

Jakab András:* Jogállamiság és terrorfenyegetés. Az alkotmány normativitásának és az életmentő kényszer megengedhetőségének kérdése

*Mindig minden emberi problémára létezik egyszerű megoldás: elegáns, tetszetős – és rossz.*¹

Ebben az írásban a jogállamiság és a terrorfenyegetésre adott válaszok közötti konfliktusról szóló európai (főként német) és Európán kívüli (főként amerikai) diskurzust elemzem.² Amellett, hogy a diskurzusok szerkezete bonyolult és mégis meglepő hasonlóságokat mutat, azt is látni fogjuk, hogy milyen kimondatlan előfeltevésekkel magyarázhatók a vitákban megmutatkozó nézetkülönbségek. Pragmatikus³ alapon amellet fogok érvelni, hogy nincs szükség új paradigmára (vagy a fogalmaink lazítására) a jogállamiság és az alapjogvédelem terén, sőt, ez veszélyekkel is járna, mivel képtelenné válhatunk annak az eredeti problémának a kezelésére, amely miatt a jogállamiság kialakult, ti. a kormányzati hatalom önkényes alkalmazásának korlátozására vagy visszaszorítására. Ha feladjuk ezt az elképzelést, különösen annak integráns részét, a kényszer tilalmát, azzal egyszersmind a nyugati társadalmak identitását is veszélyeztetnénk. Kivételes esetekben és *ad hoc* alapon mégis morálisan igazolható lehet bizonyos alkotmányos szabályok megszegése, ha azzal életet mentünk vagy az alkotmány egészét védjük meg. Az ilyen esetek jogszerűtlensége azonban (morális igazolhatóságuk ellenére) mégis egyértelmű.⁴

1. A jogállamiság válaszát kiváltó probléma: az abszolutizmus

A szuverenitás fogalma egyfajta szekuláris válasz volt a vallásháborúk káoszára és a megjelenő kapitalizmus kihívásaira (különösen ami a szabályok kiszámíthatóságát és a jogbiztonságot illeti).⁵ Ugyanakkor az abszolutizmus – és jogi kifejeződése, a szuverenitás gondolata – maga is veszélyessé vált a társadalom fejlődése szempontjából. Az (elméletileg) korlátlan hatalommal könnyen vissza is lehet élni, amint azt tragikus történeti példák igazolják. Azok a társadalmak, amelyek hamar megtalálták a megfelelő választ erre az új problémára (az Egyesült Királyság, Franciaország, Hollandia, egyes német területek),

* Igazgató, tudományos tanácsadó, MTA TK Jogtudományi Intézet; Schumpeter Fellow, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg).

1 Henry Louis MENCKEN: „The Divine Afflatus” [New York *Evening Mail*, November 16, 1917], in *A Mencken Chrestomathy. His Own Selection of His Choicest Writings* (New York: A. A. Knopf 1949) 443.

2 A ‘joguralom’ (*rule of law*) és a ‘jogállam’ (*Rechtsstaat*) kifejezéseket ebben a fejezetben szinonimaként használom, kivéve, ahol azt külön jelzem.

3 Richard A. POSNER: *The Problematics of Moral and Legal Theory* (Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press London 1999) 227–228.

4 A fejezet anyagát bemutattam a *Societas Iuris Publici Europaei (SIPE)* ‘Rule of Law, Freedom and Security in Europe’ című, 2009. június 4-6. között megrendezett budapesti konferenciáján; a Pompeu Fabra University (Barcelona) 2010. február 2-i kutatószemináriumán, a madridi *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* 2010. március 2-i kutatószemináriumán; az IACL világkongresszusán Mexikóvárosban, 2010. december 5-én, 2012. december 4-én a PPKE JÁK-on tartott habilitációs előadásomban, valamint 2014. június 12-én az MTA TK JTI szokásos csütörtöki műhelyszemináriumán. Észrevételeikért köszönettel tartozom a rendezvények résztvevőinek, továbbá Paul Behrensnek, John Bellnek, Bódig Mátyásnak, Thomas Bustamanténak, Győrfi Tamásnak, Hollán Miklósnak, Pablo de Lorának, Majtényi Balázsnak, Mészáros Katalinnak, Marta Simoncininek, Sonnevend Pálnak, Takács Péternek és Mark Tushnetnek. Eredeti megjelenés: „Breaching Constitutional Law on Moral Grounds in the Fight against Terrorism. Implied Presuppositions and Proposed Solutions in the Discourse on ‘the Rule of Law vs. Terrorism’”, *International Journal of Constitutional Law* 2011, 58–78; magyarra fordította Könczöl Miklós.

5 JAKAB András: „A szuverenitás fogalmának megszelídítése - érvelési variációk az európai integráció egy állandó problémájára” in PAKSY Máté (szerk.): *Európai jog és jogfilozófia* (Budapest: Szent István Társulat 2008) 245–266.

felvirágoztak és képesek voltak hatékonyan használni az erőforrásaikat. Ahol ez nem így volt (mint Spanyolország, Portugália, vagy Ausztria), azok a társadalmak hanyatlani kezdtek (legalábbis szerencsésebb társaikhoz képest), és később maguk is az előbb említettek példáját követték. Ez a helyes válasz a *jogállamiság* volt.⁶

Ennek alapja az az elképzelés volt, hogy a hatalom önkényes gyakorlását meg kell akadályozni. E célra több (részben egybeeső) módszert is kidolgoztak. Montesquieu-nek a monarchikus végrehajtó hatalommal (és a bíróságokkal) szembeni bizalmatlansága vezetett a hatalommegosztás elméletéhez.⁷ Locke ehelyett a bírák mint az egyéni szabadság védelmezői függetlenségére koncentrált (a korrupt és reformellenes francia bírakkal szemben az angol bíróságok mindig is nagyobb közbizalmat élveztek).⁸ Angliában a jogot a ‘ködös és zavaros, de ősrégi szokással’ azonosították, amely a királyt is korlátozta (a mai értelemben vett jogállamiság azonban nem volt része).⁹ Az angol felfogás később szuverénnek tekintette a jogalkotót, Amerikában azonban nem ment végbe ilyen változás: „Az amerikai forradalomra, ha a joguralom fogalmának angol és nagy-britanniai fejlődése alapján próbáljuk megérteni, valójában úgy tekinthetünk, mint az egyik utolsó – ha nem a legutolsó – alkotmányos kiállásra a szokáson alapuló, előíró, változhatatlan és alapvető jog régi eszméje mellett”.¹⁰ Ma viszont a parlamenti szuverenitás angol eszméjét (azaz a ‘parlament által alkotott jog uralma’) némileg fellazítja a bíróságok által alkalmazott európai jog felsőbbbsége, valamint az 1998-as *Human Rights Act*, amely felhatalmazza a bírót, hogy valamely törvényről kinyilvánítsa (bár további jogkövetkezmény nélkül), hogy ellentétes az Emberi Jogok Európai Egyezményével. Az amerikai jogi diskurzusban jóval kevesebbszer utalnak a ‘joguralomra’: a fogalmat az ‘Alkotmány’ helyettesíti, kifejezve a hatalommegosztást és az egyéni szabadságjogok védelmét.¹¹

A hagyományos, forradalom utáni garancia-megközelítése a törvényhozót és a parlament által alkotott törvényeket részesítette előnyben a többi hatalmi ág aktusaival szemben (*principe de légalité*), minthogy a törvények általánossága önmagában kizárja az önkényt.¹² Carré de Malberg (aki a német doktrínából merített) a jogállamiság ilyen felfogását ‘*État légal*’-nak nevezte – szembeállítva az ‘*État de droit*’-val –, amelyben a törvényhozó felett is öröklik egy speciális bíróság, hogy védelmezze a polgárok jogait és szabadságait.¹³

