

A jurisztokratikus állam



POKOL BÉLA

Dialog Campus

Pokol Béla

A JURISZTOKRATIKUS ÁLLAM

Pokol Béla

A JURISZTOKRATIKUS
ÁLLAM

DIALÓG CAMPUS KIADÓ ❖ BUDAPEST

A mű a KÖFOP-2.1.2-VEKOP-15-2016-00001 azonosítószámú, „A jó kormányzást megalapozó közszolgálat-fejlesztés” elnevezésű kiemelt projekt, 1. számú alprojekt keretében, a Nemzeti Közszolgálati Egyetem felkérésére készült.

© Dialóg Campus Kiadó, 2017

© Szerző, 2017

A mű szerzői jogilag védett. Minden jog, így különösen a sokszorosítás, terjesztés és fordítás joga fenntartva. A mű a kiadó írásbeli hozzájárulása nélkül részeiben sem reprodukálható, elektronikus rendszerek felhasználásával nem dolgozható fel, azokban nem tárolható, azokkal nem sokszorosítható és nem terjeszthető.

Tartalom

Bevezetés	7
1. A jurisztokratikus állam felemelkedése	11
1.1. Az alkotmánybíróságok elterjedése és szerepnövekedése	13
1.2. Az alkotmánybíróságok pszeudoalkotmánya	17
1.3. A jurisztokratikus kormányforma	23
1.4. Az objektív jogértelmezés – a bírák törvénytől való elszakadása	28
1.5. A szabályok és jogelvek szerepváltozása a jogban	30
1.6. A perlési politizálás	34
1.7. Diskurzusmorál és deliberatív demokrácia	36
1.8. Az itthoni helyzet: a magyar jurisztokratikus állam	38
2. A jurisztokrácia és a demokrácia határvonalán	43
2.1. Ran Hirschl jurisztokráciaelemzései	45
2.2. Alkotmánybírói főhatalom alá helyezett demokráciák a diktatúrák után	51
2.3. A globális jurisztokrácia és alkotmányoligarchia kialakulása	53
2.3.1. A nemzetközi emberjogvédelem metamorfózisa	54
2.3.2. A nemzetközi jog alkotmányjogiasítása	57
2.3.3. Egy globális alkotmányoligarchia formálódásának veszélye	58
3. Válasz a jurisztokráciakritika védelmében	67
4. A jurisztokratikus kormányforma és szerkezeti kérdései	83
4.1. Az alkotmánybíróságok átpolitizálódása és ennek fokozatai	86
4.2. Karrierbírák és elismerési bírák	87
4.3. A politikai érték kötődésű versus pártkötődésű alkotmánybírák típusai	89
4.4. A jurisztokratikus kormányforma szerkezeti kérdései	91
4.5. Epilógus e fejezethez	95
5. A jog absztrahálódásának formái	99
5.1. Jogi regulák és maximák	99
5.2. A jogi maximák szerepe a pragmatikus angol–amerikai jogi életben	106

5.3. A rendszeres jogdogmatika és az emberi jogok párhuzamos kialakulása	108
5.4. A jogelvek és jogi maximák rehabilitálása: Dworkin fellépése	113
6. A perlési politizálás	121
6.1. A perlési politizálás kialakulása	122
6.2. A perlési politizálás jogi keretei	125
6.3. A perlési politizálás szerveződése	126
6.4. A perlési politizálás megjelenésének jelei Magyarországon	131
7. A jurisztokratikus állam morálemmélete	133
7.1. Közerkölcs/közmorál, kritikai morál, világmorál	133
7.2. Morálemméleti összegzés	142
7.3. A közmorál eltüntetésének kritikája	147
Felhasznált irodalom	155

Bevezetés

Az ezredfordulótól kezdett túllépni a vita a demokráciát elfojtó, aktivista alkotmánybíráskodás kritikáján – amely már az 1960-as évektől megjelent mind az ennek szülőhelyét jelentő Egyesült Államokban,¹ mind az aktivizmust a csúcsra juttató Németországban² –, és a rendes bíróságok törvényektől elszakadó jogértelmezési módszereit és ítélkezését is mint a demokráciát leváltó bírói állam megjelenését kezdték tágabban megfogalmazni. Alec Sweet Stone a *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* című kötetével 2000-ben indult ebbe az irányba,³ a németeknél pedig elsősorban Bernd Rüterthal haladta meg a pusztán alkotmánybíráskodás-kritikákat a bírói oligarchia demokráciafelettségeinek kritikájával, amelyet 2014-ben egy kötetben bontott ki részletesen *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat* címmel.⁴ Ezek az impulzusok tágitották ki számomra is a fogalmi kereteket, és így az aktivista alkotmánybíráskodással szembeni korábbi fenntartásaimat szélesebb fogalmi körbe tudtam illeszteni. Korábbi elemzéseim amúgy is túlmentek a demokrácia és az aktivista alkotmánybíráskodás szembeállításán, ám átfogóbb fogalmi keret híján ezeket nem tudtam odavonni e témához. Az ezredforduló körül kutattam a perlelési politizálás megjelenését az Egyesült Államokban, és ennek az exportálási kísérleteit a közép-európai országokba a '90-es évek eleje óta. E tendencia során a politikai harcok egy része áttelepedett a parlamenti küzdelmekből a bírói

¹ Lásd különösen Martin Shapiro munkáit ebből az időből, pl. Martin SHAPIRO (1964): *Law and Politics in the Supreme Court. New Approaches to Political Jurisprudence*. New York, The Free Press of Glencoe.

² Lásd Ernst FORSTOFF (1959): Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. In Hans BARION – Ernst FORSTOFF – Werner WEBER Hg.: *Festschrift für Carl Schmitt*. Duncker & Humblot, Berlin. 35–62.

³ Alec SWEET STONE (2000): *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, New York.

⁴ Bernd RÜTHERS (2014): *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*. Mohr Siebeck, Tübingen.

Ha nem is egy új állami rend kialakulásaként, de a jogállam torzulásaként Berndéhez hasonló kritikát fogalmazott meg magyar nyelven Varga Zs. Andás is. Lásd VARGA Zs. András (2015): *Eszmény vagy bálvány? A joguralom dogmatikája*. Budapest, Századvég.

tárgyalótermekbe.⁵ Felkeltette a figyelmemet, hogy az utóbbi évtizedekben a szabálypontosságú jog helyett egyre inkább növekszik a rendes bíróságok bírúinak szabad mérlegelését magával hozó, generálklauzulaszerű törvényi normák és jogelvek szerepe, amelyek mellé bejönnek a rendes bíróságok ítélezésébe is az alkotmányi deklarációk és absztrakt, üres alapjogok is, mint a jogszabályi rendelkezések felülbírási lehetőségei.⁶ Ennek fő propagálója elméleti szinten már az 1960-as évektől kezdve az amerikai Ronald Dworkin volt, és az erre nyitott európai egyetemi jogászörökben ez a folyamat ezzel az elméleti alátámasztással még gyorsabban terjedt. Az ezzel szembeni viszolygásom is hozzájárult ahhoz, hogy az ezredforduló utáni években nekikezdtém történetileg feltárni a jog absztrahálódási formáit, és ez most mint a demokrácia fölé növekedő jurisztokratikus állam egyik oldala vonható be az átfogóbb elméleti keretbe. De e kutatások mellett a morálemélet terén is olyan elemzések felé vezettek a tömegdemokráciát háttérbe toló elitdominancia jelenségei, amelyek a demokrácia sokmilliónyi választópolgárának közmorálját igyekeztek kiemelni, és felmutatni az ennek helyére lépő, értelmiségi elites csoportok és a média által súlykolt kritikai morál talajtalanságát.⁷

A bírói állam említett korábbi elemzéseit megítélésem szerint ki lehet egészíteni az általam már kiemelt további aspektusokkal, és míg a fogalmi keret Sweet Stone-tól és Bernd Rüterstől vettem át, addig a konkrét elemzések a kötetben új aspektusokkal bővítették a demokrácia jurisztokrácia felé eltolódásának elemzését. Így magát az alkotmánybíráskodás központi hatalmi szerepét is új belső aspektusok elkülönítésével igyekeztem pontosítani az elmúlt években, és most ezek is a jurisztokratikus állam egy-egy oldalaként helyezhetők el. Egyik ilyen belső aspektus az írott alkotmány helyére lépő alkotmánybírói *pszeudoalkotmány* felmutatása, amely az alkotmánybírói döntések empirikus vizsgálatával és összehasonlításával több európai országban kimutatható volt, ahogy az is, hogy jó néhány országban ez a jelenség

⁵ Lásd POKOL Béla (2000): A perlési politizálás dilemmái. *Jogelméleti Szemle*, 4. sz.

⁶ Lásd POKOL Béla (2008): A jog absztrahálódási formái. Regulák, maximák, jogelvek, jogdogmatikai fogalmak és alapjogok. *Jogelméleti Szemle*, 3. sz. Német nyelven: POKOL Béla (2001): Die Abstrahierungsformen des Rechts. *Rechtstheorie*. 1.

⁷ Lásd POKOL Béla (2011): *Moráleméleti vizsgálódások. A közmorál elméleti eltüntetésének kritikája*. Kairosz, Budapest.

nem jött létre.⁸ Ahol ez létrejön, ott maga az alkotmányozó hatalom is átkerül az alkotmánybírósághoz, így a demokratikus jogállam jurisztokratikus állammá átalakulása a legmagasabb fokot érheti el. Egy további belső aspektust jelent az alkotmánybírósági hatalom egy-egy országban történő felméréséhez a jurisztokratikus kormányforma elméleti megkonstruálása, amely elkülöníthetővé teszi az állami főhatalom szerveinek egymás közti viszonyaiban is az alkotmánybírósági hatalom fokának szemügyre vételét.⁹ Ha egy országban ez magas fokot ér el, az a jurisztokratikus állammá válás megítélésének új aspektusát tudja mérhetővé tenni. E korábbi elemzéseimet összevonva igyekszem ebben a kötetben a jurisztokratikus állam fogalmi keretét megfogalmazni. Fontos kiemelni, hogy ez egy analitikus fogalmi keret, továbbá azt, hogy csak az egyes aspektusok részletes vizsgálatával lehet kimutatni, hogy egy-egy országban a demokratikus jogállam milyen fokban változott át ténylegesen is jurisztokratikus állammá. Még jelezni szeretném, hogy tudatosan nem használom a szellemi elődeim által bevett „bírói állam” kifejezést, mert ez már közvetlenül hordoz egy negatív értékítéletet, és mintegy szitokszóként fogható fel. A „jurisztokratikus állam” elnevezés semlegesebben konstatálja, hogy a jelzett átalakulások végbementek, és a demokrácia háttérbe tolása mellett az alkotmánybíróságok és a bírói kar hatalmi dominanciája jön létre. Az itteni semlegesebb elemzések után persze lehetséges ezek kritikai szintű értékelése is, ám ez csak akkor érheti el a tudományos elemzés szintjét, ha a tényleges demokrácia jórészt elkerülhetetlen strukturális torzulásait a bírói hatalom növekedése révén létrejövő negatív tendenciákkal együtt veszi figyelembe. Ezek új kutatásokat tesznek szükségessé, amelyekre itt csak felhívni lehet a figyelmet.

⁸ Lásd empirikus elemzésemet: POKOL Béla (2015): Alkotmánybírósági döntési stílusok Európában. *Jogelméleti Szemle*, 3. sz.

⁹ Lásd POKOL Béla (2016): A jurisztokratikus kormányforma és szerkezeti kérdései. *Jogelméleti Szemle*, 1. sz. Angol nyelven: POKOL Béla (2017): *The Juristocratic Form of Government and its Structural Issue*. Wien–Köln–Weimar. 154–168. Lengyel nyelven: POKOL Béla (2016): Juristokratyczna forma rządów i jej strukturalne aspekty. *Prawo i Wiedza*, 1. 95–113.

1. A jurisztokratikus állam felemelkedése

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

Röviden megfogalmazva a szembeállítást (ideáltipikus tisztaságban), a következőket kell kiemelni. A demokratikus jogállamban az állami működést a politikai döntés és a közigazgatási döntés pontos szétválasztása vagy legalábbis az erre való törekvés jellemzi, és az utóbbiak előbbieknél alá vetését a pontos jogi szabályok közvetítik. Itt a politikai döntések a törvényhozási többség törvényeiben, az ennek alárendelt kormányrendeletek és miniszteri rendeletek pontos szabályaiban kerülnek át az állami közigazgatás tevékenységeinek meghatározására. Ezt egészítik ki a helyi önkormányzatokban politikai többséget szerzett helyi politikai elit önkormányzati rendeleteinek szabályai, melyek az előbbiek által hagyott résekben a városok és falvak közösségeinek többségi akaratát formálják jogi normákká a helyi közigazgatás felé. E működési szerkezetben a tág döntési kompetenciával rendelkező, mindenkori politikai többség a választások révén a társadalom közösségeihez kötött, és e révén ciklusonként eltávolítható az államhatalom meghatározásából. A közigazgatás precíz szabályok által körbeírtan végzi napi tevékenységeit, és a bíróságok a precíz, szabályszerű jogi normáknak való megfelelést döntik el ítéleteikben nagyon szűk mérlegelési jogkörben, ha az érintettek úgy találják, hogy a jogi szabályokban lefektetett jogaikat megsértette egy állami szerv vagy egy magánszemély, nem teljesítve a jogi szabályokból rájuk háruló kötelezettségeket. A jurisztokratikus állam felemelkedéséhez vezető változási tendenciák ebben az alapszerkezetben hajtanak végre ártrendeződést. A középponti változás itt az, hogy a bíróságok által kezelt jogi normák a pontos,

szabálysztintú meghatározások helyett/mellett egyre inkább absztrakt jogelvékké, jogi értékdeklarációkká és alkotmányos alapjogokká válnak, melyek tág értelmezési lehetőséget biztosítanak a bírának, és végül is rájuk bízják, hogy eldöntsék, mi is az egyes helyzetekben a jog és kötelezettség. Ezt egészíti ki aztán az egyszerű törvényekhez képest sokkal absztraktabb és általánosságokat kimondó alkotmányok közvetlen hatályának kimondása a bírói döntések felé. Ezen keresztül még képlékenyebbé és formálhatóbbá teszik a törvényeket, amelyek már amúgy is tág normákat tartalmaznak. Az alkotmánybíróságok már csak ennek a szerkezetnek a „tetejére ülnek”, és a felsőbbbíróságokkal együtt az alkotmánybírói és felsőbbbírói döntésekben közvetlenül meghatározzák a közigazgatás napi működését. Másik oldalról pedig az alkotmánybírók a politika demokrácia törvényhozási többségét szűk gyeplő közé fogva, többé-kevésbé részletesen meghatározzák a lehetséges törvényi tartalmakat. Az átrendeződés tehát a bírói kar és a feléjük ültetett alkotmánybíróságok középpontba nyomulását jelenti. Egyrészt elveszi a politikai prioritások meghatározását a többségi törvényhozástól, másrészt a közigazgatás egészének, illetve a napi közigazgatási működést aláveti a bírói/alkotmánybírói kar politikai mérlegelés által meghozott döntéseinek. A demokratikus jogállami működés a politikai többség/bíróságok/közigazgatás hármas alapszerkezete helyett így tendenciaszerűen a politikai bíraskodás (csúcán az alkotmánybíráskodás) és az ennek alávetett közigazgatás kettősének alapszerkezetévé válik a jurisztokratikus állam működésében. A demokratikus választások és az ezek alapján létrejövő törvényhozási és önkormányzati többségek itt már jórészt csak pusztá legitimáló lepellé válnak.

Szétnézve az itt felmerülő változások és az ezeket megfogalmazó elméletek között, a következőkre már találhatunk elemzéseket. Bernd Rüttersnek a jogállamtól a bírói állam felé mutató változásokról szóló elemzése a legközvetlenebbül felhasználható a jurisztokratikus állam fel-emelkedésének megértéséhez,¹⁰ és az itteni elemzésünk egésze is az ő el-

¹⁰ Lásd összefoglaló kötetét e témában: RÜTTERS: *Die heimliche Revolution...*, i. m.; de a bírói állam és a bírói hatalom jogállamot elporlasztó hatásait Rütters tanulmányaiban már a 2000-es évek elejétől a figyelem középpontjába hozta. Lásd: Bernd RÜTTERS (2003): *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?* In Eduard PICKER – Bernd RÜTTERS Hg.: *Freiheit und Recht*. C. H. Beck Verlag, München. 11–136.; illetve Bernd RÜTTERS (2006): *Gelegener Richterstaat und vernebelte Richtermacht*. NJW. 2759–2761. A magyar irodalomban VARGA Zs. András sok szempontból hasonló kritikai attitűddel a „totalis jogállam” kialakulásaként írta meg a demokratikus jogállam torzulását, lásd: VARGA Zs. András (2015): *Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája*. Századvég, Budapest.

méleti keretének a kitágítását jelenti. Ő ugyanis leszűkíti szempontjait arra, hogy az alkotmánybíróságok középpontba kerültek a politikai rendszerben, valamint arra, hogy a rendes bíróságok jogértelmezésében a törvényektől elszakadó *objektív értelmezés* domináns helyzetbe került (1). Ez a szűkített kiemelés, ha nem is elegendő, de hasznos a jurisztokratikus államhoz vezető út egészének megértésében. A Rüthers által kiemelt alkotmánybíráskodás középponti helyén belül még külön kell választani azt, hogy egy sor strukturális ok következtében az alkotmányozó hatalom döntő része átkerült az alkotmánybírákhoz, és mint pseudoalkotmány az általuk létrehozott normarendszer kerül az eredeti alkotmány helyébe a működésük során (2). Még mindig az alkotmánybíráskodás középponti államhatalmi szerepénél maradva, ki kell térni az alkotmánybíróság erős hatalmi pozícióján nyugvó jurisztokratikus kormányforma kérdéseire (3). Ezután kell kitérni a Rüthers által is hangsúlyozott objektív értelmezési módszer középpontba nyomulására, mely a bírákat tendenciaszerűen elszakítja a törvények szövegétől. Rüthers ennek helyére a bírói karban kialakult jogpolitikai célokat teszi (4). További tendencia a jogban, hogy az általános jogelvek, alkotmányos elvek, emberi jogok, alapjogok és alkotmányi értékek terjedtek el, átvéve vagy fölébe kerekedve a precíz szabályoknak, így közvetlenül hatva a bírák eseti döntéseire (5). A fenti változások ágyaznak meg annak, hogy a szembenálló társadalmi csoportok politikai küzdelmeinek egy része áttevődik a demokrácia parlamenti választási küzdelmeiből és a törvényhozási arénából a bírói tárgyalótermekbe perlési politizálás formájában (6). Végül a demokratikus jogállam jurisztokratikus állammá alakulásának moráleméleti megalapozására is találhatunk elemzéseket a Kant és Rawls nyomán haladó Jürgen Habermas morálistdiskurzus-elméletében és a parlamenti választási demokráciát leváltó deliberatív demokrácia elméletében (7). Ezek után érdemes külön megnézni, hogy mindezek a változási tendenciák milyen mértékben mentek végbe a mai magyar állam működésében (8).

1.1. Az alkotmánybíróságok elterjedése és szerepnövekedése

Az egyik változás az alkotmánybíróságok elterjedése és fokozatos szerepváltozása, mely több más változási tendenciával összegződött hatásként a demokratikus jogállam jurisztokratikus, bírói állammá válását hozta létre a világ számos országában. Az alkotmánybíráskodás eredeti eszméje szerint az Egyesült Államokban az 1800-as évek elejétől kialakulva csak hatásköri bíráskodást jelentett,

mivel a világ első szövetségi államában vitássá vált, hogy ki döntsön, ha ütközésbe kerülnek a szövetségi állam hatáskört gyakorló kongresszusi törvényei és a tagállami törvényhozások törvényei. Marshall főbíró vezetésével a szövetségi Legfelsőbb Bíróság erre az esetre fektette le 1803-ban, hogy ők mondhatják ki e vitában a végső szót, és a szövetségi alkotmányba ütközés címén alkotmányellenesnek mondhatják ki és megtilthatják az ütköző törvények egyikének alkalmazását. Ugyan ez a szerény terjedelmű alkotmánybíráskodás tágult az 1900-as évek elejéig, de csak nagyon ritkán szólt bele a törvények tartalmi formálásába és a mindenkorai törvényhozási többség törvényeinek meghatározásába. Az alkotmánybíráskodás ebben a szerény szerepben vált ismertté az európai országok jogtudósai számára,¹¹ és így került átvételre az Osztrák–Magyar Monarchia szétesése után az új osztrák alkotmányba 1920-ban. Annyiban persze módosult az Európába átkerült alkotmánybíráskodás, hogy az osztrák alkotmánybíráskodást nem a felsőbíróságokra, végső fokon pedig a legfelsőbb rendes bírakra bízták, ahogy az Amerikában kialakult – az akkor domináló osztrák szociáldemokraták parlamenti többsége a konzervatív bírói kartól tartott a leginkább –, hanem különálló alkotmánybíráskodást hoztak létre, tele töltve a kormánytöbbséghez húzó jogászokkal, jogászprofesszorokkal. Emellett a hatásköre is megváltozott az eredeti amerikaihoz képest, és nem a rendes bírói peres eljárások végére illesztették ezt be, hanem közvetlenül a parlamenti törvényhozás ellenőrzésére és a törvények ily módon történő esetleges megsemmisítésére alakították át. Ez már nagy lépést jelentett a demokrácia jurisztokráciával való leváltása útján, de a végül is megvalósult szerény alkotmánybírói szerepfelfogás Ausztriában nem hozta létre a mindenkorai törvényhozási többség széles körű ellenőrzés alá vételét.

Ez a lépés csak a második világháború utáni években következett be, amikor a győztes amerikai megszálló csapatok jogászainak ellenőrzése mellett létrehozott új német és olasz alkotmányba belevették az alkotmánybíráskodás intézményét.¹² Az otthoni, amerikai mintából eredt volna, hogy itt is a rendes bírósági rendszer főbíróságait ruházzák fel az alkotmánybíráskodás jogosítványival, de az új rendszer megteremtői Németországban még inkább tartottak a Hitler alatt is hivatalban levő bírói kartól, és az osztrákok által kialakított, különálló

¹¹ Az amerikai alkotmánybíráskodást csodálva Georg Jellinek már 1885-ben kidolgozott egy javaslatot az alkotmánybíráskodás osztrák megvalósítására. Lásd az alábbi tanulmányát: GEORG JELLINEK (1885): *Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Holder, Wien. 70. Am ténylegesen csak (Hans Kelsen által inspiráltan) az 1920-as osztrák alkotmányban került megvalósításra.

¹² Mivel ezt a részben kényszerített jelleget nem szokták dokumentálni, álljon itt a kivételként ezt nyíltan tárgyaló tanulmány az amerikai Noah Feldmantól: NOAH FELDMAN (2005): *Imposed Constitutionalism*. *Connecticut Law Review*, Vol. 37. Summer Issue, 851–865.

alkotmánybíróságot hozták itt is létre. Az olaszoknál nem sokat változtattak az osztrák modellen: meghagyták szerény hatáskörű szervezetnek, sőt még el is távolították a közvetlen parlamenti törvénymegsemmisítési lehetőségtől azzal, hogy itt a rendes bírói eljárások folyamán a rendes bírót ruházták fel az alkotmánybírósághoz fordulás jogával a perben alkalmazott törvényi rendelkezések megsemmisítését kérve. Am a németeknél alapvetően megváltozott a helyzet. Itt lehetővé tették, hogy az állampolgárok közvetlenül éljenek az alkotmányjogi panasszal, ha a rendes bíróságok előtti pereikben alkotmányellenesnek vélt jogszabályi rendelkezést alkalmaztak. Sőt, ha visszafordíthatatlan sérelmet okozna a rendes bíróság előtti perlés kimerítése, akkor közvetlenül is lehetővé tették az alkotmányjogi panasszal a törvények megtámadását az alkotmánybírák előtt. Emellett a németeknél a tartományi kormányok is közvetlenül fordulhatnak az alkotmánybírósághoz a szövetségi törvények megsemmisítését kérve. A többi országban később az is létrejött, hogy az ellenzéki képviselők egy-egy csoportja – pl. ötven képviselő – is kérhesse az éppen elfogadott törvények alkotmányellenessé nyilvánítását az alkotmánybíráktól. Ez már lényegesen megnövelte a demokratikus törvényhozási többség feletti alkotmánybírói dominanciát, de igazán az vitte fel azt a csúcsig, hogy a németeknél olyan, zömmel Amerikából hazatérő, bizalmi jogászprofesszorral töltötték fel az alkotmánybíróságot, akik a biztos háttértámogatás tudatában a lehető legtágabban kezdték értelmezni a jogkörüket.¹³ Az 1950-es évek elején konfliktusra is sor került a parlamenti többségi kormányzat és az alkotmánybírák között, mert az előbbi a demokratikus legitimitáció biztos tudatában nem akarta elismerni az alkotmánybírák feletti állását. Az amerikai megszállás helyzetében azonban egyértelmű volt, hogy ténylegesen ki rendelkezik erősebb hatalmi háttérrel, így a német alkotmánybírák akadálytalanul tudták tovább bővíteni az amúgy is széles körű jogosítványaikat. Ennek legfőbb útja az volt, hogy néhány üres formulát alkalmaztak az alaptörvényükben, mely normatív tartalommal szinte nem is rendelkezett (mint a „személyiség mindenoldalú kifejllesztéséhez való jog”), vagy értelmezésükkel kiürítették azokat (pl. az „emberi méltóság sérthetlenségéhez való jogot”, melyet a megaláztatás tilalmának iránymutató parancsa helyett az „általános emberi lényeg” formulájaként kezdték használni), vagy mint anyajogot fogták fel, és ezekből új és új alapjogokat kezdtek kiolvasztani. Ennek révén néhány év alatt lényegében egy új alkotmányt

¹³ A második világháború utáni Németországban a transzatlanti irányban véghezvitt radikális elitcsere elemzéséhez lásd Stefan SCHEIL (2012): *Transatlantische Wechselwirkungen. Der Elitenwechsel in Deutschland nach 1945*. Duncker & Humblot, Berlin. Az alkotmánybíráskodást illetően különösen a 155–159. oldalak ajánlottak.

hoztak létre az eredeti helyett, és az eredeti alkotmányi rendelkezéseket is ezek fényében kezdték értelmezni. Ezenfelül még az esetleges alkotmánymódosítások felett is kimondták ellenőrzési jogukat, és ezzel a törvényhozó hatalmon túl az alkotmányozó hatalom felett állásukat is rögzítették, melynek már semmi köze nem volt az alkotmánybíráskodás eredeti eszméjéhez.

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

Az írott alkotmány fölé emelkedő német alkotmánybíráskodás modellje az 1970-es évek végétől a diktátoraiktól megszabaduló Portugáliába és Spanyolországba került át, és különösen a spanyolok vették át a németektől a kitágított német alkotmánybíráskodás modelljét. Ahogy egyre fokozódott az írott alkotmánytól való elszakadás, az alkotmánybírák végül már azt is megtették, hogy nemcsak az alkotmány absztrakt, üres formuláit felhasználva nőttek a demokrácia parlamenti többsége fölé, hanem az alkotmány konkrét rendelkezéseit félresöpörve is hajlandók voltak dönteni.¹⁴ Az 1980-as évek folyamán aztán ezt a német–spanyol alkotmánybíráskodási modellt igyekezett átültetni a nemzetközi téren domináló Egyesült Államok politikai

¹⁴ Lásd az egyneműek házassága ügyében döntésüket 2012-ben, amikor a spanyol alkotmány kifejezett rendelkezése ellenére az alkotmánnyal összhangban állónak minősítették a polgári törvénykönyvbe bevett, egyneműek közötti házasság lehetőségét. A részletes elemzéshez lásd POKOL Béla (2015): *Alkotmánybíráskodási döntési stílusok... i. m.*

elitje a dél-amerikai országokba, és egy sor itteni államban a legszélesebb hatáskörű alkotmánybíróság kezdte meg működését. A szovjet birodalom felbomlása során, 1989-től a leszakadt közép-európai csatlós államokban szintén a nagyhatalmú alkotmánybíráskodás német modelljét ösztökölték a folyamatot kívülről befolyásoló nagyhatalmak és a közöttük vezérlő szerepet játszó Egyesült Államok. Majd a Szovjetunió felbomlása után létrejött új, független államokban is ezt tették 1991-től, beleértve a Jelcin elnök alatt a legközvetlenebb amerikai befolyás alatt álló Oroszországot is. Ez a folyamat zajlott aztán a '90-es években egy sor ázsiai országban, majd Afrikában is. Az 1980-as évek elejére az alig néhány európai alkotmánybíróság helyett az ezredfordulóra a világ egy sor országában a legkiterjedtebb hatalmú alkotmánybíróságok álltak az államhatalom középpontjában, messze kerülve az alkotmánybíráskodás eredeti eszméjétől.

1.2. Az alkotmánybíróságok pszeudoalkotmánya

Az alkotmányok az egyszerű törvényekhez képest általánosabb szinten fektetnek le normákat, alkotmányos értékeket és alapjogokat. Így az alkotmánybíráknak a felmerülő alkotmányos konfliktusok és az alkotmányjogi panaszok elbírálásánál sokkal több értelmezési, konkretizálási gondolati műveletet kell és lehet végrehajtani, és ezt sokkal szabadabban tehetik, mint a viszonylag pontos szabályokat tartalmazó törvényeket és más jogszabályokat alkalmazó rendes bíróságok. Ezért széles jogosítványt, nagy felelősséget és hatalmat kapnak az alkotmány értelmezésére és ennek konkretizáló esetjoggal való kiegészítésére. A mindenkor újonnan érkező alkotmánybírák a megváltozott demokratikus közvélemény képviselői által kiválasztva alapvetően persze csak az alkotmányhoz vannak kötve, esküjüknek megfelelően. Az addig kialakított alkotmánybírási precedensjogot, illetve annak egyes részeit az újonnan hangsúlyossá vált alkotmányos értékek fényében átértelmezhetik, lecserélhetik és egy következő időszakra új precedensjogot alakíthatnak ki. Az új alkotmánybírákat (és velük az új alkotmánybírói többséget) az addigi alkotmánybírási precedensjog egyes részei csak annyiban kötik, hogy ha el akarnak ezektől térni, akkor ezt explicit érveléssel, az új alkotmányos értékhangsúlyokra rámutatva és ezekből koherens érveléssel új precedenseket kialakítva tehetik meg, mert enélkül csak önkényes káosz jönne létre döntéseikből. Ez a részbeni kötöttség és az absztrakt alkotmány keretei között a konkretizáló esetjog szabad megválasztásának lehetősége

azonban sokszor csak elvi szinten van meg, és egy sor strukturális ok nehezíti a korábbi esetjogtól való eltérést. Ez egyrészt az eredeti alkotmánytól való végleges elszakadást is létrehozhatja, és ehelyett a korábbi alkotmánybírák esetjoga válik pszeudoalkotmánnyá, másrészt az alkotmányozó hatalom alkotmánymódosítását vagy esetleg teljesen új alkotmány létrehozást célzó működését is lehetetlenné teheti. Ezzel az alkotmányozó hatalom hallgatólagosan átcsúszik az alkotmánybírák kezébe.

Négy strukturális tényezőt kell kiemelni, melyek hatásainak összegződése révén az európai alkotmánybírák az elődeik által létrehozott, alkotmányt konkretizáló esetjoghoz erősebben kötve maradnak.¹⁵ Nézzük meg a strukturális okokat, melyek az európai alkotmánybíróságok esetében a pszeudoalkotmányok létrejötte felé hatnak.

1. A legfontosabb ok erre az alkotmánybíráskodás generális bíráskodás jellege, mellyel szemben Európában már az 1800-as évek elejétől egyre specializáltabb bírósági rendszer jött létre. Az Egyesült Államokban megmaradt a generális bíráskodás, és a felső, illetve a legfelsőbb szintű bíróságok a teljes jogi életet illetően döntenek a peres ügyekben, nem elkülönítve a magánjogi, a büntetőjogi és a többi ügyeket. Illetve, ha kivételesen alsó fokon létre is jön egy ilyen specializált bíróság (pl. szabadalmi ügyekben), a legfelsőbb bírói fórumra a fellebbezések folytán ezek a specializált perek is belefolyanak a generalista bíráskodást végző bírák döntési kompetenciájába.¹⁶ Az alkotmánybíráskodás pedig az Egyesült Államokban a generális bíráskodási rendszerben jött létre az 1800-as évek elején, és innen került át az 1900-as

¹⁵ A német alkotmánybíráskodás szociológiai elemzését elvégző Uwe Kranenpohl idéz könyvében egy interjúrészletet egy német alkotmánybírótól, aki az amerikainál erősebb német precedensköttéttségét azzal magyarázza, hogy az ahhoz képest fiatalabb német a tradíciókifejlesztés érdekében tapad jobban korábbi esetjogához: „Im Vergleich zum *Supreme Court* ist das BVerfG ein sehr junges Gericht und ist um so stärker bemüht Rechtsprechungstradition zu entwickeln. Beim *Supreme Court* gibt es so Wellenbewegungen von etwa dreißig Jahren, so ungefähr nach einer Generation gibt es einen Wandel in der Rechtsprechung.” Uwe KRANENPOHL (2010): *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden. 144.

¹⁶ Az amerikai generalista bírák rendszerének fennmaradásához és ennek hatásainak elemzéséhez – az európai specializált bírói rendszerrel összehasonlításban – lásd Diane P. WOOD (1997): *Generalist Judges in a Specialized World*. *SMU Law Review*, Vol. 50. No. 4. 1755–1768. Illetve Herbert KRITZER (2011): *Where Are We Going? The Generalist vs. Specialist Challenges*. *Tulsa Law Review*, Vol. 47. Summer Issue, 51–64.

évek első évtizedeitől Európába, és mára a legtöbb európai országban már létezik ez az intézmény. A specializált európai bírósági rendszer és az e szerint specializálódott bírói stábok, illetve az ügyvédség, közigazgatási jogászok, egyetemi jogászok alapvetően más összetevőket társítottak az Amerikából átkerült alkotmánybíráskodáshoz, mint az az eredeti helyén volt. Az alkotmánybírák Európában természetesen a szűk jogterületre specializálódott jogászcsoportokból kerülnek ki, és a specializálódott, szűk területen kompetens jogász válik (ellene válni!) a megválasztással a jog teljes spektrumában döntő *generalista alkotmánybíróvá*. Ebből a szakmai beszűkülésből következően az európai jogász alkotmánybíróvá válva sokkal nagyobb kompetenciaproblémákkal szembesül, mint amerikai kollégái. Az USA-ban az alkotmánybíráskodás döntő részét végző szövetségi legfőbb bírói fórum bírái a legtöbb esetben már alsóbb szinten évekig bíráskodást végző bírákból kerülnek ki (tipikusan párhuzamosan végzett, egyetemi jogászprofesszori tevékenységgel), és így a generalista alkotmánybíráskodás nem jelent számukra kihívást. Végül is ugyanúgy kell továbbra is büntető-, polgári-, vagyoni jogi, közigazgatási jogi stb. ügyekkel foglalkozni, ahogy addig is tették.¹⁷ Ettől eltérő a gyakorlat a szűk jogági területekre szakosodott európai jogászoknál és jogászprofesszoroknál, valamint a szűk területre szakosodott felsőbíróságok bíráinál.

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

¹⁷ A generalista alkotmánybíráskodás és az európai specializált bírósági rendszer együttéléséből eredő problémák részletesebb elemzéséhez lásd korábbi tanulmányomat: Pokol Béla (2014): Generális bíráskodás versus specializált bírósági rendszer. Az alkotmánybíráskodás egy dilemmájáról. *Jogelméleti Szemle*, 2. sz. 226–243.

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

3. E két ok és ezek összegződő hatásai mellé lép be az európai alkotmánybírák „decernátusai”-nak, törzskarainak eltérő szerepe az amerikai társaikhoz, a „law clerk”-höz képest. Az amerikai felsőbbbíróságoknál az 1900-as évek első évtizedeitől kezdve alakult ki fokozatosan a bírák döntéselőkészítő munkáját segítő law clerk intézménye. A szövetségi fellebbezési bírák mellett három-három law clerk segíti a bírakat. A szövetségi legfőbb bírói fórumnál, mely az alkotmánybíráskodás döntő részét végzi, már négy law clerk van minden bíró mellett. Ezek az alkotmánybírói segítők a joghallgatók közül kerülnek ki a legjobb jogi karokról, és az egyes bírák mellett egy-egy évre kapnak megbízást, még ha az esetek egy részében a bírók egy-két évvel meg is hosszabbítják a legbevéltabbak megbízását. A hosszú évtizedekig bírói posztot betöltő és a generalista bíráskodáshoz szokott amerikai bírák esetében így az éppen csak pályakezdő fiatal law clerk-ek egyértelmű alárendeltségben vannak, és ezek jóval kisebb döntési kompetenciával rendelkeznek, mint az őket rövid ideig alkalmazó bírójuk.¹⁸ Ezzel a megoldással gyökeresen

¹⁸ A law clerk-öknek ez a kisebb döntési kompetenciája sem akadályozza meg azonban az amerikai bírakat abban, hogy a különösebben nem vitás, rutin ügyekben a többségi véleménytervezetének elkészítését a law clerk-ökre bízzák, és szorosabb irányítást, illetve az érdemi döntés teljesebb átvételét ezekben csak akkor vonják magukhoz a bírák, ha politikailag érzékeny vagy jogilag nagyobb jelentőségű döntésről van szó. A rutin ügyekben azonban a law clerk-ök nagyobb szerepe az alkotmányt konkretizáló régi precedensjogot a részükről mechanikusan követetté teszi: „But what one expects [...] if most judicial opinions are written largely by law clerks (as they are), who are inveterate legalists because they lack the experience, confidence or »voice« to write a legislative opinion of the kind that judges like Holmes, Cardozo, Hand, Jackson, Traynor, or Friendly wrote. The delegation of judicial opinions writing to law clerks may explain the decline in the number of judges whom anyone would be inclined to call »great.«” Richard A. POSNER (2011): Realism about Judges. *Northwestern University Law Review*, Vol. 105. No. 2. 577–586. 583.

szemben áll az európai alkotmánybírák és törzskari munkatársaik viszonya. Mivel a legtöbb európai alkotmánybíróság a németet vette alapul, érdemes először az itteni helyzetet bemutatni. Ez a modell szakított az amerikai „freshman”-rendszerrel, vagyis a joghallgatók közül történő munkatárs-toborzással, és a már komolyabb gyakorlattal rendelkező jogászok, alsóbíró-sági bírák közül válogatják ki ezeket. A másik változtatás az volt, hogy ezek nem egy-egy évre kerülnek az alkotmánybírák mellé, hanem eleve hosszabb időre.¹⁹ Ezekkel a változtatásokkal az alkotmánybírák és törzskari munkatársaik viszonya lényegesen átalakul az amerikaihoz képest, alaposan felhozva a munkatársakat a döntéseket formálisan végző alkotmánybíró pozíciója mellé. Nem lehet pontosan tudni, hogy milyen arányban vannak a német alkotmánybírák közül azok, akik az érdemi döntés nagy részét is átengedik a decernátusukban (törzskarukban) levő, elvileg csak döntéselőkészítő munkatársaknak, de az erről szóló empirikus vizsgálat és elemzés ezt komoly problémának mutatja be. Uwe Kranenpohl a német alkotmánybírókkal készített interjúi kapcsán így ír: „Dabei sigalisiert der leicht kritische Unterton dieses Gesprächspartner, dass einige Kollegen bei ihm durchaus im Verdacht stehen, ihren Mitarbeitern unangemessen umfangreiche autonome Gestaltungsbereiche einzuräumen. Noch deutlicher bringen dies zwei andere Interviewpartner durch Flucht in Sarkasmus zum Ausdruck: »Das hängt eben sehr vom einzelnen Richter ab. Ich glaube, ich kann für mein Dezernat sagen, dass da kein 'Entzug des gesetzlichen Richters' stattgefunden hat – aber ich kann das nicht allgemein behaupten« (Interview No. 6).” „So gibt in der Tat Verfassungsrichter, da muss man davon ausgehen, die unterschreiben jeden Mist, der ihnen von den Wissenschaftlichen Mitarbeitern vorgelegt wird und kontrollieren das nicht!” (Interview No. 21.)²⁰

Ennek a német modellnek a további eltolódását jelenti a többi európai alkotmánybíróságnál, hogy a törzskari munkatársak nagyobbik része nem cserélődik az alkotmánybírójuk megbízási idejének lejártával, hanem maradnak, és átkerülnek a sűrűn belépő új és tapasztalatlan alkotmánybírák mellé segítő munkatársnak. Ténylegesen persze a rövid időre belépő és elementáris

¹⁹ Korábban még öt-hat év is lehetett az alkotmánybíró „decernátusában” eltöltött idő, de újabban ez már rendszerint csak két-három év. (Lásd KRANENPOHL: *i. m.*, 106–108.) E-mailek érintkezve Kranenpohllal e tanulmány írása közben, kérdésemre jelezte, hogy a rövidebb időközi tudományos munkatárs-cserék ellenére az a szokásos, hogy az újonnan érkező alkotmánybíró az elődje decernátusának egyik munkatársa fogadja és vezeti be a betanulás idején a feladatába.

²⁰ KRANENPOHL: *i. m.*, 88.

kompetenciaproblémákkal szembesülő új alkotmánybírók az első időben szinte a gyámolítottjai a sokéves tapasztalattal rendelkező, régi törzskari munkatársainak, és ezek vezetik, nevelik be őket az alkotmánybírói döntési munkába. Ebben a situációban az előbbi interjúban a német alkotmánybíró által ironiával említett „törvényes bírótól való ügyelvonás” a munkatársak révén főszabállyá válik. Ez a kép inkább csak kivételesen módosul, ha az új alkotmánybíró szuverén személyisége révén egy idő után le tudja rázni e gyámolító hatást, és önmaga áll neki új alkotmányos értékeket a középpontba emelve az örökül kapott pszeudoalkotmány átalakításának. A szuverén személyiség mellett persze további előfeltétel, hogy a felső korhatár miatt ne kelljen túlságosan gyorsan kiválni az alkotmánybírói testületből öt-hat év után, illetve, hogy az előzetes jogászai életpályája révén kivételképpen szélesebb jogterületet lásson át, és ne csak egy szűk területre szakosodott szakbírói múlttal vagy egy-egy perfajtára szakosodott ügyvédi múlttal rendelkezzen. De még ha ez mind rendelkezésre is áll, az ilyen „deviáns” alkotmánybíró szembekerül a sok évtizedes pszeudoalkotmányt bibliaként kezelő, többi alkotmánybíró kollégájával és az ezeket instruáló munkatársi „régí gárdával”.²¹

4. Végül a negyedik ok az alkotmánybírói esetjog leválthatatlan pszeudoalkotmánnyá keményedésében az európai alkotmánybíróságok többségének óriási döntési terhében található. Az amerikai legfőbb szövetségi alkotmánybírók évi alig százat kitevő döntési terhe és a legtöbb európai alkotmánybíróság évi többbezes nagyságú döntési terhe közötti különbség nemcsak azt okozza, hogy az így leterhelt európai alkotmánybírók alig tudnak párhuzamos és különvéleményeket végiggondolni és írni, de azt is, hogy az egyszer megszilárdult korábbi esetjogot sem tudják az új alkotmányos értékek fényében felülbírálni, és azzal szemben az eredeti alkotmány szövegéből ismét kiindulva új értelmezést és konkretizálást létrehozni. Richard Posnerék egyik tanulmányának megfogalmazásában ez az összefüggés így

²¹ Hogy milyen terheket vesz magára az az új alkotmánybíró, aki az eredeti alkotmányt igyekszik alapul venni, és csak másodlagosan az ennek helyébe lépő pszeudoalkotmánnyá keményedett esetjogot, azt Kranenpohl is jelzi a már idézett művében: „Gerade das BverfG hat eine starke Neigung, im Sinne der Wahrung von Rechtssicherheit die bisherige Rechtsprechung weitgehend beizubehalten. [...] Schon durch den bloßen Umfang der bisherigen Rechtsprechung sind damit bereits weite verfassungsrechtlich relevante Bereiche vorstrukturiert, was dem Berichterstatter im Regelfall lediglich erlaubt, sich mit seinem Vorschlag innerhalb der bereits formulierten Prinzipien zu bewegen.” (KRANENPOHL: *i. m.*, 143.)

hangzik: „The heavier a court’s caseload, the less likely it is to reexamine [...]”.²² Összességében tehát e négy ok és ezek összegződő hatásai az európai alkotmánybíróságok bírái számára egy általuk alig változtatható pseudo-alkotmányt húznak paravánként az eredeti alkotmány elé, és e helyett az új és új alkotmánybírók – az alkotmánybíró-cseréket áthidaló, régi munkatársi gárda dominanciája mellett – csak ezt a pseudoalkotmányt tudják döntéseiknél alapul venni.

1.3. A jurisztokratikus kormányforma

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

Az alkotmányhoz való *monopolizált hozzáférés foka* az alkotmánybírárság részére az egyik legfontosabb összetevő a parlamenti többséggel szembeni jurisztokratikus kormány erejének felmérésénél. Számára a közvetlen hozzáférés az alkotmányhoz az alkotmányértelmezés hatalma révén már a funkciójából származik. Ám attól függően, hogy fordítva, a parlamenti többség számára milyen előfeltételek esetén lehetséges felülbírálni az alkotmánybíráskodást e téren, nagy eltérések léteznek. Pedig végső fokon ettől függ, hogy milyen mértékben kerül az alkotmánybírárság a parlamenti többség fölé, és szorítja vissza végletesen vagy csak enyhébben a félparlamentáris kormányforma erejét. Minél nehezebb a parlamenti többség részéről az alkotmány módosítás és az alkotmánybíráskodási törvény átalakítása – vagy esetleg magát az alkotmányt is csak több grémium közös eljárásában lehet nehéz feltételek mellett módosítani –, annál nagyobb az alkotmánybírárság alkotmányhoz való monopolizált hozzáféréseinek a foka, és ezzel jórészt megközelíti a jogállása magát az alkotmányozó hatalomét. Ezzel szemben, minél könnyebb az alkotmány módosítás vagy legalább az alkotmánybíráskodási törvény átírásának az eljárása a parlamenti többség pozíciójának javítására,

²² EPSTEIN – LANDES – POSNER: *i. m.*, 117.

annál inkább csak részleges a jurisztokratikus kormányforma ereje, és másik oldalról, a félparlamentáris pozícióba való visszaszorítás foka. A könnyű alkotmánymódosításra példa lehet az osztrák alkotmány esete, melynek módosításához elegendő az összes képviselő többségi szavazata, és többször előfordult a múltban, hogy a többségnek nem tetsző alkotmánybíróági döntést az alkotmány ennek megfelelő módosításával védtek ki Ausztriában. A magyar megoldás az összes képviselő kétharmadához köti az alkotmánymódosítást, és amikor 2010–2015 között ilyen többség volt az itteni kormányzó politikai erőnek, akkor szintén alkotmánymódosítással semlegesítették alkalmanként a jurisztokrácia erejét. A lengyeleknél a magyarhoz hasonló nehézségű ugyan az alkotmány módosítása, ám az alkotmánybírák választása, illetve az alkotmánybíróági törvény módosítása csak egyszerű parlamenti többséghez van kötve. Így amikor itt az alkotmánybíróági többség politikai értekeivel és az addigi alkotmányértelmezéssel polárisan szembenálló parlamenti kormánytöbbség jött létre a 2015-ös választások eredményeként, és ennek révén a közjogi *cohabitation* helyzete alakult ki, akkor a parlamenti többség ennek révén nem volt eszköztelen. Egy sor országban azonban nehezebb előfeltételek léteznek az alkotmány módosításához vagy legalább az alkotmánybíróági törvény átírásához, és így a jurisztokratikus kormányforma még erősebb helyzetbe kerülhet a félparlamentáris pozícióba visszaszorított kormánytöbbséggel szemben

Ha az alkotmányhoz való monopolizált hozzáférés magas fokú, az növeli a jurisztokratikus kormányforma privilegizáltjának, az alkotmánybíróáságnak a hatalmát. Ám ezt tovább növelheti az, ha az alkotmány szövegezése folytán ennek szövege több általános jellegű elvi deklaráción nyugszik, és az alkotmányi intézmények pontos szabályozásai mellett egy sor ilyen formula adja meg az alkotmányi normatív útmutatásokat. Hogy érthető legyen ez a dimenzió, össze kell vetni az Egyesült Államok alkotmányát – amely viszonylag pontosan rögzített szabadságjogokat és szervezeti-hatásköri szabályokat tartalmaz – a német vagy az ennek mintájára létrejött újabb alkotmányokkal, amelyek olyan általános (normatív tartalmat alig hordozó) formulákat tartalmaznak, mint a „személyiség mindenoldalú kiterjesztéséhez való jog”, vagy az „emberi méltóság sértethetetlen”. Ez utóbbi esetben az alkotmánybírák lényegében maguk döntenek el a normatív meghatározottság hiányában, hogy mi is az alkotmány tulajdonképpen, míg ha a pontos szabályok jelentik az alkotmány szövegét, akkor bár van értelmező hatalma az alkotmánybírói grémiumnak, de ezt

az alkotmány pontosabb értelme korlátok közé szorítja. Ha a kettőt együtt nézzük, és azt látjuk, hogy egy országban az alkotmánybíróság magas fokú monopolizált hozzáféréssel rendelkezik az alkotmány felett, és emellett az alkotmány szövege eleve általános, üres normatív útmutatásokkal adja meg az alkotmánybíróságnak az alkotmányértelmezés hatalmát, akkor lényegében ez a szerv tekinthető az alkotmányozó hatalomnak, és csak egészen kivételes helyzetben tudja egy demokratikus társadalmi többség felülbírálni a jurisztokrácia hatalmát. Ugyanez fordított előfeltételek esetén (a parlamenti többség számára könnyű alkotmánymódosítási lehetőség létezik és eleve feszes, pontos alkotmányi szabályok rögzítik az alkotmány értelmét) visszaszorítja a jurisztokratikus kormányforma erejét, és a vele keverten együtt élő félparlamentáris kormányforma a *közjogi cohabitation létrejötté esetén komoly hatalommal rendelkezik a szembenálló alkotmánybíróság ellensúlyozására*.

