

A JOGÁLLAMI GONDOLKODÁS CSAPDÁJA

A Fórum rovatnak ezeket az írásait részben Salát Orsolya szerkesztőtársunknak „A jogásznemzet esete az autokráciával” című, ez év áprilisában közzétett Facebook-bejegyzése indukálta, amely komoly visszhangot váltott ki a közösségi média felületein, és amelynek bővített változata olvasható e számban, másrészt pedig az a vita, amely lényegében 2010 óta zajlik a szerkesztők között, arról, hogy mennyiben szabad a korábbihoz hasonlóan doktrinális keretek között elemezni a politikailag elkötelezett Alkotmánybíróság gyakran *par excellence* politikai motivációjú döntéseit. Hadd bocsássam előre, hogy a jogállamiság tekintetében kiindulópontom közel esik Jürgen Habermaséhoz, aki – miközben tudomásul veszi, hogy léteznek állami jogrendszerek jogállami intézmények nélkül, és jogállamok is demokratikus alkotmányok nélkül – hangsúlyozza, hogy jogállam normatív értelemben nem lehetséges demokrácia nélkül.¹ Ennek a normatív értelemben vett jogállamnak a szisztematikus leépítése megkezdődött rögtön a 2010. évi parlamenti választások után, és lényegében azzal, hogy a Fidesz-kormány úgy alakította a választójog szabályait, hogy az garantálja – lehetőség szerinti kétharmados – újraválasztását a 2014-es, majd a 2018-as választáson, Magyarország megszűnt demokrácia is lenni.²

Ami a jogállam erózióját illeti, magam elég korán elkezdtem kongatni a vészharangot: 2010 nyarán egy publicisztikában már a jogállam végét vizionáltam,³ majd 2012-ben több idegen nyelvű publikációban és előadásban az „alkotmányos ellenforradalom” kifejezést használtam a magyarországi visszarendeződés leírására.⁴ Persze tudtam, hogy léteztek az enyémtől eltérő, komolyan veendő értékelések, amelyek az új alkotmányos rendszert – annak bírálható elemei ellenére – továbbra is az európai értékeknek megfelelőnek ítélték.⁵ Többben meg is feddtek a jogállam túl korai elbúcsúztatása és az illiberális fordulat ellenforradalomként történő aposztrofálása miatt, de – anélkül, hogy bármi elégtételt éreznék –, sajnos, úgy tűnik, hogy az Európa Tanács és az Európai Unió kemény kritikái is igazolták a magyarországi alkotmányos folyamatoknak illetően minősítését.

A magyarországi folyamatok számomra legizgalmasabb kérdése éppen az, hogy miért nem alakult ki az alkotmányos értékek iránt erősebb tisztelet a rendszerváltás első húsz esztendejében, ami megakadályozta – vagy legalábbis megnehezítette – volna a liberális demokrácia ilyen villámgyors leépítését. És ez felveti a kérdést, hogy kit hibáztassunk a demokratikus jogállamiság elvesztése miatt: a Fideszt és kormányát, hogy populista retorikájával háttérbe szorította a demokratikus értékek fontosságát; a tehetetlen ellenzékét, hogy nem tudott csábító alternatívát kínálni; a demokratikus értékek iránt elkötelezett elitet, hogy képtelen volt meggyőzően érvelni ezen értékek mellett – vagy a ’népet’, hogy eleve nem volt vevő ezekre az értékekre. Az autokratikus hajlamú

politikuskoknak persze komoly a felelősségük, de az ő céljuk nyilvánvalóan a hatalom minden áron való megtartása. A magát demokratikusnak tartó ellenzékétől viszont elvárható, hogy a hatalom visszaszerzésére való törekvése közepette ne feledkezzen meg az alkotmányos értékekről. Azt illetően, hogy a társadalom meggyőződjön az alkotmányos jogállam előnyeiről a rendet és biztonságot

ígérő autokráciával szemben, felelősség terheli az értelmiségi – és ezen belül is a jogászi – elitet.

