

KIÉ AZ UTOLSÓ SZÓ?

SZABÓ MIKLÓS

Tamas Gyorfi:

Against the New Constitutionalism

Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK)

– Northampton (MA, USA), 2016.,

viii + 278 oldal, £ 90

(Elgar Monographs in Constitutional
and Administrative Law)

Tamas Gyorfi – vagyis Gyórfi Tamás, a Miskolci Egyetemről a University of Aberdeenbe elszármazott professzor – kötetének már a címe is erős felütést sejtet mindazoknak, akik tudják vagy utána néztek, mit jelöl a „New Constitutionalism” kifejezés. A – valaki vagy valami – ellen írott könyvek vitairatok, címük mozgósít, sőt harcba hív.¹ Ez esetben az „új alkotmányosságnak” azon széles körben és tartósan gyökeret vert meggyőződése ellen, hogy az alkotmányvédelem legfőbb eszközei az alkotmánybírók és a bírók által végzett alkotmányossági felülvizsgálat. Meghökkenésünk még erősebb, ha azt is tudjuk, hogy a szerző – amint maga is leszögezi – a politikai liberalizmus eszmerendszerének híve, amelyet – ugyanúgy, mint ezt az eszközt bírói aktivizmusként kárhóztató ellenfelei is – beidegződésszerűen a bírói felülvizsgálat szószólói közé szoktunk sorolni. Ezzel adott is a mentális feszültség, amely a kötetet éppen csak kézbe vevő kíváncsiskodót rövest az elolvasására sarkallja.

Ismerve Gyórfi Tamás korábbi írásait, ez nem ígérkezik könnyű vállalkozásnak, nem is bizonyul annak. Szövegei tömörek, feszesen szervezettek, pihentető „üresjáratokat” – Amy, Bella, Chloe és társaik rövid magyarázó példáitól eltekintve – nem tartalmaznak. A kötet egyetlen komplex, előrehaladó érvelés, amely kötött pályán vezeti végig az olvasót az első laptól az utolsóig, nem engedve ugrásokat, átlapozásokat, kihagyásokat. Az előrehaladás fáradságát feledteti a gondolati építmény imponáló teljessége és részletgazdagsága, ahogy Gyórfi a főtétel által kiváltott előzetes benső tiltakozást fokozatosan legyőzve, a tiltakozás útjait és kitérőit elzárva a tétele elfogadása

¹ ■ Csak néhány példa: *Against Interpretation and Other Essays* (Susan Sontag); *Against Method* (Paul Karl Feyerabend); *For Foucault: Against Normative Political Theory* (Mark G. E. Kelly); *Against Theory* (Dwight Furrow); *Against Relativism* (Christopher Norris).

felé terel. Persze a belső ellenállás azért fennmarad, s az olvasót minduntalan arra készíti, hogy ellenérvet, kapaszkodót keressen az olvasás előtt vallott meggyőződése megőrzéséhez; vagyis életben tartja a kritikai attitűdöt.

Ne feledjük, hogy (itt és most) olyan magyar olvasóról van szó, akinek az alkotmányosság és az alkotmányvédelem problémakötege egyre mélyebben vag a húsába, s nem tudja, nem is akarja átadni magát az érvek sodrásának anélkül, hogy következtetéseiket ne vonatkoztatná saját életvilágára. Gyórfi sem tesz úgy, mintha mit sem tudna a magyar helyzetről, mintha nem volna semmi köze hozzá. A megfelelő helyeken példaként használja, s hivatkozik magyar szakirodalomra is. Mindezt egyfelől mértéktartással teszi – aki nem ismeri a nacionálját, az nem is feltétlenül ismeri fel a könyvet olvasva; másfelől – szemben a magyar olvasóval – empirikus tesztként sem használja a megállapításai ellenőrzéséhez (jöllehet, használ empirikus teszteket). Ez olyan távolságtartást és objektivitást biztosít, amellyel az általánosság egészen magas szintjén tarthatja elemzéseit, ahonnan alátékintve minden példa esetleges, és csak a szemléltetést szolgálja. Magasra emelte a léceket, de mindvégig fölötte marad.

★

A szövegezés jelzett sajátosságai (tömörség, feszeség, teljességigény) okán reménytelen vállalkozás a könyv gondolatmenetét megtévesztő leegyszerűsítés nélkül néhány oldalon rekonstruálni. Előszavának első két mondata: „Bár a huszadik század közepére a legtöbb nyugati demokrácia rendelkezett írott alkotmányval, amely többnyire magában foglalta az alapjogok deklarációját, e jogok tartalmának meghatározására a választott törvényhozás kapott felhatalmazást. Azóta ez a hatalom a legtöbb országban a bíróságokra szállt át.” (vi. old.) Utószavának utolsó mondata: „Még ha megengedjük is, hogy az alkotmányos jogok specifikálásakor mindig elsőbbséget kell biztosítani a [bírói] függetlenség érvének az egyenlő [politikai] részvétellel szemben, nehéz volna azt hinnem, hogy az alkotmánybírók kínálnák a legjobb választ a politikai diszfunkciók és a kognitív diverzitás kettős kihívására.” (258. old.) A könyv maga pedig nem más, mint hosszú és kanyargós vonal a kezdő- és a végpont között: annak aprólékos alátámasztása, hogy a bírói alkotmányossági felülvizsgálat alkalmassá-

gáról kialakult széles körű egyetértéssel ellentétben – a politikai folyamat esetleges durva diszfunkcióitól eltekintve – a választott politikai testületek az alkotmánybírókénál alkalmasabbak az alkotmányos jogok tartalmának kibontására. A kezdő- és végpontot hat lépcső – hat, logikus rendben egymásra épülő fejezet – köti össze. A továbbiakban a fő megállapításait rekonstruálom, az olvasás során felmerült gondolataimnak, észrevételeimnek is hangot adva.

