Sajó András

A JOGÁLLAMISÁG HELYREÁLLÍTÁSA

„hecha la ley, hecha la trampa" (csináld meg a törvényt, aztán kerüld meg).[1]

„[…]. *kormányzatok nagymértékű megváltoztatásának esetében a formáknak utat kell engedniük a tartalom előtt,* [mert] *ilyen esetekben a formákhoz való merev ragaszkodás formálissá és jelentéktelenné tenné a nép transzcendens és becses jogát a kormányzatuk eltörlésére vagy megváltoztatására úgy, ahogy biztonságuk és boldogságuk szempontjából legeredményesebbnek tűnik számukra"*[2]

BEVEZETÉS

A joguralom[3] a hatalom önkénye ellen véd. Érték, valami jónak a fogalma. De, ami *in abstracto* E. P. Thompson híres és vitatott megállapítása szerint „feltétlen emberi jó", az ellentmondásossá válhat az ezen jó nevében megvalósuló társadalmi és jogi gyakorlatban.[4] A jogállam – jogászok esetében feltétlenül szükséges – tisztelete és a politikusok gyakran képmutató helyeslése nem homályosíthatja el azt a tényt, hogy mint minden emberi intézmény, a joguralom is tökéletlen, ellentmondásos, és van egy igen sötét oldala.

A jogtudományban uralkodó reflektálatlan felfogás számára az, hogy a joguralomnak határai vannak, szinte irrelevánsnak számít. Visszaélések a jogállam leple alatt és nevében természetesen előfordulhatnak, de nem rendszerszintűek, nem tartoznak a joguralomra épülő demokráciákhoz. A jogállamiságot alapvetően a „tiszteletreméltó" demokráciákban szokásosnak vélt „normális" körülmények között értelmezik. Itt a joguralom megsértése szinte automatikusan hatékony korrekciós mechanizmusokat indít el; az ilyen jogsértések továbbra is kivételesek. A joguralom azonban még ezekben a boldog országokban is sebezhető.

Ami a demokráciától távolodó országokban történik, azt sokáig nem észlelte a jogtudomány, mivel csak a törvényi formalitásokkal foglalkozott. Eközben a joguralom puszta lepellé, a hatalom megragadásának és állandósított megtartásának eszközévé vált, ám ez továbbra is perifériku és helyi kérdés a magas elmélet számára. A joggal visszaélés azonban, ami a perifériku illiberális rendszerekben általánossá vált, a joguralom eredendő sebezhetőségére utal, és a jogállamisággal összetartott Európai Unió számára is egyre inkább gondot okoz.

Az alábbiakban a jogállamiság-fogalom rugalmasságának a kérdésével foglalkozom. Azt állítom, hogy a Magyarországon is jelen levő legalista jogállamfogalom, mely a jogbiztonságra hivatkozva ragaszkodik a formai legalitáshoz, és a joguralom elveinek abszolút, kategorikus értelmet tulajdonít, figyelmen kívül hagyja a joguralom belső moralitását, valamint azokat az elfogadott értelmezéseket és azt a gyakorlatot, ami a jogállamiságot megóvja attól, hogy az igazságtalanság védőpajzsa legyen. Ezt a gazdagabb joguralom-felfogást a jogállam helyreállítása összefüggésében vizsgálom, szembenállítva azt a legalizmus *status quo*-erősítő szellemi munkálkodásával. A jogállam helyreállításához szükséges alkotmányozáson és Alaptörvény-módosításon kívüli törvényhozás problémáit csak a rugalmas, értékelvű jogállamiság-felfogás szempontjából érintem.

Ahol a joguralom akadályozza a társadalmi igazságosság érvényesülését és a jogállamiság helyreállítását, ott a joguralom saját börtönőrévé válik. A jogállam nevében menlevelet kapnak a jogtalanságok haszonélvezői. Ez a demokratikus átmenetek jól ismert problémája a Franco utáni Spanyolországtól az 1988 utáni Chiléig. A számos friss példa közt említhetjük Örményország gondjait 2021-ben, amikor népszavazással szerettek volna megszabadulni a politikailag kompromittálódott alkotmánybíróságuktól.

A modern (luhmanni értelemben: relatíve elkülönült) jogrendszer „természetes" logikai igénye, hogy saját szabályaival, intézményeivel határozza meg saját érvényességét. Egy bizonyos ponton azonban ez az önreferencia körkörössé válik. Ezért nehéz a (sokak szerint) joguralmat sértő alkotmányos rendszerben a jogállamiság helyreállítása, és ezért ellentmondásos a törvényességén alapuló legitimitás szerepe a helyreállításban.[5]

Amikor a jogállam mibenlétével és ennek kapcsán a helyreállításával kapcsolatos jogállami lehetőségekkel foglalkozunk, bizonyos fokig elfogadunk egy szemléleti, megközelítési korlátot, egy olyan perspektívát, ami a megértést és a megoldást is torzítja. Amikor a jogállamiság eróziójáról és ennek megszüntetéséről értekezünk, elfeledkezünk arról, hogy egy alapvetően politikai problémát kellene kezelni, mivel az illiberális demokráciák elégtelen demokráciateljesítménye és illiberalizmusa az, amivel a társadalom egy része elégedetlen.

A joguralom helyreállításáról szóló vita meglehetősen steril, nem a lényegi problémáról szól. Jogi lehetőségekről vitatkozunk, holott a demokrácia elsíbolásáról van szó. Az EU azonban jogállamisági kérdésként tárgyalja a demokrácia sorsát, és ez a megközelítés, ez a nyelvhasználat meghatározza a probléma hazai felfogását is. Ennek a problématranszponálásnak persze jó oka van, ezzel a jogásziasítással kerülik el a politikai konfliktust, amit a pártosságra hivatkozva könnyű delegitimálni egy antipolitikus, populista világban. A jellegzetesen politikai forró krumplit joguralmi feltételekbe csomagolják, és a bírák kezébe nyomják, akiknek jogi szempontból kell értékelniük azt, ami valójában politikai. Ez nem meglepő, mivel a joguralom egyik fő funkciója a politikai konfliktusok elrejtése. A konfliktusok éppen a joguralom révén válnak (szerencsés esetben) kezelhetővé. Hogy a demokrácia eróziója, ami a jogállami formák meghamisítása révén zajlik, visszafordítható-e jogászi feladatként, az kétséges, de pillanatnyilag ebben az értelmezési keretben jelenik meg a probléma.

Bár a joguralom valóban eltorzult, ez nem tűnik nagy problémának Magyarországon. Más uniós országok közvéleményével összevetve a magyarok a jogállamiság állapotával elégedettebek közé tartoznak.[6] Azok, akik a Magyarországról szóló 2021-es uniós jogállamisági jelentést olvassák, talán meg is lepődnek azon, hogy Magyarországnak miért is kellene helyreállítania a joguralmat. A jelentés szerint Magyarországnak mindössze annyit kell tennie, hogy „formálisan megerősíti a független Nemzeti Bírói Tanács hatáskörét, hogy az ellensúlyozhassa az Országos Bírósági Hivatal elnökének hatáskörét". Ami az ügyészséget illeti, az egyetlen viszonylag fontos javaslat az, hogy „olyan helyzetekben, amikor egy magasabb beosztású ügyész átveszi az ügyet egy alárendelt ügyésztől, szigorú kritériumok alapján kell eljárnia, és [...] az ilyen döntéseket írásban kell indokolni". Mintha nagy gond lenne ilyen igazolásokat előállítani, utalva például az ügy összetettségére vagy különleges szakértelem szükségességére stb. Mindezt a joguralom nagyobb dicsőségére. Az ügyészség teljes függősége még csak nem is szerepel a Bizottság jelentésében. Valószínűleg azért, mert a szovjet típusú hierarchikus alárendeltség továbbra is bírálhatatlan, lévén, hogy számos „mértékadó" demokráciában is ezt a megoldást alkalmazzák, bár az folyamatosan problémákat okoz. Az Alkotmánybíróság működését pedig egyenesen a kormányzati kihágások ellenszereként említik. Ennyit a jogállami elemzés erejéről.

A JOGURALOM MINT A JOGÁLLAM HELYREÁLLÍTÁSÁNAK AKADÁLYA

Miféle lehetősége van a jogállam helyreállításának a joguralom eltérő jelentései tükrében

A megválaszolandó gyakorlati kérdés, ami *itt és most* felveti a jogállam mibenlétének teoretikus problémáját, a következő: tartalmaz-e a joguralom a saját újjáépítésére vonatkozó előírásokat, elveket? Ha nem, akkor vajon igaz-e az, hogy a legalitás a jogállam helyreállításának akadálya, olyan elv, ami az illiberális demokráciák haszonélvezőinek a védelmét szolgálja? A helyreállító alkotmányosság paradoxona – alkotmánymódosítási és alkotmányozási lehetőség hiányában – abban áll, hogy véget kellene vetnie a törvényben rögzült múlt tisztességtelen befolyásának, de a múlt miatt korlátozott eszközei vannak a felszabadításra. Nem állítom, hogy egy esetleges ellenzéki választási győzelem esetén nem kerülhet sor jogállami restaurációra, de a helyreállítás nagyon eltérő minőségű jogállamot eredményezhet. Működhet ez a jogállam az örökölt formális keretek közt, kizárólag a jövőben létrejövő jogviszonyok tekintetében, vagy működhet úgy, ismét csak a jövőbeli viszonyok tekintetében, hogy megkísérli kizárni a korábban méltánytalanul (bár látszólag törvényesen) szerzett hatalom érvényesülését. Végül ismét más minőségű lenne az a jogállam, amelyik visszamenőleg is megkísérli felszámolni a törvénytelenséget és a törvényesített visszaélést.

Az illiberális demokráciák mint plebiszcitárius rezsimek ragaszkodnak ahhoz, hogy fenntartsák a (nem túl tisztességes) választásokat, mint a hatalom forrását. Igaz, a választás egyre inkább plebiszcitárius érzelemnyilvánításként működik. Mindenesetre még fennáll annak a lehetősége, hogy a győztes ellenzék lehetőséget kapjon a joguralom helyreállítására vagy újjáépítésére. Helyreállításról beszélünk, ha a jogállamiság visszatér a korábbi *status quo*-hoz; az újjáépítés az a folyamat, amelyben a korábbi jogállamisági rendszer nagyon kevés intézményi vagy emberi eleme áll rendelkezésre, és a jogállamiságot teljességgel

újjá kell építeni. A helyreállítással ellentétben, ahol a jogállami rendszer meglévő elemei rendelkezésre állnak, de javításra szorulnak, az újjáépítés megköveteli az öröklött intézmények félretételét. A jogállamiság visszaállítása esetén a jogállamiság elemei (bíróságok, szabályhoz kötött közigazgatás, a jogállamiság, valamint az alkotmányosság fontosságába vetett közös hit mint a jogászokat – sőt, a társadalom széles rétegeit is – motiváló eszmék) még működnek.

A probléma az, hogy az illiberális rezsimek – a lojalistákkal teli alkotmányos intézmények segítségével – bebetonozták hatalmukat az alkotmányba, a sarkalatos törvényekbe. Nehéz, sőt, lehetetlen jóvátenni az anyagi igazságtalanságot (közkeletűbb nevén harácsolást és mellőzést), ha betartják a törvényesség követelményeit. A rezsim bukása után az alkotmányos és más intézmények továbbra is az eredeti program szerint működnek, bár az ezeket kialakító, a vezetőknek megbízást adó államvezetés elvesztette formális befolyását. Különösen az alkotmánybíróságok, illetve a fegyveres erők szoktak ilyen zárványként működni. Az alkotmányosan bebetonozott, öröklött intézmények „az önfenntartás eszközeiként" működnek a *ci devant* rezsim javára. Ilyen körülmények között azzal érvelnek, hogy ahol a „vétópont nem optimális […] ott egy […] ambiciózus reformprogrammal rendelkező párt jóhiszeműen megpróbálhatja új személyzettel feltölteni a vétópont-intézményeket, vagy megkerülheti ezeket".[7] A jogi pozitivisták elutasítják ezt az álláspontot, azt állítva, hogy a joguralmat nem lehet olyan eszközökkel helyreállítani, amelyek ellentétesek a jogállamisággal. Az ilyen kísérletek – még akkor is, ha azt ígérik, hogy a kivételes megoldások csak az átmeneti időszakra vonatkoznak – könnyen állandósíthatják a visszaélést, és a végén nem lesz különbség a régi és az új rezsim között.[8]

A joguralom fegyelmező ereje megbabonázza a jogi elmét, és megbénítja a tisztességre törekvők gondolkodását. A merev, mechanikus jogállamisághoz való ragaszkodás, a jogi elme egyszerűsítései (a „komplexitás redukálása"[9]) hatására a joguralom lényege, az önkényes hatalom megelőzése vagy mérséklése nem fog érvényesülni: a törvény formái és formalitásai a joguralom által megakadályozni kívánt önkényesség fenntartójává válnak. A joguralomhoz való ragaszkodás egy igazságtalan, despotikus jogrendszerben csak növeli és állandósítja az igazságtalanságot, ismét bizonyítva Cicero igazát: *summum ius summa iniuria.*

Az Európai Unió egyes intézményei és az illiberális rezsimekkel szemben álló ellenzékiek, valamint a szakemberek úgy vélik, hogy a joguralom néhány keleti tagországban erodálódott, és ezeken a helyeken a jogállamiság helyreállítására van szükség. Ezek a követelések éppen a joguralom elvei és a jogállamiság érvényesítésére létrehozott alkotmányos intézmények félelmetes akadályába ütköznek. A joguralom nem mesebeli fehér lovag: a jogállam előírásai nem minden esetben működnek a demokrácia, a méltányosság és az alkotmányosság javára. A törvényesség, a szerzett jogok védelme például a hatalmon lévők oldalán áll, függetlenül a hatalmasok erényeitől. Igaz, a hatalmasok és az államhatalom mindenkori védelme a jogállamiság jegyében egy fausti egyezség eredménye: a jogi formák betartói azért védettek, mert elfogadták, hogy a formák eleve korlátozni fogják az önkényüket. Az állam csak az adott korlátokat betartva szúrhat ki a polgáraival, és ahol demokrácia van, ott esély van arra, hogy a kiszúrási lehetőségeket a demokratikusan megalkotott jogszabályokkal jelentősen visszaszorítsák.

El kell ismerni, hogy az alkotmányos feltámadás szinte lehetetlen a merev, legalista jogállamiság-elképzelés feltételezései és sztenderdjei szerint. Ez nem csoda, mert sokan úgy vélik, hogy „a „jogállamiság" – mint az eljárási normák betartása – szisztematikusan arra való, hogy meghiúsítsa a demokratikus vágyakat és célokat".[10] Ha a jogállami elveket valamiféle merev szabályrendszernek tekintjük, akkor szinte lehetetlen lesz az adott alkotmányos keretek közt a teljes jogállami restauráció.

