

Alkotmányszöveg és értelmező precedens az alkotmánybíráskodásban

Ebben az írásban azt szeretném körbejárni, hogy mit jelent az alkotmánybíróság precedensbírói jellege, hogyan áll az egyes alkotmánybírák mérlegelési szabadsága az alkotmányszöveget illetően - melynek védelmére felesküsznek hivatalba lépésük pillanatában -, és mi a viszony a döntéseik meghatározásánál az alkotmányszöveg és az eseti döntéseik kapcsán létrehozott precedensek között. E kérdésekben nem található a hazai tudományos irodalomban vizsgálódások, és úgy tűnik, hogy ez kisebb mértékben általában is igaz az európai alkotmánybíróságokat illető külföldi irodalomra is, noha a németeknél elszórtan már voltak kezdeményezések erre. Az Egyesült Államok legfőbb bírói fórumát illetően azonban ez már óriási tömegű vizsgálódást és irodalmat hozott létre, így ebből már ki lehet indulni a következőkben, felhasználva a szórványos német vizsgálódásokat is. Ezek kiegészítéseként pedig ahol tudom, ott majd saját alkotmánybírói tapasztataimat is igyekszem hasznosítani, mert ha tudatosan nem is történt meg az eddigiekben itthon az alkotmánybírói döntési folyamatok precedenskövetésének és az itt felmerülő egyes aspektusoknak a vizsgálata, de a teljes ülési vitákban nyomokban ezek azért felmerülnek.

I. Egy előzetes distinkció

Az alkotmányszövegen túl, az ezt értelmező precedensdöntés kötelező erejének vizsgálatánál már a kiindulópontban tisztázni kell egy alapvető különbséget a vertikális kötelezőerő és a horizontális kötelező erő között. A vertikális irány az alárendelt bíróságok felé kötelezést jelenti, míg a horizontális irány a döntést meghozó bíróság saját kööttségét az előző döntéseivel. A vertikális irányú kötelező erő evidenciaként létezik, hisz az alsóbíróságok döntése ellen a fellebbezés, a felülvizsgálat felviszi az alsó szintű döntést a legfelső szintre, és akkor úgyis az lesz az irányadó, így a strukturális kényszerek egy idő után bírói etikai előírassá válnak, és még a felső szintű döntéssel szembenálló bírót is a követésre utasítják.² Ezzel szemben a legfelső bírósági szinten a döntésekkel szemben már nem áll fenn ez a szintű kötelező erő, és itt már lazább a kööttség. Ugyanis itt egyszerűen hiányzik az a felső szankció, amely odakötné a későbbi bírót a korábbi legfelső szintű bírói döntésekhez, amennyiben a többség már nem ért egyet azzal. Annyi persze fennmarad, hogy a jogbiztonság és az alsóbb szintű bíróságok döntési zavarainak elkerülése miatt a bírói többség kitartson a vonatkozó régi döntéseik mellett, és ha megváltozik is e többség - és az új többség már eltérne ezektől -, akkor valamilyen érveléssel hozzanak fel az eltérésre, de az eltérés lehetősége mindig nyitott marad horizontális szinten. Még ha sokszor az eltérés és a felülbírálat nem is nyíltan megy végbe, hanem inkább a *distinguishing* (megkülönböztetés) technikája révén, mely az eredeti, szélesebben megfogalmazott normatív döntési alapot beszűkíti, és lépésről lépésre új és új

¹ Alkotmánybíró; egyetemi tanár (ELTE ÁJK, SZTE ÁJK)

² Az USA-ban az alkotmányszöveg és a precedensdöntés közötti viszonyt elemző konferencián 1988-ban idézte Lea Brilmayer Richard Posner, szövetségi fellebbezési bíró írását egy korábbi Supreme Court döntésről, hogy ez a legidősebb döntés, amit ő valaha is látott, de természetesen mint bíró ő is alkalmazza ezt: „One of those was actually alluded to this morning by Judge Posner when he discussing the now famous Enlow-Ettelson doctrine. Posner prefaced his remark, after he said this is the most moronic doctrine that he had ever seen, with the statement that he had, of course, applied it, Now why of course did he applied it? Well, I think that part of what he has saying was that as an appellate judge subject to Supreme Court review, he felt that this was an additional reason for applying the doctrine.” (Lea Brilmayer, *The Conflict between Text and Precedent in Constitutional Adjudication*, Cornell Law Review (Vol. 73) 1988 Issue 2, 421.p.)

esetcsoportokat vesz ki alóla, míg végül eljelentékteleníti teljesen a régi precedenst. De még ezen túl is, az egyes, individuális legfelsőbb bírák konzekvensen elvethetik azokat a döntéseket, amelyekkel nem értenek egyet, és egyáltalán nem kell ezt számukra kötelező precedensnek tekinteni. Noha tisztában vannak azzal, hogy a bírósági többség annak tekinti, és az lesz a bíróság autoritatív döntése az alsóbb szintű bírák részére, és számukra csak az marad, hogy különvéleményben fejtsék ki szembenállásukat. Erre kitűnő példa volt az 1980-as években a két liberális bíró – Brennan és Marshall – pozíciója, akik szemben állva az új bírói többség halálbüntetést ismét alkotmányossá nyilvánító álláspontjával kitartottak ennek alkotmányellenessége mellett, és kötelező precedensként ezt saját maguk számára el nem ismerve, konzekvensen ellene szavaztak, ha ez felmerült: „First, with regard to the horizontal reach of precedent, and we are talking about constitutional precedent, I remind you that both Justice Brennan and Marshall have noted in every death penalty case that they view the death penalty unconstitutional; that is an automatic two votes for a stay in every death penalty case. Of course, the Court has „authoritatively” spoken on that basic issue. Nonetheless, their vote is, and it is the same each time, that in all circumstances, the death penalty is unconstitutional. That signals two Justices’ view of the Court’s own precedent. Of course, they are not disregarding the controlling force of the majority vote; rather they are repeating their continuing view that the issue is not settled”.³

A következőkben csak a horizontális irányú precedensköttőség kérdéseiről lesz szó, és az egyszerűség kedvéért már nem teszem hozzá a „horizontális” jelzőt, és ezt a témát is az USA-ban csak a legfelsőbb bíróság, illetve Európában a külön alkotmánybíróság miatt ennek alkotmányszöveg-értelmező precedenseihez köttősége vonatkozásában vizsgálom.

II. A precedensköttőség fokozatai

Horizontális szinten a két véglet a teljes precedenstagadók és a másik oldalról a precedensek teljes felülbíráhatatlanságának álláspontja lehet, és az Egyesült Államokban egyikre sincs példa, de a lehetőségek felmutatásának teljessége kedvéért az elemzések állandóan hangsúlyozzák az utóbbit illetően, hogy Nagy Britanniában 1966-ig a Lordok Háza a legerősebb precedensköttőséget vallva nem tartotta felülbíráhatónak önmaga által sem a korábbi döntéseinek normatív iránymutatásait. El lehet fogadni azt az elemzést, mely a precedensköttőség három fokozatába osztja be az egyes megközelítéseket.⁴

1) A legenyhébb köttőséget vallók azok, akik eleve csak akkor engedik meg precedens telepítését egy-egy alkotmányi rendelkezés mellé, ha az nyitottságot tartalmaz, és ekkor is, ha egy precedens az alkotmányszöveggel vagy az annak értelmére az alkotmányozók írsaiban található jelentésadással kicsit is ütközik, akkor annak elvetését tartják szükségesnek: „In the first major category are those who challenge the doctrine of precedent either across the board or over a very wide field. Perhaps the boldest broadside is that of Gary Lawson, who argued vigorously and eloquently that no matter what one’s theory of interpretation of the federal Constitution (...), the written Constitution must prevail in the event of a conflict with any action by any branch of government, including the Judiciary. To follow a precedent in one direction when the Constitution itself leads to a different outcome, he contended, is to violate the very Constitution the Court is purporting to interpret.”⁵ Van olyan szerző is e csoporton belül, aki arra

³ Lásd Patrick Higginbotham, szövetségi fellebbezési bíró álláspontját: Michael Kinsley, *Discussion: The Conflict between Text and Precedent in Constitutional Adjudication*, Cornell Law Review (Vol. 73) 1988 Issue 2, 443. p.

⁴ Lásd David L. Shapiro, *The Role of Precedent in Constitutional Adjudication: An Introspection*, Texas Law Review (Vol. 86) 2008, No. 5. 931–937. p.