Az első fejezet – *Új konstitucionalizmus* – a címet, egyben a fő tárgyat azonosítja, és vázolja uralomra jutásának történeti lépéseit és okait. E tárgy a hazai terminológiában mint jogi (nem politikai) konstitucionalizmus ismeretes, amely szembeállítja a (bírói felülvizsgálat által biztosított) bírói szupremáciát a parlamenti szupremáciával. Az a modell, amely a demokrácia és a joguralom meghatározó elemei közé emelte be az alapjog-alapú alkotmányos felülvizsgálatot, mára ortodoxiává vált. Az Egyesült Államokban született meg, négy feltétel együttállása eredményeként, melyek: az (írott) Alkotmány fensőbbségének elve; egy kodifikált alapjogi katalógus (*Bill of Rights*) megléte; a bírói szupremácia elismerése (a *Marbury v. Madison*-döntés után); s az erős bírói felülvizsgálat ennek nyomán kialakult gyakorlata. Ennek elterjedésével állt elő az a helyzet, hogy immár „létezik a konstitucionalizmusnak egy olyan globális modellje, amely nemcsak közös intézményekkel rendelkezik, hanem közös érvelési technikákkal is, középpontjában a viszonylag nagyarányú, erőteljes [bírói] felülvizsgálattal.” (16. old.)

Az „új konstitucionalizmus” alaptételeit a szerző nem itt, hanem az intézményelméleti fejezetben fogalmazza meg, a három – alkotmányozói, bírói, törvényhozói – döntési szintre vetítve:

„(1) Az alapvető jogokat az alkotmányba kell foglalnia egy alkotmányozó testületnek, s ez az eljárás a rendes törvényhozásnál szélesebb konszenzust igényel.”

(2) „Az alapjogok jelentésének specifikálását erős alkotmánybírókénak kell ruházni.”

(3) „A két első [döntési] szintnek elégséges teret kell hagynia a diszkrecionális felhatalmazás számára, s e területen a legfontosabb politikai döntéseket a kormányzat választott ágainak kell meghoznia [a törvényhozás elsődlegessége].” (155. old.)

A kötet kritikai éle nyilvánvalóan a (2) tétel ellen irányul: hiányoznak a bírói felülvizsgálat beépített intézményes korlátai, s ez az (1) és (3) tételben foglaltak teljes érvényesülését veszélyezteti. Ez a lehetőség Győrfi Tamás szerint is elénk vetítheti a „jurisztokrácia” (miféle név félélmetesre rajzolt) rémképét, amelyből azonban nem – már csak a bírói testület döntéshozói kapacitásának immanens korlátai miatt

sem – válhat valóságos veszély. Ha nem e félelemtől vezettetve is, de a könyv mint vitairat az így fogalmiasított konstitucionalizmus, az erős bírói felülvizsgálat ellen sorakoztatja fel az érveit.

A szerző még rövid előszavának végén – példálózva – előrebocsát két stipulatív definíciós javaslatot: szinonimaként használja az „alkotmányos felülvizsgálat” és a „bírói felülvizsgálat” kifejezést, illetve az „alkotmányos jog”, az „alapvető jog” és az „emberi jog” terminust. Az, hogy ezek közül túlnyomórészt az „emberi jog” kifejezés szerepel a kötetben, még magyarázható azzal, hogy az alapjogi katalógust az Egyesült Királyságban az 1998-as *Human Rights Act* tartalmazza, s az ottani olvasók számára ez a kézenfekvő szóhasználat. Viszont a kontinensen az 1789-es *Nyilatkozat* óta az emberi és polgári jogok története két pályán haladt tovább: az emberi jogok a nemzetközi jog, a polgári jogok a nemzeti (kartális) alkotmányok jogának szótárában vertek gyökeret. Igaz, a közös gyökér – a természetes jogok eszméje – megmaradt, a jelentés azonban divergál. Azt viszont előre sem bocsátja a szerző, hogy – negyedikként – a sallangmentes „jog” kifejezés is szinonimaként lesz használatos. Ennek esetében pedig már hiányzik a közös gyökér is, s e terminus belső jogi használatának – klasszikusan W. N. Hohfeld által elemzett – többértelműségéhez a politikai, a természetes és az erkölcsi jogok zavaró konnotációja is társul. A „jog” és „jogvédelem” belső jogi, alapjogi és nemzetközi jogi értelmét érdemes lett volna fogalmilag-terminológiaiailag is külön tartani.

A következő fejezet – *Politikai elvek* – a modern alkotmányos demokráciák lehetséges igazoló elveit veszi szemügyre. A – tárgy szempontjából – rivalizáló két fő elv az egyenlő részvétel elve és a jog-fundacionalizmus elve. Az előbbi politikai, az utóbbi jogi érdeket fejez ki; az előbbi a (méltányos) eljárásra, az utóbbi az (igazságos) eredményre figyel; az előbbi megoldása az egyenlő részvétel, az utóbbié az (alap-) jogvédelem. Bár mindkét elv érvényre juttatása fontos az alkotmányos demokráciákban, együttesen nem biztosíthatók (legalábbis nincs rá intézményes megoldás), csak egymás rovására érvényesülhetnek. Esetleges egyensúlyuk ezért ingatag.

Az egyenlő részvétel elve négy tételre alapul:

(1) a démosz foglaljon magába minden felnőtt, kompetens polgárt;

(2) a démosz minden tagjának álláspontja kapjon egyenlő súlyt a politikai folyamatban;

2 ■ Alexis de Tocqueville: *A demokrácia Amerikában*. Ford. Nagy Géza et al. Gondolat, Bp., 1983. 220–221. old. (Éppen e szövegrész fordítására, elégedetlenségének hangot adva, alternatív javaslatot tett közzé Adám Péter a 2000 folyóirat 2015. 5. számában. Mivel a fenti idézetben is szereplő „zsarnokság” helyett a „diktatúra” kifejezést használta, a régi változatot idéztem.