Egyes szerzők egyenesen úgy gondolják, hogy a kelet-közép-európai rendszerváltások visszarendeződésében komoly szerepet játszottak az alkotmánybírók és az azokat támogató liberális jogászi elit a „jogi alkotmányosság” (‘legal constitutionalism’) preferálásával, szemben az alkotmányos kérdésekbe a lakosságot jobban bevonó, „részvételi” (‘participatory’) vagy „civil” (‘civic’) alkotmányossággal.⁶ A magyar szerzők közül Horkay Hörcher Ferenc képvisel hasonló álláspontot, akinek a legnagyobb problémája a jogi alkotmányosság fő hazai képviselőjével, a Sólyom László vezette Alkotmánybírósággal, hogy az nem engedte érvényesülni az Antall-kormány első igazságtételi terveit, mondván, hogy „*a mindig részleges és szubjektív igazságosságnál a tárgyi és formális elvekre támaszkodó jogbiztonság előbbrevaló*” (11/1992. (III. 5.) AB határozat). Azzal, hogy a szigorú jogfolytonosság talaján maradt, Horkay szerint az Alkotmánybíróság előállította a rendszerváltás igazsá-

gosság-deficitjét, eleve lemondva az emberekben meglévő igazságérzet, igazságosságigény kielégítéséről, nagy tömegeket elidegenítve az alkotmányosság eszméjétől.⁷ Vagyis a „jogi alkotmányosság” bűne e felfogás képviselői szerint az, hogy túlzott mértékben a jogászai elit privilégiumává tette az alkotmány ügyét. Miközben én, aki a magyar Alkotmánybíróságnak – annak első, legaktívabbnak mondható hat évében – munkatársa voltam, valóban sok jelét tapasztaltam (magamon is) ennek az attitűdnek, azt gondolom, hogy az alkotmányos kérdések iránti valódi társadalmi érdeklődés,⁸ és az ahhoz szükséges alkotmányos kultúra hiányában nem nagyon volt realitása a populárisabb⁹ alkotmányosságnak.¹⁰

Az alkotmányos jogállamiság kérdéseiről érdektelenség és az alkotmányos kultúra hiánya felveti a „nép” felelősségét az autoritáriánus populizmus sikerében. Kim Scheppele legújabbán amellett érvelt, hogy alapvetően a politika hagyta cserben az embereket, akik csak a nekik ajánlott lehetőségek közül tudnak választani.¹¹ Ugyanakkor Ronald Inglehart és Pippa Norris arra hívják fel a figyelmet, hogy hiba lenne azt gondolni, hogy az emberek kizárólag gazdasági okokból támogatják az Orbánhoz hasonló autokratára populista vezetőket; a pszichológiai tényezőknek talán még nagyobb is a szerepe. Az idősebb és kevésbé iskolázott emberek hajlamosak vonzódni a hagyományos kulturális értékekhez, támogatni a nacionalista és xenofób célokat, ragaszkodni az ódivatú nemi szerepekhez, elutasítani a társadalom periferiájára szorultakat, a menekülteket.¹² Véleményem szerint annak megállapításához, hogy a szélsőséges jobboldali pártok sok támogatója tisztában van-e a pártok kirekesztő, nacionalista, homofób, rasszista és autokratikus eszméivel és céljaival, és mégis támogatják őket, nem kell elmennünk addig, ameddig Daniel Goldhagen elment azzal a felvetésével, miszerint az egyszerű német embereket mint Hitler tudatos hóhérait terheli felelősséget a holokausztért,¹³ vagy ameddig Márai Sándor elment a „zsidófaló, nácibarát” magyar keresztény középosztály változásra képtelen voltának taglalásával.¹⁴ Azokat, akik tudatosan ellenzik a liberális demokrácia elveit, nem menteném fel a valóban megtévesztett, manipulált hívekkel, illetve a megfélemlítettekkel együtt.

