

Válasz kritikákra: jogrétegek és jogduplázódás

A jogduplázódást felvető tanulmányom kapcsán megrendezett konferencián a Károli Gáspár Református Egyetem jogi karán 2020 januárjában tartott előadásokból több tanulmány született, melyek nagyobbik része e téma kapcsán továbbvitte saját gondolatait. Különösen azonban négy szerző megmaradt az én szűkebb problematikámnál, és ezt kritizálta vagy igyekezett ezt továbbvinni. A következőkben e négy szerző tanulmányára reagálok, először Szilágyi Péter, Tóth J. Zoltán és Szmodis Jenő anyagaira, akik csak néhány kérdést emeltek ki koncepciómból, majd egy külön részben Cservák Csaba anyagára, aki több nagyobb kérdéskört is érintett replikájában.

I. Válasz a Szilágyi/Tóth J./Szmodis tanulmányokra

A jogduplázódás tézisét kifejtő elemzéseim kapcsán Szilágyi Péter és Tóth J. Zoltán az ennek előkérdését jelentő jogrétegek fogalmi összefüggéseinek problémáit vették elemzés alá, és csak érintőlegesen mentek bele a jogduplázódás kérdéseibe. A kettőjük közül Szilágyi Péter az erről a kérdésről egyszer már Győrfi Tamás és köztem lezajlott vita tanulságai alapján írta meg anyagát, így velem kezdem a választ.

A jogréteg fogalmát utolsó verzióban 2005-ös Jogelmélet c. kötetemben írtam körül, és erről vetődött fel most is a vita: „A jogi normák rendszere értelmi rendszerként így egyre inkább három jogréteg együttes termékeként működik (...) A jogalkotási folyamatokban alakuló szövegréteg; a jogi szövegekben előforduló fogalmak, kategóriák, disztinkciók értelmi összefüggéseit tisztázó és kidolgozó jogtudósok jogdogmatikai rétege; végül a jogot az egyes esetekre alkalmazó-pontosító bírák eseti jogrétege adja a jogrendszer három rétegét a XIX századtól kezdve (...) Az utóbbi fél évszázadban egy újabb jogréteg jelent meg több ország jogrendszerében, ami átstrukturálja bizonyos fokig a jog hagyományos rétegeit is. Ez az alkotmányos alapjogi réteg, mely csak ott jelenik meg önálló jogréteggént, ahol az írott alkotmány mellett kialakul az alkotmánybíróság.”² Mivel e leírásban is mindig együtt jelenik meg a jog adott tevékenységi szférája és az általa gondozott értelmi jogréteg, így a Győrfi Tamással való vitában 2008-ban ezt így pontosítottam: „Az egy vagy több kritérium kérdése. Én nem gondolom, hogy törekedni kellene arra, hogy mindenképpen egy kritérium alapján próbáljuk meg elválasztani a jogrétegeket. Az egyik kritérium a jog értelmi összefüggéseinek egyes komponensei felett rendelkezők elkülönültsége, illetve eltérő funkcióellátásuk, ahogy az történetileg megvalósult. (...) Összegezve tehát két elválasztási kritériumot használok az általam külön tartott jogrétegek lokalizálásánál, egyrészt az absztrakt, keretet-adó versus konkrét, keretet-kitöltő normatív támpontok elkülönítő kritériumát, mely egyik oldalra a jogdogmatika és az alkotmányos alapjogokat/alapelveket teszi, a másik oldalra pedig a konkretizáló bírói jogréteget; másrészt az eltérő funkcionális tevékenységekhez kapcsolódó hordozók szerinti kritériumot, mely a jog demokratikus akaratképzéshez kapcsolódását hordozó törvényhozás szövegrétegét emeli a középpontba(...) és az absztraktság szintjén meg egybeeső jogdogmatikai támpontrendszerrel illetve az alapjogi támpontrendszerrel elválasztja a

¹ DSc, egyetemi tanár, ELTE ÁJK; alkotmánybíró.

² Pokol Béla: Jogelmélet Társadalomtudományi trilógia II. Századvég Kiadó. Budapest. 2005, 15-16. o.

jogtudósi hordozók, illetve a morálfilozófiai-médiabeli-politikai érvelő csoport különállása miatt.”³

Összegezve tehát eddig már rögzített álláspontomat, különválasztom a jogrétegek felmutatása szempontjából a jog szociológiai jellegű tevékenységszféráit (egyszerűsítve: törvényhozás/alkotmányozás, alkotmánybíráskodás, bírói szféra és jogtudomány) és az általuk gondozott értelmi terméket (jogsabályi szövegréteg, alapjogi réteg, jogdogmatika és konkretizáló bírói jogréteg), és több kötetben sok száz oldalon részleteztem ezeket történetileg és szociológiailag. Ez a kettéválasztás megfelel máskülönben Nicolai Hartmann ontológiai szintű disztinkciójának az értelmi létréteget illetően - mely tulajdonképpen a társadalom életének sajátos létrétegét jelenti a fizikai-biológiai létrétegekre ráépültsége közben -, mert ő a társadalmi cselekvésekben, gyakorlatokban élő értelemhasználatot, mint objektív szellem mellett megkülönbözteti a pusztán rögzített, de bármikor rá visszanyúlható objektívált értelmet, és az utóbbi évszázadtól ez az objektívált értelem egyre nagyobb szerepet játszik az életünkben.^{4 5} Mi az akkor, ami hiányt jelent?

Szilágyi számára már a kettős megalapozottság is gondot okoz: „a jog rétegeinek fogalma csak a normatív értelemben vett jogrendszer struktúrájának elemzése során értelmezhető (...) a szociológiai értelemben vett jogrendszerre vonatkozó megállapítások nem vihetők át automatikusan a normatív értelemben vett jogrendszerre, és ez fordítva is igaz.”⁶ Vagyis nem automatikusan igen, átvihetők, és részletezőbb elemzéseimben épp így tettem én is. Például épp a Győrfivel folytatott vitában jeleztem, hogy ha az alkotmánybíráskodást nem különválasztott alkotmánybíráskodás végzi, hanem az adott ország legfőbb rendes bírósága, mint az USA-ban, akkor az alapjogi dogmatika nem válik el oly mértékben a hagyományos jogági dogmatikáktól, mintha a rendes bíróságoktól különálló alkotmánybíráskodás működik. Ugyanígy, ha a felsőbbíróságokon a bírák egyben rendszerint egyetemi jogi professzorok is (mint pl. a németeknél), akkor a konkretizáló felsőbbírósági jogréteg fogalmibb, dogmatikaformálóbb lesz, minthogy az egyetemi jogászprofesszorok zömmel el vannak vágva a bírói kartól.