(3) egy kötelező döntés akkor legitim, ha visszavezethető a polgárok többségének támogatására;

(4) e többség nemcsak szükséges, de elégséges feltétele is a politikai legitimitásnak.

Szokásosan ezt nevezzük (eljárásszempontrú) többségi elvnek. Riválisa, a jog-fundacionalizmus azzal a (kimenetszempontrú) követelménnyel egészíti ki a legitimitásfeltételeket, hogy (1) a döntés feleljen meg az alapvető jogok bizonyos készletének, miközben (2) e jogok érvényessége és tartalma nem kollektív döntéshozatali eljárásból ered, hanem tőle független és hozzá képest elsődleges. Az észszerű pluralizmus körülményei között – vagyis az eltérő igazságosság-felfogások morális egyenlősége mellett – Gyórfi Tamás a többségi elvet tartja elfogadhatóbbnak, mivel az lehetővé teszi a „többes szám első személyű” (közös) igazságosság-felfogás kialakulását is, míg az alapjogi elv csak az „egyes szám első személyű” (partikuláris) felfogást. A két általános elv előnyeit és hátrányait mérlegre téve javaslatot tesz a meghaladásukra is, de legalábbis gyengeségeik mérséklésére. Ennek a lehetőségét látja a *legitimáció liberális elvéből* való

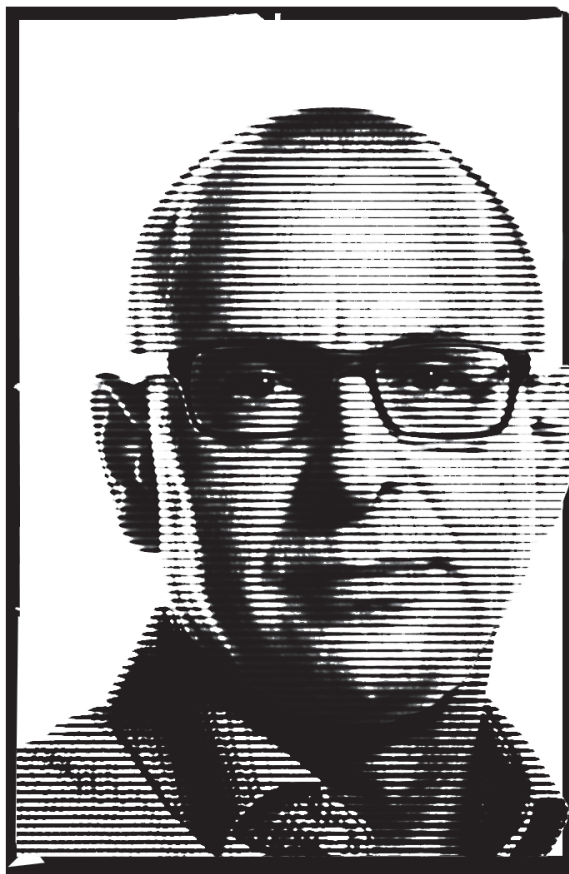
kiindulásban, amellyel „elkerülhetjük mind a többség zsarnokságát, mind a platóni örök uralmát” (55. old.). Ugyanis ez az elv a legitimitás feltételeként a (többségi) döntések nyilvános igazolását kívánja meg, s mivel ennek az igazolásnak a kisebbség számára is érvényesnek kell lennie, jogaik védelme immár nem függ pusztán a többség akaratától.

Visszautalva a „jog” terminus kifogásolt használatára, e ponton rögzíthetjük, hogy alapjogi értelemben a jog elsődlegesen politikai jogként értendő. Az így értett jog a magánjogtól megkülönböztetett közjog területére tartozik, amely a polgár és politikai közössége közti, illetve a politikai közösségen belül a polgárok egymás közti viszonyait rendezi. Ebben a dimenzióban merül fel a kérdés – már a görögöknél is –, hogy a „jog” az erősebb joga-e a gyengébbel szemben, vagy pedig a gyengéé az erősebbel szemben. Esetünkben a többség az erős, a kisebbség a gyenge,

s a jogvédelem tárgya a kisebbség védendő joga a törvényeket diktáló többséggel szemben. Ennek hiánya vagy torzulása idézi fel a többség zsarnokságának veszélyét – legismertebben Tocqueville megfogalmazásában:

„A földön tehát nincs hatalom, mely önmagában véve oly tiszteletreméltó lenne és oly szent

jogokkal felruházott, hogy hagynám cselekedni ellenőrzés nélkül, és uralkodni korlátozás nélkül. Amikor azt látom, megadják a korlátlan cselekvés jogát és lehetőségét valamely hatalomnak, hívhatják népeknek vagy királynak, demokráciának vagy arisztokráciának, s gyakorolhatják monarchiában vagy köztársaságban, így szólok: Itt a zsarnokság csiréje, s elindulok, hogy más törvények alatt éljek.”²



A veszély megnevezésével Tocqueville nincs egyedül; idézhetnénk John Stuart Millt és John Adamst is. Maga a gondolat, hogy a demokrácia a zsarnokság melegágya, két és félezer évre tekint vissza, s egészen a XX. század közepéig dominál. A félelmet a „nép” két fő tulajdonsága táplálja: szegény, emiatt megvesztegethető, és tudatlan, emiatt megtéveszthető (gondol-

junk például az athéni színre *Az ember tragédiájában*) – innen a ragaszkodás a vagyoni és a műveltségi cenzushoz. A képviseleti demokráciának ma is problémája, hogy a választások demokratikus volta még nem garantálja a kormányzás demokratikus voltát. Nem beszélve a képviselet olyan felfogásáról, amelyben a választók akaratát a végtelenített közvélemény-kutatásokkal szimatolt – és manipulált – közhangulat helyettesíti, a többség számlálásakor akkor is egy szavazat két „igen”-t ér: igen egy politikai erő többségére a törvényhozásban és igen az ugyanezen erő által felállított kormányra mint végrehajtó hatalomra. A törvényhozás és a végrehajtás egymás által, egymással szemben gyakorolt kontrollja tehát valójában a kormányzat mint egység önkontrollját jelenti. Ehhez képest a bíraskodás valóban külső korlát lehet, amely a függetlenségben (Gyórfinél: az elszigetelés érve) fejeződik ki és éppen általa válik lehetségessé.