Külön kérdés ennél, hogy tudja-e ellenőrizni az alkotmánybíróság az alkotmánymódosításokat, és ezeket esetleg szintén megsemmisítheti-e alkotmányellenesség címén. E lehetőség felvetése a németeknél jött létre, ahol a második világháború után először jött létre nagyhatalmú alkotmánybíróság Európában, és mivel a háborúban vesztes Németországban a megszálló amerikai katonai kormányzat a tömeges választásokból kinövő parlamenti kormánytöbbséggel szemben inkább bízott a zömmel Amerikából hazatérő, bizalmi jogászokkal feltöltött alkotmánybíróságban, ez a szerv bármit megtehetett az amúgy is széles jogkörének bővítésénél. Ennek légkörében mondták ki a német alkotmánybírák az 1950-as években, hogy az alaptörvényük teljes alapjogi fejezetét érinthetetlennek nyilvánítják az módosítással szemben, és ennek esetén megsemmisítik azokat. Ez a minta aztán több országban is ösztönzést adott ahhoz, hogy – szemben az alkotmánybíráskodás eredeti amerikai eszméjével – néhány országban az alkotmánymódosításokat is bevonja ellenőrzése alá az alkotmánybíráskodást végző szerv. Ez a lépés már az alkotmányozó hatalom nyílt átvételét jelenti, hisz ebben az esetben az alkotmányhoz való monopolizált hozzáférés szinte teljessé válik, és még a minősített parlamenti többségek sem tudják felülbírálni a jurisztokrácia erejét. Ezt a lépést azonban csak kivételesen tette meg eddig néhány alkotmánybíróság, illetve épp a magyar esetében volt erre egy kísérlet a 2011-es új Alaptörvény teljes megsemmisítésének indítványánál, és mivel akkor ez csak egy enyhe többség révén került elvetésre, az alkotmányozó hatalom a következő ilyen kísérletet megelőzése érdekében kifejezetten szabályozta – lényegében

korlátozta – ezt.²³ Ezen az alkérdésen belül még egy további kérdés, hogy egy ország alkotmánya – szintén a német minta nyomán – az alkotmánybírószágra bizta-e a törvények alkotmányhoz mérése mellett ezek nemzetközi jogba ütközésének ellenőrzését is. Ugyanis ha ezt tette, és az adott állam által vállalt nemzetközi szerződésen túl a nemzetközi jog általános elveibe és általánosan elfogadott szabályaiba ütközése esetén is megsemmisítheti az alkotmánybírószágot a törvényeket, akkor felmerül, hogy ez alapján az alkotmánymódosításokat is megsemmisítheti, sőt, akár egy teljesen új alkotmányt is, ha megállapítja ennek ütközését a nemzetközi jog általános szabályaival. Mivel pedig a nemzetközi jog általánosan elfogadott szabályai nincsenek sehol sem autentikusan meghatározva, így ez alapján azt tesz egy alkotmánybírószágot, amit a többségét alkotó bírák politikai értékei diktálnak.

A jurisztokratikus kormányforma szerkezeti kérdései közül fontosági sorrendben a harmadik az alkotmánybírószágot *törvénymegsemmisítési jogkör aktiválásának terjedelmére vonatkozik*. Az alkotmányhoz való monopolizált hozzáférés magas foka és az alkotmány általános, üres formulákra építése következtében kiterjedt széles alkotmányértelmezési jogkör akkor tudja igazán a csúcsra juttatni a jurisztokratikus kormányforma erejét, ha a mozgásba hozására könnyű lehetőségek vannak biztosítva a parlamenti többség félparlamentáris erejével szemben. Ez lehetséges a parlamenti pártok kisebbsége számára biztosított széles körű indítványozási joggal, vagy egyszerűen egy teljes körű populáris akció biztosításával minden állampolgár számára bármely törvény megtámadására, mely révén az alkotmánybírószágot a kihirdetésük után lényegében bármely törvényt rögtön ellenőrzése alá tud vonni, és közvetlenül a létrehozásuk után már meg tudja semmisíteni a parlamenti kormánytöbbség állami akaratképzését. További alkérdés itt, hogy milyen mértékben van kötve az alkotmánybírószágot az indítványok kereteihez, vagy ezek netán csak egy formális kezdőrúgást jelentek számára, melynek megtörténte után már tetszőlegesen további törvényeket és ezek rendelkezéseit is bevonhatja ellenőrzés és megsemmisítés alá pusztán azzal, hogy egyszerűen összefüggést deklarált ezek között. Még az itteni széles lehetőségeket is tovább fokozhatja, ha az alkotmánybírószágot az indítványozásra utaltságán túl széles körű hivatalból való eljárás indítási joggal is rendelkezik, mely révén tetszés szerint aktiválhatja magát

²³ „Az Alkotmánybírószágot az Alaptörvényt és az Alaptörvény módosítását csak a megalakítására és kihirdetésére vonatkozó, az Alaptörvényben foglalt eljárások tekintetében vizsgálhatja felül.” Alaptörvény 24. cikk (5) bek. első mondata.

és megsemmisítheti a politikai értékeivel szembenálló parlamenti többség törvényeit. Mindezekre az aspektusokra a legkülönbözőbb megoldások léteznek, és van, ahol e dimenziók szabályozása a jurisztokrácia erejét növelik, s van, ahol a félparlamentáris kormányforma erejét tartja meg egy szint felett az alkotmánybírósággal szemben. Például az 1989-es magyar alkotmányi szabályozás és az ez alapján kiadott alkotmánybírói törvény a legnagyobb szabadságot adta meg az alkotmánybírákhoz fordulás terén a legszélesebb populáris akcióval, és az indítványhoz kötöttségről sem mondott a szabályozás semmit, és így bármit és bármikor megsemmisíthetett az akkori alkotmánybírói többség, csak az önmérséklet foghatta vissza ennél. Ezzel szemben a 2012 januárjában hatályba lépett új magyar alkotmány – részben már tanulva a korábbi problémákból – sok mindent visszavett az alkotmánybíráktól e téren. Mindezeket tehát részletesen meg kell vizsgálni összehasonlító módon, ha arra akarunk választ kapni, hogy egy országban a jurisztokratikus kormányforma milyen erőt képvisel a félparlamentáris kormányzásra visszaszorított parlamenti kormánytöbbséggel szemben.

Az alkotmánybírói megbízási ciklus hosszúsága vagy ennek relatív rövidegsége a következő befolyásoló tényező a jurisztokratikus kormányforma félparlamentáris erővel szembeni pozíciójának elemzésében. Hiába a legmagasabb a monopolizáltságuk foka az alkotmányhoz való hozzáférésben és a legszélesebb az alkotmányértelmezési hatalmuk az alkotmány általános, üres formulákra építésével, illetve a legtágabb a mozgásba hozataluk lehetősége az akár tetszőleges populáris akciók révén, ha csak rövid ideig tart az alkotmánybírák megbízása, és ez mindig visszaszáll a parlamenti többség, illetve az államfő általi, új alkotmánybírói megbízásra. Főként, ha a rövid ciklus mellett még az újráválasztásuk is lehetséges, akkor az alkotmánybírák az éppen kormányzó parlamenti többséghez idomulása az esetek nagyobb részében elkerülhetetlen. Mindez pedig egy küszöbérték alatt tarthatja a jurisztokratikus kormányforma erőinek súlyát a félparlamentáris kormányforma parlamenti kormánytöbbségével szemben. Ezzel szemben, ha az alkotmánybírák megbízási ciklusa hosszú, akár élethossziglan szól (különösen, ha nincs felső korlátár a kötelező visszavonulásra, ahogy pl. az USA-ban), akkor mindez tendenciaszerűen a jurisztokrácia erejét növeli. Ekkor, még ha a fenti paraméterekben szűkebb is a jurisztokrácia mozgástere, ez akkor is megnöveli a hatalmi súlyukat. Ez látható az USA-ban is, ahol minden szempontból szűkebb az alkotmánybíráskodást végző legfőbb szerv, a szövetségi Supreme Court hatalma, mint a világ újabb alkotmánybírói Európában, Dél-Amerikában és Ázsiában,

de az itteni bírák az általában 35-40 éven keresztül tartó pozícióban létük miatt egész generációk számára biztos pontként jelentik az államhatalom változatlan csúcseit a néhány éves periódusonként változó elnöki adminisztrációkkal és kongresszusi politikusokkal szemben.

1.4. Az objektív jogértelmezés – a bírák törvényszövegtől való elszakadása

A törvények rendelkezései mindig csak keretet adnak a bírók eseti döntéseihez az eléjük terjesztett vitás ügyekben, és nem határozzák meg teljes mértékben a bírák döntéseit. De az 1800-as évek elejétől kiforrott és bevetté vált jogértelmezési kánonok – elsősorban Savigny alapvetése nyomán – többekévébő biztosították a bírák törvényhez kötöttségét a kontinentális Európa országaiban, ugyanezt érték el a precedenskövetés pontos szabályai a bírák kötöttsége terén az angol-amerikai precedensjogban. A kontinentális európai országokban aztán Rudolf von Jhering egészítette ki az 1870-es évektől az addigra bevetté vált jogértelmezési négyes kánont (nyelvtani, logikai, rendszertani, történeti) a teleológiai értelmezéssel, mely a mindenkori jogszabály célját tette az értelmezés középpontjába. Maga Jhering ugyan a bírák legszorosabb törvényhez kötöttségének a híve volt, és ezt tekintette a modern időkben egyre fontosabb jogbiztonság alapjának, de a jogszabály szövege mögött a jogalkotó által szem előtt tartott szabályozási cél kiemelése – és az azzal való lehetséges konkurencia létrejötte – már közvetlenül Jhering 1892-es halála utáni években aggasztó fejleményeket hozott a büntetőjogi bíráskodásban. Ugyanis a Jhering-tanítvány, Franz von Liszt a szöveg mögötti célgondolatot konkretizálva már 1882-ben egy kettős iránymutatássá formálta ezt át a bírák részére.²⁴ Kötelező a büntetőtörvény szövege által megformált büntető tényállás, de emögött a szöveg létrehozását ösztökélő jogalkotói cél is kötelezőként jelent most már meg, és a bíró számára e mögöttes cél fényében a szöveg felülbíráhatósága került a középpontba. A cél fényében ugyanis felvethetővé vált, hogy a jogalkotó nem találta meg a céljához illő szövegszerű kifejezéseket, és ehelyett a cél fényében a büntetőbíró megváltoztathatja, átírhatja, kiterjesztheti vagy éppen leszűkítheti a törvényi tényállást. Ez éppen szemben állt a felvilágosodás óta meghatározó *nullum crimen sine lege* elvvel és a modern

²⁴ Franz von LINZ (1905): Der Zweckgedanke in Strafrecht. In Franz von LINZ: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Band 1. (1875–1891). Guttentag Verlag, Berlin. 126–179.

kor által kiemelten megkövetelt jogbiztonságtól a büntetőbíráskodás terén, így Franz von Liszt maga is megrettent annak következményeitől, ahogy a bírák felkarolták elmélet, és ki is hagyta tankönyvének újrakiadásából az 1900-tól az erre ösztönző részeket.²⁵ A magánjogban azonban eleinte nem volt ilyen probléma, mert a jheringi gondolat hasznosítását Philip Heck 1912-es úttörő tanulmányában az érdekkutató jogtudomány megteremtésével kifejezetten a jogalkotó által szem előtt tartott érdek mérlegelést helyezte a középpontba, és óvott a bíró törvénytől elszakadásától.

Ez a törvény szövegéhez kötött célkeresés kezdett aztán megváltozni az 1950-es évek folyamán mind a német jogtudományban és bíráskodásban, mind az innen kisugárzó hatásra a kontinentális Európa több országában. Ehhez segítséget adott az is, hogy a második világháború után a náci Németország jogtalanságait elkezdték a törvényhez kötöttségre nevelt bírói kar és a jogi pozitívizmus nyakába varrni. Mára ez ugyan megcáfolt tétellé vált – épp Bernd Rüthers alapos elemzése nyomán²⁶ –, de a törvényszöveghez kötött bíró és az arra szűkített jogszabályi cél keresése egy sor jogtudományi szerző számára elvetendővé vált. Ebben a légkörben aztán kezdett terjedni, hogy nem azt kell keresni a bírónak – és az értelmező jogtudósoknak –, amit a jogalkotó ténylegesen el akart érni a jogszabályi rendelkezés megformálásával, hanem amit „észszerű módon el kellene érni vele”. Az észszerűségről pedig a bíró önállóan dönthet, mivel abból kell mindig kiindulnia, hogy a törvény okosabb, mint maga a törvényhozó volt.²⁷ Ez a törvénytől elszakadó objektív, teleológiai jogértelmezési módszer pedig azért is terjedőben van az utóbbi években Európában, mert a legnagyobb politikai törésvonallá itt a föderális Európa versus nemzetállami törvényhozási függetlenség vált,

²⁵ Lásd ennek Finkey Ferenc általi kiemelését az 1909-es akadémiai székfoglalójában: FINKEY Ferenc (1909): *A jogtalanság mint büntetendő cselekmény ismérve*. Magyar Tudományos Akadémia, Budapest. 24–25.

²⁶ Lásd Bernd RÜTHERS (2012): *Die unbegrenzte Auslegung*. Auflage, Tübingen. 7.

²⁷ Bernd Rüthers egy internetre feltett előadásában idézi a legfőbb német rendes bíróság, a Bundesgerichtshof elnökét, aki így írt egy cikkében: „Es geht also nicht darum, was sich der Gesetzgeber – wer immer das sein mag – beim Erlass des Gesetzes gedacht hat, sondern darum, was er vernünftigerweise gedacht haben sollte. [...] eröffnet die objektive Theorie den Richtern die Möglichkeit, vom subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers abzuweichen. Insoweit gilt dann eben das geflügelte Wort, daß das Geetz klüger ist als der Gesetzgeber.” Bernd RÜTHERS (2007): *Rechtsstaat oder Richterstaat? Methodenfragen als Verfassungsfragen*. Forrás: www.richterkontrolle.de (letöltés ideje: 2016. 12. 01.) Ugyanez részletesen az összefoglaló jellegű könyvében: RÜTHERS (2014): *Die heimliche Revolution... i. m.*, 89–95.

és a fő vita az ezredforduló óta e két tábor hívei között van. A föderális Európa híveinek jogpolitikai csoportjai, mögöttes alapítványai és ösztöndíjai erős nemzetközi hálózatokkal rendelkeznek, és nagyságrendekkel erősebb hatást fejtenek ki, mint a nemzetállami törvényhozások mellett kiálló jogpolitikuskok, jogtudósok. Különösen pedig akkor tud nagymértékben végbemenni ez az elszakadás a törvények szövegétől és rendelkezéseitől, ha azok maguk is egyre kevésbé szabályszerű pontossággal kerülnek megfogalmazásra általános jogelvek és absztrakt normatív deklarációk alakjában. Nézzük meg a következőkben az ebbe az irányba ösztökélő változtatási tendenciákat.

1.5. A szabályok és jogelvek szerepváltozása a jogban

A jog kötelező iránymutatást ad arra, hogy miként kell vagy nem kell cselekedni, de a történelem során az iránymutatások természete sokat változott. Az európai jogtörténetben megalapozó jellegű római jog mindvégig esetjog maradt, és csak az egyes esetre mondta meg egyedi jelleggel, hogy miként kell azt megítélni a vita felmerülése esetén, és a jogok és a kötelezettségek megoszlása hogyan áll az adott esetben.²⁸ Az utóbbi évszázadokban az európai országok jogaiban az általunk már ismert absztrakt szabály szintű jogrögzítés egy egész esetcsoportra előírja, hogy azon belül miként kell az egyes eseteket megítélni a bírácoknak. Ezek a római jogban csak kivételt jelentettek. Az utókorra áthagyományozott nagy gyűjteményük, a *Digesta* is csak mint *regulákat* illesztette ezeket a több tízezernyi esetnorma után a gyűjtemény végére (szám szerint 217-et). A középkorban a római jog felélesztése és használatba vétele után a jogi egyetemeken tanítási célból kezdték összefoglalni a sok-sok, egy irányba futó *Digesta* töredéket (eseti normát) átfogó regulákká, hogy a nebulók egyszerűsítve is megtanulják a jog alapjait. A regulákon túl még ennél is átfogóbb jellegű normatív iránymutatásokat vontak ki belőlük *maxima* elnevezés alatt. Ezek normatíván még üresebbek voltak, de átfogó igazságossági és más érték szempontokat tudtak közvetíteni tömör megfogalmazásban a joghallgatóknak és a szellemi élet más laikusainak. Egy idő után az is felmerült, hogy

²⁸ Részletesen ehhez lásd Peter STEIN (1966): *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*. University Press, Edinburgh. Az általános szabályoktól való római viszolygás okaira lásd Fritz SCHULZ (1961): *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Hermann Bölaus Nachfolger, Weimar.

vajon mennyiben tekinthetők jognak ezek az egyre terjedő regulák és maximák a *Digesta*, a *Codex* és más autentikus jogi gyűjtemények eseti normái mellett, és erre az 1300-as évek során Bartolus, majd tanítványa Baldus adta meg az elfogadottá vált választ. E szerint az átfogó maximák és regulák jognak tekinthetők a bírói döntés számára, de ha egy konkrétan az esetre illő (eseti) normát találnak, akkor az háttérbe tolja az általános jogi normát, és az alapján kell eldönteni a jogi vitát.²⁹ Ez a válasz azonban eltérően vált bevetté az 1300-as évekre végleg kettébomlott európai jogban. Míg ez a kontinentális európai jog egyik alappillére lett, addig Angliában a római jog kezdeti recipiálása után leálltak ezzel, és az utazó királyi bírák a common law anyagát alkotó precedensjognál megmaradva más választ adtak a jogi maximák szerepére. Nézzük meg először a kontinentális Európa jogfejlődését ebből a szempontból.

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

²⁹ Lásd STEIN: *i. m.*, 154.

és egyes főnemesi családok örökösödési perai évszázadokig is elhúzódhattak az ebben érdekelt ügyvédek trükkjei miatt.

Az 1600-as évektől a kontinentális európai jog országaiban a természetjog felemelkedésének egyik következményeként előtérbe került a rendszeres jogra törekvés. Pufendorf, Leibniz, majd Christian Wolff mint követelményt kezdték megfogalmazni, hogy egységes jogfogalmaknak és jogi nyelvnek kell a jogi szabályok alapjává válni, és tudatosan szakítani kell a kazuisztikus eseti jogi római kori szemlélettel. Az ő nyomukon indult el Gustav Hugo, majd az 1800-as évek elejétől Carl Fridrich von Savigny, és az utóbbi a tetszőleges jogi topikai érvelést elvetve már a rendszeres jogdogmatikai fogalmi rendszer által összefogott jogi rendszer megteremtését tűzte ki célként. A német jogászprofesszorok jártak a dogmatika fejlesztésével az élen, s az egyes nagy jogágakban (magánjog, büntetőjog majd közjog) az 1800-as évek végére meg is valósult a jogfogalmi összecsiszoltságban létező és nagy kódexekbe kodifikált jogi szabályok rendszere az európai kontinens legtöbb országában, és innen kisugárzó hatással – illetve a korábbi gyarmatosítás révén – Latin Amerikában és Ázsia egyes országaiban is. E fejlődéssel szemben az angol jogban és az innen a gyarmataikra kivitt angol common law kultúrájában erősebben megmaradt a precedensjogok felett a jogi maximák és a jogelv szintű jogi normák tisztelete. Itt ugyanis nem a Baldusék által kialakított, szerény szerepű *prima facie* hatást tulajdonítottak már az 1600-as évektől a jogi maximáknak, hanem (ahogy Coke főbíró megfogalmazásában tudjuk), mint cáfolthatatlan és nem is vitatható *axiómaként* tekintettek rájuk. Aki egy ilyen axiómaként felfogott, jogi igazságra tud hivatkozni, annak nyert ügye van az esethez esetleg jobban passzoló precedensek és szabályok ellenére.³⁰ Ez a jogfelfogás ment át aztán a kialakuló Egyesült Államok common law kultúrájába is, és a pontos szabályok feletti, átfogó jogi normák primátusát itt még alátámasztotta az Angliától elszakadásuk idején megfogalmazott alkotmányuk emberi jogi pátosza is. Míg az 1700-as évek végétől az európai kontinensen az észjogként felfogott természetjognak és az ide tartozó emberi jogok eszméjének gyorsan vége szakadt (Montesquieu nagyhatású összehasonlító munkája és a kialakuló történettudományok feltárása nyomán), addig ez az amerikai alkotmány emberjogi pátosza és az erre alapozott alkotmányos alapjogok fokozódó középpontba lépését magával hozó alkotmánybíráskodás révén az Egyesült

³⁰ Lásd Stanley J. McQUADE (1996): Ancient Legal Maxims and Modern Human Rights. *Campbell Law Review*, Vol. 75. No. 1. Summer. 539–558.

Államokban mindvégig megmaradt. Az iparosodás és az urbanizáció által felfokozott jogbiztonsági szükséglet az Egyesült Államokban is igényelte az ütköző jogi maximák, általános jogelvek háttérbe tolását a pontos, szabályszerű joganyag kedvéért, és a jogdogmatikai rendezést is valamelyest kezdték átvenni a kontinentális európai gyakorlatból. Ennek ellenére az alkotmányos alapjogokon nyugvó alkotmánybíráskodás párhuzamos erősödése – már az 1900-as évek elejétől – mindvégig élőnek hagyta meg az általános jogelvek és maximák konkrét szabályokat felülíró felfogását.

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

Ebben a légkörben mára már egyre bevettebbé válik, hogy az egyes nagy jogterületeket vagy az ezek belső részeit szabályozó törvények első fejezetében, a jogelvek sokaságát megfogalmazva, úgy szabályozzák aztán a részleteket szabályszerűségű normatívákkal, hogy beillesztenek az első fejezetbe egy általános értelmezési deklarációt, miszerint a részletes szabályokat mindig a jogelvek fényében kell alkalmazni és értelmezni. (Közben pedig a *lex specialis derogat legi generali*-elv is változatlanul ott van a jogi szellemi életben anélkül, hogy tisztázva lennének az ellentmondások, melyeket az új hangsúlyok okoztak!) De még emellé bejön az alkotmányos alapjogok, alkotmányi értékek és alkotmányos elvek szerepe is az eseti bírói döntések meghatározásába. A németeknél ez az alkotmányos alapjogok közvetlen hatályának kimondásával került rögzítésre, a magyar Alaptörvényben pedig úgy, hogy a bíró

jogértelmezésének kötelezően összhangban kell maradnia az Alaptörvénnyel (28 cikk.). Összességében mindez a valamikori szabálypontosságú jog helyett a normatívan sokkal nyitottabb és tetszőlegesebb bírói döntéseket lehetővé tevő jog kialakulását hozta létre napjainkra. Ez az állam működésében a politikus/bíró/közhivatalnok hármasan belül *a bírói döntést* kezdi a középpontba tolni.

1.6. A perlési politizálás

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

Ez tud megváltozni a fenti tendenciákkal. Ezek az Egyesült Államokból kiindulva ténylegesen is lehetőséget adtak az 1960-as évek kezdetétől arra, hogy az egyes nagy társadalmi csoportok ne a parlament felé irányuló, demokratikus politikai küzdelmekben, hanem a törvények tartalmának befolyásolásán keresztül igyekezzenek meghatározni a jogi rendezéseket.³¹ Itt kialakult – már az 1900-as évek kezdetétől erre törekedve –, hogy azok a társadalmi kisebbségi csoportok, melyek a törvényhozási választásokon esélytelenek voltak a többséggel szemben érvényesíteni érdekeiket, közvetlenül a bíróságok felé fordulva, alkotmányos alapjoguk sérelmeként kezdtek perelni, és megtámadták a hatályos törvényi rendelkezéseket, ezek megsemmisítését és megváltoztatását követelve alkotmányellenesség címén. A kezdetben a feketék hátrányos helyzetét sérelmező jogvédő szervezetek

³¹ Lásd ennek leírásához Charles R. Epp (1988): *The Rights Revolution*. Chicago University Press, Chicago.

sikerei az 1950-es évektől kezdve arra ösztökélte a többi kisebbség tagjait is, hogy ezen az úton megszerveződve mint perlési politizálást valósítsák meg azt, amit a törvényhozási többség ellenében nem tudtak elérni. Kennedy, majd Johnson elnök alatt a velük egyező demokrata kongresszusi többség felkarolta ezeket a törekvéseket, és törvényi szabályozásaikkal segítették a jogvédő szervezeteken, illetve a bíróságokon keresztül a perlési politizálás megszerveződését. E törekvések védői és szellemi támogatói alapjogi forradalomként élték meg az ennek következtében létrejött változásokat az amerikai társadalomban. Ugyan tényleg létrejött néhány pozitív változás, de ennek ára az volt, hogy az amerikai bíróságok a legnagyobb mértékben átpolitizálódtak, és a perlés menete a tárgyalótermekben parlamenti küzdelemmé kezdett átalakulni.³² Ettől kezdve a bírák kiválasztása vagy kinevezése előtt az vált fontossá, hogy milyen politikai értékeket valószínűsítsenek korábbi megnyilatkozásaik, előéletük alapján. Különösen a legfőbb bírói fórum bírójának kinevezése előtt olyan politikai küzdelmek mennek már végbe a médiában és a nagy nyilvánosság csoportjai között, mint az elnökválasztás jelöltjei között a választás folyamán. Am így az egyes bíróságok bírái között tartós politikai törésvonalak jönnek létre, és a bírói döntési folyamat a testületen belül ugyanazt a politikai szembenállást mutatja, mint ami a törvényhozási küzdelmekben is – persze más érvekkel – megjelenik.

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

³² Ennek aktív szervezőjeként és teoretikusaként lásd Stuart Scheingold elemzését. Stuart SCHEINGOLD (1998): *The Struggle to Politicize Legal Practice. A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle*. In Austin SARAT – Stuart SCHEINGOLD eds.: *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press, New York. 118–150.

1.7. Diskurzusmorál és deliberatív demokrácia

Az utóbbi évtizedekben zajló jurisztokratikus állam felé haladás során a morálemélet terén is olyan fejleményeket találhatunk, melyek az osztályadalom sokmillió választórétegeire alapozó törvényhozási demokrácia és jogállam helyére a szűk elitmorált és az ehhez kötött jogszolgáltatást teszik. Ennek előzményei még arra a Kant individuális morálfilozófiája és Hegel közmorálként megragadott morálfilozófiája közötti szembenállásra vezetnek vissza, melyben Kant (mint pusztán szokáserkölcset) alacsonyabb rendűként ragadta meg a közérkölcset/közmorált, és az igazi morált az egyes ember tudatos választásához kötötte.³³ Az utóbbi évtizedekben a Kantot radikalizáló Jürgen Habermas – nagy médiatámogatással és publicisztikai terjesztéssel segítve – azonban már a morált mint magatartási követelményeket tartalmazó normarendszert is elvetette, és már csak mint kulturális tudást látja létezőnek a modern körülmények között.³⁴ Állítása szerint a morális irányítást, mely lehetővé teszi, hogy eligazodjunk a konkrét életviszonyok között, már csak a politikailag aktív polgárok tudják csoportos diskurzusokban, ad hoc módon kialakítani az univerzális morális elvek bázisán. Az így kialakított, konkretizált morális iránymutatások (a törvények morális alapjaként) már csak a jog révén tudják elérni az emberek mindennapjait. Az így átformált jog már jog és morál is egyben, és ez egy felemelt státust ad a jognak. A morál így nem közmorálként határozza meg milliók demokratikus választása útján a törvényhozás törvényeit, hanem a morális diskurzust megszervező civil-szervezetek tudatos morális konszenzusai révén.

Habermas – szándékai szerint – ezzel a pusztán négyévenkénti szavazatbedobásra szűkülő demokráciát akarja igazi vitatkozó, deliberatív demokráciára feljavítani, de a reális értékelés szerint ez elvétől egyrészt a tényleges életviszonyok között az átlagemberek millióinak lehetőségeit, másrészt a bonyolult társadalmi körülmények közötti szakkérdések megértésének lehetőségeit a diskurzusmorál vitáiban. Az ilyen civilszervezeti vitákon érdemben – a főbb politikai értéktáborok szerinti megosztásban liberális, konzervatív stb. klubokban – csak a napi fárasztó szellemi vagy fizikai munka alól felmentett „közértelmiségiek” tudnak részt venni újságírói, egyetemi oktatói

³³ A Kanttól és Hegeltől induló, kettészakadt morálfilozófiai vonulatok részletesebb elemzéshez lásd átfogóbb munkámat: POKOL: *Moráleméleti vizsgálódások...*, i. m.

³⁴ Lásd Jürgen HABERMAS (1992): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main, Surhkamp. 146.

stb. munkájuk mellett, főként jogászai, politológusi, szociológusi, közgazdászai végzettségük tudására alapozva, ahogy ezt nap mint nap láthatjuk a közvélemény-formáló televíziós vitákban. Ez a szűk kör ráadásul csak a nagy pénzekben fenntartott tömegmédiumok (televíziós csatornák, napi- és hetilapok vagy online portálok) révén tud bekapcsolódni a nagy nyilvánosságot elérő diskurzusokba, és ezek száma nem lehet több néhány száznál egy egész országot tekintve sem. Azonban bekerülni e szűk körbe mindig csak a médiatulajdonos-csoportok politikai táborhoz tartozása szerint lehetséges, például a liberális médiába esetleg célzottan kiválasztott „mintakonzervatívként” is beengedve a baráti értelmiségiek mellé, és fordítva is ugyanígy. Ilyen reális feltételek között pedig a Habermas által szem előtt tartott, minőségi deliberatív demokrácia a milliók tömegdemokráciája helyett csak a szűk értelmiségi elituralmat és a mediokráciát hozná létre. Ennek széles körű terjesztése és sulykolása a széles nyilvánosság előtt azonban tovább csökkenti a törvényhozási demokrácia legitimitását az értelmiségi csoportokban, és a bírák törvényhez kötöttsége helyett az attól elszakadó, szabad, morális bírói döntés elméleteinek támogatását.³⁵

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

³⁵ A „morális bíró” képének megformálásához lásd Gerald Postema írását, aki Habermastól eltérő elméleti megalapozást tett. Gerald POSTEMA (1980): Moral Responsibility in Professional Ethics. *New York University Law Review*, Vol 55. April. 63–89.

bírói dominanciáját kivonják a kritizálhatóság alól, és aki ezt teszi, az eleve érvelési hátrányból indul.

1.8. Az itthoni helyzet: a magyar jurisztokratikus állam

Az itthoni helyzet elemzésére rátérve ki kell emelni, hogy az előbb jelzett változási tendenciák csokorba szedése csak analitikai keretet jelentett a jurisztokratikus állam strukturális jellemzőinek ideáltipikus tisztaságban való megfogalmazására. Hogy ez mennyiben valósul meg az egyes államokban ténylegesen is – vagyis, hogy az egyes országokban a jurisztokratikus állammá válás milyen fokban ment végbe –, azt konkrét elemzések tudják csak feltárni. E konkrét elemzésnek először is az egyes államok alkotmányi, alkotmánybírói szabályaira kell irányulnia, illetve esetleg az ezen kívüli közjogi rendelkezések vizsgálatára, továbbá az alkotmányi és közjogi rendelkezések érvényesülésének konkrét politikai, szervezeti stb. életviszonyaira. A vizsgálandó kérdések közül az első így Magyarországra vonatkozóan az, hogy milyen erősségű hatáskört kapott a hazai alkotmánybírói testület a 2012-től hatályos Alaptörvénytől és az ez alapján kiadott alkotmánybírói törvénytől (Abtv.). Ezzel egyrészt tisztázni lehet, hogy a többi államhatalmi intézménnyel szemben az alkotmánybírói testületen nyugvó, jurisztokratikus kormányforma milyen fokban szorítja vissza a félpárlamentáris kormányforma pozíciójába a törvényhozási többségnek és kormányának pozícióját (az államfő pusztán szimbolikus posztja mellett). Másrészt át lehet látni azt is, hogy ha a többi változási tendencia is megvalósul, akkor az egész állam jurisztokratikus állammá formálása milyen fokban ment végbe. Ehhez csatlakozik a következő kérdés, hogy vajon az alkotmánybírói testület mint intézmény strukturális felépítése és döntési folyamatainak jellemzői mennyiben tették lehetővé, hozták létre az alkotmányozó hatalom elbirtoklását, és állítottak egy *pszeudoalkotmányt* az írott alkotmány helyére. A következő kérdés már túlmegy a szűken vett alkotmánybíráskodáson, és az egész bírói kar vonatkozásában arra irányul, hogy milyen fokban ment végbe Magyarországon az eddigiekben az objektív teleológiai jogértelmezés uralomra jutása (a törvényhez kötött bírói jogértelmezés helyett). Vizsgálandó kérdés továbbá a jog szabálysztintú és dogmatikai rendszerezése helyére lépő, tetszőlegesebb normatívák (generálklauzulák, alkotmányi deklarációk és értékek, illetve normatívan üres jogelvek) szerepe a hazai bírói döntésekben. Ugyanígy vizsgálandó a perlési politizálás

megvalósulásának foka nálunk, ahogy végül mindezek moráleméleti támaszainak elterjedése is hozzájárulhat a jurisztokratikus állam tényleges megvalósulásához Magyarországon. Mindezek a kérdések egyenként is csak tanulmányszintű feldolgozással tisztázhatók, de kiindulópontként néhány választ röviden már fel lehet mutatni.

A hazai alkotmánybíróság hatalmi szempontból az alaptörvényi és az alkotmánybírósági törvényi (Abtv.) szabályozás szintjén a világ alkotmánybíróságai között erős hatáskörű szervnek minősíthető. Az új Alaptörvényben 2012-től megkapta a közvetlen törvénykontroll mellett a bírói döntések megsemmisítésének a jogosítványát is, és az alkotmánybírósági törvény rendelkezései alapján a bírói döntések ellen benyújtott alkotmányjogi panaszok kapcsán bármikor áttérhet az alapot képező törvényi rendelkezések megsemmisítésére is, és szoros összefüggésre hivatkozva akár az egész jogszabályt is bevonhatja ellenőrzés és megsemmisítés alá.³⁶ De ha nem kívánja megsemmisíteni az ellenőrzés alá vont törvényi rendelkezést, tartalmilag meg is változtathatja azt azzal, hogy alkotmányos követelményt illeszt hozzá, és ezután a bírák csak így használhatják az adott törvényi vagy más jogszabályi rendelkezést.³⁷ Az alkotmánybírósági törvény felhatalmazása révén a törvények tartalmi formálására rendelkezésre áll még az is, hogy mulasztást állapíthat meg egy törvényi szabályozás kapcsán, és tartalmilag előírhatja, hogy milyen szabályozást fog alkotmányosnak elfogadni, és így tartalmilag is meghatározhatja a törvényhozó mulasztást betöltő jogalkotását.³⁸ Másik irányban az alkotmánybírói testület hatalmi jogállásának korlátját jelenti, hogy a formális szabályozás szintjén (az adó- és pénzügyi szabályok ellenőrzése alóli kivételén túl) egy alaptörvényi szabállyal az alaptörvény-módosítás feletti érdemi ellenőrzését kifejezetten megtiltották. Ezzel az alkotmányozó hatalomba való belefolyását és átvételét is igyekeztek megakadályozni. Az alaptörvény-módosítást csak az Alaptörvényben lefektetett eljárási szabályok megfelelésége tekintetében tették számára lehetővé.³⁹ (Tanulva abból, hogy ahol ilyen tiltás nincs, vagyis ezt szabályozatlanul hagyták, ott a testületi többség ösztönözve érezheti magát arra, hogy teljes alkotmánymódosításokat is ellenőrzés alá vonjon, mint ahogy e szabályozás előtt tényleg volt ilyen törekvés a hazai testületi többség részéről is.)

³⁶ Lásd az Abtv. 28. § (1) bekezdését.

³⁷ Lásd az Abtv. 46. § (3) bekezdését.

³⁸ Lásd az Abtv. 46. § (1)–(2) bekezdéseit.

³⁹ Lásd az Alaptörvény 24. cikkének (5)–(6) bekezdéseit.

Az alkotmánybíróság kiemelkedő államhatalmi helyzete és a jurisztokratikus kormányforma közjogi helyzetét illetően egyértelműen meg lehet állapítani, hogy nálunk erős a jurisztokratikus kormányforma pozíciója a szabályozás szintjén, és a törvényhozási többség parlamentarizmusa nagymértékben félparlamentáris jogállásra van visszaszorítva. Mind a négy felsorolt dimenzióban nagyfokú hatalmi primátust élvez az alkotmánybírói testület. Mind az Alaptörvény, mind az alkotmánybírósági törvény csak kétharmados többséggel érinthető, és amíg ilyen kormánytöbbség nincs, addig az alkotmánybíráknak az alkotmányhoz való hozzáférésben monopóliumuk van. Az alaptörvényi általános formulák és deklarációk a legtágabb szabadságot adják a tetszőleges törvénymegsemmisítésre. A másik aspektust szemügyre véve, a törvénymegsemmisítési jogosítványuk aktiválásának gyorsasága ugyan csökkent az új Alaptörvény óta – a korábbi populáris akció adta legszélesebb aktiválási sebesség elvétele miatt –, de az alkotmányjogi panasz kapcsán a könnyű áttérés lehetősége az alapul fekvő törvény megsemmisítésére még mindig gyors aktiválási sebességet enged meg. Vagy említeni lehet azt is, hogy az alkotmánybírói testületnek bármikor lehetősége van vizsgálni, ha úgy akar megsemmisíteni egy törvényi rendelkezést, hogy megállapítja az ütközését a nemzetközi joggal. Ugyanígy említeni lehet itt, hogy az ellenzék is aktiválni tudja ezt a törvénymegsemmisítési jogosítványt, ha ötvenen összeállnak az éppen elfogadott törvény megtámadására. Végül, a hazai jurisztokratikus kormányforma erejének felbecslésére utolsó aspektusként ki kell emelni, hogy az alkotmánybírák tizenkétéves megbízatása elég hosszú idő ahhoz, hogy három parlamenti ciklus többségét is ellenőrizni tudja az adott alkotmánybírói többség.

A következő vizsgálandó kérdés az írott alkotmányt háttérbe szorító pszeudoalkotmány kialakulása Magyarországon. Itt könnyű helyzetben van az elemző, mivel az első alkotmánybírósági elnök nyíltan megfogalmazta ezt, mint az alkotmánybírák elsőrendű feladatát.⁴⁰ Az alkotmánybírák döntései során létrejövő és az ezekben megtestesülő „láthatatlan alkotmány” az írott alkotmány felett álló igazi alkotmány téziseként az alkotmányozó hatalom nyílt elvételét jelenti az adott ország sokmilliós közösségétől. Ezt sehol nem mondták még ki ilyen nyíltan, mint a hazai alkotmánybírák. Ténylegesen azonban ez már a németeknél elkezdődött az 1950-es évek végétől. Az absztrakt alkotmányi formulák, deklarációk és rendelkezések

⁴⁰ Lásd Sólyom Lászlónak a „láthatatlan alkotmány” tézisést megfogalmazó párhuzamos indokolását a 23/1990 (X. 31.) AB határozatban.

konkretizálása közben nélkülözhetetlen alkotmánybírósági precedensjog felhasználása náluk is elment olyan irányba, hogy ez vált a későbbiekben az alkotmányellenessé minősítések legfőbb alapjává. Ennek révén az írott alkotmány rendelkezéseit jórészt csak formálisan megemlítik, de a tényleges érvelések döntően az alkotmánybírósági precedensjogon nyugszanak. Az első magyar alkotmánybírósági elnök e módszer alapját ismerte fel rögtön a nálunk soha nem létezett és nem is igazán ismert alkotmánybíráskodás megindulásánál, és ki is mondta nyíltan a láthatatlan alkotmány primátusát az írott alkotmány felett. (Hadd tegyem hozzá zárójelben a sejtésemet, hogy ez a nyíltság csak a beivódott demokratikus hagyományok alapvető hiánya miatt volt nálunk lehetséges!) A láthatatlan alkotmányon alapuló döntési módszer aztán olyan erőssé vált a '90-es évek eleje óta kialakult hazai alkotmánybírósági döntési gyakorlatban, hogy hiába léptettek hatályba új Alaptörvényt 2012-től, a mélyen beivódott döntési rutin kötőereje miatt a testületi többség (és különösen a döntési tervezeteket ténylegesen kialakító törzskari apparátusok) képtelenek voltak megszabadulni a régi Abh.-k (alkotmánybírósági precedensek) meghatározó erejétől. Csak annyit kell még kitekintően jelezni, hogy a felmérések szerint ez a németeket követő – és a magyar módra őket még túl is szárnyaló – pseudoalkotmány szerinti döntési gyakorlat Európában leginkább a spanyoloknál és Litvániában jött még létre, míg például a horvátoknál, a szlovénoknál vagy a cseheknel ilyen erős elszakadás az írott alkotmánytól nem volt megállapítható.⁴¹ A bírói kar törvényhez kötöttségét lazító objektív teleológiai értelmezés elterjedését illetően még nem állapítható meg a jurisztokratikus állam felé elmozdulás. Úgy tűnik, a bírák többsége eddig még megmaradt a törvényhozó akarata/szándéka szerinti, bevett jogértelmezésnél. Az Alaptörvény 28. cikkének idevágó értelmezése, mely a jogszabályok céljával összhangban való értelmezést tesz kötelezővé a bírák felé, még nem kapott egyértelmű irányt, és ez éppúgy elmehet a bevett, szubjektív értelmezés megtartása felé, mint ahogy egy erős váltással az objektív teleológiai értelmezés alapjává is válhat.

Már az elmúlt években megindult a szabálypontosságú joganyag helyére a generálklauzulák, absztrakt jogelvek, alapjogok és alaptörvényi értékek kerülése. Több kódexjellegű törvényben az első fejezetben összefoglalták a kódex szabályai feletti általános elveket, és kötelezőnek deklarálták a részletes szabályok alkalmazása közben. (Például ez történt a polgári per-

⁴¹ Lásd ehhez az e tárgyú felmérésemet. POKOL Béla (2015): *Alkotmánybírósági döntési stílusok... i. m.*

rendtartás '90-es évek végi nagy módosításakor, és az akkori civilisztikai államtitkár erősen preferálta ezt a törvényszerkesztési módszert.) Manapság pont az ilyen irányú eltolódást ösztökéli az említett alaptörvényi 28. cikk. Ez olyan értelmezést ír elő, amely a jogszabályok célja mellett még az Alaptörvény alkotmányi értékdeklarációival, alapjogaival és alkotmányos alapelveivel is összhangban van. Ezzel nagymértékben lehetőséget ad a törvény szabálypontosságú rendelkezéseitől való elszakadásra. Ma azonban ez még csak nyitott lehetőség, és nem lehet tudni, hogy ebben a dimenzióban milyen fokban megy végbe a jurisztokratikus állam felé való eltolódás.

Eddig még csak kis mértékben indult meg nálunk az, hogy a perlési politizálás révén a parlamenti törvényhozási küzdelmek áttolódjanak a bírói tárgyalótermekbe. Amerikai szellemi impulzusokra és különösen a Soros Alapítvány hálózatainak (Open Society, Helsinki Bizottság stb.) finanszírozása és szervezése keretében a '90-es évek elejétől voltak ugyan ebbe az irányba mozgások, és az így létrehozott jogvédő szervek, egyetemi oktatói hálózatok egyes bírósági körökkel való összefonása is megtörtént egy fokig, de a perlési politizálás csak nyomokban és időszakonként volt megfigyelhető Magyarországon. Mindazonáltal az alkotmányjogi panaszok egy részénél ez a motívum munkál ma is nálunk, és a formálisan egyéni panaszként beadott indítványok mögött ténylegesen ilyen perlési polizálásra szakosodott szervezetek állnak.⁴²

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

⁴² Például említeni lehet itt a Társaság a Szabadságjogokért vagy az atlatzso.hu portál szervezetét.

2. A jurisztokrácia és a demokrácia határvonalán

A demokrácia és a politika eljogiasításának vitái már a weimari időkben, az 1920-as években megindultak a németeknél, amikor a szomszédos Ausztriában az alkotmánybíróságot 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.⁴³ Az 1950-es évek elejétől a németeknél és az olaszoknál is meginduló alkotmánybíráskodás a demokrácia politikaformálásának még inkább gátat szabott. 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 tárgyalóterekben a *perlési politizálás* kezdte ezt felváltani, kiegészíteni.⁴⁴ Ez a kiterjedt és a demokratikus politikai terepet alaposan maga alá gyűrő alkotmánybíráskodás kezdett el terjedni aztán a diktatúrától megszabaduló európai országokban az 1970-es évek végétől (pl. 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 alkotmánybíróságokat hozott létre az összes volt közép-kelet európai csatlós államban és az újonnan függetlenné vált, volt szovjet tagállamokban is. Ezekben a fejleményekben középponti szerepe volt a domináns amerikai politikai elitnek, vagy mint megszálló hatalomnak (mint a németeknél

⁴³ Otto Kircheimer 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 felhasználták a politika területének szűkítését okozó jog ellen az elmúlt évtizedekben. Lásd Rüdiger Voigt (1980): Verrechtlichung. In Rüdiger Voigt Hg.: *Verrechtlichung. Analysen zur Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse. Königsstein/Ts. Athenäum, Frankfurt.* 15–16.

⁴⁴ 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 SCHEINGOLD: *The Struggle... i. m.*

és az olaszoknál), vagy mint hegemon, globális hatalomnak, mely világpolitikai szinten ösztökölte 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 kisebb-nagyobb mértékben egy globális hatalom által meghatározott normatív keretet helyeztek föléjük. Országokon belül ezt sokszor az alkotmánybíráskodás eszméjének eltorzításával és a demokratikus törvényhozási többség elfojtásával érték el, de nemzetközi, globális szinten is több fejlemény ezt a célt szolgálta. Itt említhető még az emberi jogi egyezmények radikálisan kitégítő értelmezése, a globális alkotmány-eszmék kidolgozása és kötelezőként deklarálása az egyes államok alkotmányai felé.⁴⁵ De ugyanígy említhető egy összefonódó, nemzetközi szintű főbírói elit és alkotmányoligarchia szerveződése, amelybe betagozódtak az egyes országok alkotmánybírói és főbírói testületei is, s ez végül megkoronázza a jogon keresztül is érvényesülő, globális hatalmi rendszert. Ennek révén egy sűrű keret jött létre napjainkra, mely a formailag független és demokratikus törvényhozási többség kormányzása mellett egyre inkább egy *globális jurisztokráciába* olvasztja bele az országokon belüli demokratikus törvényhozást.⁴⁶ Ezek a fejlemények az elfogulatlan vizsgálódó előtt különösebb szellemi erőfeszítések nélkül észlelhetők. Inkább ahhoz kell ideológiai elfogultság, hogy a nyilvánvaló összefüggések rejtve maradjanak a vizsgálódó előtt. Részleteiben azonban a politika és a demokrácia kiüresítése és a társadalom politikai alapdöntéseinek főbírói, illetve alkotmánybírói fórumokra bízása az egyes országokban a domináns politikai elitnek pillanatnyi stratégiai preferenciáitól is függ. Az, hogy a demokrácia és a jurisztokrácia arányai miképpen alakultak az elmúlt évtizedekben az egyes országokban a jelzett globális tendenciákon belül, az függött egyes országok belső hatalmi szerkezetétől is. Önmagában ugyanis a demokráciára alapozott politikai rendszerekben

⁴⁵ A strasbourgi emberjogi bíróság expanzív szerződésértelmezésének kritikájához lásd: Julian ARATO (2012): Constitutional Transformation in the ECtHR: Strasbourg's Expansive Recourse to External Rule of International Law. *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 37. No. 2. 351–352. Illetve Julian ARATO (2013): Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organization. *The Yale Journal of International Law*, Vol. 38. No. 2. 289–357. 319.

⁴⁶ A globális alkotmányoligarchia szerveződési tendenciájához részletesebben lásd korábbi tanulmányomat: POKOL Béla (2015): Globális uralmi rend és állami szuverenitás. In TAKÁCS Péter szerk. (2015): *Az állami szuverenitás. Eszmény és/vagy valóság.* Gondolat Kiadó/MTA TK JTI – SZE DFK, Budapest. 162–195.

nem szükségszerűen fojtja el a társadalom önmeghatározását az alkotmánybíróságok létrehozatala. Ez csak egy opciót, egy lehetséges fejlődési irányt jelent, de lehetséges az is, hogy az alkotmánybíráskodás csak egy vékony, garanciális keretet jelent a társadalom millióinak politikai akaratkifejeződése felett, és csak e garanciális keret betartatása történik meg az alkotmánybírák döntései által, miközben a politikai alapdöntéseket maguk az állampolgárok milliói hozzák meg parlamenti választásokon és népszavazásokon.⁴⁷ Úgy, ahogy a parlament fölé rendelt, európai elkülönült alkotmánybíráskodás eszméjét kigondoló Hans Kelsen 1920-ban megálmodta ezt az intézményt.

Nézzünk meg néhány példát arra, hogy milyen hatalmi konstellációk okozták az elmúlt évtizedekben az egyes országokban az alkotmánybíráskodás eltorzulását, és ennek folyamán a demokrácia fokozatos átcsúszását a jurisztokráciába.

2.1. Ran Hirschl jurisztokráciaelemzései

A kanadai politikatudós, Ran Hirschl kiindulópontként leszámol azzal a főáramlatú magyarázattal a releváns tudományszakokon belül, mely a versengő pártrendszerek keretei között komolyan felteszi, hogy a garanciálisabb demokráciára törekvés hajtotta a mérvadó politikai köröket önmaguk hatalmának korlátozására és a hatalom döntő részének a felsőbbíróságok, illetve alkotmánybíróságok felé való leadására.⁴⁸ Magyarázatát azzal lehet kikerekíteni, hogy a versengő politikai erők vezérkaraiban szerencsére azért szórványosan létező „államférfi” karakterrel is rendelkező pártvezérek a szűk érdekmérlegeléseik mellett – de csak ezzel párhuzamosan! – szem előtt tarthatják a nemzet, a szélesebb társadalmi közösség átfogóbb és hosszabb távú érdekeit és funkcionális

⁴⁷ A hazai szakirodalomban az aktivista alkotmánybíráskodást és a demokráciának a jogállamiság eltorzított formájára alapozott elfojtását a jelen írás szerzője mellett különösen Varga Csaba és új könyvében Varga Zs. András kritizálta markánsan. Lásd VARGA Csaba (2006): *Lopakodó jogújítás az alkotmánybíráskodás útján. Rendszerváltásunk természetrajzához*. PoLiSz; VARGA Csaba (2007): *Jogállami? Átmenetünk?* Kráter Műhely Egyesület, Pomáz. 67–111.; VARGA Zs.: *Eszményből bálvány?... i. m.*

⁴⁸ „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 (2004): *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press, Boston. 2.

szükségeit is. De a szűkebb érdekekkel nyilvánvalóan szembefutóan még ezek sem fogják ezeket előnyben részesíteni. Így, ha nyilvánvalóan nagy hatalmi csökkenést okoz egy alkotmányjogi, közjogi reform egy ezt meglépő domináns politikai erő számára, akkor a tudományos elemzésnek a szűkebb érdekek körül kell vizsgálnia, hogy vajon e téren mi tette a szűkebb politikai logika ellenére ezt mégis racionálissá? Hirschl négy országban vizsgált meg alkotmányjogi reformokat, melyek az addig alig korlátozott parlamenti szuverenitást az alkotmánybíráskodás bevezetésével nagymértékben csökkentette, és átadta a politikai alapdöntések 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 alkotmánybírásgot hoztak létre – csak 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 lehetek abban, hogy a felsőbbírási elit és körülötte az egyetemi jogász elit nagy része az ő kulturális értékeiket és társadalmi értékeiket vallja, akkor meglépték a politika alkotmányjogiasítását 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 a 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 erőtlen 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: „Do we need a Constitution like the Americans? By all means let us profit from the experience of others and borrow laws and procedures from them, provided they match our needs. In a free state like Israel there is no need for a bill of rights, we need a bill of

duties, duties for the homeland, to the people, to aliyah, to building the land, to the security of others, to the weak.”⁴⁹ Ez a hozzáállás 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 ultraortodox (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 alkotmánybírósági kontroll formájában az askenázi társadalmi, szellemi elit egyik fő bástyájának számító főbírói elit, a legfőbb bírói fórum felé.⁵⁰ 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 alkotmánybírósági kontrollt végző főbírói testület rendre megvétózza. Döntéseit sűrűn a „felvilágosodott közvélemény értékeire” hivatkozva hozza meg – mereven elutasítva a vallásos közösségek érdekeit és értékfelfogását –, melyeket a kutatások egyszerűen a szekuláris askenázi felsőrétegek véleményeként azonosítanak.⁵¹ A szavazóbázisban megerősödött vallásos pártok és a szefárd zsidóság pártjai (észlelve a legfőbb bírói fórum kizárólagos szekuláris askenázi értékekre alapozódását) 2001-ben kísérletet tettek arra, hogy leszakítsák az alkotmánybíráskodást a Legfelsőbb Bíróságról, és egy különálló alkotmánybíróságot hozzanak létre, mely már az új politikai erőviszonyok szerint állt volna fel, de kudarcot

⁴⁹ Ben Gurion beszédét idézi HIRSCHL: *i. m.*, 53–54.