Kétségtelen, hogy nehezíti az Orbánhoz hasonló populisták autoritáriánus céljainak felismerését, hogy igyekeznek megőrizni a legalitás látszatát; sőt, olykor még az alkotmányosságát is.¹⁵ Ez utóbbi tekintetben a Fidesznek alkotmányozó többsége birto-

kában könnyebb dolga van, mint a Kaczynski-féle lengyel Jog és Igazságosság Pártnak (PiS), amely – nem rendelkezvén kétharmados többséggel a Szejmben – hasonlóan autokratikus célja elérése érdekében nap mint nap kénytelen megsérteni az 1997-es liberális demokratikus alkotmányt. Érdekes, nehezen eldönthető kérdés, hogy vajon eltérő megítélés alá kell-e tartoznia a magyar és a lengyel kormánynak, pusztán azért, mert az egyiknek nem feltétlenül kell megsértenie a saját maga alkotta „illiberális” alkotmányát, például ahhoz, hogy lecserélje a teljes alkotmánybírósságot és legfelső bíróságot lojális tagokra, miközben a másik kormány alkotmányértékek sorát követi el.¹⁶ Az alkotmányosság látszata megőrzésének célja fontos lehet; ennek bizonyítéka, hogy a lengyel kormány mindent elkövet annak érdekében, hogy egy új alkotmánnyal legitimálni tudja autoritárius törekvéseit.¹⁷

Éppen ez az alkotmányos jogállami látszat az, ami – ahogy Salát Orsolya szerkesztőtársam fogalmaz – sajátos csapdahelyzetet eredményez, az országon belül és kifelé egyaránt. Alapot teremt az alkotmányosság fogalmával való visszaélésre azok számára, akik

éppenséggel annak felszámolásán munkálkodnak. Befelé azért van erre szükség, mert még a rendszerváltás előtti időből maradt egyfajta presztízse a legalitásnak, ami az állami jogrendszer fontosságába, vagyis a pusztán formális jogállamiságba vetett hitet jelenti csupán, a saját szabályok lehetőség szerinti betartásának megkövetelését.¹⁸ Az alkotmányosság fogalmával való visszaélésnek sajátos

európai uniós megnyilvánulása az alkotmányos identitás fogalmával való visszaélés, aminek jó példája a magyar kormány 2016-ban még elvetélt, majd 2018-ban – a kétharmad visszaszerzését követően – sikeresen elfogadott Hetedik Alaptörvénymódosítása, illetve a kettő között az alkotmányi passzust helyettesítő alkotmánybíróssági alkotmányértelmezés.¹⁹ Az Európai Unió Szerződése 4. cikkelye (2) bekezdésének ilyen használata egyszersmind visszaélés az alkotmányos pluralizmus intézményével is.²⁰

Visszatérve az írás elején felvetett dilemmára: szabad-e belesétálni a jogállami gondolkodás csapdjába egy, az autokrácia felé haladó rendszerben? Azt gondolom, hogy több előny származik a legalitás ezen minimumának fenntartásából, mint teljes elvetéséből. De közben szem előtt kell tartanunk Habermas distinkcióját, és világossá kell tennünk, hogy a jogállamiság e formális értelmének elfogadása nem jelent megalkuvást, hiszen nem állítjuk, hogy ennek a

jogállamiságnak bármi köze lenne a normatív értelemben vett jogállamisághoz, ami nem létezhet demokrácia nélkül. Márpedig a mai Magyarország nem demokratikus jogállam. Ahogy nem volt az 1989 előtt sem. Mégis, ahogyan azt az Alkotmánybíróság a 11/1992. (III. 5.) AB határozatban megállapította: „a rendszerváltás a legalitás alapján ment végbe. A legalitás elve azt a követelményt támasztja a jogállammal szemben, hogy a jogrendszer önmagára vonatkozó szabályai feltétlenül érvényesüljenek. A politikai szempontból forradalmi változásokat bevezető Alkotmány és sarkalatos törvények a régi jogrend jogalkotási szabályainak betartásával, formailag kifogástalanul, és kötelező erejüket ebből származtatva jöttek létre. A régi jog továbbra is hatályban maradt.”