A többség zsarnokságának veszélyével Gyórfi Tamás is számol, azonban elkerülhetőnek látja a legitimitás – Rawlsra visszavezethető – liberális elvének követésével, vagyis a döntések legitimitásfeltételeinek és a döntések nyilvános (szubsztantív) igazolása követelményének összekapcsolásával. A legitimitás liberális elve immár nem az egyszerű többséget szegezi szembe az alapvető jogok (bíróság által védett) konkrét készletével, hanem a nyilvánosan – a kisebbség számára is – igazolt (bár a kisebbség által tényszerűen nem feltétlenül elfogadott) elvek (törvényhozás által kiképzett) készletét.

A harmadik fejezet – *Az elvektől az intézményekig* – intézményelméleti problémaként exponálja a monográfia fő kérdését: igazolható-e a bírói alkotmányos felülvizsgálat? Terjedelmét tekintve is ez a kötet központi része. A vizsgálat tárgya pedig a választott politikai testületek és a kinevezett bíróságok mint intézmények egybevetése annak eldöntésére, hogy melyikük képes inkább az absztrakt alkotmányos jogok tartalmának specifikálására. Az alkalmazott módszer ennek megfelelően leginkább szociológiaiainak nevezhető: „Az empirikus társadalomtudományok relevánsabbnak tűnnek vizsgálódásaink számára az alkotmányjogi jártasságnál.” (96. old.) Innen tekintve kerülnek mérlegre a törvényhozás és a bírászkodás mellett (és ellen) szóló episztemikus érvek, vagyis a rendelkezésükre álló kognitív kapacitások számbavétele. Metonimikusan a törvényhozói *akarát* áll szemben a bírói *értelemmel*: egy demokratikusan választott, nagy létszámú, szociálisan és szakmailag diverz testület egy kinevezett, zárt, homogén, szakmailag szocializált hivatásrenddel.

„Amellett érvelek – mondja a szerző –, hogy a kognitív diverzitás nyilvánvaló komparatív kognitív előnyt biztosít a törvényhozóknak a bíróságokkal szemben az intézményi analízis episztemikus dimenziójában.” (109. old.)

Kérdőjelek persze itt is felbukkannak: Weber után, a modern politikai üzemet működtető „politikai hivatalnokok” és „szakhivatalnokok”³ korában s az újabb elitelméletek ismeretében a politikusok mennyiben mondhatók kognitív értelemben diverznek; a laikus ülnökök és esküdtek is mutatnak diverzitást; a bírók kinevezése mögött is rejlik választás – legalább a kinevezők választása –, esetenként közvetlen választás, mint például az Egyesült Államokban, máskor – éppen az alkotmányossági felülvizsgálatot végzők körében – közvetlen, kalkulatorikus politikai akarat; vagy mire utal a törvényhozással szembeállított „bíróságok” gyűjtőnév: egy bíróságra, a bírói karra, a bírósági rendszerre, a közjogi bíróságokra? Gyórfi Tamás átfogó válasza az, hogy az igazi különbség a *képviselő* fogalmában rejlik, az pedig a választott vezetők és a vezetettek közötti speciális, függő viszonyt jelent, ami a bírók esetében nem áll fenn.

Az episztemikus érvek csokrát egészítik ki az eljárásal, az igazolással és az elszigeteltséggel kapcsolatos érvek. A két intézmény *eljárását* egybevetve Gyórfi Tamás rögzíti, hogy bár természetesen a bíróságok hivatása általános normák egyedi esetekre alkalmazása, „itt nem ez a releváns kérdés. A céljaink szempontjából releváns kérdés, hogy vajon a jogalkalmazói vagy a törvényhozói eljárás alkalmasabb-e episztemikus szempontból az elvont alapjogi rendelkezések specifikálására” (125. old.) – s a válasz: a törvényhozói. Az *igazolás* a nyilvánosan igazolt és követett elvek feltárására utal, amelyre olyan reprezentatív és diverz intézmény alkalmas, amelynek ideájától a bíróságok messze állnak. Az *elszigeteltség* érve a bírói függetlenségre utal, amelyet a többségi elv diszfunkciói tehetnek szükségessé, azonban igazoltsága kérdéses, ha nincsenek ilyen diszfunkciók.

Explicit döntéseméletet nem vázol fel a szerző, ilyenre nem is hivatkozik. Ennek hiányában is érdemes volna bevonni a vizsgálatba az intézményes döntéshozatal olyan szociológiai-szociálpszichológiai sajátosságait, amelyek tovább árnyalhatnák az elemzést. A törvényhozás szociológiájának részeként vizsgálni lehetne például azt, hogy a testület diverzitása mellett is elképzelhető: a tényleges döntések nem e testület vitájában, hanem frakcióirodákból, párházakban zártan és szűk szakértői-politikusi körben születnek meg; a szociálpszichológiának a csoportdöntés dinamikájával kapcsolatban lehetne mondanivalója a csoportnyomás, a konformitás, a csoportszerkezet által meghatározott kommunikációs rendszer, hatalmi hierarchia, a vezetési stílus stb. fogalomkörében.