Az alábbiakban azt kívánjuk igazolni, hogy ez a merevség leegyszerűsítő tévedés, mi több, az úgynevezett jogállami elvek és szabályok nem homogének, nem is egyjelentésűek. Ellentmondások feszülnek köztük, és ezért a jogállami elvek többféle megoldást is igazolhatóvá tesznek. A jogállami követelmények versenyeznek: a joguralom eltérő körülmények közt eltérő megoldásokat enged meg. A különböző versengő elvek és szabályok közt mindenkor az felel meg a jogállamiság-ideálnak, amelyik az önkényt az adott helyzetben inkább mérsékli.

Csak a joguralom robusztusabb, kevésbé formalista megértése tárhatja fel azokat a mögöttes problémákat, amelyeket éppen a csalással működtetett joguralom rejt el.

A bénító jogi formalizmus elleni küzdelemhez olyan elméletre (és gyakorlatra) van szükség, amely semlegesíti ezt az önpusztító potenciált. Egy kritikai jogállamfelfogás elfogadja, hogy a joguralom követelményeinek formális kielégítése nem garancia az örökölt elfogultságok felszámolására. Egy kritikai jogállamfelfogás tiszteli a jogállamiságot, de nem akadályozza, hanem elősegíti, hogy az elvesztett választások sírján túlról tovább uralkodjon az illiberális rezsim, a joguralom által állandósított intézményeknek köszönhetően. A szakmai félretájékoztatással ellentétben a joguralom nem zárja ki az ilyen helyze-

tekkel szembeni kivételes jogorvoslatokat. A joguralmi sztenderdek[11] nem abszolútak, hanem feltételhez kötöttek. A jogállam önkorrekciós mechanizmusokkal rendelkezik, ami lehetővé teszi a szokásos sztenderdektől való korlátozott eltérést a helyreállítás érdekében. A jogállamiság sem öngyilkossági szerződés.

A restauráció problémája az illiberális demokráciákban

„*La legalité nous tue.*" („A törvényesség megöl minket.") Ez a mondás Odilon Barrot-tól, Napóleon elnök miniszterelnökétől származik. A megjegyzés 1849. január 29-én hangzott el, a szükségállapot bevezetésének igazolására, a bal- és jobboldali szélsőségek elleni küzdelem lehetővé tételére.[12]

Illiberális rezsimek békés (választási) bukása után az új kormánynak általában nincs többsége ahhoz, hogy megváltoztassa a múlt erőinek hatalmát *de facto* védő szabályokat. Magyarországon az alkotmányos rend és haszonélvezői iránti intézményi hűséget erősítik a csak minősített többséggel megváltoztatható szabályok. Az intézmények élére kinevezettek, illetve választottak elmozdíthatatlanságát is minősített törvények védik, az elmozdítás minősített többséget kíván, vagy olyan személyektől függ, akik szintén a fideszes többség elmozdíthatatlan kiválasztottjai. Nem ismeretlen ez a probléma az alkotmánytörténetben. Amikor Pinochet-ből az 1988-as népszavazást követően nem lehetett újra elnök, majd Chile élére az elnöki székbe a demokratikusan választott reformer Alwyn került, az új többségnek el kellett fogadnia azokat az alkotmányba rögzített autoriter zárványokat, amelyek a hadsereg befolyását biztosították. Feltételezve, hogy a jelenlegi lengyel vagy magyar ellenzék megnyeri a következő választásokat, és feltételezve azt is, hogy hiányozni fog az alkotmánymódosításhoz (és Magyarországon mintegy harmincöt sarkalatos törvény módosításához) szükséges szupertöbbség, a korábban kialakított zárványok tovább fognak élni. De talán nem is zárványról kell itt beszélni, hiszen ez az intézményi struktúra háborgó tengerként ostromolja majd a demokratikus, liberális szigeteket. Nemcsak alaptörvényileg védett intézmények lehetnek ilyen zárványok, hanem a zárványintézményeket irányító személyek is. A parlamenti többségnek ilyen helyzetekben általában nincs alkotmányos hatalma az olyan vétópontok kiiktatására, mint az alkotmánybíróságok vagy a médiatanácsok, amelyeknek tagjai minden valószínűség szerint elkötelezettek az őket kinevező többség iránt.[13] (Feltételezett opportunizmusra nem lehet alkotmányos helyreállítást építeni.) Még ha a magyar Alkotmánybíróság szimpatizálna is a helyreállítás gondolatával, akkor is kötné az Alaptörvény: nincs választása, alkotmányellenesnek kellene nyilvánítania minden sarkalatos törvényt érintő módosítást, amelyet minősített többség nélkül fogadtak el.

A jogszerűség, a joguralomnak ez a kulcsfontosságú eleme, a jogállam helyreállításának akadályává válik, mivel a legalitás megköveteli, hogy a hatóságok a törvény által előírt módon, a törvény által előírt eljárásban járjanak el. Például az elévülési idő, *a nullum crimen* elve, a személyiségi jogokkal kapcsolatos aggályok szintén akadályozzák egy új politikai és jogrendszer kiépítését.

Figyelmen kívül hagyva a joguralmat vagy kihasználva annak rugalmasságát?

Nincsenek világos normáink annak értékelésére, hogy rendkívüli körülmények között mód van-e a jogállamiság elemeinek (különösen a jogállamiság formális jogszerűségének) az átértelmezésére, és nincs világos szabványunk arra sem, hogy a *joguralom formális* diktátumait mikor lehet figyelmen kívül hagyni, és *milyen mértékben*. Más szóval: létezhet-e egy jogállamhelyreállító kivételes állapot?

A kivételességre hivatkozás veszélyei közismertek. A jakobinus uralom napjai révén vált meghatározó alkotmányos tapasztalattá. Hogy egy jelenkori példával éljünk, Ecuadorban egy már meglévő hatalmi szervet új hatáskörökkel tömtek ki, és az alkotmányreformhoz kapcsolódó felhatalmazás alapján ez a minden korlátozás nélküli szerv gátlástalan tisztogatásokat hajtott végre az adminisztrációban.[14]

Igazolják-e ezek a szomorú végű példák a merev pozitivista formalizmust? Hogy a napjainkban sokat emlegetett kérdést ismételjem: helyénvaló-e jogszabályt alkotni az alkotmányban meghatározott formális eljárási szabályok figyelmen kívül hagyásával, ha a szabály – szakmailag igazoltan – nem a jogállamiságot és az igazságosságot szolgálja? Helyénvaló-e továbbá a jelenlegi illiberális jogrendszer formai követelményeinek megkerülésével próbálkozni, ahogy ez a jogrendszer is csűrés-csavarással készült? „Al Capone-trükköket" kell-e használni az öröklött rendszer jogállami tiszteletlensége helyett?[15] Szeget szeggel? El kell fogadni a törvényesség diktátumát, még ha az igazságtalan is, és az elnyomást szentesíti? Mondhatni persze, hogy a joguralom már csak ilyen, a fennálló *status quo*-t konzerválja; vagyis, ha szelídíti is az önkényt, mégis a hatalom eszköze.

A szigorú legalisták válasza a legalitás félretételével kapcsolatos kérdésre határozott, hangos NEM! A magyar jogászok – talán az aforisztikus egyszerűség

bűvöletében – szeretik visszhangozni az első Alkotmánybíróság egyik büszke axiómáját: „Jogállamot nem lehet a jogállam ellenében megvalósítani."[16] A legalisták ezt az 1992-es álláspontot követik, mely nem engedte, hogy a rendszerváltás sajátosságaira tekintettel eltérjenek attól, amit valamiért abszolút jogállami követelménynek véltek. Magabiztosan, mint magától értetődőt nyilatkoztatták ki, hogy a még el nem évült bűncselekmények törvényi elévülési idejének meghosszabbítása alkotmányellenes, összekeverve a bűnelkövető anyagi jogi jogbiztonsági igényét egy eljárásjogi kérdéssel. (Mintha a bűnelkövető a jogbiztonság jegyében elvárhatná, hogy ha hosszú ideig nem kapták el, már ne is lehessen megbüntetni.) Az, hogy számos országban és az Emberi Jogok Európai Bírósága szerint ez egyáltalán nem ilyen egyszerű, továbbá az, hogy az önamnesztia nem amnesztia (márpedig a büntető hatalom szisztematikus nem érvényesítése a kommunizmus alatt megfelelt ennek), arról hallgatott a határozat. Hogy mégis, miért, milyen kényszerítő okból kell ennek így lennie, arra nem volt válasz, azon túl, hogy a materiális igazságosság másodlagos. (Egyébként még ez az 1992-es határozat sem annyira kategorikus, mint ma hiszik: csak „a jogállam alapvető biztosítékait" nem lehet félretenni a történelmi helyzetre tekintettel.) Az Alkotmánybíróság szerint a jogbiztonság alapvető biztosítéka a szent jogállamnak. Ismétlem, egyáltalán nem magától értetődő, hogy mi következik a jogbiztonságból. Meglevő jogviszonyokba beleavatkozhat a törvény, törvényes várakozásokat eltiporhat, ám ugyanezen alkotmánybíróság szerint ez összefért a jogbiztonsággal. A jogbiztonság valójában egyáltalán nem kényszerítően abszolút, egyértelmű megoldást eredményező elv.

Az Alkotmánybíróság az elévüléssel megszerzett büntethetetlenségről beszélt, miközben az ügy a *még el nem évült* bűncselekmények elévülési idejének a meghosszabbításáról szólt. Az ilyen, csúsztatásokkal teli, elviségnek vélt merevség jellemzi a mai legalista felfogást is. Tekintsünk itt el a büntetőjogtól, ahol a sérelmek szülte érzelmek valóban könnyen túlléphetnek azon, ami az anyagi igazságossághoz nélkülözhetetlen. De a polgári jogban egyáltalán nem szokatlan, hogy a jogérvényesítés objektív akadálya miatt a törvényhozó maga is meghosszabbítja az elévülést.

Ennek az 1991-92-ben kialakult és rögzült patetikus felfogásnak[17] a következménye, hogy a mélyen igazságtalan *status quo* védett lesz, s csak a jövőre nézve képzelhető jogállamiság: az elkövetőket nem büntetik, az illegálisan megszerzett vagyont nem adják, illetve nem követelhetik vissza, stb. Ha ezt a logikát alkalmazzuk, felvetődik a következő kérdés: miért esne a szerzett jogok körébe az az engedély, amelyet olyan rendszerben adnak ki, amely elfogultan a párthíveket részesítette tisztességtelen előnyben? Erre az a válasz, hogy az engedély kiadásakor hatályban lévő, éppen erre a célra elfogadott, pártosan elfogult törvényeket nem sértették meg azok, akik megkapták az új trafik- vagy játékkaszinó-engedélyeket. Ám a jogbiztonság csak a lezárt jogviszonyok biztonságáról szólhat. Tehát megtartható (ebben a logikában), amit eddig szereztek. De a jövőre nézve nincs jogbiztonsági probléma, nincs visszaható hatály – csak a jövőre nézve veszti érvényességét a felhatalmazás, például koncesszió. A koncesszió jogosultja okkal remélte, hogy a koncesszió az engedélyben foglalt ideig fennmarad. Okkal remélte, de nem joggal. Ha az engedély mögött turpisság volt, nem remélhető joggal, hogy a turpisság kiderülése után a várakozása jogos várakozás lesz. (Az ilyen „várományoknak" egyébként sincs teljes védettsége. A becsületes nyugdíjfizető sem kap majd egy fix összeget, bármit ígérjen a törvény. Ez is belefér a jogbiztonságba.)

A rendszerváltáskori és a mai legalista merevség közt fontos különbség mutatkozik. Igaz, a rendszerváltás előtti jogtalanság esetenként sokkal súlyosabb volt, mint amit az illiberális rezsim produkált. Magyarországon még a kommunista idők rendszerszintű jogtiprása – szemben például Csehországgal és más összefüggésben Németországgal – sem volt elég a jogállami elvek rugalmas értelmezéséhez. Ha pedig az önkényuralom törvényeihez is ragaszkodni kellett a jogbiztonság nevében, akkor ugyan milyen alapon lehetne a jogállamiságot rugalmasan értelmezni a NER pszeudotörvényességének lebontásakor? A szocialista törvényességnek nevezett, szabályozott önkényuralom hagyatékát csak legális úton lehetett felszámolni. Van azonban egy lényeges különbség. 1989 után a korábbi, tartalmában jogsértő, nem jogállami jogrendszer továbbélésének nem volt jogi, alkotmányos esélye, nem volt intézmény, ami fenntartotta volna a korábbi jogtalanságot. Ugyanezt nem mondhatjuk el az Alaptörvény által teremtett rendszerről, mely a csalás jogrendjét és ezzel egy társadalmi csoport kizárólagos uralmát hivatott fenntartani az államéletben. Feltételezhető, hogy amikor a rendszerváltás hajnalán az Alkotmánybíróság a jogállami abszolutizmust képviselte, ezzel azt a hallgatólagos egyezséget érvényesítette, ami a békés átmenet feltétele volt. De a jelen pillanatban az illiberális rezsimmel nem látszik semmiféle elfogadható egyezség a *status quo* akár csak részleges felszámolására. Csak ennek az illiberális jogkijátszásnak a diktátuma szerinti jogélet folytatódhat. Mondogatják ugyan, hogy feles törvényekkel sok mindent lehetne tenni, csak éppen semmi lényeges bizonyítékkal nem szol-

gálnak erre. Aminthogy azt se valószínűsítik, hogy a megfelelően kialakított, megfelelő emberekkel telerakott intézmények nem fognak élni törvényesített vétójukkal.

A leegyszerűsített jogállami maxima arra készteti híveit, hogy elfelejtsék, milyen nehéz előre látni, hogy miféle jogviszonyok és hatalmi helyzetek továbbélését teszi lehetővé a jogbiztonság. Megfelelő lépések nélkül, ha minden megy tovább, tovább működnek az áljogállami mechanizmusok, a törvények védelmében, olyan jogfelfogás, törvényértelmezés, precedensek segítségével, ahol a csűrés-csavarás jogszerű, és a ravaszkodás a jogi bölcsesség csúcsa.

A merev jogbiztonság-felfogással szemben emlékeztetnünk kell arra, hogy az EJEB és az EUB értelmezése szerint a joguralom nem kategorikusan abszolutista. A joguralom elvei rugalmasabbak, mint ezt a karrierje elején járó Alkotmánybíróság vélte.