⁵⁰ „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.

⁵¹ „According to recent interpretative studies, the imagined »enlightenment public« – a frequently used criterion by which the reasonableness of specific acts are assessed by the SCI – closely conforms to the characteristics of the secular Ashkenazi bourgeoisie and their ideological preferences.” HIRSCHL: *i. m.*, 66.

vallottak.⁵² Mindez azonban egy lőporos hordót jelent az izraeli politikai hatalmi szerkezet számára, mert a demográfiai arányok radikálisan tovább csúsznak el a vallásos és szefárd zsidóság felé Izraelben is (a családonként alig kétgyerekes szekuláris családmodellel a nyolc-tíz gyereket vállaló, vallásos zsidó családok százezrei állnak már szemben ma is), és egy-egy bírói törvényt megsemmisítés már az elmúlt években is polgárháborús állapotokat jelentő, milliós tüntetéseket váltott ki. A demokrácián nyugvó politikai rendszerben a tartósan a tömegekkel élesen szembenálló alkotmánybírói hatalom *jurisztokráciája* hosszabb távon nem kerülheti el a robbanást.

Az 1982-es kanadai alkotmányos reformok mögött hasonló hatalmi szerkezeti eltolódások 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 eltolódását 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 áttolták 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 alkotmánybírókénál vált bevetté. A hivatalos narratívává vált eseményábrázolás ezt úgy mutatta aztán be, hogy az emberjogilag mélyen elkötelezett kanadai államvezetők, élén a liberális jogvédő attitűdökkel rendelkező Trudeau miniszterelnökkel nemes lelkülete végül győzedelmeskedett, és ez legyőzte a parlamenti

⁵² „Reacting to the series of antireligious rulings by the Supreme Court over the past decade in late 2001 a number of Knesset members representing radical right, ultra-Orthodox, an Mizrahi constituencies put forward a motion to establish a new constitutional court, which would remove constitutional matters from the jurisdiction of the current Supreme Court and whose composition would proportionally reflect the demographics of Israeli society. Rather than being comprised strictly of professional judges, the proposed court would have included academics, Jewish and Muslim religious court judges, and representatives of immigrants from the former Soviet Union. The motion failed to garner a parliamentary majority and was ultimately rejected by a margin of 59 to 37 Knesset members.” HIRSCHL: *i. m.*, 72.

többség önző hatalmi ösztöneit.⁵³ Az elfogulatlan tudományos elemzés azonban megmutatja, hogy sima politikai számítás volt emögött, és a parlamenti arénában megroggyant politikai erők stratégiája állt a hatalom egy részéről való, látszólag önkéntes lemondás mögött: „Nevertheless, there is broad consensus among critical scholars of Canadian constitutional politics that the enactment of the Charter was, at least in part, self-interested maneuver initiated by elites who found majoritarian politics not to their advantage at that particular time. According to these studies, the enactment of the Charter did not stem from the humanitarian or democratic impulses of its sponsors. Rather, it stemmed primarily from the desire to preserve the institutional and political status quo and to fight the growing threats to the anglophone establishment and its dominant Protestant, business-oriented culture presented by the Quebec separatist movement and other emerging demands for the provincial, linguistic and cultural autonomy (which stem in turn from dramatic changes in Canada’s sociodemographic composition over the past five decades).”⁵⁴ A parlamenti arénában veszélybe került dominanciáját így a hozzá közel eső értékeket valló főbírói elit révén remélte megőrizni az addigi kanadai politikai elit, és az elmúlt évtizedek főbb döntéseit elemezve ez helytállónak bizonyult. Ennek azonban itt is az lett az ára, hogy a demokratikus fórumok és a társadalom millióinak a politikai akaratképzése elvékonyodott, és ehelyett a társadalom egy kis részének értékeit valló elit hozza meg e döntéseket. A demokráciáját visszametsző Kanada azonban így a tartományainak növekvő szeparatista törekvései ellenére egyben tudott maradni az eddigiekben. A szövetségi szintű kanadai Legfelsőbb Bíróság döntései egyértelműen a központi hatalmat segítik, és a tartományi parlamenti törvények megsemmisítésében számítani lehet rá. Hirschl kimutatásai szerint 1997–2002 között a közjogi harcokban a szövetségi kormány 17 esetben győzedelmesedett fontos kérdésekben a tartományi kormányokkal szemben a legfőbb bírák alkotmánybírói döntései révén, míg az utóbbiak csak három esetben, és ugyanígy ebben az időszakban 12 lényeges ügyben hozott tartományi törvényeket megsemmisítő döntést a legfőbb bírói fórum.⁵⁵ De ugyanígy állt a helyzet az 1990-es új-zélandi alkotmányos változásokkal kapcsolatban. Az angol származású elit addigi rezzentlen parlamenti dominanciája a maori

⁵³ „Like most scholarship on the expansion of judicial power in Israel, mainstream studies of the expansion of judicial power in Canada in the 1980s tend to stress the deep commitment of political leaders (primarily Prime Minister Trudeau) to the protection of fundamental civil liberties through judicial review, as well as functional necessity (in this case, political ungovernability) as the major catalysts for the adaption of the Charter.” HIRSCHL: *i. m.*, 76.

⁵⁴ HIRSCHL: *i. m.*, 77.

⁵⁵ HIRSCHL: *i. m.*, 81.

öslakosság magasabb szülési aránya, illetve a más ázsiai és óceániai gyökerű bevándorlók tömegei révén csökkenni látszott, és az addigi merev szembenállást az amerikai típusú főbírói kontroll megteremtése felé ez a fejlemény leépítette. Míg fiatal egyetemi jogászként amerikai tanulmányútról 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.⁵⁶ Az angol elitnek a bírói elitben lévő rezzenetlen dominanciája a szétziláltabb politikai erőviszonyok ellenére is garantálja azóta a hatalmi viszonyok változatlanságát 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 alkotmánybírószágot hozott létre, melyben – és ugyanígy a tágabb felsőbírói elitben is – még mindig enyhe többséggel jelen tudott maradni.⁵⁷ A hivatalos narratíva ellenére így az elfogulatlan elemzés a bírói főhatalom ellenőrzése alá helyezett demokráciát ebben az országban sem mint a demokrácia magasabb fokát tudja felmutatni, hanem mint annak korlátozott formáját. Az őszinte értékítélet mellett persze azt is jelezni kell, hogy a legutóbbi esetben e korlátozás nélkül maga az együttélés a fehér elit és az óriás többséget adó fekete tömegek között feltehetően lehetetlenné vált volna. Ez a tény azonban nem teszi kötelezővé, hogy „kegyes hazugságként” elfogadjuk a ténylegesen korlátozott demokráciát mint a demokrácia nemesebb formáját.

⁵⁶ „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 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. „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.” HIRSCHL: *i. m.*, 87.

⁵⁷ A Dél-Afrikai Köztársaságban a High Court 194 bírója közül 129 volt fehér és a 11 alkotmánybíró közül hat, miközben a társadalomban elenyésző volt ekkor is az arányuk. Lásd HIRSCHL: *i. m.*, 239. o., 86. l. ábrát.

2.2. Alkotmánybírói főhatalom alá helyezett demokráciák a diktatúrák után

A demokráciától a jurisztokrácia felé való ellépést 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 példátlanul széles alkotmánybíroságot hozott létre a parlamenti kormánytöbbség ellenőrzésére. 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 alapkérdések formálásába. Ugyanígy a Hans Kelsen által megfogalmazott és Ausztriában már korábban kipróbált, rendes bíróságoktól különálló alkotmánybíroság 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 legszélesebb törvénymegsemmisítési jogot adva az alkotmánybíráknak olyan tág és még tovább tágítható döntési formulákat tett be az alkotmányszövegbe a törvénymegsemmisítések alapjaként, ami tendenciájában a teljes demokratikus döntési kompetenciát áttolhatta az alkotmánybírákra (például „a személyiség mindenoldalú kiterjesztéséhez való jog”). Emellett biztonságképpen még a Hitler idején nem emigrált és otthon maradt (így nácigyanús) jogászokkal szemben az USA-ba emigrált, megbízható jogászokkal töltötte fel a formálisan is nagyhatalmú alkotmánybíroságot (lásd például Gerhard Leibholzot), akik a biztos háttértámogatás tudatában az 1950-es évek során még további tágításokat hajtottak végre az alkotmánybíroság döntési kompetenciájában. A nagytekintélyű jogfilozófus, Rudolf Smend rezignált megállapítása 1962-ben így egyáltalán nem volt túlzott, amikor azt mondta, hogy a német alkotmány pusztán az, amit az alkotmánybírák annak mondanak. Az átfogó, üres formulák révén a német alkotmánybírák nagyrészt új alkotmányt teremtettek, és ezzel még inkább beszűkítették a parlamenti demokrácia döntési kompetenciáját. Ezzel a változtatással lényegében minden társadalmi, politikai alapkérdés csak az alkotmánybíroság jóváhagyása mellett születhet meg azóta is.

A németeknél bevált korlátozott demokrácia – ami persze a hivatalos narratívákban mint az igazi és megnesemesített „jogállami demokrácia” szerepel – 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 alkotmánybírói modellt

bevinni a demokratikus akaratképzés ellenőrzésére. Azóta a spanyoloknál még a németeket is meghaladó mértékben aktivista alkotmánybírói stílus létezik. Ennek egyik példája, hogy a spanyol alkotmánybírák még az alkotmány szözszerinti rendelkezésével szemben is hajlandók döntéseket hozni, amit azért a német alkotmánybírák nem tettek meg.⁵⁸ A spanyoloknál tovább radikalizált aktivista alkotmánybíráskodás modellje aztán az USA számára jó eszközt jelentett a spanyolajkú latin-amerikai országok alkotmányi berendezkedéseinek felépítésére. A nagyösszegű segélyek felajánlása és ezek feltétekhez kötése, illetve az óriási szellemi befolyásolási intézményrendszer kiépítése alapítványok és politikai agytrösztök formájában az USA által Latin-Amerika nagy részét a jurisztokrácia elsős számú bázisává tette. Óriási jogkörű alkotmánybíróóságok, ezek mellett (és ezek döntési stílusát átvevő) széles jogkörű főbíróóságok 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 tovább folytatódott a szovjet birodalom felbomlása idején is, 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 legszélesebb ellenőrzést gyakorló német–spanyol modellt. Ha valahol mégis korlátozott jogkörű alkotmánybíróóság jött először létre (mint a lengyeleknél), akkor is néhány év után áttértek itt is az alig korlátozható alkotmánybíráskodás modelljére, mely globális narratívaként mint az „igazi demokrácia” kapott széles körű propagandát. Ezek az alkotmánybíróóságok már csak nyomokban emlékeztetnek a valamikor Hans Kelsen által kidolgozott, vékony keretet jelentő, demokratikus garanciákra, és inkább a főhatalom része-

⁵⁸ 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 a férfi közötti házasság állt, de azzal érvelve, hogy a közvéleménykutatások szerint már sokan támogatják az azonos neműek közötti házasságot is, és a modern világ amúgy is már ebbe az irányba ment el, alkotmányosnak ismerték el az ezt bevezető törvényi rendelkezést. Lásd részletesen ennek elemzését: POKOL Béla (2015): *Alkotmánybírói döntési stílusok... i. m.*

seit jelentik. Ez az alkotmánybíróági 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 jogászi 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 demokrácia helyett”-fejlemény átfogóbban is szemlélhető, és ekkor a jurisztokrácia további aletei is feltárnak.

2.3. A globális jurisztokrácia és alkotmányoligarchia kialakulása

A globális jurisztokráciához és ennek részeként a globális alkotmányoligarchiához közelebb lépve Európában ennek részeként működik az Európai Emberjogi Bíróság (EJEB). Ez a szerv eredetileg csak a jogrendszer egészének garanciális alappontjait jelentő szabadságjogokat és alapjogokat védő nemzetközi egyezmény bírósága lett volna, de értelmezésével az egyes garanciális alapjogokat kiterjesztette, és lényegében teljes jogterületeket az ellenőrzése alá vont ezekre hivatkozva. Pl. a büntetőbíráskodás néhány garanciális alapjogára tekintettel a teljes büntetőjogot és büntetőeljárási jogot ellenőrzi mára ez a szerv, de ugyanígy a tulajdon szabadságára hivatkozva a teljes vagyoni jogot és a magánjog nagy részét ellenőrzése alá vonta, és még lehetne sorolni ehhez a példákat. Ennek további része, hogy az emberjogi egyezmény által létrehozott Európai Tanács és ennek parlamenti közgyűlése Velencei Bizottság néven egy tanácsadó szervezet hozott létre az 1990-es évek elején, amely elvileg ugyan csak ajánlásokat adhat neki és az emberjogi egyezményt aláíró államoknak, de ténylegesen egyre inkább egy globális alkotmányellenőrző szervként tevékenykedik – az államok teljes közjogi rendszerét kontrollálva –, és ezzel a legmélyebben sérti a szuverén államok alkotmányozási kompetenciáját.

Míndezt a globális jurisztokráciát és alkotmányoligarchiát a társadalomtudományok világának átpolitizálása teljesíti ki, és a globális hatalmi erők és csoportok alapítványai és agytrösztjei pénzbeli támogatása révén nemzetközi workshopokat, konferenciasorozatokat szerveznek meg, bevonva az országokon belüli akadémiai jogász elit egyes részeit. Ennek egyik jellemző példája volt, hogy miután a nemzetállami önállóságot féltő politikai erők nyomására végül leállt az európai alkotmányozás és egy szövetségi összeurópai állam létrehozása 2005-től, a po-

litikailag vereséget szenvedett globális politikai erők az akadémiai jogászelen belül indítottak el az egyes európai országokban olyan átértelmező folyamatokat, melyek az összehasonlító alkotmányjog egyes állításait tendenciózusan összegyűjtve mint kötelező „európai alkotmányjogot” igyekeztek prezentálni. Egy-egy ilyenfajta konferencia után pedig a baráti médiájuk által felnagyítva, óriási propagálással milliók felé terjesztik ezeket a állításokat. Ennek fontos következménye, hogy ezek a törekvések az egyes államok tényleg hatályos alkotmányait és a csak akadémiai megállapításokat jelentő *de lege ferenda* állítások kategoriális distinkcióját összekeverik, és a határt elmosva köztük egy *többszintű alkotmányosság* kezdenek el propagálni. Eszerint az államokon belüli tényleges alkotmányok az alkotmányosságnak csak egy alsóbb szintjét jelentik, míg ezzel szemben az általuk összeállított „európai alkotmányosság” mint az ennek ellenőrzésére hivatott magasabb alkotmányossági réteg kezd megjelenni. *Alexander Somek* kritikusán úgy írja le ezt a törekvést, hogy mivel az európai alkotmányozás és az Európai Egyesült Államok létrehozásának terve az ezredforduló utáni években politikailag teljes mértékben megbukott (és az euroszkeptizmus növekedése mellett semmi esély ennek visszafordítására), a valamikori politikai törekvés helyére az ezt támogató tudósok/jogpolitikusok léptek, akik a társadalmi és a jogi realitás fogalmainak átértelmezésével kívánják létrehozni az általuk kívánt állapotot. Ha az új világrend nem hozható létre már politikai eszközökkel, akkor képzeld el, hogy a kívánt változás már meg is történt, és csinálj úgy, mintha a változás már realitássá vált volna. „Since nobody appears to believe any longer in a change of the world order by political means, scholarship is increasingly taking comfort from the academic equivalent of practical change, namely the re-description of social realities. If the world cannot be changed, you imagine it changed and pretend the work of your imagination to amount to the real. [...] The most ludicrous form of the re-description is the application of constitutional vocabulary to international law.”⁵⁹

2.3.1. A nemzetközi emberjogvédelem metamorfózisa

Az elmúlt évtizedek lényeges változást hoztak a nemzetközi jog szerveződésében annyiban is, hogy az államok közötti konfliktusokban a korábbi közvetítő jellegű szervek helyére egyre inkább igazi bírósági jellegű szervek jönnek létre. *Ruti Teitel* és *Robert Howse* közös tanulmányukban a nemzetközi rend „tribunalizációjának”

⁵⁹ Alexander SOMEK (2010): Administration without Sovereignty. In Petra DOBNER – Martin LOUGHLIN eds.: *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press. 286.

nevezi ezt a változást, melyben fokozatosan egy önálló nemzetközi bírói stáb kerül a szuverén államok fölé, aminek döntései már nem egyszerűen csak vitarendezési jellegűek, hanem egy állandó normarendszer precedensekkel való továbbépítésébe illeszkednek.⁶⁰ Ez a nemzetközi bírói korporáció pedig kiegészítő intézményeivel és szellemi fórumaival, illetve a nemzetközi politika más hálózataival együtt évtizedek alatt önálló rendszerré tudott formálódni, mely tartósabban tud akaratképző szereplőként az államok feletti szinten megjelenni.⁶¹ A nemzetközi bíróságoknak a szerződő államok fölé növéseinek ebben az átalakulásában különösen nagy ugrást jelentett az Emberi Jogok Európai Bíróságának (EJEB) változása az 1990-es években, amikor az államokon túl a természetes személyek és más magánszervezetek is megkapták a jogot arra, hogy saját államuk jogsértésére hivatkozva az EJEB előtt pereljék be államukat.⁶² Ez különösen azért volt fontos fejlemény az államok feletti akaratképzési instancia térnyerésében, mert az emberi jogi egyezmény absztrakt jogainak szövegezése nagymértékben nyitott jellegű, és így a szerződő felek által aláírt Egyezmény nyitva hagyja a lehetőséget a konkrét ügyben döntő bírák kitérítő értelmezésére.

Az emberjogi bíróság joggyakorlatát elemző *Julian Arato* két módszert emelt ki arra, hogy az Egyezményben eredetileg amúgy is nyitottan megfogalmazott jogokat miként szakították el a bírák még inkább az Egyezménytől. Ezzel pedig oly módon kitérítették ezeket, hogy egyes esetekben a lehető legtávolabb eshet attól, amire az aláíró államok a kötelezettségvállalással eredetileg törekedtek. Mindkét értelmezési módszer azon nyugszik, hogy az EJEB az Egyezmény egyes jogainak értelmezésénél a nemzetközi szerző-

⁶⁰ Lásd Ruti TEITEL – Rober HOWSE (2009): Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order. *N. Y. U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 41. No. 4. 959–990. Előttük már Benedict Kingsbury is elemezte ezt a fejleményt: Benedict KINGSBURY (1999): Foreword. Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem? *N. Y. U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 31. 679–696.

⁶¹ Ennek elemzésére lásd Daniel TERRIS – Cesare P. R. ROMANO – Leigh SWIGART (2007): *The International Judge. An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*. Oxford, New York, Hanover, NH, Oxford University Press and University Press of New England. 315. Ugyanígy a nemzetközi jogi szférában a személyi hálózatok szerveződésének elemzésére: Anne-Marie SLAUGHTER (2004): *The New Global Order*. Princeton University Press, Princeton–Oxford.

⁶² A lehetőség, hogy a természetes személyek saját államukat jogsértéssel vádolják, a strasbourgi bíróság előtt az emberi jogi egyezményhez fűzött és 1994 januárjától hatályos 9. jegyzőkönyv alapján jött létre, mely eredetileg az ezt vállaló államokat csak öt évig kötötte, és lejárát előtt ezt felmondhatták, de a 11. jegyzőkönyvet aláíró államok 1998-tól ezt már határozatlan időre vállalták.

désekről szóló bécsi egyezmény felhatalmazását vette alapul, mely a nemzetközi szerződések értelmezésére általános jelleggel rögzít előírásokat a 31–32 cikkeiben. Ezáltal azonban az emberjogi egyezményben rögzített jogok kikerülnek a szerződő felek ellenőrzése alól, és a strasbourgi bíróság lényegében szabad kezet kap a jogok tényleges tartalmának meghatározásában.

A már elemzett tágitásokhoz jön ráadásul az az általános expanzív gyakorlat, melyet több európai alkotmánybíróság is művel az egyes alkotmányos alapjogok értelmezésében. Ennek lényege, hogy miután az alkotmányi szabályozás az egyes jogi folyamatok garanciális pontját alkotmányos alapjogként rögzítette, az alkotmánybírák úgy fogják aztán fel ezt a garanciális pontot, hogy a teljes folyamatra kiterjesztik az adott alkotmányos alapjogot, ezzel elvonva a jogi folyamat többi részét is a törvényhozási alakítási szabadság alól, így alapjogiasítják az egész jogterületet. Például így van ez a büntető eljárás terén, ahol a védelemhez való jog és más garanciák védelmére hivatkozva a teljes büntetőeljárást bevonták ezekbe a jogokba, és ezzel az alkotmánybírói ellenőrzés alá. Vagy ugyanígy, a népszavazáson való részvétel jogát oly módon kitágítják, hogy a teljes népszavazási folyamat bekerült ebbe az alkotmányos alapjogba. A strasbourgi bíróság rendszerint még a legaktivistább alkotmánybíróshoz képest is jobban kiszélesíti az Egyezmény jogait, és ezzel a szerződő államok egész jogterületeit vonja be ellenőrzés alá. *Melissa A. Water* „lopakodó monizmusnak” nevezi ezt a hatást, és ezzel az alapvetően dualista alapon álló jogrendszerek – melyekben a nemzetközi jogi normák külön beiktatással kerülnek be a belső jogrendszerbe – közvetlenül alárendelődnek a nemzetközi normáknak.⁶³ A Julian Arato által elemzett két kitágítással együtt a strasbourgi bíróság tehát igazi szuverénként kezd viselkedni a szerződő államokkal szemben, és ez teszi érthetővé, hogy több európai államban erősödnek a hangok már magának az emberjogi egyezménynek való alávetés felbontására, így Nagy-Britannia esetében ezt már Cameron miniszterelnök is felvetette a közelmúltban.⁶⁴

⁶³ Lásd *Melissa A. Water* (2007): *Creeping Monism. The Judicial Trend Toward Interpretative Incorporation of Human Rights Treaties. Columbia Law Review*, Vol. 107. No. 2. 628–705. 628.

⁶⁴ Ennek legújabb fejleményeként a Cameron-kormány minisztere, Chris Grayling egy törvényjavaslat elkészítését jelentette be, melyben az egyik opciót az jelenti, hogy miközben Nagy-Britannia fenntartaná tagságát az Európai Tanácsban, megfontolja az emberjogi egyezményből való kilépését: „He said legal advice suggests that UK could remain part of the Council of Europe while withdrawing from the jurisdiction of its court. However, he said the Strasbourg court should first rethink its purpose when such a country as Britain reconsiders membership. [...] Grayling said every word of European convention on human rights is sensible but the way that it is interpreted is problematic.” Rowena MASON:

2.3.2. A nemzetközi jog alkotmányjogiasítása

A II. világháború után az Amerikából Európába áttelepített alkotmánybíráskodás egy lényeges szempontból más funkciót is kapott a nemzetközi jog vonatkozásában, mint az eredeti helyén volt. Az 1949. évi német alkotmány a megszálló amerikai csapatok jogászainak szoros ellenőrzése mellett jött létre, és ahogy Németország felosztása és tartós megszállása – illetve az amerikai ellenőrzés mellett elindított európai integráció révén egy nagyobb európai egységbe befogása – is célolta, a német alaptörvény egyes előírásai is súlyt helyeztek arra, hogy ne idéződjön fel a nemzeti szocialisták 1932-es, milliók általi megválasztásának veszélye és ezzel a kialakult nemzetközi hatalmi egyensúly felborulása.⁶⁵ A nemzetközi hatalmi viszonyoknak való közvetlen alávetést célozta így az is, hogy bekerült az 1949-es német alaptörvénybe a német jog nemzetközi jognak való közvetlen alávetettsége. Az elmúlt hatvan évben ugyan a német alkotmánybírák ezt a hatáskörüket csak visszafogott mértékben gyakorolták.⁶⁶ Mindenesetre ez a példa megteremtette a legtöbb, később létrejött európai alkotmánybíróság számára az amerikaitól eltérő, új funkciót is: nem egyszerűen alkotmánybíróság a törvények hazai alkotmányhoz mérésével, hanem egyben *nemzetközi jogi bíróság is* a hazai törvényeknek a nemzetközi joghoz mérésével. Ezzel a megkettőzéssel és összefonással az európai országok hazai alkotmányai és a nemzetközi jog elvileg egy közös normaanyagban egyesüléshez közeledhetnek, noha mindig az adott alkotmánybírói többségek döntenek el, hogy mennyire ambicionálják az alkotmánybíráskodás mellett a „nemzetközi bírósági” szerepet, vagy milyen fokban hagyják az utóbbit a nemzetközi fórumokra, és csak a hazai alkotmányhoz mérik a törvényeket ellenőrzés közben.

Ezt az összefonódási lehetőséget azonban több fejlemény is érinti az utóbbi években, és ezek új aspektust adhatnak az alkotmánybíráskodásnak

Grayling says European court of human rights has lost legitimacy. *The Guardian*. 2013. 12. 30.

⁶⁵ A német alaptörvény (Grundgesetz) 1949-es létrejöttének leírásához lásd: Karlheinz NICKLAUSS (1999): *Der Weg zum Grundgesetz*. UTB Verlag, Stuttgart.

⁶⁶ „Some post-World War II national constitutions incorporate international law—or some parts of international law—as superior to statutes. So for example, in Germany, The Basic Law provides that »the general rules of public international law [...] take precedence over statutes and directly create rights and duties for individuals«, although in practice this provision is given somewhat restrictive meaning”. Vicki C. JACKSON (2007): *Transnational Challenges to Constitutional Law. Convergence, Resistance, Engagement. Federal Law Review*, Vol. 35. No. 2. 161–185. 164.

vagy adnak is ott, ahol ezek erősebben realizálódtak az adott ország alkotmánybíráskodásában. Egyik ilyen fejlemény – erős globális hatalmi támogatás mellett – a *nemzetközi jog alkotmányjogiasodásának* elmélete, melyet több jogtudósi és jogpolitikus csoport is támogat, és amely az eredetileg a nemzetállamok közötti szerződéssel létre hozott jogot jelentő nemzetközi jogot mint egy új „globális alkotmányjogot” fogja fel, illetve igyekszik ezt így felhasználni a nemzetállami jogokkal és alárendelődő alkotmányaikkal szemben. Ez a strukturális háttér adhat magyarázatot azokra a szellemi fejleményekre, melyek az 1990-es évek közepétől a nemzetközi jog és az alkotmányjog határterületein tevékenykedő jogászok között a nemzetközi jog alkotmányjogiasodásának elméletét hozták létre. *Christine Schwöbel*, e szellemi fejlemény kutatója is úgy jellemzi ezt az irányzatot, hogy hangoztatói csak felerészben jogtudósi attitűddel vallják ezt (létező jelenségek semleges diagnózisaként), és sokan ezek között inkább normatív vízióval sürgetik egy globális alkotmány létrejöttét a világtársadalom felett.⁶⁷ *Tudósi és egyben politikai, jogpolitikai mozgalom* így ez, és ezt a kettős jelleget szem előtt tartva lehet igazán megérteni az itteni állításokat, ezek motivációit.

2.3.3. Egy globális alkotmányoligarchia formálódásának veszélye

A II. világháború utáni évektől a nyugati hatalmak által levezényelt átalakulás egyik központi kérdése rendszerint az alkotmány elkészítése

⁶⁷ „When discussing global constitutionalism, international lawyers commonly assume one of two orientations: either a normative orientation (this is the type of constitutionalism we should have) or a descriptive orientation (this is the type of constitutionalism we already have). The former mostly concerns visions for a »global constitution« while the latter often concerns ideas of the process that will at some point culminate in » a global constitution«; this process is commonly referred to as „constitutionalization”. *Christine SCHWÖBEL* (2012): The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. *German Law Review*, Vol. 13, No. 1, 1–22. 1. Lábjegyzetben még van tér arra, hogy e gondolat szélesebb bázisának prezentálására *Rainer Wahl*tól is megidézzük a kettős szerep kiemelését: „In their double role scientific observers and legal policy shapers, numerous scholars of Europe used powerful rhetoric to defend the concept of the constitution and saw major progress in transposing concepts and terms from their narrow nation-state application to the European level. In their often powerful will to help shape of politics, which always also endangers scholarship, they used the concept of the constitution to help bring citizens over hurdles to a deepened union.” *Rainer WAHL* (2010): In Defence of ‘Constitution’. In *Petra DOBNER – Martin LOUGHLIN* eds.: *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press. 240.

volt, és ebben meghatározó szerepe volt a megszálló vagy megszállás nélkül az átalakulást ellenőrző nyugati nagyhatalmaknak. Az Egyesült Államok által ellenőrzött átmeneteknél ez addig elmegetett, hogy például Japán részére az amerikai megszálló csapatok jogászai maguk írták meg teljesen az alkotmányt, és ezt csak lefordították utólag japán nyelvre,⁶⁸ de az 1949-es német alaptörvény készítésének fő vonalait is a megszálló amerikai jogászai ellenőrizték. A szovjet birodalom 1989 utáni felbomlásakor a függetlenné vált, volt csatlós államokban (mint Magyarországon is) az alkotmányozás nyugati hatalmak általi meghatározása már nem volt ilyen közvetlen, de a külföldi, főként amerikai tanácsadók befolyása döntő volt az alkotmány súlypontjait illetően azon az úton is, hogy a hazai résztvevők egy csoportja folyamatos összeköttetésben állt az amerikai tanácsadókkal. (Illetve közvetetten pedig úgy, hogy a '90-es átalakulásnál nagyrészt alapul vett német alaptörvényi megoldások eleve a korábbi amerikai megfontolásokat tartalmazták.) A Közép-Kelet-Európában így kiképzett „tranzitológus szakértők” aztán később az Egyesült Államok által vezényelt más változásokban globális szinten is rendelkezésre álltak.⁶⁹ E kezdetek után az átmenet lezajlása sem szakította meg a belső alkotmányozás és közjogi fejlődés globális kontrollját, és ezt az európai államok vonatkozásában még az is árnyalta, hogy az európai integráció

⁶⁸ Noah Feldman írja, hogy a japán alkotmány külső, rákényszerített jellege a hatályba lépés után tíz év múlva a japán közvélemény tudomására jutott, és ekkor egy bizottságot hoztak létre az alkotmány rendelkezéseinek átvizsgálására és esetleges revíziójára, de végül mindent megtartottak benne, ami ma már nem lenne elképzelhető – teszi hozzá – az alkotmányok belső legitimitásának igénye miatt. „Less than a decade after the adoption of the Japanese Constitution, the document’s imposed foreign origins became public knowledge in Japan. A commission was formed to consider redrafting – and despite the recommendations for changes, the existing constitution was preserved in its entirety. A half century later, one cannot imagine this sort of acquiescence being reproduced in most places in the world. Today a new constitution must be understood as locally produced to acquire legitimacy.” Noah FELDMAN (2005): Imposed Constitutionalism. *Connecticut Law Review*, Vol 37. Summer. 857–889. 859.

⁶⁹ „Indeed, the Bush administration sent a coterie of two dozen veterans of Eastern Europe democracy movements to Iraq in April of 2003 with the aim—quickly thwarted—of getting their insights on how the process should work.” Feldman: *Imposed Constitutionalism... i. m.*, 865. A globális térben mozgó, nemzetközi alkotmánytanácsadók tevékenységének leírására lásd még Louis AUCOIN (2004): The Role of International Expert in Constitutional-Making. Myth and Reality. *Georgetown Journal of International Affairs*, Winter/Spring, 89–95.; illetve Michael RIEGNER (2010): The Two Faces of the Internationalized Pouvoir Constituant. Independence and Constitution-Making Under External Influence in Kosovo. *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 3. No. 32. 1035–1062.

küzdelseiben az ezredforduló idején egy egységes uniós alkotmány készítése is felmerült, melynek küzdelseiben a korábbinál tisztábban megfogalmazódott az egyik politikai irányzat csoportjaiban az Európai Egyesült Államok létrehozásának szándéka. Ez végül elbukott, de ennek folyamán markáns körvonalat öltött egy európai jogászcsoporthozulás, amely a félbehagyott európai alkotmányozásnak a kerülő úton történő megvalósítási módozatait kutatja azóta is. A formailag szuverén európai államok felett úgy lehetne egy vázlatos képet adni a globális alkotmány-oligarchia formálódásáról, hogy alapszinten az egyes országok egyetemi, akadémiai szférájában tevékenykedő jogászcsoporthozulásokat emeljük ki, melyek egyes – főként alkotmányjogász és nemzetközi jogász körökből egyesülő – részei folyamatos diskurzusban állnak össze a nemzetközi jog alkotmányjogiasítását, illetve az alkotmányjog nemzetközijogiasítását kutatva, ösztökélve. Ez az utóbbi években formálódó jogpolitikai/tudományos közösség a különböző nemzetközi alapítványok által finanszírozott közvetítő hálózatok révén külföldi ösztöndíjak, konferenciasorozatok rendszerét építette ki, ahol az egyes országokon belüli csoportosulások sűrű hálózattal összefonódhatnak, közös tematikát, vezéreszméket, érvelési mintákat és szlogeneket kialakítva. Az elvileg akadémiai, egyetemi berkekben szerveződő diskurzusok ebben a szférában is kifejtik hatásukat a jövő jogászainak globális, kozmopolita eszmék felé nevelésében, de igazi hatásuk abban áll, hogy a szélesebb szellemi szektorok és a tömegmédiák globális szerveződés felé nyitott részei óriási módon felerősítik az itteni véleményeket. Így a globális/európai közjogi rendszer létrejöttét a közvélemény felé mint a tudomány és a „szakma” igaz álláspontját, mint vonzó jövőképet mutatják be, és az ezzel szembeszegülő nemzetállami szuverenitás törekvéseit anomáliaként pozicionálják. Amikor pedig fontosabb közjogi döntések (például alkotmánymódosítások, választási rendszer módosítások vagy akár a globális hatalomnak nem tetsző kormánykoalíció-alakítások stb.) jönnek létre, akkor az ezzel szembenálló hazai jogpolitikus csoportok rendezvényeit, akcióit egyes nyugati nagyhatalmak (köztük főként az amerikai) nagykövetségei, alapítványai karolják fel, és szükséges esetben ezek külügyminisztériumait riadóztatva lépnek fel az alkotmányozó hatalmukat gyakorló parlamenti többségekkel szemben. A nemzetközileg szerveződő jogpolitikus, tudós csoportosulásoknak ez adja az igazi erőt, ám ez viszi ki végleg őket az akadémiai

világból, és avatja e csoportokat a globális hatalmi küzdelmek aktorává mint a globális alkotmányoligarchia részeit.⁷⁰

Ezek a jellemzők és jegyek formai oldalról, strukturális összefüggésekből mutatják meg az alkotmányoligarchia szerveződését, ám ha tartamilag nézzük meg törekvéseiket, akkor ebből a szempontból is demokráciától való elszakadást és az alkotmányosság más alapokra helyezését láthatjuk e csoport képviselőinek írásaiban. Egyik ilyen vonás, hogy általában is háttérbe szorítják a demokratikus szerveződés fontosságát a globális alkotmány eltervezésekor, de másik erre utaló törekvésük, hogy a demokratikus alkotmányozásnak eddig alapot jelentő *alkotmányozó hatalom eltüntetése* is megjelenik írásaikban. Mint Christian Volk írja legújabb tanulmányában, a globális alkotmányosság hívei a demokráciára alapozás helyett az általuk létrehozott kritikai morál igazságossági elveire igyekeznek alapozni az új rendet, félretolva a tömeges részvétel formáit elképzeléseikben, és a globális jogászelit észérveinek való megfelelést csúsztatják a demokratikus politikai küzdelmek helyére. „In order to fulfill the promises of global constitutionalism, even thinkers like Juergen Habermas feel compelled to transform questions of global democracy into questions of global justice and the moral-legal quality of the outcome of legal (International Criminal Court) or executive (United Nations Security Council) decision-making on the global level. This gives rise to assumptions that global constitutionalist scholars are not so much concerned with the problem of democratic participation on the global level. [...] The reasonable deliberation of a legal elite

⁷⁰ Az amerikai Jon Kyl, Douglas J Feith és John Fonte közös cikkükben a Yale jogászprofesszora, Harld Koh globális szinten játszott szerepét elemezve így írja le globális szféra magán aktorainak együttműködését: „Koh has been a compelling advocate of what he calls »the transnational legal process«, whereby transnational private actors blend domestic and international legal processes to incorporate or internalize so-called global legal norms into domestic law. »Key agents in promoting this process of internalization include transnational norm entrepreneurs, governmental norm sponsors, transnational issue networks, and interpretative communities«, he wrote in a 2006 *Penn State International Law Review* article. In this story one of these agents triggers an interaction at the international level, works together with other agents of internalization to force an interpretation of the international legal norm in an interpretative forum, and then continues to work with those agents to persuade a resisiting nation-state to internalize that interpretation into domestic law”. Jon KYL – Douglas J. FEITH – John FONTE (2013): *The War of Law. How New International Law Undermines Democratic Sovereignty. Foreign Affairs*, Vol. 92. No. 4. 115–125. 118.

supersedes the democratic-political struggle.”⁷¹ A globális alkotmányosság megalapozásából az alkotmányozó hatalom eltüntetését *David Dyzenhaus* fejtette ki egy új tanulmányában. Ezzel egy kínzó problémát kívánt megoldani, mivel a ténylegesen létező, identitást és szolidaritást felmutató nemzeti társadalmak felett egy általános „európai népről” – nem is beszélve a világ egészében egy egységes közösségről – nem lehet beszélni, így a felvilágosodás után elterjedt demokratikus alkotmányosság alapját, *egy alkotmányozó hatalmat* itt nem lehetett megkonstruálni. Az eltüntetés ezen kíván segíteni. *Dyzenhaus* stratégiája ennél

⁷¹ Christian VOLK (2012): Why Global Constitutionalism Does not Live up to its Promises. *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2. No. 2. 551–573. 559–560. Ez a demokráciával szembeni tartózkodás persze eleve adott az ennek a csoportosulásnak morálfilozófiai alapot adó analitikai, normatív jogfilozófiai irányzatnál, ahogy ezen irányzat követője/kritikusa, Jeremy Waldron is írta egy magyar nyelvre lefordított anyagában is. Ez az anyag arra is jó, hogy az irányzat viszolygását is láthassuk, ahogy felsorolja a törvényhozással szembeni fenntartásokat: „a törvényhozásban lefolytatott vita kaotikus és ripacskodó. [...] A törvényjavaslatok nem maguk vívják ki autoritásukat a bennük rejlő értelem erejénél fogva, hanem mások ruházzák fel őket autoritással egy olyan eljárás segítségével, amelyben semmi több sem szól mellettük, mint támogatójuk számbeli túlsúlya. [...] Az önkényesség vádja [...] az önkényes eljárást állítja szembe egy észérveken alapuló eljárással egy olyan kontextusban, ahol az észszerűsége van szükség, mivel a politikai célkitűzések, az erkölcs és az igazságosság fontos szempontjai forognak kockán.” Jeremy WALDRON (2004): Törvényhozás, autoritás és szavazás. In BÓDIG Mátyás – GYÖRFI Tamás – SZABÓ Miklós szerk.: *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái*. Bíbor Kiadó, Miskolc. 372–373. Egy másik cikkében az ilyen felfogások jogelméletben betöltött domináns szerepe miatt Waldron idézi a critek doyenjének, *Mangabeira Ungernek* az állítását, miszerint „a juriszprudencia kis piszkos titkainak egyike” („dirty little secret of contemporary jurisprudence”) az antidemokratikus beállítottságuk. Lásd Jeremy WALDRON (2004): *Can there be a Democratic Jurisprudence?* Draft of March 2004 for Analytical Legal Philosophy Conference. NYU School of Law. 1–2. Waldron ezt az állítást általánosságban helyesli, azonban az analitikai jogelmélet esetében ezt a tartózkodást a demokratikus törvényhozás jogban játszott szerepével szemben azzal védi ki, hogy az analitikai filozófia – így az analitikai jogfilozófia is – csak a mindenhol létezőre korlátozhatja magát, és ez nem teszi lehetővé, hogy csak a jogok némelyike esetében létező demokratikus jogalkotást (mint a politikai demokráciák partikuláris sajátosságát) is kutassa. „Democracy as such has little or nothing to teach us about the concept of law under severe disciplinary limitations of general jurisprudence.” WALDRON: *Can there be a Democratic Jurisprudence?* i. m., 3. Mindenesetre egy „bágyadt utálatot” azért elismer Waldron is az analitikai jogelmélet demokrácia felé irányuló beállítottságát illetően: „In analytic legal philosophy the discomfort takes a milder form something between languid disdain and disciplined indifference.” WALDRON: *Can there be a Democratic Jurisprudence?* i. m., 2.

kétirányú: egyrészt a jogi pozitivizmusnak tulajdonítja, hogy egyáltalán felmerül a törvények demokratikus törvényhozással legitimálása, illetve ugyanígy az alkotmány alkotmányozó hatalomra visszavezetése, másrészt az alkotmányozó hatalom eszméje és a tényleges alkotmányozás szűk elitek általi létrehozásának tényeit felmutatva diszkreditálni igyekszik az eszmét, mint irreális elképzelést. „The distinction between constituent power and constituted power is a natural one of such theories since they are committed to the view that whatever authority a legal order might have must have its basis outside the legal order, for example, in a political decision of »We, the people«. [...] Normative legal theories are not subject to this ambivalence since they explain law’s authority in general by reference to law’s intrinsic qualities, hence the question of constituent power doesn’t arise from them.”⁷² Dyzenhaus ezzel a fejtegetésével ugyan a főként Ronald Dworkin által megalapozott morálfilozófiai irányzatból indul ki, ahol egy-egy törvény legitimitását szintén nem a demokratikus törvényhozás általi létrehozás alapozza meg elsődlegesen, hanem a vizsgált törvény bizonyos jogelveknek való megfelelése, ám azért ott még a legitimitás alapjaiban benne van a törvényhozási folyamat demokratikussága is. Ezen lép túl Dyzenhaus annyiban, hogy nála már teljes szakítás történik az alkotmány legitimitásának egy alkotmányozó hatalomra alapozásával, és ehelyett a létrehozott alkotmány jogon belüli jogelveknek való megfelelése lép. Másik oldalról igyekszik igazolni Dyzenhaus az alkotmányozó hatalommal való szakítást, és ehelyett a tervezett globális alkotmány globális elitekre és ezek észérveire alapozást, amikor kimutatja, hogy miközben az alkotmányozó hatalom elméletei a nép tudatos döntését képzelik el, és az ideális vitákban kialakuló alkotmányozást tartják a szemük előtt, ténylegesen csak szűk elitek, vagy akár külső hatalmak által készített alkotmánytervezetek felett történik meg a pusztán szavazás, minden átlátás nélkül. És mivel ez a megalapozás pusztán illúzió – vonja le a következtetést Dyzenhaus –, szakítani kell az alkotmányozó hatalom hamis mítoszával és a milliós tömegekre alapozás általi legitimálással, és ehelyett az alkotmány tartalmának a politikai morál elveivel vagy a jog belső elveivel való egyezése

⁷² David DYZENHAUS (2012): Constitutionalism in an old key. Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, Vol. 1. No. 2. 229–260. 234.

alapján kell megadni meg az igazolást.⁷³ Én nem hiszem, hogy a demokráciával és az alkotmányozó hatalommal való szakítás e képe után túl erős lenne az *alkotmányoligarchia* kifejezés használata az államokon túli globális alkotmányozásra törekvők leírására.

Európában a globális alkotmányoligarchiának ehhez a szerveződéséhez járul alkalmanként a Velencei Bizottság bekapcsolódása ezekbe a küzdelmekbe. Ez az 1990-ben létrehozott szervezet elvileg Európa közös alkotmányos örökségének védelmére szolgál az emberjogi egyezmény körül megszerveződött Európai Tanács tanácsadó szerveként, és az egyes európai államokban folyó alkotmányozás és alkotmánymódosítások elemzésével az emberi jogok érvényesülését hivatott segíteni. Ám az emberjogi bíróság már látott többszörös tágításai révén a teljes alkotmányos rendszer, sőt az ezen túli, teljes hazai jogrendszerek bekerülnek az emberjogi ellenőrzés alá, így a Velencei Bizottság ellenőrzése is kitágul ezzel párhuzamosan. Ezen az úton pedig, miközben csak az európai közös alkotmányos örökség védelme lenne a feladata, ebbe egyáltalán nem tartozó alkotmányozásokkal és alkotmánymódosításokkal szemben is kifogásokat támaszt ez a szerv, és ajánlásokat fogalmaz meg ezek megváltoztatására. Ennek legkirívóbb formája volt az elmúlt években, hogy miközben Európa nagyobbik részében ma sem léteznek alkotmánybíróságok – és tulajdonképpen csak 1989 után váltak a szórványos kezdetek után jobban elterjedtekké –, illetve ahol léteznek is, óriási eltérések vannak jogköreikben, a Velencei Bizottság a 2011-es magyar alkotmányozás folyamán komoly aggályokat fogalmazott meg az itthoni alkotmánybíráskodás jogköreinek átalakítása kapcsán. Ezzel alaposan túllépte a jelzett funkcióját a közös európai alkotmányos örökség védelmét illetően, de mivel az Európai Unió politikai küzdelmeiben a szuverenitására támaszkodó Magyarország az uniós szerződések által hazai hatáskörben maradó alkotmányozó hatalmával élve szembekerült egyes domináns uniós hatalmi körökkel, a Velencei Bizottság (máskülönben csak tanácsadó) tevékenységét felhasználva politikai vesszőfútatásnak tették ki az Európai Parlamentben és az uniós más szerveiben a magyar kormányzatot, illetve a magyar alkotmányozást.

⁷³ „Since the event as characterized never takes place attention has to get displaced onto something else, either onto the content of the constitution, which then requires one to evaluate it by external standards of political morality, or onto the validity-producing mechanisms of legal order, which are then said to be accepted by some significant group, whether legal officials or the population at large or both.” DYZENHAUS: *i. m.*, 59.

Ilyen szerepbe átcúsúzza a Velencei Bizottság mint a globális alkotmány-oligarchia része tevékenykedik olykor, noha el lehet mondani, hogy egy sor esetben (belül maradva funkcióján) valóban a legnemesebb elemzéseket végzi. Például az amerikai kormány megbízásából a titkosszolgálatok által megkínzott foglyok európai államokba történő áthozatalát és itteni titkos börtönökben végrehajtott kínzását kivizsgáló jelentése a legnemesebb emberjogi dokumentumnak minősíthető, és a legkisebb mértékben sem hozható át a globális alkotmányoligarchia tevékenységei közé.⁷⁴

⁷⁴ Lásd a jelentés elemzését Alexander J. LEONE (2009): Compliance with New International Law. A Study of Venice Commission Opinion No. 363/2005 on the International Legal Obligations of Council of Europe Member States in Respect of Secret Detention Facilities and Inter-State Transport of Prisoners. *The George Washington International Law Review*, Vol. 41. No. 1. 299–326.

3. Válasz a jurisztokráciakritika védelmében

Az előző fejezetben kifejtett gondolatokat a Jogelméleti Szemle 2015 őszen vitára bocsátotta, és e vitából a jurisztokráciát illetően Chronowski Nóra és Drinóczi Tímea ellenvetéséből lehetett olyan előrevivő problémafelmutatásokat találni, melyek a demokrácia jurisztokráciába való átnövésének új oldalait mutathatják meg.⁷⁵ Az ezekre adott válaszaimat tartalmazzák e fejezet elemzései.

Chronowski Nóra a vitaindítóm harmadik részének apropóján – melyben a globális jurisztokrácia kialakulásának tendenciáit elemeztem – megismételte a globális alkotmányt és a többszintű alkotmányosságot valló álláspontjának egyes téziseit, de ebben nem találtam olyat, ami álláspontom megváltoztatása felé ösztökélhetne. Így az ő írásával kapcsolatban én is csak megismétlem álláspontom egyes részleteit pontosabban fogalmazva és néhány új részlettel bővítve. Drinóczi Tímea az írásomon túl a korábbi, átfogóbb anyagaim fényében válaszolt vitaindítómra, és egyes állításaimat közelebbről is vizsgálat alá vette. Abban egyezik Chronowski írásával, hogy alapvetően ő is csak a vitaindítóm harmadik részét jelentő globális alkotmányoligarchia és jurisztokrácia témájának egyes aspektusait érinti. Így válaszómban én is erre a témakörre szűkítem le vizsgálódásaimat.

Miután a kiindulópontban rögzítettem tézisémet lényegét, ki szeretném emelni, hogy a demokrácia szervezőelveinek leváltását és helyére a jurisztokrácia létrejöttének tendenciáit két aspektusban látom kimutathatónak. Létrejön ez az új uralmi és közjogi rendszer az egyes államokon belül annak a menetében, hogy a törvényhozási többségen nyugvó kor-

⁷⁵ Lásd a Jogelméleti Szemle 2015/4. számának jurisztokráciavitájában: CHRONOWSKI Nóra: *Globális vagy lokális alkotmányosság?* 19–31.; DRINÓCZI Tímea: *Jurisztokrácia és alkotmányoligarchia vagy többszintű alkotmányosság és alapjogvédelem. Reflexiók Pokol Béla írására.* 32–45. Cservák Csaba szolt még hozzá tudományos igénygel a vitához, de ő inkább a többretegű jog koncepciójának továbbgondolásához adott értékes hozzájárulást, és kevésbé a jurisztokrácia kérdéséhez szolt hozzá. Így az arra adott válaszaimat itt nem ismertetem. A vitában Halmi Gábor vett még részt, de a vele való polémiának sajnálatos módon nem volt tudományos hozadéka.

mányzati mechanizmus – melyet a hatalommegosztásnak megfelelően csak mellérendelten egészítenek ki a független bíróságok és a törvények által programozottan működő közigazgatási szervek – egyre inkább egy olyan főbírói/alkotmánybírói testület alá rendelődik, mely közvetlenül az alkotmány alapján, a hatalommegosztással még nem korlátozott tevékenységével a társadalom stratégiai döntéseit maga hozza meg, és a mindenkori törvényhozási kormánytöbbség már csak ezen alapdöntések keretein belül alakíthatja ki a törvények részleteit. Ekkor az alkotmánybíráskodás eredeti eszméje helyére egy olyan rendszer lép, amiben az alkotmánybírák már nemcsak egy garanciális, változtathatatlan keretet biztosítanak a mindenkor változó kormánytöbbségek szabad társadalomalakítása számára, hanem tartalmilag is maguk határozzák meg e társadalomalakító döntések alapjait. Az egyre bővülő körben létrejövő új és új európai, amerikai és az ázsiai alkotmánybíróóságok nagy része ebbe az irányba mozdult el, és ebben minthaadóként döntő szerepet játszott az aktivista német alkotmánybíráskodás 1950-es években kialakult modellje. Elfogulatlan elemzők már a német modell kialakulásakor jelezték, hogy ez inkább már bírói államnak tekinthető, és nem a törvényhozás primátusán nyugvó parlamentáris rendszernek. Ezt az államokon belül kialakuló jurisztokráciát – mint új kormányformát – fonják össze fokról-fokra egy globális jurisztokráciává és alkotmányoligarchiává különböző fejlemények. Egyrészt a nemzetközi emberjogi bíróságok és más főbíróóságok az eredeti nemzetközi egyezményeket radikálisan kitégítve a garanciális pontok ellenőrzése helyett egész jogterületeket vonnak fennhatóságuk alá. Másrészt létrejönnek olyan főbírói/alkotmánybírói globális szerveződések, melyek az egyes nemzetállamok bírói testületeit összefonva egy globális felső instanciát alakítanak ki. Harmadrészt ezt a globális jurisztokráciát egészítik ki azok a nemzetközi szintű alkotmánytanácsadó szervek, intézethálózatok és „alkotmány-mérnökösködést” űző alapítványok, melyeket időszakonként egyes nagyhatalmak közös fellépése hatalmi háttérrel egészít ki, és ajánlásaik, illetve tanácsadásaik fátylában – e háttérrel felerősítve – lényegében oktrojált alkotmányokat tudnak rákényszeríteni az egyes országokra. Chronowski és Drinóczi elemzései csak a másodiknak jelzett aspektusra vonatkoznak, így én is csak erre szűkítem a választomat, először Chronowskinak, majd a második részben Drinóczi Timeának válaszolva.