Gyórfi Tamás már az előszavában leszögezi, hogy „elsősorban az alkotmányos rendszerekről általában tesz megállapításokat, s nem egyes jogrendszerekről” (vii. old.). Ennek az általánosságigénynek felel meg az a helyzetkép is, amelyet az alkotmányos felülvizsgálat általános modelljének elterjedtségéről rajzol:

„a második világháború után az új demokráciák alkotmányos berendezkedése egyre növekvő számban négy intézményi sajátosság kombinációján alapul: dualista alkotmányos szerkezet, kodifikált alapjogi katalógus, bírói szupremácia és a bírói felülvizsgálat erős gyakorlata.” (15. old.)

Mára, teszi hozzá Gyórfi, az ENSZ 193 tagállamából – eltekintve az átmenetiség néhány esetétől – csak Izrael, Új-Zéland és az Egyesült Királyság alkotmánya tér el ettől a modelltől. A könyv elemzései és megállapításai azonban ennél jelentősen szűkebb körrel és körhöz szólnak, s ez a kör a jól működő

3 ■ Max Weber: *A politika mint hivatás*. Ford. Lannert Judit, László Géza. ELTE–MKKE, Bp., 1989. 26. old.

4 ■ A Polity IV projekt, az Economist Intelligence Units és a Freedom House elemzése.

5 ■ Alexander Hamilton – James Madison – John Jay: *A föderalista. Értekezések az amerikai alkotmányról*. 78. szám. (Hamilton) Ford. Balabán Péter. Európa, Bp., 1998. 556. old.

demokráciák csoportja. A történeti áttekintés bontja ki az átfogó képet, négy empirikus elemzés eredményeinek bevonásával. Boix és munkatársai felmérései szerint a demokráciának tekinthető 117 országból 111-ben van bírói felülvizsgálat. Három másik elemzésből⁴ pedig az az összegző megállapítás szűrhető le, hogy az alkotmányossági felülvizsgálat hiánya inkább az autokratikus berendezkedésű országokat jellemzi. Tovább bontva a képet a bírói felülvizsgálat erőssége szerint, Gyórfi megállapítja, hogy a paradigmaticus modellől eltérő USA és NSZK mellett gyenge felülvizsgálat intézményesült Ausztráliában, Kanadában, Új-Zélandban, az Egyesült Királyságban és az öt skandináv országban; nincs felülvizsgálat Svájcban és Hollandiában. Ez utóbbi, táblázatos formában is összefoglalt (152. old.) alkotmányos berendezkedés – „a 11-ek” – tapasztalata alapján fogalmazza meg Gyórfi azt az átfogó értékelést, hogy „az érett demokráciákban nincs kényszerítő ok a bírói felülvizsgálat erős formájának bevezetésére” (151. old.). Amellett, hogy a demokrácia és az autokrácia „szintje” jócskán eltérő lehet, és időben is változik, kérdés, hogy ezen élcsapat példája a többiek elé állítható-e, avagy beérhetjük-e azzal, hogy igazoltuk: nemcsak elméletileg, hanem gyakorlatilag is lehetséges alapjogvédelem bírói felülvizsgálat nélkül.

Gyórfi Tamás végül felvillantja annak lehetőségét is, hogy nem feltétlenül kell az alkotmánybíráskodás és a törvényhozás kettősségében vagy e kettő között keresnünk a függetlenség és a sokszínűség együttes biztosításának lehetőségét – kísérletezhünk más intézményes megoldásokkal is. Közismert példát kínál a brit Lordok Háza, amely kombinálja a függetlenséget és a diverzitást, sőt a politikai és – mint *Law Lords* – a bírói testület erőit is. (Akár hasonló is lehetett volna a rendszerváltás kezdetekor nálunk is felvetett ötlet, felsőház felállítása.) Próbálkoztak már a – nálunk a szociológiai módszertanból ismert – panelek (*citizen panels*) ad hoc felállításával is, valamely (köz)politikai kérdés megvitatására. Természetesen tartalmassá volnának tehetők, különösen a digitális térben, az ismert alkotmányos keretek, mint a társadalmi vita, a népszavazás, az alkotmányjogi panasz stb.

A következő fejezet – *Alkotmányértelmezés* – ígéri a bírói felülvizsgálat immanens elemzését. A törvényhozás és a bíráskodás rivalizáló alkalmasságának megítéléséhez itt megvizsgált ellentmondás abban rejlik, hogy az alkotmányos jogok nagyfokú elvontsága és értéktelítettsége miatt alkalmazásuk nem alapulhat egyszerűen a deklaratív elméleten – amely szerint a bíróság csak kimondja, deklarálja azt, ami az alkotmány szövegében már benne rejlik –, hanem morális döntéseket is kell hoznia, értékek közül kell választania, amire viszont nincs (választói) felhatalmazása.

„Összefoglalva, a paradoxon az, hogy a legtöbb alkotmányos jogot nem lehet kodifikálni az alkotmányozási folyamat során, ha az alkotmányozók

nem vonatkoztatnak el a részletektől, amelyeket a versengő értelmezések adnak hozzá az általános fogalomhoz. E jogok mégsem alkalmazhatók az egyedi esetekre, ha a bírók előbb nem specifikálják őket, azaz nem egészítik ki az általános fogalmat precízebb szabályokkal és elvekkel. A kartális alkotmányok természete ad magyarázatot arra, miért ésszerű arra számítani, hogy a morális megfontolások beszűremlenek az alkotmányértelmezésbe.” (177. old.)

Így viszont, tegyük hozzá, leomlik a *voluntas* és a *ratio* közötti fal.