6 Hasonló elképzelések már korábban is megjelentek, de nem képezték központi témáját az államelméleti és közéleti vitáknak (kivéve az antikvitásban, az azóta eltelt idő hosszúsága miatt azonban bármiféle kapcsolat feltételezése félrevezető volna). A ‘*Rechtsstaat*’-ról, mint a polgárságnak az abszolutizmusra és a szuverenitás doktrínájára adott válaszáról lásd Edin ŠARČEVIĆ: *Der Rechtsstaat* (Leipzig: Leipziger Universitätsverlag 1996) 47–48. A középkorban a közhatalmat a változhatatlan isteni törvényből vezették le. A szekularizáció szükségessé tette a közhatalom korlátozásának új doktrínáját. Ezek egyike volt (a természetjogi elméleteken kívül, amelyek közé az *egyetemes* emberi jogok is tartoznak) a *Rechtsstaat* gondolata. Lásd Michael STOLLEIS: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, I. kötet (München: Beck 1988) 181–182.

7 A törvények jóval nagyobb tekintéllyel bírnak (‘*expression de la volonté générale*’), mint Angliában (ahol pusztán jogtechnikai fogalomnak tekintik): lásd Christoph MÖLLERS: *Die drei Gewalten* (Göttingen: Velbrück 2008) 29–30.

8 Később elméleti igénnyel Albert Venn DICEY: *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution* (London: Macmillan 1886) 195; és Alexander HAMILTON: ‘the least dangerous branch’ in *The Federalist*, Nr. 78. 1788. A ‘joguralom’ Egyesült Királyság-beli fogalomtörténetét lásd John Philip REID: *Rule of Law. The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries* (DeKalb: Northern Illinois University Press 2004).

9 Martin KRYGIER: ‘The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology’ in Gianluigi PALOMBELLA – Neil WALKER (szerk.): *Relocating the Rule of Law* (Oxford: Hart 2009) 45–69, 53.

10 REID (8. l.) 75.

11 Rainer GROTE: ‘Rule of Law, Rechtsstaat and État de droit’ in Christian STARCK (szerk.): *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis* (Baden-Baden: Nomos 1999) 269–306, 301–302.

12 GROTE (11. l.) 282.

13 Raymond Carré de MALBERG: *Contribution à la théorie générale de l’État*, vol. I. (Paris: Librairie de la Société du recueil Sirey 1920) 490–493.

Az Alkotmánytanácsot eredetileg azért hozták létre, hogy a törvényhozó és a végrehajtó hatalom harcában korlátozzák a törvényhozás hatáskörét,¹⁴ ám 1971-ben magára vállalta a Carré de Malberg által neki szánt feladatot abban a híres döntésében, amelyben kimondta, hogy az 1958-as Alkotmány preambuluma hivatkozása az Emberi Jogok Nyilatkozatára és az 1946-os preambulumba lehetővé teszi, hogy az Alkotmánytanács felülvizsgálja a törvények alkotmányosságát a mondott dokumentumokban foglalt alapjogok tekintetében.¹⁵

A 'jogállam' (*Rechtsstaat*) fogalma – a 'despotizmussal' (*Despotie*) és a 'teokráciával' (*Theokratie*) szembeállítva a 19. század eleji német államelméletben jelent meg (lásd kül. Theodor Welcker, Robert von Mohl), mint az alapvető szabadságjogok (a tulajdont is beleértve) és a hatalmi ágak elválasztásának garanciája.¹⁶ Az utóbbi nem csupán a bírák függetlenségét és a törvényeknek a végrehajtó hatalommal szembeni elsőbbségét ('*Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*') jelentette,¹⁷ hanem azt is, hogy a törvények csak általános rendelkezéseket tartalmaznak, szemben a végrehajtó hatalom egyedi döntéseivel.¹⁸ A 19. század második felében a '*Rechtsstaat*' formális fogalommá vált (Friedrich Julius Stahl, Lorenz von Stein, Otto Mayer).¹⁹ A '*Rechtsstaat*' ellentétének már nem a '*Despotie*', hanem a '*Polizeistaat*' számított (ti. olyan állam, amelyet a végrehajtó hatalom önkényes döntései jellemeznek).²⁰ Az alapvető jogok védelmének eszméje azonban még megvan: a végrehajtó hatalom aktusai fölötti bírói kontroll formájában (a törvényhozással szemben viszont nincs). A szabadság nem előzi meg a jogot, hanem a törvényekből következik.²¹ A weimari köztársaság idején a '*Rechtsstaat*' fogalma újra tartalmivá vált, de minden szerző mást értett rajta, a saját igazságosságfogalmának megfelelően.²² 1945 után az emberi méltóság (a második világháború és a Holokauszt nyomán) központi részévé vált a német jogállamfelfogásnak, ami számos más európai állam alkotmányos kultúráját is ilyen irányban befolyásolta a 20. század második felében.²³ Ezek a jogi kultúrák tartalmi értelemben fogják fel a jogállamiságot, beleértve az alapjogok védelmét is, de nem a természetjogi elméletek módján, hanem aszerint, ahogy az illető alkotmányokban szerepelnek (és ahogy az illető alkotmánybíróságok értelmezik őket).

Láttuk, hogy a meghatározások változnak az idők során.²⁴ A fogalom magva, mely sosem kérdőjeleződött meg, a kormányzati hatalom önkényes használatának korlátozása vagy

14 John BELL: *French Constitutional Law* (Oxford: Clarendon Press 1992) 78–80.

15 71–44 DC, 1971. július 16. Az Alkotmánytanács hatáskörének legutóbbi kiterjesztéséről lásd Federico FABBRINI: „Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of a Posteriori Constitutional Review of Legislation” *German Law Journal* 9 (2008) 1297–1312.

16 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: „Rechtsstaat” in Joachim RITTER – Karlfried GRÜNDER (szerk.): *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 8. (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1992) 332–342, 332 további hivatkozásokkal.

17 Ennek következménye a közigazgatási határozatok bírói felülvizsgálata, lásd PATYI András: *Közigazgatási bíráskodásunk modelljei* (Budapest: Logod 2012).

18 BÖCKENFÖRDE (16. lj.) 333. A joguralom angol fogalmába nem tartozott bele a törvények általánossága, lásd Frederic William MAITLAND: *The Constitutional History of England* (Cambridge: Cambridge University Press 1908) 383.

19 Az ellentétes irányokról (Otto Bähr, Otto von Gierke) lásd BÖCKENFÖRDE (16. lj.) 334.

20 BÖCKENFÖRDE (16. lj.) 335. Az '*État de police*' és az '*État de droit*' szembeállítását lásd Carré de MALBERG (13. lj.) 488–489. Arról a 19. századi német jellegzetességről, hogy a joguralmat (és nem a demokráciát) tekintették a legitimitáció forrásának, lásd MÖLLERS (7. lj.) 37.

21 Gianluigi PALOMBELLA: „The Rule of Law and its Core” in PALOMBELLA – WALKER (9. lj.) 17–42, 19.

22 BÖCKENFÖRDE (16. lj.) 335–336.

23 A biztonság és szabadság közötti kapcsolat történetéről részletesebben lásd Winfried BRUGGER: *Freiheit und Sicherheit* (Baden-Baden: Nomos 2004) 12–38 és Gert-Joachim GLAEBNER: *Sicherheit in Freiheit* (Opladen: Leske & Budrich 2003) 45–76.