1. „A globalizáció átalakítja az életviszonyokat, amelyre a jognak óhatatlanul reagálnia kell” – kezdi elemzéseit az elsőnek jelzett vitacikk, és már itt alapvető

különbség van a kettőnk megközelítése között. Az első különbség az, hogy én a globalizáció menetét, mértékét és kiterjedési szektorait nem egy természeti törvényszerűséggel lejátszódó folyamatnak fogom fel, melyre a jognak és az elemző jogtudósnak csak az alkalmazkodó reagálás lehet az adekvát válasza, hanem ezt egy politikai értékektől függő változási opciónak látom, melyet lehet támogatni, vagy ezzel szemben olyan jogi/alkotmányjogi megoldásokat kialakítani, melyek többé-kevésbé fékeznek, és részben le is tudják állítani ezeket a változásokat. Például, amikor 2003-ban megindult az Európai Konvent munkája, és egy európai alkotmányszerződés létrehozására kezdődött el egy kísérlet, akkor az első tervezet és ehhez a javaslatok tartalmazták azt is, hogy az Európai Egyesült Államok jön ezzel létre, és szövetségi államként rögzítették volna ennek szerkezetét, de voltak javaslatok ennek ellenkezőjére is, és végül az Európai Unió elnevezés volt a végső elnevezés. (A mostani vita résztvevői közül Halmai Gábor és én voltunk e Konvent magyar munkacsoportjának tagjai – a Külügyminisztérium által létrehozva –, mely, ha nem is működött aztán folyamatosan, de a javaslatokat Brüsszelből automatikusan elküldték a munkacsoport minden tagjának.) Számomra azért is lett végül különösen fontos az ebben való részvétel, mert a kezdeti semleges, elfogadó beállítódásomat a szövetségi Európai felé épp az itt megismert küzdelmek érvei és ellenérvei változtatták meg fokról-fokra a nemzetállami keretek erősebb megőrzésének támogatására. A globalizáció hajtóerőivel való közelebbi foglalkozás, majd az ennek menetében kiépülő új globális uralmi rendet elemző sok-sok tanulmány megismerése aztán véglegesen szembeállított a nemzetállamokat leépíteni törekvő jogpolitikusok elemzéseivel.⁷⁶ Egy másik véleménykülönbségem az összeurópai állami formáció létrejöttét támogatókkal szemben az utóbbi években még az is, hogy közelebről elemezve az európai demográfiai összeomlás kibontakozó menetét, és a csak lassítható, de a már itt elő kb. 25 milliós muszlim közösségek magas gye-

⁷⁶ Lásd ekkor készült elemzéseimet: POKOL Béla (2005): *Globális uralmi rend I.* Budapest, Kairosz. Illetve: POKOL Béla (2008): *Globális uralmi rend II.* Budapest, Kairosz. Továbbá e téma elemzéséhez még néhány anyag: Andreas BIELER – Adam David MORTON eds. (2001): *Social Forces in the Making of the New Europe.* Palgrave, Hampshire. 47–69.; William C. CARROLL – Colin CARSON (2003): *Forging a New Hegemony? The Role of Transnational Policy Groups in the Network and Discourses of Global Corporate Governance.* *Journal of World-Systems Research.* 67–102. Magyar szerzők közül e témához lásd még: ANDOR László (2008): *Ultrahang a világrendről.* *Fordulat*, 1. évf. 3 sz. 34–41.; illetve David A. SMITH – BÖRÖCZ József eds. (1995): *A New World Order? Global Transformation in the Late Twentieth Century.* Greenwood Press.

rekszama miatt megállíthatatlan iszlamizáció fejleményeit, védhetőbbnek tartom a szuverenitást erősebben a helyi nemzetállamoknál megtartó állami szerveződést a következő néhány európai generáció romló életfeltételeinek biztosítására, mintha a polgárháborús állapotok felé tartó Európa összeurópai államára bízánk ezt.⁷⁷ Problémám tehát Chronowski Nóra anyagával – de az ő irányzatához tartozó összes alkotmányjogással is –, hogy minden tényleges elemzés nélkül, evidenciaként, egyszerűen csak feltesznek egy összeurópai harmonikus állapot felé tartó fejlődést, melyet csak elősegíteni kell az alkotmányjogászoknak. Azonban legalább az utóbbi hónapokban felgyorsult események a milliós iszlámtömegek beözönlésével – melyet az Európai Bizottság prognózisai a jövő év végéig még hárommillióra becsültek az elmúlt hetekben – elgondolkodtathatnák ezen irányzat támogatót.

2. „Az [...] európai alkotmányos térség többszintűvé alakult, vagyis az európai és a tagállami alkotmányos elvek fejlesztik, és egyben korlátozzák egymást” – szól a vitairat következő tézise szintén az első oldalon. Nos, ha megvalósult volna a 2003-as Konvent alkotmányozási törekvése, akkor ezt le lehetett volna írni. De végül a népszavazásokon ez elbukott, és az azóta eltelt évek fejleményei és a már az eddigi uniós integrációból is fakadó negatív következmények felismerése olyan tartós euroszkepticizmust hozott létre, mely levette a napirendről az összeurópai állam létrehozásának tervét. Ilyen körülmények között csak nemzetállami alkotmányok vannak ténylegesen, és ezek mellett a modern világban szokásos *de lege ferenda* tudósajavlatok („csak akadémiai vélemények”) léteznek az alkotmányjogász csoportokban, az összehasonlító alkotmányjogászok konferenciáin és folyóirataiban. A föderális államokban bevett többszintű alkotmányosságról értekezni ebben a helyzetben azt jelenti fogalmilag, hogy az összehasonlító jogászok *de lege ferenda* javaslatainak csak akadémiai véleménystátusát és az egyes országok alkotmányozó hatalma által létrehozott tényleges alkotmányok *de lege lata* státusát összemossák. Chronowski Nórának és a többszintű alkotmányosság mellett érvelő irányzat többi támogatójának választ kell adni a *de lege ferenda* és a *de lege lata* distinkció összemosságát állító kritikára ahhoz, hogy az értelmes vita fennmaradjon e témát illetően. Az Európai Bíróság és az Európa Emberi Jogai Bíróság esetjogának alkotmányos normaként való felfogása – amit írásában erre az összefüggésre jelez – épp azt jelenti, amit

⁷⁷ Lásd ennek elemzésére: POKOL Béla (2011): *Európa végnapjai. A demográfiai összeomlás következményei*. Kairosz, Budapest.

Somek írt a nemzetközi normákat és a nemzetközi bírósági döntéseket illetően az alkotmányjogi nyelvhasználat hibás átviteléről.

3. „A nemzetközi jog a nemzetközi és a nemzeti szint szempontjából is alkotmányos funkciót tölt be” – szól a vitairat következő tézise a harmadik oldalon. Ahhoz, hogy ezt az állítást elfogadja az elemző, szakítania kell előtte mind a nemzetközi jog eddigi alapjaival, mind az alkotmányeszmé lényegével. Az első probléma ebben az állításban az, hogy a nemzetközi jog államok közötti szerződésekre alapozott jellegét hallgatólagosan elveti. Az elmúlt évszázadokban ezen nyugodott a nemzetközi jog, és ez tette lehetővé, hogy az erős és a gyenge államok közötti különbségek ellenére jogként működjön a globális térségekben ez a normaanyag, és ne tudják a mindenkori világhatalmak az álláspontjaikat a pusztá erejükre támaszkodva érvényesíteni a gyengébb államokkal szemben. Ezt megváltoztatni és a nemzetközi jogi életben domináns szellemi erők révén egy „világalkotmányjogot” kihasítani a nemzetközi jogból, mely szerződéssel csatlakozás nélkül is köti az egyes államokat, csak a pusztá erőfölény „alkotmányi álcázását” jelentheti. Itt tehát egy nem explikált lényegi ugrás van a nemzetközi jog ezen elméletében. Másik oldalról jelent problémát, hogy az alkotmányeszmé alapján az áll, hogy egy nép, egy társadalmi közösség közvetlenül vagy képviselőin keresztül hoz létre egy felsőbb jogot alkotmányként a törvényei felett, melyet ez a nép egy garanciális – széles konszenzust igénylő – folyamatban megváltoztathat. Nos, a nemzetközi jogot (a szerződési egyezményeken túl) nem a nép vagy népképviselői hozzák létre, és a *ius cogens*nek nevezett nemzetközi szokásjogi normák (melyeket gyakran azonosítanak ezen álláspont hívei a „nemzetközi alkotmányjoggal”) eleve nem is döntéssel létrehozottak és döntéssel változtathatók. Az alkotmányeszmé követelményei szerint tehát a nemzetközi jogot nem lehet alkotmányjogként felfogni.⁷⁸ Összegezve tehát azt lehet rögzíteni, hogy a nemzetközi „alkotmányjogról” csakúgy lehet beszélni, ha az egyik oldalról a nemzetközi jog elvi alapjait megváltoztatjuk és átcsúsztatjuk ezt a belső jogba, másik oldalról pedig a demokrácia lényegét jelentő néphez kötöttséget az alkotmánynál eloldjuk, és feltesszük a nép, az átfogó társadalmi közösség általi legitimálás nélküli demokrácia lehetőségét.

⁷⁸ Részletesebben a kritikámat az alkotmányjogiasított nemzetközi jog kapcsán lásd: POKOL: *Globális uralmi rend és állami szuverenitás... i. m.*

4. „Napjainkra az Európai Emberi Jogi Egyezmény a materiális alkotmányjog része, egyfajta kiegészítő alkotmány, amelynek recepciója megvalósult a tagállamok alkotmányában és az EU Szerződésében egyaránt, így valóban az európai közrend része” – rögzíti Chronowski Nóra írása 4. oldalán. Az emberjogi egyezmény materiális alkotmányként való felfogása a nemzetközi jog alkotmányjogiasodásának hívei számára bevett tézis, melyet átfogóbban az előbb már kritikával illettem. Az általános jellegű kritikán túl azonban konkrétan az egyes európai multilaterális egyezmények és az ebben részes tagállamok alkotmányos autonómiájának terjedelmét is érdemes érinteni kritizálva ezen egyezmények „materiális alkotmányjogként” felfogott téziséit. Ennek kapcsán ki kell még térni a német alkotmánybíráknak az uniós Lisszaboni Szerződés kapcsán meghozott döntésében megfogalmazott elméleti konstrukció lehetséges átvételére a magyar alkotmányjogi gondolkodásban.⁷⁹ A magyar alkotmánybírószávi törvény feljogosítja az Alkotmánybíróságot, hogy a nemzetközi szerződések Alaptörvénnyel való összhangját megvizsgálja. Kiterjesztő értelmezésben – a német minta nyomán – ez magában foglalhatja azt is, hogy a már megkötött nemzetközi jogi egyezményt egyedi esetre alkalmazó nemzetközi bíróságnak a magyar államot kötelező döntését (amennyiben az tartalmilag a magyar Alaptörvény valamelyik rendelkezését közvetlenül érinti) a magyar Alkotmánybíróság megvizsgálhatja abból a szempontból, hogy mennyiben felelt meg ez a döntés az alapul szolgáló egyezmény szövegének, vagy mennyiben lépett túl azon. A magyar állam által nemzetközi szerződésben vállalt szuverenitás korlátozása ugyanis csak addig terjedhet, amíg a nemzetközi szerződésben foglalt normát alkalmazza ténylegesen a szerződés betartására létrehozott nemzetközi bíróság. Amennyiben a bíróság egyedi döntése ettől elszakad, és – kitágítva a nem-

⁷⁹ A német alkotmánybírák uniós alapszerződések kapcsán kimondott doktrínájának más európai alkotmánybíróságok általi átvételére lásd Guglielmo Verdirame elemzését. Guglielmo VERDIRAME (2013): *A Normative Theory of Sovereignty Transfers*. *Stanford Journal of International Law*, Vol 49. No. 2. 383–389. A cseh alkotmánybírák a németek nyomán – még azoknak a korábbi Maastricht-ítéletükből átvéve – deklarálták 2008-ban az alkotmányuk sérthetetlen magvának érinthetetlenségét az EU jogi aktusai által. A spanyol alkotmánybírák ugyanígy a németek Maastricht-ítélete által ösztönözve igyekeztek a 2004-es döntésükben az uniós jog elsőbbsége mellett a hazai alkotmány végső–legfelső jellegét rögzíteni, és erre támaszkodva kimondani a hazai alkotmánybírák uniós aktusokkal való szembeszállásának doktrínáját. Az alkotmányidentitás nemzetállami autonómiát megőrző koncepciójának legújabb elemzéséhez lásd még: Albert INGOLD (2015): *Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland*. *Karriere – Konzept – Kritik*. *Archiv für öffentliches Recht* (AöR), Vol. 140. No. 1. 3–30.

zetközi szerződés előírását – olyan norma betartására kötelezi a magyar államot, melynek ő nem vetette alá magát, akkor ez az egyik nemzetközi fél önkényes eljárását jelenti.

A korábbi, hazai alkotmánybíróági többség még a korábbi Alkotmány hatálya alatt foglalkozott a Lisszaboni Szerződés kontrollja kapcsán a német alkotmánybírák által létrehozott ún. alkotmányidentitás doktrínájával, de nem kívánta ezt áthozni a hazai alkotmánybíráskodásba [lásd a 143/2010 (VII. 14.) AB határozat indokolása III. részének első pontját]. Az azóta hatályba lépett Alaptörvény azonban a nemzeti közösség és a nemzeti szuverenitás erőteljesebb védelem alá helyezésével kötelezi a mai alkotmánybírói többséget arra, hogy felülvizsgálja az akkori álláspontot. A német alkotmánybírák lisszaboni döntése annak kimondásával hozott létre új doktrínát, hogy ha egy ilyen egyezménytől elszakadó döntés az adott multilaterális nemzetközi egyezményben résztvevő állam alkotmányának magvát érinti, akkor az adott állam alkotmánybíróága jogosult megvizsgálni, hogy ez az elszakadás nem sérti-e az állam alkotmányidentitását, és ha ezt megállapítja, akkor megtiltja az adott döntés végrehajtását az államban.⁸⁰ Ezt a doktrínát és az ez által létrehozott döntési kompetenciát

⁸⁰ Lásd a német alkotmánybírák lisszaboni döntésének főbb megállapításait (BverfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009) „3) Az európai egyesülést mint a szuverén államok szerződési unióját nem lehet úgy megvalósítani, hogy a tagállamokban a gazdasági, kulturális és szociális életviszonyok politikai alakítására ne maradjon elegendő mozgástér. Ez különösen azokra a szektorokra vonatkozik, melyek a polgárok életfeltételeit, főként az alapjogok által védett magánszférájukat és személyi, illetve szociális biztonságukat illető önálló döntési felelősségüket érintik, valamint azokra a politikai döntésekre vonatkozik, melyek különös erővel a nyelvi, történelmi és kulturális hagyományokra vannak ráutalva, és melyek a politikai közvéleményben pártpolitikailag és parlamentáris úton folyamatosan diszkurzív vitákban fejlődnek. [...] 5) A szövetségi alkotmánybíróóság mindig megvizsgálja, hogy az európai egyesülés szerveinek jogi aktusai és intézményei a közösségi és uniós jogi szubszidiaritás betartása mellett a nekik juttatott felségjogok korlátozott és egyedi felhatalmazások keretei között születtek-e meg a Lisszaboni Unió Alapszerződés 5. cikkének (3) bekezdésbe foglalt első és második mondatának megfelelően. Ezen belül a szövetségi alkotmánybíróóság mindig megvizsgálja, hogy ezen uniós aktusok folyamán az alkotmányidentitás érinthetetlen magva nem sérült-e meg, mely az Alaptörvény 23. cikke (1) bekezdésének harmadik mondatából következik, összefüggésben az Alaptörvény 79. cikkének (3) bekezdésével. Ennek az alkotmányjogilag levezetett vizsgálati jognak a gyakorlása követi az Alaptörvény európaijog-barátságának az elvét, és ezért nem mond ellen a lojális együttműködés alapelveinek. Ezen vizsgálati kompetencia nélkül nem lehetne megőrizni a folytatódó európai integráció menetében a szuverén tagállamok alapvetően önálló politikai és alkotmányi struktúráit, melyet a Lisszaboni Szerződés 4. cikke (2) bekezdésének első mondata is rögzített. Ily módon az alkotmányidentitás és ennek uniós jog általi szavatolása egymással összhangban vannak.”

a német alkotmánybírák az Európai Unió jogi aktusai tekintetében fektették le, de ennek elvi tézisei minden multilaterális nemzetközi egyezményben való részvételre vonatkoznak, és az állam alkotmányidentitásának védelmére az alkotmánybíróságoknak e tágabb körben is kompetenciát biztosítanak.

A magyar állam számára ez a tézis az unión kívül elsősorban a strasbourgi Emberi Jogi Bíróság döntéseit illetően fontos, hisz az minden döntésével a magyar Alaptörvény által is szabályozott alapvető jogokat érinti, és mint a vitaindítómban látható volt, az emberjogi bíróság az utóbbi évtizedekben hajlamos olyan mértékben túlmenni az Egyezmény rendelkezéseinek a szövegén, hogy ezzel teljes jogterületeket bevon ellenőrzése alá, és ezáltal lényegében kiüresíti a hazai törvényhozás szabályozási szabadságát. Az angolok erre tekintettel helyezték kilátásba a kilépésüket magából az Egyezményből, de a németek lisszaboni formulájának átvételével a kilépést elkerülve is fel lehetne lépni a legkirívóbb esetekkel szemben. Ha tehát a hazai Alkotmánybíróság deklarálná ezt a kompetenciáját a jövőben egy határozatában, akkor a kormány megtehetné a továbbiakban, hogy egy magyar államot elmarasztaló EJEB-döntés végrehajtása előtt az Alkotmánybírószághoz fordulna az Abtv. 23. § (3) bekezdése alapján, kérve, hogy az alkotmánybírák vizsgálják meg, mennyiben felelt meg az EJEB döntése az alapul fekvő Egyezmény szövegének. Az Alaptörvénnyel összhangban csak az az EJEB-döntés állhat, mely megfelelt az Egyezmény szövegének. Ahogy tehát a német alkotmánybírák kimondták a lisszaboni döntésükben, hogy egy nemzetközi egyezmény tartalmát nem kezelheti egyoldalúan csak az egyik fél, úgy az Európai Emberi Jogi Bíróság által hozott döntések esetében is ragaszkodni kell ahhoz, hogy az alkotmányidentitás őrzése miatt az érintett tagállam alkotmánybírószága is hatáskörrel bírjon ebben. A magyar szabályozás minden módosítás nélkül is biztosítja ezt, és csak az Abtv. 23. § (3) bekezdésének szövegét kell a jövőben ennek megfelelően értelmezni.

Összegezve tehát a kritikát, az emberjogi egyezmény materiális alkotmányjogként való felfogásával szemben hangsúlyozni kell, hogy az a felfogás, amely a nemzetközi szerződést alkotmánnyá értelmezi át, az a teljes magyar állam státusát átalakítja, és védtelenné teszi a tagállamok fölé nőtt nemzetközi bíróságok kiterjesztő átértelmezéseivel szemben.

5. „Oligarchikus törekvések nem látszanak az európai térség alakítói részéről” – állítja Chronowski Nóra írásában, szintén az 5. oldalon. Ezt én egy sor szerzővel együtt nem így látom. Az oligarchia mint a demokrácia ellentéte ugye

azt jelenti, hogy az érintetteknek a beleegyezésük nélkül, uralmi alávetésben kell elfogadniuk életük irányítását, így tartalmilag ezt a demokrácia csökkenéseként, s végső soron megszűnéseként ragadhatjuk ezt meg. Nos, csak tanulmánycímeket felmutatva a globális konstitucionalizmus eszméjének eddigi kritikusaiktól, álljon itt Petra Dobner tanulmánya, mely a *Több jog, kevesebb demokrácia? A demokrácia és a transznacionális konstitucionalizmus* címet viseli, vagy Kolja Mölleré *A konstitucionalizmus formaváltozása. A posztdemokrácia és az államon túli alkotmányozás viszonya* címmel.⁸¹ De tartalmilag különösen jól kimutatható az oligarchikus tendencia a globális alkotmányra törekvés közben a *nép alkotmányozó hatalmától való tudatos elszakadás megindokolásában*, amit különösen David Dyzenhaus írásában lehet jól felmutatni.⁸²

6. „Ma már tudható (mert mérhető), hogy mely tényezők ígérnek hosszú alkotmányos élettartamot egy-egy alaptörvénynek. E tényezők közül kiemelkedő a releváns szereplők széles körének bevonása az alkotmányozási folyamatba”, írja a vitairat a 6. oldalon. Én azt hiszem, hogy a széles részvétel az alkotmányozási folyamatban helyes ideális követelmény, de be kell látni, hogy ez nem érinti a létrejött alkotmányok elfogadottságát és élettartamának hosszúságát. Az 1989-es hazai alkotmányt például csak egy egészen szűk értelmiségi kör alkotta meg az Ellenzéki Kerekasztal nyilvánosság mögötti tárgyalássorozatában – deklaratívan is csak ideiglenes jelleggel –, de a későbbiekben ez jó ideig mégsem jelentett a széles társadalom számára legitimációs problémát. A japán alkotmányt teljes oktrojálása ellenére elfogadták később a japán társadalom széles tömegei, de hasonló lett a jórészt így készült német alaptörvény sorsa is.⁸³ Tehát egyszerűen nem áll ez az állítás szociológiailag, inkább értékékként fontos csak. Épp az értékmozzanat miatt fontos kihangsúlyozni, hogy Magyarországon 2011-ben majd hárommillió szavazattömb birtokában ment végbe az alkotmányozás – szemben az 1989-es,

⁸¹ Lásd Petra DOBNER (2010): *More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism*. In Petra DOBNER – Martin LOUGHLIN eds.: *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press. 144–165.; Kolja MÖLLER (2015): *Formwandel des Konstitutionalismus. Zum Verhältnis von Postdemokratie und Verfassungsbildung jenseits des Staates. ARSP*, Vol. 101, Heft 2, 270–289.

⁸² Vö. David DYZENHAUS *Constitutionalism in an old key* könyve kapcsán elmondottakkal a 2. 3. 3. *Egy globális alkotmányoligarchia formálódásának veszélye* című részben.

⁸³ Vö. a 2. 3. 3. *Egy globális alkotmányoligarchia formálódásának veszélye* című szövegrészrel.

szűk értelmiségi kör általi alkotmányozással –, és az alkotmányozó 2/3-os többség 2014-ben már az új Alaptörvény tartalmának ismeretében is megkapta a kétharmados támogatást. Ideális természetesen az lenne, ha közvetlen népszavazás erősítené ezt meg – mint ahogy az uniós csatlakozáshoz is az lett volna az ideális. Azonban a realitások talaján maradvá be kell látni, hogy a széles társadalom hozzáállása a hagyományainkban nem gyökerező népszavazási intézményhez az ilyen absztrakt (a mindennapi élet problémáitól távoli) kérdésekben az elmúlt 25 év tapasztalatai szerint nem tesz lehetővé érvényes népszavazást.

7. „Az alkotmányjog és az alkotmányosság globalizálódását több tényező inspirálja. [...] Az egyik ilyen tényező a *transznacionális bírói párbeszéd*, amelyet az alkotmánybírói döntésekhez való gyors hozzáférés, illetve az alkotmányossági ügyekben döntést hozó bírák formalizált személyes kapcsolattartása is elősegít.” – szól a következő tézis Chronowski írásának 8. oldalán. Erre válaszként jeleznem kell, hogy e tézissel szemben a szkepszist egy bő évtizeddel ezelőtt írt tanulmányom kutatásai közben szereztem, amikor láttam, hogy a nemzetállamok feletti, transznacionális állam létrehozásának lehetőségét (formális állam nélkül) hálózati államként úgy mutatták be, hogy épp az állami főbírói testületi vezetők nemzetközi hálózatát hozták fel erre kitűnő példának.⁸⁴ A szerző, Kiss J. László kifejtve nézeteit, hogy mi felé kell menni – illetve meg is a világ –, rögzíti, hogy nem formális világkormány kell, hanem *transznacionális kormányzás*, ami azt jelenti, hogy transznacionális, nem-állami szervek hálózata veszi át a globális világ integrálását, és az államok csak beszálhatnak ebbe, de nem kell világkormány. És erre hozza példának, hosszan részletezve, hogy mára már transznacionális bírói hálózatok jöttek létre az egyes államok bírói vezetőinek együttműködéseiből, és ez lehet a minta a hálózati transznacionális állam kiépüléséhez. Az egyes országok bírói karait leszakították a parlamenti többségről a hatalmi ágak elválasztásának elvére támaszkodva, majd ezután a globális érintkezésekbe tereléssel befolyás alá tudták venni ezeket a globális világállam támogatói és erői. Az átfogó nemzetközi bírói társaságokon keresztül lépésről-lépésre beteretelésre kerülnek az egyes országokon belüli bírói karok, és itt a folyamatos

⁸⁴ Lásd Kiss J. László (1998): „Új világrend” felé? Globalizáció és az állam változó viszonya. In Kiss J. László – URKUTI György szerk.: *Globalizáció: mítosz vagy valóság?* BIGIs Könyvek, Budapest. 9–36. Ennek értékeléséhez lásd POKOL Béla (2003): *Piacosítás és globális uralmi rend. Politikatudományi Szemle*, 4. sz. 5–40.

globális érintkezés útján a domináns, a globális rend felé már nyitott bírói vezetőkön keresztül be lehet vinni egy-egy ország bírói életébe az ő prioritásait, értékelésüket és szankcionálásukat, ha nem követi ezeket egy-egy bíró a fontos döntéseknél. „A »transzgovernmentális rend« a nemzetközi rendszer nem-állami globális irányításának a növekedésén alapul. [...] A kialakuló »világrendszerben« a »globális kormányzásnak« – a problémamegoldás szükségleteitől függően – olyan »hálózataik« jönnek létre, amelyekben a legkülönbözőbb állami és olyan nem-állami szervezetek kapcsolódnak össze, mint az ENSZ regionális szervezetei, az EU, az Amnesty International, a Greenpeace, a Microsoft, vagy éppen a katolikus világegyház. [...] Számos nem-kormányzati (NGO) szereplőnek külföldi partnereivel együtt létrehozott »hálózata« képes arra, hogy nyomást gyakoroljon a belpolitikai szereplőkre.”⁸⁵ Lehet, hogy ez a leírás eltúlozta akkor még a globális szinten összefont nemzetállami bírói karok kiszakadását az otthoni közjogi rendből, de mindenesetre riadóztathat a „bírói párbeszéd” elemzéseinek értékelése közben.

Számomra rögtön az első kérdés az, hogy a szűklátókörűség és a provincializmus tényleg szükséges meghaladásához elegendő, állandó informálódáson túl a többi alkotmánybíróság működését és döntéseinek érveit illetően, miért kellene még feltenni, hogy állandó szervezeti kereteket kiépítve kellene ezt megtenni? Az elmúlt hónapokban, tanulmányírás közben én magam is több európai alkotmánybíróság angol nyelven közétett döntéseit néztem át rendszeresen, és ilyen összehasonlítást az én munkám megjelenése előtt nem találtam még a nagyobb világnyelveken sem.⁸⁶ Ebben van inkább hiány, és nem az évente, a világ különböző pontjain többször is megrendezett alkotmánybírói és más főbírói/vezetői világtalálkozóknál. A „bírói párbeszéd”-nek a vitáiban található értékelését így egyoldalúnak látom, mert egyrészt evidensnek veszi, hogy csak ez az út létezik a kölcsönös informálódás számára – pedig ez érthető módon csak egészen csekély hatékonyságú a rendszeres összehasonlító jellegű döntéselemzésekhez képest –, másrészt letakarja a Kiss J. László által kiemelt politikai dimenziót, a tulajdonképpeni globális bírói hálózatok létrehozását ezen az úton.

⁸⁵ Kiss J.: *i. m.*, 31–32.

⁸⁶ Lásd e kutatás kapcsán létrejött tanulmányomat: POKOL Béla (2015): *Alkotmánybírói döntési stílusok... i. m.*, 107–129. Ebben kb. 60 alkotmánybírói döntést elemeztem a cseh, a horvát, a lengyel, a litván, a román, a spanyol és a szlovén alkotmánybírák döntései közül. Ezek témáit illetően jó néhány még nem fordult elő a hazai alkotmánybírák döntési praxisában, így az itthoni AB testületi vitáiban jó érvet jelent ezekre utalni akár az átvétel, vagy akár az elutasítás hangsúlyozásával.

8. „Az alkotmányok egyre több alapjogot tartalmaznak” – írja Chronowski Nóra vitairata 9. oldalán, sorolva az alapjogok egyre bővülő katalógusait. Ezzel egyet kell értenem, ám számomra ez épp az egyik megjelenése a demokráciára épített közjogi rendszer jurisztokrácia felé eltolódásának. Sajnálatos módon ez a dinamika – az egyes társadalmi viták és az ezen belül kialakított követelések alapjogiasítása – a pluralista hatalmi szerkezet következménye is, és csak tudatos korlátok beépítése esetén lehetne ezt fékezni. Az alapjogiasítás ugyanis úgy jön számba a fontosabb társadalmi, politikai viták lezárásaként, mint a pártokból álló parlament törvényhozása helyett egy alternatív, előnyösebb út. Ha egy ilyen vitát nagy társadalmi rezonancia mellett kihordtak, a törvény szintjén való rögzítés helyett már az is alternatíva lehet, hogy kiemelik a probléma lényegét, majd „alapjogiasítva” megformulazzák ezt, és követelik, hogy rögzítve legyen az alkotmányban. Ha ezt sikerül, akkor ezzel ki is vonták a politikai arénából, és a politikai konkurencia később már nem tud hozzáférni a megváltoztatáshoz, vagy legalábbis ezzel azt nehezíteni tudják. Ez az út azonban egy idő után a demokrácia területét végletesen összezsugorítja, és az absztrakt alapjogok felett széles értelmezési mozgástérrel rendelkező alkotmánybíróóságok hozzák meg a társadalom alapdöntéseit. Ha pedig egy adott ország főbírói elitje a politikai értékeket tekintve tartósan az egyik politikai értéktábor hangsúlyait vallja – különösen, ha ez egybe is esik a globálisan összefont főbírói elitek hangsúlyjaival – akkor az ezzel egyező politikai tábor a parlamenti minősített többsége ideje alatt maga is hajtja előre az alapjogok számának bővítését, és a főhatalom nagy részének a vele szimpatizáló főbírák/alkotmánybírák felé átadását. Tulajdonképpen erre a dimenzióra vonatkozott a Hirschl által szűken megfogalmazott jurisztokrácia tézis is, csak éppen ő (szemben a vitapartneremmel) ezt negatív értékeléssel mutatta be.

9. Áttérve Drinóczi Tímea vitacikkére, épp a jurisztokrácia eredeti, Hirschl által felvázolt téziséhez való viszonyom árnyalásával szeretném folytatni válaszomat. „Kanada, Új Zéland, Izrael és Dél-Afrikai Köztársaság [...] a jurisztokrácia hirschl-i értelmezése ezekben az államokban tűnik csak alkalmazhatónak.” – írja Drinóczi az írása 2. oldalán, és ez alkalmat ad ahhoz, hogy az eredeti hirschl-i téziséhez való viszonyomat részletezzem. Őszintén szólva csak a tézis nevét vettem át Hirschl-től, de egyrészt alaposan kiterjesztettem a jurisztokrácia téziséhez hozzá képest, másrészt nem is értek egyet azzal, hogy differenciálatlanul, minden alkotmánybíráskodást, amely a törvényhozás ellenőrzésére irányul, jurisztokráciának nevezzünk. Az utóbbit illetően én azt

az alkotmánybíráskodást, amely az eredeti amerikai létrehozattal megvalósult 1803-ban (pusztán a tagállami és a szövetségi állami alkotmányban rögzített kompetenciák egymással szembeni védelmére), vagy a Kelsen által kigondolt, pusztán a törvényhozási eljárási menetek betartására szorító, különálló alkotmánybíróság tevékenységét az alkotmány védelmére, nem gondolom a jurisztokrácia létrejötteként. E szűk jogkör a demokráciákban pusztán az egyszerű törvényhozást uraló, politikai váltógazdaságból eredő funkcionális szükségesség volt, mintegy a parlamentarizmus kiegészítéseként. Jurisztokráciává csak annak menetében válik az alkotmánybíráskodás, amint e szűk garanciális keret biztosítása helyett a tartalmi alapdöntéseket is az alkotmánybírák kezdik meghozni a tág alkotmányi deklarációk és rendelkezések alapján. Nem vitás, hogy Hirschl a korlátlan parlamenti főhatalom helyett e főhatalom alkotmánybíráskodásnak való átadását olyan államokban elemezte, ahol a létrejött alkotmánybíráskodás már az időközben aktivista vonásokat felmutató, amerikai és német minta nyomán eleve túlment a szűk garanciális keretek ellenőrzésén, és a főbírák skrupulusok nélkül átvették a társadalmi alapdöntések tartalmi kialakítását. Fogalmilag azonban utólag fontos, hogy vele szemben megtegyük a distinkciót, és jurisztokráciának ne eleve azt tekintsük, ha egy parlament felett egy alkotmánybíráskodási ellenőrzés létrejön, hanem ennek csak az utóbb vázolt formáját. A szélesebb széttekintés pedig szükségessé tette, hogy Hirschlen túlmenve ne csak az egyes államokon belüli fejleményeket tekintsük a jurisztokrácia felé mutató tendenciáknak, hanem a nemzetközi szinten végbemenő, a nemzetközi szintű főbírói testületek felé növekvő hatalmi eltolódást is, melyet a jurisztokrácia-tézis előtt már sok éve jeleztek a kutatások, továbbá, hogy az államokon belüli alkotmányi/közjogi életet illető növekvő globális ellenőrzési instanciák létrejöttét is felfűzzük erre. Így igaza van Drinóczi Timeának, hogy az eredeti hirschli jurisztokrácia tézis nem fedi le az én elemzéseimet, de ez nem cáfolat az állításaim érvényét illetően.

10. Lehet-e jurisztokráciáról beszélni, ha az alkotmánybírák által gyakorolt, nagyon széles normakontrollt maga az adott alkotmány is ilyen szélesen határozza meg? – tehető fel a kérdés a Drinóczi-írás 4. oldalának egy megfogalmazása kapcsán: „[...] a normakontrollt maga az alkotmány legitimálja, amikor ilyen értelmű szabályokat fogalmaz meg.” Megítélésem szerint lehet, és ekkor az alkotmányozó maga döntött a demokrácia komponensének visszaszorítása mellett a bírói állam és tágabban a jurisztokrácia felé való elmozdulás felé. Vagyis az eddig ismertek mellett fogható fel ilyenkor a jurisztokrácia közjogi

rendszere egy új kormányformaként, mely azon túl, hogy a hatalmi hangsúly áttevődik a milliók által választott törvényhozásról vagy az államfőről az alkotmánybíráskodást végző szervre, még abban is különbözik a többitől, hogy itt maga a demokrácia komponense is jórészt visszaszorul. Ennek igazolására hangsúlyozzák e hatalmi szerkezet támogatói a jogállamiság mindenek felettségét, és ezzel hallgatólagosan engedik kilúgozódni a demokrácia komponensét az állam működéséből. A legtöbb új alkotmány az utóbbi évtizedekben (nem függetlenül a nemzetközi alkotmánymérnökösködés tanácsaitól) így maga hozta létre részben a jurisztokráciát. Csak ennek fokozása és a jurisztokrácia betetőzése az, amikor a felülről már nem ellenőrzött alkotmánybírák egy-egy országban aztán maguk még tovább tágitják a széles ellenőrzési jogosítványaikat, és egy-egy garanciális alapjog ellenőrzése kapcsán teljes jogterületeket és a törvényhozás egészét az ellenőrzésük alá vonják.

11. „Ennek az aktivistább alkotmánybíráskodási modellnek a legitimitását sem az adja, hogy van-e általánosan elfogadott jogdogmatikája, hanem az alkotmánybírói érvelés következetessége és koherenciája.” – írja Drinóczi az írása 5. oldalán, a korábbi tanulmányaimból vett állításokkal vitatkozva. Itt csak látszólagos a szembenállásunk, mert az alkotmánybírói nyitott alkotmányi rendelkezések hosszú távú, értelmező szűkítéseiként hozza létre az érvelési formuláit, a nyitottságokat csökkentő distinkciókat és az általános, homályos fogalmaknak adott tartalmi pontosításokat. Eközben törekednie kell ezek ellentmondás-mentességére és koherenciájára, illetve mindezt következetesen kell alkalmaznia a mindenkori jövőbeli döntéseknél. Az alkotmánybírói esetjogban kialakult jogdogmatika ezt takarja. Ezt segítheti, ha külső jogtudósok is továbbfejlesztik ezt, vagy eleve maguk hoznak létre a nyitott alkotmányi rendelkezések értelmezésével ilyen fogalmi distinkciókat, érvelési formulákat, melyek egy részét aztán be is veheti az egyes alkotmánybírói többség az esetjogába. A pártkatonának minősíthető alkotmánybíró és a pusztán az egyes politikai táborok értékhangsúlyait szem előtt tartó alkotmánybíró az különbözteti meg, hogy az utóbbi minden értékelkötelezettsége mellett még arra is figyel, hogy zsinórmértékszerűen kitarson az általa korábban jóváhagyott normatív érvelési formulák és fogalmi distinkciókból eredő döntési alternatíva mellett.⁸⁷ „In a principled

⁸⁷ Lásd a politika és az alkotmánybírák viszonyáról a részletes elemzésemet: POKOL Béla: Az alkotmánybíráskodás szociológiai megfigyelése. Jogelméleti Szemle, 2014/3., különösen a 165–177. oldalakon.

way” – mondják angolul erre a döntési stílusra, és a kiválasztásuk révén szükségszerűen átpolitizálódott alkotmánybíróvási döntés legitimálásában ez tényleg központi szerepet játszik.

12. „Az alkotmányos demokrácia [...] csak abban az összefüggésben értelmezhető, mely az alapjogokat a jogrendszer középpontjába helyezi, az egyént alanyként és nem az államhatalom tárgyaként tételezi [...] védelemben részesíti a mindenkori – nemcsak a pillanatnyi politikai irányultságú – állami és jogalkotói akarattal, adott esetben önkényével szemben.” – írja Drinóczi szintén az 5. oldalon, és itt alapvetően szemben állunk. Alapjogokat középpontba állító álláspontja ugyanis megítélésem szerint egy ultra-individualista társadalomfelfogást takar, mellyel szemben én azt vallom, hogy az európai civilizációnak (a főként ázsiai civilizációkkal szembeni) individuumtisztelete nem mehet el addig, hogy az egyéni autonómiát a közösség létfunkciói elé állítsuk. Az állam pedig – különösen a politikai demokráciára alapozott állam – a társadalom átfogó közösségének megjelenítője, és a mindenkori állami, jogalkotói akaratban ez fejeződik ki. Az egyéni alapjogokat így csak az állam – és mögötte az átfogó társadalom – adhatja, akár azzal a formulával is, hogy alaptörvényében elismeri, hogy ezt úgy adja, mint minden embert megillető emberi jogokat. Ezzel azonban csak annyira helyezi a jogrendszer középpontjába egyéni alapjogokat, ahogy az átfogó társadalom fennállásának szükségleteit is (bűnüldözés, rendfenntartás, egészségügy stb.) a középpontba helyezi az alapjogok korlátjaként. Ezzel az egyén nem az „államhatalom tárgyává” válik, hanem csak azt ismerjük el, hogy az egyén a társadalom tagja, része, és a közösség fennállása nélkül nem tudna tovább létezni.

13. A globális alkotmányoligarchiává válást jelzem a vitaindítómban azzal, hogy a Velencei Bizottság az eredeti tanácsadó funkcióját túllépve, minden legitimitás nélkül a nemzetállamok alkotmányozó hatalmát – a globális hatalmi szereplőkkel a háta mögött – mint a globális alkotmányosság ellenőre korlátozza, és írja elő a globális hatalmi erők szempontjait az alkotmányosság kötelező mércéiként. Drinóczi Tímea erre adott válasza egyik felében (írása 8. oldalán) tagadja ezt. A másik felében (írása 13. oldalán) készségesen elismeri: „A Velencei Bizottság a politikai szervek (ET, parlamenti közgyűlés, miniszterek tanácsa) ernyője alatt működő szakmai testületként tehát nem hozhat politikai döntést az európai közös alkotmányos örökség értelmezéséről, és az államokkal való kapcsolatában el kell kerülnie minden olyan

megnyilvánulást, amely eredménye kizárja az állam döntési szabadságát.” Így szól a válasz egyik fele, és aki emlékszik a 2011-es magyar alkotmányozási folyamatra és ebben a Velencei Bizottság szerepére, az csak szkeptikus lehet ezzel a leírással szemben. Drinóczi válaszában másik fele azonban már jobban visszaadja e szerv tevékenységének vonásait: „A Velencei Bizottság az elmúlt években túlmélt az alkotmányossági tanácsadó szerepén, és az állami törvényhozásnak az európai mércéknek való megfeleltetés és ennek értékelése irányába mozdul el.” Nos, ez írtam vitaindítómban én is, és ezt neveztem én a globális alkotmányoligarchia létrejöttének, mert míg a kontroll alá vetett egyes nemzetállami alkotmányozó hatalmak minimálisan néhány milliós szavazattömeggel legitimálva alakítják ki alkotmányossági elképzeléseiket, addig a föléjük telepedett Velencei Bizottság csak lazán kötődik a társadalmak által legitimált hatalmak küldötteihez, és ezeket jórészt a kooptálás különböző rejtett formáin keresztül feltöltött tagokkal egészítik ki.

4. A jurisztokratikus kormányforma és szerkezeti kérdései

Az aktivizmus az egyik legelterjedtebb kritika az alkotmánybíróságok tevékenysége felett, mely egyrészt az írott alkotmány rendelkezéseinek túllépését és az alkotmánybíráskodás hatalmának túlfeszítését kárhoztatja, másrészt a demokratikus törvényhozási többség és az őket megválasztó állampolgári miliók akaratának háttérbe szorítását bírálja. Ha azonban túllépünk a sokszoros méltatlankodáson, és azt vesszük érzelemmentesen szemügyre, hogy az utóbbi évtizedekben létrehozott alkotmánybíróságokat hatáskörrel ellátó új alkotmányok maguk emelik fel őket a legfőbb államhatalmi szervek szintjére, illetve az alkotmányt konkretizáló alkotmánybíróági törvények maguk is széles hatáskört adnak az alkotmánybíróságoknak a törvényhozás korlátozása és a választásokon kifejezett állampolgári akarat félretolására más politikai prioritások érdekében, akkor felmerül, hogy e legalizált új, nagyhatalmú közjogi szereplőt az eddigi kormányformákba már nem lehet befogni, mert ez szétfeszíti ezek kereteit. A tanulmány ezért az eddig megfogalmazott kormányformák mellé a jurisztokratikus kormányforma új kategóriáját javasolja bevezetni. Ennek szerkezeti kérdéseit négy aspektusban lehet elemezni:

1. az alkotmányhoz való hozzáférés monopolizáltságának foka szerint;
2. az alkotmányszöveg általános formulái által adott alkotmányértelmező hatalom szélessége szerint;
3. az alkotmánybíróági törvényt megsemmisítési jogkör aktiválásának gyorsasága szerint;
4. és végül az alkotmánybíróág megbízási ciklusának elszakítottságának foka szerint, melyet meghatároz a bírakat újraválasztó politikai grémiumoktól kapott megbízás időtartama.

A második világháborút lezáró évektől kezdve az alkotmánybíróságok európai megjelenése – az Egyesült Államokból átvett eszme révén – a központi államhatalmi szervek viszonyának újraszabását jelentette. Mivel a korábban létrejött államforma-fogalom az államfői hatalom betöltésének mikéntjére válaszolt, és a köztársaság és a monarchia formáit adta meg az államformák két fő típusaként, illetve a közhatalom néptől származtatásának, és ennek

választáshoz visszakötött módjának eltérései pedig a kormányforma fogalmába kerültek befogásra – parlamentáris versus prezidenciális kormányformákba –, így a közhatalom fő szervei közötti viszony újraszabása az alkotmánybíráskodások révén csak ezekbe a meglévő kormányformákban került megfogalmazásra.⁸⁸ Az alkotmánybíráskodás eredeti szülőhelyén, az Egyesült Államokban ehhez adott volt a hatalmi ágak megosztásának formulája, mely révén a rendes bírósági hierarchia csúcsán összpontosuló alkotmánybíráskodás – az egyik hatalmi ágként a másik kettő mellett (törvényhozás és végrehajtás) – problémamentesen megfogalmazható volt. Ez az amerikai alkotmánybíráskodás még nem lépett ki a harmadik hatalmi ág keretei közül két fontos okból sem. Egyrészt az alkotmánybíráskodásra itt csak az eseti bíráskodás menetében kerülhetett sor, és ennek lezajlása végén lépett csak be az alkalmazandó törvény alkotmányellenességének vizsgálata és esetleges megállapítása. Így a központi állami akaratképzés politikai harcait és az ennek nyomán létrehozott törvényeket csak évek után érinthette ez, amikor már a hatalmi harcok jórészt elültek felettük. Másrészt – technikailag odafigyelve a hatalmi ágak korlátozott szerepére – az alkotmányellenessé nyilvánított törvényeket a harmadik hatalmi ágat jelentő főbíráskodók (végső fokon a szövetségi Supreme Court) nem megsemmisítik, hanem megtiltják, hogy az alsóbíráskodások alkalmazzák őket. Persze tartalmilag így ez szintén a hatály elvétételét, a megsemmisítést jelenti.

Az 1950-es évektől Európában beinduló, majd az 1980–90-es évektől egyre terjedő alkotmánybíráskodások azonban lényeges szempontokból fokozottan a közhatalmi szerkezet átalakítását hozták magukkal. Ez már megindult az 1949-ben létrehozott német alkotmánybíráskodás esetében, mert itt már az eseti bírósági út kihagyása mellett is lehetővé vált az elfogadott törvények alkotmányellenessé minősítése és megsemmisítése. De ebbe az irányba ment el az 1946-ban intézményesített olasz alkotmánybíráskodás is, ahol ugyancsak az eseti bírósági úton belül vált lehetővé a törvények alkotmánybíráskodási kontrollja, de itt már a bírák is leállíthatják a bírói eljárást, és ennek felfüggesztése mellett kérhetik az alkotmánybíráskodást az alkalmazott törvényi rendelkezések megsemmisítésére. Így az alkotmánybíráskodás bevonása a közhatalmi intéz-

⁸⁸ A központi állami szervek kormányformákba szerveződésének kérdéseirhez részletesebben lásd korábbi tanulmányaim elemzéseit is. POKOL Béla (1993): A magyar parlamentarizmus szerkezete. A hatalmi négyyszög súlyponteloszlásai. *Társadalmi Szemle*, I. rész: 9. sz. 16–26., II. rész: 10. szám. 11–19.; illetve POKOL Béla (1994): *A magyar parlamentarizmus*. Cserépfalvi Kiadó, Budapest, különösen 11–45.

mények közvetlen küzdelmeibe már fokozottabbá vált az eredeti amerikai modellhez képest. Ám az alkotmánybíróságok közhatalmi szerepének fokozása még ezután jött igazán létre az 1980-as években a dél-amerikai országokban elterjedt alkotmánybíráskodásban, illetve az 1990-es évek elején, a szovjet birodalom felbomlása után a kelet-európai országokban fokozott hatalmi jogkörökkel felruházott alkotmánybíróságok révén. Ez a tendencia aztán több ázsiai országban is erős alkotmánybíróságokat hozott létre, lásd Tajvan, Dél-Korea és Thaiföld széles jogkörű alkotmánybíróságait.

Ezekre a friss fejleményekre nem reagált még az alkotmánytani elméletképzés, és csak mint a hatalommegosztás egyik szegmensét fogja fel továbbra is a megnövekedett hatalommal rendelkező alkotmánybíróságokat, ezzel a kormányforma szintjén a parlamentáris, a prezidenciális vagy a félprezidenciális kormányformák kereteibe foglalva azt.⁸⁹ A tényleges hatalmi folyamatok azonban szétfeszítik ezt a befogást, hisz a politika mindennapjaiban végbemenő folyamatok a megnövekedett közhatalmi jogosítványokkal és a többi államhatalmi szereplő tevékenységét alapjaiban meghatározó szereppel ellátott alkotmánybíróságot sok országban az államhatalom középpontjába állítják. A szétfeszítés miatt az államhatalom működését csak úgy tudjuk megérteni, ha önálló kormányformaként különítjük el a *jurisztokratikus kormányformát* a parlamentáris és a prezidenciális kormányformák mellett, tekintettel a megnövekedett hatalmi jogosítványokkal középpontba kerülő alkotmánybíróságokra.

Mielőtt elkezdjük a jurisztokratikus kormányforma szerkezeti jellemzőinek elemzését és ezek összeállítását, érdemesnek tűnik az alkotmánybírák és a politika közötti strukturális kapcsolatok elemzését elvégezni.

⁸⁹ A magyar közjogi nyelvben a *félprezidenciális* jelző terjedt el a Franciaországból ismert, majd az utóbbi évtizedekben széleskörűen elterjedt kormányzati rendszer jelzésére, így én is ezt használom. De jelezni kell, hogy a nagy nyugati világnyelvekben a szemiprezidenciális használják (Semiprésidentielles System, semi-presidential vagy franciául régime semi-présidentiel). Úgy tűnik, hogy az erdélyi magyar jogász szerzők átvették a szemiprezidenciális jelző használatát is, lásd VERESS Emőd (2006): Elnök és kormány viszonya Romániában. *Magyar Kisebbség*, 1–2. sz. 299–311.