Az elemzésben nem kap kellő hangsúlyt, hogy egyáltalán az értelmezés igényét nem elvont spekulációk, hanem konkrét esetek teremtik meg. A szerző ugyan ütközteti Tomkins véleményét a jogvitára szűkülő látószögről („Sem a bíróság előtti érvek terjedelme, sem változatossága nem olyan plurális és nyitott, mint a parlamenti döntéshozatal esetében” – 121. old.) Kavanagh-éval (éppen ez az esetközpontúság a bíróság feladata, s egyben előnye), de Tomkins álláspontját teszi magáévá. Idézzünk megint klasszikust:

„A törvények értelmezése a bíróságok hivatásszerű, sajátos feladata. Az alkotmány: alaptörvény, és a bírák alaptörvénynek kell hogy tekintsék. Ezért hát feladatuk pontosan értelmezni a jelentését, továbbá minden olyan rendelkezés jelentését is, amely a törvényhozó testület tevékenységéből ered. Ha netán kibékíthetetlen ellentét adódik a kettő között, [...] az alkotmány részesítendő előnyben a törvénnyel szemben, a nép szándéka a nép küldötteinek szándékával szemben.”⁵

Az értelmezéshez az a *par excellence* jogi-jogászi szakértelem (a *ratio*) szükséges, amelyet éppen csak a konkrét *eset* mozgósít. Egy általános fogalom jelentését nem lehet általában megadni, csak konkrétan – esetről esetre – megállapítani, hogy az adott eset a fogalom alá tartozik-e. Amikor például egy kommentár kibontja a „megöl” szó jelentését, csak az addigi (de nem a későbbi) joggyakorlatra támaszkodva tudja listázni, mely elkövetési módok minősültek vagy nem minősültek már emberölésnek. Az a sajátos szakértelem tehát, amely a bíróságok megkülönböztető sajátja, az esetekben gondolkodás: az esetről esetre haladó értelmezés.

Kifogásolható fogalmi összecsúszás, hogy miközben Gyórfi Tamás köznévként többnyire a „bírók” (*judges*) és „bíróságok” (*courts*) kifejezést használja, az alkotmány(védő) bírókat és bíróságokat érti rajta; ezzel azt sugallja, hogy az előbbi (általánosabb) fogalom főfogalma az utóbbi (specifikusabb) fogalomnak, tehát jellegadója is. Ezt észrevételezve fogalmazódik meg a kérdés: bíróságok-e (egyáltalán) az alkotmánybírók? A válasz nem magától értetődő, mert míg az USA alkotmánybírói

szerp körben (is) eljáró Legfelsőbb Bírósága nyilvánvalóan az, a kontinentális alkotmánybíróságok kérdésesekek, a francia Államtanács pedig nyilvánvalóan nem az. Ez a többértelműség arra utal, hogy az alkotmánybíráskodás köztes helyzetben van a politikai és a jogi-bírói testületek között. Nem feltétlenül konkrét eseteket, hanem (azok apropóján is) normákat bírál el; nem advezális eljárást folytat; nincs fellebbezés; csak negatív (kasszációs) jogköre van („negatív törvényhozó”); része a hatalommegosztás rendszerének; független. Ami viszont egyértelmű: egyrészt az, hogy a politika (kormányzat) politikai testületként tekint rá, pontosabban a politikai *voluntas* elé állított korlátait úgy próbálja áttörni, hogy politikai testületté alakítja (politikai kinevezések, hatáskör módosíthatása); másrészt azonban e törekvések akkor vallanak kudarcot, ha az alkotmánybírói testület viszont bíróságnak, tehát függetlennek tekinti magát, és a politikai (kinevezett) bírók is bíróként, nem pedig politikusként fogják fel a szerepüket.

Az is régóta világos, hogy a kormányzattal és a többség zsarnoki hajlamaival szemben szükség van ilyen ellensúlyra. Már John Adams megfogalmazta, hogy e hajlamok mérséklésére szükség van – az *areté* (erény, kiválóság) értelmében felfogott (nem pedig történelmi) – arisztokráciára. Ezt a gondolatot átvette Tocqueville is, és az arisztokrácia ezen szerepkörét a jogászokra illőnek látta:

„Midőn az amerikai nép megittasul saját szenvedélyeitől vagy hagyja magát elragadtatni nézetei által, a jogászok szinte láthatatlan gyeplőt vetnek rá, mely csillapítja és megfékezi. Demokratikus ösztöneivel titkon szembehelyezik saját arisztokratikus hajlamaikat, újdonságszeretetével a maguk babonás tiszteletét minden iránt, ami régi, határtalan terveivel saját szűk nézeteiket, a szabályokkal szembeni megvetésükkel formakultuszukat, forrongó lendületével a saját, megfontolt, lassú szokásaikat. A törvényszékek a legszembetűnőbb fórumok, melyekkel a jogászok rendje a demokráciára hat.”⁶

E megnyilvánulás annak a mentalitásnak a jelenlétét és máig tartó hatását szemlélteti, amelynek meggyőződése, hogy a hatalom mérséklésének eszközét a jogban és a bíróságokban érdemes keresni.

Az utolsó érdemi fejezetben – *A gyenge bírói felülvizsgálat elmélete* – válik egyértelművé (bár korábban is utalt rá), hogy Győrfi Tamás nem a bírói alkotmányos felülvizsgálat ellen, hanem éppen mellette, pontosabban az *erős* bírói felülvizsgálat ellen, de a gyenge bírói felülvizsgálat (valamelyik változata) mellett érvel, s ennek elméletét vázolja fel. Az „erős” kritériuma, hogy a bíróságé a végső szó egy kifejezés jelentésének megállapításakor. A lehetőségeket áttekintve Győrfi a „gyenge” felülvizsgálatnak három alaptípusát és négy modelljét különbözteti meg.