⁵ Shapiro, supra note 3, 932.

téve a hangsúlyt, hogy mivel csak ahol szükség van az alkotmányi szöveg nyitottsága miatt az értelmező precedensre, csak ott van funkciója, így a tiszta értelemmel bíró alkotmányi rendelkezés esetén egy alkotmánybírói döntés nem is rendelkezik semmilyen kötőerővel, ettől eltérhet még a törvényhozó is. Az ilyen döntés ugyanis, még ha valamilyen normatív tartalmat hozzá is tesz a nyilvánvaló szöveghez az alkotmánybíró, nem más mint e szerv saját alkotmánypolitikai hitvallása, és ez egyáltalán nem áll a törvényhozó hasonlóan politikai hitvallása felett: „Some scholars espouse variations of this approach. Randy Barnett argues that the Court’s interpretation of the Constitution are sometimes permissible as precedent, though not required. (...) And Michael Paulsen, clearly no fan of the doctrine of precedent when it comes to the issues addressed here, argues that because the doctrine is not constitutionally required, and indeed is recognized by the Court itself as only matter of judicial policy (and not a very good one), Congress may (should?) mandate its rejection, either in general or in a particular subject-matter area.”⁶

E legszűkebb precedenskötttséget vallók tehát egyrészt csak nyitottságot tartalmazó alkotmányi rendelkezés mellé engedik meg alkotmánybírói precedensdöntés telepítését, és ha nem ilyen jellegű precedensdöntésről van szó, akkor attól még a törvényhozó eltérését is lehetők tartják, nem is beszélve magáról az alkotmánybírósról. Másrészt, ha tényleg szükség volt egy alkotmányi rendelkezés mellé a nyitottság miatt precedensdöntés telepítésére, akkor ez arra alapozva is felülbíráható, hogy az alkotmányszöveg eredeti értelme egy új döntéssel pontosabban megadható. Végül álljon itt e pozíció felmutatására Felix Frankfurternek, az amerikai legfőbb bírói fórum nagy hatású bírójának egy 1939-es párhuzamos indokolása egy döntésük mellett, melyben leszögezi, hogy bármilyen precedensdöntést is hoztak korábban egy kérdést illetően, abban mindig magának az alkotmány szövegének lesz döntő szava a jövőben is: „The ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself and not what we have said about it.”⁷

2) A második csoportba az erősebb precedenskötttséget vallók tartoznak, és itt az előzőkhöz képest az a vízvonal, hogy nem tartják elégségesnek önmagában azt a precedens felülbírlásához, hogy az rossz abban az értelemben, hogy az az értelmezett alkotmányi szöveg nyilvánvaló jelentésétől eltért – módosította, kiegészítette a máskülönben nyilvánvaló szöveget -, hanem ehhez még azt is szükségesnek tartják, hogy a felülbírlás ne okozzon jogbizonytalanságot, vagy egyéb károkat az országban. Egy más megfogalmazás ezt a pluszt úgy fogalmazza meg, hogy ha egy nyilvánvaló értelemről eltérő precedens már hosszabb ideig létezik, és a társadalom egésze már hallgatólagos belenyugvással elfogadta azt, akkor ez akadály lehet már a precedens felülbírlásához. Ám ha nem egyszerűen eltér az alkotmányi rendelkezés nyilvánvaló értelmétől, és kiegészíti azt, hanem meg is sérti ezt az értelmet, akkor e csoportba tartozók álláspontja esetén is kötelező a precedens elvetése és felülbírlása: „Among the scholars who would generally (but not always) insist that the correct reading of the Constitution trumps precedent are Charles Cooper who would allow the doctrine of precedent to protect an „erroneous” decision only when the country would clearly be damaged by overruling the precedent, and Steven Calabresi, who would support reliance on an erroneous interpretation where the precedent cases have been firmly established because of „the acquiescence of the people and the Sates.”⁸

3) Végül a leginkább amerikai precedensbarátok azok, akik magát a jog common law koncepcióját fogadják el - az írott alkotmány ellenére is -, és azt vallják, hogy az emberi értelem az írott jogi dokumentumok létrehozásánál nem éri el azt a szintet, amit a folyamatos döntések kollektív bölcsessége tud létrehozni lépésről-lépésre, és ez a bölcsesség az alkotmányértelmező

⁶ Shapiro, supra note 3, 933.

⁷ Lásd *Graves v. New York ex rel. O’Keefe*, 306 U.S. 466, 491-92 (1939) (Frankfurter, J., concurring).

⁸ Shapiro, supra note 3, 934.

precedensekben van, melyek így magasabb rendűek, mint maga a tökéletlen, írott alkotmányi rendelkezések szövege. Ennek a csoportnak az elnevezésére a *common law konstitucionalizmust* lehet alkalmazni, de van, aki e csoportban magát Edmund Burke tanaival azonosítva „burkeánus” precedenshívőnek vallja magát. Itt egy alkotmányi precedens felülbíráását csak akkor látják elfogadhatónak, ha nemcsak rossz a precedens az írott alkotmányi szöveg értelme szempontjából, de ez egyben szemben áll a mai kor igazságossági felfogásával is, vagy más szerzőknél a jog egészének koherenciáját nagymértékben károsítja. Ha azonban e tágan megfogalmazott mértéket a precedens problémássága nem éri el, akkor az felülbíráhatatlannak minősül: „The clearest example of this category are those who see the precedent as playing a vital role in the evolution of the constitutional doctrine - scholars who have come to be considered, and by and large consider themselves, not as originalists but as „common law” constitutionalists. (...) They express support for his scepticism about human rationality, his belief in the limitations of every individual and his sense that these limitations justify recognition that the collective experience embodied in our traditions (which for the lawyers and judges includes our developing case law) does and should act as a constraint, but not an insuperable barrier, to incremental change.”⁹ Ez a szkepticizmus tehát ösztönöz egyrészt a régi alkotmányozók írott értelméhez kötődés elvetéséhez, másrészt a precedensek felülbíráását akaró bírák szűk lehetőségének kimondására. Ennek kritikájára azonban hasznos felidézni, hogy az alkotmánybíráskodás eszméjét megalapozó 1803-as *Marbury v. Madison* döntés kapcsán azzal igazolták a legfelsőbb bírák a törvények feletti alkotmányos kontroll bevezetését, hogy egy olyan dokumentum védelme követeli ezt meg, melyet az egyszerű törvények elfogadásánál magasabb konszenzus hozott létre, és az alkotmánybíráskodás ezt a magasabb szintű konszenzus eredményét védi, amikor az írott alkotmányt törvények felé emeli. Az alkotmánybíráskodásnak az a felfogása tehát, mely aztán ezt a bírák értelmező precedensei alá rendeli, így magát az alkotmánybíráskodás eszméje alól szedi fel a síneket.¹⁰

II.1. Egy kitekintés: a liberális/konzervatív értelmezési csavar

Az alkotmánybírák, vagy az Egyesült Államokban az alkotmányértelmező döntéseket hozó legfőbb bírói fórum bírái előzetes politikai érték-megnyilvánulásaik alapján kerülnek posztjukra – a formai kellékek teljesítésén túl -, és ez a politikai értékvilágok valamelyikébe sorolja be több-kevesebb határozottsággal az egyes bírókat. A mai európai helyzetben ez a baloldali versus jobboldali értékek szerinti tagoltságot jelent, némileg hasonlóan ugyanezt az amerikaiaknál a liberális/konzervatív értékek szerinti tagolás jelenti. Az Egyesült Államokban különösen jellemző volt az elmúlt évszázadban, hogy egy-egy korszakban liberális-baloldali többség, máskor konzervatív-jobboldali többség hozta meg az alkotmányértelmező precedenseket, és ezután évtizedekig ezek jelentették az alkotmány értelmét, hogy azután a bírói többség átbillenésével évtizedekre a másik politikai értéktábor kezdje lerakni a korábbival szembenálló alkotmányértelmező precedenseket. Így az 1900-as évek elején az 1905-ös híres *Lochner*-döntéssel fémjelzett korszakban a konzervatív precedensek domináltak, majd 1937-től a konzervatív többség megtörése után a New Deal-demokratái darálták fel a korábbi konzervatív precedenseket, és alakították ki a progresszív-demokraták precedensvilágát, hogy egy félfordulattal az 1954-es *Brown* döntés után, főként az 1960-as évektől a mai értelemben vett liberális/balliberális bírói többség még inkább a konzervatívokkal szembenálló irányokba vigye

⁹ Shapiro, supra note 3, 935.