Más szóval, egy nem jogállami rendszer legalitásának fenntartása is szolgálhatja a jogállamiság kialakítását – a mostani helyzetben visszaállítását. Ahogy Alon Harel érvel *Why Law Matters* („Miért számít a jog”) című könyvében, a jogi intézményeknek és eljárásoknak önértékük van, ami nem feltétlenül függ attól, hogy mindenkor betöltik-e az általunk kívánatosnak tartott céljukat: a jogok védelmét és a demokrácia szolgálatát.²¹ Ugyanakkor persze a visszamenőleges igazságszolgáltatás tilalmát kimondó 1992-es alkotmánybíróági döntésnek az a kívánalma, miszerint „az alkotmány fogalmi kultúrájának és értékrendjének át kell hatnia az egész társadalmat”, nem teljesült, ami nyilván megkönnyítette a jogállam leépítését. Mégis, ebben a helyzetben – miként 1989 előtt – is érdemes fenntartani az alkotmányjog formális legalitását: ahogy Robert Post mondja, az alkotmányjog és az alkotmányos kultúra dialektikus viszonyban állnak egymással – az alkotmányjognak egyfelől forrása a kultúra, és egyszersmind alakítja is azt.²² Hátha ez a jelenlegi nem jogállami alkotmányjog – más egyéb, itt nem tárgyalható feltételek teljesülése esetén – hozzájárul egy alkotmányos kultúra és egy alkotmányos jogállam kialakulásához.

JEGYZETEK

1. Vö. Jürgen HABERMAS: Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung der Politischen*, hrsg., Ulrich Preuss, Fischer, 1994. 83–94. 83.
2. Érdekes ebben az értelemben, hogy *A magyar jogrendszer állapota* című, Jakab András és Gajdusчек György által szerkesztett, és az MTA TK Jogtudományi Intézete által megjelentett kötet még 2016-ban is így írt: „a kétharmados hatalom közvetlenül főként nem a tartalmi demokráciaigénnyel, hanem a hagyományos joguralomkövetelménnyel ütközik”. TÖLGYESSY Péter: Politika min-

denekelőtt (Jog és hatalom Magyarországon), in *A magyar jogrendszer állapota*, JAKAB András – GAJDUSCHEK György, szerk., MTA TK JTI, 2016. 17. *A „Tűzfalcsoport” nevű kormányközeli portál ezért a kijelentésért vádolta* három évvel később a kötet szerzőit és a köszönetnyilvánításban szereplőket – köztük Majtényi Balázst mint a Fundamentum szerkesztőjét – politikai elfogultsággal. Pedig hol volt már ettől a helyzettől Magyarország 2016-ban?! s.n.: A Magyar Tudományos Akadémia és a politikai elfogultság – a Jogtudományi Intézet titkai, 2018. július 9., <https://tuzfalcsoport.blogstar.hu/2018/07/09/a-magyar-tudomanyos-akademia-es-a-politikai-elfogultsag-a-jogtudomanyi-intezet-titkai/55349/>