Szilágyi másik felvetése abból ered, hogy a Győrfivel való vitában elismertem, hogy minden jogréteg egyben szövegben jelenik meg, illetve, hogy már kiindulópontban is minden jogréteg egyben értelmi réteg is. Miért tehát kiemelten a „szövegréteg”, ha minden jogréteg szövegben jelenik meg? Győrfinek így válaszoltam a szövegréteg kiemelését és ennek elsősorban törvényhozó törvényszövegeihez kötését indokolva: „Egyedülálló ez a szöveg azonban annyiban, hogy a jogmeghatározás autoritatív szövegévé a törvényhozó (és az általa adott keretben felhatalmazott más jogalkotó) szövege vált a modern társadalmak jogában, és a jogdogmatikai réteget is legalább jelzésszerűen ez a szöveg hordozza (teljes kibontást elkülönült dogmatikai tanulmányokra hagyva) és a konkretizáló bírói jogréteg is ezt a szövegréteget pontosítja. A többi jogréteg tehát e szöveg körül forog.”⁷ De most hadd toldjam

³ Pokol Béla: A többrétegű jog elmélete. Válasz a kritikára. Miskolci Jogi Szemle 2008/1 sz. 141-147. p.

⁴ Lásd ennek részletesebb elemzéséhez újabb anyagomat: Pokol Béla: A valóság rétegzettségének elméleti rekonstrukciói. Jogelméleti Szemle 2019/3 sz. 37-51. o.

⁵ Épp ezért némileg hibásnak látom kritikusom disztinkcióját, hogy „A normatív értelemben vett jogrendszer szövegekből áll, a szociológiai értelemben vett jogrendszer meghatározó elemei emberi magatartások meghatározott csoportjai.” (Szilágyi Péter: A jog rétegeinek elmélete mint a jog strukturális elmélete – és mi következhet abból. In: Tóth J. Zoltán (szerk.): A jog többrétegűsége. KRE ÁJK/Patrocinium, Budapest, 2020, 55. o. [A szerkesztett kötetre utaló oldalszámok mindenhol a nyomdai munkák előtt álló kötet kéziratának oldalszámai.]) A jog funkciója révén ugyan a jogi normák adják a jog gerincét, és így ennek rendszere valóban egy normatív rendet jelent - és 1500 körüli időktől kezdve egyre inkább leírt szöveg formájában (eredetileg csak szokásjogi gyűjteményként, majd egyre inkább tudatosan alkotott normákat a szövegbe iktatva) - de e szövegbe lefektetett holt és objektívált értelem egy idő után átfordul tömegesen és tudattanul követett normák társadalmi gyakorlatává, mint „élő jog” melyet már nemcsak a szöveg hordoz. De azért éppoly normatív, mint a pusztán csak a szövegben létező alakja volt.

⁶ Szilágyi: i. m., 55-56. o.

⁷ Pokol 2008: i. m., 146. o.

meg a szövegek közti distinkciók érdekében a jogdogmatika szövegeinek sajátosságát azzal, hogy ez egy *logikailag rendezett fogalmi hálót tartalmazó absztrakt szöveg*. Így ha minden jogréteg egyben szöveg is, és értelmet is hordoz, de ez a sajátosság - a hordozói elkülönültsége mellett - szükségessé teszi, hogy külön jogrétegeknek tekintsük.

Kritikát fogalmaz meg Szilágyi Péter annál is, hogy nem tesz különbséget a konkretizáló bírói jogréteget tárgyalva a precedensek és az ún. bírói szokásjog között, de ezt könnyű kézzel meg lehet válaszolni, mert ez tévedés. Az említett 2005-ös kötetemben a 256. oldalon a kontinentális precedensjog közös sajátosságait tárgyalva az angol precedensjoghoz képest épp ez a 3. számú különbség: „a bírói gyakorlat követése az egyes precedensek helyett”. Épp ezért használom gyakrabban az eleinte használt bírói precedensjog elnevezés helyett a „konkretizáló bírói jogréteg” elnevezést, hogy ezt a hibát elkerüljem. Gondot lát még a jog rétegeit illető elnevezés származtatását kutatva, hogy ez az eddig alkalmazott jogi terminusok melyikének feleltető meg, és Kelsen joglépcső elképzelését említi.⁸ A jogréteg esetében ez fel sem merült nálam, amikor 1989-ben ezt a kifejezést választottam, ugyanis én ezt *Josef Esser* és *Karl Larenz* vitáját tartalmazó 1956-os és 1960-as köteteiket együtt olvasva és ezeket egybegyúrva alakítottam ki. Nekem az a felismerés volt mellbevágó, hogy amit itthon és általában Közép-Kelet-Európában az azelőtti 70 évben Szabó Imrécék nyomán szocializáltunk a jogról, mint a jogszabályi szövegekben megjelenő jogrendszerrel, az különösen Larenz nyomán a fogalmi jogdogmatika nélküli lehetetlenség miatt egy új értelmi réteggel bővült ki, majd Essert olvasva pedig mind a törvényszövegek, mind a jogdogmatika konkretizáló esetjog nélküli lehetetlensége vált evidenssé. Így fogalmaztam meg magamban, hogy akkor a jogszabályszovegek mellett még két értelmi jogmeghatározó szint is létezik, és ezeket jogrétegeknek neveztem el. Az alap persze az volt, hogy már évek óta luhmannita lévén, a minden társadalmi termék értelmi termékként létezése a jogot is csak értelmi rendszerként engedte felfogni számomra, és ezt ma is helyesnek tartom. Kelsen joglépcső fogalma csak legutóbb jött be fogalmaink közé, ahogy a jog megduplázódását kezdtem el feltérképezni, és itt a kezdeti jog középkori állapotának pusztá bíraskodásban megjelenő joga fölé az 1600-as évektől létrejövő, tudatosan alkotott, majd 1800-tól dogmatikailag rendszerezett joga után az 1970-es évektől az alkotmánybíraskodás révén egy újabb jogi szint ezek fölé emelkedését kezdtem el legújabbban megfogalmazni. Ezt azonban csak névleg lehet a Kelsen joglépcső elméletével azonosítani. Így az erről szóló új kötetem németre fordításánál német a „Rechtsstufe” fordítást nem tudtam megkerülni, és mint alkotmányi joglépcső, „konstitutionelle Rechtsstufe” szerepel ebben. Ez egyben vissza is adja ennek evolucionáris fejlődési jellegét, és egymásra épülését. De a jogrétegek csak annyiban jelentették egy új joglépcső részeit az 1600-as évektől, hogy a királyi jogászok tudatos jogalkotásának a korábbi bírói jog fölé emelkedése révén kezdtek létrejönni e kiemelkedés folyamán. Ahogy most az új joglépcső az írott alkotmány (vagy ennek hiányában az alapjogi karta, mint Izraelben) mellé telepedett alkotmánybíraskodás révén emelkedik ki a törvényhozás fölé, és benne új alkotmányi joganyaggal és ennek alkotmányos jogágaival, illetve ezt rendszerező alkotmányi dogmatikákkal és alkotmánybírói jogréteggel. Kelsennél a jogi normák egymásra épülő rétegei jelentik a joglépcsőket,⁹ míg nálam az értelmi meghatározási struktúrák adják a joglépcső kiemelkedéseket, és az egyes lépcsőkön egymás mellett, kiegészítő módon és nem lépcsőzetesen helyezkedik el a három-három jogréteg. Vagyis nem a jogrétegek adják az újabb elemzéseimbe beemelt joglépcsőket, hanem a jogmeghatározás kiemelkedő szintjeinek létrejötté. Így végső jogkoncepciómban jelenleg a jog strukturális szerkezetét nem tudom már leírni pusztán „többrétegű jogkoncepcióként”, ahogy 1991-ben tettem,¹⁰ hanem „két joglépcsőn

⁸ Szilágyi: i. m., 53. o.

