

A jogrendszer duplázódása

A jog strukturális összetettségét vizsgáltam bő harminc évvel ezelőtt Niklas Luhmann jogdogmatikát kiemelő tanulmánya alapján. Ez, valamint a jogdogmatika mellett a felsőbbbírósági esetjog szerepére vonatkozó vita Karl Larenz és Josef Esser között arra vezetett, hogy túlmenve a haza szakirodalomban bevett jogfelfogáson mely a jogot a törvénytörvényekkel és más jogszabályszöveggel azonosítja, a jog többrétegűségét megragadó jogfelfogást kíséreljek meg kialakítani.² Larenz és Esser vitája Németországban az 1950-es évek végén folyt le, és azóta az alkotmánybíráskodás kibomlása lényegesen átalakította és kibővítette a jogrendszer működését már a '80-as évek végére is, de azóta az egész világon még inkább az alkotmánybíráskodással megtöltött jog létezik egyre több államban. Így a jog többrétegűségének megfogalmazására inspiráló elődökön túllépve az alkotmányi joganyagot is mint a jog új rétegét vettem be alapjogi rétegnek elnevezve a később továbbgondolt tanulmányaimban.³ Am az azóta elmúlt években a jog és a politika működésének alapvető átalakulásait vizsgálva – elsősorban a nyugati demokráciákban, de ezen túl a világ több részén is – egyre inkább a törvényhozásra alapuló demokrácia mellett a bírói jogalakítással megvalósuló társadalomirányítási rendszer mechanizmusai bukkanak fel. Ezt a szakirodalomban a jurisztokrácia kifejezéssel állítják a demokrácia mellé, vagy azzal szembe.⁴ Ennek következményeit végiggondolva egyre inkább úgy látom, hogy túlságosan leszűkítve fogtam fel a '90-es évek elején az újonnan felmerült alkotmányi és alkotmánybíráskodási joganyag egyszerű beemelését a jogrendszerbe, mint egy negyedik jogréteget.⁵ Ez ugyanis a jog és az állami politikai akaratképzés sokkal mélyebb átrendeződését jelenti, minthogy ennek elméleti megragadására elég lenne egy egyszerű bővítés a jog többrétegűségén, és letudni ezt egy negyedik jogréteg hozzáillesztésével. A következőkben ezt az újragondolást szeretném ebben a tanulmányban elkezdni.

I. A jog hagyományos rétegei

Az ellentmondás-mentesség szükséglete együtt növekszik a jogban a társadalom fejlettségével, és a komplex társadalmak bonyolult működése csak az ellentmondás-mentesség magas foka mellett lehetséges. Ezt tudja a jogi normák rendszerszerűsége biztosítani. Az egyre sűrűbb társadalmi viszonyok, valamint az emberek és szervezetek milliói közti egyre intenzívebb érintkezések mellett – szemben például a korábbi társadalmi fejlettségi szinten a zárt falvakban élő kisközösségek változatlan viszonyai által támasztott

¹ Egyetemi tanár ELTE, alkotmánybíró.

² Lásd Pokol Béla: A jog rétegei. Jogtudományi Közlöny 1990/4. sz, 201-209.p.

³ Lásd ennek kiérett megfogalmazására Pokol Béla: A jog elmélete. Rejtjel Kiadó 2001.; illetve bővített formában: Pokol Béla: Jogelmélet. Társadalomtudományi trilógia II. kötet. Századvég Kiadó. 2005.

⁴Lásd a jurisztokrácia legismertebb megfogalmazására Ran Hirschl: Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press. Boston. 2004; a jurisztokrácia probléma továbbgondolására Pokol Béla: A jurisztokratikus állam. Dialóg Campus Kiadó Budapest 2017.

⁵ Jelezni szeretném, hogy erre az újragondolásra Cservák Csaba elmúlt években írt tanulmányai ösztönöztek, melyek az általam kiemelt jogrétegeken túl az alapjogi réteg vonatkozásában egy ezt kiegészítő ötödik jogréteg szükségességének megfogalmazását vetette fel az alapjogi dogmatikai réteggel (lásd Cservák 2015, 2017). Ezt végiggondolva azonban a harminc évvel ezelőtti jogréteg konstrukciómát még az általa javasoltnál is mélyebben revízióra érettnek találtam, és kezdtem el e tanulmány elkészítését.

követelményekkel – a jogi normák rendszerszerűségét ma már csak egyre bonyolultabb jogrendszerek teszik lehetővé. A korai középkor Európájában például a jogszolgáltatást (az akkori magyar nyelven: a törvénykezést) lényegében egyedül a bírák jelentették – akik hosszú ideig nem is voltak képzett jogászok –, és az ő döntéseiből szilárdult meg az adott ország joga évszázadokra, mint szokásjog. A későbbiekben viszont – az 1400-as évek végétől felgyorsulóan – már egyre inkább kiszakadt a tudatos jogalkotás a bírói jogszolgáltatásból, eleinte szokásjogi kódexek, majd egyre tudatosabban alakított új kódexek létrehozásával, és ezzel párhuzamosan a pontosabb jogi fogalmak kidolgozására a jogtudomány is egyre markánsabban megjelent. A Felvilágosodás utáni időktől már a különálló törvényhozás, a törvényeknek alávetett bírói jogalkalmazás és a jogi doktrínák, fogalmak kidolgozását végző jogdogmatikai tevékenység együtt jelenti a jog rendszerét.

A jogi normák rendszere, mint értelmi rendszer így egyre inkább, mint három jogréteg együttes terméke tud működni az utóbbi évszázadok modern társadalmában. A jogalkotási folyamatokban alakuló *szövegréteg*, a jogi szövegben levő fogalmak, kategóriák, disztinkciók értelmi összefüggéseit tisztázó és kidolgozó jogtudósok *jogdogmatikai rétege*, és végül a jogot az egyes esetekre alkalmazó-pontosító felsőbbbíróóságok *eseti jogrétege* adja a jogrendszer három rétegét az 1800-as évektől kezdve.

E három jogréteg közötti arányok eltérők lehetnek az egyes jogrendszerekben. Például az angol jogrendszer, amely a bírói eseti jogra alapozódva fejlődött döntő mértékben – és az 1800-as évek második felétől teret nyerő parlamenti törvények is az eseti-részletező szabályozási technikát alkalmazzák és nem absztraktabb normákat adnak, ahogy az európai kontinens jogrendszerei – nem épített ki fejlett jogdogmatikai réteget, de épp a részletes-konkrét szabályozási mód miatt nem válik el erősen a bírói eseti jog sem a törvények szövegrétegének értelmi szintjétől (lásd Dawson 1968). Itt a jogot lényegében az esetekre szabott bírói precedensek, illetve az ugyanígy esetekre szabott konkrét és részletező törvényi rendelkezések együtt jelentik – mint egyetlen jogréteg két fele. Noha jelezni kell, hogy bizonyos jogdogmatikai fogalmi készlet azért az angol jogrendszerben is létezik, de ez nem annyira átható jelentőségű ott, mint a kontinentális absztrakt kódexjogban.

A kontinentális Európa jogrendszereiben azonban a három jogrétegre bomlás markánsan megjelenik, és azt lehet mondani, hogy minél erősebb egy jogrendszerben a jogdogmatikai réteg szerepe – és ezáltal az absztrakt kódexjog –, annál inkább rászorul a bírói eseti joggal való kiegészítésre. Ennek legtisztább példája a német jog, de az ennek hatása alatt fejlődött jogrendszerek – így a magyar is – jól mutatják a jogrendszer három jogrétegre bomlását. Ebben a megoldásban a jogi normák értelmi meghatározása erősen átcúsúszik a törvényhozóról a jogtudományi körökre, és az általuk kialakított absztrakt kódexjoghoz csak kevés meghatározást tudnak fűzni a parlamenti politikusok a törvénytörvények elfogadásánál. Ám másik oldalról a bírák nyitott normákat kapnak, és így az eseti jog kialakításában nagy szabadságuk van az absztrakt szöveg rendelkezéseinek keretei között. Vagyis ebben az elrendezésben a jog értelmi meghatározásában a súlypont eltolódik a parlamenti politikától, és a jogtudói körök illetve a bírói kar kapnak nagyobb szerepet. Nem vitás azonban, hogy így a professzionális jogászok kezébe kerül erősebben a jog, míg az említett angol megoldásnál a jogászok mellett a parlamenti politikusoknak is komolyabb befolyásuk van a jog meghatározására.

Ha az angol jogot a kontinentális joggal ütköztetjük, akkor azt is láthatjuk, hogy míg az angol részletező jogi normák döntő mértékben szabálypontosságú normákat jelentenek az egyes szituációkban cselekvők számára, addig az absztrakt jogi kódexekre épülő kontinentális jogrendszerek sokszor csak jogelvi szinten adnak iránymutatást az egyes helyzetekben követendő magatartásra. Csak a pontosító bírói eseti jog kiegészítő jogrétege mutatja meg, hogy mi is az adott helyzetben a "jogos", és kinek a cselekvését támasztja alá a jog akár állami kényszerrel is. Vagyis a szabálypontosságú angol joggal szemben az absztrakt jogelvi

normatív anyag és az ezeket pontosító bírói eseti jog kettőse adja az alternatívát a kontinentális európai jogrendszerekben, és a két eltérő megoldás, mint a modern társadalmak szabályozási szükségletére adott két válasz fogalmazható meg.

E hagyományos jogrétegek mellett az utóbbi fél évszázadban egy újabb joganyag jelent meg több ország jogrendszerében, és ennek megjelenése átstrukturálja bizonyos fokig a jog hagyományos rétegeit is. Ez az alkotmányos alapjogi joganyag, amely csak ott létezik hangsúlyosan, ahol az írott alkotmány mellett kialakul az alkotmánybíráskodás. Eleinte ez csak az Egyesült Államokra volt jellemző az 1800-as évek elejétől, majd az 1950-es évektől folyamatosan több nyugat-európai országban is megjelent, és az 1989-es közép-európai demokratizálódási hullámban a legtöbb új demokráciában is bevezették az alkotmánybíráskodást, de ugyanígy a többi kontinens országaiban is.⁶

Az alkotmányos alapjogok eredetileg a feudalizmus elleni ideológiai-politikai küzdelemben emberi jogokként jelentek meg, különböző politikai, humanitárius követelményeket megfogalmazva, és a XIX. illetve a XX. században kerültek be az állami alkotmányokba. Amikor az alkotmánybíráskodás is elkezdődött rájuk alapozva, és egy-egy konkrét törvényi rendelkezést kezdtek hozzájuk mérni, megvizsgálva ezek esetleges alkotmányellenességét, akkor vált nyilvánvalóvá, hogy absztrakt követelményként ugyan problémamentesen irányítani tudják az alapjogok az állami döntéseket, de ha konkrét eseti jogokat akarnak megállapítani a segítségükkel, akkor az egyes alapjogok eltérő és egymással szembenálló döntési irányok felé ösztönöznek. Vagyis eseti szinten ezek az alapjogok sokszor ellentmondásosak, és csak valamelyik visszafogásával, a másik alapjog előnyben részesítésével alkalmazhatók. Ám ha más bírák döntenek, és másik alapjognak adnak előnyt, akkor épp ellentétes eredményre jutnak majd. Így kiszámíthatatlan alkotmánybíráskodás igazgatja sokszor a jogot, hisz az egyes bírói belső értékhierarchiája dönti el, hogy ő mely jogokat tekinti előbbre valónak a többinél. Ráadásul ez az új típusú alkotmányi joganyag a demokráciára és a plurális politikai küzdelmekre alapozott országokban tud igazán csak kifejlődni, hisz diktatórikus politika mellett alkotmány nem tud működni. Így a demokratikus politikai küzdelmet vívó nagy társadalmi csoportoknak a törvényhozási többség megszerzése mellett, mint egy alternatív fölénybe kerülési lehetőség merül fel a bíróságok szintén való meghatározó pozíció megszerzése. Ezek a fejlemények már korán elkezdődtek, és ezt mint a politika eljogiasítását, másrészt ezzel együtt a jog átpolitizálódását emelték ki az elemzések. Nézzük meg az erre vonatkozóan létrejött eddigi elemzések főbb tanulságait.

