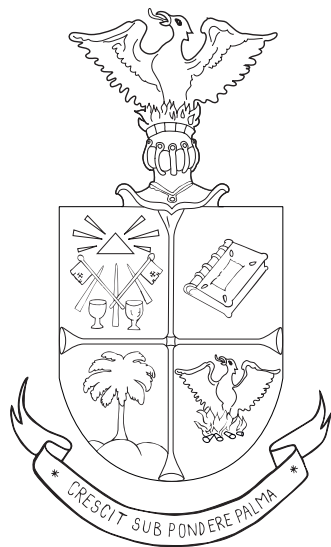


A jog többretegűsége

A jog többretegűsége



Budapest, 2020

Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar

© Szerzők, 2020

A kötet szerzői:

Cservák Csaba – Lenkovics Barnabás – Nagy Zsolt – Pokol Béla
Prugberger Tamás – Simon István – Szalma József – Szilágyi Péter
Szmodis Jenő – Téglási András – Tóth J. Zoltán – Varga Csaba
Varga Zs. András – Visegrády Antal

Szerkesztette:
Tóth J. Zoltán

Lektorálta:
Birher Nándor

ISSN 2063-4757
ISBN 978-615-5961-33-5

Kiadja a Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kara
Felelős kiadó: Prof. Dr. Miskolczi-Bodnár Péter dékán

A kiadvány nyomdai munkálatait előkészítette:

Patrocinium Kiadó
www.patrocinium.hu

TARTALOMJEGYZÉK

Előszó	7
Pokol Béla: <i>A jogrendszer duplázódása</i>	9
Varga Csaba: <i>Mi a jog? És kié a jog? Jog és simulacrái: Versengés belülről s kívülről a jog meghatározásáért</i>	33
Szilágyi Péter: <i>A jog rétegeinek elmélete mint a jog strukturális elmélete – és mi következhet abból</i>	47
Szmodis Jenő: <i>Észrevételek a jogrendszer duplázódásának elméletéhez</i>	65
Varga Zs. András: <i>Valóban a legkevésbé veszélyes hatalom? Létezik-e természetes korlátja a bírói függetlenségnek?</i>	79
Visegrády, Antal: <i>Judicial case law as a layer of law</i>	97
Cservák Csaba: <i>A jog rétegelméletének új kihívásai</i>	109
Tóth J. Zoltán: <i>A jog dinamikájáról</i>	129
Lenkovics Barnabás: <i>A magánjog rétegződése</i>	151
Nagy Zsolt: <i>Megjegyzések – Pokol Béla „A jogrendszer duplázódása” című tanulmányához</i>	161
Téglási András: <i>Az alapjogok hatása a magánjogi jogviszonyokban</i>	177

Simon István:

A pénzügyi jog szerkezete és forrásai187

Prugberger Tamás:

A szak-jogágak alkotmányjogi problémái a jogrendszer-tagozódás tükrében:

Az alkotmányjogi jogduplázódás megjelenésének kihatása a jogrendszer

tagozódására211

Szalma József:

A generálklauzulák és a joghézag az európai és a magyar magánjogban219

Pokol Béla:

Kettős állam és jogduplázódás (A jurisztokrácia okai és következményei)241

ELŐSZÓ

Jelen tanulmánykötet a jog belső struktúrájáról és dinamikájáról, illetve a jogról mint normarendről és mint társadalmi intézményről szóló tanulmányokat tartalmaz, melyek megpróbálnak választ találni arra a kérdésre, hogy hogyan működik (és végső soron mi) a jog: miből áll, milyen belső részeket („rétegeket”) tartalmaz, továbbá ezek milyen módon viszonyulnak egymáshoz, és milyen elméleti és gyakorlati konzekvenciákkal járnak az állam felépítésére, a társadalom joghoz való viszonyulására, illetve az egyes jogágak helyzetére és szerepére.

A kötetet Pokol Béla tanulmányai foglalják teoretikus keretbe, akinek a nyitó tanulmányban megfogalmazott gondolatai, a jog rétegeiről alkotott, immáron majd három évtizedes, de az utóbbi években újragondolt elmélete jelenti a többi tanulmány számára a vitaalapot és a vonatkoztatási pontot, melyhez képest a kötet szerzői a jog belső tartalmáról és funkciójáról szóló saját gondolataikat kifejtik. Ez utóbbiak alapvetően kétfélék: vagy általános jogelméleti, többségükben jogi ontológiai, olykor jogszociológiai alapokon elemzik a jog működését, vagy egy-egy jogág vonatkozásában vonják le saját elméleti következtetéseiket.

A könyv szerzői neves elméleti és gyakorlati szakemberek, köztük az MTA doktori, egyetemi tanárok, docensek, továbbá jelenlegi és volt alkotmánybírók. Számos szerző – elméleti munkássága mellett – a jogi praxishoz is kötődik valamilyen módon, így megállapításaikat nem egyszerűen teoretikus alapon fogalmazzák meg, hanem gyakorlati tapasztalataikat felhasználva gondolkodnak a jog tényleges működéséről és annak következményeiről.

A kötetet ajánljuk mindazoknak, akik a felszín mögé is be kívánnak tekinteni, és kíváncsiak a jog reális strukturális felépítésével és működésével kapcsolatos jogbölcseleti vitákra, a különböző nézőpontok ütközésére. Bízunk benne, hogy az nemcsak a jogelmélet, hanem a jogi praxis területén tevékenykedő jogászok érdeklődésére is számot tart majd.

Budapest, 2020 júniusa

Dr. habil. Tóth J. Zoltán

A JOGRENSZER DUPLÁZÓDÁSA

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

1 DSc; egyetemi tanár, ELTE ÁJK; alkotmánybíró.

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

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

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

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

ragadására elég lenne egy egyszerű bővítés a jog többretegűségén, és letudni ezt egy negyedik jogréteg hozzáillesztésével. A következőkben ezt az újragondolást szeretném ebben a tanulmányban elkezdni.

1. A jog hagyományos rétegei

Az ellentmondás-mentesség szükséglete együtt növekszik a jogban a társadalom fejlettségével, és a komplex társadalmak bonyolult működése csak az ellentmondás-mentesség magas foka mellett lehetséges. Ezt tudja a jogi normák rendszerszerűsége biztosítani. Az egyre sűrűbb társadalmi viszonyok, valamint az emberek és szervezetek milliói közti egyre intenzívebb érintkezések mellett – szemben például a korábbi társadalmi fejlettségi szinten a zárt falvakban élő kisközösségek változatlan viszonyai által támasztott követelményekkel – a jogi normák rendszerszerűségét ma már csak egyre bonyolultabb jogrendszerek teszik lehetővé. A korai középkor Európájában például a jogszolgáltatást (az akkori magyar nyelven: a törvénykezést) lényegében egyedül a bírák jelentették – akik hosszú ideig nem is voltak képzett jogászok –, és az ő döntéseikből szilárdult meg az adott ország joga évszázadokra, mint szokásjog. A későbbiekben viszont – az 1400-as évek végétől felgyorsulón – már egyre inkább kiszakadt a tudatos jogalkotás a bírói jogszolgáltatásból, eleinte szokásjogi kódexek, majd egyre tudatosabban alakított új kódexek létrehozásával, és ezzel párhuzamosan a pontosabb jogi fogalmak kidolgozására a jogtudomány is egyre markánsabban megjelent. A Felvilágosodás utáni időktől már a különálló törvényhozás, a törvényeknek alávetett bírói jogalkalmazás és a jogi doktrínák, fogalmak kidolgozását végző jogdogmatikai tevékenység együtt jelenti a jog rendszerét.

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

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

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

Ha az angol jogot a kontinentális joggal ütköztetjük, akkor azt is láthatjuk, hogy míg az angol részletező jogi normák döntő mértékben szabálypontosságú normákat jelentenek az egyes szituációkban cselekvők számára, addig az absztrakt jogi kódexekre épülő kontinentális jogrendszerek sokszor csak jogelvi szinten adnak iránymutatást az egyes helyzetekben követendő magatartásra. Csak a pontosító bírói eseti jog kiegészítő jogrétege mutatja meg, hogy mi is az adott helyzetben a „jogos”, és kinek a cselekvését támasztja alá a jog akár állami kényszerrel is. Vagyis a szabálypontosságú angol joggal szemben az absztrakt jogelvi normatív anyag és az ezeket pontosító bírói eseti jog kettőse adja az alternatívát a kontinentális európai jogrendszerekben, és a két eltérő megoldás, mint a modern társadalmak szabályozási szükségletére adott két válasz fogalmazható meg.

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

Az alkotmányos alapjogok eredetileg a feudalizmus elleni ideológiai-politikai küz-

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

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

2. A demokrácia jurisztokratikus háttérbetolása

A demokrácia és a politika eljogiasításának vitái már a weimari időkben megindultak a németeknél az 1920-as években, amikor szomszédos Ausztriában az alkotmánybíráskodást létrehozva elkezdték a parlamenti döntések felülvizsgálatát, de ugyanígy a németeknél is a szövetségi legfelső bírói fórum egyre tágabban kezdett belenyúlni a szakszervezeti küzdelmek munkajogi vitáiba illetve más politikai ügyekbe.⁷ Az 1950-es évek elejétől a németeknél és az olaszoknál is megindul az alkotmánybíráskodás a demokrácia politikaformálásának még inkább gátat szabott, és ugyanebben az időben az alkotmánybíráskodás szülőhelyén, az Egyesült Államokban is radikális változás indult be a korábbi szolid-alárendelt alkotmánybíráskodásnak a politika középpontjába kerülése terén. Ennek nyomán az amerikaiaknál a belső politikai akaratképzés addigi demokratikus-választott intézményekre alapozása sok szempontból átcsúszott a bíróságokra, és a bírói tárgyalóterekben mint

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

a perlési politizálás kezdte ezt felváltani, kiegészíteni.⁸ Ez a kiterjedt és a demokratikus politikai terepet alaposan maga alá gyűrő alkotmánybíráskodás kezdett el terjedni aztán a diktatúráktól megszabaduló európai országokban az 1970-es évek végétől – Spanyolország, Portugália –, és némileg később a katonai puccsoktól megszabaduló latin-amerikai országokban is az 1980-as években. A szovjet birodalom szétesése az 1990-es évek elejétől különböző erősségű alkotmánybíráóságokat hozott létre az összes volt közép-kelet európai csatlós államban és az újonnan függetlenné vált, volt szovjet tagállamokban is. Ezekben a fejleményekben mind középponti szerepe volt a domináns amerikai politikai elitnek, vagy mint megszálló hatalomnak – mint a németeknél és az olaszoknál –, vagy mint hegemon globális hatalomnak, mely világpolitikai szinten ösztökélte e változásokat, és a változások után alapítványai és pénzügyi segélyei révén határozta meg főbb vonalaiban a kialakuló új politikai rendet. A diktatúrák bukása/megbuktatása után így ezekben az országokban nem egy tiszta demokratikus politikai keret jött létre, mely az adott társadalom tömegeire bízta volna önmaguk sorsának meghatározását, hanem több-kevesebb fokban felülről egy globális hatalom által meghatározott normatív keretet helyeztek föléjük.

De az olyan országokban is, ahol egyáltalán nem volt jelen addig a jog feletti alkotmányi ellenőrzés szerepe – és ezzel együtt a demokratikus politikai akaratképzés felett egy bírósági politikai szerveződés –, megindult a hatalmi súly ide áttolása. A kanadai politikatudós, Ran Hirschl elemzése e folyamatok elemzésére irányult.⁹ Ő négy országban vizsgált meg alkotmányjogi reformokat, melyek az addig alig korlátozott parlamenti szuverenitást az alkotmánybíráskodás bevezetésével nagymértékben csökkentette, és átadta a politikai alaplöntések 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 alkotmánybíráóságot hoztak létre – csak a Dél-Afrika esetében –, hanem az USA alkotmánybíráskodási rendszerének megfelelően a legfőbb bírói fórum kapta meg ezt a hatáskört.

Hirschl fő tézise, hogy mind a négy államban egy olyan hatalmi helyzet volt a parlamenti főhatalom egy komoly részének főbírói fórum felé leadása idején, amikor a

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

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

hosszú ideje domináns politikai erők felett viharfelhők gyülekeztek, és olyan parlamenti eltolódás látszott beteljesedni, melyben csak idő kérdése volt, hogy elveszítik a hosszú ideje élvezett domináns pozíciójukat a parlamenti választásokon. Ilyen helyzetben, ha biztosak lehettek abban, hogy a felsőbbirósági elit és körülötte az egyetemi jogász elit nagy része az ő kulturális értékeiket és társadalmi értékeiket vallja, akkor meglepték a politika alkotmányjogiasítását jelentő reformokat mielőtt végleg vereséget szenvedtek volna a feljövő rivális parlamenti erők által. Ez volt az a helyzet, amikor aztán ünnepléses deklarációkkal és emelkedett beszédek kíséretében megszavazták ezekben az országokban a parlament lefejezését és főbírói fórumnak való alárendelést megvalósító alkotmánymódosításokat.

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

Az 1982-es kanadai alkotmányos reformok mögött hasonló hatalmi szerkezeti eltolódások álltak, és Kanada korábbi, szilárdan az angol típusú, korlátlan parlamenti szuverenitáson nyugvó közzjogi rendszerét lecserélték az USA-ban honos, bírói főhatalmi ellenőrzés alá rendelt modellel. Itt a politikai erőter eltoldását az egyes kanadai

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

tartományok feletti szövetségi szinten az angol kultúrájú politikai elit dominanciájának megroppanása jelentette, és egyrészt a fokozódó soknemzetiségű bevándorlás csökkentette ennek az elitnek a számszerű bázisát, másrészt a Québec-tartományban felerősödő francia szeparatista törekvések sikerei az egész Kanada politikai térképének megváltozását vetítette előre. Ebben a helyzetben erősödött fel a már az évtizedek óta hiába sürgetett alkotmányos reform és az alkotmánybíráskodás megteremtésének támogatása a parlament domináns pártjai között, és tolták át a főhatalom tekintélyes részét a kanadai Legfelsőbb Bíróság felé. A törvényhozási többség ellenőrzése azóta itt még az Egyesült Államok főbírói kontrolljának erejét is meghaladja, és itt még az absztrakt törvénykontrollt is lehetővé tették a főbírák számára, mely addig csak a fokozott erejű európai alkotmánybíráskodásnál vált bevetté.

De ugyanígy állt a helyzet az 1990-es új-zélandi alkotmányos változások mögött, és mivel az angol származású elit addigi rezzenetlen parlamenti dominanciája a maori őslakosság magasabb szülési aránya, illetve a más ázsiai illetve óceániai gyökerű bevándorlók tömegei révén csökkenni látszott, az addigi merev szembenállást az amerikai típusú főbírói kontroll megteremtése felé ez a fejlemény leépítette. Míg fiatal egyetemi jogászként amerikai tanulmányútjáról hazatérő, későbbi miniszterelnök, Geoffrey Palmer még óva intett 1968-ban az amerikai típusú alkotmányos kontrolltól a pragmatikus angol parlamenti szupremácia védelme érdekében, addig az 1980-as évektől a változó parlamenti erőviszonyok fényében ő vált a törvényhozást főbírói ellenőrzés alá helyező reformok élharcosává, és vezette sikerre a törvényhozásban az ezt megvalósító alkotmányi változásokat.¹¹ Az angol elitnek a bírói elitben lévő rezzenetlen dominanciája a szétziláltabb politikai erőviszonyok ellenére is garantálja azóta a hatalmi viszonyok változatlanóságát 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 alkotmánybíráskodást hozott létre, melyben – és ugyanígy a tágabb felsőbírói elitben is – még mindig enyhe többséggel jelen tudott maradni.¹²

De túlmenve Hirschl által vázolt speciális helyzeteken, a demokráciától a jurisztokrácia felé eltolódást az Egyesült Államok már a legyőzött Németország és Olaszország

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

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

második világháború utáni újjászervezésénél is megtette, és különösen a tömegeit illetően veszélyesebbnek vélt németek esetében úgy teremtette meg a tömeges választásokra alapozott demokratikus berendezkedést, hogy addig példátlanul széles alkotmánybírótságot hozott létre a parlamenti kormánytöbbség fölötti ellenőrzésre.¹³ Az amerikai alkotmánybíráskodás ekkor az 1940-es évek végén otthon még csak vékony keretet jelentett a demokratikusan választott hatalmi ágak felett, és csak alkalmanként szólt bele a tartalmi alapdöntések formálásába. Ugyanígy a Hans Kelsen által megfogalmazott és Ausztriában már korábban kipróbált, rendes bíróságoktól különálló alkotmánybírótság 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 továbbtágítható döntési formulákat tett be az alkotmányszövegbe a törvénymegsemmisítések alapjává, ami tendenciájában a teljes demokratikus döntési kompetenciát áttolhatta az alkotmánybírákra.

A németeknél bevált korlátozott demokrácia – ami persze a hivatalos narratívákban mint az igazi és megnevesített „jogállami demokrácia” szerepel azóta is – aztán mintaként szolgált később a globális szinten domináns világhatalom, az eseményeket befolyásolni képes Egyesült Államok számára. Az 1970-es évek végén a diktatúrák megbuktatása után ezt támogatta Spanyolországban és Portugáliában, és különösen a spanyolok esetében sikerült a német alkotmánybírósgági modellt bevinni a demokratikus akaratképzés ellenőrzésére. Azóta a spanyoloknál még a németeket is meghaladó mér-

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

tékben aktivista alkotmánybíróági stílus létezik. Ennek egyik példája, hogy a spanyol alkotmánybírák még az alkotmány szöszerinti rendelkezésével szemben is hajlandók döntéseket hozni, amit azért a német alkotmánybírák nem tettek meg.¹⁴ A spanyoloknál tovább radikalizált aktivista alkotmánybíráskodás modellje aztán az USA számára jó eszközt jelentett a spanyolajkú latin-amerikai országok alkotmányi berendezkedéseinek felépítésére. A nagy összegű segélyek felajánlása és ezek feltételekhez kötése, illetve az óriási szellemi befolyásolási intézményrendszer kiépítése alapítványok és politikai agytrösztök formájában az USA által Latin-Amerika nagy részét a jurisztokrácia elsőszámú bázisává tette. Óriási jogkörű alkotmánybíróágok, ezek mellett – és ezek döntési stílusát átvevő – széles jogkörű főbíróágok állnak a törvényhozás felett, és a társadalmi-politikai alapdöntések meghatározása jórészt csak ezek bevonása mellett lehetséges.

Ebbe a folyamatba illeszthetők be a Hirschl által elemzett, 1980-90-es években lezajlott fordulatok, melyek persze annyiban különböztek a globális szintű jurisztokrácia terjesztésétől, hogy itt a speciális hatalmi helyzetben lévő és a parlamenti arénában az elenyésző dominanciájukat megőrizni kívánó, országon belüli politikai erők választották a hatalmi átmentésükre ezt az utat. De a külső hatalmi meghatározás a jurisztokrácia terjesztésére továbbfolytatódott a szovjet birodalom felbomlása idején is a '90-es évek elején, és ekkor már a német-spanyol tapasztalatok dél-amerikai kipróbálásai 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 alkotmánybíróág jött először létre – mint a lengyeleknél – akkor is néhány év után áttértek itt az alig korlátozható alkotmánybíráskodás modelljére, mely globális narratívaként mint az „igazi demokrácia” kapott széleskörű propagandát. Ezek az alkotmánybíróágok már csak nyomokban emlékeztetnek a valamikor Hans Kelsen által kigondolt, vékony keretet jelentő, demokratikus garanciákra, és inkább a főhatalom részeseit 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 jogászai elitek ebbe becsatolt részei által – egy egységes globális alkotmányértelmezési rendszerbe. Ennek révén a formailag önálló államok parlamenti törvényhozásai felett egy sűrűn összefonódó globális alkotmányoligarchia szerveződött

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

meg fokozatosan az 1980-as évek végétől. A Hirschl által elemzett speciális helyzetben létrejövő, „jurisztokrácia a demokrácia helyett”-fejlemény így átfogóbban is szemlélhető, és ekkor a jurisztokrácia további aletei is feltárulnak.

3. A jogrendszer megduplázódása: törvényhozási jog versus alkotmányi jog

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

Így ez a kettős politikai rendszer egyrészt az országon belül domináns körök demokratikus uralmát, másrészt a globális uralmi körök – zömmel az összefonódott

globális nagytőkés csoportok – hatalmi törekvéseit feszíti egymásnak. A jogrendszer vonatkozásában ez a hatalmi küzdelem pedig a törvényhozási jog és az alkotmányszöveg valamint ennek soktízezer oldalas alkotmánybíróági döntésgyűjteményekkel konkretizált alkotmányi jog kettős rendszerében csapódik le. Vagyis nemcsak a politikai rendszer duplázódik meg a demokrácia és a jurisztokrácia hatalmi mechanizmusaiiban, hanem ez átgyűrűződik a jogrendszer megkettőződése felé is. Ez az, amit az alkotmányi joganyagnak egy egyszerű negyedik jogréteggént megfogalmazása nem tudott kiemelni, és e konstrukció átalakítása felé ösztökélt. Az alkotmányi jog középpontját jelentő alkotmányszövegnek ugyanis van egy kiterjedt alkotmánybíróági esetjoga, mely nélkül a nagyon absztrakt szöveg – deklarációk és alkotmányi elvek – nem is tudna a hétköznapokban több-kevesebb biztonsággal érvényesülni. De ugyanígy az országonként soktízezer oldalt kitevő alkotmánybíróági esetjogi réteg nem tudna kicsit is rendszerszerűen felépülni, ha kulcsfogalmait és értelmező formuláit nem rendszerezné egy alkotmánydogmatikai réteg. Vagyis a törvényhozási jog három hagyományos jogrétege mellett az alkotmányi jog mellett is kényszerűen felépül egy hármas jogrétegi szerkezet, ha az ünnepélyes keretek között kihirdetett alkotmány nem marad pusztán egy ünnepelt dokumentumnak, hanem mellette egy alkotmánybíróóság is elkezd működését. Láthatóan tehát az alkotmánybíráskodás a megkettőződés felé tolja a politikai rendszert – a demokrácia mellé a jurisztokrácia hatalmi mechanizmusait kiépítve –, és ugyanígy ez továbbhalad, és a jogrendszert is a megkettőződés felé tolja.

Ám ha az elemző a szemé elé kapja, hogy pl. Magyarországon úgy vezették be 1990-ben az alkotmánybíráskodást, hogy az csak az Országgyűlés törvényhozását és az ennek alárendelt jogalkotást ellenőrizte, de a bírói döntéseket nem, és csak a 2012-ben hatályba lépett új Alaptörvény terjesztette erre ki ezt az ellenőrzést, akkor felmerül az alkotmánybíráskodás politikát és jogot megkettőző természetének analitikai felbontási lehetősége. Még a politikai hatalmi küzdelmeket is alig kettőzi meg a bevezetett alkotmánybíráskodás – mutatja a lengyeleknél a kezdeti szerény jogkörű alkotmánybíróóság –, ahol a törvényt alkotmányellenesnek minősítő alkotmánybírói döntés után még az ottani parlament, a Szejm következtetett, és ha ez a megismételt döntésével megerősítette az alkotmánybírák által alkotmányellenesnek minősített törvényt, akkor ez lenullázta ennek hatását. Így lényegében csak kötelező jogi tanácsadásként lehetett felfogni az alkotmánybírák tevékenységét, de erre nem lehetett felépíteni a demokratikus törvényhozási többségre alapozott politikával szembenálló alkotmányértelmező politikai gépezetet. Ezzel szemben, míg Magyarországon 1990 és 2011 között a bíráskodást és így a jog belső szerkezetét kivonták az alkotmánybíráskodás ellenőrzése alól, addig a törvényhozás és a tágabb jogalkotási szféra felett a legszélesebb alkotmánybírói ellenőrzését valósítottak meg. Ennek hatására így, miközben a jogban szinte semmilyen megkettőződési tendenciát ez nem produkált, addig a politikai rendszer hatalmi küzdelmeit a legmarkánsabban megduplázta. Különösen a szabad választások első parlamenti ciklusában 1990-94 között szinte polárisan egymással szembenálló hatalmi tömböt jelentett egyrészt az országgyűlési kormánytöbbség, másrészt az alkotmánybírák mögé beállt szocialista/balliberális

ellenzéki tömb, és az utóbbi a kormánytöbbség törvényeinek tömegét megsemmisítve triumfálni tudott az ország politikájának meghatározásában. Ekkor a nagyhatalmú magyar alkotmánybírák a döntéseik indokolásaiban a törvényhozást kötelezve befolyásolni tudták a jog belsejét is valamennyire, ám ez megmaradt a jogágak hagyományos jogdogmatikájának ellenőrzése alatt, és a törvényeknek a jogdogmatikára alapozott értelmezését végző felsőbb bíróságok kezében. Az alkotmányi jog így nem a jog belseje felé tudott hatást kiváltani, hanem inkább a törvényhozás politikai céljainak korlátozása és meghatározott irányokba terelése terén. Ekkor az alkotmánybírói döntéseket érthetően nem a bírák és az ügyvédek forgatták, hanem az egyes pártok jogpolitikusi és a minisztériumok törvényelőkészítő részlegei. A jogrendszer megkettőződése felé eltolódást Magyarországon csak a 2012-ben hatályba lépett új Alaptörvény és az ennek alapján kiadott új alkotmánybírói törvény hozott létre.

4. Az alkotmányi jog és a törvényhozási jog hármasszervezetének eltérései

Fel kell tenni a kérdést, hogy miben tér el a törvényhozási jog mellé kiépült hagyományos háromrétegű jogszervezet az alkotmányi jog mellé kiépült szintén háromrétegű jogszervezettől? Ennek megértéséhez érdemesnek tűnik a magyar helyzetből kiindulás, de látni kell, hogy ha fő vonásaikban meg is felel ennek a többi országban megkettőződött jogrendszer, nagy eltérések is vannak közöttük.¹⁵

1. A legfontosabb, mely minden országban jellemző e téren, hogy a szövegréteg súlya és irányt mutató ereje az alkotmányi jogban összehasonlíthatatlanul csekélyebb, mint a törvényhozási jog terén. Míg a hagyományos törvényhozási jog és ennek konkretizálását végző rendeleti jog soktízezer oldalas szövegben viszonylag pontosan megadják a bírászkodás esetjogi rétege számára a döntési irányokat, melyeket ez utóbbi már csak pontosíthat, addig az alkotmányi jog esetében a néhány oldalas alkotmány alig tucatnyi rendelkezése, deklarációja és alapelv-rögzítése legnyitottabban hagyja meg az ezeket konkretizáló alkotmánybírói döntések mérlegelési szabadságát. Így míg a hagyományos jogban a fő meghatározó súly a törvényeken és ezeket pontosító rendeletek szövegrétegén nyugszik, addig az alkotmányi jogban ez a súly a legnagyobb mértékben átmegy az alkotmány szövegrétegeről az ezt konkretizáló alkotmánybírói esetjogi rétegre.
2. Következő eltérés, hogy míg a törvényhozási jog hagyományos hármasszervezetében a jogdogmatikai rétegnek van nagy súlya a bírászkodás és ennek felsőbb bírósági esetjogi rétege felett – és eleve csak e dogmatikai réteg több évszázados kiformalódása tette csak lehetővé a törvényhozási kódexjog létrejöttét is –, addig az alkotmányi jognál a létrejöttékor még semmiféle alkotmánydogmatikai fogalmi apparátus nem létezett, és azóta is csak szerény mértékben alakult ki. Ráadásul ez a szerénymértékű alkotmánydogmatika is az alkotmányi deklarációk és alkotmányi elvek nagy

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

normatív nyitottsága révén komoly politika-alakítási lehetőséggel rendelkezik, és így a legnagyobb mértékben átpolitizálódott. Ebből eredően nem lehet kiindulni politikailag semleges fogalmi készlet jellegéből, ahogy a hagyományos jogdogmatikánál ez lehetséges. Így ez csak egyes országok alkotmánybírói gyakorlatában létezik a döntéseik indokolásaiban kifejtve és körbevéve az ezt rendszerezni kívánó alkotmánydogmatikai tanulmányokkal, de átfogó európai, vagy még ennél is szélesebb körben szakmai konszenzussal rendelkező alkotmánydogmatikáról nem lehet beszélni. E helyett legfeljebb egy-két, hatalmi súlya miatt is jelentős ország alkotmánybíráskodásának néhány formulája fogható fel szélesebb körben elterjedtnek, mint főként az európai alkotmánybírók esetében a németeké, vagy még tágabban az amerikai szövetségi legfőbb bíróságé. Azok a világnyelveken megjelent kötetek, melyek ezt kívánják konszolidálni szélesebb térségekben, inkább a globális hatalmi körök által szervezett, már említett, értelmezési hálózatok termékei, melyek a szuverén államok alkotmányozó hatalmát igyekeznek így überelni, mintsem valóban semleges szakmai termékek lennének. Ugyanez mondható el az európai strasbourgi emberjogi bíráskodás egyes döntési formuláinak hatásáról az európai országokon belüli alkotmánybíráskodásra is, mert ez mint a nemzetállami szuverenitás korlátja és a globális uralmi rend közvetítője az egyes országok törvényhozásának meghatározására jön számba, és nem mint egy semleges normatív rend. Így az adott országokon belül a jogászai és politikai elitnek az a része karolja fel ez, mely jobban összefonódik a globális hatalmi körökkel, míg a szuverenitást védő elit ezzel szemben áll.

3. Ugyanígy eltérés a hagyományos törvényhozási jogtól, hogy az alkotmányi jognál nem alakult ki kötelező hierarchia a speciális alkotmányi rendelkezések és az általános alkotmányi elvek, deklarációk között. A hagyományos jogban a *lex specialis derogat legi generali* értelmezési elv már 600 éve bevetten biztosítja az egyes szituációkra szabott speciális szabályok érvényesülését az általánosabb szabályokkal szemben,¹⁶ és ezzel védte a modern időkben a törvényhozó ezt célzó akaratát is. Ám az alkotmánybíráskodás létrejöttével maga az egész alkotmányi jog megfordította ezt az elvet az elmúlt évtizedekben, és az alkotmányhoz képest mindig speciálisabb törvényi szabályok felett az alkotmánybíráskodás *lex generalis* jellege érvényesül. Ez a megfordítás azonban nem áll le a felettes alkotmányi jog és az alárendelt törvényhozási jog viszonyában, hanem magán az alkotmányi jogon belül sem érvényesül az alkotmányozó részletes akarata szerinti speciális alkotmányi szabályok elsőbbsége a

16 A *lex generalis* és *lex specialis* közötti dilemma megoldását Bartolus alapján tanítványa, Baldus de Ubaldis formulája alakította ki a speciális javára, mely nyomán jött létre 1300-as évek végére a ma is használt formula, a *lex specialis derogat legi generali*. Peter Stein leírásában ez így történt: "Bartolus' successor, Baldus, emphasized that a party to an action who can cite a rule in his favour is prima facie in the right. There is a presumption that his case is the stronger and judgement must therefore be given for him, unless the other party specifically proves that the rule is not applicable" (Stein 1966:154).

pusztán általános alkotmányi elvek és formulák felett. Igaz, hogy az ellenkezőjére sem született általános formula, és így itt inkább egy nyitottságról lehet beszélni. Vagyis szemben az alárendelt törvényhozási jog részletes szabályai felett kimondott prioritással az általánosabb alkotmányi jog számára, magán az alkotmányi jogon belül nincs kifejezett prioritása az általános alkotmányi elveknek és formuláknak a részletező alkotmányi szabályokhoz képest, de ennek fordítottja sincs megtiltva. Így az egyes alkotmánybíróságokon belül a mindenkori többség érvelhet úgy, hogy a speciális alkotmányi rendelkezések mindig megelőzik az általánosabb alkotmányi elveket és formulákat, de ugyanígy lehet időnként olyan gyakorlat, amikor néhány legáltalánosabb, és így mindenhová odavonható alkotmányi deklarációból vagy alkotmányi elvből levezetve döntenek, mint például a jogállamiság elvéből elvét, vagy emberi méltósághoz való jogot lehet erre említeni.¹⁷ Röviden tehát, az alkotmányi jogon belül nem alakult ki még egy-egy ország jogászai elitjén belül sem e dilemma konszenzussal eldöntött formulája, és ez megítélésem szerint nem független e duplázó jog alapvető átpolitizálódásától. Így a mögöttes szakmai iránymutatás kényszere nélkül mindenkor az adott ország alkotmánybírói többsége dönti el, hogy elsőbbség illeti-e az általuk értelmezett alkotmány részletes szabályait a puszta deklaratív általános alkotmányi elvekhez képest, vagy éppen fordítva, félretolják az adott esetben alkalmazható speciálisabb alkotmányi rendelkezést, és az általánosabb elv vagy egy alkotmányi deklaráció normatívan üres formulája alapján döntenek el az eléjük tárt ügyeket.

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

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

belül végső és megfellebbezhetetlen döntést jelent. Ez azonban azt is jelenti, hogy miközben az alkotmányi jog hármas jogréteg-szerkezetében az alkotmányszöveg-réteget konkretizáló alkotmánybírósági eseti jogrétegnek messze nagyobb súlya van, mint a hagyományos törvényhozási jog melletti felsőbbbírósági jogrétegnek, addig ez a szupersúlyú alkotmányi jogréteg egyetlen testület többségi szavazatától függ. Ez adja aztán a legnagyobb politikai súlyt az alkotmánybírák választásánál, mely hasonlóan az USA legfőbb bírói fórumának új tagjainál az egész országos jogi és politikai elitet megmozgatja.

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

Ezt a kérdést már csak azért sem lehetett eddig megoldani, mert az alkotmányi jognál már az is vitás maradt, hogy az alkotmánymódosítások, sőt az új alkotmányok létrejötte esetén megszűnik-e az elvileg korábbi alkotmányszövegre alapozott alkotmánybírósági esetjog hatálya? E kérdés eldöntetlensége miatt az alkotmánymódosítás, vagy az új alkotmány hatálybalépése után egy jogi és politikai küzdelem folyik mind az alkotmánybírói testületben, mind a politikai nyilvánosságban, hogy mennyiben használható fel az új alkotmányszövegnél a régire szabott alkotmánybírósági esetjog.¹⁸ De nem csak ez a kérdés maradt vitás az alkotmányi jognál, hanem az is, hogy mennyiben ellenőrizheti az alkotmányozót az alkotmánymódosításnál vagy akár az új alkotmány létrehozásánál a saját, meglévő esetjoga alapján az alkotmánybíróság? Nem vitás hogy ez az eldöntetlenség kevésbé a kérdés elméleti nehézségéből fakad, mint inkább az e kérdés körül rendszerint felbukkanó leg-

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

szélesebb társadalmi-politikai harcokból. Így például a hazai kis létszámú kutatói és egyetemi oktatói kör az alkotmányi jog körül az elmúlt években annak adott hangot tanulmányaiban, hogy az alkotmánybíróságok nagyon is ellenőrizhetik az alkotmánymódosítások alkotmányosságát, és alkotmányellenesség kimondásával meg is semmisíthetik azokat.¹⁹ Ez a kontroll annyiban még súlyosbodhat is, hogy azt is vitatják egyes hazai kutatók, hogy a 2012-es Alaptörvény egy új alkotmányt jelent-e, vagy csak a korábbi egy módosítását, és így ez az egész is megsemmisíthető-e az alkotmánybírák által? (E tézist egy korábbi alkotmánybíró, Bragyova András képviselte több tanulmányában.)

E nyitottságok miatt, így az egyszer lefektetett érvelések az alkotmánybírói döntésekben (Abh.-k) akkor is állandóan visszatérhetnek, ha később egy másik alkotmánybírói többség épp ellenkező irányú érvelést mondott ki kötelezőnek. Így a sok év alatt oda-vissza eltolódott érvelések és normatív konkretizálások egy-egy alkotmányi rendelkezést illetően mind párhuzamosan egyszerre hatályban maradnak, és az alkotmánybírói döntések esetleg váltakozva mindet felhasználják. Természetesen ez anomáliát jelent, de mivel az alkotmányi joggal foglalkozó egyetemi emberek zömmel átpolitizálódott jogvédők, vagy ilyen szocializációval rendelkezőkből áll elsősorban, így csak akkor protestálnak egy-egy Abh. ellen, ha éppen nem az ő politikai irányukban és értékeik szerint született ez meg, ám ha igen, akkor akár az alkotmányszöveget a legnyíltabban sértő alkotmánybírói döntést is ünneplésben részesítik.

6. Egy következő eltérést jelent a hagyományos jogtól az, hogy a teljes jogrendszerre kiterjedő és azt megduplázó alkotmányi jognál a soktízezer – régebbi múlttal rendelkező alkotmánybíróságok esetében akár százezer – oldalt is kitevő esetjogi döntési anyaguk jogágakra osztása és az e szerinti specializálódás nincs megoldva. Jelezni kell még itt, hogy nem magától értetődő, hogy a hagyományos jogágak törvényhozási joga felett, ezek teljes anyagára ráboruló és megkettőző alkotmányi joganyag ekkora terjedelemben létrejöjjön. Hisz elvileg csak a törvényhozási jog garanciális pontjaira volt előirányozva az alkotmányeszmé kialakulásának idején az 1700-as évek végén az emberi jogokból alkotmányos alapjogokká változott normák rendszere. Ugyanígy az alkotmányos alapelvek is csak a törvényhozási jog garanciális alappontjait célozták meg. Ám az alkotmánybíráskodás menetében

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

egyre inkább kiterjedt a döntésekben e garanciális pontokon túl az ellenőrzés, és fokozatosan a teljes jogterületek nagy része bekerült az alkotmánybíráskodás fennhatósága alá. Így a választójog vagy a népszavazáson való részvétel alapjogát nemcsak úgy fogták fel, hogy a jogállamban az államhatalomnak meg kell adni a választójogot és a népszavazáson való részvétel jogát minden állampolgárának, hanem a teljes választási rendszer és népszavazási folyamat szabályozását fokozatosan bevonták ezen alapjogokba, és ezzel az alkotmánybíróági ellenőrzés alá. Ugyanígy a tulajdont biztosító alkotmányos alapjogra vonatkozó döntések fokozatosan a teljes vagyonszolgát bevonták, majd az ezt meghaladó magánjogi részek bevonása is jórészt létrejött, és egyes magánjogi teoretikusok már egy külön alkotmányos magánjogról beszélnek éppúgy, ahogy a néhány büntetőjogi garancia alkotmányi szinten való megismétlése az ezt tágító alkotmánybíróági döntések után már egy alkotmányos büntetőjog létrejöttének sürgetéséhez vezetett. Nem részletezve, így ez a folyamat az előbbieken túl az alkotmányos pénzügyi jog, alkotmányos munkajog, alkotmányos büntető- és polgári eljárási jog, alkotmányos családi jog stb. létrejöttét vetette fel, és mindegyikhez akár ezer oldalnyi hazai alkotmánybíróági döntési anyag társul, de ezek mellett a német és az amerikai alkotmánybíráskodás sok ezer oldalas további döntési anyaga is a rendelkezésre áll.

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

Mindezek hatására tehát az alkotmányi joganyag az alkotmánybíráskodás néhány évtizede után megkettőzi a hagyományos jogágak anyagának nagy részét, ám itt nem jött létre ennek ellenére sem a jogágakra oszlás, és mind az alkotmánybírák, mind a döntés-előkészítő munkatársaik jórészt jogági specializálódás nélkül a teljes jogrendszerre kiterjedő alkotmánybíráskodást együtt végzik. Bizonyos fokig ebben a német alkotmánybírák megoldása egy figyelemre méltó kivétel, mert itt az a rendszer jött létre, hogy egy-egy alkotmánybíró már a megválasztásakor eleve egy meghatározott jogterületre kerül be a testületbe a jövőbeni döntéstervezetek készítéséhez előadó bíróként – megörökölve az éppen kiszálló bíró jogterületét –, és így bizonyos fokú specia-

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

5. A megduplázódott jogrendszer fejlődési dinamikája: alternatív scenáriók

A világon egyre több helyen hozták létre az elmúlt évtizedekben az alkotmánybíráskodást vagy különálló alkotmánybíróság felállításával, vagy az amerikai mintára a legfelsőbb bíróság erre a funkcióra átépítésével.²⁰ Az USA mintájára, a rendes bíráskodás legfelsőbb szintjére telepített alkotmánybíráskodás elsősorban a jog megduplázódásához vezet, ám a demokratikus politikai arénának egy ezzel konkuráló jurisztokratikus politikai gépezete csak lassabban formálódhat ki. De ahogy az USA-ban ez végül megtörtént az 1960-as évekre a demokratikus küzdelmek tömegeinek szintjén a gyengébb, de máskülönben hatalmas erőforrásokkal rendelkező csoportok több évtizedes erőfeszítésével, úgy ez máshol is a főszabálynak tekinthető. Ahol azonban eleve külön szervezett alkotmánybíróság jön létre, és zömmel nem a több évtizedes bírói múlt politikailag semlegesítő hatásával kiválasztott alkotmánybírák játsszák ebben a főszerepet, hanem a politikával és a pártvezérkarokkal folyamatos kapcsolatban álló ügyvédi múlttal vagy kisebb mértékben ugyanezzel jellemezhető jogászprofesszori múlttal rendelkezők, ott a politikai aréna azonnali megduplázódása törvényszerű. Némileg csökkenti ezt a politikai

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

szerepet, ha az ilyen alkotmánybíróságnak a törvényt megsemmisítés terén élvezett széles hatásköre mellett egyben a jogerős bírósági döntések felülvizsgálatát is el kell látnia. Ez utóbbi munkateher ugyanis rendszerint évi sok ezer beadványt jelent a pervesztes felek ügyvédei részéről az ellenük szóló jogerős bírói döntések megsemmisítését célozva, és így ez a munkateher megakadályozza az alkotmánybírákat a törvényt megsemmisítés terén a túlságosan agilis előretörésben. Ezt ismerték fel 1992-ben az orosz alkotmánybíróság újjászervezésekor az ottani domináns politikai erők, és miután az alkotmánybírák korábban a legintenzívebben belefolytak a hatalmi küzdelmekben, ekkor a jogerős bírói döntések felülvizsgálata felé irányították át tevékenységüket, és ez a munkateher gyorsan lelohasztotta a politikai hatalmi ambícióikat.²¹ De ez játszhatott szerepet a korábban legaktivistább politikai szerepet játszó hazai alkotmánybíráskodás 2012-es átszervezésénél is, és a fő munkateher azóta a bírói döntések felülvizsgálata lett itthon is.

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

A hagyományos jogági dogmatikák felett egy önálló alkotmányi dogmatika – és ezzel egy alkotmányos büntetőjog, alkotmányos magánjog, alkotmányos közigazgatási

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

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

6. Konzolidálható-e a politikailag semleges alkotmánydogmatika?

Az alkotmány sajátlagos funkcióját és evolúciós vívmány jellegét elemezve Niklas Luhmann ezt abban találta meg, hogy az alkotmány létrejött az 1700-as évek végére az addig a politikai viták elől rejtve maradó hatalmi és társadalmi alapkérdéseket is a napvilágra hozta, és a politikai küzdelmek tárgyává tette.²² Ugyanis, noha néhány politikai filozófiai írásban az Arisztotelész nyomán fennmaradt államvezetési formák alternatívái, a demokrácia, politeia, arisztokrácia stb. megjelentek korábban is, de ez néhány tucat szellemi ember belső ügye maradt, és minden hatás nélkül volt az országok hatalmi-politikai életére. Ezen változtatott a Rousseau-i társadalmi szerződés eszméjében rejlő követelés elterjedése a Felvilágosodás szellemi csoportjaiban, mely szerint a társadalom alapjait a polgárok által megkötött szerződésben, az alkotmányban kell megvitatni, majd lefektetni írásos formában. Először az éppen függetlenségükért harcoló amerikai telepesek az Egyesült Államok megeremtése kapcsán hozták aztán létre ennek alapján alkotmányt, majd 1789-től a francia forradalmárok a belső harcaik menetében tucatnyi alkotmánytervezetet vitattak meg, példát adva arra, hogy a hatalmi alapkérdések eldöntése is a politikai küzdelmek tárgya lehet. Időközben aztán létrejöttek és tartósan fenn tudtak maradni a versengő pártokra és váltógazdaságukra épülő politikai demokráciák, melyekben egy sor társadalmi alapkérdés megoldása állandóan alternatív formában van jelen a politikai nyilvánosságban milliók által megvitatva és mellettük különböző törésvonalak mentén táborokba szétszakadozva. Ám az alkotmányba foglalt legalapvetőbb kérdéseket illetően ez a vita a széles nyilvánosság előtt csendesebb, mert rendszerint olyan magas küszöb létezik az alkotmány módosításához az egyes országokban, hogy ez pusztán akadémikus kérdéssé teszi az erről folyó vitát. Forradalom nélkül ez gyakorlatilag nem lehetséges, de

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

a könnyebben módosítható alkotmányok esetén is néha csak évtizedek múltán jön létre az ehhez szükséges alkotmánymódosító többség. Kiemelve ebből a következményt, tehát az alkotmányok létrejöttével elvileg megnyílt lehetőséget a társadalom legalapvetőbb kérdéseinek megvitatására és alakíthatóságára a magas módosítási küszöb jórészt illuzórikussá tette. Ez persze jótékony is volt abban a tekintetben, hogy a túlságosan gyakori változtatás a társadalom és a hatalomgyakorlás alapjait illetően a káoszt hozhatja létre az adott társadalomban, de másrészt a lehetővé tett változtatást elérhetetlen magasba helyezve az erre törekvő elitek radikalizálódását hozhatja mindig létre.

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

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

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

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

A jogrendszer teljesebb megduplázódása felé igazán a rendes bíróságoktól különálló alkotmánybírárság nyitja meg az utat. Különösen, ha jogászprofesszorok, egyetemi jogászok töltik be az alkotmánybírói posztokat, akkor fokozott ez, de a főszabály szerint

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

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

24 Jól mutatják ezt Bernd Schünemann jogi tárgyra vonatkozó elemzései is, aki az alkotmányjogi elvekhez kapcsolt jogi tárgy kategóriájának bevetésével néhány, eddig szentnek tekintett büntetőjogi alapelv félretolását is lehetőséget látja. Így a büntetőtörvénykönyv szövegétől elszakadó, szabad bírói jogértelmezés eszközeként fogalmazza meg ennek szerepét: „Indem sie gegenüber dem bloßen Wortlaut des Gesetzes eine allgemeinere Dimension erschließt und damit die Grundprinzipien des Strafrechts für die Interpretation fruchtbar macht, bildet sie deren „Fluchtpunkt“ und bringt den liberalen Grundgedanken, der eine verfassungsrechtliche Dimension repräsentiert, unmittelbar in die Gesetzesauslegung ein, ohne sogleich mit der Kalamität belastet zu sein, die Verfassungswidrigkeit einer Entscheidung des Gesetzgebers begründen zu müssen.” (Schünemann 2003:134). Vagyis az alkotmányjogi alapjogok absztrakt jogelvi szintű támpontjai Schünemann-nál már nemcsak az alkotmánybírói döntésekhez kötöttek, azok függvényében jönnek be a büntetőjogba, hanem ezt félretolva már bármely büntetőbíró által közvetlenül is használhatóan – a törvény szövegével szemben is („gegenüber dem bloßen Wortlaut des Gesetzes“!). E lehetőség felvetésének az oka aztán ott mutatkozik meg, amikor Schünemann kritizálja a német alkotmánybírói többséget, hogy a kanabis-hasz-

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

nálat pönalizálását – jogi tárgy hiánya miatt – nem minősítette alkotmányellenesnek, hanem a törvényhozó belátására bízta, hogy mit tesz ez ügybe: „Bedauerlicherweise hat das BVerfG das Gegenteil getan: Es hat bereits auf der analytischen Ebene die kritische Potenz des Rechtsgüterschutzprinzips verschmäht, es hat die spezifische Schwelle für den Einsatz des Strafrechts eingegeben, und es hat damit im Ergebnis die Strafrechtstheorie auf ein voraufklärerische Niveau zurückgeschraubt” (Schünemann 2003:145). Ha nem lehet bízni az alkotmánybírákban, akkor a büntetőbíró maga veszi kézbe a dolgokat a törvényhozó és a törvényszöveg fölött álló „alkotmányos” jogi tárgyak alapján – vonhatjuk le Schünemann téziséét.

MI A JOG? ÉS KIÉ A JOG?

Jog és simulacrái: Versengés belülről s kívülről a jog meghatározásáért

A jog nem „van”, hanem gondolati kivetítés, az ember teremtette második természet s ezen belül a kultúra részeként létrejövő és értelmezendő projekció. Azt mondjuk tehát annak, amit ennek körében szokásaink, intézményesedéseink, tehát kellő általánosodásra szert tevő, ám folyvást alakuló – „élő” – konvencionalizálódásaink arra érdemesítenek.

Szóhasználataink, nevesítéseink mindig valamiféle elemi képleten, vizualitáson alapszanak. Az éppen adott szóhasználatl élő, aki nevesíti, ezt többnyire anélkül veszi át, hogy egyszersmind ennek ilyen természetszerű háttérét teljes mélységében számba venné, és ezért többnyire immár kész adottságként, egyféle *adequatio rei et intellectus* ártatlanságával fúzi tovább – olykor egyre inkább elrugaszkodva eredeti „dolog”-magyarázó szándékától – e gondolati tárgyat illető összefüggés-találásait.

1. A jog mint rész-komplexumok versengése és mint merő réteg-halmazban történő meghatározódás

Amikor mintegy fél évszázada egymás nagyban-egészében közös tereiben működő, ám egymással folyvást *versengő körök* formájában kíséreltem meg látni és láttatni a jog megjelenéseit és működését, e két,² majd három³ kör, vagyis a jog (1) állami megállapításának, (2) állami érvényesítésének, illetőleg (3) a társadalom „jog”-gyakorlásának a tartománya történelmileg általánosítható realitást fejezett ki, amely realitás mára sem változott. Hiszen e képletben eleve benne rejtett, hogy bármely közreműködő oldal aktiválódása, ennek ideje és módja történelmi kontingenciáktól függ. Vagyis bármely oldal tekintetében létrejöhét olyan dominancia, hogy a többi oldal mintegy nem-

1 Az MTA doktora (DSc), a Magyar Tudományos Akadémia Társadalomtudományi Kutatóközpontja Jogtudományi Intézetének Széchenyi-díjas emeritus kutató professzora, a Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Kara Jogbölcseleti Tanszékének emeritus professzora (varga.csaba@jak.ppke.hu)

2 Varga Csaba 'A jogi okfejtés társadalmi meghatározottságáról' *Állam- és Jogtudomány* XIV (1971) 2, 249–285 {& in <<http://mek.oszk.hu/15300/15304/15304.pdf>>, 15–53} a pozitíviztikus és a szociologisztikus fogalomalkotás közt tett különbséget, differenciálón látva már a tételes jogon túl az adott értelmezettségben felfogott jogdogmatika jogképét.

3 Varga Csaba 'Antropológiai jogelmélet? Leopold Pospíšil és a jogfejlődés összehasonlító tanulmányozása' *Állam- és Jogtudomány* XXVIII (1985) 3, 528–555 {& in <<http://mek.oszk.hu/14500/14510/14510.pdf>>, 139–208}.

létezőként kikerül a fejleményeket megélők látóteréből, mint ahogyan létrejöhet olyan akut, valóságos háborúskodásba torkolló küzdelem is a cselekvő jelenlétért, majd akár a legkisebb esélyűnek az oldaláról is a dominancia megszerzéséért, ami a kortárs megélő számára már-már az anarchiába fulladás képét vetítheti előre.

Mindazonáltal ez az ábrázolás már eleve feltételezte, hogy a jog eleve komplex, több összetevő ilyen vagy olyan egyidejű és egymással szemben is ható folytonos munkálkodásából adódó, annak mindenkori végeredményét kifejező jelenség. Amiből pedig következik, hogy (a) jog iránti kérdésünket mindig a „jog, de milyen/melyik értelemben?” specifikálásával kell kezdenünk. Következik továbbá, hogy (b) e három kör olykor csak részben esik egybe, vagyis csupán két kör közt van egybeesés, netalán valamely adott jogtartomány esetleg csak egyetlen körnek a tartalma. Ebből adódóan nem adhatunk egyszerű választ a „mi a jog?” kérdésre, hiszen az – ha teljességgént értelmezem – legfeljebb a három tartomány maradéktalan egybeesése által elfoglalt területet mutathatja; egy pontosabb – pontosbító – kérdés viszont csakis annak tudatában tehető fel, hogy egyáltalán, a jog össztartományából, egyes részek „inkább” vagy „kevésbé” minősülnek jognak, mint más részek. Végül pedig az is következik – mivel maga ez az képlet sem más, mint a dinamizmus szimbóluma, a három oldal közt elvileg nem szűnő konkurenciáé –, hogy (c) nincs igazán megválaszolható végeredmény, hiszen csakis állandó változás egymásra következő állapotai állanak fenn, amik tehát legfeljebb időmetszetek; hiszen egyes részek éppen bevonulnak a jog tartományába, míg mások esetleg éppen kiszorulnak belőle. Tehát a jog iránt tudakozódó bármiféle kérdésünk csakis adott időmetszetre konkretizáltan lehet egyáltalán megválaszolható.⁴

A jogon belüli dinamizmusnak és az egyszersmind ellentétes előjelű mozgáspályákból előálló állandó változásnak ilyen, a totalitás mint részkomplexusok mozgásából szerveződő mindenkori összkomplexus⁵ képét megidéző vizualitása⁶ ugyanakkor nem a cselekvés eredményéből, különválasztottan, de magából a cselekvő *aktor*ból és jogilag relevánsnak

4 A Szovjetunióba tett első tudományos utamkor, 1968-ban Moszkvában a hivatalosan mellém rendelt kísérőmmel meglátogathattam a szovjet törvényhozás összeszövetségi intézetét [feltehetően ez volt a *Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства* (ВНИИСЗ), egykori cári palotában, fegyveres őrséggel, melynek hatalmas belső teremrendszere kézi kartotéklapok hatalmas fiókos szekrényeivel volt tele: a hatalmas birodalom és minden köztársasága, autonóm területe és egyebe teljes tételes joganyagának az adataival, s munkatársak hadával, kik a folyvást beérkező új anyagokat e kartotékokra rávezették, illetőleg a változott vagy hatályt veszített régi anyagokat e kartotékokból kivezették. Szokásos keresetlenséggel megkérdeztem a miniszteri rangú főembert: „Mi célból van mindez?” „Hogy bármely pillanatra vetítve meg lehessen állapítani a bárhol érvényes jogot” – felelte. „És kétség kívül percre kész pontossággal tároltatnak az adataik?” – kérdeztem. „Nyilvánvalóan nem” – válaszolt. „De hatóság kérdésre, bármi legyen is az, egyedül a mi jogforrás-megállapításunk hiteles,” – folytatta – „s így bizonytalanság egy percig sem állhat fenn.”

5 Lásd Lukács György *A társadalmi lét ontológiájáról* [Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins] I–III (Budapest: Magvető 1976 [1985]).

6 Vö. Varga Csaba *A jog helye Lukács György világképében* (Budapest: Magvető 1981) 287 [Gyorsuló Idő] {& <<http://mek.oszk.hu/14200/14244/14244.pdf>> }.

tekinthető cselekvése *módjából* kiindulóan közelít a jog összetevőihöz. Amennyiben tehát védhető egy ilyen leírási kísérlet, úgy a jog funkcióbetöltésében létezik egy oldal, tényező vagy fórum, avagy eljárási *modus*, mely (1) kinyilvánítja a jogot; egy második, mely (2) hatóságként tudomásul veendő hitelességgel érvényre juttatja a jogot; s végül egy harmadik, mely (3) az adott társadalomban nagyban-egészében általánosan elfogadott hatékonysággal jogiként/jogszerűként tünteti fel az adott szokásszerű magatartást.

Ebből adódik, hogy amint a tények világában egynél több aktor (aktori kör) egynél több mozgásformája kívánna fellépni a jog kinyilvánítása, érvényre juttatása vagy a jogként cselekvés igényével, úgy következményként ez nem a képlet egészének újírását feltételezné, vagyis a harmadik mellett/után egy többedik (pl. negyedik) részkomplexum közbeszúrásával, hanem a meglévő három mozgásforma valamelyikének a belső hasadását eredményezhetné csupán – mindössze azzal a következménnyel, hogy most már ezen a bizonyos mozgásformán belül is megjelennek az elsőségért folytatott konkuráló versengés.

Azzal viszont, hogy mintegy három évtizede ugyanezzel a kérdéssel szembenézve a magyar jogelméletben Pokol Béla a jog összetett világát immár *réteg-elmélet*ként kívánta megfogalmazhatni,⁷ a cselekvőről és cselekvése módjáról a *produktumra* terelődött a hangsúly. Nyilván itt is egyfajta elemzés általánosító eredményéből született egy csoportokra bontás, amivel megkülönböztethetővé váltak egyes rétegek. E körben viszont, merthogy a kriterialitást a mindenkori szerzői meglátás szerint a történetesen szemügyre vett jog alakításában játszott inkább vagy kevésbé meghatározó összetevő(k) önállóként vagy nem önállóként történő besorolása adja, mihelyst – túllépve ezeken – a jog alakításáért versengve törekvő új igények/próbálkozások/manifesztáltatások jelennek meg a porondon, több-kevesebb joggal felvetődhet ezek egyikének-másikának az eddigiékhöz többlet-réteggé történő besorolása.

Amíg viszont a jogban *versengő akció-körök* nemcsak akció-alanyokat, de egyszersmind a jog alapműködéseit és alapmegnyilatkozásait is reprezentálják, számuk tehát értelmesen aligha bővíthető, a jogvilág ténylegességében esetleg fellépő új jelenségek pedig legfeljebb ezek egyikén-másikán belül idézhetnek elő pluralizálódást – tehát hasadást, többletgyűjtést, és ezzel további versengést –, addig a jog *réteg-elmélete* egészen más lehetőségeket takar. Hiszen eredendő vizualitása eleve valamiféle hierarchiába rendezi összetevőit, amire egy történelmileg alakuló folyamatszerűség épít – és építhet csupán – új rétegeket, újr hierarchizálva az egész konstrukciót. Ha például az általam az 1980-as évek közepén az Egyesült Államokban tanulmányozott kaliforniai poszt-wittgensteiniánus nyelvfilozófia fejlődéslélektani előfeltevéseiből, a bölcsőben tájékozódó s a világot birtokba vevő csecsemőtől élte végéig tartó experimentálásból, edukációból és szocializációból, s persze

7 Pokol Béla 'A jog rétegei' *Jogtudományi Közöny* XLIV (1990) 4, 201–209; mai kibontottságban pedig Pokol Béla *Jogelmélet* (Budapest: Századvég 2005) 461 [Társadalomtudományi trilogia II] & <https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/10429/ssoar-2005-pokol-jog-elmélet_tarsadalomtudományi_trilogia_ii.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2005-pokol-jogelmélet_tarsadalomtudományi_trilogia_ii.pdf>.

mindezeknek önreflexív feldolgozásából táplálkozó fejlődési képből⁸ indulok ki, úgy a vizualitás első példája talán maga a föld [*the Earth*] lesz, ami létünk színtere, valamint *magnummal* a mélyben, fűvel a felszínen, s közöttük a mélység közeiteitől az alattunk lévő löszig megmásíthatatlan, de természettudományosan következetes és aligha felcserélhető sorrendben minden egyéb, ami ott történetesen előfordul.

Jogi analogizáltatása abban realizisztikusan képszerű, hogy az elsődleges érvényesség-hordozóval fundáltatni kell, vagyis valamiféle alaptörvénnyel létre kell hozni az alapot képező első réteget.⁹ Bármifajta rend-gondolat azonban rögvest felborul s az egész képlet anarchikussá, sőt, mi több, véletlenszerűvé válik, amint valaki alkotmánybíraskodás vagy emberi jogok védelme örvén jogalkalmazó pozícióban valójában jogalkotót telepít a népszuverenitást elvileg megtestesítő, a demokrácia szolgálatára rendelt mindenkori általános országos választás nyomán és eredményei szerint megalakult országgyűlés törvényhozása fölé; amint valaki kitalálja s hasonlevű aktivistákkal aktualizáltatni próbálja a fentiekből levezetett találmányát, az alkotmányos büntetőjog (és így tovább), vagyis *per definitionem* az eddigi büntetőjogot (stb.) felülíró, azaz maga a jog egésze szintjén ezek szerint valamit és ugyanannak az ellenkezőjét egyidejűleg állító szuper-büntetőjog (és így tovább) fogalmát; és bármi mást, amit felbolydult világunk, individuum-önvilágunkban a mindenkori *énben* élő világmegváltó mozgalmárságunk, a civilitásnak is a nemzetközi tőke csápjai közé kergetése vagy általa politikai célból nem-politikai (civil) álcában történő giga-mechanizmusokká építése és giga-szervezettségű működtetése, s mindezzel funkcionálásában államiság-pótló, alakszerűségben és azonosíthatóságban viszont amőbaszerű formátlanságba burkolózó tömegesedése csak kínál.

Nos, szemben a föld és rétegei tekintetében fennálló törvényszerű egymásutánisággal, milyen rendet tartogat egy olyan réteg-halmaz, amelybe olykor addig nem volt, s végeredményben tetszőleges kitalálhatóságú újabb rétegeket csak úgy beledugdoshatunk, akár a mélybe, megalapozóként és az egész összetettség végső súlyának viselőjeként, akár a részletszabályozások magasabb régióiba, további meghatározóként?

És szemben a *versengő körök* vizualizációjával, ahol maga a képlet rögvest hihetővé teszi az eredményt is egymás legalább részleges átfedéseivel, ilyen átfedés hiányával, és/vagy átfedésnek vagy hiányának ilyen vagy olyan irányban megmutatkozó változataival, nos, tehát mit sugall – mit sugallhat – a *rétegek* halmaza és közéjük újabb rétegszerűség(ek) esetleges bezsúfolása? Vajon egymás talpára állított piramis-kettősség ez, mint Hans Kelsen lépcső-elméletében, ahol a meghatározás végső tényezője az egyik piramis

8 Lásd pl. George Lakoff *Cognitive Sciences and the Law* [a paper presented at the Yale Law School Legal Theory Workshop on April 27, 1989] [soksz.] 49; előzménye George Lakoff & Mark Johnson *Metaphors we Live by* (Chicago: University of Chicago Press 1980) xiii + 242 {reprint: (2003) xiii + 276}; jogi alkalmazása pedig Steven L. Winter *A Clearing in the Forest Law, Life, and Mind* (Chicago: University of Chicago Press 2001) xx + 426.

9 Vö. Varga Csaba 'A bécsi iskola' in *Jogbölcsélet XIX–XX. század: Előadások*, szerk. Varga Csaba (Budapest: Szent István Társulat 1999 [2000, 2002, 2004, 2006]), 60–68 [Bibliotheca Cathedrae Philosophiae Juris et Rerum Politicarum Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae].

csúcsa, miközben az elvi általánosságnak különössé s végül egyedivé lebontása az ugyanabban a térben elhelyezkedő másik, azaz ellen-piramis talpa? Vagy, netalán KELSENTŐL is különbözően, olyasmi ez, ahol – amint ezt legtisztábban a kánonjognak még a középkori születésétől változatlan strukturális alapmeghatározottsága mutatja – voltaképpen az érvényesség-láncolat végigviteléről, hierarchikus delegálásról van szó, ám azzal a különbséggel, hogy itt már kibogozhatatlan összehatás érvényesül? Avagy valami egészen más?

2. A tények és a jog hatalma: a jog és kultúrája

Vajon építhető-e jog merőben tényekből? Válaszunk egyszerre negatív és pozitív. Nemleges, mert önmagukban a tények nem hoznak létre érvényességet; ám a modern formális jog strukturális és funkcionális felépítésének és sajátos működése logikájának a rekonstruálásából mégis az adódik, hogy mindazonáltal igen: igenlő a válasz, mert bármely fejlemény, legyen akár ismert jogigazságokkal ellentétesnek tetsző, vagy független bármi ilyesmitől, avagy mindenben kívülről szabálytalanul behatolni igyekvő, mégis jogiságnak fog számítani, amennyiben – mint Kelsen immár Amerikában, egy számára új jogvilágban mondá – „*by and large*” hatékonyságra tesz szert.¹⁰

Jogunk, úgy tetszik, könyörtelenül pluralizálódik napjainkban. Fél évszázada, mikor pályámat kezdtem, még az állami törvényhozás elsődlegességének s mindenhatóságának merő árnyékában vizsgált ún. szocialista jogtudományunk s főként annak jogtörténete – már ha egyáltalán észrevételre méltatott olyasmit, amit jelentéktelennek, mert pusztán megtűrtnek, legfeljebb csökevénynek tudott – minden olyan jelenséget, amely normatív jogi mintaképzés funkciójában léphetett fel a pozitíve kategorizált hivatalos jogforrásokon túl.¹¹ Ebben nem különböztek egyébként a titokban általunk csodált, de hivatalosan elfajultnak, imperializmus-apologétának minősített kontinentális nyugat-európai színtereken született

10 Vö. még Varga Csaba 'Kelsen jogalkalmazástana (fejlődés, többértelműségek, megoldatlanságok)' *Állam- és Jogtudomány* XXIX (1986) 4, 569–591 {& in <<http://mek.oszk.hu/14500/14510/14510.pdf>>, 271–304}.

11 A *Gesetzespositivismus* túlhatása a szovjet jogban Visinszkij közreműködésének köszönhető, aki a sztálini kiméltetlen parancsuralmat és központosítottságot a jog nyelvére lefordította, rákényszerítve egyszersemind a második világháború katonai megszállásaival kiépített és biztosított teljes szovjet-birodalomra. Lásd pl. kortársi beszámolóként Varga Csaba tollából – eredeti, akkor Szabó Imre akadémikus, akadémiai intézetigazgatótól letiltott változatában – 'A jogmeghatározás kérdése a '60-as évek szocialista elméleti irodalmában' [1967] *Állam- és Jogtudomány* XXII (1979) 3, 475–488 {& in <<http://mek.oszk.hu/15300/15303/15303.pdf>>, 17–30}, illetőleg – akkor újraíratott s így engedélyezett változatában – 'A jogmeghatározás néhány kérdése a szocialista jogelméletben' *Állam- és Jogtudomány* X (1967) 1, 143–156 {& in <<http://mek.oszk.hu/15300/15303/15303.pdf>>, 3–16}, visszatekintő értékelésben pedig 'A szocializmus marxizmusának jogelmélete: Hazai körkép nemzetközi kitekintésben' [2003] in Varga Csaba *Jogfilozófia az ezredfordulón* Minták, kényszerek – múltban, jelenben (Budapest: Szent István Társulat 2004) [Jogfilozófiai] & <<http://mek.oszk.hu/15100/15172/15172.pdf>>, 251–302.

munkák sem: a jogot eleve szabályrendként definiálták,¹² amiben semmiféle többséget, konkurenciát, sőt voltaképpen normatív színező többletszerepet sem ismertek el.¹³

Napjainkban viszont úgy tűnik, mintha a mérleg kilengésének egy ellenkező irányú lehetőségében tobzódnánk.¹⁴ Politikai mozgalmak, jogi csatározások, szervezeti összetettségek, ideokratikus egyetemi-akadémiai új iránykeresések nyomán lassan egy olyan szövevényes – s működésében olykor már-már turbulenciát kiváltó – háló állott elő, amik a jog, a joggal élés, a kívánatos jogért folytatott küzdelem új és új kihívásaira adott válaszokként eddig e formájukban nem ismert kvázi-jogi megjelenéseket teremtettek. Immár több évtizedes, mára úgyszólván klasszikussá érett változataiban ilyen volt és lett mind az emberi jogi követelések sora és mind a *soft law* normatív érvényesítésének előretörése, akárcsak az alkotmányjogiasításból ill. az alkotmánybíráskodásból fakadó hangsúlymódosulás vagy éppen jogmegkettőződés.

Az alapképletet már az *emberi jogokra* mint eleve fennálló jogosultságokra történő hivatkozás, illetőleg kikényszerítésük megkísérlése szolgáltathatja. Olyan ez, mint amikor szabunk magunknak egy feladatot; ennek megfelelően a tételezésével spontán mimagunkban élünk; majd az erre következő viselkedésünkben immár ehhez igazodunk. Ami egyszersmind azt is jelenti, hogy mindebben a folyamatban bármiféle igazolással eleve és csakis körkörösén élünk. Ezzel pedig – a végsőkéig lecsupaszítva – nem mondunk mást, mint hogy, úgymond, az emberi jogokat illető tudás maga hoz létre egy olyan emberi jogi valóságot, amely a megelőlegezett valóság saját feltevései szerinti leírásának nagyban-egészében már meg is felel.¹⁵ Átváltva ezt egy általánosabb leírásra, mindez azt jelenti (és egyszersmind feltételezi), hogy egy formális normatívumban, például a jogban, egy a kötelmet nyelviileg megjelenítő tételezés egy adott értő (mert szocializáció és edukáció révén erre alkalmassá tett) emberi közege (mint

12 Riasztó példaként arra, hogy ez az önképre redukált szűklátókörűség még az angolszász jognak a kontinentálistól eltérő szerveződését sem felismerve azt egyenesen a jognélküliség jogának minősítette, lásd a kor kiemelkedői közül is Eörsi Gyula *Az amerikai igazságszolgáltatás* (Budapest: Jogi Kiadó 1953) 250; Peschka Vilmos *Jogforrás és jogalkotás* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1965) 497; *Egyetemes állam- és jogtörténet* szerk. Horváth Pál (Budapest: Tankönyvkiadó 1967) 304; és – gyakorlatilag első szembenézésésként jogmódszertanilag és komparatistikailag egyaránt védhető rekonstrukciós kísérlet gyanánt – Varga Csaba 'A "Jogforrás és jogalkotás" problematikájához' *Jogtudományi Közöny* XXIV (1970) 9, 502–509 {& <<http://mek.oszk.hu/14500/14525/14525.pdf>>, 215–222}.

13 Lásd pl. a Tárkány Szücs Ernő Jogi Kultúrtörténeti és Jogi Néprajzi Kutatócsoport – <<http://jogineprajz.hu/>> – munkáit, a *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1–51– (1969–2019–) & <<https://www.tandfonline.com/toc/rjlp20/current>> folyóiratát, illetőleg Varga Csaba 'Jogelmélet – jogi néprajz, avagy a népszokásvizsgálatok teoretikus hozadéka' *Társadalomkutatás* 26 (2008) 3, 275–298 {& in <<http://jogineprajz.hu/adattar/tanulmányok>>} összegzését.

14 Pokol Béla *Jogduplázódás* Alkotmányi jog és a jogrendszer duplázódása [kézirat] (megjelenendő Budapest: Kairosz 2020), valamint Pokol Béla 'Az alkotmányi jog kérdéseiből' in a *Jogelméleti Szemle* sorozataként *Law Working Papers* 2 (2019) <<http://jesz.ajk.elte.hu/lwp2.pdf>> 100.

15 Pl. Sajó András 'Az emberi jogok mint tudásrendszer' *Állam- és Jogtudomány* XLV (2004) 1, 3–38.

hermeneutikai körön) belül – támaszkodva már kialakult társadalmi gyakorlatra és az egyes résztvevők pszichikai kondicionáltságára – képes a cselekvés motivációrendszerének egyik tényezőjeként olyan befolyásolásra, hogy tömegméretekben már bizonyos hatékonysággal a saját mintái szerint ténylegesen alakítsa is (azaz, pontosabban: a mintáitól megvont keretek közé valóságos eredményeket elérve terelje) a cselekvést.¹⁶

Érdemes eltűnődnünk azon, hogy eme modellel, vélném, egyszersmind máris leírtuk a jogkövetés és *similacrum*ai számos változatát. Bár az emberjogiság politikai vagy érdekképviseleti harcaiban a jog szerinti jog és egy esetleg tudatosan akként feltüntetett *similacrum* közti szándékos egybemosásról volt ugyan szó, de a jog és más normatívumok követése, az önnön útját járó mozgalmárság gyakorlati megvalósulása, avagy akár az úgynevezett *népi jog* mai esetenkénti mindennaposága¹⁷ eseteiben sem igazán más a helyzet, legfeljebb ez utóbbiak már felvállalják önmaguk mint jogon kívüli, de az érintettjeik számára a voltaképpeni joggal konkuráló státusát.

Ami például a jognak a *soft law* segítségével történő felpuhítását illeti, számos feldolgozás ennek változatait már tisztázta. Ezekből kiderült a jogilag nem létező álljogiságnak a jogival való egybemosása (s ezzel eleve rosszhiszeműen és megtévesztően számoló) akaratlagos tudatossága is, ráadásul – paradoxikus módon – éppen azon Európai Uniónak a részéről, amely egyre hangoskodóbb retorikájában pontosan annak alapérték-voltát hangoztatja, amit napi gyakorlatában a legmegingathatatlanabban megtagad: a demokráciában és a joguralmi igényeknek való megfelelésében mutatkozó saját állandósult deficitje csökkentését.¹⁸ S hasonlóképpen van már bőven irodalma az alkotmányjogiasításnak is, mely hiába kritikus, a karaván attól még – mert aktuálpolitikai érdekek változatlan erősséggel mozgatják – zavartalanul halad.¹⁹

Az *emberjogiság* a nyilvánvalóan nem-jogból egy merőben ideologikus nyomás és lehetségesen bármi áron túlsúlyra törekvés eszközével jogi kikényszerítettséget, majd teljes jogi elismertettséget kísérel meg kicsikarni.²⁰

Az *alkotmányjogiasítás* ezzel szemben duplikálja a fennálló jogot. Megjegyzendő, hogy a jog, az adott területet szabályozó jogi rezsim *megkettőződését* bármely közvetlen alkalmazhatóságra szert tevő elv is előidézheti. Emlékszem, milyen belső riadalmat

16 Pl. Varga Csaba 'Az emberi jogok problematikája' *Társadalomkutatás* 32 (2013) 2, 1–15 {& in <<http://mek.oszk.hu/17900/17995/17995.pdf>>, 351–369}, 2; „Az emberi jogok megalapozása”.

17 Ld. 12. jegyzet.

18 Vö. pl. Varga Zs. András *Eszményből bálvány?* A joguralom dogmatikája ([Budapest]: Századvég 2015) 227 ill. Varga Csaba 'Eszményből bálvány? A „joguralom” és csapdahelyzetei (Gondolatok egy könyv ürügyén)' *Valóság* LIX (2016) 2, 28–40 & <http://epa.oszk.hu/02900/02924/00038/pdf/EPA02924_valosag_2016_02_028-040.pdf>.

19 Vö. pl. Pokol Béla *A bírói hatalom* (Budapest: Századvég 2003) 255.

20 Az már nem ide tartozó következmény, hogy mihelyst a pozitív jog része lesz az, amiért addig emberi jogként harcoltak, ezzel immár automatikusan betagozódik a jog szabályrendszerébe, tehát elveszti vindikációs státusát – függetlenül attól, hogy nevét leggyakrabban (a szómágia továbbélésének jegyeként) változatlanul megőrzi. Ebből sejtet valamit az, hogy a 'human rights' a világhálón 400 milliószor, ugyanez a 'law' és a 'legal' társaságában csak felében, 200 milliószor fordul elő.)

okozott, amikor közel fél évszázada rádöbbenem, hogy voltaképpen milyen jelentőséget hordoz is az, ami felett valamiféle egyértelműségként nemcsak egyetemi tanulmányaink során, de tudós vizsgálatainkban is mindaddig úgyszólván elsiklottunk. Jelesül, hogy a *joggal való visszaélés* vagy az *erkölcstelen jogügylet* polgári jogi semmissége, avagy az általánosan túl a konkrét *társadalomra veszélyesség* előfeltételezettsége a büntetőjogban azt jelenti, hogy mihelyst e tovább már nem definiált klauzulák alkalmazására kerülnek, az érintett polgári vagy kényesen garanciákkal övezett büntetőjog minuciózusan szabályozott rendszere – amit addig *a* polgári jog, *a* büntetőjog gyanánt tanultunk – mellőztetik, mert ahhoz mint *R* [rendes] jogrendhez képest egy R_k [rendkívüli] jogrend érvényesítetttségére került sor – függetlenül attól, hogy erre kizárólag egy az *R* jogrendben tételezett norma érvényesség-kölcsönzésével kerülhetett sor.²¹ Az *alkotmányjogiasítás* általi duplikáció viszont nem a jogon belülről, hanem külső – többnyire a ritka (amerikai) kritikai sajtóban felelőtlen entellektüeleknek nevezett egyetemi szalonforradalmároknak²² köszönhető leleményben, és/vagy ügyvédi *trouville*-ban gyökerező – nyomásra történik; ám attól a pillanattól kezdve, hogy egy bíróságon elfogadtatásra lel, precedens-teremtő erővé, sőt állandósuló gyakorlat alapjává válhat, amiben persze *pressure group* gyanánt *non-governmental organizations*-hadak, sajtó, egyetem, a többséggel tartó bírói szimpátia, rokonszenvek kivásárlása (és így tovább) egyaránt közre szokott működni.²³

3. „Extra culturam nihil datur”

Alaptényként tudatában kell lennünk annak, hogy „A valóság egy és egységes, egészében oszthatatlanul összefüggő. Az ember úgyszintén egy és egységes, egészében oszthatatlanul összefüggő. [...] Hiszen nem a valóság bír nevekkal és fogalmakkal, hanem elnevezésünk és fogalmiasításunk az, amelynek közbejöttével a valóság valamely vonatkozását – annak végtelen és kimeríthetetlen mélységű és variabilitású összefüggéseiből csupán elemzésünk kedvéért kiemelten – egyáltalán szemügyre vehetjük: leírhatjuk, s esetleg még kiemelésre kerülő más vonatkozásokkal összevethetjük.”²⁴

21 Vö. Varga Csaba ‘A jog funkciója és a kodifikáció’ *Jogtudományi Közöny* XXVII (1973) 1, 673–675 {& in <http://real-j.mtak.hu/2241/1/JogtudomanyiKozlony_1973.pdf> }.

22 Vö. Varga Csaba ‘A joguralom és színváltozásai: Idealizáció, s megvalósulás a hazai, utólagos fejlemények a nemzetközi szintéren’ in *Huszonöt éve szabadon* Gazdaság, politika, jog – Nemzetközi konferencia (2015. november 14–15.) szerk. Simon János (Budapest: CEPOLITI 2016), 532–560.

23 Amerikai viszonylatban abban, hogy bizonyos érdekkövetés milyen halmazatok szervezett együttműködését válthatja ki – esetünkben egy megvizsgált konkrét helyzetben egyetlen irányba mozgósítva külpolitikát, biztonságpolitikát, pénzügyi és gazdasági-vállalkozási cápákat, valamint egyetemi-akadémiai szférát és egy egész sajtóhatalmat –, riasztó körképpel szolgált (miközben a fennkölt elviség és a legmezítelebb profitétség azonosulódását is feltárta) Stephen F. Cohen *Failed Crusade* America and the Tragedy of Post-Communist Russia (New York: Norton 2000) xiv + 304 ill. Varga Csaba ‘Amerikai önbizalom, orosz katasztrófa: Kudarcot vallott keresztshadjárat?’ *PoLis* (2002. december–2003. január), No. 68 & <<http://krater.hu/wp-content/uploads/2015/09/POL68-dec.pdf>>, 18–28.

24 Varga Csaba „Jogi kultúra” és „jogi kultúrák”: A jog alakváltozatai és felfogásmódjai [„A jog

Amikor tehát a mindenkori jogot *versengő szférák* összjátéka mindenkori eredményeként egymást részben átfedő körök kölcsönhatásában mutatjuk be (aminek vizualitását Lukács György posztumusz társadalmi léontológiájának szerkezetileg láttató megfogalmazása csak megerősíthette),²⁵ kellően hangsúlyozhatjuk az egész folyamat megszakítatlan dinamizmusát és abból fakadóan nem szűnő folyvást alakulását. Amikor viszont a joggal és külvilági környezetével, a joggal és a kultúrában meghatározható háttérével, vagy éppen – s a leginkább zavarba ejtően – a jogban a jog képviselőjében eljáró hatósági aktor döntéshozatala összetevőinek rekonstruálásával foglalkozunk, a jog viszonylagos autonómiája már egyenesen látszatnak – nyersebben kifejezve: ideologikus eszközökkel mesterségesen teremtett fikciónak – fog bizonyulni, hiszen tényleges különválást nem, csak a teljes megélt világunkban, annak minden összetevőjében legszerveesebb egységben működést, mindenben pusztán a kultúráként meghatározható közegben való léte s annak dinamikáját, a döntéshozóban pedig a jogászként/joghatóságként eljárónak és a kérdéses alany emberi teljességében megnyilvánulóknak a szétválaszthatatlanságát bizonyíthatjuk.²⁶ Tehát – a maga helyén és módján, a jog sajátosságának a megragadása megkísérlésekor²⁷ – akár részkomplexusként, mint Lukácsnál, akár *Ausdifferenzierung* termékeként, mint a német társadalomelmélet egyik mai legnagyobbikánál,²⁸ a jogot bármi módon környezetétől, szervesült társadalmiságától le- és elválasztjuk, nos, ha ez megtörténik, úgy egy a fentín túlmenő magyarázat esetén, vagyis a jog egész sorsának az ábrázolásakor már óhatatlanul leszegényített, sterilizált, valós összetevők egész sorával már nem számoló, azokat egy kényszerű modellalkotás leegyszerűsítései kedvéért elhanyagoló képet kapunk.

4. A jog fluktuációja, múltban és jelenben

Fluktuációk a jogban mindig voltak, vannak és lesznek. Az, amit jognak nevezünk, vetülete társadalmi létünknek. Vannak s lehetnek e vetületnek sajátos vonásai, a társadalom amorfitrásából és heterogeneitásából, az abban zajló ösztömből azonban ezek létszerűen egy pillanatra sem emelhetők ki. A kontinentális jogvilágban magunk

kulturális holdudvara”: Kajtár István emlékkonferencia” keretében a pécsi akadémiai székházban 2019. november 29-én elhangzott tudomány napi előadás] [előkészületben az *Állam- és Jogtudomány* LXI (2020) számára].

25 Lásd 4–5. jegyzet.

26 Vö. Varga Csaba tollából pl. “Külső” és “belső” a jogban’ *Jogtudományi Közöny* XXXVIII (1983) 11, 683–688 {& in <<http://mek.oszk.hu/17900/17995/17995.pdf>>, 401–412}, ”Jogi kultúra” és „jogi kultúrák” (2019), ill. *A bírói ténymegállapítási folyamat természete* [1992] 2., jav. és utószóval bőv. kiad. (Budapest: Akadémiai Kiadó 2001 [2003]) 210 {& <<http://mek.oszk.hu/14400/14489/14489.pdf>>}.

27 A maga közegében nagy ívű vállalkozás volt pl. Peschka Vilmos *A jog sajátossága* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1988) 159, amely Lukács György *Az esztétikum sajátossága* I–II (Budapest: Akadémiai Kiadó 1965 [1969; 1975]) művében kifejtetten a különösség fogalmi felfogásától ihletődve kísérelte meg jogontológiai alapok felvázolását.

28 Niklas Luhmann *Ausdifferenzierung des Rechts* Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1981) 456.

hajlamosak vagyunk a jogot törvényként történő tételezett szövegszerűségében látni és láttatni, miközben nem más a jog, mint csak projekció, ember-formálta tartalom szövegkivetítése, mely bizonyos – ezt viszont kritériumként érvényesítő – diskurzusokban referencia-közegül szolgál. Mások – nevezetesen az angol–amerikai jogvilágban – valamely vitatott helyzet jogra hivatkozó hatósági eldöntésében, tehát egyedi esetekre alkalmazottságában érzékelik a jogot.²⁹ A jog azonban több, mint ezek egyikének vagy másikának a mérő kriterialitása. A társadalom egész mobilizmusa, legkülönfélébb mozgásainak feszítő ereje, szétválásokból, ellentétekbe kerülésekből és azok ilyenné vagy olyanná alakulásából, valósan zajló életéből, tehát dinamizmusából adódó, s kaotikusnak tetsző, de valamilyen irányban mégis mindig megoldódni látszó, miközben új ellentmondásokat már csíralehetőségüként létrehozó összetettsége adja a jogot – ugyanúgy, mint a politikumot és a gazdaságot, avagy a művészet vagy a hitvilág intézményes alakulását, és bármi mást.

A múltat csak azért nem látjuk, mert történeti mikroszociológiák természetszerű forráshiányában – lévén nem voltunk résztvevők – nem tanulmányozhattuk. Ám ha nem is tudjuk esetleg pontosan rekonstruálni, hogy miként fajult el Jézus Krisztus pere, hogyan alakult a kádi igazságszolgáltatás, milyen konkrét események váltották ki az ügyészi kiküldött intézményesedését a cári Oroszországban, és így tovább, azt világosan látjuk, hogy az egész *jogtörténet* – már amennyiben nem száraz tény- és intézménytörténeti adathalmaz, hanem kihívás és válasz relációiban a megoldásokat kereső emberi leleményre kíváncsi – hasadások és meghaladások története; kavalkád, melyben minden állandó mozgásban van (még ha ez nem is feltűnő a benne és vele élő számára); olyan nyüzsgés, amely – idővel – aligha várhatóan meglepő fordulatokat hoz rendre ki magából. És mindenekelőtt: egymásnak kölcsönös tagadásába forduló irányok évszázados szembefeszülése, amely folyamatnak mi, az utókor, úgyszólván csak végpontjait, kijegecesedett állapotait s azok akkori vagy rekonstruktív fogalmiasításait tudjuk érzékelni. Mindez viszont mára, utókorukra már tömbökként áll előttünk, mint Shammai és Hillel ellentétpárja a klasszikus zsidó, avagy Labeo és Capito követőiként a proculiánusok s a sabiniánusok egymásnak feszülése az ősi és a későbbi római jogban,³⁰

29 Amint az angolok vélik, éppen a *judicial event* bármiféle jogiságnak a valóságos és végső tesztje, amelyben végérvényesen megvallódik, hogy mi is a jog; vö. Varga Csaba 'Jogtechnika és jogdogmatika' in *Ünnepi kötet Boytha Györgyné tiszteletére* szerk. Bándi Gyula (Budapest: Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Kar 2002), 144–155 {& in <<https://mek.oszk.hu/14600/14633/14633.pdf>>, 431–449}.

30 Chaïm Perelman 'Legal Ontology and Legal Reasoning' *Israel Law Review* 16 (1981) 3, 356–367 és Peter Stein 'Logic and Experience in Roman and Common Law' *Boston University Law Review* 59 (1979) 3, 433–451 {magyar fordításban in *Összehasonlító jogi kultúrák* szerk. Varga Csaba (Budapest: [Osiris] 2000 [és 2006]) [Jogfilozófiák] & <<https://www.szaktars.hu/osiris/view/varga-csaba-szerk-osszehasonlito-jogi-kulturak-jogfilozo-fiak-2000/?pg=0&layout=s>>, 276–286 ill. 251–264}; tendenciális láttatására lásd Varga Csaba – eredetileg még kevésbé kifejtetten in 'Buts et moyens en droit' in *Giovanni Paolo II Le vie della giustizia: Itinerari per il terzo millennio (Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di pontificato)* a cura di Aldo

avagy Jhering, majd a szabadjogászat szembenállása a hivatalossággal a XIX. század harmadik harmadától³¹ és a szovjet-orosz, majd szocialista jog által meglépett *volte-face*-tömeg³² – nem beszélve mindezeknek csaknem tükörszerű, funkcionálisan azonos szerepet betöltő repetíciójáról az Amerikai Egyesült Államokban a XIX. és XX. század fordulójától induló nézet- és irányzatharcokban.³³

Sokféleképpen vélekedhetünk jogunk alakulása és alakításának megkísérlése sokféle módjairól napjainkban. A nem túl régi múltunkból például arról, hogy a már sokunk gyermekkorában bekövetkezett barbárságok rendre meghaladták az emberiség addigi képzelőereje határait, s ezzel eleve azt a képzelőerőt, ami fennálló jogaink rendelkezésére állhatott, ami pedig egy nyíltan *természetjogi* gyökerű bírászkodási – jogmegítélési, szankcionálási – kényszeret eredményezett.³⁴ Avagy arról, hogy olyasmi került ehhez képest nemsokára a jogalakulásnak az országgyűlési képviselet fölébe emelkedő, ráadásul (voltaképpen státusát tekintve mintha csak szabadidősök önszervező klubja lenne) nemzetközi öszve-szerveződésben immár az egész úgynevezett civilizált világ mezében fellépő új centrumába, ami addig legfeljebb néhány gondos áttekintésű szakmunka jegyzetanyagában, éppen még talán említhető raritásként szerepelt. Merthogy az *alkotmánybíráskodás*nak a második világháború utáni bevezetése, vagy legalábbis mintegy a

Loiodice & Massimo Vari (Roma: Bardi Editore & Libreria Editrice Vaticana 2003), 71–75, de erősen bővítve in – ‘Célok és eszközök a jogban’ in Varga Csaba *A jogi gondolkodás paradigmái* [1996/1998] jelentősen átdolg. és bőv. 2. kiad. (Budapest: Szent István Társulat 2004) {& <<http://mek.oszk.hu/14600/14633/14633.pdf>>}, 467–479.

- 31 Vö. egyes tanulmányokkal in *Összehasonlító jogi kultúrák* (2000) [előbbi jegyzet] ill. *Rudolf von Jhering és jogelméletének hatása* szerk. Frivaldszky János & Pokol Béla (Budapest: PPKE JÁK 2011) 263 [A Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Karának könyvei: Tanulmányok 2].
- 32 Ld. pl. Varga Csaba ‘Múltkutató, jövőkeresés Közép-Európa jogában’ *Valóság* LVI-II (2015) 7, 1–18 & <http://epa.oszk.hu/02900/02924/00031/pdf/EPA02924_valóság_2015_7_001-018.pdf>.
- 33 Lásd David Dyzenhaus *Legality and Legitimacy* Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar (Oxford: Clarendon Press 1997) xiv + 283 ill. Varga ‘Múltkutató...’ [előbbi jegyzet], passim, főként ennek az amerikai excepcionalizmus jegyében történő fél nem ismeréséről.
- 34 Alapként lásd Gustav Radbruch ‘Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht’ [*Süddeutsche Juristenzeitung* I (1946) 5, 105–108] magyar fordításban in *Modern polgári jogelméleti tanulmányok* szerk. Varga Csaba (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete 1977), 129–139; fejleményeinek áttekintésére pedig pl. Hubertus-Emmanuel Dieckmann *Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes? Eine kritische Würdigung der Rezeption der Radbruchschen Formel und des Naturrechtsgedankens in der Rechtsprechung* (Berlin: Duncker & Humblot 2006) 231 [Schriften zur Rechtstheorie 229]; Giuliano Vassalli *Radbruchsche Formel und Strafrecht* Zur Bestrafung der „Staatsverbrechen“ im postnazistischen und postkommunistischen Deutschland (Berlin: Walter de Gruyter 2010) xv + 300 [Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik 22]; Clea Laage *Gesetzliches Unrecht* Die Bedeutung des Begriffs für die Aufarbeitung von NS-Verbrechen: Die Rezeption der radbruchschen Formel in Rechtsprechung und Rechtslehre nach 1945 (Frankfurt am Main: Peter Lang 2014) 164 [Beiträge zur Aufarbeitung der NS-Herrschaft 2].

joguralom mellőzhetetlen kellékévé történő hamis felküzdése, vagyis egy állítólagos elődből jogi csúcshatalommá tétele pontosan úgy zajlott, mintha egyenesen egy amerikai típusú *social engineering* tudatos képződménye és mesterkéltége ellenére sikerre vitt vívmánya lett volna: létrehozni a népszuverenitás letéteményese, a választási győztes képviselői testület, tehát a négyéves ciklusonként alakuló politikum fölé egy nem politikai, tehát nem felelős, de ennek ciklusain gyakorlatilag leválthatatlanul átvéelő, a politikum gyakorlati megfontolásaival szemben kompromisszummentességet nyíltan vállaló és ezért teljességgel elvi – külső – kritériumokkal eljáró szervezetet, amit ráadásul eleinte túlnyomórészt csupán elméleti megfontolásokban jártas professzoriális karakterekkel (tehát gyakorlati döntésekbe még sohasem bonyolódott íróasztal-entellektüelekkel) kívántak be- és feltöltetni. Amiket azután idő múltán, természetszerűleg, a politikai széljárás eltérősegeit mutató politikai erők eltérően kezdtek el saját politikai céljaiknak megfelelően instrumentalizálni.

Vagyis amerre tehát körbenézünk és visszanézünk, bő két évezred távolából a múltban, a görög–római és az iszlám jog³⁵ hagyatékában egyaránt, amiként az utóbbi közel két évszázad kontinentális és angol–amerikai jogalakulásában is – és nyilvánvalóan a közbenső időkben és terekben úgyszintén, még ha erről kevésbé közkeletű vagy olykor túlságosan is gyér a tudásunk –, versengő nézetek, irányok és iskolák, jogfejlesztő vagy jogkerülő technikák, ideologikus hivatkozásokkal kidolgozott jogforráspótló készségek és a jogba tényleges sikerrel beépülést garantáló eljárások és fórumok garmadája kavargó előttünk. A példa tehát nem új, esetleg csupán vehemenciája s a színen megjelenésétől rögvést egyetemes globális jelentésre és jelentőségre szert tevése lehet egy még egyelőre naiv szemlélődő számára további feldolgozást igénylően meglepő.

Összegzésképpen tehát úgy tűnik, hogy a valaha a konkrét, a kérdéses ügyre és igazságos megoldására koncentráló jogász figyelem két évezred során lépésről lépésre növekvő elvonatkozató általánosításnak adta át a helyét. A máig eltelt időben egyre inkább az előbbiből leszűrhető általánosítható vonások kerültek előtérbe, így szép lassan előbb a közös vonások kiemelése, majd a típusokra bontás s ezekből valamiféle alrendszer-építés, folytatva az irányadó elvekre koncentrálással, míg végül egyfajta s úgyszólván természetes következményként mindezeknek alkotmányokban történő s egyszersmind hierarchizáló összegzése is megtörtént. Jelen időnknek egyszerre posztmodern reményt megvalósító, miközben realizztikumot is sejtető álma – mely úgy jelenik meg híveinek szeméi előtt, mint egy már öröktől fogva remélt Nagy Kísérlet utópikus s a valahai Végső Bevégződés eszkatologikus álmának³⁶ végre megvalósulhatása – ugyanakkor már úgyszólván a felhasználható jogelemek világméretű szintetizálásának és uniformizáló

35 Vö. pl. Muhammad Jawad Maghniyyah *The Five Schools of Islamic Law* Al-hanafí, Al-hanbali, Al-ja'fari, Al-maliki, Al-shafi'i (Qum [Iran]: Anssariyan 1995) xvi + 607 vagy Nurettin Uzunoglu *The Islamic Law Based on Hanafi, Shafee, Maliki, Hanbeli – Four Schools of Thought* (İstanbul [Turkey]: Acar Matbaacılık yayıncılık Hizmetleri [1997]) 502, szellemisége áttekintéséül pedig Jany János *Klasszikus iszlám jog* Egy jogi kultúra természetrajza (Budapest: Gondolat 2006) 521.

36 Vö. pl. William W. Abraham *Divine Agency and Divine Action* III: Systematic Theology (Oxford: Oxford University Press 2018), ch. 18: „Eschatology: The Final Consummation”.

homogenizálásának a küszöbéhez ért. Ez pedig már színjátékunk talán utolsó felvonása, amikor is már csak kizárólag végső értéktételezések vannak s érvényesíttetnek a színpadon, bárminemű specifikáltatottságot nélkülöző kiüresedettségeknek köszönhetően azoknak teljességgel szabad értelmezésében, akik kizárólagos hatalmat szereztek arra, hogy kimondják, majd ki is kényszeríttessék a jog világában kimondható utolsó szót.³⁷

5. Kihívás és válaszadás: ami a jogtudományra s ami az államra hárul

Mindez nyilván feladatot jelent a *jogszociológia* és a *jogdogmatika* számára; ez utóbbinak különösen, ha és amennyiben semleges deskriptív szemléletét felülírnia jogpolitikai szándék. A *jogtörténet* számára pedig felfedi az elmúltat illető mikro-elemzések nélkülözhetetlenségét s ezáltal rádöbbeníti művelőjét arra, hogy mit sem tudhatunk a múlttól addig, amíg csak nagyban-egészében ember- és kultúra-mentesített objektumaira (szövegekben rögzítéseire és intézményekben instrumentalizációira) fókuszálunk, és nem jutunk el az *emberi problémamegoldás* minden korban újratanulandó voltának újraéléséhez³⁸ – már lezárult életek, gondolkodásmódok és gondolatsorok felidézéséhez, azaz a voltaképpeni egyetlen tárgyhöz, mely akár a múlté, akár a jelené, kihívások és válaszadások vég nélküliségében folyvást tesztel bennünket, miközben új küzdelmek sikeres megélésére is tanít.

Ami a mindenkori jogtudományt illeti, ez további vita és állásfoglalás lehetőségét kínálja mindabban, amit csak az adott kor új és új lehetőségei felvetnek, beleértve természetesen annak védhetőségét vagy éppen tarthatatlanságát is, hogy észrevétlen menjen el ezek megnyilatkozásai felett mindaddig, ameddig ezek a tételes jog elemeivé s ezzel a jogdogmatikai elemzés hivatalos tárgyaivá nem lesznek. Vagyis személyében a jogtudós kettős választás előtt áll: vagy ilyen-olyan irányban jogpolitikailag elkötelezetté lesz e jogtudományt művelő, vagy valóban *a jog* művelőjeként esetleg mindazonáltal érdektelen marad a jövő joga körüli aktuálpolitikai csatározások iránt.

Amikor a már idős Hans Kelsen, tiszta jogtani rendszerét újra át- és átgondolva az újabb változatokhoz vagy fordítás céljából valamelyes adaptáláshoz, először vette komolyan a

37 A fenti értelemben a dekonstrukciós eljárás egyenértékűnek tetszik azzal, hogy történeti vagy élő textualitásokat saját élő kultúrájukból s hagyományukból egy elvont rendszer-eszményű, s merőben formalisztikus logizáló eljárással racionalisztikusnak gondolt rekonstrukció jegyében kiemelve, ezekből valamiféle koncepcionális szintézist építenek. Az efféle dekonstrukciók lehetséges kiüresítő hatására lásd pl. Varga Csaba 'Comparatio a jogtudományban s a jogi oktatásban: Alaphelyzetek, érzékenységek és problémák egy multikulturális világban' in Varga Csaba *Jogfilozófia a múlt, jelen és jövő ölelésében* (Budapest: Pázmány-Press 2018) [Tanulmányok 44] & <<http://mek.oszk.hu/18900/18995/18995.pdf>>, 457–500.

38 Példá szerű feldolgozásként a dogmatika jogalakító szerepére, lásd pl. a jogtörténetet jogi gondolkodástörténetként művelő Marie Sandström tollából *Die Herrschaft der Rechtswissenschaft* (Lund 1989) xiii + 281 [Skrifter utgivna av Institutet för Rättshistorisk Forskning Grundat av Gustav och Carin Olin I: Rättshistoriskt Bibliotek XLIV] és *Rättsvetenskapens princip* Till frågan om rättsvetenskapens värdeöshet och Friedrich Julius Stahls rättsinstitutslära (Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning 2004) 291 [Skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning I: Rättshistoriskt bibliotek 6].

tényszerűség kitörölhetetlenségét a működő jogból, vagyis azt, hogy bármiképpen modellez is ő, az csak valamiféle átlaghoz vagy normalitáshoz szabott racionalizáló ideál lehet, *a valóság* pedig *az, amit a jog tesz*, s amit ki nem küszöbölésével a jog önnön magának valós – tehát érvényes, mert a megfelelő tételezésekből pontosan így, és nem másként következő – tételeként ismer el, nos, e bármiféle előzetes modellt és rendszeralkotást megdöntő felismerés, a tény makacs tényyszerűségére történő rádöbbenés láttán a mester mintegy – szimbolikusan – megadta magát, elismerve bármiféle modellezésnek pusztán önnön állításán mint kvázi-axiomatikus rendszeren vagy modell-képen belüli érvényét, s immár arra konkludált, hogy a jogász által adható egyetlen válasz márpedig ez: bármiféle fejleménynek, ami a tény makacssága folytán előidézett, szükséges jogász feltevésünkből következően a jogalkotó szándékában kellett eleve rejteznie, mint olyannak, ami tehát a jogban úgymond *eleve immanens* volt.³⁹

Nos, úgy vélem, ez újabb fogódzoul szolgál, amennyiben jelen állapotaink végső meghatározásait számba vesszük. Egyfelől a demokrácia, emberi jogok, fékek és ellensúlyok és egyéb hívószavak s hangzatosságok harsány jelenlétét, és mögötte mind a korszellem globalizálódást sürgető erejét, valamint a *mass media* s különösen világhálós megjelenítései és hallatlan szervezési potenciálja manipulációs lehetőségeit, másfelől viszont azt a szerény tényt, hogy a *global village* mindazonáltal államok sorában testesül meg, s bármennyire öszve-szervezettek legyenek is azok, ezek mégis szuverenitással rendelkeznek, amely szuverenitás végső soron lefed mindent, ami adott állam-területen történik, tehát – Kelsen módjára – nem tehetünk mást, mint hogy feltételezzük, hogy azért történik bármi úgy, amiként történik, és azért történhet bármi adott és nem más módon, mert igenlő tetszéssel, közömbösséggel vagy kényszerű passzivitásra rendeltetett tűréssel bár, de az állam mindezt – beleértve ezek ellentmondásosnak, akár önsorsrombolónak tetsző fejleményeit is – lehetővé teszi.

Ettől kezdve pedig értékrendünket ilyesféle vagy más törekvések láttán akár megerősítődnök látjuk, akár háborgunk ezek új és új szárba szökkenése ellen, elsődleges címzettként mégsem a *simulacrum*ok miérettjeire, hanem az állam pozíciójának mikénti gyakorlására, az állam cselekvési rádiuszán belüli aktiválás vagy éppen annak elmaradása okára, netalán az állami törvényhozás s szervezetépítés kapacitásának növelhetőségére, bármely irányban ilyen vagy olyan teoretikus alapozás és cselekvésre buzdítás lehetőségeire kell rákérdeznünk.

39 H. Patrick Glenn *Legal Traditions of the World Sustainable Diversity in Law* (Oxford & New York: Oxford University Press 2000) xxiv + 371 hasonló szerkezetben írja le a szent hagyományt különösen a klasszikus zsidó és az iszlám jog kapcsán, ahol is az az eljövendőnek is teljességeként sohasem befejezett, hiszen alaptana szerint „a bárha még a jövendőben előforduló bármiféle értelmezés is eleve Istentől szándékolatlan már ismert volt a Sinai-hegyen”; vö. mindehhez Varga Csaba 'Jogi hagyományok? Jogcsaládok és jogi kultúrák nyomában' in Varga *Jogfilozófia az ezredfordulón* (2004), 47–66, különösen 54–56.

A JOG RÉTEGEINEK ELMÉLETE MINT A JOG STRUKTURÁLIS ELMÉLETE – ÉS MI KÖVETKEZHET ABBÓL

1. Módszertani előfeltevések mint a kritika alapja

Módszertani előfeltevésem az elemzési szintek elkülönítése és reflektálása. Itt most észrevételeimet a leíró-analitikai-fogalomtisztázó szintre korlátozom, itt is az advocatus diaboli szerepének megfelelően a kritikai megjegyzéseket hangsúlyozva. Bírálni jöttem, nem dicsérni.