¹⁰ Lásd ehhez: „Professor Lawson justifies his support for originalism by reference to the implicit lesson of *Marbury v. Madison*, that judicial review of enacted legislation is authorized only because the Constitution itself is hierarchically superior to all other claimed sources of law. (...) a judge who believes that the Constitution’s original meaning dictates a certain result may never depart from that for reasons of stare decisis.” Randy J. Kozel, *Settled Versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent*, Texas Law Review 2013 (Vol. 91.) 1868.p.

el az alkotmány értelmét adó precedenseket; amire válaszul Reagan elnök - aki már elnöki kampányában a középpontba állította a balliberális irányultságú szövetségi felsőbbbírói kar lecserélését - a kiesések révén át tudta billenteni a kinevezéseivel a szövetségi legfőbb bírói fórum többségét konzervatív irányba, amivel aztán az 1980-as évek közepétől egy radikális újra értelmezés indult be az alkotmány egyes rendelkezéseinek értelmét illetően, elsöpörve a régi precedensek nagy részét; majd a 2010-es évekre már a liberális demokrata elnöki adminisztráció szelektálása révén ismét átbillenés előtt áll napjainkra egy-egy döntésénél az új többség, és ekkor liberális irány jöhet létre.¹¹

Ez a korszakonkénti átfordulás érdekes következményekkel jár az egyes bírák precedensköttetéshez való viszonyában. Amíg a korábbi értékvilág szerinti precedensek eltakarításának időszaka tart, addig az új értékek mellett álló bírák a legnagyobb ellenségei a *stare decisis*, a régi döntések primátusának és az erős precedensköttetésnek; míg a régi politikai értékeket valló, múltból itt maradt bírák felháborodottan és keserűen állapítják meg, hogy vége a nagy hagyományú amerikai tradícióknak, a precedenskövetés hűségének, még ha esetleg fiatalabb bíró korukban épp maguk voltak az élharcosai az eggyel korábbi korszakból ottmaradt precedensek habozás nélküli elvetésének. Mivel az utóbbi elmúlt harminc évben jórészt a Supreme Court konzervatív többsége dominált a korábbi liberális precedensek felülbírálásában, a jellemző helyzet az volt, hogy a liberális bírók mint a konzervatív Edmund Burke hívei léptek fel a kis lépésekkel változtatás követelésével a liberális precedensek megtartása érdekében, és a tartalmilag konzervatív bírák forradalmárként felégetni akarták mind gyorsabban a régi, liberális precedenseket. Nem nélkülözte így sokszor az iróniát, amikor az amerikai liberális tábor kedvencei burkeánus konzervatív kioktatásban részesítették ekkor a magukat konzervatívnak tartó bírakat a precedensköttetés fontosságáról: „Isn't it amusing that liberal, who only recently have perceived the profound value of „stability of law” have taken to lecturing conservatives on what it takes to be true conservative? Listen to Sidney Blumenthal, a Washington Post writer who fancies himself as an expert on conservatives. (...) My favorite author on true conservatism, though, is Professor Alan Dershowitz of Harvard Law School. As he explained during 1984 presidential campaign, „truly conservative justices (...) will abide by the notion of the stare decisis (...) and they will not move in to simply count the votes and try to overrule a prior decision.”¹² Ha pedig az utóbbi években már elkezdődött átfordulás a tisztább liberális többségre megtörténik, és megindul az elmúlt évtizedek konzervatív precedenseinek forradalmi hevületű eltávolítása, feltehetően egy idő után a bírák között kisebbségbe szorulva megmaradt konzervatívok lesznek a precedensköttetés nagyobb barátai, keserű szavakkal illetve a precedensek „könnyelmű” eltávolításának új bírói többségét. A precedensköttetés három erősségű fokozatában való állásfoglalásnál erről sem szavad elfeledkezni.

III. Az egyes precedensekben rejlő okok a kötelező erő eltérő fokozataira

A három fő csoportra bontás a precedensek kötőerejét illetően általában mutatta az álláspontokat, de egy sor további distinkció az egyes precedensek, illetve a precedensek különböző csoportjai között is lehetővé teszi eltérő kötelező erő megállapítását. Nézzünk meg ezekből három lehetőséget.

¹¹ A liberális/konzervatív fordulatok egymásutánosságára lásd Charles J. Cooper, *Stare Decisis: Precedent and Principle in Constitutional Adjudication*, Cornell Law Review (Vol. 73) 1988 Issue 2, 401. p.

¹² Cooper, supra note 10, 401. p. Érdemes idézni még itt Michael J. Gerhardt megállapítását a liberális és a konzervatív szerzők kölcsönösen szelektív kritikáiról, amikor mindig csak a szembenálló bírói többségnél fedezik fel a kívánatos precedensköttetés megsértését: „For example, conservatives criticize the Warren Court's disregard for precedents, but not the Rehnquist Court's assault on liberal precedents. Likewise, liberals denounce the Rehnquist Court's attacks on their icons, but not the Warren and the Burger Courts' overruling of conservatives precedents.” Michael J. Gerhardt, *The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory*, The George Washington Law Review (Vol, 60.) 1991, 72. p.

III.1. A precedensdöntés alkotmányszöveghez közelsége/távolsága

A precedensek az értelmezett szövegből indulnak ki, és a különböző nyitottságú-általánosságú szövegek eltérő távolságot kínálnak fel az értelmező számára, ebből eredően a nagyon általános jelentés esetén az értelmezőnek nagyobb szabadsága van az értelmezésre. Ám így a nagyobb szabadság az értelmező számára az általa kiválasztott és precedensdöntésében lefektetett álláspont mellett a hasonlóan legitim alternatív értelmezéseket valószínűsíti, és ez csökkenti az ilyen szövegtől távoli precedensek kötelezőerejét horizontális szinten a későbbi alkotmánybírák számára. (Csak emlékeztetek, hogy vertikálisan természetes minden alkotmánybírói döntés kötelező, így itt nincs semmilyen különbség e téren!) Ez a helyzet kényszeríti ki azt az álláspontot, hogy egy alkotmányértelmező precedens kötőereje a későbbi alkotmánybírói többség felé attól függ, hogy milyen fokban kötődött ez az alkotmányi szövegben lefektetett tiszta jelentéshez, vagy ezzel szemben milyen fokban csak általános elvekből, deklarációkból levezetést jelent, mellyel szemben szinte éppolyan jogosan alternatív jelentések is levezethetők, és ezért az ilyen *tetszőlegesebb precedensdöntésnek* csak csekélyebb kötőereje van horizontálisan, mint az alkotmányszöveghez közelebbi értelmező precedensnek. Az amerikai értelmező gyakorlatot alapul véve – azt fogalmi szintre emelve - ezt az distinkciót először Stephen R. Munzer és James W. Nickel fejtették ki 1977-es tanulmányukban, majd e felfogás lényegét a cikk megjelenése után évekkel később Michael J. Gerhardt így összegezte: „suggesting that the authority of a precedent turns solely on the degree to which it can be linked to the constitutional text.”¹³

Az európai alkotmánybírók esetén az alkotmányszövegtől eltávolodó precedensdöntések problémája sokkal erősebben jelentkezik, mint az az Egyesült Államokban lehetséges, mert itt a mintát az alkotmánybíráskodás elterjedésénél a német alkotmánybírók adta a legtöbb esetben, és ez a minta már a kezdetektől a legerőteljesebb szövegtől elszakadást valószínűsített meg. Az amerikaiaktól eltérően ugyanis a német alkotmány az alkotmányos alapjogok közé két olyan deklarációt is beillesztett, melyek absztraktsága messze meghaladja a hagyományos szabadságjogokét, és jórészt inkább az üres formulákhoz közelítenek, minden nemes hangzásuk ellenére. Egyik ilyen a *személyiség mindenoldalú kiterjesztéséhez való jog*, a másik az *emberi méltóság sérthetlensége*, még ha az utóbbi a megalázástól és megaláztatástól való védettség értelmében pontosabb kontúrokkal is ellátható. A német alkotmánybírók azonban kihasználva az absztraktság nyújtotta lehetőségeket, értelmezés címén teljesen elszakadt az alkotmányszövegtől, és deklaráta, hogy a kettőt összevonva ő ezt úgy fogja érteni, hogy ez az 'általános cselekvési szabadság' jogát jelenti, amiből mint „anyajogból” majd további alapjogokat fog a jövőben kiolvasztani. Ez a szövegtől elszakadás már semmilyen tényleges értelmezést nem jelent, és ez nem alkotmányértelmező precedens, hanem az alkotmányozó hatalom átvétele. Látni kell, hogy ennek érvényesítése, a többi állami-politikai szereplővel való elfogadtatása szociológiailag csak úgy volt lehetséges, hogy a náci Németország világháborús legyőzése és az ország amerikai megszállása után a megszállók vezetésével végrehajtott alkotmányozás egyik fő célja arra irányult, hogy a Hitlert egyszer már hatalomra segítő parlamenti választások ellenőrzés nélkül ne ismétlődhessenek meg, és a tömeges politikai mozgások ellenőrzését épp az alkotmánybírók egyik funkciójaként intézményesítették. Ez az alaphelyzet volt az, amelyben az amúgy is nagyhatalmú jogosítványokkal ellátott alkotmánybírók számára lehetővé vált, hogy az állami-politikai élet többi szereplőjével szembeni védett pozícióban alkotmányértelmezés címén átvegye az alkotmányozó hatalom nagy részét. Ha Munzer és Nickel kiindulópontját a szem elé tartjuk, akkor ezek az alkotmánybírói döntések az alkotmányszövegtől való legnagyobb elszakadás

¹³ Lásd Stephen R. Munzer & James W. Nickel, *Does the Constitution Mean What It Always Meant?*, Columbia Law Review (Vol. 77.) 1977, 1929-1963.p.; illetve Michael J. Gerhardt, supra note 11, 74. p.

miatt csak a precedens-kötőerő minimumával rendelkezhetnek, és az ebből kiolvasztott további 'alapjogok' pedig már semmilyen összefüggést nem mutatva az alkotmányszöveggel lényegében precedenserő nélkülieknek minősíthetők.