II. A demokrácia jurisztokratikus háttérbetolása

A demokrácia és a politika eljogiasításának vitái már a weimari időkben megindultak a németeknél az 1920-as években, amikor szomszédos Ausztriában az alkotmánybíráskodást létrehozva elkezdték a parlamenti döntések felülvizsgálatát, de ugyanígy a németeknél is a szövetségi legfelső bírói fórum egyre tágabban kezdett belenyúlni a szakszervezeti küzdelmek munkajogi vitáiba illetve más politikai ügyekbe.⁷ Az 1950-es évek elejétől a németeknél és az

⁶ Például az afrikai kontinensen ma már 46 államban van alkotmánybíráskodás, és ezek közül huszonkilencben különálló alkotmánybíráskodás látja ezt el, a többi az USA megoldásának megfelelően a legfelsőbb bíróság keretében maradt. (Az adatok a Confence of Constitutional Jurisdiction of Africa - CCJA - 2018-as közleményén nyugszanak.) Ezek persze inkább csak a politikai hatalmi küzdelmekben játszanak szerepet, és kevésbé a jog meghatározói. (Lásd részletesebben ezt Pokol Béla: Az európai jurisztokrácia globális exportja. Jogelméleti Szemle 2019/1. sz. 78-108 p.)

⁷ A német jogászprofesszor, Otto Kirchheimer 1928-as tanulmányában már a munkaviszonyok akkor meginduló jogi szabályozását is a jognak a politikába való illetéktelen belenyúlásaként értékelte, és ezt az érvet aztán több dimenzióban felhasználta a politika területének szűkítését okozó jog ellen az elmúlt évtizedekben. Lásd: Rüdiger Voigt: Verrechtlichung. In: uő (szerk.): Verrechtlichung. Königstein. 1980. 15-16-p.

olaszoknál is meginduló alkotmánybíráskodás a demokrácia politikaformálásának még inkább gátat szabott, és ugyanebben az időben az alkotmánybíráskodás szülőhelyén, az Egyesült Államokban is radikális változás indult be a korábbi szolid-alárendelt alkotmánybíráskodásnak a politika középpontjába kerülése terén. Ennek nyomán az amerikaiaknál a belső politikai akaratképzés addigi demokratikus-választott intézményekre alapozása sok szempontból átcsúszott a bíróságokra, és a bírói tárgyalótermekben mint a perlési politizálás kezdte ezt felváltani, kiegészíteni.⁸ Ez a kiterjedt és a demokratikus politikai terepet alaposan maga alá gyűrő alkotmánybíráskodás kezdett el terjedni aztán a diktatúráktól megszabaduló európai országokban az 1970-es évek végétől – Spanyolország, Portugália –, és némileg később a katonai puccsoktól megszabaduló latin-amerikai országokban is az 1980-as években. A szovjet birodalom szétesése az 1990-es évek elejétől különböző erősségű alkotmánybíráskodásokat hozott létre az összes volt közép-kelet európai csatlós államban és az újonnan függetlenné vált, volt szovjet tagállamokban is. Ezekben a fejleményekben mind középponti szerepe volt a domináns amerikai politikai elitnek, vagy mint megszálló hatalomnak – mint a németeknél és az olaszoknál –, vagy mint hegemon globális hatalomnak, mely világpolitikai szinten ösztökelte e változásokat, és a változások után alapítványai és pénzügyi segélyei révén határozta meg főbb vonalaiban a kialakuló új politikai rendet. A diktatúrák bukása/megbuktatása után így ezekben az országokban nem egy tiszta demokratikus politikai keret jött létre, mely az adott társadalom tömegeire bízta volna önmaguk sorsának meghatározását, hanem több-kevesebb fokban felülről egy globális hatalom által meghatározott normatív keretet helyeztek föléjük.

De az olyan országokban is, ahol egyáltalán nem volt jelen addig a jog feletti alkotmányi ellenőrzés szerepe – és ezzel együtt a demokratikus politikai akaratképzés felett egy bírósági politikai szerveződés –, megindult a hatalmi súly ide áttolása. A kanadai politikatudós, Ran Hirschl elemzése e folyamatok elemzésére irányult.⁹ Ő négy országban vizsgált meg alkotmányjogi reformokat, melyek az addig alig korlátozott parlamenti szuverenitást az alkotmánybíráskodás bevezetésével nagymértékben csökkentette, és átadta a politikai alapkérdések ellenőrzési és esetleges megsemmisítési jogát a főbíráknak. Ez volt Izrael, Kanada, a Dél-Afrikai Köztársaság és Új-Zéland esete, és mivel e négy országban a brit jogi hagyományok alakították korábban a jogi berendezkedést, ezért háromban nem külön alkotmánybíráskodást hoztak létre – csak a Dél-Afrika esetében –, hanem az USA alkotmánybíráskodási rendszerének megfelelően a legfőbb bírói fórum kapta meg ezt a hatáskört.

Hirschl fő tézise, hogy mind a négy államban egy olyan hatalmi helyzet volt a parlamenti főhatalom egy komoly részének főbírói fórum felé leadása idején, amikor a hosszú ideje domináns politikai erők felett viharfelhők gyülekeztek, és olyan parlamenti eltolódás látszott beteljesedni, melyben csak idő kérdése volt, hogy elveszítik a hosszú ideje élvezett domináns pozíciójukat a parlamenti választásokon. Ilyen helyzetben, ha biztosak lehettek abban, hogy a felsőbírósági elit és körülötte az egyetemi jogász elit nagy része az ő kulturális értékeiket és társadalmi értékeiket vallja, akkor meglepték a politika alkotmányjogiasítását

⁸ A fejlemény támogatói és ösztökélői a „jó ügy jogászatának” nevezik ezt (cause lawyering) a saját értékítéletük alapján, nem érintve ennek a demokratikus politikai akaratképzésével való szembenállását. Lásd: Stuart Scheingold: *The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle*. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York. Oxford University Press. 1998, 118-150 p.

⁹ „The constitutionalization of rights and the corresponding establishment of judicial review are widely received as power-diffusing measures often associated with liberal and/or egalitarian values. As a result, studies of their political origins tend to portray their adoption as a reflection of progressive social and political change, or simply as a result of societies’ or politicians’ devotion to a „thick” notion of democracy and their uncritical celebration of human rights.” Ran Hirschl: *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. Boston. 2004, 2. p.

jelentő reformokat mielőtt végleg vereséget szenvedtek volna a feljövő rivális parlamenti erők által. Ez volt az a helyzet, amikor aztán ünnepélyes deklarációkkal és emelkedett beszédek kíséretében megszavazták ezekben az országokban a parlament lefejezését és főbírói fórumnak való alárendelést megvalósító alkotmánymódosításokat.

Ennek tiszta példája volt az 1992-es izraeli főbírói kontroll megteremtése az izraeli parlament, a Kneszet döntései felett. Izraelben a kezdetektől a kelet-európai gyökerű és már jórészt szekularizálódott askenázi kulturális- és politikai elit dominált minden téren, és bár erőtlén hangok a jogász körökből felhangzottak az amerikai típusú hatalommegosztás és alkotmánybíráskodás propagálására az izraeli közjogi rendszer kialakítása éveiben, de a politikai erőterben monopolhelyzetben levő MAPAI – a mai Munkapárt elődje – élén David Ben Gurion lesöpörte ezeket. Ez a hozzáállás végig megmaradt az 1980-as évek végéig, azonban a domináns pozíció lassú elenyészése – az alacsonyabb társadalmi státuszú szefárd zsidóság párttá szerveződésével, illetve mind a kelet-európai askenázik, mind a szefárd zsidóságon belüli ortodox, főként ultra ortodox (haredi) vallásos zsidóság politikai erejének növekedésével, illetve az egymilliót meghaladó, egy tömbben kivándorló, volt szovjet zsidóság erős politikai megjelenésével a Kneszetben – változtatott ezen a hozzáálláson. Mielőtt végleg megingatták volna az újonnan feljövő erők e domináns elit erejét az izraeli törvényhozásban, felülkerekedett soraikban a főhatalom leadásának támogatása az alkotmánybíráskodás formájában az askenázi társadalmi-szellemi elit egyik fő bástyájának számító főbírói elit, a legfőbb bírói fórum felé.¹⁰ A főbírói fórum pedig azóta is szilárdan hozza a korábbi domináns elit értékeinek megfelelő döntéseit, és hiába csúszott át lassanként koalíciós kormányzásba a törvényhozási többség a vallásos pártok bevonásával, az így létrehozott törvényeket az alkotmánybíráskodás kontrollt végző főbírói testület rendre megvétózza.

Az 1982-es kanadai alkotmányos reformok mögött hasonló hatalmi szerkezeti eltulodások álltak, és Kanada korábbi, szilárdan az angol típusú, korlátlan parlamenti szuverenitáson nyugvó közjogi rendszerét lecserélték az USA-ban honos, bírói főhatalmi ellenőrzés alá rendelt modellel. Itt a politikai erőter eltoldását az egyes kanadai tartományok feletti szövetségi szinten az angol kultúrájú politikai elit dominanciájának megroppanása jelentette, és egyrészt a fokozódó soknemzetiségű bevándorlás csökkentette ennek az elitnek a számszerű bázisát, másrészt a Québec-tartományban felerősödő francia szeparatista törekvések sikerei az egész Kanada politikai térképének megváltozását vetítette előre. Ebben a helyzetben erősödött fel a már az évtizedek óta hiába sürgetett alkotmányos reform és az alkotmánybíráskodás megteremtésének támogatása a parlament domináns pártjai között, és tolták át a főhatalom tekintélyes részét a kanadai Legfelsőbb Bíróság felé. A törvényhozási többség ellenőrzése azóta itt még az Egyesült Államok főbírói kontrolljának erejét is meghaladja, és itt még az absztrakt törvénykontrollt is lehetővé tették a főbírák számára, mely addig csak a fokozott erejű európai alkotmánybíráskodásnál vált bevetté.