Véleményem szerint el kell választani egymástól három elemzési szintet, a fogalmak analitikai elemzését, az empirikus kauzális összefüggések, hatások vizsgálatát és az értékelő vizsgálódásokat, és ezen belül is a pozitív jog alapján vagy más, erkölcsi, politikai, stb. mércék alapján álló értékeléseket. Ennek az álláspontnak több évszázados filozófiai múltja van, kezdetei Hobbesnál tapinthatóak ki, majd Hume, Bentham és Austin folytatta ezt a gondolatmenetet és kiforrott megfogalmazása a XX. századi analitikus filozófiának és analitikus jogelméletnek köszönhető, amelynek kiemelkedő képviselője Hart. (Számos, a XX. század jogbölcseletét bemutató munka Kelsen jogelméletét is az analitikus jogelmélet körébe sorolja. Az angolszász analitikus jogelmélet és a Tiszta jogtan között hasonló vonásaik mellett azonban jelentős különbségek vannak.)

Ezt az álláspontot itt most Norbert Hoerster nyomán kívánom pontosítani. „Durván szólva, valóságra való a reagálásnak három fajtája van, a fogalmi, az empirikus és a normatív illetőleg a nekik megfelelő nyelvi kifejeződés.” A valóság fogalmi megragadása előfeltétele annak, hogy arról kauzális vagy normatív-értékelő kijelentéseket tegyünk. „Az analitikus jogelmélet feladatát abban látja, hogy a három kijelentéstípust egymástól konkrét esetekben elhatárolja továbbá hogy a fogalmi és a normatív kijelentéseket kritikai vizsgálatnak vesse alá. (...) Az analitikus jogelmélet ragaszkodik a fogalomelemzések, az empirikus leírások és magyarázatok valamint a normatív elképzelések szigorú elválasztásához.”¹

Mivel minden tudományos kijelentés fogalmakat tartalmaz, ezért a tudományos elméletek vizsgálata során elkerülhetetlen azok fogalmainak az elemzése. Ez azt jelenti, hogy ennek során tisztázni kell a fogalmak egymáshoz való viszonyát, és az adott elmélet keretében, annak kontextusain belül valamilyen mértékben definiálni kell a fogalmakat. Nyilván sokan ezt túlzottan iskolás módszernek tartják, és egyetértenek

1 Norbert Hoerster Grundthesen analytischer Rechtstheorie In Jahrbuch 115. és 121. old.

Samuel Johnsonnal, aki szerint „a meghatározások a pedánsak furfangjai”². Pokol Béla is azt írja, hogy „ha a jogrétegeket alaposan körbeírom, és több dimenzióban elemzem ezeket, akkor pusztá pedantéria a megfogalmazásra törekvés”. Én ezzel szemben úgy vélem, hogy ahol a fogalmak nem egyértelműek, ott az elmélet sem lehet világos. A szerzők gyakran vélik úgy, hogy fogalomhasználatukkal és utalásaikkal egyértelművé tették elméletüket, a kívülállók számára azonban definíciók hiányában ez többnyire nem így jelenik meg.

Pokol Béla elméletét a továbbiakban Luhmann szemüvegén (és nagyítóján) keresztül is meg kívánom vizsgálni, amit elsősorban nem annak luhmanni gyökerei is indokolnak, amin a szerző rég túl van, hanem az, hogy Luhmann elmélete a társadalomelméleti jogelméletek egyik paradigmatis megfogalmazása, és mint ilyen tanulságos összevetésekre ad lehetőséget. Most itt csak Luhmannnak egy megállapítását idézem, mint a fogalomtisztázás nélkülözhetetlensége melletti érvet. „A rendszerelméleti elemzés mindenekelőtt azt követeli meg, hogy egy elvből (igazságosság, hasznosság, hatalom) való magyarázatot egy megkülönböztetésből (rendszer /környezet) való magyarázattal váltsuk föl. Ez azonban megkülönböztetések egész galaxisát és az abból adódó fogalmi apparátust teszi szükségessé, amelyeket egymással összhangba kell hozni.”³

Félreértések elkerülése érdekében le kell szögezmem, hogy az analitikai jogelméletnek itt vázolt tételét csak kiindulópontként fogadom el, és nem értek egyet azzal, amikor a fogalmi elhatárolásból a jelenségek elszigetelésére és a jogbölcseleti vizsgálódások leszűkítésére következtetnek. Véleményem szerint – eltérően Kelsentől, más újkantianusoktól és Pokol Béla 2006-ban kifejtett radikális etikai nonkognitivismusától⁴ – ezeket a szinteket illetően az így nyert megállapításokat egymásra reflektálni kell, bármennyire is nehéz az. Ennek a nézetemnek az az alapja, hogy saját jogbölcseleti nézeteimet jog- és államtranszcendens és társadalomimmanens álláspontként határozom meg.⁵ Ebbe

2 Idézi John Lukacs A történelmi tudat avagy a múlt emlékezete Európa Könyvkiadó, Budapest, 2004 42. old. Pokol Béla is azt írja, hogy „pusztá pedantéria (lenne) a megfogalmazásra törekvés”. (A többretegű jog elmélete. Válasz a kritikára. Miskolci Jogi Szemle, 2008/1:141-147., 145. A továbbiakban: Válasz)

3 Niklas Luhmann Das Recht der Gesellschaft stw 1183 Suhrkamp 1995, Frankfurt am Main 26. old.

4 A tudományon túl: a kognitivitástól a normatív gyakorlati filozófiáig In Jogelmélet és önreflexió. Szerkesztette: NAGY Tamás és NAGY Zsolt Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2007 275- 282., különösen a 276-277. old. Amiben nem értünk egyet, az az, hogy Pokol az axiológiai problematikát teljes mértékben kirekeszti a jogbölcseletből, illetően a helyes jog kérdését az ideológiába és a jogpolitikába utalja. A fogalmi, kauzális és axiológiai megközelítések és elemzések kölcsönös egymásra reflektálásának a legfontosabb területe éppen a jogpolitika. Természetesen nem bármiféle „levezetés” értelmében, hanem az alternatívák tisztázásának, bizonyos alternatív lehetőségek kizárása, ezáltal az absztrakttól a konkrét felé való haladás útján. Ehhez véleményem szerint Radbruch munkássága kínál támpontokat.

5 Bővebben erről Szilágyi Péter: A társadalomelméleti és a politikai filozófiai alapozású jogelméletek különbsége In: Unitas Multiplex. Ünnepi tanulmányok Szigeti Péter 65. születésnapjára. Szerk. Takács Péter Gondolat Kiadó – SZE DFK Budapest–Győr, 2017

a körbe tartozik a közelmúlt kiemelkedő gondolkodói közül Peschka Vilmos és Niklas Luhmann, a jogbölcselet kortárs hazai művelői közül pedig Szigeti Péter és Pokol Béla is. (Éppen ezért tartom fontosnak pontatlanságainak és kellőképpen ki nem dolgozott megfogalmazásainak a határozott kritikáját.)

Luhmann elmélete – különösen élete utolsó évtizedében publikált munkái – egyszerre képez társadalomelméletileg megalapozott jogelméletet és a társadalom különböző területeit, részrendszereit felölelő és földolgozó társadalomelméletet. Kutatásai során mindig két vonatkoztatást (Systemreferenz) tartott szem előtt, esetünkben a jogrendszert és a társadalmat mint rendszert.⁶ Luhmann olvasása és értelmezése során ezt a két „rendszerreferenciát” mindvégig együtt kell látni. Azért tartom ezt fontosnak hangsúlyozni, mert Luhmann jogelméletének az oktatási célú feldolgozásai ezt a munkáját részletesen már nem tárgyalják, az oktatásban a jog autopoétikus jellege kap hangsúlyt, ami félreértésekre ad alkalmat. Maga Luhmann erről a következőket írta: Der typische Einwand ist sofort, daß dies auf eine völlige Herauslösung des Rechts aus der Gesellschaft, auf eine Art juristischen Solipsismus hinauslaufen würde. Das Gegenteil trifft zu.⁷

2. A jog rétegelmélete első megközelítésben

A jog rétegeinek elmélete a jog egyik strukturális elmélete, és Pokol Béla legutóbbi munkájának I. fejezet 1. mondatából is ez következik.⁸ Ezzel igazodott a XX. századi

6 „Die folgenden Untersuchungen setzen daher immer, auch wo dies nicht explizit gesagt wird, zwei Systemreferenzen voraus: das Rechtssystem und das Gesellschaftssystem.” (Luhmann *Das Recht* 8. old.) Elméletének ezt a jogtranszcendens és egyben társadalomimmanens jellegét tömören jellemzi az idézett könyvnek – nyilvánvalóan a szerző jóváhagyásával megfogalmazott fülszövege: Um zu einer der gegenwärtigen Situation angemessenen Theorie der Gesellschaft zu kommen, hält Niklas Luhmann es für sinnvoll, die gesellschaftlichen Teilsysteme in ihrer Verschiedenartigkeit und trotzdem vergleichbar zu beschreiben, so daß die Merkmale der Modernität in der Gleichartigkeit des Verschiedenen zutage treten. Denn gerade darin, daß diese Gleichartigkeit des Verschiedenen heute extreme Differenzen zu überbrücken hat, könnte der Unterschied der modernen Gesellschaft zu allen ihr historisch vorausgehenden Gesellschaftssystemen liegen. Diese Leitidee liegt der vorliegenden Publikation zugrunde. Sie versteht sich in erster Linie als ein Beitrag zu einer Theorie der Gesellschaft. Andererseits versucht sie, den Eigenarten des Rechtssystems gerecht zu werden, und ist in diesem Sinne auch als Rechtssoziologie geschrieben. Gewonnen wird ein Theorierahmen für einen Vergleich aller Funktionssysteme der Gesellschaft, die in sehr verschiedenen kausalen Konstellationen und mit Bezug auf prinzipiell unterschiedliche Funktionen ihre Eigendynamik entfalten. Die einzelnen Kapitel befassen sich überwiegend mit klassischen Themen der Rechtstheorie und der Rechtssoziologie. A társadalomelméletét legrészletesebben *Die Gesellschaft der Gesellschaft* című (Suhkamp, 1998, Frankfurt am Main) csaknem 1200 oldalas munkájában fejtette ki. Ismereteim szerint ez Luhmann utolsó életében megjelent könyve. A sajnálatosan korán lezárult életmű ismeretében ez tekintendő Luhmann fő művének.

7 Luhmann *Das Recht* 30. old.

8 „A jog strukturális összetettségét vizsgáltam bő harminc évvel ezelőtt Niklas Luhmann jog-

jogelméletnek ahhoz a tendenciájához, amelyik a jog strukturális problémáit állította vizsgálódásai középpontjába. Ennek kiemelkedő kifejeződése Kelsen és Hart elmélete.

A „jogrétegek” vagy a „jog rétegei” kifejezést korábban Kelsen használta a jogrend szintjeinek a magyarázatára⁹, majd később a geológiából kölcsönözve a római jog tudományában¹⁰. A kifejezésnek Pokol új értelmet adott, amikor azt a jogrendszerek strukturájának elemzésére szolgáló általános kategóriaként honosította meg.

A jog rétegeinek ezt az elméletét kritikai észrevételeim ellenére vagy talán éppen azért a magyar jogelmélet gazdagításának tartom, szerintem a múlt vonatkozásában magyarázó, a jelenlegi problémák – ergo a jövő – vonatkozásában heurisztikus szerepe van, direkt következtetéseket csak nagyon óvatosan szabad abból levonni. Erre akartam utalni a „mi következhet abból” fordulattal.

A struktúra nem azonos az összetevők mibenlétével, mennyiségével, hanem az

dogmatikát kiemelő tanulmánya alapján.” A további mondatokban kifejezetten közli, hogy jelen munkája korábbi vizsgálódásai újragondolást jelent. (Pokol Béla Jogduplázódás. Alkotmányi jog és a jogrendszer duplázódása Budapest 2020 Kézirat, 9-10. old. Pokol Béla munkája elektronikus változatát a konferencia előtt megküldte, én azt szélesebb margóval printeltem ki, az oldalszámok arra a változata vonatkoznak.)

- 9 „A jogrend tehát nem mellérendelt, egyenlően egymás mellett álló jogi normák rendszere, hanem jogi normák különböző rétegeinek lépcsőzetes rendje” Kelsen Tiszta jogtan, 41. old; a német eredetiben: „Die Rechtsordnung ist eine Stufenordnung verschiedener Schichten von Rechtsnormen.” *Reine Rechtslehre* 1934, 74. old. Szó szerint ugyanaz az 1960-as kiadásban, a 228. oldalon. Kelsenre a későbbiekben visszatérek, itt jegyzem meg az idézethez kapcsolódva, hogy a réteg a jogrendnek az érvényesség szempontjából megkülönböztetett szintjeinek (Stufen) a magyarázatára szolgál, nem külön elméleti kategória. A magyar fordítás nem a legszerencsésebb, az eredetiben nincs „Treppe”. A magyar fordítás a „Stufe” átvitt értelmű jelentése (fok, fokozat, színvonal, rang) helyett annak köznapi jelentését használja, az egyes fokozatoknak az érvényesség szempontjából való kapcsolódása helyett valami olyasmit sugall, amin „föl lehet mászni.”
- 10 A német nyelvű Wikipédiában Max Kaserre (Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. in: *Forschungen zum Römischen Recht*. Band 36. Verlag Böhlau, Wien, Köln, Graz, 1986, 86-90.) hivatkozással olvashatjuk: Da das römische Recht keine Systematik entwickelt hatte, kann insoweit nicht von einer „Rechtsordnung” oder von „Rechtsgebieten” gesprochen werden. In der rechtsgeschichtlichen Forschung hat sich daher die aus der Geologie entlehnte Begriffsbezeichnung „Rechtsschicht” etabliert. Ezzel a kifejezéssel a *ius civile*-t, a *ius praetorium* /*honorarium*ot és a *ius gentium*ot jelölték. Pokol 2008-ban publikált kiváló tanulmányában (A római jog rétegeinek és jogász szerepeinek történeti formálódása) réteg-elméletének római előzményeit kutatta, de nem az előbb idézett, alapvetően genetikus megkülönböztetés alapján (bár Kaserre ő is hivatkozik), hanem saját megkülönböztetéseire alapul véve mint jogalkalmazói, jogtudósok által kifejlesztett és mint állami, császári jogot. Témánk szempontjából nincs jelentősége annak, hogy a *ius gentium*ot „a civiljog mellett egy új, különálló jognak” tekintjük (mint Marton Géza A római magánjog elemeinek tankönyve Tankönyvkiadó, Budapest, 1963, 8. old.) vagy nyitva hagyjuk a kérdést, „valóságos jog volt, vagy filozófiai kategória”. (Földi András – Hamza Gábor A római jog története és instrukciói Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1996, 42. old.) Ezt a vizsgálódást azonban Pokol jóval réteg-elméletnek az első megfogalmazása után végezte el.

azok közötti kapcsolatokat, összefüggéseiket és különbségeiket is magában foglalja. Ezért a legtöbb „egész” esetében többféle struktúra van és többféle strukturális elmélet lehetséges. A jog rétegeinek elmélete a jog genetikus alapú strukturális elmélete, emellett a kontinentális jogrendszereknek (a jogrendszert normatív értelemben véve) létezik egy formális, nagyrészt hierarchikus vertikális struktúrája és egy horizontálisnak nevezett jogági struktúrája.¹¹

Ezt az elméletet ütköztetni kell a formális-hierarchikus és a jogági struktúrával. Ennek előkérdése, hogy minek a struktúráiról van szó. A jogfogalom szerteágazó kérdéseibe nem akarok itt elmélyedni¹², de azt jelezni kell, hogy én egy szociológiailag kiegészített, korrigált (tehát számos Kelsenre való hivatkozásom ellenére nem vagyok kelsenianus) pozitívizmus híve vagyok. Ebből következik, hogy a jogi jelenségek magvát a jogi normákban látom, és hogy akkor különbséget kell tennem a normatív jogrendszer és a szociológia értelemben vett jogrendszer, jogi rendszer között. A normatív jogrendszer leegyszerűsítve jogi előírások, rendelkezések összessége, (a magyar jogászai köznyelv ebben az értelemben használja a „jogrendszer” terminust, a probléma részleteire a jogágak kapcsán térek vissza); a szociológia értelemben vett jogrendszer magatartások, kommunikációk, objektivációk összessége, tudományos fogalom.¹³ Egy normatív jogrendszer nem létezhet megfelelő szociológia értelemben vett jogrendszer nélkül, és megfordítva, egy szociológia értelemben vett jogrendszer nem létezhet jogi normák rendszere nélkül. (Ez nem jelenti azt, hogy mindkét jelenséghalmazra a „rendszer” kifejezést kell használni.) Az analitikai elemzés (tehát nem a történeti szociológiai – társadalomelméleti elemzés) szintjén a normatív rendszernek van elsőbbsége, mivel a különböző jelenségek jogi minőségét a jogi normákra való vonatkozásuk révén állapíthatjuk meg, a jogalkalmazás azért jogalkalmazás, mert jogi normák alkalmazása, a jogalkotás azért jogalkotás, mert jogi normák alkotása, etc.¹⁴ A genetikus meghatározottság vizsgálta során viszont a társadalmi környezetnek van primátusa, ezért az az álláspontom, hogy a jogi jelenségek magvát a jogi normák képezik, nincs ellentétben a korábban említett jogelméletileg transzcendens fölfogással.

A különböző struktúrák egymáshoz való viszonyát illetően Pokol álláspontját nem fejtette ki, és ez a hiányosság elmélete átdolgozásával még szembetűnőbbé vált. Ezzel attérek kritikai észrevételeimre.

11 Erről bővebben Szilágyi Péter *Jogi alaptan* Eötvös Kiadó – ELTE 2011, Budapest 364. old.

12 Felfogásomat lásd Szilágyi Péter *Jogi alaptan* Eötvös Kiadó – ELTE 2011, Budapest 235-253. old.

13 A kettő különbségéhez Kulcsár Kálmán *Politikai és jogszociológia*, Kossuth, 1987, Budapest 433. oldal. A magyar szaknyelv az 1970-80-as években különbséget tett a normatív értelemben vett jogrendszer és a jogi rendszer, mint szociológiai rendszer között. Én ezt indokoltan tartottam, ma is annak tartom, azonban a dicséretesen növekvő fordítások nem követték, így ez a megkülönböztetés kikopott a szaknyelvből. Mindenesetre ez a megkülönböztetés Pokol Béla szövegeit is világosabbá tette volna.

14 Hasonlóan Pokol: „A jog tehát legáltalánosabban megfogalmazva állami kényszerrel is alátámasztott magatartási normákat jelent.” (Jogelmélet 14. old.)

Első számú analitikai ellenvetés: hiányzik a „jogréteg” terminus illetőleg az azzal jelölt fogalom tisztázása. Ezt az ellenvetést korábban már többen is megfogalmaztuk, markánsan Győrfi Tamás.¹⁵ Pokol Béla Győrfi Tamás kritikájára adott válaszában azt is írta, hogy az abban foglaltak választ jelentenek az én kritikái észrevételeimre is. Erre itt kénytelen vagyok az érthetőség miatt utalni. Az én kritikám a miskolci dogmatika konferencián hangzott el, a lényege az volt, hogy ha a dogmatikát értelem-összefüggésként fogjuk föl, akkor az nem lehet a jog egyik rétege, mert mindegyik másik rétegben is benne vannak ezek az értelem-összefüggések. Ezért a dogmatikát csak akkor lehet külön réteggént fölfogni, ha normaproponíciók, argumentációk és konstrukciók jogilag ugyan nem kötelező, de a jogi normák érvényesítéséhez nélkülözhetetlen és jelentős orientáló, befolyásoló szerepet játszó és alternatívákat tartalmazó összességét – a nekem jobban tetsző terminológiával mint a jogi objektivációk sajátos rétegét. A jogi dogmatika ezért a normatív jogrendszer társadalmi beágyazottságának meghatározó mozzanata és (legalábbis az egyik) közvetítő közeg a társadalom jogi és politikai rendszere között.

Ezért én is úgy véltém, és ebben voltam azonos véleményen Győrfi Tamással –, hogy hiányzik a „jogréteg” fogalmának egyértelmű és precíz meghatározása. Az a véleményem, hogy Pokol válaszában ezt az ellenvetést nem hárította el. Nézzük a választ.

„A jog rétegei értelmi rétegek, melyek az egyes vitás esetek megítélésére vonatkozó normatív támpontokat szétszotva tartalmazzák a modern jogrendszerekben, 1. ahogy a bírák fölé emelkedő jogalkotási folyamat kiszakította a korábbi bírói jogalkotásból a jog meghatározását, és összekötötte először az ország egészét megtestesítő és összefogó abszolutisztikus királyi akarattal, majd a demokratikus testületi döntésekkel a szöveggé pontosított jogot); 2. és ezzel párhuzamosan (XVII-XIX. század) az eseti római jogból absztrakt jogági dogmatikai fogalmi rendszereket megalkotva absztrakt kódexjoggá vált a jog, jelzésszerűen mindig a szövegben is említve az alkalmazott jogdogmatikai kategóriákat, de teljes mértékben ezek értelmi összefüggéseit kommentárokból és jogdogmatikai tanulmányokban tárolva; 3. majd az absztraktság miatt így ’alulról nyitottá vált’ jogot legfelsőbb bírósági eseti döntésekből kiegészítő bírói konkretizáló jogréteggel kezdték fejleszteni; 4. végül a korábban jogon kívüli és politikai harci jelszavakat jelentő emberi jogokat az alkotmányba bevéve és alkotmánybírárságot mellé telepítve alapjogi réteggel bővítették ki a jog teljes értelemi összefüggéstömegét.(5 = Ezt részletesebben kibontva lásd Pokol; Jogelmélet, 14-19. Új könyvemben (Pokol Béla: Középkori és újkori jogtudomány, Pécs: Dialóg-Campus Kiadó, 2008.) már történetileg is alá tudtam ezt támasztani.) Ha pedánsan szeretném megfogalmazni a részletesebb leírást, akkor mondhatnám azt, hogy >>a jogréteg a jog értelmi összefüggéshalmazának egy-egy szeletét tartalmazó értelmi réteg<<. Tágabb meghatározásra törekedve folytathatnám: >>melyek lehetővé teszik a stabil-absztrakt értelmi összefüggések és a részletekre vonatkozó gyorsan

15 A többretegű jog koncepciója In Miskolci Jogi Szemle 2007/2:119-146. Győrfi itt Pokol Béla elméletének igen alapos kritikáját nyújtja, annak más vonatkozásaira itt nem térhetek ki, azokkal részben egyetértek, részben nem. Győrfi itt felsorolja az itt tárgyalt ellenvetést megfogalmazó írásokat.

változó értelmi összefüggések elválasztását, e mellett az absztrakt szint általánosságának biztosításával az értelmi ellentmondás-mentességet, e mellett az általános-pontatlanabb nyelvi megfogalmazásokon túl a jogtudósok által végiggondolt és pontosított fogalmak megalkotását, és az utóbbival egyben a laikus-politikus törvényalkotók jogmeghatározási kompetenciájának hozzákötését a jogfogalmak felett diszponáló jogászprofesszorokhoz<< stb. stb. Vagyis amit több száz oldalon kibontok anyagaimban. Úgy gondolom tehát, hogy ha a jogrétegeket alaposan körbeírom, és több dimenzióban elemzem ezeket, akkor pusztán pedantéria a megfogalmazásra törekvés (6 = A fenti érvelésem egyben válasz Szilágyi Péternek is, aki a miskolci dogmatika-kötetben szintén a jogréteg mibenléte kapcsán fogalmazott meg velem szemben kritikákat, lásd Szilágyi Péter: Elméletek, jogi műveletek, jogi dogmatikák, in: Jogdogmatika és jogelmélet (szerk.: Szabó Miklós), Miskolc, Bíbor, 2007, 91-120. o.)¹⁶

Pokol Béla érvelése három érvet tartalmaz: egy definíció-kísérletet, egy történeti visszapillantást és egy módszertani megállapítást. A történeti visszapillantással lényegét tekintve egyetértek, és az már tényleg szörszálhasogató pedantéria lenne, ha megfogalmazásai pontosságát kritizálnám. Viszont abból, hogy a történelem folyamán ezeknek a jelenségeknek a differenciálódására került sor, nem következik, hogy elemzésükre a „jogréteg” kategóriájára lenne a szükség, és abból a kategória tartalmára sem lehet egyértelműen következtetni. Ez a felsorolás jelzi a problémát, de nem oldja meg.

Módszertani megállapításának az a lényege, hogy az „alapos körbeírás” és a részletek „több dimenzióban történő elemzése” pótolja, fölöslegessé teszi a definíciót. (Gondolom, hogy a „megfogalmazás” elírás, helyesen „meghatározásról” van szó.) Szerintem viszont az alapos körbeírásból esetenként ki lehet ugyan fejteni egy meghatározást, de akkor is úgy kell kifejtetni és nincs rá garancia hogy a „kifejtő” ugyanazt fogja érteni a kategórián, mint a szerző. A részletes elemzésre való hivatkozásra is vagy az előbbi az irányadó, vagy ami rosszabb, körbenforgó érveléssel állunk szemben: az elemzésből tudjuk meg, mit jelent a terminus, és a terminusból tudjuk meg, miről szól az elemzés. Ezért ahhoz, hogy gondolataink mások számára is világosak legyenek, vagy per genus proximum et differentiam specificam definícióra vagy ellenfogalmakkal való megvilágításra van szükség. (Ez utóbbi esetünkben a jogforrás és a jogág fogalmakkal való ütköztetés lenne.) További zavart okoz a „joglépcső” terminus bevezetése. Ezt Pokol a „jogréteg” szinonimájaként használja, Pokol írásairól készített bőséges jegyzeteimben a terminusnak nem találtam korábbi nyomát. (Attól persze még előfordulhatott.) A zavar forrás az, hogy ez a terminus Kelsenre utal, pontosabban annak nem túl szerencsés magyar fordítására, még hozzá anélkül, hogy akárcsak utalna Kelsenhez való viszonyára.

Definíció kísérlete az előbbi ellenvetéseken túl azért sem megfelelő, mert az általa használt fogalmak nem világosak. A genus proximum eszerint az „értelmi réteg” valamint a „szövegréteg”, a differentiae specifica „a normatív támpontok szétoztottsága” valamint „a jog értelmi összefüggéshalmaza valamely szeletének a tartalmazása”. Mik azok a normatív támpontok, mi a különbség a norma és a normatív támpont között, azokat

16 Pokol Béla: Válasz, 144. old. (Betűhív idézet.)

hogyan osztották szét, mitől valamely ez a valamely szelet – ezekre a kérdésekre nem kapunk választ. Hogy mit tesz lehetővé egy fogalom, az már nem a meghatározás, hanem a fogalomhasználat kérdése, nem szemantikai, hanem pragmatikai kérdés, esetleg a nyelvaktus elmélet problémakörébe tartozik. Ezeken a differenciae specificae-n méltatlan lenne rágódni, remélem, azt Béla is belátja, hogy ezek nem szerencsés megfogalmazások.

Két olyan eleme van viszont ennek a definíció kísérletnek, amelyeket előbbi megjegyzéseim nem érintenek, az egyik annak elismerése, hogy a tulajdonképpen mindegyik jogréteg szövegréteg,¹⁷ a másik pedig az „értelmi réteg” kifejezés. Ez a terminus az értelmi összefüggésekre utal, és egy – elsősorban a német társadalomtudományban – bevett kategóriára, az értelemre (Sinn) épít.¹⁸ Közvetlenül értelme egy gondolatnak illetőleg nyelvi kifejezésnek van, de értelme van egy cselekvésnek is, továbbá az értelem a társadalmi képződményeknek is lényeges mozzanata. Pokol Béla érdeme, hogy ezt a problematikát a magyar jogbölcseletbe beépítette. Az elméleti probléma lényege azonban az, hogy az értelem mint nyelvi gondolati jelenség és mint a társadalmi képződmények mozzanata mennyire különül el, illetőleg az őket kifejező kategóriák mennyire különíthetőek el egymástól.¹⁹

17 „A ‚szövegréteg’ elnevezés azonban valóban külön indokolást igényel, vagy módosítanom kell az elnevezést, mert tényleg szövegben testesül meg a modern életben minden szellemi megnyilatkozás. ‚Egyedülálló ez a szöveg azonban annyiban, hogy a jogmeghatározás autoritatív szövegévé a törvényhozó (és az általa adott keretben felhatalmazott más jogalkotó) szövege vált a modern társadalmak jogában, és a jogdogmatikai réteget legalább jelzésszerűen ez a szöveg hordozza (teljes kibontást elkülönített dogmatikai tanulmányokban hagyva), és a konkretizáló bírói jogréteg is ezt a szövegréteget pontosítja. A jog többi rétege is tehát e szöveg körül forog. Megelőzve a kézenfekvő ellenérvet, hogy akkor miért nem vonom be a szövegrétegbe az alkotmányos alapjogokat is, hisz ezek természetesen szintén szövegben testesülnek meg, azt kell mondani, hogy ezeknél a tényleges értelmi összefüggésmező oly mértékben független az alaptörvény szövege által egy-egy szóban és tőmondatban tartalmazott alapjogi értelemről, hogy ott a szöveg szinte üres. Csak összemérés lenne, ha ezeket az üres formulákat ugyanúgy normatív szövegszerű támpontnak tekintenénk, mint az egyszerű jogági törvények részletes normameghatározásait. Teljes pontossággal elnevezve tehát a négy általam kiemelt jogréteg a jogalkotói szövegréteg, a jogdogmatikai réteg, a konkretizáló bírói jogréteg és az alapjogi réteg, és sokszor így használok írásaimban, ám néha csak rövidítve, így bukkan fel a ‚szövegréteg’ elnevezés. A fentiek után úgy látom, hogy maradhatok ennél az eljárásnál.” (Pokol Béla: Válasz, 146-147. old.)

18 A magyar ‚értelem” terminus jelölhet egy megismerési képességet (németül Verstand, az angolban ennek többé-kevésbé a sence felel meg) és jelenthet valamilyen gondolati tartalmat (Sinn illetőleg meaning). Itt ez utóbbiról van szó, ami maga is többféle értelmezést tesz lehetővé, azt több társadalomelmélet is alapkategóriának tekinti. Itt most csak két immáron klasszikus szerzőre utalunk: Alfred Schützre (*Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*, 1932) és Luhmannra. Neki egyik korai munkája *Sinn als Grundbegriff der Soziologie* (Jürgen Habermas / Niklas Luhmann: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – was leistet der Systemforschung* Suhrkamp Verlag, Fr a M 1971, 25-101.) és az abban kifejtett tételét, nevezetesen hogy az „értelem” a szociológia alapfogalma, mindvégig fönntartotta, és életműve lezárásának tekinthető munkájában is további magyarázatként teljes egyetértéssel hivatkozott erre. (Luhmann *Die Gesellschaft* 44. old.)

19 A hivatkozott Habermas – Luhmann vita egyik fő kérdése ez volt. Magát a problémát 2005-ös

Hermann Heller vizsgálja behatóan ezt a problémát, súlyos hibának tartva a valóságos szociális képződménynek a valóságból absztrahált értelemösszefüggéssel való legalább módszertanilag történő azonosítását. Teljességgel indokolt, sőt szükséges az értelemösszefüggések elszigetelt vizsgálata, azokat azonban vissza kell illeszteni a szociális képződményekbe, az abban betöltött funkciójukat kell megvilágítani.²⁰ Témánknál maradvra ezt azt jelenti, hogy azt kell elemezni, mi az értelemösszefüggések funkciója a jogalkotás, a bíráskodás, alkotmánybíráskodás és a jogtudomány esetében.

Pokol Béla nézetei ebben a tekintetben nem egyértelműek. Ezek a rétegek a jogrendszer rétegei, tehát a „jogrétteg” meghatározása során tisztában kell lennünk a „jogrendszer” fogalmával. A jogrendszer fogalmának szociológia és normatív értelmezésének különbségét már korábban említettük. Pokol munkája elején a szociológiai értelmezést rögzíti mint tevékenységek összességét²¹, zömében azonban mint normatív rendszert használja a terminust.

Ez azért jelentős, mert más a normatív és más a szociológiai értelemben vett jogrendszer szerkezete. A normatív értelemben vett jogrendszer szövegekből áll, a szociológiai értelemben vett jogrendszer meghatározó elemei az emberi magatartások meghatározott csoportjai. Ez utóbbit a különböző társadalomelméleti alapozású jogelméletek különbözőképpen részletezik, legtöbbször a funkcionális differenciálódás jelenségére alapozva. Témánk szempontjából elegendő annak rögzítése, hogy jog rétegeinek fogalma csak a normatív értelemben vett jogrendszer struktúrájának elemzése során értelmezhető. Ebből két dolog következik. Az egyik, hogy ezt figyelembe véve kapunk egy kiinduló definíciót, amit a továbbiakban pontosítani kell; a másik pedig, hogy a szociológiai értelemben

munkájában Pokol is jelzi: „Hibás tehát a társadalmi képződmények – kommunikatív gyakorlattól független – „objektív” létének tézise, de téves az is, ha teljesen tagadják e képződményeknek az egyedi gondolati és nyelvi aktusokról való függetlenségét. A társadalmi képződmények létrejavulásának foka e két véglet között mindig konkrét vizsgálat alapján dönthető el.” A részleteket illetően Szociológiaelmélet c. munkájára utal. (Pokol 1999:106-116. Ott – leegyszerűsítve most – a létrejavulást a magatartások befolyásolásának a mértékével kapcsolja össze, vö. 112. old.) Ennek konzekvenciáit azonban jogelméleti munkáiban nem vonta le. Az itt közelebbről vizsgált analitikai összefüggés tekintetében ugyanis közvetlenül a megközelítésmód kérdése a releváns, és nem az egyébként lényegesebb létrejavulás.

20 Heller, Hermann Staatslehre Leiden: A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N.V. 1934. II. fejezet 3. alfejezet: Staatslehre ist Soziologie und als solche Wirklichkeitswissenschaft, nicht Geisteswissenschaft [37-48. old.

21 „A Felvilágosodás utáni időktől már a különálló törvényhozás, a törvényeknek alávetett bírói jogalkalmazás és a jogi doktrínák, fogalmak kidolgozását végző jogdogmatikai tevékenység együtt jelenti a jog rendszerét.” (Pokol 2020 10. old. szó szerint átvéve Pokol 2005:15. old.) A 2020-as munka I. fejezet 1. pontja az utolsó három mondat kivételével tartalmilag azonos a 2005-ös monográfiára 15-17. oldalán írottakkal (kivétel még a „törvénykezésre” való utalás, ami egyébként sajnálatosnak is tartok, mert indokolatlanul tesz engedményeket a politikusok és újságírók téves szóhasználatának, ami emlékeztetem szerint Fejti György KB titkár honosított meg. Lehet hogy pedantéria, de ha a törvénykezés = törvényhozás, akkor tessék mondani, mi az „iszlám törvénykezés”?

vett jogrendszerre vonatkozó megállapítások nem vihetők át automatikusan a normatív értelemben vett jogrendszerre és ez fordítva is igaz. Ezeket az állításokat a „saját” rendszer kontextusában is igazolni kell. Hogy már itt jelezzem: a törvény hierarchikus helyéből nem következik a törvényhozásnak a feltétlen primátusa. Természetesen ezt az állítást is indokolni kell, amire később rövid és szükségképpen vázlatos kísérletet teszek.²²

A jogréteg fogalmát ennek megfelelően úgy határozom meg, hogy az sajátos történelmi körülmények között kialakult, majd azoktól önállósodó, a normativitás és a politikai jelentőség szempontjából sajátos vonásokkal bíró jogi objektivációk, azaz szövegek együttese. Ennek pontosítására az egyes rétegek kapcsán kerülhet sor, de a pontosítás szempontjait már itt meg kell adnunk. A kiinduló pont az, hogy az említett szövegek különböző formákban jelenhetnek meg (jogszabály, eseti bírói döntés mint precedens, általános jellegű felsőbbbírósági döntés, alkotmánybírósági határozat, a bírósági gyakorlatot összefoglaló jogkönyv, kommentárok, tudományos munkák, esetleg döntésszövegek halmaza ilyen összefoglalás nélkül – itt elsősorban a parlamenti szokásjogra gondolok), ezeket az kapcsolja össze és más szövegektől az különbözteti meg, hogy jogi normákat tartalmaznak, azok értelmét a tartalmukat képező jogi normák adják meg.²³ Ezeknek a jogi normáknak az alapvető tulajdonsága az érvényesség, émi leegyszerűsítéssel a kötelező jelleg.²⁴ Maga az érvényesség oszthatatlan, dichotóm, Pokol Béla kifejezésével egy értékduál egyik eleme. Valamely norma vagy érvényes vagy nem, a parkolási tilalmat elrendelő norma ugyanúgy érvényes, mint az emberölést tiltó norma. Itt most föl kell használnunk az érvényesség = kötelező jelleg leegyszerűsítő azonosságot, amiből az következik, hogy csak az lehet jogilag kötelező, ami jogilag érvényes, és ami jogilag

22 Luhmann a *Das Recht der Gesellschaft* című munkájában arra a megállapításra jut, hogy a törvényhozás és a bíráskodás viszonya nem írható le a hierarchia segítségével, hanem a centrum és periféria kategóriáival, ahol a bíráskodás a jogrendszer centruma. Gondolatmenetét nagyon leegyszerűsítve úgy foglalhatjuk össze, hogy a modern bíráskodás megkülönböztető jegye a feltétlen döntési kényszer (*denegatio iustitiae* tilalma), amiből a bírói jogértelmezés primátusa következik, ami viszont kizárja a hierarchiát. (320-321. old.) Pillanatnyilag én nem tudom eldönteni, mennyiben van igaz a ebben Luhmannnak, nekem itt még további elemzésre van szükségem. Úgy vélem azonban, hogy egy igényes jogelmélet nem teheti meg, hogy ne reflektáljon Luhmannra.

23 Ezért fontos a jogszabály mint szöveg és a jogi norma mint gondolati tartalom, mint értelem megkülönböztetése. A szöveg tartalmazza a jogi normát, és ez a jogi norma maga is nyelvi gondolati képződmény, nyelviileg ragadható meg, ami esetenként különböző normaproponciókat eredményezhet. Pokol Bélánál ez a megkülönböztetés hiányzik, ami további következményekkel jár elméletére nézve. Szerepel ugyan nála „a jogi norma szövegrétegének a megkérdőjelezése” fordulat, de ott a megkülönböztetésnek nem az a jelentése, amit és hiányolok. Hasonlóképpen hiányzik ez a megkülönböztetés – ismereteim szerint – Győrfi Tamás elméletéből, ezért (is) tér el fölfogásunk a jogi dogmatikai réteg mibenlétét, meghatározását illetően. Győrfi teljesen korrekt módon értelmezi Pokol álláspontját, annak érdemét (és továbbfejleszhetőségét) a

24 Nem térhetünk itt ki sem az érvényesség és a hatályosság különbségére, sem az érvényességnek és a kötelező jellegnek vagy erőnek viszonyára, vagyis hogy a kötelező erő azonos-e az érvényességgel, vagy annak normatív következménye (beszámítása Kelsenül). Fejtegetéseink eredménye ugyanaz lenne, csak bonyolultabb levezetésre lenne szükség.

érvényes, az kötelező. A mondat első feléből az következik, hogy a kötelező jelleg az érvényességi feltételek függvénye, ami az egyes jogrétegek esetén különböző és azon belül is differenciált (minősített törvény, „feles” törvény, rendelet különbsége illetőleg szokásjog és a precedensjog érvényességi feltételeinek különbsége, ratio decidendi és obiter dicta különbsége, stb.); a mondat második feléből az következik, hogy ahol az érvényesség nem értelmezhető, ott kötelező erőről sem lehet szó. Ez utóbbi a jogtudományi munkák esete.

Különbség van tehát az érvényesség és annak föltételei között, valamint az érvényesség és annak következményei között. Pokol Béla monográfiájának A jog érvényessége című fejezetében példamutatóan tárgyalja a jog érvényességének föltételeit, annak kritikai megkérdőjelezéseit, magát az érvényesség fogalmát viszont nem, föltehetően azért, mert azt evidensnek tekintette.²⁵ Ez azonban, mint remélem, a következőkből ki fog derülni, nem is olyan evidens. Az alapvető probléma az, hogy érvényessége és kötelező ereje a normának van, ez érvényességi feltételek jelentős köre (nem mindegyik!) viszont csak a szöveghez, a jogszabályokhoz kapcsolódhat. A kötelező jelleg in abstracto éppúgy dichotóm, mint az érvényesség, vagy kötelező a norma, vagy nem; a konkrétabb elemzés szintjén föltárul ennek a kötelező erőnek a differenciáltsága. Ez egyrészt a normaszervezet, másrészt a címzettek körének a függvénye. Az előbbi a jogelméleti normatanból jól ismert (tiltó, parancsoló, megengedő, cogens és diszpozitív normák különbsége, stb.), ezeket nem részletezem. A másik megkülönböztetés is ismert, csak gyakran figyelmen kívül marad. Ez is a normaszervezettel függ össze, a lényege az, hogy minden ún. regulatív norma két hipotetikus relációt, egy magatartás-előírást és egy jogkövetkezmény előírást tartalmaz és ezek közvetlen címzetti köre eltérő. (Az ún. feladat kijelölő normákat és a jogrendszer egységességét biztosító normákat most hagyjuk figyelmen kívül.) Ennek a megkülönböztetésnek a jelentőségét a jogi dogmatika réteg kapcsán igyekszem megvilágítani.

Az első réteget ennek megfelelően a jogalkotás során létrejött jogi előírások, rendelkezések képezik, ezek normativitása, vagyis érvényessége a jogrendszer formális struktúrájába való beilleszkedésnek a függvénye, de ha ez a föltétel teljesül, normativitásuk föltétlen. Az érvényességnek nincsenek fokozatai, vagy van, vagy nincs. Az érvényesség független a normatartalomtól. Ezen belül további szintek vagy „alrétegek” a jogforrási hierarchiának megfelelően különböztethetők meg. Ide kapcsolódik az alkotmány, alkotmánymódosítás, alkotmányozó hatalom kérdése, erre még visszatérek.

A második réteg a bírói jogképződés objektivációinak a szintje, ezek normativitása vagy a jog formális struktúrájából fakad (angolszász precedensek, svájci PTK), vagy a formális struktúra megkerülésének túrésából (opinio necessitatis). Az érvényesség nem független a normatartalomtól: distinguishing, joghézag, nincs szövetségi common law. Az érvényesség föltételei különböznek a precedensek és az ún. bírói szokásjog esetében (hatáskörrel bíró felsőbbíróság illetőleg norma agendi, longa consuetudo, opinio necessitatis). Pokol Béla elméletének egyik hibáját abban látom, nem tesz különbséget a precedensek és az ún. bírói szokásjog között. Sem a magyar AB, sem a luxemburgi, sem a strasbourgi bíróságok nem precedensbíróságok.

25 Pokol Béla Jogelmélet, 2005., 241-250.

Eddig lényegében egyetértek Pokol Bélával, az általa megkülönböztetett további rétegek kérdése viszont részletesebb megvitatást igényel.

Második számú analitikai ellenvetés: a jogi dogmatika meghatározása ellentmondásos, vagy értelmi rendszer, vagy szövegréteg, vagy benne van a többiben, vagy önálló réteg.

Az előbbiekből következik, hogy a jogi dogmatikának mint a jog rétegének az értelmezésére nézve három lehetőség adódik: (1) a jogi dogmatika attól független „értelemréteg”, hogy azt milyen szöveg hordozza illetőleg milyen szövegnek ad értelmet, ennek következtében hol kötelező, hol nem; (2) a jogi dogmatika jogtudományi munkákban kifejtett „értelemréteg”, amely jogi normákat tartalmaz és ennyiben kötelező; (3) a jogi dogmatika jogtudományi munkákban kifejtett „értelemréteg”, amely nem kötelező, nem jogi normákat tartalmaz, hanem normaproponciókat, amennyiben ezek a normaproponciók illetve értelemmeghatározások az írott jognak vagy a bírói jognak a részeivé válnak, azokba beépülnek, akkor sajátos dogmatikai minőségük csak megszüntetve őrződik meg.

Az első változattal szembeni ellenvetéseink ismertek: az a réteg, amelyik a többiben is „benne van”, nem lehet külön réteg. A második változat esetében a „jogréteg” azonos a „jogforrás” fogalmával és annak azzal, az elmélettörténetből már ismert értelmezésével, miszerint a jogtudomány is jogforrás és ezért a „jogréteg” terminus Occam borotvája elv értelmében fölösleges. Pokol Béla erre válaszolhatja, hogy jogréteg, de nem jogforrás, akkor viszont a harmadik változatnál vagyunk, és akkor azt tessék ki is mondani. Én a harmadik változatot fogadom el, ebben látom a „jogréteg” hasznosíthatóságát: olyan sajátos jogi szövegrétegről van szó, amely közvetlenül nem kötelező ugyan, de fogalmi kidolgozottságánál, sajátos értelmi rendszerénél (azaz normaproponcióinál és fogalommeghatározásainál és fogalomelemzéseinél fogva) fogva más, közvetlenül nem kötelező jogi szövegek (jogi publicisztika, ismeretterjesztés) közül kiemelkedik, politikai jelentősége nagyobb, sajátos kapcsolódást teremt a normatív és a szociológiai értelemben vett jogrendszer között, sajátos közvetítő mezőt képez a jogi normarendszer és a törvényhozás valamint a bírászkodás (itt most az alkotmánybírászkodást is ideértve), esetenként a pártpolitikai szakpolitikák között. (Ebből következik, remélem részletezés nélkül is érthető, hogy nem minden jogtudományi publikáció tartozik ebbe a körbe.)²⁶ A jogi dogmatikának ezt a közvetítő szerepét a tartalmát képező normaproponciók és koncepciók pluralitása és alternatív fölhasználhatósága teszi lehetővé. A jogi dogmatika mint sajátos jogréteg egysége a többi réteghez viszonyítva jóval lazább. A másik két alapvető jogréteg esetében a normatív és a szociológiai értelemben vett jogrendszer között a kapcsolódást az érvényesség és a tényleges érvényesülés viszonya képezi.

A jogrétegek sajátosságainál maradva az érvényesség – tényleges érvényesség viszonyának

26 Hasonló jelentőségük még a kidolgozott jogpolitikai koncepcióknak lehet. Ennek az összehasonlításnak a részletezésébe nem mehetünk bele, az legalább három további kérdést vet föl: a jogi és a politikai rendszer viszonyát ebben az összefüggésben (input – output, tipikus kódok), a de lege lata és a de lege ferenda jogtudományos elemzések viszonyát és a politikai támogatottság jogi relevanciáját. (Mikor releváns az, hogy egy jogértelmezési variációt melyik alapítvány támogatja? Erre több válasz is lehetséges, de az semmiképpen: „attól függ, melyik alapítványról van szó”).

egy gyakran figyelmen kívül hagyott mozzanatát kell itt megemlítenem. A bírakat a törvény köti, az alkalmazott törvénybe foglalt norma címzettjeit mint jogalanyokat a bírói ítélet. Ha a jogalany nem teljesít, jön a végrehajtó, ha a bíró eltér a törvénytől, akkor jön a másodfok, (esetleges egyéb jogorvoslat), ha az nem érvényesíti a törvényhez kötöttséget, akkor a jogerős döntéssel szemben jöhet az értelmező professzor, lehetőleg analitikus. A normatív előírás, kötelezettség tényleges kikényszeríthetősége más a jogi norma címzettjei és más a bírák esetében. A bírói jog esetében nem az a döntő, hogy azt más bíróságok követik, hanem ha a másodfok hatályon kívül helyez. Ez is a tényleges érvényesítés egyik esete. Itt fontos az az általánosabb megállapítás, hogy a normativitás nem a magatartáselőírástól, hanem a jogkövetkezmény előírástól függ. Pokol ezt a dimenziót is részben bevonja vizsgálódása körébe, ez erénye, de véleményem szerint nem következetes. Különbséget tesz ugyan az ún. belső és az ún. külső érvényesség között, az előbbi a normatív érvényességre vonatkozik (hiába mondja, fogalommeghatározást nem ad, csak az érvényesség feltételeit rögzíti), ez utóbbi a tényleges érvényesülést jelenti. Amiben Pokol fejtegetéseit ellentmondásosnak látom, az a következő. Felsorolja a precedenskövetés (helyesen: a precedensek) kötelező jellegének a fokozatait²⁷, amelyek közül a két utóbbi (csak alátámasztó érv, csak illusztráció) nem normatív kötelező erőt jelent, hanem pusztán tényleges hivatkozást. Ezzel eltűnik a belsőnek és a külsőnek nevezett érvényességnek, a ténylegességnek és a normativitásnak a különbsége.

Kelsenianus ellenvetés: két dudás egy csárdában nem fér meg.

Ha a jogi normák sajátos létezési módja az érvényesség és azt némi leegyszerűsítéssel azonosíthatjuk a kötelező jelleggel, akkor két jogrendszer egy területen egyszerre nem lehet érvényes, mivel ha az állítólagos két jogrendszer normái ellentmondanak egymásnak, és az ellentmondást vagyis a normakollíziót egy mindkét rendszerben érvényes kollíziós norma vagy elv nem rendezi, akkor csak az egyik lehet érvényes, következésképpen nincs két jogrendszer.²⁸

Ez az ellenvetés nemcsak azt tételezi föl, hogy a normatív érvényesség nem azonosítható a tényleges érvényesüléssel (ez jogelméleti abc), hanem azt is, hogy a normatív érvényesség tekintetében a tényleges érvényesülés csak nagyon korlátozottan használható érv. A tényleges nem-érvényesülésre csak határesetekben lehet hivatkozni: a jogrendszer egészének normáit nem követik és már nem is kényszerítik ki, ami gyakorlatilag anarchiát, polgárháborús helyzetet vagy háborús megszállást jelent; illetőleg egyes normák a nem-követése és nem-érvényesítése meghalad egy kritikus értéket.

Két külön jogrendszer föltételezése annak föltételezését is jelenti, hogy azok érvényességi alapja különböző. Ellenkező esetben csak egy jogrendszerrel állunk szemben, legyen az bármennyire is differenciált. Ez viszont azt jelenti, hogy meg kell jelölni a két jogrendszer eltérő érvényességi alapját, mi az, ami ezeket a szöveg- és normahalmazokat rendszerré teszi,

27 Pokol 205, 255-256. old.

28 Kelsen ezt több helyen is megírta, ismereteim szerint először Souveränität 30. Magyarul Tiszta jogtan 1988, 75-78.

és egyben el is választja egymástól.²⁹ Ezt Pokol Béla nem teszi meg, egyik megfogalmazása viszont úgy is értelmezhető, hogy az egyik, a „hagyományos” jogrendszerben a *lex specialis* derogat *generali* a kollíziós elv, a másik, „alkotmányjogiasított” jogrendszerben pedig a *lex generalis* derogat *speciali*. Ehhez vizsgáljuk meg a kollíziós elvek természetét.

Jogelméleti ellenvetés: a kollíziós elvek természete

A jogelméleti irodalomban három alapvető kollíziós elvet különböztetnek meg. Ezek: a *lex posterior* derogat *priori*, a *lex superior* derogat *inferiori* és a *lex specialis* derogat *generali*.³⁰

Hermann Heller alapján a jogelveknek két csoportját különböztethetjük meg, a joglogikai és az etikai /jogpolitikai /kulturális jogi alapelveket.³¹ A joglogikai elvek a tiszta jogi forma konstrukciós elvei, és mint ilyenek joglogikai érvényességgel bírnak, általánosan érvényesek, nem igényelnek akaratlagos elfogadást, nem helyezhetőek hatályon kívül. Minden pozitív jogban hatnak, de nem részei a pozitív jognak. Ilyen mindenekelőtt a *lex posterior* derogat *priori*. Ez jól mutatja a logikai alapelvek hatályon kívül helyezhetetlenségét: ha a későbbi törvény nem derogál, akkor az nem érvényes, tehát nem jog, nem törvény.³² Ezzel szemben a *lex superior* nem logikai elv, hanem kultúrától függő, etikai jogi alapelv. A „*Reichsrecht bricht Landesrecht*” tétele önmagában semmivel sem „logikusabb” mint a fordítottja.³³ A *lex posterior*hoz hasonlóan a *lex superior* is formális elv, kultúrafüggő, de független a jogi norma tartalmától. A jogi norma érvényessége kollízió esetén nem a norma tartalmától függ, hanem a normát tartalmazó szövegnek a jogrendszerben elfoglalt helyétől, vagyis a normák viszonyát a szövegek helye alapján tudjuk eldönteni. A hierarchiába közvetlenül csak a szövegeket lehet beilleszteni és időben is csak a szövegeket lehet meghatározni. A jogi normának mint értelmi képződménynek közvetlenül nincs tér-időbeli realitása. Ilyen realitása közvetlenül csak a szövegeknek van, ezáltal van közvetve a jogi normáknak is tér-időbeli realitása,

29 A jogbölcsélet történetében erre a problémára az itt vázolt kelsenianus álláspont mellett több más funkcionálisan ekvivalens válasz ismeretes. A kifejezett természetjogi felfogásokat figyelmen kívül hagyva mindenképpen indokolt itt megemlítenünk Hartot, aki a jogrendszer egységének az alapját a jogi érvényesség kritériumait megszabó és kulturálisan rögzített *rule(s) of recognition*-ban látja. (Nem sznobizmusból írtam angolul, hanem hogy jelezsem, ezek a szabályok egyszerre elismerési és fölismerési szabályok.)

30 Erről bővebben Szilágyi Jogi alaptan, 2011, 363. old

31 Heller, Hermann *Die Souveränität Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* Berlin und Leipzig 1927, Walter de Gruyter & Co. 48-50.

32 A *lex superior* kapcsán írottakra tekintettel meglepő, de Kelsen postumus munkájában a *lex posterior*ról az írja, hogy az nem logikai, hanem pozitív jogi elv. Ezt arra alapozza, hogy bizonyos esetekben a korábbi jogszabálynak van primátusa a későbbivel szemben, akkor tehát *lex prior* derogat *posteriori*. (Kelsen *Allgemeine Theorie der Normen* 101-102. old.) Ez azonban csak akkor fordulhat elő, ha a korábbi jogszabálynak hierarchikus elsőbbsége van, pl. a későbbi rendelet ütközik a korábbi törvénnyel. Kelsen érvelése viszont arra főlhívja a figyelmet, hogy ezeknek a jogelveknek is sajátos hierarchiája van, kulturális függősége ellenére a *lex superior*nak van elsőbbsége, azt követi a *lex posterior*, és csak ezeket követően jöhet szóba a *lex specialis*.

33 Heller *Souveränität* 95. old.

pontosabban tér-időbeli vonatkozása, ezáltal érvényessége. A lex superior esetében a kultúrától való függőség abban fejeződik ki, hogy mi van „fönn” és mi van „lent”. Kelsen ugyan téved abban, amikor a normák alá- fölérendeltségét logikai kapcsolatnak tekinti, de lényeges, és témánk szempontjából releváns összefüggésre mutat rá, amikor azt fejt ki, hogy a társadalomban az „alul” és a „fölül” vagy kauzális- motivációs összefüggést fejez ki, vagy normatív kötelező jelleget.³⁴ Ebben az esetben viszont a lex superior önmagában nem mond többet, mint hogy az van felül, ami felül van. A kérdés az, hogy mi van felül és miért. Pokol Béla munkájában nem világos, mikor használja „felett” és rokonértelmű kijelentéseit normatív és mikor kauzális értelemben.³⁵

A lex speciális természete különbözik az előbbi kettőtől. Korábban erről azt írtam, hogy „ez utóbbi elv alkalmazása azonban némi óvatosságot igényel. Egyrészt ezt az elvet nem szabad a magasabb szintű és az alacsonyabb szintű jogi normák viszonyában vagy az országos és a helyi jog viszonyában alkalmazni, másrészt a különös jelleg megállapítása is bonyolultabb lehet. Amíg ugyanis az többnyire különösebb vizsgálódás nélkül is megállapítható, hogy melyik a hierarchikusan magasabb vagy a később alkotott norma,

34 Az emberi kapcsolatokban a fönt és lent kétfélet jelenthet. Jelentheti az ok-okozat viszony speciális esetét. Ha az egyik akarata a másik akaratának motívumává válik, vagyis ha az egyik a másik fölött uralkodik, szokásos az uralkodót az uralt fölött állónak bemutatni. (...) A fönt és lent egészen más értelemben használatos a normatív alá- fölérendeltségi viszonyok esetében. Az, hogy egy norma vagy normarendszer egy rend legfelsőnek előfeltételezzetük, az egy kép ugyanannak a logikai minősítésére. Az a rend tovább le nem vezethető, mint logikai eredet tételezett vagy előfeltételezett. A fölé és alárendeltség képében az általánosnak a különöshöz való logikai relációja, a szuverenitás fogalmában a legáltalánosabbnak, a summum genus in logicis-nak a kategóriája jut kifejezésre. 6-9. old.

35 A következőkben részletesebben megvizsgált esetekben normatív értelemben használja a kifejezést, máshol kauzális értelemben, pl. „tézisszerűen leszögezhető, hogy az utóbbi esetben kisebb súlya lesz az adott ország jogrendszerében a jogági dogmatikák felett az alkotmányi dogmatikának, és az egész alkotmányi jog megduplázó ereje a hagyományos jogrétegek hármas szerkezetéhez képest csak kisebb súlyt tud elérni.” (32. old.) Ha komolyan vesszük Pokol fogalmait, akkor az egyik értelemrétegnek nagyobb a súlya mint a másíknak. Értsem én, hogy a szerző itt azt akarta mondani, hogy az egyik jogrétegnek a létrehozása és folyamatos használata, az arra való folyamatos hivatkozás jelentősebb társadalmi-politikai-jogi hatást vált ki, mint az a másik réteg esetében történik, és azt sem vonom kétségbe, hogy ebben a folyamatos hivatkozásban szerepe van az anyagi támogatásoknak. De ez egy empirikus kijelentés, amiből egyrészt normatív következtetés nem vonható le, másrészt az csak akkor tarthat igényt a tudományos kijelentés státuszára, ha az valamelyest operacionalizálható és a verifikáció / falszifikáció kritériumai valamelyes minimális mértékben megadhatóak. Nem támasztok én itt doktriner popperianus követelményeket, de a továbblépéshez fölvetnék néhány szempontot: mire gyakorolt hatásokról van szó, a hatások jelentősége („súlya”) milyen döntéseken mérhető (esetek száma, politikailag jelentős, világnézetileg erősen színezett, stb. döntések), mennyiben függenek össze ezek a hatások az alkotmánybíráskodás jogrendszerre gyakorolt hatásainak a különböző változataival, stb. (ez utóbbihoz bővebben: Szilágyi Péter: Az alkotmánybíráskodás jogalkotásra gyakorolt hatásának vázlata és vizsgálatának jog- és állambölcseleti előkérdései In Suum cuique Ünnepi tanulmányok Paczolay Péter 60. születésnapja tiszteletére Szerkesztette: Fejes Zsuzsanna Török Bernát 160-188.)

a kivétel megállapítása esetenként alaposabb értelmezést igényelhet. Ezt a három jogelvet a modern jogrendszerek általában pozitív jogtételként is megfogalmazzák; azonban ezek a jogelvek kifejezett tételes jogi megfogalmazás hiányában is a jogrendszer részét képezik, ezért kötelezőek és az előbb tárgyalt sorrendben alkalmazandóak.”³⁶

Nézzük, mit ír ennek kapcsán Pokol. „Az alkotmányi jognál nem alakult ki kötelező hierarchia a speciális alkotmányi rendelkezések és az általános alkotmányi elvek, deklarációk között. A hagyományos jogban a *lex specialis derogat legi generali* értelmezési elv már 600 éve bevetten biztosítja az egyes szituációkra szabott speciális szabályok érvényesülését az általánosabb szabályokkal szemben.” Pokol helyesen nevezi ezt az elvet értelmezési elvnek, és tévesen tulajdonít annak hierarchikus jelentést. Egy értelmezési elv nem tudta, nem tudja, és soha nem fogja tudni biztosítani semminek sem az érvényesülését, lévén hogy az elv normatív (Sollen), az érvényesség pedig empirikus-kauzális kategória. (Egyébként egy értelmezési elv még a kollízió normatív problémáját sem tudja önmagában megoldani, ami még összefügg az egy vagy több helyes döntés Dworkin vs Kelsen, Hart et al vitájával, és az *messzire* vezetne. Szerintem Hercules hiába gyürkőzik neki.) Pokol itt is kénytelen megfogalmazásainak pontatlanságaival fizetni azért, mert nem tesz különbséget a jogi norma és a jogszabály, általánosabban a normatív tartalmú jogi szövegek és azok értelemtartalma között. Ez utóbbiak Dworkinul: *rules, principles and policies*. (Hogy Dworkin sem tudja, hogy ezek értelemtartalmak, az az ő baja, no meg követőié.) Pokol kifejezései közül az elv értéktartalom, a deklaráció szöveg, a „rendelkezés” értelmezhető bizonyos szövegek gyűjtőfogalmaként (a törvény felhatalmazása alapján kibocsátott rendelkezések), a normák elemeként is (minden norma két rendelkezést tartalmaz) és a normatív minőség sajátosságának megjelölésére (Radbruch). Nem világos, hogy Pokol milyen értelemben használja ezt a kifejezést. Az értelemtartalmak csak szövegekből állapíthatóak meg, de nem azonosak azokkal, ezért viszonyuk többféle következtetést alapozhat meg. A *lex superior* és *posterior* esetében a szövegek viszonyából következtetünk a normák viszonyára; a *lex specialis* esetében közvetlenül a normákat és azok viszonyát vizsgáljuk és abból vonunk le következtetést, hogy az adott esetben melyik az alkalmazandó norma. Ez az elv az egyedi esetben igazít el, hogy mennyire, az egy további kérdés. Pokol is „egyes szituációkra szabott speciális” valamikről (normákról? jogszabályokról?)³⁷ beszél. Amit itt bizton állíthatunk, hogy egy egyedi szituáció eldöntéséből általános érvényességi előírásra nem lehet következtetni. Érvényességi szabályról beszélek, és nem tartalmi előírásról. Normák tartalmára természetesen lehet következtetni, ennek bevált formái a *ratio decidendi* és az *analogia legis*. (Egyedi szituáció eldöntésének sorozatából sem lehet általános érvényességi normára következtetni, csak az érvényesség egyik feltételére, ez pl. a *longa consuetudo* esete.)

Nézzük tovább Pokol Bélát: az egész alkotmányi jog megfordította ezt az elvet. Ne

36 Szilágyi Jogi alaptan 2011. 363. (Szó szerint ugyanígy már az 1998-as kiadásban 309. oldalán is. Ezt azért jegyzem meg, hogy jelezsem, álláspontomat nem a jelenlegi viták indukálták.),

37 Az egyedi esetre szabott általános jogszabályok (amit a jogászai köznyelv *lex X.Y.-nak* nevez) jogállammal való összeférhetőségét többen vitatják, klasszikus e témában Carl Schmitt.

törődünk most a mondat alanyával, csak az állítmányt nézzük. Az nem jelenthet mást, mint hogy valamilyen bíróság bizonyos esetekben az általánosabb norma elsőbbségének az álláspontjára helyezkedett. Mivel egy értelmezési elvet nem kell föltétlenül minden esetben figyelembe venni (különben jöhetnének a paragrafus automaták), és mivel a jog bináris szerkezetű, a figyelmen kívül hagyás szükségképpen „megfordítást” jelent.

Ha a *lex specialis* értelmezés elv, akkor semmi meglepő és semmi kivetnivaló nincs abban, ha mindenkori többség (vagy persze a kisebbség is) hol így érvel, hol úgy, vagy hogy „nem alakult ki még egy-egy ország jogászai elitjén belül sem e dilemma konszenzussal eldöntött formulája.” Amit Pokol Béla hiányol, az az, hogy egy értelmezési elvből miért nem fabrikáltak általános hierarchikus érvényességi normát. Ez jogelméletileg az előbb kifejtettek szerint téves lenne; joglogikailag lehetetlen, mivel eleve és tartalmi alapon megszabná a jövőbeli különös tényállásokat tartalmazó normáknak illetőleg jogszabályoknak az érvényességét, aztán ezt a konszenzusos formulát megint értelmezni kellene; jogpolitikailag pedig olyan alkotmánybírói aktivizmust és olyan jurisztokráciát eredményezne, amilyent még nem látott a világ. (És most hagyjuk figyelmen kívül azt az apróságot, hogy értelmezni egy norma alkotmányosságát vagy alkotmányellenességét lehet, megsemmisíteni meg csak egy jogszabályt.)

További ellenvetések tömören, tézisszerűen, a későbbi kifejtés szándékával, általában mellőzve Pokol Béla azon megállapításait, ami miatt ezeket hol kritikaként, hol kiegészítésként hol pusztán a fokozott hangsúlyozás szándékával indokoltnak tartok.

Kelsenianus tézis: az alkotmány normativitása föltételezi az alkotmánybíráskodást, a törvények alkotmányossági kontrollját.

Demokrácielméleti tézis: a népszuverenitás föltételezi az államhatalmi ágak megosztását, következésképpen az alkotmánybíráskodást vagy annak valamilyen funkcionális alternatíváját; következésképpen az alkotmánybírói nincs a demokrácia „fölött”, hanem abban „benne” van.

Jogállami tézis: a jogállam föltételezi a hatalommegosztást, következésképpen a szervszuverenitás csak mint az alkotmányozó hatalom szuverenitása értelmezhető, parlamenti szuverenitás nem lehetséges. Pokol Hirschl-től egyetértően átveszi parlamenti szuverenitás fogalmát, bírálja annak korlátozását, noha alkotmánybírókét látja, hogy ilyen nincs. (Függelék 41. pontjában kifejtett vélemény.)

Demokratikus jogállami tézis: az alkotmányozó hatalomnak a népet illeti, amiből az alkotmányozó hatalomnak és a törvényhozó hatalomnak az erős elválasztása következik.

Antiliberalis tézis: indokoltnak tartom a közvetlen demokratikus formák beillesztését a hatalommegosztás rendszerébe, következésképpen az alkotmányozó hatalom gyakorlásába, a manipuláció és a torzítás veszélye nem nagyobb a közvetlen demokratikus formák esetében.

Schmittianus tézis: az alkotmány normái nem egyenrangúak, ennek következtében egy alkotmánymódosítás is lehet alkotmányellenes, következésképpen az alkotmánymódosítás alkotmánybírói ellenőrzése mellett megfontolandó érvek szólnak.

Második schmittianus tézis: az államszervezeti és az alapjogi rendelkezések értelemösszefüggései kölcsönösen föltételezik egymást, elválasztásuk, szembeállításuk nem indokolt.

Újabb analitikai tézis: a jurisztokrácia szervezeti és elitelméleti értelmezése világosan megkülönböztetendő. Szervezeti értelemben a hatalmi ágak viszonyának nemkívánatos átrendeződését jelenti, a bíróságok hatalma megnő; a folyamat értékelésének az egyik szempontja a kormányozhatóság veszélyeztetése, a másik a Kelsen által megfogalmazott negatív törvényhozói szerep jelentős mértékű pozitív jogalkotássá való átalakítása. (Ez teljesen nem kerülhető el, de korlátok közé szorítandó.)

A pozitív jogalkotássá válás és ezzel a jurisztokrácia veszélyét növeli az alkotmányos követelményeknek a rendelkező részben való megfogalmazása és a kiterjedelmű szövegrészek megsemmisítése.

A jurisztokrácia „elitelméleti” értelmezése: a jogászelit egy része túlzott befolyásra és ezáltal politikai hatalomra tesz szert; ennek pontosításához tisztázandó: kihez képest és miben nyilvánul ez meg. Itt szintén egy empirikus megállapításról van szó, ami operacionalizálásra szorul és verifikációt /falszifikációt igényel.

Tisztázandó: Ha „alkotmánybírósági döntések rendszere egy másik társadalomirányítási rendszert is létrehozott”, akkor tisztázandó, melyik ez a két rendszer, miben különbözik vagy nem különbözik a politikai rendszertől.

Az új jogágak önállóságának deklarálása előtt föl kell tenni azt a kérdést, hogy mi a normatív értelemben vett jogrendszer tagozódásának az alapja, mi az egyes jogágak megkülönböztetésének a szempontja.

Az alkotmányjogiasodásnak nevezett folyamat elemzése során meg kell különböztetni két törekvést: az egyik az öröklött nem-jogállami szabályozás hozzáigazítása az új jogállami alkotmányhoz, a másik a legkülönbözőbb jogintézmények alkotmányjogi rendelkezésekkel való körülbástyázása. (Ez utóbbi is differenciált: a jogállami berendezkedés védelme új kihívások esetén illetőleg ideológiai motivációkból eredő alkotmányjogiasítás.)

Nagyon fontosnak tartom, hogy Pokol Béla fölveti a *qui custodiet custodes* kérdését. A megoldás azonban nem egy újabb testület létrehozása, hanem a szakmai nyilvánosság kontrolljának az erősítése.

Pokol Béla munkája számos további gyümölcsöző észrevételre és azok végiggondolására kínál lehetőséget. Időbeli korlátok miatt ezeknek a puszta megemlítéséről is le kell mondanom, a folytatás lehetőségének reményében.

ÉSZREVÉTELEK A JOGRENDSZER DUPLÁZÓDÁSÁNAK ELMÉLETÉHEZ

1. Terminológiai kérdések

A nyugati típusú jogrendszerek fejlődési irányával, perspektíváival, a jog posztmodern tendenciájának természetével kapcsolatban, továbbá e nemzetállami keretek között kifejlődött jogrendszereknek a globalizálódó világban mutatkozó teherbíró képességével összefüggésben számos értékes elemzés született az elmúlt évtizedekben.² Mindezek között is különösen gondolatébresztő Pokol Béla nemrég elkészült tanulmánya, A jogrendszer duplázódása. A szerzőt gondolatai megfogalmazásához az eddigi kutatásai közül két nagyobb kutatási irány, sőt ezek sajátos összetalálkozása vezette el. Ezek közül az irányok közül az egyiket a jogrendszer rétegeivel kapcsolatos kutatások csoportja,³ a másikat a globalizációval és a jurisztokratikus rend kialakulásával összefüggő vizsgálódások terrénuma adja.⁴

Jelen reflexióink során Pokol számos állítását nem csupán adottnak, de olyannak is vesszük, amelyek – noha jelenleg is vita tárgyát képezik a szakirodalom egy részében, de – kellő részletességgel való kifejtettségük és megalapozottságuk okán lényegében helytálló tényközléseknek tekinthetők. Kiemelt módon e körbe sorolhatók Pokolnak a globális uralmi renddel és a globális alkotmányoligarchiával kapcsolatos megállapításai, amelyeket a Pokollal vitatkozó szerzők sokkal inkább csupán minősítettek és értékelték,

1 Habil. egyetemi docens, NKE ÁNTK, Kormányzástani és Közpolitikai Tanszék.

2 Ádám Antal: A posztmodernitás jogi sajátosságairól, Társadalmi Szemle 51. évf. 1994. 4. szám 16-26.; Francesco Galgano: Globalizáció a jog tükrében. hvgorac Lap és Könyvkiadó Kft. 2006.; Karácsony András: Világtársadalom, posztmodern, jog. Magyar Szemle, 1998. 7. évf. 5-6.117-135.; Varga Csaba: A jog mint kultúra?, Jogelméleti szemle 2002/3. szám.; Szmodis Jenő: A nyugati jog alkonya. Állam- és Jogtudomány, 2007. 48. évf. 1. szám 69-97.

3 Pokol Béla: A jog szerkezete. Rejtjel, Budapest, 1998.

4 Pokol Béla: Jegyzetek a transzatlanti uralmi rend kiépüléséről. Jogelméleti Szemle. 2004/2. <http://jesz.ajk.elte.hu/pokol18.html> (Letöltés 2020. 01. 25.); Pokol Béla: Olajfegyver és globális uralmi rend. (Olvasónapló) (William F. Engdahl: Mit der Ölwanne zur Weltmacht. Der Weg zur neuen Weltordnung. Dr. Böttinger Verlag. Wiesbaden. 1992). Jogelméleti Szemle 2004. 3. <http://jesz.ajk.elte.hu/pokol19b.html> (Letöltés 2020. 01. 25.); Pokol Béla: Jegyzetek a transzatlanti uralmi rend kiépüléséről. Jogelméleti Szemle. 2004/2. <http://jesz.ajk.elte.hu/pokol18.html> (Letöltés 2020. 01. 25.); Pokol Béla: A jurisztokratikus állam. Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2017.; Pokol Béla: Az európai jurisztokrácia, az Európai Unió jurisztokratikus szerkezetének kérdései. Dialóg Campus, Budapest, 2019.

mintsem cáfoltak. A jogrendszer megduplázódásáról szóló tanulmányban előkerülnek olyan sommás megállapítások, amelyeknek a bővebb igazolásától a szerző az adott helyen azért tekinthetett el, mert a közelmúltban megjelent két monográfiájában bőséges szakirodalmi hivatkozással támasztotta alá hasonló tartalmú kijelentéseit.⁵ Így tehát nem volt szükséges ismételtlen igazolni a következők megállapítását sem: „*Ez az alkotmánybíróági főhatalom pedig abban leli racionalitását a globális szinten domináns amerikai hatalmi elitiek részére, hogy az egyes országok alkotmányait igyekeznek fokozatosan beilleszteni – alapítványaik, szellemi agytrösztjeik és az ezek által támogatott helyi jogászai elitiek 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.*”⁶

Pokol helyesen állapítja meg a politikai rendszer bizonyos fokú megduplázódását is, amelyben a parlamenti többség törvényhozásával szemben kialakul egy azt korlátozó társadalomirányítási rendszer, amelynek látható szervezete az alkotmánybíróság, normatív tartalma pedig a számos deklarációt megáiban foglaló kartális alkotmányokon túl az alkotmánybíróági döntések esetjoga.⁷ Pokol számos helyen rámutat arra is, hogy az alkotmánybíróági rendszerek jórészt amerikai szorgalmazásra születtek meg a második világháborút közvetlenül követően, majd évtizedekig lassabban és fokozatosan, illetve az 1989-es kelet-közép-európai változások nyomán ismét nagyobb hullámban. Ennek következtében világos az is, hogy ez a „második politikai” rendszer csupán formálisan illeszkedik a nemzetállami keretek közé, de facto azonban számos szállal kötődik a globális uralmi rend informális struktúrájához.

Pontosan emiatt tűnik terminológiailag pontatlannak Pokol azon szóhasználata, hogy az alkotmánybíróságok által kiformált normatív rendszert egyfajta „alkotmányi jognak” nevezi, szembeállítva azt a „törvényhozási joggal”.⁸ Ez a szóhasználat ugyanis az alkotmánybíráskodásnak, és az alkotmánybíróságok működése nyomán kialakuló rendszernek pontosan azt a globális kötődését és jellegét fedi el, amelyet a szerző számos helyen oly világosan feltárt.⁹

Pokol ezt követően latolgatja annak lehetőségét, hogy ennek az általa „alkotmányi jog”-nak nevezett terrénumon belül vajon megtalálhatóak-e azon sajátos jogi rétegek, amelyeket a nemzeti jogrendszerek tekintetében a korábbi évtizedekben bemutatott. Ennek megfelelően igyekszik meghatározni az alkotmányi jognak a *szövegrétegét*, a *jogdogmatikai rétegét* és az *esetjog rétegét*. A törekvés mindenképpen szellemes, bizonyos

5 Lásd különösen Pokol 2017 és Pokol 2019.

6 Pokol kézirat 7-8

7 Pokol kézirat 8.

8 Pokol kézirat 9. Lásd különösen a tanulmány negyedik fejezetének címét: Az alkotmányi jog és a törvényhozási jog hármas jogréteg szerkezetének eltérései

9 Különösen fontos hangsúlyoznunk, hogy mind Pokol, mind pedig a saját szóhasználatunkban „alkotmányi jog”-on nem az alkotmányjog egészét kell érteni, hanem annak csupán azt a részét, amelynek létrejötte a nemzetállami kereteken kívüli inspirációból, nevezetesen amerikai és globális auktorok ösztönzésére született.

szempontból logikus és létjogosultnak is tűnő. Azon túl, hogy a korábban mondottak szerint az alkotmányi jog és a törvényhozási jog szembeállítását megkérdőjelezhető, a legfőbb aggályt e törekvéssel kapcsolatban abban látjuk, hogy egy kifejezetten a globális politika által vezérelt folyamatot olyan hagyományos jogtudományi fogalomkészlettel igyekszik analizálni, ami nem feltétlenül alkalmas a vizsgált jelenségek elemzésére és pontos leírására. A nemzeti jogrendszerek esetében ugyanis a szabályréteg, a dogmatikai réteg és az esetjogi réteg kialakulása egy több évszázados organikus fejlődés eredménye volt. E rétegek azonosításában Pokolnak – természetesen számos szerző megállapításának kritikai elemzése nyomán – kiemelkedő szerepe van. Tökéletesen logikus az az igyekezet, hogy egy, a szemünk láttára kialakuló jogi jelenségben megkíséreljük tetten érni azokat a strukturális elemeket, amelyek az általunk már ismert nemzeti jogrendszerekben felismerhetők.

Megítélésünk szerint az alapvető kérdés továbbra is az, hogy a Pokol által „alkotmányi jog”-nak nevezett jelenség ténylegesen melyik közegben, a *nemzetállam* keretei között, avagy a *globális* térben értelmezendő-e. Ha a Pokol által javasolt kifejezés által sugalmazottakkal egyetértünk, és arra hajlunk, hogy az alkotmányi jog a nemzetállami kereteken belül értelmezendő, úgy erősen vitatható, hogy ez a jog olyan önálló rétegekkel rendelkezhet, mint a nemzeti jogok általában. Hogy ennek az „alkotmányi jognak” van bizonyos szövegrétege, kétségtelen. Semmisem igazolja azonban azt, hogy a „törvényhozási jog” nyomán kiforrott dogmatikai megfontolásainkat érvénytelennek nyilvánítsuk az „alkotmányi jog” vonatkozásában. Sőt éppen ellenkezőleg. Arra célszerű törekednie a jogtudománynak és a jogirodalomnak, hogy az úgynevezett alkotmányi jog működése során ne csupán a hagyományos jogdogmatikai fogalmainkat, hanem bevett jogelveinket is számon kérje, és minden olyan esetben, amikor ezektől a dogmatikai megfontolásoktól, a bevett, többnyire római jogi alapú jogelveinktől ez az alkotmányi jog eltérni látszik, követelje meg az eltérés alapos megokolását.

A legnagyobb veszélyek egyike többek között éppen az, hogy a szakirodalmi diskurzusok alapján létrejön-létrejöhöz egy olyan fogalomkomplexum, amelyet vizsgálat alá véve és elemezve egyes jogtudósok hajlamosak egy önálló dogmatikai réteget azonosítani. Ha valaki, úgy éppen Pokol Béla látja legtisztábban, hogy az uniós jog elsőbbségének semmivel sem igazolható „dogmája” miféle úton és módon született meg, és terjedt el.¹⁰ Pokol munkái ugyancsak felhívják a figyelmet a kommunikáció valóság-keletkeztető hatásaira. Hogy mindez a közgazdaságtudomány berkein belül hogyan valósult meg, arra pedig Csaba László kutatásai¹¹ alapján magunk is felhívtuk a figyelmet.¹²

10 Pokol 2019.

11 Csaba László: Európai közgazdaságtan. Akadémiai Kiadó, Budapest, 2014.; Csaba László: Áttörés a világ közgazdaságtanában? – vagy mégsem? Köz-gazdaság 10. évf. 2015/3. 89-104.; Csaba László: Ragadozó tigrisek a globális gazdaságban. Újratermelődnek a válságjelenségek. (interjú; riport: Nagy Ida), Demokrata XX. 24. 2016. június 15. 16-18.

12 Szmodis, Jenő: Terminological Problems around the So-called „Juristocratic State” In: Béla, Pokol; András, Téglási (szerk.) Die stufenweise Entstehung des juristokratischen Staates – The Gradual Emergence of the Juristocratic State, Dialóg Campus Kiadó-Nordex Kft, Budapest, 2019., 81-90.

Ha tehát arra hajlunk, hogy az úgynevezett alkotmányi jogot a nemzetállami jog részeként értelmezzük, akkor legalább két problémával kell szembesülnünk. 1) Ekkor mindenekelőtt zárójelbe tesszük azt a tudást, amit az euró-atlanti kultúrkör nagyjából egy évszázados alkotmányjogi fejlődéseiről, annak a globális uralmi rendhez való kötöttségéről – többek között éppen Pokol Béla kutatásaiból – megtudtunk. 2) Ha mindemellett még azt is feltételezzük, hogy nemzetállami keretek között kettős jogrendszert és kettős dogmatikai és esetjogi rétegeket tudunk megállapítani, úgy semmivel sem indokolhatóan járulunk hozzá annak teoretikus igazolásához, aminek a legitimitása eleve megkérdőjelezhető. Ha nemzetállami keretek között a jogrendszer és a jogrendszeri struktúra megduplázódásáról beszélünk, úgy arról is számot kell adnunk, hogy a különböző jogrendszerek vonatkozásában ki tekinthető jogalkotónak, autoritásnak. Ha ezt a kérdést tovább elemezzük feltétlen el kell jutnunk azokhoz a megállapításokhoz, amelyet Pokol az ún. alkotmányi jog eredetének tekintetében megtett, nevezetesen a külső indukciókhoz, ám amelyeket elleplez és zárójelbe tesz egy olyan felfogás, amely szerint az ún. alkotmányi jogot nemzetállami keretek között lehet, vagy épp szükséges értelmezni.

Abban az esetben azonban, ha az ún. alkotmányi jogot a globális térben, annak termékeként értelmezzük és határozzuk meg, óhatatlanul felmerül a kérdés, vajon létjogosult-e egy ilyen intellektuális konstrukció esetén olyan „jogrendszer-réteg”-i kategóriákat (szövegréteg, dogmatikai réteg, esetjogi réteg) alkalmaznunk, amelyek bemutatására Pokol törekszik. Ha ugyanis elfogadjuk azt a lehetőséget, hogy az ún. alkotmányi jog nem más, mint globális gazdasági auktorok informális szabályozási tevékenységének lenyomata az egyes nemzeti jogrendszerekben, mindenekelőtt azt a kérdést kell feltennünk, vajon ezeknek a globális auktoroknak szándéka volt-e, szándéka lehetett-e egy, a Pokol rendszere által értelmezhető struktúra létrehozása, illetve ilyen szellemi konstrukciókra alapozták-e a jogalkotásokra kifejtett hatásait. Aligha feltételezhető, hogy a gazdasági megfontolásokon és várt eredményeken kívül a globális auktorok szándéka kiterjedhetett valamiféle dogmatikai rendszer, strukturált jogi komplexum megalkotására is, vagy, hogy ilyen konstrukciókat tekintetbe vettek volna. És ezen a ponton leginkább azt célszerű belátnunk, hogy a legkülönbözőbb módon oktroyált „alkotmányi jogi” struktúrák teoretikus magyarázatával éppen egy illegitim folyamat legitimálásához járulhatunk hozzá.

Pokol szellemes és lényeglátó felismeréseit magyra értékelve, és azokra éppenséggel támaszkodva el kell tehát utasítanunk a jogrendszer megduplázódásával kapcsolatos elgondolásokat és mindazt a terminológiát, ami azt a látszatot kelti, hogy a Pokol által vázolt folyamatok valamiféle organikus jogfejlődés részét képezik. Akkor már sokkal inkább beszélhetünk a jogrendszer *megtriplázódásáról*, esetleg teljes *dekonstruálásáról*, vagy még inkább egy globális *pszeudojog* megalkotására tett kísérletről, melynek fokozatosan ki kell majd szorítania mindazt, amit ma jognak tekintünk.

Triplázódás alatt egy olyan normastruktúra létrehozatalát érthetjük, ami nem csupán a nemzetállami jogrendszerektől tér el, de ami különbözik a többé-kevésbé

transzparens folyamatok által létrejött nemzetközi jogtól is. A Pokol által alkotmányi jognak nevezett jogi réteg eredetét és céljait tekintve ugyanis nyilvánvalóan bizonyos különbségeket mutat a nemzeti jogokhoz képest, mindazonáltal annak ellenére nem tekinthető nemzetközi jognak, hogy kiformalódása a globális térből indul. A jelenség triplázódásként való meghatározása azonban azért problematikus, mert míg mind a nemzeti jognak, mind pedig a nemzetközi jognak a forrása többé-kevésbé világosan áll előttünk, addig az „alkotmányi jog” jelenségcsoportja esetén a formális auktorok (parlamentek) eltérnek a de facto auktoroktól (a globális erőter szereplőitől, vagy Pokol egyik kifejezését kölcsönvéve: a globális alkotmányoligarchiától).

2. Dekonstrukció és pseudojog

A folyamat leginkább egy dekonstrukciós tendenciára emlékeztet, amelyben az „alkotmányi jog” lényegében nem csupán fölébe kerül a nemzeti jogrendszernek, de azt számos vonatkozásban roncsolja és ki is üresíti. Erre az egyik példa lehet talán az ún. „átsugárzás” teóriája, amit a magyar bíróságok és az Alkotmánybíróság a német Alkotmánybíróság gyakorlatából és fogalmi készletéből vesznek át. Tetten érhető itt, hogy a jogi érvelés, az indoklás elrugaszkodik nem csupán a hazai joganyag szövegétől, de az ahhoz szorosan kapcsolódó tudományos terminológiától, dogmatikai és jogelvi rendszertől is, és idegen ország normakontrollt gyakorló szervének terminusaira és érvelésére hagyatkozik. Ezzel pedig hatást gyakorol nem csupán a hazai jogszolgáltatásra, de közvetett módon a jogalkotásra is, mely kénytelen-kelletlen tekintettel van a magyar bíróságok és az Alkotmánybíróság kölcsönzött érvrendszerére. Mindez tehát a hazai jog, és belső rendszerének voltaképpen „dekonstruálását” jelenti.

Történik pedig mindez egy pseudojog kialakításának és bevezetésének folyamatában. Amikor ugyanis a jogszolgáltató szervek ilyen mélyen és markáns módon hatnak ki a jogalkotás és a jogalkalmazás jelenségeire, az egyik legfontosabb római jogi jogelv, a *praetor ius facere non potest* elve sérül. Távolról sincs már szó a bíróságok jogfejlesztő tevékenységéről. Pontosan azért, amit Pokol helyesen tapint ki a folyamatban. A bírósági jogszolgáltató tevékenység és az úgynevezett alkotmányi jog vonatkozásában ugyanis joggal merül fel az a kérdés, hogy ennek a mechanizmusnak, mik is a dogmatikai alapjai. Ez a kérdés nem merülhetne fel, ha az ún. alkotmányi jog és az ahhoz kapcsolódó esetjog híven ragaszkodna a jogtudomány már kialakult fogalom- és dogmatikai készletéhez. Arról van nevezetesen szó, hogy míg a bíróságok normál jogfejlesztő tevékenysége szorosan kötődik az évszázadok alatt kialakult fogalmi és dogmatikai struktúrákhoz, addig a Pokol által vázolt „fejlődés” mindezekkel oly mértékben szakít, hogy nem egészen indokolatlanul merülhet fel egy önálló dogmatikai réteg feltárásának igénye. Csakhogy míg a rendes bírósági tevékenység jogfejlesztő hatása kapcsolatot tart egy több mint kétezer-ötszáz éves tudományos fejlődéssel, addig az alkotmányi jognak nevezett jelenség ahhoz a vonathoz hasonlít, ami menet közben maga előtt rakja le a síneket. Egy pseudojog képződik, ami ugyan semminemű kapcsolatot nem tart fenn a

hagyományos jogdogmatikával, mindebből azonban egyáltalán nem következik, hogy ennek az intellektuális konstrukciónak van saját dogmatikája. Mindezt persze Pokol is helyesen értékeli, hiszen a megduplázott jogrendszer szövegrétege mögött, annak nyomán felismerni vél egy sajátos esetjogot, de leginkább a dogmatikai réteg meglétét hiányolja. Feltételezi, hogy annak elvileg lennie kell, kimutatni azonban nem tudja.

Abban az esetben azonban, ha elfogadjuk, hogy itt voltaképpen egy pszeudojoggal állunk szemben, könnyen leszámolhatunk az olyan teoretikus elvárásainkkal, hogy körvonalazódjon előttünk egy reális jogrendszer reális dogmatikai struktúrája. A dolog egyik veszélye éppen az, hogy ez a pszeudojog hatalmi pozíciójából fakadóan képes fokozatosan széttroncsolni a nemzeti jogrendszerek szövetét, tehát mind szövegrétegét, mind dogmatikai rétegét, végső soron pedig zárójelbe teszi a nemzeti jogrendszerek esetjog rétegét is. Nem tartja a kapcsolatot a hagyományos jogi kultúrával, ám – miközben utóbbit roncsolja – nem képes felmutatni egy, az általa tönkretett és elnyelt rendszerhez hasonló koherenciájú értékrendet, fogalmi és dogmatikai rendszert, sőt mindezt nem is ígéri. Teljes dominanciára jutva, a hagyományos jogi értékek felszámolása után pedig nem is marad semminemű olyan szilárd argumentum a jogászság kezében, amivel megkérdőjelezhetné ennek a pszeudojognak a létjogosultságát.

A megduplázódó jogban, voltaképp a pszeudojogban jelen vannak bizonyos jelszavak, mint az egyéni szabadság, a személy mindenirányú kifejtéséhez való joga, a szegregáció tilalma, miközben a társadalom organikus realitásával összefüggő minden érték és jogelv, mint a kölcsönösség, jóhiszeműség, a rendeltetészerű joggyakorlás, a szükségesség és az arányosság elve, a jogok és kötelezettségek egyensúlya valósággal kilúgozódnak mind az érvrendszerből, mind pedig a jogrendszerből. Az „alkotmányi jogban” primátusra tesznek szert bizonyos absztrakt – zömmel individuális – „értékek”, és ebben a szférában fel sem merül, hogy minden érték rendelkezik egy vele ellentétes előjelű másik értékkel is (például egyéni szabadság versus közérdek), és a jog lényege nem más, mint ezek egyensúlyát megtalálni, és érvényre juttatni. Ez az ún. alkotmányi jog tehát annyiban is egyfajta pszeudojog, hogy szakít a jog legalapvetőbb funkciójával, az egyensúly-elv érvényesítésére való törekvéssel.

Mindez a fejlemény csak részben függ össze a jogfejlődésnek ama individualizációs folyamatával, amiről Maine másfél évszázaddal ezelőtt írt.¹³ Itt ugyanis már távolról sem a státuszról a kontraktusig vezető fejlődési ívről van szó, mintsem végeredményben magának a kontraktusnak is a tagadásáról. A tökéletes individualitásban ugyanis már a kontraktus sem értelmezhető másként, mint egy olyan múltbeli esemény lenyomata, amelynek komolyan vétele akadályát képezi a személyes szabadság mindenkori kiteljesítésének. Látnunk kell azt is, hogy a tökéletes és végletekig vitt individualitásban maga a jog is értelmét veszíti, hisz a jog nem más, mint társadalmi jelenség, s ha magát a társadalmat, mint sajátos entitást nem tételezem, úgy magát a jogot sem lehetek képes a jelenségvilágban elhelyezni és értelmezni. Az úgynevezett alkotmányi jog erősen individualista tendenciájával tehát ennyiben is a jog tényleges dekonstrukcióját jelenti, mégpedig egy pszeudojogot képező diskurzus formájában.

13 Henry Sumner Maine: Az ősi jog, Gondola'96 Kiadó, Budapest, 1997. 19.

Az elmúlt fél évszázad történettudománya és művészetfilozófiája tudomásunkra hozta, hogy nem csupán történelem, de igazság sincs, csupán narratívák és diskurzusok vannak. Időszerű volna belátnunk, hogy mindennek a jogra és a jogtudományra nézve is következményei mutatkoznak. Elég csupán a kvótahatározatra és annak bírósági felülvizsgálatára gondolnunk. A józan, jogdogmatikai és jogelvi megfontolások helyét átvették a jogalkotói és jogszolgáltatói diskurzusok, amelyek egyszerűen figyelmen kívül hagyják nem csupán a társadalmi realitásokat, de a hagyományos jogi gondolkodás teljes érvrendszerét is. Ilyen körülmények között kevéssé a jog megduplázódásáról célszerű beszélnünk, mint sokkal inkább néven kell neveznünk a valóságot: egy ultraliberális narratíva mint pszeudójog lép a jog helyébe, és ez a narratíva éppen azért nem diszkusszív, mert hatalmi pozíciójából adódóan megengedheti magának, hogy minden más narratívát kiszorítson a diskurzustérből. A jog természete szerint diszkusszív, mint ahogy a jog egyik legfontosabb jelensége, a per is kontradiktórius. Ez a pszeudójog azonban többek között éppen a valós és érdemi diskurzus elutasításával igazolja nem-jog jellegét.

Jack M. Balkin viszonylag korán, már 1987-ben felhívta a figyelmet a derridai dekonstrukció és a jogelmélet kapcsolódási pontjaira.¹⁴ Balkin nem csupán a dekonstrukcióban rejlő lehetőségekre mutatott rá, de megvilágította annak veszélyeit is. Nem utolsó sorban azt, hogy e módszer úgy roncsolja a meglévő teoretikus struktúrákat, hogy a helyükbe semmit nem állít. Megkockáztatta azt az azóta különösen igaznak bizonyult feltevését is, hogy a dekonstrukció módszerét inkább a baloldali gondolkodók preferálják. Három évvel később maga Derrida is közzétette a maga nézeteit a dekonstrukció és a jog kapcsolatáról.¹⁵ Míg a jog fogalmát – a jog mögött megjelenő erőre hivatkozással – igyekszik eloldani az igazságosság fogalmától, addig az igazság fogalmával éppenséggel magát a dekonstrukciót azonosítja.¹⁶ Hogy Derridánál a bíró joghoz kötöttsége gyakorlatilag feloldódik, és a normaszöveggel együtt zárójelbe helyeződik az értelmezési tevékenység közegeiben, lényegében meg sem lepődünk, hiszen mindez okszerűen következik az igazsággal azonosított dekonstrukció lényegéből, a narratívák és értelmezések polifóniájából. Két évvel később, 1992-ben a tekintélyes Routledge kiadónál már vastkos, több mint négyszáz oldalas tanulmánykötet jelenik meg a dekonstrukció és az igazságszolgáltatás lehetőségeiről.¹⁷

Ezen a helyen nem lehet feladatunk részletesen bemutatni a derridai koncepció behatolását a jogfilozófiába, a Critical Legal Studiesen keresztül térnyerését az amerikai jogi oktatásban, mindennek pedig a kapcsolatát felvázolni a bíróságok szövegtől való fokozatos azon elszakadásától, amiről Pokol a már hivatkozott munkáiban bőszesen ír.

14 Jack M. Balkin: Deconstructive Practices and Legal Theory. Yale Law Journal Vol. 96. Issue 4 743-786.

15 Jacques Derrida: The Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. Cardozo Law Review Vol. 11 Nrs 5-6 July/Aug. 1990. 919-1045.

16 Derrida 1990 945.

17 Drucilla Cornell – Michael Rosenfeld – David Gray Carlson (eds.): Deconstruction and the Possibilities of Justice. Routledge, New York – London, 1992.

Ami ennél fontosabb, hogy a jelenség lényegét helyesen azonosítsuk. A programszerűen meghirdetett párhuzamos értelmezések világában pontosan annak a lehetősége szűnik meg, hogy rendelkezünk egy kitüntetett értelmezéssel. Egy olyanal, amit jogdogmatikai rendszerünk, jogelméleti eszközeink és jogelvi készletünk a leginkább legitimként tüntethet fel előttünk. Az értelmezési lehetőségek nem állnak többé egymással hierarchikus viszonyban, mert a dekonstruktív értelmezési módszer nem tart igényt a jogtudomány bevett eszközeire és módszereire.¹⁸ A kérdés tehát nem az, hogy a szemünk láttára létrejövő narratív pszeudojog rendelkezik-e dogmatikával, hanem az, hogy a hagyományos jogrendszerek megőrizhetik-e a továbbiakban dogmatikai, jogtudományi és jogelvi alrendszereiket egy olyan helyzetben, amelyben egy pszeudojog telepszik rájuk, és amely utóbbinak a lényegéhez tartozik mindenféle dogmatikai, jogtudományos megfontolás és hierarchikus viszony tagadása.

3. A jog arbitráció kérdésé

Mindezzel a folyamattal szorosan összefügg az arbitráció, de még inkább a jog arbitrációja. Ha ugyanis az a cél, hogy a döntések minél inkább szakadjanak el a normaszövegtől, egyúttal a döntések nyomán egy új szokásjog alakuljon ki, úgy az ez irányba mutató tendencia erősödését sokkal inkább várhatjuk a választott bíróságoktól, amelyeknek tagjai – szemben a hivatalnok bírakkal – csupán alkalomszerűen és nem professzionálisan hozzák meg ítéleteiket. A választott bíróságok oly mértékű térhódításának, ami az utóbbi évtizedekben tapasztalható, egyébként igen nehéz elméleti megindokolását adni. A gazdasági tevékenységekkel kapcsolatos ítéletek gyors meghozatalához fűződő érdek önmagában aligha lehet elegendő e tendencia igazolásához. Ugyanis egyéb lehetőségek is, például a perrendtartásokba illesztendő különleges, gyorsított eljárások, megoldást kínálhatnak gyors döntéshez fűződő érdekek és szükségletek kielégítéséhez. Az egyelőre elbukott TTIP, valamint az Európai Unió és Kanada közötti szabadkereskedelmi egyezmény (CETA) anélkül tartalmazott választott bírósági mechanizmusokra vonatkozó utalást, hogy ennek szükségességét bárki igazolta és elméleti megalapozását bárki megadta volna. Pontos fogalmaz a Magyar Természetvédők Szövetségének „CETA háttéranyag magyar európai parlamenti és országgyűlési képviselőknek, illetve a magyar kormányzat számára” című dokumentuma: „2015 őszén az Európai Unió kereskedelmi biztosa, Cecilia Malmström olyan javaslatot fogalmazott meg, amely a jövőben rendkívül kiterjedt jogokat biztosítana a külföldi befektetőknek valamennyi uniós kereskedelmi megállapodás során. Ebben az időszakban a nyilvánosság fokozódó aggodalommal kísérte, hogy az Európai Unió kereskedelmi megállapodásai, így a TTIP illetve CETA egy úgynevezett befektető-állam vitarendezési mechanizmust (ISDS) tartalmaznak. A számos már érvényben lévő nemzetközi kereskedelmi és beruházási szerződésben szereplő vitarendezési mechanizmusra támaszkodva a nagyvállalatok számos, gyakran heves

18 A dekonstruktivist Drucilla Cornell vonatkozásában erről lásd bővebben Kevevári István: Drucilla Cornell és a határ filozófiája. *Jogelméleti Szemle* 2016/1. 38-50. különösen 49-50.

vitákat kiváltó peres eljárást indítottak olyan államok ellen, amelyek a közegészségügy, a környezet vagy a közérdek védelmét szolgáló szabályozást fogadtak el.¹⁹ A dokumentum III. fejezete, amelynek címe „A befektetési bírósági rendszer (ICS) állandósítani fogja a vállalatok támadásait az egészséggel és a környezettel szemben”, számos környezetvédő szervezet (Canadian Centre for Policy Alternatives, a Corporate Europe Observatory, a Föld Barátai Európa, a Forum Umwelt und Entwicklung és a Transnational Institute) által, konkrét jogesetek elemzése alapján készített tanulmányra²⁰ hivatkozással leszögezi: „Az egyes esetek alapos elemzése azt mutatja, hogy az ICS nemhogy nem küszöbölné ki egyet sem a sok vitát kiváltó peres támadások közül, de minden bizonnyal meg is sokszorozná azok számát. A javasolt szabályokban semmi sem korlátozná a vállalatokat abban, hogy megtámadják az emberi egészség és a környezet védelmében hozott kormányzati döntéseket, a választott bírák pedig könnyűszerrel dönthetnének a vállalatok javára, arra kárhoztatva az államokat, hogy jogos közpolitikai intézkedéseik után dollármilliárdos kártérítést fizessenek.”²¹ A dokumentum a már hivatkozott nemzetközi tanulmányra alapozva megállapítja továbbá: „A Bizottság által alkalmazott tág, lazán definiált fogalmak, mint a „nyilvánvaló önkényesség” és az „igazságos és méltányos bánásmód” legalább olyan szélesre tárja a vállalatok előtt a kaput, hogy választott bírósági eljárásokat indítsanak államok ellen, mint a jelenlegi ISDS rendszer.”²² Felhívja továbbá a figyelmet arra is, hogy „Ahelyett, hogy korlátozná ezeket a kirívó eseteket, a befektetési bírósági rendszer valójában lehetőséget teremt a választott bírósági ügyek számának növekedésére, ugyanis a már érvényben lévő szerződésekkel ellentétben egyértelműen bevezeti a befektetők „jogos elvárásainak” fogalmát.”²³

Amint arról a Magyar Természetvédők Szövetsége 2016 február 5-én beszámolt, „A német bírói szövetség (DRB) elutasítja az Európai Bizottság befektetési bírósági rendszerre (ICS) vonatkozó javaslatát, amely az elképzelések szerint része lenne a tervezett EU-USA „szabadkereskedelmi” egyezménynek (TTIP). A német bírók szerint nincs jogi alapja egy ilyen befektetési bírósági rendszer létrehozásának, és szükség sincs rá.”²⁴ Eredetileg a CETA is a TTIP szerinti befektető versus állam vitarendezési mechanizmust javasolta volna, azonban „a kritikák hatására az Európai Bizottság egy „új” befektetésvédelmi rendszert javasol, amelyet Befektetési Bírósági Rendszernek (Investment Court System

19 https://mtvsz.hu/dynamic/ceta_gmo_isds_ics_jogszerusege_es_egyebek__hatteranyag.pdf
4. oldal (Letöltve: 2020. 01.12.)

20 Investment Court System put to the test: new EU proposal will perpetuate investors' attacks on health and environment http://www.foeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/icstest_web_0.pdf

21 https://mtvsz.hu/dynamic/ceta_gmo_isds_ics_jogszerusege_es_egyebek__hatteranyag.pdf
4. old.

22 ugyanott

23 https://mtvsz.hu/dynamic/ceta_gmo_isds_ics_jogszerusege_es_egyebek__hatteranyag.pdf
5. old.

24 https://mtvsz.blog.hu/2016/02/05/ttip_a_nemet_biroi_szovetseg_ellenzi_uj_befektetesvedelmi_rendszert (Letöltve: 2020. 01. 12.)

– ICS) neveztek el. A Bizottság által javasolt „új” rendszer viszont csupán az ISDS átnevezése, a multik ugyanúgy beperelhetnék az egyes tagállamok kormányait, ha azok állampolgáraik egészségének vagy környezetünk védelme érdekében meghoznak bizonyos intézkedéseket.”²⁵ Ezt követően csatlakozott a legnagyobb német bírói szövetség (DRB) az Európai Bizottság által javasolt „új” befektetési rendszer ellenzőihez.”²⁶ Különösen figyelemreméltó a bírói szövetség jogi érvrendszere is. „A német bírói szövetség szerint egy ilyen, a befektetők számára létrehozandó különleges bíróság rossz irány. A szervezet szerint az EU-nak nincs is jogköre egy ilyesféle befektetési bíróság létrehozására. A Bizottság által javasolt befektetés-védelmi bírósági rendszer csökkentené az EU jogalkotási erejét, és megváltoztatná a tagállamokban és az EU-ban kialakult igazságszolgáltatási rendszert. A szervezet szerint nincs jogi alapja ilyen változtatások meghozásának. A tervezett befektetési bírósági rendszer a bírói függetlenségre vonatkozó kritériumoknak sem felel meg szerintük.”²⁷

A német bírói szövetség éleselméjűsége többek között abban érhető tetten, hogy nem csupán e törekvések káros és megalapozatlan voltát ismerik fel, de azt is, hogy egy ilyen irány a meglévő igazságszolgáltatási rendszer megváltozását is eredményezné. A szövetség lényegében tehát nem arról beszél, hogy a jogi rendszer megduplázódik, hanem arról, hogy az újonnan kialakuló szisztéma magához idomítja a régit.