24 A '*rule of law*' gyakran használatos tágabb értelemben, beleértve az illető beszélő vagy bíró politikai ideológiáját is, vö. Joseph RAZ: „The Rule of Law and its Virtue” in uő. *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press 1979) 210–229.

visszaszorítása,²⁵ amelyet erkölcsi érvek (és ezzel összefüggésben a politikai közösség fogalmának szimbolikus integratív ereje) és a gazdasági hatékonyság is igazol.²⁶ Ez megkívánja, hogy kikényszerítő jogi szabályok irányítsák a kormányzati cselekvést ('formális jogállamiság'), a ma domináns megközelítésben azonban azt is, hogy az alapvető jogok korlátot jelentsenek a kormányzati cselekvés számára ('tartalmi jogállamiság').

2. Egy mai probléma: a terrorizmus

A következőkben elsősorban azt a kérdést vizsgálom, hogy egy *biztonsági probléma* (jelesül a terrorizmus) hogyan befolyásolja jogállamiság-felfogásunkat. A probléma szerkezete a következő: (1) Új kihívás éri társadalmunk biztonságát (terrorizmus). (2) A társadalom újfajta intézkedésekkel próbálja kezelni a kihívást. (3) Ezek az intézkedések egyes esetekben *ellentmondanak* a hagyományos felfogásunknak a szabadságjogok és a jogállam tekintetében.²⁷ Ilyenformán tehát nem (vagy nem elsősorban) maga a terrorizmus jelent közvetlen fenyegetést a jogállamiságra, hanem a rá adott válaszunk. Minthogy az *ellentmondás* feloldásának a (3) pontban említett dilemmáját általában a 'biztonság és a jogállamiság' közötti választásként szokták leírni, először a biztonság fogalmát kell tisztáznunk.

2.1 A biztonság fogalma

A biztonság jelentheti az "önkényes állami intézkedésektől (különösen a letartóztatástól) való biztonságot" (a kifejezést ebben az értelemben használja például az ECHR 5. szakasza, vagy az osztrák *BVG zum Schutz der persönlichen Freiheit*), e meghatározás alapján azonban bajosan különíthető el a másik fogalomtól (ti. a jogállamiságtól, ha a szabadságjogokat is beleértjük), ezért inkább az "állam által biztosítandó fizikai biztonság (különösen a béke)" (*Sicherheit als Staatsaufgabe*) értelmében fogom használni. Ez utóbbi meghatározás alapján ötféle megközelítést különböztethetünk meg: (a) Az első szerint a biztonság az állam vagy a politikai közösség jogot megelőzően létező célja (*Sicherheit als vorverfassungsrechtlicher allgemeiner Staatszweck*).²⁸ (b) A második szerint a biztonság olyan közérdek, melyet (legalább implicit módon) elismernek az alkotmányok, vagy olyan államcél, melyet az alkotmány ír elő (*öffentliches Interesse Sicherheit, Sicherheit als Staatsziel*). (c) A harmadik inkább az állam *objektív* jogi kötelezettségeként fogja fel, hogy az állampolgárok biztonságát

25 Az Egyesült Államokban ez azt jelenti, hogy részérdekek és nem valamennyi polgár összérédekének az érvényesítésére használják, lásd MÖLLERS (7. lj.) 29–35. Franciaországban a visszaélés veszélye a monarchikus végrehajtó hatalom részéről fenyegetett. Az Egyesült Államokban a törvényhozást a lobbyk vagy más részérdekek képviselőjének tekintik, Franciaországban viszont a nép hangjának. MÖLLERS (7. lj.) 32, 35. A joguralmat az önkénnyel állítja szembe KRYGIER (9. lj.) 45–70. A kormányzat mérlegelési jogának korlátjaként érti Brian Z. TAMANAHA: „A Concise Guide to the Rule of Law” in PALOMBELLA – WALKER (9. lj.) 3–15, 7–8.

26 A jogállamiságnak az emberi fejlődésre, a GDP-re és a kormányzati hatékonyságra gyakorolt hatását elemzi empirikus alapon Jan-Erik LANE: *Constitutions and Political Theory* (Manchester: Manchester University Press 2011) 87–128, további hivatkozásokkal.

27 Biztonság és szabadság zéróösszegű játszójáról a terrorizmus elleni harcban lásd Rudolf WASSERMANN: *Terrorismus contra Rechtsstaat* (Darmstadt: Luchterhand 1976) 133; Thomas GROB: „Terrorbekämpfung und Grundrechte – Zur Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes” *Kritische Justiz* 35 (2002) 1–17, kül. 10. 'Liberty individualises state competences, security collectivises them' [„A szabadság egyéniesíti az állami hatásköröket, a biztonság kollektivizálja őket“], lásd Christoph GUSY: „Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse” *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 2004, 151–190, 155, 189.

28 Erről a Hobbes-i és hegeli hagyományról lásd Wolfram SCHWETZEL: *Freiheit, Sicherheit, Terror* (München: Vahlen 2007) 5–7; Werner CONZE: „Sicherheit, Schutz” in Otto BRUNNER [et al.] (szerk.): *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 5. (Stuttgart: Klett-Cotta 2004) 831–862.

biztosítva védje alapvető jogaikat (*grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*).²⁹ (d) A negyedik az állampolgárok biztonsághoz való (származékos) *szubjektív* alapjoga (*Grundrecht auf Sicherheit*) mellett érvel.³⁰ (e) Az ötödik úgy tekinti a biztonságot, mint amibe beletartozik az életformák védelme is, azaz végső soron az állampolgári szabadságjogok. Néha a különböző megközelítések együtt is megjelennek (egyik a másiktól következő),³¹ máskor egyszerűen csak keverednek. A voltaképpeni különbség a jogi érvelést tekintve (a) és (b)–(c)–(d) között áll fenn, minthogy az utóbbi három alapja az alkotmány. Ha a biztonságot a (másik) polgár szabadságjogaival szemben mérlegeljük, akkor a (d) értelemben vett biztonság látszik a legerősebb érvnek, (c) gyengébbnek, (b) pedig a leggyengébbnek. A mérlegelés pontos eredménye mindig az adott jogrendszerrel függ, ezért ezt a kérdést nem vizsgálom részleteiben. Az (e) megközelítés nem jelenik meg a jogirodalomban, mert túl tágra nyitná a biztonság fogalmát, és ezért a valódi dilemmákra (biztonság vagy szabadság) nehéz volna rámutatni.

Ennek alapján egyik oldalon a fizikai biztonság áll, a másikon pedig a jogállamiság (beleértve annak tartalmi részét, a szabadságjogok védelmét).³² Ebben a helyzetben a kérdés az, hogy hogyan tudjuk hatékonyan kezelni a problémát anélkül, hogy az önkényes hatalomgyakorlás veszélye fenyegetne. Ez hasonló a rendkívüli helyzettel kapcsolatos problémákhoz.³³ Itt csak néhány olyan problémával foglalkozunk, melyek számunkra *elméleti szempontból* a legérdekesebbnek látszó dilemmákat rejtik.