De ugyanígy állt a helyzet az 1990-es új-zélandi alkotmányos változások mögött, és mivel az angol származású elit addigi rezzentlen parlamenti dominanciája a maori őslakosság magasabb születési aránya, illetve a más ázsiai illetve óceániai gyökerű bevándorlók tömegei révén csökkenni látszott, az addigi merev szembenállást az amerikai típusú főbírói kontroll megteremtése felé ez a fejlemény leépítette. Míg fiatal egyetemi jogászként amerikai

¹⁰„The 1992 constitutional entrenchment of rights and the establishment of judicial review in Israel were initiated and supported by politicians representing Israel’s secular Ashkenazi bourgeoisie, whose historic political hegemony in crucial majoritarian policy-making arenas (such as the Knesset) had become increasingly threatened. The political representatives of this group found the delegation of policy-making authority to the Court as efficient way to overcome the growing popular backlash against its ideological hegemony and perhaps more important, an effective short-term means of avoiding the potentially negative political consequences of its steadily declining control over the majoritarian decision-making arena.” Hirschl i.m. 51. p.

tanulmányútjáról hazatérő, későbbi miniszterelnök, Geoffrey Palmer még óva intett 1968-ban az amerikai típusú alkotmányos kontrolltól a pragmatikus angol parlamenti szupremácia védelme érdekében, addig az 1980-as évektől a változó parlamenti erőviszonyok fényében ő vált a törvényhozást főbírói ellenőrzés alá helyező reformok élharcosává, és vezette sikerre a törvényhozásban az ezt megvalósító alkotmányi változásokat.¹¹ Az angol elitnek a bírói elitben lévő rezzenetlen dominanciája a szétziláltabb politikai erőviszonyok ellenére is garantálja azóta a hatalmi viszonyok változatlanosságát Új-Zélandon. Külön ki nem térve a dél-afrikai hatalmi átmenet részleteire a '90-es évek közepéig, ott is ugyanezt lehetett megállapítani, és az európai fehér kisebbség politikai elitje a hatalom parlamenti erőviszonyokra bízása mellett egy óriási hatáskörű alkotmánybíróságot hozott létre, melyben – és ugyanígy a tágabb felsőbírói elitben is – még mindig enyhe többséggel jelen tudott maradni.¹²

De túlmenve Hirschl által vázolt speciális helyzeteken, a demokráciától a jurisztokrácia felé eltolódást az Egyesült Államok már a legyőzött Németország és Olaszország második világháború utáni újjászervezésénél is megtette, és különösen a tömegeit illetően veszélyesebbnek vélt németek esetében úgy teremtette meg a tömeges választásokra alapozott demokratikus berendezkedést, hogy addig példátlanul széles alkotmánybíróságot hozott létre a parlamenti kormánytöbbség fölötti ellenőrzésre.¹³ Az amerikai alkotmánybíráskodás ekkor az 1940-es évek végén otthon még csak vékony keretet jelentett a demokratikusan választott hatalmi ágak felett, és csak alkalmanként szólt bele a tartalmi alapdöntések formálásába. Ugyanígy a Hans Kelsen által megfogalmazott és Ausztriában már korábban kipróbált, rendes bíróságoktól különálló alkotmánybíróság eszméje is csak vékony procedurális keretet jelentett a szabadon működő demokratikus intézmények felett. Ehhez képest az amerikai megszálló csapatok jogászai által megkonstruált új német alkotmány a

¹¹ „In 1968, Geoffrey Palmer, then a young academic, had in his own words „recently returned from studying the mysteries of the United States Constitution.” He warned against a Bill of Rights on the grounds that it was not needed, would catapult the judiciary into political controversy, and would be „contrary to the pragmatist traditions of our politics”. Idézi Hirschl i. m. 87. p. „But two decades later, when the white bourgeoisie’s control over New Zealand’s major policy-making arenas was challenged, that same speaker – now Sir Geoffrey Palmer - in his capacity as Minister of Justice in the term Lange Labour government (1984-89) and later Prime Minister (1989-1990) initiated and championed the empowerment of the New Zealand’s judiciary through the enactment of the 1990 New Zealand Bill of Rights Act.” uo.

¹² A Dél-Afrikai Köztársaságban a High Court 194 bírāja közül 129 volt fehér és a 11 alkotmánybíró közül hat, miközben a társadalomban elenyésző volt ekkor is az arányuk. (Lásd Hirschl i.m. 239.p. 86. lábjegyzet.)

¹³ Az alkotmány amerikai megszállók általi oktroyált jelleg sokáig tabutémát jelentett a német tudományos kutatásokban is, de az utóbbi években már – ha is annyira az alkotmányjogi körökben, hanem inkább a történettudományi feltárásokban – már ösztönösen írnak erről. A Konrad Adenauer Stiftung 2009 májusában tartott konferenciájáról szóló összefoglalóban Rüdiger Löwe-t idézik, miszerint a amerikai befolyás és meghatározás tényleges nagysága a Grundgesetz létrejöttére és tartalmára mindmáig tabutémának számít a tudományos kutatásban: “Löwes Meinung nach sei der Einfluss der USA auf die Entstehung des Grundgesetzes heute immer noch ein Tabu-Thema. Die USA hätten mit sanfter Strenge auf den richtigen Weg geholfen. “General Lucius D. Clay und die amerikanische Regierung gaben nach dem Zweiten Weltkrieg ein engen Korridor vor, in dem sich die deutschen Gründungsväter bewegen konnten”. (Lásd: Veranstaltungsbereiche Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 26. Mai 2009.) Ugyanerről a kérdéstről így ír egy recenzióban Marcus M. Payk: “Über Brisanz der Frage, inwieweit das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 23. Mai 1949 als eine eigenständig deutsche Verfassung oder doch eher als ein ”Diktat der Alliierten” zu werten sei, ist die Zeit hinweggegangen. Das Problem eines demokratischen Legitimationsdefizits durch die “Verfassungsschöpfung unter Besatzungsherrschaft” (R. M. Orsey) is zwar wiederholt aufgeworfen, größtenteils aber unter Hinweis auf den eigenständig deutsche Anteil an der Entstehung des Grundgesetzes sowie auf die akklamatorische Funktion der ersten und der nachfolgenden Bundestagswahlen verworfen worden.” (Lásd Payk recenzióját: www.hsozkult.de/publikationreview/id/rezbuecher-238 vagy másodpublikációja: H-NET Review in the Humanities and Social Sciences. A recenzált mű pedig Edmund Spivack terjedelmes könyve, lásd Spivack: Allied Control and German Freedom: American Political and Ideological Influences on the Framing of the West German Basic Law. Münster LIT Verlag 571. p.

legszelesebb törvénymegsemmisítési jogot adva az alkotmánybíráknak olyan tág és még továbbtagítható döntési formulákat tett be az alkotmányszövegbe a törvénymegsemmisítések alapjává, ami tendenciájában a teljes demokratikus döntési kompetenciát áttolhatta az alkotmánybírákra.

A németeknél bevált korlátozott demokrácia – ami persze a hivatalos narratívákban, mint az igazi és megnevesített „jogállami demokrácia” szerepel azóta is – aztán mintaként szolgált később a globális szinten domináns világhatalom, az eseményeket befolyásolni képes Egyesült Államok számára. Az 1970-es évek végén a diktatúrák megbuktatása után ezt támogatta Spanyolországban és Portugáliában, és különösen a spanyolok esetében sikerült a német alkotmánybírási modellt bevinni a demokratikus akaratképzés ellenőrzésére. Azóta a spanyoloknál még a németeket is meghaladó mértékben aktivista alkotmánybírási stílus létezik. Ennek egyik példája, hogy a spanyol alkotmánybírák még az alkotmány szószerinti rendelkezésével szemben is hajlandók döntéseket hozni, amit azért a német alkotmánybírák nem tettek meg.¹⁴ A spanyoloknál tovább radikalizált aktivista alkotmánybíráskodás modellje aztán az USA számára jó eszközt jelentett a spanyolajkú latin-amerikai országok alkotmányi berendezkedéseinek felépítésére. A nagy összegű segélyek felajánlása és ezek feltételekhez kötése, illetve az óriási szellemi befolyásolási intézményrendszer kiépítése alapítványok és politikai agytrösztök formájában az USA által Latin-Amerika nagy részét a jurisztokrácia elsőszámú bázisává tette. Óriási jogkörű alkotmánybíráóságok, ezek mellett – és ezek döntési stílusát átvevő – széles jogkörű főbíráóságok állnak a törvényhozás felett, és a társadalmi-politikai alapdöntések meghatározása jórészt csak ezek bevonása mellett lehetséges.

Ebbe a folyamatba illeszthetők be a Hirschl által elemzett, 1980-90-es években lezajlott fordulatok, melyek persze annyiban különböztek a globális szintű jurisztokrácia terjesztésétől, hogy itt a speciális hatalmi helyzetben lévő és a parlamenti arénában az elenyésző dominanciájukat megőrizni kívánó, országon belüli politikai erők választották a hatalmi átmentésükre ezt az utat. De a külső hatalmi meghatározás a jurisztokrácia terjesztésére továbbfolytatódott a szovjet birodalom felbomlása idején is a '90-es évek elején, és ekkor már a német-spanyol tapasztalatok dél-amerikai kipróbálásai is rendelkezésre álltak. A hatalmi átmenetet és a rendszerváltozást közvetlenül ellenőrző amerikaiak nem a szolid-korlátozott jogkörű osztrák alkotmánybíráskodást ajánlották az ekkor függetlenedő, közép-európai volt csatlós államoknak és a szétesett Szovjetunió utódállamai számára, hanem a parlamenti demokrácia felett a legszelesebb ellenőrzést gyakorló német-spanyol modellt. Ha valahol mégis korlátozott jogkörű alkotmánybíráóság jött először létre - mint a lengyeleknél - akkor is néhány év után áttértek itt az alig korlátozható alkotmánybíráskodás modelljére, mely globális narratívaként mint az „igazi demokrácia” kapott széleskörű propagandát. Ezek az alkotmánybíráóságok már csak nyomokban emlékeztetnek a valamikor Hans Kelsen által kigondolt, vékony keretet jelentő, demokratikus garanciákra, és inkább a főhatalom részeseit jelentik. Ez az alkotmánybírási főhatalom pedig abban leli racionalitását a globális szinten domináns amerikai hatalmi elitek részére, hogy az egyes országok alkotmányait igyekeznek fokozatosan beilleszteni – alapítványaik, szellemi agytrösztjeik és az ezek által támogatott helyi jogászai elitek ebbe becsatolt részei által – egy egységes globális alkotmányértelmezési rendszerbe. Ennek révén a formailag önálló államok parlamenti törvényhozásai felett egy sűrűn összefonódó globális alkotmányoligarchia szerveződött meg fokozatosan az 1980-as évek végétől. A Hirschl által elemzett speciális helyzetben létrejövő, „jurisztokrácia a

¹⁴ Például a spanyol alkotmány kimondja, hogy a házasság a nők és a férfiak közötti együttélés formája, és a spanyol alkotmánybírák nem vitatva, hogy az 1978-es alkotmányozók előtt ténylegesen is a nő és férfi közötti házasság állt, de azzal érvelve, hogy a közvélemény-kutatások szerint már sokan támogatják az azonos neműek közötti házasságot is, és a modern világ amúgy is már ebbe az irányba ment el, alkotmányosnak ismerték az ezt bevezető törvényi rendelkezést. Lásd részletesen ennek elemzését: Pokol Béla: Alkotmánybírási döntési stílusok Európában. Jogelméleti Szemle 2015/3. sz.

demokrácia helyett”-fejlemény így átfogóbban is szemlélhető, és ekkor a jurisztokrácia további aletei is feltárulnak.