Különösen azt a körülményt nem hagyhatjuk figyelmen kívül, hogy a meglévő bírósági rendszerek több évszázados fejlődés nyomán érték el azt a funkcionális és szervezeti függetlenséget, amit alkotmányos garanciák oltalmaznak. Ha elfogadjuk azt, hogy ezek a rendes bíróságok valóban függetlenek, olyanok tehát, amelyek előtt a pernyertesség esélyével magát az államot is perelni lehet, semmi sem igazolhatja a választott bírósági rendszer további kiépítését.

Mindaz, amit eddig a jog dekonstruktivista, szabad értelmezéséről mondtunk, mindaz, amit a hivatkozott tanulmányok a jogrendszer egyre elasztikusabb fogalomhasználatáról, és a befektetőkkel szembeni előzékenységéről írnak, és mindaz a tapasztalat, ami a választott bírósági ítékezés befektetőbarát gyakorlatával kapcsolatos, meglehetősen egy irányba mutat. Ez pedig nem más, mint egy olyan „jogrendszernek”, pontosabban pseudojognak a kiépítése, amelyben a gazdasági auktoroknak, a multinacionális vállalatoknak aránytalanul megnőnek a pernyerési esélyei. Nem véletlen talán, hogy Jacques Attali – az EBRD alapító elnöke, az Emmanuel Macron előbb a párizsi Rothschild bankházba, később a köztársasági elnöki székbe segítő szürke eminenciás²⁸ – miért is vizionálta a jövő jogrendszerét a szerződések és a választott bíróságok rendszerének. Amint azt 2003-ban írta: „A törvényeket szerződések váltják majd fel, az igazságszolgáltatást pedig választott bíróság.”²⁹ Hogy ez miért volna

25 ugyanott

26 ugyanott

27 ugyanott

28 Morvay Péter: Macron, az elit álma. Hetek XXI/18. 2017. 05. 05. http://www.hetek.hu/kul-fold/201705/macron_az_elit_alma (Letöltés 2017. 09. 27.)

29 Jacques Attali: A nomád ember. Allprint, Budapest, 2004. 305. (Az eredeti, francia nyelvű mű

szükséges, vagy a társadalom számára hasznos, arról Attali hallgat. Sőt, nem is állítja mindennek sem a szükségszerűségét, sem pedig a társadalmi hasznosságát.

A CETA új vitarendezési mechanizmusáról szóló tanulmányában Horváthy Balázs az ISDS választott bírósági szisztémával kapcsolatos ellenvetéseket három nagy csoportba osztja. Mindenekelőtt vannak, akik eleve azt vitatják, hogy bárminemű létjogosultsága lehet egy ilyen szisztémának olyan fejlett jogrendszerrel rendelkező országok esetében, mint az EU tagállamai. A második csoportba azok az ellenvetések sorolhatók, amelyek a rendszertől az államok szabályozási szabadságát féltik. A harmadik csoport tárgyalásakor Horváthy a következőket írja: „Végül az ISDS intézményi megoldásával kapcsolatos kritikai nézeteket érdemes megemlíteni. A legerterjedtebb modell ad hoc választottbíráskodáshoz hasonló intézményi megoldást vesz alapul (pl. ICSID), amelyben az eseti választottbírói feladatokat többnyire a befektetési jogban jártas ügyvédek látják el. Kizáró szabályok hiányában és a fórum eseti jellege miatt azonban gyakori, hogy a választottbírák más ügyekben vállalatokat képviselnek, és ez érdekkonfliktusokat eredményez.”³⁰

Hogy a CETA esetében az igen heves és megalapozott szakmai, társadalmi ellenállás következtében a vitarendezési mechanizmus több vonatkozásban finomodott, és távolodott az ISDS modelltől, mellékes abból a szempontból, hogy az eredeti elképzelések mire is irányultak. Azok ugyanis kellőképpen felfedték a rendszer támogatóinak valódi szándékait, amit az alighanem pusztán taktikai és időleges meghátrálás aligha feledtethet el. A CETA és a TTIP tervezete egyúttal kellően egyértelművé teszik Attali lakonikus tömörségű mondatát: „A törvényeket szerződések váltják majd fel, az igazságszolgáltatást pedig választott bíróság.”³¹ Az államok közötti, szükségszerűen többszörös kompromisszumokat tartalmazó, és így a normál jogalkotási termékekhez, a törvényekhez képest eleve homályosabb szövegezésű szerződések képezik majd a döntési alapot, amelyet a választottbíráóságok dekonstruktivista leleményességgel és kreativitással voltaképp tetszőleges tartalommal ruházhatnak fel. Mind e közben a választott bíróságok tagjai mintegy „főállásban” esetleg azon társaságok jogi képviselői, akiknek ügyeiben más napokon ítélnének. Hangsúlyoznunk kell, az a körülmény, hogy ez a rendszer még nem, vagy nem teljesen épült ki, nem változtat azon, hogy kellő adat áll rendelkezésünkre ahhoz, hogy ezt a célt és az ehhez fűződő érdekeket világosan lássuk.

4. A *lex generalis* problematikájáról

Jól ismert jogelv a *lex specialis* derogat *legi generali* elve. Pokol szellemesen állapítja meg, hogy „az alkotmánybíráskodás létrejöttével maga az egész alkotmányi jog megfordította

2003-ból származik.)

30 Horváthy Balázs: A CETA új vitarendezési mechanizmusa. *jtiblog* A Jogtudományi Intézet Blogoldala, 2016. április 04. 15:37 <https://jog.tk.mta.hu/blog/2016/04/a-ceta-uj-vitarendeze-si-mechanizmusa> (Letöltés: 2020. 01. 12.)

31 Jacques Attali: *A nomád ember*. Allprint, Budapest, 2004. 305. (Az eredeti, francia nyelvű mű 2003-ból származik.)

ezt az elvet az elmúlt évtizedekben, és az alkotmányhoz képest mindig speciálisabb törvényi szabályok felett az alkotmánybíráskodás *lex generalis* jellege érvényesül.³² Nem egészen új azonban ez a „felismerés”. Magam először Vörös Imre egy munkájában akadtam egy ehhez hasonló megállapításra. Az azzal kapcsolatos észrevételeimet talán nem egészen haszontalan ezen a helyen is kifejtенem.

Vörös Imre kiváló tanulmányában az Alkotmány 70/I §-át egy, az alapjogokat érintő speciális szabálynak értelmezte, amelyhez képest általános szabálynak minősítette a jogállamiságnak az Alkotmány 2. § (1) bekezdésében rögzített elvét. Álláspontja szerint azonban a közjogban a speciális szabály nem előzi meg az általános szabályt. Nézete szerint a *lex specialis derogat legi generali* elve a magánjog alapelve, amelyet a magánautonómia elvével hoz összefüggésbe. Ehhez képest – érvel Vörös – a közjogban a magánautonómia értelmezhetetlen, így ott azt szabad megtennie az államnak, amit számára a törvény kifejezetten megenged.³³

Ezen a ponton meg kell állapítanunk, hogy noha Vörös Imre végső következtetése az alkotmánymódosítással kapcsolatban megítélésünk szerint helyes, azonban a logikai út, ahogyan odáig eljut, meglehetősen problematikus. Elsősorban arra célszerű a figyelmet felhívni, hogy a *lex specialis derogat legi generali* elve nem a magánautonómia elvéből következik, és nem is következhet abból, hiszen ez az elv a „lex”, a törvény, a pozitív jog szférájának alapvető elve, ahol pedig a magánautonómiának nem sok szerepe van. A *lex specialis derogat legi generali* elve logikai természetű, nem pedig jogpolitikai eredetű. A magánautonómia azonban olyan jogpolitikai jellegű elv, amelyet adott esetben korlátozhat a jogalkotói akarat. Ezzel szemben az általánosság és különösség viszonya olyan logikai viszony, amelyen még a jogalkotónak sincs hatalma.

Másodsorban Vörös Imre két külön természetű kérdést exponál azonos problémaként, ugyanis a *lex specialis* elvét a diszpozitivitás és a kogencia dichotómiájának részeként vizsgálja. Az állami szabályozás szabadságának azonban nem az képezi korlátját, hogy volna egy olyan közjogi jogelv, amelynek értelmében a közjogi általános szabály lerontja a közjogi speciális szabályt, hanem a *felhatalmazáshoz kötöttség* elve. Ezt a felhatalmazást kívánta magának megadni a jogalkotó az Alkotmánymódosítással. Kérdés azonban, hogy jogszerűen-e.

A konkrét szabály, nevezetesen az Alkotmány 70/I. §-a kétségtelenül szembekerül a jogbiztonságra vonatkozó szabállyal, azonban annak semmi esetre sem speciális szabálya, hiszen a speciális szabály csupán többlet-meghatározottsággal rendelkezik az általánoshoz képest, a többlet-meghatározottság azonban nem tartalmazhat olyan novumot, amely túlterjeszkedik az általános szabály keretein. Ellenkező esetben *sui generis* szabályról van szó. A két *sui generis* szabály közötti konfliktus feloldása azonban csak a jogelvek oldaláról lehetséges. A két szabályban alakot öltő elvet mérlegre kell

32 Pokol kézirat 11.

33 Vörös Imre: Vázlat az alapvető jogok természetéről az Alaptörvény negyedik és ötödik módosítása után (Az Alkotmánybíróság döntése, a Velencei Bizottság és az Európai Parlament állásfoglalásai). *Fundamentum* 2013. 3. 53-65. különösen 63-64.

tehát tenni, és annak a szabálynak kell végül elsőbbséget adni, amelyik a súlyosabb elv érvényesülését szolgálja. Tekintettel azonban arra, hogy a konkrét esetben a két szabály közül az egyik (a jogállamiságról szóló) maga jogelv, a másik azonban csupán olyan operatív szabály, amelynek legitimitása érdekében a jogalkotási folyamatban csak hivatkozták az igazságosság jogelvét, de nem igazolták, hogy ezt a jogelvet az operatív szabály valóban szolgálja, nyilvánvalóan az elvi jelentőségű szabály elsőbbséget fog élvezni az operatívval szemben.

A korábbiak során részletesen kitértünk arra, hogy a speciális szabály logikailag (a tényállás-meghatározottságok oldaláról a több-kevesebb viszony szerint) rendelődik alá az általánosnak, a kétféle szabály azonban funkcionálisan mellérendelt viszonyban áll egymással. A speciális szabály épp e mellérendeltség okán kerülhet adott esetben előtérbe az általános szabályhoz képest. Utaltunk arra is, hogy a speciális (operatívabb jellegű) jogelv cél-eszköz viszonyban áll az általánosabb elvvel, amely utóbbinak a speciális elv így funkcionálisan alárendelődik, noha a meghatározottságok oldaláról, a több-kevesebb viszony szerint közöttük logikai alá-fölé rendeltség nincs. (A jogállamiság általánosabb elvét például szolgálhatja a nyilvánosság elve, de ettől még közöttük logikai alárendeltség nem keletkezik a többlet-meghatározottság aspektusából.)

Ugyanez a funkcionális alárendeltség állapítható meg azonban egy – akár operatív – elv és a megvalósulását segítő konkrét szabály között. Ha tehát a szabály magában hordja az azzal az elvvel való ütközés lehetőségét, amelynek megvalósulását elősegíteni hivatott, akkor a szabály korrigálandó, pontosítandó, vagy megsemmisítendő, de semmi esetre sem beszélhetünk az elv lerontásáról. Ha azonban a szabály más elv érvényesülését szolgálja, mint amivel ütközik, akkor az általa szolgálta elv súlya összemérendő annak az elvnek a súlyával, amellyel a szabály konfliktusba kerül.

A konkrét esetben az aránytalan végkielégítések különadóztatásának lehetőségét kívánta biztosítani az alkotmányozó, mégpedig az igazságosság elvére hivatkozással. A jó erkölcsbe ütköző juttatások különadóztatását lehetővé tevő előírás azonban nem adott garanciát arra, hogy a jó erkölcsbe ütközés feltételeinek megvalósulását 1) a független bíróság vizsgálja, 2) mégpedig kizárólag a jó erkölcs szempontjai, nem pedig a jogalkotó később meghatározott, megdönthetetlen törvényi vélelme alapján. Hangsúlyozni kell, hogy az Alkotmány ez irányú módosítására éppen azért került sor, hogy a jogalkotó a jó erkölcsbe ütközés vizsgálatának lehetőségét az ún. „nagy összegű” végkielégítések és egyéb juttatások tekintetében kivegye a bíróság hatásköréből. A konkrét szabály tehát annak lehetőségét hordozta, hogy a tisztességes bírósági eljáráshoz való jog csorbuljon. Ez azonban nem csupán a jogállamiság, de az igazságosság elvével is ellenkezik.

Alaposabban szemügyre véve a Vörös Imre tanulmányában részletesen elemzett esetet, meg kell állapítanunk, hogy az Alkotmány itt tárgyalt módosításában nem az tekinthető problematikusnak, hogy egy speciális szabály lerontana egy általános szabályt, hiszen általános-speciális szabálykapcsolatról itt nincs szó. A problémát az jelentette, hogy az Alkotmány részévé tettek egy olyan sui generis operatív szabályt, ami két alkotmányos jogelvvvel is ütközött.

Visszatérve egyúttal a Vörös Imre által javasolt formulára, nevezetesen, hogy a közjogban a *lex generalis derogat legi specialis* elve lenne érvényes, érdemes az elgondolást egy konkrét, bár fiktív szabályozási eseten megvizsgálni. Egy olyan általános közjogi szabályhoz képest, hogy „Aki honvédelmi kötelezettségét nem teljesíti, öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.”, speciális, többlet-meghatározottságot hordozó szabálynak minősül az a szabály, hogy „Aki honvédelmi kötelezettségét szándékosan nem teljesíti, háromtól öt évig terjedő, fegyházban letöltendő szabadságvesztéssel büntetendő.” A két szabály nyilvánvalóan közjogi természetű, és ezek közül a speciális ugyanolyan módon előzi meg az általános szabályt, mint megelőzi a speciális szabály az általánost a magánjogban. Vörös Imre javaslata bár kétség kívül szellemes, azonban helytállóan aligha mondható.

Vörös Imre helyesen érzett azonban rá arra, hogy a *lex specialis derogat legi generali* elvének lehet, sőt van egy ellenpárja. Ez pedig nem más, mint a korábban már megfogalmazott, elvi jellegűnek elfogadható kijelentés, hogy *az általános elv megelőzi a speciális elvet* – tudni illik azért, mert utóbbi funkcionális alárendeltségben van az előbbivel. Tekintettel azonban arra, hogy ebben az esetben a megelőzést a funkcionális alárendeltség határozza meg, a funkcionálisan alárendelt szabályt is megelőzi az az elv, amelynek érvényesülését a szabály szolgálja. Ezen a helyen ismételt emlékeztetni kell arra is, hogy amennyiben a szabály valamely elvvel ellenkezik (akár egy olyan elvvel tehát, amelynek érvényesülését a szabály közvetlenül nem szolgálja), a konfliktus feloldása, a szabály létjogosultságának igazolása egy további jogelv figyelembe vételével történhet meg. Ilyen elv hiányában azonban a szabály jogállami keretek között megsemmisítendő, illetve a bíróságok ítélezése során figyelmen kívül hagyandó.

Varga Zs. András¹

VALÓBAN A LEGKEVÉSBÉ VESZÉLYES HATALOM? LÉTEZIK-E TERMÉSZETES KORLÁTJA A BÍRÓI FÜGGETLENSÉGNEK?

Pokol Béla professzornak a jogrendszer megkettőződésével sőt, megsokszorozódásával kapcsolatos cikkének vitaindító megállapításával nehéz lenne vitatkozni, különösen, hogy egyet is értek Professzor Úrral. Ezért inkább azt a folyamatot elemzem, amely ehhez az eredményhez – vagy még inkább a jogrendszer mai, álláspontom szerint átmeneti állapotához – vezetett. Tanulmányom címének ismeretében nem lehet meglepő, hogy a jelenlegi állapot létrejöttében meghatározó szerepet tulajdonítok a bíróságoknak. Ugyanakkor a bíróságok nem gyakorolhattak volna ilyen erőtejes sőt, meghatározó hatást, ha az elmúlt egy-két század során nem változott volna a jogról, a jog szerepéről, konzisztenciájáról, értelmezési igényéről, belső absztrakciós szintjeiről sőt, a világról kialakított nézetünk. Ennek belátásához először néhány összetevőt fogok említeni (a felsorolás teljessége és az elemzés kimerítő alaposága nélkül).

1. A világra és a jogra vonatkozó nézeteink változása – a jogi anomáliák megjelenése

A kiválasztott összetevők mindegyike olyan elméleti és tapasztalati jelenség, amely nem egyszerűen a jog változásának (rendszerint jogfejlődésnek nevezett) állomása, hanem a jelenlegi formájában anomáliához, a jog érvényesülésének zavarához vezetett.

1.1. A jogszabályok absztrakciós szintjének növekedése

Az első jelenség, amely nélkül nehezen magyarázható a jelenkori jogfelfogás, a *jogszabályok absztrakciós szintjének folyamatos növekedése*. Vékás Lajos akadémikus világosan kimutatta azt az utat, amelyet végigjárva a római magánjog a meghatározott egyedi ügylettől (például rabszolga tulajdonba vétele pénzfizetés ellenében) eljutott a szerződés-típusokhoz (tipikus példa erre az adásvétel, amely már nem konkrétan meghatározott tárgyra, hanem általában „dologra” vonatkozott), majd innen továbblépve elismerte a megállapodás kötőerejét (kötelem) annak tárgyától függetlenül². Ezt vette át a kereszténnyé váló Európa, és ezt alkalmazta több, mint egy évezreden keresztül.

1 Tanszékvezető egyetemi tanár, PPKE JÁK, Közigazgatási Jogi Tanszék.

2 VÉKÁS Lajos: *A szerződési rendszer fejlődési csomópontjai*. Budapest, Akadémiai, 1977, 20-22, 31, 61-67. Henry S. Maine: *Az ősi jog*. Budapest, Gondolat, 1988, 238-242.

A következő lépcsőt a nagy kodifikációk kora, a XIX. század hozta, amely kiegészítette a szerződési és egyéb szabályokat tartalmazó törvénykönyveket általános résszel, amely a törvénykönyvek egészére irányadó, az addig ismert szabályoknál általánosabb jogelveket tartalmazta (felelősség általános szabálya, a mentesülés általános szabálya, jóhiszeműség követelménye stb.)³. Hasonló változást tapasztalunk a büntetőjog fejlődésénél is⁴, vagyis általános jelenségnek tűnik a jogelvek⁵, a konkrét viselkedési szabályokat általánosabb, gyakran morális keretbe foglaló előírások megjelenése. Ennek a folyamatnak a következő eleme volt az alapvető jogok megjelenése előbb a francia forradalom eredményeként, majd az amerikai alkotmány-kiegészítésekben, végül a II. világháború után az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatában, az Emberi Jogok és Alapvető Szabadságok Európai Egyezményében és általánosan az alkotmányokban. Ezek esetenként már olyan elvont fogalmakat és az általuk takart elvont jogtárgyakat tartalmaztak, amelyek mindennapi jelentése is vitatható volt: emberi méltóság, önrendelkezés, tisztességes eljárás⁶. Bármennyire provokatívnak tűnik, ez már jogi anomáliához vezetett. A korábbi jogfelfogás ugyanis a szabad/tilos dichotómiára épült, vagyis a jogszabályok konkrét viselkedési szabályokat, esetleg ezek alkalmazását megkönnyítő elveket tartalmaztak⁷. Az emberi jogok és általuk a szakjogok fogalmai és szabályai összekeveredtek a jóval elvontabb alkotmányos jogréteggel⁸.

Ez a folyamat nem magyarázható természetjogi alapon sem. A természetjog (*ius naturale*) az ember által alkotott jog (*ius humanum*) mögött jogréteg volt mindaddig, amíg érvényesnek tartottuk. A jog értelmezési hátterét, határhelyzetben a jogszabály érvényességi kritériumát jelentette, de nem keveredett a tételes joggal. A tételes jog legfeljebb kiutalt a természetjogra (ilyen ma is a jóerkölcsbe ütközés szabálya). Amikor tehát a természetjogon alapuló emberi jogok⁹ egyszer csak tételes jogi szabályban tűnnek fel, anomáliához vezetnek, ugyanis már nemcsak a korábbi (szak)jog szabályainak értelmezési keretei lesznek, hanem azokkal ütköző, ráadásul azoknál „erősebb” szabályokként kell alkalmazni őket.

Ez az anomália fokozódik a legújabb stációval, amikor még a jogelveknél és alapjogoknál is elvontabb „értékek” jelennek meg a hatályos és alkalmazandó jogrendszerben, először

3 VÉKÁS i. m. 77-82.

4 FÖLDVÁRI József: *Magyar büntetőjog*. Budapest Tankönyvkiadó, 1990, 31-38.

5 SZMODIS Jenő: *A jogelvek néhány jogelméleti kérdéséről*. In: *Jogtudományi Közlöny*, 2015/4.

6 Az emberi méltóság vonatkozásában ezt a folyamatot l. VARGA Zs. András: *Personal Dignity and Community*. In: *Iustum Aequum Salutare*, 2014/4, 167-173.

7 Ez nevezi bináris kódnak POKOL Béla: *A jog elmélete*. Budapest, Rejtjel, 2001, 30-40.

8 Az iniuria-jó hírnévhez való jog vonatkozásában szemléletesen bemutatja ezt SÓLYOM László: *A személyiségi jogok elmélete*. Budapest, KJK, 1983, 13-18.

9 Pope BENEDICT XVI: „*Caritas in Veritate*”, *Encyclical Letter*. Rome, Libreria Editrice Vaticana, para 15, 18, 32, 43-44, 53. Werner HEUN: *Az emberi méltóság – A filozófiai koncepciótól a jogi garanciáig*. In: HAJAS Barnabás – SZABÓ Máté (szerk): *Emberi méltóság korlátok nélkül*. Budapest, OBH 2009, 87-90. FRIVALDSZKY János: *Az emberi személy alkotmányos fogalma felé*. In: SCHANDA Balázs – VARGA Zs. András: *Látélet közjogunk elmúlt évtizedéről*. Budapest, PPKÉ-JÁK, 2010, 41.

talán az Európai Unióról szóló Szerződés 2. cikkében: „Az Unió az emberi méltóság tiszteletben tartása, a szabadság, a demokrácia, az egyenlőség, a jogállamiság, valamint az emberi jogok – ideértve a kisebbségekhez tartozó személyek jogait – tiszteletben tartásának értékein alapul. Ezek az értékek közösek a tagállamokban, a pluralizmus, a megkülönböztetés tilalma, a tolerancia, az igazságosság, a szolidaritás, valamint a nők és a férfiak közötti egyenlőség társadalmában”. Az értékek korábban sem voltak ismeretlen fogalmak a jogtudományban, de a tételes jogban igen. A tételes jog ezeket az értékeket (tulajdon, személy, testi épség, jóhírnév) volt hivatott védeni, de nem ragadtatta magát arra, hogy ezen értékek forrásaként tüntesse fel magát. Ez a gát szakadt át, és immár újabb, ráadásul a többinél, még a jogelvekénél is „erősebb” jogréteg jelent meg¹⁰.

Ha az így kialakult anomália tekintetében kétségeink lennének, elég utalni arra, hogy már a jogelvek is áttörték a korábbi toposzt, miszerint a különös szabály erősebb, mint az általános (*lex speciali derogat lege generali*). A jogelvek esetén ez megfordult: a törvénykönyvek általános rendelkezései nem voltak félretehetőek a különös részi szabályok alkalmazásánál, éppen fordítva. Ezt fokozták az emberi jogok, és emelték újabb szintre a jogoknál is erősebb (és absztraktabb) értékek¹¹.

1.2. A jogpozitivizmus kizárólagossá válása

A jogszabályok absztrakciós szintjének folyamatos növekedéséhez bizonyosan hozzájárult egy másik anomália, a *pozitivizmus* és az ennek hatására kialakuló *jogpozitivizmus*. A gondolkodás írásos emlékeinek kezdetéig visszanyúló egységes világkép a Kr. u. II. évezred közepén repedezni kezdett. Ennek első jele a *duplex veritas* elv megjelenése volt, mely szerint a kinyilatkoztatott igazságot önmagában az nem sérti, ha az emberi ész, a tapasztalati (tudományos) igazság attól eltérni látszik. Mindaddig, amíg további kutatások az összhangot megteremtik, a kétféle igazság megfér egymás mellett¹². A világkép azonban tovább hasadt, és a descartes-i ész-primátus következtében elvált

10 POKOL i. m. 88.

11 POKOL i. m. 101-105.

12 FÁBRI György: *A tudomány és az oktatás szabadságáról*. In: TRÓCSÁNYI László *A mi alkotmányunk*. Budapest, Complex, 2006, MÁTÉ-TÓTH András: *Tudomány és vallás a keresztény teológia szemszögéből*. In: *Tudomány és vallás színtézise*, I. évfolyam, 1. szám, 1998. február, <http://www.tattva.hu/index.php?tattva=cikk&id=56> (2013. áprilisi szövegállapot), SZABÓ Ferenc: *Az illúziótól a szent valóságig. Kultúra és élet*. <http://www.tavlatok.hu/74kultura.htm>, <http://www.peetand-cook.hu/katforum/site/index.php?articleid=37> (2013. áprilisi szövegállapot), mások szerint a kettős igazság elve Averroésre vezethető vissza, l. LENDVAI L. Ferenc – NYÍRI J. Kristóf: *A filozófia rövid története*. Budapest, Kossuth, 1981, 96-98, NYÍRI Tamás: *A filozófiai gondolkodás rövid története*. Budapest, Szent István Társulat, 2001, 197, 245, 335, Bertrand RUSSELL: *A nyugati filozófia története*. Budapest, Göncöl, 1997, 449-452, Étienne GILSON: *A középkori filozófia szelleme*. Budapest, Paulus Hungarus – Kairosz, 2000, 14-15, BOROS Gábor (szerk.): *Filozófia*. Budapest, Akadémiai, 2007, 730-732, 740, 853, BOLBERITZ Pál – HOSSZÚ Lajos: *Bölcsélet-történet*. Budapest, Szent István Társulat, 2004, 129, 136, 171, 182, SIMONYI Károly: *A fizika kultúrtörténete* (ötödik kiadás). Budapest, Akadémiai, 2011, 295.

egymástól a pozitív, tapasztalati („laboratóriumi”) igazságokon alapuló természeti valóság-kutatás, azaz a természettudomány, és a társadalmi valóságot egyre inkább természettudományos módszerekkel kutatni igyekvő társadalom-tudomány. Minden, ami ezen kívül esett, spekulációként kiűzetett a tudományosság köréből¹³.

Ez a felfogás hatott a jogtudományra is, és végül a pozitív módszert Hans Kelsen kiáltotta ki egyedül helyesnek, a jogtudományi módszernek. Ezáltal pedig minden más megközelítés, így a természetjogi, a jogtörténeti, az antropológiai érvényét veszíteni látszott. Ez módszerként nem is kifogásolható: lényegi sajátossága az, hogy a jogot leírt, vagy legalábbis jogalkalmazói döntésekből kiolvasható-megfogalmazható szövegnek tekinti, és ezt a szöveget önmagában kezeli a tudomány tárgyaként. A pozitív jog modelljében a vizsgálat tárgya maga a szöveg, célja pedig többszörös: a szöveg jogi minőségének, azaz érvényességének, egy adott pillanatban kötelező erejének, azaz hatályának, végül pedig az egyes szöveg-elemek egymáshoz való viszonyának megismerése. A modell axiomatikus sajátossága, hogy a vizsgált jogi szövegeket önmagukban is, illetve azoknak és más jogszabályokat együttesen logikailag zárt, ugyanakkor *teljesen megismerhető* rendszernek tekinti, vagyis azt feltételezi, hogy a jogi szövegeknek önmagukban van jelentése, értelme, ez feltárható, meghatározható a jogi szöveg egyetlen helyes jelentése. A pozitív jogi módszer ennek megfelelően *analitikus*: a jogi szövegek halmazát egyre szűkítő, végül egy-egy fogalom elemzésével (*Begriffsjurisprudenz*) éri el a célját.

A jogpozitivizmus módszerből (és egyik, a többivel versengő modellből) kizárólagos modellé vált, ami megkövetelte az egyre növekvő formalizmust és a jog kizárólagosságát: mindazt, amit a jogban látni akarunk, azt bele is kell írni. A beírás pedig ahhoz vezetett, amit bemutattunk: a jog mögöttes jogelvi és értékrétege fokozatosan normatívvá vált, beépült a jogszabályokba. Csak hogy időközben a (természettudományi) pozitívizmus is megingott. John Lukács szemléletesen írja le azt a folyamatot, amelynek eredményeként a fizika a saját tárgyának mikro-természetét illetően bizonytalanabb, mint bármikor¹⁴. Heisenberg híres határozatlansági elvével¹⁵ kijelölte a fizikai, pozitív természettudomány megismerési határait. Másrészt – és a tudományos világkép számára ez a megrázóbb következmény – egy méret-határ alatt *nem választható el többé az objektív (szemlélt) valóság a szemléltől*. A XX. század első harmadában egy további, talán még súlyosabb bizonytalanság is megjelent a pozitív tudomány, közelebről az annak alapjait szolgáló matematika (még pontosabban a matematikai logika) eredményei között. Kurt Gödel

13 LENDVAI – NYÍRI i. m. 96-98, NYÍRI i. m. 197, 245, 335, RUSSELL i. m. 449-452, GILSON i. m. 14-15, BOROS i. m. 730-732, 740, 853, BOLBERITZ – HOSSZÚ i. m. 129, 136, 171, 182, SIMONYI i. m. 295.

14 John LUKÁCS: *A történelmi tudat*. Budapest, Európa, 2004. (a mű eredetileg 1968-ban angolul jelent meg, John LUKÁCS: *Historical Consciousness. The Remembered Past*, New York, Harper & Row, 1968) 363-364.

15 *Természettudományi kisenciklopédia* (Budapest, Gondolat, 1983. ford. Balázs Jánosné et. al, eredeti: Walter GELLERT et al.: *Kleine Enzyklopädie Natur*, Leipzig, VEB, 1979) 610-611, 916, SIMONYI i. m. 455.

első nemteljességi tételei¹⁶ szerint minden ellentmondásmentesnek tételezett elméletben létezik olyan állítás, amely sem nem bizonyítható, sem nem cáfolható¹⁷ sőt, az is bizonyíthatatlan, hogy maga az elmélet ellentmondásmentes lenne¹⁸. A jogpozitivizmus tehát olyan premisszákra épül, amelyek nagyon is bizonytalanok és határozatlanok.

1.3. A jog kötelező erejének relativizálódása

Ennek ellenére a jogpozitivizmus kizárólagossá válása egy harmadik anomáliához is elvezetett, mégpedig a *jog kötelező erejének fokozatokba rendezéséhez*, amit – Közép Európában legalábbis – a jogforrási hierarchia hordoz. Ez azzal járt, hogy a korábbi, konkrét jogviszonyokat szabályozó, és ezek összességét egységesen betartandónak tételezett jog kötelező ereje állandó kihívás alá esett. Egy jogszabály kötelezőnek látszik, de kötelező ereje attól függ, hogy nála hierarchikusan magasabban álló norma nem rendelkezik-e másként. A jogalkalmazás legfontosabb kérdésévé így a kötelező erő alóli kivételek kutatása, más szóval a jogszabály általános és adott esetre vonatkozó érvényességének megállapítása vált¹⁹.

1.4. A kartális alkotmányok elterjedése

Ezt a hierarchikus anomáliát fokozta a negyedik jelenség, a *kartális alkotmányok általánossá válása*. A jelenség – amint ezt Szabó István kimutatja²⁰ – nem tekinthető a jog szükségképpen fejlődési folyamatának. A kartális alkotmányok megjelenésének oka az a társadalmi jelenség, amely az addig hatályban volt történeti alkotmány hiányával vagy alkalmazhatatlanná válásával járt (államok felbomlása, forradalmak stb.). A kartális alkotmány már világosan hordozta a kötelező erő viszonylagossá tételét: a törvény kötelező, de van egy még kötelezőbb norma, az alkotmány-törvény.²¹

Az anomália teljessé tételéhez vezető következő lépcső az alkotmánybíráskodás, mint a kartális alkotmány, a törvények-törvénye érvényesülését biztosító eszköz megjelenése, majd a II. világháborút, illetve a XX. század végi rendszerváltozásokat követő általánossá válása volt. Ennek folytán megkettőződött a törvény érvényességén nyugvó kötelező erőt biztosító intézményi akarat: már nem elegendő a parlamenti (demokratikusan

16 Kurt GÖDEL: *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme*. In: *Monatshefte für Mathematik und Physik*, vol. 38, 1931

17 Douglas R. HOFSTADTER: *Gödel, Escher, Bach*. Budapest, Typotex, 2005, 17.

18 Raymond SMULLYAN: *Gödel nem-teljességi tétele*. Budapest, Typotex, 2003, 1-2, 121.

19 Hans Kelsen: *Reine Rechtslehre*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934, fordítása: *Tiszta jogtan*, ELTE, Bibó István Szakkollégium, Budapest, 1988, 15-27.

20 Szabó István: *Az ősi Alkotmány – történeti előzmények*. In: Csink Lóránt – Schanda Balázs – Varga Zs. András (szerk.): *A magyar közjog alapintézményei*. Budapest, Pázmány Press, 2020 (83-122), 98-100.

21 Tomcsányi Móric: *Magyarország közjoga*. Budapest, Királyi Magyar Egyetemi nyomda, 1932, 32-3.

legitimált) döntés, hanem erre irányuló indítvány esetén az alkotmánybíróági jóváhagyás is szükséges (ha ezt nem kezdeményezik, a törvény érvényessége mintegy függőben marad). Ugyanez a jelenség tapasztalható a valódi alkotmányjogi panaszok folytán a bírói döntések tekintetében. Egy – akár a szakági legfelsőbb bíróság által meghozott – ítélet jogereje egy további külső kontrolltól, az Alkotmánybíróaságtól is függ.

1.5. Az Európai Unió jogrendje

Ha mindezek az anomáliák nem jelentenének elegendő zavart, egy további, ötödik jelenség fokozza azt (legalábbis Európa nagy részén), mégpedig az állami jog mellé/fölé kiépült közös európai jogréteg és az azt garantáló bíróság esetjoga. Az Európai Unió jogrendjét képező jogforrások két csoportba sorolhatók. Az egyik az ún. elsődleges jogforrások köre, ezek közé tartoznak az alapító szerződések, az általános jogelvek, az alapító szerződések módosító szerződések és a csatlakozási szerződések. Az elsődleges jogforrások nemzetközi jellegűek, a szuverén tagállamok alkotják vagy legalábbis (l. általános jogelvek) ismerik el őket. A másodlagos jogforrások sajátossága, hogy ezeket nem közvetlenül a tagállamok, hanem az Unió saját szervei alkotják, a tagállamok pedig csak ezek kötelezeteiként, jogalanyokként jelennek meg. Másodlagos jogforrás főként a rendelet és az irányelv, amelyek egy része (a rendelet mindenképpen, az irányelv bizonyos feltételek mellett) a tagállamokban – így Magyarországon is, a nemzetközi jogforrásoktól eltérően – közvetlenül hatályos és közvetlenül alkalmazható, vagyis nem igényel transzformációt. Más részük – de ezek sem a nemzetközi jogforrások transzformációiként(!) – hazai jogforrás alkotását igénylik²².

Az Európai Unió másodlagos jogforrásai – az elsődleges jogforrásokra alapítva – önálló, a belső (hazai) joggal nem teljesen keveredő jogrendet alkotnak, amely ráadásul elvileg a belső (hazai) jogrend fölött áll a jogforrási hierarchiában, vagyis kollízió esetén a hazai jognak kell meghátrálnia. Ezt állítja ugyanis saját jogrendjéről az Európai Unió (egészen pontosan az Európai Közösségek Bíróság mondta ki ezt a *Van Gend en Loos* ügyben²³). A két jogrend teljes önállóságának próbaköve a belső jog csúcán álló Alaptörvény. Kérdés ugyanis, hogy az Európai Unió jogrendje fölött áll-e az Alaptörvénynek? Sokan úgy vélik, hogy a *Van Gend en Loos* ügy folytán a válasz egyszerű igen. Csakhogy ebben az esetben az Alaptörvény elveszítené pozitív jogi alkotmány jellegét, másfelől többé nem lehetne beszélni tagállami szuverenitásról. Ha ugyanis a hazai jogrend külső forrásból nyerné érvényességét, akkor ez a külső forrás hordozná a szuverenitást.

A kérdés persze nálunk pontosan, éspedig nemlegesen megválaszolható az Alaptörvény E) cikke alapján. Ez a rendelkezés szerint ugyanis Magyarország szuverenitása birtokában megkötött „nemzetközi szerződés alapján – az alapító szerződésekéből fakadó jogok gyakorlásához és kötelezettségek teljesítéséhez szükséges mértékig – az Alaptörvényből eredő egyes hatásköreit a többi tagállammal közösen, az Európai Unió intézményei

22 KENDE Tamás – SZÜCS Tamás (szerk.): *Európai közjog és politika*. Budapest, Osiris 2002, 538-553.

23 Uo. 559.

útján gyakorolhatja”. Ebből az derül ki, hogy az Alaptörvény (miként korábban az Alkotmány is) egyes rendelkezései vonatkozásában „maga fölé engedte” ugyan az Európai Unió jogrendjét, de az Alaptörvény egészéről ez nem mondható el. Lennie kell egy alkotmányos minimumnak – ez végső soron az Alaptörvény magja, az R) cikk – amely mindig fölötte marad az Európai Unió jogrendjének, amíg Magyarország tagállamként rendelkezik szuverenitással.²⁴ Korábban, egészen pontosan 2016. december 5-éig csak ennyit tudtunk mondani a kérdésről. A 22/2016. (XII. 5.) AB határozat, majd a 2/2019. (I. 23.) AB határozat meghozatalával a helyzet jelentős mértékben megváltozott ugyan (l. a későbbiekben), de ettől még az anomália fennáll.

1.6. A jogfelfogás elbizonytalanodása

A feltétlenül megemlítenő utolsó anomália a jogra vonatkozó nézetek alapjának összezavarodása. A posztmodern korra jellemző módon a pozitívizmus természettudományi megingása ellenére a jogot változatlanul a jogpozitívizmus mércéi szerint fogjuk fel és alkalmazzuk. Röviden: az a folyamat, amely a valóság és a valóságról alkotott nézetek igazságának összefüggését elvetette, oda vezetett a jogban is, hogy a valóság hiányában az igazság csak versengő diskurzusok véletlenszerű elfogadottságát jeleni. Ennek megfelelően látszólag a jogtudományban sem teszünk már fel olyan alapvető kérdéseket, hogy vajon a világ- és emberképünkkel összeegyeztethető-e még a jogra, jogszabályok kötelező erejére, a jogi felelősségre vonatkozó jóval korábban kialakult nézetrendszer²⁵. Nem tesszük fel, mert azzal az előfeltevéssel olvassuk és alkalmazzuk a jogot, hogy nincs objektív igazság, csak egyéni igazságok (igazságra vonatkozó vélemények) vannak. Nincs objektív jó és rossz, csak erre vonatkozó közmegegyezés van. Így persze nehezen tudnánk megmondani, hogy honnan ered a jog kötelező ereje, és a jogszabály – esetenként ki tudja hány évvel, évtizeddel vagy akár évszázaddal korábban megfogalmazott jogszabály – miért köti a mai embert, miként azt sem, hogy ha nem engedelmeskedik valaki a jognak, akkor miért lehet megbüntetni érte. Látszólag nem tesszük fel ezeket a kérdéseket, ennek következtében pedig a gyakorlat valóban az individuális igények előtti állandó meghajlás fele mutat. Ezt a jelenséget nevezi XVI. Benedek pápa a relativizmus diktatúrájának²⁶.

Talán elég erre egyetlen példát, a sajtó- és szólásszabadságot hozni. Aquinói Szent Tamás megfogalmazása szerint az igazság nem más, mint a belátásunk megfelelése a valóságnak – *veritas est adaequatio inter intellectus et rei*²⁷ – amely magában foglalja

24 JAKAB András: *A jogszabálytan főbb kérdéseiről*. Budapest, Unió, 2003, 184-188, BLUTMAN László – CHRONOWSKI Nóra: *Az Alkotmánybíróság és a közösségi jog: alkotmányjogi paradoxon csapdájában (I)*. In: *Európai Jog*, 2007/2 (3-16.) 10.

25 A kérdéssel komolyan foglalkozó kevés kivétel egyike NAGY Marianna: *Interdiszciplináris mozaikok a közjogászati jogi felelősség dogmatikájában*. Budapest, ELTE Eötvös, 2011.

26 XVI. BENEDEK: *A világ világsága*. Budapest, Duna International – Új Ember, 2011, 65-69.

27 St. Thomas AQUINAS: *Summa theologiae Vol. 4* (ed. Thomas Gornall). Cambridge University Press, 2008, 76. Értékeléséről l. Helmut WEBER: *Speciális erkölcszociológia*. Budapest, Szent István Társulat, 2015, 38, ERDŐ Péter: *A zsidóság, az idősebb testvér elismerése élő kapcsolat saját gyökereink-*

a világ objektív létét és értelmes megismerhetőségét. Vagyis az igazsághoz, ha az *intellektuális mérlegelés* eredménye, csak az igazság kutatása által juthatunk el. Márpedig ez az intellektuális mérlegelés kizárólag akkor értelmezhető, ha szabad. Vagyis az igazsághoz csak *szabad* intellektuális mérlegelés útján jutunk el. Ezért kapcsolódik össze az igazság keresése elválaszthatatlanul a gondolat, a gondolat kifejtésének, végül a sajtó szabadságával. Márpedig ha nincs igazság vagy az nem található meg, akkor alapját veszti a szólás- és sajtószabadságra vonatkozó tételünk. Akkor ugyanis ezek nem az igazság megtalálásának eszközei, hanem magukra szűkültek, öncélú jelenségek. Akkor is öncélúak, ha alapjoként értelmezzük őket. Sőt, az alapjogi felfogás éppen öncélú voltukat erősíti. Ezt az Alkotmánybíróság mondja: a véleménynyilvánítás szabadsága a véleményt igazság és értéktartalmától függetlenül védi (az utóbbi években ez a hivatkozás kikerült a rendszeres hivatkozásai közül, de az Alaptörvény hatálybalépése után megerősítette²⁸ a korábbi határozatot²⁹).

2. A világnézeti változás eredménye: a rendszerszintű bírói önkény és nélkülözhetetlen biztosító: az abszolutizált függetlenség

2.1. A bíróságok szerepének folyamatos erősödése

Az Amerikai Egyesült Államok nagy alkotmányteoretikusa, Alexander Hamilton szerint a bírói a legkevésbé veszélyes hatalmi ág, mivel nincs közvetlen politikai akaratnyilvánító és végrehajtó ereje³⁰. Az azóta közhelyszerűen ismételtetett tétel megfogalmazáskor – a jogpozitivizmus hajnalán – nem volt előre látható, hogy a valóság és igazság összefüggésének elvetésével, majd a posztmodern dekonstrukció hatására a bírói jogértelmezés egyre szabadabbá, végül lényegében korlátlaná válik. Mára viszont ezzel kell szembenéznünk, és ez eredményezte, hogy a bírói hatalom a legveszélyesebbé vált mind közül³¹.

A bírói jogértelmezés korlátlan szabadságára, amely végül átcsap a szabad jogalakításba, az alkotmányozó hatalom elvonására³² az erre feljogosított választott testülettől, elsőként

kel. In: Magyar Kurír (magyarkurir.hu/hirek/erdo-peter-zsidóság-az-idosebb-testver-elismere-se-elo-kapcsolat-sajat-gyokereinkkel), 2019. november 15.

28 19/2014. (V. 30.) AB határozat, indokolás [49].

29 30/1992. (V. 26.) AB határozat, ABH 1992, 167, 171.

30 Alexander HAMILTON [*Publius*]: *Federalist No. 78. The Judiciary Department*, From McLEAN'S Edition, New York (congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78, 2020. 03. 26.).

31 Martin S. FLAHERTY: *The most dangerous branch*. In: 105 Yale L.J. (1996), Robert I. MARTIN: *The Most Dangerous Branch: How the Supreme Court of Canada Has Undermined Our Law and Our Democracy*. Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003.

32 Rory LEISHMAN: *Against Judicial Activism. The Decline of Freedom and Democracy in Canada*. Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, 29, 135, 208, MARTIN: i. m. 7, 23, 116.

a bírói hatalmat a többi hatalmi ág közül kiemelő angolszász jogrendszerből³³ hívták fel a figyelmet,³⁴ de ugyanez volt megállapítható az európai nemzetek feletti bírásokról³⁵. A szerzők nem tartózkodnak az erős megfogalmazásoktól: a bíróságok elbitorolják a politikai hatalmat a választott hatalmi ágtól; többségellenesek; az általuk helyesnek tartott eredményekhez igazítják az érveiket; ideológiai aktivitás vezéreltek; szabadon állapítják meg az igazságszolgáltatás mozgásterét; aláássák a szabadságot, a demokráciát, sőt, végső soron magát a jogállamiságot is; bírói diktatúrát valósítanak meg; a számonkérhetőség hiánya mögé bújnak; lerombolják a szuverenitást; mély cinizmus által áthatott saját ortodoxiát hoznak létre; az alkotmány elsődlegességét bírói elsődlegességgé alakítják; manipulált értékekre hivatkoznak; teljességgel kiszámíthatatlanok; elfelejtkeznek arról, hogy eredetileg konkrét ügyeket kellett volna megoldaniuk filozofálás nélkül, és folytathatnók a sort.

2.2. A bírói függetlenség követelménye a jogfelfogás középpontjában

A rendszerszintű önkény kialakulásához szükség volt arra, hogy a bírói hatalom nélkülözhetetlen biztosítéka, a függetlenség fokozatosan korlátmentessé váljon. Nyilván félreérthető, amit írtam, úgy tűnhet, hogy kételkedem a bírói függetlenség szükségességében, pedig nem. A függetlenség a bírói működés *sine qua non* feltétele. Ráadásul ezt nem is a posztmodern kor találta fel. Már a modern magyar igazságszolgáltatás első évtizedeiben megállapította Vargha Ferenc koronaügyész, hogy a függetlenség a bírói működés alapvető fontosságú feltétele. Visszatekintésében már az 1492. évi X. törvénycikkre hivatkozik, amely előírta, hogy „sem a bírói hatalom kútfeje, a király, sem pedig az ország nagyjai nem kényszeríthetik a bírakat arra, hogy a szokásos és törvényes jog ellen ítéljenek”.³⁶ Úgy véli, hogy eredendően a függetlenség a kényszer nélküli ítélezést jelenti, és azt, hogy más tényezők a döntés végrehajtását nem akadályozhatják. A későbbiekben – Magyarországon az 1869. évi IV. törvénycikkben – ez kiegészült a közigazgatástól, azaz a végrehajtó hatalomtól, valamint a törvényhozástól való személyi és szervezeti elkülönítéssel, az elmozdíthatatlansággal, s megfelelő és kizárólagos javadalmazással. Nyugodtan kijelenthetjük, hogy a bírói függetlenség Magyarországon történeti alkotmányunk olyan vívmánya, amely identitás-elemmé szilárdult, és amiről ezért akkor is nehéz lenne lemondani, ha valaki ezt kívánná³⁷.

33 Arthur SCHLESINGER: The Supreme Court. In: Fortune, January, 1947, Matthew PARISH: *Mirages of International Justice*. Cheltenham, Elgar, 2011, 12-13.

34 A fentiekén kívül l. még: Stefanie LINDQUIST – Frank CROSS: *Measuring Judicial Activism*. Oxford, Oxford University Press, 2009, 1, 105, Stephen GOLUB: *Beyond Rule of Law Orthodoxy*. In: *Carnegie Endowment for International Peace Working Papers/41*. October 2003.

35 Mark DAWSON – Bruno DE WITTE – Elise MUIR (eds.): *Judicial Activism at the European Court of Justice*. Cheltenham, Elgar, 2013, Maurice ADAMS – Johan MEEUSEN – Gert STRAETMANS (eds.): *Judging European Judges*. Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2013.

36 VARGHA Ferenc: *A bírói függetlenség*. Budapest, A jogállam könyvtára 21, 1935, 2.

37 A 22/2016. (XII. 5.) AB határozat indokolása [64]-[67] bekezdéseinek szellemében.

Ha viszont már Vargha koronaügyészre hivatkoztam, akkor érdemes megemlíteni, hogy a bírói függetlenségre leselkedő legnagyobb veszély nem a politikai befolyásolás kísérlete (amelynek viszonylag könnyen ellen lehet állni), hanem a közvélemény nyomása (írta mindezt közel 100 éve!). Úgy vélte, hogy a sajtó-szenzáció, az ügy „helyes” eldöntésének nyilvános elvárása alkalmas a bíró döntésének befolyásolására, ezáltal sérti a függetlenséget. Erre azért van lehetőség, mert a „bíró” ugyan kötelezi a törvényt, de hogy mi értelme van a törvénynek, azt a bíró határozza meg. (...) a legrészletezőbb törvény is csak általános kerete az életnek- (...) A törvény eme rugalmassága teszi lehetővé a bírói cognitiót a jogi értékelés terén; vagyis a bíró egyéni gondolkodásának lehetőségét a törvény alkalmazásánál és értelmezésénél”³⁸. Bár a bíró működésének kritikája nem kizárt, az különösen veszélyes, ha előzetes.

Varghának ez a véleménye összecseng Kelsen egy évvel korábban megjelent Tiszta jogtanában írtakkal: „[a]z ún. jogszolgáltatás funkciója (...) teljességgel konstitutív: jogalkotás – a szó legszorosabb értelmében. Mert mind azt, hogy egyáltalán fennforog egy konkrét tényállás, (...) mind pedig azt, hogy ez a konkrét jogkövetkezménnyel össze is kapcsolatik – csakis a bírói ítélet hozza létre. (...) Ez az oka annak, hogy a bírói ítélet maga is egyedi jogi norma³⁹ (...) az ’értelmezés’ szükségessége éppen abból adódik, hogy az alkalmazandó norma vagy normarendszer több lehetőséget nyitva hagy...”⁴⁰. Hasonló következtetésre jut Hart is a jog „nyitott szövedékének” elemzése során: „[a] kár a precedenst, akár a törvényhozást válasszuk tehát a magatartásminták közlésére, azok – bármilyen zökkenőmentesen alkalmazhatók a közönséges esetek hatalmas tömegében – egy bizonyos ponton, ahol alkalmazásuk kérdéses, meghatározatlannak bizonyulnak. Mindkettőre az lesz jellemző, amit *nyitott szövedéknek* neveztünk el”⁴¹ (...) A jog nyitott szövedéke azt jelenti, hogy az előforduló magatartásoknak valóban vannak olyan területei, ahol sok mindennek a kialakítását a bírókra vagy a hivatalos személyekre kell hagyni, akik a körülmények fényében esetről esetre teremtik meg a változó súlyú, versengő érdekek közötti egyensúlyt”⁴².

2.3. A függetlenséggel védett jogalakító hatalom parttalanná válása

Az eseti jogértelmezésben rejlő jogalakító hatalom teszi tehát mindennél jelentősebb súlyúvá a bírói függetlenség követelményét. A függetlenség veleje ugyanis az, hogy a bírót senki nem befolyásolhatja, nem kényszerítheti arra, hogy a törvények ellen döntsön. Viszont amikor a bírói függetlenség követelménye kialakult, majd doktrínává vált, a jogfelfogás pozitivista alapja az volt, hogy a szavaknak egy és csak egy világos jelentése

38 VARGHA i. m. 3-25.

39 KELSEN i. m., 44.

40 Uo. 54.

41 Herbert L. A. HART: *The Concept of Law*, (Oxford, Clarendon Press, 1994), magyarul: *A jog fogalma*, Budapest, Osiris, 1995 (ford: Takács Péter), 151.

42 HART i. m. 159.

van. Ezért a szavakból álló törvényeknek is egy és csak egy világos értelme lehet. Ezt a bíró felismerheti, és esküje alapján köteles ennek megfelelő döntést hozni. Eredetileg szó nem volt tehát teljes diszkrécióról, a törvények szabad, a bíró elképzelése szerinti önkényes értelmezéséről. Éppen ellenkezőleg a bíró dolga az volt, hogy felismerje a törvény őt kötelező értelmét, és arra alapítsa a döntését. A többrétegű jogfelfogás sem fért össze ezzel. A bíró jogalakító szerepe csak a kollízióknak mechanikus feloldására korlátozódott. Van jogforrási hierarchia, van időbeliség, ezek alapján megállapítható a követendő (nyilván kollízió esetén az időben utolsó és a legfelsőbb szintű) norma, majd erre alapozva kell meghozni a döntést. Ezen túl csak az értelmezhető, hogy egy-egy valós életbeli esemény, nyilatkozat, tény megfelel-e a jogszabályban foglalt tényállási elemeknek. Itt volt jogalakító mozgáster, de még mindig szorosan a jogszabályi tényállási elemekhez kötöten.

Ezt zavarta meg a posztmodern dekonstrukció⁴³, a fogalmi relativizmus, a szavak világos értelmének elveszítése, a jogrendszer további absztrahálása – jogelvek, alapjogok, értékek megjelenése. Ha nincs abszolút jó és rossz, csak diskurzusok vannak, ha a szavak (és az azokon alapuló jogi fogalmak) elveszítik biztos jelentésüket, akkor mindent és mindig értelmezni sőt, újraértelmezni kell. Ezt mutatják az egyre aprólékosabban szabályozó jogszabályokban egyre nagyobb terjedelmet nyerő fogalom-értelmező szabályok. Persze mindez ellentmondási spirálhoz vezet. A jogszabályi fogalmakat értelmező jogszabályi rendelkezések is fogalmakból épülnek fel, amelyek maguk is értelmezésre szorulnak. A folyamat tehát megállíthatatlan.

Mindez végül oda vezetett, hogy a bíró függetlensége teljes értelmezési szabadsággá fajult. Függetlensége védi attól, hogy bárki kívülről kötelezhetné a jogszabályok valamilyen értelmezésének elfogadására. Ugyanakkor az értelmezési igény – amint láttuk – a mai jogfelfogás és jogszabály-alkotási divat hatására nem csökken, hanem megállíthatatlanul fokozódik. Észrevétlenül vezet ez el ahhoz, hogy a bíró végül értelmezése során elszakadjon a jogszabályok szövegétől. Márpedig ha ezt védjük, a bírói önkényt védjük. A korlátlan jogértelmezési szabadság ugyanis – amint szintén láttuk – a bírói hatalmat a jogalkotó hatalom fölé emeli. Innen pedig már csak egy lépés az, hogy a bíróknak formálisan is megengedjük a jogszabályok figyelmen kívül hagyását.

2.4. A függetlenség ellensúlyainak lebontása

Ennek egyik aktuális jelensége a nemzetközi és nemzetek feletti intézmények egyöntetű álláspontja, amely tiltja a bírók jogértelmezési szabadságának lényegében bármiféle korlátozását. Lengyelország (és Magyarország), valamint az Európai Unió intézményei, illetve az Európa Tanács közötti viták egyik központi eleme az igazságszolgáltatás függetlensége⁴⁴. Ennek részeként az Európai Unió Bírósága 2019. november 19-én hozott

43 SZMODIS Jenő: *A jog realitása – Az etruszok vallástól a posztmodern jogelméletekig*. Budapest, Kairosz, 2005.

44 L. europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0250_EN.html (Sargentini jelentés Ma-

döntésében kijelentette, hogy jogosult megállapítani, hogy egy tagállami bíróság teljesíti-e a függetlenség kritériumait (arra alapozva, hogy a tagállami bíróságok alkalmazzák az EU jogot, amit függetlenként kell tenniük). Ezt nyomban alkalmazta is, és a lengyel fegyelmi bírósági rendszert nem minősítette kellően függetlennek (a létrehozására és tagjaira vonatkozó sajátos szabályok miatt)⁴⁵. Az Európai Bizottság és az Európa Tanács közötti példátlan intézményi összefonódás⁴⁶ eredményeként egy újabb kérdésben (amely szintén a bíróságok szervezetét érintette) a Velencei Bizottság a 2020. január 16-án kiadott sürgősségi véleményében átvette, és a nemzetközi jogra hivatkozva kötelezően alkalmazandó kritériummá minősítette az uniós bíróság értelmezését⁴⁷.

Ehhez társul – szintén egészen aktuális tényezőként – a bírók politikai szerepvállalásának megengedettsége. Holott amikor a bírói függetlenség alkotmányos elvé emelése megtörtént, ennek lényege az volt, hogy a bíróságot megkímélik a politikai hatalmi ágak befolyásától. Csakhogy ennek a másik – értelemszerű, elkerülhetetlen – oldala az volt, hogy a bíróságok nem vesznek részt a hatalmi vetélkedésben, lemondanak a politikai hatalomról. Napi működésük tekintetében eszerint a bíróságok tudomásul veszik az aktuális, alkotmányos keretek között megszerzett és gyakorolt politikai hatalom döntéseit, és azokat (pontosabban azok normává transzformált változatát) kikényszerítik, megsértőiket pedig szankcióval sújtják. Röviden: politikai semlegességet próbálnak tanúsítani.

A véleménynyilvánítás (és a bírák gyülekezésének) szabadsága tekintetében nem kétséges, hogy a bírók nem foszthatók meg teljes mértékben ezektől a jogoktól pusztán státusuk miatt. Másrészt azonban nem szabad figyelmen kívül hagyni sem a függetlenségükhöz kapcsolódó felelősséget, sem a politikai semlegesség szükségességét, mint a függetlenség alapját. A politikai hatalmi ágak által tiszteletben tartott függetlenség, a tartózkodás a közvetlen hatalmi befolyástól feltételezi a bírák hasonló önmegtartóztatását. Az igazságszolgáltatás politikailag semleges ág, és annak is kell lennie. Ennek a követelménynek a feloldása esetén, ha a bírók tisztán politikai vitákban vesznek részt, már maguk sem számíthatnak politikai vagy társadalmi türelemre.

Természetesen nem kétséges, hogy a bíróknak van és lehet világnézete, akár politikai preferenciáik is lehetnek. Ha azonban azt várjuk el tőlük, hogy preferenciáik ne tükröződjön közvetlenül az ítéleteikben, hasonló visszafogottságra kellene számítanunk nyilvános tevékenységükben is. Ha ezt átlépik, ha bírák közvetlenül egyik másik politikai oldalhoz sorolódnak és ezt lényegében vállalják is, akkor a társadalom egyik fele nem fog bízni azokban a bírókban, akik támogatják a politika másik szárnyát (vagy legalábbis,

gyarországról), vagy ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_5830 (kötelezőszegési eljárás Lengyelország ellen).

45 Case of A.K. and others (Independence of the Disciplinary Chamber of the Supreme Court) C 585/18, C 624/18 and C 625/18.

46 Ezt korábbi könyvemben részletesen bemutattam, VARGA Zs. András: *Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája*. Budapest, Századvég, 2015, 153-160.

47 CDL-PI(2020)002, [venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2020\)002-e-12-16,20-23](https://venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2020)002-e-12-16,20-23).

ha ez a látszatot keltik), és fordítva. Ekkor eltűnik a bírák és a bíróságok függetlensége iránti bizalom.

Hasonlóképpen, nehéz elképzelni, hogy a bírák függetlensége, a véleménynyilvánítás és a bírák gyülekezésének szabadsága olyan mértékben kiterjeszhető lenne, hogy a bíróságok az alkotmány vagy az állam törvényeinek, az alkotmányos intézmények legitimitásának vagy általában a többi bíróság függetlenségének kétségbe vonását is magában foglalná. Azt hiszem, az sem összeegyeztethető a bírói függetlenséggel, ha az igazságügyi szervezetek vagy informális csoportok más társadalmi csoportok vagy más országok bírói segítségét kéri, vagy legalább elfogadják a nyilvános (és politikailag érzékeny) mozgalmak támogatását, vagy ha a bírók részt vesz ilyen cselekményekben más országokban. Márpedig ez történt Lengyelországban és Lengyelország „érdekében”⁴⁸.

A relativizálódás, a teljesen kötetlen értelmezés látványosan ahhoz vezetett, hogy a bíróságok fölébe nőttek a politikai hatalmi ágaknak. Az pedig csak az utolsó lépés volt, amikor a bírók immár felvették a politikai zászlókat, és egyénileg vagy intézményesen szembefordultak a politikai vetélkedés éppen aktuális győztesével, és elkezdtek vitatni az artikulálódott politikai akaratot. Ez vonta maga után azt is, hogy végül elszakadtak a törvényektől, sőt a törvények kötelező erejét is vitatni kezdték (az Európai Unió Bíróságának Lengyelország ügyében hozott döntését ugyanis lengyel bírák kezdeményezték). A bíróságok szélső esetben tehát már nem csak az értelmezés útján gyengítik a törvényeket, hanem a függetlenségük megsértésének tekintik, ha a Parlament olyan törvényt fogad el, amivel nem értenek egyet. Ez pedig – ha a fenti levezetést következetesen alkalmazzuk – a függetlenségről lemondást jelenti.

Ehhez az előadáshoz nem lehetett mélyreható kutatást végezni abban a kérdésben, hogy vajon a hazai bíróságok kötelezőnek tartják-e magukra nézve az Alaptörvényt. Érdekes lenne azonban megnézni akár csak egyetlen elemét ennek. A 28. cikk szerint ugyanis a bíróságoknak az Alaptörvény és a jogszabályok értelmezésekor azt kell feltételezniük, hogy azok – többek között – erkölcsös célt szolgálnak. A Bírósági Határozatok Gyűjteménye szerint az „erkölcsös cél” szöveg (2020. március végéig) mindössze 52 közzétett határozatban fordul elő. Ezek is inkább csak valamelyik fél hivatkozik rá⁴⁹, vagy a bíróság bármiféle következtetés levonása nélkül megemlíti a szabályt⁵⁰, vagy a bíróság az ilyen értelmezést szükségtelennek tartja⁵¹. Mindez arra utal, hogy az Alaptörvény nem érvényesül kötelező normaként a bírói joggyakorlatban. Erősen kétséges, hogy a bírói függetlenség erre kiterjedne.

48 https://index.hu/kulfold/eurologus/2020/01/11/eu_kilep_lengyel_igazsagszolgaltatas_fuggetlensege_varso_tuntetes_biro_birak/

49 Például: Fővárosi Törvényszék 2.Kf.650.262/2013/6, 2.Kf.650.277/2013/9, 2.Kf.650.326/2013/5.

50 Fővárosi Törvényszék P.22.574/2015/10, P. 20.929/2014/41, Szegedi Törvényszék 23.P.20.303/2014/57, Pesti Központi Kerületi Bíróság 9. P. 91.506/2014/3.

51 Fővárosi Törvényszék 2.Kf.650.262/2013/6, 2.Kf.650.257/2013/9, 2.Kf.650.277/2013/9, 2.Kf.650.277/2013/9, 2.Kf.650.326/2013/5, 2.Kf.650.265/2013/6.

3. A bírói függetlenség természetes korlátai

Ha a fenti okfejtések akár csak közelítőleg is igazak, akkor halaszthatatlan feladat a bírói függetlenség természetes korlátainak újra-felfedezése és érvényesítése⁵². A függetlenség ugyanis nem érvényesülhet egyoldalúan. Ha X független Y-től, akkor Y is szükségképpen független X-től. Ha ezt nem így, hanem aszimmetrikusan értelmezzük, az abszurd eredményhez vezet. Nem lehet helyes az az értelmezés, amelynek eredményeként a bírók vagy még inkább bírói szervezetek nem vállalják a politikai megmérettetést (mert nem is vállalhatják), a saját függetlenségükre támaszkodva működnek, ugyanakkor megkísérlik a közvéleményt, sőt a törvényhozó hatalmat befolyásolni. Ha pedig az – vagy a végrehajtó hatalom – a saját eszközeivel válaszol erre, akkor az a bírói függetlenség megsértésének minősül, és hazai vagy nemzetközi (európai) bírósági védelmet kap. Ez a jelenség kétségtelenül a legveszélyesebb hatalmi ággá teszi a bíróságokat.

3.1. *A bíró nem független az alkotmánytól és a jogszabályoktól*

A keresett természetes korlátok alapjának az a követelmény tűnik, amelynek értelmében a bíróság a törvényektől nem lehet független, még akkor sem ha a jogszabályok szövege körüli értelmezési puffer egyre tágabb is. Magyarországon az Alkotmánybíróság ezt tulajdonképpen következetesen törekszik érvényesíteni⁵³. Értelmezése szerint a bíróságok (bírák) bizonyos külső és belső korlátok között szabadon döntenek. A külső korlátok közé tartoznak mindenek előtt a jogszabályok, amelyekről nem szakadhatnak el. Ha elszakadnának, akkor a saját függetlenségük alapját kérdőjeleznék meg. Ilyen korlátot jelentenek a jogértelmezés hermeneutikai szempontjai, az Alaptörvény 28. cikke és R) cikkének (3) bekezdése.

A külső korlátok mellett legalább ennyire fontos a belső korlát, a bíróság saját döntéséhez, mint végleges, nem vitatható, kötelező erejű döntéshez ragaszkodás. Más szóval: a jogegység követelménye, amit a 2019. évi CXXVII. törvény a fél-precedens rendszer meghonosításával próbál megerősíteni. Egyszerűen összefoglalva: ha a bíróság megköveteli (márpedig nem tehet mást), hogy jogértelmezését és az azon alapuló döntését mindenki tiszteletben tartsa, akkor magának is tiszteletben kell tartania azt.

3.2. *A bíró nem független a saját államától*

Nyilván ez azt is jelenti, hogy a bíró és a bíróság a saját államától (azt egészében vizsgálva) nem lehet független, mert erre kötelezi az esküje. Ez a kérdés nyilván az Európai Unió jogával összefüggésben merül fel. Ha egy hazai jogszabály ellentétes

52 Ilyen, az értelmezés határait feszegető kiváló munka ZAKARIÁS Kinga: *A bírói döntések alkotmánybírósági felülvizsgálatának terjedelme a német és magyar gyakorlatban*. In: Alkotmánybírósági Szemle 2019/2, 21-35.

53 20/2017. (VII. 18.) AB határozat, Indokolás [23], megismétli: 23/2018. (XII. 28.) AB határozat, Indokolás [28]

az uniós joggal, akkor a bíróságoknak – a Csatlakozási Szerződés 2. cikkét teljesítve, az uniós jog elsőbbségének elvéből következően az uniós joggal ellentétes tagállami szabályozást figyelmen kívül kell hagyniuk, azt nem alkalmazhatják. Csakhogy ettől még az Alaptörvény és a jogszabályok Magyarországon mindenkire, így a bíróságokra is kötelezőek. Figyelmet kell fordítani arra is, hogy az Európai Alkotmány létrehozásáról szóló, aláírt, kihirdetett, de hatályba nem lépett szerződés kísérletet tett kimondani az uniós jog elsőbbségét szövegszerűen is: I-6. cikk, „Az Alkotmány, valamint az Unió intézményei által a rájuk ruházott hatáskörök gyakorlása körében alkotott jog a tagállamok jogával szemben elsőbbséget élvez.” Ez a szabály – a francia és holland népszavazás következtében – nem lépett hatályba, bár elfogadott, érvényes szerződés volt. Az ezt követően elfogadott Lisszaboni Szerződés viszont hatályba lépett, de ez már nem tartalmaz a fentivel azonos szabályt. A Lisszaboni Szerződést aláíró tagállamok tehát kétséget kizáróan nyilvánították ki azt az akaratukat, hogy az uniós jog tagállami jogokkal szembeni elsőbbségét nemzetközi szerződés ne mondja ki.

Vagyis az uniós jog kötelező erejéről igen, de elsőbbségéről az Alaptörvény sem rendelkezik. Az Alkotmánybíróság pedig a 2/2019. (I. 23.) AB határozatban már megállapította, hogy az európai uniós jog kötelező ereje nem magától ered, hanem az Alaptörvény E cikkén alapul, és nem írja felül az Alaptörvény R cikk (1) bekezdését, amely szerint „[a]z Alaptörvény Magyarország jogrendszerének alapja.”

Ebből többféle következtetés vonható le. Egyfelől az Európai Unió területén egységesen alkalmazandó konkrét jogi aktus hiányában az Európai Unió Bírósága ítéletének kiterjesztő értelmezésével hatályos törvényt nem hagyhat figyelmen kívül a hazai bíróság. Erre sem az Európai Unió joga sem az Alaptörvény nem hatalmazza fel. Éppen ellenkezőleg: az Alaptörvény hetedik módosítása az R cikk (4) bekezdésében előírta, hogy „Magyarország alkotmányos önazonosságának és keresztény kultúrájának védelme az állam minden szervének kötelessége.” Az Alaptörvény a bíróságoknak is kötelességévé teszi hazánk alkotmányos önazonossága védelmét. Hatályban lévő törvény alkalmazását általános hatáskörű bíróság az uniós jog kiterjesztő értelmezésével nem tagadhatja meg. Ha tehát kétség merül fel az általános hatáskörű bíróságban az olyan hatályos jog alkalmazhatóságát illetően, amelyet az Európai Unió Bírósága értelmezett, de a konkrét esetre az nem teljesen egyértelműen alkalmazandó, és a szabály mellőzése nem következik kifejezetten az Unió írott jogából, akkor a hazai jog nem tehető félre.

Részben más a helyzet, ha az Európai Unió területén egységesen alkalmazandó konkrét jogi aktus folytán kell a bíróságnak mellőznie a magyar jogszabály alkalmazását. Ilyen esetben az alkalmazandó jog tekintetében nincs kétség, viszont egyértelműen vélelmezhető, hogy a hazai jogszabály sérti az Alaptörvény E cikkének (3) bekezdését. Alaptörvény-ellenes jogszabály hatályban maradása viszont nincs összhangban az Alaptörvény B cikk (1) bekezdésében deklarált jogállamiságból fakadó jogbiztonság követelményével és az R cikk (2) bekezdésével sem, mivel olyan jogszabály nem lehet kötelező, amelynek alkalmazását másik jogi norma kizárja. Az Alkotmánybíróság eljárásának kezdeményezése ezért ezekben az esetben sem mellőzhető.

3.3. A függetlenség megköveteli a politikai tevékenységtől való tartózkodást

A politikai függetlenséget a bírák számára az 1989. évi alkotmányrevízió írta elő, mégpedig a Nyugat-Európában szokásosnál szigorúbban. A tilalom célja az Alkotmány módosításáról szóló 1989. évi XXXI. törvény indokolása szerint az igazságszolgáltatás minden politikai befolyástól mentes, független és pártatlan működésének biztosítása⁵⁴. Ezt a szöveget vette át az Alaptörvény is, mindenféle „puhítás” nélkül. A bírák tehát közvetlen politikai tevékenységet nem folytathatnak, sem mozgalmi formában (magánéletükben), sem – sőt, még kevésbé – az ítélkezésben.

Itt különösen fontos figyelni a bírói tanácsokra és egyéb bírói szerveződésekre. Itthon elterjedt szóhasználat szerint – és az Alaptörvény 25. cikk (5) bekezdése is utal erre – ezek a szerveződések a bírói önkormányzatot, sőt, öngazgatást jelentenek⁵⁵. Álláspontom szerint, amit a Velencei Bizottság joggyakorlata alátámasztani látszik, a bírósági vagy bírói öngazgatás gondolata félreértés következménye. A Velencei Bizottság elvétve ugyan, de említi a bírósági öngazgatást⁵⁶, de soha nem követendő megoldásként kínálja. Éppen ellenkezőleg, jó néhány ügyben kifejtette, hogy a bírósági korporációk létrejötte nem kívánatos⁵⁷.

A hazai szabályokat érdemes tehát újragondolni a bírói testületek szerepének furcsa félreértése, a bírói öngazgatás téveszméjének kiküszöbölése érdekében. Sőt, ez még egy dimenzióban megfogalmazható: a bírói függetlenség nemcsak a saját állam másik két hatalmi ágával szemben, és nemcsak más államokkal, nemzetközi intézményekkel, de a bírói önérdékvédelmi („szakszervezeti”) befolyással szemben is. Talán nem túlzás hozzátenni ehhez – mivel az összeférhetetlenségi és kizárási szabályok egyértelműen erre utalnak –, hogy a személyes önérdékkel szemben is kell egyfajta függetlenség.

A fentieket pedig semmi más nem támasztja alá világosabban, mint a bírói esküje⁵⁸, amely igazodási pontként nem mást említ, mint Magyarországot, Magyarország Alaptörvényét és a törvényeket: „*Én, (az eskütevő neve) fogadom, hogy Magyarországhoz és annak Alaptörvényéhez hű leszek, jogszabályait megtartom és másokkal is megtartatom;*

54 FÜRÉSZ Klára: Az ügyészség. In: KUKORELLI István (szerk): *Alkotmánytan I.* Budapest, Osiris, 2008, 525, PETRÉTEI József: *Magyar alkotmányjog II.* Államszervezet. Budapest-Pécs, Dialóg Campus, 2001, 255.

55 Arról, hogy ez miért fogalmi képtelenség, l. VARGA Ádám: *A helyi önkormányzásokhoz való jog alapvető kérdései.* Doktori értekezés (kézirat), 16-20 (jak.ppke.hu/uploads/articles/12332/file/Varga_Adam_dolgozat1.pdf).

56 CDL-AD(2010)003, §122

57 CDL-AD(2002)021, § 21; CDL-AD(2002)012, §66; CDL-AD(2002)021, §§21-22, CDL-AD(2005)003, §102

58 Ha bárkinek kétsége lenne az eskü jelentőségét illetően, elég ha felidézi, hogy az Magyar Nemzeti Bankról szóló 2001. évi LVIII. törvényben szereplő eskü szövegét az Európai Központi Bank kétszer is kifogásolta: 2008-ban (CON/2008/83) és 2010-ben is (CON/2010/91). Utóbbi szerint: „Az eskü szövegét módosítani kell annak érdekében, hogy az az MNB elnökét és monetáris tanács többi tagját a KBER-vonatkozású feladatok ellátásában ne hátráltassa”.

(a tisztség megnevezése) tisztségemet a magyar nemzet javára gyakorolom. Fogadom, hogy a rám bízott ügyeket tisztességes eljárásban, részrehajlás nélkül, lelkiismeretesen, kizárólag a törvényeknek megfelelően bírálom el; hivatásom gyakorlása során az igazságosság és a méltányosság vezérel.”

JUDICIAL CASE LAW AS A LAYER OF LAW

There is no doubt that each legal system has to face the fact of the role of judicial practice in the legal changes² and the Central-Eastern European region is no exception.

Judicial practice in Central-Eastern Europe develops the legal system in two ways. In the strict sense, by producing congruence between the changing social-economic relations and the corresponding, unchanged legal regulation. In the broad sense, judicial practice develops the legal system by bringing the already regulated and unchanged conditions of life into harmony with legal norms reflecting them in an inadequate – too narrow or too broad – form.³

The main spheres and forms of the judicial development of law are the interpretation, the concretization, and the individualization of legal rules, the filling of legal gaps by way of analogy, and the setting of examples of equity. The means of the judicial development of law are the interpretation of legal rules and the so-called *analogia legis* and *iuris*.

The main conclusion which can be drawn from the above said is, that judicial practice – by means of its law-developing role – may contribute to the advancement of the effectiveness of law to a great extent.

On the basis of all these, we believe that the perspectives of the development of Central Eastern European legal systems lie in the conscious combination of the legislative and judicial development of law.

1. Introduction

Legal development can be continuous and periodical. Continuous legal development is the result of judicial activity, periodical development is that of codification or legislation. These are called by Prof. Bela Pokol as „layers of law”.⁴ There is no doubt that each legal system has to face the fact of the role of judicial practice in the legal changes⁵ and the

1 Prof. Dr. Dr. h. c. Az MTA doktora; egyetemi tanár, PTE ÁJK Jogbölcseleti és Társadalomelméleti Tanszék.

2 Cf. e. g. René David – John E. C. Brierley: *Major Legal Systems in the World Today*. London, 1985 – Konrad Zweigert – Hein Kötz: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. Tübingen, 1971 – Jerzy Wróblewski: *The Judicial Application of Law*. Dordrecht/Boston/London, 1992.

3 See A. Visegrády: *A bírói gyakorlat jogfejlesztő szerepe (The Law-developing Role of Judicial Practice)* Budapest, 1988.

4 Cf. *A jog elmélete (Theory of the law)* Rejtjel, Bp., 2001.

5 Cf. e. g. René David – John E. C. Brierley: *Major Legal Systems in the World Today*. London,

Central-Eastern European region is no exception.

In the historical development of Hungarian law both customary law and the judge-made law played an important role, and they had several meeting points in the course of time.

The so-called *Tripartitum* (1514), the summary of live feudal common law, which as a result of royal assent, never became a statute of legal force, began to be applied by the courts all over the country, thus becoming legally binding by way of custom. Later it was included in *Corpus Iuris Hungarici*, too (1629).

Judicial practice remained the broadest field of the enforcement of common law, mainly the judgements of the supreme courts with that of the Royal Kuria, in the first place. A collection called *Planum Tabulare* (1800) containing rules of procedure, decisions of the royal board, the practice of legal proceedings instituted by the country courts, the judicial administration of justice in towns, the practice of legal proceedings instituted by manor courts as well as decisions concerning it, practised considerable influence on the judicial administration.

Following the 8-year-long rule (1853-61) of the Austrian *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (1811) in Hungary, the Council of the Lord Chief-Justice, summoned in 1861, created the so-called Provisionary Rules of the Administration of Justice. Like the *Tripartitum*, though, these never became statutes of legal force. In fact, they became part of the legal system through judicial application, through decisions made in concrete legal cases.

Hungarian judicial practice, in this way, acquired a very considerable role in the creation and development of law, mainly in the field of civil law. It united common law as it existed before 1848, legal regulation introduced and maintained mainly in connection with cadastral land registration, and the short orders of the above mentioned Provisionary Rules.

Following the creation of Commercial Code (1875), judicial practice developed the rules of modern goods relations in the field of trade law, on the basis of German Commercial Code and on that of the Austrian ABGB.

From the turn of the century on, judicial practice has been considerably influenced by the Civil Code Bill, the fifth draft of which (1928) never came to be of legal force. Most parts of it, however, through legal practice and as common law maxims, became part of our legal system. Naturally, this code contained several legal principles and had developed by judicial practice which survived in the judicial administration of justice in this form. In the non-codified fields of civil law, judicial practice continued to be the source of law till 1959 and even later, in questions regulated by statutes, it was judicial practice which made the initiative steps.

1985 – Konrad Zweigert – Hein Kötz: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. Tübingen, 1971 – Jerzy Wróblewski: *The Judicial Application of Law*. Dordrecht/Boston/London, 1992.

2. The ways, forms and means of judicial law-making

Judicial practice in Central-Eastern Europe develops the legal system in two ways. In the strict sense, by producing congruence between the changing socioeconomic relations and the corresponding, unchanged legal regulation. In the broad sense, judicial practice develops the legal system by bringing the already regulated and unchanged conditions of life into harmony with legal norms reflecting them in a inadequate – too narrow or too broad – form.⁶

The main spheres and forms of the judicial development of law are the interpretation, the concretization, and the individualization of legal rules, the filling of legal gaps by way of analogy, and the setting of examples of equity.

The means of the judicial development of law are the interpretation of legal rules and the so-called *analogia legis* and *iuris*. The law-developing role of judicial practice comprehends nearly all the fields and levels of the legal system. Within the mechanism of the judicial development of law we can distinguish between the direct and the indirect judicial development of law which cannot be easily marked off in practice. The essential characteristic feature of the former is that the law-developing effect is the result of judicial practice itself, and not only that of the practice of the supreme courts but also the result of the activity of lower courts.

In the case of the indirect model the judicial development of law is the result of solutions elaborated by the judicial authorities and by legal sciences as well as in the course of attorneys', solicitors' and legal counsels practice. Thus the judicial development of law is to be conceived as a complex process.

2.1.

In the Hungarian law-developing process the decisions of fundamental importance of the Supreme Court play dominant role.

Courts do not merely „implement”, but also interpret and apply the law, and thereby they also necessarily develop it. The Roman legal principle of „*praetor ius facere non potest*” is a living principle even today, at least, in a formal sense based on the Acts on Legislation. However, in a specific case, when passing judgment, with regard to the choice, interpretation and application of a legal norm (its individual elements), as a matter of fact, the judge also makes „case-law” („*praetor ius facit inter partes*”). Therefore, the permanent and uniform judicial practice of courts, the individual decisions of „precedential value” developing it and certain Supreme Court decisions may be considered as norms having the character of sources of law.

In accordance with Section 27 of Act of 1997 on the Organization and Administration of Courts, the Supreme Court shall ensure the uniformity of the application of law by

6 See A. Visegrády: *A bírói gyakorlat jogfejlesztő szerepe* (The Law-developing Role of Judicial Practice) Budapest, 1988.

the courts, and within the framework of performing this duty, it shall adopt uniformity decisions binding on courts, which shall be published in the Hungarian Official Gazette. The law uniformity procedure – which may also be initiated by a court division – may take place if it is required for the further development of judicial practice or for ensuring the uniformity of judicial practice.

In order to ensure the uniformity of judicial practice, the divisions of the Supreme Court, the Regional Courts of Appeal and the county courts analyze the practice of courts and may – even without initiating a law uniformity procedure – express an opinion or take a divisional stand, which is then published and will be followed by the courts.

Examples for this include – without the provision of an exhaustive list – (Civil Division stand № 10), which deals with disputed issues arising concerning the termination of joint property, PK. № 32, which resolves the question of integrum restitutio resulting from an invalid contract, or Economic Division stand GK. № 66., which among others, settles the rules relating to the performance of money debts (capital and late payment interest) in relations between economic operators, but mention should also be made of Administrative Division stand KK № 2, which deals with factors to be taken into consideration by the court when registering foundations.⁷

Divisional Opinions and stands are not pro forma binding on the proceeding court chambers; however, it may be proved statistically that the number of opposing decisions taken in individual cases is insignificant.

Although individual decisions and judgments published in the columns of „Court Decisions” or other publications „(Decisions of the Regional Courts of Appeal)” or the „Collection of Court Decisions” – which also contains judgments of the Regional Courts of Appeal – do not (officially) form part of the control exercised by the Supreme Court relating to matters of principle, their guiding role is hardly debatable. They are not binding on lower courts either, to put it in another way, following them is „compulsorily recommended”, courts of second instance like to see them being applied, litigants (or their legal representatives) often refer to them in their submissions, just like trial courts often cite them in their decisions to support their reasoning.

Instead of law-developing interpretation it could in essence be regarded as *contra legem* judicial law-making⁸ when, in the field of non-pecuniary damages, Supreme Court Directive № 16 laid down pre-conditions whereby it re-qualified alternative conditions into joint conditions (instead of rendering life „lastingly or seriously” difficult it required rendering life „lastingly and seriously” difficult) and thereby it changed the applicability of a specific piece of legislation.

Let’s see some statistical data on the number of Supreme Court divisional opinions and uniformity decisions, between 2008 and 2010. In Criminal Division: 31 divisional

7 Cf. György Bíró – Barnabás Lenkovics: *Magyar Polgári jog. Általános tanok* (Hungarian Civil Law. General Doctrines). Miskolc, 2010.

8 See on this Jerzy Wróblewski: *Interpretatio secundum, prater et contra legem*. *Panstwo i Prawo* 1961. No. 4-5.

opinions and 15 uniformity decisions In Administrative Division: 24 divisional opinions and 13 uniformity decisions In Civil Division: 10 divisional opinions and 14 uniformity decisions.

2.2.

With regard to our topic, decisions of the Constitutional Court play a special role. The decisions of the Constitutional Court are rather important for the different branches of law, e.g. in the fields of the freedom of contract, protection of secrets, the constitutional prohibition of unjustified discrimination of legal subjects and the requirement of legal security. The activity of the Constitutional Court does not extend to the application of law, this (special) body cannot resolve specific legal disputes, its primary role is „negative law-making”, the „weeding out” of norms that are in conflict with the fundamental law by annulling them (norm-control as it is called), and its secondary role is the authentic interpretation of the constitution. The „Constitution as interpreted” by the Constitutional Court is directly binding on the courts and through them, it is also indirectly binding on the participants of proceedings.

The Constitutional Court also plays a significant role in developing law by the reasoning provided by it for its decisions about annulment. It plays an even more direct role in law development through its decisions urging the elimination of a constitutional omission. For if the Constitutional Court establishes a „constitutional omission” on the part of legislature, it calls upon Parliament to „perform its legislative duty”. This was the case when the Constitutional Court annulled §685 point c) of the Civil Code laying down a definition for economic operators because it did not include sole traders. It has also occurred on many occasions that the Constitutional Court provided directly applicable instructions with regard to the new norm that was to be created (see: Data protection).

3. The main fields of judicial law-making

Further on, let us consider a few specific examples from various branches of law, firstly from the civil law.

Earlier judicial practice had taken the position that a service contract concluded by a bungler was void. Compared to this, some changes could be observed in the 1990s. A special guiding role may be attributed to the case, concerning which the Supreme Court pointed out that it could be decided based on specific legal regulations relating to the exercise of trade whether the governing regulation would qualify the contract invalid in the absence of an appropriate licence. The lack of licence itself does not render the contract void if the service constituting the subjectmatter of the contract is not prohibited by law. In accordance with other new legal regulations as well, which reflect the social and economic changes, such contracts give rise to the same legal consequences as if the

contractor had had the required licence, in other words, the contractor has warranty obligations and the principal is obliged to pay the contractor's fee.

A similar role of judicial law-development can be noticed in changing the term „unreasonable and extensive difference in value” to „unreasonable and extensive disproportion in value”. Based on § 201 (2) of the Civil Code, a contract may be found invalid only if there is an unreasonable and extensive difference in value between the provided service and the consideration due. Court practice has replaced the expression „difference in value” – for the very reason of the impossibility of objective measurement of the difference – with the term „disproportion in value”. The rule of the Civil Code does not provide a precise basis for determining what extent of difference could be considered unreasonable and extensive. Detailed elaboration of this has fallen on judicial practice, and despite the rich jurisprudence developed in this field, only a general definition may be given for it, in other words, it is not possible to define a specific percentage serving as the standard, one must examine the circumstances of each specific case individually. Judicial practice does not generally qualify even a 20-30% difference in value as unreasonably disproportionate. On the other hand, the Supreme Court has found that in a contract of sale, the agreed purchase price differing by 40% from the market value constituted an unreasonable and extensive difference in value, having regard also to the fact that in the particular case there was no such extraordinary circumstance that would have justified a disproportion of such measure. Consequently, judicial practice makes a subjective decision about the unreasonable and extensive disproportion between the provided service and the consideration due on weighing every circumstance of the case.

On January 1st, 1989, the Companies Act of 1988/VI came into force in Hungary. The statute having been created in a very short time, based on Austrian, German and Swiss juristic materials was intended, in the light of the initial practical experiences and in consideration of the Hungarian legal, political and economical demands, to be modified later. The above legislative deliberation was, from the very beginning, well-known to the judges of the Court of Registration who made the best of opportunity to practice their law-developing function.

This law-developing role of the Registry Court body – having been upgraded due to the change of the régime – was taken into consideration in the new Companies Act modified by the Act of 1991/LXV. Let it be illustrated with the following examples.⁹

At the beginning of the operation of Registry Courts such a convention was established that the capitalized rental right of immovable property could be also reckoned in the assets of the company. In such cases the right of use or the rent were accepted as contribution in kind which appeared as pecuniary value in the primary capital. These emergency measures raised various, hardly resolvable, debatable issues though.

Because a practically never paid nominal rent was calculated as the value of contribution, the property of the company became increased by a fictitious sum of money already at the start. As opposed to this, it is a general interest that only marketable

⁹ Cf. A. Visegrády: Judicial Practice as an Element of Legal Development. *Rechtstheorie* 1995.

property possessing actual cash value and also seizable if necessary, is accepted as contribution in kind [Companies Act, Art. 22., par. (2)].

The Supreme Court decided in a rather extraordinary case pertinent to this question. According to the facts the then forming company intended to contribute to their property about 2600 m² water surface belonging to the boat landing stage in the harbour of Balatonföldvár. The Court pronounced in their judgement that a specific area of the natural water surface of the Lake Balaton cannot be rendered into company property, with regard to point (a) of paragraph 173 of the Civil Code, according to which state property cannot be considered to be negotiable.

Negotiability always has to be examined in relation to enforceability, that is, it must be examined whether the contributed chattels are suitable for the indemnification of the creditors in case the company ceases to exist.

The justification of the Supreme Court in this individual case pointed out that the partial or entire assignment of the right of use would substantially mean the acceptance of official license as contribution in kind.

Contributed real property passes into the ownership of the company only when the proprietary rights have been registered to the benefit of the company. Statute LXV/1991 declared that registry court practice according to which a real estate debited with some kind of right such as the right of enjoyment, for example, cannot be accepted as contribution and even the announcement of the agreement of the party entitled makes no difference in this respect. Another such right is mortgage, because on the basis of this the creditor may put up the property to auction regardless is being a contribution to the capital of a company. Inalienability and the prohibition of encumbrance are reasons for exclusion as well.

In the field of criminal law – since analogy is not permitted – judicial lawdevelopment has a more restricted role than in other branches of law. However, consistent judicial practice has led to remarkable results.¹⁰ The unit of continuity, introduced by Act IV of 1978, had been elaborated by judicial practice beginning from the 19th century. It has also been referred to as „judicial unit”. In today’s dogmatics, the unit of continuity (*delictum continuatum*) constitutes an independent instance of statutory or artificial unit created by legislature. It is hard to understand why this institution had been set aside for one and a half centuries.

The evaluation of indirect perpetration has a peculiar history, too. Although it had been laid down by the Austrian Criminal Code of 1952 already, in Hungary the term of indirect perpetration was introduced only by Act LXXX of 2009. Nevertheless, in the practice of courts, indirect perpetration had continuously been recognized and upheld beginning from the 19th century. The reason for the nonapplication of the term was probably that perpetrator is a person who realizes the legal facts of a crime, however,

10 See on this Ágnes Balogh – László Kóhalmi: *Büntetőjog. Általános rész* (Criminal Law. General Part). Budapest/Pécs, 2010 – Emil Erdősy – József Földvári – Mihály Tóth: *Büntetőjog. Különös rész* (Criminal Law. Special Part) Budapest/Pécs, 2007.

the indirect perpetrator does not realize the objective elements of the crime, he realizes the subjective elements only.

Concerning this question, judicial practice did not wait for theoretical debates to come to rest.

According to Criminal Division Opinion BKv № 10 (BK 24.), if the pregnant woman loses her foetus as a result of physical assault, the perpetrator's action shall be classified as bodily harm causing permanent disability and serious deterioration of health.

A persistent problem is constituted by the parallelism and delimitation of fraud and tax fraud. At present Criminal Law Uniformity Decision No. 1/2006 is attempting to make a distinction between the legal facts of the two crimes:

„1./ The criminal offence of fraud is committed by a person who applies for the refund of value-added tax on the basis of accounting documents made out while not being a subject of taxation, or while being a subject of taxation but not carrying out real economic activity. The damage forming the basis for legal classification is the amount of value-added tax that has been reclaimed and refunded or otherwise accounted.

2./ The felony of tax fraud is committed by a person subject to the payment of valueadded tax, if – either with regard to the payable tax that has been charged by him or the indication of the amount of deductible tax that another subject of taxation has preliminarily charged to him – he provides the tax authorities with false data based on fictitious accounting documents, provided that the result of his act remains within the confines of the legally prescribed tax liability. The perpetration value serving as the basis for the legal classification of the act is the amount of tax reduction”

It would be useful to amend the statutory text on tax fraud in accordance with these statements of the Criminal Law Uniformity Decision.

Similarly useful is the statement made in Criminal Law Uniformity Decision No. 1/2005 that the crime of embezzlement cannot be committed in relation to immovable property.

According to Criminal Division Opinion No. 34 (BK 93) „While the display of violent conduct required for disorderly conduct does not necessarily presuppose the infliction of actual bodily harm, at the same time, there are crimes in case of which one cannot speak of the display of violent conduct but rather of violent commission. Violence laid down by statute in the legal facts of such crimes means the exertion of physical force directly affecting some person, which breaks the resistance of that person.

In comparison, violence exerted during the commission of these crimes – as opposed to the display of disorderly conduct, which is also of aggressive nature, butn which means milder behaviour – is most of the time accompanied, also according to common views of life, by the infliction of actual bodily harm on the injured party.”

As a result of this, § 11(1) of Act LXXIX of 2008 supplemented § 271 withmthe definition of violence. „§ 271(5) Under this Section, the exertion of physical influence of aggressive nature on another person is also classified as violent conduct even if it is not capable of causing bodily harm.”

In labour law the role of judicature has been increased as the effect of the regulative conception of the Labour Code (promulgation in 1992). With the assistance of then stands of the Supreme Court's Labour Division the nominally traditional, in their content renewed legal institutions, in practice tried to involve an integrated interpretation.¹¹

The Labour Code contains new legal institutions as well, their proper interpretation was facilitated by the practice of the courts. Finally we should not underestimate the smooth introduction to the legal practice of the fields that were not regulated in the Labour Code.

The so-called Transfer Directive shows the change of conception in the European Union's social politics. The substance of the directive is the so-called concern concentration, is to compensate dangers that concern the employees in social politics. The adaptation of the directive in each member state cause heated debates and until now many interpreting problems remain.

The change of subject in the person of the employer is significant in Hungarian Labour Law, because in 1992 – in the year of promulgation of current Labour Code – there was a privatizational process in progress that necessarily comes with the employer's change of subject.

The facts of the case have not been regulated by the legislator; we can say that the employer's change of subject has been left out of the circle of minimal standard considered by the legislator. The silence of the legislator created a critical situation. In 1992 the Labour Division of the Supreme Court published stand No. 154, and they attempted to create a unified point of view for judicatures.

The stand in compliance with the directive clearly states that an occurred succession in the change of the employer's person does not affect the employment relationship. In comparison to the employment relationship established with the predecessor, the employment relationship with the successor remains unchanged, specifically in the aspect of notice period and severance pay the time spend in the employment relationship count together.

The Supreme Court emphasized, that the change in the employer's person does not lead to dissolve the employment relationship and does not create a new one, but the employment relationship – in lack of modification based on consensus – remains unchanged between the successor employer and the employee.

On the part of the employer the exercised voluntary termination of employment the most important fact is the validity of argument. Stand No. 95 of them Supreme Court's Labour Division applies to this case. The resolution details what the authenticity of the argument's content is and compared to this what reasonableness means.

According to the stand the requirement of conformity to the reality means, that the facts in case of inappropriate justification the voluntary termination of employment cannot be accepted. The grounds for resignation have to be authentic and also they given case the employee's job is not necessary, therefore the employment relationship should be determined.

11 Cf. György Kiss: *Munkajog (Labour Law)*. Budapest, 2005.

The resolution emphasizes that justified dismissal cannot be annulled neither on the grounds of equity nor in consideration of such circumstances that are outside of the scope of litigation.

The explanation of dismissal has to define the reason of the voluntary termination of employment clearly.

Stand No. 95 emphasizes that it is not relevant whether the dismissal has a detailed explanation, but it is relevant that out of the reasons the employer stated as the reasons of dismissal could be established why the employer needs the work of employee not.

According to the stand the employee's reference for inaptitude in job does not accomplish the requirements in so far a detailed, factual circumstance that caused the inaptitude is not clear.

4. Concluding remarks

The major differences between the Anglo-Saxon and Continental judge-made law may be summed up as follows.

The role of elaboration by legal dogmatics.¹² As much as the elaboration and application of statutes is based on legal dogmatic notional systematization in continental legal systems, the activity of legal scholars becomes entwined in the effect of precedents too. Continuous commenting on the decisions of superior courts, highlighting judgments of key importance and elaborating on them in essays play a determinative role regarding which precedents will have a wider effect and which ones will fade away later on.

Precedents reported with brief summaries of facts. As a result of this and also the influence of Continental-Roman legal culture, following precedents manifests itself rather in the form of following abstract rules than in the form of following legal positions based on the thorough and detailed elaboration of facts.

Following judicial practice instead of individual precedents.¹³

In recent decades, interpretive precedents have acquired rather an important role in the legal systems of continental countries: as a matter of fact, the increasing role of case-law has led to the expansion of the mass of interpretive precedents and not to the appearance of primarily regulatory precedents.

Finally the following question arises: how to evaluate the judicial development of law from the point of view of the effectiveness of law?¹⁴

On answering this question it is serviceable to start from a relation revealed by

12 Cf. Lech Morawski – Marek Zirk – Sadowski: Precedent in Poland. In: McCormick – Summers (eds.): *Interpreting Precedents*. Dartmouth, 1997. – Robert Alexy – Rolf Dreier: Precedent in the Federal Republic of Germany. In: McCormick – Summers (eds.): *Interpreting Precedents*. op. cit. – Massimo la Torre – Michele Taruffo: Precedent in Italy. In: McCormick – Summers (eds.): *Interpreting Precedents* op. cit.

13 Cf. e. g. Bela Pokol: *Jogelmélet (Theory of Law)*. Budapest, 2005.

14 Antal Visegrády: Zur Effektivität des Rechts. In: *Legal Philosophy: General Aspects*. ARSPBeihft 82., Stuttgart, 2002.

legal theory, namely, that the optimal nature of legislation constitutes the basis of the effective enforcement of legal rules. This suggests that the effectiveness of law, too, can be regarded as a function of the sphere of legislation. This, however, is not true in an absolute sense, since the law-developing activity of the judicial organs affords the possibility of correcting the shortcomings of legislation both from the point of view of techniques and content, and it also affords the possibility of producing congruence between legal norms and social relations constituting their basis.

Thus the judicial development of law not only improves valid law but also makes judicial activity more even and smooth by way of applying legal rules to concrete cases.

The conclusion which can be drawn from the above said is, that judicial practice – by means of its law-developing role – may contribute to the advancement of the effectiveness of law to a great extent.

Our research has cast a new light upon the relationship between judicial practice and legislation.

Judicial practice, on the one hand, has a *de lege ferenda* function towards legislation: it points out aspects of disintegration of congruence between legal regulation and social relations constituting its basis. In this way judicial practice calls attention to the necessity of creating new law or to the modification of the old one.

Judicial organs serve, at the same time, as assistants of legislation in so far as they „offer’ temporary solutions of the related problems having jelled in the course of their administration of justice which legal principles, being of normative conciseness sometimes, can be weighed together with other important information as essential proof consistent with the conditions of life.

To understand the value and significance of these alternatives anticipating the direction and content of legal regulation, we saw several examples, that the legal principles elaborated by judicial practice are transformed, mostly word by word, into legal norms in the course of modification.

Even if these legal principles offered by judicial organs are not identical with ready-made legal rules, they serve as models for legal regulation in the making.

Since the legislator is free to decide whether or not to realize these models, judicial practice – through its law-developing role – may seem to impair the process of legislation. This is not so, of course, since in the end it is the legislator who decides whether he transforms the legal principle elaborated by judicial practice into legal norm or not.

Legislation usually utilizes the result of the judicial development of law, in other cases it intentionally deviates from the suggested solutions, thus also having a role of control over it.

We hope to have proven that in the Central Eastern European legal systems the judicial development of law cannot be regarded as an unhealthy phenomenon, on the contrary, it is a necessary and desirable thing which eases the burdens of the legislator by making the connection with life-conditions more natural and realistic without decreasing the role and significance of legislation itself. The veracity of this thesis can

be best illustrated by the fact that legal principles and judicial practice are already reckoned in the codices.

On the basis of all these, we believe that the perspectives of the development of Central Eastern European legal systems lie in the conscious combination of the legislative and judicial development of law.

A JOG RÉTEGELMÉLETÉNEK ÚJ KIHÍVÁSAI

Kevés megtisztelőbb dolog képzelhető el egy kutató számára, mint az, hogy egykori nevelő tanára az ő hatására felülvizsgálja meghatározó elméletét. Jelen esetben ez történt.² Kissé groteszk megfogalmazás, de nem akartam ilyen „forradalmi” változást ösztönözni e kérdéskörben. Előrebocsátom, a jog négyrétegűségének elmélete ma is helytálló. Pokol Béla azonban – szokás szerint – egy rendkívüli horderejű problémára világít rá. Míg az eredeti tézis a „Sollen” világa, a revideált elmélet a „Sein” problematikus valóságát írja le. Jelen tanulmányomban terjedelmi okokból tömören fejtem ki korábbi problémafelvetésemet, csak röviden utalok Pokol Béla elméleti újításaira, majd összegezem a magam „viszonzválaszát”.

1. Korábbi problémafelvetésem a jog rétegelméletére

Számos további kutatás segítője, sőt, kiindulópontja lett a jog négyrétegűségének elmélete.³ E sorok írója néhány évvel ezelőtt az alábbiak szerint elemezte e kategorizálást és vezette tovább a gondolatmenetet. Ezen elmélet szerint a jog az írott jogszabályok szövegrétegéből, a jogdogmatika rétegéből, a bírói jog rétegéből, valamint az alkotmányos alapjogok rétegéből áll. E rendkívüli fontosságú gondolat mentén további distinkciókat tehetünk álláspontom szerint.

A jog rétegei tekintetében ugyanis elkülöníthetünk jogalkotási és jogértelmezési rétegeket. Mivel azonban minden rétegnek – helyesen vagy helytelenül akár – lehetnek előbbi és utóbbi funkciói is, hasznosabb, ha mind a négy réteg vonatkozásában elkülönítünk jogalkotási és jogértelmezési szelvényeket is. (Tehát összességében nyolc szelvényről beszélhetünk.) Ez még érintetlenül meghagyhatná a jog négyrétegűségének elméletét. A jog szövegrétegének természetszerűleg elsődleges a jogalkotási funkciója.⁴

1 Tszv, habil. egyetemi docens, KRE ÁJK Alkotmányjogi Tanszék.

2 Vö.: Jelen tanulmánykötet Pokol Béla által írt, A jogrendszer duplázódása c. nyitótanulmányának 5. lábjegyzetét.

3 Az előzményeket és a kifejtést ld. POKOL Béla: Jogelmélet. Századvég Kiadó, 2005. Budapest, 11-195. o.

4 Ismerünk ugyan jogalkotói jogértelmezést, különböző jogértelmezési szempontok jogszabályba illesztését, azonban a hatalommegosztás jegyében a konkrét jogalkalmazás (és ekképp a jogértelmezés is) már a hatóság vagy a bíróság hatásköre, így lényegében nem a jogalkotó szerv saját jogértelmezéséről beszélhetünk, hanem inkább a jogalkalmazó szerv jogalkotói behatárolásáról. (A parlament azonban, mint jogalkotó szerv, a törvénytől eltérő aktusokban hoz egyedi ügyekben is határozatokat, tehát ellátja a jogszabályok konkrét értelmezésének és

A bírói jog rétege – legalábbis a kontinentális jogrendszerekben – viszont elsősorban jogértelmezési jellegű. „Praetor ius facere non potest” – hangzott már a római jogban is.⁵

A jogdogmatika rétegeének manifesztációja csak egyes eltorzult irányzatok⁶ esetében jelentheti új jog alkotását, leginkább jogértelmező jellegű, ekképp szervesen összefonódik a bírói jog rétegeével.⁷

A legsajátosabb az alkotmányos alapjogok rétege. Eleve felvetődik, hogy e réteg esetében lehet leginkább a „de lege lata” világból a „de lege ferenda” világába átcsúszni.⁸ A jogdogmatika rétege nem kikényszeríthető. (Szándékosan nem használjuk a „nem kötelező” fordulatot, mert jogállamban elképzelhetetlen, hogy a jogdogmatika legfontosabb tanításaitól eltérjen akár a bíróság is. Más kérdés, hogy mit tekintünk konszenzust jelentő legfontosabb tanításnak...) Az alapjogok azonban mintegy – az Alkotmánybíróság normakontrollja és alkotmányjogi panaszra irányuló eljárása révén – kikényszeríthetőek. Ehelyütt kell azonban feltennünk a kérdést: pontosan mit tekintünk az alapjogok rétegnek? Csupán a lakonikus nyelvi fordulatot: „mindenkinek joga van a békés gyülekezéshez”? Vagy ennek törvényi részletezését?⁹ Álláspontom szerint a helyes megközelítés, hogy az alkotmányos alapjogok rétegeének az arra hivatott szervek – különösen az Alkotmánybíróság

alkalmazásának feladatát.) A jogalkotás és a jogalkalmazás összefonódásáról és fogalmi elválaszthatóságáról ld. KASZÁS Ágnes: A jogalkotó és jogalkalmazó viszonyának egyes elméleti és összehasonlító jogi kérdései az Európai Unió Bírósága ítélezési gyakorlatának tükrében, különös tekintettel a villamosenergia-szektorra. Doktori értekezés. (különösen 49-54.o.) <https://jak.ppk.hu/uploads/articles/12332/file/Kasz%C3%A1s%20%C3%81gnes%20PhD.pdf> Letöltés időpontja: 2014. jún. 1.