Kétségtelen azonban, hogy a jogállam radikális helyreállításának akadályai – mint a törvényesség elve (a hatóság csak törvényi felhatalmazás alapján és abban foglalt eljárási rend szerint cselekedhet) vagy az igazságszolgáltatás függetlenségét biztosító bírói elmozdíthatatlanság – alapvető társadalmi-jogi értékek. (Tekintsünk el attól, hogy nyertek már akadálylovaglást úgy is, hogy levertek bizonyos rudakat. A mi problémánk az, hogy a szervezők a díjugratáshoz olyan magasra emelték az akadályon a gerendát, hogy lovas hiba nélkül nem mehet végig a pályán – és ezek után a szervezők kijelentik, hogy mindenkit ki kell zárni, aki hibázott.[18])

Magyarországon az Alaptörvény számos szabályozási területen megfosztja a megválasztott népképviseleti többséget a törvényhozás lehetőségétől. Létezik-e – az Alkotmánybíróság idézett, differenciálatlan és kategorikus álláspontjától eltérően – jogállam-helyreállítási kivételesség, restaurációs rendkívüli állapot? Természetesen nem zárhatjuk ki azt a lehetőséget, hogy a differenciálatlan, feltétlen jogbiztonság-felfogás (-mítosz) mindent egybevetve jobban működik az önkény ellenében, mint bármely más, eltérést engedő felfogás. Az elemzés eredménye nyilván attól is függ, hogy mit értünk jogállamiságon, illetve attól, hogy az alkotmányosság más értékeire miként hat egy merev vagy egy rugalmas felfogás, és végül, hogy miként illeszkednek a jogra vonatkozó versengő felfogások más társadalmi értékekhez és realitásokhoz. Ezek a kérdések megkerülhetetlenek, de ebben a dolgozatban értelemszerűen csak az első kérdéskörrel foglalkozunk: eleve rugalmas-e a jogállamiság elvárásrendszere, illetve (ha ez a rugalmasság nem elegendő a jogbitorlás felszámolására) lehetséges-e egy átmeneti, rendkívüli restaurációs jogállami cselekvésrendszer, miben állna ez, melyek a határai, és milyen biztosítékok esetén mondható, hogy nem fenyeget a restaurációs eltérések, a helyreállítási kivételesség állandósulása. (Nem foglalkozunk azzal az alattomosan lopakodva terjedő álláspontttal, miszerint a jogállamot nem is érte különösebb sérelem, hiszen a kétségtelen hibák – amelyek mindenütt előfordulnak – nem rendszerszintűek, azokkal egész jól el lehet élni, és el is vagyunk azokkal, elvégre mégiscsak megfelelnek a demokratikusan megerősített nemzeti érdekeknek.)

Mielőtt megvizsgálnánk, hogy alkalmazható-e valamiféle kivételesség a jogállami helyreállításban, egy fontos különbségre kell utalnunk – ez a különbségtétel hiányzik a legalisták érveléséből. El kell választanunk a jogállami helyreállítást a helyreállítás átfogó formájától, az új alkotmány elfogadásától. Az Alaptörvény szerint csak a parlament hozhat új alaptörvényt (illetve módosíthatja azt). Tekintsünk el attól, hogy az Alaptörvény csak alaptörvényről beszél, tehát a NER-jogértelmezés szellemében akár azt is mondhatnánk, hogy ha a nép új alkotmányt akar, és nem új alaptörvényt, arra az alaptörvényre vonatkozó szabály nem vonatkozik – tartalmilag egyébként ez védhető álláspont, lásd alább.

A legalista felfogás szerint a törvényes (kétharmados) eljárásra vonatkozó abszolút követelmény az Alaptörvényt esetleg felváltó legfelsőbb normára is vonatkozik. Eleinte még arról is „megfeledkeztek", hogy pont a legjelentősebb alkotmányok a fennálló eljárási szabályok félretételével születtek. Az alkotmányok esetében a törvényességi érv az alkotmányossági elméletben nem meghatározó: az alkotmányos kérdések – és különösen az alkotmányalkotás – kiemelkedően politikai és társadalmi jellegű aktus, jóllehet, a normatív és a jogi-intézményi szempontok, az eljárásrend is fontos szerepet játszanak a legitimitás kialakulásában. Másfelől pragmatikus megfontolások – például a társadalmi béke szükségessége – akár elvtelen, sőt, piszkos kompromisszumokat is igazolnak. Az az igazság, hogy a normatív alkotmányos megfontolások, az eljárási rendre vonatkozó legalista doktrínák sem olyan végső érvek, amelyek az alkotmányalkotásban irányadók lennének – vagy normatív alapon követni kellene ezeket. Az alkotmány megalkotása normatív szempontból, a demokratikus alkotmányosság elvei szempontjából alapvetően a népszuverenitás autentikus kinyilvánítása miatt lesz legitim.

Kétségtelen, hogy itt és most egy új alkotmány adná az egyértelmű, leginkább jogállami megoldást a jogállami restauráció számára. Alkotmányelméleti szempontból az Alaptörvény, a jelenleg központi szabályozó funkciót betöltő alapnorma az államhatalmat a demokratikus választások eredményétől füg-

getlenül egy meghatározott csoportnak biztosítja (játszotta át). Nem felel meg a liberális alkotmányosság, különösen a liberális demokrácia fogalmának, mi több, nem felel meg az Alaptörvény kinyilvánított elveinek, mert a kizárólagos hatalomgyakorlás eszköze. Tartalmi szempontból alkotmányként igazolhatatlan. Marad a formális érvényesség. Azonban az előírttól eltérő alkotmányozási eljárás mint a nép alkotmányozó hatalmának gyakorlása legitim, ha kontrollált és hiteles népképviseleti eljárásban történik. Más kérdés, hogy mi ennek a realitása a mai magyar (vagy akár török, lengyel) viszonyok közt.

De az, hogy az elvek szintjén egy szöveg nem felel meg az alkotmány tartalmi ismérveinek, nem perdöntő a gyakorlatban – és az alkotmány praktikus intézmény. Ismét utalok az 1988 utáni chilei helyzetre, ahol az alkotmánymódosítás után is fennmaradtak a Pinochet-rendszer túlélésének biztosítékai. A jogállami alkotmány meghozatala bizonyos körülmények közt lehetetlen, vagy túl nagy a társadalmi ára. A chilei megoldásnak azonban meg volt az az előnye, hogy lehetővé tette, valószínűsítette hosszabb távon a junta diktatórikus, autoriter hagyatékának felszámolhatóságát. Az mindenesetre bizonyos, hogy egy hiteles, nem oktrojált alkotmány demokratikus kialakítása jobb esetben is több éves folyamat, tehát nem oldja meg az esetleges kormányváltás utáni kormányozhatatlanság magyarországi gondját.

ELMÉLETEK A POZITÍV TÖRVÉNY FIGYELMEN KÍVÜL HAGYÁSÁRÓL

Embertelen rezsimek

A Szent Ágoston (és mások) által megfogalmazott természetjogi hagyományban az igazságtalan törvény nem törvény. A formális eljárás tiszteletének hívei viszont a szakirodalomban széles körben elfogadott elméleti megközelítésre, egyfajta jogpozitivizmusra hivatkoznak. Ez a formalista legalizmus leegyszerűsíti a jogpozitivizmust. A jogpozitivizmus nem jelenti a „törvénybe írottság" feltétlen elfogadását. A joggyakorlatra közvetlen hatást gyakorló rugalmas pozitivista álláspont legismertebb jelenkori megfogalmazása a Radbruch-formula (*Radbruchsche Formel*)[19]: „A törvényhozás és a hatalom által biztosított pozitív törvény akkor is elsőbbséget élvez, ha tartalma igazságtalan, és nem szolgál az emberek javára, kivéve, ha a törvény és az igazságosság közötti konfliktus olyan elviselhetetlen mértékű, hogy a törvénynek, mint »hibás jognak (*unrichtiges Recht*)«, engednie kell az igazságosságnak."[20] Radbruch jogpozitivista kiindulású „kiáltványának" egy ritkábban hivatkozott fejtegetése relevánsabb a bennünket foglalkoztató jogállam-helyreállítás vonatkozásában. Radbruch kiindulópontja ugyanis a jogrendszer érvényességére vonatkozik: „A pozitivizmus, azzal az elvével, hogy »a törvény az törvény«, valójában védtelenné tette a német jogászszakmát az önkényes és bűnös törvényekkel szemben. A pozitivizmus továbbá önmagában teljesen képtelen megállapítani a jogszabályok érvényességét. Azt állítja, hogy a törvény érvényességét egyszerűen azzal bizonyítja, ha megmutatja, hogy a törvény mögött elegendő hatalom áll az érvényesüléséhez. De bár a hatalom valóban alapul szolgálhat a kényszer »kellő mivoltához«, soha nem szolgál a kötelezettség »kellő« volta vagy a jogi érvényesség alapjaként. A kötelezettségnek és a jogi érvényességnek inkább a törvényben rejlő értéken kell alapulnia. Az biztos, hogy minden pozitív törvénynek van értéke, a törvény tartalmától függetlenül: minden jobb, ha van egy törvény, mint ha egyáltalán nem lenne, mivel legalább jogbiztonságot teremt. De nem a jogbiztonság az egyetlen érték, amelyet a törvénynek érvényesíteni kell, és nem is a döntő érték. A jogbiztonság mellett két másik érték is van: a célirányultság [a közjó szolgálata] és az igazságosság."

Radbruch cikke a náci büntetőjog alkalmazásával szembesülő bíró egyéni döntési dilemmájával foglalkozott, konkrét jogesetekkel összefüggésében. (Az egyik jogesetben azt kellett a világháború után eldönteni, hogy elítélhető-e az a bíró, aki a náci időkben hatályos törvény alapján akasztófára küldött valakit, aki egy vécé falára felírta, hogy Hitler tömeggyilkos.) A joguralomhoz visszatérés azonban intézményi döntésekről szól. Itt az igazságszolgáltatás mint kollektíva és cselekvésegyüttes szerepel, ezt kell megítélni, illetve olyan törvények érvényességéről (vagy csak további alkalmazhatóságáról) kell dönteni, amelyek nem a közjót szolgálják, hanem a kormányzat azonosítható cimboráinak a személyes érdekeit.

A jogállamiság figyelmen kívül hagyása az illiberális rezsimekben nem járt az emberiesség rendszerszintű megsértésével. Radbruch viszont akkor tartja az embertelen „törvény nem »jog«" elvet alkalmazhatónak, amikor – mint a náci rezsimben – a törvény szélsőséges brutalitást és az egyenlőség tagadását testesíti meg. Természetesen az Alaptörvény jogrendje nem hasonítható a náci rezsim brutalitásához. Radbruch bölcsessége tehát nem oldja meg az illiberális demokráciák felszámolásának dilemmáját, mivel a joguralom hiánya, a jogsértés intenzitása alapvetően különbözik az egyes rezsimekben.

Volt azonban a náci jogrendszer természetében valami más is, ami Radbruchot aggasztotta, s ez Hitler személyiségével függött össze. Hitler karaktere a

nemzetiszocialista jog karakterévé vált: „az egész nemzetiszocialista »jogot« áthatotta a valóság, illetve a jó és rossz iránti teljes közöny, […] [m]ivel [Hitlerből] is hiányzott a valóság- és jogérzék".

Az őszinteség hiányán és a tények semmibevételén alapuló jogrendszer ezen leírása közel áll ahhoz, ami az illiberális populista demokráciák jogalkotását jellemzi. De a hazugságok tartalma alapvetően különbözik: faji alsóbbrendűségről hazudozni egészen más minőség, mint rendszeresen nagyokat fülleteni holmi nemzetgazdasági érdekről a közbeszerzéseket illetően.

A radbruchi kritériumok tehát nem teljesülnek. Ebből azonban nem következik, hogy a jogállamhelyreállítás antiformalista megoldása feltétlenül elvetendő jogpozitivista szempontból. Radbruch a tartalmilag szélsőséges embertelensége miatt elfogadhatatlan jogrendszer büntetőjogi következményeiről írt. Ezzel szemben a bennünket érdeklő kérdés az, hogy ha jogállami technikákkal törvényesítenek valamit, ami kijátssza a szabályozás célját, akkor ez a csaló törvényesítés eredményezi-e azt a joghatást, amihez szigorú jogbiztonsági következmények kapcsolhatók. (S mint látni fogjuk, erre közvetve mégis van Radbruchnál – is – válasz.) Az 1992-es AB határozat – a kommunista jog vonatkozásában – valamiféle jogfolytonosságra mint jogbiztonsági követelményre hivatkozott. Azt állította, hogy a pártállam önkényuralmi jogrendszerének termékeit kell alkalmazni, mert a jogbiztonság követelte jogfolytonosság miatt vonatkoznak azokra a (megdönthetetlennek tartott) jogállami vélelmek. Megítélésem szerint azonban a csalás jogrendszere nem hivatkozhat a jogbiztonsági érvre: ugyan miért kellene érvényesnek vélelmezni azt a közbeszerzési kiírást és az azt lehetővé tevő jogszabályt, amely igazolhatóan meghatározott cég javára, ismétlődően ellehetetlenítette a versenyt (például meghívásos volt)? Egy ilyen szabály és döntés ellentétes a közbeszerzés céljával. Természetesen, ha izoláltan nézünk egy kiírást, amint ez szokásos a polgári perben, ez az összefüggés elsikkad. De nem ellentétes a jogállamiság elveivel, ha egy új törvény kötelezővé teszi az ilyen tágabb vizsgálódást, tekintettel az örökölt jogrendszer szisztematikus csalásaira. Kétségtelen, ez a megoldás szembekerül a formális, szűken értelmezett jogbiztonság elvével, az ebül szerzett jószág gazdájának a törvényesített jogtalanság rendjének ígéretébe vetett hite, várakozása sérül. De vajon ezt jelenti a jogállamiság? Csak ezt jelentheti?

Ha már Radbruchot idéztük: ne feledjük, hogy szerinte (az alkotmánybírósági döntésben megtestesülő formalizmussal ellentétben) a jogbiztonságot nem azért kell tisztelni, mert a jogállam alapja (ez klasszikus tautológia – talán ezért hatásos: a jogászok „paragrafus-automaták", különösen szeretik a leegyszerűsítéseket, ami lehetővé teszi a mechanikus jogászi munkát). A jogbiztonságot, a joguralmat azért kell tisztelni és követni, mert a közjót szolgálja. Tehát az elv ott és annyiban követendő, amennyiben a közjót szolgálja.