III. A jogrendszer megduplázódása: törvényhozási jog versus alkotmányi jog

A fent vázolt fejlemények a politikai rendszer bizonyos fokú megduplázódását jelentették. Megmaradt a sok millió állampolgár választásai által működtetett demokrácia rendszere az ennek alapjait jelentő többpártrendszerrel és a parlamenti többségi törvényhozással, de mellette az alkotmány néhány oldalas szövegére és ennek absztrakt deklarációira illetve alkotmányos elveire támaszkodó és ezt szabad értelmezéssel kibontó alkotmánybírói döntések rendszere egy másik társadalomirányítási rendszert is létrehozott. E második rendszer nem mint nyílt küzdelmű alternatívaválasztás adja meg a társadalomirányítási döntéseket, hanem semlegesen mint egyszerű jogértelmezési végeredményeket, melyek indokolása igazi jogászai módon mint az alkotmányból való kényszerű levezetést igyekeznek ábrázolni a meghozott döntéseket. Ténylegesen persze ezek a döntések a legnyíltabbak az eredményeiket tekintve, és ezért egy egész befolyásolási mechanizmus épült ki az átfogó Nyugat civilizációs térségének országaiban, mely az ezekben összefonódott szellemi körökben – főként a jogelméleti, nemzetközi jogi, alkotmányjogi és politikai filozófiai közösségekben – az egyes országok alkotmánybíróinak értelmezését egy közös pályára igyekeznek állítani. Ez a közös értelmezési pálya bizonyos lehetséges értelmezéseket preferál, másokat pedig megtilt. Ennek része a különböző országokból származó egyes alkotmányjogászok, nemzetközi jogászok, jogelméleti teoretikusok hálózatának kiépítése globális alapítványhálózatok és agytrösztök szervezésében, mely tartós hálózatok rendszeres egyeztetései és konferenciái angol nyelvű kötetekben összegzik a „szakma” kötelezőnek deklarált alkotmánybírói értelmezési módjait és formuláit. De ugyanígy része ennek a különböző nemzetközi tanácsadói testületek felállítása, melyek aztán az előbbi alkotmányértelmezési hálózat „szakmailag ajánlott” értelmezéseinek betartását ellenőrzik az egyes országokban, és amennyiben problémát találnak, és felhívásukra nem történik meg a hálózathoz igazodás, akkor különböző gazdasági szankciók kilátásba helyezésével – segélyek, támogatási pénzek, vagy az uniós országok esetében kohéziós alapokból származó pénzek megvonása – történik meg az adott országon belüli társadalomirányítás megváltoztatására kötelezése. Ez a közös értelmezési pálya pedig olyan értelmezési módokat jelent, mely a nagybefolyású globális uralmi csoportok érdekeinek és jövővízióinak szolgálatába igyekeznek állítani a különböző országok alkotmánybíróinak értelmezését. Európában ezt jelenti a Velencei Bizottság, melynek elvileg csak tanácsadó szervnek kellene lennie a statútuma szerint, de az EU hatalmi szervei ezt mint a tagállamok (elsősorban a kelet-európaiak) közjogának legszorosabb ellenőrzőjét alakították át, és tanácsadása az érintett országok közjogi intézményeinek mikéntjére inkább szankciók kitézése melletti kötelezést jelent.

Így ez a kettős politikai rendszer egyrészt az országon belül domináns körök demokratikus uralmát, másrészt a globális uralmi körök – zömmel az összefonódott globális nagytőkés csoportok – hatalmi törekvéseit feszíti egymásnak. A jogrendszer vonatkozásában ez a hatalmi küzdelem pedig a törvényhozási jog és az alkotmányszöveg valamint ennek soktízezer oldalas alkotmánybírói döntésgyűjteményekkel konkretizált alkotmányi jog kettős rendszerében csapódik le. Vagyis nemcsak a politikai rendszer duplázódik meg a demokrácia és a jurisztokrácia hatalmi mechanizmusában, hanem ez átgyűrűződik a jogrendszer megkettőződése felé is. Ez az, amit az alkotmányi joganyagnak egy egyszerű negyedik jogréteggé megfogalmazása nem tudott kiemelni, és e konstrukció átalakítása felé ösztökélt. Az alkotmányi jog középpontját jelentő alkotmányszövegnek ugyanis van egy

kiterjedt alkotmánybírói esetjoga, mely nélkül a nagyon absztrakt szöveg – deklarációk és alkotmányi elvek – nem is tudna a hétköznapiakban több-kevesebb biztonsággal érvényesülni. De ugyanígy az országoként soktízezer oldalt kitevő alkotmánybírói esetjogi réteg nem tudna kicsit is rendszerszerűen felépülni, ha kulcsfogalmait és értelmező formuláit nem rendszerezné egy alkotmánydogmatikai réteg. Vagyis a törvényhozási jog három hagyományos jogrétege mellett az alkotmányi jog mellett is kényszerűen felépül egy hármas jogrétegi szerkezet, ha az ünnepélyes keretek között kihirdetett alkotmány nem marad pusztán egy ünnepelt dokumentumnak, hanem mellette egy alkotmánybírói is elkezd működni. Láthatóan tehát az alkotmánybíráskodás a megkettőződés felé tolja a politikai rendszert – a demokrácia mellé a jurisztokrácia hatalmi mechanizmusait kiépítve –, és ugyanígy ez továbbhalad, és a jogrendszert is a megkettőződés felé tolja.

Ám ha az elemző a szemé elé kapja, hogy pl. Magyarországon úgy vezették be 1990-ben az alkotmánybíráskodást, hogy az csak az Országgyűlés törvényhozását és az ennek alárendelt jogalkotást ellenőrizte, de a bírói döntéseket nem, és csak a 2012-ben hatályba lépett új Alaptörvény terjesztette erre ki ezt az ellenőrzést, akkor felmerül az alkotmánybíráskodás politikát és jogot megkettőző természetének analitikai felbontási lehetősége. Még a politikai hatalmi küzdelmeket is alig kettőzi meg a bevezetett alkotmánybíráskodás – mutatja a lengyeleknél a kezdeti szerény jogkörű alkotmánybírói –, ahol a törvényt alkotmányellenesnek minősítő alkotmánybírói döntés után még az ottani parlament, a Szejm következett, és ha ez a megismételt döntésével megerősítette az alkotmánybírók által alkotmányellenesnek minősített törvényt, akkor ez lenullázta ennek hatását. Így lényegében csak kötelező jogi tanácsadásként lehetett felfogni az alkotmánybírók tevékenységét, de erre nem lehetett felépíteni a demokratikus törvényhozási többségre alapozott politikával szembenálló alkotmányértelmező politikai gépezetet. Ezzel szemben, míg Magyarországon 1990 és 2011 között a bíráskodást és így a jog belső szerkezetét kivonták az alkotmánybíráskodás ellenőrzése alól, addig a törvényhozás és a tágabb jogalkotási szféra felett a legszélesebb alkotmánybírói ellenőrzését valósították meg. Ennek hatására így, miközben a jogban szinte semmilyen megkettőződési tendenciát ez nem produkált, addig a politikai rendszer hatalmi küzdelmeit a legmarkánsabban megduplázta. Különösen a szabad választások első parlamenti ciklusában 1990-94 között szinte polárisan egymással szembenálló hatalmi tömböt jelentett egyrészt az országgyűlési kormánytöbbség, másrészt az alkotmánybírók mögé beállt szocialista/balliberális ellenzéki tömb, és az utóbbi a kormánytöbbség törvényeinek tömegét megsemmisítve triumfálni tudott az ország politikájának meghatározásában. Ekkor a nagyhatalmú magyar alkotmánybírók a döntéseik indokolásaiban a törvényhozást kötelezve befolyásolni tudták a jog belsejét is valamennyire, ám ez megmaradt a jogágak hagyományos jogdogmatikájának ellenőrzése alatt, és a törvényeknek a jogdogmatikára alapozott értelmezését végző felsőbb bíróságok kezében. Az alkotmányi jog így nem a jog belseje felé tudott hatást kiváltani, hanem inkább a törvényhozás politikai céljainak korlátozása és meghatározott irányokba terelése terén. Ekkor az alkotmánybírói döntéseket érthetően nem a bírók és az ügyvédek forgatták, hanem az egyes pártok jogpolitikusai és a minisztériumok törvényelőkészítő részlegei. A jogrendszer megkettőződése felé eltolódást Magyarországon csak a 2012-ben hatályba lépett új Alaptörvény és az ennek alapján kiadott új alkotmánybírói törvény hozott létre.

IV. Az alkotmányi jog és a törvényhozási jog hármas jogréteg szerkezetének eltérései

Fel kell tenni a kérdést, hogy miben tér el a törvényhozási jog mellé kiépült hagyományos háromrétegű jogszerkezet az alkotmányi jog mellé kiépült szintén háromrétegű jogszerkezettől? Ennek megértéséhez érdemesnek tűnik a magyar helyzetből kiindulás, de

látni kell, hogy ha fő vonásaikban meg is felel ennek a többi országban megkettőződött jogrendszer, nagy eltérések is vannak közöttük.¹⁵

1. A legfontosabb, mely minden országban jellemző e téren, hogy a szövegréteg súlya és irányt mutató ereje az alkotmányi jogban összehasonlíthatatlanul csekélyebb, mint a törvényhozási jog terén. Míg a hagyományos törvényhozási jog és ennek konkretizálását végző rendeleti jog soktízezer oldalas szövegben viszonylag pontosan megadják a bírászkodás esetjogi rétege számára a döntési irányokat, melyeket ez utóbbi már csak pontosíthat, addig az alkotmányi jog esetében a néhány oldalas alkotmány alig tucatnyi rendelkezése, deklarációja és alapelv-rögzítése legnyitottabban hagyja meg az ezeket konkretizáló alkotmánybíróági döntések mérlegelési szabadságát. Így míg a hagyományos jogban a fő meghatározó súly a törvényeken és ezeket pontosító rendeletek szövegrétegén nyugszik, addig az alkotmányi jogban ez a súly a legnagyobb mértékben átmegy az alkotmány szövegrétegeről az ezt konkretizáló alkotmánybíróági esetjogi rétegre.

2. Következő eltérés, hogy míg a törvényhozási jog hagyományos hármas szerkezetében a jogdogmatikai rétegnek van nagy súlya a bírászkodás és ennek felsőbíróági esetjogi rétege felett – és eleve csak e dogmatikai réteg több évszázados kiformalódása tette csak lehetővé a törvényhozási kódexjog létrejöttét is –, addig az alkotmányi jognál a létrejöttékor még semmiféle alkotmánydogmatikai fogalmi apparátus nem létezett, és azóta is csak szerény mértékben alakult ki. Ráadásul ez a szerénymértékű alkotmánydogmatika is az alkotmányi deklarációk és alkotmányi elvek nagy normatív nyitottsága révén komoly politikaalakítási lehetőséggel rendelkezik, és így a legnagyobb mértékben átpolitizálódott. Ebből eredően nem lehet kiindulni politikailag semleges fogalmi készlet jellegéből, ahogy a hagyományos jogdogmatikánál ez lehetséges. Így ez csak egyes országok alkotmánybíróági gyakorlatában létezik a döntéseik indokolásaiban kifejtve és körbevéve az ezt rendszerezni kívánó alkotmánydogmatikai tanulmányokkal, de átfogó európai, vagy még ennél is szélesebb körben szakmai konszenzussal rendelkező alkotmánydogmatikáról nem lehet beszélni. E helyett legfeljebb egy-két, hatalmi súlya miatt is jelentős ország alkotmánybíráskodásának néhány formulája fogható fel szélesebb körben elterjedtnek, mint főként az európai alkotmánybíróóságok esetében a németeké, vagy még tágabban az amerikai szövetségi legfőbb bíróságé. Azok a világnyelveken megjelent kötetek, melyek ezt kívánják konszolidálni szélesebb térségekben, inkább a globális hatalmi körök által szervezett, már említett, értelmezési hálózatok termékei, melyek a szuverén államok alkotmányozó hatalmát igyekeznek így überelni, mintsem valóban semleges szakmai termékek lennének. Ugyanez mondható el az európai strasbourgi emberjogi bírászkodás egyes döntési formuláinak hatásáról az európai országokon belüli alkotmánybíráskodásra is, mert ez mint a nemzetállami szuverenitás korlátja és a globális uralmi rend közvetítője az egyes országok törvényhozásának meghatározására jön számba, és nem mint egy semleges normatív rend. Így az adott országokon belül a jogászai és politikai elitnek az a része karolja fel ez, mely jobban összefonódik a globális hatalmi körökkel, míg a szuverenitást védő elit ezzel szemben áll.