Az 1980-as évektől létrejövő portugál és spanyol alkotmánybíróság, de különösen a szovjet birodalom 1989-es szétesése után létrejövő kelet-európai alkotmánybíróságok már evidensként vették át a német alkotmánybírósági döntési stílust. Itt soha nem volt ilyen intézmény, nem is volt a jogászörökben sem róla semmilyen elterjedt információ, és mint evidenst fogták fel, hogy a széles alkotmánybírósági hatáskört a demokratikus törvényhozás felett valamiért a legmagasabb szintű demokrácia jeleként kell értékelni. Ebben a légkörben például a magyar alkotmánybíróság 1990 elején rögtön létrehozása után - még teljes létszámban sem működött, csak a fele, öt tag volt meg benne -, hivatkozva a német alkotmánybíróság által teremtett „anyagjogra”, maga is meghirdette egy döntésében – ez volt a 8/1990 AB határozat -, hogy ő úgy fogja fel ezután az emberi méltóság sérthetlenségét, hogy az tulajdonképpen az 'általános cselekvési szabadság' jogát jelenti, és a jövőben ebből majd új és új alkotmányos alapjogokat fog kiolvasztani, és ezek alapján is megsemmisíti majd a törvényeket. Hogy ez miképpen fér össze egy alkotmányt őrző és ahhoz kötött alkotmánybíróság értelmezési hatáskörével, az fel sem merült, ezt mint evidenciát feltették az alkotmánybíráskodásról semmilyen ismerettel nem rendelkező hazai jogászörök előtt, és az igazolásra elégséges volt a németekre utalás.

Összegezve ezt a problémát tehát ki kell emelni, hogy a német minta nyomán olyan alkotmánybírósági döntési stílus alakult ki Európában, mely sokszor teljesen elszakad az alkotmánytól, és ennek ellenére mint alkotmányértelmező precedenst fogják fel ezeket a döntéseket is. A precedensbíráskodás igazi természetét és kötelező kellekeit a szem elé tartva így Munzerék distinkciója segítségével az alkotmányszövegtől elszakadó alkotmánybírósági döntéseket mint precedenserőt nélkülözőket vagy annak csak minimumával rendelkezőket lehet minősíteni. Így amit a jogtudományok nem tudtak adni az alkotmánybíráskodás alkotmányszöveghez kötésének részletezésével az 1990-es évek elején az információk hiánya miatt, azt most utólag pótolni lehet, és az alkotmánytól elszakadó döntések precedensereje minimális fokának felmutatásával fel lehet szabadítani az utat a ténylegesen értelmező precedensdöntések létrehozásához.

III.2. Az alkotmányértelmező és az egyszerű jogot értelmező precedensek

Mivel az Egyesült Államokban az alkotmánybíráskodást nem elkülönült alkotmánybíróság, hanem alapvetően a rendes bírói hierarchia legfőbb bírói fóruma végzi, a döntéseiben ez az alkotmány értelmezése mellett egyben az egyszerű törvények alkalmazásával is foglalkozik, és ez felvetette a két eltérő terület precedensdöntéseinek eltérő kötőerejét. Európában e két terület eltérő, és az elkülönített alkotmánybíróság az elé került ügyeket csak alkotmányossági aspektusból vizsgálva az egyszerű törvények értelmezését is csak alkotmányos aspektusból végezheti el, így az egyszerű törvények értelmezése és az alkotmányértelmezés nem válik szét. Ám az amerikaiaknál e téren végzett elemzések mélyebb belátást engednek a precedensdöntések kötelezőerejének kérdéseibe, így nézzük meg ezt is.

Először 1864-ben merült fel az Egyesült Államokban, hogy ugyan mint common law jogrendszerű ország a bírói precedensdöntések jogi normát jelentenek a későbbi bírák számára a hasonló ügyek eldöntésénél, ám az írott alkotmányt illető értelmező precedensdöntések nem sorolhatók be teljesen ebbe a körbe.¹⁴ Ezt a némileg homályos distinkciót vette aztán alapul

¹⁴ Miller bíró a szövetségi legfőbb bírói fórum egyik 1864-es döntéséhez fűzött különvéleményében így kezdte el az egyszerű törvények értelmezésétől az elkülönítést: „With full respect for the authority of former decisions, as belongs, from teaching and habit, to judges trained in the common-law system of jurisprudence, we think that there

1932-ben Louis Brandeis bíró, és most már érvel alátámasztva ezt leszögezte, hogy az alkotmányértelmező precedensek azért nem lehetnek olyan kötelezőerejűek mint az egyszerű törvényeket értelmezők, mert szemben az előzőek viszonylag könnyű kongresszusi módosítási lehetőségével – ha utólag tévesnek bizonyult a precedensdöntés – az alkotmányt csak nagyon nehezen lehet módosítani, így itt a jövő nyitva hagyása érdekében a kötelező erő csak gyenge lehet, és eleve tartózkodnia kell a legfőbb bírácoknak attól, hogy túlzottan alkotmányértelmezéssel megkössék a törvényhozást: „Stare decisis is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than it be settled right (...) But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its prior decisions. The Court bows to the lessons of experience and the force of better reasoning, recognizing that the process of trial and error, so fruitful in the physical sciences, is appropriate also in the judicial function.”¹⁵ Brandeisnek ezt a különvéleményét aztán a következő ötven évben negyven esetben idézte meg az amerikai legfőbb fórum, amikor felülbírálta a vonatkozó korábbi precedensdöntését, és eltért tőle.¹⁶ Így a realitásban is létrejött az alkotmányértelmező precedenseknek az egyszerű törvényeket értelmezőkhöz képest a kisebb fokú kötelező ereje.

E distinkció és ennek nyomán az alkotmányértelmező precedensek kisebb kötőerejének tézise mögött azonban tágabban is fel lehet mutatni az alapot, mely általában is óvatosságra int az egyszeri szituáció konfliktusa felett döntő bírák precedenseinek túlzott jövőmegkötő hatásait illetően. Ez az óvatosságra intó belátás bukkant fel az amerikai szövetségi Supreme Court bírāja, Owen Roberts egy 1944-es különvéleményében, aki azt írta, hogy a bíróság mindig pillanatnyi ügyben dönt, és ez az eldöntött ügy teljes jövőbeli esettömegét illetően csak olyan mint a tömegközlekedési eszközökre a napijegy, amely csak arra a napra elegendő, de nem hosszabb távra, és feltehetően már rövid idő múlva felül kell bírálni, és elvetni: „The instant decision (...) tends to bring adjudication of this tribunal into the same class as restricted railroad ticket, good for this day and train only (...) I have no assurance (...) that the opinion announced today may not shortly be repudiated and overruled by justices who deem they have new light on the subject.”¹⁷ Ha ezt ütköztetjük a magyar alkotmánybíráskodás első döntéseiben lefektetett tézissel a döntések örökkévalóságáról, melyek még az írott alkotmány esetleges változása felett is változatlanul mindig fenn fognak maradni, akkor látható az utóbbi problémája: fel sem merült ekkor az ezt lefektető alkotmánybírák tudatában a világ komplexitása és ennek változásai miatt a döntéseikből a társadalom egészére kiható béklyóba kötő jelleg: „Az Alkotmánybíróság döntése végleges (...) Az Alkotmánybíróságnak folytatnia kell azt a munkáját, hogy értelmezéseiben megfogalmazza az Alkotmány és a benne foglalt jogok elvi alapjait, és ítéleteivel koherens rendszert alkot, amely a ma még gyakran napi politikai érdekből módosított Alkotmány fölött, mint láthatatlan alkotmány, az alkotmányosság biztos mércéjéül szolgál, és ezért várhatóan a jövőbeli alkotmányokkal sem kerül ellentétbe.”¹⁸ Az ezt deklaráló Sólyom László nemcsak a bíróság első elnöke volt az 1990-as években mindvégig, hanem ezzel a döntési stílussal máig hatóan meghatározta az alkotmányértelmező precedensek hangvételét és az alkotmányszövegtől való elszakadás legszabadabb fokát. Egy-két kritikus hang mellett ez a magabiztos deklaráció az örökkévalóságnak szóló alkotmányértelmező döntésekről általános üdvrivalgást váltott ki a hazai jogi egyetemek fiatalabb oktatói köreiben – a visszavonulás előtt álló idősebbek érdemben nem foglalkoztak már az alkotmánybíráskodás új jelenségével –, és tulajdonképpen a kritika növekedése ellenére ma is domináns véleménynek mondható. Ez a problematikus hitvallás csak

may be questions touching the powers of legislative bodies, which never be finally closed by the decisions of a court...”. Washington Univ. v. Rouse, 75 U.S. (8. Wall.) 439, 444 (1864) Miller. J., dissenting).