⁹ Lásd Szilágyi által megidézve: „A jogrend (...) a jogi normák különböző rétegeinek lépcsőzetes rendje.” (Szilágyi, i. m., 50. o., lábjegyzet.)

¹⁰ Lásd Pokol Béla: A jog szerkezete. Gondolat, Budapest, 1991.

felépülő többrétegű jogkoncepcióként”. Igaz, fenntartásokat hangoztatva az új joglépcső okozta problémákat illetően.

Végül még egy vitára kitérve kritikusommal, a *lex specialis derogat legi generali* normakonfliktusfeloldó és értelmezési elv magyar alkotmánybíróági gyakorlatból kiszorított szerepét illető elemzésemmre tett megállapításait veszem még szemügyre: „Ha a *lex specialis* értelmezési elv, akkor semmi meglepő és semmi kivetnivaló nincs abban, hogy a mindenkori többség (vagy persze kisebbség is) hol így érvel, hol úgy (...) Amit Pokol Béla hiányol az az, hogy egy értelmezési elvből miért nem fabrikáltak hierarchius érvényességi normát”.¹¹ Erre válaszom az, hogy ezt nem nekem kell most fabrikálni hanem *Baldus* már 1400-ra megtette, majd bevetté válva ebből lett a normarendszer konfliktusaiban az eligazítás elve a *lex posterior* és a *lex superior* elvei mellett: a különös mindig lerontja az általános norma hatályát az adott esetre. Ennek az elvnek a félretolása hozta létre egy sor alkotmánybíróági gyakorlatában - köztük jó ideig a magyaréban is -, hogy néhány nagyon általános alkotmányi deklarációt a középpontba emelve, és ebből maguk egy sor alapjogot és más konkrétabb alkotmányi előírást dedukálva, félretolják a részletesebb alkotmányi rendelkezések jó részét.¹² Ezt én azért tartom a legproblémásabbnak, mert ezáltal az alkotmánybírók alkotmányhoz kötöttsége alaposan fellazul, és az eredeti alkotmányozó hatalom helyére lépve ők válnak alkotmányozó hatalommá. *De nem igazán értem Szilágyi Péter ellenkezését, mert egy oldallal előtte maga is írja, hogy e három elv, még ha nem is vált egy országban a tételes jog részévé elé a bevettségük révén amúgyis kötelezőnek tekintendők: „Ezt három jogelvet a modern jogrendszerekben általában pozitív jogi tételként is megfogalmazzák: azonban ezek a jogelvek kifejezett tételes jogi megfogalmazás hiányában is a jogrendszer részét képezik, ezért kötelezők, és az előbb tárgyalt sorrendben alkalmazandók”.*¹³ Jelzem még, hogy a *lex specialis* elv kérdéseire visszatérek majd Szmodis Jenőnek adott válaszomban is

Áttérve Tóth J. Zoltán anyagára, ő is a jogrétegekre vonatkozó koncepciómmal foglalkozik, és inkább ezt is a továbbgondolás szándékával teszi, egyrészt a koncepció magvát, a négyrétegűséget és ennek természetét illetően, másrészt az egyes rétegek terjedelmét és felépülését illetően. Magukat a jogréteget illetően kritikusom két változtatást lát érdemesnek, egyrészt a négy helyett egy ötödikkel, a bírói szokásjoggal kiegészítést javasolja, másrészt az egyes jogrétegeket nem a jog értelmi normarendszerének egyes nyalábjaire telepítené, hanem az azokat gondozó jogi tevékenységi-működési szférákra: „e specifikus jogi területeket, illetve az azokon belüli történéseket és ezek eredményeit a jog működési szféráinak nevezzük.”¹⁴ Az elsőre már Szilágyi anyagánál válaszoltam, és én mind a kettőt fontosnak látom az egyes jogrétegek lokalizálásában, sőt hogy most kritikusom éppen ellenkező alapot javasol a jogrétegek felosztására, hadd jelezzem, hogy az általam jelzett kettő közül fontosabbnak látom, hogy a jogrétegek elsősorban - Hartmann fogalmaiban - az objektívált értelmet szabdalják fel jogi normarendszer dimenzióiként, és csak másodlagosan fontosak az ezeket létrehozók és gondozók elkülönülései, bár így is van fontosságuk.

Tóth J. második változtatási felvetésére, hogy legyen egy ötödik jogréteg (=jogi működési szféra) érdeklődve jutottam el az ezt részletező elemzéseimhez anyaga 15. oldalán, de ott azt találtam, hogy „A szokásjog mára, a pozitív jog korszakában elvesztette jelentőségét, de még

¹¹ Szilágyi: i. m., 63. o.

¹² Egy 2015-ös tanulmányomban egy sor európai alkotmánybíróági döntési gyakorlatát elemezve ezt a döntési stílust főként a spanyoloknál és a litvánoknál a hazai mellett mely lényegében a korábbi német döntési stílus továbbfokozását jelentették. (Lásd Pokol Béla: Alkotmánybíróági döntési stílusok Európában. Jogelméleti Szemle, 2015/3. sz. 107-129. p.) Noha a német maga olyan döntést tudomásom szerint nem hozott, mely szó szerint szembe ment volna az alaptörvényük valamelyik részletes szabályával.

¹³ Szilágyi: i. m., 62. o. Jelzem még, hogy kritikusom részéről tett felsorolásszerű állításokra az anyaga 13-14. oldalain sommás jellegük miatt nem térek ki.

¹⁴ Tóth J. Zoltán: A jog dinamikájáról. In: uő (szerk.): A jog többrétegűsége. KRE ÁJK/Patrocinium, Budapest, 2020, 129. o.; illetve uő: A többrétegű jogelméletéről. Jogelméleti Szemle, 2020/1. szám, 196. o.

létezik.”¹⁵ *Am, amit példának ezek után hoz (pl. a bizonyítás-felvétel és értékelés, illetve az ítélkezési elvek), azok mára az írott jog eljárásjogi kódexeiben már rögzítetten benne vannak, és ezek bírói jogi konkretizálásait jelentik, melyek már benne vannak az én konkretizáló bírói jogrétegemben, és így nem érdemes egy ötödikként még ezt megismételni.*