(Az, hogy ki végzi a jogértelmezést, nem összekeverendő azzal, hogy milyen módszert alkalmaz a jogalkalmazó. A jogalkotó által eleve meghatározott jogértelmezési módszer a Pokol Béla által meghatározott 12-es modellben leginkább a jogalkotó szándéka, illetve a jogelvek szerinti értelmezésnek felel meg. ld. POKOL (2005) i.m., 218-231. o.

- 5 A praetori edictumok civiljogi értelemben nem jelenthettek új normát, pusztán, a praetor imperiumából fakadólag, mintegy „programpontokként” eljárásjogi, pervezetési kérdéseket tartalmaztak. FÖLDI András – HAMZA Gábor: A római jog története és institúciói. Tankönyvkiadó, 1998. Budapest, 83. o.
- 6 GYÓRFI Tamás: A többrétegű jog koncepciója, Miskolci jogi szemle, 2007/2. szám, 133. o.
- 7 Egyrészt a jogdogmatika alapvető téziseit a bírói jog is forrásként használja, másrészt jelentős részben a bírósági gyakorlatot dolgozza fel a jogi szakirodalom, tehát kölcsönhatásról beszélhetünk.
- 8 Ld. erről pl. POKOL (2005) i.m., 95. o.
- 9 GYÓRFI mutat rá arra, hogy az alapjogokat, amennyiben törvények fejtik ki, akkor lényegében az már a jog szövegrétegéhez sorolható. 128. o. Utal arra is, hogy gyakorlati kifejtésük pedig a bírói joggal esik egy tekintet alá. Ez egyébként a decentralizált alkotmánybíráskodású országokban talán elfogadható is lehet, azonban a centralizált rendszerben indokolt a külön rétegeként való elválasztás. Az alkotmányjogi panasz kiszélesítésével inkább az fog felvetődni, hogy az Alkotmánybíróság nem törhet-e az egész jogrendszer alkotmányjogiasítására, tehát például a polgári jogi ítéletek „alkotmányos polgári jog” szerinti konzekvens felülbírlására. Ez nyilván függni fog az egyes alkotmánybírák képzettségétől, érdeklődési területétől, attitűdjétől. És mint szociológiai értelemben tudjuk jól, fokozottan függhet az előadó személyétől.

– kibontó magyarázatát, a későbbiekre irányadó általános értelmezését tekintjük.

Korábbi konklúzióm, miszerint létezik egy közötes réteg az alkotmányos alapjogok és a jogdogmatika rétege között, melyek között sikamlós a határmezsgye.¹⁰ (A rétegelmélet igen tág, és már feldolgozott témáján belül jelen írásban ezen határterület képződésére fókuszálunk.) Előbbinél hiányzik sokszor a rendszerszerű zártság és az ellentmondásmentesség, utóbbinál a kikényszeríthetőség. A közötes réteg esetében álláspontom szerint a kötelező erővel nem (egyértelműen) rendelkező alapjogi réteg alkotására hivatott szervek megkísérlik a jogdogmatika „összecsiszolt fogalmi piramisára” hasonló szintűen kikristályosított alapjogi dogmatika kialakítását¹¹, és így szakmai tekintélyuralmi jelleggel quasi kötelezőnek beállítani rétegeket¹².

Felhívom a figyelmet a két kérdéses réteg közötti további „átjárásra”. Ami például egy másik országban alkotmányos vagy törvényi szabály, vagy akár adott államban korábban hatályban volt és konkrét szabállyal kifejezetten nem hatálytalanított norma, az fokozottan jöhet számításba a jogdogmatika rétegén belül. Például, ha egy kérdés esetében joghézag áll fenn, adott aspektus nincs (egyértelműen) szabályozva, ott analógiaként szóba jöhet egy más térben és időben kötelező szabályként létező megoldás alkalmazása.¹³

Az Alkotmánybíróság kötelező, kikényszeríthető határozatokat hoz. Az ombudsmani típusú szervek sajátossága viszont, hogy hatósági határozatnak nem minősülő aktusai csupán ajánlás-jellegűek. *E tisztség viselője minél tekintélyesebb méltóság, illetve konkrét betöltője minél képzetesebb szakember, annál kevésbé lehet egy kézlegyintéssel lesöpörni jogértelmezését.* Sőt, a jogalkalmazók hajlamosak lesznek szakmai értelemben szinte

10 GYÓRFI álláspontja, hogy az összes rétegnek van dogmatikája, tehát nem feltétlenül indokolt ennek külön rétegeként történő feltüntetése. Ld. GYÓRFI (2007) i.m. Magam inkább úgy közelítem meg, mint fentebb már utaltam rá, hogy az összes réteg összefügg.

11 Tegyük hozzá, hogy a túlzottan absztrakt, átmoralizált és átpolitizált alapjogi réteg esetében kifejezetten üdvözlendő volna, ha egyre inkább, szerves fejlődés által kikristályosodna egy konszenzust élvező dogmatikai zártság.

12 Legtípikusabb esete ennek az ún. „Láthatatlan Alkotmány”, melyet Sólyom László neve fémjeléz. Eszerint az alapjogok is egy olyan koherens rendszert alkotnak, melyek az Alkotmányban szövegszerűen nem szereplő összefüggéseket is hordoznak. Különösen alkalmas erre az emberi méltósághoz való jog. Azt azonban hozzá kell tennünk, hogy a kérdéses elmélet a jogállami átmenet idején, a demokratikusan megalkotott jogszabályok hiányossága, illetőleg az állampolgárok jogtudatának elsorvasztottsága miatt a jelenleginél jóval védhetőbb volt. [ld. különösen a 8/1990. (IV. 23.) AB határozatot, ill. Sólyom László párhuzamos indokolását a 23/1990. (X. 31.) AB határozat kapcsán.]

13 Persze az analógia hagyományos korlátaival megszorítva. Hozzátehetjük, hogy – a fentiek szerint – inkább jogértelmezési, mintsem jogalkotási szelvényként. (Klasszikusan a Zweigert-Kötz szerzőpáros nyomán terjedt el – a svájci Ptk. kapcsán – a gondolat, hogy a bíró –, ha semmiféle szabályt nem talál a kérdés megoldására, akkor akár külföldi hatályos szabályt is zsinórmértéknek tekinthet. Ld.: ZWEIGERT, Konrad – KÖTZ: Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts I. (Grundlagen), J.C.B Mohr, 1971. Tübingen., különösen 25-30. o.

kötelezőnek tartani¹⁴. (Az aggályok ott kezdődhetnek, ahol más, adott ügyben konkrét hatáskörrel rendelkező szervvel, akár a jogalkotóval szemben konkuráló jogértelmezésként lép fel a szóban forgó réteg. Különösen pedig az a problematikus, ha nem is jogértelmező, hanem jogalkotó szelvény jelenik meg. Ez természetesen nem érinti az ombudsman – hivatalos – jogalkotási javaslatait, melyeket megfontolva érdemben a hatáskörrel rendelkező szerv dönt.¹⁵) Magam a „hivatalos rangra emelt jogdogmatika” névvel tudnám legtalálóbban illetni az ilyen jellegű ajánlásokat.¹⁶

Elvi éllel vetődik fel a fontos kérdés: mi a kötelező az AB-határozatból. Csupán a rendelkező rész? Ez voltaképp kiüresítené az Alkotmánybíróság érdemi hatókörét. Az indokolások azonban nagyon vegyes anyagot fognak össze. Például itt szerepelnek a szóban forgó ügyeket összefüggéseiben érintő jogszabályok paragrafusai. Amennyiben ezeket mind kötelezőnek tekinthetnénk, úgy lényegében az Alkotmánybíróság értelmezési gyakorlataként precedens-erővel rendelkeznenek, és más jogszabályok fölé kerülnének a határozat indokolásába beollózott normák.¹⁷

Leegyszerűsítve úgy sommázzhatjuk, a testület határozatai, ha nem is az alapjogok kötelező tartalmi elemei, de a jogdogmatika, a jogtudomány rétegének részévé válnak. Főképp az olyan elvont, hatalmas történelmi fejlődésen keresztülment és a szakma

14 Sajátos volt korábban az Országos Választási Bizottság jogértelmezésének jogi/hatósági jellege. Korábban az e szerepet betöltött állásfoglalás kötelező erejéről megoszlottak a vélemények. Az új Ve. ezt a kérdést tisztázta: a jogutód Nemzeti Választási Bizottság iránymutatás elnevezésű jogértelmezése nem kötelező. (A gyakorlat kérdése lesz, mennyire fogják így követni a választási szervek. Mindenesetre az alsóbb szintű választási bizottságoknak az elvi értelmezést az azzal párhuzamosan felmerülő konkrét ügyek jogorvoslata miatt célszerű lesz zsinórmértéknek tekinteniük. Ld. 1997. évi C. törvény, illetőleg a 2013. évi XXXVI. törvény.)

15 Vö. POLT Péter: Az ombudsman és a jogalkotás, Jogtudományi Közlöny, LII. évfolyam, 1997. január, 19-26. o.

16 A jogdogmatika rétegének alakítói az egyetemi jogászprofesszorok, kutatók. Egyik tudós véleményével szemben állhat azonban egy másik tekintélyes tudós véleménye. Különös tekintélyt biztosít azonban (és most a jogdogmatika oldaláról közelítem meg) egy tudományos véleménynek, ha szerzője kifejezetten az adott témával foglalkozó tisztségviselő. Különösen igaz ez például az ombudsmanra. (A másik oldalról megközelítve: egy „félhivatalos” vélemény sokkal fajsúlyosabb, ha kibocsátója mellesleg a téma szakavatott tudósa.)

17 Varga Zs. András veti fel költői kérdésként (deklaráltan a sommás válasz megadásától elzárkózva), hogy az Alkotmánybíróság határozatainak vajon melyik az erga omnes mindenkire kötelező ratio decidendije, és melyik a „kevésbé kötelező” obiter dictum. Ld. VARGA Zs. András: Ombudsmanok Magyarországon. Rejtjel Kiadó, 2004. Budapest, 79. o.; Álláspontom szerint ennek eldöntését tényleg nem szerencsés a tudományra bízni, célszerű volna jogszabályilag rendezni. (Mondjuk az AB határozatokból az indokolás elnevezésű szerkezeti egység két részre bontásával. Az egyikben lennének az idézett jogszabályok, melyek így nem lennének az Alkotmánybíróság által quasi alkotmányos rangra emelve.) Pokol Béla élesen elkülönítene a határozatok indokolásában az elvi jelentőségű Alaptörvény-értelmezéseket a többi résztől, és szerkezeti elkülönítés mellett külön szavazást is követelne meg azokról. Ld. POKOL Béla: Alkotmánybíráskodás. Szociológiai, politológiai és jogelméleti megközelítésekben. Kairosz Kiadó, 2014. Budapest, 41. o.

körében evidenciát képező fogalmak minimális kritériumai tekintetében, mint mondjuk a jogállamiság és a demokrácia.

Azon is érdemes elgondolkodni, hogy egy akár egyetlen szavazattöbbséggel eldöntött ügyben lehet, hogy a szoros többséggel eldöntött álláspont legendás döntéssé emelkedhet, míg a különvélemények csupán jogirodalmi érdekességnek számítanak. Talán egy vokson múlik a helyzet, miszerint nem a különvélemény lesz a történelmi alapvetés, hanem a többségi döntés. Tudjuk azonban, sok különvélemény (vagy párhuzamos indokolás) került be szinte alaptézisként a szakirodalomba, jelentve sokaknak hivatkozási forrást. Valószínűleg így lesz ez a korábbi Alkotmány alapján született, és az Alaptörvény hatályba lépését követően nem automatikus hivatkozási forrásnak számító határozatokkal.

Az elmélet keletkezésekor még nem volt indokolt, napjainkra azonban lassan megéretté válik a helyzet, hogy felvessük egy további kérdést: a nemzetközi jog tekinthető-e ötödik rétegnek?! Párhuzamos lehetőség, hogy a jog négy rétegének érvényesüléséről beszéljünk, hazai és nemzetközi jogi relációban külön-külön.¹⁸

Ennek kapcsán kell rámutatnunk Pokol Béla egy elmúlt évekbeli kutatási irányára, miszerint a belső jogrendbe iktatott nemzetközi egyezmények ugyan kötelezőek hazánkban, ám az egyes (félhivatalos) szervezetek jogértelmezése – bár néha ekként tüntetik fel azt – semmiképp nem írhatja felül a hatáskörrel rendelkező hazai szervek – különösen az Alkotmánybíróság – jogértelmezését.¹⁹

Mint ahogy létezik formális és materiális, külső és belső jogforrás, úgy magam javaslom a jog rétegei kapcsán is megkülönböztetni a jog külső és belső rétegeit. Előbbiekből lehet megismerni a jogot, utóbbiaktól pedig származik. Így a jogszabályszövegeknek megfelelő belső réteg a jogalkotó szerv (parlament, kormány vagy önkormányzat), a bírói jog rétegénél természetesen a bíróságok (élükön az adott ország legfelsőbb bírói fóruma), a jogdogmatika belső párja a tudomány, az egyetemi tanszékekkel, kutatóműhelyekkel, akadémiaikkal.

*Témánk szempontjából a legfontosabb kérdés: mi az alkotmányos alapjogok²⁰ belső rétege?*²¹ Nyilván a téma fenti kérdéseinek megválaszolása esetén mondhatnánk ki a végső szót, amennyiben az lehetséges egyáltalán. A válaszban mindenképpen első helyen (legalábbis hazánkban) az Alkotmánybíróság áll, hiszen a végső szót alkotmányossági kérdésekben ezen testület mondhatja ki. Ide kell sorolnunk – mint látni fogjuk – az

18 Lényegében a nemzetközi szerződések szövegei, a nemzetközi joginak minősülő bíróságok határozatai, a nemzetközi viszonylatban általánosan elfogadott jogelméletek, valamint a nemzetközi egyezményekben szavatolt alapjogok/emberi jogok jelentik a négy réteget.

19 POKOL (2014) i.m., 48-73. o., különösen 50. o.

20 A rétegelméletet részben szintén átvevő, de kritikával is illető Jakab András felveti, hogy a demokráciához vagy jogállamisághoz hasonló fogalmak, alkotmányos alapelvek is quasi az alapjogi réteg részei; ezért talán célszerűbb lehetne egy másik elnevezés. ld. JAKAB András: A magyar jogrendszer szerkezete, Dialog Campus Kiadó, 2007. Budapest, 47-51. o.

21 E sorok írója ezen elméletet korábban CSERVÁK Csaba: Az ombudsmantól az Alkotmánybíróságig – az alapvető jogok védelmének rendszere (Licium Art, 2014. Debrecen) c. művében írta ezt le először. (Fóképp 22., 75. o.) E publikáció az akkor megkezdett kutatási irány része.

ombudsmant is. Annál inkább, mert ha abból indulunk ki, hogy az alapvető jogok nagyon is átmoralizáltak, nem rendelkeznek a többi rétegre jellemző dogmatikai zártsággal, belső logikával, akkor elmondhatjuk: ezek szinte a „de lege ferenda” világába tartoznak. Ezek pedig megfelelnek az ombudsman puha jogi eszközeinek, a kikényszeríthetőséget nem hordozó ajánlásainak, melyekkel élhet akár a jogalkotás irányába is.²²

2. A jog megkettőződésének új megközelítése

Pokol Béla elmúlt évekbeli fő kutatási csapásiránya a „jurisztokrácia” kérdésköre volt, és ennek mentén vizsgálta felül – részben az általam jelzett problémákra is reagálva – a jog négyrétegűségének elméletét. (Közös kiindulópontunk az alkotmánybíráskodás behatolása a jogérvényesítés egyéb területeire és a „hivatalos, államhatalmilag kikényszeríthető jogdogmatika” volt.) A jogtudós a magyar szakirodalomban eddig meglehetősen merésznek számító, újszerű, mindazonáltal egyre kevésbé agyonhallgatható kategorizálásra tett javaslatot. A kormányformák eddigi sablonos megközelítésébe kifejezetten speciális típusként bevezette a jurisztokratikus kormányformát.²³

Előkérdése a témának, hogy úgymond kettős politikai rendszer alakul ki, amely részint a nemzetállamon belüli domináns körök demokratikus uralmát, részint a globális uralmi körök, nagytőkés csoportok hatalomra törését testesíti meg. A jogrendszer egésze szempontjából ezen „harc” pedig a törvényhozási jog és az alkotmányszövegen túli, soktízezer oldalas alkotmánybíróági döntésgyűjteményekkel konkretizált alkotmányi jog kettős rendszerében manifesztálódik. Tehát nem pusztán a politikai rendszer duplikálódik a demokrácia és a jurisztokrácia hatalmi mechanizmusaiban, hanem ez indukálja a jogrendszer megkettőződését is.²⁴ „Ez az, amit az alkotmányi joganyagnak egy egyszerű negyedik jogréteggé való megfogalmazása nem tudott kiemelni, és e konstrukció átalakítása felé ösztökélt. Az alkotmányi jog középpontját jelentő alkotmányszövegnek ugyanis van egy kiterjedt alkotmánybíróági esetjoga, mely nélkül a nagyon absztrakt szöveg – deklarációk és alkotmányi elvek – nem is tudna a hétköznapiakban több-kevesebb biztonsággal érvényesülni. De ugyanígy az országonként soktízezer oldalt kitevő alkotmánybíróági esetjogi réteg nem tudna kicsit is rendszerszerűen felépülni, ha kulcsfogalmait és értelmező formuláit nem rendszerezné egy alkotmánydogmatikai réteg.”²⁵ *„Vagyis a törvényhozási jog három hagyományos jogrétege mellett az alkotmányi jog mellett is kényszerűen felépül egy hármasság szerkezet, ha az ünnepélyes keretek között kihirdetett alkotmány nem marad pusztán egy ünnepelt dokumentumnak, hanem mellette*

22 Ennek kapcsán használhatjuk a „soft law” kifejezést, melynek nincs egy kizárólagos értelmezése. Behatóan ír a fogalomról – elsősorban a nemzetközi jogban – BLUTMAN László. Ld.: Nemzetközi soft law: hagyjuk dolgozni Occam borotváját. Közjogi Szemle, 2008/1. szám, 28-37. o.

23 POKOL Béla: A jurisztokratikus kormányforma és szerkezeti kérdései, Jogelméleti szemle, 2016/1. szám, 81-93. o.

24 Vö. POKOL Béla: A jogrendszer megduplázódása, kézirat, 8-9. o.

25 Uo.

*egy alkotmánybíróság is elkezd működni. Láthatóan tehát az alkotmánybíráskodás a megkettőződés felé tolja a politikai rendszert – a demokrácia mellé a jurisztokrácia hatalmi mechanizmusait kiépítve –, és ugyanígy ez továbbhalad, és a jogrendszert is a megkettőződés felé tolja.*²⁶

A revideált elmélet lényege tehát, hogy a (legfőlőbb) alkotmányos alapjogok létrehozására hivatott szervrendszer hatáskörén túlterjeszkedve, diszfunkcionális módon beleszól a többi réteg képződésébe is. Ez a legproblematikusabbnak akkor tekinthető, ha a jog szövegrétegét nem a milliók szavazata által legitimált parlament, hanem a (negatívból pozitív jogalkotóba átcsapó) alkotmánybíróságok hívják létre. Az új Alaptörvény és alkotmánybírósági törvény által hazánkban meghonosított valódi alkotmányjogi panasz pedig az igazságszolgáltatás tekintetében valósíthatja meg a „kettős hatalmi rendszert”, amennyiben a taláros testület aktivista attitűddel rendszeresen felülírja a hagyományosan kikristályosodott dogmatikai kategóriákat alkalmazó rendes bírósági döntéseket.²⁷ (Tegyük hozzá, Magyarországon ez utóbbi jelenség nem burjánzott el!) Ki kell emelnünk, hogy a diszfunkcionális aktivizmus egyik fő talpköve az alapjogvédelem mellett a „szent és sérthetetlen”, mindazonáltal nem egzakt módon definiált jogállamiság.²⁸

Az egyébként sok aspektusból dicsérendő hatáskör-bővítés melléklöngéje lehet – kiterjesztő alkotmánybírósági értelmezés esetén – az, ha a több évszázados szerves fejlődésen keresztülment polgári²⁹- vagy büntetőjogi dogmatika keveredik az ehhez képest szubjektívebb, átmoralizált alapjogi érveléssel. Ezt a későbbi évek remélhetőleg konzekvens befogadási gyakorlatának alapos feldolgozásával tudjuk majd sommázní.³⁰

26 Ld. uo.

27 Vö. RIMASZÉCSI János: A felülvizsgálat és a valódi alkotmányjogi panasz egymáshoz való viszonya a rendkívüli jogorvoslatok rendszerében, a Kúria határozatai ellen benyújtott alkotmányjogi panaszok befogadhatósága. In: Alkotmányjogi Panasz – a hatáskörrel kapcsolatos kérdések. Az Alaptörvény érvényesülése a bírói gyakorlatban II. Alkotmánybíróság, Kúria, HVG-ORAC, 2019. Budapest, 568-577. o.

28 A témáról ld. VARGA Zs. András: Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája, Századvég Kiadó, 2015. Budapest, különösen 124-131. o.

29 A német alkotmánybíróságnak vannak legendás, e témát érintő döntései. Választási kampányidőszakban nem számít a tulajdonos klasszikus rendelkezési joga, mert a bérlő véleménynyilvánítási szabadsága erősebb. A tulajdonos engedélye nélkül is elhelyezheti ablakában a választási plakátot. Ld. TÉGLÁSI András: Az alapjogok hatása a magánjogi viszonyokban az Alkotmánybíróság gyakorlatában az Alaptörvény hatálybalépését követő első három évben – különös tekintettel a tulajdonhoz való jog alkotmányos védelmére, Jogtudományi közlöny, 2015/3. szám, 144-146. o. Ugyanezen problémakörrel ld. MOLNÁR András – TÉGLÁSI András – TÓTH J. Zoltán: A magánjogi és az alapjogi érvelések együttélése – feszültségek és dilemmák, Jogelméleti szemle, 2012/2. szám, a német alapjogi bíráskodáshoz ld. továbbá Bódi Stefánia: A gyülekezési jog szabályozása és gyakorlata Németországban. VALÓSÁG: TÁRSADALOMTUDOMÁNYI KÖZLÖNY, 2016/5. szám, 58-73. o.

30 Az alkotmányjogi panaszok befogadhatósága tekintetében különösen hasznos tanulságként lehet figyelembe venni a vonatkozó német gyakorlatot. Ld. erről ARATÓ Balázs: Alkotmányjogi panasz a német jogrendben, különös tekintettel a befogadhatóság kérdésére. In: Az Alaptörvény érvényesülése a bírói gyakorlatban II. : Alkotmánybírósági panasz – hatáskörrel kapcsol-

Ha az elmúlt évek aktivista gyakorlatát nemzetközi kitekintésben kárhoztatjuk³¹, akkor mindenképpen ki kell emelnünk a 198/2012 sz. spanyol alkotmánybíróvási határozatot. Ezen döntés lényegében teljesen szembement az alaptörvényük írott szövegével.³² Utóbbi ugyanis egyértelműen kimondta, hogy házasságot férfiak és nők köthetnek egymással. Az indokolás szerint ez pusztán akként értelmezendő, „hogy a férfiak és a nők mint a házassághoz való alkotmányos jog hordozói szerepelnek a szövegben”. Tehát a spanyol alkotmánybírák szerint ebből egyenesen nem következik, hogy a pároknak különböző nemű tagokból kell állniuk. A kifacsart interpretáció szerint tehát férfiak és nők házasodhatnak; mind egymás között, mind a másik nembe tartozó emberekkel.³³ (Csupán három ellenzavazatot fűztek a döntéshez, és ők sem írtak ráadásul különvéleményt!)

3. A hatalmi ágak és a jog rétegelméletének összefüggéseiről

Az Alkotmánybírósnak a kormányzati rendszerben hatalmi ágként való tárgyalása nem egyértelmű, és nem általános az alkotmányjogi irodalomban. A „taláros testületek” ugyanis rendszerint a politikai küzdőtéren kívül állnak, nem aktív részesei a hatalomgyakorlásnak. Feladatuk a normakontroll, vagyis egyes (változó, hogy milyen) jogszabályoknak az alkotmánnyal való összemérése, s esetleges megsemmisítése. Tehát nem célszerűségi, csupán jogszerűségi szűrést végezhetnek. „Az alkotmánybíráskodás nem gyűrheti maga alá a hatalmi ágakat, hanem egymáshoz illeszti azok tevékenységét...”³⁴ (voltaképp a „fékek és egyensúlyok” kategóriájába sorolható.) „Az európai típusú Alkotmánybírószág politikai szerv, mely a törvényhozó és végrehajtó hatalomhoz hasonlóan részt vesz a politika alakításában.”³⁵ Ez a részvétele azonban több szempontból korlátozott.³⁶ A

latos kérdése. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., 2019. Budapest, 502-515. o.

- 31 Ld. ehhez még Enrique Guillen, LOPPEZ: *Judicial Review in Spain: The Constitutional Court*. Loyol a of Los Angeles Law Review (Vol. 41.) 2008, 529-562. o.
- 32 A politikai alapú átértelmezés a rendes bíróságokra is jellemző Spanyolországban; a büntetőjogi felelősség átpolitizálásával. Utóbbi problémáról ld. POKOL Béla: *A bírói hatalom, Századvég*, 2003. Budapest, 7-31.o., illetőleg DOMOKOS Andrea – CSERVÁK Csaba: *A büntetőjogi és politikai felelősség keveredése, avagy a büntetőjogi felelősség diszfunkcionális alkotmányjogi felülbírálata. Jogelméleti szemle, 2017/1. szám, 35. o.*
- 33 POKOL (2015) i.m., 125-126. o.
- 34 Takács Imre, KUKORELLI István (szerk.). *Alkotmánytan*. Osiris, 1996. Budapest, 341. o.
- 35 Az egyes parlamenti (pl. fegyelmi) határozatokkal szembeni alkotmánybíróvási jogorvoslati lehetőség egyfelől garanciális jellegű, másfelől viszont (még inkább) a politikai arénába sodorhatja a taláros testületet. Vö. SMUK Péter: *Sarkalatos átalakulások – Parlamenti jogi átalakítások*. MTA Law Working Papers, 2014/14. szám, 5-8. o.
- 36 Ld. PACZOLAY Péter: *Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés*. Rejtjel Politológiai Könyvek, 2003. Budapest, 24. o. A szerző utal arra is, az európai típusú alkotmánybírószág politikai erőterbe való sodródását előmozdítja, hogy minden eljárásjogilag megfelelően elé utalt kérdésben érdemi választ kell adnia, nem utasíthat el valamilyen indítványt a political question doctrine amerikai elvéhez hasonlóan, hogy az politikai és nem jogi kérdés.

magyar Alkotmánybíróság működése – sajátos vonásai miatt – különösen felveti a külön hatalmi ágként való elemzés lehetőségét.³⁷

A törvényhozás-végrehajtás-igazságszolgáltatás mára már meghaladottá vált klasszikus hármasából csak az előbbi kettőt, illetve az államfő jogkörét szokás a kormányformák elemzésénél, besorolásánál a vizsgálódás horizontjába vonni. De hát miért? A bíróság nem vesz részt az életviszonyok tartós alakításában, nem rendelkezik célszerűségi, csak jogszerűségi felülbírálat lehetőségével saját szervezetrendszerének alsóbb egységei felett. Nem kapcsolódik a kormányzat többi szervéhez (tehát nem része a kormányzat rendszerének), attól lehetőség szerint minél inkább függetlenül működik.

Az alkotmánybíróság kormányzati rendszer részeként történő elemzését számos tényező indokolja.³⁸ Az egyre több országban teret nyerő szervnek ugyanis számos helyen olyan jogosítványai vannak, amelyek legalábbis felvetik a „taláros testületek” kormányforma fogalmába való bevonását.

Az alkotmánybíróság hatalommegosztási tényezőnek ítélese azon egykori klasszikus elmélet folytatásának tekinthető, mely az alkotmányozó hatalom függetlenségének létjogát írta lobogójára, különös tekintettel az utóbbival nem rendelkező rendszerek tekintetében, így Magyarországon is. (Hisz ha már az alkotmány létrehozása nem külön szerv feladata, hanem a törvényhozásé, felmerül az elméleti és gyakorlati igény legalább az alaptörvény értelmezésének függetlenítésére.) Másrészt viszont ellentmondásos, hogy az alkotmánybíróság a parlament által létrehozott törvényt a parlament által létrehozott alkotmánnyal veti össze, és semmisíti meg esetleges kollízió esetén. Eme összefüggésben ugyanis a normakontrollt végző szerv mint országgyűlési ellenőrzési szerv (a számvevőszékhez hasonlóan) túlzottan tűnő jogosítványok osztályrészese, ha rendelkezik a törvények megsemmisítésének jogával. A parlament fölött voltaképp megfélebbezhetetlen döntési joggal bíró szerv ugyanis értelemszerűen vonná maga után az alaptörvénynek más – bizonyos értelemben az országgyűlés fölött álló – szervtől való nemzódését.

*Az alkotmánybíróságok speciális feladatkörrel rendelkező szervek, melyeknek éppen ezért fontos a speciális legitimitációjuk is. Éppen ezért fontos, hogy miképpen választják a testületeket.*³⁹ *A parlament általi választás növeli a legitimitást, viszont egyúttal nagyobb*

37 Ld. LUKÁCSI Dániel Csaba: Alkotmánybíráskodás Magyarországon. In CSERVÁK Csaba – HORVÁTH Attila (szerk.): *Az adekvát alapjogvédelem : Alkotmányjogi tanulmányok*. Porta Historica Kiadó, 2018. 199-210. o.

38 Ez egyben azt is jelenti: az AB nem bíróság. Ennek megítélése az adott testület hatáskörétől függ. Ahol nem domináns a konkrét jogvita, az ellenérdekű fél, ahol túlteng a hagyományos normakontroll-szerep, ott nem bíróságról van szó. A magyar jogrendszerben az egyedi alkotmányjogi panasz súlytalan, ráadásul az AB nem rendelkezik a bíróságok irányításának jogával, mintegy kívül áll a bíróság szervezetrendszerén. A jogszabály megsemmisítése pedig nem érvényteleníti a bíróságok döntését, csak perújítási alap. (Egyedüli kivételként az ún. Jánosi-ügyet szokták emlegetni.) Ezen némileg változtatott az Alaptörvény szerinti klasszikus alkotmányjogi panasz meghonosítása.

39 CSERVÁK Csaba: *Az ombudsmantól az Alkotmánybíróságig- az alapvető jogok védelmének rendszere*, Debrecen, Lícium – Art ,2013, különösképp pp. 108-110.

valószínűséggel sodorja a politikai arénába a testületet. A bölcs kompromisszum talán a parlamenttől származó mandátum – többszatsornás jelölési rendszerrel vegyítve.

Magyarországon az alkotmánybírákat – a frakciók egy-egy tagjából álló bizottság konszenzusos jelölését követően – az országgyűlés választja meg; kétharmados többséggel. A tisztségnek teljes egészében parlamenttől való keletkeztetése tényleges ereszték a politika és a testület között. Ráadásul általában a bizottsági egyetértés érdekében mindkét oldal kölcsönösen elfogadja a másik jelöltjét, tehát visszavezethető, kit mely pártok ajánlottak. A tagok egyszeri újraválasztásának lehetősége aggályos volt, hisz fennállt a lehetősége, hogy az újraválasztására törekvő bíró az országgyűlés többségének szájíze szerint folytatja tevékenységét; vagy legalábbis nem tudja magát függetleníteni a „körülmenyekttől”. Ezt korrigálja az új szabályozás: a mandátumidő 12 évre növekedett, de az újraválaszthatóság megszűnt.

A hazai rendszerben jellemző, hogy amennyiben az egyik politikai oldalnak kétharmados támogatottsága van, úgy az általuk jelölt legkiválóbb tudósok is megkapják a „pártkatona”-bélyeget. Amennyiben viszont a kétharmados részarány több politikai erő között oszlik meg, a helyzet szintén aggályos lehet. Általában a bizottsági egyetértés érdekében mindkét oldal kölcsönösen elfogadja a másik jelöltjét, tehát visszavezethető, kit mely pártok ajánlottak. Ezért is célszerű volna bevezetni a tagok többszatsornás jelölését.⁴⁰

Az alkotmánybíróvá választás követelményrendszere is rejthet magában veszélyeket. A vonatkozó normák lényegében nem változtak az Alaptörvényt követően. A szabályozás továbbra is kiskaput teremt a kritériumok szempontjából a „vagy legalább húsz évi gyakorlattal rendelkező jogászok” megengedő mellékmonddal. (A közszájon forgó fordulattól eltérően még a „húsz év kiemelkedő gyakorlat” sem szerepel a törvényi megfogalmazásban!) A parlament általi választás itt válik problematikusná, hisz a kétharmados többség talárba öltöztethet pártok járszalagjára vont személyeket; esetleg politizáló, nem kiemelkedő elméleti tudással rendelkező ügyvédeket. Nincs rögzítve – eltérően egyes külföldi alkotmányoktól – a bírói gyakorlattal rendelkezők minimális létszáma. Bár ésszerű ötletnek tűnik, hogy egyes szakmai testületek (egyetemek, bíróságok, ügyvédi kamarák, MTA) jelölési jogot kapjanak, viszont ennek esetleges melléköngéje ad absurdum az lenne, hogy az általuk ajánlottak eredeti szerveik érdekképviselőjévé süllyednének.

Az alkotmánybíroság politikai vagy tisztán szakmai mivoltának véleményem szerint egyik legkiválóbb fokmérője, hogy döntésével kimondta-e megfellebbezhetetlenül a végső szót mint az alkotmányvédelem legfőbb szerve, netalántán felülbíráható az országgyűlés vagyis a politikai szféra által, ezáltal az államgépezet egyszerű fogaskerekének szintjére süllyedvén.

40 A *litván* alkotmány papíron „veszélyes” a kérdéskörrel összefüggésben, hisz az alkotmány jelentős megsértése, esküszegés vagy bűncselekmény elkövetése esetén lehetővé teszi az alkotmánybíroság tagjainak visszahívását a parlament háromötödös többségével. Ez már csak azért is különös, mert az alkotmány (így annak megszegésének is) értelmezése épp a taláros testület jogosítványra. Az említett országgyűlés szájíze szerinti tevékenykedés tehát itt különösen felmerülő veszély.

A portugál alkotmánybíróság előzetes normakontroll tárgyában hozott határozatát ugyanis a parlamentben jelenlévő képviselők 2/3-ának döntése közömbösíti, ha újból megerősítik a törvényt.⁴¹ Hasonló elvű a román rendszer, ahol a mindkét ház tagjainak kétharmados szavazatával újbóli megerősítést nyert jogszabály hatályban marad.⁴² Ennek jogelméleti megalapozása igen nehéz kérdés, hisz jogállamban az autentikus alkotmányértelmezés letéteményese az alkotmánybíróság. Ha azonban az alaptörvényt a parlament módosíthatja, fölfoghatjuk úgy: a taláros testület döntésének ignorálása voltaképp az alkotmány megváltoztatása. Ennek kapcsán csak az a kérdéses, hogy tételesen szereplő alapelvet vagy pusztán levezetett értelmezést hagytak-e figyelmen kívül. Előbbi esetben kikötendő, hogy a parlament döntése maga után vonja az alkotmány módosítását is, utóbbinál pedig az Alkotmánybíróság értelmezésében hivatkozott alkotmányhely után szűkítésként beiktandó az országgyűlés határozata – mintegy kivételként.⁴³

A széles jogkörű alkotmánybíráskodás ellenzői általában azt vetik fel: nem legitimálható, hogy egy szűk grémium a népszuverenitás egyedüli hordozóját, a parlamentet abszolút mértékben felülbíráhatja.⁴⁴ Álláspontom szerint ez egy, a népakaratot hűen tükröző országgyűlés esetén áll fenn. Egy aránytalan népképviselőt esetén a hosszú távú népakaratot kifejező alaptörvény védelme nem szorítható hátsóbb sorba. Persze ez csak egy számottevő legitimitású alkotmány esetén igaz.

Amennyiben a jogrendszer mekkettöződéséből indulunk ki, úgy – az alkotmánybíróságokon túlmenve – még további szervek is kapcsolatba hozhatók az alapjogi réteggel. Az absztrakt, átmoralizált alapvető jogok alapján való „törvénykezés” ugyanis a jurisztokrácia kútforrása lehet. Különösen akkor, ha a vizsgált szervek államilag kikényszeríthető, quasi hatósági jellegű döntéseket hozhatnak. Az ún. ombudsmani típusú szervek ugyan gyakran átlendülnek a „de lege ferenda”-szemlélet világába, de állam általi végrehajthatóság hiányában legfeljebb morális (legtágabb értelmezés szerint is szokásjogi) kényszer szerezhet érvényt ajánlásainak. Témánk szempontjából a hatalommegosztás azon tényezői merülhetnek fel, amelyek az alapjogok absztraktságához hasonló normatív támpontok szerint végzik jogalkalmazó tevékenységüket, úgy, hogy mindeközben állam által kikényszeríthető döntések meghozatalára rendelkeznek hatáskörrel.⁴⁵

41 A kritikusok „állatorvosi lovát” jelentő portugál Alkotmánybíróság megdőböntő furcsasága, hogy az utólagos normakontroll terén a testület döntése végleges. (Kilényi Géza szófordulata.)

42 És akkor még nem beszéltünk a konzultatív jellegű testületekről, a francia Alkotmánytanácsról, a bolgár és orosz alkotmánybírásról. (Utóbbiak döntése egyes esetekben kötelező, míg a törvények tekintetében csak véleménynyilvánító.)

43 Például, ha az Alkotmánybíróság a halálbüntetés ellen foglalna állást az adott ország alkotmányának felhatalmazása nélkül, a parlament pedig ezt elveti, az alaptörvénynek az élethez való jogra vonatkozó része úgy egészítendő ki, hogy az nem zárja ki a törvényes eljárásban meghozott halálos ítéletek végrehajtását.

44 Ld. POKOL (2005) i.m., 89. o.

45 A választójog alkotmányos elvárásainak tartalmát (általános, egyenlő, közvetlen, titkos) a választási eljárásról szóló 2013. évi XXXVI. törvény alapelvei és tételes rendelkezései garantálják. A törvény lehetővé teszi a pusztán alapelvre hivatkozó állampolgári jogorvoslatot is. A törvény alapelvei szinte ugyanolyan absztrakt, átmoralizált kategóriát jelentenek, mint az alkotmányos alapjogok. Bár részben e tág alapelvek lennének hivatottak arra, hogy az elvont választójognak

4. A nemzetközi jog kihívásai a rétegelmélet tekintetében

Igen fontos, időnként felvetődő alapkérdés, hogy a nemzetközi jog egyáltalán jognak tekinthető-e. (Különösen a jogérvényesítés, az állami kikényszerítés hiánya miatt.) A nemzetközi jog minden egyéb kapcsolatait elrendező alapkategória az államok szuverenitása.⁴⁶ Leginkább a jogdogmatika rétege lehet nemzetközi jellegű, már csak azért is, mert itt alapfeltétel a nemzeti szuverenitással járó kikényszeríthetőség. A jogtudomány egyetemes, persze lehetnek annak nemzeti sajátosságai. „A jogösszehasonlítás ma már a jogtudományi problémák nemzetközi terjedelmű megvitatását, a kis eltérések helyett a nagy hasonlóságok észrevételét és így az egységes igazságeszme létezésébe vetett hit elmélyítését jelenti.”⁴⁷ A nemzetközi szervezetek mögött lévő jogtudomány célul tűzheti a jogállamiság legalapvetőbb intézményeinek elvi kidolgozását, azonban erősen aggályos, ha „kivülállóként” próbál megítélni izoláltan kiemelt normákat, mert az egész jogi környezetet a maga teljességében csak az egyes hazai szakemberek ismerhetik.⁴⁸ E probléma alpból kérdőjelezi meg jogi részletkérdések nemzetközi pellengérré állítását,

tartalmat adjanak. Ennek tükrében csak részben merész megállapítás, hogy az NVB szinte alapjogi bíraskodásra kapott felhatalmazást. Ráadásul hozzá kell tennünk: a választójognak része a népszavazási jog is. A népszavazás megengedhetőségéről főképp az Alaptörvényben taxált kizárt tárgykörök alapján dönt az NVB. Ez pedig – már a korábbi OVB tekintetében is – kifejezetten az Alaptörvény (korábban az Alkotmány) közvetlen alkalmazásának kötelezettsége, nem is pusztán lehetősége. Az OVB (NVB) tehát mintegy alkotmánybíráskodó szervként is funkcionál. (Tegyük hozzá, mivel 2012. óta a választási bizottság hitelesítéséről szóló határozatát a korábbitól eltérően nem az AB, hanem a Kúria előtt lehet megtámadni, a legfelső bírói szerv is alapjogi bíraskodásra kapott kifejezett felhatalmazást.) A bírságolási, hatósági típusú hatáskör miatt azonban meglehetősen öszvér-jellegű, sajátos szervnek tekinthetjük.

A NAIH is Elkerülhetetlen az alapjogi szintű érvelés, ha az ügyben két alapjog kollízióját kell megoldani (s ez kívül esik a személyes adat/közérdekű adat elhatárolásán). Ilyen kör például az a kutatás szabadságának és az információs önrendelkezési jognak a konfliktusa.

A korábbi médiatörvény deklarálta alapjogvédő feladatot (is) adott az ORTT-nek. (Az új médiatörvény megfogalmazásában ez nem annyira kifejezett a Médiatechnika tekintetében.) Az előző Médiatechnika alapvető rendelkezései között kiemelten szerepelt, hogy a műsorszolgáltatás nem sértheti meg az *emberi jogokat (!)*, és nem lehet alkalmas a „személyek, nemek, népek, nemzetek, a nemzeti, etnikai, nyelvi és más kisebbségek, továbbá valamely egyház vagy vallási csoport” elleni gyűlölet felkeltésére. Az új médiatörvénybe nem általában az emberi jogok védelméről van e helyütt szó; a legfontosabb releváns elvek a véleménynyilvánítás és a tömegközlés szabadságának jogát bontják ki. Utóbbi kérdéskör tág összefüggéseiről ld. KOLTAY András: A szólásszabadság alapvonalai. Századvég, 2009. Budapest, 816. o., ill. KOLTAY András – TÖRÖK Bernát (szerk.): Sajtószabadság és médiajog a 21. század elején. Complex Kiadó, 2014. Budapest, 647. o.

46 Danilo TÜRK: A nemzetközi jog alapjai, Szegedi Egyetemi Kiadó, 2009. Szeged, (fordította: Gállos Orsolya), 7-9. o.

47 ZWEIGERT-KÖTZ (1971) i.m., 29-30. o.

48 Egyik ország jogának szolgálai, mechanikus átvétele sem működhet automatikusan egy másik államban. Vö. ezt a jogátvitel, jogátvitel, jogkölcsonzés fogalmával ld. VARGA Csaba: Jogfilozófia az ezredfordulón. Szent István Társulat, 2004. Budapest, 69-97. o.

mindazonáltal nem teszi feleslegessé a külhoni tapasztalatokból fakadó jó szándékú tanácsadást.

A diktatúrába hajló államok kapcsán – e sorok írójának véleménye szerint – lehet pozitív hatása annak, hogy az univerzális jogtudomány nyomást gyakorol a jogállamiság védelme érdekében.⁴⁹ Ez viszont csak a szakma egyértelmű álláspontja mentén történhet. Hozzátehetjük továbbá, hogy az ilyen államokban nem érvényesül a népszuverenitás, így a népakaratot felülíró jurisztokráciáról fogalmilag kizárt beszélünk. Persze annak aggályát is meg kell említenünk, hogy a világpolitikában az ellenfelek előszeretettel bélyegzik egymás államát sommásan diktatúrának.

Gondot okozhat a gyakorlatban, hogy a szuverén államok által ratifikált egyes nemzetközi szerződések az államok közötti legkisebb közös többszöröst rendezik. Ezen egyezmények azonban – amennyiben nagyon absztraktak – a különböző államokban sokféle értelmezésnek nyithatnak teret. Az értelmezésre hivatott nemzetközi fórumok kiterjesztő gyakorlata így a hazai jogalkalmazói gyakorlat fölé emelkedhet; felhatalmazás és legitimáció nélkül. Nem beszélve arról, hogy minden alanyi jognak – két vagy három közvettséggel – van alapjogi vetülete, így a fent említett fórumok az egyes nemzeti bíróságokat is uralhatják. Ez persze csak diszfunkcionálisan kiterjesztő értelmezés esetén áll fenn. A szuverenitás klasszikus fogalmával semmiképpen nem fér össze a hazai jogalkalmazókra kötelező, nemzetközi szervezetek általi jogértelmezés, mindazonáltal hozzá kell tennünk, hogy a szuverenitás fogalma jóval összetettebbé vált⁵⁰ az elmúlt időkben a tudományos gondolkodásban, például egyfajta oximoronként „nemzetközi szuverénéről”⁵¹ is szó esik már. Ahogy arra Pokol Béla nyomán utaltunk, a belső jogrendbe iktatott nemzetközi egyezmények ugyan kötelezőek hazánkban, ám az egyes (félhivatalos) szervezetek jogértelmezése semmiképp nem írhatja felül a hatáskörrel rendelkező hazai szervek – különösen az Alkotmánybíróság – jogértelmezését.⁵² Álláspontom szerint, a tanácsadó jellegű nemzetközi alapjogvédő intézmények – mint például a Velencei Bizottság – állásfoglalásai legitimáció hiányában nem az alapjogok, hanem a jogdogmatika rétegébe sorolhatóak. Legalább is abban az esetben, ha ezek a vélemények az egyetemes jogtudomány konszenzust élvező téziseit tükrözik.

A 20. századtól megkezdődő tendenciák – globális alkotmányeszmék megjelenése,

49 Pokol Béla is utal vitaindító cikkében az amerikai fogolytáborok visszasságainak és egyéb ügyeknek karakán, objektív bírálatára, pl. a Velencei Bizottság részéről. Ld. például Alexander J. LEONE: 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 Geo. Wash. Int'l Law Review. (Vol. 41.) 2009. 299-326. p.

50 BLUTMAN László: Milyen feltételekkel beszélhetünk értelmesen a szuverenitásról? In TAKÁCS Péter (szerk.): Az állam szuverenitása. Gondolat Kiadó, 2015. Budapest-Győr, különösen 122. o.

51 BIHARI Mihály: A modern szuverenitás elméleti alapjai. In. TAKÁCS Péter (szerk.): Az állam szuverenitása, Gondolat Kiadó, 2015. Budapest-Győr 111. o.

52 POKOL (2014) i.m., 48-73. o., különösen 50. o.

emberi jogi egyezmények értelmezésének⁵³ radikális kitérítése, nemzetközi főbírói elit összefonódása, globális jurisztokrácia megjelenése – a demokratikus törvényhozási többség meggyengítéséhez járult hozzá. Ebbe a tendenciába illik bele az egyre magasabb dimenzióba emelkedő európai integráció.⁵⁴ *A jogi közbeszédben a maga pontatlanságában „szentírásként” terjeng azon frázis, miszerint a nemzetközi jog elsőbbséggel rendelkezik a belső joggal szemben.* Mélyebben megvizsgálva, ez a kérdés jóval összetettebb. Mást jelent az elsőbbség a jogalkotásban és a jogalkalmazásban, más az értelme a nemzetközi jog szemüvegén át és a belső jog aspektusából, más a joghatása egy alkotmánybíróság és egy rendes bíróság eljárásban. Nemzetközi jogon érthetjük többek között a nemzetközi szerződéses normákat, a nemzetközi szokásjogot, a nemzetközi ius cogenst, egyoldalú állami aktusokban megjelenő normákat, valamint nemzetközi szervezetek kötelező, normatív, külső határozatait. Mindegyik esetében eltérő a helyzet.⁵⁵

5. Az adekvát alapjogvédelem

Mindezekre figyelemmel a magam alapjogvédelmi felfogását „adekvát alapjogvédelem” néven rendeztem koherens rendszerbe. (Ez a gondolatsor egy „tértől és időtől” független levezetés, nem a jelen Magyarországot és hatályos jogrendszerét elemzi.) Ennek megalapozása a következő. Egyes felfogások szerint az emberi jogok, alkotmányos alapjogok jelentik a jogrendszer leglényegét, igazából szinte csak azok számítanak, minden más felülírnak.

Ezzel szemben markáns álláspont, hogy aggályos, miszerint a népszuverenitás letéteményesét jelentő, tehát a lehető legnagyobb legitimitással rendelkező parlament döntéseit ignorálhatja, felülbíráhatja egy „elitista” grémium.

E sorok írójának álláspontja szerint a két felfogás között jóllehet antagonisztikus ellentét feszül első látásra, mégis képezhető egy egészséges kompromisszum. (Természetesen nem mindegy, a kettő közötti képzeletbeli skála melyik fokán.) Csak az a kérdés, mely életviszony tekintetében, a jogalkalmazás milyen esetében akarunk verdiktet mondani.

53 A jogértelmezés módszereiről átfogóan ld. Tóth J. Zoltán: Jogértelmezési módszerek a bírói gyakorlatban. Jogelméleti Szemle, 2009/4. sz.

54 Ld. a korábbi stádiumhoz MISKOLCZI-BODNÁR Péter: Az európai versenyjog alkalmazása Magyarországon. In: RÓTH Erika (szerk.): Magyarország az Európai Unió csatlakozás küszöbén. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003, 23. o., HOMICSKÓ, Árpád Olivér: szociális biztonság garantálása az Európai Unióban, In: KAPA, Mátyás (szerk.) Jog és Állam 8. : Nyári egyetem – 2006. Budapest, : Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 49-55., a fokozódó integrációhoz BOROS Anita: Úton egy európai közigazgatási (eljárás) jog felé avagy apró szeletek a tagállami szuverenitás tortájából. In: TAKÁCS Péter (szerk.): Az állam szuverenitása. Gondolat Kiadó, Budapest-Győr, 2015, különösen 477. o., ill. SZUCHY, Róbert Az összefonódás-ellenőrzés Európai Unió szabályai a jogbiztonság tükrében, L'Harmattan Kiadó 2011. Budapest, 191.

55 A kérdéskör komplex feldolgozásáról szól egy kiemelkedő MTA-doktori disszertáció. Ld. BLUTMAN László: A nemzetközi jog érvényesülése a magyar jogban: fogalmi keretek. 2016., különösképp 17. o., valamint 78. o.

Mennyire szabad az alapjogokat (illetve az alkotmányos normákat) közvetlenül alkalmazni, akár egy bírósági eljárásban? A jogalkalmazásnak – saját megközelítem szerint – két típusa különböztethető meg. A hierarchikus jogalkalmazás és a normakontrolláló jogalkalmazás. Az első esetben a jogforrási rangsort figyelembe véve, a „jogesethez legközelebbi” jogszabályt, vagyis a *lex specialist* kell szubszumálni. Az utóbbi kategória értelmében viszont – az amerikai alkotmánybíráskodás szerint – a magasabb rendű normának (az alkotmánynak) ellentmondó jogszabályokat egyszerűen félre kell tolni, azaz nem kötelező alkalmazni. (Itt tehát lényegében az egyedi jogalkalmazó végzi el a normakontrollt.) Ezen szemlélet alapjaiban teljesen idegen (volt) az európai jogalkalmazástól.⁵⁶ Az Európai Unió egyes normáinak közvetlen hatálya, illetőleg alkalmazhatósága rést nyit ezen szemléleten.⁵⁷ Álláspontom szerint az a megengedhető kompromisszum, ha legfőljebb joghézag esetén alkalmazzuk az alapvető jogokat. Vagyis akkor szubszumáljuk közvetlenül az alkotmányt, ha nincs egyértelműen alkalmazandó *lex specialis*. Egyéb esetben az alapjogok értelmezési háttérrel jelentenek, egyet a jogértelmezés lehetséges módszerei közül. (A konkrét ügytől függ, hogy mennyire fajsúlyos szempontot.) Rendkívül fontos még a jogszabályok lehetséges célja szerinti, illetőleg alapelvi interpretáció.

A sommázat tehát a következő. Az adott ország alkotmánya a népszuverenitás első számú hordozója. rendkívül jelentős legitimitációval kell rendelkeznie! Az alkotmány nem csupán jogszabály, hanem a társadalom első számú alpnormája. A jog és az állam egymásra kölcsönösen fejlődtek ki. (Korábban egyfajta pseudo-állma és pseudo-jog volt csupán, hiszen egyik sem létezik a maga teljességében a másik nélkül.) A társadalomnak egyfajta „játékszabályra” volt szüksége, hogy működjön és fennmaradjon. Ez pedig a jog. (Jog nélkül legfőljebb valamiféle őskáosz létezne.) A jognak mint rendszernek megvannak a maga belső összefüggései, törvényyszerűségei, amely nélkül az a normavilág nem tartható jognak. Ebben igen jelentős szerepe van a jogászság személyi állományának. Persze ez a személyi állomány nem működhet hosszú távon a társadalom ellenében. (Költői kérdés, hogy megvédhető-e önmagától a társadalom. Bizonyos értelemben erre hivatott a képviseleti demokrácia is. Ezt célozzák lényegében a népszavazás alól kivont tárgykörök.) Ma már szinte evidencia, mégis fel kell tennünk a kérdést: miért szükségeszerű a képviseleti demokrácia.⁵⁸ A közvetlen demokrácia ellen szól a technikai

56 Ld. Csaba CSERVÁK: *The Theory for Adequate Fundamental Rights Protection*. In: CSERVÁK Csaba – HORVÁTH Attila (szerk.) *Az adekvát alapjogvédelem*. *Porta Historica*, 2018. 5-8. o., valamint BELOVICS Ervin – SZÍVÓS Mária: *Recenzió az adekvát alapjogvédelemről*. In: CSERVÁK-HORVÁTH (szerk.) i.m., 235-238. o.

57 A hazai gyakorlatot áttekintve, jó pár olyan bírósági határozatot találunk, ahol a magasabb jogforrási szintű belső jogszabályt a bíróság ténylegesen alkalmazza, és az azzal ellentétes alacsonyabb ranghelyű belső jogszabály alkalmazását mellőzi. Ez a gyakorlat vonatkoztatható azon esetre is, ahol a magasabb rangú norma egy nemzetközi szerződés kihirdetéséről szóló jogszabály. Ld. Blutman László (2015) i.m., 198. o.

58 A szűk értelemben vett demokratikus döntéshozatal („többség dönt”) elvét mintegy garanciális értelemben kiegészíti a kisebbségvédelem intézménye. Európai szinten azonban diszfunk-

kivitelezhetetlenség is, továbbá az, hogy egyes szakmai kérdéseket a laikusok nem tudnának kellő bölcsességgel mérlegelni. De akkor ebből nem következnek szükségszerűen az, hogy a parlamenti képviselőkkel tekintetben legyenek szigorú végzettségi kritériumok? Mindenestre demokrácia-deficitnek tekinthető, hogy

- a népnek át kell ruháznia a hatalmat egy tőle független grémiumra egy ciklus erejéig,
- ezt a testületet nem hívhatja vissza,
- a legtöbb kérdésbe eközben nem szólhat bele (népszavazás révén),
- és ami az egyetlen megalapozó érv lehetett volna: e képviselők vonatkozásában még végzettségi, képzettségi előírás sincs.

(Talán tabudöngető felvetés, de ebben legalább egy logikai bakugrás található. Így összességében ez miért jó a népnek? De úgy is kérdezhetjük: ez miért szükségszerű?)

Sajnos sokszor összemosódnak a jogszerűségi és célszerűségi döntések. (Jegyezzük meg, nem lehet mindig a kettő között 100%-os egyértelműséggel határvonalat húzni.) Utóbbiak jogát nem lehet elvonni a néptől, valamint az általa legitimált testülettől. A jogszerűségi döntésekhez viszont speciális szakértelemre van szükség. Ha ez utóbbi tézist nem fogadjuk el, akkor a jog jogi jellege kezdene megszűnni. Az alkotmány, bár nyilván a jog rendszerébe kell illeszteni, célszerűségi döntés eredménye. Ugyanez vonatkozik a törvényhozásra is. Viszont ezeket a jog medrében kell tartani. Fogalmaik és összefüggésrendszereik is szükségszerűen csak a jogrendszer sajátosságainak megfelelőek lehetnek! Ennek szavatolására hivatott az alkotmánybíróság. (És ezek megfelelő alkalmazásának biztosítékai a szakmailag megfelelő, független bíróságok.)

A társadalom kikristályosodásának, az állam kialakulásának előfeltétele az volt, hogy az emberek lemondjanak az önkényes jogérvényesítésről, az önbíráskodásról, magánbosszúról, és azokat egy tőlük független szervezetre, az államra bízzák. Ez praktikussági okokból is egyre inkább kiszorította a közvetlen demokráciát.⁵⁹ De egyes jogaikról nem mondtak le, ezek az emberek ember-mivoltának letéteményesei. Vagyis az emberi jogok. Utóbbiak onnantól lesznek alapjogokká, hogy bekerülnek egy adott ország alkotmányába. De igazi jogi jellegük a kikényszeríthetőségükkel születik meg, tehát lényegében az alkotmánybíráskodással. Ám az előzőek logikájából az is következik, hogy

ciónak tekinthetjük, ha nem áll fenn ezen tekintetben viszonyosság. Vagyis míg például Magyarországon „pozitív diszkriminációban” részeltetünk egy nemzetiséget, annak anyaországa negatívan diszkriminálja az ottani magyarságot. Vö FARKAS György Tamás: A nemzetiségek parlamenti képviselete Hazánkban és a környező országokban, In: Erik STENPIEN–MISKOLCZI BODNÁR Péter (szerk.): Jog és Állam X. Jogász Doktoranduszok Országos Szakmai Találkozója 2015/20. szám, KRE-ÁJK, Budapest, 9-23. o., ill. HALÁSZ Iván: A nemzetiségi nyelvhasználati jogok a csehszlovák közjogi provizórium idején. A korábbi jog recepciója és az új szabályok 1918 és 1920 között, PRO MINORITATE : 1 pp. 22-39. (2019)

59 Vö. HAMZA Gábor: Észrevételek a közvetlen demokráciáról a klasszikus (görög-római) antikvitás-ban: (Reflections on Direct Democracy in the Classical (Graeco-Roman) Antiquity). In: SZIGETI Péter (szerk.) Ordo et connexio idearum : Laudatio Takács Péter professzor 65. születésnapján. 2020. Győr

az emberi jogok védelme nem irányulhat a társadalom ellen. (Ezt úgy modellezhetjük, hogy akkor tekinthető szélsőségesnek egy emberi jogi irányzat, ha annak tömeges követése a társadalmat létében veszélyeztetné. Itt utalhatunk például a melegházasság, valamint a homoszexuális párok gyermekvállalására is. Főképp azonban a súlyos, szándékos bűnelkövetőkkel szembeni hatékony fellépés leépítésére az alapjogvédelem örve alatt.)

Tehát összegezőképpen az alábbiakat állapíthatjuk meg. Szükség van egy jelentős legitimitású alkotmányra, melyet a szakmai szabályok legmagasabb szintje mellett készítenek elő. Szükség van egy népszuverenitás legitimálta parlamentre. (Fontos emellett, hogy a kormányzat hatékony is legyen a fenti elvek betartásával egyidejűleg.) A parlament a célszerűségi döntések letéteményese. Azt viszont, hogy mi az alkotmányos, az erre hivatott testületnek – vagyis az Alkotmánybíróságnak – kell megállapítania. Ezen szerv azonban kizárólag értelmezheti az Alaptörvényt, nem vehet részt annak alkotásában/módosításában. Természetesen elismerjük, hogy ezen két kategória elhatárolása a gyakorlatban nem mindig evidens. Létezhetnek határesetek, átmeneti helyzetek. (Például ama vonatkozásban, hogy egy alkotmányban konkrétan benne nem lévő, csak abból levezethető norma beiktatása új alkotmányozás-e.)⁶⁰

Nem tekinthetünk el egy jelentős hatáskörű alkotmánybíróságtól. Az alkotmánybírákkal szemben rendkívül szigorú végzettségi kritériumokat kellene támasztani. Legitimitásuk is jelentős legyen. Viszont célszerű lenne bevezetni a többcsatornás jelölést. Bölcs kompromisszum volna, ha az alkotmány módosítására is hivatott nemzetgyűlés választaná meg a testület tagjait. Azt azonban – bár evidencia – ki kellene mondani, hogy a taláros testület csak értelmezheti az alkotmányt, nem módosíthatja. (Ha mégis diszfunkcionálisan jár el, akkor léphetne működésbe az alkotmányozó nemzetgyűlés. Mennyivel elegánsabb egy ilyen grémiumnak eljárnia, mint a kormánytöbbségnek a parlamentben felülrírnia az Alkotmánybíróság döntését...) Törvényt megsemmisíteni csak az alkotmány konkrét passzusának megsértése esetén lehet mód.⁶¹

60 A népszuverenitásnak három szintje különböztethető meg. A legevidensebb a népakaratot megtestesítő parlament, a törvényhozó hatalom megválasztása. Még fontosabb az alkotmány legitimitása, melynek szintén szükségszerűen visszavezetőnek kell lennie a népakaratra. De legtágabb értelemben az emberi társadalom kikristályosodására is utalnunk kell. A primitív közösségek társadalommá formálódása (és az állam kialakulása) is az emberek akaratából történt. Az, hogy a társadalom irányításának eszköze egy sajátos norma, nevezetesen a jog lesz, ekképp szintén visszavezethető egyfajta „népszuverenításra”. (Csupán az a kérdés, hogy a jog mennyire önállósdhat, mennyire szakadhat el belső logikájára hivatkozva a „hosszú távú jogbiztonság” örve alatt az emberek konkrét akaratától.)

61 A fentieket az alábbi modellel lehetne például kivitelezni. Ehelyütt egy tértől és időtől függetlenül ideális modellre utalunk, hozzátéve, hogy az adott ország sajátosságai, jogi kultúrája rendkívüli mértékben meghatározza a konkrét esetben választandó megoldást. Létre lehetne hívni egy rendkívül arányos rendszerrel megválasztott alkotmányozó nemzetgyűlést, mely a legkiemelkedőbb szakemberek előkészítése mellett alkotná meg az alaptörvényt. (A továbbiakban ez a szerv módosíthatná az alkotmányt.) Célszerű lenne egy megerősítő népszavazás. (Az előzetes koncepcionális kérdésekről tartott referendum hab lenne a tortán.) A parlament megválasztásában már szerepet játszhatna egy többségi elemeket tartalmazó választási rend-

6. Összegezés: a rétegelmélet reformjáról és a jurisztokráciáról

Összefoglalólag megállapíthatjuk, mely elemek megléte hozza létre a diszfunkcionális jurisztokráciát:

- *a kizárólag politikai alapon rekrutálódott alkotmánybíróság (Ehelyütt leginkább az egyszerű politikai többséggel történő jelölésre gondolhatunk),*
- *politikus tagok jelentős aránya, ezzel párhuzamosan a képzettségi kritériumok puhasága,*
- *a túlzottan képlékeny fogalmakat alkalmazó, hézagos alkotmány, mely teret nyit a testület számára (jogalkalmazás helyett) a jogalkotásra,*
- *kötöttség hiánya az alkotmány szövege tekintetében (hiába ugyanis a részletesen szabályozó alkotmány, ha a testület tetszés szerint elszakadhat attól),*
- *egy teljesen más aspektusból szemlélve: az alkotmánybíróságot politikai pergőtűz alá vevő kormányzat (ha ugyanis politikai ellenséggé kiáltja ki az egyik politikai oldal a testületet, az sehogy sem tud megmaradni a függetlenség szerepében),*
- *széles hatáskörű, (aktivista) alapjogi jellegű jogalkalmazó tevékenységet folytató „független szervezetek”, amelyek fölött nincs (hatékony) kontroll.*

Ami kerülendő: egy jelentős legitimációval rendelkező – és szakmailag megfelelően előkészített – alkotmány pusztá deklarációvá süllýedése. Vagyis az, hogy a törvényhozó és végrehajtó hatalom egy cikluson keresztül sorozatosan alkotmányellenes döntéseket hozzon, mert ez a jogrendszer egész logikáját, a jog lépcsőzetes rendszerét rombolja szét. Ebből a szempontból kiemelhetjük, hogy rendkívül fontos egy számottevő hatáskörökkel rendelkező alkotmánybíróság léte.

Viszónválaszom összegezése, elfogadva Pokol Béla problémafelvetését: A jog hagyományos, fentebb említett négy külső és négy belső rétege jelenti a jogrendszer elvárt normális

szer. A választási jogot szinte az összes megközelítés pártok (torzítóan leegyszerűsítve jobb és baloldal) birkózásaként fogja fel, és kevésbé foglalkozik annak alapjogi jellegével. Kissé agyonhallgatott aspektus a választási modellek elemzése a választók beleszólási lehetősége szerint. Álláspontom szerint a preferenciás listás rendszer – a közvélekedéssel ellentétben – nagyobb választási lehetőséget ad az állampolgároknak, mint a hagyományos többségi (egyéni) modell. Utóbbinál ugyanis, akiknek meghatározott pártpreferenciáik vannak, szinte nem is rendelkeznek választási lehetőséggel. Adott a jelölt, akire szavazniuk „kell”. Nyilván a túlzott arányosság töredezté teszi a parlamentet. Az erősítő (a hatékonyságot elősegítő) és gyengítő tényezőknek (biztosítékoknak) egyensúlyban kell lenniük. Az arányos törvényhozás nemes cél, de túl sok önálló hatalommegosztási tényezővel, például kétkamarás parlamenttel együtt megbéníthatja a kormányzatot. A kézirat lezárásakor különösen elvi éllel vetődik fel a hatékonyság kérdése a különleges jogrend eseteiben. Vö. SIMICSKÓ István: Veszélyhelyzet van, kézirat, 7. o. (Persze mindennek van színe és visszája: a nem pártalapú második kamara egyfajta szakmai szűrőt jelent a jogalkotás tekintetében. Ellentétben a kétharmadoság kritériumával, nem feltétlenül azért akadályoz meg egy javaslatot, mert a másik politikai oldaltól származik a törvényhozó testületben. A népakarat eltolódásának kiegyensúlyozására megfelelő megoldás lehet egy olyan köztársasági elnök, akinek aktív közigazgatási hatáskörei helyett a passzív kontrolláló jogkörei jellemzőek.)

funkcionálását. (Ez a „Sollen” világa.⁶²) Minden más ehhez képest diszfunkció. Nem csak a mintegy Alkotmánybíróság által alkotott törvények és hagyományos dogmatikai kategóriákat hektikusan felülíró, alapjogi síkon született egyedi döntések. De diszfunkció a törvényhozó által a taláros testület egyértelmű és legitim alkotmányértelmezésének gyökeresen ellentmondó, túlzott részletekbe menő alkotmánymódosítás is. És ugyanígy a rendes bíróságok „contra legem”, ráadásul dogmatikailag megalapozatlan döntései.

62 A „Sein” és „Sollen” világáról ld. még VARGA Csaba: A jog, mint folyamat, Szent István Társulat, 2002. Budapest, különösen 52-53. o.

A JOG DINAMIKÁJÁRÓL²

1. A jog dinamikájának általános kérdései

A jogot nemcsak a laikusok, de maguk a jogászok is sokszor azonosítják valamely jogi tevékenységgel vagy annak eredményével. Így gyakran hallani, hogy a jog egyenlő a törvények és rendeletek szövegével, vagy hogy a jog végső soron a bírói ítélkezési gyakorlat által ténylegesen alkalmazott normákból áll, esetleg a jog bizonyos jogi fogalmak és jogelvek érvényesülése, melyeket a jogtudomány dolgozott ki. Ezek az elgondolások éppen a jog sajátos működését nem veszik figyelembe, vagyis azt, hogy a jog nem egy egyszer s mindenkorra adott valami, nem egy statikus szabályhalmaz, hanem egy folyton változó, alakuló, soha nem kész rendszer. Erről a rendszerről lehet ugyan „pillanatfelvételeket” készíteni, ám a felvétel készítése utáni pillanat már nem lesz teljesen ugyanolyan, mint az az előtti. Minden egyes bírói döntés, minden egyes jogi tárgyú tanulmány, minden újonnan megszülető jogszabály alakít magán a jogon; így e tevékenységeket csak együttesen, a maguk folyamatában szemlélve láthatjuk (pontosabban, a maga teljes egészében – éppen a folyamatos változás miatt – soha nem láthatjuk), hogy mi is „a” jog.

Ennek alapján jelen tanulmányban a minden pillanatban változó statikájú, azaz minden pillanatban picit más és más tartalmú jog dinamikáját, változását meghatározó tényezőket vázolom fel, ismertetve e tényezők egymásra való hatásait, visszahatásait és kölcsönhatásait. A tanulmány alaptétele, hogy a jog különböző tevékenységi szférákból áll és azok dinamikus kölcsönhatásai révén épül fel, illetve működik; nem tekinthető tehát a jog *pusztán* jogszabályszövegeknek vagy a jogalkotás termékeinek; sem *pusztán* bírói gyakorlatnak és az ebből fakadó bírói döntések összességének; sem *kizárólag* dogmatikai kategóriák rendszerének és tudományos tevékenységnek; sem *egyedül* alkotmányos elvek konkretizálásának. Ezek ugyanis mind szerepet játszanak a jog meghatározásában és működésében, de egyikük szerepe sem kizárólagos; azok csak egymásra tekintettel, egymásból építkezve, egymásra kölcsönösen hatva adják meg azt, hogy egy jogrendszerben aktuálisan mi is tekinthető „a” jognak.

E felfogást a magyar jogelméleti gondolkodásban következetesen Pokol Béla képviselte és képviseli, aki e jogi működési módokat és azok eredményeit *a jog rétegeinek* nevezi.

1 Habil. egyetemi docens, KRE ÁJK Jogtörténeti, Jogelméleti és Egyházjogi Tanszék (e-mail: toth.zoltan@kre.hu).

2 Jelen tanulmány a Magyar Tudományos Akadémia Bolyai János Kutatási Ösztöndíja, valamint az Emberi Erőforrások Minisztériuma támogatásával, az Új Nemzeti Kiválóság Program (Bolyai+ Felsőoktatási Fiatal Oktatói, Kutatói Ösztöndíj) keretében készült.

Mi jelen tanulmányban Pokol Béla eredeti többrétegű jogelméletéből indulunk ki,³ azzal, hogy e specifikus jogi terrénumokat, illetve az azokon belüli történéseket és ezek eredményeit **a jog működési szféráinak** nevezzük.

A jognak öt⁴ nagy működési szférája létezik, melyek összességében alkotják egy-egy jogrendszer tárgyi jogát, illetve jogi normáinak összességét. Bár *formailag* (vagyis a tételes jog által meghatározottan) – nem meglepő módon – csak maga a tételes jog (a jogszabályok szövege, a jogszabályokban foglalt jogi normák) minősülhetnek jognak, *ténylegesen* azonban mindazt a jog társadalmi normarendszeréhez tartozónak kell tekintenünk, amely az emberek és más jogalanyok jogait és kötelezettségeit meghatározza vagy befolyásolja. Ennyiben tehát mindenképpen eltér a jog alkotmányjogi és jogelméleti fogalma.

A jog öt különböző működési szférája a következő: *a jogalkotás és a jogszabályok (állami normatív aktusok) szövege; a jogtudományi tevékenység és a jogdogmatikai kategóriák; a bírói gyakorlat és a bírói jog; az alkotmánybíráskodás és az alkotmányos jogok, elvek, értékek; a szokásjogi jogképződés és maga a szokásjog.*

A jogalkotás, a jogtudományi tevékenység, a bírói gyakorlat, az alkotmánybíráskodás és a szokásjogi jogképződés azok a *tevékenységek (folyamatok)*, melyek a jog tárgyi normarendszerét létrehozzák, működtetik és folyamatosan változtatják; a jogszabályok (és más állami normatív aktusok), a jogdogmatikai kategóriák (fogalmak, elvek, distinkciók, értelmezési szabályok stb.), a bírói jog (bírói absztrakt normák, eseti döntések és a bíróságok egységes ítélkezési gyakorlata), az alkotmányos jogok, elvek,

3 Pokol Béla eredeti rétegelméletének koherens újragondolását végezte el az utóbbi időben; így az alkotmányos jogok rétegét a jog hagyományos rétegei (a jog hagyományos működését meghatározó jogalkotás, bírói kazuisztika és jogdogmatika) mellett, egy egységes, nóvum jelleggel megvalósuló alkotmányos réteggel és az annak részét jelentő alkotmányos jogalkotás (alkotmányozás), alkotmányos jogalkalmazás (alkotmánybíráskodás) és alkotmányjogi dogmatika rétegével egészítette ki. Ez alapján Pokol Béla újabb elméletében az alapjogokat már nem a jogalkotás, jogalkalmazás, jogdogmatika mellett, negyedikként, hanem az utóbbi hármat összefogó hagyományos jogfejlődés termékeinek egységes rétegén túl mint egy második dinamikus konglomerátumot képzeli el, melyben a jog működésének ugyanaz a három mozzanata van meg, mint a hagyományos jogi működés során, csak eggyel „magasabb” szinten. Így az alapjogok rétege a jog hagyományos működését kettőzi meg, és jogalkotásra, jogalkalmazásra és jogdogmatikai jogfejlesztésre is sor kerül mind a rendes (törvényi-rendeleti) jog és annak alkalmazása, mind az alapjogok és annak alkalmazása szintjén. Vö.: Pokol Béla: A jogrendszer duplázódása. Jogelméleti Szemle, 2019/4. szám, 54-73. o.; Pokol Béla: Az alkotmányi jog kérdéseiből. Jogelméleti Szemle, Law Working Papers, 2019, No. 2; Pokol Béla: The gradual duplication of the legal system through constitutional adjudication. Jogelméleti Szemle, Law Working Papers, 2019, No. 1.

4 A rétegelmélet hazai képviselője, Pokol Béla csak három plusz egy jogréteget különböztet meg: a három klasszikus jogréteg a pozitív jog, a jogdogmatika, valamint a bírói kazuisztika rétege; a felvilágosodástól kialakuló, döntően kartális alkotmányokban megfogalmazott alkotmányos alapjogok rétege pedig egy új, végső formáját még el nem ért jogréteg, mely feszültséget vitt az előbbi három jogréteg hagyományos rendszerébe. E felfogás megjelenését l.: Pokol Béla: A jog szerkezete. Rejtjel Kiadó, Budapest, 1998, 49-62. o.; bővebb kifejtését pedig l.: Pokol Béla. A jog elmélete. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001, 13-147., 269-294. o.

értékek, valamint a szokásjogi normák, illetve mindezek összessége pedig az az *eredmény*, mely az előbbi tevékenységek révén mindenkor előáll (és amelyről a korábban említett „pillanatfelvétel” elkészíthető).

Ezen öt jogi működési szféra természetesen nem egyformán fontos minden jogrendszerben. Az angol *common law*-ban pl. a bírói jognak nagyobb a szerepe, mint máshol, a pozitív jog primátusa a kontinentális jogrendszerekre (így például a magyarra) jellemző, míg a szokásjog a kezdetlegesebb fejlődési fokon álló jogrendszerekben van inkább túlsúlyban; azonban ez az öt jogi szféra az, amelyek működése és sajátos konstellációja meghatározhatja, hogy egy jogrendszerben aktuálisan mi tekinthető jogi tevékenységnek, és ennek alapján a jogalanyokat mindenkor milyen jogok és kötelezettségek illethetik meg, illetve e jogok és kötelezettségek honnan származhatnak. A következőkben ezen öt szféra működésének jellegzetességeit és egymással való kapcsolatát mutatjuk be, elsősorban annak megvilágítása érdekében, hogy a legfontosabb jogot meghatározó tevékenység, a jogalkotás milyen egyéb tevékenységekre tekintettel kell, hogy működjön, és a jogalkotás termékei (a jogszabályok és az azokban foglalt normák szövegei) milyen transzformációkon mennek keresztül tényleges érvényesülésükig, illetve azok tartalmát (értelmét) milyen „környezeti tényezők”, milyen egyéb hatások befolyásolják.

2. A jogalkotás és a tételes jog

A tudatos, központi (állami) jogalkotás Európában a XVIII-XIX. századtól virágzott fel, és vált a jogi normák létrehozatalának elsődleges módjává. A *jogalkotás* és a tételes jogszabályok (állami normatív aktusok) primátusa tehát *egy viszonylag új jelenség*, mely a választott képviselőkből álló, népképviseleti elven működő *modern parlamentek megjelenésével jött létre*. Állami jogalkotás természetesen azt megelőzően is létezett, hiszen akár az uralkodók, akár arra rendelt más szervek (sokszor maguk a parlamentek) – külön-külön, de akár együtt is – adtak ki általánosan kötelező normákat tartalmazó közjogi aktusokat (törvényeket, rendeleteket, dekrétumokat), illetve adtak felhatalmazást helyi szintű szabályrendeletek (például városi statútumok) kiadására, mégis: a feudalizmust (és az azt megelőző korszakokat) a legtöbb országban és a történelem legnagyobb részében leginkább a szokásjogi, illetve az akkor a szokásjoggal még szorosan összekapcsolódó bírói jogképz(őd)és jellemezte. Csak a modern parlamentek (országoként időben változó) megjelenésével vált bevetté, hogy a jogi normákat formalizált eljárás során egy (arra – szintén formalizált eljárás útján meghozott – korábbi jogszabályok által felhatalmazott), kifejezetten jogalkotó hatalommal felruházott, fő funkcióját tekintve tehát *elsődlegesen jogalkotást végző* testület alkossa meg. Ettől az időszaktól kezdve tehát a jog alkotása *önálló célzatos tevékenységgé* vált: a korábban organikus módon, célzatos jogalkotási szándék nélkül létrejövő jogi normákat felváltotta a jogi normák formalizált jogforrásokba (jogszabályokba) foglalt rendszere, melyek alkotója a legfőbb népképviseleti szerv, a parlament (továbbá az általa adott jogalkotási felhatalmazással élő több más állami szerv) lett.

A jog képződésének mai kiindulópontja tehát az állami szervek által alkotott (végső soron az elvileg a nép akaratát kifejező parlament akaratán alapuló) tételes jog, vagyis a törvények, rendeletek normáinak összessége, az ún. pozitív jog.⁵ E jogi működési szféra és ezáltal a modern jogrendszerek általános jellemzője, hogy az, hogy mi (tételes) jog és mi nem (tételes) jog, elsődlegesen az alapján dől el, hogy a jogalkotásra vonatkozó *formai előírásokat a jogalkotó szerv betartotta-e*. Amennyiben e formai előírásokat a jogalkotó nem sértette meg (például a miniszter létező törvényi felhatalmazás alapján, a felhatalmazás kereteit túl nem lépve alkotott rendeletet, a parlament az előírt szavazási arányokkal fogadta el a törvényt stb.), akkor a norma érvényes lesz.

A jog alkotottságából (tudatos létrehozottságából) az is következik, hogy e *szabályok rugalmasan változtathatók*: a politikai vagy más praktikus jogalkotói célok, érdekek és értékek alapján mindenkor új és új jogi normák (azokat tartalmazó jogszabályok) alkothatók, illetve régiek módosíthatók vagy helyezhetők hatályon kívül. E jogképzési technika tehát – pl. a szokásjoggal ellentétben – a megváltozott társadalmi körülményekhez, gazdasági feltételekhez, politikai prioritásokhoz stb. tudja igazítani a jog tartalmát, miközben a jogrendszer egységét nem veszélyezteti. Akár – a jogbiztonságot szem előtt tartva – hónapról hónapra (sőt még sűrűbben) új szabályok hozhatók létre vagy változtathatók meg régiek, ha a társadalmi környezet (vagy a politikai célok) változása azt szükségessé teszi.

Bármilyen legitim és társadalmilag elfogadott cél is vezérelje azonban a jogalkotót, az – akár minden igyekezete ellenére is – nem feltétlenül tükröződik a jogszabályok szövegében. A tételes jog nyelvi eszközökkel szabályoz (e szabályozás fogalmilag nem is képzelhető el másként), ezért – a nyelv természetéből fakadóan – a *megalkotott jogszabályszöveget mindig értelmezni kell*. Ezen értelmezést két másik jogi működési szféra, a *jogtudomány és a bírói gyakorlat végzi el*. Másik oldalról ez azt is jelenti, hogy a *pozitív jog egyrészt a bírói ítélkezési tevékenység (legfőbb) alapja, másrészt a jogdogmatikai jogfejlesztés egyik hajtóereje*.

3. A jogtudományi tevékenység és a jogdogmatika

A **jogtudomány**, pontosabban az egyes tételes jogok (tehát például a polgári jog, a büntetőjog, a munkajog stb.) tudománya a jelenleg létező jogi normák jelentése, elhatárolása stb. *fejlesztésének* – a jobb, helyesebb, adekvátabb gyakorlati alkalmazhatóság érdekében történő – lehetséges megoldásait, a jogászság egésze által még el nem fogadott, de elfogadásra igényt tartó *de lege ferenda* (jövőre vonatkozó) *javaslatait* tartalmazza. A jogtudomány tehát olyan tevékenység, mely részint valós, már bekövetkezett jogalkalmazási problémák, részint még nem realizálódott, de a jövőben valós veszélyt jelentő, hipotetikus jogértelmezési anomáliák megoldási módjára vonatkozóan kínál olyan mércéket, elhatárolási szempontokat, fogalmakat, értelmezési módszereket, melyek alapján ezen problémák a társadalom által elfogadható módon kiküszöbölhetők.

5 A „pozitív jog” kifejezést először Pierre Abélard használta a XII. században. (Vö.: Coing, Helmut: A jogfilozófia alapjai. Osiris Kiadó, Budapest, 1996, 197. o.)

E megoldási javaslatok, fogalomképzések egy részét a gyakorló jogászok közössége elfogadja és alkalmazásba veszi: a bíróságok ítéleteiket ezek alapján indokolják meg, az attól eltérő jogalkalmazói aktusokat a gyakorló jogászok e szempontok alapján kritizálják; más részük megmarad kitalálói szellemi termékének, anélkül, hogy azokat a gyakorlatba átültetnék. Az előbbieket mint a jogászság egésze által elfogadott fogalmak, szempontok és módszerek alkotják a (mindenkor létező) jogdogmatikai rendszert; a többi fogalom, elhatárolás stb. pedig megmarad „pusztán” a jogtudomány részének, melyet azonban a gyakorló jogászok bármikor elővehetnek és alkalmazhatnak, ha kialakul azon meggyőződésük, hogy az aktuálisan felvetődő jogalkalmazási nehézségek azok használatba vétele révén oldhatók meg. A **jogdogmatika** tehát a létező (normatív érvényes és szociológiailag érvényesülő) jog (jogi normák) rendszerezésének, fogalmi pontosításának, distinkcióképzésének az *eredményeit*, a jogászság egésze által elfogadott megoldásait tartalmazza, azaz a jog *de lege lata* vizsgálatát nyújtja.

A jogtudomány tehát a jogdogmatikai kategóriák kialakítását végző tevékenység, melynek eredményei közül azok a fogalmak stb. válnak ténylegesen a (mindenkori) jogdogmatika részévé, melyeket a jogászok nagy többsége (aktuálisan) helyesnek és a gyakorlatban felvetődő problémák megoldására alkalmazhatónak tart. Ennek alapján az, hogy a jogtudományi gondolkodás mely eredménye tekinthető a jogdogmatika részének (és így a jogászok által figyelembe veendőnek és alkalmazandónak, illetve mások cselekvései helyessége mércéjének), mindig azon viszonyulástól függ, mely a jogászok részéről e szempontok megfelelőségéről kialakult. A jogdogmatika fogalmai, elhatárolási szempontjai, értelmezési módszerei stb. tehát soha nem egzakta és megkérdőjelezhetetlenek; azok a jogászok mindenkori megítélésétől függenek. Bizonyossággal legfeljebb annyi állítható, hogy meghatározott szempontok gyakorlati helyessége valószínűsíthető, amennyiben ezen szempontokat a jogászok már évszázadok, esetleg évezredek óta folyamatosan alkalmazzák; így e szempontok jogi jellege egyenértékű lesz a tételes jog normáival (bizonyos esetekben pedig gyakorlati fontosságában felül is múlja azokat).

A jogdogmatika mint a tételes (pozitív) jog normáinak rendszerezését, fogalmi pontosítását (átértelmezését), alkalmazási körük egymástól történő elhatárolását és osztályba sorolásukat biztosító fogalmi háló mindig *jogászai* (jogtudói, illetve néha jogalkalmazói-bírói) *jogfejlesztés eredményeként jön létre* és válik a jogászság egésze által elismertté: olyanná, amelyet – praktikus okokból, az eldöntendő esetek megfelelő megoldását lehetővé tevő jellegük miatt – alkalmazásra érdemesnek tartanak. Az aktuálisan létező jogdogmatikai fogalmak így mindig egy lassú, kiterőktől (a gyakorlatban be nem vált fogalmi tagolásoktól) sem mentes, *organikus jogfejlődés eredményeként* alakulnak ki, és általánosan elfogadottá válásukkal a *jogászság kollektív bölcsességeként* jelennek meg.

A jogdogmatikai fogalom- és rendszerképzés főbb technikái az analitikus (deduktív) fogalomalkotás, az átfogó, absztrakt jogi kategóriák (jogelvek, jogintézmények, a jog működését leíró fogalmak) induktív létrehozása, az előbbieket közti összefüggések, viszonyok tisztázása (hierarchia felállítása, distinkcióképzés), valamint a jogértelmezés adekvát módszereinek meghatározása.

A *deduktív fogalomalkotás* egy létező jogi normában logikailag benne rejlő, de a norma szövegében meg nem jelenő alkotóelemek, elemi jogi fogalmak kibontása, analitikai szétválasztása. Az *induktív fogalomalkotás (absztrahálás)* az egyes jogi normák mindegyikében látenszen, de immanensen benne levő jogi fogalmak, tulajdonságok kiemelése, új terminussal történő kifejezése, vagyis e közös tulajdonságok önálló elnevezése. Így jönnek létre az átfogó, sok konkrét jogi norma mindegyikét átható önálló jogelvek; az azonos vagy jellegében nagyon hasonló életviszonyok meghatározásául szolgáló jogi fogalmak (jogintézmények meghatározása, illetve a jog rendszerét leíró fogalmak definiálása); a jog működését általában, a jog egészét vagy főbb összefüggő részeit tekintve leíró fogalmak (jogcím, felelősség, kötelezettség, szankció, érvényesség stb.); illetve a tételes jog egyes konkrét fogalmai összefoglaló kategóriák.

Végül a jogtudományi tevékenység eredményeként létrehozott, a jogászság döntő része által adekvátként elismert és alkalmazott *jogi viszonyok leírása* is a jogdogmatika része. Így a *hierarchikus viszonyok meghatározásaként* létezik a főszabály-kivétel konstrukció; a normahierarchia definiálása; az általános és a különös (speciális) szabály kapcsolatának definiálása, ideértve az ún. szubszidiaritás elvének meghatározását is; az elvek és a szabályok viszonyának rendezése; stb. Szintén a jogi viszonyok leírásához tartozik a *distinkcióképzés* is, mely nem más, mint annak definiálása, hogy egy szabályozási területen létező jogi kategóriák alkalmazási köre pontosan mely esetekre tejed ki, és azok milyen következményekkel járnak [pl. a szerződést biztosító mellékkötelek egyes fajtáinak (zálogjog, kezesség, foglaló, kötbér, óvadék, jogvesztés kikötése, bankgarancia stb.) meghatározása, a tételes jogban gyakran részben egymást fedő tényállási elemek elvi elhatárolása, az igénybe vételük esetén a feleket megillető egyes konkrét jogok és kötelezettségek definiálása stb.].

Egy adott jogrendszer mindenkor létező („hatályos”, azaz a gyakorló jogászok által egy bizonyos időszakban egyöntetűen elfogadott) jogdogmatikája tehát jogi fogalmak, kategóriák, jogelvek, jogi distinkciók (elhatárolási szempontok), jogi viszonyok és értelmezési szabályok rendszere. Bár a jogdogmatikai fogalomképzés történhet pusztán tudományos vagy oktatási célból is, *a jogdogmatikai rendszer alapvető célja – a gyakorlati jogalkalmazás igényének megfelelően – a tételes jogi hiátusok rendezése. A tételes jog négyféle hiátussal, illetve hibával rendelkezhet*, melyek korrekciója válhat szükségessé.⁶

1. Előfordulhat, *hogy a pozitív jog nem szabályoz egy életviszonyt, pedig szabályoznia kellene*. Ez az ún. *joghézag* esete, kitöltésének módszere pedig az *analógia* (mely egy, a jogtudomány által kialakított, dogmatikai kategóriaként létező technika).
2. Az is lehetséges, *hogy a tételes jog ugyanazt az életviszonyt – jogalkotói hiba eredményeképpen – egyszerre többféle, egymásnak ellentmondó, illetve egymással össze nem férő módon szabályozza*. Ilyenkor el kell tudni dönteni, hogy a több létező jogi norma közül melyik alkalmazható.
3. Gyakori, *hogy a törvényi-rendeleti szinten ugyan egyetlen, és csak egyetlen norma*

6 E korrekció bizonyos „hézagok” kitöltését jelenti; ehhez vö.: Szabó Miklós: A jogdogmatika előkérdéseiről. Bíbor Kiadó, Miskolc, 199, 204. o.

található, de annak *szövegezése homályos*, így pusztán a szöveg alapján nem tudható akár az, hogy kik a norma címzettjei, akár az, hogy a címzetteknek pontosan mit kell, tilos vagy szabad tenniük, akár az, hogy e kötelezettség, tilalom vagy lehetőség milyen körülmények között, milyen feltételek megvalósulása esetén áll fenn.

4. Végül az is előfordulhat, hogy a tételes jogi szabályozás ugyan egyértelmű, de *annak alkalmazása a konkrét esetben olyan*, a jogalkotó által előre nem látott, illetve nem kalkulált *következésménnyel jár, amely a társadalom (és a bíró) erkölcsi elveivel, a társadalom többségének (és a bírónak) az igazságérzetével alapvetően ellenkező*. Ilyen esetben nem értelmezési problémával, hanem a jog – más normarendszerek alapján történő – igazolásának jogalkalmazási problémájával állunk szemben. A jogdogmatika olyan értelemezési szabályokat (is) tartalmaz, melyekkel megoldható, hogy a szöveg szó szerinti jelentése alapján egyértelmű, mégis helytelen tételes jogot ne kelljen alkalmazni (p. argumentum a minore ad maius, argumentum a maiore ad minus, argumentum ad absurdum, argumentum a contrario, argumentum a simile). Híres jogtörténeti példaként említhető az az 1930-as francia törvény, amely – egy szövegezésbeli pontatlanság miatt – azt írta elő, hogy a vonat utasainak tilos fel- és leszállni, amikor a vonat *nem* mozog;⁷ természetesen a francia bíróságok nem a szöveg, hanem a józan ész alapján alkalmazták a törvényt, melynek során az argumentum ad absurdum dogmatikai értelmezési elve (azaz egy tételes jogon *kívüli* szempont alkalmazása) segített nekik. Samuel Pufendorf nyomán szintén nevezetes példa az a bolognai statútum is, amely azt írta elő, hogy aki a nyílt utcán vért ont, azt a legszigorúbb büntetéssel sújtják – amely büntetésre Pufendorf (és William Blackstone, a legnagyobb angol jogász)⁸ szerint természetjogi alapon nem kerülhetne sor azon orvossal szemben, aki egy gutaütött emberen az élete megmentése érdekében eret vág, akkor sem, ha a cselekmény szó szerint beleillik a statútum tényállásába.⁹

A jogdogmatika e jogalkalmazási problémák kiküszöbölését végzi el, azáltal, hogy a jogtudományi tevékenység eredményeként létrejövő és a jogászok által adekvátként elfogadott új fogalmak, kategóriák, distinkciók stb. révén átértelmezi a pozitív jogi normákat, ha azok homályosak, hiányosak, ellentmondóak vagy „helytelenek”, összességében tehát továbbfejleszti, megváltoztatja a jogot.

7 Cass. Crim. 8 March 1930, D.P. 1930.1.101 Idézi: Troper, Michel – Grzegorzczuk, Christophe – Gardies, Jean-Louis: Statutory Interpretation in France, p. 192. In: Neil D. MacCormick – Robert S. Summers (eds.): Interpreting statutes: a comparative study. Dartmouth Publishing Company, Aldershot [etc.], 1991, pp. 171-212.

8 Vö.: Blackstone, William: Commentaries on the Laws of England. Book the First. Clarendon Press, Oxford, 1975, p. 60.

9 Vö.: Posner, Richard A.: How Judges Think, p. 199. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London, England, 2008. Magyarul idézi: Molnár András: Pragmatizmus és legalizmus – Richard Posner és Antonin Scalia a bírói szerepről, 38. o. De iurisprudentia et iure publico – Jog- és politikatudományi folyóirat, 2009/1. szám, 29-68. o.

Ennek eredményeként *a jogdogmatika részint hat a bírói gyakorlatra és az az által formálódó bírói jogra, részint visszahat a jogalkotási tevékenységre, és ezáltal maga is formálja a pozitív jogot*. A bírói gyakorlatban a bírók a törvényi, rendeleti normák alkalmazását nem mechanikusan és közvetlenül végzik, nem szó szerint alkalmazzák azokat, hanem a normák „dogmatizált” értelmét, a jogdogmatikai fogalmak és elhatárolások fényében továbbfejlesztett változatát veszik figyelembe mint olyan fogalmi rendszert, mely az életviszonyok megfelelő szabályozását és helyes (az erkölcsi-igazságossági elveknek, valamint a konzisztencia követelményének megfelelő) értelmét tartalmazzák. A jogalkotó pedig szintén nem érdektelen a jogtudomány általánosan elfogadott eredményeivel szemben: amennyiben azok praktikus helyessége és megfelelősége bebizonyosodik (a bíróságok „sikerrel” alkalmazzák azokat a bírói gyakorlatban), előbb-utóbb a jogszabályok szövegébe is bekerülnek, ily módon a jogdogmatikai rendszer „pozitívalódik”, a jogdogmatikai fogalmak és elhatárolások egyszersmind a tételes jog részévé is válnak (miközben megmaradnak dogmatikai kategóriaként is).

4. A bírói gyakorlat és a bírói jog

A bíróságoknak két alapvető feladata van: a jogszolgáltatás (jogalkalmazás) és a jogfejlesztés. Az előbbi a laikusok számára is egyértelmű, hiszen ahhoz, hogy a tételes jogi normák a gyakorlatban érvényesüljenek (ezáltal pedig „érvényesnek” minősülhessenek, azaz a jogi jellegre igényt tarthassanak), mindenképpen szükséges, hogy azokat az arra rendelt szervek a jogalanyokkal betartassák. A bíróságok azonban nemcsak érvényesítik a törvények, rendeletek szabályait és elveit, nemcsak elbírálják a jogvitákat és büntetőügyeket, illetve döntenek a hatáskörükbe utalt más kérdésekben, hanem ezen tevékenységük során tovább is fejlesztik a jogot, azaz olyan értelemmel ruházzák fel a jogszabályokat, amely azok szövegében nem volt benne. Ilyen tekintetben jogfejlesztő, a tételes jogot átértelmező tevékenységük hasonlít a jogtudományon belüli tevékenységre, eredménye, az ún. bírói jog pedig ugyanúgy többet, illetve mást tartalmaz, ahogyan a jogdogmatika is megváltoztatja az írott jogszabályok eredeti értelmét.

E bírói *jogfejlesztő tevékenység legfőbb alapja és hajtóereje éppen a jogdogmatika*: a bíróságok a jogalkalmazás során felvetődő jogalkalmazási-jogértelmezési problémákat nagyrészt a jogászság egésze, így a bíróságok által is elfogadott jogdogmatikai kategóriákat figyelembe véve küszöbölik ki, vagyis a jogdogmatikai kategóriák a bíróságok ítélkező tevékenységére való hatásuk következtében tudnak érvényesülni. A bírói jogfejlesztés *másik fő hajtóereje a jogon kívüli társadalmi normarendszerek összessége, különösen az erkölcs*: a társadalmilag elfogadott és a bíró által is magáénak vallott erkölcsi szabályok, melyek figyelembe vétele megakadályozza a bírót abban, hogy a tételes jogi normák szövegének ugyan megfelelő, de az erkölcsi normákkal, a társadalom tagjai által egyöntetűen elfogadott igazságossági szempontokkal ellenkező pozitív jogi előírásokat a jogalanyokkal szemben kikényszerítsék. Ezen kívül a bírók természetesen figyelembe vehetik a jogszabályok (át)értelmezésekor a többi társadalmi normarendszer normáit is: a

különböző foglalkozási, hivatásrendi, szakmai etikai normákat, vallási jogrendszerekben a vallási szabályokat (de pl. pusztán az illem, az etikett és a protokoll, a divat szabályait – közvetlen erkölcsi elem híján – nem).

A bírói jogalkalmazás (jogszolgáltatás) tehát pusztán a tételes jogi normák érvényesítését, a jogsértő jogalanyokkal szembeni kikényszerítését jelenti, azaz *nem változtatja meg a létező jogot; a jogfejlesztés ellenben megváltoztatja azt. A jogfejlesztés eredménye praeter legem vagy contra legem döntések meghozatala lehet. Praeter legem* döntés esetén a bíróság a törvény szövegén túlmegy, olyan határozatot hozva, mely az alkalmazandó tételes jogi norma szövegében nincs benne, ám abból levezethető, azzal összhangba hozható (azzal nem ellentétes); *contra legem* döntés esetén pedig olyan határozatot hoz, mely *kifejezetten ellentétes az alkalmazandó törvény vagy rendelet szövegével.* (Ilyenre általában a tételes jogi és az erkölcsi normák ütközése esetén kerül sor, amikor más mód nincs arra, hogy a bíró az általa helytelennek tartott társadalmi következményekkel járó ítélet meghozatalát elkerülje. Alkalmazása ugyanakkor nyíltan semmibe veszi a jogot.)¹⁰ Míg a *praeter legem* határozat tiszteletben tartja a jogbiztonság elvét, mivel pusztán a jogszabályszoveg által nyitva hagyott kérdések eldöntését (a nyitott kérdések közötti választást) jelenti, addig a *contra legem* határozat – bármennyire is igazságos legyen egyébként – ellentétes a jogbiztonság elvével, mert a jogszabály szövegében egyértelműen benne levő értelmet rontja le, így ezen értelemmel nyíltan szemben áll.

Bár a jogbiztonság, vagyis a kiszámítható jogszolgáltatás biztosítása érdekében a *contra legem* bírói jogfejlesztést fő szabály szerint kerülni kell, az néha mégis megvalósul (néha pedig szükségszerű, hogy arra sor kerüljön); ez utóbbi esetben a döntés tartalmilag új jogot hoz létre. Sőt, *mivel az állami végrehajtási kényszer nem a törvények, rendeletek szövegéhez, hanem a jogsértés elbírálásához, végső soron a bírósági ítélethez kapcsolódik* (a jogerős bírói ítéletet hajtja végre a bírósági végrehajtó), *ezért függetlenül attól, hogy a bírói jognak mi a viszonya a tételes jogi előírásokhoz (az előbbi hüen követi-e és alkalmazza-e az utóbbit, avagy túlmegy-e az utóbbi tartalmán, esetleg kifejezetten szembenáll-e vele), az a norma, amit a bíróságok ténylegesen követnek és alkalmaznak, az lesz „a” jog,* mert a

10 Ma leggyakrabban Gustav Radbruch híres formuláját hozzák fel ennek igazolására, mely szerint az alapvető erkölcsi-igazságossági elvekkel szembenálló norma nem jog, csak pusztán törvény, ezért azt nemcsak nem kell, de nem is szabad alkalmazni, mivel „[a] bírói *ethos*nak minden áron – a bíró élete árán is – az igazságosságra kell törekednie”. [Radbruch, Gustav: Törvényes jogtalanság és törvényfeletti jog, 193. o. In: Varga Csaba (szerk.): Jog és filozófia. Antológia a század első felének kontinentális jogi gondolkodása köréből. Osiris Kiadó, Budapest, 1998, 187-194. o.] Ha azonban ennek megítélését a bíróra bízjuk, és csak a bíró dönthet róla legitim módon, mikor áll fenn ez a helyzet, akkor tisztában kell lenni azzal, hogy ez bírói önkényhez vezethet. Utóbbira szemléletes példa „Magnaud, a jó bíró”, aki véleményünk szerint – *epitheton ornans*a ellenére – egyáltalán nem volt jó bíró. („Magnaud, a jó bíró” megítéléséhez lásd: Radin, Max: Good Judge of Chateau-Thierry and His American Counterpart. California Law Review, Vol. 10, Issue 4, pp. 300-310. Magyarul pedig állításunk inverzének alátámasztási kísérletére lásd: Jakab András: Ki a jó jogász, avagy tényleg jó bíró volt-e Magnaud? Jogesetek Magyarázata, 2010/1. szám, 83-93. o.)

norma csak a bírósági kikényszerítés során fog érvényesülni, így szociológiai értelemben csak ekkor lesz „kötelező”, csak ekkor lesz biztosított annak követettségé. Ha az ilyen bírói jog tartalmában több vagy más, mint a pozitív jog előírásai, akkor az előbbi tekinthető jognak, mert annak érvényesítése történik meg az állami kényszerapparat tevékenységén keresztül.