3. Ugyanígy eltérés a hagyományos törvényhozási jogról, hogy az alkotmányi jognál nem alakult ki kötelező hierarchia a speciális alkotmányi rendelkezések és az általános alkotmányi elvek, deklarációk között. A hagyományos jogban a *lex specialis derogat legi generali* értelmezési elv már 600 éve bevettén biztosítja az egyes szituációkra szabott speciális szabályok érvényesülését az általánosabb szabályokkal szemben,¹⁶ és ezzel védte a

¹⁵ Egy 2015-ben elvégzett összehasonlító vizsgálatban az egyes európai országok alkotmánybíráskodási stílusát elemezve egyes eltéréseket már ki tudtam mutatni (lásd Pokol 2015.)

¹⁶ A *lex generalis* és *lex specialis* közötti dilemma megoldását Bartolus alapján tanítványa, Baldus de Ubaldus formulája alakította ki a speciális javára, mely nyomán jött létre 1300-as évek végére a ma is használt formula, a *lex specialis derogat legi generali*. Peter Stein leírásában ez így történt: „Bartolus’ successor, Baldus, emphasized

modern időkben a törvényhozó ezt célzó akaratát is. Ám az alkotmánybíráskodás létrejöttével maga az egész alkotmányi jog megfordította ezt az elvet az elmúlt évtizedekben, és az alkotmányhoz képest mindig speciálisabb törvényi szabályok felett az alkotmánybíráskodás *lex generalis* jellege érvényesül. Ez a megfordítás azonban nem áll le a felettes alkotmányi jog és az alárendelt törvényhozási jog viszonyában, hanem magán az alkotmányi jogon belül sem érvényesül az alkotmányozó részletes akarata szerinti speciális alkotmányi szabályok elsőbbsége a pusztán általános alkotmányi elvek és formulák felett. Igaz, hogy az ellenkezőjére sem született általános formula, és így itt inkább egy nyitottságról lehet beszélni. Vagyis szemben az alárendelt törvényhozási jog részletes szabályai felett kimondott prioritással az általánosabb alkotmányi jog számára, magán az alkotmányi jogon belül nincs kifejezett prioritása az általános alkotmányi elveknek és formuláknak a részletező alkotmányi szabályokhoz képest, de ennek fordítottja sincs megtiltva. Így az egyes alkotmánybíróóságokon belül a mindenkori többség érvelhet úgy, hogy a speciális alkotmányi rendelkezések mindig megelőzik az általánosabb alkotmányi elveket és formulákat, de ugyanígy lehet időnként olyan gyakorlat, amikor néhány legáltalánosabb, és így mindenhová odavonható alkotmányi deklarációból vagy alkotmányi elvből levezetve döntenek, mint például a jogállamiság elvéből elvét, vagy emberi méltósághoz való jogot lehet erre említeni.¹⁷ Röviden tehát, az alkotmányi jogon belül nem alakult ki még egy-egy ország jogászai elitjén belül sem e dilemma konszenzussal eldöntött formulája, és ez megítélésem szerint nem független e duplázó jog alapvető átpolitizálódásától. Így a mögöttes szakmai iránymutatás kényszere nélkül mindenkor az adott ország alkotmánybírói többsége dönti el, hogy elsőbbség illeti-e az általuk értelmezett alkotmány részletes szabályait a pusztán deklaratív általános alkotmányi elvekhez képest, vagy éppen fordítva, félretolják az adott esetben alkalmazható speciálisabb alkotmányi rendelkezést, és az általánosabb elv vagy egy alkotmányi deklaráció normatívan üres formulája alapján döntenek el az eléjük tárt ügyeket.

4. Még egy jelentős eltérést jelent az alkotmányi jognál a hagyományos jog konkretizáló bírói jogrétegéhez képest, hogy míg ott ez az eseti bíráskodásban kialakult jogréteg többszintes korrekcióval épül fel a fellebbezés, majd végül a felülvizsgálati legfelsőbb bírói szinten – és ez a bírói kar egészének széleskörű kontrollját valósítja meg az egyes bíróságok jogértelmezését illetően is –, addig az alkotmányi jognál az alkotmánybírói konkretizáló eseti jogréteg egyetlen bírói testület többségétől függ minden további kontroll és felülbírálati lehetőség nélkül. Ezt a kontroll nélküli helyzetet fejezte ki valamikor a '80-as években – eléggé cinikus módon tegyük hozzá – Brennan bíró, az Egyesült Államok szövetségi Legfelsőbb Bíróság bírójának, amikor kijelentette, hogy az USA alkotmányának legfőbb szabálya az „ötös” szabály. Az ugyanis, hogy mindig az az alkotmány a vitás esetben, amit kilenc tagú SCOTUS öt bírójának szavazatával kimond. Az USA legfőbb bíróját éppúgy, mint a legtöbb alkotmánybírói bíróját nem lehet felülbírálni, és amit kimondanak, az országon belül végső és megfellebbezhetetlen döntést jelent. Ez azonban azt is jelenti, hogy miközben az alkotmányi jog hármasszerkezetében az alkotmányszöveg-réteget konkretizáló alkotmánybírói eseti jogrétegnek messze nagyobb súlya van, mint a hagyományos törvényhozási jog melletti felsőbbbírói jogrétegnek, addig ez a szupersúlyú alkotmányi jogréteg egyetlen testületi többségi szavazatától függ. Ez adja aztán

that a party to an action who can cite a rule in his favour is prima facie in the right. There is a presumption that his case is the stronger and judgement must therefore be given for him, unless the other party specifically proves that the rule is not applicable” (Stein 1966:154).

¹⁷ Az európai alkotmánybírói döntési stílusát elemezve a hazain túl a litván alkotmánybíráknál találok azzal a tendenciával, hogy igyekeznek a döntéseket a mindenhez odavonható jogállamiság formulára alapozni, még ha a speciálisan az esetre illő alkotmányi rendelkezést is megemlítik az indokolásban (lásd Pokol 2015.) Ebből a lehetőségből eredő torzulások ellen irányul a „totális jogállam” kritikája, melyet a hazai szakirodalomban Varga Zs. András alkotmánybíró fogalmazott meg, lásd Varga Zs. András: *Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája*. Századvég Kiadó. Budapest. 2015.

a legnagyobb politikai súlyt az alkotmánybírák választásánál, mely hasonlóan az USA legfőbb bírói fórumának új tagjainál az egész országos jogi és politikai elitet megmozgatja.

5. Egy további eltérés a megduplázódott jogrendszer két része között, hogy míg a törvényhozási jog esetében még a késő római császárság jogából átvéve kialakult a régi jog formalizált megváltoztatásának lehetősége, és az államhatalom hatályba léptetett új joga megszünteti az addigi jogot – és ez a társadalmi változásokkal szükségessé vált jogváltoztatást beemelte a jogrendszerbe –, addig az alkotmányi jognál az itt legfontosabb jogréteget jelentő alkotmánybírói esetjognál ez máig nem került megoldásra. Így az egyszer a döntésekben – főként az indokolásokban – lefektetett normatív érvelések későbbi felhasználhatósága a hasonló eseteknél akkor is megmarad, ha időközben egy későbbi alkotmánybírói többség egy azzal szembenálló normatív érvelést fektetett le. E későbbi ügy eldöntésére ugyan ez hat ki, de mint precedens esetjog mind ez, mind a korábbi is rendelkezésre áll, és itt így nincs hatályon kívül helyezés, mely a változtatások ellenére is biztosíthatná ezen esetjog koherens értelmi rendszer jellegét. A nyilvánvaló probléma ellenére ez az állapot kényelmes helyzetet teremt az éppen meghozni kívánt döntések számára, így amíg ennek megoldási szükséglete nem éri el az átfogó jogi-politikai elit ingerküszöbét, és nem szabályozza ezt kötelező erővel az alkotmánybírói törvényben, addig ez így marad.

Ezt a kérdést már csak azért sem lehetett eddig megoldani, mert az alkotmányi jognál már az is vitás maradt, hogy az alkotmánymódosítások, sőt az új alkotmányok létrejötte esetén megszűnik-e az elvileg korábbi alkotmányszövegre alapozott alkotmánybírói esetjog hatálya? E kérdés eldöntetlensége miatt az alkotmánymódosítás, vagy az új alkotmány hatálybalépése után egy jogi és politikai küzdelem folyik mind az alkotmánybírói testületben, mind a politikai nyilvánosságban, hogy mennyiben használható fel az új alkotmányszövegnél a régire szabott alkotmánybírói esetjog.¹⁸ De nem csak ez a kérdés maradt vitás az alkotmányi jognál, hanem az is, hogy mennyiben ellenőrizheti az alkotmányozót az alkotmánymódosításnál vagy akár az új alkotmány létrehozásánál a saját, meglévő esetjoga alapján az alkotmánybírói? Nem vitás hogy ez az eldöntetlenség kevésbé a kérdés elméleti nehézségéből fakad, mint inkább az e kérdés körül rendszerint felbukkanó legszélesebb társadalmi-politikai harcokból. Így például a hazai kis létszámú kutatói és egyetemi oktatói kör az alkotmányi jog körül az elmúlt években annak adott hangot tanulmányaiban, hogy az alkotmánybírók nagyon is ellenőrizhetik az alkotmánymódosítások alkotmányosságát, és alkotmányellenesség kimondásával meg is semmisíthetik azokat.¹⁹ Ez a kontroll annyiban még súlyosbodhat is, hogy azt is vitatják egyes hazai kutatók, hogy a 2012-es Alaptörvény egy új alkotmányt jelent-e, vagy csak a korábbi egy módosítását, és így ez az egész is megsemmisíthető-e az alkotmánybírák által? (E tézist egy korábbi alkotmánybíró, Bragyova András képviselte több tanulmányában.)

E nyitottságok miatt, így az egyszer lefektetett érvelések az alkotmánybírói döntésekben (Abh.-k) akkor is állandóan visszatérhetnek, ha később egy másik alkotmánybírói többség épp ellenkező irányú érvelést mondott ki kötelezőnek. Így a sok év

¹⁸ A 2012-ben hatályba lépett új Alaptörvény után e küzdelmek odavezettek, hogy az alkotmányozó hatalom a 4. alaptörvény-kiegészítésben kimondta a régi alkotmánybírói döntések hatályon kívül helyezését, ám a testületi többség végül a 13/2013-as Abh.-ban ezek további alkalmazhatóságát deklarálta.