Ezekon kívül még két olyan felvetést találtam a kritikusom anyagában, melyek módosítják az én jogréteg-tematizálásomat. Az egyik jogdogmatika felépülésére és a „hatályos jogdogmatika” mibenlétére vonatkozik, a másik az erkölcsi-morális normák jogba bejutásának helyére. Az elsőt illetően ő a jogdogmatikát a jogtudománnyal azonosítja, „A jogtudomány tehát a jogdogmatikai kategóriák kialakítását végző tevékenység”.¹⁶ Ezzel azonban az a gond, hogy így csak a tételes jogági elemzéseket tudja bevonni a jogtudományba, és a jogtörténet, a jogszociológia illetve a szociológiai irányultságú jogelméleti problematika ide nem fér bele. Az én ezzel ellentétes felfogásom szerint a tételes jogági tanulmányok nem is sorolhatók a jogtudományba, hanem a jogtudomány - a jogtörténeten túl - a társadalomtudományosítással csak az elmúlt évtizedekben kezdett megjelenni, és fokozatosan a tételes jogági dogmatikai szellemi termékek mellett a jog egészében létrejön a tényleges jogtudomány.¹⁷ Vagyis a jogdogmatikát nem lehet befogni a jogtudományba, nem is felel meg a tudomány elveinek, ahogy azt már régen sokan állítják, de ez semmit nem von le a hasznosságából, mert nélküle a modern jog nem is tudna működni. A jogdogmatika tehát a tudományon kívüli szellemi tevékenység. Az azonban tény, hogy a tudomány analógiájára az intézményrendszere - már az egyetemek mellé telepítése miatt is - a szabad szellemi termelést jelenti, és egymással szemben rivalizáló jogdogmatikai alternatívák vannak párhuzamosan jelen minden jogterületen. Így a jogdogmatika hordozója az egyetemi jogászság illetve az egyetemekre amúgy is jórészt bekapcsolódó felsőbírósági bírák csoportjai. *Ebben egyetértünk Tóth J. Zoltánnal, ám abban már kevésbé, hogy az ebből a szabadon termelődő jogdogmatikai anyagból miképpen válik ki az éppen hatályos jogdogmatika. Ő ezt úgy oldja meg, hogy a teljes jogdogmatikai termelésből a hatályos jogdogmatika státuszát az adja meg, hogy a teljes jogászság konszenzusát elérte-e egy ilyen *de lege ferenda* javaslat, ami nem, az marad pusztán jogtudománynak: „Az előbbieket, mint a jogászság egésze által elfogadott fogalmak, szempontok és módszerek alkotják a (mindenkor létező) jogdogmatikai rendszert; a többi fogalom, elhatárolás stb. pedig megmarad pusztán a jogtudomány részének (...)” (4.p.)*¹⁸

A realitás azonban ezzel szemben azt mutatja, hogy a sok-sok *de lege ferenda* javaslat tömegéből a hatályos jogba bejutó jogdogmatika azzal jön létre a modern kodifikált jogban, hogy a kodifikációs szakaszba bevonásra kiválasztott egyetemi professzorok és egyes felsőbírósági bírók melyik jogdogmatikai verziók alapján építik fel a törvénykódex egyes részeit. Ami bekerül, az hatályos jogdogmatikává válik, ami nem, az megmarad pusztán *de lege ferenda* akadémiai véleménynek. E mellett még a másodsorban, alárendelten még úgy is a hatályos jogdogmatika részévé válhat egy-egy *de lege ferenda* javaslat, hogy a kódex domináns jogdogmatikai alapja által lehetővé tett hézagokban egyes felsőbírósági bírók beemelnek még részleteket illetően jogértelmezésük során jogdogmatikai megoldásokat, és ha ez egy idő után elfogadottá válik a többi felsőbíróság által is, akkor ez is a hatályos jogdogmatika részévé válhat. Vagyis nem olyan széles jogászsági konszenzus dönt erről, ahogy kritikusom felteszi, hanem egyrészt a parlamenti többség vezérkarának szakpolitikus részlegei (ti. akit beemelnek

¹⁵ Tóth J. : i. m., 145. o.; i. m., 209. o.

¹⁶ Tóth J.: i. m., 132. o.; i. m., 198. o.

¹⁷ Lásd Pokol Béla: A jogtudomány társadalomtudományosítása (és perspektivikus létrejötte). In: Bódig/Zódi: A jogtudomány helye, szerepe és haszna. MTA Jogtudományi Intézet - Opten Informatikai Kft. 2014. Budapest 50-76. o.

¹⁸ A következő oldalon még tisztábban: „Egy adott jogrendszer mindenkor létező („hatályos” azaz a gyakorló jogászok által egy bizonyos időszakban egyöntetűen elfogadott) jogdogmatikája tehát jogi fogalmak, kategóriák, jogelvek, jogi disztinkciók (elhatárolások) jogi viszonyok és értelmezési szabályok rendszere” (Tóth J.: i. m., 133. o.; i. m., 199. o.

a kodifikációs bizottságokba a jogászprofesszorok és a főbírók közül!), másrészt a bírói kar legfelsőbb szintjének tagjai. Vagyis a jogdogmatika egésze felett ugyan a jogászság diszponál (főként persze az egyetemi jogászok), de a hatályos jogdogmatikává válás felett inkább a parlamenti törvényhozási többség szakpolitikus-jogásza, akik összeállítják a kodifikációs bizottságokat, és másodsorban a felsőbbíróságok teoretikusabb bírái.

A másik vitás kérdés az erkölcsi-morális normák és értékek jogba kerülését érinti. Kritikusom álláspontja ebben: „Végső soron a voluntarista, a pusztán politikai akaraton alapuló tételes jog, illetve az erkölcs, az igazságosság ellentéte figyelhető meg a tételes jog és az alkotmányos jogok elvek és értékek közötti konfliktusban, melyek feloldása során az erkölcsnek megfelelő döntés lehetősége és annak elsődlegessége formális elismerést kapott az alkotmánybíráskodás bevezetésével.”¹⁹ Ezt én az erkölcsi-morális értékelések jogba behozatalát illetően egy hibás képnek látom, mert egyrészt kitolja a szemszögből, hogy a négyévenkénti választásokon a sokmilliós szavazatok az adott párt tevékenységének, hirdetett céljainak értékelését is jelenti, amikor hatalomba juttatják, vagy elkergetik onnan, másrészt túlértékeli az alkotmánybíráskodás által lehetséges morális értékek behozatalát. Tíz éve a morálfilozófiai könyvemben Hart és vitapartnerei kapcsán ezt így fogalmaztam meg: „Létezik az általánosan elfogadott erkölcs - mondja -, amit mindenkinek követni kell, és ezért nem jár tisztelet, hanem csak megsértésért szankció; ezen túl léteznek az eszmények szintjén levő erkölcsi kötelezettségek, melyek teljesítése a morális hősnek kijáró tekintélyt ad annak a néhánynak, aki ezt teszi (pl. feláldozza az életét egy eszméért), és az ennek folytatásaként írtakban jön be a társadalom elfogadott erkölcsének bírálata, a kritikai erkölcs mint az erkölcs egy további területe: „Az erkölcs más területei (...) eltérő irányban mutatnak túl az egyes társadalmi csoportokban elfogadott kötelezettségek és eszmények határain, és azok felé az elvek és eszmények felé vezetnek el, amelyek magának a társadalomnak az erkölcsi bírálata során játszanak szerepet.”²⁰ Itt már behozza Hart az erkölcsök pluralitásának lehetőségét is, és a demokratikus állam leváltható kormányzatánál ezek a plurális erkölcsi rendszerek is küzdenek a törvényhozás meghatározásáért: „Abból a tényből, hogy az elfogadott erkölcsnek és más társadalmi intézményeknek a szabadság vagy az egyenlőség nevében való bírálatát erkölcsi bírálatnak tartjuk, természetesen nem következik, hogy e bírálat más értékek nevében történő elutasítása ne lehetne ugyancsak erkölcsi jellegű (...) A különböző erkölcsi értékek súlyának, illetve a rájuk helyezett hangsúlyoknak az ilyen különbségei olykor egymással összeegyeztethetetlennek bizonyulnak. Gyökeresen eltérő elképzelésekhez vezetnek az eszményi társadalomról alkotott elképzelést illetően, és egymással szemben álló politikai pártok számára adhatnak erkölcsi alapot”.²¹ Csak érintőlegesen kell jelezni, hogy ezzel a leírással szemben a modern tömegdemokráciákban egy olyan kép realistább lehet, mely nemcsak a kritikai erkölcs - és intellektuális hordozó-csoportjainak - szintjén, hanem a társadalom nagy csoportjainak síkján is erkölcsi pluralizmust tesz fel, és a politikai táborok küzdelmeiben nem egyszerűen különböző kritikai erkölcsök csapnak össze, hanem a nagy társadalmi csoportok eltérő erkölcsi értékhangsúlyai is. E tematizálás-változtatás révén pedig nem a morálfilozófiai szerzők művei és vitáik (és a médiaterjesztésük felett diszponáló körök érdekei!) lesznek döntőek egy erkölcsi álláspont létének feltárására, hanem az empirikus erkölcsszociológiai felmérések.”²²

