cikkének idevágó értelmezése, mely a jogszabályok céljával összhangban való értelmezést tesz kötelezővé a bírák felé, még nem kapott egyértelmű irányt, és ez éppúgy elmehet a bevett, szubjektív értelmezés megtartása felé, mint ahogy egy erős váltással az objektív-teleológiai értelmezés alapjává is válhat.

A szabálypontosságú joganyag helyére generálklauzulák, az absztrakt jogelvek, alapjogok és alaptörvényi értékek elterjedése azonban már megindult az elmúlt években. Több kódexjellegű törvényben az első fejezetben összefoglalták a kódex szabályai feletti általános elveket, és kötelezőnek deklarálták a részletes szabályok alkalmazása közben. (Például ez történt a polgári perrendtartás '90-es évek végi nagy módosításakor, és az akkori civilisztikai államtitkár erősen preferálta ezt a törvényszerkesztési módszert.) Ma pedig az ebbe az irányba tolódást ösztökéli az említett alaptörvényi 28. cikk, amely a jogszabályok célja mellett még az Alaptörvény alkotmányi értékdeklarációival, alapjogaival és alkotmányos alapelveivel való összhangban való értelmezést előírva nagymértékben lehetőséget ad a törvény szabálypontosságú rendelkezéseitől való

³¹ Lásd Sólyom Lászlónak a „láthatatlan alkotmány” tézisének megfogalmazó párhuzamos indoklását a 23/1990 (X. 31.) AB határozatban.

³² Lásd ehhez az e tárgyú felmérésemet, Pokol Béla: Alkotmánybírási döntési stílusok Európában. Jogelméleti Szemle 2015/3. szám.

elszakadásra. Ma azonban ez még csak nyitott lehetőség, és nem lehet tudni, hogy ebben a dimenzióban milyen fokban megy végbe a jurisztokratikus állam felé eltolódás.

A perlési politizálással a parlamenti törvényhozási küzdelmeknek a bírói tárgyalótermekben áttolódása eddig még csak kismértékben indult meg nálunk. Amerikai szellemi impulzusokra és különösen a Soros-Alapítvány-hálózatok (Open Society, Helsinki Bizottság stb.) finanszírozása és szervezése keretében a '90-es évek elejétől voltak ugyan ebbe az irányba mozgások, és az így létrehozott jogvédő szervek, egyetemi oktatói hálózatok egyes bírósági körökkel való összefonása is megtörtént egy fokig, de a perlési politizálás csak nyomokban és időszakonként volt megfigyelhető Magyarországon. Mindazonáltal az alkotmányjogi panaszok egy részénél ez a motívum munkál ma is nálunk, és a formálisan egyéni panaszként beadott indítványok mögött ténylegesen ilyen perlési polizálásra szakosodott szervezetek állnak.³³

Végül áttérve a jurisztokratikus állam morális megalapozására, a közmorál háttérbe szorítására a szellemi nyilvánosság érveléseiben, azt mondhatjuk, hogy erre voltak törekvések az elmúlt években az egyes nagyobb napilapok kulturális mellékleteiben, vagy a balliberális oldalon lévő hetilapok hasábjain. Ez azonban csak a legszűkebb balliberális értelmiségi körre tett igazán hatást, és a szélesebb értelmiségi köröktől is távol állnak az ilyen elvont szellemi érvelések. Ezzel szemben az emberjogi ideológiában összefont jogi-morális érvek súlykolásai inkább hatottak megítélésem szerint szélesebb szellemi körökben is. A jurisztokratikus állam felé eltolódást azonban kevésbé ez tudja morálisan megalapozni nálunk - véleményem szerint -, hanem az, hogy tömegesebb hit soha nem volt a demokráciában a politikailag aktívabb és tudatosabb társadalmi rétegekben.

³³ Például említeni lehet itt a Társaság a Szabadságjogokért, vagy az átlátszó.hu portál szervezetét.