Egy igazolási elmélet szempontjából nem igazolás, ha valamiről kijelentjük, hogy egy másik értékhez tartozik, amikor ez az érték is csak jelszó; s különösen nem az, ha az összetartozási érvet anélkül alkalmazzák – az 1992-es Alkotmánybíróság módjára –, hogy megmutatnák, *miben* áll az összefüggés. Attól, hogy a gyermekem a családhoz tartozik a család „szokásos" jelentése szerint, még nem következik, hogy a gyermek jó gyermek, vagy az, hogy nem számít családi kirándulásnak, ha a gyerek otthon marad. Az nem igazolási érv, hanem definíciós játék, ha *ex cathedra* kijelentik, hogy a jogállam része a jogbiztonság. Ez persze lehet hatásos érvelés, de csak a szajkózás, a megszokás erejénél fogva. Lehet mögötte megnyugtató tapasztalat is, de nem több. Ahol a tapasztalat alapja hiányzik, az örökölt bölcsesség a tévedés forrása lesz. Akkor érték a jogbiztonság, ha a közjót szolgálja. Élhet a törvény ezzel a feltevéssel – de csak bizonyos feltételek megléte esetén. És éppen ezek a feltételek hiányoznak, amikor az illiberális áljogállam jogrendszerének, az annak keretében hozott döntéseknek az érvényességéről kell állást foglalni. Vajon a meghívásos közbeszerzések rendszere, amelyet törvényesítettek, a köz javát szolgálja? S ha nem, számíthat-e abszolút jogbiztonsági védelemre? Elvégre a magyar jogi hagyományban – amit a 2013-as Ptk. is követ – a nyilvánvalóan a jóerkölcsbe ütköző szerződés semmis. A jogbiztonság nem követeli meg annak feltételezését, hogy amit az állam törvényesít, az nem lehet *nyilvánvalóan* ellentétes a jóerkölccsel.

A jogpozitivista Radbruch jön itt a segítségünkre. Világossá teszi, hogy a jogbiztonságot nem szükséges minden revíziót kizáró, abszolút formulaként (bunkósbot) használni. Radbruch szerint a jogbiztonság mint a közjó és igazságosság eszköze működik, és bár csak a szélsőségesen embertelen törvényt kell (szabad) figyelmen kívül hagyni (az eljáró bírónak), ezen az iránymutatáson túl olyan (meglevő) értelmezési eszközöket kínál a jogbiztonság, amelyek alkalmasak az igazságosság és a közjó érvényesítésére, anélkül, hogy a bíró formailag alkalmazhatatlannak mondaná ki a (náci) jogot. Szó sincs arról, hogy a bírónak (és a jogalkalmazó közigazgatásnak) ne lenne módja, sőt, ne lenne kötelessége – legalább az elismert értelmezési lehetőségek közt – az igazságosságot érvényesíteni, amikor *a jogállamiság vélelmének védelmével nem rendelkező jogszabályt* alkalmazza.

Nem azt kellene mondani, hogy az elévülés minden körülmények közt jogkeletkeztető és sérthetetlen, hanem meg kellene vizsgálni, hogy mit is szolgál az adott helyzetben az elévülés elve, miféle jogbiztonsági érdek áll mögötte egy adott (a mi esetünkben: történelmi) összefüggésben, és ennek alapján eldönteni, hogy helye van-e az alkalmazásának.

Radbruch mindig is azt vallotta, hogy a jog érvényességét nem lehet pusztán a jogbiztonság alapján eldönteni.[21] Az elmélet szintjén maradva: a pozitivizmus, ha Hart vagy Radbruch számít a jogpozitivizmus képviselőjének, arra törekszik, hogy beépítse a természetjogi minimumot a pozitív jogba.[22]

Lehet erre mondani, hogy más dolog egy szerződés, és megint más egy jogszabály megsemmisítésének alapja. Azonban ezen a ponton csak azt állítjuk, hogy a jogbiztonság általános elve nem olyan feltétel nélküli, amint azt a közjog, pontosabban a büntető eljárás tekintetében az AB 1992-ben vélte.

Ismételjük: az AB a büntető anyagi jog elvét csúsztatta a büntető eljárásba, talán nem ismerve az olasz megoldást, mely Berlusconi országában az elévülést nemes egyszerűséggel anyagi jogi kérdéssé, valamint az olasz alkotmányos identitás részévé emelte. Annyit állítottunk, hogy a jogbiztonság nem egyjelentésű, egyértelmű és feltétlen követelmény – még elméleti szinten sem. Ha pedig a jogbiztonság nem feltétlen és egyértelmű parancs, akkor ebből a szempontból nem kifogásolható egy jogszabály semmisségének utólagos vizsgálata, mivel a meghozás puszta ténye nem feltétlenül elegendő érvényességi alap. Mindez persze teoretikus észrevétel marad, mert kellene egy alkotmánybíróság, amely hajlandó ezt a jogilag elfogadható érvelést alkalmazni (olyan eljárásjogi akadályokról nem is beszélve, mint jogvesztő határidők).

Miért nehéz kimutatni, hogy a jogállamiságot strukturálisan figyelmen kívül hagyták?

Magyarország, Lengyelország vagy a latin-amerikai populista rezsimek különböznek a náci Németországtól. Annyiban emlékeztetnek az autoriter rendszerekre, hogy vezetőik megpróbálják fenntartani a vezető párt vagy vezér hatalmát (hasonlók ebben a tekintetben Oroszországhoz). Gondoljunk Magyarország esetére: az Alaptörvény intézményrendszere lehetővé tette a kormányzati és informális társadalmi hatalom fenntartását a választásoktól függetlenül: a fideszes parlamenti többség – azzal, hogy két választási cikluson túl, hosszú távon meghatározta a főbb vétójátékosok kilétét – alkotmányos ellenőrzést szerzett a jogrendszer és annak működtetése fölött, a mindenkori Országgyűlés akaratától függetlenül. Amikor Uribe kolumbiai elnök harmadszor is indulni kívánt, és hívei népszavazást akartak kiírni az alkotmány módosításáról, hogy az újraválasztás lehetővé váljon, a kolumbiai alkotmánybíróság alkotmányellenesnek nyilvánította ezt a kezdeményezést, mivel a harmadik ciklus lehetővé tette volna az elnök számára, hogy „gyakorlatilag ő válassza ki mindazon tisztségviselőket, akiknek ellenőrizniük kellett volna őt",[23] és ez „súlyosan érintette volna az Alkotmányozó Nemzetgyűlés által elfogadott intézményi tervet".[24] A hatalommeghosszabbítás, ami Kolumbiában puszta lehetőségként is az alkotmányossággal ellentétesnek számít, Magyarországon már végbe is ment, megrögzült, *fait accompli*, amit a törvényesség nevében elfogadandónak hirdetnek a legalisták. Hogy némely legalista most sajnálkozik emiatt, az az álláspont hatása szempontjából szinte közömbös.

A vicces az, hogy a parlamenti cikluson átívelő megbízás elképzelése eredendően az alkotmányosság védelmét szolgálja. Az alkotmánybírák 12 éves megbízatása, amely adott esetben intézményi védelmet nyújthat a fideszes politikának, *in abstracto* indokolt. „Egy tizenkét éves ciklus teljes mértékben összhangban van az európai normákkal" – a Velencei Bizottság szerint a probléma az, hogy az egypárti kinevezés az ellenkezőjét eredményezte annak, amire a 12 éves megbízatás elvileg szolgál; nevezetesen, hogy így, az időközi megújulással a testület plurális lesz.[25] Itt és most megint csak sikerült kiforgatni egy jogintézmény célját.

A jogászi, jogeseteken edződött elme számára rendkívül nehéz a rendszerszintű kérdéseket jogilag kezelhető fogalmakká és bizonyítékokon alapuló következtetésekké alakítani. Számszerűsíteni tudjuk-e, hogy az alkotmánybíróság milyen gyakran használt eltorzult érveket a hatalom állandósítása érdekében? Alkalmas-e a statisztika a tárgyalóteremben a joguralom iránti tiszteletlenség mérésére? S ha számszerűsítjük is, válhat-e belőle releváns jogi érv? És ki előtt, ha egyszer az Alkotmánybíróság hivatott a döntő szót kimondani – önmagáról?

Azt állítjuk, hogy a hatályos jogszabályok egy fontos, a jogállamiságot meghatározó része nemcsak visszaélésre szolgált, de egyenesen erre a célra született. Ha azonban az Alkotmánybíróság vagy más (például nemzetközi) bírói testületek nem kívánnak ezzel foglalkozni, az nem lesz meglepő, sem – a szokásos alkotmánybírósági gyakorlat tükrében – sikerrel kifogásolható. A bíróságok – már csak hatalommegosztási okokból is – tartózkodnak a jogszabályok valódi céljának és hatásának a vizsgálatától, amikor azoknak az érvényességéről kell dönteniük. A jogalkotói cél vizsgálatára legfeljebb alapjogok korlátozá-

sa esetén kerül sor, ott szerepel a célhozkötöttségi teszt (alkotmányosan megengedett-e a cél), de a legtöbb bíróság bemondásra elfogadja, hogy egy alapjog-korlátozó törvény elfogadott célt szolgál. A formális eljárás vizsgálatán túl a bíróságok – hatalommegosztási szempontokra és kompetenciahiányra hivatkozva – nem szoktak közjogi érvénytelenséggel foglalkozni, ami működő jogállami demokráciában nem is okoz különösebb gondot.

A jogszabályok alkotmányos felülvizsgálatában az egyes ügyekre széttördelés a jellemző. A széles körű, átfogó (rendszerszintű) intézményi szándékelemzéstől a bírók ódzkodnak. De a valós jogalkotói szándék elemzése nem ütközik elvi akadályba. És vannak is olyan fontos – és kényes – esetek, amikor a csúcsbíróságok jogilag és politikailag is pontosan ilyen szándékelemzésre vállalkoznak. Ezt tette például az indiai legfelső bíróság az Indira Gandhi-rezsim összeomlása után. A bíróság szerint a Gandhi-rendszer egésze jelentős fenyegetést jelentett a demokratikus rendre nézve. A kolumbiai alkotmánybíróság az elnöki ciklusok korlátozásáról szóló második határozatában holisztikus alkotmányos perspektívát alkalmazott: elemezte a harmadik elnöki ciklus hatását az alkotmányos rendszerre. Igaz, legalábbis a hivatkozott esetekben az átfogó elemzést az a tény tette lehetővé, hogy az érintett bíróságok egy adott személy hatalmával (hatalommal visszaéléssel vagy potenciális visszaéléssel) foglalkoztak, nem pedig a kormányzati intézmények legalizált aktusaival, összekapcsolva azokat, hogy a rendszer szándékát megítélhessék.[26]

Az elmúlt években azonban a lengyelországi igazságszolgáltatással kapcsolatosan felmerült a „rendszerszintű jogállamisági fenyegetés" fogalma.[27] Az EUB még vonakodik elismerni, hogy rendszerszintű elemzést végezne (bár ezt teszi). Nem fogadta el, legalábbis egyelőre, hogy „az egész igazságszolgáltatási rendszert célzó rendszerszintű támadások esetén definíció szerint már »valós a kockázata« annak, hogy az alapvető jogokat minden egyes esetben megsértik a független bírósággal és a tisztességes eljárással kapcsolatban".[28] De a lengyel legfelső bíróság fegyelmi tanácsával kapcsolatban hozott EUB döntések már arra a háttérfeltevésre épülnek, hogy az igazságszolgáltatási tanács semmis, és így annak a bírói jelölései is semmisek.

Nemrégiben az EJEB kifejezetten „holisztikus" megközelítést alkalmazott a lengyelországi igazságszolgáltatás helyzetének értékelésére. Úgy találta, hogy egy törvényt (a lengyel igazságszolgáltatás átszervezéséről) „nem elszigetelten, hanem a lengyel jog összehangolt módosításaival összefüggésben kell vizsgálni".[29]

Visszaélés a jogalkotással és a szándékelemzés nehézsége

Az illiberális demokráciák úgy tesznek, mintha a jogállamiságra támaszkodnának, ám a jogállam technikáit a törvénybe írt önkényesség növelésére használják. A hatalomfenntartó rendszer törvényességét csalással érték el.[30] Az ilyen rosszhiszemű viselkedés nemcsak erkölcstelen és a jogállamiság íratlan elvével ellentétes, hanem a pozitív nemzetközi jogban és a magánjogban is a tételes jog megsértésének számít (lásd alább). Ha a rosszhiszeműség mint jogsértés logikája alkalmazható az illiberális demokráciában történő szabályalkotásra, ha létezik olyan, hogy törvényalkotással való visszaélés, akkor annak az lehet a következménye, hogy a rosszhiszeműen és visszaélésszerűen hozott szabályok érvénytelenek, és ez vonatkozik az ezen szabályok szerint létrehozott intézményekre. Nem világos azonban, hogy egy jogrendszert vagy annak kulcsfontosságú elemeit mikor lehet alkotmányellenesnek nyilvánítani, milyen szintű visszaélés indokolja az érvénytelenség kimondását. Ez – részben a konkrétumok ismeretében – további elemzés és tapasztalatok alapján válaszolható meg. A tanulmányban vizsgált kérdés szempontjából elegendő annak kimutatása, hogy a jogállamisághoz hozzátartozik, a jogbiztonsággal nem ellentétes, ha a jogállami céllal ellentétes célt szolgáló törvény érvényességét nem vélelmezzük.

Nem amellett érvelek, hogy kétharmados törvényeket feles törvénnyel kell, illetve lehet módosítani, hanem amellett, hogy bizonyos kétharmados és feles törvények, illetve igazgatási aktusok, közjogi szerződések eleve érvénytelenek lehetnek. A közjogi probléma ezzel még nem oldódik meg, hiszen attól, hogy a korábbi kétharmados törvény tartalmilag érvénytelen vagy semmis, továbbra sem lehet kétharmad hiányában új törvényt hozni. A legalista most elégedetten felkiálthat: ha a korábbi törvény semmis, új meg technikailag nem hozható, úgy szabályozási hézag keletkezne, és pontosan ezért nem lehet az örökölt – megengedjük, vitatható érvényességű – törvényt félretenni! És Goethe-t idézhetik: jobb az igazságtalan rend, mint a rendetlenség. Amire akár az a válasz is adható, hogy többféle módon lehet egy törvényt semmisnek találni és levonni a joghatását. (A legalista logika szerint persze lenne megoldás, nincs szabályozatlanság, mert ha egy törvény semmis, akkor az a törvény, amelyet hatályon kívül helyezett, még hatályban van, hiszen nem történt hatályon kívül helyezés.)

Természetesen mindennek csak elvi jelentősége van, hiszen nem várható, hogy az Alkotmánybíróság, mely az itt szereplő törvények közül nem egyet

korábban megvizsgált, és nem talált bennük hibát, most majd a törvényhozói szándékot vizsgálja, hogy mégis semmissé nyilvánítsa ezeket. Az értelmezés bizonyos lehetőségeket kínál kétharmados törvények esetében is (például a konkrét szabály nem tartozik a kétharmados alaptörvényi tárgyak körébe, még ha kétharmaddal fogadták is el, mert a törvényhozó kardinális kérdésnek vélte is az előírást). Bizonyos esetekben az Alkotmánybíróságnak nincs választása, ha kétharmados többséggel kell meghozni egy törvényt, és nem volt meg a minősített többség. Ez a probléma akkor is megmarad, ha az eredeti sarkalatos rendelkezés valamilyen okból semmis. Ennek a dilemmának a feloldása valóban csak kvázi-forradalmi jogdogmatikai megoldással lenne lehetséges. Az alábbiakban azonban csak a semmisséggel és nem a semmisség megállapítása utáni nehézséggel foglalkozunk, mivel célunk a jogállamiság fogalmi rugalmasságának a bemutatása.