¹⁵ Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393, 417-08 (1932) (Brandeis J., dissenting)

¹⁶ Lásd Patrick Higginbotham, *Text and Precedent in Constitutional Adjudication*, Cornell Law Review (Vol. 73) 1988 Issue 2, 415. p.

¹⁷ Smith v. Allwright, 321 U.S. 649, 669 (1944) (Robert, J., dissenting)

¹⁸ Lásd Sólyom Lászlónak a 23/1990. (X. 31.) AB határozathoz fűzött párhuzamos indokolását.

úgy válhatott a magyar alkotmánybíráskodás krédójává a későbbiekben, hogy egyáltalán semmilyen itthoni tapasztalat nem volt az alkotmánybíráskodásról, és nem a precedensjogi országok körébe tartozva a precedenskötés módjairól sem. Sőt magáról az alkotmányról sem az alkotmánybíráskodás 1989-ben a bevezetés idején, hisz Magyarországnak soha nem volt ezelőtt ténylegesen működő írott alkotmánya, csak az egypárti diktatúra Szovjetunióból átvett és dísznek használt papíralkotmánya. Ha azonban az amerikai Brandeis és Roberts bírók tapasztalaton nyugvó fenti téziseit a szem elé tartjuk, akkor látható, hogy milyen forrófejűség volt az örökkévalóságnak meghirdetett alkotmányértelmező precedensek tézise.

III.3. Az elfogadás mikéntje a többség vagy egyhangúság szempontjából

Az egyes alkotmányértelmező precedensdöntések eltérő erejét az is adhatja, ha azt veszik alapként a kötőerő megállapításához, hogy a bíróság milyen többséggel fogadta azt el. Nagyobb többséggel elfogadott precedens nagyobb fokú kötelezőerőt kapott, mintha éppen csak szűk többség vitte azt keresztül, és jelentős kisebbség állt szemben annak elfogadásával. Nagyobb bírói többségnek nagyobb a garanciális ereje, így pl. az USA egyes tagállamaiban az a szabály, hogy különbséget tesznek az egyes precedensek kötőereje között, és azt a precedenst, melyet egyhangúlag fogadtak el, később is csak egyhangúság esetén lehet felülbírálni, és ezzel szemben a csak többséggel elfogadottnak gyengébb az ereje, és egyszerű többséggel is felülbírálható. Ugyanez a szövetségi fellebbezési bíróságoknál úgy jelenik meg, hogy ha egy bírói tanács felül akar bírálni egy másik tanácsban elfogadott precedenst, akkor ezt csak *en banc*, a circuit court teljes bírói ülésén teheti meg, ha ott megkapja ehhez a többséget a felülbíráshoz.¹⁹

Az amerikai alkotmánybíráskodásban döntő szerepet játszó szövetségi legfőbb bírói fórum szintjén ennek az elvnek a bevezetésére csak kísérlet történt, de alkalmi hatáson túl itt nem tudott bevetté válni. A Renquist főbíró által írt többségi döntés 1991-ben – *Payne v. Tennessee* – azzal az indoklással vetett el két, néhány évvel korábban azonos ügyben hozott precedensdöntést, mert azokat hibás indoklással alátámasztottnak minősítette, és a felülbírást azzal is alátámasztotta, hogy ezeket a döntéseket a kilenctagú legfőbb bírói fórumon csak ötfős többség hozta csak meg négy bíró ellenében, és így ezeknek eleve kisebb a kötőereje, mint az alkotmányi precedenseknek általában: „Chief Justice Rehnquist argued that the previous decisions, *Booth v. Maryland*, and *South Carolina v. Gathers*, should have been given less deference than constitutional decisions usually deserve because *Booth* and *Gathers* had been recent opinions, decided by 5-4 votes with vigorous dissents (...)”²⁰ Ezzel szemben Marshall bíró egy különvéleményében úgy érvelt, hogy ha egy precedens erejét az is gyengítheti, ha azt kis többséggel fogadták el, akkor az aláássa a precedensbíráskodást magát, és a legfőbb bírói fórum tekintélyét mint végső döntési fórumot tendenciájában széttöri: „Justice Marshall maintained that the Chief Justice’s argument that 5-4 decisions, with vigorous dissents, deserve less than the usual deference owed to precedents threatened to „destroy” the Court’s authority as the final decisionmaker on questions involving individual liberties, because it „invited state actors to treat certain decisions as non-binding and instead „to renew the very policies deemed unconstitutional in the hope that this Court may now reverse course, even if it has only recently reaffirmed the constitutional liberty in question.”²¹

¹⁹ Lásd Higginbotham szövetségi fellebbezési bírót ehhez: „Our circuit, as do many others, has a formal rule that one panel cannot overturn another, and permitting only the en banc court to reject our own precedent. (...) Relatedly, we provide by rule that a panel cannot decline to follow a decision of a sister circuit if it will create a conflict among the circuits. These rules of orderlines are similar to rules in some state appellate courts that insists that a unanimous decision can be overturned only by a unanimous court.” Higginbotham, supra note 13, 412.p.

²⁰ Gerhardt, supra note 10, 120. p.

²¹ Gerhardt, supra note 10, 121. p.

A vita ellenére mint egy lehetséges állásponton el kell gondolkodni a precedens-kötőerő ezen az alapon való fokozatokra osztásán. Emlékeztetve a precedensköttőség különböző fokozatait elfogadó három eltérő elméleti csoportra, nem vitásan ezt az álláspontot azok hajlandók elfogadni könnyebben, akik eleve csak az alkotmányi precedensek alacsonyabb szintű kötőerejét vallják. Ám megítélésem szerint megfontolást érdemelnek azok az érvek a felosztás ellen, melyek a horizontális mellett a vertikális irányú kötőerő gyengítését is elkerülhetetlennek látják, ha erre az útra lépünk, és így ellenzik azt. Nem vitás, hogy Európa több országában ezek az érvek arra is szolgálnak, hogy az alkotmánybíróság kifelé megnyilvánuló egységét demonstrálandó magát a különvélemények és párhuzamos indokolások létét is tiltsák. Ezt nem lehet elfogadni, mert ez az alkotmányértelmezési gyakorlat lemerevedéséhez vezethet, és vezet is több helyen más okokkal együttesen összefonódó hatásként. De ahhoz elfogadható érveknek tűnnek, hogy elveszük a precedensdöntés meghozatalának egyszerű többségtől az egyhangúsáig terjedő fokozatainak megkülönböztetését a kötőerő szempontjából. A probléma így is az, hogy az egyes politikai táborok médiája az alkotmánybírósági döntések nyilvánosság felé terjesztésénél a számukra kedvezőtlen döntési aspektusokat letakarják, minimalizálják, míg a számukra kedvezőket felerősítik, és úgy tálalják a közvéleménynek mintha egy új döntés csak abból állna, ami számukra kedvező benne. Ennek egyik technikája, hogy ha egy többségi döntés kedvezőtlen számukra, akkor csak azokat a különvéleményeket és érveiket ismertetik, melyek számukra kedvezően mutatják be az értelmezett alkotmányi rendelkezés értelmét.²² Ha ezt a politikai tálalást formáljogilag is felerősítenénk azzal, hogy kis többséggel elfogadott precedensdöntést eleve kisebb kötőerővel rendelkezőnek minősítenénk, akkor a vesztes tábor politikai médiája minden kötőerőt nélkülözővé fokozná le az ilyen precedenseket. Összességében pedig ez tényleg oda vezethet, hogy az alsóbb szintű bíróságok is az ilyen médiaprezentációra támaszkodva ellenállnak a kis többséggel elfogadott precedensek követésének.