¹⁹ Az alkotmánymódosítások feletti alkotmánybírói kontroll lehetőségének elismerését illető konszenzus kialakulásának menetét az ezt kutató, kis létszámú hazai egyetemi oktatói körben Zsugyó Virág foglalta össze, lásd Zsugyó Virág: Az alkotmányellenes alkotmánymódosítás egyes elméleti kérdései az alkotmányosság tükrében. Állam- és Jogtudomány 2017/3 99-122. p. A korábbi alkotmánybírói többség nyitottsága erre a felülvizsgálatra arra sarkalta az alkotmányozót a negyedik Alaptörvény-módosításában, hogy a biztonság kedvéért kifejezetten szabályozza ezt, és szándékai szerint a legszűkebb körre szorítsa vissza: „Az Alkotmánybírói többség az Alaptörvényt és az Alaptörvény módosítását csak a megalkotására és kihirdetésére vonatkozó, az Alaptörvényben foglalt eljárási követelmények tekintetében vizsgálhatja felül.” Alaptörvény 24. cikk (5) bek.

alatt oda-vissza eltolódott érvelések és normatív konkretizálások egy-egy alkotmányi rendelkezést illetően mind párhuzamosan egyszerre hatályban maradnak, és az alkotmánybírói döntések esetleg váltakozva mindet felhasználják. Természetesen ez anomáliát jelent, de mivel az alkotmányi joggal foglalkozó egyetemi emberek zömmel átpolitizálódtak jogvédők, vagy ilyen szocializációval rendelkezőkből áll elsősorban, így csak akkor protestálnak egy-egy Abh. ellen, ha éppen nem az ő politikai irányukban és értékeik szerint született ez meg, ám ha igen, akkor akár az alkotmányszöveget a legnyíltabban sértő alkotmánybírói döntést is ünneplésben részesítik.

6. Egy következő eltérést jelent a hagyományos jogtól az, hogy a teljes jogrendszerre kiterjedő és azt megduplázó alkotmányi jognál a soktízezer – régebbi múlttal rendelkező alkotmánybírók esetében akár százezer – oldalt is kitevő esetjogi döntési anyaguk jogágakra osztása és az e szerinti specializálódás nincs megoldva. Jelezni kell még itt, hogy nem magától értetődő, hogy a hagyományos jogágak törvényhozási joga felett, ezek teljes anyagára ráborul és megkettőző alkotmányi joganyag ekkora terjedelemben létrejön. Hisz elvileg csak a törvényhozási jog garanciális pontjaira volt előirányozva az alkotmányeszmek kialakulásának idején az 1700-as évek végén az emberi jogokból alkotmányos alapjogokká változott normák rendszere. Ugyanígy az alkotmányos alapelvek is csak a törvényhozási jog garanciális alappontjait célozták meg. Ám az alkotmánybíráskodás menetében egyre inkább kiterjedt a döntésekben e garanciális pontokon túl az ellenőrzés, és fokozatosan a teljes jogterületek nagy része bekerült az alkotmánybíráskodás fennhatósága alá. Így a választójog vagy a népszavazáson való részvétel alapjogát nemcsak úgy fogták fel, hogy a jogállamban az államhatalomnak meg kell adni a választójogot és a népszavazáson való részvétel jogát minden állampolgárának, hanem a teljes választási rendszer és népszavazási folyamat szabályozását fokozatosan bevonták ezen alapjogokba, és ezzel az alkotmánybírói ellenőrzés alá. Ugyanígy a tulajdont biztosító alkotmányos alapjogra vonatkozó döntések fokozatosan a teljes vagyonszereket bevonták, majd az ezt meghaladó magánjogi részek bevonása is jórészt létrejött, és egyes magánjogi teoretikusok már egy külön alkotmányos magánjogról beszélnek éppúgy, ahogy a néhány büntetőjogi garancia alkotmányi szinten való megismétlése az ezt tágító alkotmánybírói döntések után már egy alkotmányos büntetőjog létrejöttének sürgetéséhez vezetett. Nem részletezve, így ez a folyamat az előbbieken túl az alkotmányos pénzügyi jog, alkotmányos munkajog, alkotmányos büntető- és polgári eljárási jog, alkotmányos családi jog stb. létrejöttét vetette fel, és mindegyikhez akár ezer oldalnyi hazai alkotmánybírói döntési anyag társul, de ezek mellett a német és az amerikai alkotmánybíráskodás sok ezer oldalas további döntési anyaga is a rendelkezésre áll.

E kiterjesztéseket egyrészt az alkotmánybírói testületek egyes tagjainak az eredeti jogágát illető ambíciói fűtik, és amennyiben az egyik ilyen tag meg tudja szerezni a testületi többség jóindulatú támogatását a számára fontos jogág alkotmányi joggal megkettőzésére, akkor ez viszonylag alapon majd más jogágakra kiterjesztést is eredményez, és ezek az ambíciók fokozatosan a hagyományos jogágak megkettőzése felé hajtják az alkotmánybírói esetjogot. De legalább ilyen erővel hatnak az egyes jogágakat illető jogpolitikai ellenállások a mindenkori kormányzat aktuális jogpolitikájával szemben a bírák egy-egy csoportjában vagy a jogágak egyetemi jogászprofesszorai között is. Ezek aztán alkotmányjogi panaszokban és bírói törvényemeltámadási indítványokban kapnak hangot, és arra ösztökélik az alkotmánybírákat, hogy semmisítsék meg a kormányzat jogpolitikája által megformált egyes büntetőjogi, eljárási, munkajogi, magánjogi stb. rendelkezéseket, és ezek helyett mondják ki az általuk protezsált normatívák alkotmányosságát.

Mindezek hatására tehát az alkotmányi joganyag az alkotmánybíráskodás néhány évtizede után megkettőzi a hagyományos jogágak anyagának nagy részét, ám itt nem jött létre ennek ellenére sem a jogágakra oszlás, és mind az alkotmánybírák, mind a döntés-előkészítő munkatársaik jórészt jogági specializálódás nélkül a teljes jogrendszerre kiterjedő

alkotmánybíráskodást együtt végzik. Bizonyos fokig ebben a német alkotmánybírák megoldása egy figyelemre méltó kivétel, mert itt az a rendszer jött létre, hogy egy-egy alkotmánybíró már a megválasztásakor eleve egy meghatározott jogterületre kerül be a testületbe a jövőbeni döntéstervezetek készítéséhez előadó bíróként – megörökölve az éppen kiszálló bíró jogterületét -, és így bizonyos fokú specializálódás egy-egy jogterületre itt kialakulhat. Ráadásul mivel itt az éppen beválasztott alkotmánybíró a szintén specializálódott elődje erre begyakorlott munkatársait örökli egy időre, majd maga választhat új munkatársakat ezek helyett - zömmel az alsó fokú bíróságok fiatal bírái közül -, így ezek is az általa őrzött jogágakra szakosodott bírák közül származhatnak. Így bizonyos fokig az alkotmányi jogban is reprodukálódhat a jogági specializálódás és megosztás, de ez csak részleges, mert a testületi döntésben a teljes alkotmánybíróság minden tagja egyenrangúan vesz részt, és így kénytelen átlátni minden alkotmánybíró egészben a teljes alkotmányi jog minden, részben specializált jogágát is, ha autentikus akar maradni. Ez azonban csak egy lehetőség, és alternatívaként ott áll, hogy egyrészt a saját előadói munkája során szükséges érdemi döntések jó részét is átadja a gyakorlott munkatársainak, másrészt a mások által készített tervezetknél csak követi a számára szimpatikus kollégák szavazatát, de maga nem alakít ki ténylegesen ezekre álláspontot. Összegezve tehát, a jogágakra tagozódás eltérései a hagyományos törvényhozási jogban és az alkotmányi jogban más szerepet ad az egyszerű bíróságok bíráinak, és mást az alkotmánybíráknak, és az utóbbiak esetében ez a rendszer lehetővé teszi, hogy tényleges alkotmánybíróvá válás nélkül a munkatársak számára adják le az érdemi döntések nagy részének súlyát.

V. A megduplázódott jogrendszer fejlődési dinamikája: alternatív scenáriók

A világon egyre több helyen hozták létre az elmúlt évtizedekben az alkotmánybíráskodást vagy különálló alkotmánybíróság felállításával, vagy az amerikai mintára a legfelsőbb bíróság erre a funkcióra átépítésével.²⁰ Az USA mintájára, a rendes bíráskodás legfelsőbb szintjére telepített alkotmánybíráskodás elsősorban a jog megduplázódásához vezet, ám a demokratikus politikai arénának egy ezzel konkuráló jurisztokratikus politikai gépezete csak lassabban formálódhat ki. De ahogy az USA-ban ez végül megtörtént az 1960-as évekre a demokratikus küzdelmek tömegeinek szintjén a gyengébb, de máskülönben hatalmas erőforrásokkal rendelkező csoportok több évtizedes erőfeszítésével, úgy ez máshol is a főszabálynak tekinthető. Ahol azonban eleve külön szervezett alkotmánybíróság jön létre, és zömmel nem a több évtizedes bírói múlt politikailag semlegesítő hatásával kiválasztott alkotmánybírák játsszák ebben a főszerepet, hanem a politikával és a pártvezérkarokkal folyamatos kapcsolatban álló ügyvédi múlttal vagy kisebb mértékben ugyanezzel jellemezhető jogászprofesszori múlttal rendelkezők, ott a politikai aréna azonnali megduplázódása törvényszerű. Némileg csökkentti ezt a politikai szerepet, ha az ilyen alkotmánybíróságnak a törvénymegsemmisítés terén élvezett széles hatásköre mellett egyben a jogerős bírósági döntések felülvizsgálatát is el kell látnia. Ez utóbbi munkateher ugyanis rendszerint évi sok ezer beadványt jelent a pervesztes felek ügyvédei részéről az ellenük szóló jogerős bírói döntések megsemmisítését célozva, és így ez a munkateher megakadályozza az alkotmánybírákat a törvénymegsemmisítés terén a túlságosan agilis

²⁰ Míg az 1970-s évek végéig csak két működő alkotmánybíróság volt Európában - a német és az osztrák - addig az ekkor beinduló alapítási hullámban először a spanyol és a portugál alkotmánybíróság jött létre, majd a szovjet birodalom '89-ben meginduló szétesésével a függetlenné vált közép- és kelet-európai államokban mindenhol létrejött az alkotmánybíráskodás - ezen belül az észteknek a legfelsőbb bírósághoz telepítve, de a többieknek önálló alkotmánybíróság formájában -, ugyanígy több ázsiai országban is, és Afrikában mint már szó volt róla 46 államban.

előretörésben. Ezt ismerték fel 1992-ben az orosz alkotmánybíróság újjászervezésekor az ottani domináns politikai erők, és miután az alkotmánybírák korábban a legintenzívebben belefolytak a hatalmi küzdelmekben, ekkor a jogerős bírói döntések felülvizsgálata felé irányították át tevékenységüket, és ez a munkateher gyorsan lelohasztotta a politikai hatalmi ambícióikat.²¹ De ez játszhatott szerepet a korábban legaktivistább politikai szerepet játszó hazai alkotmánybíráskodás 2012-es átszervezésénél is, és a fő munkateher azóta a bírói döntések felülvizsgálata lett itthon is.