4.1. Az alkotmánybíróságok átpolitizálódása és ennek fokozatai

Az itteni fejtegetések – a realitás tényeit is figyelve – politikai aktoroknak is tekinti az alkotmánybírákat, amellet, hogy az alkotmánybíróági döntésekben nem egyszerűen szabad politikai döntések születnek, hanem ezek részben az alkotmány szabályainak és elvi deklarációinak konkretizáló értelmezései is. Ez utóbbi miatt az alkotmánybíróság politikai szereplői jellege nem éri, nem érheti el a kormányformákat meghatározó többi közjogi szereplő (államfő, kormányfő) átpolitizáltságának fokát. Mielőtt tovább haladnék a kifejtéssel, meg kell közelebbről vizsgálni az alkotmánybírák és a politika összefüggését, illetve részleges elkülönültségét.⁹⁰

Az első kérdés e téren az, hogy az alkotmánybírák politikai kötődését illetően milyen fokozatokat lehet elkülöníteni, és az egyes alkotmánybírákat ebből a szempontból milyen típusokba tudjuk besorolni. Az alkotmánybírákat különböző országokban eltérő módokon választják, de abban minden megoldás megegyezik, hogy ezt a kiválasztást az államhatalom csúcseinak politikusai teszik. Nagyobb részük rendszerint a parlamenti többség vagy ennek egy minősítetten magasabb szintje választásával foglalja el a posztját, de egy részük kiválasztására néhány országban az államfő kap jogosítványt. Vagy van, ahol bár a parlamenti többség választja meg őket, de az államfő kinevezési jogához van még kötve a hivatalba kerülésük, aki még felülbíráhatja a többség választását, és nem adja meg a hozzájárulását. A politikai kiválasztás tehát döntő e téren. Az alkotmánybírák kiválasztásának e mechanizmusai révén így az egyes bírák és az alkotmánybíróság egésze közel áll a politikához, és a rendes bíróságokhoz képest közvetlenebbül hatnak döntéseik megformálásában a politikai szempontok. Az alkotmánybíráskodás funkciója és az ezt végző alkotmánybírák politikusok általi kiválasztási procedúrája nyilvánvalóvá teszi, hogy az alkotmánybírák döntési mérlegelésüknél kötődnek a politikához. Az azonban, hogy ez milyen szinten és fokozatban valósul meg, nagy eltérést mutat az egyes alkotmánybíróságokon belül. Az empirikus kutatások a világon sok-sok alkotmánybíróasztalt és ezeken belül az egyes alkotmánybírói különvéleményeket szisztematikusan elemezve egy skálán elhelyezve nagy szóródást mutattak a politikához kötöttség fokában, de

⁹⁰ Általános elemzést e kérdéshez lásd: Richard POSNER (2006): *The Role of the Judge in the Twenty-First Century*. *Boston University Law Review*, Vol. 86. No. 5. 1049–1068. 1051.

ezeket típusokba osztva azért két nagy típust el lehet különíteni e téren. *A közvetlen pártkötöttség erősebb fokozatát és a pusztán politikai értékek szintjén való lazább kötöttség típusába tartozó alkotmánybírákat lehet fő csoportokként különválasztani.* Hogy egy országban melyik típusba tartozók vannak nagyobb számban az alkotmánybírák között, azt egy sor intézményi mechanizmus és szabály befolyásolja, de szerepet kapnak ebben az egyes alkotmánybírók személyiségi jegyei is. Ezek elemzése előtt azonban érdemesnek tűnik egy distinkciót megvilágítani, mely a kontinentális európai bírói szerep és működés, illetve az ezzel szembenálló amerikai bírói szerep és működés eltérését emeli a középpontba. Az európai alkotmánybírák ugyanis az alkotmánybíráskodás eszméjének és intézményének Amerikából való átszármazása révén az amerikai bírói szerepjátszáshoz és működéshez esnek közelebb.

4.2. Karrierbírák és elismerési bírák

Az európai bírák *karrierbíráknak* nevezhetők, akik a jogi karok iskolapadjaiból egyből bekerülnek a bíróságokra, és ott a vezetőkhöz, az idősebb bírókhoz alkalmazkodva lépegetnek felfelé a bírói szintek karrierlépcsőin, sűrű ellenőrzések és értékelési mechanizmusok által minősítik őket, az ítéleteik elleni sikeres fellebbezési százalék magas fokát karriervisszatartással szankcionálják és így tovább. Ezzel szemben az amerikai bírák fő szabályként *elismerési bírák*, pontosabban az előzetesen a bírói szférán kívüli, más jogi szakmákban nyújtott teljesítményeik elismerésén alapulva kinevezett bírák. Az elismerési bírák már sok éves jogászai gyakorlattal a hátuk mögött kerülnek be a bíróságokra, és fő szabály szerint itt már nincs előléptetés, meghatározott bírói szintre kerülnek kinevezésre vagy megválasztásra további mozgás nélkül, és különösen a szövetségi szinten élethossziglan kerülnek kinevezésre. Minden intézményi feltételük törvényben szabályozott, és így mind a bírói karon belülről, mind ezen kívülről az egyes bírákra a behatás és befolyásolás minimálisra csökken. Ám míg az európai karrierbíráknál a fiatal korban való belépés érdekelné teszi a politika felől a befolyásolást a bírák kiválasztásánál, addig az elismerési bírák kinevezésénél – különösen a magasabb bírói szintekre és a szövetségi bírói szintekre – a bírók kiválasztást a legközvetlenebbül a politikai erők végzik, és így az előzetes jogászai teljesítmény elismerése végül a politikusok általi elismerésben csapódik le. Ennek révén az európai

kARRIERBÍRÁKBÓL ÁLLÓ BÍRÓI KAROK KEVÉSBÉ ÁTPOLITIZÁLTAK, ÁM BELÜLRŐL SOKKAL INKÁBB A BÜROKRÁCIA SZERVEZETI JELLEMZŐIT MUTATJÁK, ÉS AZ EHEZ IDOMULÓ, ALÁVETETTSÉGRE KÉPES BÍRÓI SZEMÉLYISÉGEKET EMELIK A KÖZÉPPONTBA, ILLETVE EMELIK A FELSŐBB KARRIERSZINTEKRE, MÍG AZ AMERIKAI ELISMERÉSI BÍRÁK ERŐSEBBEN ÁTPOLITIZÁLTABBAK, ÉS DÖNTÉSI JELLEMZŐIKET, ILLETVE SZEMÉLYISÉGÜKET TEKINTVE ÖNÁLLÓBBAK EURÓPAI TÁRSAIKNÁL.⁹¹

Az európai alkotmánybírák kiválasztásuk és intézményi feltételeik révén éppúgy elismerési bírák, mint az amerikai bírák is általában, ezért a „recognition judge” karrierbírákkal szembeállított jellemzői rájuk is vonatkoznak: „Constitutional judges belong to a recognition judiciary, appointed at senior stages in their careers, while ordinary judges are members of career judiciary, appointed at young ages and spending their whole lives in the job. In many cases, the appointment mechanisms of constitutional courts will be perceived more political than those of the supreme court justices.”⁹² Ilyen átfogó keretbe illesztett bemutatás és a rendes bírákhoz képest erősebb átpolitizáltság jelzése után nézzük meg közelebbről az alkotmánybírák átpolitizáltságának két fő fokozatát és az eszerinti két típusát.

⁹¹ A két bírói típust elemző szerzőpáros, Tom Ginsburg és Nuno Garoupa így ütközteti a két típus eltéréseit: „The distinction between career and recognition judiciaries is useful to identify general approaches to the balance between independence and accountability. [...] Career judiciaries resemble a bureaucracy, and so raise issues of shirking and sabotage of the agency’s mission that are familiar to organizational theorists. Not surprisingly we observe a formal reliance on codes and significant procedural limitations to constrain the judges, limit their ability to sabotage the law, and decrease the costs of monitoring their performance. As a result, a career judiciary is methodologically conservative and systematically unadventurous, and unwilling to acknowledge its role in lawmaking. [...] Recognition judiciaries are different. They are dominated by lateral entry; and promotion is of little significance to the individual judge. Since ex ante quality is easier to observe, judges are less constrained and tend to apply more flexible standards as opposed to clear rules. There are two possible behavioral consequences for the recognition model. First, the judiciary is more politicized (but not necessarily more democratic since it might not follow the legislator). Second, recognition judiciaries will be more creative in establishing and developing precedents (presumably inducing higher rates of reversal.)” Tom GINSBURG – Nuno GAROUPA (2011): *Hybrid Judicial Career Structures. Reputation v. Legal Tradition*. University of Chicago Law School, Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics. 6–7.

⁹² Nuno GAROUPA – Tom GINSBURG (2011): Building Reputation in Constitutional Courts. Political and Judicial Audiences. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 28. No. 3. 539–568. 547.

4.3. A politikai értékkötődésű versus pártkötődésű alkotmánybírák típusai

Az alkotmánybírák és az alkotmánybíráskodás erősebb átpolitizáltsága a rendes bíróságokhoz képest bevett tézis az empirikus elemzések nyomán, és az is, hogy vannak egyes országok és azon belül is egyes korszakok, amikor egy skálán elrendezhetően az átpolitizáltság magasabb fokát lehet kimutatni, mint máshol vagy máskor. Az átpolitizáltság eltéréseinek hangsúlyozása látható a különböző elemzési iskolák keretében is, ám egy módosítással ezekből a reálisan létező átpolitizáltsági különbségek és fokozatok befogásának típusai is kialakíthatók. Az attitudionális (vagy behaviorista) irányzat teljes mértékben a bíró politikai preferenciáiból magyarázza a bíró döntési mérlegelését, míg a stratégiai cselekvés iskolája csak egy csökkentett erőt tulajdonít a politikai preferenciáknak, és ezt keresztbe szelő, más szempontokat is elismer a bírói döntés meghatározásában.⁹³ Feltehetően a nagy tömeget illetően inkább az utóbbinak van igaza, és annyira nem erős a politikai preferenciák szerepe, mint azt az előbbi állítja, de főként az átpolitizáltabb funkciót ellátó alkotmánybírák esetében a bírák egy részénél ez is fennállhat, míg a másik részénél csak egy csökkentett politikai kötődés figyelhető meg. Így adódik, hogy ne csak mint iskolák különbségét fogjuk fel e két különböző megközelítés állításait, hanem mint a reálisan tevékenykedő alkotmánybírák politikai kötöttségének két fokozatát.

Ezzel a módosítással a főként amerikai rendes bíráskodás megértésére létrejött két iskola a rendes bíróságoktól elkülönített és a politikához közelebb hozott európai alkotmánybíráskodások esetében mint az átpolitizáltság két típusának leírása fogható fel. Különösen, ahol az intézményi feltételek és szabályozások erősebben kötik a megválasztott alkotmánybírákat egzisztenciális feltételeikben a domináns pártok vezérkaraihoz, ott az erősebb politikai kötöttség eljuthat a pártfüggés fokozatához, és az eszerinti döntési magatartáshoz. Ezzel szemben, ahol az intézményi szabályozások ezeket az egzisztenciális feltételeket a legoptimálisabban alakítják, ott fő szabályként a direkt pártkötődés megszűnik, és a politikához való kötődésnek csak egy csökkentett fokozata marad fenn. Ez utóbbinál az alkotmánybírói kinevezést/megválasztást eszközölő párthoz már csak a *politikai értékek szintjén való kötődés* marad fenn, és ez a lazább kötődés lehetővé teszi, hogy az egyes

⁹³ Nuno GAROUPA (2011): Empirical Legal Studies and Constitutional Courts. *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol 5. No. 1. 26–54. 26.

alkotmánybíró az eseti döntések kapcsán az alkotmányt konkretizáló, szilárd esetjogi támpontokat dolgozzon ki, illetve társaival ezek létrehozásában segédkezzék, és csak ezek keretei között, ezek primátusához ragaszkodva szavazza meg vagy vesse el a megválasztó pártja kormánypártként hozott törvényeinek alkotmányosságát is. Ezzel szemben a szoros pártkötöttség fokozatában szerepet játszó alkotmánybírókat hidegen hagyják az alkotmányt/ alaptörvényt konkretizáló koherens esetjog szempontjai. Az alkotmánybírói döntések nagyobb részét jelentő, politikailag neutrálisabb ügyekre nem is figyel, munkatársaira hagyja a mások által készített ilyen tervezetek átnézését, vagy ha ő lesz előadóbíró, akkor a számára politikailag indifferens ügyeket a munkatársaira hagyja, és azok érvelései alapján hozza be az ülésre, de nem is figyel arra, hogy ezek egy koherens esetjogba illeszkedjenek bele. Csak azokban a politikailag fontos ügyekben aktivizálja magát, ahol az őt megválasztó párt által elfogadott törvény alkotmánybírói kontrollja fontos politikai érdeket érint. Ám épp azért, mert szisztematikusan nem is figyel az alkotmányra/alaptörvényre és ennek koherens esetjogára, mindent félre-söpörve csak a pártérdeknek megfelelő döntési verzióra koncentrálnak.

A pártkötődésű versus politikai érték kötődésű alkotmánybíró típusai tehát nagyon is léteznek, és a két típusba könnyen elhelyezhetők az egyes alkotmánybírók, ha hosszabb ideig megfigyeljük döntési magatartásukat, különvéleményeiket, párhuzamos indokolásaikat és az ezek közötti koherenciát, illetve a szoros pártkötődésű bíró esetében feltehetően a koherencia nélküli-séget fedezhetjük fel a döntési magatartásában.⁹⁴

Összegezve tehát az alkotmánybírák politikai szereplői státusát érintő elemzéseinket, azzal lehet ezt zárni, hogy az intézményi feltételeik miatt részben szükségszerűen a politikához kötött és döntéseikben a politikai értékek között választó szereplőkről van szó az esetükben, de a fő szabály szerint az átpolitizáltságnak azt a fokát, amit a többi közjogi szereplőknél láthatunk, nem érik el. Szükségszerű, hogy politikai értékek között döntenek, azonban ez a jellemzőjük indokoltá teszi, hogy a juriszokratikus kormányformába fogjuk be államhatalmi szerepjátásukat.

⁹⁴ E kérdés elemzéséhez is lásd: Nadia FIORINO – Fabio PADOVANO – Grazia SGARRA (2004): *The determinants of judicial independence: Evidence from the Italian Constitutional Court (1956–2002)*. 9. (internet.) Folyóiratban: *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Vol. 163, No. 4, December 2007, 683–705.

4.4. A jurisztokratikus kormányforma szerkezeti kérdései

Az egyszerű hatalommegosztási szereplőből a jurisztokratikus kormányformába átnövés kiindulópontja egy államban az, ha az alkotmánybíróság közvetlenül a létrehozásuk után is megsemmisítheti a törvényeket, és ez már nincs beágyazva előzetes bírói eljárások végigvitelébe. Ez az a döntő pont, ahol e szerv közvetlenül beleszólik a közjogi főszereplők küzdelmeibe. A politikai versengésen alapuló demokráciákban ekkor a törvényhozási többséggel szembenálló, többi közjogi szereplő (főként a parlamenti ellenzék, de az önkormányzati szervek is, vagy a szövetségi államokban a tagállami/régió kormányok, az ottani parlamentek) az alkotmánybíróság mögé beállva tudják rákényszeríteni akaratukat részben vagy egészben a többségi kormányra és a parlamenti többségre. Ez már nem parlamentarizmus többé, hanem a jurisztokratikus kormányforma megjelenése, és az általa a félparlamentarizmus kereteibe visszaszorított kormányzás együttélése az alkotmánybírósággal színre lépett jurisztokratikus kormányformával. Más konkrétummal e kevert kormányforma-szerkezetben ugyanaz jön létre, ami a tiszta prezidencializmus félprezidenciális kormányformává való visszaszorítása révén figyelhető meg. Ugyanis, ha nem is emeli ki nevében a félprezidenciális kormányforma, de tényleges működésében mindig ott van mellette az általa visszaszorított parlamentáris kormányforma, a *félparlamentarizmus*. Vagyis e kettő mindig együtt él (ezért csak félprezidenciális kormányforma), és a parlamentáris többséghez kötött kormány, élén a kormányfővel együtt gyakorolja a főhatalmat a tőle függetlenül megválasztott, nagyhatalmú államfővel. Ez az együttműködés nem jelent feszültséget, ha többé-kevésbé zárt politikai táborok és ezek pártjai léteznek egy országban, és emellett még a két külön megtartott választáson ugyanannak a pártnak vagy koalíciónak az emberei kerülnek az államfői és a kormányfői posztokra. Ekkor az együttműködés közjogi struktúrái jórészt súrlódásmentesen működnek. Ám ha a külön tartott választásokon a politikai közvélemény időközben eltolódott, és ellentétes politikai táborokból kerülnek ki a posztok betöltői, akkor folyamatos közjogi küzdelmek indulnak be az államfő és a parlamenti többséghez kötött kormányfő között. Mivel ez először és legtisztábban a franciáknál alakult ki az 1958-ban létrehozott, V. Köztársaságnak nevezett közjogi berendezkedésük óta, a politikai együttműködést a *cohabitation állapotának* nevezik általában is a félprezidenciális államok e közjogi folyamatainak jelölésére.

A jurisztokratikus kormányforma középpontját jelentő, eltérő erősségű alkotmánybíróságok szintén ilyen *cohabitation* állapottal leírható közjogi folyamatokba kerülhetnek. Ez akkor jön létre, ha az alkotmánybírói posztok betöltésének módja által és az ezt eszközlő parlamenti többségek – esetleg államfők – révén stabil politikai preferenciáival rendelkező alkotmánybíró-sági többség jön létre, és ennek hosszabb időn keresztül végzett alkotmányértelmezése (és az ennek menetében leülepedett alkotmánybíró-sági esetjog, mely tulajdonképpen adja a mindenkori törvénymegsemmisítési alapot) után egy korábbi parlamenti többségtől radikálisan eltérő, politikai preferenciákkal rendelkező, új többség kapja meg a kormányrudat. Míg az azonos politikai értékhangsúlyokat valló parlamenti többség és alkotmánybíró-sági többség esetén csak apróbb-nagyobb ütközések és alkotmányellenesség minősítések mellett folyik a kétféles kormányforma (félparlamentáris kormányforma versus jurisztokratikus kormányforma) együttélése, addig a radikális kormányváltással létrejött, erőteljes szembenállás esetén a *cohabitation közjogi állapot* lép fel.

Ekkor a milliók által megválasztott parlamenti többség és kormánya programjának megvalósítása során, az új és új törvények meghozatalakor szinte a teljes lebénítás elé nézhet, mert az a perspektíva tárul fel előtte, hogy az alkotmánybíróság az ellenzékbe szorult, korábbi kormánypártok – s most, mint parlamenti kisebbségek – indítványaira sorban megsemmisíti ezeket a törvényeket. E közjogi *cohabitation* feszültségeinek természetes folyamánya a két szembenálló politikai értékhordozó aktor általi kiütkeresés. Franciaországban ekkor szóba jöhet az, hogy a köztársasági elnök egy idő után a vele szembenálló parlamenti többség és kormánya megtörésére feloszlatja a parlamentet és új választásokat ír ki, bízva abban, hogy valamilyen eltolódás csak végbement az állampolgárok millióinak szintjén, és az új választáson már az ő politikai táborát juttatják ismét parlamenti többséghez. De ugyanez figyelhető meg a kormány oldalán is, és ők pedig igyekeznek úgy elosztani a költségvetési pénzeket, az intézményeket átalakítani, stb., hogy az államfőhöz közelálló politikai erőket hátrébb tudják szorítani.

Az alkotmánybíróságok vonatkozásában ez a közjogi *cohabitation* ilyen erősen – legalábbis eddig – csak ritkán jött létre, és ez abból is fakadt az elmúlt félévszázadban, mely időszak óta az ilyen erősségű alkotmánybíróságok egyáltalán léteznek, hogy Európa és a tágabb nyugati civilizáció (Amerika, Ausztrália) gazdasági prosperitása és demográfiai stabilitása a történelemben ritka hosszú idők szakaszon nyugalmat adott ezekben az államokban. Ennek révén a sűrűre vont alkotmányos keret és kötelező

politikai értékpreferenciák révén a centrum felé kényszerített politikai versengés terminusai jellemezték csak a politikai demokrácia mérvadó pártjainak küzdelmeit. A politikai váltógazdaság kormánypártjai így többé-kevésbé csak ugyanannak a politikai centrumnak a „baloldali” és „jobboldali” alternatívái voltak. Ily módon az e parlamenti pártok általi jelölésével/választásával létrehozott alkotmánybírósági többségek és a mindenkor változó parlamenti kormánytöbbségek között olyan nagy különbség nem volt, mely a közjogi cohabitation állapotát aktiválta volna az alkotmányban szunnyadó állapotban egymásnak feszülő két (kevert) kormányforma közjogi szereplői között. Ez a nyugalmi állapot azonban az utóbbi években eltűnni látszik két okból is.

Egyrészt az egyes társadalmi alrendszerekben egy radikális átalakulás ment végbe az elmúlt évtizedekben, és a banki, pénzügyi szektor gazdaság feletti ellenőrzése véglegessé vált az ipari és más alapú nagytőkés csoportok felett, és ez a globális hatalmi erővé tett csoport a piaci szervezés kiterjesztésével fokozatosan az összes társadalmi alrendszer (a tömegkommunikáció, a művészeti-kulturális alrendszerek, a tudományos kutatás, a katonai szféra piacosítása stb.) felett át tudta venni az ellenőrzést. Így végül is az 1990-es évek közepére a teljes nyugati világ pénzügyi, banki ellenőrzés alá került.⁹⁵ Ennek révén azonban olyan torzulások jöttek létre, amelyek egy evolúciós zsákutcába látszanak juttatni az egész nyugati civilizációt a 2008-as pénzügyi, gazdasági válság kitörése óta. Ezt a mély és még beláthatatlan további fejleményekkel fenyegető válságot egy még mélyebb demográfiai válság következményei kezdik fokozni az elmúlt években. Ez utóbbi már évtizedek óta észlelhető volt, de ennek következményei csak a legutóbbi években mutatkoztak meg drámaian. A csökkenő lakosság miatt a főként iszlám vallású országokból behozott vendégmunkások milliói a nagyobb születési arányaik és a családi egyesítések révén az elmúlt évekre már kb. 23 millióra bővültek Nyugat-Európa nagyvárosaiban, és egész városrészeket elfoglalva párhuzamos társadalmakat építettek ki. A keresztény kultú-

⁹⁵ Lásd e téma elemzéséhez: Andreas BIELER – Adam David MORTON eds. (2001): *Social Forces in the Making of the New Europe*. Palgrave, Hampshire. 47–69.; William C. CARROLL – Colin CARSON (2003): Forging a New Hegemony? The Role of Transnational Policy Groups in the Network and Discourses of Global Corporate Governance. *Journal of World-Systems Research*. 67–102.; magyar szerzők közül e témához lásd még: ANDOR László (2008): Ultrahang a világréndről. *Fordulat*, 1. évf. 3 sz. 34–41.; illetve David A. SMITH – BÖRÖCZ József eds. (1995): *A New World Order? Global Transformation in the Late Twentieth Century*. Greenwood Press.

rájú európai lakosság és a történelmileg állandó harcokban és versengésben élő muszlim lakosság együttélése az elmúlt évekre már a legfőbb politikai törésvonallá tette ezt az ellentétet a legtöbb nyugat-európai országban. A közelmúltban milliós számra megindult újabb iszlám migránstömegek beözönlése és a centrumot alkotó eddigi váltópártok establishmentjének ezzel szembeni tehetetlensége ugrásszerűen megnövelte a legtöbb nyugat-európai országban az eddig marginalizált politikai pártok parlamenti erejét. Mivel pedig a migráció okozta feszültségek az ezt okozó demográfiai probléma legmélyebb gyökerei miatt az eddigi centrum logikájával nem orvosolhatók, csak néhány év kérdése a centumpártokat leváltó pártok parlamenti többséggé válása. Ezzel pedig a „nyugalmi időszak” politikai preferenciáit alkotmánybírói esetjoggá rögzítő alkotmánybírók és az ezzel polárisan szembeálló, új parlamenti többségek közötti fellángoló ellentétek robbanása, illetve az eddigi az alkotmányok papírjában bezártan szunnyadó *közjogi cohabitation* állapotának aktiválódása rögtön napirendre kerül.

Ez a helyzet jött létre egy sor véletlen ok miatt is az elmúlt hónapokban Lengyelországban is, ahol a korábbi baloldali és az ettől csak árnyalatokban különböző jobbközép kormánytöbbségek váltógazdaságának több ciklusa után a radikálisan nemzeti-keresztény Igazság és Rend Párt kapta meg a parlamenti többséget 2015-ben. Ebben a *cohabitation jellegű közjogi helyzetben* a programjához ragaszkodó, új lengyel kormánytöbbség igyekezett a lehető legtöbb ellenállást semlegesíteni vagy legalább csökkenteni a jurisztokratikus kormányforma összetevőiből. Így például, kihasználva a korábbi kormánytöbbség formálisan is jogsértő alkotmánybíró-választásainak hibáját és az államfő hozzá közel eső politikai pozícióját, öt új alkotmánybíró-t juttatott be a testületbe, s a korábbi kormánytöbbség politikai értékhangsúlyait érvényesítő alkotmánybírói többség blokkolási hatalmát csökkentendő, kétharmados többségű döntési rendet hozott létre az alkotmánybírói törvény módosításával. Az új törvényeket fél évig a kihirdetésük után még moratóriummal védte le, és csak ezután kezdték ellenőrizni ezeket az alkotmánybírók. A jurisztokratikus kormányforma és a tömegek választásán nyugvó parlamentáris kormányforma együttélését tematizáló elméleti keret ezeket a változásokat mint az együttműködés feszültségeit elemezheti izgalmas fejleményekként (legalábbis amíg mindkét fél betartja a közjogi ellentétek feloldásának formális szabályait), éppúgy, mint a félprezidenciális kormányformában az államfő és kormányfő közötti feszültségek fellángolását szokták az alkotmányjogászok. Míg ha nem különítjük el ezt az új kormányformát, és csak

a parlamentáris kormányforma, illetve a hatalommegosztás normatív kereteiben szemléljük ezeket, akkor a lényegét elvértve, egyszerűen csak hatalmi túlkapásokként konstatálhatja az elemző.

A világ alkotmánybíróságai között számos különbség kimutatható. Például a leggyakoribb a kilenc–tizenkét éves megbízási ciklus az újraválasztás tilalma mellett, de néhány esetben a hat éves megbízási ciklus is látható, vagy éppen ellenkezően, az élethossziglani megbízási ciklus létezik, igaz ez rendszerint egy felső korhatár (pl. 70 év) beiktatásával a kötelező kiszállásra. Ha tehát össze akarjuk állítani a jurisztokratikus kormányforma erőinek a félparlamentáris kormányforma parlamentáris többségével szembeni fölényének országanglistáját a világ egészében, akkor a fenti paraméterek alapján kell elindulni. Meg kell nézni, hogy: 1. milyen az alkotmányhoz való monopolizált hozzáférés foka egy-egy alkotmánybíróság esetében; 2. milyen széles az alkotmányértelmező hatalmuk az adott alkotmány általános, üres formulákra építése révén, vagy éppen fordítva: ez szűk, pontos alkotmányi szabályokból és precíz alapjogi formulákból áll az alkotmányszöveg miatt; 3. milyen könnyű mozgásba lendülésük a tetszőleges populáris akciók révén, vagy éppen fordítva: ez nehéz, és ez csak több előfeltétel esetén lehetséges; 4. végül, milyen hosszú a megbízási ciklusuk, esetleg csak rövid hat év, vagy éppen fordítva: akár tizenkét év vagy még hosszabb, és az egyszer hivatalba került alkotmánybírák élethosszig maradnak a posztjukon.

4.5. Epilógus e fejezethez

Ezek a szerkezeti jellemzők csak absztrakt módon adják meg a jurisztokratikus kormányforma erőinek helyzetét és a velük együtt élő félparlamentáris kormányforma összetevőikhez való viszonyukat. Teljes konkrétságban azonban csak akkor érthetjük meg a két félhatalmi rész együttélését, ha egy sor szociológiai összefüggést is bevonunk a vizsgálódásba. Itt fontos lehet az, hogy milyen formális előfeltételek állnak egy ország alkotmánybírósági törvényében az egyes alkotmánybírák kiválasztására vonatkozóan, mennyire jöhet itt be bármelyik jogász néhány éves gyakorlat mellett a képbe, vagy ez csak a legfőbb bíróságok bírái közül, illetve az egyetemi jogászprofesszori körökből lehetséges. Ugyanis minél kevesebb az előfeltétel ehhez, annál inkább lehetőség nyílik az egyes politikai táborok pártjogászainak bejuttatására. És ha ez csak a mindenkori parlamenti ellenzékkel együtt lehetséges a minősített többséghez kötés miatt, akkor részben a két oldal pártjogászai kerülnek be

paritásos alapon, részben teljesen ismeretlen jogászok, akik, mivel soha nem szólaltak meg az alkotmánybíráskodás ügyében, észrevétlenek maradtak, s épp ezért minden hozzáértés nélkül kezdenek neki az alkotmánybírói poszt betöltéséhez. Mechanikusan átveszik az addig felhalmozott alkotmánybíróági esetjogot minden végiggondolás nélkül, illetve kiszolgáltatottá válnak a korábbi alkotmánybíráktól átvett, tapasztalt törzskari munkatársakkal szemben. De ugyanígy fontos az alkotmánybíróági döntési folyamat tényleges helyzete egy-egy országban. Például az alkotmánybíróági elnök nagy döntési hatalma, vagy ezzel szemben, éppen ennek hiánya az ügyek előadóbírákhoz való szignálása terén, a napirend összeállításánál, egy-egy politikailag nagy súlyú ügy leállítása és késleltetési lehetősége által, vagy ennek csak szűk lehetőségei.⁹⁶ De ha a részletek szempontjából fontosak is ezek, megítélésem szerint csak színezik a megértést a jurisztokratikus kormányforma erőinek súlyát és az együttélésük feszültségeinek feloldási mechanizmusait illetően a félparlamentáris kormányforma kormánytöbbségével szemben. Egy-egy ország esetében a döntő aspektusokat a jelzett négy fő dimenzió részletes elemzésével is fel lehet tárni.

Ki kell még térni a zárógondolatok között a jurisztokratikus kormányforma szükségszerű kevert formaként létezésére a mai kor – legalábbis a nyugati civilizációs körben – demokráciára alapozott államaiban. Amíg nem történik tudatos szakítás az államhatalom néptől eredésének demokratikus legitimitációjával, addig az alkotmánybírák állami főhatalma csak a közvetlen, nép általi választáson nyugvó, más közjogi szereplők főhatalmával együtt lehet formálisan is intézményesítve. Ez pedig lehetséges a parlamenti főhatalom visszaszorítása melletti félparlamentáris többségi kormányával együttélésként, vagy a már félprezidencializmussal eleve visszaszorított parlamenti kormányhatalommal és az államfői hatalommal együttműködésként. A fenti elemzésekben mindvégig ezt tartottam szem előtt. Persze nem formális alkotmányszerkezeti intézményesítéssel, hanem csak a realitás szociológiai összefüggéseinek nyomására elképzelhető egy ilyen állapot létrejötte, amikor már inkább a jurisztokrácia teljes uralmáról lehet beszélni, miközben formálisan azért még működnek a nép általi választással létrehozott közjogi intézmények – körülbelül úgy, ahogy erre még emlékezhetünk az egypártrendszerű szovjet rendszerekben. Ha például (a fenti paraméterek szerint) leginkább monopolizált alkotmányhoz való hozzáféréssel, legtágabb alkotmányértelmezési hatalommal és a legkönnyebb mozgásba lendülési

⁹⁶ Mindezen kérdések részletes elemzéséhez lásd: Pokol Béla (2014): Az alkotmánybíráskodás szociológiai megfigyelése. *Jogelméleti Szemle*, 3. sz. 159–189.

lehetőséggel rendelkező, valamelyik európai vagy ázsiai alkotmánybíróság bírái olyan élethossziglani kinevezést kapnának egy alkotmánymódosítással vagy az alkotmánybíróági törvény módosításával, mint az USA átlagban 35-40 évig hivatalban levő legfelsőbb bírái, akkor létrejöhetne egy olyan állapot, hogy a demokrácia és ennek intézményei már csak pusztán paravánok lennének a jurisztokrácia teljes hatalmának álcázására. Ahogy Ran Hirschl jelezte kiváló könyvében, bizonyos hatalmi konstellációk néha meglepően és első látásra irracionális húzásokra készítik a domináns politikai köröket.⁹⁷

Mivel így a jurisztokratikus kormányformát egy-egy államban csak kevert formában találhatjuk meg – más kormányforma elemeivel való együtt-kormányzásként –, és ennek konkrét megvalósulásai a legnagyobb szóródást mutatják a négy szerkezeti dimenzió szerint, így érdemesnek tűnik majd belső tipológiát is kialakítani ennél. Ugyanis, ha a jurisztokratikus kormányformát ott látjuk megjelenni és kinőni az egyszerű hatalommegosztási konstrukcióból, hogy az adott országban az alkotmánybírósnak lehetősége van a törvényeket rögtön létrehozataluk után megsemmisíteni (minden előzetes bírósági peres eljárás közbeiktatása nélkül), akkor a legtöbb európai, ázsiai, és dél-amerikai alkotmánybíróság már ebbe a kormányformába tartozik. A négy szerkezeti dimenzióban azonban nagy eltérések lehetnek a parlamenti többség félpármentáris állapotba való visszaszorításának fokában, ugyanígy a félpreszidencializmus államfői hatalmának korlátozásában. Az itteni belső tipológia kialakításában segíthet, ha a félpreszidenciaális kormányforma egyes megvalósulásának fokozatait hívjuk segítségül. Ugyanis ennek megvalósulásainál is látható, hogy az eredeti francia félpreszidenciaális rendszer után a portugálok és a finnek fokozatosan ebbe az irányba átnövő rendszere az államfő jogosítványainak és jogállásnak felerősítése révén már nem teljesen ezt a félpreszidencializmust valósították meg, majd a szovjet birodalom felbomlása után az új orosz és ukrán félpreszidencializmus szintén más árnyalatokat vitt be ebbe, ahogy Erdogan elnök jogállása is Törökországban a félpreszidencializmus sajátos verzióját jelenti. A portugálok, a csehek és a lengyelek államfői azonban, bár a tiszta parlamenti rendszerek államfőinek pusztán szimbolikus hatalmához és jogállásához képest nagyobb hatáskörrel és részben valódi hatalommal is rendelkeznek,

⁹⁷ Lásd ehhez: Ran HIRSCHL (2004): *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press, Boston; magyar nyelvű elemzéséhez lásd: POKOL Béla (2015): A jurisztokrácia és a demokrácia határvonala. *Jogelméleti Szemle*, 3. sz. 5–9.

de ezt a jogállást inkább nevezhetjük *kisprezidencializmusnak*, mintsem félprezidenciális rendszernek.⁹⁸ Valami hasonló névbeli elválasztást lehet majd találni a jurisztokratikus kormányformát különböző erősséggel megvalósító országok tipológiájára is. Bár még részletes elemzésre lesz szükség, de már itt fel lehet vetni, hogy a jurisztokrácia elemeit csekélyebb fokban megjelenítő osztrák, francia vagy belga alkotmánybíróságok jogállását inkább a „kisjurisztokratikus” rendszernek lehetne nevezni a jurisztokratikus kormányformát teljes mértékben intézményesítő német, spanyol, litván és magyar modellhez képest.⁹⁹

⁹⁸ Még az új közép-európai kisprezidenciális rendszerek kialakulása előtt írt és magyar nyelven is megjelent anyagukban Alfred Stepan és Cindy Skach állították össze részletesen az akkortájt létező demokratikus államok kormányformák szerinti tipológiáját, igaz, teljesen eltekintve az alkotmánybíróságok ezt keresztező hatalmától. Lásd: Alfred STEPAN – Cindy SKACH (1993): Alkotmányos keretek és a demokrácia megszilárdulása. *Politikatudományi Szemle*, 4. sz. 51–71.

⁹⁹ Az alkotmánybíróságok mindenek fölé növekedésére Európában (a német minta átvételével) különösen Spanyolország, Litvánia és Magyarország adja a példát – bár ez a mi esetünkben különösen a Sólyom-féle alkotmánybíróságra állt –, míg a szlovének, a horvátok, a románok és a csehek alkotmánybíróságai esetében inkább az alkotmányhoz tapadó ítélkezési stílus a megfigyelhető, és ez csak csökkentettebb hatalmú jurisztokráciát mutatott ezekben az országokban. Lásd ezt részletesebben: POKOL Béla (2015): *Alkotmánybírósági döntési stílusok... i. m.*, 107–130.

5. A jog absztrahálódásának formái

A demokratikus jogállam alapvetően a szabálypontossággal megfogalmazott törvényeken és az azoknak alárendelt, más jogszabályokon nyugszik, melyeket az ellenmondásmentesen kialakított jogdogmatikai kategóriák tartanak jogáganként egységes értelmi rendszerben. Ez biztosítja, hogy a törvényhűségre nevelt bírák kötve maradjanak a törvények szövegéhez, és az ezekben azért szükségszerűen meglévő nyitottságokat kiszámítható és ellenőrizhető logikai lépésrendekben értelmezhessek. Ebben okoz változást, amennyiben a szabálypontossággal megfogalmazott normákat fokozatosan általános jogelvi szinten megfogalmazott normák és generálklauzulaszerűen üres alkotmányi deklarációk, alapjogi formulák tolják a háttérbe. Az ily módon kialakított jogrendszer a bírák törvényhez kötöttségét pusztán formalitássá teszi, hisz ténylegesen az absztrakt, üres normatív formulák helyett a bírói kar konszenzusa dönti el, hogy ténylegesen mi is az egyes szituációkban a jog. Ezzel pedig egy másik oldalról jön létre eltolódás a demokratikus jogállamtól a jurisztokratikus állam felé.

Nézzük meg részletesen történetileg a római jogból kialakuló európai jog fejlődését ebből a szempontból, hogy lássuk, miként alakult ez több száz éven keresztül egészen az elmúlt évtizedekig, amikor is a jelzett tendenciák kibontakoztak.

5.1. Jogi regulák és maximák

A római jog alapvetően eseti döntések tömegét jelentette, és e jog klasszikus szakaszának nagy jogászai csak kiegészítő jelleggel fogadták el a Krisztus előtti másfél évszázadban a görög filozófia hatására ezekből kiemelt néhány regulát (*regulae iuris*). E regulák igazi sikere inkább csak a késő klasszikus korban és az ez utáni időkben, a császári apparátus tömeges jogi munkája idején jött el, amikor a kiterjedt birodalom igazgatási és jogi ügyeire a sok kishivatalnok számára is egyszerűen érthető formulákban kellett kézhez tartani a jogot a klasszikusok remekjogászainak finom distinkciói helyett. Sőt, e korszakban megindult a regulák átfogóbb szempontjai mellett

a maximák kialakítása is, melyek még inkább csak a sok esetben közös szempontok leegyszerűsített és rövid összefoglalásai voltak, így az esetek egy részében – ahol más normatív szempontok is kereszteztek ezeket – egyáltalán nem voltak megfelelők. Ennek ellenére a császári Róma korában, különösen a kelet-római súlypont kialakulása után, még a régi eseti jogból is maximákat kezdtek kiemelni, és ezeket beillesztették a klasszikus szövegekbe. Az 533-ban létrehozott justinianusi összefoglalás a *Digestában* és a többi kötetben ezt a kazuisztikus anyagot tartalmazta, de az e korban fontossá vált átfogóbb regulákat és maximákat a *Digesta* utolsó címeiként összefoglalták, és így hagyták örökül az utókornak.

A római jog 1100-as évektől történő újjáéledése az észak-olasz és dél-francia részekén továbbra is a kazuisztikus jelleget vitte tovább, és komolyabb rendszerezések csak az 1500-as évektől indultak meg, de a regulákat már a kezdetektől nagy becsben tartották. Sőt, Detlef Liebs, a jogi maximák szakavatott kutatója szerint az áthagyományozott római jogi anyagból igazán épp e korszakban indult meg – eleinte a tanítás céljából – a sok részletszabály közös lényegét kiemelő latin nyelvű maximák kialakítása: „Der geschichtliche Rahmen der lateinischen Rechtsregeln war also gewöhnlich weder das klassische römische Recht noch gar eine rechtliche Offenbarung vor aller Zeit auch kein Naturrecht [...] Hauptentstehungsort der lateinischen Rechtsregeln ist vielmehr die spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Schulstube”.¹⁰⁰ A glosszátorok második nemzedékéből az Irnerius-tanítvány Bulgarus már 1140-ben egy külön műben összefoglaló glosszát készített a regulákat tartalmazó címről, a *Digesta* 50. kötetének utolsó, 17. címéről, és ezt a következő glosszátorok is folyamatosan átvették és tovább finomították. A jogi gondolkodáson túl, szélesebben ezek az átfogóbb szabályok úgy kezdtek terjedni, hogy az 1200-as évek második felében Dinus Mugellanus a kánonjog összefoglalása számára is elkészítette ennek reguláit – alapul véve és átformálva, kiegészítve a *Digesta* reguláit –, és a középkori oktatás egészének alapvetően egyházi intézményeken nyugvó jellege következtében ezek a szabályok lassanként mint az átfogó európai kultúrkincs részei kezdtek el hatni. Nézzük meg ezt a folyamatot részletesen!

A pusztai eseti döntések normatíváitól a regulák felé a kiindulópontot a rómaiaknál a Krisztus előtti második évszázad végétől lehet megadni, amikor először jelent meg egy olyan jogászgeneráció, melynek tagjai már

¹⁰⁰ Detlef LIEBS (1983): *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*. C. H Beck Verlag, München. 12.

nemcsak az eseti döntések gyűjteményeit állították össze, hanem általánosan is gondolkodtak a felmerült jogi kérdésekről, dilemmákról, és jogi értekezésekben fejtették ki ezekről álláspontjukat. Pomponius *Digestába* felvett töredékéből lehet tudni, hogy P. Mucius Scaevola, M. Junius Brutus, M. Manilius és M. Porcius Cato voltak e generáció legismertebb tagjai, és több értekezésben igyekeztek összegezni a római jog egyes területeit. Az ő idejük előtti évtizedekben kezdett elterjedni, hogy a lehanyagló görög városokból tömegesen jöttek át Rómába görög filozófusok, és kezdtek itt tanítani szélesebb körökben, és a jogi értekezéseket író jogászok között Arisztotelész logikai munkáinak egyszerűsített eszméi fokozatosan elterjedtek. A sok egyedi esetből a közös normák kiemelése és az egyedi leírás helyett az esetek átfogóbb osztályba sorolása és ezek mellé a norma átfogóbb szintű kifejezése erre a görög hatásra alakult ki a római jogi gondolkodásnak ebben a korszakában. Sőt, ez a hatás Rómában először nem is a jogászoknál, hanem a kialakuló nyelvészeti gondolkodásban jelentkezett, és az itteni nyelvi és logikai tudás kezdett hatni a jogászok között, és az említett római jogászok már ezeket a hatásokat szívták magukba.

Az első általánosítás a pusztán eseti normából egy átfogóbb norma felé Cato nevéhez fűződik, aki a végrendelkezés körében fogalmazott meg egy átfogóbb szabályt az érvénytelen végrendelet utólagos érvényessé válásának kizártságáról. Saját korában ez még *sententia Catoniana* néven volt ismert, de a néhány évtized alatt elterjedt görög technika a gondolati általánosításokról tucat számra hozta létre az átfogóbb regulákat, és Cato szentenciájából is a „regula Catoniana” lett. Q. Mucius Scaevola már egész jogterületek átfogó definícióit kezdte el kidolgozni az esetek sokaságából kiemelve a közös jegyeket. „Q. Mucius did not merely make definitions, Pomponius [...] says that he was the first to arrange the law according to genera [...] in a work of eighteen books. We know, for example, that he distinguished five genera of tutory and that he held there to be as many genera of possession as there were causae of acquiring the property of others.”¹⁰¹ A görög hatásra a szétszórt esetekből az általánosító tevékenység felé ható fő ösztönző Cicero lett a római jogi gondolkodásban, aki az egész római jogot az általánosítások és a közös fogalmak kiemelése révén egy egységes rendszerben kívánta összefoglalni („ius civile in artem redactum”), de a terven kívül ez nem maradt fenn az utókor számára.

¹⁰¹ Peter STEIN (1966): *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*. Edinburgh, University Press. 39.

A principátussal kezdődő klasszikus római jog első évszázadában, a Krisztus utáni első évszázadban már tartózkodóbban álltak a jog absztrahálása felé, és az általánosításokat mint torzításokat tekintették az esetileg megállapított normákhoz képest. A korábban kialakított, eseteken túli általánosabb jogi regulákat ugyan megtartották, de ebben a korban továbbiakat inkább csak a jogi tanítás számára hoztak létre. Így Gaiusnak a jogba bevezetésként létrehozott *Institúciói* is e célból tartalmaztak általános regulákat és definíciókat. A késő klasszikus korban azonban ismét kezdte visszanyerni jelentőségét az általános normaanyag, és terjedelmes regulagyűjtemények jöttek létre: „The first is Neratius Priscus, who flourished in the reigns of the Emperors Trajan and Hadrian. His *Regulae*, apart from being the earliest, are also the longest, covering fifteen books. From the mid-second century are the works of Pomponius, Gaius, and Cervidius Scaevola. Both Paul and Ulpian composed *Regulae* and in the late classical period, Marcian, Modestinus and Licinius Rufinus all wrote in this literary genre”.¹⁰²

Már a klasszikus római jog idején megjelent a jogtudósok által kiemelt regulák, jogfogalmak és jogelvek, illetve másrészt az autoritás, az államhatalom szervei által esetileg megállapított jog közötti viszony vitatása. A később proculiánusnak nevezett iskola ekkor Labeo vezetésével azt állította, hogy az általános jogelvek és regulák, illetve definíciók kiemelve a korábbi eseti döntésekből önálló életre kelnek, és később ezeket lehet mint jogot alkalmazni, kivéve, ha egy esetre egy kivételt kell beiktatni az általános jogelv korlátozására. Ezzel szemben a Sabinus által vezetett sabinianus iskola azt vallotta, hogy e kiemelések pusztán jogtudósi termékek, és ez nem maga a jog, így nincs is kötelező jellegük a későbbi esetek eldöntésénél. Nem véletlenül később a regulabarád proculiánusok vezéralakja, Neratius volt az, aki a regulákból tizenöt kötetben terjedelmes művet állított össze. A regulák megújult szerepét mutatja a késő klasszikus korban, hogy Hadrius császár meghívta Neratiust a császári konzíliumába, a legfelsőbb birodalmi jogi testületbe, melynek fő feladata volt a birodalom minden részéből a császártól egy-egy nehéz esetre döntés kérése után a válasz és az eseti ítélet elkészítése, amit egy reskriptumban, leiratban küldtek vissza. A birodalom minden részében tevékenykedő helyi ítélkezők számára csak az egyszerűsített jogi leírás és az általános szempontok voltak értelmileg felfoghatók, így az általános jogi támpontok kiemelése és azok egyszerűsített megfogalmazása elsőrendű szemponttá vált. Ez adta a jogi regulák középpontba kerülésének

¹⁰² STEIN: *i. m.*, 51.

magyarázatát ebben a korszakban: „The subordinate officials in the bureaux would have no time for the subtleties of juristic discussion contained in such works. What they wanted was a guide offering a short-cut to the official view of the law”¹⁰³

A korábban felmerült vita a jogi regulák, jogelvek jogi erejéről végül a glosszátorok munkáinak eredményeire építve az 1300-as évek első felében Bartolus megfogalmazásában azzal a kompromisszummal zárult le és vált bevetté, hogy ezek nem alkotnak jogot olyan esetekben, melyek már el vannak döntve, és épp az ezekre vonatkozó konkrét eseti normákból emelték ki mint közös jogi gondolatot az adott jogi regulát. Ám azokra a jövőbeli esetekre nézve, melyekre még nincsenek eseti jogi normák lefektetve, ezek a regulák jelentik a jogot, és ezek alapján kell ezeket az eseteket eldönteni.¹⁰⁴ A jog absztrahálódása az eseti normáktól a regulák felé azonban nem állt meg, és ugyanazok a kényszerek, melyek a cizellált, eseti szabályokra egyszerűbb és általánosabb normatív támpontok kialakítása felé hatottak, egy ennél is általánosabb jogi rögzítést hoztak létre a jogi maximák alakjában. Ez a folyamat különösen a késő klasszikus kor szerzőinél vált kiemelkedővé. Míg a regulák még több-kevesebb pontossággal tartalmazzák a vonatkozó esetesoport kontúrjait, és így a bennük levő normatív támpontok alkalmazhatósága nem mosódik el túlzottan, addig a maxima szintű általánosítás már csak egy puszta jogi gondolatot rögzít egy teljes területre. „The regulae which have concerned hitherto have all been rules whose field of application was fairly clear [...] In the late classical period the word regula came to be applied to propositions of a different kind, maxims so abstract that no relationship with a concrete situation is discernible”¹⁰⁵ Míg a regula még szabálynak tekinthető, noha a széles megfogalmazása miatt sűrűn felmerül kivételek beiktatásának szükségessége (és ezzel korlátozása, mert más jogelvek miatt korlátozni kell érvényesülését), addig a maxima egész jogterületeket áthat az esetek minden korlátozása nélkül: „A maxim is more a catchphrase for use in legal argument. It indicates a broad general principle, which pervades various branches of law.”¹⁰⁶ A megfogalmazás szélessége és épp könnyű megjegyezhetősége miatti rövidegsége nem ad meg semmilyen közelebbi támpontot, így a maximát a legtöbb esetben csak más normatív támpontok bevonásával

¹⁰³ STEIN: *i. m.*, 81.

¹⁰⁴ STEIN: *i. m.*, 155.

¹⁰⁵ STEIN: *i. m.*, 105.

¹⁰⁶ STEIN: *i. m.*, 105.

lehet konkretizálni, és nem lehet közvetlenül használni. Pl. Paulus egy maximája a 17. címből: „Non omne quod licet honestum est,” vagy „Nem minden tisztességes, amit szabad”.¹⁰⁷ Persze, aki épp az adott maxima kompromisszumok nélküli használatában érdekelt egy konkrét esetben, az mint kőbe vésett igazságot hirdetheti, és a vele szemben más normatív támpontról érvelőket mint a „legnemesebb jog” megsértőit minősítheti.

A maxima rendszerint egy konkrét esetre kialakított normatív támpont általánosításából ered azáltal, hogy letisztítják a konkrét esetre szabás szavaitól, és általánosan fogalmazzák meg. Például ilyen maximává válást ismer a jogtörténet a gyámok egymás közötti viszonyának szabályozásából, ahol több gyám is volt, és sok ilyen jellegű vitában felmerült, hogy melyik gyámnak milyen esetben van joga döntenie a gyámolt helyzetéről és vagyonának kérdéseiről. Erre adta ki Jusztiniánusz császár egy döntésében azt az eseti szabályt, hogy ami mindegyik gyám felügyeleti körét érinti, azt a kérdést csak mindegyik konszenzusával lehet érvényesen eldönteni. Ez került át aztán az ő Kódexéből a középkori kánonjogba olyan általános maximaként, hogy „Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari” („ami mindenkit érint, abba mindenkinek bele kell egyezni”), minden korlátozás nélkül az eredetileg adott gyámi szituációra.¹⁰⁸ A későbbiekben aztán ez a maxima fő csatakiáltássá vált az egyházon belüli hierarchiában azok számára, akik egy-egy kolostor vezetőjét a kolostor szerzeteseinek jóváhagyásával akarták a hivatalába ültetni, és még tovább általánosodva, a jogi maximák közös európai kultúrkinccsé válásával a felvilágosodás korában már a modern demokrácia egyik fő harci jelszavává válhatott ez a maxima: ami mindenkit érint, ahhoz mindenki hozzájárulása kell!