IV. A precedensnorma általánosságának dilemmái

Az értelmező precedensdöntések normatív érveléseket tartalmaznak, melyek éppúgy lehetnek egy-egy általános magatartási előírás konkretizálásai (a kötelező cselekvés határainak meghúzóása, a jogosultság pontos terjedelmének megadása stb.), mint az alkotmányszövegben használt általános fogalom pontosabb tartalmának megadása, vagy egy-egy általános alkotmányi elvből, deklarációból eredő normatívának az adott eset által felvetett összefüggésekre kibontása. Mindezeket pedig lehet egy-egy alkotmányi rendelkezésből értelmezve megadni, vagy amennyiben az adott alkotmány kötelező értelmezési szabályokat és értelmezési elveket is tartalmaz, akkor az előbbieket mindegyikében felmerül mint lehetséges választás, hogy a konkrét értelem kibontását az egyes alkotmányi rendelkezéseket illetően ezekkel az általános értelmezési deklarációkkal, vagy ezek valamelyikével összekötve hajtsák végre, vagy csak leszűkítve magát az egyes rendelkezést értelmezzék. De lehetséges az is, hogy nincsenek ugyan az adott alkotmányban általánosabb értelmezési deklarációk, elvek, de az alkotmánybírák - a jogtudományban bevett értelmezési kánonokon túl - a jogi irodalomban valahol a világban felmerült értelmezési elvek és generális klauzulák egyikét maguk vonják be az alkotmányszöveg

²² Ezt a rendszeres mediátorzító hatást a németeknél André Brodocz így mutatja be: „Ebenso fehlen einem Gericht die Möglichkeiten, eine minimalistische Entscheidung auch in der öffentlichen Resonanz als minimalistisch erscheinen zu lassen. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht beispielweise diese Gefahr vor allem dadurch, wenn nicht nur die Entscheidungen, sondern auch die diese Entscheidung tragenden Gründen von der Öffentlichkeit als bindend wahrgenommen werden. Umgekehrt kann aber auch eine maximalistische Entscheidung durch seine Rezeption in zukünftigen Gerichtsverfahren oder in der Öffentlichkeit minimalisiert werden” Borodcz jelzi ennek folytatásaként egy amerikai szerzőt megidézve, hogy ez ugyanígy van az Egyesült Államokban is. Lásd André Brodocz, *Judikativer Minimalismus. Cass R. Sunstein und die Integration demokratischer Gesellschaften*, in: Kritische Justiz, 2008 No. 2. 183-184. p.

egy-egy részének értelmezésébe. Ebből a sokrétű lehetőségből ered, hogy az alkotmánybírák dönthetnek egy-egy precedensnorma szűk keretre korlátozására, amikor a jövőt illetően csak az eldöntött eset konkrétságához tapadva adják meg az értelmezést - és ekkor csak kis jelentősége van az alkotmányszöveg mellett az ilyen precedensnek -, de lehet, hogy általánosabb megfogalmazást választanak a precedensdöntés megfogalmazásánál, és akkor e precedens révén egész jogterületeket illetően megváltozik az alkotmányi rendelkezés alkalmazásának terjedelme. Erre példának lehet felhozni a magyar Alaptörvényből a foglalkozás szabad megválasztásának jogát - XII. cikk (1) bekezdés -, melynek értelmezésére az alkotmánybírói többség azt rögzítette, hogy mivel a szabad megválasztás csonka lenne önmagában, ezért a jövőben ezt a jogot úgy kell érteni, hogy az kiterjed a foglalkozás szabad gyakorlására is, és ezzel lényegében a munkajogi szabályok nagy részét bevonta az alkotmánybírói ellenőrzés alá. Most tegyük félre, hogy a jelen esetben a nyilvánvaló nyelvi értelem lehetővé tette-e ezt a túllépést, vagy ez már az alkotmányi rendelkezés tiszta értelmének megsértése, és így ez már alkotmánysértés és nem értelmezés, most csak annak példájára álljon ez itt, hogy egy-egy konkrét eset eldöntésénél az alkotmánybírói milyen szélességű normatívát is lefektethet.

A precedensnormát illető szűkebb vagy szélesebb terjedelem választásának elemzésénél rögzíteni lehet, hogy noha az amerikai legfőbb bírói fórum esetén is vannak viták az egyes esetekben, hogy szűkebben vagy szélesebben állapítsanak meg egy-egy esetben precedensnormát, de főszabályként, ha szembeállítjuk az amerikai és az európai alkotmánybírók az eddigiekben mintát adó német alkotmánybírói gyakorlatot e téren, akkor azt lehet mondani, hogy az amerikaiak szűkebb precedensnormáival szemben a németeket a széles-általános precedensdöntésekkel lehet jellemezni: „Anders als am US Supreme Court kommen minimalistische Urteile am Bundesverfassungsgericht nur selten vor.”²³ André Brodocz a minimalista/maximalista distinkcióval fejezi ki az értelmező precedensnormák általi szűkebb/szélesebb normaadásának dilemmáját, és fontos látni, hogy az amerikaiakkal szemben Európában – a németek nyomán – a legtöbb alkotmánybírói bíróság a lehető legszélesebb normatív értelem megfogalmazásától sem riad vissza. Ezt összekötve az európai alkotmánybírók másik jellemzőjével, az alkotmányszövegnek sokszor csak általános deklarációjához, generális elvéhez – és nem konkrét alkotmányi rendelkezéshez - kötéssel láthatjuk, hogy *általános alkotmányi deklarációkból kiindulva és általános-széles precedensnormákat lefektetve lényegében három-négy ilyen értelmezéssel alapvetően egy új alkotmány alapjait tudják kialakítani*. Ha e technika elé nem állít korlátot az a felfogás, hogy az alkotmányszövegtől nagyon elszakadó precedenseknek horizontálisan a későbbi alkotmánybírói többségre csak minimális kötelező ereje van, és ezeket is éppúgy kötelezőnek tekintik a későbbi alkotmánybírák mint az autentikus alkotmányszövegből létrehozott konkrét értelmezéseket, akkor e két általánosság összeadódva rövidesen az írott alkotmány félretolásához vezethet, és ennek helyére az alkotmánybírák precedensdöntéseiből létrehozott *pszeudo-alkotmány* kerül. Ezt tették a németek több döntésükkel, de különösen az 1957-es Elfes-ügy kapcsán létrehozott általános cselekvési szabadság jogával, amit eleve úgy fogalmaztak meg, hogy ezt ők mint anyajogot tekintik, melyből még a jövőben új és új alapjogokat fognak létrehozni.²⁴ De ehhez hasonlóan az alkotmány egész természetét és az alkotmánybíráskodás terjedelmét alapvetően átalakították az ún. Lüth-ügy kapcsán azzal, hogy az eredetileg az állam és az egyén közötti viszonyban létrejött alapjogokat kiterjesztették a jogalanyok egymás közötti viszonyaira, a magánszférát szabályozó jogterületekre is mint az *alapjogok horizontális hatását*. Az ilyen általánosságú alkotmánybírói döntések sokszor felvetik, hogy mennyiben nevezhetők ezek egyáltalán még értelmező precedensnek, vagy ezek inkább már az alkotmányozó hatalom átvételét jelentik.

Jelezni kell persze, hogy lehetnek olyan alkotmányok, melyek eleve már maguk is olyan értelmezési deklarációkat és általános elveket tartalmaznak, és tesznek kötelezővé az

²³ Brodocz, supra note, 22, at 182 p.

²⁴ Lásd: BVerfGE. 65, 1. in: Jürgen Schwabe, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Hamburg, (4. Auflage) 1988, 38. p.

alkotmánybírák számára, melyek, ha meghatározott irányokba is, de kifejezetten feljogosítják az alkotmánybírákat arra, hogy a megadott általános deklarációk fényében értelmezzék az egyes alkotmányi rendelkezéseket, és így adjanak meg a jövőt irányító értelmező precedenseket. Ilyen a 2012-ben hatályba lépett magyar Alaptörvény is, mely a praeambulumot jelentő Nemzeti Hitvallásban huszonhat deklarációt fektet le, és az R) cikk (3) bekezdésében kötelezővé teszi, hogy az Alaptörvényt ezek fényében kell értelmezni. Itt tehát csak annyi választása marad a hazai alkotmánybíráknak, hogy milyen szélesen használják ki ezeket a konkrét esetekben az egyes részletesebb alaptörvényi rendelkezések értelmezéséhez, értelmük kibővítéséhez és átformáláshoz - természetesen úgy, hogy a tiszta értelem kereteit ne sértse meg ez az értelmezés. Ez a modern alkotmányokban ritka szélességű értelmezési felhatalmazás azonban használható minimalistább módon – hogy Cass R. Sunstein kifejezését használjuk – vagy maximalistán, azaz széles terjedelmű normatív megállapításokat téve. Az új magyar Alaptörvény hatálybalépésétől, 2012 januárjától eltelt eddigi három év azt mutatta, hogy a magyar Alkotmánybíróság nem igazán élt ezekkel a praeambulum által adott értelmezési felhatalmazással, inkább az volt a jellemző, hogy a régi alkotmány ideje alatt német mintára létrehozott 'általános anyagjogot' és az ezek alapján létrehozott további alapjogokat használja döntéseiben. Teszi ezt annak ellenére, hogy miután az első évben nyilvánvalóvá vált, hogy a régi alkotmánybírák és hatásukra az újjak egy része is nem az új Alaptörvény, hanem a régi alkotmánybírói precedensek alapján döntenek, a 2013 áprilisában végrehajtott 4. alaptörvény-módosítás kifejezetten hatályon kívül helyezte ezeket, hogy felszabadítsa az utat az új Alaptörvény alkalmazásához. Lényegében ez sem változtatott sokat ezen a helyzeten.