2.2 A biztonságot fenyegető veszély természete

A terrorizmust rendszerint politikai vagy vallási alapú fegyveres támadásként (vagy azzal való fenyegetésként) határozzák meg, amelynek célja a politikai rendszer destabilizációja vagy a lakosság megfélemlítése. Ha a terrorizmusnak nevezett probléma nem komoly, akkor bizonyára semmi okunk a jogállam-felfogásunk megváltoztatására. A fenyegetés komolyságát

29 SCHWETZEL (28. l.) 8–56. Christian CALLIES: „Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat. Eine verfassungsrechtliche Gratwanderung mit staatstheoretischem Kompass” *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2002/1. 1–7, kül. 5–6; Christian CALLIES: „Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse” *Deutsches Verwaltungsblatt* 118 (2003) 1096–1105, kül. 1100–1102. Egyes dokumentumok ezt egyértelműen kimondják (pl. a *Virginia Bill of Rights* [1776] 3. szakasza, az 1947-es francia alkotmány preambuluma, az 1997-es lengyel alkotmány preambuluma, az *EU Alapjogi Karta* 6. szakasza), többnyire azonban csak beleértik vagy levezethető a szövegből. Az ilyen dokumentumokról lásd Peter J. TETTINGER: „Freiheit in Sicherheit” in Landesvereinigung der Arbeitsverbände Nordrhein-Westfalen e.V. und Verband der Metall- und Elektro-Industrie Nordrhein-Westfalen (szerk.): *Festschrift für Jochen F. Kirchhoff zum 75. Geburtstag* (Köln: Schmidt 2002) 281–296, 182–184.

30 Josef ISENSEE: *Das Grundrecht auf Sicherheit* (Berlin e.a.: de Gruyter 1983) érvelésében (a) és (c) is megjelenik. Hasonlóan Gerhard ROBBERS: *Sicherheit als Menschenrecht* (Baden-Baden: Nomos 1987). Frankenberg szerint az Isensee által megfogalmazott “biztonsághoz fűződő alapjog a Vörös Hadsereg Frakció terrorizmusa ellen folytatott harc késői gyermeke” Németországban, és “tagadja a szabadságjogok korlátozó funkcióját, a kivételt pedig belemossa a főszabályba”. Lásd Günter FRANKENBERG: „Folter, Feindstrafrecht und Sonderpolizeirecht. Anmerkungen zu Phänomenen des Bekämpfungsrechts” in Gerhard BEESTERMÖLLER – Hauke BRUNKHORST (szerk.): *Rückkehr der Folter. Rechtsstaat im Zwielicht?* (München: Beck 2006) 56–68, 57. A vita érvei és ellenérvei, további hivatkozásokkal: GUSY (27. l.) 168–169.

31 Markus MÖSTL: *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung* (Tübingen: Mohr Siebeck 2002) 75–80.

³² A dilemmát meglepő módon tagadja MIKLÓSI Zoltán, Terrorizmus, alkotmányosság, szuverenitás, *Fundamentum* 2005/3, 179–185, aki szerint a szabadságjogok korlátozása eleve nem is alkalmas eszköz a küzdelemben. Ezt azonban csak azért vélheti így, mert a célnak nem az életvédelmet, hanem a kormányzati autoritás védelmét tételezi.

³³ A rendkívüli állapotról folytatott német vita érveinek térképét lásd JAKAB András: „A szükségállapot alapvető dilemmája és jogi természete a német alkotmányjogi irodalom tükrében. Érvelési minták a terrorizmus elleni küzdelem jogi problematikájának megoldásához” *Jogtudományi Közöny* 2007/2. 39–49.

általában a következő öt elem segítségével határozzák meg.³⁴ (1) Manapság a terrorizmus nem szükségszerűen korlátozódik egy kisebb csoportra, hanem inkább egy kiterjedt szélsőséges mozgalom eszközének tekinthető, (2) földrajzilag nem korlátozott, (3) a technikai fejlődésnek köszönhetően mérhetetlen károkat tud okozni, (4) a büntetéssel való szokásos fenyegetés nem hatékony (például öngyilkos merénylőknél), (5) rendszeres formát ölt (általában a nyugati világ ellen irányul, nem pusztán egyes államok vagy intézmények ellen). Bár a fenti elemek némelyike nem egészen új, a fenyegetés súlya aligha vonható kétségbe. A kérdés ezért az, hogy a fenyegetésre adott válasz megfelelő-e vagy sem.

2.3 A dilemma

A dilemmát az a *konfliktus* jelenti, amely a visszaéléstől való félelem (ezt fejezi ki a jogban a jogállamiság fogalma) és a hatékonyság (a fent vázolt biztonsági probléma kezelése) között áll fenn. Más szóval a kérdés az, „Hogyan tudjuk hatékonyan kezelni a problémát anélkül, hogy a hatalommal való visszaélés veszélye fenyegetne?” Az alábbiakban csupán két problémával foglalkozunk, melyeket az *elméletileg* legérdekesebb dilemmáknak tartunk. Fő célunk, hogy felfedjük a diskurzus szerkezetét és feltérképezzük a lehetséges érveket (továbbá hogy megmagyarázzuk egyes sajátásaikat).

Az első probléma az, hogy a formális jogállamiság hogyan kérdőjelezhető meg a terrorizmus elleni harc jegyében, a második pedig az (alapjogvédelemre is kiterjedő) tartalmi jogállamiság egyik aspektusa, a kínzás tilalma.

2.3.1 A formális jogállamiság és a biztonság dilemmája: az alkotmány mint a terrorizmus elleni harc általános akadály

A dilemma megjelenésének első példája az alkotmányos rendelkezések jogi természete a terrorizmus elleni harc idején. A diskurzus feltérképezéséhez meg kell különböztetnünk a probléma két aspektusát: (1) a veszély súlyát vagy komolyságát (súlyos vagy csak a szokásos mértékű), (2) a védelem elsődleges tárgyát (az életünk és annak fő intézményes garanciája, az állam, vagy szabadságunk és annak fő garanciája, az alkotmány). A védelem két tárgya között részben átfedés van, de az előbbi, etatista megközelítés (Hobbes, Hegel és Schmitt nyomdokain) inkább az élet védelmét hangsúlyozza, az utóbbi, alkotmányközpontú megközelítés viszont az “életformánkra” koncentrálna. A kétszer két aspektusnak megfelelően négy lehetséges álláspontot különböztethetünk meg:

α. A veszély a szokásos mértékű és elsődlegesen az életünket védjük. Ebben az esetben (egyelőre) semmit sem kell engednünk a hagyományos jogállamiság eszméjéből. Ha azonban a veszély fokozódik, felül kell vizsgálnunk az álláspontunkat. Tudomásunk szerint jelenleg senki sem képviseli nyíltan ezt a nézetet a vitákban. Ennek oka az lehet, hogy akik nem változtatnának a jogállamiság-felfogásunkon, azok erősebb érveket találhatnak az alkotmányközpontú megközelítésben (lásd alább a *β* pontot).

β. A veszély a szokásos mértékű és elsődlegesen az életformánkat védjük. Ezen álláspont klasszikus megfogalmazását Lord Hoffmann adta a Belmarsh-ügyben.³⁵

„A kormányzatnak természetesen kötelessége védelmezni polgárai életét és tulajdonát. Ez a kötelessége azonban mindig fennáll, és anélkül kell eleget tennie neki, hogy felszámolná az alkotmányos szabadságjogainkat. [...] Ennek a nemzetnek volt része megpróbáltatásokban, túlélte a fizikai pusztítást

34 Stefan HUSTER – Karsten RUDOLPH: „Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat?” in Stefan HUSTER – Karsten RUDOLPH (szerk.): *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 2008) 9–22, 14–15, további hivatkozásokkal.

35 Lord Hoffmann in *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* (the Belmarsh case) [2004] UKHL 56 para 95–97.