A bírói gyakorlat jogfejlesztő tevékenysége révén előáll ún. *bírói jog tartalmilag három részből tevődik (tevődhet) össze: az ún. absztrakt bírói normákból, a bírói eseti döntésekből, és az eseti döntések sokaságából kialakuló, „egységes és töretlen” ítélkezési gyakorlatból.*

1. *A bírói absztrakt normák olyan elvi jellegű bírói jogértelmező aktusok, melyeknek kifejezett célja, hogy bizonyos életviszonyokat normatív módon, a címzettek, a szabályozandó élethelyzetek és magatartások osztályát meghatározva szabályozzák.* Ilyen esetben a szabályozás épp úgy általános jellegű, azaz tulajdonságok meghatározása (és nem egyedi címzettek megnevezése) révén, a jövőre vonatkozóan történik, mint egy tételes jogi törvényi, rendeleti) norma esetében; az egyetlen különbség, hogy ezen általános jelleggel szabályozó, jövőre vonatkozó normát nem a jogalkotó, hanem valamely bíróság (Magyarországon leggyakrabban a Kúria) hozza létre.
2. *A bírói eseti döntések olyan, konkrét ügyekben, jogvitákban, eljárásokban született határozatok, melyek az adott ügy eldöntésén túl, de az adott ügygel összefüggő módon valamilyen elvi kérdésben is állást foglalnak.* Kötelező erejük a magyar jogrendszerben nincs (az angolszász típusú *common law* precedensjogában ellenben pl. van); az adott ügyön túli alkalmazásuk a bírói eseti döntést meghozó bíróság érvelésének meggyőző erejétől függ. Magyarországon a legtöbb hivatkozott eseti döntés ún. BH, vagyis az egykori Bírósági Határozatok (ma már: Kúriai Döntések) címmel megjelenő, a Kúria (korábban az egykori Legfelsőbb Bíróság) által kiadott hivatalos folyóiratban megjelenő, elvi jelentőségű kérdésben is állást foglaló határozat.
3. *Végül a bírói vagy ítélkezési gyakorlat az eseti döntések tömegéből kialakuló, a bíróságok által hasonló módon eldöntött ügyek alapján kirajzolódó egységes bírói felfogást jelenti, mely egy adott jogértelmezési problémára azonos jogi megoldást alkalmaz.* E gyakorlat tulajdonképpen *a bíróságok kollektív bölcsességének az eredménye*, amely a gyakorlatban bevált jogértelmezési, jogfejlesztő megoldások bíróságok általi általános elfogadottságát és követettségét jelenti. Magyarországon a bírói gyakorlatban kialakult normák követését ugyan semmilyen tételes jogi norma nem írja elő, a bíróságok azonban e normákat ugyanúgy tiszteletben tartják, mintha azok bírói absztrakt normába (vagy törvénybe, rendeletbe) lennének foglalva, azaz jogi (bírói jogi) jellegük megkérdőjelezhetetlen.

A bírói gyakorlat és az annak jogfejlesztő tevékenysége eredményeként kialakult bírói jog szintén kapcsolatban áll a többi jogi működési szférával: az hat és visszahat mind a jogdogmatikára, mind a jogalkotásra. A bírói gyakorlat a bírói jogfejlesztés alapjául szolgáló impulzusokat ugyan a tételes jogból és a jogdogmatikai rendszerből meríti, ám azok nemcsak a bírói jog input oldalán, hanem az output oldalon is megjelennek: a bírói jog

eredményeit mind a pozitív jog alkotója, mind a jogtudomány szereplői felhasználják. Vagyis egyfelől *a bírói jogi normák egy része a jogalkotás során bekerül a törvények, rendeletek szövegébe is*; másfelől *a jogtudósok*, illetve a jogtudományi tevékenységgel is foglalkozó gyakorló jogászok a praxisban felvetődő problémákra alkalmazható új jogi megoldások kigondolásakor figyelembe veszik és *hasznosítják a bírói gyakorlat révén létrehozott eredményeket is*.

5. Az alkotmányos jogok, elvek, értékek és az alkotmánybíráskodás

Az alkotmányos jogok, elvek és értékek tételes jogilag meghatározott katalógusát egy adott állam alkotmánya vagy alkotmányos jogszabályai tartalmazzák (így Magyarországon az Alaptörvény); kibontásuk, *tartalmuk meghatározása* azonban mindig egy (vagy több) *speciális jogalkalmazó szerv feladata*, mely(ek) alkotmánybíráskodást végez(nek). E szerv lehet egy elkülönült alkotmánybíróság (mint Magyarországon), a rendes bírósági hierarchia csúcán elhelyezkedő legfelső bíróság vagy akár a bírói szervek összessége (mint az Egyesült Államokban), egy parlamenti testület (mint Finnországban); a lényeg, hogy az az alkotmányos jogok érvényesülését ténylegesen biztosítsa, azaz hatásköre legyen arra, hogy az alkotmányellenes normatív és/vagy egyedi aktusokat megsemmisítse, vagy alkalmazásukat megtiltsa. Ennek során természetesen – ahogyan azt a rendes bíróságok is teszik a jogszabályok szövegével – nemcsak alkalmazza, érvényesíti, hanem tovább is fejleszti e normatív szempontokat, azaz ténylegesen meghatározza, hogy az egyes alkotmányos jogok, elvek és értékek mit (és mit nem) jelentenek. Ahhoz, hogy ez a jogi működési szféra egy jogrendszerben létezzen, három dologra van szükség: arra a tartalomra (azon jogokra és kötelezettségekre), amelyet az alkotmány vagy az alkotmányos jogszabályok magukba foglalnak (vagyis az ún. alkotmányos jogok, elvek és értékek katalógusára); egy vagy több formális jogforrásra, amely ezt a tartalmat a tételes jog részévé teszi (azaz magára az alkotmánytörvényre vagy alkotmányos jogszabályokra); végül az ezeket érvényre juttató és pontosító, az alkotmánybíráskodás jogával felruházott szervre, mely e tartalom konkretizálását és továbbfejlesztését végzi el, és ezáltal a működő jog részévé teszi e jogokat (és kötelezettségeket), elveket és értékeket.

Az alkotmányba foglalt és ténylegesen érvényesülő jogok eredetileg emberi jogokként fogalmazódtak meg a felvilágosodás menetében, kisebb részben a XVII., nagyobb részben a XVIII. században. Az emberi jogok azokat a jogokat jelentik, melyek az ember ember mivoltából fakadnak; melyek az embert születésénél fogva megilletik, mert annak filozófiai lényegéhez tartoznak. Emberi jogok nélkül az ember csupán biológiai létezésének tényével és fiziológiai jellemzőivel lenne leírható; mivel azonban *az ember morális lény*, aki képes magát elhelyezni a világban és a társadalomban, képes a jó és rossz, helyes és helytelen, méltányos és méltánytalan megkülönböztetésére, valamint saját helyzete és mások cselekedetei e szerinti értékelésére, rendelkezik vágyakkal, várankozásokkal és én-képpel, ezért a modern alkotmányosság feladata, hogy biztosítsa ezen morális státusz védelmét. Az **emberi jogok** tehát azon természetes vagy erkölcsi jogok, melyek

az ember biológiai és morális státuszával állnak összefüggésben, és amelyek személyisége elismerésének, tiszteletének és védelmének, illetve a társadalomban elfoglalt, másokkal születésénél fogva egyenrangú és egyenjogú pozíciójának feltételeit és garanciáit jelentik.

Az emberi jogok azáltal válnak **alkotmányos joggá**, hogy azokat egy adott állam alkotmánya elismeri. Erre a XVIII. század végétől került sor, amikor először az első francia alkotmány 1791 szeptemberében, majd az Egyesült Államok alkotmánya (az első tíz alkotmánykiegészítéssel, az ún. *Bill of Rights*-szal) 1791 decemberében határozott meg alkotmányos jogokat. E jogok tényleges érvényesítése azonban csak később [az Egyesült Államokban 1803-tól, Európában pedig csak a XX. századtól (a legtöbb országban csak a II. világháborút közvetlenül követően, vagy még később)] történik meg, és csak ekkortól jön létre – az alkotmánybíráskodás révén – ténylegesen az alkotmányos jogok, elvek és értékek működési szférája a jogban.

Az Egyesült Államokban a *Marbury v. Madison*-ügyben született döntéssel 1803-ban létrejövő ún. *decentralizált alkotmánybíráskodási modell*ben az alkotmánybíráskodást nem egy kifejezetten e funkcióra létrehozott, elkülönült szerv végzi, hanem azt a rendes bíróságok látják el, mégpedig bármely rendes bíróság; a bíróságok az alapul fekvő, döntésre eléjük kerülő ügyekben (vagyis eseti jogvitákban) végzik az alkotmányértelmezést (ami azt is jelenti, hogy csak konkrét normakontroll létezik, absztrakt, konkrét ügytől független normakontroll nem); a döntések formailag csak a konkrét ügyre hatnak ki, elvi jelentőségük csak a precedensrendszer működése révén van; végül a bíróságok – a hatalmi ágak elválasztásának elvét tiszteletben tartva – az alkotmány valamely rendelkezésével vagy elvével szembenálló normát nem semmisítik meg, csak mellőzik a konkrét ügyben annak alkalmazását (így a vizsgált norma nem válik hatálytalanná). Ezzel szemben az alkotmánybíráskodás Hans Kelsen által kidolgozott, az európai országok nagy részében működő ún. *centralizált modelljében* nem a rendes bíróságok (különösen nem bármely bíróság), hanem kifejezetten egy arra létrehozott, minden más állami szervtől elkülönült és független szerv, az alkotmánybíróság látja el a jogszabályok alkotmányossági vizsgálatának feladatát; az alkotmánybíróság a normakontrollt konkrét ügytől függetlenül, absztrakt jelleggel (is) végzi; a döntések *erga omnes* hatályúak, azaz mindenkire kötelezőek (még a konkrét normakontroll eseteiben is); végül az alkotmánybíróság az alkotmányellenesnek talált jogszabályt vagy jogszabályi rendelkezést megsemmisíti, vagyis az a döntéssel formailag is hatálytalanná válik.

Valójában azonban sem az alkotmány kartális mivolta, sem maga az alkotmánybíráskodás (akár a centralizált, akár a decentralizált modellben) **nem szükségszerű feltétele az emberi jogok védelmének**. Nincs alkotmánybíráskodás pl. Hollandiában, Új-Zélandon, vagy akár (lényegileg) Egyesült Királyságban,¹¹ de

11 Mindazonáltal az Egyesült Királyságot egyre többen mondják korlátozott alkotmánybíráskodással rendelkező államnak. Ezt két okból teszik. Egyrészt létezik a „*declaration of incompatibility*” intézménye, miszerint az Emberi Jogok Európai Egyezményével ellentétes jogszabály alkalmazása esetén a Supreme Court kimondhatja a belső jog Egyezménynek való meg nem felelőségét – bár ennek közvetlen következménye nincs, törvényhozási kötelezettséget jogilag nem kelet-

ettől ezek még jogállamok, az emberi jogok védelmével; létezik ugyanis olyan, hogy **jogi és politikai kultúra** – vagyis attól, hogy egy kartális alkotmány nem tiltja és egy alkotmánybíróság nem szankcionálja, még nem feltétlenül tesznek meg mindent. Hasonlóan, az alkotmányos jogok az ún. történeti alkotmánnyal rendelkező országokban is érvényesülhetnek. [A kartális és a történeti alkotmányt gyakran az írott és az íratlan alkotmány terminusaival különböztetik meg, ez azonban megtévesztő, mert bár a kartális alkotmány valóban (szükségképpen) írott, ám nagyobbrészt ugyanez igaz a történeti alkotmányra is. *A történeti alkotmány* egyrészt *abban különbözik a kartálistól*, hogy vannak nem írott (alkotmányos szokásokon, évszázadok alatt kialakított és egyöntetűen tiszteletben tartott, bár írott jogforrásban nem szereplő konvenciókon, hagyományokon, azaz az ún. alkotmányos kultúrán) alapuló elemei is, másrészt (és főként) abban, hogy sem az alkotmányos szokások, sem az alkotmány fogalma alá tartozó írott jogi normák köre nem adható meg egzakt jelleggel. Vagyis a történeti alkotmányoknak vannak olyan részei, amelyek tekintetében széles körű egyetértés van abban, hogy azok az adott állam alkotmányához tartoznak, míg más normák besorolása vitatott. Ebből következik az is, hogy a történeti alkotmány soha le nem zárt (hacsak egy kartális alkotmányt el nem fogadnak utóbb), hanem szerves, organikus módon fejlődik, időről időre új és új normák vonatkozásában alakul ki konszenzus arról, hogy azok is az alkotmányos hagyomány elemei, melyek időnként módosítják régi alkotmányos normák értelmét vagy alkalmazását, néha pedig kifejezetten lerontják azok érvényesülését, és új, az addigitól eltérő követelményeket állítanak azok helyébe.]

Az alkotmányos jogok alapjául szolgáló *emberi jogoknak* – Karel Vašák kategorizálása alapján¹² – hagyományosan *három generációját* különböztetik meg. Az *első generációs emberi jogokat* a Felvilágosodás menetében, döntően a XVIII. század végétől kezdődően elismert és megfogalmazott (de alapjait tekintve már a XVII. század elejétől igényelt) *politikai* (pl. választójog, közhivatal viseléséhez való jog) és *polgári jogok* (az ún. klasszikus szabadságjogok: szólásszabadság, sajtószabadság, gyülekezési szabadság, egyesülési szabadság, mozgásszabadság; tulajdonhoz való jog; élethez való jog; testi integritáshoz való jog; stb.) jelentik. A *második generációs emberi jogok* az ún. *gazdasági, szociális és kulturális jogok*, melyek a XIX. század végétől, XX. század elejétől már nem az egyének negatív jellegű szabadságát, vagyis állami beavatkozástól való mentességét garantálják,

kezetet. Emellett az ezredforduló környékén ún. devolúciós (hatáskör-átruházási) törvények (*devolution statutes*) születtek az Egyesült Királyságban, mellyel a Parlament bizonyos hatásköröket átadott Wales, Észak-Írország, illetve Skócia (walesiek, skótok, észak-írek által választott) törvényhozó szerveinek. (Scotland Act 1998, Northern Ireland Act 1998, Government of Wales Act 2006.) A skót, észak-ír, walesi törvényhozó szervek csak ebben az átruházott hatáskörben jogosultak a saját területük vonatkozásában jogot alkotni. Ha felmerül a gyanú, hogy átlépik a Parlament által rájuk ruházott hatáskört, akkor a Supreme Court állapíthatja meg, hogy a devolúciós törvényt tényleg megsértették-e. (Ez ugyan még nem normakontroll, hanem hatásköri bíráskodás, de kétségtelenül beleillik a kelsen-i alkotmánybíráskodási modellbe.)

12 Vö. magyarul: Szigeti Péter – Takács Péter: A jogállamiság jogelmélete. Napvilág Kiadó, Budapest, 2004, 290. o.

hanem az államot a megélhetés, a munkavállalás, illetve a társadalmi életben való aktív részvétel lehetővé tétele érdekében tevőleges cselekvésre kötelezik (munkához való jog, a biztonságos és egészséges munkafeltételekhez való jog, pihenéshez való jog, szociális biztonsághoz való jog, művelődéshez való jog, a tudományos kutatás szabadsága, tanszabadság stb.). Végül a *harmadik generációs emberi „jogok”* az ún. *szolidaritási* (más elnevezéssel: *globalizációs*) *jogok*, melyek a XX. század végétől olyan, alanyi jogként nem elismert kívánalmakat fogalmaznak meg, melyek egyéni garantálása és egyéni gyakorlása a védeni kívánt érdek természete miatt lehetetlen, és amelyek tipikusan az államok együttműködését feltételezik, az emberiség egésze érdekeinek védelmezése végett (egészséges környezethez való jog, a fenntartható fejlődéshez való jog, a tudományos eredmények terjesztéséhez és felhasználásához való jog, kollektív nemzetiségi jogok, fogyasztói jogok, illetve legújabbban ilyen az egészséges élelemhez és az ivóvízhez való jog).

Amikor az alkotmánybíráskodás mint a jog legújabb működési szférája létrejött és stabilizálódott, vagyis az emberi jogi indíttatású alkotmányos jogok, elvek és értékek védelme elfogadottá vált a legtöbb jogrendszerben (így a magyarban is), hatása mind a három másik jogréteg vonatkozásában megjelent. *E szféra elsődlegesen és célzottan a jogalkotásra, illetve a pozitív jogra kíván hatni, mely abban áll, hogy a jogalkotót immáron nemcsak jogpolitikai* (a politikai jogalkotó hatalmon maradását szolgáló praktikus) *szempontok befolyásolják, hanem a jog részévé vált, erkölcsi eredetű alapjogok is.* Ha ugyanis van egy olyan szerv, mely a jogalkotás eredményeit (törvényeket, rendeleteket, vagy azok bizonyos részeit) alkotmányellenessé nyilváníthatja és megsemmisítheti (akár formailag is hatályon kívül helyezheti azokat, akár „pusztán” azok alkalmazását ténylegesen mellőzheti), akkor a jogalkotónak muszáj lesz figyelnie ezen, a tételes jogban abszorbeálódott-feloldódott erkölcsi szempontokra is; ha pedig nem figyel rá, produktumai nem sokáig maradnak hatályban.

Végső soron *a voluntarista, a pusztai politikai akaraton alapuló tételes jog, illetve az erkölcs, az igazságosság ellentéte figyelhető meg a tételes jog és az alkotmányos jogok, elvek és értékek közötti konfliktusban*, melynek feloldása során az erkölcsnek megfelelő döntés lehetősége és annak elsődlegessége formális elismerést kapott az alkotmánybíráskodás bevezetésével. *Az alkotmánybíráskodás klasszikus és elsőrendű feladata* valójában épp ez: *ti. hogy korlátozza a többség érdekére hivatkozó politikai testületek tételes jogot alkotó hatalmát, ezáltal a pozitív jogot tartalmi alapon (erkölcsi-alapjogi) korlátok közé szorítsa.*¹³

13 Alexis de Tocqueville volt az első, aki – már 1840-ben, két amerikai útját követően – a törvények bírói felülvizsgálatának lehetőségét abból a szempontból elemezte, hogy az mennyiben járul hozzá a „**többség zsarnoksága**” kialakulásának megakadályozásához. Tocqueville szerint hiba a többséget egy ország többségével azonosítani. A legfőbb törvényeket, az igazságosság törvényeit ugyanis az *egész emberiség* többsége alkotta meg. Ha egy nép többségének törvényei ellenkeznek az emberiség többségének általános törvényeivel, akkor ez utóbbinak kell érvényesülnie. Ha csak egy nép többsége fejezi ki akaratát, ez még nem jelenti a törvény abszolút érvényét. Ugyanis ahogy egy nagyobb nemzet zsarnokoskodhat egy kisebbel, vagy egy nagyobb hatalmú ember az alávetettjeivel szemben, ugyanúgy egy nép többsége is elnyomhatja az általa alkotott törvényekkel a kisebbséget. Ezt pedig, mint a „többség zsarnokságát”, meg lehet, és

Az alkotmánybíráskodás azonban nemcsak a jogalkotásra *hat*, hanem *a jogtudományi tevékenységre és az abban formálódó jogdogmatikára is*. E hatás lényege, hogy a jogtudósok, illetve a gyakorlati problémák elvileg helyes kiküszöbölése módjainak megtalálásán dolgozó gyakorlati jogászok nemcsak a tételes jog szabályaiból és elveiből, illetve ezek meghozatalának jogpolitikai okainak elemzéséből kapnak indítást jogi fogalmak, distinkciók, értelmezési szabályok stb. kialakítására, hanem az alkotmányos alapjogok, alapelvek, alapértékek rétegéből, illetve az ezeket részben értelmező, részben kialakító, részben továbbfejlesztő alkotmánybírói gyakorlatból is. Ha ez a hatás egy jogrendszerben létrejön, az annyit jelent, hogy a tételes jogi dogmatikai kategóriákat (a hagyományos jogtudományi tevékenység mellett, vagy helyett, azaz részben vagy egészben) az alkotmánybírói gyakorlatban kialakuló alkotmányos elvek, mércék és szempontok figyelembe vételével hozzák létre. Vagyis az addigi organikus jogdogmatikai fogalom- és distinkcióképzés helyét egy mesterséges, meghatározott premisszákból (az alapjogi követelményekből) építkező kategóriaképzés veszi át, mely azonnali érvényesülésre tart igényt, és melyet nem jellemez a hagyományos dogmatikai kategóriaképzés lassú, fokozatos formálódást biztosító, az esetleges helytelenségek korrigálását is lehetővé tevő útja. Ha létrejön, úgy ez a fajta, alapjogi indíttatású dogmatikai rendszer lép a hagyományos jogági dogmatikai rendszerek helyébe – gyakran lerombolva az évszázadok, évezredek kollektív jogászai bölcsességeként, lépésenként kialakult és leellenőrzött, a gyakorlati jogalkalmazás számára már bizonyítottan bevált jogági dogmatikai rendszerek fogalmait, elveit, elhatárolási szempontjait.¹⁴

meg is kell akadályozni. (Vö.: Tocqueville, Alexis de: A demokrácia Amerikában. Gondolat Könyvkiadó, Budapest, 1983.) A többség zsarnokságának megakadályozása szolgálja a még ma is viszonylag képlékeny tartalmú jogállamiságot, melyet sokan a demokrácia és a jogállamiság ellentétéként fogalmazznak meg; valójában azonban a jogállamiság „magját” jelentő követelmények érvényesülése nélkül tartalmi értelemben vett demokrácia sem létezhetne. A demokrácia nem egyszerűen a többség által megválasztott politikai döntéshozó akaratának korlátlan érvényesítése; maga a demokrácia követeli meg, hogy a jogalkotó (a kormánytöbbség) bizonyos dolgoktól tartózkodjon, akkor is, ha megtételére politikai hatalma van (amennyiben döntése elhanyagolhatatlan a demokrácia működését). Így mindenképpen biztosítania kell a választópolgárok egyenlő részvételi lehetőségeit a választásokon. Demokrácia csak akkor lehet, ha mindenki azonos *jogokkal*, továbbá azonos *esélyekkel* rendelkezik a választáson való részvételre, politikai akarata kinyilvánítására. Hasonlóan demokrácia-probléma az a jogállamisággal összefüggő elvárás is, hogy a választópolgárok hozzáférhessenek mindazon információkhoz, melyek a politikai véleményük kialakítására hatással lehetnek. Pluralizmus (valódi, érdemben működő többpártrendszer) nélkül sincs demokrácia. Végül a tartalmi értelemben vett demokrácia egyenlő lehetőséget biztosít annak, hogy esetről esetre bárki kerülhessen többségi és kisebbségi pozícióba is, ne pedig egy homogén többség juttassa érvényre mindenkor az akaratát egy homogén kisebbséggel szemben. (Vö.: Gyórfi Tamás: Demokrácia, 379-380. o. In: Takács Péter – H. Szilágyi István – Fekete Balázs: Államelmélet. Fejezetek és előadások az állam általános elmélete köréből. Szent István Társulat, Budapest, 2012, 376-381. o.) A jogállamiságról, illetve a demokrácia és a jogállam kapcsolatáról lásd: Tóth J. Zoltán: A jogállamiság tartalma. Jogtudományi Közlöny, 2019/5. szám, 197-212. o.; Tóth J. Zoltán: A demokrácia és a jogállamiság kapcsolata. Jogtudományi Közlöny, 2019/7-8. szám, 302-317. o.

14 E problémákhoz a német gyakorlatból lásd: Diederichsen, Uwe: Das Bundesverfassungsge-

Végül az alkotmánybíráskodás, illetve az ennek során létrejövő vagy átértelmeződő *alkotmányos jogok, elvek és értékek (összefoglalóan: alkotmányos szempontok) hatnak a bírói gyakorlatra és az az által formálódó bírói jogra is.* A bírók az ítélkezési tevékenységük során a bírói jogfejlesztés egyik alapjaként tekintenek az emberi jogi minimumot (néha pedig annál jóval többet) jelentő alkotmányos jogokra, elvekre és értékekre, így a pozitív jog továbbfejlesztése során a jogdogmatika és a többi társadalmi normarendszer mellett a jogi működési szféra eredményei is befolyásolják a bírókat. E hatás közvetett módon minden olyan jogrendszerben megjelenik, ahol létezik az alkotmánybíráskodás, illetve léteznek az alkotmánybíráskodás révén érvényre juttatott alkotmányos szempontok; azonban jóval erősebb ott, ahol e szempontok nemcsak „átszivárognak” a bírói gyakorlatba, hanem közvetlenül is megjelennek. Utóbbi akkor történik meg, ha a rendes bíróságoknak ítélkezésük során kifejezett törvényi kötelezettségük figyelemmel lenniük az alkotmányos szempontokra, vagyis ha az alkotmánybíráskodás jogával felruházott szervnek explicit jogszabályi felhatalmazása van arra, hogy mindazokat a bírói döntéseket megsemmisítse, melyeket ellentétesnek tart ezen alkotmányos szempontokkal. Mivel azt, hogy az alkotmányba foglalt alkotmányos jogok, elvek és értékek milyen tartalommal bírnak, vagyis konkrét esetekben milyen jogokat és kötelezettségeket keletkeztetnek, mindig az azt értelmező és alkalmazó szerv, azaz maga az alkotmánybíróság (vagy az alkotmánybíráskodás jogával az adott jogrendszerben felruházott más személy vagy testület) határozza meg, így végső soron ez esetben maga az alkotmánybíróság dönthet arról, hogy egy rendes bíróság megsértette-e a konkrét esetben ezen alkotmányos szempontokat. E rendes bírói felelősség intézményes alkotmánybírási érvényesítésére az ún. *valódi alkotmányjogi panasz* szolgál.

Ezen, 2012. január 1-je óta Magyarországon is létező jogintézmény lényege, hogy a bírósági eljárásban érintett bármely személy vagy szervezet az Alkotmánybírósághoz fordulhat akkor is, ha nem a bíróság által alkalmazott jogszabályt tartja alaptörvény-ellenesnek (alkotmányellenesnek), hanem (a jogszabály alkotmányosságának elismerése mellett) magát a bírósági döntést vagy a bírósági döntéshez vezető bírósági eljárást. (Ha az érintett a bírósági döntés alapjául szolgáló jogszabályt vagy jogszabályhelyet tartja alaptörvény-ellenesnek, úgy beadványa ún. normakontroll-indítvány lesz, annak sikere pedig közvetlenül nem a bírói gyakorlatra, hanem a pozitív jogi rétegre, a hatályos normák rendszerére hat, azaz – az indítványozó kérelmének sikere esetén – nem egy bírói döntés, hanem egy jogszabály megsemmisítését fogja eredményezni.) A valódi alkotmányjogi panasznak a jogrendszer működésének egészére való hatása tehát abban áll, hogy a bíróságoknak közvetlenül figyelembe kell venniük a tételes jogszabályokon és az azokkal kapcsolatban kialakult jogdogmatikai kategóriákon kívül (sőt akár azokkal szemben is) az alkotmányos szempontokat, mégpedig azon értelemben, ahogyan azt

richt als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 198 (1998), S. 171–260. Magyarul: Molnár András – Téglási András – Tóth J. Zoltán: A magánjogi és az alapjogi érvelések együttélése – feszültségek és dilemmák. Jogelméleti Szemle, 2012/2. szám, 88-117. o.

az alkotmánybíróság meghatározza. Ezzel pedig a bírói jogfejlesztés erős, sőt – az alkotmányellenes bírói döntések formális alkotmánybírósági megsemmisíthetősége révén – áthághatatlan korlátot kap, mely által az alapjogokat értelmező alkotmánybíróság az addigi – akár mégoly egységes és töretlen – bírói gyakorlattal teljesen szembenálló jogi tartalom alkalmazására kényszerítheti a rendes bíróságokat.

6. A szokásjogi jogképződés és a szokásjog

A szokásjogi jogképződés a jog legkezdetlegesebb fokán, már a primitív társadalmakban is megjelenik; sokáig a jogfejlődés egyetlen, később pedig „csak” a legfontosabb eszköze. A jog által szabályozott emberi közösségek normái hosszú ideig szokásjogi normák, melyek kialakulásuk kezdetén nem, vagy csak nehezen választhatók el az erkölcsi, vallási és egyéb társadalmi normáktól, és azok később is rendre „átfolynak” egymásba. *A szokásjog*, vagyis a jogi jelleggel rendelkező társadalmi normarendszer *a szokásokból alakul ki*. A **szokás** egy meghatározott magatartási minta létét jelenti, melyet a közösség tagjai követnek; a követés motívuma azonban a hagyomány, a pusztá (szó szerinti értelemben vett) megszokás, nem pedig a norma tisztelete vagy a szankciótól való félelem.¹⁵ A szokás kialakulásához hozzájárulhatnak babonák, valós tapasztalatok (például bizonyos ételek fogyasztásának tilalma, ha azok mérgezőnek bizonyultak) és egyszerű véletlenek is; e

15 Minden társadalom létrejöttének előfeltételeként (tulajdonképpen a társadalmiság „nulladik lépéseként”) a közösségen belül kialakulnak bizonyos közös és általánosan bevett **szokások**. Ezen szokások vagy az adott közösség hiedelemvilágából [pl. a transzcendens erőkkal kapcsolatos (azaz kezdetleges „vallási”) elképzeléseiből], vagy praktikus megfontolásokból (pl. a fizikálisan erősebb férfiak vadásznak, a fizikálisan gyengébb nők gyűjtögetnek és utódokat nevelnek), vagy korábbi gyakorlati tapasztalatokból (pl. a fogyasztható és nem fogyasztható termékek megkülönböztetése) fakadnak. E korszakban jogi normák még nincsenek; a közösségi összetartás alapja a vérségi vagy vérséginek vélt kapcsolatok (nagycsaládok, nemzetségek együttélése). *A „társadalom” fejlődésének e kezdeti korszakában a kisebb közösségeken (pl. nagycsaládokon) belül előfordulhat, hogy a közösség életének nincs egyszemélyi vagy testületi irányítója*; a szokások, hagyományok, a vérségi összetartozás-tudat és a közös érdekek önmagukban is elégségesek lehetnek arra, hogy mindenki által elfogadott (és megváltoztatni nem kívánt) szervezőelvet jelentsenek. *Az összetettebb, több tagból álló, nagyobb közösségeken belül azonban már szükségszerűen vannak olyan személyek vagy személyi csoportok, aki(k) szervezi(jk) a közösség életét, feladatokat határozzák meg*. A közösség e személyek bizonyos, a közösség által hasznosnak tartott (vélt vagy valós) kvalitásaihoz, képességeihez (fizikai erő, eszesség, ügyesség, a transzcendens világgal fennálló feltételezett kapcsolat), illetve állapotbeli szempontokhoz [életkor; apaság (patriarchális közösségekben) vagy anyaság (matriarchális közösségekben)] köti azt, hogy azok egyedi rendelkezéseit, a társadalom szervezése érdekében szükséges operatív döntéseit (pl. a soron következő vadászat módjának és körülményeinek meghatározása, az egyes csoporttagok feladatainak kijelölése) elfogadja. *E rendelkezések még nem normák, csak utasítások vagy parancsok*, mivel azoknak általános, a jövőre nézve minden hasonló esetre vonatkozó „hatálya” nincs, pusztán egyedi helyzetekben határoznak meg egyszer végrehajtandó feladatokat (és a soron következő hasonló helyzetekben a hasonló cselekvésekhez a korábbival akár azonos tartalmú, de mindenképpen új utasításokra vagy parancsokra van szükség).

jellegüket (normativitásuk hiányát) mindaddig megőrzik, amíg a társadalom tagjai el nem kezdenek e magatartási mintákra kötelezőként tekinteni. *Amennyiben e magatartási mintákhoz (utólag) a kötelező erő tudata társul* (vagyis az emberek jó része már nemcsak azért követi az adott mintát, mert így szokta meg, hanem mert úgy gondolja, hogy az számára kötelező, és mások is ekként tekintenek arra), úgy a szokásból **szokásjog** lesz, amikor is a korábbi, egységesen követett magatartási minták már normatív erővel (is) bírnak.

A szokásjogra a *lassú, spontán, organikus jogfejlődés* a jellemző; a szokásjogi normák norma-jellege a társadalomnak az adott szabályhoz való kollektív viszonyulásában rejlik. Ennek a „tehetetlensége” meglehetősen nagy, így e viszonyulásra a hirtelen változások nem jellemzők. *A szokásjog változásának tendenciái tipikusan csak generációk közötti relációban figyelhetők meg; abban nincsenek nagy, látványos „ugrások”, éles fordulatok vagy erős törések.*

A szokásjog további jellemzője a *partikularizmus*, vagyis a különböző szokásjogi normarendszerek laza egymás mellett élése (például más-más szabályok vonatkoznak különböző státuszú emberekre: nemesekre, papokra, városi polgárookra és jobbágyokra; helyi lakosokra és idegenekre; földművesekre, kézművesekre és kereskedőkre; stb.), valamint annak területi specifikációja, a *territorializmus* (azaz a különböző földrajzi területeken: az egyes vármegyékben, városokban, sőt uradalmakban szintén más-más jogi normák érvényesülnek). A partikularizmussal együtt jár a *jogbizonytalanság* is: az egymás mellett létező, és önmagukban sem precíz, pusztán a mindennapi gyakorlatból kiolvasható (vagy nem kiolvasható), csak nagy vonalakban meghatározott jogi normák pontos tartalma mindig kérdéses. Ez a bizonytalanság ugyan valamelyest csökkenthető azzal, ha az éppen létező és a gyakorlatban aktuálisan alkalmazott szokásjogi normákat megpróbálják írásba foglalni (ez az ún. *kompiláció*, amitől azonban a jog nem lesz „írott jog” vagy „tételes jog”), ám egy per kimenetele megjósolásának a nehézsége így is jóval nagyobb lesz, mint a tudatos jogalkotással létrehozott pozitív jogi normák léte esetén.

Magyarországon is évszázadokon keresztül (az államiság kialakulásától kezdve egészen a XIX. századig) a legfontosabb jogi működési szféra a szokásjogi jogképződés útján létrejött szokásjogi normarendszer volt, mely (bár dekretális szabályozás a XI. század legelejétől létezett, vagyis a király már ekkortól szabályozott néhány fontos életviszonyt általa kiadott írott jogforrások, ún. dekrétumok útján) csak a XIX. századtól rendszeressé váló törvényhozási tevékenység eredményeképpen adta át a helyét a pozitív jognak (miközben pl. a büntetőjog tekintetében egészen 1880. július 1-jéig, az első magyar írott büntető törvénykönyv, az ún. Csemegi-kódex hatályba lépéséig a jogalkalmazás végeredményben a szokásjogon nyugodott).

A szokásjog mára, a pozitív jog korszakában elvesztette régi jelentőségét, de még létezik. A legfontosabb szokásjogi tevékenység a bírói gyakorlat, amennyiben annak nincs írott (például az ítélezési gyakorlat alapjául szolgáló eseti döntésekben, avagy a bírói absztrakt normákban megjelenő) formája; ha van, úgy azt a bírói joghoz soroljuk (noha történetileg, a korábbi évszázadokban épp maga a bírói gyakorlat volt a

szokásjogi jogképződés legfőbb forrása). Ilyen, a bírói szokásjoghoz tartozó normák a bizonyításfelvétellel és a bizonyítékok értékelésére vonatkozó, a gyakorlatban jól bevált ítélkezési elvek (pl. az, hogy – bár ma már nem minősül a „bizonyítékok királynőjének” – a vádlott beismerő vallomása a legnagyobb súllyal figyelembe veendő bizonyítékok között van).

De természetesen nemcsak a bírói eljárásban léteznek (még mindig, bár egyre ritkuló számban és egyre fogyó jelentőséggel) szokásjogi normák, hanem más jogi tevékenységek vonatkozásában is. Híres *alkotmányjogi szokásjogi norma* pl. a köztársasági elnökre vonatkozó, semmilyen tételes jogszabályban meg nem található, mégis kötelező azon szabály, amely meghatározza az elnök számára, hogy a választásokat követően kit kell felkérnie kormányalakításra, illetve kit kell jelölnie elsőként az Országgyűlés számára miniszterelnök-jelöltnek. E szokásjogi szabály – melyhez hasonló szokásjogi norma sok más, parlamentáris kormányzati rendszerrel rendelkező országban is található – így szól: a köztársasági elnöknek a parlamentbe bejutott pártok hivatalos miniszterelnök-jelöltjei közül annak a pártnak a miniszterelnök-jelöltjét kell jelölnie az Országgyűlésnek, amely párt első helyen végzett azon pártok közül, amelyek kormányzóképesek.¹⁶

7. Összegzés helyett

Látható tehát, hogy egy jogrendszer normái nemcsak az írott (tételes, pozitív) jogból állnak, hanem egyéb normarendszerek (gyakran írott formában nem létező, de ténylegesen ható, érvényesülő) normáiból is. Néhány megjegyzés mindazonáltal kínálkozik e konklúzióhoz, illetve a korábbiakban elmondottakhoz.

1) Mindenekelőtt le kell szögezni, hogy **nincs minden jogrendszerben minden jogréteg vagy jogi tevékenységi szféra**. Primitív jogrendszerekben csak szokásjog, később bírói jog is van, és csak ezt követően jön létre a pozitív jog. Alkotmányos jogok még kevesebb jogrendszerben vannak, és a jogdogmatika léte sem nélkülözhetetlen a kezdetlegesebb jogrendszerekben. [Nem is biztos, hogy bináris kategóriákként (van-nincs) érdemes felfogni ezeket, hanem **skalárisan** (*mennyire* van pl. jogdogmatika – az angolszász jogi doktrínák pl. elméleti jogászai tevékenységet jelentenek, de nem olyan kifinomult, rendszerezett módon, mint pl. a kontinentális jogrendszerek jogági dogmatikái).

2) Felvetődik az alapjogi réteggel, ezáltal közvetve az egész *alkotmányjoggal kapcsolatban* az a kérdés is, hogy *a többi jogág mellett vagy felett létezik-e*. A válasz alighanem az,

16 Sokan ezt a szabályt egyszerűen úgy interpretálják, mint az elnök azon kötelezettségét, hogy a választásokon „győztes” (azaz a relatív többséget, az Országgyűlésben a legtöbb mandátumot megszerző) párt miniszterelnök-jelöltjét kell neki magának is jelölnie, ez azonban felületes leegyszerűsítés. Ha ugyanis az első helyezett párt csak relatív többséget szerzett, ám a koalíciós tárgyalásokon nem talál olyan koalíciós partner(ke)t, akivel vagy akikkel együtt az országgyűlési képviselői helyek abszolút többségét biztosíthatná, úgy a köztársasági elnöknek nem lenne más választása, mint a második (vagy harmadik stb.) azon párt miniszterelnök-jelöltjét felkérni kormányalakításra, aki más pártokkal együtt ezt az abszolút többséget, mely a stabil kormányzáshoz szükséges, el tudja érni.

hogy is-is. Egyrészt mellettük, hiszen rengeteg alkotmányjogi jogszabály van, akár Magyarországon is, az Abtv.-től a Bszi.-ig, másrészt az alapjogi rész áthat más jogágakat is, vagyis azok normáit is az alkotmány fényében kell értelmezni. Ilyen értelemben azt mondhatjuk, hogy **az alkotmányjog primus inter pares a jogágak között.**

Az alkotmányjogi réteget így fel lehet fogni egy speciális tételes jogként is: speciális, mert pozitív jogi alkotásához nagyobb szavazati arány kell (már ahol), de egyébként önmagában úgy működik, mint a rendes jog [van jogalkotás, van alkotmányi dogmatika (melyet ugyanúgy részben a tudomány, részben a jogalkalmazói gyakorlat fejleszt), és van alkotmánybíráskodás (állambíráskodás, alapjogi bíráskodás, választási bíráskodás, politikai bíráskodás)]; de fel lehet fogni úgy is, mint egy hierarchikus viszonyt, mely hasonló, mint a törvények és rendeletek közti hierarchikus viszony (csak egy újabb szinttel kiegészítve).

Ez alapján azonban (ha az alapjogi réteget egy, a „rendes”, hagyományos jogréteg fellelti, magasabb szintű jogréteggé fogjuk fel) **a jövő lehet egy még újabb réteg, pl. nemzetközi vagy más szupranacionális jog, mely az alkotmányok felett állhat majd, és amellyel az alkotmányok nem lehetnek ellentétesek** – végső soron az is csak pozitív jog lesz, illetve lehet (jogdogmatikával és nemzetközi bíráskodással), csak egy még magasabb szinten.

3) Az utóbbi kijelentést látszik igazolni, hogy **az alkotmányos jogoknak az 1803-as *Marbury v. Madison*-ügyben született döntéssel való megjelenése olyan evolúciós fejlődést jelentett a jogtörténetben, mint évezredek óta semmi más;** alapvetően változtatta meg a jog fogalmát magát. Bár a szabályok addig is változtak, de a keret nem változott; ha voltak is különbségek pl. a klasszikus római jog és a középkori jogok, vagy a kora újkori jogrendszerek között, azok közel sem voltak olyan jelentősek, mint amilyen jelentős különbség egy, az alkotmányos jogokat (és magát az alkotmányfogalmat) nem ismerő, illetve egy azt ismerő jogrendszer között áll fenn. Az alkotmányfogalom és az alkotmányos jogok koncepciójának megjelenése óta a jog teljesen más, mint előtte valaha volt. Talán ehhez fogható hatása csak a *XII. táblás törvényeknek* volt, mely megismerhetővé tette az addig titkos jogot. Előtte pedig *Hammurapi „törvénykönyvének”*, a tálió elvével, mely – bár ma már barbárnak gondoljuk – akkor a civilizált (büntető) jog irányába tett első, hatalmas lépés volt, mert jogi korlátok közé szorította az addig korlátlanul alkalmazható önkényt, a magánbosszút.

4) Paradox módon az egyre több tételes szabály éppen a *jogelkerülést*, a felelősség alóli mentesülést eredményezi. Ezeket ugyanis úgy kell(ene) megfogalmazni, hogy minél pontosabban lefedje a tiltott, elvárt vagy megengedett magatartásokat, ám az ilyen szabályozás ezzel éppen maga teremti meg a kibújás lehetőségét. Ha ugyanis a jogalkotó nem látja előre a szabályozás minden elemét, úgy az élelemesek igyekezni fognak a *joghézagokat* megtalálni. Az egyértelmű, precíz, hibamentes megfogalmazásra törekvés így maga után vonja, hogy ha ez nem sikerül (márpedig a nyelv immanens sajátosságai miatt soha nem sikerülhet tökéletesen), akkor megtalálják a szöveg szintjén szükségszerűen meglevő kiskapukat. Ha ezeket megpróbáljuk befoltozni, még több,

még újabb szabályokkal, akkor még több értelmezési feladatot adunk, azaz még több problémát hozunk létre. Ily módon lehetséges, hogy a kevés rendelkezést tartalmazó, **elvekkel szabályozó jogrendszerek jobban szolgálták az igazságosságot**, mert nem a szabály betűjének követését várták el (ilyen sokszor nem is volt, hiszen ezek nem voltak leírva), hanem a szabály értelmét, „szellemét”. Ha ugyanis nincs precízen megfogalmazva egy elvadás, hanem csak elvi szinten, akkor sokkal nehezebb kibújni alóla. Ezért lehet, hogy pl. a *szokásjogi jogrendszerek* igazságosabbak voltak (és a jogi antropológiai kutatások bizonyították, hogy kiválóan működtek), mert egy általánosabb norma alól sokkal nehezebb kibújni, mint egy rendelkezés betű szerinti betartásával: minél általánosabb egy norma, annál jobban a tartalomra figyel, nem pedig a formára. Összességében azonban a jogban nem a jogszerűség látszata a fontos, hanem a tartalmi szempontok (végső soron az igazságosság); ahogy a rómaiak is tudták: *summum ius summa iniuria*. Mivel a XIX. századtól fokozatosan pozitívalódó és egyre szabályközpontúbb jog elkerülhetetlenül egyre rigorózusabb lesz (és egyre inkább a formára, a látszatra figyel), ezek az egyre vállalhatatlanabb eredmények szükségszerűen visszavezetik a jogot annak alapjaihoz, az elvekhez. **Az alkotmánybíráskodás** megjelenése ennek fényében nem más, mint **annak az igénynek a kifejeződése, hogy az írott szabályok betű szerinti (formális) betartása helyett a szabály mögötti értelmet vegyék figyelembe** mind a címzettek, mind a jogsértéseket elbíráló bíróságok; azaz jogtörténeti léptékkal mérve annyi történik, hogy az alkotmányos jogok és az alkotmánybíráskodás megjelenésével **a szabályok és elvek közti örök körforgásban most ismét az elvek primátusa kap hangsúlyos szerepet.**

A MAGÁNJOG RÉTEGZŐDÉSE

1. Mi az, ami rétegződik?

Ha nem is a szent, de legalábbis a fennkölt jogfilozófiai szövegekhez mértén profán hasonlattal élve, rétegződik például a dobos torta vagy a rakott krumpli. Ezek rétegei harmonikus egységet alkotnak, ezáltal gazdagabbak, táplálódobak, ízletesebbek, a szemnek is több örömet okoznak. Az azonban nyilvánvaló, hogy a dobos tortába nem lehet kolbász- és tojáskarikákat, a rakott krumpliban pörkölt cukrot és csokoládé krémet rétegezni. Ezek emberi fogyasztásra alkalmatlanok, kivéve persze az éhhalál elkerülését. Ugyanakkor az almás pite, a mákos rétes és az aranygaluska kombinálásával lehet új rétegzett süteményt kreálni – flódni a neve – ha választhatjuk az előző három bármelyikét is. Ugyanígy a rakott krumpliban tehetünk kolbász helyett csirkehúst és párolt zöldségeket is, tetejére sajtot olvaszthatunk, az is rakottas lesz, még ha nem is a hagyományos összetételben.

Nincs ez másként a jog világában sem. A jog is egyre gazdagabb, egyre több rétegű, a régi és új rétegek új kombinációban is feltűnnek. A kérdés mindössze az, hogy az egyes rétegek összeillenek-e, az új kombinációk is harmonikus egységet alkotnak-e? Azaz hogy az adott többrétegű jog emberi (társadalmi) fogyasztásra még mindig alkalmas-e, képes-e betölteni társadalmi rendeltetését az ilyen jog, avagy, az össze nem illő rétegek „keresztbeverik” egymást és ezáltal rendeltetésüket betölteni nem képesek, sőt rend helyett káoszt idéznek elő? Káosz előidézhető magukban a szabályozni kívánt társadalmi viszonyokban vagy csupán a megnehezülő jogalkalmazásban, ami azonban szintén negatívan hat vissza a szabályozott társadalmi viszonyokra.

2. Mi a jog?

A jog lényege a sokszínű és eleven konkrét valóság absztrakt fogalmakba tömörítése, a definíció, a jogi fogalomalkotás. De vajon mi a jog definíciója? Ahány próbálkozás, annyi jogfogalom. A tudományos közmegegyezés és a tankönyvírás kényszere persze csökkenti ezek számát, de még így is bőséges a jogfogalom kínálata. Márpedig ha a jog rétegződéséről akarunk beszélni, először – legalább a magunk számára – a jog fogalmát kell tisztázni, hogy tudjuk miről is beszélünk! Ahogyan én tanultam és évtizedekig tanítottam is: a jog emberi magatartásszabály, mindenkire kötelező társadalmi norma. Célja a rendezett

1 Az Alkotmánybíróság volt elnöke; professor emeritus, SZE ÁJK, Polgári Jogi és Polgári Eljárásjogi Tanszék.

társadalmi együttélés kialakítása és fenntartása, a társadalom folyamatos, zavartalan működése, a társadalmi béke megőrzése. A jog követése által az emberi összeütközések (konfliktusok) megelőzhetőek, ha mégis bekövetkeznének, akkor rendezhetőek. Amíg a jog ezt a rendeltetését betölti, addig nem nagy baj, ha többrétegű, vagy, ha tovább rétegződik. Azért nem nagy baj, mert maga a szabályozott, azaz a társadalmi élet, különösen annak materiális alapja, a gazdasági élet is egyre bonyolultabb, összetettebb, azaz egyre rétegződik és ez által egyre több rétegű, amit természetesen „leképez” a szabályozó, a jog. A jog alkalmazása ez által egyre bonyolultabb és összetettebb lesz, egyre lassabb és költségesebb, egyre több ellentmondással, ami egy bizonyos ponton túl a jogalkotás és a jogalkalmazás, különösen az önkéntes jogkövetés ellehetetlenülésének veszélyét idézi fel, amit persze meg kell előzni, illetőleg el kell háritani.

3. Mi a jog forrása?

A magánjog hagyományosan alulról építkezik, azokból az emberek közötti életviszonyokból ered, amelyeket rendezni, szabályozni kíván. Életviszonyaikat pedig az emberek – ha és amennyiben szabad emberek – maguk alakítják. A jól bevált alakításokat a felek ismétlik, azokat mások is alkalmazzák, ezáltal szokássá válnak. Konfliktus esetén a jó szokásokra, mint normákra lehet hivatkozni, ezek segítségével a konfliktusok rendezhetőek. A szokás jogszokássá, alkalmazott, azaz élő joggá válik, amiből aztán írott jog, ezek tömegéből kodifikált jog lesz. A közösség, a társadalom által legtöbbször értékelt szokások és jogok pozitív értékelést, elismerést és támogatást is kapnak, ezek egyúttal erkölcsi normákká is válnak. A jó erkölcsök ösztönözik a jóra és visszatartanak a rossztól, ezáltal értékesebbé teszik a szokást és a jogot, de magát a szokáskövető és a jogkövető embert is! A szokás, a jog és az erkölcs (ius, fas, mos) római kori triászának természetes és szerves fejlődése² ma is létező folyamat, amire az új Ptk. kodifikációja is támaszkodott. Ilyen értelemben írta Asztalos László, hogy „a civilisztika a mindennapok joga”.³ A hétköznapi emberek mindennapi életének, életviszonyainak, folyamatosan változó társadalmi viszonyainak a joga. Ennek a jognak a végső és eredeti forrása az emberek szabad akarata, az akaratukat determináló magán- (privát) érdeke. Ilyen értelemben a magánjog a „*privát autonómia*” jogágazata.

A magánjog, mint jogág normáinak egyik jellegadó ismérve azok *diszpozitivitása*. A *diszpozitív* norma a felek által félreterhető, helyette – akarategységben – maguk „alkothatják meg” az egymás közti viszonyukban (intern) alkalmazandó jogot. Ez tipikusan egy, a felek konszenzusával létrehozott szerződéses jogviszony, aminek célja a kölcsönös érdekkielégítés. Az ilyen szerződés jobban biztosítja az egyéni érdekérvényesítést, az igazságos érdekegyensúlyt, az egyénértékűséget, mint a törvényi szintű, absztrakt norma. Az ilyen, egyéniesített szerződés – a *pacta sunt servanda* elve alapján – a felek között

2 Lásd erről Deli Gergely: A jó erkölcsökről. SZE DFK Győr és Medium Pro Educatione Közhasznú Alapítvány, 2013. 318/70-131. o.)

3 Asztalos László: Polgári jogi alaptan. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1987. 277/13.o.)

ugyanolyan törvényi erővel bír, mint maga a mellőzött törvényi norma. Ha a felek között vita támad, a bíró először a szerződés szövege és annak értelmezett tartalma alapján próbál meg döntést hozni. Ha ez nem lehetséges, csak akkor veszi elő a törvényt és lapozza fel az adott szerződési típus (altípus) szabályainál. Ha ott sem talál megoldást, lapoz tovább a főtípushoz, illetve a típuscsoport közös szabályaihoz. Ezután a szerződések közös szabályai következhetnek, utánuk a kötelek általános szabályai. De tovább is mehet, ha a vita egy tulajdonjogi vagy más korlátolt dologi jogi kérdésben, esetleg az egyik fél cselekvőképessége körül merült fel. Végül eljuthat a magánjog legáltalánosabb, alapelvi jellegű normáihoz, ha azok valamelyike is szükséges a helyes (igazságos) ítélethez. A felsorolt lépcsőfokok a magánjog több ezer éves fejlődésének történeti rétegei. Az írott (szövegezett, rendszerezett) jog fejlődését tekintve a jogi absztrakció egymásra épülő szintjei. A kiindulópont – a felek, a bíró, sőt a jogalkotó számára is – mindig a konkrét, a valóságos, az eseti szerződés, a jog eredeti forrása. Innen halad a jogalkalmazás és a jogtudomány is az absztrakciós lépcsőfokokon át a legáltalánosabb keretnormákig, jogelvekig, jogági alapelvekig, sőt legújabbban az alkotmányos alapjogokig és az emberi jogokig bezárólag. Ha és amennyiben ezek a legújabb absztrakciós szintek is az eddigi, a jog természetéből adódó, szerves jogfejlődés eredményei, ha megfelelően illeszkednek a rendszerezett magánjoghoz, akkor az eddigi logikával alkalmazhatók, nem roncsolják a magánjogi dogmatikát, nem döntenek romba a magánjog építményét, bár kétségtelenül érintik a felek privát autonómiáját. Ahogyan eddig is érintette már a *kogencia* megjelenése a magánjogban.

4. Mi a kogencia?

Szemben a klasszikus diszpozitív normával, a kogens norma a felek által félre nem tehető, sőt a felek akaratával szemben is érvényesítendő norma. Akkor is a szerződés részévé válik, ha a felek, akár konszenzussal, eltérnének tőle. A kogens norma is magánjogi természetű, biztosíthat alanyi jogot (*attributív* jellegű) és/vagy előírhat alanyi kötelezettséget a felek számára, tiszteletben tartva az egyenjogúság és mellérendeltség elvét, valamint az érdekegyensúly és az egyenértékűség követelményét. Mégis egyértelmű, hogy korlátozza a privát autonómiát, szűkíti a felek autonóm mozgásterét. Ugyanakkor – mintegy ellentételezésként – erősítheti a jobbiztonságot, ezzel a vagyoni forgalom, a gazdálkodás biztonságát. Kérdéses azonban a mértéke és az arányossága! Mikor, milyen társadalmi-gazdasági körülmények között, meddig szűkíthető a felek autonóm mozgásteré, a kogencia előnyei meddig ellensúlyozzák a hátrányait, az egyéni szabadság korlátozását?

A kogencia kiterjedése és veszélye egyre növekszik, legalább két okból. Az egyik ok, ha a jogot úgy definiáljuk, hogy az nem más, mint állami parancs. A másik, ha ehhez hozzátesszük, hogy az állam szerepe a társadalmi, különösen pedig a gazdasági élet szervezésében, fejlesztésében folyamatosan növekszik, egyre jobban kiterjed és erősödik. Egyszerűbben szólva: egyre inkább az állam uralja a társadalmat, nem pedig a társadalom az államot. A probléma lényegét jól illusztrálják a 20. századi totális

államok, Magyarországon is a szocializmus építésének négy évtizede. Az állami tulajdon alapján működő tervgazdasági rendszerben még a személyi tulajdonra és fogyasztásra redukált vagyonjogot is folyton korlátozták, nehogy „nagyra nőjön.” Valójában a polgárok szabadságát szorították szűk személyi, családi, fogyasztási körre, de még ott is korlátozták. Paternalista államban és politikai diktatúrában elvileg sincs szükség privát autonómiára sem a vagyoni, sem a személyiségi viszonyok körében. De vajon mi a helyzet a 21. században, a transznacionális monopolkapitalizmus, a globális gazdasági-pénzügyi uralom, a szociális piacgazdaságok és a jóléti jogállamok mai világában? Ezek ugyan nem totális államok, de társadalmi-gazdasági szerepvállalásuk csaknem ugyanolyan mértékű és kiterjedésű, mint azoké volt. A javak állami redistribúciója a legliberálisabb piacgazdaságokban is meghaladja az 50 %-ot, a fejlődő és a fejlesztő államokban pedig eléri a volt szocialista országokét (a 60-70 %-ot). A szociális biztonságra törekvés és az esélyegyenlőség biztosítása változatlanul a kogens normák kedvező terepe. Lehetséges az is, hogy mára már az emberek többsége nem is igényli a diszpozitivitást, már nem is alkalmas a privát autonómiára? Egy, ami biztos: a magánjog kogens rétege egyre kiterjedtebb és vastagabb. Történetileg ez előbb a magánjog *horizontális*, majd *vertikális megkettőződéséhez* vezetett, a magánjog törzsanyaga (a Ptk.) azonban ezeket sikeresen túlélte. Különösen a „gazdasági jog” elméletében jelentkező vertikális megkettőződés elhárítása a nagy siker, tekintettel az 1959-et megelőző kommunista diktatúrára, az államosított gazdaságra és a magánjog teljes elközjogiasításának történelmi kísérletére. Hasonló jelentőségű fejlemény volt legutóbb az új Ptk. kodifikációja során a magánjog egységére hivatkozással a társasági és a kereskedelmi jog törzsanyagának visszatérése a Ptk. rendszerébe. Most azonban egy újfajta megkettőződés veszélyéről beszélhetünk az alkotmányos alapjogok és az alkotmánybíráskodás kapcsán.

5. Alapelvi avagy alapjogi bíráskodás?

A magánjog (a Polgári Törvénykönyv) alapelveinek hagyományosan kettős funkciója van: a hézagkitöltő és az értelmezési funkció. Mindkettő a jogbiztonságot is szolgálja, ami a jogállamiság egyik tartalmi eleme. Az értelmezési funkcióban az alapelv segít a jogszabály helyes tartalmának feltárásában. Jogszabálytani értelemben az alapelv és a konkrét jogszabály az „általános és különös” viszonyában vannak egymással. Az alapelvek a legáltalánosabb keretnormák, a konkrét normák mögöttes jogát, háttérjogát képezik, ezek értelmezésének kötelező összhangban lenni az alapelv értéktartalmával. Ugyanez másként: mivel az alapelv nem főszabály és a konkrét norma nem kivétel, utóbbi nem térhet el az alapelv tartalmától. A jogorvoslathoz való jognak és a tényleges jogorvoslatnak az egyik funkciója az, hogy megvizsgálja, az ítélet (a jogalkalmazói döntés) megfelel-e az alapelv értéktartalmának? Ebben az értelemben a bírósági (különösen a Kúria általi) felülvizsgálatot nevezhetnénk „alapelvi” bíráskodásnak is. Tudjuk azonban, hogy ilyen bíráskodás az elmúlt 50-60 évben lényegében nem alakult ki, az alapelvekre a bíróságok csak elvétve hivatkoztak, akkor is inkább a

konkrét normára alapozott döntés megerősítése céljából. Ezért az új Ptk. nem növelte, sőt csökkentette az alapelvek számát. Indoklásként nyíltan meg is mondta, hogy pl. a személyiségvédelem, méltóságvédelem, a tulajdonhoz való jog védelme, az észszerűség elve stb. alapjogokként alkotmányos védelemben részesülnek, ezek „megkettőzése” a Ptk-ban (!) felesleges lett volna, sőt akár zavaró is. Az új Ptk. 1:2. § (1) azt is kimondja, hogy „E törvény rendelkezéseit Magyarország alkotmányos rendjével összhangban kell értelmezni.” Ezzel elismeri egyfelől, hogy az Alaptörvény a polgári jog forrása, másfelől át is engedi az „alapjogi” bírászkodást az Alkotmánybíróságnak, mint az Alaptörvény és az alkotmányos rend legfőbb védelmezőjének. Egyetérttek Pokol Bélával és Varga Csabával⁴, hogy „az alkotmányjogiasítás duplikálja a fennálló jogot”, és azzal is, hogy „ez bármely elv is előidézheti”.⁵ Vagyis maga a jelenség nem újkeletű, az alapelvek a Ptk-ban is külön jogréteget alkottak, legfeljebb nem alkalmazták őket. Ami most újnak tűnik, az a magánjogi alapelvek többségének az Alaptörvénybe történt átírása és értelmezésük külön fórumra bízása, valamint ennek a „globális jelentése és jelentőségre szert tévése lehet meglepő”.⁶ Tegyük még hozzá, hogy ezen alapelvek és az alkotmányos alapjogok többsége az Emberi Jogok Európai Egyezményében is szerepel és élő jogként az Emberi Jogok Európai Bíróságának valamint az Európai Unió Bíróságának gyakorlatában is megjelent. Éppen ezért nem csupán (belföldi) megkettőződésről, de (európai és nemzetközi értelemben) akár megnégyszereződésről is beszélhetünk! Miután európai szinten egyéni jogérvényesítésre is mód van, a legsúlyosabb problémák Strasbourg és Luxemburg között, valamint ezek és a nemzetállami alkotmánybíróságok között merülnek fel, és csak ezek után következik a magyar Alkotmánybíróság és a Kúria közötti összhang kérdése. Abban is egyetérttek Varga Csabával, hogy a „fő kérdés az állam pozíciója és cselekvési lehetősége”⁷, mondjuk a tulajdon társadalmi felelőssége, a vállalkozás szabadsága, vagy a vallásszabadság, a médiaszabadság, a házasság és a család védelme stb. tekintetében.

6. A jog rétegződése és rétegezése

Ezt a fogalompárt Eörsi Gyula gondolata juttatta eszembe. Ő írta a „Jog – gazdaság – jogrendszer-tagozódás” című könyvében:⁸ „A jogrendszer tagozódik és a jogrendszert tagoljuk. Ezek korántsem ellentmondó megállapítások. Az teljesen kézenfekvő, hogy a jogrendszer önmagától, automatikusan nem tagozódhat. Emberi elemzés, felismerések közvetítenek itt, és az eredmény csak véletlenül esik egybe azzal a rendszerrel, amely a szabályozott és a szabályozó objektív viszonyából következnek. Van-e azonban ilyen

4 Lásd Pokol Béla: Alkotmányjog versus egyszerű jog; és Varga Csaba: A jog és simulacrumai c. előkészítő tanulmányait.

5 Varga Csaba: 7. o.

6 Varga Csaba: 12. o.

7 Varga Csaba: 13. o.

8 Eörsi Gyula: Jog – gazdaság – jogrendszer-tagozódás. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1977. 136/89. o.

objektív rendszere a jognak?” A válasz akár igen, akár nem, akár e két végpont közötti tetszőleges átmenet, mindig szubjektív lesz. Ebből következően, ha a jogrendszer tagozódása objektív volna is, a tagolása mindig szubjektív, és e kettő együttesen érvényesül. A jog (a jogrendszer egésze) emberi kreáció, a tagolás visszahat a tagozódásra is, ezáltal a jog rendszere inkább szubjektív. Ez persze nem változtat azon a lényegen, hogy a jognak van rendszere! Ennek a rendszernek pedig lehetőleg hézagmentesnek és belső ellentmondásoktól mentes, zárt logikai rendszernek kell lennie. Tudjuk, hogy nem az, sőt hogy nem is lesz soha az, de ettől még folyvást törekednünk kell rá. Ahogyan az eszményihez kell közelíteni a valóságot, ha soha nem éri is el. Ahogyan tökéletességre törekszik az ember, jóllehet többé-kevésbé mindig tökéletlen marad. A jogrendszer szubjektív (tudományos) tagolása – akár véletlenül is – egybeeshet annak objektív tagozódásával.

Hasonló gondolatmenet elmondható a jog rétegződéséről és rétegezéséről is. A kodifikáció egyik sajátossága, hogy az egy-egy nagyobb „homogén” jogterület legfontosabb normáinak, kiforrott, letisztult joganyagának „rendszerezett” egybefoglalása. A rendszerezést – mint azt bemutattuk – nevezhetjük „rétegezésnek” is, ami nyilvánvalóan függ a kodifikátorok szubjektumától, ugyanakkor azt is tudjuk, hogy a kodifikátorok felhasználják és követik a magánjog történetileg kifejlődött rendszerét, „rétegződését” is! Ez utóbbit a polgári törvénykönyvek esetében nevezhetjük akár a magánjog objektív rendszerének is. *Ebbe a rendszerbe* nem lehet, pontosabban nem szabad önkényesen új, de rendszeridegen rétegeket beépíteni, mert azok működési (jogalkalmazási) zavart fognak okozni, vagy „holt betűk” maradnak, vagy hosszabb távon a rendszer az idegen réteget (elemet) kivetí magából. Példaként elegendő utalni a szocialista tulajdonformák beépítésére a Ptk. tulajdonjogi részébe, vagy a tervszerződések beépítésére a kötelmi jogba. Ahogyan Eörsi írta: „A lényeg tehát: jogrendszerről lévén szó, *a jogi homogenitás* szervezi egységbe a jogágazat alapjául szolgáló társadalmi viszonyokat”.⁹ Másutt ugyanez: „... a magatartásszabályozás akkor fejt ki optimálisan a benne rejlő lehetőségeket, ha *a saját jellegének* megfelelő rendszerben működhet”.¹⁰

Témánkra vetítve az előbbi gondolatokat a fő kérdések tehát:

- a) van-e, megmarad-e a jogi homogenitás a Ptk-ban biztosított legfontosabb alanyi jogok és ugyanezeknek az alaptörvénybe átirított alkotmányos alapjogi változatai között?
- b) az ún. alkotmányos polgári jog általi magatartásszabályozás saját jellegének megfelelő rendszer (ami az optimális hatáshoz nélkülözhetetlen) az az alkotmányjog rendszere, vagy a *polgári jog rendszere*?

Az első kérdésre az a válaszom, hogy lehetséges, illetőleg megőrizhető a jogi homogenitás a legfontosabb polgári alanyi jogok és ezek alkotmányos alapjogi változatai között, ha utóbbiak az előbbiek értelmezési háttéréül szolgálnak, ugyanúgy, mint a polgári jog alapelvei, Szladits kifejezéseivel: iránymutató eszméi.

A második kérdésre adott válaszom: az alkotmányos polgári jog általi

9 Eörsi Gyula: i.m.: 98. o.

10 Eörsi Gyula: i.m.: 51. o.

magatartásszabályozás saját jellegének megfelelő rendszer az a polgári jog rendszere, érvényesítésének útja a polgári bírói út, nem az Alkotmánybíróság.

Úgy gondolom, ezekkel a válaszokkal elkerülhető a magánjog megkettőzésének legújabb veszélye, ami ismét *vertikális* megkettőzés volna és a magánjog elközjogiasítását eredményezné, de most nem *kogens*, hanem *imperatív*, azaz feltétlen érvényesülést követelő szabályozás alapján. Ez a megkettőzés a magánjogi diszpozitivitás után a magánjogi kogenciát is maga alá gyűrné, fikcióvá üresítené a privát autonómiát, miközben a társadalmi valóságot – az alkotmányos alapjogok és az univerzalitásra törekvő emberi jogok tényleges érvényesülését – tekintve ma még nagyrészt maga is fikció.

A jogtörténet bizonyítja, hogy a magánjogot *attributív* jellegének és szabályanyaga *homogenitásának* megőrzésével is lehet etizálni és szocializálni.

7. Egyszerű és bonyolult

Pokol Béla javasolta az „alkotmányos jog” ellentétpárjaként a törvényi jog jelölésére az „egyszerű jog” használatát. Az alkotmányos polgári joggal szembeállítva ez az egyszerű jog a Polgári Törvénykönyvet jelentené. A Ptk. tartalmát (a „mindennapok joga”), nyelvezetét, egyértelműségét illetően az „egyszerű jog” akár dicsérő jelző is lehetne. Valójában a kódexet nem véletlenül nevezzük Törvénykönyvnek és írjuk nagy kezdőbetűvel. Terjedelmes, sokrétegű, bonyolult joganyag, ámde kifinomult rendszerben, fejlett (2000 éves) dogmatikával, ami által eleget tesz a jogbiztonság legmagasabb rendű követelményének is. A Ptk. által minden embernek biztosított legfontosabb alanyi jogok (jogképesség, törvény előtti egyenlőség, diszkrimináció tilalma, személyiség védelme, emberi méltóság védelme, tulajdonhoz és örökléshez való jog, a vállalkozás-, a társulás- és az egyesülés szabadsága, stb.) kerültek átírásra az alkotmányba, amiből egyértelmű, hogy a Ptk. az alkotmányjog forrása, történeti alapja. A látszat tehát az, hogy az alkotmány emelte alapjogi rangra a polgári alanyi jogokat, a valóság viszont az, hogy ezek adnak magasabb rangot az alkotmánynak. Ezért is emelte át őket. Remélhető, hogy legalább erősebb, de magánjogi jellegű védelmet biztosít a számukra.

A bonyolultabbnak tekintett alkotmányos jogok (alapjogok, emberi jogok) valójában a legmagasabb szinten absztrahált keretnormák, inkább jogelvek, eszmék és eszmények, erkölcsi értékek, amelyek mentén világunkat, Európát és Magyarországot berendezni és működtetni kívánjuk. A mindenki számára elfogadhatóság érdekében megfogalmazásuk leegyszerűsítő, túl általános, ezért aztán „tetszés szerint” értelmezhető, kifejtendő, a legapróbb részletekre bontva konkretizálható, ezáltal a szabadság önkényes korlátozására is használható (lásd az „érzékenyítés” és a „politikai korrektség” torz megnyilvánulásait). Ezért ismételten hangsúlyozandó: a jognak vannak, mindig is voltak iránymutató eszméi, alapvető elvei (a filozófiából kölcsönzött emberi erények, erkölcsi elvek, jó szokások, joga kívüli értékek), melyeket beemelt, átírt a jogba, ezáltal mint jogelvek, a jog tartópillérei lettek. De nagyon is kérdéses, hogy vajon a jog maga lehet-e iránymutató eszme a jogon kívüli normarendszerek, értékek számára? Főleg ha jellegadó ismérvével, a

közhatalmi kényszerrel fenyeget! Ebből is eredő további fejlemény, hogy az alkotmányos alapjogok, úgy is mint emberi jogok már nem is kogens, hanem *imperatív*, azaz feltétlen érvényesülést kívánó normákként tűnnek fel és viselkednek. Az én válaszom erre az, hogy a jog maga nem válhat kényszerítő ideológiává. Márpedig az „emberi jogizmus” egyfajta jogi ideológiaként, egyesek szerint új vallásként kezd működni, erősen hajlamos a dogmaképződésre. Ne feledjük a népi bölcsességet: a pokol kapujához vezető út is jó szándékkal van kikövezve. Eddig még minden nagy szabadság és/vagy egyenlőség eszme véres diktatúrába torkollott. A tanulság az, hogy a legtisztább, legnemesebb eszmét (ideológiát) sem lehet tüzzel-vassal (erőszakkal, zsarnoksággal, imperatív parancsokkal) az emberekre, a társadalmi valóságra rákényszeríteni. A pusztító eszme előbb vagy utóbb, de önmagát is elpusztítja. Nem véletlenül merült fel direkt, azaz közvetlen kikényszerítésükkel összefüggésben az „értékek zsarnokságának” vádja. Az önkényes jogértelmezés a jogbizonytalanságnak és a törvényes rend felbomlásának veszélyét hordozza. Akkor is, ha „mozgalmár jogászok” csak magas hozamú „perlési bizniszt” látnak benne, mások csak a politikai-hatalmi manipuláció eszközeként használják. Közvetlen alkalmazásuk a jogrendszer piramisát fejtetőre állítja, ami így igencsak borulékony. Vissza kell állítani a talpára, azaz alkalmazni mindig az „egyszerű törvényi jog” életviszonyokhoz legközelebb eső konkrét szabályait kell, szükség esetén az értelmezési háttér (általános szabályok, alapelvek, alapjogok) bevonásával, ugyanakkor az autonóm mozgástér védelmét és a privát autonómiát mindenkor tiszteletben tartva.

8. Emberi kaland – emberi jogok

Hankiss Elemér idézi könyvében¹¹ Hans Vaihinger német filozófus gondolatát arról, hogy „az emberiség nem tud meglenni s megélni „fikciók” nélkül. Az emberi tudat és képzelet „konstruktumai”: fogalmak, osztályozások, viszonylatrendszerek, logikai képletek, „törvények”. Eszmék, amelyeknek nincs megfelelőjük a tárgyi világban, de amelyek ennek ellenére képessé tesznek bennünket arra, hogy kezeljük ezt a tárgyi világot.” Hankiss ehhez hozzáteszi: „Lehet, hogy kiderül majd, hogy a szimbólumokból épült légvárak végül is igazi várak, s néha még erősebbek is, mint a kőből épült erődítmények. Kiderülhet, hogy az emberi szellem teremtette formák és alakzatok, ámbár törekenyek és veszendők, fontosabbak, mint manapság hisszük, hinni akarjuk, hinni merjük. ... Teremteni valamit a semmiből, csillagképeket építeni szimbólumokból, talán a semmiből, fölépíteni a szabadság, az értelem és a méltóság világát egy néma és üres univerzumban: ez, úgy hiszem, emberhez méltó munka volt. Igazi emberi kaland.”

Témánkhoz kapcsolva ezeket a gondolatokat megállapíthatjuk, hogy az emberi és alkotmányos jogok is emberi konstruktumok. Lehet, hogy fikciók, de a fikció nem ismeretlen a jogban. Valóságosnak tekintünk valamit, amiről tudjuk, hogy nem az; de úgy teszünk, mintha valóságos volna, mert az adott életviszonyban az emberi magatartásszabályozás ezáltal hatékonyabb. Tudjuk, hogy az emberi jogok világa és a

11 Hankiss Elemér: Az emberi kaland. Helikon Kiadó, Budapest, 2014. 497/405-412. o.)

valóságos világ között szakadék tátong, de hisszük, hogy ez áthidalható, és az emberi jogok által jobb lesz az ember és jobb lesz a világ. Talán már tényként ki is jelenthetjük, hogy a 20. század borzalmas világháborúihoz és totális diktatúráihoz képest az emberi jogok által ment előre és jobb is lett a világ. Talán nem légvárat építettünk és remélhetjük, hogy az emberi jogok segítségével az új katasztrófákat is meg tudjuk előzni vagy el tudjuk háritani.

Hinnünk kell, mert „a hit az alap, és a tudomány csak eszköz”: írja Csányi Vilmos „A tökéletesség illata” című könyvében.¹² Majd így folytatja: „... az egyén, az individuum egyre fontosabbá vált, manapság a legfontosabb emberi konstrukció. Azért élünk, hogy megcsináljuk magunkat. Nagy feladat. A közösség és később az egyén konstrukciójának legfontosabb eszköze, a hiedelmek kialakítása. ... A rációval a hiedelmeket nem a valós világ eseményeire, jelenségeire kell visszavezetnünk, hanem más hiedelmekre; elegendő bizonyítani, hogy a hierarchiában magasabban állóból származtathatók. ... Az ember sokféleképpen megnyilvánuló konstrukciós tevékenysége és a hierarchiába rendezhető hiedelmek új virtuális világokat hoztak létre, vallást, tudományt, matematikát, irodalmat, filozófiát. A ráció alkalmazásával ezeket a világokat elemezni lehet, tovább finomítani, részletezni, bonyolítani. A hiedelmek esetleges ellentmondásait is fel lehet oldani a ráció ügyes beavatkozásával.”

Az emberi jogok, úgy is, mint alkotmányos jogok, az emberiség legújabb hiedelem-rendszere. Az emberi jogokat a jogi hierarchia csúcsára helyeztük, minden értéket azokból kívánunk kiértelmezni, levezetni. Lehet ezeket elemezni, tovább finomítani, részletezni, ellentmondásaikat feloldani, érvényesülésüket előmozdítani, valósággá válásukon fáradozni. De közben tilos megfeledkezni a jog történeti (objektív) tagozódásáról és rétegződéséről, a homogenitás követelményéről, a jogágak saját jellegüknek megfelelő rendszeréről, a logikai zárttság követelményéről. És arról, hogy a „joguralom” semmi esetre sem válhat egyeduralommá, azaz zsarnoksággá, sem a jog, sem az értékek zsarnokságává. A jog fejlesztése – tagolása és rétegzése – során, egy krisztusi példázat parafrázisával élve, meg kell adni a közjognak, ami a közjogé, és meg kell adni a magánjognak, ami a magánjogé! Úgy is mondhatjuk, meg kell hagyni a magánjognak, ami a magánjogé. Mert örök igazság (amit én Meszlényi Artúrtól tanultam), hogy „a jog nem arra való, hogy elvegyen, hanem arra, hogy adjon”, hiszen a jog van az emberért, és nem az ember a jogért!

12 Csányi Vilmos: A tökéletesség illata. Libri Kiadó, Budapest, 2013. 213/89-99. o.

Nagy Zsolt¹

MEGJEGYZÉSEK – POKOL BÉLA „A JOGRENSZER DUPLÁZÓDÁSA” CÍMŰ TANULMÁNYÁHOZ

Jelen tanulmány apropóját a Károli Gáspár Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karán a Jegtörténeti, Jogelméleti és Egyházjogi Tanszék, továbbá az Alkotmányjogi Tanszék közös szervezésében „A jog többértűségének elmélete” címmel 2020 január 24-én megrendezett tudományos konferencia adta. Az alábbiakban az ott előadottak egy kissé részletesebb kifejtésére teszek kísérletet.

Amint a cím is mutatja természetesen nem tudtam átfogni a vita, illetve a problémakör egészét, csupán – mint a későbbiekben látható – bizonyos részleteit, ám megpróbálok építő jellegű megjegyzésekkel a problémakör teljesebb, egyúttal részletesebb áttekintéséhez hozzájárulni. A jog többértűségének elmélete Pokol Béla nevéhez kapcsolódik, mely elméleti keret változtatására vállalkozott, miszerint a jog nemcsak a hagyományos rétegekből (törvényi jog, bírói jog, jogdogmatika, és az alkotmányos alapjogok) áll, hanem mindezt az alkotmányos alapjogok, és annak alkalmazása, nevezetesen az alkotmánybíróságok (egyes országokban azok funkcionális ekvivalenciáját megtestesítő legfelsőbb bíróságok) mintegy „kettéhasították”, és sok esetben a hagyományos rétegeket megpróbálják felülírni.

Ami azt illeti, a probléma felvetése nem egészen új keletű, hiszen Pokol professzor Úr már korábban (2015-ben)² indított egy vitát, az úgynevezett „Jurisztokrácia kérdést”, miszerint – persze ez ennél komplexebb – az absztraktabb alkotmányos szabályokat felhasználva a jogászság felülírhatja a hagyományos dogmatikus, törvényhozási és bírói jogrétegeket. Végző soron a fent említett konferencia úgymond ennek a gondolatmenetnek és vitasorozatnak a következménye, mely vitákban ugyan nem vettem részt, de figyelemmel kísértem; így összefüggéseiben próbálok a kérdést kezelni, illetve annak, a teljesség igénye nélkül, csupán néhány szegmensét próbálok megközelíteni.

Két kérdést járok körbe. 1. A bírászkodás, illetve az absztraktabb elveken alapuló alkotmánybírászkodás hektikuságának – egyébként Pokol Professzor Úr által is említett – történeti példáját, továbbá annak jogelméleti vonzatát és szociológiai okait. 2. A vitában felmerült, a jurisztokrácia és jogrendszer duplikálódásának globális vonzata; a globalizáció (beleértve a jogi globalizációt) kérdésének társadalomelméleti, szociológiai, jogszociológiai, jogelméleti problematikája.

1 Egyetemi docens. SZTE ÁJK Összehasonlító Jogi és Jogelméleti Intézet.

2 Lásd Jogelméleti Szemle 2015-2017. Elsőként: 2015/4. 2015. december 15. http://jesz.ajk.elte.hu/2015_4.html Több számban is megjelent cikkek átnézhetőek.

1. Egy történelmi példa a bíraskodás hektikusságának problematikájára

A két háború közti időszak, vagyis az 1920-as és '30-as évek viharos időszaknak számított az Egyesült Államok történetében. Óriási változások mentek végbe mind a gazdaságban, mind a társadalomban, melyek az amerikai társadalom intézményeit sokszor gyökeresen megváltoztatták. Némely esetben a politikusok megpróbálták elébe menni, némely esetben megkísérelték megakadályozni, vagy legalább megfékezni a változásokat, többnyire ezek a próbálkozások sikertelenek maradtak. Egészen addig, míg egy átfogó társadalompolitikát ki nem alakítottak, és a gazdaság, illetve a társadalom minden szintjén együttesen, és egységesen pozitív irányba nem befolyásolták a folyamatokat. Ezt az egységes társadalompolitikát hívták „*New Deal*” programnak. Azonban az áhított szabályozási kísérlet bevezetése nem ment olyan könnyen, mint ahogy azt a problémák láttán elvárható lett volna. Ez a kritikus időszak, minden felszínre került problémájával, beleértve a társadalompolitikai kérdéseket is, új az Egyesült Államokban addig nem látott szabályozásokat, és elméleteket hívott létre, melyek hatással voltak szinte az összes amerikai társadalmi intézményre, beleértve az igazságszolgáltatás intézményeit is.

1.1. Az amerikai klasszikus jogi gondolkodás

Ahhoz, hogy megértsük a jogi realizmus elméleti irányzatának relációjában a bírói hatalom bizonyos aspektusait mindenek előtt szükséges áttekinteni az amerikai klasszikus jogi gondolkodást, illetve az elméletek mögött meghúzódó szociális realitást.

A klasszikus jogelmélet az Egyesült Államokban az egész XIX. században domináló volt, sőt még más elméletekkel konkurálva a XX. század egy részben is meghatározó tudott maradni. A klasszikus gondolkodás szerint az egyes jogi ügyekből, illetve az ügyek sokaságából levezethetőek olyan jogelvek, melyek alkalmazhatóak minden új esetre, minden új, bíróság elé kerülő ügy eldöntésére. Ez fordítva is igaz, tehát minden új ügy kapcsán hozott ítéletet vissza lehet vezetni egy-egy ilyen jogelvre. A formális racionalitás – a geometriához hasonlóan – kiszámíthatóvá teszi a jogi problémákat. Noha a klasszikus jogelmélet alapján működő igazságszolgáltatás némileg különbözött a XIX. század első felében, illetve az 1850-es évek után, a fent ismertetett elv végig jellemző maradt. Az 1850-es évek előtt az amerikai bíróságok ítélezésük során még figyelemmel voltak mind az absztrakt igazságossági szempontokra, mind pedig az állami társadalompolitikai célokra. Azonban a stagnáló társadalmi viszonyok folyamánként a XIX. század második felére a formális precedenskövetés egyre gyakoribbá vált, majd később teljesen meghatározó lett. Emellett az igazságszolgáltatást a társadalmi, illetve társadalompolitikai befolyásolás relációjában főleg a polgárháború után hagyományos szerepkörre szorították.

1.2. A jogi realizmus kialakulásának társadalmi feltételei

A XX. század elejére, az első világháború után az addigi társadalmi szituáció teljes egészében megváltozott. A „laissez-faire” gazdaságpolitika folytán kialakult és sokáig strukturálisan változatlan társadalmi helyzet megváltozott és nehezen kezelhetővé, sok esetben tarthatatlanná vált. Addig nem látott kérdések kerültek előtérbe, melyekre a klasszikus elvek alapján nem lehetett választ találni. Ilyen problémák voltak például: a gyorsan kialakult hatalmas populációk, urbanizációs kérdések, addig nem látott mértékben koncentrált vagyon, nagyarányú munkanélküliség, munkásmozgalmak, nagymértékű, főleg negatív irányú intragenerációs társadalmi mobilitás, gyorsan változó társadalmi struktúra, illetve maga a Nagy Gazdasági Világválság annak minden hatásával. Mindezek miatt, hogy, legalább fő vonásaiban fenntartsák a még létező társadalmi struktúrát és szociális rendet, az új viszonyokra alkalmazandó társadalompolitikára volt szükség.³ Be kellett avatkozni a társadalmi viszonyokba, vagyis pozitív társadalompolitikára volt szükség, az addigi negatív politika helyett.

A klasszikus jogi gondolkodásnak megfelelő igazságszolgáltatási gyakorlatnak pedig párhuzamosan a klasszikus gazdaságpolitikával az új szituációhoz viszonyítva ellenkező társadalmi és gazdasági hatása volt. A klasszikus elméletnek megfelelő bírói gyakorlat jogi megoldásaival erősítette a vállalkozások pozícióit a munkavállalók elleni küzdelemben, és erősítették a munkáltatók erőfeszítéseit a munkásmozgalmak letörésére, mint például a *Vegalahn v. Guntner* ügy 1896-ban. A monopolhelyzetek kontrollálását segítő törvényeket korlátozták, így tettek a *United States v. E.C. Knight Co.* ügyben 1895-ben. A szövetségi alkotmányt és a tagállami alkotmányokat úgy értelmezték, hogy a törvénykezés ne tudjon beavatkozni a fennálló tulajdon- és szerződéses viszonyokba, mint a *Reagan v. Farmers’ Loan and Trust Co.* ügyben 1894-ben. Tehát érezhető volt a feszültség az akkor már lényegében megbukott klasszikus közgazdaságtan és ennek megfelelő gazdaságpolitika, az ezzel párhuzamos klasszikus jogi gondolkodás és az új, gyökeres változásokon keresztülment társadalmi viszonyok között.⁴ Egyébként talán ennek leginkább eklatáns példája volt az *Erie Railroad Company v. Tompkins* ügy, amelynek fő jogi jelentősége, hogy *Brandeis* bíró kimondta: „*There is no federal general common law*”. Ám ennek a mondatnak elméleti-jogi oka, a klasszikus jogi gondolkodás, társadalmi oka pedig a gazdasági fellendülés előmozdítása, és a liberális gazdasági-társadalmi szituáció fenntartása volt.⁵

3 A jogi realizmus és a társadalmi helyzet kapcsolatáról lásd.: Patricia Ewick, Robert A. Kagan, and Austin Sarat: *Legacies of Legal Realism: Social Science, Social Policy, and the Law*. 2002.

4 További ügyek, melyek alátámasztják a klasszikus gondolkodásnak megfelelő ítélkezést: *In re Debs* 1895, *Lochner v. New York* 1905, Chicago, *Milwaukee and St. Paul Ry. Co. v. Minnesota* 1890.

5 Ez egy vonat vagonja által okozott balesetből keletkező kártérítési ügy volt, ahol végül is elutasították a felperes kereseti kérelmét – többek között – a fent hivatkozott mondattal, de a fő ok, hogy a vasúttársaságok előnyt élveztek, mivel akkoriban a gazdaság motorjainak számítottak. Lásd: René David: *A jelenkor nagy jogrendszerei. Összehasonlító jog. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest. 1977. 337-338. p.*

(Ebben a helyzetben két további körülmény említhető, melyek elősegítették a forradalmian új jogelméleti irányzat kibontakozását. Az első, hogy az akkor neves jogi karokon végzett fiatal jogászok – akik nagy részben szintén neves jogi karokon helyezkedtek el oktatóként – a társadalmi helyzet miatt tekintélyrombolóan ellenszenvet éreztek mind a progresszív irányzat, mind pedig a klasszikus elmélet iránt. A második, hogy ezek az ifjú szakemberek figyelemmel voltak az újnak számító tudományokra, mint például a nem-euklideszi geometria, relatív fizika, pszichológia, szociálpszichológia. Ezek az új tudományok kétséget ébresztettek a hagyományos formál logika hatalmában és a szabályok viselkedésirányító hatásában.)

Jogi realizmus

A jogi realizmus elméleti irányzatát legjobban egyik fő képviselőjének jogesete jellemzi. A tényállás szerint két rivális taxistársaság peréről van szó. A felperes az alperes és egy vasúttársaság közötti szerződés érvénytelenségét szerette volna elérni, mivel az álláspontja szerint a versenyhelyzet indokolatlan előnyeit kihasználva jutatta anyagi előnyökhöz az alperest. A felperes társaság keresetet indított Kentucky államban, mely az alperes (és a felperes) székhelye is volt. Az alperes – jogászának tanácsára – székhelyet változtatott *Tennessee* államba, mert ott feltehetően számára születne kedvező döntés. Mivel a bírósági illetékesség az alperes lakóhelyéhez (székhelyéhez) kötött, ezért *Tennessee* állam bírósága ítélt az ügyben. Az ítélet pedig az alperes ellenkérelmének adott helyt. Az ügy később fellebbezések folytán a Legfelsőbb Bíróság elé került, ahol többségi döntéssel szintén az alperes javára hoztak ítéletet.⁶

Tehát amíg nincs egy jogeset, egy új ügy a bíróság előtt, és nem született benne döntés, addig nem lehet megmondani mi a jog. Addig nem lehet biztosan állítani valamiről, hogy jogos, vagy jogtalan, nem tudjuk kinek van joga valamit tenni, és ki köteles esetleg más magatartását tűrni. A jogászok, mint szakemberek is esetleg csak találgatni tudnak az ügyet illetően, valószínűsíteni, mint ahogy ezt a perbeli esetben is tette az alperes ügyvédje. Biztosat azonban nem tudnak állítani.

A bírói döntés alapjának hagyományosan a társadalom (bár a klasszikus jogi gondolkodás is) a szabályokat, jogelveket, illetve precedenseket tartják. A jogi realizmus szerint azonban a szabályokon kívül legalább ilyen jelentőséggel, sőt sok esetben nagyobb erővel még számtalan más körülmény is hat a döntésre. Ahhoz pedig, hogy megtudjuk a bírói döntések alapját részletesen meg kell mind a döntéseket, mind a döntéshez vezető út körülményeit vizsgálni. Mivel a jog lényege a bírói ítéletben található, ezért a bírói gyakorlat felé kell fordulni a jogelméleti és szociológiai vizsgálatoknak. Álláspontjuk szerint a jogtudomány absztrakt fogalmai távol állnak a valóságtól és a jog tényleges megismeréséhez a jog gyakorlati funkcióit kell vizsgálni.

Ha alaposabban megvizsgáljuk az ítélet meghozatalának folyamatát, megállapítható, hogy a döntés alapjának hagyományosan a tényeket és a szabályokat tartják. *Jerome*

6 Jerome Frank: *Law and the Modern Mind*. 1930. Garden city. New York. 46-50.pp.

Frank felállított egy ekvivalenciát, mely a döntéshez vezető utat reprezentálja: $R \times F = D$, ahol az R (*rules*) a szabályokat jelöli, F (*facts*) a tényeket mutatja, és végül D (*decisions*) pedig a döntéseket mutatja.

A szabályok általában adottak, azonban a tényeket a bíróságnak rekonstruálnia kell. A bíró munkája a történészéhez hasonlatos, mivel a történész is múltbeli eseményeket regisztrál, elemez, és végül megállapítja az események menetét. Minden történész személyisége azonban kihat a történészek általa preferált verziójára, más szóval a szubjektum rendkívül erős szerepet játszik az események, tények megállapításában.

A modern pszichológia szerint az emberek az érveléseket valójában konklúzióval kezdik, és ehhez keresnek premisszákat. Ha nem találnak hozzá, akkor esetleg új konklúziót keresnek.⁷ A bírák pedig emberek, így természetesen osztoznak azok minden gyengeségében. Vagyis már előre eldöntött döntésekhez igazítják sokszor a tényállás felderítését. Nem azokat tekinthetjük tényeknek, amelyek valóban megtörténtek, hanem amiket a bíróság megtörténtnek hisz, illetve annak nyilvánít. S ebbe a körbe tartoznak azok az esetek is, amelyeknél a döntések hatásaira vannak tekintettel, s akkor már magát a döntést is ahhoz igazítják, utána pedig az összes tényt, körülményt, vagy éppen a szabály értelmezését.

A tények rekonstrukcióját, a szabályok értelmezését, végső soron magát a döntést így rengeteg kérdés befolyásolja, melyek egy része uniformizálható, más része azonban nem tipizálható. Tipizálható körülmények a bíró (tanú) politikai, gazdasági, szociális attitűdjei, melyeket egyébként már a progresszivisták is jeleztek. Nem tipizálható körülményeknek nevezhetőek az ellenszenv, szimpátia egy tanú, vádlott, vagy ügyfél iránt. Mindkét típus egyaránt befolyásolhatja a döntést, és nem lehet tudni, melyek játszanak erősebb szerepet a konklúzió kialakítása során. „Egy ember politikai előítéletét sokszor felülírja általa bizonyos csoportok vagy emberek iránt érzett szimpátia, vagy velük szemben táplált ellenszenv, vagy például (...) egy megfelelési vágy más személynek...”⁸ Ezért a realisták álláspontja szerint a bíróságok nem tény-találást, hanem tényteremtést végeznek az eljárás során. Így az eredeti ekvivalenciát például *Jerome Frank* szükségesnek tartotta módosítani: $R \times sF = D$, ahol az „s” betű a szubjektivitást hivatott jelezni.

Hogy ez mennyire fontos, a szabályokkal egybevetve adható erről némileg világosabb kép. Ugyanis ha egy tényhez rossz szabályt rendelünk helytelen döntés születik, de igazságtalan döntés születik akkor is, ha egyébként jó szabályt rendelünk egy valóttan tényhez. De helytelen döntés születik akkor is, ha a megfelelő tényeket illesztjük a megfelelő szabályhoz, csak a szabály tartalmát értelmezzük helytelenül, s talán, ti. az interpretáció, a legnehezebb feladat. Mivel a jogi realizmus szerint a szabályok, és a jogelvek, melyek egyértelműségét a klasszikus jogelmélet hirdette, valójában ellentmondásosak. Egy-egy tényre akár több is releváns lehet, tehát több elv is alkalmazható ugyanarra az esetre. Ezért nem ezek határozzák meg a döntést, hanem a bírói szubjektum. Az elveket és

7 „The dominance of the conclusions” Lásd: *Jerome Frank: Courts on Trial*. 1949. Princeton. New Jersey.

8 *Jerome Frank: Law and the Modern Mind*. i.m. 114.p.

szabályokat pedig csak utólag használják a bíróságok magyarázatként az indoklásnál. Vagyis a döntés sokszor illogikus, érzelmeken alapuló, csak az indoklásban megjelenő szabályozások és precedensek miatt tűnik logikusnak.

A jogi realizmus emellett fontosnak tartotta hangsúlyozni a bírói jogalkotás tényét. Álláspontjuk szerint a bírák jogot alkotnak, létrehozhatnak szabályozásokat, bár ennek tényét általában a jogászok tagadják. A klasszikus elmélet szerint – mely még *William Blackstontól* eredeztethető – a bírák nem hozhatnak létre jogot, csak újra és újra megtalálják a régtől fogva meglévőt. „Nem azzal lettek a bírák megbízva, hogy létrehozzanak új jogot, hanem hogy előadják a régtől fogva meglévőt; amikor egy korábbi döntést félretolnak, mert ésszerűtlen, a bírák nem új jog alkotását színlelik, hanem a régi döntést védik meg az elferdítéstől. A korábbi bíró látása fogyatékos volt és hibázott a jog megtalálásakor, amit utódai kijavítanak.”⁹ Tehát minden egyes ítélettel kinyilvánítják, deklarálják, és megerősítik a „régit” jogot. A realista elmélet szerint azonban a „szerződések jogának legkevesebb 90 százaléka, és a szerződésen kívüli károk jogának egésze, vagy legalábbis majdnem az egésze egy törvényben sem található meg. (...) Nem a régi, hanem igenis a modern jog teljes rendszereit építették ki, fedezték fel és alkották meg a bírósági eljárások során”.¹⁰ Amikor a bírák meghozták döntéseiket nem is létezett olyan szabály, melyet meg kellett volna erősíteni, maga az eljárás teremtette meg azokat. Vagyis a bírói jogalkotás helyett a bírói jogtalálás csupán egy „fikció”, melynek „fikciójellege” sincs már a jogi köztudatban.

A realista mozgalom fő célkitűzésévé vált az amerikai igazságszolgáltatás megváltoztatása. Olyan fogalmak megalkotását tartották szükségesnek, melyek empirián alapulnak és a tényleges emberi viselkedést figyelembe veszik. Igazodnak a szociális realitásokhoz, és a jövőbeni változásokhoz is. Olyan törvényeket kell alkotni, mely nemcsak a politikai bölcsességet tükrözi, hanem igazodnak az empirikus kutatásokon alapuló szociális-gazdasági realitásokhoz, emellett megfelelő iránymutatással bírnak az egyes bírói döntésekhez. A szabályokban pedig nyilvánvalóvá kell tenni a társadalompolitikai célokat és ezeknek a normaszövegekben világosan tükröződni kell. Mindezekhez társadalomtudományokra van szükség, és ezek segítségével olyan fogalmi és elvrendszer alakítható ki, mely stabilizálná az akkor szubjektívnek ítélt amerikai igazságszolgáltatást. Emellett szükségesen tartották az etikai pluralizmust is. A különböző kulturális minták, értékek sokszor eltérő társadalmi helyzeteket és érdekeket tükröznek, ezért, ahhoz hogy kompromisszumok kössenek ezek között, az eltérő értékek elfogadására szükség van.

Ha egymásra vetítjük a jogi realizmus álláspontját, a korabeli társadalmi szituációt, illetve a klasszikus jogi gondolkodást azonnal feltűnnek azok a körülmények, melyek a „forradalmian” új elmélet indukálói voltak. *A sokáig stagnáló társadalmi helyzetben meghozott szabályok, illetve precedensek az akkori viszonyokat tükrözték. Ehhez képest új társadalmi szituáció alakult ki, melyek rendkívül instabilak voltak, ráadásul állandó változás*

9 *William Blackstone* véleményét idézi *Jerome Frank*. *Jerome Frank: Law and the Modern Mind*. i.m. *Judicial Law Making*, 36. p.

10 *Jerome Frank: Law and the Modern Mind*. i.m. 36. p.

jellemezte őket. Mindezek új jogi megoldásokat kívántak. Az igazságszolgáltatás pedig az abszurditás elkerülése miatt alkalmazott új megoldásokat. Ezek a döntések nem voltak illogikusak, legalábbis nem a társadalmi helyzethez viszonyítva voltak illogikusak, hanem a hagyományos jogi logikához képest. Így a „rég” viszonyok és az azokat képviselő szabályok szembekerültek az új viszonyokkal és ez „csapódott le” az igazságszolgáltatáson, illetve látszólag a bírói szubjektum terméke volt. A megváltozott társadalom miatt előtérbe került a hagyománnyal ellentétes gondolkodás, melyet a jogi realizmus szubjektívnek ítélt. Ezeket társadalmi szinten, általánosságban nem lehetett volna szubjektívnek ítélni, legfeljebb egyes esetekben. Csupán eltérő, új megoldások alkalmazásáról volt szó.¹¹

Ugyanis a „*New Deal*” program részeként a Kongresszus által meghozott törvényeket, melyek többségükben a szociális biztonságot voltak hivatottak szavatolni, a Legfelsőbb Bíróság 1935-36-ban sorra „alkotmányellenesnek” mondta ki. Így alkotmányellenesnek deklarálták 1935 őszén a vasúti dolgozók nyugdíjazásáról szóló törvényt, és így tettek a New York államban alkalmazandó minimálbérről szóló törvény esetében is. Mivel ezekkel a szabályozásokkal akarták a válságos helyzetet kezelni, és a Legfelsőbb Bíróság ezt gyakorlatilag nem engedte, óriási politikai botrány lett a döntések következtében. Rooseveltnél új szövetségi bírákat akart kineveztetni, akik engedelmesebbek lettek volna a törvényhozás irányában.

A Legfelsőbb Bíróság kilenc bíróból állt. A bíróság tagjai közül négyen (*McReynolds*, *Butler*, *VanDevanter* és *Sutherland* társbírák) konzervatív politikai, gazdasági attitűdökkel rendelkeztek és minden esetben a Kongresszus törvényei ellen szavaztak. Három másik társbíró (*Brand*, *Stone*, *Cardozo* társbírák) inkább liberális attitűdökkel rendelkeztek, és szimpatizáltak a *New Deal* programmal. A bíróság elnöke *Charles Evans Hughes* főbíró, illetve az egyik társbíró (*Roberts* bíró) pedig más meggyőződések alapján szavazott az eljárás során. *Roberts* bíró a *New Deal* esetében azonban a konzervatívokhoz csatlakozva a program ellen tette le voksát, így ezeket a törvényeket 5-4 arányban „szavazták le”. Az elnök minden olyan szövetségi bíró mellé, akik betöltötték 70. életévüket és nem vonultak nyugállományba, egy-egy új bírót szeretett volna kinevezni. Ez egyébként hat új bírót jelentett volna a Legfelsőbb Bíróságon, illetve 44-et az alsóbb szintű szövetségi bíróságokon. Az elnök praktikus célja ezzel a szabályozással a politikai egyensúly biztosítása lett volna. Azonban kezdeményezését a Kongresszus – heves vita után – leszavazta. A helyzet mégis magától megoldódott. *Roberts* bíró megváltoztatta véleményét, és csatlakozott a liberális táborhoz, így 1937 márciusában „alkotmányosnak” találták a *Washington* államban alkalmazandó minimálbérről szóló törvényt (a *New York* állami minimálbér esetében ezt alkotmányellenesnek mondták ki korábban). Később így tettek a nemzeti munkaügyi kapcsolatok szabályozásáról és a szociális biztonságról szóló törvények esetében is.¹²

11 Kulcsár Kálmán: A jogsociológia alapjai. Budapest. 1976.

12 Minden egyes törvény esetében külön peres ügyek fölött döntött a bíróság, mely kapcsán ha a törvényt nem találta összeegyeztethetőnek az alkotmánnyal, kimondta annak alkotmányellenességét, és megtiltotta a keresetben lévő partikuláris ügyben annak alkalmazását. Ez ter-

Tehát a bíróság két éven belül egymásnak teljesen ellentmondó döntést hozott, mely ítéleteket az alkotmányra alapozta. Teljes mértékben megmutatkozott *Hughes* főbíró állítása, miszerint „az alkotmány rendelkezési szerint járunk el, de a rendelkezések tartalmát a bírák nyilvánítják ki”¹³. Ezzel párhuzamos volt az egyik társbíró véleménye a *Helveing v. Davis* ügyben: „minden egyes törvény kapcsán felmerült ügyben a bíróságon lezajlott vita tükrözte a törvényhozást, mind hevésségében, mind pedig a szavazati arányokban”¹⁴.

Mindezek pedig teljes mértékben alátámasztják a jogi realizmus álláspontját, miszerint a bírák is emberek és döntéseikben az emberi-érzelmi megfontolások élveznek elsőbbséget, csupán utólag keresnek premisszákat azok indoklásához. Jelen esetben a premisszákat az Egyesült Államok alkotmányában találták meg, természetesen pro, illetve kontra is. A társadalmi értékek, és kulturális attitűdök jelentősége nem alábecsülendő az ítélezés során. „A legtöbb bírói döntés az eltérő társadalmi érdekek konfliktusaiból eredő bírói kompromisszumot és szabályozást reprezentálja, egyúttal kinyilvánítja az értékek, illetve a politikai érdekek fölötti ítéletet.”¹⁵ „Ahogy a törvényhozás kezeli a rivális érdekeket, úgy tesz a bíróság is. Minden bíróság – amikor felülvizsgál, vagy alkot egy szabályt – egy kicsinyített törvényhozó gyűlés, Kongresszus, vagy Parlament”¹⁶. A stagnáló társadalmi helyzetben a bírói hatalom nem keltette fel sem a politika, sem a közvélemény figyelmét, azonban a változó és válságos szituációban élesen megmutatkozott, és a figyelem központjába került. Rooseveltnél 1937-ben kijelentette, „nem tudta, hogy a Kongresszusnak létezik egy harmadik háza, mely a törvényhozás fölött áll”¹⁷.

2. A globalizáció és irányzatai

A legújabb jogszociológiai (mellesleg jogelméleti, tételes jogi, szociológiai, politikatudományi, gazdaságtudományi, etc.) irányvonalnak tekinthető a globalizáció kérdésköre; itt természetesen az „alaptudomány” a szociológia, illetve a közgazdaságtan. *Maga*

mészetesen kihatott az egész törvény minden későbbi alkalmazására is. Amikor pedig összegezytethetőnek találta a szabályt az alkotmánnyal, elutasította a felperes keresetét. 1937-ben többek között így történt a *Guy T. Helvering, Comissioner of Internal Revenue, and William M. Welch, Collector of Internal Revenue for District of Massachusetts, The Edison Electric Illuminating Compony of Boston, Petisioners v. George P. Davis, Respondent* ügyben, ezen kívül a *Chas. C. Steward Machine Company, Petitioner v. Harvell G. Davis, Individually and as Collector of Internal Revenue for the District of Alabama, Respondent* ügyben és az *Albert A. Carmichel, Individually and as Attorney General of theSstate of Alabama, et al., Appellants v. Southern Coal and Coke Company*, illetve az *Albert A. Carmichel, Individually and as Attorney General of the State of Alabama, et al. Appellants v. Gulf States Paper Corporation* ügyekben.