Az (1) alaptípus a *korlátozott felülvizsgálat*: a bírójogát a vizsgálat tárgya és szempontjai is korlátozhatják; a korlátozás mértéke fokozatos jellegű.

A (2) alaptípus a *nem végső felülvizsgálat*: ilyenkor a végső szó a törvényhozásé, amely megszorítással módosítja a bírói döntés kötelező erejét.

A (3) alaptípus a *deferenciális felülvizsgálat*, amely önmérsékletre, mértéktartásra utal a bíróságot megillető jog gyakorlása során, ami lehet alkotmányos szokás, de lehet doktrína, vagy kivételesen alkotmányos norma is. Legismertebb példái a skandináv országokban találhatók.

Az alaptípusokhoz különböző konstellációkban kapcsolódó modellek az intézményközi – az alkotmánybíróság és a törvényhozás közti – interakció jellege szerint különböznek. Erős felülvizsgálat esetén nincs interakció: a bíróság monologikusan kinyilatkoztatja a döntését. Gyenge felülvizsgálat esetén viszont négy modellje azonosítható:

(A) A *párhuzamos monológok* formális dialógust jelentenek: a korlátozott felülvizsgálat feltételei mellett mindkét intézményt megilleti bizonyos döntési jog, s döntéseiket csupán közlik egymással.

(B) A *dacoló törvényhozás* arra az esetre utal, amikor a bírói felülvizsgálat nem semmisítheti meg az alkotmányosértő aktust – „Még drámaiban fogalmazva, a konfliktus nem úgy fogalmazódik meg, mint két episztemikusan egyenlő fél közötti egyet nem értés, hanem a parlamenti akarat és a bírók értelme közti konfliktus.” (232. old.)

(C) A *közös felelősség* modelljében egyik intézményt sem illeti meg „az” autentikus döntés joga, nézeteltérésüket nem jogsértésként, hanem eltérő értelmezésként fogják fel. Míg ez a modell csak azt várja el a bíróságtól, hogy alakítsa ki saját (egyes szám első személyű) értelmezését, addig

(D) a *vészfék* modellje azt is elvárja, hogy a bíróság vonja meg a határt a tolerálható és az elfogadhatatlan első személyű érvelések között.

Győrfi Tamás konklúziója: „Az általános intézményelemzésből következően a legfőbb választóvonal nem a gyenge bírói felülvizsgálat különböző típusai között húzódik, hanem inkább az intézményi interakció különböző modelljei között.” (238. old.)

6 ■ Tocqueville: A demokrácia Amerikában, 243. old.

7 ■ Hamilton–Madison–Jay: *A föderalista*, 51. szám, (Madison), 381. old.

8 ■ Stephen Gardbaum: A konstitucionalizmus új nemzetközösségi modelljének előnyei. Ford. Kovács Ágnes, Kazai Viktor. *Fundamentum*, 2014. 1–2. szám, 5–18. old.

Az (A) és a (B) modell elvetése után a (C) és (D) modellt értékeli olyanként, mint amelyek lehetővé teszik az erős bírói felülvizsgálat elkerülését, de megőrzik a felülvizsgálat egy mérsékeltebb, a választott törvényhozásnak az alapjogok tartalmának meghatározásában elsőbbséget biztosító formáját.

E végkövetkeztetést ismét megkíséreljük a klaszszikusokkal tesztelni. A gyengén ellenőrzött erős kormányzat veszélyeztetheti polgárai szabadságát. Ezt James Madison, az Egyesült Államok negyedik elnöke fogalmazta meg a legérzékletesebben:

„Ha az emberek angyalok volnának, nem kellene kormányozni őket. S ha az embereket angyalok kormányoznák, a kormányzatot sem belülről, sem kívülről nem kellene ellenőrizni. Az olyan kormányzati rendszer kialakításában, amelyben emberek igazgatnak más embereket, a nagy nehézség a következő: először képessé kell tenni a kormányzatot arra, hogy irányítsa és ellenőrizze a kormányzottakat; másodszor rá kell kényszeríteni, hogy ellenőrizze saját magát.”⁷

S mi van akkor, ha – ráadásul – az emberek, ide értve a politikusokat is, ördögök, vagy képesek ördöggé válni? Ha ez valós veszély, akkor a jognak fel kell rá készülnie. A jog intézményrendszere egyébként is csak akkor működőképes, ha a normaszegés kivételes (ezért lehetnek hatékonyak a polgári engedetlenség mozgalmái, nem beszélve a nagyobb és erőszakosabb ellenállási formákról). Vagyis a jognak eleve a kivételes, rendkívüli esetekre kell felkészülnie. Általában nem ölünk, általában nem lopunk, általában nem szegjük meg a kötelezettségeinket. Néha azonban igen – és ekkor kell működésbe lépnie a jognak. A jól rendezett demokráciák kormányzatai általában alkotmányos keretek között működnek, s általában respektálják az alkotmányos alapjogokat. Néha azonban nem, s ennek fájdalmas tapasztalatait ismerjük. Az alkotmányvédelemnek – miként a civil rend védelmének is – fel kell rá készülnie, hogy polgárok és/vagy választott képviselőik ördögi arcot ölthetnek. Ekkor az alkotmányvédelemnek tudnia kell erőt mutatni – legalább addig, amíg az alkotmányos demokrácia felszámolása általánossá nem válik, amíg rendszerré nem áll össze.

„A fő ok, amely miatt alternatívákat keresünk az erős alkotmányos felülvizsgálat mellé, az, hogy az alapjogi bíraskodás megkívánja, hogy kibontsuk az absztrakt, értékkötött normákat, a bíróknak viszont nincs specifikus tapasztalatuk azokban a morális kérdésekben, amelyeket meg kell válaszolni az eljárás során.” (240. old.)