A következő kérdés annak tisztázása lehet, hogy ha az alkotmánybíráskodás a jog mikro-folyamataiba is belefolyik a jogerős bírói döntések felülvizsgálata révén, akkor mi dönti el, hogy milyen gyorsasággal és milyen expanzívan jön létre a jog hagyományos rétegeinek (szövegréteg, dogmatika, esetjog) megduplázódása. Az alkotmányi szövegréteg mellett az alkotmánybírói esetjog mindenképpen létrejön, hisz ez az alkotmánybírák közvetlen döntési tevékenységét jelenti a jogerős bírói ítéletek felülvizsgálatával is. Am hogy ez az esetjogi réteg milyen mértékben veszi át a döntési érvelés súlyát az alkotmányszövegtől, abban nagy eltérés van az egyes alkotmánybíróságok között. Az európai alkotmánybíróságok döntési stílusát elemezve egy korábbi tanulmányomban azt tudtam megállapítani, hogy az alkotmányszöveg itthon is megfigyelhető messzemenő háttérbe szorítása a korábbi alkotmánybírói döntések javára a spanyol és a litván alkotmánybíróság esetében figyelhető meg, míg a szlovén, a horvát és a román alkotmánybírák erősebben az alkotmányszöveg értelmezésére alapozzák a meghozott döntéseik indokolását. A lengyelek és a csehek esetében ez már némileg jobban átcsúszik a saját esetjogukra alapozására, de ez nem éri el a magyar, a spanyol vagy a litvánoknál látott erősséget (Pokol 2015:127-129). Itthon ezt az 1990-ben elkezdett alkotmánybíráskodás első alkotmánybírói ciklusának bírái alakították ki így, és saját tapasztalataim szerint ezt, ha egyszer már ez létrejött, szinte lehetetlen megváltoztatni, és visszavinni a súlyt az alkotmányszövegre. Feltehetően hasonló véletlenek – például az első alkotmánybírói elnök karizmatikus szerepfelfogása, az ekkori alkotmánybírói többség politikát és jogot erősebben uralni akaró ambíciói stb. – döntötték el az esetjog ilyen kiemelt és az alkotmányszöveget háttérbe toló szerepét az említett másik két országban is.

A hagyományos jogági dogmatikák felett egy önálló alkotmányi dogmatika – és ezzel egy alkotmányos büntetőjog, alkotmányos magánjog, alkotmányos közigazgatási jog stb. – létrejött, ha már egyszer az adott alkotmánybíróság megkapta a jogerős bírói döntések felülvizsgálatát és ezzel a jog mikro-folyamataiba behatolást, azonban kevésbé a véletlenek által meghatározottnak tűnik. Ugyanis ebben nagy jelentőséggel bír az, hogy az egyes alkotmánybíróknál az egyetemi professzorok és legfelsőbb bírósági bírók vannak-e többségben az erre vonatkozó szabályok és az ezekre alapozott kiválasztási gyakorlat révén, vagy ezzel szemben a volt gyakorló ügyvédek játszanak itt komolyabb szerepet. Tézisszerűen leszögezhető, hogy az utóbbi esetben kisebb súlya lesz az adott ország jogrendszerében a jogági dogmatikák felett az alkotmányi dogmatikának, és az egész alkotmányi jog megduplázó ereje a hagyományos jogrétegek hármasszerkezetéhez képest csak kisebb súlyt tud elérni. Ezzel szemben, ha jogdogmatika terén nagy ambíciókkal és gyakorlattal rendelkező jogászprofesszorok és legfelsőbb bírósági bírók vannak többségben az alkotmánybírói testületben, akkor az esetjoguk mellé az alkotmányi dogmatikát is gyorsabban és teljesebben kiépítik, és ezzel a jogrendszer megduplázása magasabb fokra jut.

²¹ Részletesen e folyamat leírásához és az alkotmánybíróság legfelsőbb bíróság feletti új szerepkörében kiobbant küzdelmekhez a két bírói fórum között lásd: William Burnham/Alexei Trochev: *Russia's War between Courts.: The Struggle over the jurisdictional Boundaries between the Constitutional Court and Regular Courts.* *The American Comparative Law.* (Vol. 55.) 2007. 381-352. p.

VI. Konzolidálható-e a politikailag semleges alkotmánydogmatika?

Az alkotmány sajátlagos funkcióját és evolúciós vívmány jellegét elemezve Niklas Luhmann ezt abban találta meg, hogy az alkotmány létrejötté az 1700-as évek végére az addig a politikai viták elől rejtve maradó hatalmi és társadalmi alapkérdéseket is a napvilágra hozta, és a politikai küzdelmek tárgyává tette.²² Ugyanis, noha néhány politikai filozófiai írásban az Arisztotelész nyomán fennmaradt államvezetési formák alternatívái, a demokrácia, politeia, arisztokrácia stb. megjelentek korábban is, de ez néhány tucat szellemi ember belső ügye maradt, és minden hatás nélkül volt az országok hatalmi-politikai életére. Ezen változtatott a rousseau-i társadalmi szerződés eszméjében rejlő követelés elterjedése a Felvilágosodás szellemi csoportjaiban, mely szerint a társadalom alapjait a polgárok által megkötött szerződésben, az alkotmányban kell megvitatni, majd lefektetni írásos formában. Először az éppen függetlenségükért harcoló amerikai telepesek az Egyesült Államok megteremtése kapcsán hozták aztán létre ennek alapján alkotmányt, majd 1789-től a francia forradalmárok a belső harcaik menetében tucatnyi alkotmánytervezetet vitattak meg, példát adva arra, hogy a hatalmi alapkérdések eldöntése is a politikai küzdelmek tárgya lehet. Időközben aztán létrejöttek és tartósan fenn tudtak maradni a versengő pártokra és váltógazdaságukra épülő politikai demokráciák, melyekben egy sor társadalmi alapkérdés megoldása állandóan alternatív formában van jelen a politikai nyilvánosságban milliók által megvitatva és mellettük különböző törésvonalak mentén táborokba szétszakadozva. Ám az alkotmányba foglalt legalapvetőbb kérdéseket illetően ez a vita a széles nyilvánosság előtt csendesebb, mert rendszerint olyan magas küszöb létezik az alkotmány módosításához az egyes országokban, hogy ez pusztán akadémikus kérdéssé teszi az erről folyó vitát. Forradalom nélkül ez gyakorlatilag nem lehetséges, de a könnyebben módosítható alkotmányok esetén is néha csak évtizedek múltán jön létre az ehhez szükséges alkotmánymódosító többség. Kiemelve ebből a következményt, tehát az alkotmányok létrejöttével elvileg megnyílt lehetőséget a társadalom legalapvetőbb kérdéseinek megvitatására és alakíthatóságára a magas módosítási küszöb jórészt illuzórikussá tette. Ez persze jótékony is volt abban a tekintetben, hogy a túlságosan gyakori változtatás a társadalom és a hatalomgyakorlás alapjait illetően a káoszt hozhatja létre az adott társadalomban, de másrészt a lehetővé tett változtatást elérhetetlen magasba helyezve az erre törekvő elitek radikalizálódását hozhatja mindig létre.

Ilyen háttér mellett válik érthetővé az alkotmánybíráskodás létrejöttével megnyílt új lehetőség hordereje az alkotmány eszméjének megvalósulásával reflexió alá vett és vitathatóvá tett társadalmi alapkérdések eldöntésének módosításaira. Az alkotmányi rendelkezések, deklarációk és alkotmányos alapelvek normatívan jórészt üres jellege az alkotmánybírák számára nagy szabadságot biztosít az alkotmány konkrét értelmének meghatározása terén, és ezzel az alkotmánybírói döntési többség változásával/megváltoztatásával az alkotmány tényleges tartalmának folyamatos változása teremtődik meg. Ezzel válik valóságossá a már magával az alkotmányeszmével és ennek írott alkotmánnyá változásával megnyílt lehetőség a társadalom és a hatalmi szerkezet alapkérdéseinek politikai vitatására. Nem kell most már várni az elérhetetlen magasságba tett alkotmányozói hatalom megnyílásáig, hanem elegendő akár egy alkotmánybíró kicserélése a döntési többség megszerzéséhez. Ez reális törekvéssé teszi politikai nyilvánosságban az egyes elites csoportok szellemi háttére számára az alkotmányban rögzített megoldások feletti vitát, és az ehhez képest az általuk szem előtt tartott, mögöttes társadalmi csoport számára előnyös alternatívák végiggondolását.

Az alkotmánybíráskodás körüli szellemi aréna, vitatkozó közösség így menthetetlenül a politikai viták alkotmányjogi ruhába csomagolt küzdelmeit vívja, és ez vonatkozik az

²² Lásd Niklas Luhmann: *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. *Rechtshistorisches Journal*. 1990 (Vol. 9.) 176-200 p.

alkotmánydogmatikai konstrukciók kialakítására is. Bár a logikai koherencia itt is fontos, miként az egyszerű törvényi jog által szabályozott jogágak dogmatikája esetében. Ám itt egyrészt a dogmatikai tartalom nagy társadalompolitikai jelentősége, másrészt az alkotmányi szabályozás normatív nyitottsága által lehetővé tett formálhatósági szabadság az alkotmánydogmatikai megoldás kialakítói számára visszaszorítja a logikai koherencia szempontjainak a dominálását ebben a tevékenységben. Az alkotmánydogmatika alternatíváiban a logikai koherencia a gyakorlatban ténylegesen már csak másodlagos kérdés. Ez azonban csak az egyik különbség az alkotmánydogmatika és az egyszerű törvényhozási jog melletti jogági dogmatikák között. Ehhez jön, hogy a jogági dogmatikák (büntetőjogdogmatika, magánjogdogmatika stb.) alternatívái feletti vitára a létrehozataluk és jogtudományi folyóiratokban publikálásuk után a törvényhozásban felhasználáshoz közeledés előtt egy jogpolitikai szféra épült ki. Jogászegyletek szekciói, bírói egyesületek, ügyvédi kamarák az éves vándorgyűléseiken a közélet szellemi vitáiban résztvevő jogászprofesszorok és az egyes nagy pártok jogpolitikusi is szemrevételezik és megvitatják az egyes jogdogmatikai alternatívák politikai kihatásait. Így a pártok már ezek liberális vagy inkább konzervatív politikai táborokhoz közelségét ellenőrizve állnak ki valamelyik mellett, vagy vetik el a szembenálló konzekvenciákkal járó többi dogmatikai alternatívát.

A hagyományos jogági jogdogmatikák tehát egy közvetítő szférával rendelkeznek jogpolitikai aréna kiépülése révén, és e szűrőn keresztül aztán a mindenkori parlamenti többség pártjai beviszik a törvényhozásba ezek közül a hozzájuk közelállókat, rájuk építve az új törvényi szabályozásokat. Az alkotmánybíráskodás strukturális viszonyai következtében azonban ilyen külső professzori behatás az alkotmánydogmatika alakítására csak minimálisan létezik. Itt jórészt hiányzik az a különbség, amit a hagyományos törvényhozási jogban a külső jogászprofesszorok hozzáértése és a törvényről szavazó politikus-képviselők laikussága jelent. Az alkotmánybíró főszabály szerint maga is ki tudja alakítani a zsinórmértékszerű dogmatikai formulákat és közöttük a koherenciát az egyes esetcsoportokra. Vagy legalábbis van a testületben mindig egy-két olyan befolyásos alkotmánybíró, akik ezt elvégzik. Így a normatívan nyitott alkotmányi elvek és deklarációk dogmatikai pontosítása jórészt az alkotmánybíráskodást végző testület fennhatósága alatt marad, és csak minimális erre a külső, pusztán jogászprofesszori behatás. Változást az éppen alkalmazott alkotmánydogmatikában csak a testületi többség megváltozása hozhat, amikor az új parlamenti többség által megválasztott alkotmánybírók az elődeiktől eltérő politikai értékpremisszákkal mellett döntenek. Ekkor az új testületi többség lesöpörheti a korábbi alkotmánydogmatikai distinkciókat és formulákat, és ezek helyett eltérő mércékkel kezdi betölteni a nyitott alkotmányi alapelveket és deklarációkat, és fokozatosan egy részben új alkotmánydogmatikát teremtenek meg.