Rátérve Szmodis Jenő anyagára, nála három problémát emelek ki, első abban áll szerinte, hogy az kötetem első részei alapján számára evidens, hogy a jurisztokrácia/alkotmányi jog a globális hatalmi erők nemzetállamba bevitelén alapszik, így azzal hogy én ezt elfogadom a jog megkettőződésének egyben rehabilitálom is, a harmadik a *lex specialis derogat legi generali* elv alkotmánybíráskodás általi megfordítását állító tézisem továbbvitelére vonatkozik. Az első

¹⁹ Tóth J.: i. m., 141. o.; i. m., 205. o.

²⁰ H.L.A. Hart: A jog fogalma, Osiris, Budapest. 1995, 212. o.

²¹ Hart: i. m., 213. o.

²² Pokol Béla: Moráleméleti vizsgálódások. Kairosz Kiadó. Budapest. 2010, 138-139. o.

tehát, hogy a jurisztokrácia tényleg nem más, mint a globális hatalmi erők nemzetállami bevitelének stratégiája lenne?²³ Elemzéseim első részeiből ez kivehető, de ahogy haladtam előre az elemzésben, és a kelet-ázsiai illetve a latin-amerikai országokban néztem meg részletesen az alkotmánybíráskodás itteni keletkezését és mai működését, továbbá külső és belső hatalmi forrásaik helyzetét - beleértve a globális NGO-hálózatok betelepítését, vagy ennek hiányát -, evidenssé vált számomra, hogy élesen el kell választani az itteni jurisztokráciákat a Kelet-Európában megfigyelhető verzióktól. Ez utóbbi valóban alapvetően a globális hatalmi szerveződések által exportált jellegű, de ez csak egy a eset. Az ezt elemző kötetem terjedelmes utolsó előtti, 5. fejezetében ezzel foglalkoznak a vizsgálódásaim, és e fejezet végén a tézisszerű összefoglalásomból ez tisztán előbukkan. Nem vitás, hogy csak a konferencia után lettem kész ezzel a fejezettel, de a teljes kötetemmel együtt ez a részt is átküldtem már hónapokkal ezelőtt kritikusomnak, így már be tudta volna emelni ezt is anyagába, de a jövőben még megteheti. *Nem áll tehát a kritika, miszerint a jurisztokrácia egyszerűen a globális hatalmi erők által exportált jogi részt jelent, ami provizórikus, és el fog tűnni, és nem érdemes foglalkozni vele. A németeknél is valóban a megszálló amerikai hatóságok jogászai építették fel e szerint az alaptörvényüket, de olyannyira magukénak érzik ezt hetven év után, hogy el sem tudnák képzelni e nélkül a közjogi rendszerüket.*

A másik felvetés is ezzel függ össze, és így rója meg az elemzésemet, „hogy a legkülönbözőbb módon oktrojált „alkotmányi jogi” struktúrák teoretikus magyarázatával éppen egy illegitim folyamat legitímálásához járulhatunk hozzá.”²⁴ Ehhez még hozzáteszi előtte, hogy az oktrojált alkotmányi jog eredetét még annak rendje módja szerint felfedem, de aztán jogduplázódásként teoretizálással ezt zárójelbe teszem, és ezzel (akaratlanul) elleplezem. *Magamban ezt a felvetést úgy fordítottam le, hogy Szmodis Jenő jogpolitikus jól megfedte semleges jogtudósi elemzésemet, mellyel csak a tények feltárását tartottam a szem előtt, a struktúráik bemutatásával együtt, és a személyes értékelésemet visszafojtottan elhallgattam, vagy csak minimálisan mutattam meg, pedig szerinte inkább ez utóbbinak kellett volna dominálni az elemzésben, dörgő hangon felmutatva ennek felháborító jellegét. Az előbbieken Szilágyi Péternek válaszolva e visszafogott negatív értékelésemnek így adtam hangot: „Így végső jogkoncepciómban jelenleg a jog strukturális szerkezetét nem tudom már leírni pusztán „többrétegű jogkoncepcióként”, ahogy 1991-ben tettem, hanem „két joglépcsőn felépülő többrétegű jogkoncepcióként”. Igaz, fenntartásokat hangoztatva az új joglépcső okozta problémákat illetően.”* (Kiemelés csak most, PB). De még ha el is tekintettem volna ettől, az se lett volna probléma megítélésem szerint, mert tudomány a semleges összefüggés-felmutatásokból áll és nem a morális vagy politikai jellegű *Sollenek*, az értékelések létrehozatalából.

Szmodis harmadik felvetése a *lex specialis derogat legi generali* elv alkotmánybíráskodás általi megfordítását állító tézisémet továbbvitelére vonatkozik. Jelzi, hogy ezzel felvetésemmel nem mondtam újat, mert ő már találkozott Vörös Imre 2013-as tanulmányában ezzel.²⁵ Nem az elsőbbség miatt, de jelzem, hogy ezt már 2008-as „A jog absztrahálódási formái” c. tanulmányomban megfogalmaztam a Jogelméleti Szemlében, és a német fordítása is megjelent a *Rechtstheorie* a 2011-es évfolyamának 1. füzetében.²⁶ Ami azonban fontosabb azt úgy lehet megfogalmazni, hogy Vörös Imre 2013-as cikkében minden történeti alátámasztás nélkül csak kijelentette, hogy a *lex specialis* elv mindig is csak a magánjog elve volt, és a közjogban ez soha nem állt, mert ez csak a magánautonómia miatt jött létre, és az csak magánjogra állhat.

²³ Szmodis Jenő: Észrevételek a jogrendszer duplázódásának elméletéhez. In: Tóth J. Zoltán (szerk.): A jog többrétegűsége. KRE ÁJK/Patrocinium, Budapest, 2020, 77. o.; Szmodis Jenő: Adalékok az állami beavatkozás problematikájához. Jogelméleti Szemle, 2020/1. szám, 192. o.

²⁴ Szmodis: i. m., 69. o.; i. m., 187. o.