A kötet végső (de már menet közben is előre jelzett) célja, hogy az „új konstitucionalizmussal” szemben nem általában az alkotmánybírói felülvizsgálat, hanem az erős alkotmánybírói felülvizsgálat

ellen, de a gyenge alkotmánybírói felülvizsgálat mellett érveljen. Ez a közvetítő, kiegyenlítő törekvés nálunk sem ismeretlen: a „New Commonwealth” modellről magyarul is olvashatunk S. Gardbaum tollából,⁸ amelytől azonban eltér Gyórfi saját szkeptikus javaslata. Szkepszistól szkepszisig: Gyórfi Tamás az „új konstitucionalizmussal” szembeni szkepszissel indít, s annak kifejtésére és alátámasztására irányul a gondolatmenet egésze – hogy majd javaslatának, a gyenge bírói felülvizsgálatnak a realizálhatósága iránti (igaz, jóval enyhébb) szkepszisbe torkolljon. E szkepszis forrása az Egyesült Királyság parlamenti szuverenitáson alapuló alkotmányos rendszerre rátelepült s különösen az Emberi Jogok Európai Bírósága joggyakorlata által kikényszerített felülvizsgálati lehetőség ereje. A kötet lezárásakor, 2016-ban, s még azután is sokáig, nem lehetett sejteni (talán még ma sem) a Brexit folyamat végkifejletét; így az sem látható, hogy vajon e szkepszis eloszlását vagy éppen elmélyülését hozza-e majd magával.

★

Marad néhány észrevétel, amely bár nem pusztán formai jellegű, mégis inkább a kötet szerkesztőjét, mintsem a szerzőjét illeti. Szót is csak azért érdemel, mert a monográfia mint olvasmány befogadását könnyebbé tennék/tehetnék volna.

Az egyik a lakonikusan tömör tartalomjegyzék, amely csak a hat fejezet és az összefoglalás néhány szavas címét és kezdő oldalszámát adja meg. Ehhez képest a szöveg négy szinten tagolódik, úgy, hogy egy-egy alcím az egybekezdésnyitől többoldalasig terjedő szövegrészt is takarhat – e négy szint struktúráját csak egy részletes tartalomjegyzék tenné áttekinthetővé. Ez annál inkább is szükséges volna, mivel a szoroson rétegzett szöveg gyakori visszakeresést-visszalapozást igényel. Ezt az igényt valójában a rövid, közös név- és tárgymutató sem mindig elégíti ki.

Hasonlóképp hiányzik a rövidítések mutatója is, amelyet így az olvasónak magának érdemes elkészítenie, amíg a könyvben előre haladva meg nem tanulja őket. Olyan rövidítésekről van szó, mint PEP (*Principle of Equal Participation* = az egyenlő részvétel elve); RF (*Rights Foundationalism* = jog-fundacionizmus); LPL (*Liberal Principle of Legitimacy* = a legitimitás liberális elve) stb.

Ugyanebbe a problémakörbe tartozik a belső – előre- és hátra- – hivatkozások mikéntje. Ha már a tartalmi tömörség szükségessé, a formai tagoltság pedig lehetővé teszi, sokat segítene a pontos oldalszámra, de legalább a legalsó szintű alcímre történő hivatkozás. A „Bár amellezt érveltem, hogy...” (53. old.); „Az elmélet, amelyet a fentiekben ajánlottam...” (74. old.); „Hogy emlékeztessem az olvasót...” (165. old.) hiányérzetet kelt: jó volna azonnal odalapozni, s valóban emlékezni. Ugyanakkor az ellenkezőjére is számos jó példa akad, például az „A

2.1.6 részben azt állítottam...” (68. old.), vagy a „már érintettem a 4.2.3 címben...” (204. old.) utalás.

Nem a magyar, hanem az angol nyelvű olvasóval (és a magyar szerzőkkel) szemben volna udvarias gesztus a magyar nyelvű hivatkozások címét – szögletes zárójelben – angolra fordítva is megadni, hogy legalább a hivatkozott írás tárgyáról tájékoztasson.

Sajnálatos, hogy – mutatva az ilyen ígéretek kockázatosságát – az előszóban felkínált, az olvasást megértést támogató <http://constitutions.silk.co> oldal 2017. december 15. óta nem érhető el.



Ezen apróságoktól és a kifejtés érdemével kapcsolatban tett észrevételektől eltekintve, és azok ellenére is, Gyórfi Tamás könyve jó szívvel ajánlható mindazoknak, akik – olvasmányuk erejéig – részeseivé szeretnének válni egy jól rendezett demokráciában folytatott diskurzusnak; példázva szeretnék látni, milyen az, ha egy nálunk vérré menő politikai adok-kapok tárgyában tárgyszerűen és szakszerűen folytatnak vitát; szembesülnének azzal, hogy milyen fáradtságos s ennek révén milyen gyümölcsöző egy nehéz kérdésben egy komplex érvrendszert kimunkálni – s befogadni is; s hogyan lehet saját meggyőződésünk explicitté tétele mellett is kívül- és felülállóként bemutatni az egyes vitakérdésekben lehetséges álláspontokat. A kötet elolvasása – bizvást mondhatjuk: feldolgozása – után azonban nemcsak ezen intellektuális élményekkel leszünk gazdagabbak, hanem az alkotmányvédelemre vonatkozó ismeretekben is. Nemcsak általában az alkotmányos felülvizsgálat és alkotmányértelmezés intézményrendszerére tudunk értőn reflektálni, s nemcsak ezen intézmények működés módjára az alkotmányos, jogállami demokráciákban, hanem saját alkotmányos tapasztalatainkra is. Olyan fogalom- és összefüggéskészlet birtokába kerülhetünk, amelynek hálójába befogható a lehetséges igazolt nézetek teljes készlete. □

BIZALMAS VISZONYOK