Az alkotmánydogmatika és a törvényhozási jog jogágai melletti hagyományos jogdogmatikák viszonyát illetően különbséget kell tenni a különálló alkotmánybíráskodás által ellátott alkotmánybíráskodás országai és az USA modelljét követő országok között, ahol a rendes felsőbíróságok, különösen a legfelsőbb bíróság látja ezt el. Az utóbbi esetben a több évtizedes hagyományos bírói múlttal rendelkező bírák látják el az alkotmánybíráskodás funkcióját is, és így a törvényi jog rendelkezései mellé bejött alkotmányi rendelkezések, elvek és deklarációk még absztraktságuk ellenére is jobban egységben tudnak maradni a hagyományos joggal, és a jog megduplázódása kisebb mértékű lehet. Ugyanígy az új, absztraktabb alkotmányi rendelkezések mellé felépülő alkotmánydogmatika is erősebben megmarad a hagyományos jogdogmatikai gondolkodás keretein belül. Ezen az egységen belül persze a nyitott alkotmányi elvek és deklarációk által lehetővé tett formálhatósági szabadság révén erősebben átpolitizálódnak maguk a hagyományos jogdogmatikai fogalmak is. Egy-egy dogmatikai alternatíva ezzel az átpolitizáltsággal aztán jobban a szem elé hozza némelyiküknek az egyik politikai értékvilág felé húzását, másoknak pedig a másik irányhoz való közelségét. Így az erősebben egységessé maradt jogrendszer ára az, hogy az egész

jogrendszer fokozottabban átpolitizálódik, míg a különálló alkotmánybíróság esetén a fokozottan megduplázódó jog ellenoldala, hogy így az átpolitizálódott alkotmányi jog alatt/mellett ott marad a politikailag semlegesebb hagyományos törvényhozási jog.

A jogrendszer teljesebb megduplázódása felé igazán a rendes bíróságoktól különálló alkotmánybíróság nyitja meg az utat. Különösen, ha jogászprofesszorok, egyetemi jogászok töltik be az alkotmánybírói posztokat, akkor fokozott ez, de a főszabály szerint a különálló alkotmánybíróságoknál ez a helyzet. Ilyenkor a politikai táborok szerinti értékpremissza különbségek szerepe és ezek közvetlen behatásai az alkotmányi rendelkezések, elvek és deklarációk értelmezéseire erőteljesebb. Ehhez jön, hogy egyrészt az alkotmánybírók sokszor belső készletéből is tágitják az eredetileg csak alkotmányi garanciális pontként az alkotmányba beemelt jogági belenyúlási lehetőségeket – és mivel felettük már nincs instancia ennek fékezésére, így csak a belső korlátjuk lehet visszafogó e téren –, másrészt még ha nem is válnak alkotmánybíróvá, de a hagyományos jogágakon belüli jogászprofesszorok számára ez lehetővé teszi, hogy kilépjenek eddigi szerény, törvényhozást és a pártok jogpolitikáit noszogató-rábeszélő dogmatikus szerepükből és alkotmányos büntetőjoggá, alkotmányos magánjoggá stb. átváltozva imperatív alkotmányos követelésként fogalmazzák meg dogmatikai javaslataikat. Erre már Magyarországon is van példa. de különösen a németeknél megfigyelhető ez már az 1980-as évektől kezdve.²³ A büntetőjogban például Claus Roxin kezdeményezései nyomán egyre inkább úgy kezdték felfogni itt a törvényhozás büntetőjogi szabályozási szabadságát, mint az „alkotmányos büntetőjog” korlátai közé szorított tevékenységet, és az addigi büntetődogmatika helyett a fő hangsúly jórészt átment a állami büntetőhatalom alkotmányos korlátaira. Ezeket a korlátokat pedig a büntetőjog professzorai maguk fogalmazzák meg, és így ténylegesen a törvényi szabályozás ellenőrzés alá vételét igyekeznek így elérni a korábbi szerényebb, *de lege ferenda* javaslatok nyújtása helyett. Ennek sikeréhez persze kell a külsőleg diktált politikai premisszák fényében készített alkotmányos büntetőjog felé nyitott alkotmánybírói többség is az alkotmánybíróságon belül. De van olyan német büntetőjogász professzor is, aki – konstatálva, hogy a német alkotmánybírák többsége nem kívánja őket követni –, az alkotmánybírói segítség nélkül is lehetők látja, hogy a rendes bíróságok bírái maguk tolják félre a hagyományos büntetőjogi dogmatika korlátait, és maguk gyakorolják az alkotmányos büntetőjogból következő értelmezési irányokat.²⁴

²³ Lásd ehhez részletesebben korábbi elemzésemet, Pokol Béla: Büntetőjogelméleti vizsgálódások. Rejtjel Kiadó. Budapest. 2016. 76-79. p.

²⁴ Jól mutatják ezt Bernd Schünemann jogi tárgyra vonatkozó elemzései is, aki az alkotmányjogi elvekhez kapcsolt jogi tárgy kategóriájának bevetésével néhány, eddig szentnek tekintett büntetőjogi alapelv félretolását is lehetők látja. Így a büntetőtörvénykönyv szövegétől elszakadó, szabad bírói jogértelmezés eszközeként fogalmazza meg ennek szerepét: „Indem sie gegenüber dem bloßen Wortlaut des Gesetzes eine allgemeinere Dimension erschließt und damit die Grundprinzipien des Strafrechts für die Interpretation fruchtbar macht, bildet sie deren „Fluchtpunkt“ und bringt den liberalen Grundgedanken, der eine verfassungsrechtliche Dimension repräsentiert, unmittelbar in die Gesetzesauslegung ein, ohne sogleich mit der Kalamität belastet zu sein, die Verfassungswidrigkeit einer Entscheidung des Gesetzgebers begründen zu müssen.” (Schünemann 2003:134). Vagyis az alkotmányjogi alapjogok absztrakt jogelvi szintű támpontjai Schünemann-nál már nemcsak az alkotmánybírói döntésekhez kötöttek, azok függvényében jönnek be a büntetőjogba, hanem ezt félretolva már bármely büntetőbíró által közvetlenül is használhatóan - a törvény szövegével szemben is („gegenüber dem bloßen Wortlaut des Gesetzes“!). E lehetőség felvetésének az oka aztán ott mutatkozik meg, amikor Schünemann kritizálja a német alkotmánybírói többséget, hogy a kanabis-használat pönalizálását - jogi tárgy hiánya miatt - nem minősítette alkotmányellenesnek, hanem a törvényhozó belátására bízta, hogy mit tesz ez ügybe: „Bedauerlicherweise hat das BVerfG das Gegenteil getan: Es hat bereits auf der analytischen Ebene die kritische Potenz des Rechtsgüterschutzprinzips verschmäht, es hat die spezifische Schwelle für den Einsatz des Strafrechts eingeebnet, und es hat damit im Ergebnis die Strafrechtstheorie auf ein voraufklärerische Niveau zurückgeschraubt” (Schünemann 2003:145). Ha nem lehet bízni az alkotmánybírákban, akkor a büntetőbíró maga veszi kézbe a dolgokat a törvényhozó és a törvénysszöveg fölött álló „alkotmányos” jogi tárgyak alapján - vonhatjuk le Schünemann téziséét.

A címben feltett kérdésre tehát azt lehet válaszolni, hogy ha elvileg nem is kizárt, hogy egy-egy ország alkotmánybíráskodását tekintve és ezen belül is egyes jogágak vonatkozásában egyszer létrejön egy konszolidáltabb és politikailag semlegesebb alkotmánydogmatika pusztán a logikai koherencia szempontjai szerint tagolt fogalmi distinkciókkal és érvelési formulákkal, de ehhez egy sor szerencsés egybeesés kell, amire fent utaltam. A főszabály szerint egy ilyen semleges alkotmánydogmatikát azonban ma nem érdemes feltételezni a vizsgálódásokban.

Irodalom

- Burnham, William/Alexei Trochev: Russia's War between Courts.: The Struggle over the jurisdictional Boundaries between the Constitutional Court and Regular Courts. The American Comparative Law. (Vol. 55.) 2007. 381-352. p.
- Cservák Csaba (2015): A jurisztokrácia aggálya és az ellentmondások feloldása. Jogelméleti Szemle 2015/4. sz. 55-61. p.
- Cservák Csaba: (2018): Az alapjogokat érvényesítő intézményrendszer. Licum - Art Kiadó. Debrecen, 2018.
- Dawson, John P. (1968): The Oracles of the Law. Ann Arbor, University of Michigan Law School. 1968.
- Esser, J. (1956): Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Tübingen: Mohr.
- Esser, Josef (1970): Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Athenäum, Frankfurt,
- Hirschl, Ran: Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press. Boston. 2004,
- Larenz, K. (1979): Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 4. Aufl. Berlin/New York: Duncker & Humblott
- Luhmann, Niklas (1974): Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1974)
- Luhmann, Niklas (1990): Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. Rechtshistorisches Journal. 1990 (Vol. 9.) 176-200 p.
- Pokol Béla (1990): Ajog rétegei. Jogtudományi Közlöny 1990/4. sz, 201-209.p.
- Pokol Béla (2001): A jog elmélete. Rejtjel Kiadó 2001.
- Pokol Béla (2005): Jogelmélet. Társadalomtudományi trilógia II. kötet. Századvég Kiadó. 2005.
- Pokol Béla (2015): Alkotmánybírási döntési stílusok Európában. Jogelméleti Szemle 2015/3. sz. 107-129. p.
- Pokol Béla (2016): Büntetőjogelméleti vizsgálódások. Rejtjel Kiadó. Budapest. 2016.
- Pokol Béla (2017): A jurisztokratikus állam. Dialóg Campus Kiadó. Budapest 2017.
- Pokol Béla (2019): Az európai jurisztokrácia globális exportja. Jogelméleti Szemle 2019/1. sz. 78-108 p.
- Scheingold Stuart: The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities. New York. Oxford University Press. 1998, 118-150 p.
- Schünemann, Bernd (2003): Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation In: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hg.): Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatische Glasperlenspiel? Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 2003 255-260. p.

Stein, Peter (1966): *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims.* Edinburgh: at University Press. 1966.

Varga Zs. András: *Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája.* Századvég Kiadó. Budapest. 2015.

Voigt, Rüdiger (1980): *Verrechtlichung.* In: uő (szerk.): *Verrechtlichung.* Königstein. 1980.

Zsugyó Virág (2017): *Az alkotmányellenes alkotmánymódosítás egyes elméleti kérdései az alkotmányosság tükrében.* *Állam- és Jogtudomány*, 2017/3 99-122. p.