²⁵ Szmodis: i. m., 77. o.; i. m., 192. o.

²⁶ Lásd Béla Pokol: Abstrahierungsformen des Rechts. *Rechtstheorie* (42. Band) Heft 1. S. 105-123.

Szmodis ezt úgy enyhíti, hogy valóban, egy speciális szabály nem állhat ellen egy általános jogelvnek, csak akkor maradhat fenn ilyen ütközésnél, ha egy másik általános elvhez tud menekülni a megsemmisítés ellen: „...amennyiben a szabály valamely jogelvvel ellenkezik (akár egy olyan elvvel tehát, amelynek érvényesülését a szabály közvetlenül nem szolgálja) a konfliktus feloldása, a szabály létjogosultságának igazolása egy további jogelv figyelembe vételével történhet meg. Ilyen elv hiányában azonban a szabály jogállami keretek között megsemmisítendő, illetve a bíróságok ítélezése során figyelmen kívül hagyandó”.²⁷ Szmodis Jenő ezzel az állításával helyben hagyja nemcsak a közjogban, hanem a teljes jogrendszerben a *lex specialis derogat legi generali elv* eltűnését, tehát még túl is megy Vörös Imrén. Én azonban történetileg úgy látom, hogy ez az elv a teljes jogrendszerre vonatkozott 600 éven át Baldusék nyomán, és csak a II. világháború utáni amerikanizálódással (ahonnan átkerült ez a széles alkotmánybíráskodás) indult meg ez az átfordulás. Hadd idézzem a 2008-as anyagomat erre, illetve mivel felvettem ezt a 2010-es Autentikus jogelmélet c. kötetembe, és ez van kéznél, ebből: „A kommentátor-korszak idején Baldus úgy vitte tovább mestere, Bartolus nézeteit a jogi regulák kötelező jogi jellegéről az eseti jogi normákkal szemben az egyes vitákban, hogy aki egy általános regulára tud hivatkozni, az átfordítja az adott kérdésben a bizonyítási terhet, mert ezzel ő jut előnyösebb jogi pozícióba és közelebb a pernyeréshez. Ám ha a másik fél bizonyítani tudja, hogy az adott esetben más normák miatt az általános szabály nem alkalmazható, akkor elveszíti ezt az előnyös pozícióját, és a speciális szabályok lépnek be a regula helyett (...) Ezzel a fenntartással és a csak alárendelt jogerővel való ellátással a jogi regulák nem tudták elnyomni a Digesta és a jusztiniánuszi kodifikáció többi kötetének részletes eseti szabályait, miközben ezzel párhuzamosan a jogi pereken kívüli használatban a római jog maximái és regulái a retorika és a logika általánosabb érvei szintjére kerültek a közös európai kultúrkincsben. Ennek következményeként azt láthatjuk, hogy míg a részletes eseti jogi ügyek ezreinek színességén edzett jogászok számára a normatív támpontok egymást keresztező jellege és ezek összebékítésére állandóan kivételek beiktatása az egyes jogelvek és maximák használata elé óvatosságot parancsolt, addig a szellemi élet nem jogász tagjai a legnagyobb lelkesedéssel tették ezeket érvelésük és ítéletük alapjává, különösen amikor az 1600-as évek második felétől a franciáktól kiindulóan (Descartes, Pascal) az absztrakt-deduktív rendszergondolkodás vált középpontivá az európai kontinensen. Ennek elmaradása az angoloknál és az ő szellemi kincsüket továbbvivő korai amerikai jogi gondolkodásban eltérően alakította a jog absztrahálódásának formáit egyrészt az angol-amerikai jogi életben, másrészt a kontinentális Európa jogi életében. (...).A kontinentális Európa óvatosabb használatával szemben tehát az angoloknál és nyomukban az amerikaiaknál a maximáknak, az átfogó jogelveknek erősebb szerep jutott, és míg Bartolus, majd nyomában Baldus csak a jogi érvelés első fázisában engedte meg érvényesülésüket, melyekkel szemben a speciális helyzetre részletesebb szabályok felmutatásával azok háttérbe szorítását lehetett elérni, addig az angol-amerikai jogi életben ezek a vitathatatlan és kivétel nélküli érvényesülésre törő normatíva szerepét kapták meg jó ideig.” (Pokol 2010:124-125).

Összegezve nem értek egyet Szmodis teljes elvetésével, és a lex specialis... elvnek, ha módosultan is, de ugyanolyan fontos szerep jut a jogászok orientálódásában mint korábban, és nemcsak az általános jogelvek segítségével, és attól függően.

II. Válasz Cservák Csaba anyagára

A jog rétegelméletétől az elmozdulásomat Cservák Csaba segítette, amikor elgondolkodtam az általa felvetett ötödik jogréteg lehetőségén az alapjogok mellett egy önálló

²⁷ Szmodis: i. m., 79. o.; i. m., 194. o.

dogmatika alakjában, és ennek eredménye lett a jogréteg-elméletem újragondolása, illetve az állam- és a jogduplázódás tézisének vitára bocsátása. *Az ösztökélésén túl azonban a továbbfejtést illetően alaposan eltér az álláspontunk, és a továbbiakban az anyaga számomra vitatható pontjait emelem ki röviden.*

(Jogalkotási és jogértelmezési rétegek) „A jog rétege tekintetében ugyanis elkülöníthetünk jogalkotási és jogértelmezési rétegeket (...) Tehát összességében nyolc szelvényről beszélhetünk.” - írja.²⁸ Ha elfogadnám, akkor a jogalkotási mellett inkább jogalkalmazást írnék, és az ezen belüli jogalkalmazást segítő szerepről az egyes jogrétegek tekintetében, de ez nem egy része, szelvénye az egyes jogrétegeknek, hanem egy funkciója, és nem egy-egy szelvényének, hanem az egésznek. De akkor már nem is kell kettébontani nyolccá, hanem mind a négy részt vesz a jogértelmezésben. A jogszabály szövegrétege persze csak passzívan, mert épp azt kell értelmezni, noha a szöveg egyes részeit egymásra tekintettel is (*kontextuális értelmezés*). De meg is fordul az okozatiság feltevése is az idevonatkozó megállapításokban, pl. „A jog szövegrétegének természetesen elsődleges a jogalkotási funkciója.” - írja. Nem megismételve az előzőekben már tisztázottakat, a jog szövegrétegén a jogszabályok szövegeit kell érteni, és a jogalkotás csak úgy függ össze a szövegréteggel, hogy az utóbbi a jogalkotásban jön létre, a jogalkotás gyermeke, és az nem az ő funkciója, hanem legfeljebb a teremtője, ha már mindenképpen össze akarjuk azzal kötni, de így csak egy evidenciát mondunk. Egy másik megállapítás azonban már problémásabb: „A bírói jogréteg - legalábbis a kontinentális jogrendszerekben - viszont elsősorban a jogértelmezési jellegű”.²⁹ Az alsóbíróságok számára valóban ez a funkciója a felsőbb bírósági jogértelmezésnek, de a modern jogban az új jog alkotásának egyik fő bázisa az előzőleg kialakított bírói precedensek és gyakorlatok szelektálása, letisztítása és aztán kodifikálása. (Az EU-ban ez addig elmegy, hogy a legtöbb rendelet és irányelv ténylegesen az előzetes luxemburgi esetjog kodifikálását jelenti.) De ugyanígy féloldalas az az állítás, miszerint a jogdogmatika csak torzulás esetén jelenthet új jogalkotást,³⁰ mert az egyes jogdogmatikai megoldások új szabályozásokat ösztönözhetnek, sőt néha teljesen új törvényi szabályozás alapjává válhatnak.