Milyen alkotmányelméleti alapon vetődik fel a rosszhiszeműen, rejtetten alkotmányellenes céllal hozott törvények semmisségének lehetősége? A forrás az alkotmányellenes alkotmánymódosítás elméletében található. (A magyar Alkotmánybíróság – a jogállamiság formális értelmezését követve – kezdettől elutasította ezt, és amikor jóval később a Fidesz korlátozta a hatáskörét, kokettált ugyan ezzel a teóriával, de végül sajnálkozva megmaradt a formalizmus kipróbált precedensénél.)

Az alkotmányellenes alkotmánymódosítás elmélete szerint az alkotmány lényeges elemei nem módosíthatók, mert ezzel megsemmisülne az alkotmányosság. A visszaélésszerű jogi változtatásokra alkalmazva ez azt jelenti, hogy a törvényben (vagy az alkotmányban) olyan megoldások vannak, amelyek ugyan nem közvetlenül, nyilvánvalóan ellentétesek az alkotmány lényegével – ami a közhatalom korlátozása lenne –, de összegződve alkotmányellenes a hatásuk. A megítélést bonyolítja, hogy a visszaélésszerű, illetve ilyen hatású jogalkotásról lévén szó, a puszta normaszöveg alig vitatható. A szándékot gyakran csak abban lehet utolérni, hogy például amit a normaszöveg az alkalmazásban kivételként megenged, lehetővé tesz, látszólag joguralomkonform alapon, az a gyakorlatban általánossá válik. A kivétel indokolatlanul gyakran kerül elő.

A joguralommal való összeegyeztethetetlenség megállapítása érdekében Dixon és Landau jogalkotási szándékelemzést javasol. A visszaélés akkor fordul elő, amikor a leendő autoriterek tudatosan vagy szándékosan a demokratikus minimum magját veszik célba; méghozzá úgy, hogy „a választási játéktér erősen a javukra billenjen". Ez jól működik Oroszország és a hasonló autokratikus rezsimek esetében,[31] de a legtöbb illiberális demokráciában a demokrácia és a joguralom torzulása nem éri el ezt a szintet. A szabályok még nem teszik lefutottá a választást (a kérdéses szabályok nemcsak választási jellegűek, hanem mindaz beleérthető, aminek közvetlen hatására a választások már nem választásról, hanem az uralkodó megerősítéséről szólnak). Technikailag a magyar választási bütykölés és torzítás nem különbözik lényegesen attól, amit számos „konszolidált demokráciában" is alkalmaznak. A magyar választási rendszer tulajdonképpen nem torzít kiugró mértékben – lásd erre a Gallagher-indexet. A választási körzethatárok manipulálását sem a találékony magyar géniusznak köszönhetjük (bár ki tudja, nem voltak-e magyar felmenői Elbridge Gerry kormányzónak, aki 1812-ben megteremtette ezt a nemes hagyományt.)

Lengyelországtól eltérően Magyarországon a joguralom bukása a törvényesség védőrétege alatt következett be. A visszaélés a joguralom formáin belül történik, vagyis jogbiztonsági és más jogállami szempontoknak formailag megfelelő módon. De a visszaélés nem csak ezért olyan nehezen megragadható. A törvény instrumentális és visszaélésszerű alkalmazásán túl a jog alkotmányosságellenes szelleme hatja át a kulcsfontosságú jogi szereplőket. Számukra a jogilag releváns tények csak arra szolgálnak, hogy figyelmen kívül hagyják vagy meghamisítsák azokat.

Mark Tushnet – a Dixon–Landau tételt módosítva – a jogalkotói szándékelemzést kiegészítené a nemkívánatos következmények figyelembevételével. Azt javasolja, hogy az alkotmánymódosítással összefüggésben meg kell fontolnunk, hogy „mit próbál elérni a kormány, ha sikerül az alkotmánymódosítás". Ugyanaz a módosítás lehet jó vagy rossz, attól függően, hogy mi a szándék. Dixon és Landau is azon a véleményen van, hogy a bírói visszaélés megállapításához szándékosságra van szükség.[32] A szándékelemzésnek azonban vannak kritikusai. Stanley Fish szerint „aközött, hogy politikai következtetésekre jutunk, illetve, hogy a politikai szándékokkal kezdjük az elemzést, a különbség az, hogy az utóbbi esetben valójában nem jogi feladatot végzünk".[33]

Adam Posen olyan megközelítést javasolt, amelyik nem annyira a szándékra, mint inkább a hatásokra van tekintettel. Szerinte az alkotmányos rosszhiszeműség megállapítható bírósági úton, például akkor, ha objektíve észszerűtlen a bírói vagy jogalkotási magatartás. A Jean-Paul Sartre által kidolgozott rosszhiszeműség-felfogást alkalmazza: „A rosszhiszeműség nem tartja meg az igazság normáit és kritériumait, ahogyan azokat a jóhiszeműség kritikai gondolata elfogadja." Az igazságnak ez a tagadása, miközben úgy tesz, mintha követné azt, megfelel annak a jogi

csalásnak, ami az illiberális demokráciákban a hatalom gyakorlását jellemzi.[34] Scalia bíró megérzése jelzi a probléma súlyosságát: „A kimondatlan szándékkal működő kormány […] – zsarnoki." Scalia ezt a titkos szándékot követő jogalkotást „a rendeleteknek magas oszlop tetején" történő közzétételéhez hasonlítja. Az ókori Rómában így próbálták elérni, hogy „ne lehessen a törvényt könnyen olvasni". Ez a csalás egyértelmű példája: úgy tesznek, mintha biztosítanák a törvény nyilvános hozzáférhetőségét, miközben éppenséggel akadályozzák a törvény megismerését.[35]

Mindazonáltal a bíróságok vonakodnak szándékelemzést végezni, különösen akkor, ha nem alapvető jogokról van szó. A bírák világszerte sok alkotmányos rosszhiszeműséget tolerálnak, bár arra is akad példa, hogy egy bíróság észleli, hogy a szabályozás vagy a hivatalos célja csak ürügy. Ilyenkor felteszik a kérdést: „Vajon a kormány valamilyen megengedett cél leple alatt valójában alkotmányellenesen próbál szabályozni?" A célok vizsgálata során a bíróságok „azt kérdezik, hogy a törvényt alkotmányosan illegitim okokból alakították-e, illetve így alkalmazták-e".[36] Ami a bíróságokat még jobban érdekelheti, az a jogalkotás eredményének az alapvető jogokra gyakorolt hatása. A szándékra a hatásból következtetnek, kivéve, ha észszerű vagy kényszerítő jogalkotási okot találnak. Kivételes, hogy közvetlenül alkotmányellenes célt találjanak.

A szándékelemzéssel kapcsolatos bírói vonakodás nem meglepő. A bírák bizonyítékot szeretnek látni, és a bírói munkától idegen, hogy egy legitim testületnek a törvényalkotásra irányuló szándékáról spekuláljanak. A jogértelmezésben szokásos törvényhozói akaratra hivatkozás mögött objektív szövegértelmezés áll, és ennek a sokat emlegetett „törvényhozói akarat"-nak nincs sok köze a jogalkotó hatalom tényleges politikai céljához. A bíróságok nem foglalkoznak ezzel, mivel úgy vélik, hogy tisztelniük kell a hatalmi ágak megosztását, valamint a jogszabályokban a népakarat kifejeződését.[37] A hatalmi ágak elválasztására tekintettel az igazságszolgáltatásnak tiszteletben kell tartania a törvényhozás feltételezett jogalkotási szándékát, és bár az alkotmányellenes célok nem megengedettek, vélelmezni kell a törvényhozó jóhiszeműségét.[38] A „jogalkotási szándék" oximoron. A törvény különféle, eltérő csoporttörekvések elegye, egységes szándék nélkül.[39]

A komolyan vehető szándékelemzés elmaradásának egyik lehetséges oka az, hogy a szándékmegállapítás szubjektív marad, és ezért nyitott az önkényességre. Vegyük például a magyar Alaptörvény azon rendelkezését, amely tiltja az Alkotmánybíróság Alaptörvény előtti joggyakorlatának alkalmazását, mivel azt a korábbi alkotmány szövegéhez viszonyítva dolgoztak ki. Természetesen egy tudós joggal mondhatja, hogy az ezen módosítással egy időben meghozott más intézkedésekhez hasonlóan ez is az Alkotmánybíróság ellenőrzési hatalmának korlátozására irányult (az alaptörvény-módosítás hatálybalépésekor a Fidesz még nem rendelkezett mindig kormányhű, megbízható többséggel). A tudós mondhatja, hogy a rossz és titkolt szándékú módosítás a hatalomnövelés rejtett célját szolgálta a kormányzat javára. De formálisan az intézkedés legitim: végülis egy új alkotmány jogosan várja el a múlttal való szakítást, az értelmezés tiszta lapját. Ellenkező esetben az új alkotmány elveszítené elsőbbségét a normák hierarchiájában (új alkotmányra van szükség a múlt meghatározó hatalmának megszüntetéséhez – ezért kellene egy új, alkotmányos alkotmány egy ellenzéki győzelem után). A módosítás apologétái azt is mondhatnák, hogy az alkotmánybíróság hatáskörének korlátozása nem ellentétes a jogállamisággal, hanem egyszerűen egy alternatív alkotmányos elrendezést képvisel a hatalmi ágak szétválasztásában. Lehet, hogy ezzel a hatáskör-átcsoportosítással a népképviseleti szerv súlya megnövekedett, de ez nem mond ellent az alkotmányos elveknek, és számos demokráciában még nagyobb a parlament hatalma – lásd például az Egyesült Királyságot. Ez az egyébként más körülmények közt elfogadható értelmezés a konkrét körülmények figyelembevétele esetén már kevésbé meggyőző: az alkotmánymódosítás ugyanis közvetlen válasz volt az Alkotmánybíróságnak egy olyan ítéletére, amely nem tetszett a kormánynak. A látszólag alkotmányos lépés érvénytelenségének igazolásához a körülményekben megmutatkozó szándék kimutatására lett volna szükség. Ehelyett az Alkotmánybíróság a lépés formális jogszerűségét vizsgálta.

A bíróságok, beleértve az alkotmánybíróságokat is, az alkotmányos jóhiszeműség hipotézise alapján működnek, de nincs olyan végzetes akadály, amely lehetetlenné tenné ezen vélelem megdöntését, ezt követően pedig az érdemi alkotmányos felülvizsgálatot.

Mint említettük, előfordul, hogy a jogalkotási szándék és cél rekonstruálható, de még ez sem érinti a célok őszinteségét, a rejtett célokat. Jellemző e tekintetben a törvényi célokkal viszonylag intenzíven foglalkozó kanadai legfelső bíróság megközelítése. Még az alapvető jogokat érintő jogszabályok esetében is beérik azzal, hogy a cél elvben racionálisan kapcsolódik a korlátozó intézkedéshez *(rational connection)*. A jóhiszeműség feltételezése miatt, bármit is jelöljön meg a kormány szabályozási célként, azt névértéken elfogadják, hacsak nem nyilvánvalóan légből kapott, és valamiképp kapcsolatba hozható az alapjog-korlátozó intézkedéssel.

Ha a célelemzést komolyan veszik, megváltozik a helyzet. Ez történt, amikor az EJEB a lengyel bírósági ügyekben nem fogadta el azt, amit a kormány a szabályozás céljáról állított. Az EJEB – az új lengyel bírósági kinevezési rendszerrel kapcsolatban – kijelentette, hogy a bíróság „elfogadja, hogy a kitűzött cél […] *prima facie* jogosnak tekinthető. Ez az igazolás azonban önmagában nem tekinthető elegendőnek […] ha nem alapul […] megfelelően elvégzett értékelésen, amelynek során mérlegelik a versengő érdekeket".[40] Az EJEB ugyan formailag egy észszerűségi vizsgálatot alkalmazott, amikor tagadta a lengyel alkotmánybíróság egyes ítéleteinek alkotmányos értékét, de ez valójában a jogalkotási cél elutasítását jelentette: „a Bíróság nem észlelt semmilyen kísérletet az Alkotmánybíróság részéről arra, hogy ítéletében elmagyarázza, miért és hogyan szolgálná jobban az új [bíró]választási modell az igazságszolgáltatás érdekeit".[41]

Az EUB még nyersebben fogalmaz: a lengyel legfelső bíróság nyugdíjkorhatárának úgynevezett reformjával összefüggésben figyelembe vette a reform „valódi céljait", és komoly kételyeit fejezte ki a bejelentett célokkal kapcsolatban, jelezve, hogy a törvényt „azzal a céllal hozták meg, hogy a bíróság bíráinak egy bizonyos csoportját félreállítsák".[42]

Mindez azt jelzi, hogy a szándék és a hatás felülvizsgálata lehetséges nem politikai eljárásként is. Annak meghatározása, hogy a szándék hamis és megengedhetetlen jogalkotási célt rejt, a következmények elemzésére vagy egyszerűen a hiteles indoklás hiányára támaszkodhat. Ha egy alapvető jog korlátozása egy bizonyos csoportra nézve különösen hátrányos hatású, ez megengedhetetlen diszkriminatív elfogultságra utal. Ennek analógiájára, ha közbeszerzési kivételt alkalmaznak azzal a hatással, hogy csak a kormányhoz kötődő személyek nyernek a pályázatokon, ez a hatás a rosszhiszeműség vagy a visszaélés mutatója lehet.

A jogállam helyreállítása során a törvényi célhamisítás felismerésénél többről van szó. Az a kérdés, hogy vajon az egész jogrendszer a rendszerszerű visszaélés és csalás gépezete-e. Ha az, akkor helye van olyan vélelmeknek, melyek megkönnyítik a jogállam visszaépítését, mivel nem kellene a szokásos tisztelettel viselteteni a csaló jogalkotó iránt, és nem kellene elfogadni a kinyilvánított szándékot, még azokban az esetekben sem, ahol nem alapjogok sérültek.

Ismeretes, hogy az illiberális Frankenstein-állam (*Frankenstate*)[43] egyik jogi trükkje abban áll, hogy más országokban legitim intézményi megoldásokból készít törvénykollázst. A visszaélésszerű törvény építőelemei elfogadottak jogállami jogrendszerben. A kiválasztott megoldások közt egyébként feltűnően sok a maga eredeti környezetében is kétségesen jogállami megoldás – de abban a környezetekben más intézmények az esetleges negatív hatást mérséklik.