13 Franklin D. Rooseveltnél, radio broadcast, Fireside chat (9th March, 1937). Supreme Court.

14 Constitutionality of Social Security Mr. Justice Cardozo for the Court. History Page: Social Security Online. The Official Website of the Social Security Administration.

15 Jerome Frank: Courts on Trial. i.m. Precedents and Stability. 265. p.

16 Jerome Frank: Courts on Trial. i.m. Precednets and Stability. 265. p.

17 Franklin D. Rooseveltnél. Radio Broadcast. Fireside Chat. (9th March 1937). Supreme Court.

a globalizáció kérdése, sőt „léte” sem tisztázott, s a szociológia tudományágán belül a mai napig erősen vitatott; vagyis a jogszociológiának, és a jogelméletnek is óhatatlanul össze kell hangolnia magát más szakszociológiákkal, illetve a különféle a társadalom egyes kulturális intézményeit kutató társadalomtudományi ágakkal. Általánosságban a globalizáció fogalma azonosnak tekintendő a világ felgyorsulásával, az információ, a pénz, stb. áramlásának sűrűségével. Ám álljon itt egy érdekes példa: csupán egy mondatot érdemes feleleveníteni, nevezetesen, *Anthony Giddens, Wulfstan yorki érsek 1014-ben celebrált miséjének egy részletét idézi: „A világ rohan, és végéhez közeledik”*.¹⁸

Mindenesetre, mivel erre mindeneképpen ki kell térni, a globalizáció társadalomtudományi megközelítései többé-kevésbé három irányzatot fognak át:

1. Az úgynevezett *hiperglobalizmus*, mely szerint a nemzeti gazdaságot, társadalmat, kultúrát, etc. felváltja egyfajta nemzetközi transznacionális pénzügyi, intézményes, etc. háló.
2. *Az átalakulás pártiak*, akik szerint a jelenlegi integrációs mechanizmusok precedens nélküliek, s ezzel párhuzamosan a politikai, jogi hatalmi kérdések legyenek azok lokálisak, nemzetiek vagy nemzetköziesek, a köztük lévő határok elvékonyodnak, elmosódnak. Mindkettőben az a közös, hogy a globalizáció minden hatását földrajzi, nemzeti határon átívelőnek gondolják.
3. *A szkepticizmus*, ami szerint a nemzetközi együttműködések tekintve semmi különbség nincs a korábbi, például az 1914 év előtti állapotokhoz képest, vagyis a globalizáció csupán egy mítosz.¹⁹

Áttérve a jogtudományra: a példaként említett elsősorban szociológiai hipotéziseken túl a szakirodalom alapján összegzésekképpen elmondható, hogy a globalizáció a következőkben érinti a hagyományos jogelméleteket:

1. Mindenekelőtt a nemzetállam, és a hozzá köthető jogalkotás, illetve jog szerepét áshatja alá, vagyis a nemzetekhez köthető állam, társadalom és jogrendszer, mint áthatolhatatlan entitás már nem tanulmányozható többé izoláltan.
2. A jogra már talán nem tekinthetünk úgy, mint a nemzetek joga és a nemzetközi jog kettősségére, illetve utóbbira csak, mint szuverén államok kapcsolatából eredő jogokra és kötelezettségekre.
3. Kihívás elé néznek a jogelméletek azon a téren is, ahol a jogot olyan jelenségként látják, mely a kultúrából, tradícióból, szokásokból ered.

18 Anthony Giddens: *Elszabadult világ. Hogyan alakítja át életünket a globalizáció*. Perfekt Kiadó. Budapest. 2000. 11. p.

19 *Norman Angell* a korabeli híres szakértő a következőket írta „*Az illúzió kora*” című munkájában: „a jelentősebb európai gazdaságok összefonódásának foka immár elképzelhetetlenné tett egy háborút”. Robert Went: *Globalizáció. Neoliberális feladatok, radikális válaszok*. 1996. Het Spinhuis. Amsterdam. 2000. Perfekt. 176. p. Ezeket a sorokat néhány hónappal azelőtt vetette papírra, mielőtt az Osztrák-Magyar Monarchia ügyüi – a történelem egyik legnagyobb fegyveres konfliktusának nyitányaként – 1914. július 28-án megkezdték Belgrád bombázását. Másképpen, mint tanulság: egyrészt bizonyos jelenségek „csalóknak” tűnhetnek, másrészt a jelenségek értékelése sok esetben valóban szubjektív.

S a jogszociológia, illetve a jogelmélet szempontjából a globális folyamatok tekintetében természetesen többféle kutatási irányokat és ezzel együtt felfogásokat találhatunk. *Egyrészt* melyek a jogászai hivatás határokon átívelő aktivitását hangsúlyozzák. *Másrészt* a jogi eljárások és szabályok egyfajta „új rendjét” helyezik előtérbe. *Harmadrészt* érdemes kitekinteni a globális folyamatokkal kapcsolatosan az állam szerepére, illetve az ahhoz köthető jogásztságot, és azok képzését és szemléletét illető megfigyelésekre, illetve ezzel összefüggésben a professzió kutatásra. De nézzük meg ezeket egy kicsit részletesebben.

2.1. A jog és a jogászság internacionalizmusa

Az első állásponton belül is természetesen többféle hipotetikus előfeltevések találhatók. Mindenekelőtt ebben a „kategóriában” leginkább elterjedt gondolati fonal a következő, elsősorban tételes jogi diszciplínák körül orientálódnak: nemzetközi közjog, nemzetközi magánjog, kollíziós jog és az összehasonlító jog. Már csak a jogi tárgyak megnevezéséből is kitűnik, hogy olyan kérdések „kerülnek terítékre”, melyek függetlenek a nemzeti szuverén hatalomtól, vagy – ha tetszik – „felülemelkednek” a szuverén hatalmon.

Ad1. E modell szerint a nemzetközi közjog olyan jogi kereteket ad, mely ellátja (háború és béke esetén is) azokat a kormányzati interakciókat, melyek államok, illetve nemzetközi szervezetek között felmerülhetnek. Ezek történhetnek persze a hagyományos nemzetközi jogi kapcsolatok keretei között (diplomáciai kapcsolatok, diplomáciai védelem, etc.) de történhetnek úgynevezett kormányközi szervezetek keretei között is. Ez utóbbi pedig azért is érdekes, mert minden ilyen szervezet megalkotja saját rendszerét, intézményeit, és saját jogi rendjét (mely persze elvileg nem térhet el a nemzetközi jogi szabályoktól, szokásoktól). Sőt az ilyen szervezetek kvázi jogalkotási hatalommal bírnak, mely hatalom természetesen fejleszti a nemzetközi jogot egyúttal meghatározza saját működésének normáit is.

A nemzetközi magánjog szintén egy jelentős jogi elem lehet a globális folyamatoknak, hiszen önmagában megmutatja a határokon átívelő folyamatokat, mely elsősorban nem állami résztvevőket, hanem különböző jogi személyeket és természetes személyeket érint. Ez három kérdés körül artikulálódik. 1. A nemzeti jogrendszerek konfliktusainak valamiféle feloldása. 2. Irányadó szabályokkal látja el azokat az ítélkező fórumokat, elsősorban a bíróságokat, hogy olyan ügyekben járjanak el, melyek nem az adott ország területén történtek. 3. Végül a nemzetközi magánjog elősegíti, hogy valamely hatóság döntését más országokban is elismerjék, illetve végrehatásához segítséget nyújtsanak. Ugyan a nemzetközi magánjognak még mindig territoriális eredete van, de kétségkívül már határokon átívelő relevanciája van.²⁰

20 Szintén ilyennek tekinthető – elsősorban szociológiai szempontból vizsgálva – bizonyos már meglévő jogágak jelentőségének, és alkalmazási gyakoriságának megnövekedése; ezek közé tartozik mondjuk a nemzetközi magánjog térnyerése. Erre szolgáltat példát *James W. Bowersnek* elméletében az ún. jogi adaptációs mechanizmusra hozott példája: Kalifornia és Luisiana kereskedelmi relációja. (A kevésbé önálló Luisiana gazdasága a kereskedelmi biztonság érdekében

Az összehasonlító jog pedig elsősorban – e szempontból legalábbis – azt mutatja meg, hogy a különféle jogrendszerek hogyan és miért eredményezhetnek hasonló vagy éppen ugyanolyan döntéseket. Amiből egyenesen következik a különböző nemzetek jogainak és jogi eljárásainak összehasonlítása, amiből pedig szintén következik a határokon átnyúló jogi interakciók többszöröződése, amiből – többek között – eredeztethető a jogi rendszerek és szabályozások magasabb fokú integrációja. Erre leginkább praktikus példát Az Európai Unió Szolgáltató, mivel bármilyen hihetetlennek tűnik, de egyfelől a központi szabályozások (irányelvek, ajánlások, etc.) másfelől a különféle jogalkotási döntésekre való „egymásra figyelés” közelebb hozza a normarendszereket, és ennek tudományos alapját az összehasonlító jog és a jogszociológia teremti meg. Ahogy *William Twining* általánosságban mondta: a globalizáció megkövetel egy általános jogtudomány újraélesztését és a jog-összehasonlítás globális aspektusok szerinti újragondolását. Melynek eredménye egy teljesebb, a globális jogról szóló világkép kialakítása.²¹

Ad2. S még mindig a *jogászai hivatások határokon átívelő* folyamatainál maradvány kutatások történnek a jogi praxis pragmatikus változásainak kérdései körül artikulálódó gondolati szálon, az államon kívüli szinten megvalósuló, elsősorban üzleti szabályzatokon alapuló regulatív rendszer körül. Három eklatáns példát érdemes megemlíteni.

- Első példaként említhető az üzleti élet szokásainak és innentől kezdve – ha tetszik – szabályainak harmonizációja, illetve a „közös praktikum”. A nemzetközi szervezetek vagy transznacionális cégek általi általános normáinak létrejötte, meghozatala, mely szabályozások sok esetben törvényi erőt is kaphatnak.
- A második példa inkább az informális professzionális szokások megjelenésével kapcsolatos, melyek nemcsak egymás között érvényesülnek, de a még – amennyiben nem precedens-, illetve törvényellenes – bíróság előtt is érvényesíthetőek; vagyis végső soron a jogi ügyek „nemzetközi, de mégis lokális szintű megoldása” kerül előtérbe.
- A harmadik példa egyfajta delokalizált eljárás, ami ebben az esetben nem más, mint az arbitráció. Egy a feleken kívüli nemzet bíróból álló döntőbizottság, melynek a felek (az eljárásban résztvevő különböző országok állampolgárai, cégei, vagy éppen az államok) alávetik magukat az arbitrációs bizottság döntésének.

Ad3. Továbbá ide tartoznak a különféle *multilaterális szervezetek és azok normarendszereire vonatkozó ismeretszerzések*: például az ENSZ keretei között lévő szervezetek, mondjuk az Nemzetközi Munkaügyi Szervezet (ILO) továbbá a II. Világháború után létrehozott, elsősorban az emberi jogokat védő multilaterális organizációk (nemzetközi ökonómiai

az államon kívüli partnerekkel való viszonyuk során azok normatíváit adaptálja – mely kevésbé költséges, mint fordított situációban a különféle kereskedelmi partnereknek a lokális jogot elfogadniuk – így praktikusán akkor is az Egységes Kereskedelmi Kódex (*Uniform Commercial Code*) szabályozza a Louisiana-i gazdasági forgalmat, ha történetesen az állam nem léptette azt hatályba.) *Bowers*.

21 William Lawrence Twining: *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge University Press. Cambridge. 2009.

szervek, nemzetközi környezetvédelmi szervek, etc.). Ebben a gondolati szálban – egyébként empirikusan, számszerűen bizonyíthatóan – pedig elsősorban a különféle *multilaterális egyezmények sokasodása* és a nemzetek feletti organizációk szerepének erősödése jelenik meg. Amire talán a leglátványosabb példát jelentik azok a jogi normák, amelyek a II. Világháború utáni emberi jogok megjelenésében és különféle szabályozásokban való deklaráálásában mutatkoznak meg.

Ad4. Meglepőnek tűnik, de a jogszociológiai vizsgálatok, már csak numerikus alapokon is kimutatták, hogy elkezdődött *a nemzeti, illetve regionális jogok és a nemzetközi normák harmonizálása*, mely lényegében egy új jogterületet kezd megteremteni. Amire legjobb példát a különféle nemzetközi gazdasági szervezetek jelentenek. A különféle jogok adaptálására pedig csupán néhány példa: az 1980-as Bécsi Egyezmény *The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*); az Egységes Kereskedelmi Kódex második szakasza, melyet a legtöbb amerikai állam hatályba léptetett; az amerikai alkotmány hatása a jogalkalmazásra; továbbá a WTO és a NAFTA létrehozása.

2.2. A Tradicionális jogi eljárások megváltozása és azok „új rendje”

A jogi eljárások új rendje, metodológiája, és a globalizáció összefüggésein belül is természetesen többféle elképzeléseket találhatunk. Ebben az esetben sokkal inkább *nem a „hivatalos” jogi szabályozások kerülnek fókuszpontra, hanem az informális „nem-hivatalos” regulák*, mint például a gazdasági szokások, professzionális értékek, „megcsontosodott” jogi jellegű szokások, etc. S mint az előzőekben is láthattuk, itt is többféle irányzat található.

Ad.1. Mindenekelőtt az empirikus narratíva mögött egy olyan „szellemiség” bontakozik ki, mely újradefiniálja a jogi és állami szuverenitást, és integritást. E megközelítésből három elem emelhető ki: először is a jogrendszer és a földrajzi értelemben vett territorialitás kapcsolata. Másodsorban a globálisan megjelenő gazdasági folyamatoknak köszönhetően a jogi és gazdasági hatalom közötti viszony, illetve annak változása. Végül pedig hogy miképpen lehet a demokratikus viszonyokat és az emberi méltóságot megőrizni egy globális társadalom és gazdaság keretei között. (Vagyis a tételes szabályok ennek fényében nem feltétlenül alkalmasak egyedül a különféle demokratikus értékek megőrzésére?)

Az első felvetés kétirányú trendet takar. Ugyanis megfigyelhető a jogi szabályozások decentralizációja, párhuzamosan a lokális, szubszidiárius szabályozások – számszerűen kimutatható – növekedése. Lokális szinten egyébként gondolhatunk egyszerű helyi közösségekre, városra, megyére, de akár nemzeti vagy regionális, illetve multilaterális szervezetekre. Vagy, ahogy *Neil MacCormick* fogalmazott ebben az esetben nem a szabályozások hierarchiájáról van szó, hanem sokkal inkább egymást átfedő jogszertű normák komplex interakciójáról. Tehát a nemzetállami szabályozások szükségképpen erodálódnak. Minek következtében egyre inkább szükségessé válik bilaterális vagy multilaterális szintű „határokon átvélő” jogszolgáltatás, illetve a már meglévő, ilyen

intézmények jogkörének növelése.²² Továbbá a magasabb szintű szabályok meghozatala, fokozott érvényesítése, ami kiterjesztő gyakorlattal jár, de ennek tanúi is lehetünk.

Ezen túl a jog delokalizációja, pontosabban a szupranacionális szabályok aktivitásának növekedése figyelhető meg; melyek elsősorban kormányközi szervezetek normatíváin keresztül érvényesülnek. (Gondoljunk csak az Európai Unió közvetlenül érvényesülő irányelveinek számszerű sokszorozódására, mely jelenség már-már az abszolutisztikus monarchiák dirigista felfogásával vetekszik.) Ebben az esetben olyan, nem kormányok által irányított vagy kormányközi organizációkról van szó, melyek „területek feletti” (*supra-territorial*) jogi normatívákat hoznak létre, illetve alkalmaznak.

Ad.2. A jogi metodológián belüli intellektuális irányvonal leginkább a területek feletti jogi megközelítésként aposztrofálható, amit már 1956-ban *Philip C. Jessup*, mint „transznacionális jog” határozott meg. Eszerint a nemzetközi jog, illetve a nemzetközi jogforrások indukálói lehetnek egy regulatív rendnek, melynek eredménye egyetlen jogrendszer, ami legalábbis a gazdasági és pénzügyi tranzakciókat sokkal hatékonyabbá teszi. Vagyis egyfajta – mellesleg már a középkorban is használt – univerzális kereskedelmi jogról (*Lex Mercatoria, Law Merchant*) lehetne beszélni. Körülbelül, ahogy *Günter Teubner* mondta, miszerint kialakulóban lehet, egy „jogi prototípus”, ami már nem hasonlítható egyetlen nemzet jogára, sem pedig a nemzetközi jogi normákra. Forrása inkább olyan – már csupán számszerűség alapján is megmutatható – csoportosulások, melyek saját rendszerükön belül hozzák létre saját specifikus jogi prototípusaikat. Mely új jog olyan normatív rendszert képez, ami mindenképpen kívül áll a formális állami jogon. S ahogy már említésre került, nemcsak a kereskedelemről vagy az üzleti érdekekről van szó, ezek a szabályok érinthetik például az emberi jogokat is. (Ahogy *Boaventura De Sousa Santos* írta: a globális emberi jogok létrehoztak egy kozmopolita morális normarendszert is.)²³

Ad.3. Ez az irányvonal a plurális jog felfogásából indul ki, ezért talán „a globalizáció és a jog pluralizmusaként” határozható meg. Ebben a koncepcióban a jogszociológiai kutatások a jogi pluralizmusához hasonlóan a kolonizált társadalmak jogi relevanciával bíró normáinak vizsgálatából indulnak ki. Ezekben a gyarmatosított társadalmakban amellet, hogy bizonyos társadalmi szférákban, intézményekben fennállt, illetve sok esetben fent is maradt a gyarmatosítók jogának dominanciája, a gyarmattartók joga befolyásolta is a hagyományos normarendet. Ugyanakkor más társadalmi szférákban – noha a „külső” jogi influenza éreztethette hatását – a tradicionális normarend erősebben megmaradt, illetve az informális szokásjog is tovább működött. (Lásd a hindu vagy az iszlám jogot.) Azért, hogy az egész rendszer működőképes legyen, szükséges volt a koloniális jogot fejleszteni, változtatni, többek között úgy, hogy a hagyományos normákat elismerték és képesek voltak definiálni saját jogrendszerük hatásainak határait, aminek

22 Neil Maccormick: *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth. Law, State and Practical Reason.* Oxford University Press. Oxford. 1999.

23 *Boaventura De Sousa Santos: Toward a New Common Sense, Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition.* Routledge. 1995.

következtében megóvták a jogrendszer pluralitását. Természetesen azért, hogy egyrészt a gyarmati jog működhessen, másrészt végső soron azért, hogy a gyarmati rendszer fennmaradjon. Ennek nemzetközi, illetve globális jogi asszociációjára vonatkoztatva például *De Sousa Santos* „jogi integritást”, *Teubner* pedig „globális jogi pluralizmust” említ, mint a jogrendszert érintő megjósolható jövőt. Ám ha ez utóbbi irányvonal, figyelembe véve a „bennszülött” lakosságra vonatkozó koloniális tapasztalatokat, egy jövőképet említve, ez éppúgy lehet a szeparáció vagy éppen a szegregáció és az elnyomás is.

2.3. Az állam, és a jogászság szerepének változása

Csak példálózva ilyenek tekinthető – elsősorban jogszociológiai kérdésként vizsgálva – bizonyos már meglévő jogágak jelentőségének, és alkalmazási gyakoriságának megnövekedése; ezek közé tartozik mondjuk a nemzetközi magánjog térnyerése. Erre szolgált példát *James W. Bowers* elméletében az ún. *jogi adaptációs mechanizmusra* hozott példája: *Kalifornia* és *Luisiana* kereskedelmi relációja. (A kevésbé önálló *Luisiana* gazdasága a kereskedelmi biztonság érdekében az államon kívüli partnerekkel való viszonyuk során azok normatíváit adaptálja – mely kevésbé költséges, mint fordított szituációban a különféle kereskedelmi partnereknek a lokális jogot elfogadniuk – így praktikusán akkor is az Egységes Kereskedelmi Kódex (*Uniform Commercial Code*) szabályozza a *Luisiana*-i gazdasági forgalmat, ha történetesen az állam nem léptette azt hatályba.)

S végül itt léphet, illetve lépett be – noha talán marginálisan, de mégis az empiria és a norma közti valóságot vizsgálva – a jogszociológia, mely vizsgálhatja a társadalomban végbemenő kulturális változásokat, továbbá a spontán, és tudatos normaváltozásokat, illetve az ezekre adható válaszokat, azok jelentőségét, mértékét, „hasznosságát”, etc. De azért, hogy a kutatásokból csupán néhány példát emeljünk ki, *William B. T. Mock* – elsősorban a jogrendszert érintő – összehasonlító elemzése, aki az információs technológia fejlődését, s annak a jogi oktatásra gyakorolt hatását az ipari forradalom indukálta változásokhoz hasonlítja. Ugyan az ipari társadalom megjelenésével a jogászképzés még sokáig az agrárelvek szerint folyt, ám az átalakulás elkerülhetetlenül meghozta az új tárgyakat tartalmazó struktúrát (munkajog, társasági jog, etc.), továbbá átformálta a hagyományos tárgyak tananyagát. Hipotézise szerint az utóbbi évtized „technikai forradalma” hasonló helyzetet teremtett, és a tradicionális jog szintén lassú reformokon fog keresztülmenni: egyfelől új tárgyak jelennek meg, mint a komputer jog, internet jog, másfelől a meglévő területek az információs társadalom értékeinek megfelelően módosulnak. Másképpen: előtérbe kerül az információt, mint a társadalom új szervező elvét számításba vevő jogi gondolkodás (a jogalkalmazásban az egyes jogágak szabályozásainak már sokszor adaptált, a gyakorlatra vonatkozó tudás, például tulajdonjog és az információ, mint tulajdon, vagy az információkkal való visszaélés, és a büntetőjog relevanciája). (Ennek szerepe lehet az alkotmányosságra is, hiszen viszonylag új intézményről van szó, egy megváltozott rendszerben, társadalomban, továbbá a meglévő alkotmányos jogok újra- és újra értelmezésére.)²⁴

24 S a kutatások alapján – legalábbis szociológiai szempontból – itt található a jogalkotás és a tár-

A fenti sokrétű jogelméleti, jogszociológiai megfogalmazás után talán egy egyszerűsített összefoglalás lehetne megfelelő, mely tartalmaz szociológiai, társadalomelméleti, etc. elemeket is. *Zygmund Bauman* szerint a szuverenitások névlegessé, a hatalom névtelenné, helye pedig üressé vált. Ezzel persze ellentétes vélemények is vannak (*Catherine Valke, Paul Kennedy*) akik a nemzetállamok fennmaradása mellett voksolnak, de a körülmények megváltoztak vagy megváltoznak. Mivel a globális kapcsolatok döntőeknek bizonyulhatnak, a konfliktusok megfelelő intézményesítése azonban hiányzik. Nincs feltétlenül konvergencia a jog és a társadalmi valóság között. Ugyanakkor *Volmak Gessner* és *Ali Cem Budak* szerzőpáros intései mindenképpen figyelemre méltóak: „a tradicionális jogállami modellek és elméletek kiegészítésekre, változtatásokra szorulhatnak, és ez fordulatot idézhet elő a modern jogelméletekben és a jogászság szemléletében is, melyek nem tudnak mindenben megfelelő választ adni napjaink globális jogi folyamataira.

Vagyis végső soron kimondható, hogy a kaotikus jogi vélemények és döntések problémáját, nem pusztán strukturális, illetve normaalkotási kérdések, hanem egy olyan tényező oldhatja meg, mely az embertől független: nevezetesen az idő.

sadalmi valóság közötti talán legnagyobb diszkrepancia. Elég csupán a napjainkban hatályban lévő büntető vagy polgári törvénykönyvekre és egyéb jogszabályokra, és annak való társadalmi relevanciájára gondolni. Ha az egységes kódexek szabályait terjedelmében, részletességében áttekintjük, és ugyanakkor megnézzük a valós élethelyzetekhez történő alkalmazhatóságát, meglehetősen problematikusnak látszanak. Egyáltalán nem véletlen, hogy a bírói gyakorlatban – s itt elsősorban a kontinens törvénygyűjteményeire lehet gondolni – egyre erőteljesebb az esetekre való hivatkozás; hiszen a „régí” szabályokat folyamatosan új és új értelmezéssel kell ellátni, különben az ügyek eldönthetetlenek vagy eredményeikben abszurd kimenetelűek maradnának.

AZ ALAPJOGOK HATÁSA A MAGÁNJOGI JOGVISZONYOKBAN

Ezzel az írásommal Pokol Béla: Jogduplázódás – Alkotmányi jog és a jogrendszer duplázódása c. kötetének „Az alkotmányos magánjog kérdései” fejezetéhez szeretnék kapcsolódni. Ehhez érdemesnek tartom Pokol Professor Úr e téren kialakított álláspontjának lényegét felidézni, amit ő maga az alábbiak szerint fogalmazott meg:

„Saját álláspontomat e téren az alkotmánybírói döntésekhez fűzött párhuzamos- és különvélekenyekben fejtettem ki, és ennek lényege, hogy miközben nem ismerem el az alapjogoknak még a közvetett hatását sem a magánfelek közötti viszonyban, addig, ha egy ügyben a magánfelek közötti vitában a közügy aspektusa felmerül, akkor ez megalapozza álláspontom szerint is, hogy a releváns alapjogot bevonják a bírói döntés meghozatalába, és később alkotmányjogi panaszt lehessen erre alapozni. Ebből az álláspontomból következik még, hogy az Alkotmány 28. cikke szerinti követelményt a bírák felé az alkalmazandó jogi rendelkezések Alaptörvénnyel összhangban értelmezéséről úgy fogom fel, hogy ez az alapjogok bevonását az értelmezésbe csak az állam versus magánfél közti ügyekben teszi kötelezővé, kivéve az előbb jelzett, magánfelek viszonyában megjelenő közügyi aspektus megjelenésekor. Ám az Alaptörvény Alapvetés részébe foglalt, releváns alkotmányos értékdeklarációk bevonását a 28. cikk alapján a magánfelek közti viszonyban is lehetségesnek tartom. Ez azonban minden esetben konkrét mérlegelést igényel, és csak rendszeres testületi viták után lehetne ennek módjára választ adni, melyek azonban az eddigiekben sajnálatosan elmaradtak.”

A témakörben megjelenő hazai jogirodalmi álláspontok közül² – korábbi, e téren megjelent publikációimban leírtak³ és az alábbiakban is részletezett indokokra tekintettel – az én álláspontom is Pokol Bélához esik a legközelebb.

1 Habil. egyetemi docens, NKE ÁNTK Alkotmányjogi Intézet.

2 Lásd különösen: Gárdos-Orosz Fruzsina (2011): Alkotmányos polgári jog? Az alapvető jogok alkalmazása a magánjogi jogvitákban. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs. 2011; Sajó András (szerk): Alkotmányosság a magánjogban. Complex -Wolters Kluwer. Budapest, 2006.

3 Téglási András: A tulajdonhoz való jog alkotmányos védelme. Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2013.; Téglási András: Az alapjogok hatása a magánjogi viszonyokban az Alkotmánybíróság gyakorlatában az Alaptörvény hatálybalépését követő három évben – különös tekintettel a tulajdonhoz való jog alkotmányos védelmére. Jogtudományi Közlöny 2015/3. 148-157. p.

1. Elméleti és normatív alapok

Elméleti kiindulópontom az, hogy a felvilágosodás eszmerendszerében gyökerező modern alkotmányos gondolkodás egyik alapvető sarokpontja az, hogy az alapvető, illetve emberi jogok az egyéneket (természetes és jogi személyeket) megillető jogosultságcsoportok a szuverenitásból eredő jogokat gyakorló állammal szemben. Az alapjogok elsődleges célja, rendeltetése ugyanis az, hogy korlátok közé szorítsák a közhatalmat, vagyis röviden: az államhatalom korlátozása. Az alapvető jogok az állami beavatkozással szemben hivatottak védeni az egyén (alapjogi jogosult) szabadságát.

Az egységes szakirodalmi álláspont mellett ezt tükrözi az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának, a Német Szövetségi Alkotmánybíróságának és az Emberi Jogok Európai Bíróságának a joggyakorlata is.

Ami az álláspontom normatív alapját illeti, a magyar Alaptörvény I. cikk rendelkezéseiből számomra az olvasható ki, hogy az Alaptörvény az alapjogokat az állam-egyén viszonyában biztosítja.

Az I. cikk (1) bekezdése az „EMBER sérthetetlen és elidegeníthetetlen jogai” tiszteletben tartásáról szól, amelyek védelme az „állam elsődrendű kötelezettsége”. Az I. cikk (1) bekezdés első mondatának általános alanya („AZ EMBER sérthetetlen és elidegeníthetetlen alapvető jogait tiszteletben kell tartani.”) még azt az értelmezést is megengedi, hogy a tiszteletben tartás nemcsak az állam, hanem az egyének kötelessége is, ám a második mondat már egyértelműen kimondja, hogy az alapjogok védelme az állam kötelezettsége. A (2) bekezdés is az állam kötelességévé teszi az ember alapvető egyéni és közösségi jogainak elismerését.

Az I. cikk (3) bekezdése szerint az alapvető jogokra és kötelezettségekre vonatkozó szabályokat törvény állapítja meg, majd ezt követi az alapjogok általános korlátozására vonatkozó teszt. Ez olvasatomban azt jelenti, hogy az alapvető jogokra és kötelezettségekre vonatkozó szabályokat is törvény kell megállapítsa, ezért az alapjogok korlátozása a törvényhozó, és nem a jogalkalmazó mérlegelésén kell múlnia.⁴

Az Alaptörvény tehát az alapjogok érvényesülését elsősorban az állam-egyén relációban értelmezi, ám például a véleménynyilvánításhoz való jog esetében az Alaptörvény *expressis verbis* lehetővé teszi a magánfelek közötti jogviszonyban történő érvényesülését, azzal, hogy kimondja: a véleménynyilvánítás szabadságának a gyakorlása nem irányulhat *mások* emberi méltóságának a megsértésére, továbbá nem járhat *mások* magán- és családi életének, valamint otthonának sérelmével.

4 Értelmezésemben ez adhat magyarázatot pl. arra az adatvédelmi jog terén, hogy a GDPR 6. cikk (1) bekezdés f) pontja szerint a személyes adatok kezelése akkor (is) jogszerű, ha az adatkezelés az adatkezelő vagy egy harmadik fél jogos érdekeinek érvényesítéséhez szükséges. Magánfelek között ugyanis nem a személyes adatok védelméhez való jog *mint alapjog* érvényesül – hiszen ez az alapjog, a többi alapjoggal együtt csak az állammal szemben érvényesíthető –, ellenkező esetben az alapjog korlátozása nem alapulhatna önmagában mások *jogos* érdekeinek érvényesítésén, hanem arra – az alapjogi teszt szükségességi követelményére tekintettel – csak *más alapvető jog érvényesülése vagy valamely alkotmányos érték védelme érdekében* lenne lehetséges.

Más alapjogok esetében a magam részéről legfeljebb akkor tartanám elfogadhatónak az alapjogok magánjogi jogviszonyokban való érvényesülését, ha egyik félként az állam vesz részt az adott magánjogi jogviszonyokban. Az állam ugyanis Janus-arcú intézmény, a közhatalmi és magánjogi jogalanyisága könnyen összemósodik: nem véletlenül hívta fel erre a figyelmet többször is az Alkotmánybíróság, hogy ti. következetesen el kell határolni egymástól az állam közhatalmi és tulajdonosi minőségét, és amikor az állam félként magánjogi viszonyokban jelenik meg, a másik (vele szerződő) félhez képest mellérendelt, vele egyenjogú viszonyban van, ebben az esetben nem élvezhet a közhatalma révén nagyobb védelmet a másik (vele szerződő) félhez képest.⁵

Az állam tehát egyrészt a magánjogi jogviszonyok alanyaként is részt vehet egy adott jogviszonyban,⁶ majd utána (emellett) az állam közhatalmi eszközökkel (jogalkotással, hatósági engedélyezéssel) a piaci viszonyokba be is avatkozik, így akár az adott jogviszonyt jogalkotással egyoldalúan alakíthatja is.

A magánjog „közjogiasítását” ugye alapvetően az legitimálja, hogy az egyenlőtlen pozícióban lévő magánfelek jogviszonyába az állam közjogi, kógens, (azaz eltérést nem engedő) szabályokkal egyoldalúan beavatkozik a gyengébb fél érdekében. Azokban a magánjogi jogviszonyokban, ahol az egyik fél nemcsak erősebb gazdasági pozícióban van (mint pl. a munkajogban a munkáltató a munkavállalóval szemben vagy a hitelszerződések esetében a bankok a lakossági ügyfelekkel szemben), hanem az egyik fél maga az állam, ott ugyancsak gyengébb pozícióban lévő magánfél javára egy, az államnál magasabb szinten lévő beavatkozásra, azaz alkotmányos alapjogi szintű beavatkozás indokolt, tehát itt ilyenkor ez legitimálja az alapjogok közvetlen hatályát a magánjogi jogviszonyokban.

Ezért meglátásom szerint amennyiben az állam magánjogi jogviszony alanyaként vesz részt az adott magánjogi jogviszonyban, úgy indokolt az alapjogoknak ebben a speciális magánjogi jogviszonyban történő érvényesíthetőségét biztosítani a magánszemély részére. Az állam részéről ilyen esetben – meglátásom szerint – azért nem indokolt lehetőséget biztosítani arra, hogy alapjogokra hivatkozni, ugyanis az államnak bármikor megvan a lehetősége, hogy közhatalmi eszközökkel élve egyoldalúan alakítsa ezt a jogviszonyt.⁷

5 59/1991.(XI. 19.) AB határozat, ABH 1991, 293, 295.; 624/E/1999 AB határozat, ABH 2002, 1036, 1037.; 11/2013. (V. 9.) AB határozat, Indokolás [37].

6 Az AB rámutatott arra, hogy az állami szerv mint jogi személy a magánjogi jogviszonyok alnyaként értelemszerűen főként kötelmi, dologi jogi viszonyokban jelenik meg félként. Ebből következően elsősorban az Alaptörvénybe foglalt azon alapjogok sérelme – és védelme – merülhet fel e körben, amelyek a vagyoni jogi viszonyok alkotmányos kereteit jelenítik meg, mint pl. szerződési szabadság, tulajdonhoz való jog, örökléshez való jog) (3091/2016. (V. 12.) AB határozat, Indokolás [16]–[20])

7 Az Alkotmánybíróság következetesen gyakorlata szerint amennyiben az állam közhatalmi eszközeivel élve ön maga (mint tulajdonos) számára előnyösebb – jogi, gazdasági – környezetet teremt a gazdasági élet többi szereplőjéhez képest, az alkotmányellenes diszkriminációhoz vezethet {1814/B1991. AB határozat, ABH 1994, 513, 514.; 59/1992. (XI. 6.) AB határozat, ABH 1992, 272, 273.; 39/1992. (VII. 16.) AB határozat, ABH 1992, 235, 238., 1336/B/1997. AB határozat, ABH 2003, 1025, 1030., megerősítette a 11/2013. (V. 9.) AB határozat, Indokolás [37]}.

Persze lehet mondani, hogy ez a szabályozás már az adott konkrét jogvitában – ha az már perré alakult – nem feltétlenül érvényesülhet, ám a többi hasonló jogviszonyokban már az állam ezeket az általa meghozott szabályokat később érvényesítheti. Sőt, ha egy vitás jogi helyzet már fennáll, de még a jogvita nem került bíróság elé, az állam akár előre le is szabályozhat bizonyos kérdéseket a maga javára, és majd csak utána indítja meg a pert az állam az általa megváltoztatott szabályok alapján.

Jó példa volt erre a 11/2013. (V. 9.) AB határozat alapját adó alkotmányossági probléma: a Magyar Állam egyik minőségében, mint jogalkotó, a már állami tulajdonban álló erdővagyon forgalomképtelenségének megállapításával elértéktelenítette a – másik minőségében – a saját tulajdonán fennálló, más személy javára szóló vagyoni értékű jogot anélkül, hogy annak megfelelő ellentételezéséről – akár átmeneti rendelkezések keretében – gondoskodott volna.

Éppen az ilyen esetekben indokolt, hogy a gyengébb magánfél fordulhasson Alkotmánybírósághoz alapjogai védelme érdekében, hogy az ilyen egyenlőtlen pozícióból adódó helyzetet az Alkotmánybíróság fel tudja számolni.

Ez alól én legfeljebb csak azon alapjogok esetében engednék kivételt, amelyek mindenki számára biztosítják a bírói jogvédelmet, eljárási garanciákat, így az Alaptörvény XXVIII. cikk (1) bekezdéséből fakadó tisztességes eljárás, illetve a jogorvoslathoz való jog tekintetében. Mindezt lényegében azon az elvi alapon tartanám megengedhetőnek, hogy ezáltal az adott fél (legyen akár állam vagy magánszemély) közvetve a magánfelek azon alkotmányosan védett alapjogi igényét érvényesíti, hogy jogvitájukat tisztességes eljárás keretében döntse el a bíróság.⁸ De ezeknél az alapjogoknál is elsősorban a jogszabály útján történő rendezést tartanám elsődleges megoldásnak, és csak abban az esetben tartanám közvetlenül alkalmazhatónak ezeket az alapjogokat, ha a tisztességes eljárást garantáló tételes eljárási jogszabályok figyelmen kívül hagyásával születik meg egy bírósági döntés.⁹

8 A 23/2018. (XII. 28.) AB határozat ugyanezen az elvi alapon ismerte el a másik fél, azaz az állami szerv (konkrétan a Magyar Nemzeti Bank) indítványozói jogosultságát az Alkotmánybíróságról szóló 2011. évi CLII. törvény (a továbbiakban: Abtv.) 27. §-a szerinti alkotmányjogi panaszra. Czine Ágnes alkotmánybíró a 3091/2016. (V. 12.) AB határozathoz fűzött párhuzamos indokolásában rámutat arra, hogy amennyiben a magánfelek közötti jogviszonyokban felhívható a tisztességes eljáráshoz való jog is, azzal az Alkotmánybíróság az alapjogok horizontális hatályát bővíti. Ugyanakkor azt Czine Ágnes is elismeri, hogy mind a szakirodalomban [például *Sajó András-Uitz Renáta* (szerk.): *Constitutions in Private Relations. Eleven International Publishing*, 2010.), mind szerte a világon a joggyakorlatban [lásd például az angolszász országokban: *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 12 (1948); *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *R.W.D.S.U. v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1955] 2 S.C.R. 1130; a német gyakorlatban *Sonja* hercegnő ügye: 34 BVerfGE 269 (1973)] vitatott, de egyre inkább elfogadottá válik az alapjogok horizontális hatálya, amit ő egyébként az alkotmányosság szintje növelésének tekint a magánjog területén is.

9 Jó példa erre az 5/2017. (III. 10.) AB határozat, amely kimondta, hogy az a bírói döntés, mely szerint a közigazgatási hatóság határozata annak ellenére nem jogellenes, hogy a hatóság a rá irányadó anyagi jogi határidőt túllépve hozott hátrányos jogkövetkezményt megállapító hatá-

2. Kritikák, veszélyek

A német jogirodalomban az 1950-es évek óta éles vita zajlik arról, hogy az ún. *Drittwirkung* jelenség, vagyis az alapjogok harmadik félre irányuló, ún. horizontális (a rendes bírósági eljárásokban megjelenő) hatása, különösen annak közvetlen fajtája („*unmittelbare Drittwirkung*”), de még a közvetett hatás („*mittelbare Drittwirkung*”) is, milyen előnyökkel és hátrányokkal jár a jogrendszer egészére nézve.¹⁰ E folyamatnak sok jeles támogatója akad, és az alkotmányjogászok tekintélyes része e támogatók közé tartozik; nem véletlen ugyanakkor, hogy számos magánjogász, büntetőjogász, munkajogász stb. szkeptikusan szemléli ezt a folyamatot, és annak veszélyeire hívja fel a figyelmet.¹¹

Az alábbiakban a magánjog alapjogiasításával szemben felvetődő azon kritikákat, illetve veszélyeket ismertetem, amelyek engem az álláspontom kialakításában a leginkább befolyásoltak.

Az egyik legélesebb kritika a magánjog alapjogiasításával szemben az lehet, hogy ezáltal *egyazon jogvita két jogág alapján is megoldható lesz*. Ezt a problémát jól mutatja a Német Szövetségi Alkotmánybíróságnak (BVerfG) a választási plakátokkal kapcsolatban hozott – és azóta is mérföldkönek számító – 1958-as ún. választásiplakát-döntése.¹² Az ügy főszereplője egy lakásbérleti szerződésben résztvevő két fél: a bérlő, valamint a bérbeadó, aki egyúttal a tulajdonos is. A bérlő kampányidőszakban egy választási plakátot helyezett a bérlemény utcára néző ablaka alá, ehhez azonban nem kérte a tulajdonos hozzájárulását. A tulajdonos követelte a plakát leszedését, a bérlő azonban nem tett eleget e követelésnek. A német Szövetségi Alkotmánybíróság ezeket a szempontokat nem vette figyelembe döntése során, helyettük a *véleménynyilvánítás szabadságát állította gondolatmenete középpontjába*. Eszerint azt kell vizsgálni, elérhette volna-e a bérlő a kifüggesztéssel elérni kívánt célt egyéb módon is. *A gondolatmenetben teljesen elsikkadt az egyébként relevánsnak számító magánjogi fogalom, a tulajdon szabadsága.*¹³

rozatot a panaszossal szemben, az Alaptörvény XXIV. cikk (1) bekezdése szerinti tisztességes hatósági eljáráshoz való joggal ellentétes. Az ügy előadó bírása Pókol Béla alkotmánybíró volt.

10 Tóth J. Zoltán: Actio popularis vagy valódi Alkotmányjogi panasz? In: Balogh Elemér – Cserny Ákos – Patyi András – Téglási András (szerk.): Változások a magyar alkotmányjogban. Tanulmányok az Alaptörvényről. Nemzeti Közszerkesztési és Tankönyvkiadó, Budapest, 2012. 279. p. 19. lj.

11 Tóth J. Zoltán: Actio popularis vagy valódi Alkotmányjogi panasz? uo.

12 BVerfG Urteil vom 15.01.1958 (1 BvR 184/54) BVerfGE 7, 230

13 Lásd: Molnár András – Téglási András – Tóth J. Zoltán (2012) A magánjogi és az alapjogi érvelések együttélése. Jogelméleti Szemle 2012/2. 88-117., 106. p. A magyar választási eljárási törvény helyesen, törvényi szinten szabályozza a plakátok elhelyezésének korlátozási lehetőségeit (lásd: a választási eljárásról szóló 2013. évi XXXVI. törvény 144. § (4) bekezdés), és ennek alkotmányossági vizsgálata során a magyar Alkotmánybíróság megítélésom szerint helyesen vette figyelembe az Alaptörvény XIII. cikke szerinti tulajdonhoz való jog érvényesülését a véleménynyilvánítás szabadságával szemben. Lásd: 27/2019. (X. 22.) AB határozat. Az Alkotmánybíróság itt – ugyancsak helyesen – nem az Abtv. 27. §, hanem a 26. § (1) bekezdése szerinti alkotmányjogi panasz alapján vizsgálta az esetet, vagyis ez a határozat – megítélésom szerint – a német „választási plakát-ügy” valamennyi kifogásolható elemét nélkülözi.

A második – az előbbivel szorosan összefüggő – kritika, hogy amennyiben a bíróság a törvényt félretolva, közvetlenül az alapjogokra alapozva meg a döntését, ezáltal sok esetben *contra legem* döntés születhet. Jó példa erre a rendőr képmásának nyilvánosságával összefüggésben hozott 28/2014. (IX. 29.) AB határozat, amellyel összefüggésben a probléma az, hogy van egy direkt jogszabály, ami felsorolja, hogy ezeknek a személyeknek mely adatai nyilvánosak, és a rendőr képmása itt nem szerepel. Jobb megoldás lett volna, ha az Alkotmánybíróság nem alkotmányjogi panasz keretében, hanem normakontroll eljárás keretében vizsgálta volna meg a kérdést, mert meg lehetett volna semmisíteni ezt a jogszabályt, ami nem tartalmazza a rendőr képmását, vagy mulasztásban megnyilvánuló alkotmányellenességet megállapítva felhívni a jogalkotót ennek pótlására. Persze ez utóbbi esetben az érintett, jogsérelmet szenvedett feleken ez már nem segített volna. A *contra legem*-kritikával szemben persze felhozható, hogy itt valójában *joghézag* keletkezett, mert elégtelennek bizonyult a törvényi szabályozás, az Alkotmánybíróság tehát csak „kitölti” ezt a joghézagot. A Ptk. 2:48. § szerint képmás vagy hangfelvétel elkészítéséhez és felhasználásához az érintett személy hozzájárulása szükséges, de nincs szükség az érintett hozzájárulására a felvétel elkészítéséhez és az elkészített felvétel felhasználásához tömegfelvétel és nyilvános közéleti szereplésről készült felvétel esetén. A Ptk. szerint tehát a képmáshoz való jog kiterjed valamennyi, a képmás valamennyi lehetséges elkészítési módára és valamennyi lehetséges felhasználásra, senkit nem lehet lefotózni a hozzájárulása nélkül, és ez alól két kivételt ismer a törvény: a tömegfelvétel és a nyilvános közéleti szereplés.

Az AB ebben a döntésében lényegében AB „hozáírt” egy harmadik kivételt a Ptk-hoz: „Rendőri intézkedésről készült képfelvétel hozzájárulás nélkül is nyilvánosságra hozható, ha a nyilvánosságra hozatal nem öncélú, vagyis az eset körülményei alapján a jelenkor eseményeiről szóló vagy a közhatalom gyakorlása szempontjából közérdeklődésre számot tartó tájékoztatásnak, közügyet érintő képi tudósításnak minősül.” Ez tehát egy harmadik kivétel, amit a Ptk-ból nem lehet kiolvasni.

Ez úgy is megfogalmazható, hogy mindez *relatívává teszi a tételes jogi szabályokat, és amit ezért távol kell tartani a polgári jogtól*. Jól mutat rá erre a problémára *Vékás Lajos* és *Vincze Attila*, akik egy birtokháborítással kapcsolatos perben az alapjogok közvetlen alkalmazásának visszásságaira mutatnak rá.¹⁴ Az adott ügyben ugyanis az alperes mentesült a birtokháborítás következményei alól azért, hogy a gyülekezéshez való alapvető jogát gyakorolta egy minisztérium előtt, és az alapjogokat közvetlenül alkalmazó bírósági ítélet szerint a gyülekezéshez való jog gyakorlásának aránytalan korlátozását jelentené, ha az érintettnek figyelemmel kellene lennie a minisztérium zavartalan működésére.

Az alapjogok közvetlen alkalmazásának az is következménye, hogy *egy alapjogra való hivatkozás polgári jogilag lehet szerződésszegő is, ugyanakkor egy alanyi magánjog megsértése nem feltétlenül képez egyidejűleg alapjogsérelmet is*. Mindez a *jogdogmatika megduplázódásához, illetve a polgári jogi dogmatika kiszorításához vezet*.

14 *Vékás Lajos – Vincze Attila*. A Legfelsőbb Bíróság döntése az alapvető jogok polgári jogviszonyokban való alkalmazásáról. Gyülekezési jog birtokháborító jellegű gyakorlása. Jogesetek Magyarázata 2011/4. 13.

Az alkotmánybíróság természetesen a bírói jogértelmezés felülvizsgálatára megnyíló hatásköre révén meghatározhatja a jogalkalmazó szerveknek, hogy a határozatlan jogi fogalmakat hogyan töltsék meg tartalommal. A bizonytalan jogfogalmak és generálklauzulák viszont csak akkor tarthatóak, ha azok viszonylag stabil tartalmú jogi normák keretein belül kerülnek alkalmazásra. Így például a művészeti szabadság terén a *művészet* fogalmának meghatározhatatlansága még nem akkora probléma, amikor csak az állami beavatkozásról való lemondásról van szó, ám amikor más polgárnak meg kell hátrálnia az alapjogaival ezzel a definiálatlan alapjoggal szemben, az már önkényes és nem érthető meg többé. Ennek az optimalizálására felhozható, hogy csak „kétség esetén” lépjen be a képbe az alkotmány, vagyis kétség esetén azt az értelmezést kell választani, amely az alaptörvényi norma jogi hatóerejét a leghatékonyabban bontakoztatja ki.

Ez a példa egy másik aspektusát is megvilágítja az egész problémának: amennyiben az alapjogoknak a magánjogi jogviszonyokban közvetlen érvényesülést követelünk meg, úgy lényegében olyan kötelezettségeket rónánk (váránk el) a magánszemélyektől, amelyet korábban (addig, amíg az alapjogokat csak az állam-egyén viszonylatában értelmeztük) „csak” az állammal szemben vártunk el (lásd pl. az adatvédelem esetén átláthatóság követelményét.¹⁵)

Az állam-egyén viszonylatában ugyanis csak az állami beavatkozásról való lemondásról van szó, ám a magánjogi jogviszonyokban már a másik polgárnak meg kell hátrálnia az alapjogaival. A polgári jog relatív szerkezetű jogviszonyaiban mindkét fél tud valamilyen alapjogra hivatkozni, így a kettőjük jogai közti mérlegelést nem lehet alapjogi szinten elvégezni, ráadásul ha alkotmányos szinten az egyik félnek többletjogot biztosítunk, a másik felet ugyanabban a jogviszonyban hátrányba hozzuk. A polgári jogban gyakran előforduló háromoldalú jogviszonyokra pedig például már fogalmilag is értelmezhetetlen az alapjogok kollíziója esetére az alkotmány által előírt arányosság-elve.

A következő kritika úgy fogalmazható meg, hogy *az összes lehetséges alapjog-kollízióra az alkotmány rendelkezései nem kínálnak megoldást*. A konkrét, egymással szemben álló jogi érdekek mérlegelésére pedig az alkotmánybíróság kevésbé alkalmas, mint a rendes bíróságok. Az alkotmánybírósági eljárásban ugyanis már nincs ellenérdekű fél, ezért ott gyakorlatilag csak az egyik fél érdekei jelennek meg, és sok esetben csak az egyik fél érdekei, alapjogvédelmi szempontjai mentén folytatja le az alkotmánybíróság a mérlegelést. Az alkotmánybíróság tehát nem alkalmas az érdekeknek a polgári jogviszonyokban lényegében elkerülhetetlenül szükséges mérlegelésére. Míg a polgári jogi bíró ismeri az eljárás részleteit és képviselve van előtte az ellenérdekű felek mindegyikének érdeke, addig az alkotmányjogi panasz eljárás erre nem alkalmas, mert csak a panaszos *egyoldalú* érdeke jelenik meg az eljárásban, a többi fél érdekei viszont ott nincsenek képviselve.

Ehhez hozzákapcsolódik még az, hogy az alkotmánybíróság hivatkozhat arra, hogy ő nem köteles minden esetben meghatározni a konkrét esetben felhívott alapjog

15 Lásd a témáról bővebben: Téglásiné Kovács Júlia: Információs önrendelkezési jog és információszabadság. In: Csink, Lóránt (szerk.) Alkotmányjog. Budapest, Magyarország: Novissima Kiadó, (2014) pp. 14-25.

adott jogszabályra vonatkoztatott jelentését, hanem lehetősége van a törvényhozóra hagynia ennek meghatározását. Szemben a rendes bíróságokkal, amelyeknek döntési kötelezettségük van, érdemben el kell bírálniuk minden eléjük kerülő ügyet.

A következő kritika, hogy az alapjogiasítással az alkotmánybíróság lényegében elvonja a szociális szempontokat mérlegelő és a társadalommal szemben politikai felelősséggel rendelkező jogalkotótól a magánfelek közötti, meghatározott társadalmi viszonyok szabályozását, és ezáltal viszont maga számára megteremti a lehetőségét annak, hogy ha a jogalkotó bármiben is politikai mérlegelés alapján meg kívánja változtatni a magánfelek közötti adott jogviszony szabályozását, akkor ebbe alkotmányjogi alapon az alkotmánybíróság a jövőben beavatkozhat. Ez akár felveti a hatalommegosztás elvének figyelmen kívül hagyását is.

Pokol Béla a kötetében a német alkotmánybírák magánjogot alkotmányjogiasító döntéseinek egyik legnagyobb kritikusaként utal Uwe Diederichsen, göttingeni jogászprofesszorra.¹⁶ Diederichsen 1998-ban írt tanulmánya ugyanis – a német Alkotmánybíróság, mint legfelsőbb polgári bíróság címmel¹⁷ – egyrészt a magánjog és a közjog fogalmainak keveredéséből eredő jogbizonytalanságot helyezi középpontba, másrészt olyan hatásköri problémákra is rámutat, hogy ti. a valódi alkotmányjogi panasz¹⁸ eszközével rendelkező alkotmánybíróság voltaképpen „szuper-legfelsőbb bíróságként” funkcionál, hiszen konkrét döntéseket vizsgál felül, nem pusztán az alkalmazott jogi normát.¹⁹ Diederichsen rámutat arra, hogy az Alkotmánybíróságnak ez a funkcióváltása a

16 Diederichsen kritikáinak jó összefoglalását adja: Tóth J. Zoltán: Actio popularis vagy valódi Alkotmányjogi panasz? Korreferátum. In: Balogh Elemér – Cserny Ákos – Patyi András – Téglási András (szerk.): Változások a magyar alkotmányjogban. Tanulmányok az Alaptörvényről. Nemzeti Közzolgálati és Tankönyvkiadó, Budapest, 2012. 279. p. 19. lj.

17 Uwe Diederichsen: Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre. in: Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 198 (1998), 171–260.

18 A valódi alkotmányjogi panaszról a magyar alkotmánybírósági gyakorlatban lásd legújabban: CSERVÁK Csaba (2016): A régi alkotmányjogi panasz hiányosságainak szemléltetése. *Jogelméleti Szemle*. 2016/4. 11–20.; CZINE Ágnes (2015): Az alkotmányjogi panaszok szerepe a büntető ügyekben. *Acta Juridica et Politica, Szeged* 2015/2. 7–16.; GÁRDOS-OROSZ Fruzsina (2013a): A bírói döntések ellen benyújtott alkotmányjogi panaszok befogadhatósága I.: Az Abtv. 26. § (1) bekezdése. *Alkotmánybírósági Szemle*. 2013/4. 74–81.; GÁRDOS-OROSZ Fruzsina (2013b): A bírói döntések ellen benyújtott alkotmányjogi panaszok befogadhatósága II.: Az Abtv. 27. §-a. *Alkotmánybírósági Szemle*. 2013/4. 82–89.; TÓTH J. Zoltán (2012): Az alkotmánybírósági egyéni alapjogvédelem eszközei és gyakorlata – egykor és most. In: RIXER Ádám szerk.: *Állam és közöség. Válogatott közjogi tanulmányok Magyarország Alaptörvénye tiszteletére*. Budapest, Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 344–372.; TÓTH J. Zoltán: A „valódi” alkotmányjogi panasz használatba vétele: az Abtv. 27. §-a szerinti panasz első két éve az Alkotmánybíróság gyakorlatában. *Jogtudományi Közöny*, 2014/5. 224–238.; TÓTH J. Zoltán: Az egyéni (alap)jogvédelem az Alkotmányban és az Alaptörvényben (I. rész). *Közjogi Szemle*, 2012/3. 11–19.; TÓTH J. Zoltán: Az egyéni (alap)jogvédelem az Alkotmányban és az Alaptörvényben (II. rész). *Közjogi Szemle*, 2012/4. 29–37.; VARGA Zs. András: Mit ér a panasz, ha alkotmányjogi? *Acta Juridica et Politica, Szeged* 2015/2. 137–148

19 Diederichsen tanulmányának részletes elemzését lásd Molnár András – Téglási András – Tóth J.

magánjog dogmatizálódását eredményezi az alkotmányjog szintjén, vagyis tulajdonképpen egy kettős dogmatikához vezet. Mindez szerinte azzal a veszéllyel jár, hogy a BGB rendelkezései és a hozzá tartozó bírósági jogértelmezéssel megtöltött tartalom, sőt az egész polgári jogi dogmatika kvázi csak mint egy eredetileg nagyon értékes, később aztán a szuvasodástól lyukassá vált bútordarab fog ácsorogni, amelyben a felfalt sejtösveteket ugyan műanyag bespriccelésével a lyukakba még pótolják, ám a megdermedt anyag majd átveszi az élő fa funkcióját.²⁰

Diederichsen aggodalmát erősíti *Michal Bobek* azon megállapítása, miszerint tulajdonképpen bármely ügy és jogvita átfogalmazható alkotmányossági és emberi jogi kérdéssé,²¹ vagyis lényegében bármit lehet „konstitucionalizálni”.²² Bobek utal a cseh alkotmánybíróság egy tagjának személyes elmondására, aki szerint látszólag bármi lehet alkotmányossági kérdés, feltéve hogy a hivatkozott alkotmány szövege tartalmaz legalább három alapjogot: az emberi méltóságot, a tisztességes eljáráshoz való jogot és a diszkrimináció tilalmát.²³

Stathis Banakas, a University of East Anglia professzora rámutat arra, hogy a magánjog mind történelmi, mind társadalmi okokból elsőként határozta meg az emberi méltóság védelmét más jogágakhoz, így pl. az alkotmányjog területéhez képest. Az élethez, szabadsághoz, testi épséghez, tulajdonhoz és jó hírnévhez való jog már a *ius civile* által is védett volt, jóval bármely alkotmányos jog megjelenése előtt. Hasonlóan a büntetőjog és a büntető eljárásjog is az alkotmányjogtól függetlenül fejlődött évszázadokon keresztül

Zoltán: A magánjogi és az alapjogi érvelések együttélése – feszültségek és dilemmák. Jogelméleti Szemle. 2012/2. 88–117.

20 *Molnár – Téglási – Tóth J.*: i. m. 111. Érdekes, hogy miközben a magyar Alkotmánybíróság a valódi alkotmányjogi panaszok nagyarányú visszautasító végzéseit indoklásában következetesen elhatárolódik attól, hogy a bírósági szervezet feletti „szuperbíróság” szerepébe lépjen, és hagyományos jogorvoslati fórumként járjon el” {először lásd: 3325/2012. (XI. 12.) AB végzés, Indokolás [14]}, illetve bármilyen szakjogi kérdésben állást foglaljon, a befogadási szempontjai között ezidáig nem jelent meg az az elhatárolási szempont, hogy köz- vagy magánjogi jogvitáról van-e szó, így például ugyanúgy szakjogi kérdésnek tekintette és ezért nem foglalkozott egy választási ügygel, mint például egy nem vagyoni kártérítési ügygel, annak ellenére, hogy a választójog kifejezetten az alkotmányjogi jogágba tartozik. Lásd: 3276/2014. (XI. 4.) AB végzés. E végzés bővebb elemzését, és általában az alkotmányjogi panaszindítványok befogadási gyakorlatának bemutatását a választásokkal kapcsolatos AB-döntések alapján lásd: Lovassy Ádám – Téglási András: Az Alkotmánybíróság választásokkal kapcsolatos joggyakorlata (2012–2017) – Az alkotmányjogi panaszindítványok befogadási gyakorlata a választásokkal kapcsolatos AB-döntések alapján c. alfejezet. In: Téglási András (szerk.): Tanulmányok a választójog, a választási rendszerek és a népszavazás aktuális kérdéseiről – A Választás és Demokrácia Ludovika Kutatócsoport kutatási eredményei (2017–2018). 437–438. p.

21 *Michal Bobek*: Quantity or Quality. Re-Assessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe. EUI Working Paper Law No. 2007/36. 18–19. p.

22 Erre szoktam felhozni azt a mondást, hogy „akinek kalapács van a kezében, az mindent szögnek lát”, így az alkotmányjogászok is hajlamosak minden jogvitát az alkotmányjog „szemüvegén keresztül” megoldani, vagy legalábbis ezt megpróbálni.

23 *Bobek*: i. m. 18–19. 57. lj.

egyebek közt azért, hogy hatékony védelmet nyújtson az emberi méltóság különböző aspektusainak.²⁴ Az *Egyesült Királyságban az Emberi Jogok Törvényének (Human Rights Act) 1998-ban történő elfogadását követően a bírák az emberi jogok érvényesítését a klasszikus magánjogi elveken keresztül igyekeznek fejleszteni*, amit megkönnyít, hogy az angol kötelmi (szerződési, kártérítési) jog számos klasszikus alapelve lényegében megfeleltethető egy-egy emberi jognak. Így pl. a felek szabad akaratából történő, befolyásmentes szerződéskötés (*Duress and Undue Influence*) vagy az ésszerűtlen kivételek kikötésének korlátozása (*control of unreasonable exception clauses*) a magánjogban olyan alapjogokkal hozható összefüggésben, mint pl. az egyén személyiségének szabad kibontakoztatása vagy az egyén önrendelkezési jogának tiszteletben tartásához való jog. Egyből hozzá kell tenni, hogy az angol bírák nagyon óvatosak az írott törvények alkalmazása terén (és az Emberi Jogok Törvénye is „csak” egy törvény, nem alkotmány), és igyekeznek a törvényeket szűken értelmezni, szemben a bírák alkotta *common law* joganyagának értelmezésével.²⁵

3. Összegzés

Összegezve a fentieket, magam úgy vélem, hogy a magánjogi jogviszonyokban számomra a főszabály az lenne, hogy alapjogokra közvetlenül ne lehessen hivatkozni bíróság előtt magánjogi jogvitában. Az alapjogok történetileg is az állam-egyén viszonylatában alakultak ki és fejlődtek, egyenrangú mellérendelt felek viszonylatában hivatkozási alapként (a legtöbb esetben) eleve nem használhatóak, nem értelmezhetőek. Az egymással mellérendeltségi viszonyban lévő, egyenrangú magánfelek különböző jogi érdekeinek precíz mérlegelését a polgári jog már több évezredes szabályai állapítják meg. Ezeket a jogszabályokat végsősoron az Alkotmánybíróság normakontroll keretében vizsgálta felül.

Meglátásom szerint magánszemély legfeljebb csak akkor hivatkozhatna alapjogaira közvetlenül egy jogvitában, ha a másik fél az állam, aki magánjogi félként vesz részt az adott perben. E téren még a processzuális jellegű alapjogok tekintetében tudnék *végsősoron* kivételt engedni, úgymint a tisztességes eljáráshoz való jog vagy a jogorvoslathoz való jog, ezekre ilyen esetekben is mindkét fél bármikor hivatkozhat, de csak ha a törvényi szabályozás elégtelennek bizonyul.

Az Alaptörvény rendelkezései – meglátásom szerint – néhány speciális kivételt megengednek, pl. a véleménynyilvánításhoz való jog esetében.

Ami a főbb kritikákat illeti, röviden összegezve azt mondhatjuk, hogy a magánjogi jogvitákban az alapjogokra történő közvetlen hivatkozás elsősorban azért aggályos, mert kiszámíthatatlanná, visszaható hatályúvá és ezáltal önkényessé teszi (teheti) a jogviták eldöntését.

24 *Banakas*: i. m. 85.

25 *Banakas*: i. m. 91–92.

A PÉNZÜGYI JOG SZERKEZETE ÉS FORRÁSAI

Az alábbiakban először összefoglalom Pokol Béla gondolatait úgy, ahogy én értem, majd a pénzügyi jog rövid meghatározását követően, ennek egyes jellemzőit vázolom fel a duális modell jogrétegei közül háromban.

1. Pokol Béla alapgondolatainak rekonstrukciója

1. A fejlett, komplex társadalmak működése a jog belső ellentmondás-mentességének magas fokát igényli, ezt a jogi normák rendszerszerűsége tudja biztosítani.² Pokol Béla a jogot rendszerként határozza meg és rétegekre bontja; ez utóbbi indoka, hogy a jogot nem lehet pusztán jogszabálysöveggként meghatározni.³ A jog úgy jelenik meg egységes rendszerként, hogy magában foglalja az alapszöveg – jogszabály – rétegét, az ennek jelentését tisztázó, értelmezését adó fogalmi (dogmatikai) réteget és az egyes esetre konkretizáló legfelsőbb bírósági döntések rétegét. A („hagyományos”) jogrendszer alapvető jellemzője az alapvető szövegréteg, a parlamenti jog demokratikus politikai legitimitációja. Jóllehet a(z eredeti) jogalkotó elveszíti a közvetlen kontrollt a műve felett, tekintve, hogy azt a dogmatikai és az esetjogi szint is alakítja, azonban ismételt jogalkotás eszköze a rendelkezésére áll.

A modern jogrendszer strukturálisan ráépül a politikára, azaz a törvényben a politikai prioritások érvényesülnek, azonban a jogrendszer részévé ezek a jogalkotási eljárásban válnak, ezért jog mikrofolymatai lezárulnak a politika felé.⁴

Ennek a rendszernek eltérő fejlődési útjai voltak. Így pl. az angolszász világban vagy az európai jogrendszerekben az egyes rétegek eltérő súllyal vannak jelen. A szerző a 90-es évek tapasztalatai alapján az így felfogott jogrendszert kiegészítette egy negyedik réteggel, amit alapjogi réteggel nevezett.

2. Szemben a hagyományos joggal, amelynek szövegrétege – figyelemmel a rendeleti szintekre is – jórészt lefedi a szabályozás tárgyát, ezért a bírói jogértelmezés tere szűk, az alkotmányi jog az alkotmány elsősorban jogelvekre épülő szabályozási technikája miatt tág teret enged a bírósági jogértelmezésnek; az alkotmányi jogban a súlypont

1 Tszv. egyetemi docens, ELTE ÁJK Pénzügyi Jogi Tanszék.

2 POKOL Béla: A jogrendszer duplázódása. Kézirat, Budapest, 2019, 1.

3 A jog és a jogrendszer fogalmáról: POKOL Béla: A jogrendszer duplázódása.; POKOL Béla: Jogelmélet: Társadalomtudományi trilógia II. Budapest, Századvég Kiadó, 2005, 15-16. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-104296> (A továbbiakban: Jogelmélet ...)

4 POKOL Béla: Jogelmélet ...17.

átkerül az alkotmánybírósági esetjogra. Ma úgy látja, hogy az általa alkotmányi jognak nevezett joganyag olyan súlyú, hogy nem illeszthető a hagyományos értelemben felfogott jogrendszerbe negyedik réteggént; napjainkra a jogrendszer megduplázódott. Az alkotmányi jog hatását mind a politikai, mint a jogrendszerre vonatkozóan elemzi. Eszerint a politikai rendszerre az alkotmányi jog az absztrakt normakontroll útján van hatással, a lényegét tekintve megduplázza azt, tekintve, hogy a demokratikus választások eredményeként létrejövő parlament által hozott törvényeket az alkotmánybíróság megsemmisítheti. Abban az esetben, ha az alkotmánybíróság hatásköre kiterjed a bíróságok döntéseinek felülvizsgálatára is, úgy a jogrendszer belső szöveibe történő behatolást eredményez és ez már a – modell szinten – zárt jogrendszer megduplázódásához vezet.

A lényegét tekintve az alkotmányi (alapjogi) jog mintegy ráborul a politikai és a jogrendszerre; létrejön egy kettős társadalomirányítási rendszer, amelynek egyik részét a demokrácia, míg másik részét a jurisztokrácia fogalmával jelöli.

3. A jurisztokrácia legfontosabb jellemzője, hogy egy kis létszámú szakértői testületnél koncentrálnak a társadalom alapvető együttélési szabályaira vonatkozó lényegi döntések, ami az alkotmányok szabályozási technikái miatt jelentős teret hagy az alkotmányértelmezésnek, ami viszont az egyes alkotmánybírák értékhierachiájának ad tág teret, amennyiben a döntéseket ez alapvetően meghatározza; az eseti döntésnél szembenálló alapjogok közötti választás az egyéni értékhierarchiát tükrözi. A bíróság tagjainak kicserélődése esetén változhatnak a döntést meghatározó szempontok E körben a politikai szál erős, tekintve, hogy az alkotmánybírák kiválasztásának módja a demokrácia rendszerében történik. Ebben a körben említi Brennan bíró kijelentését az 5-ös szabályról, ami az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának szavazattöbbségi szavazatszámára utal, és azt jelenti, hogy a 9 fős bírói testületben a többség képes alapvető kérdéseket eldönteni, a döntéseknek irányt adni.⁵

A jurisztokrácia alapvető jellemzője, hogy a demokratikus akaratképzés jelentős korlátjaként jelenik meg, de, ha továbbmegyünk megfogalmazható az az állítás, hogy a politikai akaratképzés jelentős mértékben átcsúszik a választott intézményekről az alkotmánybíróságokra.

A jurisztokratikus rendszerek kiépítésében döntő szerepe volt az amerikai politikai elitnek a XX. század második felében. Jellemzően arról volt szó, hogy a diktatúrák megszűnése után – második világháború, szocialista rendszerek – számos állam egy győztes, majd egy globális hegemon hatalom által meghatározott normatív keretet kapott, ahelyett, hogy saját maga hozhatta volna létre demokratikus keretek között a jogrendszerét.

5 Ugyanígy pl. Mark TUSHNET Justice Brennan, Equality, and Majority Rule, 139 U.Pa. L. Rev. 1357 (1991). <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:12918344>
Dawn JOHNSEN: Justice Brennan – Legacy of a Champion, 111 MICH. L. REV. 1151 (2013). <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss6/14>

4. Pokol Béla a jogot a társadalomirányítás eszközeként fogja fel, és a jog rétegeire vonatkozó elemzése mögött meghúzódó – legalábbis egyik – alapvető kérdése: ki irányítja a társadalmat a jog útján, azaz ki dönt? Amint írja, a demokrácia és a jurisztokrácia kettős politikai rendszere „egyrészt az országon belül domináns körök demokratikus uralmát, másrészt a globális uralmi körök – zömmel az összefonódott globális nagytőkés csoportok – hatalmi törekvéseit feszíti egymásnak.”⁶

2. Kérdések a rekonstrukció kapcsán

1. Kérdés, hogy végérvényes-e a törvényhozó/végrehajtó hatalom és bírói hatalmi ág közötti hatalmi átrendeződés vagy egy folytonosan átrendeződő viszonyrendszerrel, hatalmi egyensúlyról van szó? Az alábbi példák, mintegy kivételként erősítik a szabályt, vagy azt bizonyítják, hogy a két hatalmi ág között az egyensúly visszatérően átrendeződik?

Az angol jogirodalomban Dicey nyomán hosszú időn keresztül a Parlament szuverenitásának tana érvényesült. A Parlament szuverenitása nem volt korlátozható a bíróságok által.⁷ Az elmúlt évtizedekben a vita tárgyát a parlamenti szuverenitás és határainak, elsősorban emberi jogi alapon történő behatárolása képezte.⁸ Valószínű, hogy többek között az európai bíróságok – az EUB és az EEJB – hatásköre és döntései is hozzájárultak ahhoz, hogy az Egyesült Királyság kilépett az Európai Unióból.⁹ A brexit mellékhatása valószínűleg hatalmi átrendeződés, visszarendeződés lesz.

A múlt század harmincas éveiben az Egyesült Államokban Roosevelt elnök és a Legfelsőbb Bíróság között hatalmi harc folyt, amit sokféleképpen lehet értékelni, de a New Deal csomag végül megvalósult.¹⁰

Az Egyesült Államokban a bíróságok felülvizsgálhatják azt, hogy a jogszabály összhangban van-e az alkotmánnyal és, ha nincs összhangban, nem alkalmazzák.¹¹

6 POKOL Béla: A jogrendszer duplázódása. Kézirat, Budapest, 2019, 1-20., 9-10.

7 ALBERT V. DICEY: Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Liberty Classics Reprint. Originally published: 8th ed. London: Macmillan, 1915, 1-2., 19. <https://oll.libertyfund.org/titles/dicey-introduction-to-the-study-of-the-law-of-the-constitution-1f-ed>

8 R. C. CAENEGEM: *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge University Press, 1995 (elektronikus változat 2012) 199-200. Amint fogalmaz: „It is clear that the debate on a Bill of Rights for Britain – and judicial review – goes beyond academic comment, and concerns basic political views and options about that most sacred keystone of British life, the Parliament at Westminster.” (200.) JEFFREY GOLDSWORTHY: *Parliamentary Sovereignty*. Cambridge University Press, Cambridge, 2010; ROGER MASTERMAN: *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution – Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*. Cambridge University Press, Cambridge, 2010. JOHN LAWS: *The Common Law Constitution*. (The Hamlyn Lectures), Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

9 PL. POKOL Béla: Speciális – konkretizált alkotmányjogok (A jogágak alkotmányjogiasítása és ennek fokozatai), Kézirat, Budapest, 2000, 1-34., 30.

10 WILLIAM E. LEUCHTENBURG: The Origins of Franklin D. Roosevelt’s „Court-Packing” Plan. *The Supreme Court Review*, Vol. 1966 (1966), 347-400.

11 A *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) döntés alapozta meg ezt a felfogást.

Itt a bírói döntés határának megvonására a politikai kérdés elmélet (political question doctrine) szolgál, ami hagyományosan a bíróság hatáskörébe tartozó jogkérdések, valamint a törvényhozás és a végrehajtó hatalom hatáskörébe tartozó politikai kérdések elválasztására szolgál.¹² Valószínű, hogy a határok megvonásának problémája kevésbé éles akkor, amikor a legfelső bírói hatalom és a törvényhozó/végrehajtó hatalom azonosan lát egyes problémákat; vö az 5-ös szabállyal.

Magyarországon sokáig a Sólyom László vezette Alkotmánybíróság aktivizmusa és annak mértéke képezte a vita tárgyát,¹³ napjainkban pedig az, hogy valós kontrollt jelent-e az Alkotmánybíróság.¹⁴ A 2010-ben történt hatalmi ártrendeződés kihatott az Alkotmánybírók választására is.

2. Ha olyan mértékű változás jön létre, amely lehetővé teszi a jogrendszer elgondolását egy új modellben, akkor feltételezhető, hogy azok a társadalmi-gazdasági viszonyok, amelyek keretében működik a jog, jelentősen megváltoztak. Egy-egy állam hatalmi szerkezete jellemzően akkor változik meg, ha a politikai erőviszonyokban a változást kikényszerítő ártrendeződés történik. Így volt ez például, a polgári forradalmak során is, amikor a harmadik rend a legtöbb országban elfoglalta az abszolutizmus által létrehozott központosított állam irányító pozícióit és létrehozott egy oligarchikus parlamenti rendszert; a társadalom kis része rendelkezett választójoggal.¹⁵ Kérdés, hogy mi az a változás, ami a jurisztokratikus modell meghatározóvá válását okozta? Hogyan lehet meghatározni azt a hatalmi szerkezetet, ami kikényszerítette ezt az átalakulást? A XX. században, a diktatúrák után újraszerveződő, elsősorban a kodifikált jogra támaszkodó európai társadalmakban jellemzően az volt a kérdés, hogy a törvényes jogtalansággal szemben milyen ellensúly, garancia képezhető. Ezért az új demokráciák rendszerében kézenfekvőnek tűnt a demokratikus módon létrehozott alkotmányok kereteinek megtartását garantáló alkotmánybíróságok létrehozatala. Kérdés, hogy az évtizedek óta

12 J. Peter MULHERN: In Defense of the Political Question Theory, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 137: 97-1988, 97-176.; Louis Michael Seidman: The Secret Life of the Political Question Doctrine. 37 *J. Marshall L. Rev.* 441-480 (2004) <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/563>

13 Pl. STUMPF István: *Erős állam – alkotmányos korlátok*, Századvég, Budapest, 2014, 19.; POKOL Béla: Demokrácia, jogállam, konstitucionalizmus – A magyar alkotmányos berendezkedés feszültségei In: *Magyarország évtizedkönyve I-II.* (szerk. Kurtán Sándor-Sándor Péter-Vass László). Demokrácia Kutatások Magyar Központja Alapítvány, Budapest. 1998, I. kötet; <http://www.politikaievkonyv.hu/online/mp10/>

14 Pl.: SÓLYOM, László: The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary. In BOGDANDY, Armin von – SONNEVEND, Pál (eds): *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*. London, 2015. 5–32., 22. és köv.; HALMAI Gábor: Illiberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in European Perspective, in S. Kadelbach (ed.), *Verfassungskrisen in der EU, Nomos*, 2018, 84-103., 99. <https://eui.academia.edu/G%C3%A1borHalmai>

15 Raoul C. CAENEGEM: *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge University Press, 1995, 194–195.; CONCHA Győző: *Újkori alkotmányok*. I. kötet. Budapest, 1884.

működő alkotmánybíróságok korábban kevésbé adtak-e okot a jurisztokrácia-kérdés felvetésére? Ha új jelenségről van szó, akkor mi történt, mi változott?

3. Korunk nemzetközi szakirodalmában jelentős súllyal van jelen az a gondolati irányzat, amely szerint megérkeztünk a westfáliai szuverén nemzetállam korszakának végéhez és új megoldásokat kell találni a most már globális társadalom irányítására, igazgatására.¹⁶ Jellemzően a „governance”, „global governance”, „global law” kulcsfogalmak köré szerveződnek a gondolatok, és a lényegyet tekintve globális technokrata intézmények szerepének növelését tekintik megoldásnak. Kérdés, hogy a jogduplázódás-jurisztokrácia modell a „governance” jelenségre milyen magyarázatot ad?

3. A pénzügyi jog meghatározása – globalizáció

1. A pénzügyi jogi kérdések vizsgálata előtt, először magának a pénzügyi jognak a meghatározásáról kell szólni, mert időnként jogászok között sem egyértelmű a fogalom tartalma. A pénzügyi jogot a pénzügyi rendszert szabályozó közjogi normák összességéként határozom meg.¹⁷ Jobbölcséleti nézőpontból ez a meghatározás több kívánnivalót hagy maga után, azonban segít a tárgy körvonalainak világos meghatározásában. A szerkezetet tekintve, pénzügyi rendszert három részre tagoljuk: közpénzügyi (fiskális) rendszer, monetáris rendszer pénzügyi piac.¹⁸ A pénzügyi jog részei: a számviteli jog, az államháztartási jog, a közbevételek joga (adó jog, illeték jog stb.), a monetáris rendszer joga, a pénzügyi piac közjoga (pl. a hitelintézetek szabályai), a nemzetközi és európai pénzügyi jog.

2. Rendszerszinten is mutatnak új vonásokat a pénzügyi jogban az elmúlt harminc évben történt változások. Ezek a változások összefüggésben vannak azokkal a politikai, piaci és technológiai változásokkal, amelyek végbementek, és amiket jellemzően a globalizáció (regionalizáció) és a digitalizáció kulcsszavakkal tudunk megragadni.

3. A globális (európai) piac kialakulásának mintegy technikai előfeltétele a devizaműveletek liberalizálása, azaz a pénzügyi jogi államhatárok meghatározó részének lebontása volt, ami maga is okozat. A nemzetközi kereskedelemhez kapcsolódó folyó fizetési műveletek liberalizációja már egészen korán, a világháborút követően megkezdődött, a tőke műveletek szabaddá tétele, hosszabb folyamat és ma sem teljes globális szinten. Az Európai Unióban az egységes belső piac létrehozásának előfeltétele volt, ezért 1990. július 1-től lehetővé

16 Pl. Rafael DOMINGO: *The New Global Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2010; Terence C. Halliday – Gregory Shaffer (eds.): *Transnational Legal Orders*. Cambridge University Press, Cambridge, 2015;

17 SIMON István: *Pénzügyi jog I.* ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 2019, 21.

18 Hasonlóan pl.: Vígvári András: *Pénzügy(rendszer)tan*. KJK-Kerszöv, Budapest, 2004

tették a tőke szabad áramlását.¹⁹ Ugyanígy, mára a pénzügyi szolgáltatások nyújtása – korlátokkal – a globális piacon, és teljes körűen az európai piacon szabaddá vált; e körben is megszűntek a pénzügy jogi államhatárok.²⁰

4. A globális térben átalakultak a nemzetállamok közötti hatalmi viszonyok, és megjelentek más hatalmi csoportok, központok is. A 2007-ben indult válság kezdete óta a globális gazdaságot érintő pénzügyekre (pénzügy piac, adózás) vonatkozó döntések a G20 csoportban születnek, mintegy általános politikai irányt meghatározó testületként működik. A Pénzügyi Stabilitási Tanács (Financial Stability Board) a globális pénzügyi piac biztonságos működésének elősegítésére, a 2009. szeptember 25-i G20 csúcson létrehozott egyfajta szakpolitikai ernyőszerkezet, amely a pénzügyi piacra vonatkozó szabályozással, felügyelettel foglalkozó szervezeteket koordinálja. Tagintézményei egyes államok képviselőiben ezek pénzügyi igazgatási szervei (pénzügyminisztériumok, központi bankok), nemzetközi pénzügyi intézmények (pl. IMF, BIS, ide sorolják be az OECD-t is) és pénzügyi sztenderdkészítő szervezetek (pl. Bázeli Bizottság, IOSCO, Nemzetközi Számviteli Standard Testület).²¹ Az FSB sztenderdkészítő tagjai és az OECD a legjelentősebb globális pénzügyi szabályozó szervezetek.

5. A jogi változásokról gondolkodva hangsúlyosnak látom a globális jogalkotás különféle megoldásainak intézményesülését, amit akár globális pénzügyi kormányzásnak is nevezhetünk, tekintve, hogy normaalkotásról van szó. Úgy látom, hogy ebben a körben a szuverén nem gyakorolja jogalkotási jogát, joghatósága, mintegy kiürült. Természetesen, – amint ez majd szóba kerül a Bazel I. irányelv röviden leírt keletkezéstörténél – az, hogy egy állam részt tud-e venni és milyen mértékben a szabályalkotás folyamatában attól is függ, hogy milyen súllyal rendelkezik a nemzetközi térben. Az elmúlt években megfigyelhető volt, hogy a globális pénzügyi szabályozással foglalkozó szervezetek a G20-tól eredeztették a felhatalmazásukat (pl. OECD BEPS project).

Új jelenség a (választott)bírói jog megjelenése olyan területeken, amelyek közvetlenül az államok pénzügyi szuverenitását érintik, pl. államok közötti adóviták, az EUB szerepének növelése az euró zóna tagállamok makro pénzügyi vitáinak eldöntése körében.

A digitálizáció számos változást hozott, és az új jelenségeket nehéz a jog hagyományos eszközével leírni, rendszerbe foglalni. Ezért, pl. olyan jogi megoldások is születnek, amelyek törvényen kívülre nyilvánítanak piaci szereplőket, azért, hogy így adjanak jogot az árnyalatnak. Ilyen pl. az Innovációs Pénzügyi Tesztkörnyezet (regulatory sandbox).²²

19 88/361/EGK irányelv

20 Ld. WTO – General Agreement on Trade in Services (GATS)

21 <https://www.fsb.org/about/fsb-members/>

22 Pl. MNB Innovációs Pénzügyi Tesztkörnyezet <https://www.mnb.hu/innovation-hub>

4. A pénzügyi jog a duális modellben – alkotmányi jog

4.1. Az alkotmányi szövegréteg meghatározottsága

1. Az Alaptörvény pénzügyi tárgyú rendelkezései meghatározzák a monetáris- és a fiskális politika alapvető kereteit.²³ A monetáris rendszert a K) cikk, amely szerint a Magyarország hivatalos pénzneme a forint, és a Magyar Nemzeti Bankra vonatkozó 41. cikk szabályozza.²⁴ A pénzügyi piacra vonatkozó meghatározó szabály, hogy felügyeletét a 41. cikk (2) bekezdése szerint az MNB látja el. Ezzel bankjegy kibocsátás monopóliuma mellett, a tágabb értelemben vett pénzteremtés kontrollja is az MNB hatáskörébe került.

A fiskális rendszerre vonatkozó rendelkezések közül az államadósság-fék szabályokat²⁵ és a Költségvetési Tanácsra vonatkozó szabályokat, különösen a Tanácshoz telepített vétőjogot kell említeni.²⁶ A Költségvetési Tanács hozzájárulása nélkül a költségvetési törvény elfogadásáról az Országgyűlés nem dönthet. A Tanács akkor tagadja meg a hozzájárulását, ha a költségvetési törvényjavaslat nem biztosítja az államadósság csökkentését a megelőző évi mértékhez képest. Az itt említett szabályok, a Stabilitási törvény államadósságra, a költségvetési hiányra és a költségvetés módosítására vonatkozó szabályokkal együtt adják azt a keretet, amely megteremti az autonóm fiskális és monetáris politikai döntések alkotmányos és sarkalatos törvényben biztosított előfeltételét.²⁷

2. Az alkotmányi szövegréteg formálódásában döntő szerepet játszott a 2008-as pénzügyi válság, az EU tagállamok közös válasza és az az út, ahogy Magyarország gazdasági és politikai értelemben megoldotta a válságot. Az útkeresést és magát a választott utat jelentős mértékben befolyásolta az ország belső állapota, a válságot megelőző három

23 Arról, hogy miért gondolom azt, hogy indokolt volt a pénzügyek új alkotmányi szabályozása máshol már írtam. Ld: SIMON István: A közpénzügyek szabályozása az alkotmányban. In: Drinóczi Tímea, Jakab András (szerk.) Alkotmányozás Magyarországon 2010–2011. II. köt. : Pázmány Press, Budapest- Pécs, 2013. 361-417. Elektronikus formában: Pázmány Law Working Papers 2011/16. 1-41. <http://plwp.eu/evfolyamok/2011/122-2011-16>; SIMON István: Az Alaptörvény hatása az adójogra, különös tekintettel a magánszemélyek adózásában bekövetkezett változásokra. MTA Law Working Papers 2018/14. <https://jog.tk.mta.hu/mtalwp/az-alaptorveny-hatasa-az-adojogra-kulonos-tekintettel-a-maganszemelyek-adozasaban-bekovetkezett-valtozasokra>

SIMON István: A magyar pénzügyi alkotmányjog átalakulása. In: 350 éves az Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Kara (szerk: Menyhárd Attila és Varga István). ELTE Eötvös Kiadó, 2019, vol II. 1559-1580. Elektronikus formában: MTA Law Working Papers 2019/2. <https://jog.tk.mta.hu/mtalwp/a-magyar-penzugyi-alkotmanyjog-atalakulasa>.

24 Az MNB-re vonatkozó szabályokat a Magyar Nemzeti Bankról szóló 2013. évi CXXXIX. törvény tartalmazza. A hagyományos központ banki feladatokra vonatkozó szabályok sarkalatosnak minősülnek. (MNB tv. 184. §)

25 At. 36. cikk (4)-(6) bekezdés, 37. cikk (2)-(3) bekezdés

26 At. 44. cikk (3) bekezdés

27 2011. évi CXCV. törvény Magyarország gazdasági stabilitásáról (Stabilitási tv.)

évtizedben kialakult globális gazdasági és politikai rend, valamint az európai politika és a jog. Ez utóbbi közvetlen hatással volt a magyar döntésekre és ezek következményeire. A választások után a magyar miniszterelnök 2010. június 3-án találkozott az Európai Bizottság elnökével. A találkozón egyértelművé vált, hogy a Bizottság nem veszi tudomásul a magyar kormány stabilizációs politikájához szükséges további eladósodást, azt, hogy a 2010-es GDP arányos költségvetési hiány 7 %-os legyen, szemben az aktualizált konvergencia programban meghatározott 3,8 %-kal.²⁸ A Nemzetközi Valutalap, mint hitelező hasonló állásponton volt. A kérdés ezt követően az volt, hogy miként lehet stabilizálni a rendszert gazdasági, politikai és társadalmi értelemben úgy, hogy az erre vonatkozó meghatározó döntések az országon belül szülessenek, tehát a szuverén pénzügyi kormányzás lehetőségét megtartsuk? Egy eladósodott ország számára fontos a különféle finanszírozási csatornák folyamatos fenntartása. Az Alaptörvény és a pénzügyi sarkalatos törvények egyes rendelkezései a fent említett problémák, kérdések fényében jobban megérthetők.

3. Az európai gazdasági és monetáris unió fejlődéstörténete, kezdve az 1970-ben elkészült Werner jelentéstől, azt mutatja, hogy a tagállamok a hatékony belső piac előfeltételeinek megteremtése érdekében fokozatosan eljutottak a közös pénz bevezetéséig és ennek stabilitása érdekében felépítettek egy makro pénzügyi, kvázi föderális államstruktúrát. Az egységes piac hatékony működésének előfeltétele volt az árfolyam-ingadozás okozta kiszámíthatatlanság kiküszöbölése. Az árfolyam-ingadozás kiküszöbölésének két útja létezik, az egyik a kötött valutaárfolyamok rendszere, a másik a közös pénz. Az 1970 őszi elkészült Werner-jelentés – amelynek elkészítéséről a Tanács a gazdasági és monetáris unió (GMU) bevezetésének előkészítését tárgyaló 1969. december elején tartott ülésén döntött – felvázolta a gazdasági és monetáris unió létrehozásának menetét.

A Werner-jelentés még gazdasági-pénzügyi szempontból egyaránt megfelelő alternatívákként kezelte a tagállamok valuta keresztárfolyamainak visszavonhatatlan rögzítését, és a közös pénz bevezetését, azonban pszichológiai és politikai szempontból a közös valuta bevezetését előnyösebbnek tartotta, mert ez az egyesülési folyamat visszafordíthatatlanságának üzenetét hordozta.²⁹ A jelentés koncepcionális alapvetése

28 Magyarország aktualizált konvergencia programja 2009-2012. Budapest, 2010. január, 28-29. és 2. sz. táblázat. https://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/20_scps/2009-10/01_programme/hu_2010-01-29_cp_hu.pdf (2020. április 5.). Az ellenzéki sajtó nem kifejezetten tárgyilagos írásokban számolt be a találkozóról. Pl. Index 2010. június 4.: Orbán pofonért utazott Brüsszelbe https://index.hu/gazdasag/magyar/2010/06/04/miert_kemenyitett_be_az_europai_bizottsag/. A túlzottdeficit-eljárás történetének összefoglalásáról LACZKÓ Tihamér: Magyarország kivezetése a túlzottdeficit-eljárásból. Polgári Szemle, 11. évf. 2015/1-3. szám. <https://polgariszemle.hu/archivum/93-2015-junius-11-evfolyam-1-3-szam/gazdasagpolitika/649-magyarorszag-kivezetese-a-tulzottdeficit-eljarasbol#ref15>

29 Werner Bizottság: Report to the Council and the Commission on the realization by stages of economic and monetary union In the Community, Luxembourg 8 October 1970, 9-10. (WERNER-jelentés); https://ec.europa.eu/archives/emu_history/documentation/chapter5/19701

szerint a gazdasági és monetáris unió bevezetése azért szükséges, mert lehetővé teszi az ún. négy termelési tényező szabad áramlásából óhatatlanul következő regionális egyensúlytalanságok kezelését, kiegyenlítését.³⁰ A hetvenes évek pénzügyi válsága egyrészt a GMU bevezetésnek elhalasztását, másrészt a kötött devizaárfolyamok rendszerének – Európai Monetáris Rendszer (European Monetary System, EMS) – 1979-es bevezetését eredményezte.

A gyakorlatban ez azt jelentette, hogy egy német márka-blokk jött létre, a vezető deviza döntő befolyással volt a rendszer működésére. Az 1979-80-as második olajárrobbanás idején az EMS tagjainak két választásuk volt, vagy követik a német jegybank inflációellenes politikáját, ami a lényegyet tekintve megszorításokkal járt, vagy leértékelik a devizájukat és adott esetben kilépnek a rendszerből. Hasonló probléma merült fel később, a kilencvenes évek elején is, a német újraegyesítés idején.

Az EMS alapproblémája az volt egyrészt, hogy a vezető valutát kibocsátó jegybank a rá vonatkozó jog szerint a márka inflációra figyelt, azt kellett alacsonyan tartania, európai szempontokat nem vagy korlátozott mértékben tudott figyelembe venni, másrészt a többi vezető európai országban hiányzott a politikai akarat ahhoz, hogy pusztán követői, elfogadói legyenek a német döntéseknek. A korabeli közgazdasági bölcsesség szerint a szabad tőkeáramlás, a stabil árfolyamok és a stabil árak hármas célrendszeréből maximum kettő valósítható meg egy időben.³¹ A tőkeáramlás korlátozása az egységes belső piac működését ellehetetlenítette volna, ezért ezt megtartandónak tekintették. A kötött árfolyamok rendszerének gazdasági gyengeségei és politikai tehertételei egyértelművé váltak. A tőkeáramlás szükségessége és kötött árfolyamok problémái kellő érvelést szolgáltatottak a közös valuta bevezetéséhez.

4. A gazdasági és monetáris unió kialakításáról az 1992. február 7-én aláírt maastrichti szerződés rendelkezett.³² Az EU tagállamok jelentős része 1999-ben bevezette a közös pénznemet, az eurót.³³ A monetáris politika e tagállamok tekintetében az EU hatáskörébe került; a pénzügyi szuverenitás meghatározó eleméről mondtak le az euró zóna tagállamai.³⁴ A maastrichti szerződésben a tagállamok megállapodtak az Európai Központi Bank (EKB) és a Központi Bankok Európai Rendszere (KBER) létrehozásáról.³⁵ Az EKB és a KBER elsődleges célja az árstabilitás biztosítása, ami azt jelenti, hogy szoros pénzügyi politikát kell folytatnia.³⁶ Ezért okoz nehézséget a monetáris lazítás (pl. a pénzmennyiség növelése)

008en72realisationbystage.pdf

Otmar ISSING: *The Birth of the Euro*. Cambridge University Press, 2008, 7-9.

30 WERNER-jelentés 9.

31 Otmar ISSING: *The Birth of the Euro*. 7-9.

32 Treaty on European Union (92/C 191/01)

33 A Tanács 974/98/EK rendelete (1998. május 3.) az euro bevezetéséről

34 EUMSZ 3. cikk (1) bek.

35 EUMSZ 127-132. cikk, (4.) Jegyzőkönyv A Központi Bankok Európai Rendszere és az Európai Központi Bank alapokmányáról

36 EUMSZ 127. cikk (1) bek.

útján történő a válságkezelés.³⁷ Az EKB és a KBER intézményi szabályai a jegybanki függetlenség elvére épülnek, ami egyértelműen a Bundesbank modell átültetését jelenti az európai jogba.³⁸ A jurisztokrációra irányuló vizsgálódás során meg kell említeni, hogy az autonóm központi bank szintén egy olyan technokrata intézmény, amely az intézményi szabályokat tekintve távol került a demokratikus politikai rendszertől, – pont ennek hatását kívánták kiküszöbölni, valószínűleg a német tapasztalatok alapján³⁹ –, de a társadalomra és gazdaságra gyakorolt hatását tekintve jelentős; a pénz ugyanúgy ezek szabályozója, mint a jog.

Amint az Alkotmány és a korábbi jegybanktörvények, úgy az Alaptörvény 41. cikke és az MNB törvény is a maastrichti szerződés figyelembevételével készült, az ún. jogi konvergencia jegyében.

5. Az euróra épülő kvázi föderális államstruktúra intézményi oldalának csak a monetáris oldalát építették ki. A fiskális rész, tehát a tagállami költségvetési gazdálkodás és ennek intézményrendszere a tagállamok hatáskörében maradt. A pénzügyi politikát tekintve a Szerződés meghatározza az alapvető elveket: stabil árak, rendezett államháztartás és monetáris feltételek, valamint fenntartható fizetési mérleg.⁴⁰ A rendezett államháztartás két legfontosabbá vált mutatószáma a költségvetési hiány és az államadósság mértéke.⁴¹ Eszerint a tagállamok éves költségvetési hiánya nem lehet nagyobb a GDP 3%-nál és az államadósság nem haladhatja meg a GDP 60%-át.⁴² A fiskális kritériumok betartására a Stabilitási és Növekedési Paktum (SNP vagy Paktum) szolgált, ami az EU – előzetes és utólagos – beavatkozását tette lehetővé, ha a tagállamok nem tartják be a költségvetési hiány és az államadósság maximális mértékére vonatkozó konvergencia kritériumokat.⁴³ Amint szóba került, Magyarország a csatlakozástól kezdve hosszú időn keresztül túlzott hiány eljárás alatt állt. Ezzel szemben, amikor a jelentősebb befolyással rendelkező Németország és Franciaország sértette meg a fiskális

37 Pl. SIMON István: A jegybank közjogi jogállása: gondolatok a gazdaság és a jog kapcsolatáról a jegybanktörvény legutóbbi módosítása ürügyén. in: *Gazdaság és jog – Szakács István ünnepi tanulmánykötet* (szerk.: Steiger Judit); ELTE ÁJK – Gondolat Kiadó, Budapest, 2005, 102-125.

38 Kaarlo TUORI – Klaus TUORI: *The Eurozone Crisis – A Constitutional Analysis*. Cambridge University Press, 2014, 29.

39 Érdekes elemzés ebben a körben Niall FERGUSON: *Paper and Iron – Hamburg Business and German Politics in the Era of Inflation, 1897–1927* (Cambridge University Press, 1995) c. munkája.

40 EUMSZ 119. cikk (3) bek.

41 EUMSZ 126. cikk (2) bek.

42 A maastrichti szerződéshez csatolt 12. jegyzőkönyv a túlzott hiány esetén követendő eljárásról 1. cikk.

43 A Stabilitási és Növekedési Paktum: Az Európai Tanács állásfoglalása a Stabilitási és Növekedési Paktumról – Amszterdam, 1997. június 17., A Tanács 1466/97/EK rendelete a költségvetési egyenleg felügyeletének megerősítéséről és a gazdaságpolitikák felügyeletéről és összehangolásáról.

kritériumokat a Bizottság javaslata ellenére a Tanács nem avatkozott be, ami tagállamok közötti konfliktust,⁴⁴ intézményközi konfliktust és ebből fakadóan az Európai Bíróság előtti eljárást eredményezett. Az eset azt mutatta, hogy a Tanács politikai testület és az érdekvérvényesítési képesség meghatározó a jog értelmezése és érvényesítése során.⁴⁵ A Paktumot az említett konfliktus nyomán módosították 2005-ben.⁴⁶ A módosítás rugalmasabbá tette a szabályokat, nagyobb mozgásteret biztosított a tagállamoknak és a Tanácsnak az egyes tagállamok sajátos körülményeinek figyelembe vételére, amit többen a fiskális keretek lazításaként értékelték.⁴⁷

6. A következő változásokat, ami a jogintézményeket tekintve is jelentős újításokat hozott a 2008-os válság idézte elő. Több, a fiskális politika mélyebb koordinációjának megvalósítását célzó jogszabályt fogadtak el.⁴⁸ Az SNP-vel összefüggésben már felvázolt alapkonceptiót – szabályalapú költségvetés, a szabályok megtartását biztosító előzetes kontroll és utólagos korrekció – megtartva bevezettek egy új, éves eljárásrendet (szemeszter), amely ez EU intézmények előzetes, a költségvetési tervezéshez ajánlást adó és a tervezett költségvetést kontrolláló szabályokból áll. Az előzetes kontroll mellett az utólagos kontroll, a korrekció intézményeit is erősítették. Az eredmény, a tagállami fiskális és általánosabban, gazdaságpolitikák EU intézmények általi kontrollja; célja a fenntartható államháztartási gazdálkodás biztosítása. A beavatkozás a tagállamok fiskális politikájába mélyebb, mint a válság előtti szabályok szerint volt, mert nem egyszerűen a differenciált és szorosabbra fogott fiskális arányok teljesítésének biztosítása a cél, hanem ennél több, az ún. strukturális problémákat is kontroll alá vonják, az ágazati szakpolitikák alakításába is beavatkozási lehetőséget kapott az Unió.⁴⁹

7. 2013-ban lépett hatályba a Fiskális paktum, az euró zóna tagállamai által kötött – az európai jog említett szabályaira épülő – nemzetközi szerződés, amely szintén a válságra adott válaszok közé tartozik; célja a közös fiskális szabályok megerősítése és

44 Martin Heipertz – Amy Verdun: *Ruling Europe – The Politics of the Stability and Growth Pact*. Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 141-142.

45 EuB C-27/04; DUTZLER, B. – HABLE, A.: *The European Court of Justice and the Stability and Growth Pact – Just the Beginning?*; EIoP, 2005 vol. 9. No 5.; Martin HEIPERTZ – Amy VERDUN: *Ruling Europe ...*154-173.

46 A Tanács 1055/2005/EK rendelete (módosított tanácsi rendelet: 1466/97/EK) és a Tanács 1056/2005/EK rendelete (módosított tanácsi rendelet: 1467/97/EK).

47 Martin HEIPERTZ – Amy VERDUN: *Ruling Europe ...*167-173

48 Az ún. hatos csomag (Six Pact), a Stabilitási és Növekedési Paktum 2011-es reformcsomagja, amely hat jogszabályból áll: a Parlament és a Tanács 1173-76/2011/EU. rendeletei, a Tanács 1177/2011/EU rendelete, a Tanács 2011/85/EU irányelve. A 2013-ban hatályba lépett két rendelet, az ún. kettes csomag (Two Pack) az euró zónába tartozó államok körében erősíti az előzetes kontrollt és a korrekciós ágat: a Parlament és a Tanács 472-473/2013/EU rendeletei.

49 A szabályozásról és annak átalakulásairól ld. CSÚRÓS Gabriella: *Uniós Pénzügyek*. HVG-Orac, Budapest, 2015.

érvényesítése.⁵⁰ Három tárgyat szabályoz: költségvetési szabályok (innen kapta a nevét: „Fiscal Compact”) a gazdaságpolitikák koordinációjára vonatkozó szabályok, az euró zóna kormányzása. A költségvetési szabályok a hiányra és az államadósságra vonatkozó rendelkezések ugyanúgy szigorodtak és differenciálódtak, mint az ezek megsértésének megelőzésére és korrigálására vonatkozó eljárások szabályai.

Az állam a fiskális politikai vonalon szabályozással, valamint a jövedelmek elvonásával és támogatások nyújtásával tud beavatkozni a gazdasági (társadalmi) életbe. Abban az esetben, ha a költségvetési egyensúly helyreállítása, az államadósság csökkentése vagy a gazdaságpolitikai koordináció körében, akár előzetesen a tervezés során, akár utólagosan egyeztetési kötelezettség vagy igazodási kényszer van (pl. a lehetséges szankció miatt) akkor ez azt jelenti, hogy az adott tagállam nem dönthet józan belátása szerint pl. arról, hogy milyen adópolitikát alkalmazzon, milyen jóléti rendszert működtessen. Ebben a rendszerben, egy unortodox gazdaságpolitikának jóval szűkebb tere van, mint az tágabb EU-ban.

Ha az euró zóna tagállam gazdasági helyzete miatt fizetési nehézség következik be és nem tud forrást bevonni a pénzügyi piacról, a többi euró zóna tagállam pénzügyi segítséget nyújthat számára, szigorú feltételekkel. Ezt az EUMSZ kiegészített 136. cikke tartalmazza.⁵¹ Az ún Pringle ügyben az Európai Bíróság megerősítette azt, hogy mind az Európai Stabilitási Mechanizmus (ESM), mind a szigorú feltételek mellett nyújtott pénzügyi segítség (kölcsön) összeegyeztethető az EUMSZ-szel.⁵² A szigorú feltételekhez kötött támogatás összeegyeztethető az európai joggal, azonban ez jelentős mértékben korlátozza a pénzügyi segítségre szoruló tagállamok szuverenitását, amint ezt egyes szerzők is megjegyzik.⁵³ A Pringle ügy azért is számot tarthat az érdeklődésünkre, mert azon kevés ügyek körébe tartozik, amelyben az Európai Bíróság a makro pénzügyek körébe tartozó jogkérdést döntött el.