és az emberéletek katasztrofális elvesztését. Nem becsülöm alá a fanatikus csoportok gyilkolási és pusztítási képességét, de nem fenyegetik a nemzet létét. Az kétséges lehetett, hogy túl fogjuk-e élni Hitlert: az viszont egyértelmű, hogy túléljük az Al-Kaidát. Bármilyen rettenetes bűncselekményt követtek el Madridban, a spanyolok nem mondták, hogy az a nemzetük létét fenyegetné. Közmondásos büszkeségük sem engedte volna. Az erőszakos terrorcselekmények, bármilyen komolyak, nem fenyegetik a kormányzati intézményeinket, sem polgári közösségünk létét. [...] A nemzet léte az igazi fenyegetést – ha nemzetet azt értjük, hogy egy nép hagyományos törvényei és politikai értékei szerint él – nem a terrorizmus jelenti, hanem az ilyen törvények. Ez mutatja igazán, mit is okozhat a terrorizmus – és a Parlament döntésén múlik, hogy átengedi-e ezt a győzelmet a terroristáknak.”

A két álláspont, α és β közös jellemzője, hogy mindkettő eltúlzottnak látja a terrorizmus veszélyét és következhetséppen némely arra adott választ is. Ezért aztán nincs is igazi dilemma, ahol mérlegelnünk kellene a jogállamiságot a biztonsággal szemben: akik ilyen dilemmáról beszélnek, azok egyszerűen félreértik a tényeket. Amit ők látnak, az az a veszély, hogy a terrorizmus elleni harc ürügyén a jogállamiság általános biztosítékait gyengítik meg.

γ . *A veszély nagy és elsődlegesen az életünket, valamint annak fő intézményi garanciáját, az államot védjük.* Eszerint az álláspont szerint (ennek képviselői Josef Isensee és Otto Depenheuer)³⁶ az alkotmányt úgy kell értelmezni, hogy megvédjük életünket és az államot. Amikor a biztonság problémájával foglalkoznak, ezek a szerzők a biztonság fent elemzett első értelméből indulnak ki (ti. biztonság mint az állam vagy a politikai közösség jogot megelőzően létező célja), és a biztonság logikai alapján állva gyakorlatilag megkerülik a szabadság vagy a jogállamiság mérlegelését. Álláspontjuk szerint, aki továbbra is ragaszkodik az alkotmányos korlátokhoz, az félreérti e normák jogi-konceptuális természetét, és a józan észre sem hallgat. Egyik gyakori érvük, hogy az állam alapja a rend és a béke lévén, ez utóbbiak kimondatlanul is feltételei a jogot megelőzően létező államnak, s ebből következően a jogállamnak is. Ezért mégha vannak is (alkotmányos) szabályok, azoknak valódi vész helyzetben nincs jelentőségük – máskülönben egyenlőtlen volna a terrorizmussal szembeni küzdelmünk, hiszen magunkat béklyóznánk meg. Ez egy jellegzetesen német álláspont:³⁷ más jogi kultúrákban ugyanezt a gyakorlati eredményt az alább ismertetendő δ érveléssel alapozzák meg.

δ . *A veszély nagy és elsődlegesen az életformánkat, valamint annak fő garanciáját, az alkotmányt védjük.* Ez a legérdekesebb álláspont, mivel itt mutatkozik meg a legerősebben a dilemma. Attól függően, hogy milyen súlyt tulajdonítunk a biztonságnak, illetve a jogállamiságnak, két lehetséges (és létező) állásponthoz juthatunk, melyek következményei ellentmondanak egymásnak.

$\delta 1$. *A veszély nagy, de semmiképpen sem engedhetünk szabadságjogainkból.* Ezt az álláspontot valójában nem a gyakorlati következmények érdeklik (*fiat iustitia et percat mundus* – legyen igazság, pusztuljon bár a világ), életformánkat szabadságjogainkkal együtt az identitásunk részének tekinti.³⁸ Csak az alapjog-korlátozás hagyományos tesztjeit ismeri el:

36 Otto DEPENHEUER: *Selbstbehauptung des Rechtsstaates* (Paderborn e.a.: Schöningh 2007); Josef ISENSEE: „Der Verfassungsstaat als Friedensgarant” *Die politische Meinung* 2004. 66–72, 67; Similarly Günther JAKOBS: „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht” *HRRS-Online Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* Nr. 3, 2004 88–95.

37 A német közjogi hagyomány etatizmusáról részletesebben lásd JAKAB András: „Az európai alkotmányjogi gondolkodás két szembenálló paradigmája: Ausztria és Németország” in CHRONOWSKI Nóra – PETRÉTEI József (szerk.): *Ádám Antal emlékkönyv* (Pécs: PTE ÁJK 2010) 127–158.

38 Michael IGNATIEFF: *The lesser evil. Political ethics in an age of terror* (Edinburgh: Edinburgh University Press 2004) 144: “[...] olyan harcot vívunk, melynek lényegi célja, hogy megőrizzük magának a liberális társadalomnak az önazonosságát, és ne engedjük, hogy azzá váljék, aminek a terroristák tartják. A terroristák le akarják rántani a jog álarcát, hogy felfedjék az alatta rejlő nihilista kényszert: nekünk pedig meg kell mutatnunk magunknak és a lakosságnak, melynek a lojalitásáért számot tartunk, hogy a jogállamiság nem álarc, hanem természetünk igaz képe.” Hasonlóan véli Sanford LEVINSON, Alkotmányos normák tartós szükségállapot idején, *Fundamentum* 2005/3, 17-29 és SZIKINGER István, Fórum, *Fundamentum* 2005/3, 73-80.

különösen a politikai kérdés doktrínáját nem lehet ilyen ügyekben alkalmazni, a bizonyítási teher pedig az államé marad.³⁹ Az érvelés mögött megbúvó kulcsfontosságú momentum az önkénnytől és a különleges helyzetekre szóló hatáskörökkel történő visszaéléstől való félelem.⁴⁰ Egy másik gyakori toposz, hogy ha egyszer megengedjük, hogy a terrorizmus elleni harcban komolyabban korlátozzák az alapvető jogokat, akkor ez a mindennapi életre is kiterjed majd, hiszen a kettő között nagyon nehéz határvonalat húzni.⁴¹ Egyesek azt is kétlik, hogy a szabadságkorlátozás valóban fokozná a biztonságot, hiszen az ellenőrzés nélküli végrehajtó hatalom alapozhatná döntéseit ellenőrizetlen (a másik fél által ki nem hallgatott) tanúkra, és mert a bűnösség kiterjesztésének valószínűleg kisebb a visszatartó ereje, mint az egyéni felelősségen alapuló rendszernek.⁴² Azokban a helyzetekben, ahol az életünket csak az alkotmány megsértése árán lehetne megvédeni, az egyetlen reményünk, hogy valakinek lesz elég bátorsága, hogy megsértse az alkotmányt és vállalja az ezzel járó büntetés (kockázatát).⁴³ Ez az álláspont a biztonság 'b' (olyan közérdek, melyet (legalább implicit módon) elismernek az alkotmányok, vagy olyan államcél, melyet az alkotmány ír elő), vagy 'c' (az állam jogi kötelezettsége, hogy az állampolgárok biztonságát biztosítva védje alapvető jogaikat) pontban foglalt – viszonylag gyenge – értelmét veszi alapul. Ezt a megközelítést követte a Német Szövetségi Alkotmánybíróság,⁴⁴ az Egyesült Királyságban Lord Bingham jelentetett meg egy sikeres könyvet ebben a szellemben,⁴⁵ az elméleti jogászok közül Oliver Lepsius vagy Ronald Dworkint említhetjük,⁴⁶ de ehhez a csoporthoz tartozik jelen sorok szerzője is.⁴⁷

δ2. *A veszély súlyos, ezért az alkotmányt (kreatív módon) úgy kell értelmeznünk, hogy az megvédje az alkotmányt.* Ez az álláspont azokat a beleértett hatásköröket (*implied powers*) hangsúlyozza, amelyeket az alkotmány a törvényhozóra vagy a végrehajtó hatalomra ruház, hogy azok megóvhassák magát az alkotmányt. Ezt általában olyan bölcsességekkel támasztják

39 Marta SIMONCINI: „Risk Regulation Approach to EU Policy against Terrorism in the Light of ECJ / CFI Jurisprudence” *German Law Journal* 10 (2009) 1526–1549, kül. 1545, 1549.