(Az alapjogi réteg határai) „mit tekinthetünk alapjogi rétegnek?” - teszi fel a kérdést?,³¹ és felveti az alkotmányi rögzítés mellett a részletező törvényi szabályozás ide sorolását vagy esetleg az AB ezt részletező esetjogát, de végül csak az utóbbit hagyja meg. Ám így pedig az alkotmányi rögzítés szép csendben egybeesik az ezt kibontó AB-esetjoggal, és ezzel szemben fogalmaztam meg a vitára bocsátott kötetemben az alkotmányi jog három belső jogrétegét és közülük a feszültségeket (lásd készülő kötetem első fejezetében a hat problémát). Hadd jelezzem, hogy most utólag már szűknek látom azt, hogy a jogrétegelmélet kezdetén a három hagyományos jogréteg mellé negyedikként csak az alapjogi rétegnek fogalmaztam meg a bővítést, mert eleve a teljes alkotmány bejön itt, alkotmányos alapelvek, deklarációk, melyeket aztán fokozatosan „alapjogiasítanak” egy sor AB előtti megtámadási formulát kiolvasztva belőlük. *Tehát most már úgy látom, hogy eleve rossz volt az alapjogi réteg elnevezés, mert most félrevezeti azt, aki meg akar mellette maradni. Én nem maradtam meg, alkotmányi joglépcsővé kibővítettem, és ezzel az egész problematikát pontosabban tudom megragadni az egyszerű alapjogi réteg helyett.*

(AB-határozatok hovatarozása) Itt két kérdéskört vet fel Cservák Csaba, egyik arra vonatkozik, hogy mi a kötelező az AB-határozatokban, a másik az AB-határozatok jellegére kérdez rá. Az elsőre adott a válaszával egyetértek, az AB-határozatoknak nemcsak a rendelkező része a kötelező, hanem az indokolás ez része is, de melyik, és ezt problematizálja. Idézi a 2014-

²⁸ Cservák Csaba: A jog rétegelméletének új kihívásai. In: Tóth J. Zoltán (szerk.): A jog többrétegűsége. KRE ÁJK/Patrocinium, Budapest, 2020, 109. o.

²⁹ Cservák: i. m., 110. o.

³⁰ Uo.

³¹ Uo.

es alkotmánybíráskodási kötetem álláspontját, miszerint az elvi jellegű indokolási részek felett külön szavazást láttam szükségesnek, és ezt annyival szeretném most kiegészíteni, hogy az utóbbi években a testületi üléseken az indokoláson belül a konkrét ügy eldöntésének alapját jelentő normatív érv, a *ratio decidendi* kiemelését szerettem volna elérni, de csak párhuzamos indokolásaimban és különvéleményeimben tudtam ennek hangot adni a nyilvánosság előtt.³² Egy sajátos dolog ennél, hogy időközben kiderült, Varga Zs. András bíró úr ezt már előttem felvetette 2004-ben, de odabenn a testületi vitákban ebből csak annyit profitáltam, hogy - ennek jelzése nélkül - csak barátibb volt e javaslatomat illetően a többiekhez képest, és ez is felvillanthatja az AB- döntési folyamatok összefüggéseinek bonyolultságát.

*Másik az AB határozatok jellegére vonatkozik, és itt nem értünk egyet: „Leegyszerűsítve úgy summázhatjuk, hogy a testület határozatai, ha nem is az alapjogok kötelező tartalmi elemei, de a jogdogmatika, a jogtudomány részévé válnak.”*³³ E megállapítás minden összetevőjét hibásnak látom, mert a realitást véti el azzal, hogy az AB-határozatait nem tekinti az alapjogok kötelező tartalmi elemei meghatározójának. Ennek mértékét lehet ugyan kritizálni, de ez tény. A másik hiba, hogy csak a jogdogmatika részévé válást említi, hisz elsősorban az AB-határozatok adják az alaptörvényi szövegben absztraktnan rögzített alapjogok és alkotmányos elvek, deklarációk konkretizáló alkotmánybírási jogrétegét. De nem vitásan részben az alkotmányi dogmatika distinkcióit és rendszeres fogalmi összefüggéseit is ezek az AB-határozatok fejtik ki, és az egyszerű egyetemi jogászi alkotmányi dogmatikai segítő munka e téren csak alárendelt, szemben a hagyományos jogági dogmatikák feletti egyetemi professzori dominanciával. (Bár a németeknél az elmúlt hatvan évben e téren is bejöttek a professzori dogmatikai fejlesztések!) *Fontos azonban, hogy meg kell különböztetni az alkotmányi dogmatikát a hagyományos jogági dogmatikáktól - és itt zavarban vagyok, mert én épp e téren véltem kapni Cservák Csabától az ösztökélést a korábbi jogréteg-elméletem újragondolására az ő ötödik jogréteg felvetése révén.* Egyáltalán, ez most valahogy eltűnt nála, és nemhogy nem követ engem a jogduplázódás tézise kibontásánál, de ezt sem hangsúlyozza most itt ki...

(Belső jogrétegek - külső jogrétegek) Vannak belső és külső jogrétegek - írja kritikussom. „Előbbiekből lehet megismerni a jogot, az utóbbiakból pedig származik”,³⁴ és megismétli az előbbieken már látott kettős kritériumot a jogrétegek lokalizálásában azzal, hogy külső mindig a szöveg, és a belső az azt létrehozó jogi működési szféra. Mint látható volt Győrfi Tamásnak írt valamikori válaszból, ezt én is figyelembe veszem, és miközben döntő a szöveg (itt a külső), addig másodlagosan az is, hogy a létrehozója miként különül el más rétegek hordozóitól. Itt pedig megmutatkozik Cservák Csaba problémája, hogy nem követett engem a jogduplázódásban és az alkotmányi jog belső többrétegűségének tézisében, mert azon medítál, hogy mi az (egységes) alapjogok belső rétege (tehát a hordozói). Az én tézisemben, mivel eleve szétbontom ezt alkotmányi szövegrétegre, alkotmánybírási esetjogra és alkotmányi dogmatikára, így a hordozók különállása (alkotmányozó hatalom, alkotmánybírák és az egyetemi jogászok) és ezek eltérő viszonyai, arányai az egész alkotmányi jog meghatározásában az egyes országokban az empirikus kutatások tömege mellett számos nagydoktori disszertációt tud majd megtölteni, szemben a kritikussom néhány ezt illető sorával. *De már e néhány sora is mutat számomra két súlyos problémát, az első mindjárt az, hogy nem is említve az alapjogi réteg hordozójaként az alkotmányozót (ahogy a törvény szövegrétegénél a törvényhozó), hanem rögtön az alkotmánybírással kezd.* Valójában az alkotmánybírák az alkotmányban már rögzített alapjogokat csak konkretizálhatják esetjogukban - de ahhoz kötve! -, de azt a csak a kizárólagosan az alkotmányozó által érinthető alkotmány hordozza, és nem ők. A másik probléma az alapjogi réteg és tágabban az egész alkotmány hordozóit illetően az, hogy nem is említi az egyetemi jogászi csoportokat itt. Pedig ez a „hordozás” olyan mértékét

³² Lásd pl. a 11/2019 (III. 29. AB határozat 21-24. pontjait.