Hacsak nem változik a bírói felfogás, nehéz lenne bizonyítani a bíróságokon, hogy az ártatlannak látszó jogi megoldások következményei hozzájárulnak a hatalom korlátlan koncentrációjához (még ha ez nyilvánvaló is a kutatók vagy a közvélemény egy része számára). Elvégre a közbeszerzési jogban indokolt és törvényes bizonyos különleges, kivételes eljárások megengedése, például az, ha különleges körülmények között a nemzetgazdaság igényei ezt diktálják. Az általános szabályoktól való normális eltérési lehetőséggel azonban Magyarországon szisztematikusan visszaélnek abban az értelemben, hogy sokkal gyakrabban alkalmaznak ilyen kivételeket, mint más uniós országokban – vagy gyakrabban, mint az indokolt lenne. Egy bíróság számára azonban nehéz ilyen statisztikai adatokra támaszkodni.

A szándékelemzés alternatívája lehet a hagyományos „joggal való visszaélés" elvének az alkalmazása. Ennek megvan az az előnye, hogy mélyen a tételes jogban gyökerezik. A joggal való visszaélés doktrínájának közjogi változata szerint a közhatalommal élő szerv visszaél a törvényi felhatalmazásával, amennyiben a hatalmát úgy gyakorolja, hogy az nem kapcsolódik a közigazgatás sajátos funkciójához a feladat ellátásában. A *detournement de pouvoir* klasszikus francia doktrínája szerint a funkciótól eltérés az aktus érvénytelenségéhez vezet. Ezt a jogsértést azonban nehéz bizonyítani a francia közigazgatási jogban.[44] Az amerikai közigazgatási jog általános szabálya ellenzi a „közigazgatási döntéshozók mentális folyamatainak" vizsgálatát, de kivételesen figyelembe veszi a szabályalkotáshoz kötelezően megadott indoklás minőségét.[45] Vagyis nehéz blöffölni.

A Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya 5. cikkelyének (1) bekezdése és az Emberi Jogok Európai Egyezménye 17. cikke tiltja az államok számára az emberi jogokkal való visszaélést. Ezenkívül az EJEE 18. cikke kifejezetten tiltja az emberi jogoknak „az előírtaktól eltérő célból" történő korlátozását. Sok évnyi tétovázás után az EJEB a közelmúltban olyan doktrínával állt elő, amely a bejelentett és a valódi jogalkotási célok közötti eltérések felülvizsgálatát ígéri: „az egyezményes jog korlátozása összeegyeztethető lehet az Egyezmény azon anyagi rendelkezésével, amely engedélyezi azt, mivel a korlátozás a vonatkozó rendelkezés szerint megengedett célt követ, de továbbra is sérti a 18. cikket, ha a korlátozást elsősorban más, az Egyezmény által nem engedett célra szánták; más szóval, ha ez a má-

sik cél volt az uralkodó […]. Az, hogy egy adott esetben melyik cél a domináns, az összes körülménytől függ. E pont értékelésekor a Bíróság figyelembe veszi a feltételezett másodlagos cél elítélhetőségének jellegét és mértékét, és szem előtt tartja, hogy az Egyezményt a jogállamiság által szabályozott demokratikus társadalom eszméinek és értékeinek fenntartására és előmozdítására alkották."[46]

PÉLDA A JOGURALOM RUGALMASSÁGÁRA: A BÍRÓSÁGI ELMOZDÍTHATATLANSÁG HATÁRAI

A joguralom nem feltétlenül akadályozza saját maga helyreállítását, és a jogbiztonság korántsem az az abszolút, rugalmatlan elképzelés, aminek a magyar legalisták az 1992-es alkotmánybírósági határozat alapján vélik. Ennek az álláspontnak az alátámasztására bemutatom, hogy a jogállamiságnak és jogbiztonságnak még egy olyan szent tehene, mint a bírák elmozdíthatatlansága, sem feltétlen követelmény. Bírókat nem csak súlyos fegyelmi okból lehet eltávolítani. A félreértések elkerülésére: az alábbiak a joguralom egyik meghatározó elemével kapcsolatban jelenleg irányadó, az utóbbi években kikristályosodó álláspontot mutatja be, nem kívánva állást foglalni abban a kérdésben, hogy az ismertetett szempontok magyarországi tényekre alkalmazása esetén milyen következtetések lennének levonhatók.

Az igazságszolgáltatás függetlenségét jó okból tekintik a joguralom központi fontosságú elvének, különösen a jurisztokrácia világában. A joguralom helyreállításának egyik fő dilemmája, hogy mit lehet tenni az igazságszolgáltatással, ha széles körben érvényesül a korrupció vagy a politikai elfogultság ezen a területen. A bírói elmozdíthatatlanság elve ugyanis nem csak az egyes bírókkal szembeni fellépést korlátozza, hanem a bírói kart érintő kollektív intézkedéseket is, mint az általános előre hozott nyugdíjazást, a bírák általános átvilágítását vagy egyes felsőbíróságok megszüntetését, az igazságszolgáltatási vezetők eltávolítását.

A bíróságokkal kapcsolatos jogállami elv szerint a bírókat csak akkor lehet elmozdítani, ha az elmozdítás „az e bírák által bírói tisztségük teljesítése során végrehajtott cselekedetekhez kapcsolódik". Ha egy alkotmánybírót a politika el akar távolítani, ez egyszerűen azt jelzi, hogy „az uralkodó többség nem kedveli".[47] Mint korábban említettük, a joguralom helyreállítása szükségessé teheti az ilyen megoldások helytelenítését. Nemzetközi szervezetek (például a Velencei Bizottság és az EBESZ szakvéleményei) elismerték, hogy kivételes esetekben helye van kivételes megoldásoknak, amelyek egyébként rendes körülmények közt aggályosak lennének egy jogállamban.[48] A bírói elmozdíthatatlanság elvét sem kell alkalmazni, ha az igazságszolgáltatás rendkívül korrupt, vagy ha a bírák közt általános a szakmai inkompetencia, vagy ha a kinevezéseket illetően a korábbi időszakban jelentős politikai befolyás érvényesült, vagy ha hiányzik a bírák tisztességébe, illetve hozzáértésébe vetett közbizalom. Ez a felsorolás nem tartalmazza azt az esetet, amikor a politikai befolyás nem a kinevezés során, hanem a tényleges ítélkezési gyakorlatban érvényesül.

Az igazságszolgáltatásnak a politikai beavatkozással szembeni védelme – az elmozdíthatatlanság elve révén – a joguralom vesszőparipájává vált az EU (pontosabban az EU alkalmazottai) számára, amint azt a Bulgáriára és Romániára alkalmazott együttműködési és ellenőrzési mechanizmus (CVM) története mutatja. A formális bírói függetlenséghez való mechanikus ragaszkodásban ez az elv egy jogállami ellenőrzőlista kipipálandó tételévé vált. Ez a legalista-abszolutista szemlélet megakadályozza a joguralom valódi és érdemi értékelését. Ha a jogszabály szintjén kimutatható a bírói függetlenség, mert a jogszabály megfelel valamilyen kritériumlistának, vagy egyezik valamely befolyásos demokrácia megoldásával, az értékelő uniós szerv hajlamos az igazságszolgáltatást jogállaminak minősíteni, minden nyilvánvaló ténnyel dacolva. A bolgár főügyész jogállása körüli szerencsétlenkedés jól szemlélteti ezt a helyzetet. A főügyész jogállására vonatkozó jelenlegi rendelkezések nemzetközi ajánlásokat követnek. A bolgár rendszert a formális szempontok alapján az uniós hivatalnokok annyira függetlennek találták, hogy a Bizottság már a CVM megszüntetését fontolgatta.[49] Ugyanakkor 2022-ben a (korábbi) politikai ellenzék és civil szervezetek, a legfőbb ügyész visszaéléseinek tudatában az eltávolítását elsődleges fontosságúnak tekintik a joguralom helyreállítása során. A főügyész nem utasíthatja az ügyészeket a konkrét ügyekben, de minden vezetői hatáskörrel (értékelés, kirendelés stb.) rendelkezik. A bolgár közfelfogás szerint a főügyész az informális hatalmával élve dönt a nyomozásokról és vádemelésekről, és ezt a hatalmát politikai célokra használja. Eltávolításának nincs formális akadálya (kivéve, hogy nehéz bizonyítani, hogy visszaélt a hatalommal).[50] Csakhogy az igazságügyi tanács, amely megfelelő okok alapján eltávolíthatná, legalábbis eddig nem lépett. Bulgáriában, akárcsak Olaszországban, az ügyészek együtt ülnek a tanácsban a bírókkal, és továbbra is a főügyész vezetői ha-

talmától függenek. Az új kormány szerint csak a jelenlegi törvényes út figyelmen kívül hagyásával szabadulhatnak meg a főügyésztől, esetleg új törvényt hozva. Csakhogy a jelenlegi törvényt nemzetközileg „szentesítették" …

Mindazonáltal – mint az elmozdíthatatlansági elv példája mutatja – a merev jogállami modelleket egyre rugalmasabban kezelik. A közelmúltban a lengyel politikai válságra az EUB és az EJEB is új, rugalmas megközelítést alkalmazott, ami releváns lehet a jogállami helyreállítás esetében is. Az EUB igen kiterjesztő értelmezéssorozattal arra a következtetésre jutott, hogy a lengyel igazságszolgáltatás egyes részei (potenciálisan akár az egész szervezet) nem független – és ezt az EUB maga is kimondhatja – többékevésbé. Ez elsősorban azért van így, mert egyre több az olyan bíró, akit egy „illegális" (bár alkotmányos) igazságügyi tanács nevezett ki. A tanács bírákból áll, de azokat kizárólag a Szejm választja ki, a bírák helyett.[51]

Lengyelországban – alkotmányozó többség hiányában – a türelmetlen kormányzat a jogállamiság és az uniós jog formális követelményeinek a megsértésére kényszerült, ami lehetővé tette a Bizottság és az EUB számára, hogy legalább az uniós jog védelme és érvényesítése érdekében lépéseket tegyenek (a belső alkotmányos rend szempontjából a lépések formailag alkotmányosak, tekintettel az alkotmánybírósági döntésekre). Mivel a célunk a jogállami zsinórmérce rugalmasságának a bemutatása, nem kívánjuk értékelni azon különbségek relevanciáját, amelyek a magyar és a lengyel igazságszolgáltatás eddigi megítélésében mutatkoznak. (A korai nyugdíjaztatás esetében a Bizottság felfogása szerint a jogsértést orvosolták, az EJEB 2018 táján hatékony jogorvoslatot nyújtó szervnek nyilvánította az Alkotmánybíróságot, stb.).

Ha nincs kivétel a bírói elmozdíthatatlanság elve alól, a jogállamiság a saját ellenségévé válhat egy korrupt, antidemokratikus *status quo* fenntartásával. A jogállami kivételek engedése természetesen nagyon kockázatos, csakúgy, mint minden vészhelyzettel kapcsolatos eltérés az általános szabályoktól. De érdekes módon éppen a jogállamiság értelmezése alapján lehetett kialakítani olyan szempontokat és normákat, amelyekkel a jogállamiság helyreállításához hasonló rendkívüli helyzetek kezelhetővé váltak, illetve amelyekkel szemben a jogállamisággal való visszaélés miatt fel lehet lépni, még ha ez a jogbiztonság bizonyos sérelmével jár is.

Kétségtelen, hogy a bírák törvényen kívüli, kvázi forradalmi eltávolítása aligha egyeztethető össze a jogállamisággal, pontosabban annak az igazságszolgáltatás függetlenségére vonatkozó elvével. Elfogadhatatlan lenne, ha minden új kormány újonnan megválasztott bírákkal helyettesíthetné a bírósági vezetőket vagy az alkotmánybíróság tagjait. A bírák elmozdíthatatlansága általánosan elismert elv a jogállamiságot tiszteletben tartó országokban. Amint azonban az EUB Nagykamara a *Bizottság kontra Lengyelország* ügyben (C619/18) megállapította, a bírák elmozdíthatatlanságának elve nem abszolút, bár az ezen elv alóli kivétel csak akkor elfogadható, „ha azt jogos cél indokolja, arányos ezzel a céllal, és nem ébreszt észszerű kétségeket az emberekben arra vonatkozóan, hogy az érintett bíróság nem enged külső tényezőknek, illetve, hogy semleges az elbírálás alatt álló érdekek tekintetében".

Az EJEB szintén arra a következtetésre jutott, hogy a jogbiztonság és a bírói elmozdíthatatlanság elveinek minden áron való fenntartása adott esetben további kárt okozhat a jogállamiságnak és az igazságszolgáltatásba vetett közbizalomnak. A bírák elmozdítása kivételes esetben elfogadható lehet, amennyiben kényszerítő okok ezt szükségessé teszik.[52] *Az Ástráðsson*[53] ügyben a Bíróság kimondta, hogy minden olyan esetben, amikor az Egyezmény alapelvei (törvényes bírósághoz való jog kontra jogbiztonság) ütköznek, ezek közt egyensúlyt kell találni, annak megfelelően, hogy van-e sürgető – jelentős és kényszerítő jellegű – szükség a bírák elmozdíthatatlanságának a feladására. A törvényesített csalással erodált jogállamiság helyreállítása szempontjából az *Ástráðsson* döntés alapvető fordulatot jelent, amikor kimondja, hogy még akkor is lehetséges az egyezménysértés megállapítása (vagyis annak megállapítása, hogy nem biztosított a törvényes bíróság), ha a bírói kinevezés nem sérti nyilvánvaló módon a hazai jogszabályokat, mert lehetnek olyan helyzetek, amikor ugyan a kinevezés látszólag megfelel a hazai jognak, de a kinevezés olyan eredményre vezet, ami ellentétes az Egyezményben védett jog (a pártatlan bírósághoz való jog) céljával és tárgyával. Az EJEB szerint még a formálisan rendben lévő kinevezés is nyilvánvaló jogsértésnek minősülhet, ha maga a folyamat nem felel meg a kinevezési garanciák céljának (függetlenség). A kivételeknek legitimnek és kényszerítő erejűnek kell lenniük, az arányosság elvére is figyelemmel.[54] Ha egy bíróságot azzal a szándékkal hoztak létre, hogy az politikailag elfogult módon működjön, a bírók vagy a szervezet eltávolítása kényszerítő szükség lehet. De ha egy bíróságot szándékosan a joguralommal összeegyeztethetetlen célra alakítottak ki, ezen állapot felszámolása technikailag már nem eltávolítás, hanem a jogellenes, érvénytelen kinevezés jogkövetkezményeinek a levonása. A kinevezés érvényteleníthető *ex tunc* következményekkel vagy anélkül.