40 A „terror elleni harc” ürügyén az ellenzékkel szemben is fel lehet lépni, lásd a latin-amerikai példákat: GLAEBNER (23. lj.) 236. Vagy az új eszközöket a hagyományos bűnözéssel szemben is lehet alkalmazni (amellyel szemben a hagyományos eszközökkel is lehetne küzdeni, a szabadságjogok csekélyebb korlátozása mellett), lásd HUSTER – RUDOLPH (34. lj.) 10.

41 Aharon BARAK: „Human Rights in Times of Terror – A Judicial Point of View” *Legal Studies* 2008. 493–504, kül. 494.

42 David COLE – James X. DEMPSEY: *Terrorism and the Constitution* (New York, London: New Press 2006) 240–242.

43 Egy ilyen álláspontról általában a rendkívüli állapot kapcsán JAKAB (33. lj.).

44 A *Luftsicherheitsgesetz* ügye, lásd BVerfGE 115, 118. A magyar szakirodalomban a dilemmához a korábbi Alkotmány 19/E. § alapján lásd SÜLYÖK Gábor: „A terrorcselekmény elkövetéséhez használt polgári légi jármű lelövésének nemzetközi és alkotmányjogi megítélése” *Fundamentum* 2005/3. 30–56. A némettel ellentétes hatályos magyar törvényi jog szerint ez kifejezetten megengedett, egyszerű katonai (értsd: nem politikai) döntésről van szó, lásd 2011. évi CXIII. törvény a honvédelemről és a Magyar Honvédségről, valamint a különleges jogrendben bevezethető intézkedésekről 62. § (3) bek. Hasonlóan érvel a Btk. alapján GELLÉR Balázs József, Fórum, *Fundamentum* 2005/3. 80–84.

45 Tom BINGHAM: *The Rule of Law* (London e.a.: Allen Lane 2010) kül. 158–159.

46 Oliver LEPSIUS: „Freiheit, Sicherheit und Terror. Die Rechtslage in Deutschland” *Leviathan* 2004. 64–88, Ronald DWORKIN: „Terror and the Attack on Civil Liberties” *The New York Review of Books* 2003. november 6, 37–41; uő. „What the Court really said” *The New York Review of Books* 2004. augusztus 12, 26–29. Hasonlóan az International Commission of Jurists, lásd *Assessing Damage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights*, Geneva 2009, valamint Richard C. LEONE – Greg ANRIG JR. (szerk.): *The War on Our Freedoms* (New York: Public Affairs 2003); Oren GROSS: „Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional?” *The Yale Law Journal* 112 (2003) 1011–1034. Hasonló álláspontot fogalmaz meg Amerika-ellenes marxista terminológiával Jean-Claude PAYE: *La fin de l'État de droit. Lutte antiterrorist – de l'état d'exception à la dictature* (Paris: La Dispute 2004).

47 Vö. JAKAB (33. lj.).

alá, mint hogy ‘az alkotmány nem egy öngyilkossági megállapodás’⁴⁸ vagy ‘*Silent enim leges inter arma* (Fegyverek közt hallgatnak a törvények)’.⁴⁹ E megközelítés általában a – viszonylag erős – ‘c’ (az állam jogi *kötelezettsége*, hogy az állampolgárok biztonságát biztosítva védje alapvető jogait) vagy ‘d’ (az állampolgárok biztonsághoz való – származékos – szubjektív *alapjoga*) értelemben tekint a biztonságra. Ha minden kötél szakad, ez a nézet elfogadja, hogy szabad társadalmunk megmentése érdekében engedményeket kell tennünk a szabadságjogok és a jogállamiság terén. Gyakorlati következményeit tekintve az a $\delta 2$ álláspont igen hasonló a γ -hoz, különbség csak a fogalomhasználatban van: $\delta 2$ esetében az alkotmány szövegének hallgatólagos *következményeivel* érvelünk, γ -nál azonban olyasmivel, ami az alkotmány létezése logikai *előfeltételének* tekinthető.

E $\delta 2$ elméletek egy sajátos változatát képviseli Bruce Ackerman. Ő kész feladni az alkotmányos korlátokat (főként a *habeas corpus* terén), de csak a rendkívüli állapot idejére (egyfajta ‘rendkívüli alkotmány’ keretei közt). Ezt az álláspontot ő a $\delta 1$ és $\delta 2$ közötti kompromisszumos megoldásként mutatja be,⁵⁰ valójában azonban egy időben korlátozott $\delta 2$ elméletről van szó.⁵¹

A fenti álláspontok az alábbi táblázatban foglalhatók össze:

A védett tárgy A fenyegetés/ veszély mértéke	Életünk és annak fő intézményi biztosítója, az állam (Hobbes, Hegel, Schmitt, etatista hagyomány): elsődlegesen tehát az <i>életünket</i> védjük	Szabadságunk és annak fő garanciája, az alkotmány (alkotmányközpontú megközelítések): elsődlegesen tehát az <i>életformánkat</i> védjük
Nem súlyos (szokásos mértékű)	<i>α. Egyelőre nem kell sokat engednünk a jogállam eszméjéből (de később esetleg igen). Veszély esetén újraértelmezhetjük az alkotmányt, egyelőre azonban eltúlzottnak látszik a terrorfenyegetés.</i>	<i>β. Nincs okunk feladni a jogállamiságunk egyetlen részét sem (örülünk, hogy elkerülhetjük a δ dilemmáját).</i>
Súlyos	<i>γ. Az állam és az életünk is veszélyben</i>	<i>δ. SÚLYOS DILEMMA</i>

48 Eric POSNER – Adrian VERMEULE: *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts* (Oxford e.a.: Oxford University Press 2007); Richard A. POSNER: *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency* (Oxford e.a.: Oxford University Press 2006); John YOO: *War by Other Means* (New York, Atlantic: Monthly Press 2006); uő. *The Powers of War and Peace* (Chicago, London: University of Chicago Press 2005). Érdekes – a hatalommegosztásért igen, az alapjogokért azonban nem aggódó – álláspont Benjamin WITTES: *Law and the Long War. The Future of Justice in the Age of Terror* (New York: Penguin 2008).

49 CICERO: *Pro Milone* (ford. NH Watts) (Cambridge: Cambridge University Press 1972) 16 nyomán.

50 Bruce ACKERMAN: „The Emergency Constitution” *The Yale Law Journal* 113 (2003–2004) 1029–1091, 1032–1037, valamint *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism* (New Haven, London: Yale University Press 2006) 170. Szerinte a terrorizmus nem ‘bűncselekmény’, melyet a rendes eszközökkel lehetne üldözni (azaz nem fogadja el $\delta 1$ -t), de nem is ‘háború’, ami minden régi szabályt megváltoztatna (tehát $\delta 2$ lényegét is tagadja). A problémáról lásd még BINGHAM (45. l.) 137, további hivatkozásokkal.