V. A precedensköttőség véglegessé válása Európában – a pszedo-alkotmány megjelenése

Amerikában a szövetségi legfelsőbb bírói fórum, mint az alkotmánybíráskodás végső szintje - mint láttuk – néhány évtizedenként félresöpri az előző korszak alkotmányértelmező precedenseinek nagy részét, főként az alapkérdéseket eldöntőket, és visszanyúlva az alkotmány szövegéhez, új konkretizált értelmet ad annak. Ezzel szemben az európai alkotmánybírókhoz ez az időszakonkénti szöveghez visszatérés nincs meg, noha egy-egy eltolódás az alkotmánybírói többséget illetően egyes kérdések szembenálló irányú eldöntését, és parciális változtatásokat magukkal hoz itt is. Az első időszakban kialakult alkotmánybírói precedensjog azonban igen nagy részben már mozdíthatatlanná válik a tapasztalat szerint az európai alkotmánybíráskodásban. Ez összegződik azzal, hogy itt - az amerikaihoz viszonyítva - nagyobb általánosságú és szélesebb terjedelemben normatívákat lefektető precedensek adják ezek gerincét, másrészt, hogy egyes európai alkotmányok nagyon általános elveket és deklarációkat is tartalmaznak, illetve, hogy az európai alkotmánybírók a német nyomán bátran „anyagjogokat” és más alkotmány-átalakító konstrukciókat is létrehozhatnak precedensjoguk alapjaként, ez az egész megmerevedve pedig egy pszedo-alkotmányt formálhat ki, a tényleges írott alkotmány félretolásával. Ezzel az alkotmány legfőbb őrei és védői maguk válhatnak az alkotmány legnagyobb veszélyeivé. Magyarországon ez rögtön meg is történt az alkotmánybírók létrehozása utáni években, és ezt az első, a döntési stílusra meghatározó befolyással rendelkező alkotmánybírói elnök büszkén meg is hirdette a „láthatatlan alkotmány” mint az írott felett álló igazi alkotmány megfogalmazásával. De ez a nyíltság inkább a véletlen eredménye volt, lévén, hogy évtizedek után a szovjet világból kilépve Magyarországon alig akadt valaki, aki tisztában lett volna a parlamentáris demokrácia és az alkotmánybíráskodás kapcsolatával, sőt egyáltalán egy működő alkotmány természetével és kellékeivel. Így az alkotmánybírói elnök kontrollálatlanul és naivan csak rögtön kimondta, amit az első hónapok strukturális működéséből levont az alkotmánybíráskodást illetően. Ilyen nyíltan és programmá formálva a többi európai országban talán nem jelent meg az írott alkotmány félretolásának menete, de ha a strukturális okok hasonlóan voltak, mint

Magyarországon, akkor feltehetően ott is ez történt meg. Nézzük meg ezért, hogy milyen strukturális okok hozhatják létre a torzulást, mely az európai országokban az írott alkotmány helyére lépő alkotmánybírói pszeudo-alkotmány színre lépéséhez vezethet.

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. 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 így alapvetően más összetevőket társítottak az Amerikából átkerült alkotmánybíráskodáshoz, mint az az eredeti helyén volt. Az alkotmánybírák Európában természetesen a szűk jogterületre specializálódott jogászcsoportokból 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 alkotmánybíráskodás 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.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 hatnyolc évet töltenek el a poszton, 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 a generalista bíráskodásból eredő, előbbi pontban jelzett kompetenciaprobléma nagyobb mértékben jelent elbátortalanító hatást a szuverén módon döntő alkotmánybíróvá felnövés 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 alkotmánybírói 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 alkotmánybírói esetjogot átléphetetlen korlátot jelentő pszeudo-alkotmánnyá az új és új alkotmánybírói testületek számára, mintsem hogy ez megmaradna egyszerű alkotmányértelmező és átalakítható esetjognak.

²⁵ A generalista alkotmánybíráskodás és az 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.

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 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 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 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, alsóbírósági 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 döntéselőkészítő 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.)”²⁸

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

²⁶ 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 tervezetének 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 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, Cardozo, 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 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 betanulást idején a feladatába.

²⁸ Kranenpohl i.m. 88. p.

új és tapasztalatlan alkotmánybírák mellé segítő munkatársnak. Ténylegesen persze a rövid időre belépő és elementáris kompetenciaproblémákkal szembesülő új alkotmánybírók az első időben szinte a gyámolítottjai 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 örökül kapott 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 „régí gárdával”.²⁹

4) A negyedik ok az alkotmánybírói esetjog leválthatatlan pszeudo-alkotmánnyá szilárdulásában az európai alkotmánybírók többségének óriási döntési terhében található. Az amerikai legfőbb szövetségi alkotmánybírók évente alig százat kitevő döntési terhe és a legtöbb európai alkotmánybírók 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

5) Mindezek hatását növeli további okként, hogy mivel az európai alkotmánybírók az elmúlt hatvan évben rendszerint éppen megdöntött diktatúrák nyomán jöttek létre, egy kötelező kritikátlanság alakult ki a jogtudományokban, és főként az alkotmánybíráskodással közelebről is foglalkozó alkotmányjogban és jogelméletben. A diktatúrák idején ezek a tudományterületek a leginkább elfojtottak voltak, lévén, hogy az államhatalom központi szerkezetével kellett volna foglalkozniuk, így az alkotmányjogot és a jogelméletet a diktatúra hivatalos jogfelfogásától eltérő jogkoncepciók felmutatására elfojtották. Ahol hosszabb ideig volt diktatúra, mint a spanyoloknál, a portugáloknál, majd a szovjet birodalom majd félévszázada alatt Kelet-Európában, ott akár két-három jogászgeneráció is kiesett az alkotmányjogi és a jogelméleti tudásból, és ezután jött rögtön 1989-ben a többpárti törvényhozási demokrácia és az alkotmánybíráskodás megvalósulása. A főként az Egyesült Államokból – kifejezetten európai használatra átformálva – importált, onnan terjesztett új tudás pedig a középpontba emelte az alkotmánybíráskodást mint a jogállam legfőbb szimbólumát. Sőt, tanulva abból, hogy Hitlert a német tömegek milliói választáson emelték hatalomra, és az osztrákoknál és az olaszoknál is nagy népszerűségnek örvendtek az ottani diktátorok, az amerikai jogászok a megszállt országokban mint a tömeges parlamenti mozgások korlátozását is felépíteni igyekeztek az alkotmánybíráskodást. Így ez a németeknél és az olaszoknál, majd

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.

ezután ez az 1980-as években a spanyoloknál és a portugáloknál is ilyen aspektust kapott. A szovjet birodalom bukása után az egyértelmű amerikai dominancia a szellemi életben ugyanígy az új alkotmánybíráskodás kivonását ösztönözték minden kritika alól. Az e téren teljesen tapasztalatlan kelet-európai jogtudományok, a születőben lévő alkotmányjogi és jogelméleti körök mint megfellebbezhetetlen igazságokat tárgyalták az új és új alkotmánybírói döntéseket, ezek érveit. Melyek persze jórészt a korábban hozott német, esetleg olasz döntéseken alapultak, de még ezeken is túlméltak a többségi törvényhozás korlátozásában és az írott alkotmány fölé növekedő pseudo-alkotmány létrehozásában.