A bírói függetlenség szisztematikus és strukturális megsértése esetén tehát az elmozdíthatatlanság elve nem lehet a reform akadálya. Úgy tűnik, hogy ez egyértelmű Lengyelországban, ahol egy olyan testület közreműködésével nevezik ki a bírókat, amelyet a jogállamiság megsértésével hoztak létre. Ami a lengyel alkotmánybíróságot illeti, 2015-ben három tagját nem megfelelő eljárásban választották meg.[55]

A jogállamiságnak megfelelő igazságszolgáltatási rendszer kérdését illetően számos tekintetben egyáltalán nincs világos jogállami elvárás, azon túl, hogy valamilyen módon el kell érni, hogy a rendes bíróságokat és az alkotmánybíráskodással foglalkozó szervet ne befolyásolhassa döntéseiben a (párt)politika. Illetve, az alkotmányos hatalmi ágak is lehetnek a (párt)politikai befolyás forrásai. Bár az igazságügyi tanács lengyel modelljét a parlament döntő szerepe miatt elvetette az EUB, nem állítható, hogy csak a döntően bírák közül, bírák által választott testületnek lehet döntő szava a bírák kinevezésében. Az is vitatott marad, hogy mennyiben fér össze egy legfelsőbb bírói testület létszámának a növelése (*court packing*) a jogállamisággal, ahol a kinevezés – az alkotmányvédelmi feladatra tekintettel alkotmányosság szempontjából *talán* elfogadhatóan – a politikai hatalmi ágak kezében van. (A francia alkotmánytanács tagjait például együttdöntés nélkül, különböző hatalmi intézmények vezetőinek személyes döntése alapján nevezik ki, és nemhogy bírói háttérre, de még jogi végzettségre sincs szükséges a tagok esetében.) Az azonban egyre inkább követelmény, hogy ezen a legfelsőbb szinten a testület összetétele lehetővé tegye a pluralizmust, „a társadalom változó politikai és társadalmi nézeteinek" a képviseletét.[56]

KÖVETKEZTETÉSEK, TÉZISEK A JOGÁLLAMI RESTAURÁCIÓ ELMÉLETÉRŐL

1. Az az alkotmány, amelynek az intézményi rendszere biztosítja, hogy az egyszer hatalomra került többség akarata és érdeke akkor is érvényesüljön, ha a választás után egy más többség került hatalomra, nem felel meg az alkotmányosságnak. Ez következik az alkotmányellenes alkotmánymódosítás tanából, illetve a mögötte álló elvből, miszerint az alkotmány alapvető, lényegi alkotmányos-demokratikus tartalma sérthetetlen. Az örökös hatalmat biztosító normarendszer nem felel meg az alkotmányossági minimumnak.[57] Egy ilyen alkotmánnyal kapcsolatban nem alkalmazhatók fenntartás nélkül a legalitás szokásos feltevései, nevezetesen az, hogy a formailag szabályos eljárásban hozott szabályok érvényesek, valamint az, hogy vélelmezhető lenne ezekről, hogy alkotmányos célt szolgálnak. Ez az elvi álláspont azonban nem képes megválaszolni azt a kérdést, hogy *ki* jogosult érvényesen megállapítani a tartalmi alkotmányellenességet, különösen akkor, ha az erre formális megjelölt szerv (korunkban jellemzően valamiféle alkotmánybíróság) maga is a hatalom megőrzésének eszköze. Egy demokráciában ilyenkor elvileg a nép jogosult a következmények levonására, elsősorban alkotmányozás útján, egy részvételen alapuló, strukturált, deliberatív folyamatban. Az alkotmányelmélet szerint a nép éppen ilyen esetekre őrzi meg alkotmányozó hatalmát. Ez azonban gyakorlati-politikai (hatalmi) kérdés. Egyáltalán nem biztos, hogy a magyar állampolgárok többsége élni kíván ezzel a hatalommal, de ez nem érinti a célelemzésre épülő jogállami lépéseket. Az alkotmányozás politikai kérdés, és a bizonytalanság fennmarad. Az elmélet csak annyit mondhat, hogy az alkotmányozás nem mindig a legalitás alapján helyes eljárásoktól függ. De az elméletnek nem az a dolga, hogy végleges válaszokat adjon, legfeljebb csökkentheti a bizonytalanságot.

2. A jogállamiság és az azt alkotó fogalmak, elvek, sztenderdek, szokásos gyakorlatok meghatározott célt, alapvetően az államhatalom önkényének a korlátozását szolgálják (lásd ilyen értelemben a Radbruch felfogásáról mondottakat). A minősített többség előírása köztisztségviselők választásánál vagy bizonyos törvények meghozatalára nem pusztán azért jogi érték, mert egyértelműséget ad (amint a jogbiztonság formális tana véli), hanem azért, mert arra szolgál, hogy a többség és kisebbség közösen találja meg a mindenki számára elfogadható megoldást – például az alkotmánybírósági kinevezés esetében a kölcsönösen elfogadható jelöltet.[58] Az a legalizmus, amelyik megfeledkezik erről, nem egyeztethető össze a jogállamiság céljából adódó értékkel, egyoldalú és torz.

3. A jogállam jelentése sokrétű. Egy adott helyzetben a legjobb jelentés a körülményektől függ: az az elv vagy maxima, vagy zsinórmérce, amely évszázados tapasztalat szerint valamely jogrendszerben része a jogállamiságnak, nem feltétlenül fogja más körülmények közt a jogállamot szolgálni. A jogállamiság (mint absztrakt érték) lehet abszolút érték, de téves az az elképzelés, hogy a jogállamiság egyetlen megoldással valósulhat csak meg, illetve az, hogy nem lehet rugalmas. A helyzetek különbsége miatt ellentmondónak tűnő tételek is részei a jogállamiságnak. (Például a büntetőjogi elévülés egyes országokban anyagi büntetőjogi kérdés, másutt eljárásjogi.) Mindez igaz a jogbiztonságra is.

4. A jogállam és technikái nem szolgálhatnak a jogállam elpusztítására, a hatalmi önkény fokozásá-

ra. Nem szolgálhatnak szélsőséges igazságtalanság fenntartására sem. Mindez érvényes a jogbiztonságra is, ami maga is relatív, mivel nem mindig látható előre, mi számít előre láthatónak.[59] Vannak kényszerítő értékek, amelyek fontosabbak lehetnek a jogbiztonsági szempontnál.

5. Az európai, nemzetek feletti gyakorlat és a jogállamok közös hagyománya tág keretek közt érvényesíti a jogállami elveket és maximákat. A *rule of law, Etat de droit és Rechtsstaat* eltérései közismertek. Az eltérő megoldások egyaránt jogállamiak (állami önkényt korlátozóak) lehetnek. A jogállam alapvető intézményeinek (például bírói függetlenség, jogbiztonság) a céljával ellentétes eredményre vezető, formailag jogállami megoldások esetén szükséges és arányos mértékben helye van az adott jogrendszerben egyébként elfogadott jogállami maxima, megoldás félretételének.

6. A jogállam helyreállítása során – a jogállam megsértésével létrehozott helyzetek, sérelmek továbbélésének a kiküszöbölésére – helye van kivételes megoldásoknak, ha azok nem járnak az önkény megengedésével. Ezzel a kivételes lehetőséggel csak a jogállam helyreállításához szükséges mértékben, előzetesen meghatározott, egyértelmű feltételek érvényesülése esetén lehet élni.

7. A jogállam helyreállítása olyan elméleti és gyakorlati probléma, amelynek nincs még kialakult elmélete és gyakorlata. A kutatás (elméletképzés) jelen szakaszában nem lehet kizárni annak lehetőségét, hogy a jogállam lebontására használt eszközök használhatóak legyenek a jogállam visszaépítésére. A rendkívüli állapotban hozott nem jogállami, jogkorlátozó intézkedések a rendkívüli állapot által engedett (jogállamilag gyanús) eljárásban is felszámolhatók, ha ez a leggyorsabb és legcélravezetőbb az állapot megszüntetésére. További eltérések lehetnek szükségesek a korábbi sérelmek orvoslására (például amnesztia vagy kártalanítás a jogállamiság megsértésének áldozatai számára).

8. A jogállam leépítése jelentős mértékben a jogszabályok megkerülésére támaszkodott. Ennek felszámolására kreatív jogdogmatikai megoldások alkalmazása indokolt. (Például a jó erkölcsbe ütközzön, ha egy gazdasági szereplő rendszeresen nyer meghívásos közbeszerzésen, különösen, ha értékkülönbség is kimutatható.)

9. Aki szerint a jogállam (mint legalitás és jogbiztonság) kizárja a jogállammal ellentétes megoldások felszámolását, ha egyszer a kijátszás törvényes formában történt, elmondhatja Szent Pállal: „Magam sem értem, mit teszek, mert nem azt teszem, amit szeretnék, (a jót), hanem, amit gyűlölök, (a rosszat)".[60]

JEGYZETEK

1. William Ratliff – Edgardo Buscaglia: Judicial Reform: The Neglected Priority in Latin America, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1997, 59, 61.
2. James Madison: New York állam népéhez, Föderalista írások, *Az amerikai alkotmányozási vita: A föderalisták írásaiból,* No. 40, szerk és ford. Berkes Tímea, Szeged, Documenta Historica 27 – A JATE Történész Diákkör kiadványa, 1996, 28. *http://acta.bibl.u-szeged.hu/38269/1/doc_027.pdf*.
3. Elismerve a történelmi és elvi különbséget, ebben a tanulmányban a jogállam és joguralom kifejezést megkülönböztetés nélkül használom. A dolgozat nem foglalkozik azzal az idevágó kérdéssel, hogy miként, milyen konkrét eljárásban állapítható meg a joguralom megsértése (például hogy milyen eljárásjogi akadályai vannak a közjogi semmisség alkotmánybírósági megállapításának Magyarországon). Mivel a jogállami követelmények vitatottak, továbbá mindig az előző – most meghaladni kívánt – rendszer határozza meg a saját magára vonatkozó követelményeket, vagyis önmagát védve normalizálhatja azt, amit a külső szemlélő vagy a korábbi gyakorlat elfogadhatatlannak vagy vitathatónak talált, a jogállamiság megsértésének megállapítása nem triviális feladat. Különösen nem az, ha a megállapításra szinte kizárólagos jogot formáló szerv maga is része a bírált gyakorlatnak, és a saját maga által végrehajtott, normalizált jogállamsértést kell megítélnie. A nehézséget fokozza a NER jogrendjének az a sajátossága, hogy szisztematikusan törvényesítette, a jogszerűség látszatában burkolta a jogállamiság kijátszását.
4. E. P. Thompson kiemeli a joguralom fogalom többrétegűségét. A fogalom XVII. században játszott szerepére vonatkozó megjegyzése ma is igaz: a joguralom az osztályharc színterét biztosította, amelyen belül alternatív jogfogalmak harcoltak. Edward Palmer Thompson: *The Poverty of Theory, Or an Orrery of Errors,* Merlin Press, 1995, 130.
5. Lásd: Rule of Law, April 2019, *https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2235*.
6. Ugyanakkor Magyarország egyike annak a nyolc országnak, ahol a lakósság *kevesebb* mint hatvan százaléka tartja nagyon fontosnak a politikai korrupció elleni büntetőjogi fellépést (Eurobarometer, Q 3.5. táblázat), ami megmagyarázhatja az elégedettséget (beletörődést) a jogállamiság jelen állapotába. Akik a jogállam helyreállítását óhajtják, nem feledkezhetnek meg erről a tényről.
7. Mark Tushnet: Review of Dixon and Landau's Abusive Constitutional Borrowing, *Canadian Journal of*

Comparative and Contemporary Law, 2021/7, 1043, 1072.

8. Ezen jellemzés forrása Ran Hirschl: *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2007. Lásd még Tushnet (7. vj.) 28, 37. Tushnet továbbá feltételezi, hogy „a győztes párt reálisan abban a helyzetben van, hogy alkotmányos felülvizsgálatot kérjen, jellemzően azért, mert elég nagy mozgástérrel nyeri meg a választást ahhoz, hogy politikailag alkotmányos reformra törekedhessen." De ez nem valószínű Magyarországon, Lengyelországban vagy akár Törökországban. Dixonnal és Landauval ellentétben Tushnet elfogadhatónak tartja az alkotmánybíróságok leváltását, mivel a bírói függetlenségen túl az elszámoltathatóság ugyanilyen fontos szempont.
9. Gunther Teubner: Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg, *Law & Society Review*, 1984/2, 291–301.
10. Sanford V. Levinson: The Iron Cage of Veneration, *Verfassungsblog*, 2021. december 27., *https://verfassungsblog.de/the-iron-cage-of-veneration/*.
11. Bizonyos emberiesség elleni bűncselekmények esetében áttörték a *nullum crimen* elvet. Ezt a kivételt azonban óvatosan kell kezelni: lásd *Vasiliauskas Litvánia* elleni ügye, 35343/05. sz. kérelem, az EJEB 2015. október 20-án kelt döntése.
12. Friedrich Engels: Bevezetés az „Osztályharcok Franciaországban 1848-tól 1850-ig" 1895-ös kiadásához, in K. M.: *Osztályharcok Franciaországban 1848-tól 1850-ig*, Budapest, Kossuth Kiadó, 1976. Úgy tűnik, mintha a kortárs magyar legalisták sűrűn forgatnák Engelst.
13. Vétóval rendelkező szereplőnek (*veto player*) azt a hatalommal rendelkező személyt vagy intézményt szokás tekinteni, akinek vagy amelynek a hozzájárulása nélkül a többségi döntés nem érvényesül. George Tsebelis: Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism, *British Journal of Political Science*, 1995/3, 289. Vétópontok vagy vétóhatalmak a magángazdaságban is kialakultak, hála a kétharmados törvényeknek. A közvagyont magánalapítványokra ruházták át, és most az Alaptörvény értelmében magántulajdonként védettek. A közbeszerzések több mint egyharmada a miniszterelnök és kísérete néhány barátjához és rokonához kerül, mindez nyilvánvalóan az elfogult törvények elfogulatlan alkalmazásának köszönhetően. Ehhez előszeretettel alkalmaznak törvényesen engedett eltérést a közbeszerzés általános szabályai alól, nemzetgazdasági érdekek védelmére hivatkozva.
14. Oswaldo Ruiz-Chiriboga: The 2018 Constitutional Referendum in Ecuador and the Transitory Council of Citizen's Participation and Social Control, in *Liber Amicorum Károly Bárd*, ed. Petra Bárd, Budapest, L'Harmattan, 2021.
15. Nagy Csongor István: The Commission's Al Capone Tricks: Using GATS to protect academic freedom in the European Union, *Verfassungsblog*, 2020. november 20., *https://verfassungsblog.de/the-commissions-al-capone-tricks*.
16. 11/1992 (III.5) AB hat., ABH 77, 82, 1992. A német alkotmánybíróság elfogadta az életfogytig tartó szabadságvesztéssel büntethető bűntettek kapcsán a még el nem évült bűncselekmények elévülési idejének meghosszabbítását. A bűncselekmény üldözhetősége nem azonos a büntethetőséggel. BVerfGE 25, 269 – (*Verfolgungsverjährung*), 84. bekezdés. A még le nem zárt jogviszonyok esetében lehetséges az utólagos törvényi beavatkozás (*unechte Rückwirkung*). „A jogbiztonság az állampolgár számára mindenekelőtt a bizalom védelmét jelenti. A jogállamisághoz azonban nemcsak a jogbiztonság, hanem a materiális igazságosság is hozzátartozik." Uo. 99–100. bekezdés. Csalók aligha várhatják, hogy a kijátszott jogba vagy az államba vetett bizalmuk védelemre méltó lenne. Az EUB viszont – éppen a magyar szempontból kulcsfontosságú uniós pénzügyi csalással kapcsolatban – korábbi álláspontját finoman felülbírálva elfogadta, hogy az elévülés kérdésében a nemzeti legalitás érvényesül az uniós jog alkalmazásában is. CJEU, C-42/17 *M.A.S. and M.B.* (*Taricco II*).
17. A kommunizmus instrumentális jogfelfogásának meghaladására a pátosz pedagógiailag indokolt volt, de az üzenethez nem volt szükséges a kategorikus megfogalmazás. A hazai leegyszerűsítő jogpozitivizmus népszerűségének társadalmi okaira lásd Zoltán Fleck: Changes of the Political and Legal Systems: Judicial Autonomy, *German Law Journal*, 2021/7, 1298.
18. A szerzett javak védelmével is hasonló a helyzet – és ez is rugalmas kategória, mert csak a jogszerűen, tisztességesen szerzett jogokra vonatkozik.
19. Lásd a BverfG ítélezési gyakorlatát, különösen az NDK-határőrök ügyét: 2 BvR 1473/00. Beschluss vom 2000. november 30.
20. Gustav Radbruch: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946/5, 105–108
21. David Dyzenhaus: *The Long Arc of Legality. Hobbes, Kelsen, Hart,* Cambridge, Cambridge University Press, 2022, 364.
22. H.L.A. Hart: *Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, Ch. 9 (Laws and Morals).
23. David Landau: Abusive Constitutionalism, *U.C. Davis Law Review*, 2013/1, 202.
24. C.C., febrero 26, 2010, Sentencia C-141/10, *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/ c-141-10.htm*. Idézi Landau (23. vj.) 202–203.