51 Ezzel szemben a szokásos $\delta 1$ kifogásokat lehet felhozni, lásd kül. David COLE: „The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot” *The Yale Law Journal* 113 (2003–2004) 1753–1800 és Lawrence H. TRIBE – Patrick O. GUDRIDGE: „The Anti-Emergency Constitution” *uo.* 1801–1870. Bruce ACKERMAN válasza: „This Is Not a War”, *uo.* 1871–1907.

	<p>forog [az (a) értelemben vett biztonság], rendkívüli helyzetben élünk, ezért engedményeket kell tennünk a jogállamiság terén, úgy értelmezve az alkotmányt, hogy megóvhassuk életünket és az államot (a hatékonyság garantálja a biztonságot, <i>salus rei publicae sumptrema lex esto</i>). Az állam alapja a rend és a béke, ezek a jogot megelőző államiság – így a jogállamiság – kimondatlan előfeltételei; ha vannak is szabályok, azoknak nincs jelentőségük: különben egyenlőtlen lenne a küzdelem, hiszen a magunk kezét kötnénk meg.</p>	<p>δ1. A veszély súlyos [inkább a (b) vagy (c) értelemben vett biztonságfogalmat használjuk], de fiat iustitia et perea mundus; a szabadságjogaink és liberális alkotmányos rendünk része az identitásunknak. Kulcsfontosságú a visszaéléstől való félelem. Egyetlen kiút, ha valaki feláldozza magát és megsérti a jogot, vállalva a szankciókat is, az alkotmány védelme érdekében.</p> <p>δ2. A veszély súlyos [inkább a (c) vagy (d) értelemben vett biztonságfogalmat használjuk], ezért az alkotmányt kreatívan kell értelmeznünk, hogy megóvhassuk (beleértett hatáskörök). Kulcsfontosságú érv: ‘Az alkotmány nem öngyilkossági megállapodás.’ Ha meg akarjuk óvni szabad társadalmunkat, engedményeket kell tennünk a szabadságjogok és a jogállamiság terén.</p>
--	---	--

2.3.2 Tartalmi értelemben vett jogállamiság (szabadságjogok) vs. biztonság: a kínzás tilalma

Szinte mindegyik alapjogot érintheti a kérdés, de különösen a *habeas corpus*,⁵² a fair tárgyalást (*due process of law*), a magánélet védelmét, a vallásszabadságot, az egyenlő elbánást (például a muszlim állampolgárok szorosabb megfigyelése),⁵³ a mozgásszabadságot, az élethez vagy az emberi méltósághoz való jogot.⁵⁴ Idő és hely híján egyetlen konkrét kérdésre korlátozom a vizsgálódást, a kínzás kérdésére (mint a megkínzott személy emberi jogainak megsértésére).

Nem a különböző bíróságok kínzással kapcsolatos esetjogával foglalkozom, hanem azoknak az elméleti dilemmáknak a felmutatásával, amelyek egy olyan jogrendszerben merülhetnek fel, ahol a kínzás abszolút tilalma van érvényben: akár azért, mert (a/1) az emberi méltóság nem korlátozható⁵⁵ és (a/2) a kínzást az emberi méltóság megsértésének tekintik (ilyen például a német vagy a magyar jogrend), akár azért, mert az ellentmondana a magánélethez vagy a jogos eljáráshoz való jognak (például az Egyesült Államokban).

Az erről folyó nyilvános vitákban gyakran keveredik három kérdés: (1) hatékony-e a kínzás, (2) erkölcsileg igazolható-e a kínzás bizonyos esetekben, (3) jogilag igazolható-e a kínzás bizonyos esetekben. Most a harmadik kérdésre fogok koncentrálni, az első kettőt csak annyiban érintve, amennyiben az hozzájárul a jogi kérdés feltárásához (potenciális érvekként a jogi dilemma magyarázatában).

52 Johan STEYN: „Guantanamo Bay: The Legal Black Hole” *International and Comparative Law Quarterly* 53 (2004) 1-15.

53 PAP András László, Etnicitás és a terrorizmus elleni harc, *Fundamentum* 2005/3, 139-155. Vagy diszkriminatív bevándorlás-politika, lásd Daniel MOECKLI: *Human Rights and Non-Discrimination in the ‘War on Terror’* (Oxford: Oxford University Press 2008).

54 Összehasonlító áttekintésként lásd Christian WALTER e.a. (szerk.): *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?* (Berlin e.a.: Springer 2004) 49–785; Anna OEHMICHEN: *Terrorism and Anti-Terror Legislation: The Terrorised Legislator? A Comparison of Counter-Terrorism Legislation and Its Implications on Human Rights in the Legal Systems of the United Kingdom, Spain, Germany and France* (Antwerp e.a.: Intersentia 2009). Kifejezetten a német helyzetről lásd SCHWETZEL (28. lj.) 131–229.

⁵⁵ Ilyen pl. a magyar jogrend (a korábbi Alkotmány és az új Alaptörvény szerint is), lásd ZAKARIÁS Kinga – SZIRBIK Miklós, „54. § [Az élethez és az emberi méltósághoz való jog]” in JAKAB András (szerk.), *Az Alkotmány kommentárja* (Budapest: Századvég 2009) 1899-1946, kül. 1945-1946.

Ha másként nem jelzem, a következőkben a biztonság fogalmát a legerősebb értelmében (azaz – származékos – alapjogként) használom, hiszen így mutatkozik meg a dilemma legsúlyosabb alakjában. Kínzáson a következőt értjük: (1) súlyos fájdalom okozása vagy azzal való fenyegetés,⁵⁶ (2) állami tisztviselő által, (3) vagy információ, vallomás kikényszerítése céljából, vagy büntetésként, vagy más személyek megfélemlítése céljából.⁵⁷ Ugyancsak a dilemma érzékeltetése végett a „ketyegő bomba” esetét fogom vizsgálni: egy bűnelkövető (terrorista) elrejt egy (rendkívüli erejű, akár nukleáris töltetű) bombát egy ismeretlen helyen, és nem árulja el, hogy hol.⁵⁸ Tehát nem a kínzás büntetőeljárásban történő alkalmazását vizsgálom (ezt a problémát tárgyalja a „mérgező fa gyümölcsének” doktrínája),⁵⁹ hanem csak az életek megmentése céljából történő kínzást (*Rettungsfolter*). Általában két kifogás éri a ketyegő bomba példáját: (1) nem életszerű, (2) sohasem tudhatjuk, mit is tud valójában a terrorista.⁶⁰ Az elsővel kapcsolatban meggyőző ellenvetés, hogy a ketyegő bombás forgatókönyvek mindazonáltal jó próbáját jelentik annak, hogy a kínzást *minden körülmények között* tiltanunk kell-e.⁶¹ A kérdés ezért nem az, hogy életszerű-e a példa, hanem hogy egy bármilyen valószínűtlen hipotézis segítségével megkérdőjelezzünk egy feltétlen állítást.⁶² Hogy a terrorista valóban tud-e valamit a bombáról, az viszont már a dilemma része, úgyhogy később még visszatérünk rá.

56 Gross szerint a ‘kínzás’ és a ‘kegyetlen, embertelen, vagy megalázó bánásmód’ közötti különbségtétel pusztán fogalmi bűvészkedés. Lásd Oren GROSS: „The Prohibition on Torture and the Limits of Law” in Sanford LEVINSON (szerk.): *Torture. A Collection* (Oxford: Oxford University Press 2004) 229–253, 232. A kormányok általában sikerként hirdetik, ha egy nemzetközi (kvázi-) bíróság ‘csupán’ embertelen bánásmód miatt marasztalja el őket, noha az ugyanúgy tilos, mint a kínzás. Beteges kísérlet a kínzás fogalmának korlátozása olyan esetekre, melyekben a rendkívüli fájdalom halállal vagy szervek működési zavarával jár, lásd a *Bybee Memorandum*, idézi Jeremy WALDRON: „Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House” *Columbia Law Review* 105 (2005) 1681–1750, 1685. Waldron szerint a kínzás súlyossága helyett arra kell koncentrálni, hogy a szándék a vallatott személy akaratának fájdalom általi megtörésére irányul, lásd *uo.* 1703.