De a maximává válást mutatja a római jogi per sok bizonyítási szabályának egyetlen rövid mondatba foglalása is: „ei incumbit probatio qui dicit non qui negat”, azaz „aki valamit állít, annak kell bizonyítania, és nem annak, aki azt tagadja”.¹⁰⁹ A részletszabályok eredetileg úgy szóltak, hogy ugyan a felperesnél van az általános bizonyítási kötelezettség, de az alperes védekezésre felhozott állításait neki kell bizonyítani, és az itteni vitatott kérdések sokaságát, illetve az ezekre kialakult részletes szabályokat fejezte ki aztán az előbb említett rövid maxima. Ugyanígy említhető a maxima-

¹⁰⁷ HAMZA Gábor – KÁLLAY István (1973): *De diversis regulis iuris antiqui*. Budapest, ELTE kiadvány. 15.

¹⁰⁸ Peter STEIN (2005): *A római jog Európa történetében*. Osiris, Budapest. 70.

¹⁰⁹ STEIN: *Regulae Iuris... i. m.*, 108.

ként megformálásra – és így a teljes jogra kiterjesztésre – az öröklés vitás kérdéseire létrejött regula átalakítása, ahol eredetileg a kontextus az volt, hogy ha e körben vitás egy kérdés, és nem lehet egyértelműen eldönteni a döntés irányát a tények alapján, akkor azt az értelmezést kell választani, mely az adott örökös számára előnyösebb. Ám a *Digesta* összeállítóinak átfogó maximákra törekvése révén ez a regula már úgy megfogalmazást, hogy minden korlát nélkül, a jog bármely területén felvethető érvként: „semper in dubiis benigniora praefenda sunt”, vagyis „kétséges esetekben az előnyösebb értelmezés választandó”.¹¹⁰ Ám ez így maximaként lerövidítve nyitva hagyja, hogy ki számára is legyen előnyös az értelmezés, míg az eredeti kontextusban világos volt, hogy az örökös számára előnyös értelmezésről volt szó. Vagyis maximaként kitágítva, az általánosabb használat létrejötté egyben egy sor esetben egy bizonytalan normát ad így meg, és csak látszólagos az eligazítása.

Ez a probléma pedig folyamatosan jelen volt a középkorban újjáéledt római jog használatánál, mert a jusztiniánuszi gyűjtemény kötetének feldolgozásában az egyik kiemelt szempont volt azoknak az érveknek a gyűjtése, melyek a szövegszerű eseti leírásból kiemelhetők voltak, és az eseten túl, átfogó jogi érvként is használhatónak tűntek. Ezt nevezték *notabiliának*, és ennek egyik alfaját azon átfogó érvek összegyűjtése jelentette, melyek egymással polárisan szembenálló irányokban adtak érveket az esetek eldöntésénél. E pro és kontra érvpárokat *brocadicumoknak* vagy *brocardáknak* nevezték, és ennek veszélyeit már az 1300-as évek elején felismerte Cinus de Pistoia, mert ez a jog tetszőlegessé válását jelentette a pernyerésre törekvő ügyvédek és a konzíliumadó jogi doktorok kezében.¹¹¹

A kommentátorok korszakának 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. „Bartolus’ successor, Baldus, emphasized that a party to an action who can cite a rule in his favour

¹¹⁰ STEIN: *Regulae Iuris... i. m.*, 119.

¹¹¹ Lásd Hermann LANGE (1997): *Römisches Recht im Mittelalter*. Band I. Glossatoren. C. H. Beck Verlag, München. 142.

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”.¹¹² 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 óvatossá váltak az egyes jogelvek és maximák használata terén (látván a normatív támpontok egymást keresztező jellegét és a megannyi kivételt, melyet ezek összehétkészítésére iktattak be), addig a szellemi élet nem jogász tagjai a legnagyobb lelkesedéssel tették ezeket érvelésük és ítéletük alapjává. Különösen így volt ez az 1600-as évek második felétől a franciáktól kiindulóan (Descartes, Pascal), mikoris az absztrakt, deduktív rendszergondolkodás vált középpontivá az európai kontinensen. Mivel ez elmaradt az angoloknál és az ő szellemi kincsüket továbbvivő, korai amerikai jogi gondolkodásban, ezért eltérő módon alakultak a jog absztrahálódásának formái egyrészt az angol–amerikai jogi életben, másrészt a kontinentális Európa jogi életében.

5.2. A jogi maximák szerepe a pragmatikus angol–amerikai jogi életben

Az angoloknál leállt ugyan a közös európai joggá váló római joghoz történő csatlakozás az 1300-as évektől, de az addig átvett római jog regulái és maximái már a common law összegzőinek kitéphetetlen alapjaivá váltak. John Fortescue 1469-ben, az akkori angol common law összegzésére dialógus formájában megírt *De Laudibus Legum Angliae* című művében azt mondja tanítványának, hogy a teljes jog megismerése ugyan sok-sok évet venne igénybe, de az ennek alapjait jelentő regulák és maximák szintjén ez egy év alatt teljesíthető. „The principles furthermore, which the Commentator (Aristotle) said are effective causes, are certain universale which those learned in the laws of England and mathematicians alike call maxims.”¹¹³ Fortescue után

¹¹² STEIN: *Regulae Iuris... i. m.*, 154.

¹¹³ McQUADE: *i. m.*, 77.

Edward Coke főbíró az 1600-as évek elején már az arisztotelészi első elvek, az axiómák értelmében használta a maximák erejét, melyek az ő értelmezésében mint a jog végső alapjai már nem szorulnak bizonyításra, és szükségszerűen, kivétel nélkül mindig alkalmazandók: „A maxime is a proposition to be all men confessed and granted without prooffe, argument, or disourse. *Contra negantem principia nos est disputandum*”.¹¹⁴ Majd egy más helyen így kommentálja a maximák erejét: „Maxime, a sure foundation or ground of art is so sure and uncontrollable as that they ought not to be questioned”.¹¹⁵ Párhuzamosan Coke-kal, a nagy ellenlábasa, Erzsébet királynő attorney general (főügyész) posztját betöltő Francis Bacon az egész angol common law észszerűsítésére törekedve 1597-ben egy általános maximagyűjteményben igyekezett a jog alapvető elveit kiemelve azokat törvényerőre emeltetni, ami ha nem is járt sikerrel, de gyűjteménye hatására ezután a későbbi szerzők egyre több maximát alkotva a részletes common law minden részét általános maximák egy-egy nyalábjaként mutatták be. Richard Francis *Maxims of Equity* című műve 1727-ben jelent meg, és átkerülve az Egyesült Államokba, ott még 1823-ban is kiadták. De több szerző után a legátfogóbb Herbert Broom 1845-ös maximagyűjteménye lett, amely ötszáz maximában már a teljes angol jogot átfogta, és külön a bírói szervezetre és a bíráskodásra, külön a vagyonjogra, az öröklésre, a szerződési jogra, az alkotmányjogra, a büntetőjogra, a bizonyításra stb. a maximák tucatjait sorolta fel, és ezeket példákön bemutatva kommentálta értelmüket és kapcsolataikat. Ezek jó része a római jogból származott, és vagy a regulákhoz tartozott, vagy azokból kiemelve a glosszátorok és a kommentátorok hozták létre őket notabiliaként, illetve ezek mellett az angol jogi életben ezek mintájára alakítottak ki a részletes eseti szabályokból az átfogó jogi gondolatokat kiemelve maximákat. (Például Edward Coke is kialakított két ilyen maximát, és a nagyobb hatás kedvéért a római maximák tömör latin fogalmazási stílusát használta erre ő is.)¹¹⁶ 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

¹¹⁴ Idézi Alfred William Brian SIMPSON (1981): *The Rise and Fall of the Legal Treatise. Legal Principles and the Form of the Legal Literature. The University of Chicago Law Review*, Vol. 48. No. 3. 632–679. 644.

¹¹⁵ SIMPSON: *i. m.*, 644.

¹¹⁶ Lásd SIMPSON: *i. m.*, 636.

háttérbe szorítását lehetett elérni, addig az angol–amerikai jogi életben ezek a vitathatatlan és kivétel nélküli érvényesülésre törő normatíva szerepét kapták meg jó ideig.

Ennek azonban fokozatosan vége szakadt a common law országaiban is az 1800-as évek közepétől kezdődően. Ugyanis, ha nem is olyan kizárólagosan, mint a kontinentális Európában (élen a németekkel) vált középpontivá a korábbi topikai jellegű maximákkal szemben a feszes értelmi rendszerre törekvő jogdogmatika az egyes jogterületek szabályozásában, az angoloknál és főként az amerikaiaknál is megindult a rendszeres monográfiákban összefogott jogi feldolgozás. Az amerikai Joseph Story, aki később a legfőbb bírói fórum tagja is lett, kilenc rendszeres monográfiába fogta össze az 1800-as évek első felében a magánjog és az eljárásjogok egyes témaköreit, de rajta kívül is egy sor szerző ilyen monográfiában összegezte a jog egyes intézményeit. Ezek fényében a laza maximák – melyek a konkrét esetekben állandó keresztező hatásokhoz és ellentmondásokhoz vezettek – elvesztették elsőrendű szerepüket. Épp a korábbi sikerüket hozó, epigrammaszerű rövid megfogalmazásuk mutatkozott a modern ipari társadalmak életének bonyolult jogi vitái számára elégtelennek. Így az 1900-as évek elejére lényegében teljesen háttérbe szorultak a maximák és a jogelvi szintű támpontok a bírói ítélezésben, és inkább csak illusztrációként merültek fel ezután a jogi érvelésekben.

Ebben a helyzetben hozott fordulatot az 1960-as évek elejétől az amerikai jog középpontjába kerülő, alkotmányos alapjogokra támaszkodó alkotmánybíráskodás. Ennek megértéséhez azonban először közelebről meg kell nézni az 1700-as évektől az európai kontinensen végbemenő folyamatokat és tendenciákat a jog és a morális szféra absztrahálódása felé.

5.3. A rendszeres jogdogmatika és az emberi jogok párhuzamos kialakulása

Az 1600-as évek elején az európai szellemi élet középpontjává vált Franciaországban a középkori eseti, praktikus gondolkodási formák helyére az absztrakt elvekből induló, deduktív gondolkodás kezdett benyomulni, melyet az első alkalmazási területe miatt „geometriai gondolkodásnak” neveztek a következő évtizedekben. René Descartes a korábbi francia logikai munkák alapján nagy hatással fogalmazta meg az absztrakt első elvekből dedukcióval dolgozó rendszergondolkodás követelményeit, és a sok eset

részletei helyett a közös jegyeken nyugvó, logikai elemzés előnyeit. A közös jegyekre törekvő leírások a szükségszerűen igaz elvekre alapozva, és ezekből feszes logikai lépésrendben dedukálva, valódi igazságokat tudnak felmutatni, és ez lehetővé teszi, hogy az első biztos elveken túl is biztos igazságokhoz jussunk. Mindennek az alapja pedig a részletektől eltávolodó absztrahálás, az ezzel nyert tézisek biztos első elvekre (axiómákra) történő visszavezetése, és az így igazolt középszintű tételek aztán biztos alapot adnak arra, hogy belőlük szillogisztikus logikai módszerrel dedukálva, más területeken is rendet vigyünk a részletek kaotikus sokaságába.

Ezt az absztrahálódási folyamatot vitte tovább a jogban Samuel Pufendorf az 1660-as évektől átfogóbb fogalmakat és elveket kiemelve, ám már nem pusztán elmés, rövid maximák képében, hanem ellentmondásmentes viszonyba állítva az egyes fogalmakat, és ezzel absztrakt rendszerbe foglalva a római jog hagyományos anyagát. Nyomában a matematikus, teológus Christian Wolff az 1730-as évektől még feszesebb logikai rendben állította össze a magánjog és a jogi eljárások dogmatikai fogalmait és elveit, és az 1800-as évek elejétől ezt tetőzte be aztán Savigny, Puchta és Anselm Feuerbach tudatos tevékenysége az egyes jogági dogmatikai kategóriák rendszerének kialakításával.¹¹⁷ E fejlemények eredményeként a kontinentális Európa egyes országaiban az 1800-as években dogmatikailag rendszerezett szabályok százait tartalmazó kódexekben fektették le a jog egyes ágainak szabályozását a magánjogban, a büntetőjogban, majd az eljárásjogokban és a leszakadó új jogterületeken, mint pl. a munkajogban. A jog itt az újkori fejlődések alapján már a római jogi regulák absztraktságának szintjén vált rögzítetté (szakítva a római jog eseti konkrétságú jogával) épp azon ösztönzők hatására, melyek a késői római császárság bonyolult igazgatásának korában sem tették már lehetővé a pusztán eseti normákon felépülő jogszolgáltatást. Ám a modern kor dogmatikailag rendszerezett joganyaga az absztraktságnak olyan magasabb szintjére jutott el, mely a bírák számára már túl nagy mérlegelési szabadságot biztosított az egyes esetek eldöntésében, és ez jogbizonytalanságot hozott létre. Ezért az 1800-as évek folyamán, noha a felvilágosodás tézisei között a legnagyobb tilalmat mondták ki rá, a bírói jogalkotás is kialakult, és az absztrakt kódexjog keretei között egy folyamatosan működő, konkretizáló bírói jogrétg jött létre, mely nélkül

¹¹⁷ Lásd ezt részletesebben Hans HATTENHAUER (2000): *Grundbegriffe de Bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung*. C. H. Beck Verlag, München. Magyar nyelven: POKOL Béla (2008): *Középkori és újkori jogtudomány*. Dialóg Campus, Budapest–Pécs. 117–152.

ez a jog nem tudna kiszámíthatóan működni. A kódexek szövegrétegében és a jogdogmatikai fogalmi rétegben megtestesült, absztrahálódott jog így csak a konkretizáló bírói jogréteggel együtt tud megfelelő jogszolgáltatást adni a kontinentális Európa országaiban.

A feszes értelmi rendszert alkotó jogfogalmi dogmatika és ellentmondásmentes fogalmi apparátusa az 1800-as évektől az egész kontinentális Európában uralkodóvá vált, és a korábbi jogi maximák, brocardák, jogelvek mint rendszert nélkülöző és ellentmondásos jogi támpontok elvetésre kerültek. Ám e fejlődési folyamattal párhuzamosan az 1600-as évek elejétől egy másik folyamat is megindult, és ez egyrészt a jogon belül létrehozta a világi természetjog eszméjét, másrészt a főként jogon kívüli morálfilozófusok és más szellemi emberek által középpontba emelt emberi jogok eszméjét. Ebben a kiindulópontot a holland Hugo Grotius jelentette az 1625-ben megjelent művével, és nyomában a korábbi keresztény természetjog helyett az ésszel feltárható világi természetjog eszméje kezdett terjedni. A jogon belül ez is hozzájárult az előbb említett rendszeres jogdogmatika létrejöttéhez, de a jogon kívül az absztrakt emberi jogi katalógusok felállítása a morálfilozófusok révén egyre inkább az ideológiai, politikai harc középpontjába állította az emberi jogokat. Mint már az előbbieken látni lehetett, az absztrakt jogelvek, maximák a konkrét alkalmazásban ténylegesen egymást keresztezik az esetek nagy részében, de a nem jogász laikusok az ezekben rejlő okos jogi gondolatok lelkes híveivé váltak már az újkor kezdetétől. Az absztrakt emberi jogok ugyanígy csak egy-egy támpont megadására alkalmasak, és konkrét esetekben mindig csak egy sor egymásra tekintettel létrehozott korlátozással lehetnek megfelelőek. A feudális állapotokkal elégedetlen ideológiai, politikai harcokban azonban ezek gyűjtő jelszavakká válva igazi kényszerítő, első elvekként és abszolút igazságokként kerültek kiemelésre.

A francia felvilágosodás absztrakt racionalizmusa absztrakt elvekből dedukált ítéleteket és társadalomépítési terveket hozott létre a mindennapi szellemi harcokban, és amikor e szellemi mozgalom alapján a francia forradalom végbement, és az absztrakt elvek és emberi jogok alapján kérlelhetetlenül ítélték el az ellenségnek minősítettek, a forradalomárok absztrakt racionalizmusa jórészt a forradalmárok egymás általi kiirtásához vezetett. (Majd kísértetiesen ugyanez ismétlődött meg az ugyanilyen elvi alapokon és gondolkodási stílussal tevékenykedő orosz bolsevik forradalmárok esetében is!) Az absztrakt elveken nyugvó ítélkezés szörnyű tapasztalatai vezették aztán a francia forradalom kortárs angol gondolkodóinak egy részét arra a belátásra, hogy a pragmatikus megfontoltságot és a fennállónak mindig csak részleges változtatását részesítsék

előnyben az absztrakt racionalizmussal és annak minden hagyományt kiírtó jellegével szemben.¹¹⁸ A francia forradalmárok az 1789-es Emberi Jogok Nyilatkozatában hagyták örökül ez irányú hitüket, és míg a forradalmuk szörnyű tapasztalatai alapján aztán ezeknek a kontinentális Európában hosszú ideig nem volt hatásuk, a frissen alkotmányozó és függetlenné vált Egyesült Államokban beemelték ezeket mint alkotmánykiegészítéseket az alkotmányba. Ezek jórészt politikai szabadságjogok voltak (szólásszabadság, gyülekezési szabadság stb.), és a későbbi politikai harcokban az 1848-ban vagy még később a tervezetek szintjére eljutó európai alkotmányok egy része szintén tartalmazott már ilyeneket. Ezek azonban ekkor inkább csak feladatkitűzések voltak a törvényhozó számára, és nem eseti ítélkezés szintjén lévő jogot jelentettek. Nem változott ez az amerikaiaknál sem eleinte azáltal, hogy 1803-ban az ottani legfőbb bírói fórum úgy döntött, hogy az alkotmány alapján a szövetség és a tagállamok törvényeit az alkotmányhoz méri, és amennyiben az ott lefektetett hatásköröket túllépve hozott létre valamelyik szint törvényeket, azokat alkotmányellenesség címén nem engedi alkalmazni. Ez jelentette az alkotmánybíráskodás megjelenését a modern történelemben, de ez eleinte csak hatásköri bíráskodás volt, és a szövetségi, illetve a tagállami állami szervek egymás közti hatásköri vitáinak eldöntésére szűkölt. Ez kezdett megváltozni, amikor az 1900-as évek elejétől az alkotmányos alapjogokra és alapelvekre hivatkozva már a hatásköri vitákon túl is elkezdte a szövetségi legfőbb bírói fórum alkotmányellenesség címén megsemmisíteni a törvényeket. Ezzel az alkotmánybíráskodás nagyrészt alapjogi bíráskodássá vált, és a demokratikus akaratképzés és a kongresszusi törvényhozás konkurenciájaként is elkezdett működni.

Ez a jellegváltozás és az ebben rejlő politikai lehetőség vitte abba az irányba az amerikai nagytőkés csoportok egy részét, hogy ne a tömeges választásokon és a törvényhozási többség birtokában, törvények útján igyekezzenek domináns helyzetbe kerülni a konkurens társadalmi csoportokkal és más tőkés csoportokkal szemben, hanem az alkotmánybíráskodást végző bírói fórumokon többséget szerezve és az alkotmányos alapjogokra alapozott alkotmánybíráskodási folyamatokra támaszkodva. Ezt a politikai stratégiát az 1910-es évektől a kereskedelmi és banktőke nagy csoportjai kezdték kiépíteni, és a konzervatív amerikai többséggel szemben a különböző kisebbségek sérelmeire támaszkodva, ezeket felkarolva igyekeztek össztársadalmi dominanciát szerezni és számukra kedvező társadalmi és politikai változásokat létre-

¹¹⁸ Lásd Edmund BURKE ezt kifejtő gondolatainak elemzését. Cass R. SUNSTEIN (2006): *Burkean Minimalism. Michigan Law Review*, Vol. 105. No. 2. 353–408.

hozni, illetve a rivális termelőtöke csoportjait és társadalmi bázisukat háttérbe szorítani a társadalom irányításában. A legnagyobb bankár csoportok hozták létre az 1920-as években az American Civil Liberties Union (ACLU), és ennek segítségével eleinte a fekete kisebbség sérelmeit felkarolva szálltak síkra ezek alkotmányos jogaiért (pénzügyileg is támogatva ezek csúcsszervét, a NAACP-ot). Majd az 1950-es évek közepétől a legfőbb bírói fórumon, a Supreme Court-on többséget szerezve ennek a társadalomirányítási technikának, egymás után hozták létre a különböző emberjogi alapítványokat és alapjogi mozgalmakat. A későbbiekben a feministák, a homoszexuális, lesbikus kisebbségek követeléseit, majd a bevándorlók, a hajléktalanok, az állatvédők, mozgáskorlátozottak stb. kisebbségeit felkarolva a korábbi masszív amerikai konzervatív többséget sok kis, egymással szemben álló kisebbség halmazává alakították át, és a politika alapja a kisebbségvédelem lett, illetve az ezen keresztül álló társadalmi uralom elérése és fenntartása. „The American Fund for Public Service was created in 1922, and for a short time it supported key rights-advocacy efforts. Roger Baldwin, the Director of the ACLU, became the director of the new fund as well, and the original board of directors consisted largely of the members of the ACLU’s national committee. [...] The Fund supported a wide array of left-wing causes in the twenties and thirties and the Fund was the primary source of financial support for court battles directed by the ACLU in the twenties. [...] The stock market crash of 1929 devastated the Fund, however, and as a consequence its support for litigation dropped dramatically in the thirties.”¹¹⁹ Ennek révén a törvényhozás mellett (sőt felett) állva, az alapjogi alkotmánybíráskodás vált a főbb normatívák kialakítójává, most már nemcsak a törvények létrehozatalát kontrollálva, hanem a közvetlen alkotmányos alapjogi perlést is lehetővé téve, így az egyes vitában álló fél választhat, hogy az egyszerű törvények részletesebb szabályai alapján perel-e, vagy inkább alkotmányjogi pert indít, és alapjogi érvek mentén fogalmazza meg sérelmét. Az amerikai ügyvédi irodák ezrei álltak rá erre a perlésre az 1960-as évektől, és alakították ki a közvetlenül alapjogokra épülő perlés technikáit, és ezt a lehetőséget az alapjogi mozgalmak is jogi részlegek létrehozásával használták ki. A „cause lawyers”, a „jó ügy jogászaik” egy-egy kisebbségi mozgalom jogászrészlegeit jelentik, akik a mozgalom politikai céljait a bírói tárgyalótermekben az alkotmányos alapjogok felhasználásával harcolják ki, ezeket precedensteremtésre használva fel.¹²⁰ Ezek a fejlemények az 1960-as évek második felétől új jogelméleti irányza-

¹¹⁹ EPP: *i. m.*, 58.

¹²⁰ Lásd SCHEINGOLD: *The Struggle... i. m.*

tokat hoztak létre, melyek a jogdogmatikai kategóriák mellett/helyett ismét a jogi maximák, jogelvek rehabilitálását hozták létre az amerikai jogi életben, és az alapjogi érvelések szükségszerűen eleve csak lazább érvei mellett a jog központi részeivé váltak ezek is.

5.4. A jogelvek és jogi maximák rehabilitálása: Dworkin fellépése

Az előbb vázolt alapjogi forralom az Egyesült Államokban a korábbi, dogmatikailag rendszerezettebb, törvényeken és precedenseken nyugvó jogszolgáltatás helyett az absztrakt jogi támpontokat adó alapjogokból levezetett lazább és politikai értékválasztásokon nyugvó alkotmányjogi perek tömegessé válásához vezetett, és ezekben az időközben diszkreditálódott maximák és jogelvek ismét erősebben megjelentek. Egy-egy eset eldöntésénél ugyanis a legfőbb bírók a laza alapjogi támpontokból nem tudnak egész jogterületeket ellentmondásmentesen lefedő, logikai tisztaságú jogfogalmakat kialakítani. A banktőkés köröknek a szellemi szférában és a médiában levő óriási háttere – neogramsciánusan szólva: organikus értelmisége – azonban széles szellemi, művészeti támogatást és ennek közvéleménybeli elterjesztését biztosította számukra. Az egész úgy lett beállítva, mint az „ember jogaiért” való harc az önző politikusok törvényeivel szemben. Ez a fejlemény a jogi maximákban és a jogelvekben való gondolkodást ismét nagy mértékben rehabilitálta az amerikai szellemi életben, és ekkor lépett fel – mintegy a már végbement folyamat teoretikus összefoglalásaként – Ronald Dworkin az 1960-as évek második felében, aki a szabályokkal szemben a jog magasabb rendű rétegeként fogta fel a jogelveket.

Dworkin az angol H. L. A. Hart, oxfordi professzor jogfelfogása ellen lépett fel, aki 1960-ban a nagyjából konszenzussal rendelkező jogfelfogásnak adott hangot a szabályokból álló modern jogról.¹²¹ Dworkin ezzel szemben emelte ki, hogy ez a jog beszűkítését jelenti, hiszen a szabályszerű jogi rendelkezések felett ott vannak még a common law íratlan jogelvei, és ezek az ütköző szabályszerű rendelkezéseket háttérbe szorítva hatnak a bírói ítélezésben. Dworkin tanulmányából nyilvánvaló, hogy az e kérdésben lezajlott hatszáz éves fejlődés és a változások minden ismerete nélkül vetette

¹²¹ Lásd magyar nyelvű fordítását: H. L. A. HART: *A jog fogalma*. Ford. TAKÁCS Péter. Osiris, Budapest. 994.

fel ezt a kérdést, és a példát egy 1897-es amerikai felsőbbíróági ítéletből vette, ahol egy öröklési kérdést – a végrendeleti örökös meggyilkolta az örökhatárt az öröklés gyors megszerzése érdekében – a bíróság egy átfogó jogi maximára alapozva döntött el, megfosztva a gyilkos örökösét az örökléstől, mely ítélet így másképpen szólt, mintha csak a szabályszerű öröklési jogi normákat vette volna figyelembe. E példa alapján Dworkin átfogó tézise aztán úgy szólt, hogy a jog a szabályszerű joganyag mellett a jogelvi szintű joganyagot is tartalmazza, és ütközés esetén a jogelvi szintje a felsőbb, az tudja háttérbe a szabályokat.¹²² Ez pontosan az, amit Coke főbíráról kezdve az angolok, majd az amerikaiak is vallottak – szemben a kontinentális Európa jogaiban való szerényebb jogelvi szereppel –, és ez szorult a háttérbe Dworkin előtt kb. száz évvel, ám egy-egy amerikai felsőbbíróági döntésben azért még lehetett találni ilyen jogi érvelést és ítéletozatalat, mint ahogy kivételképpen Dworkin talált is 1897-ben, de tulajdonképpen előtte ötven évvel Benjamin Cardozo, aki könyvében a jogelvi szerepét épp erre az ítéletre alapozva vette be a jogba.¹²³ Ezek háttérbe kerülése azonban a feszebb jog megteremtéséért történt, és a jogdogmatikai fogalmak mellett ezek a jogelvi és maximák csak érvelési segédeszközként jöhettek számba. Dworkin ezt a háttérbe tolt szerepet változtatta meg fő elméleti téziseként.

A németeknél a jogi maximák hasonló rehabilitálásának kísérlete 1952-ben, Theodor Viehwegnek a topika és a topikai maximák középpontba emelésével történt, a túlzottan merevnek ítélt jogdogmatikával szemben. De az alapos megvitatás után ez csak úgy hatott a német és innen kisugározva a többi kontinentális ország jogi gondolkodásában, hogy a jogfejlés első fokozatában van csak helyük a topikai maximáknak, és a második lépésben az így kialakított normákat úgy kell beilleszteni a jogdogmatikába, hogy az adott jogterület fogalmi rendszerének kell a középpontban állnia. Így a jogi maximák ebben a felfogásban megmaradtak a jogdogmatikának és a szabálypontosságú jogi rendelkezéseknek alárendelt állapotban – úgy ahogy hatszáz éve Bartolus eldöntötte e kérdést. Persze a jogi maximák a kontinentális Európában is több-kevesebb fokban áthagyományozásra kerülnek az utóbbi jogászgenerációk között is egy szűkebb körben, de ezek inkább a „szakma” presztízsének fenntartásaként, mintsem a szabályokkal

¹²² Ronald DWORKIN (1977): *Is the Law the System of Rules?* In Ronald DWORKIN: *The Philosophy of Law*. London, Oxford University Press. 65–89.

¹²³ Lásd Benjamin CARDOZO (1921): *The Nature of Juridical Process*. New Haven, Yale University Press.

szembeni jogpolitikai harcok eszközeként jelennek meg. Például a már említett német Detlef Liebs 1983-as könyvében német fordítással együtt 1640 latin nyelvű jogi maximát adott közre, melyek egy részét a képzetesebb német jogászok néha még ma is használják.¹²⁴ Látni kell azonban, hogy a jogi maximák az alapjogok erőteljes nyomulása révén, a jogon túli erőviszonyokat tekintve, óriási támasztékot kapnak az utóbbi évtizedekben Európában is. Ez hasonló ahhoz, ahogy az 1960-as évektől kezdődően Amerikában előtérbe kerültek az alapjogok, és a társadalomvezetés a kongresszusi törvényekről áthelyeződött a legfőbb bírói fórum alkotmánybíráskodási döntéseire a társadalmi, politikai erőviszonyok egy bizonyos konstellációja révén. Az átfogó politikai, hatalmi változások nyomán az emberi jogok eszméje és a természetjog gondolata hatalmi céltalattal kapott erőteljes támogatást itt, és eleinte az Egyesült Államokban, majd az itteni domináns politikai erők nyomására az európai országokban is ezek váltak a jog meghatározásának fő részévé. A II. világháború után a győztes amerikai csapatok ellenőrzése mellett végrehajtott alkotmányozás a németeknél, az olaszoknál és az osztrákoknál beemelte az alkotmánybíráskodás intézményét, és az emberi jogok katalógusát az alkotmányba foglalva konkrét jogalkalmazási szintre vitték le ezeket. Igaz, hogy a jognak ez az „alkotmányjogiasítása” a német, az osztrák és az olasz jogi kultúra beivódása miatt nem igazán érte el azt a hatást, amit otthon az USA-ban ez véghezvitt, de ez a folyamat tovább folytatódott a szovjet hatalmi blokk Amerika általi felbomlasztása után az 1990-es években. Itt is széles hatáskörű alkotmánybíráóságokat hozott létre, és itt már nincs olyan ellenálló jogi gondolkodás a szabályszerű jog és a jogdogmatika védelmében, mely kellőképpen megszelídítené a jog alkotmányjogiasítását. Emellett Európa egészének szintjén is olyan szervezeteket alakítottak ki, illetve erősítettek fel az 1990-es évektől, melyek az egyes országok belső jogi és politikai rendszerei felett az emberi jogokat központi ellenőrzési eszközzé formálva használják. Így az Európa Tanács és a strasbourgi Emberi Jogi Bíróság említhető erre, és ezeken keresztül az egyes államok belső joga ellenőrizhetővé és felülbíráhatóvá válik. Jürgen Habermas ugyan az emberi jogok védelmének nevében végrehajtott amerikai vezetésű katonai csapásokat és megszállásokat nevezte 2001-ben „emberjogi imperializmusnak”, de ez az általunk most kiemelt globális ellenőrzési módszer is említhető erre példaként.

¹²⁴ LIEBS: *i. m.*

Ennek hatására a jogdogmatika háttérbetolása figyelhető meg a jognak több területén, és a konkrét magánjogi, büntetőjogi és perjogi szabályokat az alkotmányos alapjoggá formált emberi jogok és természetjogi elvek fényében lehet felülbírálni. A gond azonban ezekkel az emberi jogokkal és jogelvekkel abban áll, hogy ezek ugyan átfogó civilizációs értékeket jelentenek, de konkrét szinten egy-egy eset elbírálásánál kibékíthetetlenül szemben állnak egymással. Érdeemes erre a problémára hosszabban idézni a skót Neil MacCormickot: „Why not just let the principles and values do their work without the seemingly useless interposition of rules at all? [...] Why tie ourselves down with these detailed and complex rules and statutory provisions behind which we always have to make recourse to the underlying principles and values to sort out our ever-recurrent problems of interpretation [...] So reliance on raw values and principles would have two defects [...] A determination or concretization of a principle for a specific class of case is not a deduction from it, nor a discovery of some implicit meaning; it is the act of setting a more concrete and categorical requirement in the spirit of the principle, and guided both by a sense of what is practically realizable (or enforceable), and by a recognition of the risk of conflict with other principles or values, themselves concretized through other determinations. Neither line-drawing between duty and aspiration, nor achieving some standing balance or reconciliation of potentially conflicting values or principles is possible without some recourse to determination.”¹²⁵ Vagyis a modern jogrendszerek dogmatikailag rendszerezett és a rendező elvek között korlátokat és kompromisszumokat beiktató szabályai hordozzák az alapvető értékeket és jogelveket is, ám épp ezek ellentmondásainak megszüntetése kapcsán kaptak ilyen tartalmat. Így ha lehetővé tesszük, hogy e szabályok fölött közvetlenül az alapjogokhoz és a jogelvekhez lehessen fellebbezni – és nemcsak e szabályok értelmezésére használhatók ezek, amennyiben nyitottságokat hagytak és valamilyen irányba értelmezéssel elvihető értelmük, hanem félre is lehet tolni a szabályokat ezekre támaszkodva –, akkor tulajdonképpen az eltüntetett ellentmondásokat ismét behozzuk a bíró normatív támpontjai közé. A bíró ekkor valamelyik vonatkozó alapjogot és jogelvet részesíti majd előnyben, és más alapjogokat és jogelveket kénytelen lesz háttérbe tolni vagy (nem is érintve ezeket) háttérben hagyni. Mire a vesztes fél ügyvédje – ha jól végzi a feladatát, és fel van készülve

¹²⁵ Neil MacCORMICK (1990): Reconstruction after Deconstruction. A Response to CLS. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 10. No. 4. 539–558. 547–548.

a pernyeréshez rendelkezésre álló, teljes alapjogi anyagból – fellebbezni fog, és a háttérben hagyott alapjogokra és jogelvekre támaszkodva kéri a felsőbbírást az ellenkező irányú ítélet meghozatalára. Vagyis a jog menthetetlenül nyitottá és eldönthetlenné válik az egyes esetekben.

Az amerikai Frederick Schauer más szempontból kérdőjelezi meg a szabályok és jogelvek/standardok szétválasztását önálló szintekre. Elemzése szerint, ha a jogalkotó egy területen az absztraktabb standardok szintjén történő szabályozást választja, és – kerülve a területen belüli, szűkebb esetcsoportokra pontosabb szabályok megadását – csak absztrakt támpontokat ad meg a bírának az eléjük tárt esetek megítéléséhez, akkor a bírói gyakorlat spontán módon elkezd az elveket/standardokat pontosabb szabályokkal kitölteni egy-egy szűkebb esetcsoport vonatkozásában. Ezzel szemben, ha a jogalkotó egy területen éppen fordítottnak, bármilyen absztrakt, normatív támpont megadását kerüli, és minden szűkebb esetcsoportra pontosabb szabályokat megadva dönt el minden kérdést, akkor a bírói gyakorlat a sok-sok felmerülő eset kapcsán elkezd az absztraktabb normatív támpontokat kiemelni a részletes szabályokból, és egy idő után a szabályanyag felett egy absztrakt standard/jogelv szintű normaanyag is segíti az esetek megítélését. Vagyis a modern körülmények bonyolult viszonyai között a bírák az eseti ítélezésben együtt veszik figyelembe a konkrét szabályanyagot és a jogelveket, és ha a jogalkotó csak az egyiket hozza létre, akkor a bírák az ítélezési gyakorlatukban maguk alakítják ki a másikat. „I want to suggest that the choice between the rules and standards, between specific and vague directives, may not make nearly as much of a difference as is ordinarily assumed. And this is not because there is no difference between rules and standards. There is a difference, but is also reason to believe that the adaptive behaviour of rule-interpreters and rule-enforcers will push rules towards standards, and push standards towards rules.”¹²⁶ A Ronald Dworkin által átfogó szinten létrehozott hamis dualitás a szabályok és a jogelvek között és a szabályok a jogelvekkel való überelése csak elméleti alapot adott arra, amit az amerikai „alapjogi forradalom” az 1960-as években már megvalósított az Egyesült Államokban. Miközben a szabályok ténylegesen az ellentmondó alapjogok és jogelvek kompromisszumokkal konkretizált formáit jelentik, addig Dworkin mint két, egymástól független normaanyagot fogalmazta meg a szabályok szintjét és a jogelvek szintjét, és azt, hogy ha elégedetlenek vagyunk

¹²⁶ Frederick SCHAUER (2003) The Convergence of Rules and Standards. *New Zealand Law Review*, No. 3. 303–328.

a szabály szintű normával, akkor ezt überelhetjük a „nemesebb” jogelvekkel. Ebben a teoretikus formában aztán jobban exportálhatóvá vált az amerikai alapjogi forradalom, és különösen a volt szovjet blokk közép-európai országaiban hatott a jogi gondolkodásra az 1990-es évektől. Ez azonban, mint láttuk, egy elméleti tevédeést tartalmaz. Hatása inkább abban áll, hogy azok a társadalmi csoportok, melyek elégedetlenek a meglévő jog egyes részeivel, erre a jogi ideológiára alapozva, a konkrét jogszabályokkal szemben fel tudnak lépni, és a „nemesebb” jogelvekre és alapjogokra támaszkodva más jogi normaanyagot kívánnak létrehozni.

Ráadásul az alkotmánybíráskodás középpontba kerülésével és az alapjogoknak a jog központi részévé válásával megindult a jog egy sor részének „alapjogiasítása” is. Az alapjogok katalógusa a felvilágosodás idején még csak a politikai szabadságjogokat jelentette, majd az 1800-as évek végétől ezekhez jöttek a gazdasági és szociális jogok, majd az 1970-es évektől a kulturális és információs alapjogok, és azóta nincs megállás. Ugyanis a jog bármely része megfogalmazható alapjogi formában is, pl. a környezetvédelem fontos ügye sok-sok ezer környezetvédelmi szabály kialakítását követeli meg, és ezek kialakítása a sok eltérően érintett érdek között, illetve ugyanígy a sok felmerülő értekszempon között egy politikai demokráciában a politikai viták és kompromisszumok ezreit hozza létre. Ám ennek a demokratikus útnak egy alternatíváját jelenti, ha az egész környezetvédelmi jogot az „egészséges környezethez való” alkotmányos alapjogként definiálják, és ha ez sikerül, akkor csak a néhány fős alkotmánybíróságot kell olyan irányba tolni a szellemi és médiaszféra organikus értelmiségének erre specializálódott osztagaira támaszkodva, hogy a környezeti kérdések egyes területein az alapjog részleteit a domináns csoport számára megfelelő tesztekkel és mércékkel pontosítsa. A végeredmény így is egy, a tesztek és mércék százait tartalmazó normatív anyag lesz az átfogó alapjog háttérben, *de ezt nem parlamenti törvények rendelkezéseinek száza, hanem alapjogi ítélezések alakították ki*. Ebben a demokráciához képest alternatív jogalakításban és társadalomirányításban az a társadalmi csoport és ezek tőkés vezetői körei lesznek érdekelték, akik a szellemi és médiaszférát erősebben az ellenőrzésük alatt tartják, ám nem bíznak a sok millió állampolgár választásokon való ellenőrzésében és így voksaikban sem.

Végül is tehát az „alapjogi forradalom” az egyes országok jogrendszerén belül úgy fogható fel, mint egy jogváltoztatási technika, mely a jogdogmatikai kategóriák fényében kialakított jogszabályokkal és az ezeket kezelő professzionális jogászsággal szemben egy rajtuk kívüli morálfilozó-

fusi csoport és a médiaelit által támogatott, új joganyagot kíván bevezetni. Az alapjogok alkotmánybíróági döntéseinek száza és ezrei egy idő után az absztrakt alapjogok köré mércéket és tesztek építenek ki, és egy-egy esetcsoportra hol az egyik, hol a másik alapjogot és jogelvet előtérbe tolva konkretizálják ezeket. Mindezek révén néhány évtized alatt éppúgy egy konkrét jogi szabályanyag jön létre, mint ahogy az korábban is volt, csak éppen a jogdogmatikai kategóriák helyett a rendező elvek az alapjogok és ezek tesztjei, illetve mércéi lesznek. Ha azonban egy társadalmi csoport elégedetlen lesz ezekkel, akkor visszanyúl az alapjogokhoz és alkotmányos jogelvekhez a maguk absztraktságában, és nekilát felborítani ezeket a tesztek és mércéket, és ezek helyett újakat kialakítva, számára kedvezőbb konkrét szabályanyagot fog megteremteni. Vagyis az absztrakt és ellentmondásos alapjogok és jogelvek önmagukban alkalmatlanok a tartós jogszolgáltatásra, és ha túllépünk azon, hogy a kompromisszumaikat tartalmazó szabályok értelmezésére használjuk fel ezeket, és a szabályok félretolását kezdjük el rajtuk keresztül művelni, akkor csak egy újabb, jogon keresztül végrehajtott forradalmat kezdünk el.

6. A perlési politizálás

Az európai jogrendszerekben a politikai demokratizálódás után – így a kontinens nyugatibb részein a XIX. század második felétől, a keletibb részekben az 1989-es politikai változások nyomán újra megteremtve – kialakuló folyamatos politikai küzdelmek és a döntési alternatívák versengése a parlamentben és körülötte szerveződik meg. A politikai törekvések állami döntéssé, így például törvénnyé, kormányrendeletté válása jelenti a fő útvonalat a politikai küzdelmek kiharcolt eredményeinek, kompromisszumainak joggá válásához. A jog és a politika különböző logikáját ekkor egy *köztes jogpolitikai szféra* transzformálja, és többszörös transzformációval közelíti egymáshoz. Ezen az úton a két alrendszer eltérő logikája – a jogos/jogtalan szemléletmód a jogban és a kormányra jutni/vagy ellenzékbe menni értékelési duál a politika logikájaként – többé-kevésbé épen marad, és a politika mégis át tudja vinni az empirikus népakarat többségi prioritásait a jogba, a törvények tartalmába.

Mint láttuk az előzőekben, a köztes jogpolitikai szféra a jog és a politika elkülönült alrendszerei között egyrészt a jogi alrendszer oldalára telepszik (jogászegyesületek és más szakmai, politikai szerveződések formájában), és ezek már nem a jogdogmatikai modellek kidolgozásának, hanem az ezek közötti választásoknak a fórumai, az egyes de lege ferenda szabályozási modellek közötti választásnál döntően már a társadalmi következményekre, és nem pusztán a jogdogmatikai ellentmondásmentesség technikai szempontjaira figyelve. Másrészt a politikai rendszer oldalán is kiépülnek jogpolitikai intézmények az egyes pártok jogpolitikusaiknak részlegeiként, például a parlamenti pártfrakciók jogi munkacsoportjai, pártfőiskolák jogi részlegei, rendezvényei sorolhatók ide. A jogpolitikának ez a kettős felépítése két lépcsőben transzformálja a jog belsejéből származó szabályozási modelleket, és a parlamenti többséggel bírót törvényi rendelkezéssé változtatja. A jogpolitikának ez a szerveződése mindenhol kimutatható, ahol többpártrendszer és parlamenti törvényhozás áll a politikai rendszer, illetve a jogi rendszer középpontjában. A nyugat-európai országokban és az 1989-es politikai változások után a közép-kelet-európai országokban a jog és a politika kapcsolódása számára ez a jogpolitikai modell jelenti a fő útvonalat.

Emellett azonban a jog és a politika összekapcsolódásának egy másik modellje is megfigyelhető, amely a *bírósági perekon keresztül igyekszik átvinni a politikai célokat a jogba*. Ez az Egyesült Államokban kezdett kialakulni az 1960-as évek elejétől, ahol jó másfél évtizedig dominálóná válni is látszott, de az 1970-es évektől sok szempontból visszaszorult. Az amerikai szellemi, politikai hatások révén azonban bizonyos fókig megjelent ez azóta egyes nyugat-európai országokban is, az otthoni visszaszorulás ellenére, és különösen az új közép-európai demokráciákban talál ma fogékonyságra egyes jogáskörökben. Erre az útra épültek ki az Egyesült Államokban a *perlési politizálás intézményei*, és ahol ez az összekapcsolódás a jog és a politika között kiépül, ott megjelennek ezek az intézmények is.

6.1. A perlési politizálás kialakulása

Ahol politikai demokrácia létezik, amelyben alternatív politikai törekvések és érdekek nyíltan megjelenhetnek, ott a jog meghatározásának helyein nagy valószínűséggel megjelennek a szembenálló politikai erők is. Így ahol a jogrendszeren belül a felsőbbírósági precedenseknek nagy szerepük van a jog meghatározásában, ott érthető módon megindul az egyes politikai csoportok nyomulása ezek befolyásolása felé, hisz egy-egy ilyen precedens a későbbiekben sok ezer érintett számára jogként határozza majd meg a cselekvési lehetőségeket. Az azonban, hogy ez a nyomulás a bírói döntés felé miként történik meg, egy sor strukturális körülmény által meghatározott. Ezek megértésére érdemesnek tűnik a két legfőbb common law országot, Angliát és az Egyesült Államokat összehasonlítani, ahol a bírói precedensjog hagyományosan nagy szerepet tölt be, mivel e két országban a kiindulópont közössége ellenére a legeltérőbben alakult a bírói perlésen keresztüli politizálás helyzete.

Angliában a jogászság és főként a jog meghatározásában mérvadó barrister ügyvédi réteg és a belőlük kinövő bírói kar belsőleg homogén maradt politikailag mindvégig, lényegében a status quo-ban érdekelt felső rétegek értékein alapulva. Itt politikai változtatást a fennálló intézményekhez és megoldásokhoz képest döntően csak a parlamenti pártok harcai tudnak megvalósítani. Ehhez a helyzethez az is hozzájárult, hogy az egyetemi jogászképzés után a barrister-bírói karrier mechanizmusai a fennálló intézményekkel való azonosulás alapján választják ki a karriervonalban feljebb lépőket. A barristerek bekerülése a „Queen’s counsellor-ok”, a királynői ügyvédi tanácsosok körébe a mindenkori lordkancellár javaslata alapján

történik, és a felsőbbíróságokba innen kerülnek ki a kinevezettek, de ez mindig csak az eggyel alsóbb szintű bírák közül lehetséges, így többszörös szűrőn mennek át éveken keresztül azok a bírák, akik a Lordok Házának bírái közé bekerülnek. Ez a karriervonal kizárja, hogy aktivista mozgalmárjogász attitűdökkel rendelkező jogász egy kicsit is jelentős szerephez juthasson az angol jog meghatározásában. Ezzel szemben az Egyesült Államokban a jogászképzés súlypontja az 1900-as évek elejétől egyre inkább az egyetemekre tevődött át, és az egyetemek kinyitása a legszélesebb rétegek számára az 1960-as, 1970-es évekre a jogászság utánpótlását a teljes társadalmi skálán szétterítette. Azóta az amerikai jogászság éppúgy áll marxizmuson és leninizmuson nevelődött fekete aktivistákból, mint harcos feministákból, homoszexuális, leszbikus csoportok jogászaktivistáiból stb. és az ezek ellenhatásaként szerveződött harcos, konzervatív jogász aktivistákból. Ez a belső politikai tábormegoszlás gyökeret vert az egyetemi karokon eltérő jogkonceptiók mentén tevékenykedő tanszéki professzori stábok formájában, és ugyanígy a bírói karba is neves feminista aktivistákat, fekete polgárjogi aktivista jogászokat, illetve velük szembenálló harcos konzervatív bírakat neveznek ki – attól függően, hogy a konzervatívabb republikánusok vagy a liberális irányba húzó demokraták adják az Egyesült Államok elnökét, és vele az igazságügyi adminisztrációt.

A jogászi professzió e két szembenálló szerveződése eltérő esélyt adott a perlési politizálás kialakulásának. Míg Angliában ez elzárta a perlési politizálás elől az utat, és ehelyett a parlamenti törvényeken keresztül igyekeznek a politikai erők véghez vinni a számukra fontos változtatásokat, addig az Egyesült Államokban a politikailag heterogénná vált jogászság belső csoportjai és ezek szétterülése a jogászprofesszori és bírói posztok nagy részén jó előfeltételt jelentettek ehhez.

A politikailag belső táborokra oszlott jogászság önmagában azonban nem tudta volna létrehozni a perlési politizálást. Ehhez a másik fejleményt az „alapjogi forradalom” adta, amely az Egyesült Államokban azután indult meg, hogy Earl Warren 1953-ban kinevezték a szövetségi Legfelsőbb Bíróság főbírójává. Korábban is voltak jelek arra, hogy a törvények rendelkezései helyett az alkotmányos alapjogok mentén döntsenek a legfőbb bírák, de Warren kinevezése után fokozatosan egy olyan többség alakult ki itt, akik a társadalmi változtatások alapjogokra épített perlése útján látták elérhetőnek az Egyesült Államok társadalmának átalakítását. Egy sor politikai törekvés ugyanis nem tudott keresztülmenni a kongresszusi és a tagállami törvényhozásokon, mert csak kisebb társadalmi csoportok támogatták,

és a társadalom nagy többsége szemben állt velük. Ebben a helyzetben vált Warren főbíróvá, és miután az aktivista bíraskodásnak ellenálló Felix Frankfurter 1962-ben kivált a legfőbb bírói főruból, akadálytalanul fejlődhetett ki az „alapjogi forradalom”, az alkotmányos alapjogokra épített, perléssel történő társadalmi változtatás irányzata.

Ehhez persze döntő fontosságú volt, hogy az 1960-as években a demokráciák adták az Egyesült Államok elnökét – az első években a később meggyilkolt Kennedy elnököt, majd Lyndon Johnstont –, akik a leglelkesebben támogatták szövetségi bírói kinevezéseikben az alapjogi forradalom híveinek számító jogászprofesszorokat, jogászaktivistákat. Az így kinevezett szövetségi bírák pedig – a Legfelsőbb Bíróság támogató precedensei nyomán – egyre szélesebben fogadtak el perlést az alapjogokra alapozva, félreszorítva ezzel mind a kongresszusi törvényeket, mind a tagállami törvényeket a tagállami bíróságokkal együtt. Az ügyvédek, a polgárok egyre inkább „alapjog-tudatosak” váltak, és a támogató szövetségi bírói kar ösztönzéseit felvéve egyre nagyobb számban inkább alapjogokra építették pereiket, kerülve az egyszerű törvényi rendelkezésekre alapított keresetleveleket.

E fejleményt a legnagyobb mértékben támogatták a mérvadó napilapok és a média nagy része, és mindez fokozatosan az egyetemi életben, illetve a tágabb értelemben vett szellemi életben is egyre szélesebben kiépítette az alapjogi jogszolgáltatás számára a kedvező légkört. (A '60-as és '70-es években készült amerikai filmek visszatérő kedvenc jelenete volt a perben álló, egyszerű fekete munkásasszony, aki például takarítónőként, titkárnő dolgozik, s felnézve a bíróság épületének homlokzatára és elolvassa az oda-véssett alkotmányszöveget, egyszerre csak ráébred, hogy neki alapjogai vannak, és a tárgyalóteremben egyszerű szavakkal elmondva ezt, a szócsavaró jogászokat a szégyenbe kergeti.) A kedvező médiabázison és szellemi légkörben aztán először a fekete polgárjogi mozgalmak, majd az 1970-es években a feminista mozgalmak, végül az 1980-as években a homoszexuális, leszbikus mozgalmak építették ki intézményeiket. E három alapjogi mozgalom – amely a legtöbbször szövetséget kötve uralni tudott és tud egy sor amerikai egyetemet és kulturális intézményt az 1980-as évektől kezdve – aztán mintát adott a legkülönbözőbb törekvések mozgalmainak a perlési politizálásra. A bevándorlók, környezetvédők, hajléktalanok, állatvédők mozgalmak már mind az így kidolgozott perlési stratégiával igyekeztek elérni politikai céljaikat.