³³ Cservák: i. m., 112. o.

³⁴ Cservák: i. m., 113. o.

ért el az elmúlt években Európában, hogy a több országot összefogó egyetemi jogászcsoportok sorozatos konferenciákat szervezve és vaskos angol nyelvű köteteket kiadva az összehasonlító alkotmányjog téziseiről ezeket észrevétlenül, mint az államok írott alkotmányai feletti közös európai alkotmányt kezdik érvényesíteni, és ennek címadó teóriája a *többszintű alkotmányosság* jelszava. Ezt ugyan így nem lehet elfogadni, de hogy az alapjogi réteg és a tágabb alkotmányi jog működésében és formálásában az egyetemi jogászcsoportoknak van szerepe, azt nehéz lenne tagadni.

(Alkotmánybíróság és hatalommegosztás) „Az Alkotmánybíróság hatalommegosztási tényezőként megítélése”- írja Cservák Csaba, és jelzi, hogy az alkotmány létrehozása Magyarországon a törvényhozás feladata.³⁵ A másodikkal kezdve, ez egyszerűen tévedés, mert a magyar Országgyűlés két teljesen eltérő funkció közös szerve, egyrészt a törvényhozásé (és e körben a kormányzat folyamatos kontrollálásáé és esetleges eltávolításáé), másrészt az alkotmányozás szerve. E második funkciót főként az új Alaptörvény igyekezett is eltávolítani a törvényhozási funkciótól azzal, hogy más a módosításának kezdeményezési eljárása, más az Alkotmánybíróság ezt az eljárást illető ellenőrzési hatásköre, és nem utolsósorban azzal, hogy az T) cikk (2) bekezdése kifejezetten kiveszi az Alaptörvényt a jogszabályok közül, és ez nem jogszabály, hanem a jogrend alapja. Persze lehetne kritizálni, hogy még így is túl közel hagyta az alkotmányozó hatalmat a törvényhozó hatalomhoz azzal, hogy az Országgyűlés képviselőinél hagyta ezt, még ha minősített többségükhöz kötve is.³⁶ E kritika sejlik fel Cservák Csabánál is, de a törvényhozásnál hagyása téves állítás.

Másik kérdés az alkotmánybíróság és a hatalommegosztás viszonyának a kérdése. Itt a válasznál abból kell kiindulni, hogy maga az alkotmányozó hatalom felette áll a hatalommegosztásnak, ezt ő maga hozza létre különböző mértékben az alkotmány megalkotásakor, vagy lehetséges, hogy egyáltalán nem hozza létre, de őt magát ez nem érinti. A mai alkotmánybíróságok pedig a kiterjesztett hatáskörük révén - főként, ha maga az alkotmány nagyon nehezen módosítható - igen nagymértékben felcsatlakoznak az alkotmányozó hatalom mellé. E széles hatásköre révén pl. a mai magyar alkotmánybírák törvényeket semmisíthetnek meg, mozaikos megsemmisítés esetén átalakíthatják egyes törvényi rendelkezések tartalmát, vagy alkotmányos követelmények előírásával kiegészíthetik egyes jogszabályi rendelkezések tartalmát; továbbá megsemmisíthetik a jogerős ítéleteket, és előírhatják, hogy a megismételt eljárásban hozott ítéletet majd milyen tartalom esetén fogadják el alkotmányosnak; megsemmisíthetik a kormányrendeleteket, a miniszeri rendeleteket, az önkormányzati rendeleteket. Az itt felsoroltak nemcsak magyarra, hanem a legtöbb mai alkotmánybíróságra állnak, de ezt meghaladóan a közigazgatás szoros ellenőrzése különösen Latin Amerika egyes országaiban és Kelet-Ázsiában jellemző, nem is beszélve az indiai alkotmánybíráskodás által felállított párhuzamos közigazgatást jelentő *social committee*-k sűrű rendszeréről (lásd kötetem 5. fejezetében ezek elemzését). Röviden, az alkotmánybíróságok a hatáskörük szélessége révén a hatalommegosztás felett állóan lettek mára már intézményesítve, és szabad (szövegtől elszakadó), illetve eleve az üres alkotmányi deklarációk adta lehetőségek révén létrejött autonóm alkotmányértelmezésük során szorosan felemelkedve az alkotmányozó hatalom mellé szintén ebbe az irányba tolták őket. Ezt lehet esetleg kritizálni, és kell is, de tényként fontos ezt leszögezni, hogy tudjuk, hogy miről is beszélünk. *Az alkotmánybíróságok a hatalommegosztás felett állnak.*

³⁵ Cservák: i. m., 112. o.

³⁶ Hadd jelezsem, hogy 2010-ben az alkotmányozás folyamán a kodifikációs bizottsághoz beküldött javaslataim között én is az Országgyűlés Alkotmányozó Gyűléssé kiegészített formájára tettem javaslatot az alkotmánymódosítások elfogadását illetően, de ez nem került meghallgatásra, miközben több javaslatom igen, lásd az interneten javaslatom 2. pontját: pralewmt.hu/biz39/aeb/info/pokol.pdf

(A jogalkalmazás két típusa) Cservák Csaba a hagyományos jogalkalmazást a hierarchikus jogalkalmazásnak elnevezve behozza mellé a normakontrolláló jogalkalmazás fajtáját, értve ezalatt az alkotmánybíráskodás alkotmánykonkretizáló tevékenységét.³⁷ Megítélésem szerint ezzel máris túl közel hozta az alkotmánybíráskodás műveleteit a rendes bírászkodás műveleteihez egyszerűen azért, mert teljesen más az e tevékenységet keretekbe foglaló, korlátozó mechanizmusok felépülése. Ezt az elszakadást a rendes bírászkodás műveleteit illető korlátoktól lehet kritizálni, és célként lehet kitűzni az alkotmánybíráskodás korlátok közé szorításának közelítését a rendes bírászkodáséhoz, de ezt csak azután tehetjük, ha először külön tartva szemügyre vesszük a kettő alapvető különbségét a mai realitásban. Például az alkotmánybírák szabad viszonyulását az alkotmányszöveghez, ami a rendes bírászkodásban a törvényszövegek esetében el sem képzelhető, ugyanígy az utóbbiak esetében a fellebbezés és felülvizsgálat állandó fenyegetése, míg az alkotmánybíráskodásban ennek hiánya stb. Nálunk Magyarországon pedig, mivel az Alaptörvény hangsúlyozottan nem is jogszabály, így már névleg is hibás az alkotmánybíráskodást jogalkalmazásnak tekinteni, de persze ez csak formai kifogás lenne.

³⁷ Cservák: i. m., 123. o.