8. A jurisztokrácia-modell szempontjából is értékelhető rendelkezéseket tartalmaz a Fiskális paktum. Az egyik a 3. cikk (2) bekezdése, amely szerint az euró zóna tagok a belső joguk részévé teszik, lehetőleg alkotmányos szintem az ugyanezen cikk (1) bekezdésében meghatározott, a költségvetési hiány maximumát behatároló (plafon)

50 2013. évi XXXII. törvény – a gazdasági és monetáris uniósbeli stabilitásról, koordinációról és kormányzásról szóló szerződés kihirdetéséről. (Fiskális paktum) A szerződés jóváhagyásával összefüggésben a Kormány az Alaptörvény E) cikk 2) és 4) bekezdése értelmezését kérte az Alkotmánybíróságtól. Ld.: 22/2012. (V. 11.) AB határozat. Magyarország az euró zónához történő csatlakozásig csak az euró övezet kormányzására vonatkozó egyes szabályokat alkalmazta. Fiskális paktum 14. cikk (5) bekezdés

51 A Tanács 2011/199/EU sz. határozata 1. cikk: „(3) Azon tagállamok, amelyek hivatalos pénzneme az euró, feltétlenül szükséges esetben működésbe hozható stabilizációs mechanizmust hozhatnak létre az euróövezet egésze pénzügyi stabilitásának megőrzése érdekében. A mechanizmus keretében igényelt pénzügyi segítségnyújtásra szigorú feltételek fognak vonatkozni.”

52 C-370/12. sz. ügy (Pringle)

53 Pl. Kaarlo TUORI – Klaus TUORI: *The Eurozone Crisis – A Constitutional Analysis*. Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 189.

szabályt.⁵⁴ Ez a szabály német mintára a költségvetési gazdálkodást a költségvetési hiány lehetséges maximumának meghatározásával szorítja keretek közé. Ha a tagállamok ezt a szabályt az alkotmányukba foglalják, akkor a rá vonatkozó szabályok függvényében az adott ország alkotmánybíróságának kontrollja alá kerülhet a költségvetési törvény elfogadása. Egyelőre nem az alkotmányos szabályozás a jellemző. Ugyanakkor több országban létezik egy költségvetési tanács vagy ahhoz hasonló intézmény, azonban a státuszuk szerint nem döntéshozó intézmények, mint a magyar Költségvetési Tanács, hanem tanácsadó szervek; hasonlóan az amerikai CBO-hoz.

Az anyagi jogi szabályok kikényszerítése érdekében a Fiskális paktum tartalmaz egy eljárást, ami a Bizottság jelentése alapján a zóna tagok számára lehetőséget biztosít arra, hogy az Európai Bírósághoz forduljanak a jogsértés és szankció megállapítása végett.⁵⁵ Az Európai Bíróság előtti eljárás intézményesítése fiskális-, és gazdaságpolitikai kérdésekben még inkább a politikai erőterbe tolja a Bíróságot.

9. Ha fentiek fényében újragondoljuk pénzügyi alkotmányjogunk és a sarkalatos törvények – elsősorban az MNB tv. és a Stabilitási tv. – rendszerét, az egyes szabályokat, akkor látható, hogy az európai jog két szempontból is meghatározza azokat. Egyrészt a tagállamokra kötelező szabályaival, másrészt a szabályok által lehetővé tett beavatkozási lehetőségek kivédésének szándéka miatt. A magyar pénzügyi alkotmányjog a lényegét tekintve az európai jogban – ideértve most a Fiskális paktumot is – intézményesített megoldásokkal összhangban van. Sőt, az államadosság-fék szabályok és a Költségvetési Tanács egyetértési jogának alkotmányi szabályozásával az euró zóna tagállamok többségénél is szigorúbb, nehezebben megváltoztatható keretekkel határolta be az Országgyűlés költségvetési jogát. Jóllehet ezzel kapcsolatban több fenntartás megfogalmazható, mert nem pusztán a gazdaságpolitikai mozgásteret korlátozza, de a demokratikus politikai rendszer működését is, azonban az alkotmányozást megelőző tapasztalatok – eladósodás – miatt indokolt megoldás. Az Alaptörvény tartalmaz egy biztonsági megoldást is, ami kioldja az államadosság-féket.⁵⁶ Ezekkel a szabályokkal valójában az állam a saját mozgásterét korlátozta, azonban ezzel adaptációs képességről tett tanúbizonyságot, tekintve, hogy keretek megtartása jelenti a szuverén gazdaságpolitika előfeltételét.

A forint alkotmányos szabályozása azért fontos, mert az Alaptörvény módosítása szükséges a pénznemváltáshoz, így az euró bevezetéséhez is. Ez azért lényeges, mert ugyan a monetáris intézményrendszerre vonatkozó szabályok jelentős része nem

54 Pl. Maurice ADAMS – Federico FABBARINI – Pierre LAROCHE: Introduction – The Constitutionalization of European Budgetary Constraints: Effectiveness and Legitimacy in Comparative Perspective. in: The Constitutionalization of European Budgetary Constraints (M. ADAMS – F. FABBARINI – P. LAROCHE eds.), Hart Publishing, Oxford, 2014, 1-16.

55 Fiskális paktum 8. cikk (1)-(2) bekezdés

56 At. 36. cikk (6) bekezdés: „A (4) és (5) [az államadosság-fék – SI] bekezdésben foglaltaktól csak különleges jogrend idején, az azt kiváltó körülmények okozta következmények enyhítéséhez szükséges mértékben, vagy a nemzetgazdaság tartós és jelentős visszaesése esetén, a nemzetgazdasági egyensúly helyreállításához szükséges mértékben lehet eltérni.”

pusztán az euró zóna tagokra kötelező, ezért a magyar szabályok is eszerint épülnek fel, azonban a megadott kereteken belül van monetáris politikai mozgástere a Magyar Nemzeti Banknak. Annak eldöntése, hogy az ország csatlakozik-e az euró zónához a konvergencia kritériumok teljesítését követően egyrészt jogértelmezési kérdés, másrészt társadalmi-gazdasági és politikai szempontok mérlegelésének kérdése.

A jogkérdés az, hogy a csatlakozási szerződéssel az ország az akkori körülmények között vállalta az euró bevezetését, azonban a körülmények jelentős mértékben megváltoztak. Különösen a 2008-ban induló pénzügyi válság mutatta meg azt, ha eltérő gazdasági fejlettségű és kultúrájú országok hoznak létre közös valutát, a valutaövezet korántsem optimális.⁵⁷ A Tuori szerzőpáros szerint a kötelezettségvállalásra a *desuetudo* elvet kell alkalmazni.⁵⁸ A társadalmi-gazdasági szempontú mérlegelés körében azt figyelembe kell venni, hogy bármely pénznem árfolyama manipulálható, ami komoly károkat okozhat. A jog ugyan védi az árfolyamokat, különösen a szabályozott piacokon, azonban a bizonyítás nem könnyű.⁵⁹ Ez a kérdés egyik oldala.

A másik az euró társadalmi-gazdasági természetrajza. Otmar Issing – német közgazdász, az EKB első igazgatóságának tagja, vezető közgazdásza – annak leírásával zárja az euró születéséről szóló könyvét, hogy a gazdasági és monetáris unióval az unió milyen továbbfejlesztése egyeztethető össze. A lényegyet tekintve arról van szó, hogy milyen állami funkciókat vehet át az unió, mint kvázi föderáció és milyenek veszélyeztetnék az euró létezését. Ami egyértelműen nem egyeztethető össze az euró stabilitásával, az a minden európai polgárnak azonos szociális jogokat biztosító jóléti állam, mert államok közötti transzfereket, egy kiegyenlítési mechanizmust igényelne. Tegyük hozzá, amilyen a szövetségi államokban rendszerint van, így Németországban is. Ugyanakkor az egykori liberális állam funkciói közösen elláthatóak, ha ezt a tagállamok hajlandók megfinanszírozni.⁶⁰ Kérdés, hogy az „ever closing union” keretében a magyarok milyen – többek között gazdasági – pozícióban vannak és milyen változást eredményezne az euró zónához történő csatlakozás?

Otmar Issing azzal zárja hivatkozott könyvét, hogy egyszer együtt ebédelt a EKB egykori francia alelnökével, és jó érzéssel állapították meg, hogy míg mindkettejük édesapja katona volt a második világháborúban, – az egyikük Németországban, a másikuk Franciaországban volt hadifogoly –, addig gyermekeik együtt dolgoztak az euró létrehozatalán és működtetésén. Lényegében ez a végső, legalapvetőbb érv, ami minden körülmények között alapot szolgáltat az európai éjjeliőr állam létrehozására. Valószínűleg igaza van Bibó Istvánnak, amikor azt írja, hogy a konkrét helyzetre talált megfelelő megoldás, amennyiben általános igazsággá transzformáljuk, könnyen válik dogmává és amennyiben egy más szerkezetű valóságra

57 Robert Mundell: A Theory of Optimum Currency Areas. *American Economic Review*. 51 (4), 1961, 657–665.

58 Kaarlo TUORI – Klaus TUORI: *The Eurozone Crisis – A Constitutional Analysis*. Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 193.

59 Pl. SIMON István: A Legfelsőbb Bíróság ítélete a Soros Fund Management piacbefolyásolási ügyében – A tőkepiac befolyásolásáért való felelősség. *JeMa* 2012/4. 41-56.

60 Otmar ISSING: *The Birth of the Euro*. 241-244.

próbáljuk alkalmazni, megnehezíti a problémák megoldását.⁶¹ Például, az euró zóna válsága bizonyította, hogy a déli államok gazdasági értelemben nehezen összemérhetőek az északiakkal, ami sok feszültséget okoz és egyelőre erre a problémára nincs megoldás. Külön említést érdemel ebben az összefüggésben a német Alkotmánybíróság napjainkban hozott döntése, ami azt mutatja, hogy Németország számára nem elfogadható, ha az EU intézményei a makro pénzügyek körében túllépi a szerződésekben meghatározott hatáskörüket.⁶² A jogvita az EKB államkötvény vásárlási programjából fakadt, ami egyértelműen válságenyhítő, társadalmi-gazdasági szempontokat figyelembe vevő megoldás. A történelmi tapasztalatok ugyanúgy alátámasztják azt, hogy a rendkívül szoros pénzpolitika ugyanúgy hozzájárul a válság kialakulásához – amint ez megtörtént az Egyesült Államokban az 1929-33-as válság kirobbanása előtt⁶³ – mint az infláció. Ha az EKB hatáskörét szorosan értelmezik, akkor a pénzügyi politika egy lehetséges válságenyhítő eszközt kapcsolják ki. A döntésből az a következtetés adódik, hogy a német álláspont szerint, egy esetleges válságot fiskális eszközökkel, a bajban lévő államnak, szigorú feltételekkel – ún. strukturális reformokat előíró – nyújtott kölcsön útján kell kezelni.

4.2. Az alkotmánybírósági esetjog

1. Az Alkotmánybíróság közpénzügyi hatáskörének korlátozása meghatározó annak a kérdésnek a vizsgálatánál, hogy döntései milyen hatással vannak a pénzügyi jogra.⁶⁴ A korlátozás célja a helyi és a központi költségvetések bevételi és kiadási oldalára vonatkozó alkotmánybírósági kontroll kikapcsolása, eltekintve az Alaptörvényben meghatározott egyes alapjogok és a jogalkotási eljárás sérelmének eseteitől. A korlátozás időben behatárolt, addig tart, amíg az államadósság meghaladja a GDP ötven százalékát.

Ugyanakkor, az alkotmányjogi panasz alkalmazása során az Alkotmánybíróság döntései, az adóeljárásjog mélyrétegeibe hatolnak. E körbe tartoznak például az adótitok és a bizonyítás kérdéseit⁶⁵ érintő vagy az eljárási határidőkre⁶⁶ vonatkozó döntések.

61 Bibó István: Az államhatalmak elválasztása egykor és most. in Bibó István: Válogatott tanulmányok (szerk.: Vida István) I-IV. Magvető Könyvkiadó, Budapest, 1986, II. kötet 378-379.

62 BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 – 2 BvR 859/15 –, paras. (1-237), http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html

63 Milton FRIEDMAN: Kapitalizmus és szabadság; Akadémiai Kiadó, Budapest, 1996, 42., továbbá 49-61.; Milton FRIEDMAN – Anna SCHWARZ: A Monetary History of the United States, 1867-1960; Princeton University Press for the NBER, 1963.

64 At. 37. cikk (4)-(5) bekezdés. Az Alkotmánybíróság hatáskörére vonatkozóan ld. pl. BALOGH Zsolt: Alkotmánybíráskodás egykor és ma, *Alkotmánybírósági Szemle* 2011/1. 72-82.; CHRONOWSKI Nóra – DRINÓCZI Tímea – ZELLER Judit: Túl az alkotmányon. *Közjogi Szemle* 2010/4. 1-12.; CHRONOWSKI Nóra: Az alkotmánybíráskodás sarkalatos átalakítása. *MTA Law Working Papers* 2014/08, 1-16.

65 3223/2018. (VII. 2.) AB határozat [61], vö. C-189/18 Glencore [69]. Szemben a határozatban foglaltakkal azt gondolom, hogy a bizonyítékok megismerését biztosítani kell az adózó számára már az adóigazgatási szakban, azonban kizárólag a tényállás alátámasztására felhasznált adatokét.

66 17/2019. (V. 30.) AB határozat [75], [86]

2. Az Alkotmánybíróságot nem pusztán az Alaptörvény korlátozza abban, hogy a fiskális tárgyú jogalkotás irányítását átvegye, a saját önértelmezése, szerepfelfogása is korlátokat állított fel. A pénzügyi törvények alkotmányossági felülvizsgálatára vonatkozó elvi keretek felrajzolásának megkezdésére már egészen korán, 1990-ben sor került; az AB kinyilvánította, hogy előzetes normakontrollt nem vállal.⁶⁷ Nem vette át a pénzügyi politika és pénzügyi jogalkotás felelősségét.

Ugyanígy, az állam adóztatási jogának alkotmányos kereteit tágan értelmezte az Alkotmánybíróság. Határozatai szerint az Alkotmány gazdaságpolitikailag semleges, ezért az Országgyűlésnek széles mérlegelési joga van az adójogalkotás körében,⁶⁸ az Alkotmánybíróság csak szélső esetben avatkozik be,⁶⁹ továbbá kimondta azt is, hogy igazságossági vagy célszerűségi felülvizsgálatra nincs lehetősége.⁷⁰ Korlátot az adóztatás határának átlépése, tehát a 70/I. § szerinti kirívó aránytalanság jelentett.⁷¹ Azt, hogy a jogalkotó az arányosság keretei között marad-e esetről esetre lehet megítélni.⁷² Az arányosság körében az Alkotmánybíróság ugyan a konkrét ügyet megoldotta, azonban a mértéket elvétette a 1531/B/1991. AB határozatban, mert döntése szerint az éves vagyonadó összege akkor aránytalan, ha meghaladja a vagyontárgy értékének 20%-át. Azt gondolom, hogy rendkívül aránytalan lenne, ha ötévenként adóként ki kellene fizetni az ingatlan árát. Ugyanakkor – a vagyont terhelő adó ürügyén hozom szóba – , hogy a 2009-es vagyonadó törvény megsemmisítése még akkor is, ha nem annak tartalmi jellemzői alapján történt, rendkívül jelentős döntés volt.⁷³ Szintén korlátot jelentettek az AB gyakorlat szerint az Alkotmányban biztosított jogok, mint például a diszkriminációmentes elbánás (70/A. §).

67 BALOGH Zsolt: Alkotmánybíráskodás egykor és ma. *Alkotmánybírósági Szemle* 2011/1. 72- 82, 73.; 31/1990. (XII. 18.) AB határozat;

68 Ezt a felfogást számos ország alkotmánybírósága követi. Pl. Richard HAPPÉ-Hans GRIBNAU: The Netherlands – National Report: Constitutional Limits to Taxation in a Democratic State: The Dutch Experience. In. *Restricting the Legislative Power to Tax, IACL 17th Congress* (General reporter: Henry Ordower). *Michigan State Journal of International Law* (15) 2007/2. 417-459, 446-448.; Leonard P. MARTINEZ.: „To Lay and Collect Taxes”: The Constitutional Case for Progressive Taxation,” *Yale Law & Policy Review* (18) 1999/1. Article 4., 132. <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylpr/vol18/iss1/4>

69 620/B/1992. AB határozat

70 Pl. 1117/B/1993. AB határozat

71 Pl. 1531/B/1991. AB határozat.

72 61/2006. (XI. 15.) AB határozat szerint: „Az Alkotmánybíróság a jelen ügy elbírálása során is tekintettel volt arra, hogy az Alkotmány 70/I. §-a nem határozza meg a jövedelem, illetve a vagyon alkotmányi fogalmát, ezeket a fogalmakat az egyes anyagi adójogszabályokban a jogalkotó határozza meg. Ebből következően az Alkotmánybíróságnak az alkotmányossági vizsgálat alá vont konkrét adójogszabály rendelkezései alapján esetről esetre, a szabályozás – így különösen az adótárgy – összes sajátosságának a figyelembevételével kell döntést hoznia abban a kérdésben, hogy a jogalkotó az Alkotmány 70/I. §-ában meghatározott jövedelmi és vagyoni viszonyokhoz való kötöttség keretei között maradt-e a szabályozás kialakítása során.

73 8/2010. (I. 28.) AB határozat

3. Van két olyan fogalmi kérdés, amit nem tisztázott megfelelően az Alkotmánybíróság; mindkettő az Alkotmány 70/I. §-ával – az Alaptörvény XXX. cikk a lényegét tekintve ennek megfelel – van összefüggésben. Az első fogalmi kérdés a 70/I. § tartalma. Ez a szakasz egy speciális jogegyenlőségi tétel volt, ahogy a XXX. cikk (1) bekezdés is.⁷⁴ Mint minden (jog)egyenlőségi tételnek, ennek is az a lényegi tartalma, hogy az azonosakat azonosan, a különbözőket különbözőképpen kell kezelni. Az Alkotmánybíróság ezt a módszertani előnyt, tehát azt, hogy van egy speciális elv, ami alapján dönteni lehet és fel lehet építeni az adójog alkotmányjogi dogmatikáját, nem használta ki. és hasonlóan a német Alkotmánybírósághoz az általános jogegyenlőségi tétel, a 70/A. § alapján bírálta el az adóügyeket és erre az elvre építette a fogalmi hálót. A német Alaptörvényben nincs a 70/I. §-nak, vagy az Alaptörvény XXX. cikkének megfelelő szabály, ezért alkalmazzák a 3. cikket, az általános jogegyenlőségi tételt adóügyekben.⁷⁵

A másik fogalmi kérdés, az össz-adóteher problémája. A teherbíró képesség alapkérdése, hogy mire vonatkozik: az adóalany teljes adóterhelésére vagy egy-egy adónem általi terhelésére? Azt gondolom, hogy a fizetőképesség elve, ez a speciális jogegyenlőségi tétel a teljes adóterhelésre – más szavakkal: az össz-adóteherre – vonatkozik. Nem értek egyet a következő idézetben szereplő állítással: „Az Alkotmánybíróság szerint az AB nem az adóztatás egészének arányosságát vizsgálja. Ezt nem teheti, erre nincs felhatalmazása, hanem csak absztrakt vagy konkrét normakontroll kapcsán, mindig az adott adójogi jogszabályra vonatkoztatva folytatja le a vizsgálatát. Nem a teherbíró képesség az, amit az arányosság körében vizsgálni kell.”⁷⁶ Úgy gondolom, hogy a látószöveget módosítani kell és a teherbíró képesség elvét az összadóteherre vonatkozóan kell alkalmazni a jogalkotás során és vizsgálni az alkotmányossági kontroll során. A digitalizáció korában ennek a technikai előfeltételei adottak. Különben az adóztatás nem lehet arányos, a teherbíró képességnek megfelelő.

5. A pénzügyi jog a duális modellben – a hagyományos törvényi jogréteg

1. A hagyományos jog korántsem hagyományos napjainkban és nem pusztán azért, mert a pénzügyi jog jellemzője a változás állandósága az írott jog szintjén, hanem azért, mert korunkban a jog forrása, ahogy erre a fentiekben már utaltam, gyakran nem az egyes államokon belül van. Az összes jogágot érik külső hatások, pl. az európai jog, a

74 Amint ezt az AB is megállapította, 2009-ben. 127/2009. (XII. 17.) AB határozat IV. 2.: „A teherviselő képességgel arányos közteherviselés az Alkotmánybíróság gyakorlatában a 70/I. §-ból levezetett, speciális jogegyenlőségi tétel.”

75 Az Alkotmánybíróság adótárgyú döntéseinek strukturált feldolgozására ld. pl. SIMON István: Restricting the Legislative Power to Tax – National Report: Hungary. In: Restricting the Legislative Power to Tax, IACL 17th Congress (General reporter: Henry Ordower). *Michigan State Journal of International Law* (15) 2007/2. 341-369.

76 TERSZTYÁNSZKINÉ VASADI ÉVA: A magyar Alkotmánybíróság pénzügyi tárgyú döntései. In: *Formatori iuris publici*. Ünnepi kötet Kilényi Géza professzor hetvenedik születésnapjára (szerk. Hajas Barnabás – Schanda Balázs). PPKÉ JÁK – Szent István Társulat, Budapest 2006, 483.

nemzetközi egyezmények vagy külföldi minták átvétele útján. Egyes jogágakban ez jelentős, másokban nem. Az nem állítható, hogy a pénzügyi jogban túlsúlyban vannak a külföldi eredetű normák, de hatásuk jelentős. Különböző utakon válnak a magyar jog részévé. Példaként a Bázeli Bizottság irányelveit és az OECD által kidolgozott adó modellegyezményt és a kommentárját írom le az alábbiakban.

Pokol Béla gondolatainak rekonstrukciója körében szóba került, hogy a bonyolult társadalmak jogrendszerének belső ellentmondás-mentességet kell biztosítaniuk, egyfajta világos zárt rendszerként. Ezt annyiban kell kiegészíteni, hogy a globális piac és a helyi, így a magyar piac kapcsolódása révén létrejött egy kettős gazdaság szerkezet.⁷⁷ A globális (regionális) szuperstruktúra és az ehhez kapcsolódni képes helyi vállalkozások és a csak a magyar piacon működő vállalkozások kettős rendszere. A globális szabályok alkotóinak szándéka szerint a globális szabályok a nemzetközi (globális) szinten aktív vállalkozások számára készülnek, tehát a lokális rendszert nem kell ezek szerint szabályozni. Pl. más nyilvántartási és adójogszabályok vonatkoznak az éves számviteli beszámolóját az IFRS-ek szerint készítő társasági adóalanyra és mások a KATA alanyára.⁷⁸ A jogrendszer abban az értelemben is több réteget mutat, hogy a globális szabályok, amelyeknek tényleges forrása külföldi, beépülnek a formális helyi jogszabályi hierarchiába.

2. Elsőként a sztenderdalkotó szervezetek által létrehozott jogot kell említeni. A számviteli és a pénzügyi piacot szabályozó globális sztenderdek az európai jog részévé az EU belső jogalkotási folyamatán keresztül válnak, a magyar jog részvétele pedig annak függvényében, hogy milyen jogforrás révén válnak az európai jog részévé. A sztenderdek célja, hogy a globális piacra egységes szabályokat biztosítsanak.

A globális bankszabályozás központja a Bázeli Bizottság, amit a G-10 országok hoztak létre 1974-ben a Bizottságban tagállamok felügyeleti hatóságának és/vagy központi bankjának képviselői vesznek részt. Az alábbiakban röviden összefoglalom a Bázeli Bizottság által 1988-ban elfogadott, a nemzetközi szinten működő bankok szavatoló tőkéjére és tőke megfelelési mutatójára (eszköz kockázati arány) vonatkozó irányelv, az ún. Tőkeakkord (Tőkeirányelv, Basle Capital Accord, Bazel I.) keletkezéstörténetét.

A Tőkeakkordot egy korszakhatáron fogadták el, ugyanabban az évben, amikor létrejött a Washingtoni konszenzus. Ez a globalizáció, a liberalizáció, a dereguláció, a privatizáció és a kelet-(közép)-európai rendszerváltás hajnala. Technikai szinten is korszakhatár volt, mert addig a nemzetközi hitelezésben, és egyáltalán a banktevékenységben az egyes országok saját jogszabályaikat alkalmazták, amelyek nagyfokú rugalmasságot biztosítottak a bankok és a felügyeleti hatóságok részére. Így volt ez a németországi univerzális bankrendszerben, ahol az óvatosság elvén alapulóan fontos volt az ún. rejtett

77 Pl. SZAKOLCZAI György: Az államháztartás és a folyó fizetési mérleg hiánya, valamint a megtakarítás elégtelensége, Széchenyi István Egyetem, Kautz Gyula Gazdaságtudományi Intézet, Tudományos Füzetek 11, Pénzügyi stabilitás mikro, mezo és makro szinten, Universitas-Győr Kht., Győr, 2006, 6-22.

78 2012. évi CXLVII. törvény a kisadózó vállalkozások tételes adójáról és a kisvállalati adóról

tartalékok rendszere, és az Egyesült Államokban is hasonlóan rugalmas rendszer volt. Amerikában hagyományosan a felügyeleti hatóságok tág jogszabályi keretek között mérlegelve, határozatban dönthettek az egyes bankok tőkeszükségletéről. Az elvi alap az volt, hogy a különféle intézmények eltérő típusú kockázatot vállalnak, eltérő az eszközösszetétel, ezért nem célszerű uniformizáltan, normatív módon meghatározni a tőkét. A banküzemi szabályokat szakmai, technikai kérdésnek tekintették, amelyekbe külső, laikus beavatkozás nem történt.

A bankszakmában sokkot jelentett az 1982-es adósságválság, az ún. fejlődő világ országainak jelentős része fizetési problémákkal küzdött, ami az ún. fejlett világban bankválságokkal járt. Az amerikai bankokat, és az Egyesült Államok belső gazdaságát jelentősen érintette a válság. Ennek hatására megváltozott a törvényhozás és a bíróságok hozzáállása a banküzlethez. A fentiekben felvázolt működési módot a jogrendszerből két hatás érte. Az egyik beavatkozás a bíróságok oldaláról jött, addig példátlan módon a bíróság kimondta, hogy a felügyelet nem ésszerűen mérlegelt egy bank ügyében.⁷⁹ A másik az International Lending Supervision Act (ILSA) volt, amit az adósságválságra válaszul fogadott el a Kongresszus. A jogalkotási cél a nemzetközi hitelezés során vállalt kockázatok ésszerű keretek között tartása, és a bankok kockázatvállalásának megfelelő tőkeszint biztosítása.⁸⁰ Ez volt az amerikai belső helyzet. Nemzetközi szinten két körben folytak többoldalú tárgyalások, egyfelől a Bázeli Bizottságban globális, másfelől Brüsszelben az egységes belső piac harmonizált szabályainak kialakítása érdekében. Mindkét körben számos vitás kérdést kellett megoldani, az eltérő rendszereket összeegyeztetni. 1987-re a FED tárgyalóküldöttsége lépéskényszerbe került, mert az új, a bankok saját döntéseit és az igazgatási mérlegelést háttérbe szorító belső amerikai „szabályalapú” jog nem tette lehetővé azt, hogy kompromisszumot kössenek a globális szabályokra vonatkozóan. Ezért megegyezve a Bank of England képviselőivel, puccsszerűen közzétették az általuk kidolgozott közös megoldást, amit a többi bázeli részvevő kénytelen volt tudomásul venni és elfogadni. Ez a döntés meghatározó volt az európai jogharmonizációra, a második bankirányelv prudenciális hátterét adó tőkeirányelvre.⁸¹ A Bázeli Tőkeirányelv az ún. puha jog körébe tartozik, azonban mindazon államok a belső joguk részévé tették, amelyek biztosítani akarták a saját bankjaik számára azt, hogy részt vegyenek a globális

79 First National Bank of Bellaire, Petitioner, v. Comptroller of the Currency, Respondent, 697 F.2d 674 (5th Cir. 1983); J.J. Norton 1989, 1324.

80 Joseph J. NORTON: Capital Adequacy Standards: A Legitimate Regulatory Concern for Prudential Supervision of Banking Activities? Ohio State Law Journal, Vol. 49. 1989.1299–1363., 1324.

81 Ethan B. KAPSTEIN: Supervising International Banks: Origins and Implications of the Basle Accord. (Essays in International Finance No. 185, December 1991) Princeton University, Princeton, New Jersey, 17.; Joseph J. NORTON: Capital Adequacy Standards: A Legitimate Regulatory Concern for Prudential Supervision of Banking Activities? Ohio State Law Journal, Vol. 49. 1989.1299–1363., 1341.; Roy SMITH – Ingo WALTER: Global Banking. OUP, Oxford, 1997, 160.; Barbara C. MATTHEWS: The Second Banking Directive: Conflicts, Choices, and Long-term Goals. DukeJComp&IntlL Vol. 2:89 Winter 1992, 89-127. 97.

piacon. Ennek technikai szinten az az oka, hogy a bázeli szabályokat elfogadó államok joga a nem harmonizált jogrendszerben bejegyzett bankokat kockázatosabb besorolású kategóriába helyezi, ami nagyon megdrágítja – vagy kizárja – az üzleti kapcsolatot.

A Bazel I. szabályalapú módszerét piaci nyomásra felváltotta – mintegy visszarendeződésként a „szabályalapú” szabályozástól – a 2004-ben közzétett és 2006 óta alkalmazott Bazel II. tőkeirányelv, majd a válságot követően 2011-ben közzétették a Bazel III. keretrendszert, ami ismét több új korlátot határoz meg, az előzőhöz képest. Ez utóbbi határozza meg napjainkban a bankok prudenciális szabályozását. Mindhárom irányelv ugyanazt célozza, azonban az eltérő helyzetekben, eltérő koncepciókon, alapuló eltérő szabályokat vezetnek be. A szabályozási koncepciók a gazdasági szereplők és az államok közötti átalakuló viszonyok miatt változnak, egyfajta ciklikusságot mutatnak.

Ezek a szabályok technikainak tűnnek, és valójában azok is, azonban alapvető hatással vannak az egyes államok gazdaságaira és ma már a globális gazdaságra. Példa lehet a 2007-ben indult amerikai jelzálogpiaci válság vagy a magyar devizahitel-válság. Meghatározó az állam szerepe, pontosabban meghatározónak kellene lennie az állam szerepének függetlenül az időmúlástól és a gazdasági ciklusoktól.

3. Napjaink pénzügyeinek jogi kereteire jelentős hatással van az OECD jogalkotási tevékenysége. Például, a tagállamokban a devizaliberalizáció, a belső jogalkotás az OECD kódexek alapján történt.⁸²

Az alábbiakban a szervezet által elfogadott nemzetközi adózással összefüggő szabályok azért kerülnek szóba, mert a globális jogalkotás egy, a sztenderdekétől eltérő módjának bemutatását teszik lehetővé. Az OECD Egyezmény szerint az OECD Tanácsa kétféle módon dönthet a tagokra vonatkozóan, határozatot hozhat és ajánlást tehet. A döntéseket megegyezéssel hozzák, arra a tagra, amely nem szavazott igennel a döntés hatálya nem terjed ki.⁸³ Az adózásra vonatkozó itt említendő szabályokat ajánlás formájában fogadták el, ami azt jelenti a lényegét tekintve, hogy a döntést elfogadó tagállamok azokat követik, eltekintve attól az esettől, ha az eltérés ésszerű indokát adják a konkrét esetben. Az alábbiakban három, a sztenderdekhez hasonlóan az ún. puha jog körébe tartozó joganyagot említék.

A jövedelem és a vagyon adóztatásáról szóló OECD modellegyezmény a kettős adóztatás elkerülésének elősegítésére szolgáló mintaegyezmény, amihez kapcsolódik egy 2600 oldalas kommentár. A Modellegyezményt 2017-ben módosította utoljára az OECD.⁸⁴ Az OECD Tanács 1997-es ajánlása kiterjed mind a modellt, mind a

82 OECD (2019), OECD Code of Liberalisation of Capital Movements. www.oecd.org/investment/codes.htm.

OECD (2019), OECD Code of Liberalisation of Current Invisible Operations https://www.oecd.org/investment/investment-policy/InvisibleOperations_WebEnglish.pdf

83 Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development PARIS 14th December 1960 Art. 5-6.

84 OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017 <http://www.oecd.org/tax/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-201745419.htm>

kommentárra és a módosításaira. Ez az jelenti, hogy a tagállamok a lényegyet tekintve követik a modellegyezményt a kettős adóegyezmények megkötése, a kommentárt pedig a nemzetközi adóegyezményeik értelmezése során.

Egy másik OECD irányelv az ún. Transzferár irányelv. A tőkeáramlás szabadsága megnyitotta az utat a multinacionális társaságok számának növekedése felé. Az adózás körében megoldandó problémaként jelentkezett az egy csoportba tartozó társaságok egymásközi ügyletei során alkalmazott árak – ún. belső elszámoló árak – kezelése, amennyiben az nem felel meg a szokásos piaci árak. Ennek a problémának a megoldására, az OECD keretében létrejött dokumentum az ún. Transzferár irányelv.⁸⁵ Napjainkban a transzferárak kérdése az egyik legnehezebben kezelhető probléma az adójog területén.

A harmadik példa a BEPS. A 2007-ben indult válság, költségvetéseik védelme érdekében rákényszerítette az államokat arra, hogy nagyobb erőfeszítést tegyenek a multinacionális társaságok agresszív adótervezésének megakadályozása, de legalábbis mérséklése érdekében. Ennek keretében jött létre – a G20-tól kapott „mandátum” alapján – az ún. BEPS projekt.⁸⁶ A BEPS keretében 15 ún. akcióterv készült, amelyek többsége meghatározott adóelkerülési technikák kizárását, vagy legalábbis korlátozását célozta. Ezek a megoldások (egy részük) az EU jogalkotási eljárása keretében irányelv formájában az európai jog részévé vált, és ezeket a jogharmonizáció keretében ültettük át a belső jogba.

A modellegyezmény, a Transzferár irányelv és a BEPS 5-ben kidolgozott megoldást a jogalkotó beemelte a Társasági adó tv. jogharmonizációs záradékába azzal, hogy a törvény ezek figyelembevételével készült szabályozást tartalmaz.⁸⁷ A mennyiséget és a megértésükhöz, alkalmazásukhoz szükséges intellektuális energiát tekintve egyaránt nagyon jelentős joganyagokról van szó, ami elvi szinten a puha jog fogalmi körébe tartozik, azonban a gyakorlatban nem az.

Ebben az összefüggésben lényeges ezeknek a szabályoknak a lényegi tartalma, ami az adóztatási jog államok közötti elosztása. Az OECD modell és a Transzferár irányelv a tőkeexportáló országok javára tolja el az egyensúlyt és ugyanez igaz a BEPS project keretében kidolgozott elvekre is; a nemzetközi adójog korántsem semleges technikai normák halmaza, jövedelemelosztási szabályokat tartalmaz.⁸⁸ Magyarország hagyományosan tőkeimportáló ország. Szintén említést érdemel a BEPS másik oldala, tehát az, hogy a multinacionális társaságok adótervezési és agresszív adótervezési tevékenységét nagymértékben elősegíti az adóverseny, ami az államok versenye a befektetésekért.

85 A legújabb, módosításokkal egységes szerkezetben kiadott változat 2017-ben készült: OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017 <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-201769717.htm>

86 Base erosion and profit shifting (Kb.: az adóalap és a nyereség egy másik államban történő kimutatása) <http://www.oecd.org/tax/beps/>

87 A társasági adóról és az osztalékadóról szóló 1996. évi LXXXI. törvény (Tao) 31. § (2) bek.; 30/E. §

88 Pl.: Allison CHRISTIANS: Taxing According to Value Creation. 90 Tax Notes International 1379-1383 (June 18, 2018)

6. A pénzügyi jog a duális jogrendszerben

1. Az adott keretek között a duális modell szerkezeti elemeit tekintve, három jogréteget tudtam érinteni. Az alkotmányi szövegréteget, az alkotmánybíróági esetjogot és a törvényi jogot.

2. A pénzügyi jog alkotmányi szövegrétege a szokásos alkotmányi szabályozáshoz képest nagyobb terjedelmű, ez azt is jelenti, hogy az alkotmányozó a szabályozás fő irányait meg kívánta határozni. Az Alaptörvény szövegrétege a pénzügyi politika autonómiája szempontjából kulcsfontosságú szabályokat tartalmaz, amint ez a fentiekben szóba került.

3. Az alkotmánybíróági esetjog súlya „makro” szinten átmeneti ideig hatáskörének korlátozása miatt kevésbé jelentős. Ez nem jelenti azt, hogy nincs súlya, mert egyes alapjogok sérelme esetén, amint szóba került beavatkozhat. Ugyanakkor lényeges, hogy az Alkotmánybíróóság önértelmezése miatt sem avatkozott be mélyebben a pénzügyi jog által szabályozott viszonyokba. Jellemzően az Alkotmány gazdaságpolitikai semlegességére, és az Országgyűlés ebből következő széles mérlegelési jogára hivatkozott.

4. A törvényi jogot tekintve a globális ún. puha jog egyes formáit említettem a fentiekben. Visszatérve az írás elején megfogalmazott kérdések folytatásához, a pénzügyi jogot tekintve tisztázást igényelőnek látom azt, hogy az ún. globális sztenderdek és egyéb „puha jogi” szabályok hogyan helyezhetők el a duális modellben?

5. Pokol Béla megtisztelt azzal, hogy elolvasta két írásomat és felhívta a figyelmemet egy tévedésemre.⁸⁹ Arról van szó, hogy az Alaptörvény pénzügyi tárgyú rendelkezéseit, az Alkotmánybíróóság döntéseit és a pénzügyi tárgyú sarkalatos törvényeket együtt neveztem pénzügyi alkotmányjognak. A jogági határokról mindig azt gondoltam, hogy segítik a jogrendszer strukturálását, de elégséges a kontúrok felvázolása, mert minél inkább használom a nagytítot, annál kevesebbet látok. Az alkotmányjog esetében formális megközelítés esetén egyszerűbb a helyzet, mert az Alaptörvény szövege adott, az ott meghatározott szabályok alkotmányjogi normák, egy törvény nem része az alkotmánynak. Ez igaz.

Amiért én a sarkalatos törvényeket együtt kezelem az Alaptörvénnyel, de természetesen nem tekintem azonosnak, az az, hogy a sarkalatos törvényeket az egyszerű többséggel elfogadott törvények fölé helyezem a jogforrási hierarchiában. A pénzügyi jogban az egyetlen állandó a változás. A pénzügyi politika gyakran és közvetlenül megjelenik a jogban. Az Alaptörvény és a sarkalatos törvény a pénzügyi jogász perspektívájából a stabilitást, az állandóságot jelentik. Ezért az alkotmányos alapokat kétszintűnek tekintettem: „mag alkotmány” és az ezt részletező „alkotmányerejű” törvények. Valószínű, hogy a sarkalatos törvényben történő részletezés indoka a stabilitás igénye volt.

89 POKOL Béla: Speciális – konkretizált alkotmányjogok (A jogágak alkotmányjogiasítása és ennek fokozatai). Kézirat, Budapest, 2020, 1-34., 27.

Ugyanakkor készséggel elismerem, hogy Pokol Bélának igaza van és köszönöm, hogy felhívta a figyelmemet a tévedésre. Ebben a tanulmányban már figyeltem a fogalomhasználatra.

A SZAK-JOGÁGAK ALKOTMÁNYJOGI PROBLÉMÁI A JOGRENSZER-TAGOZÓDÁS TÜKRÉBEN:

Az alkotmányjogi jogduplázódás megjelenésének kihatása a jogrendszer tagozódására

Pokol Béla alkotmánybírói tisztséget is betöltő egyetemi tanár az „Alkotmányi jog és a jogrendszer duplázódása” című most készülő könyvében az alkotmánybíráskodással összefüggésben részben saját külföldi, több országra kiterjedő összehasonlító elméleti és gyakorlati orientáltságú kutatásai, valamint a hazai alkotmánybírói döntési gyakorlatból leszűrt tapasztalatai alapján azt a következtetést vonja le, hogy a kialakulóban van egy új jogág, amelyet alkotmányi jogként jelöl meg. Miként ez koncepciójából kitűnik, az alkotmányi jog egyfelől integráló jelleggel átfogja az egész jogrendszert, másfelől az egyes jogágak szerint is tagozódik, azonban egymással összefüggésszerűen az alkotmányi alapjogok és elveik alapján úgy, hogy az egyes jogágakhoz, jogterületekhez közel álló alkotmányjogi alapjogok csatlakoznak a jogdogmatika és a joggyakorlat alapján kialakult és egyben kialakított jogterületek, jogágak elveihez. Ugyanakkor, ha az egyes jogterületek, jogágak elveit absztraháljuk és elhagyjuk belőlük az adott jogterületre vonatkozó speciális, megkülönböztető jegyeket a jog általános, integráló jogelveihez jutunk el, amelyeket korszerűen megfogalmazott realista „helyes jogi” szemléletben Somló Bódog írt körül.² Ezt a szemléletet, bár marxista materialista irányultsággal, de e megközelítéstől függetlenül realista jogszociológiai aspektussal Peschka Vilmos vitte tovább, kimutatva, hogy a jogi norma, de ugyanígy annak a gyakorlat praxisában történő alkalmazása csak akkor fejt ki pozitív hatást és csak akkor éri el a kívánt célját, ha összhangban van az objektív társadalmi folyamatok objektív törvényszerűségeivel.³ Ezt az absztrakt megállapítást integrált konkretizálással kiegészítve egyúttal azonban a horizontálisan túlmenve vertikálisan is szemlélve, egyúttal pedig túlmutatva Nikolaj Hartmann és Losonczy István rétegelméletén,⁴ az egyes emberi individuális magatartásokon és azok

1 Professor emeritus, DSc, ME ÁJK, Agrár- és Munkajogi Tanszék.

2 Somló Bódog: *Jogbölcseleti előadások + A jog értékmérője*. Somló „helyes jogi koncepciójának értékelését lásd Szabadfalvi József: *A magyar jogelméleti gondolkodás kezdetei*. Gondolat, Budapest, 2011. 155-171. o.; *Uő: Kísérlet az új magyar jogfilozófia megteremtésére a 20. század első felében.*, Bp. 2014. 79. s. köv. o.

3 Peschka Vilmos: *Jog és érték*. *Állam-, és Jogtudomány*, 1970/4. sz. 657. o.

4 Nikolaj Hartmann: *Lételeméleti vizsgálódások*. Bp. 1972.; Losonczy István: *Jogfilozófiai előadások vázolata*. Bp. 2002. 35-47. o.

másokkal való kapcsolatán kívül a szélesebb és a globális társadalmi viszonyokat, valamint intézményeket a nem emberi, hanem az állati és a növényi életközösségekkel, valamint az élettelen természeti környezettel együtt jogi szempontból is a társadalmi viszonyokkal összefüggésbe kell hozni.⁵ Eme alapvető követelmény következik abból, hogy az embert körülvevő valamennyi állati és növényi életközösség, és mindennek életfeltételét az emberi közösséggel együtt megadó ilyen szempontból élőnek nem mondható, de az élet feltételeinek biztosítása szempontjából elengedhetetlen bizonyos élettelen elemek zavarmentes léte. Olyan élettelen elemeké, mint amilyen a megfelelő arányú fizikai és vegyi elemekből összeálló légtér, külszíni sós és édes vízréteg, élő-, és élettelen szerves földréteg, talaj és talajvízkészlet, ásványi anyagok, a napsugárzás, vagyis az „Univerzum” valamennyi olyan szervetlen és szerves fizikai és kémiai összetételű élettelen és élő eleme, és ezek együttesének klimatikus hatása, amely nélkül nincs megfelelő individuális emberi és emberi közösségi lét. Mindennek legnagyobb ellensége eme elemek arányos összetételébe történő szakavatatlan voluntarisztikus beavatkozás, valamint a határtalan környezetszennyezés, ami az emberrel együtt valamennyi élőközösség létét kihalással fenyegeti.

Mindezek figyelembe vételével a jognak nemcsak az emberek egymás közötti és az individuális egyedeknek és emberi csoportoknak az emberi közösségeket működtető önkormányzati/állami intézményekkel fennálló joghatást kiváltó kapcsolatait kell a jognak rendeznie, hanem ma már ennél sokkal többet, globálisan az államilag-közjogilag megszervezett egész emberi közösséget körülvevő s e közösség, valamint individuális egyedei létezésére kiható összes létező „világ-univerzális” elem kedvező hatásának a megtartását, megőrzését is. Mind ez kisdimenzióban fennállt a hagyományos, klasszikus jogunk rendszerében is, főleg az emberi egészséget és életet veszélyeztető, valamint a tulajdonolást és a birtoklást jogellenesen megzavaró olyan büntetőjogi és dologi jogi tényállásokban, amelyek a környezettel, annak egyes elemeivel állnak összefüggésben. Ilyenek az ételmérgezés, a kút-, víz-, valamint a légtérszennyezés és mérgezés, a robbanóanyagok használatával végzett halászat, a jogellenes vadbefogás, a rablógazdálkodású erdőirtás, az ugaroltatással együtt járó földművelés, növénytermesztés, valamint a bányászat. Ez utóbbiakkal kapcsolatos speciális normaszabályok önálló szak-jogágakat alakítottak ki, int amilyen az erdő-, és vadgazdálkodási jog, az agrárjog és a bányajog, a vízgazdálkodási és a halászati jog, újabban pedig a természet-, és környezetvédelmi jog. Mindezeket megelőzően pedig még a kapitalizmus hajnalán a termelő és termékgazdálkodási gazdálkodással összefüggésben a polgári jogból kiszakadt a kereskedelmi és a váltójog.

Ezek a szak-jogterületek azonban nem „Deus ex mahina” jelentek meg hirtelen a jogi szféra légtüres terében, hanem kisarjadtak abból az alap fundamentumból, amely a jogrendszer-tagozódás alapját képezik, vagyis a közjogból és a magánjogból, mind a két

5 V.ö. Prugberger: A jogi normák a természeti és a társadalmi törvényszerűségek összefüggés rendszerében. In: Publicationes Universitatis Miskolciensis Sectio Iuridica et Politica, Tomus XXXI. (2012.) University Press, Miskolc, 132-137. o.

jogterület elemeinek egy szak-területen, azaz egy szak-jogágon belüli összefonódásaként. Éppen ezen összefonódás alapján nevezi találóan e szakjog-területeket Sárközy Tamás alapjogokon átnyúló „keresztbe fekvő” jogágaknak.⁶ Azok a klasszikus „alap jogágak”, amelyeken ezek a „szakjogágak” keresztbe fekszenek szintén a jogfejlődés során osztódásnak indultak. A két alapvető felosztás, a közjog és a magánjog szintén osztódásnak indult. A felosztás elvi alapja azonban továbbra is azonos maradt. A közjogra és az abból kisarjadt speciális jogágakra, az alkotmányjogra/államjogra, a közigazgatási jogra és annak szakjogági területeire a szabályozás tárgya szerint a közérdek és a közjó, a szabályozás módszere szerint az alá-fölé rendeltség a jellemző. Ezzel szemben viszont a klasszikus magánjog valamennyi területére a szabályozás tárgya szerint a magánérdek, illetve a magánérdekek összehangolása, a szabályozás módszerére pedig a mellérendeltség a jellemző.

A jogrendszernek ilyen módon a közérdek és a magánérdek alapján közjogra és magánjogra történő felosztása ma már kevésnek tűnik. Ugyanis egyrészt az emberiségnek a gazdasággal, a technikával és a technológiával, valamint a külső természettel való kapcsolata a korábbi időszakokhoz viszonyítva sokkal többdimenziójú azok ellenére, hogy ezek a dimenziók a specialitásaik ellenére egymással elvi síkon összefüggésben, kapcsolatban állnak. Bár korábban sem volt igazán tiszta közérdek és tiszta magánérdek, valamint ennek leképeződéseként tiszta közjog és tiszta magánjog, mert mindkettőnek normatív szabályozása (anyagi jog) és e szabályozás érvényre juttatása az állam intézményrendszerén és annak működésén keresztül történik, azonban ez mára egyre nagyobb egyre erőteljesebb etatikus beavatkozás mellett valósul meg még akkor is, ha ez a beavatkozás politikai okokból kifelé rejtve marad.

E mechanizmusnak megfelelően a jog közjogi és magánjogi anyagi és alaki jogi normák rendszerezett sokaságából áll, és mindegyik kapcsolódik a mögöttük meghúzódó hasonló anyagi és alaki alapnormákkal együtt az alap jogtárgyak, valamint az azokból kiágazó származékos rész-jogtárgyak valamelyikéhez, magában a szabályozásban elhelyezve az adott jogtárgyhoz kötődő normatív előírásokat és kikényszerítési, végrehajtási módjukat. Ugyanakkor ezt figyelembe véve minden jogi normatív szabálynak van rendelkező része és szankciója. A rendelkező rész lehet kogens, vagyis kötelezően alkalmazandó, ami akkor áll fenn, amikor a norma közjogi tartalmú, de lehet diszpozitív, vagyis ajánló jellegű, amitől a felek belátásuk szerint térhetnek el. Ez esetben a jogi norma magánjogi jellegű, ahol az előbbivel szemben a szankció, vagyis a jogkövetés hiánya esetén s kikényszerítés nem hivatalból (ex offo) valósul meg, hanem a felek igényétől függően privát indítványra. Ebből átható, hogy mind az anyagi, mind az alaki (eljárási) jogi normákban egyaránt megtalálhatók a közérdeket és a magánérdeket érvényesítő normatívák és azok jogintézményi végrehajtásának biztosítékai, amelyek attól függően tartoznak a közjogba vagy a magánjogba, hogy e két jogi faktorból melyik a dominánsabb. Ahol a közjogi és a magánjogi faktor egyenlő súlyú, akkor áll fenn önálló vegyes szak-jogági besorolás.

6 Sárközy Tamás: A szocialista vállalatelmélet jogtudományi alapjaihoz, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó (KJK), Bp. 1981. 481-488. o.

Globálisan nézve, ilyennek tekinthető a munkajog. Szétbontva azonban a foglalkoztatás-támogatás a szolgáltató munkaügyi szak-közigazgatás része, ahol jelentős a magánjogi eszközrendszerek különösen a képzéssel és a képzéssel összekötött munka-praktikum szerződés útján történő elvállalása, míg a munkavédelmi és a munkaügyi előírások felügyelete a rendészeti munkaügyi szak-közigazgatás részét képezi, ugyanakkor a szerződéses munkaviszony, vagyis az ún. „individuális munkajog”, valamint a munkavállalói és a munkáltatói érdekvédelmi szervezetek kapcsolatát és jogosultságait tartalmazó „kollektív munkajog” jogdogmatikailag a polgári jog kötelmi jogának egzisztenciális és szociális munkavállalót védő minimál-standardokkal körbeágyazott speciális jogterülete.⁷ E mellett a magánjog kötelmi jogi részén belül, mint egy szigetként jelentkezik a nagy szakértelmet igénylő szerződéseknél a szakmailag jártas szolgáltatókkal és az általuk előre elkészített blankettaszerződésekkel szemben a laikus fogyasztók közjogi előírásokkal történő védelme, amely a munkaszerződés esetében is az egzisztenciálisan kiszolgáltatott munkavállaló védelme érdekében az előbb említett szociál-egzisztenciális minimál-standardokon keresztül fennforog.⁸

Ez a klasszikus alap-jogágak és a belőlük kisarjadó rész-jogágak képezik jogdogmatikailag azt a részben közjogi, részben magánjogi, részben vegyes szakjogi materiát, amely körülveszi a közjogi és magánjogi központi alapjogi materiát, vagyis az alkotmányban lefektetett alap-jogokat és kötelezettségeket, az államhatalmi és igazgatási szervrendszerét, hatás és illetékességi körének alapelveit, valamint egymással és más jogalanyokkal fennálló kapcsolatait, ide értve a jogi és a természetes személyeket egyaránt. Ez az centrum alapjogi matéria, alapjogi magterület, amelyből kör-körösen sugároznak ki az egyes közjogi, magánjogi és vegyes szak-jogági területek, mint egy alap-jogágakat képezve. Ebbe az első körgyűrűbe közjogi alap-jogági körbe indokolt besorolni az állami mechanizmus jogát, vagyis az államjogot, az államjogi hatalommal összefüggő végrehajtást, szervezést, közrendészetet és szakrendészetet megvalósító közigazgatási jogot, a magánjogi alap-jogági körbe egyelőre még a polgári jog egészét. Ezek mellett vegyes szak-jogágként ebbe a körgyűrűbe tartozik a szolgáltató közigazgatási jog, az ugyancsak vegyes szak-jogágként kezelendő kereskedelmi, újabb szóhasználatnál élve gazdasági jog, amely a kereskedelmen kívül az ipari jogot is magába foglalja. Ezekkel párhuzamosan e körgyűrűbe tartozik még vegyes szakjog-területként az agrárjog, a környezetvédelmi jog és lehet alapja annak is, hogy a civilisztika körébe tartozó munkajog is vegyes szakjogként e körgyűrűbe tartozzon, bár a magánjogi szabályok súlyát tekintve szerintem inkább a polgári jog részét képezi. Végezetül ezt a körgyűrűt abroncsként

7 Vö.: Gyulavári Tamás (szerk.): Az Európai Unió szociális dimenziója. Szociális, Család-, és Munkaügyi Minisztérium kiadása, é. n. Budapest.; Gyulavári – Könczei: Európai szociális jog. Osiris K. Bp. I. rész

8 Prugberger: Az egyedileg nem tárgyalt tisztességtelen szerződési feltételek értelmezése a hazai és az uniós magánjog fogyasztóvédelmi, gazdaság-, verseny- és hitelezés-ügyi szabályai vetületében. In: Lentner Csaba (szerk.): A devizahitelezés nagy kézikönyve, Nemzeti Közszolgálati Egyetem Tankönyv-kiadó Vállalata, Bp. 2015. 337-364. o.

átöleli a büntetőjog, amely akkor lép működésbe, ha az itt megjelölt jogterületeket természetes személyek részéről olyan jogellenes beavatkozás éri, amely a társadalomra, azok köz-, és magánjogi intézményeire, emberek egyes csoportjaira, valamint egyes emberekre, a természetelő és élettelen képződményeire, a jogalanyok javaira különösen nagy veszéllyel és/vagy kár bekövetkezésével jár.

Ami az alapjogi/alkotmányi centrumkör és az azt körülvevő most tárgyalt körgyűrű határvonalát illeti, képletesen valahol ott helyezkednek el az előbb tárgyalt jogágak alapelvei, ahol viszont az egyes jogágak alapelvei sok tekintetben tartalmilag hasonlóan egymáshoz. Ez a hasonlóság nyilván az alaptörvénybe foglalt alkotmányos alapjogi elvekből ered. Ellentétben azonban Hans Kelsenel, eme alkotmányjogi alapelvek gyökere nem egy hipotetikus alapnormában keresendő,⁹ hanem abban az állami funkciórendszerben, állami mechanizmus rendszerben, illetve államrezonban, amelyet az állam a társadalom és a természet objektív törvényszerűségei alapján megoldandónak ítél. Ez az a központi kör, amelyből a szükségességet akár természetjogilag vagy másként felismerve alapjogként rögzíteni szükségesnek tart. Legfőbb ezek között a jognak való államirányítási alárendelés, vagyis a jogállamiság, a vezetés, valamint a vezetésre hivatott intézmények és a társadalom különböző szegmensei és intézményei közötti párbeszéd. Ezen kívül még az a jogi kölcsönhatás, vagyis az állami irányítás demokratizmusa is, amellyel összefügg az ember egzisztenciális alapvető eszmei és materiális értékeivel összefüggő jogok tiszteletben tartása, valamint az olyan alapvető jogok biztosítása, amelyek egy részét kibontva az alkotmányt körülvevő gyűrű egyes közjogi, vegyes szakjogi, valamint magánjogi szabályai fektetnek le. Ezeket hangsúlyozottan az alkotmányon, az egyes jogágazatokon kívül hangsúlyozottan a büntetőjog is véd az alkotmányt körülvevő jogágazati szelvényekből álló itt tárgyalt körgyűrű. Legfőbb alapjogelvi formában igen pozitíven és teljes körűen mindezt a német „Grundgesetz” abban fogalmazza meg, hogy Németország alkotmányos szociális jogállam. A szociális jelző kihangsúlyozása azért vált lényegessé, mivel az 1990-es évektől kezdve Nyugat-Európában is egyre erőteljesebb több jóléti államban is, így Franciaországban, és különösen a skandináv államokban a jóléti államiság és a szociális piacgazdaság lebontása a globalista neoliberais piacgazdaságra való áttérésre kényszerítés érdekében. Ettől az Alaptörvény itt említett deklarációja védte meg eddig és védi meg ma is Németország szociális piacgazdasági jellegét és biztosítja sértetlenül állampolgárai számára a többi európai államhoz viszonyítva sokkal magasabb szinten a szociális jogokat.¹⁰ Mivel a Magyar Alaptörvény szintén csak „szociális” jelző nélkül a jogállamiságot deklarálja, állt fenn az a lehetőség, hogy a privatizáció során a nemzeti vagyont a nyugati multinacionális vállalatok kivigyék az országból, az 1970-es és 80-as években felvett nyugat-európai banki és IMF hitelekből reorganizált vállalatok olcsó

9 Kelsen, Hans: Tiszta jogtan (Ford. Bibó István). Új kiadás (Varga Csabától) Bp. 1988. Kritikáját adja Peschka Vilmos: A modern jogfilozófia alapproblémái. Gondolat K. Bp. 38-55. o.

10 Prugberger: Szociális jogok és környezetvédelem az új Alaptörvényben. In: Az új Alaptörvényről – Elfogadás előtt. Konferencia-bulletin, szerk.: Téglási Andás. Az Országgyűlés Alkotmány-, és Igazságügyi, és Ügyrendi Bizottsága kiadása Bp. 2011.

megvételén, rövid átmeneti működtetést követően leszereljük személyzetük elbocsátása kíséretében. A cél ugyanis a magyar kelet-európai piacok megszerzése volt.¹¹

E hiányossággal ellentétben ugyanakkor a magyar Alaptörvény utal a kartális alkotmányok közül legerőteljesebben a mai magyar jogrendszer kialakulásának a körülményeire a keresztény-keresztyén gyökereire,¹² amelyet a neoliberais elvilágiasodott európai uniós vezetés folyamatosan kritizál. Én a gyökerekre való utalást helyesnek tartom, mert végső soron a kulturális gyökerekből vezetődnek le az alapjogi elvek és az alapjogi centrum-magot körülvevő első jogági gyűrűrendszerben lévő jogági szabályrendszerek alapelvei. Ezt azonban indokolt lett volna kiegészíteni azzal, hogy a klasszikus görög-római és a zsidó-keresztén/keresztyén, valamint a polgáriasodás kulturális gyökerei határozzák meg etikai és természetjogi alapon Magyarországon is az alapjogi/alkotmányi normamagot.¹³ Eme első gyűrűrendszert követi hasonló elrendezésben egy második gyűrűrendszer, amely az első gyűrűrendszer jogágazatait tovább tagolja a specializáció igényei szerint. Így jelennek meg a szak-közigazgatási jogágak, egészségügyi, kulturális, oktatási stb. szakközigazgatás, a közigazgatási jog területén, a polgári jogon belül a személyi jog tulajdonjog, kötelmi jog, öröklési és családi jog, valamint a szellemi alkotások joga, a vegyes szak-jogágaknál a gazdasági jog esetében az iparjog az élelmiszerjog, a borászati jog, az agrárjogon belül a földhasználati-növénytermesztési jog, az állattenyésztési jog és így tovább. A jog és a társadalmi viszonyok egyre bonyolultabbá válásával lehet, hogy rövidesen a további specializálódás miatt al-jogágazati kör az előző kör szakjog-ágazataiból, ahol a két kör egymást elválasztó határainál szintén kialakulhatnak speciális alapelvek, amelyek azonban az előző körnek az alapelvein nyugszanak, csak tovább konkretizálják. És itt, az egyes gyűrűket egymástól, főleg pedig az első gyűrűt az alaptörvénytől elválasztó határvonalnál fellelhető alapvető határvonalaknál áll fenn az az újabb jogintézményi beiktatási körgyűrű sáv, amelyben a jogrendszernek az alkotmányi jogi ama elvei és normái töltenek ki, amelyeket az alkotmánybírói gyakorlat kreál. Pokol Béla ezt a jogrendszer megduplázódásának nevezi, ami viszont az előbb kifejtett újabb jogspecializációs kör megjelenése folytán egyelőre csak a jogrendszer triplázódásához vezethet el, de lehetséges, hogy távlatilag bekövetkezik ily módon jogrendszer qatriplázódása is. Ugyanakkor azonban az alkotmányi jog ilyen széttöredezett szemléletével szemben beszélhetünk egy több szintből álló egységes alkotmányi jogról is.

Az itt bemutatott elhatároló sávokban, kiindulva az alkotmányjogi/alapjogi mag és az első jogági szelvényeket magába foglaló körgyűrű közötti határvonalból és ugyan így a további egyre specializáló körgyűrűket az előzőektől elválasztó sávból, az ezekben az elhatároló vonalakban, sávokban megtalálható egyre konkrétábbá váló jogelvek mezsgyéje válik az alkotmányi jog területévé. Erre az által kerül sor,

11 Prugberger: A nyugat-európai és a közép-európai országok privatizációjának jogi rendezéséről. In: Ünnepi tanulmányok IV. Gáspárdy László professzor 60. születésnapjára. Novotni Alapítvány kiadása, Miskolc, 1997. 334-356. o.

12 Prugberger: Szociális jogok és környezetvédelem az új Alaptörvényben. In: 9. jegyzet

13 U. ott

hogy az egyes jogágak anyagi és eljárásjogi szabályrendszerének az elvei találkoznak az alkotmánybírói határozatok azon döntéseinek a tartalmával, amelyek az egyes jogágak és szak-jogágak elveit az élethez közelítik. Ezen kívül az alkotmányjogi materiát gazdagítják az Európai Szociális Chartában meghatározott európai állampolgárokat és politikai üldözöttségük miatt az Európai Unió valamelyik tagországába befogadott menekülteket megillető alapvető szociális jogok is, amelyeket az alkotmánybírók szintén figyelembe vesznek határozataik meghozatala során. Ez által a nemzeti jogok egyes jogágainak az alapelvei az adott nemzeti alkotmány joggyakorlatával gazdagodva, e gyakorlatot az alapelvekkel kibővítve végül is megteremti az alkotmányi jogot. Azt az alkotmányi jogot, amely a nemzeti jogrendszer alaptörvényi/alkotmányjogi magjából kiindulva és azt kiegészítve az Európai Szociális Charta, valamint a Római Szerződés és a Lisszaboni Charta alapjogi jellegű szabályainak is a figyelembe vételével kialakított döntések adják e jog materiáját. A jogdogmatika tudományának lesz az a feladata, hogy ezt az alkotmányjogi döntési materiát azokhoz a jogágakhoz telepítse, amelyekhez tartalmuk szerint tartoznak. megfelelő jogágakhoz történő tartozás rendszerbe foglalt alapjogi szabályainak a figyelembe vételével kialakított döntéseinek a megfelelő jogágakhoz történő tartozás rendszerbe foglalásával a jogtudomány kezdi kialakítani azt az új jogágot, amelyek alkotmánybírói döntésekkel kialakított szabályrendszere összekapcsolja az alkotmányjogi/alapjogi magot a jogági alapvető előírásokkal. Ez a joganyag még tovább gazdagodhat az ENSZ olyan szakbizottságainak emberjogi és szociális jogi szakbizottságainak olyan emberjogi és szociális, egzisztenciális kérdéseket érintő egyezményeivel, mint amelyeket a munkavállalók szociális és egzisztenciális jogainak a védelmében a Nemzetközi Munkaügyi Szervezet, a Mezőgazdasági és Élelmezésügyi Világszervezet (FAO), valamint az Egészségügy Világszervezet hoz.

Összegezőképpen az eddig kifejtettekből, valamint Pokol Béla készülő munkájából az tűnik ki, hogy az alkotmánybírói döntési gyakorlatból kialakulóban van az új alkotmányjogi jogág. Az alkotmányjogi jogág joganyaga a mindenkori alkotmány, alaptörvény rendelkezéseinek a vonatkozó konkrétabb előírásaival történő összevetésével kapcsolatos alkotmánybírói döntések rendszeréből áll. Az alkotmány/alaptörvény előírásainak a címzett jogág és azon belül valamely jogintézményéhez kapcsolódik.

Mindezt figyelembe véve, az alkotmányi jog végső soron egy olyan egységes átfogó jogág, amely azonban a hagyományos jogrendszer, illetve ama jogrendszer válik viszonylagos módon tagolttá, amelyet a hagyományos jogrendszer továbbgondolása alapján próbáltam továbbfejleszteni. Materiáját nem tételes-jogi normák adják, illetve alapozzák meg, hanem az alaptörvény és a hagyományos jogágakhoz tartozó jogszabályok és bírói, valamint közigazgatási jogalkalmazási gyakorlat alaptörvényi összevetés alapján megalkotott alkotmánybírói elvi és konkrétabb döntései, ahol figyelembe vételre kerülnek az európai uniós normák és az ENSZ szakosodott intézményei közreműködésével megalkotott nemzetközi egyezményei is.

Mindez, amit leírtam, egy vízió, amely kapcsolódik Pokol Béla nagyon is lényeges és előremutató elképzeléséhez. Ha Pokol Béla elképzelése egészben vagy részletesen

valóra válik, úgy megvan az esélye annak, hogy az általam itt felvetettek hasonló arányban valóra válnak. Mivel az alkotmányi jog lényegében az alkotmány előírásai és a tételes-jog, valamint annak gyakorlata közötti kapcsolódódás jogát jelentené, általános elismertsége esetén nem fordulhatna elő olyan helyzet, mint az 1990-es évek közepén Csehországban. Ott ugyanis a privatizáció során magántulajdonba került budejovicei gépgyár új tulajdonosa az európai államok szabályaival ellentétben a gyárból távozó dolgozókkal ellenérték fizetése nélkül kötötte meg a versenykizárási megállapodást, amelynek alapján a munkaviszony-megszűnését követően maximum két évig nem gyakorolhatja azt a foglalkozást és nem is helyezkedhet el abban a foglalkozásban, amelyet a távozó munkáltatójánál gyakorolt. Mivelhogy az európai államokhoz hasonlóan a cseh szabályozás szerint is érvénytelen az ilyen ingyenes megállapodás, amit a munkáltató a távozó munkavállalókra rákényszerített, azok minden további nélkül elhelyezkedtek. Emiatt a gyártulajdonos szerződészegés megállapítása és kártérítés iránti keresettel élt, amelyben a brnói Legfelsőbb Bíróság igazat adva a munkavállalóknak a törvényi előírással ellentétes ingyenes megállapodásokat semmisnek minősítette. A tulajdonos e legfelsőbb bírósági ítélettel szemben panasszal élt a Prágai Alkotmánybíróságnál, amely a szerződési akaratszabadság alapjogi szabályának figyelmen kívül hagyása miatt minősítette alkotmányellenesnek a Legfelsőbb Bíróság ítéletét, viszont elmulasztotta figyelembe venni a munkavállalóknak a versenykizárási megállapodásnál jelentkező szociális alapjogait.¹⁴ Magyarországon a Soros pénzeiből folytatott civilszervezeti érzékenyítési tanfolyamok hatására állhatnak elő hasonló ítéletek, melyek egyikénél egy olyan valaki követett el lakáshasználattal kapcsolatosan durva birtokháborítást, amelyet az „érezkenyített” bíróság nyakatekert joglevezetéssel helytállóan minősített, és amelyben meghozott birtokháborítást elutasító ítéletet nem volt hajlandó az Alkotmánybíróság a tulajdonhoz való alapjog alapján alkotmányjogi szempontból megvizsgálni.¹⁵ A jó hírnévhez való alkotmányos alapjoggal, valamint az ártatlanság vélelmével ellentétes a munkajogi kommentárnak az az álláspontja, miszerint nemcsak az nem tölthet be pedagógusi, gyermekfelügyelői állást, akit gyermekek és/vagy fiatalkorúak sérelmére elkövetett bűncselekmény miatt elítéltek, hanem az olyan sem, akivel szemben ilyen ok miatt büntető eljárás indult, de az ügy vagy bűncselekmény, vagy bizonyítékok hiánya miatt felmentéssel végződött.¹⁶ Az alkotmányi joggal történő jogduplázódás esetében az ilyen disszonáns helyzetek megelőzhetőkké válhatnak.

14 Sylvia Sparfeld: Nachvertragliches Wettbewerbsverbot in tschechischen Recht. WIRO 7/1976. 249. p.

15 Szombathelyi Törvényszék, 12. Pf.20.562/2017/5/II. sz. másodfokú ítélet, AB:IV/196-3/2018. alkotmányossági kontroll kérelmet elutasító határozat

16 Dr. Román Róbert PhD. egri egyetemi docens (Eszterházy Egyetem) és miskolci gyakorló ügyvéd észrevételezése

A GENERÁLKLAUZULÁK ÉS A JOGHÉZAG AZ EURÓPAI ÉS A MAGYAR MAGÁNJOGBAN

1. A generálklauzulák főbb (normatív, szabályozási) jellemzői és rendeltetésük

1.1. A generálklauzulák normatív (jogsabályi) jellegét tagadó és a pontosításukra irányuló elméletek

a) *A generálklauzulák nem teljes normák.* A jog sajátos „rétegei” közé tartoznak a generálklauzulák (a törvények általános rendelkezései) is. Habár alkalmazási körük és módjuk különbözőek, közös nevezőjüként az említhető, hogy elsősorban célnormák (Zweckbestimmungen). Ugyanakkor olyan jogsabályok, amelyek széleskörű, általános, átfogó diszpozíció-tartalommal (rendelkező résszel) rendelkeznek. Sokan úgy gondolják, hogy nem is minősíthetők jogsabályoknak, annál fogva, hogy csupán rendelkező részt tartalmaznak és hiányzanak a szankciók. Jogsabályi minősítés ugyanis csupán azokat az egyedi normákat illelheti meg, amelyek teljesek és ennek megfelelően, tartalmaznak mind diszpozíciót (rendelkező részt) mind szankciót (azaz a diszpozíció megsértése esetén, a jogkövetkezményt). A generálklauzulák, ezzel szemben „csonkák”, mert csak diszpozíciót, rendelkező részt, ebben rendszerint célkitűzést tartalmaznak, ezért nem tekinthetők jogsabályoknak, inkább deklarációknak (jogi nyilatkozatoknak), célnormáknak.

b) A generálklauzulák *fogalom-meghatározása is bizonytalan.* Az elméleti álláspontok közös nevezője az, hogy a generálklauzulák tág, *általános* jelentéstartalmú szabályokat jelentenek. Velük „szemben” állnak a *konkrét*, ezek között az őket pontosító jogsabályok, amelyek jogintézményekként is szoktak nevesíteni. A közelebbi fogalom-meghatározások egymástól eltérőek. A jogelmélet, vagy a szabályozási gyakorlat *jogelvekként, alapelvekként*, helyenként pedig *bevezető rendelkezésekként* (pl. az új Ptk.²) is említi őket. Vannak

1 Professor emeritus, Károli Gáspár Református Egyetem ÁJK, Polgári Jogi és Római Jogi Tanszék.

2 Ld. 2013. évi V. törvényt a Polgári Törvénykönyvről (a törvényt az Országgyűlés a 2013. február 11-i ülésnapján fogadta el. Hatályba lépett 2014. március 15-én). Ennek első könyve tartalmazza a bevezető rendelkezéseket. Ezek azonban gyakorlatilag alapelvi jellegűek. Olyan irányadó jogsabályok, amelyek áthatják a polgári jogi kapcsolatok egészét, tehát mindegyik nemére egyaránt vonatkoznak, irányadóak. Ilyenek a felek mellérendeltségének elve (Ptk. 1:1 paragrafus), az értelmezési alapelv (Ptk. 1:2 paragrafus), a jóhiszeműség és tisztesség elve (Ptk.

olyan álláspontok is, amelyek a jogágazati, vagy az ágazaton belüli (középszintű) általános normákat a *jogi sztenderdek* is ide sorolják. Ezeknek a sztenderdeknek a jellemzője, hogy a jogalkotó abból a vélelemből indul ki, hogy tartalmukat mindenki ismeri, ezért definíciójukra nincs szükség. Vannak olyan álláspontok is, amelyek a terminológiai meghatározás mellett megkísérlik a közelebbi jellemzőket kiemelni: pl., hogy e jogszabályok ún. *rugalmas szabályok* (kaucuk, v. gumi normák), ennél fogva *jogértelmezés* útján, a konkrét esetre való adaptálást, alkalmazást segítik elő. Olyan álláspont is van, mely szerint a bevezető, alapelvi rendelkezések *irányadóak a törvény vagy törvénykönyv normatív része, jogintézményeinek értelmezése* tekintetében.

c) Vannak olyan körülíró definíciók is, amelyek a jogelvek típusaiból és *alkalmazhatósági köréből*, azaz *általánosítási szintjéből* indulnak ki. Ezek szerint a jogelvek három csoportra oszthatók. (1) Vannak olyan generálklauzulák, jogelvek, vagy legtágabb jelentéstartalmú jogi szintagmák, kifejezések, amelyek az *összes jogágra* egyaránt érvényesek, azaz a kiterjednek az *egész jogrendszerre*, mint pl. az *alkotmányosság és a törvényesség* követelménye. (2) Vannak olyanok is, amelyek oltalmi céljuk szerinti (pl. magán- vagy közérdek) sajátosságaikra tekintettel, csupán *az egyes jogágakon belül* érvényesíthetőek. Ilyen pl. a nullum crimen elve, ami a büntetőjogban érvényesül. Ezen elv azt jelenti, hogy a büntetethez szükséges feltétele az, hogy az illető cselekmény, a Btk.-ban, az elkövetés időpontjában, pontos leírással, tiltva legyen. Tehát a nullum crimen elve a büntetőjogban az egyedi, vagy *különleges* inkriminációt jelenti. (Mj.: az inkrimináció fogalma alatt rendszerint értendő az a mód, ahogyan az adott jogágban a tilalom meghatározást nyer). Ezzel szemben, a polgári jogi deliktumokat a Ptk.-k, azaz a polgári jogi kódexek, beleértve a magyar hatályos Ptk.-t is, az *általános* inkrimináció által irányozzák elő, a károkozás általános tilalma útján.³ (3) A jogelvek alkalmazási területük szerinti harmadik „réteget” azok képezik, amelyek egyes jogágakon belül, csupán *e jogág egy részterületére* vonatkoznak. Ilyen pl. a szerződésalkötési szabadság,⁴ amely elvben és főszabályként a polgári jog keretében, a szerződési jog vezérlő elve.⁵

1:3. paragrafus), az elvárható magatartás és a felelősség elve (Ptk. 1:4. paragrafus), a jogal való visszaélés tilalmának elve (Ptk. 1:5. paragrafus), jogvita esetén a bírói út szavatolásának elve (Ptk.1:6. paragrafus). Ld. pl. in: *Szilner* György (szerk.), Polgári Törvénykönyv, HVG/ORAC – Novissima Kiadó, Budapest, 2018. 3. oldal.

3 Ld. a Ptk. 6:518. paragrafusát (A károkozás általános tilalma): A törvény tiltja a jogellenes károkozást.” Pl. in: Polgári Törvénykönyv, *Szilner* György (szerk.), HVG /ORAC – Novissima Kiadó, Budapest, 2018. 214. oldal. Ld. pl., *Szalma* József, Entwicklungstendenzen bei der Abgrenzung der zivilrechtlichen von der strafrechtlichen Haftung, Journal on European History of Law, Brno/Brünn, 2012 évi I. sz., 32-43. oldal.

4 Ld. pl., *Szalma* József: Szerződésalkötési autonómia az európai és a magyar jogban, Szeged, Szegedi Tudományegyetem, ÁJK, Polgári Jogi és Eljárásjogi Tanszék, 2005, 9-95. oldal és az ebben felhasznált, hivatkozott hazai és külföldi jogirodalmat.

5 Ld., Ptk., Hatodik Könyv, Második rész: A szerződés általános szabályai, IV. cím, a szerződési jog alapelvei, 6:59. paragrafus: szerződési szabadság. Pl. in: Polgári törvénykönyv, szerk. dr. *Szilner* György, HVG/ORAC – Novissima Kiadó, Budapest, 2018. 155. oldal.

E „belső” jogelv korlátozását a *francia* jogban l'ordre public (közrend, közérdek) elve szabja meg. Ami, rendeltetésénél fogva, hasonlítható a *magyar* jogban érvényesülő jóerkölcs jelentéséhez, rendeltetéséhez – mint a szerződéskötési szabadság felső korlátjához.⁶ A közérdek fogalma a francia jogban a polgári jogi kapcsolatokban azaz ezen belül a szerződési jogban érvényesül, és jelentése nem más, mint a szerződési szabadság generálklauzulás korlátozása. A francia Code Civil 6. szakaszában előírnyozza, hogy az olyan szerződési klauzulák, amelyek ellentétben állnak a kényszerítő jellegű törvényi rendelkezésekkel, vagy a közérdekekkel, vagy az ún. közrenddel (qui intéressent l'ordre public), továbbá a jószokásokkal (bonnes moeurs), semmiesek.⁷ A kommentárirodalom hozzáfűzi, hogy e jogelv alkalmazása a szerződési jogon belül, széleskörű. A jogalkalmazásban különösen kifejezésre jutott az emberi méltóságot, a házasságkötési szabadságot, az egyesülési szabadságot érintő, v. korlátozó szerződések, vagy ezek rendelkezései semmisségének körében, továbbá amelyek a lojális versenyjoggal szemben álló kizárólagos jogosultságokat (clauses d'exclusivité, clause de non-concurrence) előírnyozó szerződési klauzulák semmisségére vonatkoznak.⁸

A mérvadó *osztrák* magánjogi elmélet álláspontja szerint a generálklauzulák közvetlenül nem alkalmazhatók, alkalmazásuk pontosításuk révén történik. Normatív hatásuk tehát közvetett (mittelbare Wirkung).⁹

A *német* magánjogi irodalom is a szerződéskötési szabadság korlátozását, valamint a szerződés érvényét meghatározó alapelvet (Grundsatz), a *Treu und Glauben*-t (jóhiszeműség

6 Ld. pl. *Szalma* József, A jószokások (jóerkölcs) és a közrend megsértésének következményei a magyar polgári jogban, Magyar Jog, 2011/7. szám, 387-412. oldal.

7 Ld. Code civil (Redaction.: Guy Venandet, Pascal Ansel, Xavier Henry, Alice Tisserand-Martin, Georges Wiederkehr, Pascale Guiomard), Dalloz, Paris, 115. édition, 2016, 69. oldal. Ld. a közrend elvének szerződési szabadságot korlátozó rendeltetéséről szóló újabb francia irodalmat: *Bureau*, Mélanges Malaurie, Extension conventionnelle d'un statut impérial, Défrenois, Paris, 2005, p. 125; *Brunetti-Pons*, Conformité des actes juridiques a l'ordre public, Études Malinvaud, Litec, Paris, 2007, p. 103; *Péna*, Origines historiques de l'art. 6, Revue de la recherche juridique – Droit prospectif (RRJ) 1992/1, 499.

8 Ld. Code civil (Redaction.: Guy Venandet, Pascal Ansel, Xavier Henry, Alice Tisserand-Martin, Georges Wiederkehr, Pascale Guiomard), Dalloz, Paris, 115. édition, 2016, 70. oldal.

9 Ld., Helmut *Koziol*, Rudolf Welsler, Bürgerliches Recht, Band I: Koziol, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 11. Auflage, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2000, 32. oldal. A szerzők kiemelik, hogy a jogelvek (Rechtsätze) *tág jelentésük miatt fogalmilag egymástól nem mindig elhatárolódva, egymás mellett szerepelnek*, ezért megtörténhet, hogy az egyik jogelv a másik jogelv kiegészítésével nyer magyarázatot. Ennél fogva előfordul: 1. a *konkuráló* (több jogelv jön számításba, de közülük bírói mérlegelés alapján csak egy kerül alkalmazásra); 2. a *kumulatív* (egymást kiegészítő, egyidejű), 3. Az alternatív (a jogelvek egymástól elhatárolt, elkülönült, vaglyagos), és a 4. *konzumált* (vagy egymást bekebelező) alkalmazás. (*Koziol-Welsler*, *Koziol*, Band I. op. cit., 33-34. oldal). Ld. a további osztrák jogirodalmat és praxist: Franz *Bidlinsky*, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, Festschrift für Wieacker, Wien, 1990. 204. oldal; *Mayer*, Der „Rechtszusammenhang“ und die sogenannte „Drittwirkung“, Juristische Blätter, 1990. 768. oldal; Verfassungsgerichtshof (osztrák alkotmánybíróság), in: Juristische Blätter, 1979, 142. oldal.

és tisztesség), a BGB, 242. paragrafusába foglalt jogszabályát helyezi górcső alá. Gyakorlatilag a szintagma két elemből áll, az első szó szerint „hűséget” a második „bizalmat, a másik adott szavában való hitet” jelent. Szűkebb jogi értelemben, azt tehát, hogy a szerződő felek ígérik, hogy tartják magukat a szerződésben vállalt kötelezettségeikhez, a jogügyleti „adott szóhoz”, nyilatkozathoz. E jogelvnek azonban jogi jelentése ennél több réteget tartalmaz, azt is jelenti, hogy a nyilatkozó a jogügyleti nyilatkozatait komoly, szerződéskötési szándékkal teszi meg, hogy a szerződés tartama alatt tartja magát a jogforgalomban elfogadott szokásokhoz, hogy a teljesítést szerződésszerűen fogja elvégezni, stb. A mérvadó jogirodalom e jogelv alkalmazása során szükségesnek tartja a pontosítást (Konkretisierungsbedürftigkeit). E jogelv azonban nemcsak az egyes kötelmekhez fűződik, vonatkozatható az összes polgári jogi kapcsolatra.¹⁰ A kötelmi szerződéseken belül, a BGB egyéb rendelkezéseiben e jogelv befolyásolhatja a szerződés érvényét, teljesítésének módját, helyét, idejét, stb.

Hasonló konkretizációt követel a francia Code Civilben érvényesülő *kaufa* (*jogcím*) fogalma. Ennek klasszikusnak nevezett elméletét még a XVII. században, Domat fogalmazta meg, a római jogi *iustus titulus*ra alapozva. Eredetileg, ezen elmélet szerint, a szerződésnek megengedett (jogi) célja kell hogy legyen, mert egyébként érvénytelen (semmit, vagy nemlétező). A *kaufa*, mint jogi cél tehát feltételezi a szerződés létrejöttét és érvényét. Ennek a jogi célnak, mely mindkét szerződő felet egyformán motiválja, fenn kell állnia a szerződés megkötésének időpontjában. Semmit az a szerződés, amelynek célja ellentétes a közrenddel, közérdekkel a törvényi tilalmakkal, a jószokásokkal és a jóérkölcssel.¹¹ A kifejezés nem tartozik ugyan a generálklauzulák közé, csak a szerződési jogban nyer alkalmazást, bár hasonlóképpen általános fogalomnak minősül, amilyen a generálklauzula. Egyébként a *kaufa* intézménye (a *iustus titulus* értelmében) a római jogban fogant és eredeti jelentése szerint jogszerzésnél, pl. tulajdonszerződésnél van jelentősége (*iusta causa traditionis*). Azt jelenti, hogy a *szerződés egésze* (pl. vétel, ajándékozás), amelynek alapján az átruházás megtörténik, megengedett kell, hogy legyen. A francia

10 Ld. Karl *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 12, Auflage, Verlag Z.H. Beck, München, 1979, 105-125. oldal. Ld. a további német jogirodalmat: *Hedemann*, Die Flucht in Generalklauseln, 1933; *Hueck*, Der Treugedanke im modernen Privatrecht, 1947; *Weber*, Treu und Glauben, in: Staudinger Kommentar des BGB, 11. Auflage, Bd. II, 1, b; *Eichler*, Die Rechtslehre von Vertrauen, 1950; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *Wieacker*, Zur rechtstheoretische Präzisierung des Par. 242 BGB, 1956, stb.

11 Ld. a Code civil 1131. szakaszát mely szerint „Az a kötelem amely nem rendelkezik céllal (jogcím), vagy amelynek célja fiktív, vagy tilos, nem vált ki semmilyen joghatást.“ (L’obligation sans cause, ou sur un fausse cause, ou sur cause illicite, ne peut avoir aucun effet). A Code civil 1133. szakasza pedig, megszabja: A cél (jogcím) tilos, ha ellentétben áll a törvénnyel, a jószokásokkal és a közrenddel. (La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou l’ordre public.). Ld. pl. Code civil (Redaction.: Guy *Venandet*, Pascal *Ansel*, Xavier *Henry*, Alice *Tisserand – Martin*, Georges *Wiederkehr*, Pascale *Gniomard*, Dalloz, Paris, 115. édition, 2016, 1419., 1429. oldal; Ambroise *Colin* et Henri *Capitant*, Traité de droit civil, tome II, Obligations, théorie générale, Paris, Dalloz, 1959, 402. oldal és a köv. (Cause des obligations).

neoklasszikus kauzafelfogás (Henri Capitant) azonban nem az egész szerződésre, hanem csupán egy részére, céljára vonatkozik. Az antikauzalista jogrendszerek, mint a német, vagy a magyar, de előfordulóan a francia antikauzalista jogirodalomban is, a kauza fogalmát „fából vaskarikának”, ellentmondásosnak, feleslegesnek tartják. Ugyanis, ha a kauza a szabad jogügyleti akaratnyilvánítás mellett, egyaránt feltételezi a szerződés létrejövetelét, akkor egy logikai nonszenszsel találkozunk. A szerződés célja a joghatás kiváltása, vagyis a felek közötti jogok és kötelezettségek létrehozatala, azaz a „kauza” nem más, mint a szerződés tárgya (szolgáltatás és ellenszolgáltatás). Ez a cél, a joghatás elérése majd csak a szerződés létrejövetelével áll be. Nem lehet a szerződés létrejövetelét a szerződés megkötését követő jogkövetkezésmenettel feltételezni, olyannal, amely értelemszerűen majd csak a szerződés megkötése után áll be. Erre a kritikára, a francia jogra nézve, Henri Capitant kísérelte meg a válaszadást (Les causes des obligations), az általa kialakított neoklasszikusnak nevezett elmélet révén.¹² Szerinte sem lehetséges a még nemlétezővel (joghatás) feltételezni a szerződés létrejövetelét, mert ez *circulus vitiosus*. Ám a „jogi cél” fogalma Capitant szerint pontosítható. Ezt úgy kell értelmezni, hogy a kauza a szerződés megkötésének feltételeként, a szerződés megkötésének időpontjában, virtuális (majdan megvalósítandó) célnak tekinthető. Vagyis annak a jogi célnak vizsgálatáról van szó, amelyet a szerződés megkötése során a felek közösen, a jövőben, el kívántak érni. Ennek a jogi célnak, mint potenciális joghatásnak megengedettnek kell lenni, ez nem állhat ellentétben a közérdekkel, az erkölcsi szabályokkal és a jószokásokkal. Ha e jogi cél nemlétező, vagy fiktív (látszólagos), vagy törvénnyel tiltott, a szerződés nemlétezőnek, vagy semmisnek minősül.¹³ A „kauza”, a „jogi cél” mint a szerződés létrehozatalának és érvényének feltétele, amely a törvény által nem nyert definíciót, mint tág jelentésű jogfogalomnak a pontosítására, végül is a jogelmélet (polgári jogi doktrína) mentén, nem különben a bírói praxisnak (Cour de Cassation) köszönhetően is, sor került.

A „belső”, jogágon (pl. polgári jog) belüli, jogágrészeknek (pl. családi jog) is lehetnek *külön alapelvei*. Ezek az adott speciális polgári jogi kapcsolat sajátosságait, kiemelt jelentőségét kívánják megszabni. Ilyenek pl. a magyar jogban a Ptk. családjogi könyvének (Ptk. Negyedik Könyv, Családjog) a családra, házasságra és gyermekre vonatkozó alapelvei. Ezek közé tartozik a házasság és a család védelme,¹⁴ a gyermek érdekének védelme,¹⁵ a házastársak egyenjogúságának védelme,¹⁶ a méltányosság és a gyengébb fél fokozott védelmének elve.¹⁷ A Ptk. e könyve ezeknek a speciális elveknek a megvalósítása céljából, részletező jogszabályokat is előíranyoz. Pl. a házastársak egyenrangúságának

12 Ld. Henri Capitant, *De la cause des obligations*, Paris, 1923, 3. kiadás, Paris, 1930. Ld. továbbá: Louis Lucas, *Volonté et cause*, Dijon, 1933; Motta, *La causa delle obligationi nel diritto italiano*, Turin, 1929; Dorat de Mondts, *La cause immorale*, thèse, Paris, 1956.

13 Ld. Maqueron, *L'histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations en Droit romain*, thèse, Paris, 1923; Chevrier, *Histoire de la cause*, thèse, Paris, 1929.

14 Ld. a Ptk. 4:1. paragrafusát.

15 Ld. a Ptk. 4:2. paragrafusának (1)-(4) bekezdéseit.

16 Ld. a Ptk. 4: 3. paragrafusát.

17 Ld. a Ptk. 4:4. paragrafusát.

elvét, többek között, a házastársi személyi, vagyoni, névviseelési jog is alá támasztja.¹⁸

A polgári jogi kódexek, így a magyar Ptk. is, gyakorta utalnak olyan jogszabályokra, amely *nem az állami jogalkotói tevékenységből* erednek. Ilyenek pl. a kereskedelmi (vállalkozói) jogban fogant autonóm jogszabályok, pl. a jogi személyek és a vállalkozók *alapszabályai*,¹⁹ vagy az írott, vagy íratlan *üzleti szokások*, azaz szokványok,²⁰ továbbá a vállalkozások által egyoldalúan megfogalmazott *általános üzletkötési feltételek*.²¹ A polgári jog szabályainak nagy része diszpozitív (megengedő), úgyhogy a törvény (Ptk.), a szerződési szabadság kereteiben, lehetővé teszi a felek szerződése, tehát egyedi jogi aktus útján történő törvénytől *eltérő* szabályozást. Azzal, hogy ez a feleket, mint „saját törvényt”, egyformán kötelezi, mint a törvényi jogszabály. (Pacta sunt servanda elve). A törvény által nyújtott szabályok csak akkor érvényesülnek, ha a szerződés nem szól másként. Ha a szerződés másként nem rendelkezik, az előzetesen diszpozitívnek minősülő jogszabály kötelezővé válik. (Ún. szupletórius alkalmazása a törvénynek). Ezekben az autonóm jogszabályokban is elő fordulhatnak generálklauzulák (pl. üzleti jósokások). Minden esetre, az autonóm jogszabályok azzal a feltétellel alkalmazhatók, ha a törvény kifejezetten utal rájuk, továbbá a törvény (Ptk.) fényében és mércéi szerint alkalmazhatók.

Az általános fogalmak pontosítására a polgári jogi jogalkotásban sorra kerülhet az ún. *kódexen kívüli törvényekben* (Sondergesetze) is. Ez így van pl. a Ptk. és az Mt. (Munka törvénykönyve) kapcsolata esetében, amikor az („általános jellegű”) Ptk.-ba foglalt szerződési rendelkezések elvi szinten meghirdetik a formamentességet, azaz a *szóbeliség* elvét.²² Ezzel szemben, az Mt. munkaszerződésre vonatkozó speciális rendelkezéseket tartalmaz. Pl. előírja, hogy a munkaszerződés csak kötelező írásbeli alakú kellék tiszteletben tartása révén (*formakényszer*) jöhet létre és tartalma tekintetében pedig előírja e *szerződés kötelező elemeit*.²³ Így a „különtörvény” azaz a kódexen kívüli törvény rendelkezései „felülírják” az általános törvény rendelkezéseit (lex specialis derogat legi generali). Ez esetünkben azt jelenti, hogy a Ptk.-ban meghirdetett szóbeliségi elvet derogálja („lerontja”) a kódexen kívüli törvény (Mt.) azon rendelkezései, amelyek

18 Ld. a Ptk. 4:24-4:26; 4:27-4:28; 4:34; 4:34-4:85.paragrafusait.

19 Ld. a jogi személyekre nézve, általában érvényesülő létesítő okiratra vonatkozó rendelkezést (Ptk. 3:5), valamint a gazdasági társaságok létesítéséről és működéséről szóló alapszabályokra utaló Ptk. – rendelkezést (Ptk. 3:94. paragrafusa: a gazdasági társaság létesítő okirata).

20 Ld a Ptk. 6:63. paragrafusának (5) bekezdését, mely szerint:”A *szerződés tartalmává válik minden szokás*, amelynek tartalmában a felek korábbi üzleti kapcsolatukban megegyeztek, és minden *gyakorlat*, amelyet egymás között kialakítottak. A szerződés tartalmává válik minden, az adott üzletágban a hasonló szerződés alanyai által széles körben ismert és rendszeresen alkalmazott szokás, *kivéve*, ha annak alkalmazása a *felek között – korábbi kapcsolatukra is figyelemmel – indokolatlan volna*.

21 Ld. a Ptk. 6:77. paragrafusát. A Ptk. 6:78. paragrafusának (1) bekezdése előírja, hogy a szerződési feltétel részévé válik a szerződésnek, feltéve, hogy a másik fél a feltétel tartalmát a szerződéskötés előtt megismerte.

22 Ld. Ptk. 6: 63, paragrafusának (1) bekezdését és 6:70. paragrafusának (1) – (3) bekezdéseit.

23 Ld. a munka törvénykönyvéről szóló 2012. évi I. törvény (Mt.) 42, 43, és 44. paragrafusait.

munkaszerződésre nézve kötelező alaki kellékként megkövetelik a szerződés írásbeli alakszerűségét (formalizmus elve).

d) Voltak és vannak olyan álláspontok is, amelyek szerint, a jogbiztonság miatt, a *jogelveknek magában a törvényben kell, hogy közelebbi meghatározást nyerjenek*. Ez a szabályozási módszer kifejezésre jutott a német doktrínában (Begriffsjurisprudenz).²⁴ Az angolszász jogban, habár ez akár napjainkig is főszabályként precedensjog (bírói jog), ha törvényalkotásra mégis sor kerül, maga a törvény szabja meg, a törvényben használt kifejezések pontos jelentéstartalmát. Ezt a pontosítási kísérlet-módszert átvette az európai közösségi jog is (acquis communautaire, fr.), mind a rendeleti (Verordnungen, n. – közvetlen tagállami alkalmazás), mind az irányelvi (Richtlinien, n. – célnormák, a belső jog kiinduló pontjaiként) típusú szabályozás eseteiben is. Mindkét esetben a törvényben használt fogalmak közelebbi jelentéstartalmát, legtöbbször a törvény bevezető rendelkezései szabják meg, definíciók (fogalom-meghatározások) útján. Ez a módszer a magyar törvényi szabályozásban is kifejezésre jutott, különösképpen azokon a területeken (pl. környezetvédelmi jog, fogyasztóvédelem, termékfelelősség, stb.) amelyek részben a közösségi, részben a nemzeti jogot érintik. Ez a szabályozási módszer, mely a törvényben használt kifejezések közelebbi jelentéstartalmát definíciók útján szabja meg. Ezek főszabályként csak az illető törvény által használt terminus technicusainak jelentésére vonatkozik, nem használható fel más törvényben megjelenő azonos kifejezés értelmezésére.

e) A következő elmélet szerint a jogelvek a *jogalkalmazói jogértelmezés* útján nyerhetnek pontosítást. Eközben a jogalkalmazó követi a *jogértelmezés általánosan elfogadott módszereit* (kiterjesztő, v. külterjes, belterjes, nyelvi, logikai, szisztematikus, Európa-konform²⁵ stb.). A tételes magyar jogban a Kúria hozhat *kötelező jogegységi határozatokat*.²⁶ Ezek kötelezik az alsófokú bíróságokat. Ezeknek az álláspontoknak meghozatalára akkor kerül sor, ha ugyanazt a jogintézményt, akár jogelvvvel kapcsolatosan, az alsófokú bíróságok, azonos tényállásra nézve, egymástól eltérően alkalmazzák. Ezek az álláspontok azonban, úgy tűnik, jogi természetük szerint, nem precedensek (nem képeznek bírói jogalkotást, úgy mint a hagyományos magyar curialis jogban), hanem csupán a *helyes jogértelmezés* útján,

24 Ld. pl. Heck, Philip, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932; Walter Wilhelm, Zur juristische Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main, Klosterman, 1958, Franz Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien/New York, Springer Verlag, 1982; Karl Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Diss. I. Auflage, 1930.

25 Ld. pl, Karl Riesenhuber (Hrsg.) Europäische Methodenlehre, Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, ebben: Christine Windblücher/Kaspar Krolop, Europäisches Gesellschaftsrecht, Sonderdruck, 357-386. oldal.

26 Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 25. cikk, (2) bekezdés, második mondat: „A rendes bírósági szervezet legfőbb szerve a Kúria, amely (...), a rendes bíróságokra *kötelező jogegységi határozatokat* hozhat.” (Op. cit, 30. oldal).

az egységes jogalkalmazást szolgálják.²⁷ Vannak azonban ettől eltérő álláspontok is a magyar jogelméletben. Ezek szerint a bíróság, különösképpen a legfelsőbb (a Kúria), a tág jelentéstartalmú jogszabályoknak, a jogfejlődés során kialakult, újabb jogfelfogás szerinti értelmezését nyújthatja. Közvetetten, jogszabályalkotás útján. Ez azonban de lege lata vitatható, ha a strict hatalomági megosztás és a hatalomági keveredés tilalmának követelményét (amit a magyar Alaptörvény elfogad) vesszük figyelembe: ennek értelmében a bíróság csupán a jogalkalmazói, az Országgyűlés csak a jogalkotói, a közigazgatás pedig csupán a törvények végrehajtói hatalmát gyakorolhatja. Hozzá fűzhető, hogy már az 1869. évi, bírói hatalomról szóló IV. törvényünk is, 1. paragrafusában, meghirdeti a bíróságok függetlenségét, olyan értelemben, hogy a bíróságok a jogalkalmazás során csak a törvényhez, és a bevett szokásokhoz kötöttek, más hatalomág befolyását kötelesek megtagadni.²⁸ A hatályos magyar Alaptörvény pedig tiltja más hatalmi ágak által, a bíróságra gyakorolt hatást, befolyást, vagyis a bíróság utasíthatóságát.²⁹ Ezek szerint a mai magyar jogban a *bíróságok nem jogalkotók, kizárólag igazságszolgáltatási tevékenységet végeznek*.³⁰ A magyar hatályos alkotmányjogban a hatalomágak egymástól el vannak választva,³¹ s ennél fogva (is) Magyarország jogállam.³² A törvények meghozatala kizárólag az Országgyűlés hatáskörébe³³ a jogalkalmazás pedig kizárólag a bíróságokra tartozik.

27 Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 25. cikk, (2) bekezdés, első mondat, mely szerint a Kúria biztosítja a rendes *bíróságok jogalkalmazásának egységét*. (Op. cit., 30. oldal).

28 Ld. 1869. évi IV. törvénycikk a bírói hatalom gyakorlásáról (szentesítést nyert 1869. évi július hó 14.-én, kihirdette az Országgyűlés mindkét házában 1869. év július hó 15.-én). Ld. pl., dr. Peres Zsuzsanna, dr. Bagosyiné dr. Körvéhesi Mária (szerk.), Bevezető, dr. Handó Tünde: Bírák vagyunk, Az 1869. évi IV. törvénycikk a bírói hatalom gyakorlásáról, Országos Bírói Hivatal, Budapest, 2019. E törvény 1 paragrafusa szerint: „Az igazságszolgáltatás a közigazgatástól elkülönített. Sem a közigazgatási sem a bírói *hatóságok egymás hatáskörébe nem avatkozhatnak*.” (Op. cit., 7. oldal). Ugyanezen törvény 19. paragrafusa értelmében:“(1) A bíró a *törvények*, a törvény alapján keletkezett és kihirdetett *rendeletek s a törvényerőjű szokás* szerint tartozik eljárni és ítélni (2) A rendesen kihirdetett törvények érvényét kétség nem veheti, de a *rendeletek* törvényessége felett egyes jogesetekben a bíró ítélt.” (Op. cit., 11. oldal).

29 Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 20. oldal, 26. cikk, (2) bekezdés: „A *bírák függetlenek és csak a törvénynek vannak alárendelve*, ítélezési tevékenységükben *nem utasíthatók*.”

30 Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 30. oldal, 25. cikk, (1) bekezdés, első mondat: „A bíróságok *igazságszolgáltatási tevékenységet* látnak el.” (Tehát nem alkothatnak jogot).

31 Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 8. oldal, Alapvetés, C) cikkének (1) bekezdését: „A magyar állam működése a *hatalom megosztásának elvén* alapszik.”

32 Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), in: Patrocínium, Budapest, 2019, 8. oldal, B) cikkének (1) bekezdését: „Magyarország független, demokratikus *jogállam*”.

33 Ld., Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), In: Patrocínium, Budapest, 2019, 20. oldal, 1. cikk, (2) bekezdés a), b) albekezdés: „(1) Magyarország legfőbb népképviselői szerve az Országgyűlés. (2) Az Országgyűlés a) megalkotja és módosítja Magyarország Alaptörvényét;

Ami természetesen, nem zárja ki a bírói „kreativitást”, a jog „mélyítését”, a jogértelmezés útján, ellenkezőleg. E jogértelmezési kreativitás azonban nem haladhat túl a törvényi jogszabály objektív jelentéstartalmán, nem tekinthető jogalkotásnak. Van ugyan egy e kreativitást alátámasztó olyan találó álláspont is, mely szerint a törvényi jogszabály csak a bírói szentencia, azaz szubszumpció útján kel életre. A törvénynek a szavát és szellemét, a törvény keretében, a bírói jogértelmezés szabja meg. Ám ez esetben is, a bíró a jogszabályt csupán értelmezi. Ily módon a jogszabály szószerinti és rendeltetési jelentéséhez kötött és új, törvényi jogszabályon túlmenő jogszabályt nem alkothat.

f) A polgári jogban generálklauszuláknak minősülnek pl. a *jóhiszeműség és tisztesség* (Treu und Glauben³⁴), a *törvénykerülés tilalmának* (agere in fraudem legis)³⁵, a felek egyenrangúságának, v. *mellérendelésének*³⁶, a *jóerkölcs*³⁷ (die gute Sitten, n., bon moers, fr., m.) tiszteletben tartásának követelménye, elve. Egyéb rendelkezések hiányában, ezeknek a pontos normatív jelentéstartalma, rendeltetése, alkalmazási köre és módja, az idők során, mind a tudományban, mind a precedensértékű bírói gyakorlatban „derült ki”. Pl. a jogtudományban általánosan elfogadott álláspont szerint törvénykerülésre csak a kényszerítő (imperatív) jogszabályok esetében kerülhet sor. A megengedő (diszpozitív) jogszabályt „kerülő” pontosabban az ettől eltérő egyedi jogi aktus, pl. szerződés, nem a törvénykerülés, hanem a szerződéskötési szabadság „része”. A jóerkölcs szintagmája a szerződéskötési szabadság felső határát jelenti, s így nemcsak a konkrétan tiltott szerződés, hanem a vele, e jogelvvel ellentétesen megkötött szerződés is semmis. A szerződés

b) törvényeket alkot. (...)”