25. Lásd: 35. bekezdés: *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)016*.
26. Landau (23. vj.) 236.
27. Opinion of the Venice Commission of 14-15 October 2016; European Parliament resolution of 13 April 2016.
28. Laurent Pech – Patryk Wachowiec – Dariusz Mazur: 1095 Days Later: From Bad to Worse Regarding the Rule of Law in Poland (Part II), *Verfassungsblog*, 2019. január 17., *https://verfassungsblog.de/1095-days-later-from-bad-to-worse-regarding-the-rule-of-law-in-poland-part-ii*.
29. *Dolinska-Ficek és Ozimek Lengyelország* elleni ügyei, 49868/19. és 57511/19. számú kérelmek, az EJEB 2022. február 8-án kelt ítélete, 291.
30. Az elméletre lásd András Sajó: Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness, in A. S.: *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006, 29–99; András Sajó: *Ruling by Cheating*, Cambridge University Press, 2021; David E. Pozen: Constitutional Bad Faith, *Harvard Law Review*, 2016/4, 885.
31. Rosalind Dixon – David Landau: *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalism and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 27, 23. A meghatározás jól működhet a politikai és tudományos elemzésben, de nehézségeket okoz a bírói munkában, még akkor is, ha a „minimális demokratikus mag" jelentése egyértelműbb, és a választási kérdéseken túl átfogná az alapvető alkotmányos struktúra, illetve a megváltoztathatatlan alkotmányos elvek körét. Az alkotmányellenes alkotmánymódosításra lásd egyebek közt Yaniv Roznai: *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers,* Oxford, Oxford University Press, 2019. Más megközelítésben releváns lehet még Kathleen Sullivan: Unconstitutional Conditions, *Harvard Law Review*, 1989, 1413. Magyarországon Hanák András javasolta az elmélet alkalmazását, amikor az Alkotmánybíróságnak arról kellett döntenie, hogy alkotmányos-e a hatáskörét korlátozó alkotmánymódosítás (lásd fentebb). Hanák András: Indítvány az alkotmányellenes alkotmány módosítás ügyében, *Fundamentum,* 2011/1, 81.
32. Mark Tushnet: Review of Dixon and Landau's Abusive Constitutional Borrowing, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 2021/7, 26.
33. Stanley Fish: On Legal Autonomy, *Mercer Law Review*, 1993, 738.
34. Pozen (30. vj.) 955; Jean-Paul Sartre: *Being and Nothingness*, trans. Hazel E. Barnes, Washington Square Press, 1992, 1943, 113, idézi Pozen (30. vj.) 895; Sajó (30. vj.).
35. Antonin Scalia: Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws, in *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, ed. Amy Guttman, Princeton University Press, 1997, 17. Scalia érveket adott a szándékelemzés bírósági alkalmazása ellen: véleménye szerint ez bírói önkényességet eredményezne. A jogalkotó személyes szándéka nem számít, a bíró a szöveg tárgyiasított szándékával (jelentésével) foglalkozik.
36. Brannon P. Denning – Michael B. Kent, Jr.: Anti-Evasion Doctrines in Constitutional Law, *Utah Law Review*, 2012, 1773, 1780.
37. Sajó (30. vj.) 294–300. A bírói alázat ismert példája az amerikai „politikai kérdés" (*political question*) doktrínája, aminek a nevében újabban elfogadják az aránytalan választási körzeteket.
38. Ez az álláspont alkotmányossá vált Magyarországon. Alaptörvény, 28. cikk: *„A bíróságok a jogalkalmazás során a jogszabályok szövegét elsősorban azok céljával és az Alaptörvénnyel összhangban értelmezik. A jogszabályok céljának megállapítása során elsősorban a jogszabály preambulumát, illetve a jogszabály megalkotására vagy módosítására irányuló javaslat indokolását kell figyelembe venni. Az Alaptörvény és a jogszabályok értelmezésekor azt kell feltételezni, hogy a józan észnek és a közjónak megfelelő, erkölcsös és gazdaságos célt szolgálnak."*

    Az Alkotmánybíróság kimondta, hogy az alkotmányjogi panasz nem alapulhat a 28. cikk megsértésén: 3043/2021. (II. 19.) AB hat. Ez kétségkívül akadálya a szándékvizsgálatnak.
39. Kenneth A. Shepsle: Congress Is a 'They,' Not an 'It': Legislative Intent as Oxymoron, *International Review of Law and Economics*, 1992/2, 239.
40. *Reczkowicz Lengyelország* elleni ügye, 43447/19. számú kérelem, az EJEB 2021. július 22-én kelt döntése, 137. bekezdés. Ez a megközelítés közvetlen jelentőséggel bírhat az európai illiberális államok számára.
41. *Reczkowicz,* 239. bekezdés (v. ö. Xero Flor Lengyelország elleni ügye, 4907/18. számú kérelem, az EJEB 2021. május 7-én kelt döntés, 295. bekezdés). A tipikus megközelítést jól mutatja a trafikengedélyek einstandolásánál alkalmazott EJEB-megoldás: a bíróság elfogadta a kormány álláspontját, miszerint a cél az ifjúság védelme. Elég volt, hogy egy ilyen engedélycsere elvileg szolgálhatja a nevezett célt (*Vékony Magyarország* elleni ügye, 65681/13. számú kérelem, 2015. január 13.). A kisebbségi vélemény szerint az *Einstand* egyetlen problémája, hogy a törvény nem biztosított elegendő felkészülési időt. A felkészülési idő jogállami elgondolás, de hogy mikor beszélhetünk *vacatio legis*ről, arra – a jogbiztonság nagyobb dicsőségére – nincs semmiféle elv, csak a látszólag megnyugtató fordulat: „kellő idő szükséges".

42. C-619/18. sz. ügy, Európai Bizottság kontra Lengyel Köztársaság (a nyugdíjkorhatár csökkentése). A Bíróság (nagytanács) 2019. június 24-i ítélete, para. 82., 87.
43. Kim Lane Scheppele: The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work, *Governance*, 2013/4, 559–562.
44. Nadine Poulet – Gibot Leclerc: *Droit administratif: sources, moyens, contrôles,* Editions Bréal, 2007, 243.
45. *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U. S. 402, 1971, 420. A bíróságok szerepe a következő: „csak azt kell értékelni, hogy a határozat a vonatkozó tényezők mérlegelésén alapult-e, és hogy történt-e egyértelmű téves ítélet". Uo. 416; *Department of Commerce v. New York*, 588 U.S. (2019). Az amerikai legfelső bíróság készen állt arra, hogy tekintetbe vegye a választott döntés és az állam által adott magyarázat közötti kapcsolatot, de nem vonta közvetlenül kétségbe a közigazgatási szerv becsületességét, bár a minisztérium felettébb esetleges indoklással szolgált csak.
46. *Merabishvili Georgia* elleni ügye, 72508/13. sz. kérelem, az EJEB kelt 2017. november 28-án kelt ítélete, 303. bekezdés, 307. Az elvet (noha jelentős áttörés) bírálják, mert csak a „domináns" cél jön figyelembe. A „dominancia" koncepcióvá válhat, ami visszaélésszerű bírói tisztelethez vezethet.
47. CDL-AD (2020)016 34, 38. bekezdés. (Örményország).
48. ODIHR, Opinion on the Law of Ukraine on the Judiciary and Status of Judges, 30 June 2017, 50. bek.; Venice Commission, Interim Opinion on the Draft Constitutional Amendments on the Judiciary of Albania, CDL-AD (2015)045, 21 December 2015, 98–99. bek.; Venice Commission and CoE DHR-DGI, Joint Opinion on the Law on the Judiciary and the Status of Judges and Amendments to the Law on the High Council of Justice of Ukraine, CDL-AD (2015) 007, 72–74. bek.
49. Ebben a megítélésben egyes igazságügyminiszterek ígérgetései is szerepet játszottak. A hivatalnokok vevők voltak a szédítő feldicsérésre. Az egyik fő joguralmi probléma az, hogy a hazai és nemzetközi megfigyelők hajlamosak a rendszeres joguralmi visszaélést az ellenőrzőlisták szemellenzőjével értelmezni, ami kizárja a szisztematikus elemzést. Ironikus módon az elmozdíthatatlanság csak 2019-ben lépett be az EU-joguralom Walhallájába: C-619/18. sz. ügy, *Bizottság kontra Lengyelország (a Legfelső Bíróság függetlensége)* 79. bekezdés.
50. „Ó, Bulgáriában minden rendben megy, nem számít, ha a mindenható főügyész a legfélelmetesebb módon üldözi a kormány ellenfeleit – mindaddig, amíg független!" Maximilian Steinbeis: Rule of Law as Ideology, *Verfassungsblog*, 2020. október 9., *https://verfassungsblog.de/rule-of-law-as-ideology/*.
51. 2007-ben a Velencei Bizottság, elismerve a nemzeti megoldások közti hatalmas különbségeket, sőt, azt is, hogy a bírói kinevezések során politikai megfontolásoknak is helye lehet, mégis olyan véleményt adott ki, amiben figyelmen kívül hagyta az eltérő európai normákat, kijelentve, hogy „a bírói tanácsnak döntő befolyással kell bírnia a bírák kinevezésére és előléptetésére…" CDL-AD(2007)028, 25. §, *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282007%29028-e*.

    Mindazonáltal a tanács összetételének szigorú szabályait nem tartották szükségesnek egyes országokra alkalmazni, ahol „az igazságszolgáltatás alapjában a pártpolitika fölött áll, és ahol a bíróságok függetlensége nagyon hangsúlyos és jól megalapozott". Ez azonban (mint azt például Bulgária esetében megállapították) nem vonatkozik az „új demokráciákra". Lásd pl. CDL-INF (99) 5, 30. *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(1999)005*.
52. *Baka Magyarország* elleni ügye, 20261/12. számú kérelem, a Nagykamara 2016. június 23-án kelt ítélete.
53. *Guðmundur Andri Ástráðsson Izland* elleni ügye, 26374/18. számú kérelem, a Nagykamara 2020. december 18-án kelt ítélete. Wojtyczek bíró abban a párhuzamos véleményében, amit a *Reczkowicz*-ítélethez fűzött, megállapította, hogy az *Ástráðsson*-tesztet „úgy tervezték, hogy kezelje a bírák kinevezése során tapasztalt bizonyos típusú szabálytalanságokat, de nem igazán alkalmas azon helyzetek kezelésére […] ahol a problémák multidimenzionálisak, és sok más kérdést érintenek, mint például a bíróság szervezete és működése". Ezek vizsgálata nélkül pedig nehezen képzelhető el jogállami restauráció.
54. Az arányosság érvényesülése esetén még az Alkotmánybíróság elnöke megbízatásának lerövidítése is megengedett lehet, mivel ez igazgatási és nem bírói funkció, és ezért nem ugyanolyan hatással van a bíróság függetlenségére, mint egy ítélkező funkciót ellátó bíró menesztése. Venice Commission, Opinion Armenia, No. 988/2020, Strasbourg, 2020. június 22., 37. bek., *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020) 016-e*.
55. A jogsértés strukturális jellegű, mivel az Igazságügyi Tanács összetételéből ered.
56. A kinevezettek egy része igazolható kapcsolatban állt a Fidesszel (pl. korábbi kabinettagság stb.). Nincsenek azonban egyértelmű nemzetközi normák a politikai kinevezésekkel szemben. Az EJEB ezen összeférhetetlenség iránt elnéző (*Pabla Ky Finnország* elleni ügye, 47221/99. számú kérelem, az EJEB 2004. június 22-án kelt ítélete, 31–35 bekezdés).
57. Vörös Imre úttörő felismerése szerint az alapvető alkotmányellenesség abban áll, hogy az Alaptörvény

kulcsfontosságú rendelkezései az Alaptörvénynek a hatalom kizárólagos megszerzésére vonatkozó tilalmába ütköznek. Vörös ebből vezeti le egyes törvények közjogi érvénytelenségét. Lásd Vörös Imre: A jogállami alkotmányosság helyreállítása, *Civil Bázis*, 2021, július 27., *https://civilbazis.hu/2021/07/27/voros-imre-a-jogallami-alkotmanyossag-helyreallitasa/*. A fenti eszmefuttatás Vörös Imre elgondolásától annyiban tér el, amennyiben nem az Alaptörvény belső, alapvető ellentmondásának a következményeivel foglalkozik, hanem egyes törvények rejtett alkotmányellenességével, vagyis igyekszik az elemzést a hagyományos – de rugalmasan értelmezett – jogállamisági keretek közt tartani, hogy a hagyományos jogpozitivisták számára is elfogadhatóvá tegye a jogállam helyreállítását.

58. Velencei Bizottság, CDL-AD (2020)016, 9. bekezdés: *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)016-e*. Ennek a megoldásnak az a hátránya, hogy a választás alapja – a kölcsönös elfogadhatóság – adott esetben kizárja a legkiválóbbak jelölését.
59. Lásd e tekintetben az EJEB igen rugalmas, mondhatni változó felfogását.
60. Pál apostol levele a rómaiakhoz, 7:15.