A törvényhozáson, pártokon, parlamenti lobbizáson alapuló politikai akaratképzés mellett mindez egy „második politikai rendszert” hozott létre

az Egyesült Államokban az 1960-as évektől kezdve, és ez az alkotmányos alapjogokra épülve, a bírói perlés útján keresztül vezet. Ez a fejlődési tendencia ugyan az 1970-es évek közepétől egyre inkább megtört, és az 1980-as évek republikánus elnökei (Reagan, Bush) alatt alaposan visszaszorult, de a perlési politizálásnak még ma is jelentős hadállásai vannak.

6.2. A perlési politizálás jogi keretei

A politikailag belső táborokra bomlott jogászság csak akkor tudja a bírói pert felhasználni a politikai küzdelmek megvívására, ha néhány anyagi jogi és eljárásjogi szabályt úgy alakítanak – vagy értelmeznek – át, hogy az egyedi perlő felek helyett/mellett átfogó társadalmi csoportok is megjelenhetnek a perben, és ezek az egyszerű törvényi rendelkezések helyett az absztrakt és így politikailag könnyen hajlítható alapjogok mentén is perelhetnek. Az alapjogi vetületről már volt szó, így nézzük most azokat az eljárásjogi szabályokat, melyek ezt a fordulatot segítik.

Az egyiket a „standing”, a perindítási, illetve perbe avatkozási jog tágítása jelenti. Ezek révén nemcsak az ügyben konkrétan és személyesen érintett kap ilyen jogosítványokat, hanem a lazább érintettség is elég hozzá. Ez a tágítás megtörtént az Egyesült Államokban az 1960-as évek elején, és volt bírósági döntés, aki már azon az alapon is elfogadta a perlő fél érdekeltségét, hogy mint adófizető állampolgár csak érintett valahogy egy átfogóbb kihatású ügyben. Egy további eljárási tágítás volt a csoportos perlés, a „class action” lehetőségének tágítása, amikor akár többes résztvevői kör, és ezek egyesületeinek jogászai is részt vehettek a perben, például egy gyártó cég termékének károsító hatása miatt indult kártérítési perben vagy egy hatóság rendelkezése ellen fellépő, közös perlés esetén. Ennek egy másik formája a „közérdekű perlés”, vagy más néven „közjogi perlés”, mely szintén az 1960-as években alakult ki, és ennek lényege az, hogy ha átfogó jogkérdés vagy ténykérdés szerepel a perben, akkor mindazok beszállhatnak az ilyen perbe, akik valamiképpen érintve vannak e kérdésben. A perlési politizálásra szakosodott mozgalmi jogászok pedig gondoskodnak arról, hogy ne egyszerű törvényi rendelkezés és ennek szűk jogkérdése álljon a per középpontjában, hanem átfogó alapjogi kérdések.

Végül fontos jogi támogatást jelentett az is a perlési politizálás kialakulásához, hogy az 1960-as évektől az ezt támogató elnöki adminisztrációk nyomására olyan szövetségi törvényeket fogadtak el, melyek a perköltség

állami átvállalását tették lehetővé, ha az alapjogi perben a felperes pernyertes lett, és a per végéig engedélyezték a perköltség fizetésének elhalasztását.

Mindezek perjogi szinten is megalapozták a perlési politizálás akadálytalan kibomlását az Egyesült Államokban.

6.3. A perlési politizálás szerveződése

A perlési politizálás szervezeti bázisát nonprofit, „közérdekű” ügyvédi irodák, emberjogi intézmények, illetve különböző mozgalmak, egyesületek jogászai részlegei adják. Ezek tömeges léte egy országban előfeltétel ahhoz, hogy a hagyományos perlés mellett komolyabb szintre tudjon fejlődni ez a fajta perlés. Ezek hiányában hiába válik esetleg a felsőbbírói kar fogékonnyá a perlési politizálásra, és döntéseivel hiába igyekszik ösztönözni markáns változtatásokra a társadalom egyes szektorait, a tömeges perlés elmarad, és tartós hatás nélkül hamar elakad az egész perlési politizálás. Például az indiai legfőbb bírói fórum az 1970-es évek végén amerikai mintára elkezdett egy társadalomalakító, aktivista ítélkezést, de ilyen okok miatt ez hatás nélkül elhalt egy idő után.¹²⁷

Nem így az Egyesült Államokban. Itt már az 1900-as évek elején megindult ennek szerveződése, noha ekkor még a bírói kar a legkeményebben ellenállt az alapjogi csábításnak, és szilárd, konzervatív szöveghűség jellemezte törvényhez ragaszkodásukat. Amikor nagy ritkán az alapjogok mentén felléptek egy-egy törvénnyel szemben, akkor is inkább a fennálló állapotokat, erőviszonyokat őrző politikai erők érdekében tették, például az 1905-ös Lochner-ügyben, amely a konzervatív aktivizmus szimbólumává vált ezután évtizedekre. Mindezek ellenére az Egyesült Államokban már az 1920-s évek elején megalakult az első nagy alapjogi szervezet, az ACLU (American Civil Liberties Union), majd a feketék egyenjogúságáért harcoló NAACP (National Association for the Advancement of Colored People) és még egy sor további alapjogi szervezet. A legfontosabb ezek közül kezdettől fogva (és ma is) az ACLU, melyet alapításától kezdve a változásokban érdekelt amerikai pénzügyi körök támogattak anyagilag, és ez a szervezet volt kezdetben a többi hasonló szervezet létrehozásának kovásza, ezek szervezésébe és finanszírozásába is beszállva.¹²⁸

¹²⁷ Lásd EPP: *i. m.*, 90–110.

¹²⁸ Lásd EPP: *i. m.*, 27–49.

E szervezetek nélkül elképzelhetetlen lett volna az alapjogi fordulat beindítása, hisz az egyéni perlő fél anyagi eszközeit messze meghaladja az a perköltség, melyet a hosszú, több fokozatú perlés jelent. Így az ACLU, majd a segítségével életre hívott, többi alapjogi szervezet pénzügyi támogatása tudta csak biztosítani, hogy az egyszerű perlést kiterjesszék alkotmányos alapjogokra hivatkozó perlésre. Nélkülözhetetlen volt az alapjogi szervezetek jelenléte a pernél azért is, mert a hagyományos ügyvédi tudás és módszerek mellett nem lett volna esély a morálfilozófiai, szociológiai és egyéb ismereteket felvonultató alapjogi érvelésre. Ezt csak az erre szakosodott szervezetek jogászai tudták kidolgozni.

E kezdetek után az 1930-as évek végére, amikor a New Deallel szembenálló, konzervatív bírákat megtörve lassan átfordították a legfőbb bírói fórum többségét a „progresszív” fordulatot támogató irányba, fokozatosan terjedni kezdett a szövetségi bírói kar csúcsain az „alapjogokból progresszív irányba fordítani a társadalmat!”-hangulat a konzervatív törvényhozási többséggel szemben. Ez már majdnem végbe is ment 1947-re, de végül csak Earl Warren 1953-as kinevezése fejezte be a fordulatot. A törvényhozással szembeforduló legfőbb bírói fórum többségének hajlandósága az alapjogok aktivista igénybevételére további lökést adott a mozgalmi jogászi szerveződéseknek, és az 1980-as évekre ezek tömege jött létre.¹²⁹ A mozgalmakba betagozódott és ennek segédszervezeteként kiépült alapjogi jogsegély-egyesületek mellett ettől az időtől kezdve kezdett kialakulni a *nonprofit közérdekű ügyvédi irodák rendszere*, melyek formailag független ügyvédi irodák voltak, mint bármely normális ügyvédi iroda, de a munkatársak egy-egy ügy elkötelezettjeiként ténylegesen inkább jogászaktivistáknak számítottak és számítanak ma is, és nem neutrális, pusztán honoráriumért tevékenykedő jogásznak. (Ez utóbbiakat a jogászaktivisták körében lekezelően sokszor „hired gun”-nak, azaz „bérelt fegyvernek” nevezik, szemben az ő önzetlen, elkötelezett munkájukkal.) Azonban mivel az 1960-as évektől hozott jogi rendelkezések alapján az alkotmányjogi perlést elkezdték államilag finanszírozni, és nagyszámú ilyen per indult meg, a kezdeti „elkötelezetett” jogászok mellé beléptek neutrálisabb, elsősorban pénzért dolgozó jogászok is, így az igazi jogászaktivisták mellett megkülönböztetik

¹²⁹ Lásd Carrie MENKEL-MEADOW (1998): *The Causes of Cause Lawyering. Toward an Understanding of the Motivation and Commitments of Social Justice Lawyers*. In Austin SARAT – Stuart SCHEINGOLD eds.: *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press, New York. 31–68.

a „jogásztechnikusokat”, akik döntően az ügyvédi díj ellenében dolgoznak, de a peres ügygel és az ügyféllel semleges viszonyban maradnak.¹³⁰ A sok száz ilyen típusú ügyvédi irodában az 1970-es évektől öt-hatezer mozgalmi jogász dolgozott, beleszámítva a semlegesebb jogásztechnikusokat is, és ez a szám azóta sem csökkent, noha az 1980-as évektől a szövetség felé eltolódott szövetségi bírói kar miatt alaposan csökkentek e tevékenység pernyerési esélyei.¹³¹ A mozgalmi jogászokon (vagy egyik saját maguk alkotta elnevezésben: a „cause lawyerek”-en, vagyis a „jó ügy jogászaik”) alapuló perlés néhány alapvető eltérést mutat a hagyományos, normális jogászai pervezetéshez képest, és ezek a jellemzők jól mutatják a hagyományos perben külön tartott jogi aspektusokban a politikai szempontok közvetlen bekapcsolódását. Öt fontosabb eltérést lehet kimutatni a mozgalmi jogászok pereiben a hagyományoshoz képest.¹³²

1. *A per „humanizálása”,* amely alatt azt értik, hogy igyekeznek szembe szállni a hagyományos jogi szempontokra redukált érveléssel és az eset jogi kategóriákba öntésének kényszerével, és a lehető legteljesebb szociológiai ténybemutatással prezentálják az esetet. Ennek a pertechnikának nagy előnye van a laikus esküdtek széles körű bevonásán nyugvó amerikai eljárásban, ahol a büntetőügyek mellett a magánjogi és a többi jogágra tartozó pernél is jelen vannak az esküdtek. Az alapjogi aktivizmus híveinek nem véletlenül állandó követelése az esküdtek szerepének további növelése. A jogi szempontokra redukálás helyett a széles körű ténybemutatás érvényesül, megtoldva érzelmi, morális, politikai felhangokkal, s legalább annyira az esküdtekhez fordulva, mint a hivatásos bíróhoz – ebben áll a per „humanizálása”.

2. *A per „politizálása”,* amely azt jelenti, hogy a hagyományos, politikailag semlegesebb (vagy a mozgalmi jogászok megfogalmazásában: rejtettebb politikai szempontokat használó) jogi érvek és fogalmak helyett a nyíltan

¹³⁰ Lásd Michael MACCANN – Helena SILVERSTEIN (1998): Rethinking Law’s „Allurments”. A Relational Analysis of Social Movement Lawyers in the United States. In Austin SARAT – Stuart SCHEINGOLD eds.: *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press, New York. 261–292.

¹³¹ Lásd SCHEINGOLD: *The Struggle... i. m.*

¹³² Lásd ennek összegzését Louise TRUBEK – Elizabeth KRANSBERGER (1998): Critical Lawyers. Social Justice and the Structure of the Private Practice. In Austin SARAT – Stuart SCHEINGOLD eds.: *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press, New York. 202–205.

feminista, antirasszista mozgalmi stb. jogi érveket használnak, attól függően, hogy mely mozgalmi szektorba tartozó perlési politikáról van éppen szó. Itt kell jelezni, hogy az amerikai mozgalmi jogászság egyetemi részlegei az 1970-es és 1980-as évektől kezdődően, miután az egyetemi jogi karokon meg tudták vetni lábukat, tudatosan olyan fogalmi módosításokat és ezekből olyan jogági fogalmi rendszereket igyekeznek kidolgozni, amelyek nyíltan feminista, faji szempontú (feketéket, színeseket védő) vagy homoszexuális, lesbikus szempontú jogi konstrukciókat jelentenek. Ezeket használják fel aztán a perben a mozgalmi jogászok, lehetőleg kerülve a hagyományos jogdogmatikai fogalmakat. Ugyanis azok – az ő meglátásaik szerint – nőellenesek, rasszisták, heteroszexuális elfogultságúak.

3. *A per „kollektivizálása”* azt jelenti, hogy az egyéni peres fél mellé a hasonló szituációban levőket minél nagyobb számban be kell vonni. Mint jeleztük, az 1960-as évektől erre módot adott a közérdekű perbe szállás, a „class action” (csoportos perlés) és a szövetségi bírói karnak az ilyen irányban nyitott bírakkal való feltöltése ezekben az években.

4. *A per „mediatizálása”* azt jelenti, hogy a per lefolyásában a per megnyerésének célja mellé belép a per (és a „mozgalmi ügy”) tömegmédiákban való megjelenítésének célja. Sőt a per megnyerését felülmúló hatást jelent a perlés révén a lehető legnagyobb médijelenlét, hisz így széles társadalom előtt ismertté válik az „ügy”, esetleg a szimpatizánsok sokaságát lehet így megnyerni, vagy az ország más részein ösztönözni lehet a hasonló perek megindítását a médiában prezentált minta alapján. Ezért sokszor a biztos pervesztésbe is belemennek a mozgalmi jogászok, ha a per körülményei a nagy médijelenlétet valószínűsítik. Ez azonban szemben állhat a fontos precedens kiharcolásának céljával, ami pedig a mozgalmi jogászok alapjogi pereinek szintén az egyik fontos célja (stratégiai perlés), és ez a kudarcra ítélt perléstől tartózkodásra ösztönöz. Jelzik is a „cause lawyering”-gel foglalkozó anyagok, hogy sokszor nagy harc dűl a nem jogász mozgalmárok – akik a bármiképpen médiajelentést preferálják – és a mozgalmak jogászaktivistái között, mely utóbbiak a stratégiai jogi célokat jobban szem előtt tartják.¹³³

5. *A per „emocionalizálása”* a következő jellemző, amely alatt azt kell érteni, hogy a perbeli fél (sokszor a felek sokasága) és az ügyvéd között ér-

¹³³ MACCANN – SILVERSTEIN: *i. m.*, 263–274.

zelmi közösség áll fenn. A mozgalmi ügyvéd, az „ügyjogász” (cause lawyer) nem egyszerűen „bérelt fegyver” a fél kezében, aki briliáns jogi technikáját a tetszés szerinti fél érdekében beveti megfelelő honorárium ellenében, hanem „eszmétárs” és „elvtárs”, aki éppúgy az ügynek él, mint a képviselt ügyfele. Ebből azonban sokszor az a konfliktus áll elő, hogy az ügyfél – *saját* konkrét érdekeit nézve – esetleg hajlana az egyezsége és általában is saját konkrét ügyére igyekszik összpontosítani, míg az elkötelezett „ügyjogász” az *átfogó ügyért* száll síkra. Ezt a feszültséget tudja oldani, ha minél több ügyfelet sikerül bevonni a perbe, mivel így az átfogó jelleg jobban kidomborodik, és az átfogó ügyre összpontosító mozgalmi jogász szabadabb lehet az egyes ügyféltől.

Mindezek a jellemzők akkor tudnak erősebben kifejlődni, ha az alkotmányjogi per költségeit az állam átvállalja, és ekkor a mozgalmi jogász szinte csak alibiként kutatja fel a perhez nélkülözhetetlen ügyfelet, esetleg valamilyen címen még ő fizet a formálisan felperesként bevont személynek, hogy rá alapozva elindíthassa az eljárást. Ebben az esetben, mivel az ügyfélre anyagi teher egyáltalán nem hárul, a mozgalmi ügyvéd szabadon alakíthatja a pert a fenti jellemzők szerint. Ezért jelenti a legfőbb veszélyt a perlési politizálás számára, ha szövetségi szinten vagy a tagállami törvényhozás szintjén megkurtítják az alkotmányjogi perlés állami pénzelését. Erre már több esetben volt példa az elmúlt évtizedekben az Egyesült Államokban, nem is beszélve arról, hogy számtalan ezt célzó törvényjavaslat fekszik benyújtva a szövetségi és a tagállami törvényhozások szintjén.

A leíró bemutatás után nézzük most meg röviden a jog és politika összekapcsolódásának ezt az útját az értékelés szintjén. Míg a parlament körül szerveződő jogpolitikai szféra a két alrendszer logikájának épségben tartásán alapul, és kétszeres transzformációval úgy hozza át a jogdogmatikai szférából a szabályozási javaslatokat, hogy a jog értelmi zártsága nem sérül, addig a perlési politizálás közvetlenül beviszi a politikai harcot és ennek szempontjait a tárgyalóterembe. Továbbá ennek előfeltételeként az egyetemi jogi tanszékeket is átpolitizálja, és itt nyíltan politikai jogelméleteket, a politikai szempontokat nyíltan vállaló jogi konstrukciókat hoznak létre. *A perlési politika tehát kihagyja a törvényhozást, és az absztrakt alkotmányos alapjogokat fegyverként használva egyből a tárgyalóterem felé fordul, és a mozgalmi jogászsággal – egyetemi jogászprofesszori aktivistákkal, illetve tárgyalótermi „ügyjogászokkal” – közvetlenül a jog belsejében valósítja meg célját, lehetőleg nagy médianyilvánossággal és a közvélemény előtti egyenes adásban.*

6.4. A perlési politizálás megjelenésének jelei Magyarországon

Az európai jogi kultúra és a jogászság szerveződése nem kedvez a perlési politizálás kialakulásának sem nálunk, sem a többi európai országban. Itt a politika szerveződése szilárdabban a parlamenti erőtér körül történik meg, és az egyetemi jogi karok tanszékei is jobban kötődnek a hagyományos jogdogmatikai konstrukciók politikailag semleges készletéhez. A jogász etikája mélyen ülő attitűdjét jelenti a száraz, elegáns érveléshez való kötöttség a tárgyalótermekben és a közvetlen politikai felhangok kizárásának kötelezettsége. Ezért azokban az országokban sem tudott elterjedni a perlési politizálás, ahol az alkotmánybíráskodás kialakult. (Ez eleinte – az 1940-es évek végétől – Németországot, Olaszországot és Ausztriát jelentette, majd az 1970-es évek végétől Görögország, Portugália és Spanyolország lépett erre az útra, és az 1989-es politikai váltás után a legtöbb közép-kelet-európai ország is.) Még Németország ment el a leginkább ebbe az irányba azzal, hogy az alapjogok közvetett hatását elismerte a törvények értelmezésében, de ez a jogi lehetőség nem fejlődött át perlési politizálássá, inkább fordítva történt: az alapjogok bevonása a törvényi rendelkezések értelmezésébe vezetett ezek „eljogiasításához”. Vagyis inkább az alapjogok dogmatikával való ellátása és így „megszelídítésük” a jellemző, mintsem hogy az alapjogok politizáltak volna át a tárgyalótermeket.

Ezen előzmények után meglepőnek tűnik, hogy már az alkotmányos alapjogok és az alkotmánybíráskodás létének első éveiben megindultak Magyarországon egyes kisebb jogászörök a perlési politizálás lehetőségeinek kiaknázása felé. A finanszírozási forrásokat és a szellemi ösztönzéseket tekintve, ezek a fejlemények közvetlenül az amerikai perlési politizálásban érdekelt társadalmi csoportoktól erednek, és lényegében az ott már évtizedek óta kipróbált intézmények és megoldások Magyarországra való átplántálásáról van szó. Döntően az amerikai Soros-alapítványok anyagi bázisán kiépülve a Közép-Európai Egyetem, a Fundamentum Emberjogi és Dokumentációs Központ és különböző etnikai jogsegélyszervezetek és -mozgalmak néhány mozgalmi jogásza jelenti ennek bázisát. Nézzük meg, milyen esélyeik vannak arra, hogy jelentősebb mértékben meghonosítsák nálunk is az amerikai perlési politizálás gyakorlatát.

Ami növeli esélyeiket, az elsősorban jogon kívüli jellegű. A nagyon erős médiaháttér jelenti azt az előnyt, melyet ez a kis csoport élvez, és az országos közvéleményt formáló fővárosi média rendkívüli centralizáltsága

és a személyi összefonódás a sajtó, a rádiózás és a televíziózás vezető körei között ezt az előnyt nagyon komollyá teszi. A perlési politizálás a médián nyugszik, mint ahogy ezt az Egyesült Államokban is láthattuk, és ott is ezen keresztül tudták az 1920-as évektől kezdődően lassanként elérni az „alapjogi forradalmat”.

A jogon belüli tényezők azonban nem kedveznek ennek a jogpolitikai stratégiának. A bírói kar belső karriervonalai elszakadtak a politikától 1997-ben, és a bírói kinevezés, illetve az előrelépés a bírói hierarchiában csak a bírói kar egésze által elfogadott minták alapján lehetséges. Ez a bírói karriervonal nem sok esélyt ad a sok évszázados európai jogi kultúrával szakító mozgalmi jogász számára – fogalmazhatjuk meg hipotézisünket.

További akadályt jelent a mozgalmi jogászság további terjedése előtt, hogy a jelenlegi hazai mozgalmi jogászok szinte kizárólag egyetemi jogászok, vagy valamelyik szervezetnél jogi szakértők, de ügyvédként nem léphetnek fel. Az a néhány ügyvéd, aki érvei közé sűrűbben felveszi az emberjogi motívumot – vagy a rendőrségi szakban a nyomozás visszászágaival védekezve a büntetőperben, vagy az elvesztett itthoni per után a Strasbourghoz fordulást kilátásba helyezve –, inkább a hagyományos ügyvédi fogások tágitását végzi ezzel el, semmint ténylegesen mozgalmi jogászként lépne fel.

Az egyetemi jogászok között azonban már inkább megtalálható a mozgalmi jogászzal szimpatizáló léggör, de ez inkább azon nyugszik, hogy nem nagyon ismerik a mozgalmi jogászat és a perlési politizálás hatását az egyes jogágak – és az egyes tanszékek! – anyagára. A pozitív hozzáállás inkább azt jelenti, hogy „végülis az alkotmányos alapjogok nagyon nemes célt képviselnek”. Önmagában nézve ez igaz is.

Lezárásként annyit kell még megjegyezni, hogy az Egyesült Államokban az 1960-as és az 1970-es évek eufóriája után a perlési politizálás jogrendszert veszélyeztető hatását megtapasztalva erős visszafordulás következett be, és mára már csak halvány árnyéka régi önmagának. Az erről szóló információ hiányzott teljes mértékben, amikor 1989 után mint a diktatúra ellenpólusát elkezdtük bevezetni az alkotmánybíráskodást, és a közvélemény előtt sokszor úgy jelent meg az alkotmányos alapjogok továbbvitele a rendes bíróságok tárgyalótermei felé mint a demokrácia fokozása.

7. A jurisztokratikus állam morálemmélete

Az utóbbi időkben a legnagyobb zavar uralkodik a morál, erkölcs, közmorál, közerkölcs tartalmát illetően. Miközben a morálfilozófiától távolabb tevékenykedő szellemi emberek vagy politikusok a jog, a politika stb. a közerkölccsel való összhangját követelik, és evidensként felteszik, hogy ez vitathatatlan igazság, nem is tudják, hogy a domináns morálemméleti irányzatok az elmúlt évtizedekben lényegében elvetették az egyes népekben és társadalmakban vallott közmorált és közerkölcsöt. Ehelyett, amikor morálról beszélnek, és követelik az egyes intézkedések és cselekvések ezzel való összhangját, akkor néhány közülük való morálfilozófus kritikai morálját értik ez alatt. A „süketek párbeszéde” ez, mert nyilvános vitákban megszólaló morálfilozófusok azért tudják, hogy ők nem a közmorált értik morál alatt, amikor morális kiállást, morális cselekvést, politikát és jogot sürgetnek, míg a rajtuk kívüli szellemi kör és a társalom nyilvánosságra figyelő része, ha kevésbé reflexíven is, de ezt érti a morál és az erkölcs alatt.

7.1. Közerkölcs/közmorál, kritikai morál, világmorál

Az utóbbi évtizedekben domináns morál- és erkölcselméletek terén két szembenálló pozíció látszik kirajzolódni. Egyikben, melyet Hegelhez, később Jheringhez, majd Nicolai Hartmannhoz köthetünk, ma pedig főként a kommunárius (közösségelvű) morálemmélek (pl. McIntyre) a fő hordozói, a társadalmi közösség szellemi képződményeinek szintjén önálló erkölcsi/morális szabály- és értékrendszer létezik, melyet a mindenkori új generációk tagjai csak szocializálnak, belsővé tesznek, és ezután az ehhez való igazodást belülről a lelkiismeret, kívülről a közösségi helytelenítés szankcionálja. E pozíció néhány képviselője szerint lényeges sajátosság még, hogy az erkölcsre/morálra irányuló elméleti reflexiók csak feltárhatják ezt az objektíven létező szabály- és értékrendszert, és ezzel tudatosabbá tehetik az ehhez való viszonyt, ám ezt nem módosíthatják, az ettől eltérő értékek hirdetése legfeljebb csak zavart okozhat ebben.

A szembenálló másik pozíció a felvilágosodás individualista szemléletében alakult ki, és fő megfogalmazójának Kantot kell tekinteni, mai képviselője pedig elsősorban John Rawls és Habermas. Ez a pozíció – a morált az egyes ember tudatos döntéséhez kötve – már a kiindulópontokban eltekint a társadalomban létező és az egyént kívülről kötő morális/erkölcsi szabályok lététől. Ebből fakad az is, hogy ez a morális/erkölcsi értékek rendszerének egyéni, tudatos alakítása felé semmilyen korlátot nem állít a létező közösségi erkölcs/morál képében. Ez lehet az adott elmélet kiindulópontjának módszertani következménye, mint Kantnál, vagy egy történelmi utalás arra – mint Habermasnál –, hogy ma már nem léteznek a régebben még létező erkölcsi szabályok rendszere, és az egyéni morális döntések kialakításának szabadsága az átfogó közösségek helyességre vonatkozó nézeteitől a modern állapotok tartozéka. Ezen állítás tarthatóságát még a két pozíció elemzése közben empirikusan szemügyre vesszük majd, amihez az anyagot az amerikai Lawrence Kohlberg morálszociológiai vizsgálataiból vesszük. Még általánosságban jelezni kell, hogy az erkölcs és a morál kifejezések sokszor szinonimaként használhatók, de van olyan használatuk is, melyben az „erkölcs” a társadalmi közösség szabályrendjére vonatkozik, míg a „morál” inkább az egyén ehhez igazodó erkölcsi döntésének kifejezésére, és akkor ezt morális döntésnek nevezik inkább. Ebből ered, hogy az a pozíció, mely ab ovo eltekint a társadalmi közösség szintjén levő objektív erkölcsi rendlététől, tendenciaszerűen inkább a morál kifejezést használja e kérdéskör tárgyalásánál. De e kettébontásnak vannak olyan változatai is, melyek az erkölcsöt mint közerkölcsöt ragadják meg, és alacsonyabb státusú közösségi normatív rendnek tekintik, míg a morált egy e feletti, reflektáltabb és absztraktabb normatív rendnek, mintegy az erkölcs felettes megítélőjének.

Nézzük Hegel egyének feletti, objektív közerkölcsöt kiemelő álláspontját az erkölcs/morál kérdésében. „De az egyének egyszerű azonosságában [...] az erkölcsös úgy jelenik meg, mint az egyének általános cselekvésmódja – mint *erkölcs* (Sitte) –, az erkölcsösnek megszokása pedig mint második természet, amely az első, pusztán természetes akarat helyébe lépett. [...] A pedagógia az emberek erkölcsössé tételének művészete. [...] Az erkölcsi nem elvont, mint a jó, hanem intenzív értelemben valóságos. [...] Az erkölcsivel kapcsolatban tehát mindig csak a két szempont lehetséges, hogy vagy a szubsztancialitásból indulunk ki, vagy pedig atomisztikusan járunk el,

s az egyediségtől mint az alaptól emelkedünk fölfelé.”¹³⁴ És mivel az ember természetes érzéki hajlandóságai felett a közösség objektív erkölcsi normái csak szoktatással válnak a felnövekvő ifjú ember második természetévé – teszi hozzá Hegel –, „ennyiben az erkölcsöshöz hozzátartozik a szokás [...] mert ez megköveteli, hogy a szellem edzett legyen önkényes ötletekkel szemben, s ezeket megtörje és legyűrje, hogy az észszerű gondolkodásnak szabad útja legyen”¹³⁵

Rudolf von Jhering bő fél évszázaddal ezután, az 1870-es években Hegel nyomán haladt az erkölcsi-morális rend megragadása felé. Alapgondolata az, hogy az addigi elméletek által középpontba emelt erkölcsi és morális érzék, melyet az egyes emberek tudatában létezőnek vélnek, és amelyet a morálnak és az erkölcsnek gondolnak a filozófusok, már csak derivátum, és ezeken túlra kell figyelni igazán az elemzőnek: a társadalomban lévő objektív erkölcsi-morális rendre. Az egyes ember születése után csak szocializálja az objektív erkölcsi rendet, és ez belső morális érzékként, lelkiismereti irányítúként hat cselekedeteire és gondolataira, ám a kutatót nem csaphatja be az egyes ember szubjektív meggyőződése, hogy ő csak lelkiismerete alapján cselekszik. Szublimáltan, megnesesítve a társadalom létezésének szükségleteit, de az erkölcs és a morál lelkiismereti parancsai csak olyan magatartási mintákat és értékköveteléseket állítanak fel az egyes ember felé, melyek valamilyen közvetítéssel a társadalom adott korszakban és feltételek közötti fennállásához nélkülözhetetlenek. Ha e fennállási feltételek megváltoznak, akkor a történelem tanúsága szerint megváltozik a társadalom objektív erkölcsi rendje, és más normákat és értékköveteléseket továbbítanak az új generációk tagjai felé, így azok már más morális érzék és lelkiismereti parancsnok által hajtva fognak cselekedni és gondolkodni.

Nicolai Hartmann az 1920-as évek végén Kant szubjektív morálelméletével szemben szintén Hegel nyomán építette ki az erkölcsi-morális szférára vonatkozó etikai elméletét, különösen az 1925-ös *Etikája* után (ahol egy kanti apriorisztikus alapozást még elfogadott a materiális értékek magyarázatként), az 1932-ben megjelent monográfiájában.¹³⁶ Átfogóbban is a társadalom

¹³⁴ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (1971): *A jogfilozófia alapvonalai vagy a természetjog és az államtudomány vázlata*. Ford. SZEMERE Samu. Akadémiai Kiadó, Budapest. 183–186.

¹³⁵ HEGEL: *i. m.*, 183–186.

¹³⁶ Lásd Nicolai HARTMANN (1962): *Ethik*. 4. unveränderte Auflage. Walter de Gruyter Verlag, Berlin. Illetve: Nicolai HARTMANN (1962): *Das Problem des geistigen Seins. Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften*. Walter de Gruyter Verlag, Berlin.

szellemi szektorainak, illetve az egyén szellemi fejlődésének viszonyát a középpontba állítva, az egyéni öntudat fokozódó átszellemítettségének tekinti azt a folyamatot, melyben a megszülető mindenkori generációk tagjai pusztán lelki öntudatból eljutnak a neveltetésük és a fejlődésük hatására a társadalomban felhalmozott szellemi tartalmak elsajátításához, és ezek segítségével aztán cselekedeteik ezreiben a társadalom közösségének elért fejlettségi fokán mindenkor újratermelik a közösség létfeltételeit, és benne saját létfeltételüket is. Hartmann fontos kiemelése, hogy a közösség egészének szintjén objektívált (rögzített) szellemi tartalmak – jogi normák, erkölcsi értékek és szabályok, művészeti élmények és ismeretek – elsajátítása nyomán egy általános jogérzék, erkölcsi érzék, szépérzék jön létre mindenkor az egyes emberekben, és ez egy stabil rendszerben összegzi az adott szellemi szektorok anyagának működését. Például az, hogy az egyes szituációkban mi az erkölcsileg helyes, azt az elsajátított erkölcsi normák mellett az erkölcsi érzék spontán módon is jelzi. Az ily módon stabilizált objektív erkölcsi rendet aztán Hartmann csak lassú, spontán változásként látja módosulónak, de a tudatos elméleti reflexiók morálfilozófiai változtatásait csak zavarónak tekinti, illetve hiábavalónak is, amelyet a közösség objektív erkölcsi/morális rendje amúgy is kivet magából.

Most térjünk át Kant moráleméletére. Kant morálfelfogásának lényege, hogy a személyen belülre, ott is az érzületre korlátozza a morál kérdését: a morális megítélés aspektusa csak az, hogy milyen érzülettel cselekedett az egyén. Ha ugyan a kötelesség szerint tesz valaki, de ezt nem a kötelesség iránti tisztelet okozza, hanem valami más, akkor legfeljebb csak legalitás lehet a minősítés, de nem moralitás. A morális törvénynek csak egy formális parancsa van, és az egyes szituációkban a konkrét magatartás kialakítása az egyénre van bízva e parancs keretei között. Ez a morális kategorikus imperatívusz, és ezen alapforma mellett Kant ennek három konkretizálását is megadja (forma, a tartalom és végül a maximák teljes meghatározása szerint): 1. Az általános törvény szerinti megfogalmazás (forma) szerint: „Úgy cselekedj, mintha cselekedeted maximáját általános törvényként akarnád megadni”. 2. Az anyag szempontja mellett: „Úgy cselekedj, hogy az emberiséget mind saját személyedben, mind bármely más személyben mindig célként, és soha nem pusztán eszközként vedd számításba”. 3. Végül a maximák teljes meghatározása szerint: „Úgy cselekedj, hogy a saját törvényhozásodból eredő összes maxima illeszkedjen bele a célok lehetséges birodalmába, mint természeti birodalomba”.¹³⁷

¹³⁷ Immanuel KANT (1991): *Az erkölcsök metafizikájának alapvetése. A gyakorlati ész kritikája. Az erkölcsök metafizikája*. Fordította BERÉNYI Gábor. Gondolat, Budapest. 70.

A morál Kantnál tehát az *egyén döntésének aspektusa, azzal a formális kerettel, hogy az általánoshoz (közösséghez) illeszkedést a maximák univerzálhatósága adja*. Az univerzálhatóság mellett a morális minőségnek az is jellemzője, hogy ez egyben autonóm, és az autonómia azt jelenti itt, hogy a materiális motivációktól független, és pusztán a morális kötelesség érzülete miatt tesz így az ember. Az autonómia vagy szabadság a természet kauzális meghatározottságától való függetlenségét jelenti, és a morális parancs az ilyen kauzális meghatározottságtól való elszakadást követeli. Ez a szabadság (az erre való képesség) a kategorikus imperatívusz által előfeltételezett. Ebből ered a kanti etikán alapuló modern morálfilozófiai nézetekben, hogy a társadalmi meghatározottságtól eleve eltekintenek, ezeket csak mint legyőzendőket veszik figyelembe, illetve nem is kutatják.

Szemben áll Kant minden szokásszerű erkölcskövetéssel – ahogy például Hegelnél láttuk, hogy a szoktatással az érzeki, ösztönszerű természeti hajalmok felett egy második természet épül fel az erkölcsi nevelés után a felnőtt emberben, és rutinszerűen, gondolkodás nélkül fejt ki cselekedeteiben a közerkölcsben bevettéket. Csak tudatos döntés esetén beszélhetünk morális döntésről: „mert ha megszokásról (assuetudo) van szó, s a gyakori ismétlés nyomán a cselekedetből szükségszerűvé vált egyformaság lett, nem beszélhetünk szabadságból fakadt, tehát morális készségről.”¹³⁸ A morál tehát nem is egyszerűen az egyéni tudaton belüli a kanti felfogásban, hanem itt is csak a tudatos latolgatással hozott cselekedet területén lehetséges.

Kant átveszi Rousseau gondolatát a szabadságról mint öntörvényhozásról, de míg Rousseau az államelméletben dolgozta azt ki, és mint a nép öntörvényhozását írta azt le, addig Kant az egyén öntörvényhozásaként a morálfilozófia alapjává tette. A legalitás a jog kérdése, és míg a morális törvény az egyéneknek írja le a formális kereteket, hogy miként alakítsák ki az egyéni cselekedeteiket (amellett, hogy szakadjanak el a materiális motivációktól), addig a jog a legalitás kényszerparancsait írja le tartalmilag. Igen fontos különbség, hogy a jog szabályai tartalmi szabályok, míg a morál törvénye nem tartalmi törvény, hanem csak egy formális keretparancs a magatartás kialakításának milyenségére! (Kant ugyan a kategorikus imperatívuszt kifejtő morálemlélete 1785-ös lefektetése után, 1797-ben létrehozott egy részletesebb erénytant is tartalmazó verziót, de az etikai gondolkodás elmúlt kétszáz évében a fő hatást az eredeti morálemlélete, a formális kanti etika tette.) A morál tehát az egyének belső szabadságára vonatkozik, és csak a maximák

¹³⁸ KANT: *i. m.*, 521.

univerzálhatóságának parancsa tartalmazza impliciten az általános közösségre utalást, míg a jog az egyének másokkal való külső érintkezésében rendezi el a viszonyokat, a szabadságok összeegyeztethetősége szerint. A jognak nem az a feladata, hogy boldogságot hozzon létre vagy moralitást segítsen elő, hanem hogy a szabad egyének közössége általa lehetővé váljon. Vagyis itt a korábbi felvilágosult abszolutizmus jóléti állami feladatai nem jelennek meg, hanem csak egy formális jogállam, ahol az egyes szabad egyén önkénye más szabad egyének önkényével összeegyeztethetővé válik.

Nézzük meg *Ernst Tugendhat* elemzését, aki moráleméleti monográfiájában jól exponálja a Kant és Hegel közti különbséget az erkölcs- és a morálemélet terén.¹³⁹ E különbség két összetevője egyrészt Kantnál az eltekintés az egyéni morálisan ítélő számára közösségileg már adott erkölcsi magatartási szabályoktól, illetve a pusztán egyéni érzületre szűkülés a morális döntésnél, másrészt Hegelnél pedig a közösségileg már előre adott erkölcsi szabályok léte az egyén felé, illetve ezeknek a külső (közösség által létrehozott) magatartási normák belső érzülettel átítatására figyelés az egyéni követésnél. Tugendhat aztán – eleve Kant álláspontját elfogadva – Hegel álláspontját egy történelmi fordítási tévedésből származónak tekinti, és a görög-római nyelvkincséből származó „ethosz” és „morál” szavaink kétértelműségéből vezeti azt le. Hegel „hibájának” látja, hogy mindkét jelentéshez ragaszkodva tekinti a belső érzület léte mellett a külső, közösségi erkölcsi normákat is az erkölcshez/morálhoz tartozóknak. Arisztotelész ugyanis kora görög nyelvén az „éthe” (jellemtulajdonság) és „ethos” (szokás) szavait egyszerre használta, és „etikának” nevezte ezekből származtatva ezt a tant. A latinra fordításban aztán a rómaiak a második értelmet jelentő „mos”, „mores” szavak alapján nevezték ezt morálnak. Mivel Tugendhat kantiánus módon csak a belső érzület melletti és reflektáltan végzett cselekvést véli a morálhoz tartozónak, ezért fordítási hibaként intézi el azt, hogy Hegel kihasználta e kettős értelmet, és a belső érzület mellett még odakötötte a morált a külső közösségi normákhoz is. Nézzük meg ezután a kanti vonalon haladó Jürgen Habermas utóbbi évtizedekben kifejtett moráleméletét és ebben a közmorál tagadását, illetve ennek helyére a morálfilozófusok kritikai moráljának emelését. A részletesebb elemzés előtt összegezve azt lehet mondani erről az elméletéről, hogy kezdetben, az 1980-as években Habermas még alacsonyabb szinten elismerte a közerkölcs létét, és csak az életvilág közösségein túli, tudatosabb szintű érintkezésben hozta be a közerkölcs morális felülbírálásaként

¹³⁹ Ernst TUGENDHAT (1994): *Vorlesungen zur Ethik*. 2. Aufl. Suhrkamp, Frankfurt am Main.

a „diskurzusmorált”. Ám az 1992-es morálfilozófiai főművében már elvetette az alacsonyabb szintűnek minősített közerkölcs létét, és a történeti fejlődésre utalással azt állítja, hogy mára már megszűnt a konvencionális erkölcs, és csak a tudatos megvitatásra, diskurzusra alapozott morálnak van létalapja.

Jürgen Habermas 1992-ben megjelent *Faktizität und Geltung* című összegző jellegű műve a morálon kívül a politika és a jog átfogó elméletét is tartalmazza.¹⁴⁰ E kötetben annyiban radikalizálódik Habermasnak az egyéni morálon túli közerkölcssel szembeni fenntartása, hogy míg korábbi műveiben a közerkölcs egy alacsonyabb szinten, mint az életvilág evidenciáinak része még megjelent, és az egyéni tudatos morális reflexió magasabb foka csak felülbírálhatta ezt, addig ebben a kötetben már nem is létezik a közerkölcs. Ezt szokás-erkölcsként fogja fel, melyet a modernizációs fejlődéssel eltűnni lát. Míg a morál elveit, értékeit a kulturális tudás részeként fogja fel, addig ezek magatartási szabály szintű pontosítására már csak a jogot látja lehetségesnek. Ezzel a jogot a morális szférához közelítette, ám ezt nem a mai politikai demokrácia által működtetett politikai törvényhozás kezébe igyekszik adni, hanem a kritikai morális elveket folyamatosan megvitató civilszervezetek kezébe, akik folyamatos diskurzusban az egyes törvények tartalmát a morális elvekből vezetik le. Így a kritikai morállal összekötött jog képe bontakozik ki elméletéből, leváltva a politikai demokrácia és az ehhez kötött törvényhozás intézményeit. Itt bontakozik ki tisztán a kanti morálelméletben már eleve benne levő tudatos morállétrehozás mozzanata, mert a pozitíválódott, döntéssel létrehozott jog kitágításaként a morális elvekből dedukált szabályok mindenkori rendszere – a diskurzív morálra alapozott jog – szintén folyamatos döntésekkel létrehozott rendszer lenne. A diskurzusokban folyamatosan kialakított morális ítéletek és az ezek alapján létrejövő cselekvésminták a morál teljes mértékben tudatos döntéstől függővé válását jelentik, ahogy valamikor az újkor hajnalától a korábbi szokásjog pozitíválódott és tudatos döntéstől függővé vált a tudatos törvényhozás képében.

A megszűnt közerkölcs vagy közmorál utáni mai morál az absztrakt elvek és értékek morálja, melyet az egyes visszatérő szituációkra társadalmi szintű magatartási szabályként csak tudatos megvitatással lehet megteremteni. Így ebben impliciten az is benne van, hogy ezeket a tudatos, konkretizáló vitákat csak morálfilozófiai kérdésekre szakosodott és ehhez rendszeresen ismereteket gyűjtő emberek képesek lefolytatni. *Vagyis míg Habermas explicit szándékai szerint ez a mai széles társadalmi közösség megvitatása alapján működő morál lenne,*

¹⁴⁰ Jürgen HABERMAS (1992): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp, Frankfurt am Main.

addig a tényleges állapotok miatt ez egy szűk szellemi elit kritikai moráljaként lehetséges csak. Ráadásul mivel a szűk körök által megvitatott és magatartási szabállyá konkretizált morális követelmények csak a tömegmédiумok alapján tudnak sokmilliók körében terjedni, a tömegmédiá tulajdonával rendelkező tőkés körök közbejöttje miatt csak az általuk preferált értékeknek és érdekeknek megfelelő morális diskurzusok kapnak erre esélyt.

Habermas kritikai morálja (vagyis szűk morálfilozófiai elitkörök által létrehozott morálja) tehát mindig csak a tömegmédiумok szelektív terjesztése alapján tud közmorállá válni. Ám ahhoz, hogy ez ténylegesen széles körben érjen el hatást, rögtön jogi normává is kell, hogy váljon. Ugyanis a modern, komplex társadalomban elégtelen a morális elvek általi magatartásirányítás három irányból is – mondja Habermas. Először is *túlságosan absztraktak*, „kognitíve meghatározatlanok” ahhoz, hogy az egyes szituációkban irányítani tudnák a cselekvést. A jogalkotási folyamatban a létrejövő jogszabályok ezt a határozatlanságot tüntetik el. Ebből következik a morális irányítás másik problémája, a *motivációs bizonytalanság*, amely az általánosságban mindenki által elismert morális elveket a mindenkori szituációkban való alkalmazáskor kíséri. Végül harmadik problémát jelent itt a morális elvekből az egyes szituációkban jelentkező *kötelezettség hozzárendelésének kérdése*. Mindenki által elfogadott elvnek tekinthető – mondja Habermas –, hogy az éhhalál előtt állót meg kell menteni, mégis ennek lebontása, a „címzeti kör” pontosítása nem olyan egyszerű, mint ahogy azt a fejlett államok jólétben élő polgárai és a harmadik világ éhező övezeteinek kontrasztja mutatja.¹⁴¹ A morális irányítás tehát elkülönült jog nélkül nem megy – vonja le a következtetést Habermas.

A jog és a morál között Habermas egy másik dimenzióban is eltéréseket fedez fel, és ebből a szempontból is a jog közvetítő természetét állapítja meg. A morál és a jog különbsége úgy is megragadható – mondja –, hogy míg a morál a kulturális tudás szintjén szerveződik, addig a jog mind ezen, mind a cselekvési rendszerek szintjén megjelenik. „A jog mindkettő egyszerre: tudásrendszer és cselekvésrendszer. Éppúgy megragadható normatételek és interpretációk szövegeként, mint intézményként, azaz cselekvésirányítóként. [...] Mivel a jog ily módon a társadalom és a kultúra szintjén egyidejűleg rögzítve van, képes az elsődlegesen tudásként létező észmorál (Vernunft-moral) gyengéit kiegyenlíteni.”¹⁴² Fontos kiemelni az idézet tartalmának teljes súlyát azzal, hogy nyomatékosan utalunk a morál szintjén a magatartási szabályok létének elvetésére Habermasnál!

¹⁴¹ HABERMAS: *i. m.*, 48.

¹⁴² HABERMAS: *i. m.*, 146.

Ez csak a kulturális eszmék, elvek és érvek területe, és a korábbi idézeteiből tudjuk, hogy szabályok szintjén csak a közerkölcs területén lehetnek magartatási szabályok. Ám a közerkölcs a konvencionális erkölcsöt jelenti – a „tényleges érvényben-levőséget” –, és a posztkonvencionális társadalmakban ezek már leértékelődnek. Így érthető, hogy Habermas ebben a műben a morál eszmejellegesen mellett ezek szükséges szabályokká való konkretizálásának felmutatásához a jogot emeli a középpontba. Valaminek mindig ilyen szintre kell konkretizálni a morális eszméket, és ez a posztkonvencionális morál társadalmában csak a jog lehet. Habermas e fejtegetéseinek problematikusságának észleléséhez azonban ismét fel kell hívni a figyelmet Kohlberg empirikus elemzéseire, aki kimutatta, hogy a legfejlettebb nyugati társadalmakban is a konvencionális erkölcs szintjén cselekszenek igazán az emberek, és a posztkonvencionális szint feltevése csak elméleti konstrukció, melynek hatására várja csak el az e konstrukciót elfogadó morálfilozófus az ennek megfelelő, tömeges cselekvéseket, ám ezt az empirikus felmérések nem támasztják alá. Habermas, aki korábbi morálfilozófiai anyagában egész fejezetet szentelt Kohlberg elemzésének,¹⁴³ Ebben a művében lényegében figyelmen kívül hagyja ezt. Ám ez a negligálás nem tünteti el fejtegetéseinek problematikusságát a posztkonvencionális társadalmak moráljáról. A közmorál leváltásának és eltüntetésének azonban ez csak az első fázisa.

A morális eszmék joggá transzformálása aztán Habermas e művében a kommunikatív hatalom kategóriájának behozásával valósul meg. Ezt tulajdonképpen a tömeges politikai akaratképzés politikai pártokra és időszakos választásokra alapozott mechanizmusával szemben fogalmazta meg, mivel ez utóbbiban a társadalom tömegei csak a néhány évenkénti szavazás által határozzák meg és legitimálják a törvényalkotó parlamenteket, és ez kevés a diszkurzusetika fényében. Ehelyett az állami döntések folyamatos megvitatását megvalósító civilszervezetek és civiltársadalom kerül a középpontba Habermasnál, és ez a folyamatos állami döntési megvitatási mechanizmus jelenti a kommunikatív hatalmat. Ennek révén a mai csökkent értékű demokrácia helyett a minőségibb, deliberatív demokrácia létrejöttében reménykedik.¹⁴⁴ A közmorál leváltása így a tömegdemokrácia leváltásával egészül ki.

Habermasnál a jog alkotási folyamataiban történik meg a morális eszmék közvetlen behozása a kommunikatív hatalom és civilszervezetei általi

¹⁴³ Lásd magyar fordításban: Jürgen HABERMAS (2001): *A kommunikatív etika*. Új Mandátum, Budapest. 122–126.

¹⁴⁴ HABERMAS: *Faktizität und Geltung... i. m.*, 186.; magyar nyelven részletesen lásd POKOL Béla (1993): Habermas jogfilozófiája. *Magyar Filozófiai Szemle*, 5. sz. 237–243.

törvényjavaslat-megvitatásokon keresztül. Igaz, ez a milliók általi tömeges választások és az így létrejött parlamentek leértékelését és hatalomcsökkenését vonja maga után. A folyamatos civilszervezeti vitákban ugyanis a realitásban csak nagyon szűk értelmiségi csoportok tudnak részt venni, előképzettségük és főként napi szellemi munkájuk és munkaterhük által lehetővé téve. Továbbá, e szűk értelmiségi viták közül is csak az válthat ki általánosabb hatást, melyek mögé a nagy tömegmédiák odaállnak, és kiemelten terjesztik, míg a médiatulajdonos körök által nem támogatott viták és vélemények a szűk körű viták után elhalnak. Így miközben Habermas a kommunikatív hatalmat szubjektív szándékai szerint úgy tervezi el, hogy ez a társadalom demokratikus deficitjének csökkentését és ennek deliberatív demokráciává alakítását fogja megteremteni, addig tényleges hatásában ez inkább az államhatalom szűk értelmiségi és a mögöttük álló tőkés körök alá rendelését valósítaná meg. Csak jelezni kell, hogy a deliberatív demokrácia hívei Habermason túlmenve olyan országos csúcserntelmiségi fórum felállítását tervezték el a demokrácia feljavítása címszava alatt, amely a milliók által megválasztott parlament törvényét felülbírálná, és megakadályozhatná hatályba lépésüket.¹⁴⁵ De ugyanez működhetett az 1990-es években a hollandoknál is, amikor az akkori liberális kormánytöbbség által elfogadott polgári törvénykönyvükbe azt a szabály tették be, hogy a közvélemény (lényegében a médiaértelmiségiek) diskurzusában megfogalmazódott álláspontot a bírának kötelező figyelembe venni jogértelmezésükben.

7.2. Moráleméleti összegzés

A szembenálló morálemléletek vázlatos átfutása után összegezzük a Hegel, Jhering és Hartmann alapján megfogalmazható morálemélet főbb vonalait. A morál/erkölcs területét mint az egyes egyéneknek a cselekvési választásaikban a személyiségük egészét érzületileg megmozgató döntési terület kell első megközelítésben megfogalmazni.¹⁴⁶ Jellemzően az egyén az erkölcsi/morális döntésnél a felmerülő alternatívák közül a mindennapjaiban

¹⁴⁵ Lásd Philip PETTIT ez irányú terveinek ismertetését: POKOL Béla (2003): *Feljegyzések a XXI. Jogfilozófiai Világkongresszusról*. Jogelméleti Szemle, 3. sz.