34 Ld. a magyar jogelméletben *Földi András*, A jóhiszeműség és a tisztesség elve, Publicationes Instituti Iuris Romani Budapestiensis, Budapest, 2001,75. Ld. a Ptk. 1:3. paragrafusát. Ld. a német BGB 242. paragrafusát mely szerint a kötelezett szolgáltatását úgy kell teljesítenie, ahogyan ezt a jóhiszemű és a jogforgalomban elfogadott szokások megkövetelik. A kommentárium szerint itt egy generálklauszról van szó, mely egyben két generálklauszút tartalmaz: a jóhiszemű és a jogforgalmi szokásokat. *Prütting, Wegen, Weinreich*, BGB Kommentar, Luchterhand, 2007, 343. oldal I-II. A BGB azonban számos egyéb rendelkezést tartalmaz, mely külön tényállásokra vonatkozóan hivatkozik a jóhiszemű tiszteletben tartásának követelményére. Így pl. említhető a 275. paragrafusának 2. bekezdése, mely szerint a kötelezett megtagadhatja a teljesítést, ha a kötelezett tartalmára és a jóhiszeműre (Gebote von Treu und Glauben) tekintettel, a teljesítés a kötelezettre nézve súlyos aránytalanságban állna a hitelező szolgáltatásával. Ld. *Prütting, Wegen, Weinreich*, BGB Kommentar, Luchterhand, 2007. 418. oldal és a köv. Továbbá, a BGB 157. paragrafusa értelmében, a szerződéseket úgy kell értelmezni, ahogyan ezt a jóhiszemű (Treu und Glauben) és a jogforgalomban bevett szokások (Verkehrssitten) megkövetelik. *Prütting, stb*, BGB Kommentar, op. cit. 200. oldal, és köv. A kommentárium utal a Treu und Glauben alkalmazásának korlátaira is. Ez főként arra az esetre vonatkozik, ha a törvény vagy a felek rendelkezése hiányos, továbbá akkor, ha a felek a jogszabályok rendeltetésével visszaélő magatartást tanúsítanak. Ily módon a jóhiszeműnek korrekatív, normakiegészítő és jogszabályértelmezési funkciója van. (*Prütting, stb*, op. cit., 346. oldal).

35 Ld. a magyar Ptk. 1:5. paragrafusát.

36 Ld. a Ptk. 1:1. paragrafusát.

37 Ld. a Ptk. 6:96. paragrafusát.

semmis, ha ellentétes az általánosan elfogadott erkölcsi szabályokkal,³⁸ továbbá, ha a szerződés sérti a joggal oltalmazott személyiségi jogokat és egyáltalában a közérdeket.

g) *A jogtudomány álláspontja segíti a jogalkalmazásban a jogértelmezést, de nem tekinthető jogforrásnak.* Volt ugyan egy kivétel, a *svájci* jogban. Ebben, a római jogi hagyomány mintájára, a „nem élő jogtudósok szenátusa” responsáinak³⁹ figyelembevételét, modelljét illetően. Egy időben, a ZGB (svájci Polgári Törvénykönyv) meghozatala előtt, a svájci bírói gyakorlat a jogtudomány álláspontját egyfajta jogforrásnak tartotta, különösképpen azokban az esetekben, ha joghézag támadt. Ez a jogforráselmélet érvényesült mindaddig, amíg a Polgári Törvénykönyv (ZGB) meghozatalára sor nem került (1907). A kötelmi jog (OR- Obligationenrecht, Kt.- Kötelmi törvénykönyv, 1883, módosítások: 1911) kodifikálására, ezt jóval megelőzően, 1883-ban került sor. A ZGB meghozatala után sor került a Kt. 1911.-es évi reformjára. Ezek után a Kt. szerves részét képezte a Polgári Törvénykönyvnek úgy, mint ennek V. könyve. Így, együtt, „lefedték” a teljes magánjogot, a szabályozás többé (elvben) nem mutatott joghézagot, a tudományos állásfoglalások nem képezték többé a jogforrási rendszer részét.⁴⁰ Tételes jogi szempontból tehát, a bíróságot elsősorban a törvényi definíció, azaz pontosítás, ha ilyen van, kötelezi. Ám, de lege ferenda, a jogértelmezésnél, akár de lege lata, érveinél fogva, fontos, megkerülhetetlen szerepe van a jogtudománynak.

h) *Tág jelentéstartalma miatt a generálklauzula szabályozási képessége csökken.* Azoknak, akik tagadják a generálklauzulák normatív jellegét, vannak olyan érvei is, melyek szerint, függetlenül attól, hogy van-e szankciónk, e rendelkezések tág jelentéstartalmuk miatt

38 Nem minden erkölcsi szabály része (az államilag kikényszeríthető) jognak. Az erkölcsi szabályokból jogilag oltalmazottá csupán az a norma válhat, amelyet az állami szabályozás felvett és pontosított. De a jogszabályalkotásnál figyelembe kell venni, hogy az ekölcs a jog minimuma, abban az értelemben is, hogy jog erkölcsi eredetű és a jogi tartalmat nyert alapelvekből kiindulva kell értelmezni és alkalmazni. Ld., Georg *Jellinek*, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878,1908. V. ö.: *Földi András és Hamza Gábor*, *A római jog története és intézüciói*, Eszterházy Károly Egyetem Oktatáskutató és Fejlesztő Intézet, Budapest, 2016. – a jog erkölcsi megalapozottsága, 29. oldal, 80. széljegyzet.

39 V.ö.: *Földi András és Hamza Gábor*, *A római jog története és intézüciói*, Eszterházy Károly Egyetem Oktatáskutató és Fejlesztő Intézet, Budapest, 2018, (A jogtudomány, iurisprudentia), 84-91. oldal, különösképpen 90. oldal, 306 széljegyzet (Gaius, Papinianus, Paulus, Ulpianus és Modestinus). A szerzők utalnak arra, hogy Iustinianus Institutiones c. törvényében Gaius tan-könyvének szerkezetét teljes egészében, szövegét pedig részben átveszi. (Op. cit. 90. oldal, 307. széljegyzet). Hozzáfűzhető, hogy a jogtudomány jogalkotási hozzájárulása nélkül, különösképpen a tartósságot, teljességet igénylő kódexek megalkotása esetében, szinte el sem képzelhető, a modern jogalkotásban is.

40 Vö. Theo *Gübl*, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9. Auflage, bearbeitet von Alfred *Koller*, Anton K. *Schnyder*, Jean Nicolas *Druey*, Schulthess, Zürich, 2000. A kereskedelmi (vállalkozói) jogban azonban, megmaradt a kereskedelmi szokványok joghézagpótló szerepe, op. cit. 6. oldal, 18. széljegyzet.

elveszítik szabályozási „képességüket”. Véleményük szerint a jogszabály szabályozási képessége annak arányában csökken, minél általánosabb és annak arányában növekszik, mennyire egyedi, konkrét.

i) *A generálklauzulák normatív jelentéstartalma az idők során változhat.*⁴¹ A következő elmélet szerint a generálklauzulák alkalmazása azért is bizonytalan lehet, mert jelentéstartalmuk az idő múlásával változhat. Olyannyira, hogy az eredeti tilalom, első látásra meg nem engedhető túl extenzív (külterjes) értelmezés útján akár engedéllyé alakult át. Ez azért fordulhat elő, mert az általános tilalmakkal kapcsolatban megváltozhat a helyes jog értelmében vett köz- vagy jogfelfogás. Csupán egy példa szolgáljon erre, az OÁPtk.-ból (Osztrák Általános Ptk, 1811). Az eredeti szöveg tiltotta a házasságközvetítő szerződést, mert a jogalkotó szerint ez korlátozza a felek szabad akaratát. A törvényhozó a közvetítés tiltásával ki akarta iktatni a törvénykönyv meghozatala előtt bevett szokást, mely szerint a közvetítő „rábírhatta” a jegyeseket a házasság megkötésére, akaratukon kívül. A XIX. század második felének végétől és a XX. század során kialakuló legfelsőbb bírósági gyakorlat, a (figyelembe véve, hogy a „gyorsuló élet” közepette, szükségessé vált a modern, szakmai alapozású házasságközvetítés intézménye) már csak akkor tartotta semmisnek a házasságközvetítői szerződést, ha ez eredménykötelem (Ergebnisobligation). A házasságközvetítői szerződés a Bundesgerichtshof értelmezése szerint, csak akkor semmis, ha a közvetítő olyan kötelezettséget vállalt, hogy a feleket mindenáron „rábírja” a házasságkötésre. Amennyiben azonban a közvetítő szerződési kötelezettsége csupán eszközkötelemnek (Mittelobligation, n., obligation moiye, fr.) minősíthető, akkor érvényes. Más szóval, ha a közvetítő csupán azt vállalja, hogy a feleket kapcsolatba hozza, azonban a felek szabad akaratára bízva a házasság megkötését illető döntést, a közvetítői szerződés érvényes. Az OÁPtk. változtatása nélkül a jogfejlődés, a jogfelfogás-változás, pontosította a tilalmi és engedélyezési jelentést. Időközben, újabban, a XX. század végén a családi jogi részbe beiktatott módosítás, egyes korábbi rendelkezések törlésével, az OÁPtk. inkább változtatott a házasságkötés szabályain, többek között, mellőzve a házasságközvetítés korábbi szabályait. Szükségtelennek mutatkozott a „nemnek” „igenné” való extenzív, külterjes jogértelmezés útján történő „módosítása”. Vagyis, a törvény változásra „kényszerült.” Így az OÁPtk. 44. hatályos paragrafusa értelmében, a családi jogi kapcsolat a házassági szerződés útján jön létre, a jegyesek szabad, közvetlen, befolyásmentes akaratnyilvánítása útján. A házasságközvetítői szerződés, mint eszközkötelem, továbbra sem kizárt. A házasság tehát ezek után, az OÁPtk. szavaival, nem más mint „két felnőttkorú, különböző nemű személy között szerződés megkötése útján jön létre, mely által, a törvénnyel összhangban, egyetértően kijelentik, hogy tartós

41 Ld. Szalma József, A jog változó és változatlan jegyei – Pickler Gyula elméletének fényében, mai szemmel, Valóság, Budapest, 2017/5. szám, 96-108. oldal. Ibid, A jog változó és változatlan jegyei, Glossa Iuridica, KRE ÁJK, V. évfolyam, 3-4. szám, 2018, 9-27. oldal. (Kiegészített szöveg).

életközösségre lépnek, gyermekeik nevelését vállalják, kölcsönösen segítve egymást.⁴²

1.2. A generálklauzulák normatív jellegét elfogadó elméletek.

a) *A generálklauzulákat az őket feldolgozó, diszpozícióikat pontosító és szankciót is tartalmazó jogintézmények fényében lehet alkalmazni.* Vannak olyan elméletek is, amelyek szerint a generálklauzulák, mint jogelvek, normatív, szabályozási jellegűek, ha az ún. szisztematikus értelmezés útján kapcsolatba hozzuk más egyedi jogszabályokkal. Ugyanis, a generálklauzulák, habár rendszerinti jogforrási „megjelenési” helyükön (pl. az Alaptörvény célkitűzései, egyes kódex jellegű törvénykönyvek alapelvei, pl. Ptk, Btk.) ugyan nem tartalmaznak szankciót, de a törvények „mélyén”, őket „feldolgozó”, pontosító részeikben, az alapelvet érintő jogintézményben, vagy akár több jogintézményben, jogintézményi (tényállási) pontosítással, tartalmazzák a szankciókat is. Nem kötelező, hogy a szankció ott legyen, ahol a diszpozíció van. Példa erre az új Ptk. bevezető rendelkezésében kifejezett alapelv, mely szerint a polgári jogi kapcsolatokban (pl. szerződés, károkozás) a felek mellérendeltek (egyenrangúak), függetlenül attól, hogy egyfelől a magánjog alanyai, a természetes, vagy jogi személyek, másfelől a közjog alanyai (pl. állam, vagy jogalanyisággal rendelkező szervei, önkormányzatok, közttestületek). Ennek (a mellérendelési elvnek) megsértéséből következik a szankció, amit a Ptk. majd csak az elveket követő normatív részében irányoz elő. Ez nem más, mint a közigazgatási, bírói, végrehajtói, ügyészi, közjegyzői jogkörben okozott károkért való felelősségről szóló rendelkezés.⁴³ E szerint (az egyébként, más, nem polgári jogi jellegű jogviszonytípusban „felérendelt” helyzetű állam, avagy derivált szerve) éppen úgy felelős a jogellenesen okozott károkért, mintha ezeket természetes személy okozta volna. Tehát az „alapelvek” csak látszólagosan csonka szabályok, a pótlás a szankció tekintetében az alapelvet „feldolgozó”, konkretizáló, azaz a jogintézmények szintjén előírányzott jogkövetkezményekben nyilvánul meg.

b) *A feldolgozó, részletező jogintézmény hiányában a generálklauzulák közvetlen alkalmazása főszabályként kizárt.* A polgári jogban általánosan elfogadott elmélet szerint, a generálklauzulák közvetlen alkalmazása, ha hiányzik az őket, a konkrét tényállást pontosító, „feldolgozó” jogintézmény (ha tehát beáll a joghézag jelensége), „veszélyes”, mert a jogbiztonságot, a jogkövetést kétségbe vonhatja, széleskörű, túl általános jelentéstartalmuk miatt.⁴⁴ Kissé sarkítva és példászerűen, szimbolikusan kifejezve, ha a

42 Ld. Franz Mabr, Arthur Weilingner, Heinrich Stummvoll, Helmut Fuchs, Oskar Maleczky (szerk.), Kiadó: Werner Doralt, szerk. Anica Doralt, Kodex des österreichischen Rechts, Justitzgesetze, ABGB, UBGB, ZPO, STGB mit Nebengesetzen, LexisNexis, ARD ORAC GmbH Wien, Druck: Prime Rate, GmbH Budapest, 2014/15, 22. oldal.

43 Ld., a Ptk. 6:548, 6:549. paragrafusait (felelősség közhatalmi, azaz közigazgatási, bírósági, ügyéségi, közjegyzői és végrehajtói jogkörben okozott kárért), pl. in: Polgári Törvénykönyv. HVG/ORAC, Novissima Kiadó, Budapest, 2018, 217. oldal.

44 Ld., vö.: Karácsony András, Jogfilozófia és társadalomelmélet, Budapest, Pallas Stúdió/Attraktor Kft., 2000, 56-58. oldal; Rütters, Bernd, Die unbegrenzte Auslegung, Heidelberg, Müller

generálklauzula tartalma a „szín” lenne, közelebbi pontosítás nélkül, akkor ebbe egyaránt bele férne a „fekete és a fehér”, vagy bármely más szín. Ha azonban volna jogintézményi pontosítás, pl. „világos szín” akkor a fekete szín ebbe egyértelműen nem tartozna bele. A konkrét jogszabályok, jogintézmények minden szabályozási minuciózus (részletezés iránt fogékony) igyekezet mellett, előfordulóan joghézagot mutatnak, mert az adott tényállás sajátos voltára nézve, nem „szubszumálhatók” a törvényben előírányzott intézmények, jogintézmények.

Werner Flume (Flucht in Generalklausel) joggal utalt arra, hogy a generálklauzulák közvetlen alkalmazása komoly jogbizonytalanságot idézhet elő.⁴⁵ A jogrendszer nem állhat csak generálklauzulákból, mert ez a jogalkalmazásban bizonytalanná tenné a jogértelmezést, és szinte lehetetlenné tenné a jogkövetést. A jogrendszer, melynek célja, hogy jogbiztonságot nyújtson, azáltal teszi lehetővé a jogkövetést, hogy az általános és különleges (részletező) jogszabályok harmonikus összhangját nyújtja. A jogrendszer nem nélkülözheti tehát sem az általános sem a részletező, egyedi jogszabályokat. Hiányosságaik miatt, feltevődik a kérdés, kellenek-e a generálklauzulák.

2. Szükségesek-e a generálklauzulák, vagy csupán a konkrét jogszabályoknak van helyük?

1. A generálklauzulák szükségesek, azonban vitatott a rendeltetésük, alkalmazási területük és módjuk, továbbá korlátozásuk mércéi tekintetében. Habár a generálklauzulák normatív jellegüknél fogva túl általánosak és ezáltal jogbizonytalanságot okozhatnak, abban a tekintetben, mi a megengedett, mi a tilos, van-e, vagy nincs megsértésük esetére szóló szankció, mégis nélkülözhetetlenek. Ám, rendeltetésük szerint, közvetlen alkalmazásuk pontosító jogszabály hiányában, a polgári jogi doktrína általánosan elismert véleménye szerint nem ajánlatos, vagy legalábbis korlátozott.

2. A generálklauzulák és az alapelvek irányadasként szolgálnak a törvényhozónak. A generálklauzuláknak van olyan rendeltetése, mely szerint, többek között, a törvényhozónak adnak irányt (pl. a hatályos magyar jogban az Alaptörvény folytatásaié, az ún. sarkalatos törvények, de az egyszerű törvények tekintetében is). Maguk a kódexek is, tartalmazhatnak alapelveket, amelyek érvényesek a kódex által szabályozott összes jogviszonyra nézve, de olyan elveket is, amelyek csupán a benne szabályozott sajátos jogrétegekre nézve mérvadóak. Korlátozott mértékben, az egyes jogágak mentén, vagy ezen belül megalkotott alapelvek révén, a jogértelmezés szempontjából, irányadóak lehetnek (pl. a szisztematikus értelmezésnél). A szisztematikus (rendszerző – systematische Auslegung) értelmezés figyelembe veszi az egyes jogintézményeknek a törvény rendszerében elfoglalt

Verlag, 191, 147. oldal; *Teubner*, G., Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt am Main, Atheneum Verlag, 1970.

45 Ld. *Flume*, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Springer Verlag, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 1965, *ibid*, Das Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Deutsche Juristentage, Bd. I, 1960.

helyét, tehát a normakörnyezetet, az illető jogszabály kapcsolatát a többi jogszabállyal.

3. A minuciózus, v. kazuisztikus (részletező, eseti) szabályozás kedvez a joghézag keletkezésének. Egymagában a részletező szabályozás általános, alapveti rendelkezések hiányában, gyakorta idéz elő joghézagot. A késő középkorban (XVII. században) fogant egyes kódexek, mint pl. a porosz Ptk. 17000 normát tartalmazott, abban az igyekezetben, hogy ily módon minden szabályozandó tényállást felöllelhessen. Sikertelenül. A jogalkalmazásban, már „másnapra” kiderült, hogy a részletes, „mindent felöllelő” szabályozási törekvés ellenére, joghézag keletkezett. A bíróság előtt olyan tényállás és jogkérdés merült fel, amelyet e kódex „elmulasztott” szabályozni.

4. A jogelvek joghézagpótló rendeltetése. Vannak olyan vélemények, hogy széleskörű jelentéstartalmuk miatt, a jogelvek egymagukban alkalmasak a joghézag pótlására. A modern, polgári korszakban fogant jogalkotási elmélet szerint azonban egymagukban a jogelvek a joghézag pótlására nem ajánlatosak. Ennek ellenére, szükségesek a „jogelvek”, melyeknek rendeltetése nem annyira az esetleges joghézagok pótlása, hanem főként az, hogy a jogalkotó szabályozási célkitűzéseit megszabják és ezáltal, ezek fényében, hozzájáruljon a jog helyes értelmezéséhez. Ennél fogva nem vonható kétségbe, hogy a generálklauzulák szükségesek, de kérdés, mi az esetleges további rendeltetésük. A jogbiztonság szavatolása céljából elengedhetetlen a generálklauzulák konkrét törvényi rendelkezések és jogintézmények útján történő pontosítása.

5. Az alkotmányosság és törvényesség alapveti szintagmája. *A törvények alkotmányossága és az ún. történelmi alkotmány „vívmányainak” kérdése.*⁴⁶ *A jogforrások hierarchiája és egyenrangúsága.* Az ún. *történelmi alkotmányozás vívmányait,*⁴⁷ alapveti jelentéstartalmát és szükségét illetően, két állásfoglalás alakult ki az újabb magyar jogelméletben. Az egyik szerint, a „vívmányoknak”, tág jelentésénél fogva nincs normatív szerepe, hanem csupán deklaratív jellegű, a másik vélemény szerint, az egyéb, az Alaptörvény normatív részében használt értelemben, normatív jellege van.

A strict alkotmányossági és törvényességi elmélet szerint, az Alaptörvény a törvényhozás csúcsán áll, tehát az akár a sarkalatos, akár az „egyszerű” törvényeknek, az Alaptörvénnyel, így ennek a „vívmány” – szintagmájával is összhangban kell lenni.

A másik elmélet szerint a magyar történelmi alkotmányozás értelmében, az *Alaptörvény egyenrangú más törvényekkel.* Ami egyfelől azt jelenti, hogy a törvényeknek első sorban egymás mellett állóan, mint egyenrangúaknak, „horizontálisan” kell összhangban lenni. Másfelől, a történelmi alkotmányozás során, az egyszerű törvények is „alkotmányozóvá”

46 Ld. Szalma József, A történelmi/történelmi és a kartális Alkotmány teljességéről és jogalkalmazási kérdéseiről, Jogelméleti Szemle, 2017, 18. évfolyam, 2. szám, 188. oldal. Ibid (uő), A történelmi alkotmány és a sarkalatos törvények, Miskolci Jogi Szemle, 2017/12. szám, 25-38. oldal. Szalma József-Csernák Csaba, A történelmi/történelmi alkotmány és értelmezési kérdései az új magyar Alaptörvény fényében, Létünk, Társadalom – Tudomány – Kultúra, Újvidék, 2017/2. szám, 9-34. oldal, abstract: magyar, szerb és angol nyelven, 7., 32-33. oldal.

47 Ld. Rixer Ádám, A vívmány teszt, Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2018, Érvek és ellenérvek, 18. oldal és köv. Ld. a szerző által hivatkozott időszzerű magyar jogirodalmat.

válhattak, feltéve, hogy az állam működését érintették. Ebben a tekintetben és ilyen értelemben vannak példák, hiszen nem egy sorsfordulón hozott „egyszerű” törvény vált „sarkalatosá”, alkotmányjogi jellegűvé (mint pl. az 1848. évi XV. tv.c.). Ez utóbbi olyan törvény, amely a korábbi hierarchikus (rendi) társadalommal szemben, meghirdette a törvény előtti jogegyenlőséget és a polgári törvénykönyvnek az ezt biztosító meghozatalának szükségességét. A későbbi jogirodalom ezt a törvényt sarkalatosnak, tehát sorsfordulón hozott olyan törvénynek tartotta, amely szinte alkotmányjogivá, a történelmi alkotmány részévé, vele egyenrangúvá vált.

Tehát a jogforrások hierarchiájáról szóló elmélet az összes jogforrásnak az alkotmánnyal, mint a jogforrási rendszer csúcán levő aktussal való összhangját, a jogforrások egyenrangúságáról szóló elmélet a jogforrásoknak, mint egyenértékűeknek, beleértve az Alaptörvényt is egymás közötti (horizontális) összehangoltságát hangsúlyozza. A „vívmány” kérdés esetében, úgy tűnik, egyik teória sem ad egyértelmű választ. Talán inkább arról van szó, hogy ez olyan generálklauzula, amelynek nincs normatív jellege, inkább deklaratív és csupán az Alaptörvény normatív részében, különösképpen az új sarkalatos törvényekre vonatkozó rendelkezések fényében lehetséges értelmezni.

A *rendszerültás utáni magyar alkotmányjogi jogfejlődés* jelentős, fontos útkereső tendenciákat mutatott fel. Ennek elején, az EU-s *jogharmonizációs* időszakban, az Alkotmánybíróság kiiktatta, mintegy „negatív” törvényhozóként, a korábbi rendszerben fogant törvényeket. „Pozitív” törvényhozóként (mi legyen a kiiktatott normatartalom helyébe) értelemszerűen és helyesen nem nyilatkozott, hiszen a törvényhozói hatalom az Országgyűlés hatáskörében volt (és ma is van). Az alkotmánybíróság alaptörvénnyel és törvénnyel definiált szerepe ebben a tekintetben (napjainkig), úgy tűnik, lényegében nem változott. Összhangban az általánosan elfogadott európai közösségi normákkal és a magyar jogállamisági hagyományokkal. Az Alkotmánybíróság eredeti szerepe abban volt, hogy a törvények alkotmányossági vizsgálata mellett, az alkotmányjogi panaszok kapcsán, közvetetten bírói, *jogalkalmazói* tevékenységet is ellátott. Felülvizsgálhatta azokat a jogerős bírói határozatokat, amelyek az alkotmánnyal (Alaptörvénnyel) ellentétes törvények alapján jöttek létre. Úgy tűnik, e fejlődés menet során az Alkotmánybíróság mégsem vált igazán bírósággá, ugyanis itt is, a törvénynek az alkotmányosságát vizsgálja, amelynek alapján a panaszos jogerős bírósági marasztalásban részesült. Az Alkotmánybíróság nem tekinthető bíróságnak, mivel alapvető feladata a törvényeknek az Alkotmánnyal, vagy az Alaptörvénnyel való összhangjának vizsgálata és az alkotmányos panasztól eltekintve, nem az egyéni jogviták eldöntése. Az utóbbi ugyanis a bíróságok „dolga”.

A rendszerültás utáni alkotmányfejlődés során megmaradt az Alkotmánybíróság *előzetes és utólagos kontroll* – funkciója. Az előzetes alkotmányossági kontroll azt jelenti, hogy az Országgyűlés a törvényt, e kontroll céljából, meghozatala előtt nyújtja be az Alkotmánybíróságnak. Az utólagos alkotmányossági kontroll pedig azt jelenti, hogy az alkotmányossági kontroll a törvény kihirdetését követően valósítható meg az Alkotmánybíróság előtt.

A 2011. évi CLI. Alkotmánybírósági törvény változott az utólagos kontroll tekintetében, ha ez alatt az alkotmányjogi panaszt is bele értjük, bár úgy tűnik, a kettő, nem ugyanaz. Fogalmilag az alkotmányjogi panasz egyéni kérelmet jelent, olyan értelemben, hogy egy jogerős bírósági ítélet olyan törvényen alapul, ami a panaszos állítása szerint alkotmányellenes. Az utólagos kontroll pedig a felhatalmazott intézmények, vagy akár érdekeltek indítványa egy törvény, vagy törvényi rendelkezés Alaptörvénnyel való összhangjának ellenőrzésére. Fogalmilag tehát, az alkotmányjogi panasz, szemben az utólagos kontrollal, akkor áll fenn, ha a jogerős bírósági döntés olyan törvényen alapul, amely alkotmányellenes. Itt a panaszos, gyakorlatilag a jogerős bírósági döntést, tehát egyedi jogi aktus érvényét kéri számon, azért, mert az ítélet alapjául szolgáló törvény alkotmányellenes. A panaszos a jogerős bírói határozatot azért kívánja az alkotmánybíróság elé tárni, mert szerinte a bírósági döntés alkotmányellenes törvényen alapul. Az ún. utólagos alkotmányossági kontroll célja egy törvény (tehát általános jogi aktus) egészének, vagy részének alkotmányossági vizsgálata, azaz a törvénynek az alkotmánnyal való összhangjának ellenőrzése. Itt nincs bírósági jogerős döntés, aminek kapcsán vizsgálandó a törvény alkotmányossága. Az alkotmányjogi panasz értelmében vett utólagos kontrollt illetően, a változás szerint nem kezdeményezheti bárki érdekelt – *actio popularis* – módján⁴⁸, hanem csupán a Kormány, az Országgyűlési képviselők egynegyede, vagy az alapvető jogok biztosa.⁴⁹ Kérdés, hogy indokolt-e az előzetes kontroll, és maradjon-e a csupán az ún. utólagos kontroll. Az előzetes kontroll, mivel teljeskörű, kimeríti a törvény Alaptörvénnyel való összhangjának ellenőrzését. Ily módon akár fogalmilag is (ne bis in idem) kizárja az ún. utólagos kontrollt. A rendszerinti szabályozási gyakorlat, csupán az utólagos kontrollt tartja helyesnek, mely a parlament által meghozott törvényeknek az Alkotmánnyal, azaz Alaptörvénnyel való összhangját majd csak a törvény hatályba lépését követően vizsgálja.

Az ún. *történelmi (v. történeti) alkotmányozás* fogalma, arról szól, hogy a történelmi alkotmány szabályai nem egyszerre jönnek létre (mint a kartális alkotmány esetében), hanem az idők során meghozott olyan törvények képezik, melyek az állam működési rendjét szabályozzák (*történelmi értelemben vett sarkalatos törvények*). A történelmi Alkotmány nemcsak a magyar, hanem az angolszász jogfejlődésre is egyaránt jellemző. Többek között, egyes vélemények szerint, a történelmi alkotmány elvben kizárja a sorsfordulókon hozott sarkalatos, az alkotmány továbbfejlesztését célzó törvények alkotmányosságának

48 Ld. az Alkotmánybíróságról szóló 1989. évi XXII. törvény 48. paragrafusát, mely szerint: "Az alkotmányban biztosított jogainak megsértése miatt alkotmányjogi panasszal fordulhat az alkotmánybírósághoz az, akinek a jogsérelme az alkotmányellenes jogszabály alkalmazása miatt következett be és egyéb jogorvoslati lehetőségeit már kimerítette, illetőleg más jogorvoslati lehetőség nincs számára biztosítva. Az alkotmánybírósági panaszt a jogerős határozat kézbesítésétől számított hatvan napon belül lehet írásban benyújtani."

49 Ld. Rixer Ádám (szerk.), Állam és közösség, Válogatott közjogi tanulmányok Magyarország Alaptörvénye tiszteletére, KRE ÁJK, Budapest, 2012. ebben ld.: Tóth J. Zoltán, Az alkotmánybírósági egyéni alapjogvédelem eszközei és gyakorlata – egykor és most, Az alkotmányjogi panasz: múlt és jövő, ad 371. oldal, in spe, 374. oldal.

vizsgálatát. Ugyanis a történelmi alkotmány értelmében vett sarkalatos, alkotmányt „továbbgondoló” törvények, nem az alkotmány módosítását, hanem pótlását fémjelzik. Ezek azért nem ütközhetnek a korábbi alkotmánnyal, mert nem is ugyanarról szólnak, mint a korábbi. A történelmi sorsfordulókon meghozott sarkalatos törvények, a korábbi törvényekkel való összhangjának vizsgálata azért zárható ki, mert szabályozási tárgya más, mint a hasonló, azonos jogterületre vonatkozó korábbi törvénynek.

Az új *Alaptörvény értelmében vett sarkalatos törvények*, habár a hatályos Alaptörvény „folytatásaiként”, mélyítéseiként minősíthetőek, alkotmányosságuk vizsgálata, úgy tűnik, előfordulhat, nem zárható ki. Ezek a modern sarkalatos törvények, meghozataluk módja szerint, különböznek az „egyszerű” törvényektől, formailag abban, meghozatalukhoz kétharmados országgyűlési szavazattöbbség szükséges. Szabályozási tárgyukra nézve azonban abban is, hogy az ország-szervezési szabályokon túlmenően, az alapvető jogok mélyítését is jelentik. A hatályos Alaptörvény, amely preambulumban történelmi jellegű, normatív részében pedig jórészt kartális, előírányozza a megalkotott, akár egyszerű, akár a mai értelemben vett sarkalatos, minősített többséggel meghozandó törvényeknek az Alaptörvénnyel való összhangjának vizsgálatát.⁵⁰

3. Lehetséges-e a joghézag – a generálklauzulák fényében

1. Az alkotmányosság és a törvényesség elvének értelmében a törvényeknek egymással és az alkotmánnyal (Alaptörvénnyel, m. Grundgesetz, n.) összhangban kell lenniük. A jogrendszer teljessége és a joghézag létének tagadása melletti érvek. A jogrendszer teljessége és összhangja nélkül nem lenne a szükséges jogi koherencia és a jogszabályok nem alkotnának az összes jogi kapcsolatra érvényes jogrendszert. A jogrendszert egymással összefüggő és egymással összhangban levő szabályok sora képezi. Gyakorta van, hogy akár a törvényhozói hatalomtól eredő jogszabályokon kívül alkotott jogszabályok is a jogrendszer részévé válnak, ha az alaptörvény, vagy az adott törvény utal rájuk. Igaz, a jogirodalom azt az álláspontot támasztja alá, hogy a nem állami, vagy önkormányzati jogszabályokon kívüli szabályok (pl. erkölcsi szabályok, üzleti szokások) csak a törvény által megszabott keretekben és mércék alapján alkalmazhatóak. Ha elméletileg abból indulunk ki, hogy a jogrendszer kiterjed az összes szabályozandó kapcsolatra és mindegyik jogágára (anyagi jog, eljárási jog, közjog, magánjog) kiterjed, akkor elvben és elméletileg a joghézag kizárt.

2. A joghézag kizárása a generálklauzulák miatt. Vannak olyan elméletek, amelyek a joghézagot azért zárják ki, mert a generálklauzulák tág, azaz legáltalánosabb normatív jelentéstartalmuk miatt kiterjedhetnek bármely típusú jogi kapcsolat szabályozására, olyanra is, amely konkrét jogszabály nem szabályoz. Ez azonban (joggal) nem támogatott álláspont. A joghézag ugyanis akkor is beállhat, ha van általános rendelkezés, amely, habár tág jelentéstartalmánál fogva „lefed” a konkrét jogesetet is, hiányzik az elvet

50 Ld. Alaptörvény, 24. cikk: Az Alkotmánybíróság, pl. in: Magyarország Alaptörvénye, Patrocínium, Budapest, 2019. 29-30. oldal.

konkretizáló norma. Ez azért van, mert egymagában a generálklauzula nem teljes jogszabály.

3. A joghézag kolloquális fogalma és lehetősége. A joghézag (a régi magyar jogirodalom szerint: jogűr) lehetséges. A joghézag pótlása. Megengedett a polgári jogban, tilos a büntető jogban. Elméletileg, a joghézag akkor áll be, ha adott tényállás sajátosságaira nézve, nem alkalmazható valamely hatályos jogszabály.⁵¹ Tehát a joghézag akkor áll be, amikor bármely jogszabály rendelkező részébe, avagy hipotézisébe foglalt tényállás különbözik a konkrét esetben fennálló tényállástól. A joghézag előfordulása azért lehetséges, mert a generálklauzulák zöme tág jelentéstartalmánál fogva egyedül nem alkalmas adott konkrét, egyedi jogviszony szabályozására, vagy szankcionálására. A generálklauzulák tehát főszabályként nem alkalmasak a joghézag pótlására. Azonban, kivételesen alkalmazhatók, amennyiben az adott jogelv jogintézményi szinten egy vagy több jogintézmény által differenciáltan szabályoz és szankcionál. Példa erre a polgári jogi méltányosság és egyenrangúsági elv. Ennek az elvnek az operacionalizálását szolgálja a visszterhes szerződések esetében a felén túli sérelem (a szolgáltatások feltűnő értékaránytalansága esetén való megtámadás),⁵² az uzoratilalom (amennyiben az egyik fél vissza él a másik fél szorult helyzetével és magával vonja a szerződés semmisségét),⁵³ a szerződés bírói módosítása a megváltozott körülmények – *clausula rebus sic stantibus*) a tartós szerződés teljesítésének elnehezülése miatt.⁵⁴ Az illető alapvetően az ún. operacionalizáló, vagy részletező jogintézmény pontosítja, a tipikus tényállások szerint, elkülönült szankciókkal (pl. megtámadhatóság, semmisség, a szerződés felbontása vagy módosítása). E jogintézmények szavatolják a visszterhes szerződésekben a kölcsönös szolgáltatások megközelítő arányosságát és ezáltal hozzájárulnak a szerződő felek egyenrangúságához.

A magyar jogfilozófia egyik legkiemelkedőbb művelője, Moór Gyula, hivatkozván Somló Bódogra,⁵⁵ azt az álláspontot képviselte, hogy a *joghézagok kizártak*. Ő ezt azzal támasztotta alá, hogy a jogrendszer logikusan összefüggő egészet alkot. Ebből következik a jogrendszer logikai zártága, a jogon belüli hézagok és ellentmondások tagadásának tétele, valamint a jog alkalmazásának logikai műveletként (szillogizmusként) való felfogása.⁵⁶

51 Ld. Moór Gyula: A joghézag kérdéséről, 1939, uő., A különböző jogforrások, azok egyensúlya és rangfokozata a magyar jogrendszerben, 1932,

52 Ld. a Ptk. 6: 98. paragrafusát (feltűnő értékaránytalanság).

53 Ld. a Ptk. 6:97. paragrafusát (uzsorás szerződések).

54 Ld. a Ptk. 6:192. paragrafusának (1) és (2) bekezdését. (Bírósági szerződésmódosítás).

55 Somló Felix, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917; Somló Bódog, *Jogbölcészet*, Budapest, 1920; második kiadás, 1927. Későbbi kiadások: újranyomva: Aalen, 1973; Somló Bódog, *Jogbölcészet, a Juristische Grundlehre kivonata*, Miskolc, 1995.

56 Ld. Moór Gyula: A joghézag kérdéséről, in: Emlékkönyv Kolosváry Bálint jogtanári működésének negyvenedik évfordulójára, Budapest, Grill Károly, 1939, 308-321. oldal. Ld., Szabó Miklós, *Jogelmélet és jogszociológia*, in: *Jakab András-Menyhárd Attila* (szerk.), *A jog tudománya, tudománytörténeti és tudományelméleti írások*, HVG/ORAC, Budapest, 2015. ad 451, Moór Gyula, ad 472. oldal, in spe, 475. oldal.

A többségi nézet szerint, a joghézag előfordulhat, ha nincs adott tényállás sajátosságaira nézve alkalmazható jogintézmény. Pl. a *polgári jogban* előfordulhat, hogy általános vélemény, bírói meggyőződés, vagy mérlegelés szerint a szerződés méltánytalan, de sajátos tényállására nézve egyetlen jogintézmény sem alkalmazható.⁵⁷ A polgári jog elmélete ilyen esetben a *joghézag pótlására* vagy az ún. *analógiát*, s csak kivételesen, az adott jogágban (pl. polgári jog), vagy ezen belül, ennek egy részére nézve (pl. családi jog) előírányzott *alapelvek* és az őket részletező jogintézmények együttes alkalmazását javasolja, ha ilyenek vannak.⁵⁸ Az analógia, közismerten azt jelenti, hogy a bíróság a tényálláshoz legközelebb álló jogintézményt értelemszerűen alkalmazza. A generálklauzula pedig nem más, mint olyan jogszabály, amely csupán intencionálisan és általánosam, szabályozza mind az adott jogág, mind a jogviszonytípus jellemzői szerint, közvetve, az adott, konkrét jogviszonyt is. Ilyen értelemben valóban nincs joghézag. A belső (jogági, vagy jogág részein belüli) generálklauzula, pl. a jóhiszem, jóerkölcs alkalmazása során a bíróság figyelembe veszi ennek hézagpótlási *korlátait*. A *hiányzó szankció* értelemszerűen következtethető ki. Ha abból indulunk ki, hogy a konkrét kényszerítő jogszabályok megsértése a szerződés semmisségét vonja magával (a magyar Ptk-ban: tilos szerződés), akkor az kényszerítő jellegű generálklauzulával való ellentéte a szerződésnek (pl. a jóhiszem és a jóerkölcs követelménye tekintetében), analóg módon, a szerződés semmisnek tekinthető. Vagyis, a semmisség, mint jogkövetkezmény, a középszintű (ágazati) generálklauzula megsértésénél, analóg módon beáll, ugyanúgy, mint a konkrét jogszabállyal ellentétes tilos szerződésnél. A „belső” generálklauzula, vagy alapelv jelentéstartalma a polgári jogi irodalomban, és a jogalkalmazásban, árnyaltan, árnyalataiban kimunkált.

Ha a jogrendszert hipotetikusan, olyan ellentmondás nélküli egységes egésznek tekintjük, amely felöleli az összes jogágot, azaz az összes joggal szabályozandó kapcsolatot, akkor, formailag kizárt a joghézag. Ha azonban ez a hipotézis adott tételes jogban jogi úton megdő, pl. az *alkotmánybíróság döntése* alapján a jogszabály *alkotmányellenesnek* minősül és ezért *kiiktatást nyert a jogrendből, beállt a joghézag*. Ebben az esetben mindaddig, amíg a törvényhozó ugyanazt a jogszabályt, az alkotmánnyal összhangban levő tartalommal, nem pótolja. Ugyanakkor, jogalkalmazási szemszögből nézve, a joghézag akkor is fennáll, ha a generálklauzula ugyan értelemszerűen felöleli azt a jogviszonyt is, amelyre hiányzik a generálklauzulát pontosító egyedi jogszabály, amelynek „szűrőjén”, keresztül alkalmazni lehetne a generálklauzula rendeltetését. Ha nincs speciális, pontosító, részletező jogszabály, hiába van generálklauzula, gyakorlatilag „jogűr”, joghézag keletkezett, azért, mert vagy a diszpozíció túl általános, vagy azért mert mögötte nem található meg a szankció.

A svájci polgári jogi elmélet és a Legfelsőbb Bírósági gyakorlat különösen a *pacta sunt servanda* és a *clausula rebus sic stantibus* elveit figyelembe véve állapította meg a

57 Ld. Szalma József: A jogtudományok kutatási módszerei (kutatásmódszertan), Patrocínium, Budapest, 2016. 117-118. oldal.

58 Ld. Koziol-Welser, Kletečka, Bürgerliches R, Band I, Allgemeiner Teil, Schenrecht, Familienrecht, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2014. 108-119. oldal.

joghézag beálltát. Az első elv (*pacta sunt servanda*) azt jelenti, hogy a szerződő felek kötelesek tiszteletben tartani az általuk egybehangzóan elfogadott tartós szerződést és ezt úgy kell teljesíteni, ahogyan szól, függetlenül a körülmények teljesítésig beálló változásától. A második elv (*clausula rebus sic stantibus*) azonban azt jelenti, hogy ha a különleges, előre nem látható, elháríthatatlan körülmények súlyosan elnehezítenék az egyik fél számára a teljesítést (pl. kötelezett csődhelyzetét idéznél elő, vagy a rendszerinti kockázatokon túlmenően a teljesítés súlyos veszteséget okozna), a szerződés bírói közreműködéssel, az érdekelt fél kérelmére, módosítható, vagy felbontható. Mivel külön törvényi rendelkezés a *clausula rebus sic stantibus*ról nincs, ezt az intézményt a bíróság a svájci ZGB 2/2 szakaszára hivatkozva fejlesztette ki, ami valójában a *joggal való visszaélést* és nem közvetlenül a megváltozott körülmények miatti egyoldalú, bírói közreműködés útján történő szerződésmódosítást, avagy bontást szabályozza. (Egyébként a *clausula rebus sic stantibus* intézményét, úgy, mint a XX. században meghozott európai Ptk-k zöme, pl. az olasz Ptk., kifejezetten szabályozza az új magyar Ptk. is.⁵⁹) A svájci joggyakorlat tehát a joghézag (megváltozott körülmények által előidézett teljesítési akadály) esetében egy tágabb jelentésű fennálló jogszabályt (*agere in fraudem legis*) kiterjesztve és adaptálva, egyfajta jogi analógia útján pótolta. A svájci elmélet szerint azonban, amennyiben joghézag állna be, olyan értelemben, hogy *hiányosak a szerződési vagy törvényi rendelkezések, a bíróság* feladata az, hogy *a megállapított joghézagot pótolja*, nem utalván a pótlás módjára.⁶⁰

Ismeretes, hogy az általánosan elfogadott *büntetőjogi* tétel miatt (*nullum crimen sine criminae et sine lege*) joggal és okkal kizárt az analógia alkalmazása. A büntetőjogban, továbbá ugyanezen elv miatt, kizárt az általános elveken való pönalizáció (sarkított példával, megbüntethető az, aki rosszat cselekszik) is. A modern büntetőjog, így a hatályos magyar Btk. is, a büntethetőséget csak akkor engedélyezi, ha az adott cselekményt, a Btk., különös részében, pontosan leírva a cselekményt, az elkövetés idején érvényes szabályával kifejezetten tiltotta.⁶¹ A modern büntető jogi doktrína joggal tagadja mind az analógia, mind a generálklauzulák alkalmazását, azaz csupán ezeken alapuló büntethetőséget. Ezt megköveteli a jogbiztonság elve. Ha netán a büntethetőség körében felmerülne a

59 Ld. a Ptk. 6:192. paragrafusának (1)-(2) bekezdéseit (Bírósági szerződésmódosítás), pl. in: Polgári Törvénykönyv, HVG/Orac – Novissima Kiadó, Budapest, 2018, 174. oldal.

60 Ld., Theo Gubli, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9. Auflage, bearbeitet von A. Koller, A.K. Schnyder, J. N. Druoy, Schulthess Verlag, Zürich, 2000, 310. oldal, 26. széljegyzet.

61 Ld. 2012. évi C. törvényt a Büntető Törvénykönyvről, egységes szerkezetben a 2017. április 1. napján hatályba lépő rendelkezésekkel (ld. pl., in: Patrocínium Kiadó, Budapest, 2017., 17. oldal), melynek 1. paragrafusa szerint: „az elkövető büntetőjogi felelősségét csak olyan cselekmény miatt lehet megállapítani, amelyet (...) törvény az elkövetés idején büntetni rendelt.” Ld. Nagy Ferenc, A büntetőjog tudománya, in: *Jakab András, Menyhárd Attila* (szerk.), *A jog tudománya, tudománytörténeti és tudományelméleti írások, gyakorlati tanácsokkal*, HVG/ORAC, Budapest, 2015. 261. oldalról, közelebből ennek magyar jogforrási eredetét, a 286. oldalon: 1878. évi V. törvénycikk (Csemegei-Kódex) és a *nullum crimen* elve. Ld. továbbá, *Korinek László: Bűnözési elméletek*, Budapest, Duna Palota, 2006.

joghézag, olyan értelemben, hogy az adott cselekmény nincs pónalizálva a Btk.-ban akkor, ez putatív (látszólagos) joghézag lenne. Ugyanis a büntetőjog szempontjából a cselekmény vagy mulasztás megengedettnek számít, ha a Btk. az adott cselekményt, vagy mulasztást, elkövetésének időpontjában, nem tiltja. Tehát, ha nincs pónalizáció, nem is lehetséges a joghézag.

4. Összegzés

A generálklausulák (jogelvek, alapelvek, jogi sztenderdek) különleges rétegei a jogrendszernek. Közös nevezőjüként az állapítható meg, hogy jogi jelentéstartalmuk tág, általános, hogy legtöbbször közvetlenül nem tartalmaznak jogkövetkezményt, tehát nem teljes jogszabályok. Ám egymástól, rendeltetésüktől, alkalmazási körüktől, jogi természetüktől függően, különbözőek lehetnek. Leggyakrabban imperatív (kényszerítő) jellegűek (pl. a jóhiszeműség és tisztesség követelménye), de kivételesen lehetnek diszpozitív (megengedő) jellegűek is (pl. szerződésalkötési szabadság), továbbá deklaratívák (nyilatkozási jellegűek, mint pl. az alkotmányok preambulumai) is. Rendeltetésük többféle lehet: irányadás a törvényhozónak, vagy a konkrét és teljes jogszabályok helyes alkalmazása során jogértelmezési és kivételesen, joghézag esetében, korlátozottan, jogpótlási funkciójuk is lehetséges.

Egymástól megkülönböztethetők a generálklausulák, attól függően is, hogy értelemszerűen az egész jogrendben egyaránt érvényesíthetők, mind a köz- mind a magánjog területén, vagy csak egy-egy jogágon belül (pl., polgári jog), vagy csupán az adott jogág egy részében (pl. a családi jog, szerződési, kárfelelősségi, kereskedelmi jog).

Vitatott, hogy a legtágabb jelentésű generálklausulák miatt, előfordulhat-e a joghézag. Azok az elméletek, amelyek a generálklausuláknak normatív jelleget tulajdonítanak, tagadják a joghézag előfordulását, mivel a generálklausulák, tág jelentéstartalmuknál fogva „minden jogviszonyra” kiterjeszthetők, tehát olyanokra is, amelyek konkrét jogszabállyal, vagy jogintézménnyel nincsenek „lefedve”. A másik álláspont tagadja a generálklausulák egymagukban történő alkalmazhatóságát. Két alapvető érvnél fogva: az egyik, hogy tág jelentéstartalmuk miatt nem felelnek meg a jogi értelemben vett szabályozási követelményeknek, a másik pedig az, hogy a jogforrásokban elfoglalt megjelenési helyükön csonkák, csak rendelkező részt tartalmaznak és hiányzik a szankció. A harmadik álláspont szerint, amit a szerző is elfogad, a generálklausulákat az őket részletező jogszabályokkal karöltve, amelyek tartalmazzák a klausula rendelkező részének konkretizációját, és a vonatkozó szankciót is, közvetett, azaz a konkrét jogintézmény keretében, szűrője által, korlátozott alkalmazást nyerhet. Joghézag esetén egyes jogpótlási módok (pl. analógia) csupán az egyik jogágban (polgári jog) alkalmazhatóak, a másikkban (büntetőjog) nem.

A csupán minuciózus, kazuisztikus, esetszerű, a céloktól, irányító elvek nélküli szabályozás gyakorta idéz elő joghézagot, nem különben mint a csupán generálklausulákon nyugvó jog- vagy normarendszer. A szerző véleménye szerint a hatályos magyar

jogrendszerre nézve, kizárólagosan, egyik sem jellemző, hiszen ötvözi az elvi és részletező szabályozást.

Az idők folyamán a generálklauzuláknak, a jogelveknek és jogi sztenderdeknek pontosításához, alkalmazási területük és módjuk árnyalt meghatározásához jelentősen hozzá járult a jogelmélet, és ennek nyomán a precedenciális jogalkalmazás.

E tanulmányban megállapítást nyert, hogy adott alapelvek (pl. jogellenesség) céljaik szerint, egymástól különbözhetnek és egyes jogágakban egyféle, másokban pedig másféle, más módon érvényesülnek. Pl. a polgári jogban a jogellenesség általános megfogalmazást nyert, a büntetőjogban pedig különlegeset. A polgári jogban ez a károkozás általános tilalmában (általános inkrimináció), a büntetőjogban pedig az egyes jogellenes cselekmények pontosan leírt, egyes tilalmak útján (különleges inkrimináció) valósult és valósul meg.

KETTŐS ÁLLAM ÉS JOGDUPLÁZÓDÁS

(A jurisztokrácia okai és következményei)

A kibontakozó vitára is figyelve, de a bevezető tanulmányom gondolatainak továbbélése és ezekhez újabb aspektusok végiggondolása lassanként kötetté bővítette anyagaimat, és ezek összegzéseként egy rövid írásban foglaltam egybe a jogduplázódás gondolatának elméleti hozadékát.² Az összegzést először államelméleti oldalról végzem el, majd a kötet első fejezeteiben a jogrendszer meduplázódására vonatkozó elemzéseket foglalom össze.

1. Kettős állam: alul demokratikus, felül jurisztokratikus

Vizsgálódásaim végeredményét tézisszerűen úgy lehet összefoglalni, hogy a régidőktől létező államhatalom az 1800-s évek elejére az Egyesült Államokban alkotmányos állammá válva egy idő után – az alkotmányos állam eredeti eszméjének módosulásával – egy kettős államszerkezetet hozott létre. E minta más országokba átvitele/átvétele az 1900-as évek második felétől egy sor kettős szerkezetű államot hozott létre a világban, melyek az egyes helyeken mintegy evolúciós variációként egy sor eltérő funkció ellátása szerint alakították a kettős állami szerkezetet, és ezek a globális érintkezésben egymásra hatva alakították ki mára e kettős államszerkezet főbb modelljeit. A jogra kihatásában ez a kettős államhatalmi szerkezet a kettős államokarat képzésének megfelelően a hagyományos törvényhozási jogot is megduplázta, és a törvényhozási egyszerű jog jogái felett az alkotmányi jog „alkotmányos jogáit” is létrehozta. Nézzük meg ezt a folyamatot részletesen.

Az alkotmány eszméje a Felvilágosodás eszmei-politikai küzdelmeiben Rousseau népszerűség elméletéből fokozatosan alakult ki mint az államhatalom alapjainak és kereteinek nép általi ünnepélyes és kiemelt dokumentumban meghatározása, mely után a népképviselői törvényhozás már csak e keretek között folyhat. Ezt valósították meg a történelemben először az angol gyarmati státusból függetlenedő észak-amerikai telepes államok alkotmányai és az összefogásukból létrejött föderális Egyesült Államok alkotmánya 1787-ben, illetve a végülis elvetélt francia forradalmi alkotmányok 1789-től. Az alkotmány az államhatalom kereteire vonatkozott ekkor még, de már néhány év múlva bevették az USA alkotmányába kiegészítésként az időközben a francia forradalmárok által kihirdetett emberi szabadságjogokat mint alkotmányos jogokat. Ezek az alkotmányos jogok csak

1 DSc; egyetemi tanár, ELTE ÁJK; alkotmánybíró.

2 Pokol Béla: Kettős állam és jogduplázódás. Alapjogi Központ, 2020 (megj.a.)

az államhatalom célkitűzéseinek orientálását szolgálták ekkor még, és ez nem változott meg akkor sem, amikor 1803-ban az USA Legfelsőbb Bírósága arra a belátásra jutott, hogy joga és hatásköre van arra, hogy a szövetségi alkotmánnyal szembenálló tagállami törvényeket vagy a szövetségi törvényeket alkotmányellenessé nyilvánítsa, és megtiltsa alkalmazásukat. Ez volt az alkotmánybíráskodás eszméjének megszületése, és ez ekkor még csak hatásköri bíráskodást jelentett, a szövetségi alkotmányban előírt hatásköri megosztás tiszteletben tartásának őrzését az egyszerű törvényhozás törvényei felett.

Ez kezdett megváltozni fokozatosan az 1800-as évek közepétől, amikor a rabszolgaság megszüntetéséről politikai küzdelem robbant ki az erre törekvő északi államok és az ezt fenntartani akaró déli államok között, és az emberek közti egyenlőség alkotmányos jogára támaszkodva kísérelték meg a rabszolgaság intézményét alkotmányellenessé minősíteni a legfőbb bírakkal, de ezek ellenáltak ennek. Az északi és déli államok között kirobbanó polgárhábrú e kérdés miatt végül az előbbieik győzelmével zárulva új alkotmány-kiegészítésekkel bevitte ezt a változtatást az USA alkotmányába, és ezután egyre inkább a törvények tartalmi ellenőrzésére is kezdték használni az alkotmányos alapjogokra lefektetett alkotmánybíráskodást, mostmár túlmenve a pusztán hatásköri bíráskodáson. Ezzel kialakult itt az 1900-as évek fordulójára, hogy amit a szövetségi kongresszusban vagy tagállami törvényhozásokban egyes politikai erők többségük révén törvénné tudtak emelni, azt a szembenálló politikai csoportok a főbírák alkotmánybíráskodására támaszkodva meg tudták semmisíteni. A politikai táborok szerint ez úgy nézett ki egészen az 1930-as évek végéig, hogy a liberális-demokrata tábor törvényhozási sikereit rögzítő törvényeket a konzervatív legfőbb bírák alkotmányellenessé nyilvánították, és liberáldemokrata táborból méltatlankodó kritikák láttak napvilágot a néhány öreg főbíró demokráciát sértő alkotmánybíráskodásáról. E mellett azonban az alkotmánybíráskodástól szenvedő liberális politikai tábor egyes csoportjai a hozzájuk közelálló nagy bankárcsaládok alapítványainak támogatásával egy fordított irányú alkotmánybíráskodásban bízva az egyenlőségi jogra támaszkodva alapjogi mozgalmakat kezdtek szervezni a fekete kisebbség támogatására, majd más kisebbségeket illetve a feminista törekvéseket is felkarolva pro bono ügyvédi irodákra támaszkodva a bíróságok előtti perlési politizálásával igyekeztek a politikai céljaikat elérni. Végül ez az 1950-es években vezetett először sikerre az USA szövetségi Legfelsőbb Bíróságán, miután a demokrata Rooseveltnél elnöki preszióra és új főbírák kinevezésével átfordult itt a többség a liberális irányba. Ezután az 1960-as években szinte egy alapjogi forralalom zajlott le az USA-ban, és amit nem tudtak a liberális demokraták a konzervatív többségű kongresszusban és tagállami törvényhozásokban átvinni, azt perlési politizálással a jogvédő mozgalmak a legfőbb bírák előtti alkotmányos perlésekben tudták elérni. Ezzel kialakult a korábbi alkotmányos államból a kettős szerkezetű állam, melyben az alsóbb szint a demokratikus választásokra alapozódva az államolgári tömegek politikai akaratképzését jelenti, de felette egy másik államhatalmi akaratképzés is működik az alkotmányos alapjogokra és alkotmánybíráskodásra támaszkodva, és a szembekerülés esetén a felsőnek van primátusa.

Ez az USA-n belüli kettős állam azonban jelentős módosuláson ment át azzal hogy a második világháborúban győztes amerikai megszálló csapatok jogászai a legyőzött Németország alkotmányozását irányítva egy olyan alkotmányi szerkezetet hoztak itt létre – elkerülendő, hogy a németek milliói mégegyszer egy új Hitlert megválasztva szembe kerüljenek az USA-val –, amely a parlamenti rendszer felett a világban egy addig példátlanul erős és széles hatáskörű alkotmánybírószéket tartalmazott. Ezt saját bizalmi embereikkel töltötték jórészt fel, és amikor a későbbi években a német kancellár és kormánya igyekezett fellépni az alkotmánybírók széles ellenőrzése ellen a demokrácia nevében, akkor a megszálló amerikai jogászai és külügyi vezetők mint a jogállami demokrácia szükséges elrendezését védték meg velük szemben a hatáskörüket gátolás nélkül növelő alkotmánybírókat. Ennek révén itt a németeknél az alkotmánybírók olyan hatáskör-rágítási formulákat eszeltek ki, és az alkotmányszövegtől elszakadó olyan alkotmányértelmezési fajtákat alakítottak ki, melyek az amúgyis széles hatáskörüket szinte korlátlaná tették. A hatalmi súlypontnak ez a demokráciáról a felettes alkotmánybíráskodásra eltolódása ebben a kettős államszerkezetben, és a főhatalom demokrácia feletti jurisztokráciához áttelepítése a máskülönben gazdasági prosperitásban élő németek milliói számára nem jelentett problémát, és így ez a modell ettől kezdve mint a bárhová exportálható politikai szerkezet vált érvényessé az USA vezető elitjei és általában a nagy hatalmak elitjei számára.

A későbbiekben aztán a '60-as évekbeli amerikai alapjogi forradalom mintája sokban keresztződött az amerikai bírákhoz képest jóval nagyobb értelmezési szabadságot és ezzel főhatalmat elért német alkotmánybíráskodási modell elemeivel, és így a kettőt variálva kezdték átvenni az egyes európai és nyomukban más kontinensen levő államok. De az amerikai globális hatalmi elitek is ezek mixelésével igyekeztek tudatosan átültetni ezt a kettős szerkezetű állami modellt a befolyásuk alá került országokba. Alulról ez a modell a társadalom demokráciáját mutatja, de felülről erre egy ezt ellenőrző második állami rész épül, mely az alkotmánybíráskodáson keresztül közvetlenül alkotmányból, főként ennek alapjogaiból igyekszik kibontani – mintegy ebből „dedukálva” – a teljes jogrendszer és a társadalomirányítás tartalmát. A német modellt az 1970-es évek végén a diktatúrától megszabadult Spanyolországban és Portugáliában vették át, és különösen a spanyoloknál a német modell alkotmánybíráskodását méginkább elszakították az alkotmányszöveghez kötöttségtől, és szinte minden korláttól eloldott alkotmánybíráskodást valósítottak meg. Ez a spanyol radikalizálással bővített alkotmánybíráskodási modell aztán az 1980-as évek végétől a latin-amerikai spanyol nyelvű államokban került bevetésre az USA balliberális elitjének alapítványai ösztökélésével, majd a '90-es évek elejétől a szovjet birodalom széthullása után az innen kiszabadult kelet-európai országokban ugyanígy.

Ezzel egy időben néhány kelet-ázsiai országban is voltak eltolódások a kettős államszerkezeti modell felé, itt is némi amerikai alapítványi ösztökéléssel, de itt a helyi elitek egy része más okokból maga is törekedett ennek átvételére. India egyes elitjei már az 1970-es évek elejére felerősítették a parlamenti többségi kormánnyal szembenálló főbírói elit jurisztokráciájának felhasználását a '60-as évekbeli amerikai balliberális

főbírák alkotmányértelmezéseinek átvételével és ezek alapján újak kieszelésével; Taiwan külön szervezett alkotmánybírósága 1987-ben kezdte el működését, és ez is, akár a szintén ekkortól induló dél-korai alkotmánybírák a német aktivista alkotmánybíráskodást tekintették követendő példának, átvéve ezektől a az alkotmányszövegtől elszakadást és ezek rugalmas értelmezésének minden fordorlatát. A thaiföldi alkotmánybíróság csak némileg később kezdett működésbe, de ez is ugyanúgy a német aktivista alkotmánybíráskodásást tekintette mintának, és a vidékkel szembekerült városi szellem elitek követelésének engedelmessé az alkotmánybírák itt a választáson győztes kormánypárt és miniszterelnökének hatalomtól megfosztására is készek voltak már az eddigiekben kétszer is az ezredforduló utáni évektől kezdve.

A kettős államszerkezet alul demokratikus felül jurisztokratikus modellje Kelet-Európában tisztán mutatja e kettős államszerkezet valamilyen fokban mindenhol meglévő szerkezeti elemeit, így ennél vegyük szemügyre ezt, utalva a többiek esetében a főbb eltérésekre. Itt fontos kiemelni, hogy a lokális demokrácia feletti szintre telepített jurisztokratikus állami szerkezeti rész – különösen tisztán a kelet-európai államokban a '90-es évek körüli rendszerváltás után – az amerikai balliberális elit otthon már kiépített jurisztokráciájának exportálásával épült ki a nagy globális alapítványai NGO-hálózatának leányszervezeteit betelepítve az itteni egyes országokba és felettük központi koordinációt és ellenőrzést megvalósítva. Ezt az egyes államokon belüli jurisztokratikus állami részt a kívülről történő központi koordinálás mellett segítette még egy már korábban létrehozott összefogási mechanizmus, mely eredetileg az 1940-es évek végétől indulva egyes nyugat-európai elitek Európai Egyesült Államok-tervének megvalósítását célozta az Európai Tanács megteremtésével. Ez végül csak az európai emberjogi egyezmény létrehozására szűkült, és így maradt fenn napjainkig az ezen egyezmény mellé rendelt strasbourgi emberjogi bírászkodásban és az e mellé rendelt laza tagállami együttműködésben (Miniszterek Tanácsa és a Parlamenti Közgyűlés). Ám a szovjet birodalom széthullása és a kelet-európai államok ebbe integrálásával ez a korábban csak visszafogottan működő emberjogi bírászkodás egy idő után új életre kelt, és 1999-ban egy jegyzőkönyvi kiegészítéssel lehetővé tették, hogy az ezt aláíró már részes államok vállalják a saját állapotgáraik ellenük indítható pereit is, ha azok emberi jogaik megsértését vetik fel velük szemben. Ez a csatlakozás nyomatékosan javasolt volt, és a Eu-ba felvételre várakozó kelet-európai államok számára ez nem csak egy szabadon mérlegelhető opció volt, de az ezen kívüli körre is a nemzetközi nyomás ezt kötelezően megszabta. (Így pl Oroszország is aláírta a jegyzőkönyvhöz csatlakozást egy idő után.) Ám ennek révén az időközben a kelet-európai országokba már betelepített amerikai globális NGO-k nem csak a hazai alkotmánybíróságokon fellépve tudták a megkettőződött állami szerkezet jurisztokratikus részét (és ezen keresztül a törvényhozási demokratikus részét is) befolyásolni, hanem a strasbourgi emberjogi bírásodáson is, leányszervezeteikkel belülről perekkel támadva az egyes kelet-európai államokat. Időközben az ezt a perlést vizsgáló kutatások kiderítették, hogy a strasbourgi indítványok óriási többségét az amerikai alapítványi NGO-k betelepített leányszervezetei nyújtják

be, és az is a nyilvánosságra került, hogy pl. az elmúlt 20 évben a száz Strasbourgba delegált kelet-európai bíró közül 22 a Soros Open Society NGO-k mellől került oda be. Más kutatások pedig azt hozták nyilvánosságra, hogy tulajdonképpen nem is a bírák döntenek elsősorban ott, hanem egy gondosan kiválasztott állandó emberjogi jogszapparátus (*registry lawyers*), és a bírók jórészt csak kihírdethetik az ezek által kialakított strasbourgi döntéseket. Sajnálatos módon e registry lawyer apparátus és a jelzett globális NGO-k közötti személyi összefonódásra az eddigiekben még nem készült tanulmány, de nagyon életszerű annak feltételezése, hogy ha már a jobban nyilvánosság előtt lévő bírák esetében is ilyen magas az NGO-k által beépítettek aránya, akkor a jobban elrejtőző apparátusban még nagyobb lehet ez. Ez az egyes európai államok feletti, központi európai beépülés pedig létezik az EU brüsszeli szervei mellett is, mint az látható volt az elmúlt évek híradásaiból a Georg Soros Open Society alapítvány hálózatainak óriási befolyását illetően az itteni akaratképzésre.

Az európai államok jurisztokráciájánál tehát a kettős jelleget lehet kiemelni, egyrészt a strasbourgi központi részt, másrészt az otthoni főbírákra, elsősorban az alkotmánybírákra, de kiegészítően a rendes felsőbbíróságokra is kiterjedő jurisztokratikus állami szerveződést. Mint látható volt, mind a két rész esetében az amerikai globális balliberális NGO-hálózatok exportálásával és európai beépülésükkel jött ez létre, és fontos kiemelni, hogy bár ez a nyugat-európai országok belső bírói karát illetően is létezik, de teljes kibomlással inkább csak a kelet-európai országokban tudták létrehozni ezt a beépülést a jelzett globális NGO-hálózatok, mert a konszolidáltabb nyugat-európai jogrendszerek és szakmai jogásztársadalmak nem nyitak ki számukra ilyen könnyen.

Ez a főbírókon és jogvédő NGO-hálózatokon nyugvó európai jurisztokratikus rendszer azonban még egy további elemmel rendelkezik, és ezt a szellemi hátteret biztosító *egyetemi jogász hálózat* jelenti.³ Ez otthon az USA jogi egyetemi részlegein is létezik, és ezek alkotmányjogi, jogelméleti illetve nemzetközi jogi jellegű tanulmányainak egész világon való terjesztése adta mindvégig a jurisztokratikus államhatalmi szerkezet exportjának lehetőségét. Ezek a tanulmányok már felhasználják az elmúlt évtizedekben az amerikai aktivista alkotmánybíráskodást messze felülmúló német és más országokban ennek mintájára kialakított aktivista értelmezési formulákat is, és a mind újabban létrejövő alkotmánybírókat, bírákat és ezek alkotmánybírói munkatársait ösztöndíjakkal, tanulmányutakkal segítve építik be ezekbe a globális hatalmi körök által támogatott alkotmányértelmezési és jogértelmezési formulákat. Az európai jurisztokrácia egyetemi jogász részlegeit összefogó és központilag szervező központok közül kiemelkedő az EU

3 Ezt átfogóbban az akadémiai-tudományos világ „episztemikus közösségeinek” nevezik, letakarva persze ezzel az elnevezéssel, hogy sokszor már csak a tudomány álcája fedi a szellemi emberek ténylegesen politikai szerveződését. Ez pedig jórészt a jogi-társadalomtudományi ágakban jelentős, mert ezek tudásanyaga váltható át közvetlenül a politikai törekvések céljaira. (Lásd ehhez összefoglalóan: Ma’a K. Davis Cross: Rethinking Epistemic Communities Twenty Years Later. *Review of International Studies*. (Vol. 39.) 2012 131-145. p. illetve közelebbről a globális jurisztokrácia terjesztésére szerveződött egyetemi jogászság szerepéhez Margaret E. Keck, Kathryn Sikkink: *Activists Beyond Borders*. 1998.

által létrehozott firenzei EUI (*European University Institute*), ahol tanárként, kutatóként az e szerveződés csúcspontjaira jutott képviselőik kapnak helyet, de bőséges doktori ösztöndíj rendszereivel az egyes európai államok belső jurisztokratikus erői által már kiválasztott, és kipróbált fiatal jogászok is kapnak itt lehetőséget a NGO-hálózatokhoz csatlakozásra, és ennek jogászai munkáiban részvételre a későbbiekben rövidebb-hosszabb tanulmányutak segítségével. De e mellett főként a Soros Open Society alaptványhálózatai szervezésében rendszeres konferenciák és ezek közös angolnyelvű kötetei fogják össze folyamatosan az egyetemi jogászoknak azt a körét, melyek már stabilan csatlakoztak ehhez az összeurópai jurisztokratikus szerveződéshez. Itt cseh, magyar, lengyel, román, szlovén, szlovák, román alkotmányjogászok, nemzetközi jogászok és jogfilozófusok, illetve nyugat-európaiak mint németek, hollandok, angolok és amerikaiak vesznek részt állandó jelleggel. Ahogy a globális NGO-hálózatok országokba telepített részlegeinek is vannak központi szervezői, akik ismertek már a nyilvánosság előtt is, úgy az egyes országokon belüli egyetemi jogászai kör tagjai is ismertek a szakmai közéletben, de mivel ez egy összeurópai szerveződés, így ennek központi szervezői is kiemelkedtek már. Így említeni lehet az EUI volt igazgatóját *Joseph Weilert*, aki már évtizedek óta egyik meghatározó alak az európai jurisztokrácia egyetemi elitjének szervezésében, de ugyanígy központi helyet vívott ki magának e körök szervezésében *Armin von Bogdandy* és *Georg Daly* is, mely utóbbi az európai jurisztokrácia szellemi exportjának egyik fő szervezője más kontinenseken is.

E három elem – főbírók/alkotmánybírók, NGO-jogvédő hálózat és egyetemi jogászai háttérbázis – között stabil összefonódások, személyi átfedések és cserélődések is vannak nemcsak az előbb jelzett strasbourgi emberjogi bíraskodás szintjén, hanem a egyes országokon belüli szerveződést illetően is. Például Magyarországon az induló alkotmánybírósági munkatársi gárdában egy tucat olyan tanácsdó tevékenykedett hosszú évekig, akik utólag a Soros NGO-hálózatok vezetői lettek – egyikük kifejezetten a hazai Soros-Alapítvány elnöke –, és egymást támogatva, egymást hálózatként maguk után hozva ezután több hazai egyetemre beépültek, majd átvették itt az alkotmányjogi és jogelméleti tanszékek vezetését és vezető tanári posztjait.⁴ Csak feltehető, hogy ez nem volt másképp a többi kelet-európai országban sem, és így a jurisztokratikus államszervezeti rész az általuk elfoglalt alkotmánybírói/főbírói státusokon kívül az ezek bázisát adó NGO-k és egyetemi jogászcsoportjaik háttérével tudott és tud működni. Az alkotmánybíróság előtti indítványok igen nagy részét – úgy, ahogy a strasbourgiakat is – ezek NGO-hálózatok vagy csak hozzájuk kötődő ügyvédi irodák adják be, messzemenően koordináltan, esetleg közös formanyomtatványt is használva.

4 Hogy ez a latin amerikai emberjogi bíróság (IACtHR) vonatkozásában is így van, az Alexandra Huneus tanulmánya is mutatja, aki a globális jurisztokrácia terjesztését fő feladatként maguk elé tűző neokonstitucionalisták szerepét és ide beépülésüket így írja le: „But part of epictemic communities is that their members can work across national borders and play a role in shaping international as well as domestic institutions. (...) This part shows that neoconstitutionalists have increasingly taken leadership roles on the IACtHR as judges and clerks, and that neoconstitutionalist ideas and practices have permeated the Court.” (Huneus 2016:202).

E jurisztokratikus konglomerátumot közös médiaháttér is segíti mind az egyes kelet-európai országokban, mind ezeket összeurópai szinten összekötve, átvéve a számukra fontos híreket más országokban levő szervezeteik akcióiról is. Ez ma már súlypontilag a nagy látogattságú internetes portálokat jelentik, és mintegy karmesteri karlendítésre egyszerre erősítik fel egy-egy NGO-akciójuk hatékonyságát, vagy egy-egy egyetemi emberük új tanulmányának reklámozását a szélesebb nyilvánosságban. De ugyanígy fordítva is, a velük szembekerült alkotmánybírók/főbírók vagy egyes jogászprofesszorok hiteltelenítésére, szakmai reputációjának kikezdésére koncentrált támadásokat tudnak így megszervezni.

Fontos még kitérni arra, hogy bár ennek a demokratikus szerveződéssel sok szempontból szembenálló jurisztokratikus állami szerveződésnek a központi részét az alkotmánybíróságok és más legfőbb bíróságok jelentik, ám mivel egy alkotmányozási többség elérése esetén a demokratikus szerveződés erőinek módjában áll a saját értékviláguk felé átbillenteni az itteni többséget, így ez sajátos helyzetet hozhat létre az alapvetően az amerikai balliberális erők által betelepített és működtetett európai jurisztokrácia belső viszonyaiban. Ugyanis, ha nagymértékben a balliberális politikai értékvilággal szembenálló jobboldali-konzervatív alkotmányozó kormánytöbbség tud kialakulni, akkor egy idő után ez átbillentheti az alkotmánybírói és más főbírói többséget is az új kienevezésekkel és alkotmánybíró-választásokkal. Ennek révén pedig mintegy kasztrálásra kerül a korábban köréjük szervezett balliberális NGO-hálózatuk és egyetemi jogászi hálózatuk hatékonysága is. Ez történt 2011-től fokozatosan Magyarországon, és 2015-től Lengyelországban is. Ennek révén a legnagyobb támadást kapják ezekben az országokban a részben funkciójukat veszített NGO-jogászoktól és egyetemi szellemi csoportjaiktól az „áruló”, „szakmájukat feladó” és „kormánykatona” alkotmánybírák mind az utóbbiak folyóirataiban (itthon és külföldön), mind a balliberális TV csatornákon és online médiákon. Ez azonban csak provizórikus állapot lehet, mert ha az átbillenést létrehozó kormánytöbbség átadja a helyét a jurisztokratikus szerveződéssel baráti kormányerőknek, akkor mégha annak nincs is alkotmányozó ereje, akkor is megkísérelheti ezt akár egy alkotmánypuccsal is visszafordítani, mert jurisztokrácia rendszerének fent jelzett elemei ezt tombolva fogják követelni mind itthon, mind a baráti részlegeik külföldön. Vagyis a „félbevágott” jurisztokrácia esete áll most fenn mind Magyarországon, mind Lengyelországban, ezt tisztán kell látni.

A kelet-ázsiai országokban létező alkotmánybíráskodásra áttérve azt kell szemügyre venni, hogy a Kelet-Európában megismert minták ott miként működnek vagy miben van eltérés ott ezektől. Az egyik eltérés, hogy ott nem jött létre egy összeurópai alkotmánybírásként működő emberjogi bíróság Kelet-Ázsia egészét illetően, szemben azzal, hogy például Latin Ameriába és Afrikába ezt exportálni tudták a nyugati jurisztokrácia domináns csoportjai. Így nincs az egyes államokon túl egy összefogó globális jurisztokrácia ebben a térségben. De nem lehetett arra utaló jeleket sem találni itt, hogy a globális amerikai NGO-hálózatok leányszervezetei épültek volna be ide, és azok mozognának belülről az egyes államok alkotmánybíráskodását. A fő különbség

tehát, hogy itt belső hatalmi forrásokkal rendelkező társadalmi csoportokon nyugvó jurisztokratikus szerveződésről lehet beszélni a demokratikus szerveződés mellett, és ez nem egy exportált, kívülről beépített hatalmi rendszer. Bár egy-egy NGO kivételként nyilvánvalóan lehet külső gyökerekkel rendelkező is, de rendszerszerűen ezek csak kivételeknek tűnnek itt Kelet-Ázsiában.

Ez azonban nem jelenti, hogy ne lennének külső összefüggései ezeknek a jurisztokratikus szervezéseknek, mert az indiai legfőbb bírák esetében az amerikai Supreme Court aktivista alkotmányértelmezési mintái a '60-as évekből döntőek voltak az utánzásban, vagy ugyanígy később a közérdekű perlés átvétele, és ehhez baráti, otthoni jogvédő ügyvédi irodákkal együttműködés fontosságának felismerése is az ottani tapasztalatok átvételét jelentte. Ezek azonban csak eszmei átvételek voltak belső (hatalmi) készletéből, és nem külső globális hatalmi erők általi betelepülés következményei mint az Európában volt látható. Ugyanígy a thaiföldi, taiwani és dél-koreai alkotmánybírák esetében a nagyon szoros rátapadás a német aktivista alkotmánybíráskodás mintáira és érvelési formuláira is a belső politikai erőmegoszlások következményének tekinthetők, és ez csak a demokratikus többséggel szembeni belső hatalmi potenciál kiaknázásának feltárásában játszott szerepet, és nem valami külső globális hatalmi erőnek alávétés elfogadását hozta magával.

Összességben tehát a kelet-ázsiai alkotmánybíráskodás és az erre épülő jurisztokrácia rendszere egy párhuzamos hatalmi szerveződést jelent a egyes államokon belüli demokratikus szerveződés mellett, és mintegy megduplázza a politikai hatalmi küzdelmeket. Így az állami akaratképzés is megkettőződik, és ennek révén a jogrendszer is megkettőződik, a parlamenti törvényhozással kialakított törvények mellett/felett egy alkotmányjogiasított joganyag is működik.

Áttérve a latin-amerikai országok alkotmánybíráskodására itt egy középpozíciót lehet megállapítani a kelet-európai külsőleg exportált és fenntartott jurisztokráciája és a jurisztokráciát a belső hatalmi megkettőződésre felhasználó kelet-ázsiai modell között. Az itteni államok többségében a szuperjurisztokrácia felé mentek el, élükön Kolumbiával, Braziliával, Costa Ricával és részben Mexikóval, de az USA-ból kapott folyamatos eszmei és NGO-beépülés itt végül a belső hatalmi pluralitással összefonódva a mindenkori demokratikus szerveződés mellett mint egy alternatív hatalmi út vált bevetté a demokratikus választásokon gyengébb, de máskülönben hatalmi erőforrásokkal erőforrásokkal rendelkező csoportok számára. Így itt már nemcsak a USA balliberális erőinek külső szervezése által fenntartott jurisztokrácia ez, ahogy Kelet-Európában megfigyelhető, hanem a tartós belső hatalmi kettősség kifejeződése, mint Kelet-Ázsiában láthattuk.

2. Kettős állam és a jogrendszer megduplázódása

Feltehetően az is hozzájárult, hogy tavaly nyáron komolyan elgondolkodtam Cservák Csaba már évek óta hangoztatott javaslatán, miszerint a jogrendszernek nem négy,

hanem öt jogrétege van – szemben azzal, amit én lefektettem a '80-as évek végén –, hogy akkor már nyolc éve az alkotmányt precedensjoggal konkretizáló alkotmánybírói testület tagja voltam. Ugyanis én korábban jeles német szerzők jogfelfogását szintetizálva a szövegréteg, jogdogmatikai réteg és a felsőbbbíróági precedensjogrégé mellé még odacsaptam negyediknek az akkora már az egész világon jelentőssé vált alkotmánybíráskodási döntéseket mint alapjogi réteget. Cservák Csaba ezt kezdte korrigálni, és állította már 2015-ben, hogy van még egy ötödik jogréteg, és ez az alapjogi *dogmatika* jogrétege. Egy erről szóló könyvének bemutatását végezve tavaly aztán elgondolkodtam azon, hogy lehet, mégis igaza van, és az alkotmányi dogmatikát nem lehet befogni egyszerűen a hagyományos jogági dogmatikák közé, amiért én korábban vita nélkül csak félretoltam álláspontját. De ha mostmár komolyan vettem, akkor rögtön tovább is mentem, és felöltött bennem, hogy akkor van egy hatodik is, amivel már évek óta töltöm napjaim nagy részét, és ez az alkotmánybíróági precedensek jogrétege. És mivel Ran Hirsch jurisztokrácia tézisét átvéve és továbbgondolva már 2015-ben arra jutottam, hogy az alkotmánybíráskodás bizonyos feltételek mellett megkettőzi a politikai rendszer demokráciára épülését a jurisztokráciára építéssel, így most adódott számomra, hogy itt nem igazán hat jogrétegről van szó, hanem inkább kétszer háromról. Vagyis miután az alkotmánybíráskodást most már nem tudtam le egyetlen alapjogi réteggel, hanem itt is az alkotmányi szövegréteg, az alkotmánydogmatika és az alkotmányi precedensjog hármasságát tartottam a szemem előtt, akkor rögtön feltolultak az emlékek bennem a hagyományos jogágak keserves küzdelmeiről a konkurens alkotmányos magánjoggal, az alkotmányos büntetőjoggal. Ahogy már a '80-as évek végén olvastam egy német tanulmányutamon egy német magánjogászprofesszor kifakadását az alkotmányjogi imperializmusról („verfassungsrechtliches Imperialismus”). Így a kibővített jogréteggépet most már mint a jogrendszer megduplázódását fogtam fel, melynek folyamán a hagyományos jogrendszer fölé telepített alkotmány az alkotmánybíráskodás révén már helyesebb elnevezéssel alkotmányi joggá válik fokozatosan, kibontva az alkotmányszöveg mellett az alkotmányi precedensjogot és ezekből lassanként az alkotmányi dogmatika érvelési formuláit és fogalmait is. Ez a jogduplázódás egyben mint egy primátussal rendelkező über-jogrendszer viszonyul a hagyományos jogrendszer jogrétegeihez, és explicit módon megsemmisítheti a törvényszövegréteget, félretolhatja a hagyományos jogági dogmatika megoldásait, és saját formuláit kívánja helyükre tenni, illetve ugyanígy a rendes bírósági jogértelmezést is megsemmisítheti, és helyükre parancsoló módon az alkotmánybíróági jogértelmezést rendeli. A tapasztalatok szerint ez egy folyamatos küzdelmet hoz létre a hagyományos jogrétegek hordozóival, ugymint a törvényhozással, a jogági dogmatika professzoraival és a legfelsőbb bírósági bírakkal, noha enne mértéke az egyes országokban eltérő.

Miután eddig eljutottam, szétnéztem a külföldi szakirodalomban, hogy most akkor én egy vadonatúj meglátásra jutottam-e, vagy csak megismétlem a mások által már megfogalmazott összefüggéseket. Ennek menetében rögtön felmerült, hogy amit én a jogrétegek elméletéből kiindulva most megteszek, azt a németek más név alatt már a '80-as

évektől indulóan, de különösen az ezredforduló körül megvitattak, és az alkotmányjogi jogág alkotmánybíráskodását a jogrendszer többi részével mint egyszerű joggal állították szembe. Mégha ezt explicite nem is nevezték a jogrendszer megduplázódásának, de néhány szempontból azért úgy tárgyalták. Tanulási szándékkal aztán így mint az én duplázási tézisem egy alternatív megfogalmazásán mentem végig ezen egy külön tanulmányban, mely a kötetben a III fejezetben került elhelyezésre. Jó volt látni e közben, hogy azzal, hogy én a jogot nem csak egységben tartom a szem előtt, hanem rétegekre szétbomlással, így minden egyes részletkérdésnél a jog hagyományos rétegeit az új alkotmányi jog rétegeivel tudtam ütköztetni és összehasonlítani. Így jobban a szem elé kerül, hogy mi a helyzete egy-egy jogrétegnek a hagyományos jogágakban, és miként változik meg ez a szerepe az új alkotmányi jogban. Ennek révén egy sor olyan kérdés merül fel, amit a németek alkotmányjog versus egyszerű jog szembeállítása nem tudott felvetni. (Csak utalok az erre vonatkozó első fejezetben feltárt hat lényeges különbségre a hagyományos jog jogrétegei és az alkotmányi jog rétegei között!)

Sokat lehetett tanulni azonban ebből az összehasonlításból, hisz a németeknél hozzánk képest már régebben elkezdtek az alkotmányos jogágak tanulmányozását, de azért is, mert a világ többi részén a németeket veszik alapul e téren, vagy mint elvetendő, vagy mint követendő példát. Így a alkotmányos magánjog esetében a brit és az olasz alkotmányjogiasítási szint a németek mintája alapján a magánfelek közti horizontális hatás vonatkozásában a közvetett hatás elismerése után mára jórészt átment a *közvetlen hatás* elismerése felé, míg az USA-ban ehhez képest megmaradtak egy alacsonyabb szintű alkotmányjogiasításnál. Ugyanígy az alkotmányos büntetőjog esetében a németeknél az itteni büntetőjogászprofesszorok által kidolgozott és a szinte a teljes hagyományos büntetőjog alkotmányjogiasítását megcélzó megoldásokat jó volt alapul venni ahhoz, hogy egy skálán osztályozni lehessen az egyes országokban az alkotmánybíráskodás által ténylegesen felkarolt és megvalósított alkotmányjogiasítási szintet. Így jól látható volt ebben az összehasonlításban, hogy e téren maga a német alkotmánybíráóság a 2008-as e téren hozott kulcshatározatában markáns álláspontot kifejtve teljes mértékben elutasította azt, hogy túlmenjen a büntetőjogi alkotmányi garanciák mentén történő perifériális alkotmányjogiasításon, és ugyanezt tették az USA szövetségi legfőbb bírái is, míg a kanadai Legfelsőbb Bíróság lelkesen beleállt büntetőjog teljesebb alkotmányjogiasításába. Ezek után tanulságos volt összehasonlítani a magyar alkotmánybírák '90-es években megindított büntetőjogi alkotmányjogiasítását és ennek napjainkig végbement változásait, mert kiderült, hogy akár világbajnoki címet is megkaphattak volna a magyarok a '90-es években, ha osztottak volna ilyet. Mert, amit egyetlen ország alkotmánybírói többsége sem tett meg – és a 2000-es évektől a kanadai legfőbb bírák is csak megközelítettek –, azt a frissen létrehozott hazai alkotmánybíráóság a '90-es évek elején skrupulusok nélkül megtette. Amit a német büntetőjogász professzorok otthon nem tudtak elérni, és csak álmodni tudtak az alkotmánybíráskodásba átültetésről, azt a '90-es évekbeli hazai alkotmánybírói többség hezitálás nélkül megtette, és egy sor büntetőjogi tényállást megsemmisített mint az *ultima ratio elvébe* ütközött.

Ezeket alapulvéve az összehasonlító alapú vizsgálódásaimat úgy összegeztem, hogy két fokozatot lehet elkülöníteni az egyes jogágak alkotmányjogiasításánál. Ez megállhat egy alacsonyabb foknál, amikor csak az alkotmányi garanciák körül történik meg ez, de lehetséges egy magasabb fok is, melynél a egyes hagyományos jogág anyagának és dogmatikájának egész terjedelme is elvileg átírásra kerülhet. Ez megy végbe büntetőjog területén, ha az alkotmányi büntetőjogi garanciákon túl egy általános formulát is az alkotmányos megítélés mércéjévé emelnek fel, és ehhez bármely büntetőjogi tényállást és szabályt hozzá lehet mérni, és megsemmisíteni. Ilyen általános formulaként dolgozta ki a németeknél a büntetőjogászok egy csoportja a *jogtárggyal lefedettség követelményét*, valamint az *ultima ratio* elvet, a kanadaiaknál pedig a *károkozás elvét kombinálva ezzel az arányosság elvét, vagy az egyenlőség elvét*, és ezekbe ütközönek minősítve bármely büntetőjogi előírás elvileg felülvizsgálhatóvá és megsemmisíthetővé válik az alkotmánybíráskodás folyamán. A magánjog terén pedig a magánfelek közti horizontális hatás elismerése vagy ennek tagadása az a vízvázasztó, ami eldönti az alkotmányjogiasítás fokozatát az adott országban, és ezzel a jogrendszer megduplázódásának a fokát.

Továbbhaladva a vizsgálódással e téren feltűnt számomra, hogy mióta én az 1970-es évek vége óta foglalkozom az alkotmánybíráskodás kutatásával, időközben az akkor létező három alkotmánybírárságból mára fokozatosan az egész világra kiterjedéssel már a százat is meghaladta a számuk, és ennek nagyobbik fele külön szervezett alkotmánybírárság, de az Egyesült Államok megoldása szerinti rendes felsőbbbírárságok által ellátott alkotmánybíráskodás modellje is elterjedt jónéhány országban. Itt pedig felmerült bennem *Savigny* emléke, aki az 1800-as években a franciáktól átterjedő írott jogalkotás ellen harcolva, bár reális problémákra mutatott rá, de utólag értékelve egy új joglépcső kiemelkedését akarta megakadályozni hasztalanul. Így az alkotmánybíráskodás elmúlt 40 év alatt megállíthatatlannal tűnő terjedését a szem elé kapva – mely messze túlment a Kelsen által szem előtt tartott, pusztán kereteket őrző alkotmánybíráskodáson –, felmerült most bennem, hogy talán itt is egy új, további joglépcső emelkedik ki ezzel a megduplázódással, és én kissé szélmalomharcot folytatva küzdök már majd harminc éve az aktivista alkotmánybíráskodás formuláját alkalmazva ez ellen. Ez kétségkívül roncsolja a demokráciát, roncsolja a hagyományos jogágak dogmatikai fogalmi rendjét, de talán ez egy olyan „termékeny rombolás”, mely ezt egy új, magasabb funkció vagy akár több funkció ellátása érdekében teszi, amit én eddig nem vettem figyelembe. Eddig a konkrét okokra figyeltem inkább, melyek az egyes országokban az addigi demokratikus törvényhozási dominancia helyére az alkotmánybírársági és más főbírói dominanciát tették, és ezek eléggé prózai politikai és hatalmi okok voltak, akár a belső hatalmi küzdelmeket illetően – ahogy Ran Hirschl a *Toward Juristocracy* c. 2004-es könyvében elemezte –, akár a külső nagyhatalmi nyomásokat illetően. Egy intézmény létrejöttét meghatározó okoktól ugyanis teljesen független az, hogy ez tartósan fenn tud-e maradni a történelmi folyamatok evolúciós funkcionista elmélete szerint. Kérdés tehát, hogy lehet-e ilyen tartós funkciót vagy funkciókat felmutatni az világon egyre terjedő alkotmánybíráskodás mögött?

Mivel e téren még csak az elemzés elején tartok, így csak az összeállított kötetem előszavába írtam bele két olyan funkciót, melyek ezt jelenthetik. Idézem: „Egy lehetséges tartós funkciót én abban látok, hogy a politikai törvényhozás és az ennek alárendelt miniszteri szintű jogalkotás formájában kiemelkedett tudatos jogmeghatározás az egyes emberek jogait és kötelezettségeit szükségszerűen *instrumentális metszetben* tudja csak figyelembe venni. Így az alkotmánybíráskodás az egyes jogokra és kötelezettségekre összpontosult ügyelemzése, és emellett még ezen túl is az egyes konkrét esetekre figyelő munkamódszere miatt – legalábbis a legnagyobb döntési terhét jelentő bírói döntések és ezek által használt törvényi rendelkezések alkotmányosságát vizsgáló tevékenysége közben – lehetővé teszi, hogy az instrumentális metszetben alkotott és alkalmazott jogot *az egyéni jogokra koncentrálva korrigálja*. Így a kiemelkedett új joglépcső éppúgy gazdagítani tudja az eddigi joglépcsők evolúciós adalékait, ahogy korábban a jogdogmatika is tudta a feszes logikai értelmi rend bevitelével. Vagy, miként a tudatos jogalkotás a törvényhozási politikai demokrácia bekapcsolása mellett a bírói szféra fölé emelkedve a *minisztériumi információgyűjtéssel készített törvénytervezeteivel* is gazdagította a jog rendszerét.”

Ez lenne tehát az egyik funkció, de tovább keresgélve egy ettől teljesen független másik funkció is felmerült előttem, idézem: „A törvényhozás feletti új, alkotmánybíráskodási joglépcső világ egészében elterjedtségét elemezve a tartós funkció utáni kutatás azonban adhatja azt a magyarázatot is, hogy ennek eredményeként végül is a választók millióira alapozott demokrácia az elitek jogkorrekciójával kapcsolódik össze, és él együtt vele. Így amit a felvilágosodás francia forradalmárai Rousseau néptörvényhozási eszméje alapján kiharcoltak, az a társadalmi hatalmi realitások elittagozódásával együtt tud élni. Pesszimistán szemlélve ez így a demokrácia korlátozása – amit már számtalanszor leírtak az alkotmánybíráskodás kapcsán –, de optimista szemszögből szemlélve talán ez az egyetlen út arra, hogy a tömegdemokrácia az elitek megszüntethetetlen dominanciája ellenére legalább ilyen formában fennmaradjon.”

Mindenki maga eldöntheti, hogy ezek az itt kiemelt funkciók eléggé méltányolhatók-e ahhoz, hogy az alkotmányjogiasításnak a demokráciát és a hagyományos jogági dogmatikákat roncsoló következményeit „termékeny rombolásnak” tekintse-e, és így támogatandónak, vagy sem. Vagy folytasson kutatást más legitimáló funkció után. Mindenesetre én nem sok esélyt látok arra, hogy a most már majd félévszázados fejlemények után megforduljon a trend, és *Kelsen* álmainak megfelelően pusztán a demokráciát és a hagyományos jogrendszert a garanciális keretek között tartó alkotmánybíráskodás valósuljon meg.

E funkciók jelzése még jórészt hipotézisek, és még elemzésekkel illetve mások meglátásait felhasználva kell majd alá ezeket alátámasztani. De a másodikra *Robert Bork*tól már találtam egy egész kötetben kibontott olyan elemzést, mely szinte már el is végezte ezt az alátámasztást helyettem. Idézem tőle: „A bírák az Alkotmányba új elveket beleolvasva nem mondanak semmit analitikailag ezek eredetéről, hanem csak retorikailag ábrázolják ezeket. Azonban komoly okok vannak annak feltételezésére, hogy a bíró

mindig azokat az értékeket foglalja bele az alkotmányi rendelkezésekbe, melyek azoktól a társadalmi osztályokból vagy elitektől származnak, melyekkel azonos az identitása. Egy közhelynek számít, hogy az Egyesült Államokban a morális nézetek mind regionálisan, mind a társadalmi osztályok szerint változóak. Az szintén egy közhely, hogy bizonyos elitek morális szemlélete erősebben megjelenik a kormányzat működésében, mint az olyanok, melyek a nép többségének morális nézeteivel egyeznének. Ez különösen igaz állítás a bírák által kifejezett morális nézeteket illetően. Az elitek morálja és politikai nézeteik nagyon sokszor nem képesek választást nyerni és a törvényhozási többséget irányítani. de mindazonáltal a bírákat befolyásolva mégis csak a jog meghatározóivá tudnak válni. Ez az oka annak, hogy bizonyos elitek előtt extrém módon népszerű a bírói aktivizmus, és bátorítják a bírákat erre azzal hogy ez az ő igazi hivatásuk. A törvényhozás ezzel szemben sokkal inkább a tömegek többségi morális nézeteit fejezik ki, míg a bírói aktivizmus az elit kisebbségét.⁵ Csak azt fűzhetem hozzá, hogy ezt állítom én is a jelzett funkció kiemelésével.

Összegzésem végén még az alkotmányi joggal létrejövő anomáliára szeretnék kitérni röviden, mely e megduplázódott jogi rész miatt keletkezett a hagyományos jog horizontális jogági tagozódását illetően. Ez a kontinentális európai jogrendszerekben már kb. 150 éve egyre mélyebben széttagolta jogászságot első fokon jogági jogásszá, majd csak ezután jön a második fokon a szétbomlás az egyes jogász szakmákat illetően, ugymint a bírói kar, ügyvédség, ügyészség és közigazgatási jogászság és egyetemi jogászság. Ez a második szétbomlás már nem érinti azt, hogy minden kontinentális európai jogász már a egyetemi végzése után jogági szakosodásra kényszerül, amennyiben halad előre karrierjében. A jog egészét igazán meghatározó felsőbbbíróságok bírái, egyetemi jogászprofesszorok, az ügyészi elit és az ügyvédi elit tagjai mind már egy-egy jogágra szakosodott jogászok, akik a jogrendszer más jogágaira már csak mint joghallgatói emékeikre tekintenek nosztalgiával, de ezeket évtizedek óta nem művelik. Ezzel szemben az Egyesült Államokban megmaradt a bírói kar szerveződésében a generalista bíráskodás, és tőlük kisugárzóan (ugyanis zömük egyben egyetemi jogász is, és ők képzik ki a mindenkor következő jogászgenerációkat) a jogrendszer egészben való szemlélete. Ez az, ami az európai kontinensen az utóbbi másfél évszázadban fokozatosan eltűnt, és ami miatt a specializálódva szétszakadozott jogászság és a mélyen specializálódott bírói kar csak nehezen tudja felvenni az Amerikából átszármazódott generalista alkotmánybíráskodás ellátását.

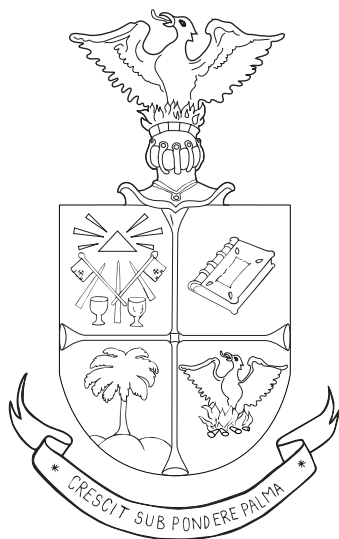
Én úgy látom, hogy a generalista alkotmánybíráskodás által előrehajtott alkotmányi jog és az elsősorban általa megvalósított jogrendszer-duplázódás megköveteli, hogy a hagyományos jogágak horizontális tagolódása mellett egy generalista jogág is elismerésre kerüljön – mintegy a többiek felett „keresztbe fekvő” –, és ennek joganyaga is bekerüljön legalább egy súlyos tantárgyként a jogászképzésbe *alkotmányi jog* elnevezés alatt. Ebből ered, hogy a régi államjoggal utóbbi évtizedekben azonosított alkotmányjogot, mint

5 Robert H. Bork: *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*. Simon and Schuster New York. 1990:17

inadekvát elnevezést el kell vetni, hisz ez az államhatalmi szervek szabályanyagát tartalmazó jogág éppúgy csak részlegesen van az alkotmányi jog által szabályozva, mint a többi jogág. Ez a hibás azonosítás mára oda vezetett nálunk, hogy ma már a vallásszabadság alkotmányos alapjogával, az alkotmányos magánjoggal, az alkotmányos büntetőjoggal és a nemzetközi alkotmányjoggal foglalkozókat is befogó alkotmányjogi tanszékek léteznek, ám az echte államjogászai szakma jórészt eltűnt, és ezek témáit egyre inkább a politológusok veszik át. Ám náluk pedig csekély a tényleges jogi tudás az összefüggések mélyebb átlátásához. Vagyis a jogágakat és a jogászképzést illető javaslatom, hogy kapja vissza az *államjog*, ami őt illette, és az *alkotmányi jog* mint egy generalista új jogág anyagába kerüljenek bele a mai, különböző alkotmányos jogági név alatt űzött tevékenységek, Szerintem ezzel a hagyományos jogágak művelői is jól járnának, mert így a ma őket sokszor belülről bomlasztó törekvések „alkotmányos” zászlók alatt ezzel kikerülnének a sáncaik közül. Igaz, hogy egyben egy felettes szintre kerülve a velük szemben primátussal rendelkező alkotmányi jog sáncai közül kiindulva új rivalizálások is létrejöhetnek. De mivel ezek ma is vannak, csak rejtettebben és kezelhetetlenül, így talán ez ebből a szempontból is megfelelőbb lenne.

**ACTA CAROLIENSIA CONVENTORUM SCIENTIARUM
IURIDICO-POLITICARUM**

A Károli Gáspár Református Egyetem állam- és jogtudományi
konferenciáinak kiadványsorozata



Szerkesztőbizottság:

DR. HOMICKÓ ÁRPÁD OLIVÉR – PROF. DR. MISKOLCZI BODNÁR PÉTER –
DR. SZUCHY RÓBERT – PROF. DR. DOMOKOS ANDREA

Sorozatszerkesztő:

DR. HOMICKÓ ÁRPÁD OLIVÉR

A SOROZATBAN MEGJELENT KÖTETEK:

I.

Recent Developments in European and Hungarian Competition Law

Edited by: András Osztovits

II.

A Brüsszel I. rendelet reformja tanulmánykötet

Szerkesztette: Osztovits András

III.

Magyarország Új Büntető Törvénykönyve

Szerkesztették: Antalóczy Péter – Deres Petronella

IV.

Eötvös Károly a védőügyvéd

Szerkesztette: Antalóczy Péter

V.

Az új munka törvénykönyve dilemmái című tudományos konferencia utókiadványa

Szerkesztette: Kun Attila

VI.

Egy új korszak hajnalán – Konferencia-kötet az új Polgári Törvénykönyv tiszteletére

Szerkesztette: Grad-Gyenge Anikó

VII.

Szociális elemek az új Ptk-ban

Szerkesztette: Grad-Gyenge Anikó

VIII.

Szabadság és felelősség / Freiheit und Verantwortung

Szerkesztette / Herausgegeben von Szabó Zsolt

IX.

„Megújulás a jogi személyek szabályozásában” – tanulmányok az új Ptk. köréből

Szerkesztették: Miskolczi Bodnár Péter – Grad-Gyenge Anikó

X.

Magyarország új büntetés-végrehajtási kódexe – Konferencia utókiadvány

Szerkesztette: Domokos Andrea

XI.

Kálvinizmus ma / Calvinism Today
Szerkesztette / Edited by: Szabó Zsolt

XII.

A tulajdonátruházás összehasonlító kereskedelmi és üzleti jogi kérdései
Szerkesztették: Erik Štenpien – Miskolczi Bodnár Péter

XIII.

250 éves a Dei delitti e delle pene – Tanulmányok Cesare Beccariáról
Szerkesztette: Tóth J. Zoltán

XIV.

Az igazságszolgáltatás büntetőjogi oltalmazása
Szerkesztette: Domokos Andrea

XV.

Technológia jog – Új globális technológiák jogi kihívásai
Szerkesztette: Tóth András

XVI.

A családon belüli erőszak büntetőjogi és társadalmi megítélése
Szerkesztette: Domokos Andrea

XVII.

Brüsszeltől – Brüsszelig
Kengyel Miklós

XVIII.

Az üzleti jog egyes modern kihívásai
Szerkesztette: Szuchy Róbert

XIX.

Az egész életen át tartó tanulás (lifelong learning) jogi keretei a munka világában, különös tekintettel a munkaviszonyra
Szerkesztette: Kun Attila

XX.

100 éves a magyar iszlámtörvény

Szerkesztették: Köbel Szilvia – Tóth J. Zoltán

XXI.

Sérelemdíj

Szalma József

XXII.

Egyes modern technológiák etikai, jogi és szabályozási kihívásai

Szerkesztette: Homicskó Árpád Olivér

XXIII.

5 éves a Büntető Törvénykönyv

Szerkesztette: Domokos Andrea

XXIV.

Alkotmánybíráskodás és népszuverenitás

Írták: Tóth J. Zoltán – Ouk Varinic

XXV.

Technológiai kihívások az egyes jogterületeken

Szerkesztette: Homicskó Árpád Olivér

XXVI.

Gazdaság és Jog

Szerkesztették: Miskolczi Bodnár Péter – Kun Attila – Boóc Ádám

XXVII.

Ipar 4.0

Szerkesztették: Homicskó Árpád Olivér – Lóth László – Kovács Róbert

XVIII.

Az egyházi intézmények működtetésének etikai alapjai

Szerkesztették: Birher Nándor – Homicskó Árpád Olivér

XIX.

A digitalizáció hatása az egyes jogterületeken

Szerkesztette: Homicskó Árpád Olivér