3. Lásd: HALMAI Gábor: Búcsú a jogállamtól, *Élet és Irodalom* 2010. július 23. Ezzel a cikkel kapcsolatban Tölgyessy Péter – már az Alaptörvény elfogadását követően – a következőket írta: „Az ország ellenzéki fele most egyre biztosabban a Fidesz-Magyarország tagadására építi fel a maga identitását. Ismét alapvetően rendszer-tagadó opposzió ül a magyar országgyűlésben, amelynek a hívei ezért abban érdekeltek, hogy végletekig nagyítsák az új alkotmányszöveg meglévő hibáit.” Lásd: TÖLGYESSY Péter: A magyar parlamentáris hagyomány íve és az újabb alkotmányozás, in *Alkotmányozás Magyarországon és máshol*, JAKAB András – KÖRÖSÉNYI András, szerk., MTA TK PTI, Új Mandátum Kiadó, 2012, 284–285.
4. Lásd pl.: Gábor HALMAI: From the „Rule of Law Revolution” to the Constitutional Counter-Revolution in Hungary, *European Yearbook on Human Rights*, 2012.
5. Lásd például Herbert KÜPPER: Mit Mängeln. Ungarns neues Grundgesetz, *Osteuropa*, 2011/Dezember. Nyilván megítélésünk ezen eltérése miatt is ütköztették az *Osteuropa* című folyóirat szerkesztői már a címválasztással is Küppernek az Alaptörvény hiányosságait hangsúlyozó tanulmányát a magaméval, amely Küpperét követi a lapszámban, és amelynek címe az új alkotmány meglehetősen problematikus jellegére utal: Gábor HALMAI: Hochproblematisch. Ungarns neues Grundgesetz, *Osteuropa*, 2011/Dezember. Ugyanakkor nem tekintet tudományosan megalapozott vélekedésnek azt az angol nyelvű kiadványt, melynek címe magyarra fordítva: „Magyarország Alaptörvénye – Az első kommentár”: Lóránt CSINK – Balázs SCHANDA – András Zs. VARGA (eds.): *The Basic Law of Hungary. A First Commentary*, Clarus Press – National Institute of Public Administration, Dublin, 2012. Vitriolos kritikáját lásd: MAJTÉNYI Balázs: Alkotmánypropaganda. Megjegyzések az Alaptörvény barátainak „első kommentárjához”, *Fundamentum*, 2012/2. 147–150.
6. Lásd ezt az érvelést Paul BLOKKER: *New Democracies in Crises? A Comparative Constitutional Study of the*

- Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*, Routledge, 2013. De Wojciech Sadurski is azzal érvelt, hogy a „jogi alkotmányosság” negatív hatásai hozzáadódtak a gyenge politikai pártok és a civil társadalom által is okozott visszarendeződéshez. Vö. Wojciech SADURSKI: *Transitional Constitutionalism: Simplistic and Fancy Theories*, in *Rethinking the Rule of Law After Communism*, (eds.) Adam CZARNOTA – Martin KRYGIER – Wojciech SADURSKI, CEU Press. 2005.
7. Lásd HORKAY HÖRCHER Ferenc: Az értékhiányos rendszerváltás. Jogelméleti és politikai filozófiai megfontolások, *Fundamentum*, 2003/1. 62–72. 64.
 8. Dorothe Bohle és Greskovits Béla meggyőzően bizonyítja, hogy az érdeklődés hiánya elsősorban a – rendszerváltáskor sokkal fontosabb – gazdasági, egzisztenciális kérdések prioritásával magyarázható. Vö. Dorothe BOHLE – Béla GRESKOVITS: *Capitalist Diversity on Europe's Periphery*. Cornell University. 2012. De Hannah Arendt 2018-ban megtalált és publikált írása, a *The Freedom to be Free* is a forradalom előfeltételeként kezeli a nélkülözéstől való megszabadulás értelmében vett szabadságot. Lásd a német kiadást, Hannah ARENDT: *Die Freiheit, frei zu sein*, DTV, 2018. 30–31.
 9. Itt most nem valamiféle populizmusra gondolok, hanem a Corey Brettschneider által használt populáris alkotmányosság jelenségére, amelynek példája lehet a közelmúltból az izlandi alkotmányozási kísérlet. Vö. Corey BRETTSCHNEIDER: *Popular Constitutionalism contra populism*. *Constitutional Commentary*, 2015.
 10. Lényegében hasonló álláspontot képviselnek Paul Blokker (6. vj.) könyvének recenzensei, lásd: Paul BLOKKER – Jiri PRIBAN – Bogusia PUCHALSKA: Paul Blokker, Jiri Priban and Bogusia Puchalska on Civic Constitutionalism, *I-CONNECT*, 2013. szeptember 12., www.iconnectblog.com/2013/09/book-reviewresponse-paul-blokker-jiri-priban-and-bogusia-puchalska-on-civic-constitutionalism.
 11. Lásd Kim Lane SCHEPPELE: *The Party's Over*, in *Constitutional Democracy in Crisis?*, (eds.) Mark A. GRABER – Sandy LEVINSON – Mark Tushnet., Oxford University Press, 2018. 495.
 12. Ronald INGLEHART and Pippa NORRIS: *Trump, Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash*, *Faculty Research Working Paper Series*, August, 2016.
 13. Daniel GOLDHAGEN: *Hitler's Willing Executioners. Ordinary Germans and the Holocaust*, Alfred A. Knopf, 1996.
 14. MÁRAI Sándor: *Napló 1945–1957*, Helikon, 1999.
 15. Az előbbi nevezte Kim Scheppele autokratikus legalizmusnak. Lásd Kim Lane SCHEPPELE: *Autocratic Legalism*, *University of Chicago Law Review*, 545, 2018.
 16. Egyik adaléka ennek a különbségnek, hogy amikor – a Velencei Bizottság elnökéhez írott levél aláírásával – csatlakoztam néhány külföldi kollégámhoz a Bizottságnak az alkotmány megsértésével megválasztott lengyel tagja, a „hamis bírák” (fake judges) egyikének kizárása mellett érvelve, felmerült bennem, hogy vajon a magyar alkotmánybíró tag, akit a kormány javára megváltoztatott jelölési szabályok alapján minden konszenzus nélkül választottak alkotmánybíróvá, mennyivel inkább legitim tagja egy elvileg független szakértőkből álló testületnek. A levélről tudósított a lengyel sajtó: Anna WÓJCİK: *Zawiesić Warcholę i Muszyńskiego*. *List europejskich prawników do Komisji Weneckiej*, 2018. július 21., <https://oko.press/zawiesic-warchola-i-muszynskiego-list-europejskich-prawnikow-do-komisji-weneckiej/>.
 17. Ennek jele volt legutóbb Duda elnök javaslata egy Orbán-féle népszavazásra egy új alkotmány szükségességéről. Lásd a Wojciech Sadurskival a *verfassungsblog*-on megjelent interjút: Maximilian STEINBEIS: „Do not go. Do not vote”: an Interview with Wojciech Sadurski, *Verfassungsblog*, 2018. július 24., <https://verfassungsblog.de/do-not-go-do-not-vote-an-interview-with-wojciech-sadurski/>.
 18. Örkény Antal és Kim Scheppele írt arról a – még az Osztrák-Magyar Monarchiából származó – legalitásról, ami a jogásznemzet fikciójában bizonyos fokig megőrződött egészen 1989-ig, és segített is a demokratikus rendszerváltás intézményrendszerének kialakításában, miközben persze nem pótolta az alkotmányos kultúrát. Vö. Antal ÖRKÉNY – Kim Lane SCHEPPELE: *Rule of Law: The Complexity of Legality in Hungary*, in *The Rule of Law after Communism. Problems and Prospects in East-Central Europe*, (eds.) Martin KRYGIER – Adam CZARNOTA – Wojciech SADURSKI, Dartmouth, Ashgate, 2009.
 19. A 22/2016. (XII. 5.) AB határozatról lásd részletesen Gábor HALMAI: *The Abuse of Constitutional Identity The Hungarian Constitutional Court on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law*, *Review of Central and East European Law*, 43, 2018, 23–42.
 20. Ez utóbbinak kiváló illusztrációja, hogy a lengyel kormány által az Európai Bizottság 7. cikkelyes eljárására válaszként közreadott White Paper előszeretettel hivatkozik a néhai Neil MacCormicknak, az európai alkotmányos pluralizmus tudományos megalapozójának munkáira. Lásd: *White Paper on the Reform of the Polish Judiciary*, The Chancellery of the Prime Minister, Warsaw, 7 March 2018, https://www.premier.gov.pl/files/files/white_paper_en_full.pdf.
 21. Lásd Alon HAREL: *Why Law Matters*, Oxford University Press, 2014. 5. fejezet.
 22. Lásd: Robert POST: *Foreword: Fashioning the Legal Constitution. Culture, Courts, and Law*, *Harvard Law Review*, 2003. Vol. 117, 4. 8.