¹⁴⁶ Lásd ennek hangsúlyos kiemelését Luhmann tanulmányaiban. Niklas LUHMANN (1989): *Ethik als Reflexionstheorie der Moral*. In Niklas LUHMANN: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Band 3. Surhkamp, Frankfurt am Main. 358–447. Illetve Niklas LUHMANN (1990): *Paradigm lost. Über die ethische Reflexion der Moral*. Surhkamp, Frankfurt am Main.

máskülönben bevett és előnyösnek számító alternatívákat nem választhatja, hanem olyan döntést kell meghoznia, mely esetleg nagyobb költséggel jár, nagy munkaterhet jelent, vagy kiválthatja reakcióként a környezetében levő csoportok hatalmasainak megtorlását, hátrányokozását. Ám ezt a döntést az adott szituációban a társadalom közössége részéről absztraktnan lefektetett elvek, normák, értékek és erények teszik kötelezővé, és a felnövekvő gyerekek a modern társadalmakban a szocializációja során tanmesékben, énekekben, később regényekben, novellákban, színdarabokban és a mindennapi elbeszélések értékeléseinek hatására teszi magáévá ezeket, és alakul ki benne fokozatosan ezek lelkiismereti működéssel való megerősítése. Ha egy szituációban hátrányokat kell vállalnia azért, hogy az erkölcsi értékeknek, elveknek megfelelően cselekedjen, és nem tette ezt, akkor büntudata kínozni fogja még napokig. Ezzel szemben, ha a mindennapi kellemetlenségek beálltát vállalta az erkölcsi értékek szerinti döntéshez ragaszkodva, lelkiismerete nyugodt lesz, büszkeség tölti el önmagával szemben, és ez erősíti további döntéseihez. (Egy önmaga számára is „rongy ember” semmilyen területen nem tud kiemelkedőt alkotni, ehhez energiát és motivációt találni magában.) De az egyén nemcsak belülről kap negatív szankciót vagy pozitív visszaigazolást az erkölcsi döntés vállalása vagy az ettől való megfutamodása esetén, hanem a külső környezet is negatív vagy pozitív hatást fűz ehhez. Az egyes ember ennek anticipálása révén is ösztökélve lesz arra, hogy vállalja az erkölcsi normáknak megfelelő döntést, semmint hogy ettől eltekintsen a kényelemszeretete miatt. Ha például az ember szülei egy körülmény változása folytán éhezés és nélkülözés elé néznek, és ő jó körülményei ellenére nem segít nekik, mert saját kényelméből esetleg alaposan engedni kellene, akkor nemcsak büntudat kíséri az ilyen döntést, hanem az erről tudomással bíró környezete is megvetéssel fogja sújtani. És ugyanígy fordítva: egy lemondással járó döntés meghozatala után a környezet – akár csak a szűk rokonsági kör – mint a morális tartás megnyilvánulását fogja értékelni. (Persze hozzá kell tenni, hogy a modernizáció egyik aspektusaként kibomló urbanizációval együtt jár a személytelenedés, a közeli ismeretség nélküli, személytelen nagyvárosi élet és az egyén körüli közösségek – szomszédságok, nagycsaládi rokonságok stb. – elporladása. Mindez a külső morális ellenőrzés és ösztökélés szerepét csökkentette az utóbbi évtizedekben, és így inkább a belső lelkiismereti szankcionálásra marad a morális döntés vállalása!)

A konkrétabb szituációkra szabott erkölcsi normák mellett az ezekből kiemelt asztraktabb jellemzők is kifejezést kapnak a fejlettebb társadal-

makban. Az európai fejlődésben már a görögöknél megjelentek az absztrakt erények: az áldozatkészség, bátorság, hűség, jóindulat, segítőkészség, szerénység, illetve az erényes cselekvésekkel szembenálló rossz magatartás kategóriatáblázata: a gyáva, a rosszindulatú, a hiú, az irigy stb. bűnei. A modern társadalmak gyermekének szocializációja egy érettségi szint után – mint Kohlbergnél láthatjuk – a pusztá szituatív normák mellett ezeket is megismerteti, és a gyerek a nevelés hatására azokat belsővé teszi, illetve az egyes normákat ezek fényében is – most már tudatosabban – elfogadja. De az absztraktabb erények, erkölcsi elvek és értékek ezek kritikájához is hozzájárulhatnak, és a bevett normák egy részének elvetése felé is ösztönözhetik őket.

Fontos, hogy tisztázzuk a konkrét erkölcsi normák viszonyát az absztrakt erényekhez, erkölcsi elvekhez és értékekhez, mert, mint láttuk, erős tendencia van a morálemléletek terén a közerkölcs és az absztrakt erkölcsi elvek, értékek szembeállítására. Egyszerűbb esetekben nincs gond, mint láttuk a szülő és a gyermek viszonyára felhozott példában, és az elterjedt közerkölcs, illetve az absztrakt elvek és értékek könnyen láthatóan egységben vannak. De a legtöbb esetben inkább arról van szó, hogy egyszerre több erkölcsi elv és érték is bejön a szükséges döntésbe, és az egyik szerinti döntést csak a szembenálló érték által kötelező tett, döntés kárára lehet meghozni, pedig az is erkölcsi érték által megkövetelt lenne. Például szálljon-e szembe az ember az őt és a kollégáit állandóan megalázó főnöke ellen nyilvánosan, amikor az szinte a munkahelye biztos elvesztéséhez vezet, és van három gyermeke, akik ennek révén a legnagyobb nélkülözésnek lesznek kitéve. Általában inkább az a helyzet, hogy szembenálló erkölcsi értékek esetén az egyik érvényesítése a többi háttérbe tolását vonja maga után, még ha ez különböző mértékben is valósul is meg. Vagyis nemcsak morális erő kell a döntéshez, de nagy gondolati munka is, hogy miként is próbáljon egyensúlyozni az ember a szembenálló erkölcsi követelmények között úgy, hogy az optimális döntést hozza meg. Ez a szellemi döntési teher pedig az emberek legnagyobb része számára a mindennapi élet gyors ritmusában egyszerűen teljesíthetetlen, és ebből eredően azt a normát fogja követni a legtöbb szituációban, melyet a szélesebb társadalom általánosságban helyesnek vél, és az illető is szocializációja során megtanult. Ahogy Eduard Spranger kifejti, a Kanttól induló individualisztikus morálemélet hajlamos egy elvont jó/rossz közötti választásra leszűkítve felfogni az egyes ember morális döntését, miközben a döntéshozatal a valóságban mindig egy sor kényszer és motiváció által körbefont módon, információhiány, illetve szokásosan adott sematikus szituációk

definiálásrutinja mellett történik.¹⁴⁷ De ehhez hasonló kritika jelenik meg Horkay-Hörcher Ferenc egy új írásában is.¹⁴⁸ Lásd erre még Kantnak egy különösen életidegen példáját a morális döntés illusztrálására, amikor pozitívan említi azt, aki egy szemponthoz ragaszkodva dönt, s ezzel egész családjának teljes és végleges tönkremenetelét okozza.¹⁴⁹ A Habermas korábbi álláspontjaként kiemelt alacsonyabb rendű, szabályszerű közmorál kontra magasabb rendű, ezt elvető elvi, kritikai (diskurzus-) morál feltételezése kétirányú gondolati hibát vét. Egyrészt eltekint attól, hogy a szabályszerű erkölcsi normák is az absztrakt elvek, értékek és erények által formáltak, és megszüntetve, mégis megőrizve ott rejlenek bennük ezek is. Másrészt lehetségesnek gondolja az egyének folyamatos cselekvéseiben a mindenkori szembenálló erkölcsi elvek optimalizálására elvégzendő szellemi munkát. Ám azt, hogy az egyes szituációban mi az erkölcsileg/morálisan konkrétan helyes döntés, azt a más munka alól felmentett és csak morálfilozófiai dilemmákra szakosodott morálfilozófus is csak a tévedés nagy kockázata mellett tudja megcélozni. Valószínűtlen, hogy a mindenféle munkákban teljesen lekötött emberek milliói a mindennapjaik során képesek lennének levezetni a helyes döntést absztrakt elvekből. És az eddigi történeti menet tapasztalatai inkább azt mutatják, hogy a modern ember egyre nagyobb döntési teher alá kerül, és nem pedig felszabadul alóla, amint azt Marxék még optimistán feltették a kommunista emberkép kialakulásában reménykedve.

De van még egy további probléma, mely az erkölcsi/morális elvek, értékek szerinti döntés kérdését bonyolultabbá teszi. Ez az ilyen döntések kognitív, ismereti oldalát érinti. Az előbb jelzett szellemi munka (számba venni a különböző morális elveket és értékeket, és kidolgozni az optimális kombinációjukat a felmerült döntéshez és cselekvéshez) csak a döntési teher egyik részét jelenti. A másik rész abban áll, hogy magát az egyes szituációt a realitásnak megfelelően definiálja az ember, és az ehhez felmerülő információkat elrendezve meg tudja mondani, hogy mi is a helyzet, következésképpen ennek függvényében mit is követelnek meg az erkölcsi/morális elvek és értékek. A mindennapjaiban az ember pedig szükségképpen sematikus módon fogja fel a helyzetet, néhány eset tapasztalatából gyorsan általánosít, illetve átvesz másoktól ilyen bizonytalan általánosításokat, és ez elégséges is a mindennapi

¹⁴⁷ Eduard SPRANGER (1936): *Közerkölcs és személyes erkölcsiség*. Királyi Magyar Egyetemi Nyomda, Budapest. (Előadás a budapesti Kir. M. Pázmány Péter Tudományegyetem aulájában 1936. március 9-én)

¹⁴⁸ HORKAY-HÖRCHER Ferenc szerk. (2002): *Közösségi politikai filozófiák*. Századvég, Budapest. 25.

¹⁴⁹ KANT: *i. m.*, 283.

tájékozódáshoz, a bajok, veszélyek elkerüléséhez, még ha e tapasztalatok egy része nem is állná meg a helyét tudományos állításként. Hosszabb távon azonban a „népi bölcsesség” a sokszoros leellenőrzésben elveti a bizonytalan általánosításokat, és másik oldalról megerősíti a mindennapi tapasztalatok megmaradt részét, és az ebben levő meglátásokhoz közmondások, népi mondókák, aforizmák stb. formájában erkölcsi értékelést is fűz. A közmorál/közerkölcs szituációkra szabott magatartási normáiban és ítélezési sémáiban tehát a felmerülő absztraktabb elvek és értékek esetre illő kombinációinak megadása mellett tetemesebb kognitív munka is lapul. Így amikor a morál-filozófusok a „kritikai morállal” az absztrakt elvekből dedukálva konkrét szituációra vonatkozó morális kiállásokat és erkölcsi szabályokat konstruálnak meg, akkor nem egyszerűen egy alacsonyabb rendű szokáserkölcset félretolását és ezzel az erkölcs nemesítését végzik el, hanem a közösség népitéleteiben és kollektív bölcsességében kialakított morális kombinációt egy-egy szituációban egy másikkal kívánják felcserélni. Különösen az átfogó társadalom életét érintő események információinál gond az, hogy ezek csak a fősodorba tartozó média szelektált eseménybemutatásában érhetik el a legtöbb embert. Ráadásul az ebben levő tendenciózus szelektálások (a politikai szempontok és a médiát uraló tőkés csoportok érdekei miatt) szemben állnak a társadalom széles tömegeinek mindennapi tapasztalataival a tekintetben, hogy ténylegesen mi is történt, és így olyan morális kiállásokat követelnek, melyek szemben állnak az átfogó társadalom erkölcsi-morális értékeléseivel. (A következő pontban ennek részletesebb okaira még kitérünk.)

A közerkölcs és az absztrakt elvek és értékek viszonyára úgy adható meg a kép, hogy a társadalom nagy csoportjaiban létező erkölcsi normák, melyek az egyes visszatérő szituációkra szabva megmondják, hogy mit kell tenni az egyes embernek, és az ezeket formáló absztraktabb érények, elvek és értékek az esetek jó részében egy egységet képeznek. A normák az érények konstellációit (preferenciák, részleges háttérbe tolások) tartalmazzák a közösség hosszú tapasztalatai nyomán. Van, amikor az egyes ember olyan ritka erkölcsi szituációban találja magát, amikor a számba jövő érényeket, elveket és értékeket magának kell latolgatnia ahhoz, hogy kialakítsa, mit is tegyen, de ez túlságosan sűrűn nem lehetséges. Az ehhez szükséges döntési terhet a modern ember nem tudja vállalni, és így is lehetséges, hogy utólagos információk fényében hibásnak fogja találni a valamikor nagy morális elégedettségét hozó döntését.

Foglaljuk össze az elemzést! A közmorál/közerkölcs erősebben szituációkhoz tapadó normáiról és az ezekben rejlő érények és elvek konstellációiról,

másik oldalról pedig az ezek revíziójára és elvetésére ösztönző absztrakt morális elvek és értékek kritikai moráljának álláspontjáról azt lehet mondani, hogy az individualista, absztrakt morált hirdető morálemléletekben hibás a közmorált pusztán szokáserkölcstől leminősítő álláspont. Ennek oka az, hogy ez az álláspont az elvek és az értékek általi formálást teljesen elvitatja. Továbbá hibás az az optimizmus, amely a jövő társadalmára nézvést lehetségesnek tart egy olyan, tudatos egyéni döntésekkel működő morált, mely ma még csak egy kis szellemi elit sajátja, hiszen e nézet eltekint a mindennapi élet döntési terheitől. A közmorál esetleges eltűnése így a társadalom integrációjának szétesését hozná magával.

7.3. A közmorál eltűnésének kritikája

Mint a bevezetőben jeleztük, ha tartalmilag megnézzük azt a pozíciót, mely feltételezi a közösségi erkölcsöt és az egyéni morális döntéseket ehhez szilárdan hozzáköti, és ezzel szemben az egyén szabad reflexiójával önmaga számára létrehozott morál propagálásának pozícióját, akkor az utóbbit mint a közösségi erkölcs anyagának teljes szabadsággal változtatható pozícióját, míg az előbbit mint a közösségi erkölcsöt mozdulatlanak és változatlanak feltevő pozíciót ragadhatjuk meg, és így is kifejezhetjük a szembenállásuk egy fontos aspektusát. Ezt az aspektust a középpontba emelve azonban összehasonlíthatóvá tettük az erkölcs/morál területének két szembenálló pozícióját a más szellemi szektorokban a változtathatóságról és ennek korlátairól szóló vitákkal és itt megfigyelhető történelmi trendekkel. Különösen a jog területén kapott ez széles körű elemzéseket, és az 1900-as évek elején a jogszociológia mint kutatási ág épp annak észlelése után jött létre, hogy bár a modern államgépezet apparátusainak kialakulása lehetővé tette az 1800-as évek elejétől egyre szélesebben a korábbi szokásjogi rögzítettségben levő jog gyors átalakítását (mely korábban csak fűnövésszerű lassúsággal, generációk változásaival volt kis részletekben megváltoztatható), ám egy szint után az így létrehozott, írott jogi normák papírjogi szabályokként csak elszaladtak az emberek feje felett, és nem váltak ténylegesen követett joggá. Ugyanígy megfigyelhető a modern művészeti ágakban is, hogy a művelődési szint emelkedésének egy foka után a kialakult tömeges szépérzék formálható a tudatos esztétikák, irodalmi és más művészeti kritikák egyszerűsített leírásainak folyamatos publicisztikai és oktatásbeli terjesztésével, de a legszélesebb tömeges szépérzéke csak egészen lassan változtatható. Így az ettől elszakadó

esztétikák mércéi és a művészeti ágakon belüli standardok szerint alkotók művei csak szűk elitkörökben találhatnak tetszésre, de a szélesebb rétegekben visszhangtalanok maradnak.

A csak lassú változtatást elviselő, tömeges normakövetés és tömeges szépérzék léte ellenére bizonyos változások azonban végbemennek, s mint a tömeges jogérzék eltolódása esetében, ezt is évek vagy évtizedek viszonyában láthatjuk átalakulni abban a formában, hogy a korábbi korszakban nagy tetszést arató művek ugyanazon a széles tömegszinten mára giccsesnek és ripacskodónak minősülnek. Egy-egy társadalomban vagy szélesebb kultúrkörben a tömegek szintjén van meghatározott jellemzőkkel körbeírható szépérzék. Így például ez az irodalom vagy a filmek területén is rögtön látható, mikor valaki az indiai sikerfilmeket elhozza egy európai országba, és itt akar ezekből tömegsikert elérni. A tömegesen bevett szépérzék eltérése a két kultúrkörben ezt lehetetlenné teszi.

Az e szellemi szférákban szerzett tanulság a tömegesen bevett jogérzékéről és szépérzékéről, illetve az ezek alapján történő cselekvések és megítélések működéséről azt mutatta az elemzésekben, hogy ha létrejönnek ezekben a szektorokban a tudatos reflexió intézményei (a tudatos jogalkotási gépezetek vagy a művészeti folyóiratok, esztétikai és irodalomkritikai zsűrizések stb.) és az ezek alapján működő írott jogi normák és művészeti tevékenységek, illetve termékeik rendszere, akkor ezek tömeges követését, illetve elfogadását is külön mechanizmusokkal és intézményekkel kell biztosítani, mert máskülönben papírjogként vagy művészi eredetieskedésként minden követés, realizálódás és hatás nélkül maradnak. A jog terén ez egyrészt a visszafogottabb jogváltoztatást kényszerítette ki az 1900-as évek elejének jogszociológiai feltárásai óta, de másrészt a mégis szükséges jogváltoztatásokhoz az egyes területeken úgy is igyekeznek reális követést biztosítani, hogy az itteni cselekvéseket előzetes hatósági engedélyhez kötik, és a hatóság a jogi előírásoknak való megfelelést megvizsgálva adja csak ki az engedélyt, ezzel biztosítja az egyedi esetekben is a tömeges cselekvésekben a jogi norma szerinti lefolyást. Vagyis miután az 1800-as évektől egyre szélesebb körben a jogi normák létrehozását tudatos döntéstől tették függővé, és sűrű időközönként megváltoztatták őket, ezzel párhuzamosan a jogi normák egy részénél (a hatósági-közigazgatási jog területein) még az egyedi realizálódásuk sem maradt az önkéntes jogkövetésre bízva (amit egyébként a bíróságok döntenének el, ha az emberi érintkezésben ezek vitássá válnának). Ehelyett a jog alkalmazása is tudatos, egyedi hatósági döntéstől vált függővé, mert csak így lehetett biztosítani a gyorsan változtatható jog tö-

meges követését. Ez persze lemerevíti és bürokratizálja a mindennapi emberi döntések, illetve cselekvések lehetőségeit, és a mindennapokat ezer és ezer hatósági eljáráshoz kötve állandó frusztrációt és tömeges elégedetlenséget hoz létre. Emiatt csak óvatosan lehet ezek számának növelésével bánni, de enélkül meg csak papírtörvény maradna a sok és szükséges jogi előírás a sűrű változtatások esetén. És még emellett is, a döntéstől függővé vált, pozitívalódott és bevett jogi előírásokat könnyelműen változtatató jog egyes részei sok esetben papírtörvénynek maradnak, bármi követés nélkül.

De a modern művészeti ágakban is látható, hogy az esztétikákkal és művészeti professzionálisok kritikáival és intézményeivel ellátott művészeti tevékenységeknél és termékeiknél is hasonló jelenségek vannak, mint a pozitívalódott jogban. Az ottani papírtörvénynek maradás megfelelője itt a tömeges művészi visszhangtalanság. Szűk körű esztéta és irodalmi kritikai stábok, intézményes zsűrizések jönnek létre, melyeknek megfelelően a művész (ugyanazokon az esztétikai, művészetelméleti és -alkotási leírásokon szocializálódva és a művészeti tevékenységét ezekre alapozva, begyakorolva), de a tömeges szépérzékűtől való eltérés miatt szélesebb körökben visszhangtalan marad. Csak a művészetfogyasztó tömegek belső differenciálódása és a műveltebb körökből elitkörök kiemelkedése („vajt fülűk”, illetve az ezeket körbevevő sznobok csoportjai révén) teszi lehetővé, hogy némi visszhangjuk legyen a tömegesen bevett szépérzékűtől eltérően alkotó professzionális művészeknek, és ezáltal évtizedek lassú ritmusában alakítja át eltérő szépérzék szerinti standardjaik egy része a milliós tömegek szintjén levő szépérzékét.

A tanulás tehát e két szellemi szektorban a meglévő szellemi anyagok és tömegek érzékébe beivódott „jogos” és „szép” változtathatóságát illetően, hogy *csak részleges és lassú tempóban végrehajtott változtatások tudnak átmenni, és még ez a lassú változtatási tempó is csak külön mechanizmusok és intézmények létrehozásával vált itt lehetővé*. Nézzük meg, hogyan áll ez a helyzet a közmorál/közkerölcs területén.

Bizonyos fokig az erkölcsi szektorban is megfigyelhetők azok az 1800-as évek második felétől gyorsuló ütemben létrejövő intézmények és mechanizmusok, melyek az emberek erkölcsi ítéletének átformálását célozzák meg, és amelyek révén az erkölcsi normák/elvek/értékek éppúgy pozitívalódnak (azaz döntéstől válnak függővé), mint ahogy az a szokásjogból írott joggá átfejlődésben történt, vagy ahogy azt a művészeti szférában a tömeges szépérzék felett a szépítéletek esztétikákkal és művészeti kritikákkal történő ellátása kapcsán láttuk. Míg azonban ott egy önálló, professzionális alrendszer bomlott

ki ezek gondozására (például a jogrendszer és a jogászság képében), addig az erkölcs terén ez nem tudott végbemenni, hanem egy sor szellemi szféra mellékesen, a fő tevékenysége ellátása közben foglalkozik ezzel. A vallási szféra, mely a kereszténységben hagyományosan az üdvözülés központi aspektusának tartotta az érület milyenségét, a lélekápolás feladatát kiemelkedően tekintette és folyamatosan végezte. A modern időkre tekintettel elég csak említeni e szféránál az európai társadalmakban az istentiszteletek erkölcsi nevelését, illetve a katolikus egyházban ezen túl még a gyónási tevékenység közbeni erkölcsi nevelést. Azonban a templomba járás csökkenésével és a szekularizációval ma már ez nem jön szóba össztársadalmi erkölcsi nevelésként. Eközben persze a kereszténység lelkiismerre és tudati érületre figyelő, sok évszázados tevékenységének gyümölcsei már mélyen beivódtak az európai népek és az itteniek kirajzásából létrejött, más népek kultúrájába is, sőt még az ateistává lett társadalmi részekbe is. A valamikori keresztény erkölcsi mércék és értékek ott vannak implicite ezek tudatában is.

De említeni lehet itt egyes művészeti ágak ide vonatkozó funkcióit is. A művészetek közül a regények, novellák, színdarabok tömeges erkölcsi nevelő és átnevelő hatása az írástudás általánossá válásával, különösen az 1800-as évek végétől bomlott ki. Ezt a kommunikációs médiumok skálájának bővülése (a mozi, a rádiózás majd a televíziózás megjelenése) az 1950-es évektől a folyamatos erkölcsi értékrend gondozás és -formálás centrumába emelte. A nagy filmsorozatok és szappanoperák sokmillió nézettsége (esetleg heti többszöri adással) az e filmekbe betáplált erkölcsi dilemmák meghatározott irányú feloldásának sugallásával és sulykolásával bizonyos fokig át tudja építeni milliók erkölcsi érzékét és erkölcsi normáit/elveit/értékeit. (És ez a fiatalabb és még formálhatóbb erkölcsi érzékkel rendelkező rétegekben fokozottabban lehetséges!) Azonban ez az erkölcsi befolyásolási hatalom a tömegmédiá kezében a sokmillió tömegek felett a tapasztalatok szerint sokszor egyáltalán nem az erkölcsnemesítés, a harmonikus együttlét fontosságának hangsúlyozása és az ilyen magatartási normák sulykolása felé hat (noha akadnak ilyen filmek és műsorok is az egyes csatornáktól függően). A profitmotívum és a konkurencia legyűrése érdekében sokkal inkább a nagy nézettség elérése dominál, és az alpári ösztönök felkeltése és a műsorok ezekre alapozása sokszor erkölcsrombolást hoz létre. Vagyis miközben a tömegmédiá kiépülése szinte a jogot meghaladóan pozitíválni tudta az erkölcsi normavilág tömeges szintjén az átformálási lehetőségeket, addig ez a potenciál a profitmotívumra törekvés révén nemhogy az erkölcsépítésre és az erre alapozott erkölcsformálásra kapna lehetőséget, hanem jórészt inkább az er-

kölcsrombolás felé kap kihasználást. A profitmotívum mellett persze itt egy mélyebb összefüggés is van (melyre még vissza kell térni). Ezt úgy lehet röviden megfogalmazni, hogy az utóbbi évtizedekben a nyugati világban a globalizáció folyamatai az egyes nemzeti társadalmak fölé egy egységesülő termelési és uralmi rendet kezdtek kiépíteni. Ennek révén egy folyamatos küzdelem alakult ki a helyi, nemzeti társadalomszervezést védő erők és a globális uralmi rend erői között. A létező közerkölcsök pedig értelemszerűen a nemzeti társadalmak hagyományos normái, elvei és értékhangsúlyai szerint formálódtak, így a globális uralmi rend erőinek nemzeti társadalomszervezés visszaszorítására tett erőfeszítései ezek felmorzsolását is célozzák. A globális médiahatalmak kezében levő helyi, főként kereskedelmi médiák erkölcsromboló tevékenységének elemzésénél erről az összefüggésről nem szabad megfeledkezni.

A tömegmédia azonban a direktbb erkölcsformálása mellett a híranyagok és a világ eseményeinek kézben tartásával is meghatározza az erkölcsi ítéleteket. Igaz, az előbbihez képest ennek már szorosabb korlátai vannak, mert a tömeges események hosszabb távon közvetlen érzékeléssel is eljutnak a sok millió ember tudatába. Ekkor a média – a valósággal szembenálló sugalmazásával – ahelyett, hogy manipulálni tudná az esemény tömegtudatba kerülését, inkább visszacsapó hatásként, az emberek elvetik a média teljes hírbemutatását mint hazugságot. E korlát ellenére azért a média e téren is sokszor nagy szabadságot élvez, és befolyásolni tudja a tömeges erkölcsi értékeléseket.

Végül ki kell térni az erkölcsi normák/elvek/értékek pozitíválódásának elemzésénél az utóbbi évtizedekben óriási mértékben felerősödő emberi jogi doktrínára és ennek intézményrendszerére, mely az erkölcsi szférát összefonja a joggal, s mindkét szférát átformálja. A jurisztokratikus állam felemelkedésével párhuzamosan ez a fejlemény mutatja leginkább a morál eljogiasítását és ennek a jurisztokrácia kezelésére bízását. Az emberi jogok – mint a természet által az emberbe ültetett örökjogok feltételezése a korábbi, isteni természetjogban való hit helyett – az 1600-as évek végétől kezdve formálta a fennálló feudális állapotokkal szembeni politikai és eszmei küzdelmeket Európában. Majd az ezekkel összekötött követelések részleges (legalább formális) megvalósulása a polgári átalakulás nyomán, illetve a történelemszemlélet tudományos alapokra helyeződésével az 1800-as évek elejétől naivitásként elvetésre került. A szűk szellemi körökre (főként a katolikus teológusokra) visszaszorult természetjogban való hit aztán az 1940-es évek közepétől a második világháború lezárását követő események kapcsán kapott ismét erőre – kevésbé

a tényleges morál- és jogfilozófiában, mint inkább az ideológiai, szellemi szférában. Ugyanis az ekkor dominánssá vált amerikai katonai és politikai vezetés a legyőzöttek vezérkaraival való leszámolás során, az ehhez hiányzó nemzetközi jogi anyag pótlására, a természetjogi eszmét reaktíválta. Bár a legyőzöttek államainak helyi joga lehetővé tette a számon kért cselekményeket, de ezeket mint a természetjoggal szemben állókat meg kellett volna tagadniuk az alárendelteknek, mert ezek ezen az alapon semmisnek minősültek. Ez a háború utáni légkör a reaktívált természetjognak óriási terjesztést biztosított, és a jog- és morálfilozófiában is egy időre bizonyos teret nyert az ideológiai ösztökélés efelé, ám ez hamar lehanyatlott, és a nürnbergi perek után ezek súlykolása elült. Csak az 1970-es években nyertek ezek az eszmék ismét teret, ahogy az amerikai vezetés a szovjet blokkal szembeni felmorzsolás taktikáját az emberi jogok ottani megsértéseinek nyilvánosság előtti, folyamatos hangoztatására kezdte alapozni (lásd a Carter-doktrínát és a helsinki egyezményt). A szovjet blokkon belüli szellemi ellenállás így ettől kezdve az emberi jogokért való politikai és szellemi harc formáját öltötte, és ez ismét pátozzal hatotta át a természetjognak ezt a verzióját a nyilvánosság előtt. Majd ugyanezt a szellemi taktikát folytatta aztán az amerikaiak által dominált nyugati világ az 1990-es évek elejétől, amikor a szétesett szovjet bloktól függetlenné vált közép- és kelet-európai államokat integrálni kezdte, és az itteni helyi törvényhozások feletti ellenőrzést az emberi jogok központi kezelésére alapozta. Európában a strasbourgi emberjogi bíróság nemzeti törvényhozások feletti ellenőrzése, valamint a helyi alkotmánybíróságok különböző fokban emberi jogi doktrínákhoz kötése központi szerepet biztosítottak az amerikai intézmények és szerzők által dominált emberjogi eszmekincsnek. A média nagy részének ehhez való kötődése ezekben az országokban pedig a mindennapok vitáiba és döntéseibe is leviszi az emberjogi ideológia érveléseit és szempontjait. Ez pedig – egy kibogozhatatlan egységben tartva a morális elveket és a jogi normákat – a jogi vitákat is állandóan morális érvekkel keveri, és ezzel látszólag a morális aspektus növekedése jön létre napjainkban. Persze ezt látszólagosnak kell nevezni, mert ténylegesen a nagy erővel terjesztett morálfilozófiai alapművek és különösen ezek média általi konkretizálásai a legközvetlenebbül összefonódnak a globális nyugati világban domináns társadalmi csoport politikai érdekeivel és céljaival, és az egyes nemzetállamok törvényhozása feletti emberjogi kontroll csak a morális takarót biztosítja a globális rendhez. (A kritika ellenére hozzá kell tenni, hogy bizonyos ellentétek oldásában pozitívan is hatnak az emberi jogok már ma is, és kiszabadítva a globális uralmi rend szolgálatától, lehetne találni bennük

a jövőben is potenciált a harmonikus társadalmi állapotok biztosítására, noha természetjogi származtatásuk tudományosan ma már nem állítható.)

Összességében tehát az látható, hogy egyrészt a tömegmédiумok mindennapokat átható ereje révén az egyes emberek erkölcsi normáinak, elveinek pozitívalódását (tudatos társadalmi döntéstől függővé válását és ezzel folyamatos átformálási lehetőségét) létre tudták hozni, másrészt az emberjogi doktrína központivá válása a jog működése felett egy összefont, morális/jogi érvelési rendszerbe fogta össze a nyugati civilizációs kör társadalmának jogszolgáltatásait. Azonban mindkét rész alapvetően elszakad a helyi nemzeti társadalmak belső csoportjaitól, illetve az ezek által vallott erkölcsi, morális, elvi hangsúlyoktól. Az erkölcsi, morális pozitívalódásnak ez a kettős rendszere egyrészt a globális média főként Amerikában székelő erőinek központi erkölcsstermelését viszi le a helyi népekhez, másrészt az emberjogi ideológia szintén amerikai termelőközpontjai formálják felülről a helyi jogrendszerek morális érvekbe öltöztetett tevékenységét. Ez a kettős globális erkölcsformálás tagadhatatlanul hat, és pozitívalta bizonyos fokig a helyi népek erkölcsét, de ez a tudatos erkölcsformálás sokszor pusztá propagandaként lepleződik le, illetve a helyi népek elitjeinek jó része amerikai szellemi gyarmatosításként kezeli és harcol ellene.

Felhasznált irodalom

- Albert INGOLD (2015): Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland. Karriere – Konzept – Kritik. *Archiv für öffentliches Recht* (AöR), Vol. 140. No. 1. 3–30.
- Alec Sweet STONE (2000): *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, New York.
- Alexander J. LEONE (2009): Compliance with New International Law. A Study of Venice Commission Opinion No. 363/2005 on the International Legal Obligations of Council of Europe Member States in Respect of Secret Detention Facilities and Inter-State Transport of Prisoners. *The George Washington International Law Review*, Vol. 41. No. 1. 299–326.
- Alexander SOMEK (2010): Administration without Sovereignty. In Petra DOBNER – Martin LOUGHLIN eds.: *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press.
- Alfred STEPAN – Cindy SKACH (1993): Alkotmányos keretek és a demokrácia megszilárdulása. *Politikatudományi Szemle*, 4. sz. 51–71.
- Alfred William Brian SIMPSON (1981): The Rise and Fall of the Legal Treatise. Legal Principles and the Form of the Legal Literature. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 48. No. 3. 632–679.
- ANDOR László (2008): Ultrahang a világrendről. *Fordulat*, 1. évf. 3 sz. 34–41.
- Andreas BIELER – Adam David MORTON eds. (2001): *Social Forces in the Making of the New Europe*. Palgrave, Hampshire. 47–69.
- Anne-Marie SLAUGHTER (2004): *The New Global Order*. Princeton University Press, Princeton–Oxford.
- Benedict KINGSBURY (1999): Foreword. Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem? *N. Y. U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 31. 679–696.
- Benjamin CARDOZO (1921): *The Nature of Juridical Process*. New Haven, Yale University Press.
- Bernd RÜTHERS (2003): Demokratischer Rechtsstaat oder oligarschischer Richterstaat? In Eduard PICKER – Bernd RÜTHERS Hg.: *Freiheit und Recht*. C.H. Beck, München. 11–136.
- Bernd RÜTHERS (2006): *Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht*. NJW. 2759–2761.
- Bernd RÜTHERS (2007): *Rechtsstaat oder Richterstaat? Methodenfragen als Verfassungsfragen*. Forrás: www.richterkontrolle.de (letöltés ideje: 2016. 12. 01.)
- Bernd RÜTHERS (2012): *Die unbegrenzte Auslegung*. Auflage, Tübingen.
- Bernd RÜTHERS (2014): *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*. Mohr Siebeck, Tübingen.
- Carrie MENKEL-MEADOW (1998): The Causes of Cause Lawyering. Toward an Understanding of the Motivation and Commitments of Social Justice Lawyers. In Austin SARAT – Stuart SCHEINGOLD eds.: *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press, New York. 31–68.
- Cass R. SUNSTEIN (2006): Burkean Minimalism. *Michigan Law Review*, Vol. 105. No. 2. 353–408.
- Charles R. EPP (1988): *The Rights Revolution*. Chicago University Press, London–Chicago.
- Christian VOLK (2012): Why Global Constitutionalism Does not Live up to its Promises. *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2. No. 2. 551–573.

- Christine SCHWÖBEL (2012): The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. *German Law Review*, Vol. 13, No. 1, 1–22.
- CHRONOWSKI Nóra (2015): Globális vagy lokális alkotmányosság? *Jogelméleti Szemle*, 4. szám, 19–31.
- Daniel TERRIS – Cesare P. R. ROMANO – Leigh SWIGART (2007): *The International Judge. An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*. Oxford, New York, Hanover, NH, Oxford University Press and University Press of New England.
- David A. SMITH – BÖRÖCZ József eds. (1995): *A New World Order? Global Transformation in the Late Twentieth Century*. Greenwood Press.
- David DYZENHAUS (2012): Constitutionalism in an old key. Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, Vol. 1. No. 2. 229–260.
- Detlef LIEBS (1983): *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*. C. H. Beck Verlag, München.
- Diane P. WOOD (1997): Generalist Judges in a Specialized World. *SMU Law Review*, Vol. 50. No. 4. 1755–1768.
- DRINÓCZI Tímea (2015): Jurisztokrácia és alkotmányoligarchia vagy többszintű alkotmányosság és alapjogvédelem. Reflexiók Pokol Béla írására. *Jogelméleti Szemle*, 4. szám, 32–45.
- Eduard SPRANGER (1936): *Közkerölcs és személyes erkölcsiség*. Királyi Magyar Egyetemi Nyomda, Budapest.
- Ernst FORSTOFF (1959): Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. In Hans BARION – Ernst FORSTOFF – Werner WEBER Hg.: *Festschrift für Carl Schmitt*. Duncker & Humblot, Berlin. 35–62.
- Ernst TUGENDHAT (1994): *Vorlesungen zur Ethik*. 2. Aufl. Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- FINKEY Ferenc (1909): *A jogtalanság mint büntetendő cselekmény ismérve*. Magyar Tudományos Akadémia, Budapest.
- Franz von LINZ (1905): Der Zweckgedanke in Strafrecht. In Franz von LINZ: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Band 1. (1875–1891). Guttentag Verlag, Berlin. 126–179.
- Frederick SCHAUER (2003) The Convergence of Rules and Standards. *New Zealand Law Review*, No. 3. 303–328.
- Fritz SCHULZ (1961): *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Hermann Bölaus Nachfolger, Weimar.
- Georg JELLINEK (1885): *Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Holder, Wien.
- Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (1971): *A jogfilozófia alapvonalai vagy a természetjog és az államtudomány vázlatja*. Ford. Szemere Samu. Akadémiai Kiadó, Budapest.
- Gerald POSTEMA (1980): Moral Responsibility in Professional Ethics. *New York University Law Review*, Vol 55. April. 63–89.
- Guglielmo VERDIRAME (2013): A Normative Theory of Sovereignty Transfers. *Stanford Journal of International Law*, Vol 49. No. 2. 383–389.
- H. L. A. HART (1995): *A jogfogalma*. Ford. Takács Péter. Osiris, Budapest.
- HAMZA Gábor – KÁLLAY István (1973): *De diversis regulis iuris antiqui*. Budapest, ELTE kiadvány.
- Hans HATTENHAUER (2000): *Grundbegriffe de Bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung*. C. H. Beck Verlag, München.
- Herbert KRITZER (2011): Where Are We Going? The Generalist vs. Specialist Challenges. *Tulsa Law Review*, Vol. 47. Summer Issue, 51–64.
- Hermann LANGE (1997): *Römisches Recht im Mittelalter*. Band I. Glossatoren. C. H. Beck Verlag, München.
- HORKAY-HÖRCHER Ferenc szerk. (2002): *Közösségi politikai filozófiák*. Századvég, Budapest.

- Immanuel KANT (1991): *Az erkölcsök metafizikájának alapvetése. A gyakorlati ész kritikája. Az erkölcsök metafizikája*. Fordította Berényi Gábor. Gondolat, Budapest.
- Jeremy WALDRON (2004): *Can there be a Democratic Jurisprudence?* Draft of March 2004 for Analytical Legal Philosophy Conference. NYU School of Law.
- Jeremy WALDRON (2004): Törvényhozás, autoritás és szavazás. In BÓDIG Mátyás – GYÖRFI Tamás – SZABÓ Miklós szerk.: *A Hart utáni jogelmélet alapp problémái*. Bíbor Kiadó, Miskolc. 372–373.
- Jon KYL – Douglas J. FEITH – John FONTE (2013): The War of Law. How New International Law Undermines Democratic Sovereignty. *Foreign Affairs*, Vol. 92. No. 4. 115–125.
- Julian ARATO (2012): Constitutional Transformation in the ECtHR: Strasbourg's Expansive Recourse to External Rule of International Law. *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 37. No. 2. 351–352.
- Julian ARATO (2013): Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organization. *The Yale Journal of International Law*, Vol. 38. No. 2. 289–357.
- Jürgen HABERMAS (1992): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main, Surhkamp.
- Jürgen HABERMAS (2001): *A kommunikativ etika*. Új Mandátum, Budapest.
- Karlheinz NICKLAUSS (1999): *Der Weg zum Grundgesetz*. UTB Verlag, Stuttgart.
- KISS J. László (1998): „Új világrénd” felé? Globalizáció és az állam változó viszonya. In KISS J. László – URKUTI György szerk.: *Globalizáció: mítosz vagy valóság?* BIGIs Könyvek, Budapest. 9–36.
- Kolja MÖLLER (2015): Formwandel des Konstitutionalismus. Zum Verhältnis von Postdemokratie und Verfassungsbildung jenseits des Staates. *ARSP*, Vol. 101, Heft 2, 270–289.
- Louis AUCOIN (2004): The Role of International Expert in Constitutional-Making. Myth and Reality. *Georgetown Journal of International Affairs*. Winter/Spring, 89–95.
- Louise TRUBEK – Elizabeth KRANSBERGER (1998): Critical Lawyers. Social Justice and the Structure of the Private Practice. In Austin SARAT – Stuart SCHEINGOLD eds.: *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press, New York. 202–205.
- Martin SHAPIRO (1964): *Law and Politics in the Supreme Court. New Approaches to Political Jurisprudence*. New York, The Free Press of Glencoe.
- Melissa A. WATER (2007): Creeping Monism. The Judicial Trend Toward Interpretative Incorporation of Human Rights Treaties. *Columbia Law Review*, Vol. 107. No. 2. 628–705.
- Michael MACCANN – Helena SILVERSTEIN (1998): Rethinking Law's „Allurments”. A Relational Analysis of Social Movement Lawyers in the United States. In Austin SARAT – Stuart SCHEINGOLD eds.: *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press, New York. 261–292.
- Michael RIEGNER (2010): The Two Faces of the Internationalized Pouvoir Constituant. Independence and Constitution-Making Under External Influence in Kosovo. *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 3. No. 32. 1035–1062.
- Nadia FIORINO – Fabio PADOVANO – Grazia SGARRA (2004): *The determinants of judicial independence: Evidence from the Italian Constitutional Court (1956–2002)*. 9. (internet.) Folyóiratban: *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Vol. 163, No. 4, December 2007, 683–705.
- Neil MACCORMICK (1990): Reconstruction after Deconstruction. A Response to CLS. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 10. No. 4. 539–558.

- Nicolai HARTMANN (1962): *Das Problem des geistigen Seins. Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften*. Walter de Gruyter Verlag, Berlin.
- Nicolai HARTMANN (1962): *Ethik*. 4. unveränderte Auflage. Walter de Gruyter Verlag, Berlin.
- Niklas LUHMANN (1989): *Ethik als Reflexionstheorie der Moral*. In Niklas Luhmann: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Band 3. Surhkamp, Frankfurt am Main. 358–447.
- Niklas LUHMANN (1990): *Paradigm lost. Über die ethische Reflexion der Moral*. Surhkamp, Frankfurt am Main.
- Noah FELDMAN (2005): Imposed Constitutionalism. *Connecticut Law Review*, Vol. 37. Summer Issue, 851–865.
- Nuno GAROUPA – Tom GINSBURG (2011): Building Reputation in Constitutional Courts. Political and Judicial Audiences. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 28. No. 3. 539–568.
- Nuno GAROUPA (2011): Empirical Legal Studies and Constitutional Courts. *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol 5. No. 1. 26–54.
- Peter STEIN (1966): *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*. Edinburgh, University Press.
- Peter STEIN (2005): *A római jog Európa történetében*. Osiris, Budapest.
- Petra DOBNER (2010): More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism. In Petra DOBNER – Martin LOUGHLIN eds.: *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press. 144–165.
- POKOL Béla (1993): A magyar parlamentarizmus szerkezete. A hatalmi négyszög súlyponteloszlásai. *Társadalmi Szemle*, I. rész: 9. sz. 16–26., II. rész: 10. szám. 11–19.
- POKOL Béla (1993): Habermas jogfilozófiája. *Magyar Filozófiai Szemle*, 5. sz. 237–243.
- POKOL Béla (1994): *A magyar parlamentarizmus*. Cserépfalvi Kiadó, Budapest.
- POKOL Béla (2000): A perlési politizálás dilemmái. *Jogelméleti Szemle*, 4. sz.
- POKOL Béla (2003): *Feljegyzések a XXI. Jogfilozófiai Világkongresszusról*. *Jogelméleti Szemle*, 3. sz.
- POKOL Béla (2003): Piacosítás és globális uralmi rend. *Politikatudományi Szemle*, 4. sz. 5–40.
- POKOL Béla (2005): *Globális uralmi rend I*. Budapest, Kairosz.
- POKOL Béla (2008): A jog absztrahálódási formái. Regulák, maximák, jogelvek, jogdogmatikai fogalmak és alapjogok. *Jogelméleti Szemle*, 3. sz.
- POKOL Béla (2008): *Globális uralmi rend II*. Budapest, Kairosz.
- POKOL Béla (2008): *Középkori és újkori jogtudomány*. Dialóg Campus, Budapest–Pécs.
- POKOL Béla (2011): *Európa végnapjai. A demográfiai összeomlás következményei*. Kairosz, Budapest.
- POKOL Béla (2011): *Moráleméleti vizsgálódások. A közmorál elméleti eltüntetésének kritikája*. Kairosz, Budapest.
- POKOL Béla (2014): Az alkotmánybíráskodás szociológiai megfigyelése. *Jogelméleti Szemle*, 3. sz. 159–189.
- POKOL Béla (2014): Generális bíráskodás versus specializált bírósági rendszer. Az alkotmánybíráskodás egy dilemmájáról. *Jogelméleti Szemle*, 2. sz. 226–243.
- POKOL Béla (2015): A jurisztokrácia és a demokrácia határvonalán. *Jogelméleti Szemle*, 3. sz. 5–9.
- POKOL Béla (2015): Alkotmánybírói döntési stílusok Európában. *Jogelméleti Szemle*, 3. sz.
- POKOL Béla (2015): Globális uralmi rend és állami szuverenitás. In TAKÁCS Péter szerk.: *Az állami szuverenitás. Esemény és/vagy valóság*. Gondolat Kiadó/ MTA TK JTI – SZE DFK, Budapest, 2015. 162–195.

- POKOL Béla (2016): A jurisztokratikus kormányforma és szerkezeti kérdései. *Jogelméleti Szemle*, 1. sz.
- Rainer WAHL (2010): In Defence of 'Constitution'. In Petra DOBNER – Martin LOUGHLIN eds.: *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press.
- Ran HIRSCHL (2004): *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press, Boston.
- Richard A. POSNER (2011): Realism about Judges. *Northwestern University Law Review*, Vol. 105. No. 2. 577–586.
- Richard POSNER (2006): The Role of the Judge in the Twenty-First Century. *Boston University Law Review*, Vol. 86. No. 5. 1049–1068.
- Ronald DWORKIN (1977): Is the Law the System of Rules? In Ronald DWORKIN: *The Philosophy of Law*. London, Oxford University Press.
- Ronald DWORKIN (1977): *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press.
- Rowena MASON: Grayling says European court of human rights has lost legitimacy. *The Guardian*. 2013. 12. 30.
- Ruti TEITEL – Rober HOWSE (2009): Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order. *N. Y. U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 41. No. 4. 959–990.
- Rüdiger VOIGT (1980): Verrechtlichung. In Rüdiger VOIGT Hg.: *Verrechtlichung. Analysen zur Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*. Königsstein/Ts. Athenäum, Frankfurt. 15–16.
- Stanley J. McQUADE (1996): Ancient Legal Maxims and Modern Human Rights. *Campbell Law Review*, Vol. 75. No. 1. Summer. 539–558.
- Stefan SCHEIL (2012): *Transatlantische Wechselwirkungen. Der Elitenwechsel in Deutschland nach 1945*. Duncker & Humblot, Berlin.
- Stuart SCHEINGOLD (1998): The Struggle to Politicize Legal Practice. A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In Austin SARAT – Stuart SCHEINGOLD eds.: *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press, New York. 118–150.
- Tom GINSBURG – Nuno GAROUPA (2011): *Hybrid Judicial Career Structures. Reputation v. Legal Tradition*. University of Chicago Law School, Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics.
- Uwe KRANENPOHL (2010): *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden.
- VARGA Csaba (2006): *Lopakodó jogújítás az alkotmánybíráskodás útján. Rendszerváltásunk természetrajzához*. PoLiSz.
- VARGA Csaba (2007): *Jogállami? Átmenetünk?* Kráter Műhely Egyesület, Pomáz.
- VARGA Zs. András (2015): *Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája*. Századvég, Budapest.
- VERESS Emőd (2006): Elnök és kormány viszonya Romániában. *Magyar Kisebbség*, 1–2. sz. 299–311.
- Vicki C. JACKSON (2007): Transnational Challenges to Constitutional Law. Convergence, Resistance, Engagement. *Federal Law Review*, Vol. 35. No. 2. 161–185.
- William C. CARROLL – Colin CARSON (2003): Forging a New Hegemony? The Role of Transnational Policy Groups in the Network and Discourses of Global Corporate Governance. *Journal of World-Systems Research*. 67–102.

A Nemzeti Közszolgálati Egyetem kiadványa.



Nordex Nonprofit Kft. – Dialóg Campus Kiadó • www.dialogcampus.hu
www.uni-nke.hu • 1094 Budapest, Márton utca 19. • Telefon: 06 (30) 426 6116
E-mail: kiado@uni-nke.hu • A kiadásért felel: Petró Ildikó ügyvezető •
Kiadói szerkesztő: Sós Dóra Gabriella • Tördelőszerkesztő: Nász András •
Nyomdai kivitelezés: Nordex Nonprofit Kft.

ISBN 978-615-5680-51-9

Miközben az egyik legfontosabb törekvés a demokrácia érdekében a választásokon való részvétel lehetőségének kiszélesítése és minél szélesebb körű biztosítása, egyidejűleg egy másik tendencia is megfigyelhető: egyfajta jurisztokratikus állam létrejötte, amely épp a választók akaratának figyelmen kívül hagyásának veszélyével fenyeget. Az utóbbi időben a nemzetközi szakirodalomban egyre inkább megjelennek a jogállamtól a bírói állam felé mutató változásokról szóló elemzések.

A szembenálló társadalmi csoportok politikai küzdelmeinek egy része áttevedik a parlamenti választási küzdelmekből és a törvényhozási arénából a bírói tárgyalótermekbe a perlési politizálás formájában. Az egyes nagy társadalmi csoportok ezáltal már nem a parlament felé irányuló, demokratikus politikai küzdelmekben és a törvények tartalmának befolyásolásán keresztül igyekeznek meghatározni a jogi rendezéseket. Ezzel fennáll a veszély, hogy a parlamenti választások jelentősége egyre csökken, hiszen az érdemi politikai döntések már nem a választásokon és az azt megnyerő pártok parlamenti küzdelmei alapján dőlnek el, hanem a tárgyalótermekben.

Ez a könyv kifejezetten ezt a témakört járja körül, a nemzetközi szakirodalom alapos feldolgozásával. Ennek a témának a hazai feldolgozása még meglehetősen hiányos, ezért ez a mű hiánypótló is a magyar jog- és politikatudományban.

A kiadvány
a KÖFOP-2.1.2-VEKOP-15-2016-00001
„A jó kormányzást megalapozó
közszolgálat-fejlesztés” című projekt
keretében került kiadásra.

dialog Campus



MAGYARORSZÁG
KORMÁNYA

SZÉCHENYI 2020

Európai Unió
Európai Szociális
Alap



BEFEKTETÉS A JÖVŐBE