Saját magyar tapasztalataim ezt már régen sugallták, hisz belülről látva a hazai alkotmányjogi tanszékek és kutatóhelyek, illetve a jogelméleti stábok alkotmánybíráskodással foglalkozó írásait, könnyen megfogalmazható volt, hogy az 1990-es évek elejétől szocializálódó fiatal alkotmányjogászok és jogtudósok a média alkotmánybíráskodást isteníró hangvétele mellett, illetve a hazai alkotmánybíráskodás mellé telepedő amerikai alapítványok, főként a Soros-Alapítvány szervező hatására lényegében támogató propagandát folytatnak alkotmánybírói elemzések címen, de ezek nem igazi semleges és kritikus kutatások. Ha a többi kelet-európai országban nem is tudtam ezt ellenőrizni, de a mintát adó németeknél szerencsére az utóbbi években erre már több elemzés megjelent. Bernard Schlink kivételként már 1989-ben kritikát mert megfogalmazni a német jogtudományi főárammal szemben, hangoztatva, hogy a régebbi nagy államjogi és jogelméleti hagyományokkal szemben a II. Világháború utáni évtizedek államjogtudománya (alkotmányjogtudománya) pusztán az alkotmánybírói döntések magyarázójává vált, minden alapvető kutatás és kritika nélkül. Ez az „alkotmánybírói-pozitivizmus” (Verfassungsgerichtspositivismus) csak alternatívátlanul felmutatja a mindenkorai alkotmánybírói precedensrendszert, és ezt csak mint pusztán elsajátítandót ábrázolja, de nem néz ezek alapjai mögé.³¹ Matthias Jestaedt ezt még továbbfeszítve úgy interpretálja a német helyzetet, hogy az 1950-es évektől a német jogtudományokban általában is végbement egy leértékelődés a tételes jogtudományok szintjén a jogelméleti koncepciókkal kapcsolatban, és már nem is jogpozitivizmusról lehet itt beszélni – amely szűken csak a megalkotott jogszabályokat fogja fel végsőként, és csak ennek rendszerezésében látja feladatát -, hanem még ettől is leszűkültebb lett a nézőpont, és *jogalkalmazás-pozitivizmus* jött létre.³² A jog az, amit a bíróságok a tárgyalótermekben ezerszer és ezerszer eldöntenek, és a jogtudománynak és a jogi oktatásnak csak a feladata, hogy a végterméket, a bírói esetjogot felmutassák, mint a jogot. Ennek szűkebb megjelenése aztán a Schlink által kiemelt alkotmánybírói-pozitivizmus az államjogtudományokban.

Az amerikaiaktól eltérően tehát a németeknél nincsenek az alkotmánybírák mögött a jogtudomány-területek közösségeiben vitatkozó és szembenálló jogkoncepciók, melyek a magánjog, a büntetőjog, az alkotmányjog stb. területein a szembenálló jogkoncepciók fényében szembenálló tudástömeget produkálnának, és amelyeket aztán a különböző alkotmánybírák pozícióba bekerülve csak követnének, mint egyaránt legitim tudományos tudást. Csak egyetlen alternatívátlanul elterjedt tudás van az egyes jogtudományi területeken –s szűkebb jogdogmatikai irányzatoktól most eltekintve -, és az innen belépő alkotmánybírák számára nincs alternatíva a már kialakult alkotmánybírói esetjoggal szembeni fellépéshez.³³

³¹ Lásd Bernard Schlink, *Die Enthronung der Straatrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Der Staat* Vol. 28. (1989) 161. p.

³² Lásd Matthias Jestaedt, *Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers in verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat*, in: Otto Depenheuer (szerk.): *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*. Duncker & Humblot, Berlin 2002, 183–228.p.

³³ Hadd jelezsem itt a személyes tapasztalatomat is, amit a német alkotmánybírói küldöttség magyar látogatásán, mint az egyik vendéglátó, hazai alkotmánybíró szereztem. Tanulmányokat készítve foglalkoztam korábban az amerikai legfőbb bírói fórum egymással szembenálló bírának jogfelfogásával, kérdeztem ebéd közben a körülöttem ülő német alkotmánybíróktól, hogy mikén áll náluk a helyzet, és van-e olyan textualista jogfelfogást képviselő vagy ahhoz közelítő alkotmánybíró náluk, mint az amerikaiaknál Antonin Scalia, a válasz jéghidegen úgy hangzott, hogy „nincs”, és szinte utálkozó kritika hangzott el Scaliáról. Ugyanez jött ki, amikor közös tanácskozáson felmerült,

6) Végül még egy utolsó okként hadd jelezzem azt a meglátásomat, hogy az egyszer meghozott alkotmánybírói precedensek végleges lemerevedéséhez és pszeudo-alkotmányként rögzítéséhez hozzájárul Európában az alkotmánybírók pozícióba kerülésének módja is. A legtöbb helyen ugyanis minősített parlamenti többség kell az alkotmánybírák megválasztásához, és ez a két oldal egyetértéséhez köti a pozícióba kerülést. A hivatalos narratíva ezt úgy ábrázolja, hogy ezzel a két oldal szélsőségei kiesnek, és csak a középre húzó jogászokat engedi be az alkotmánybírák közé. Biztosan ilyen is van, talán nem is egy, de legalább ilyen az a hatás is, ami a korábban már alkotmánybírássággal foglalkozó és alapokat illető álláspontokat e tárgyban megjelentető jogtudósokat szisztematikusan kizárja a bekerülés lehetőségéből. A hazai helyzet ismerve, a kb. harminc eddigi alkotmánybíró igen-igen nagy részében az volt a fő szempont a két politikai oldal egymás jelöltjeit kigolyózó lépéseinél, hogy a már alkotmánybírásságról tanulmányt író, másik oldali jelölt a lehetőség szerint ne kerüljön be – ahogy a másik oldal is kigolyózta az ő ilyen jelöltjét -, és így csak a szélesebb nyilvánosság előtt ismeretlenebb egyetemi oktatóknak, ügyvédnek, bírónak lett esélye a bekerülésre, ezek is főként csak semleges jogterületről, mint a jogtörténet, a magánjog, a büntetőjog stb., és lehetőleg távol az alkotmánybírási tudástól. Ismerve, hogy a többi európai országba is nagyon hosszú időbe, néha évekbe kerül, míg be tudnak tölteni egy-egy megüresedett alkotmánybírói helyet, hasonló lehet ott is a helyzet a két oldal konszenzusához kötöttség eredőjeként. Ezzel szemben az amerikaiaknál az elnök a vele egyező szenátusi többség esetén markáns jogászokat tud kiválasztani a saját háttér-jogász csoportjaiból, és így a szembenálló elnöki korszakokban néhány évtizedenként markánsan szembenálló bírói többségek jönnek, melyek az eltérő jogkoncepciók mentén vissza-visszatérnek az alkotmányszöveghez, elsöpörve az addigi precedensjogot, és nem engedik meg azt pszeudo-alkotmánnyá rögzítődni.

Összességében tehát ezek az okok és ezek összegződő hatásai az európai alkotmánybírásságok bírái számára egy általuk alig változtatható pszeudo-alkotmányt húznak paravánként az eredeti alkotmány elé, és az új és új alkotmánybírók - az alkotmánybíró-cseréket áthidaló munkatársi régi gárda dominanciája mellett - csak ezt a pszeudo-alkotmányt tudják döntéseiknél alapul venni. Ennek a következtetésnek pedig akkor tűnik elő teljes terjedelmében a hordereje, ha a szem elé kapjuk az alkotmánybírásság mint intézmény funkcióját az alkotmány védelmének legfőbb őreként. Az alkotmánybírásság státuszának egyik fontos jellemzőjévé vált elterjedésének menetében a világ egyre több országában, hogy nincs felette már egyetlen állami szerv sem, mely ellenőrizni tudná, beleértve azt is, hogy egy kivételes impeachment-féle eljárás lenne beiktatva, amely a védelmükre bízott alkotmány megsértése esetén az alkotmánybírákat eltávolíthatná a hivatalukból. Ezzel a kontrolálhatatlan státusszal együtt szemlélve a pszeudo-alkotmány létrejöttét spontán módon okozó strukturális kényszereket és a pszeudo-alkotmány alapján működő alkotmánybírásságokat, a fenti következtetés úgy folytatható, hogy az alkotmány legfőbb őréből ennek révén az alkotmány legnagyobb veszélyeztetőjévé válhatnak az alkotmánybírák.

hogy a német alkotmánybírák az abortusz ügyben hozott döntése a legnagyobb társadalmi megosztottság mellett jött létre, és a német társadalom morálisan élesen megoszlik e kérdésben, és amikor feltettem a kérdést nekik, hogy milyen volt a döntést meghozó alkotmánybírási szenátuson belül a különvélemények aránya, akkor a válasz úgy hangzott, hogy bár az első alkalommal volt egy különvélemény, de ezután ez is megszűnt, és ellenvélemény nélkül hozták meg a döntésüket. Ez árulkodó volt számomra a kötelező egyhangúság felmérése szempontjából, mert ilyen morálisan alapvető kérdésben az ember magától nem változtatja meg a véleményét rövid idő alatt, csak nagyon nagy nyomásra.