57 Art. 1 *UN Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1465 U.N.T.S. 85, 10 December 1984. Az ENSZ egyezményről és a strasbourgi gyakorlatról magyarul lásd BÁN Tamás: „A kínzás, az embertelen, megalázó bánásmód vagy büntetés tilalma” *Acta Humana* 1992. (6–7.) 26–33; WELLER Mónika: „A kínzás elleni védelem, különös tekintettel a kínzás megelőzésére” *Acta Humana* 1993. (11.) 42–60; MAVI Viktor: „A kínzás tilalmáról szóló ENSZ-egyezmény mint az egyéni jogvédelem hatékony eszköze” *Acta Humana* 1993. (4.) 31–38. Az abszolút tiltás mellett (a végszükség esetét leszámítva) érvel David LUBAN: „Liberalism, Torture and the Ticking Bomb” in Karen J. GREENBERG (szerk.): *The Torture Debate in America* (Cambridge: Cambridge University Press 2006) 35–83, 66.

58 Példa erre (inkább morálfilozófiai, mint jogi szemszögből) Michael LEVIN: „The Case for Torture” *Newsweek* 1982. június 7., aki ezeket a következtetéseket vonja le: „Alkotmányellenes a terrorista megkínzása? Valószínűleg igen. De milliók élete egész biztosan többet nyom a latban, mint az alkotmányosság. Embertelen dolog a kínzás? A tömeggyilkosság sokkal embertelenebb. Ha hagyunk több millió ártatlan embert meghalni, hogy megvédjünk egyet, aki kérkedik a saját bűnével, az egyszerűen morális gyávaság: nem akarjuk bepiszkítani a kezünket. Ha te kapnád el a terroristát, tudnál aludni éjszaka azzal a tudattal, hogy milliók hálnak meg, amiért nem tudtad rávenni magadat, hogy rákösd az elektródákat?”

59 Verena MURSCHEZT: *Verwertungsverbote bei Zwangsmaßnahmen gegen den Beschuldigten im amerikanischen und österreichischen Strafprozess* (Innsbruck: Verlag Österreich 1999) 36.

60 Emanuel GROSS: „Democracy in the War Against Terrorism – The Israeli Experience” *Loyola of Los Angeles Law Review* 35 (2002) 1161–1216, 1170–1171; Bernhard SCHLINK: „Darf der Staat foltern?” *Podiumsdiskussion Humboldt Universität Berlin am 28. 06. 2001*, letölthető: www.humboldt-forum-recht.de/english/4-2002/index.html.

61 Winfried BRUGGER: „May Government Ever Use Torture? Two Responses From German Law” *American Journal of Comparative Law* 48 (2000) 661–678, 671.

62 A ketyegő bomba egy megtörtént esetéről (*Daschner-ügy*) lásd Peter FINN: „Police Torture Threat Sparks Painful Debate in Germany” *The Washington Post* 2003. március 8., A19; John HOOPER: „Germans wrestle with rights and wrongs of torture” *The Guardian* 27, 2003. február 18. Wolfgang Daschner rendőrkapitány-helyettest a frankfurti bíróság bűnösnek találta, amiért kínzással fenyegetett egy bűnözőt (Magnus Gäfgen), hogy megmentse egy elrabolt tizenegy éves gyerek életét (*Daschner-ügy*, LG Frankfurt 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 [4/04]). A fenyegetés hatására sikerült megtudni az elrabolt gyerek tartózkodási helyét, az életét azonban már nem lehetett megmenteni. Ezzel szemben egy igen hasonló amerikai ügyben a bíróság elfogadhatónak találta a

Általában véve a kínzás engedélyezése melletti érv az, hogy hatékonyan segíti az információszerezést, ami életek megmentését segítheti.⁶³ Az ellene szóló szokásos érvek a következők:⁶⁴ (1) lustává és erőszakossá teheti a rendőrséget, sőt embertelenné, (2) hamis információkat eredményezhet,⁶⁵ (3) feltehetően politikai ellenségekkel vagy a társadalom periferiáján élőkkel szemben fogják alkalmazni (az előítéleteket megerősítve), (4) félelmet kelt az állammal szemben és gyengíti a társadalmi kohéziót, (5) zavargásokhoz vezethet, (6) ha megtörtént, nem hozhatók helyre a hibák,⁶⁶ (7) nem lehet megfelelő eljárási garanciákat találni,⁶⁷ (8) nem lehet megállni az alkalmazásban (például megkínózhatók-e a terrorista családtagjai is),⁶⁸ (9) a kínzás tabu. Az utóbbi azt jelenti, hogy nem lehet vita vagy kétség tárgya: a kínzás tilos és ez a tilalom része az identitásunknak,⁶⁹ valamint feltétlen is (azaz nincsenek kivételek és az alapja nem a weberi értelemben vett eszköz-racionalitás).⁷⁰ Ebben az értelemben a kínzás egyértelműen tabu Németországban, Ausztriában és Magyarországon, ahogyan a legtöbb európai országban is, azonban kevésbé az az Egyesült Államokban (viszont ott sem elfogadott az alkotmány miatt). Ez a tabu azonban napjainkban a terrorizmusra való hivatkozások hatására gyengülőben van (a tabu megszegőit rendszerint megbélyegzik).

A vita elemzéséhez négy kérdést kell elkülönítenünk: (a) az alkotmány lehetővé teszi-e a kínzást (az illető jogrendszeren belül), (b) a törvények lehetővé teszik-e a kínzást (az illető jogrendszeren belül), (c) a törvényeknek lehetővé kellene-e tenniük a kínzást, és (d) morálisan elfogadható-e (kivételes körülmények között). Ha e négy kérdés alapján vizsgáljuk a vita résztvevőinek véleményét,⁷¹ öt jellegzetes álláspontot különböztethetünk meg:

I. *Örökös és teljes körű tilalom.* Ez a hagyományos (és feltehetően még mindig többségi) álláspont.⁷² Valamennyi kérdésre egyértelmű nemmel válaszol. Eszerint az álláspont

rendőrök magatartását, lásd *Leon v. Wainwright*, 734 F.2d 770 11th Circuit 1984. Ez utóbbi azonban az Egyesült Államok jogtörténetében is egyedülálló.

63 Az a kérdés, hogy hatékony-e vagy sem, nem tartozik a fejezet tárgyához. Ha nem az, akkor nincsen dilemma. A következőkben (a dilemma megőrzése céljából) feltételezzük, hogy hatékony. Ezzel ellentétesen érvel pl. John H. LANGBEIN: „The Legal History of Torture” in LEVINSON (56. l.j.) 93–103.

64 A lista nagy részét lásd Richard A POSNER: *The Problematics of Moral and Legal Theory* (Cambridge, Mass., London: Belknap Press of Harvard University Press 1999) 105.

65 Jeannine BELL: „»Behind this Mortal Bone«: The (In)Effectiveness of Torture” *Indiana Law Journal* 83 (2008) 339–361.

66 Marie-Luisa FRICK: *Das Folterverbot im Rechtsstaat. Ethische Grundlagen und aktuelle Diskussion* (Saarbrücken: VDM Verlag Müller 2007) 64.

67 Vö. FRICK (66. l.j.) 64.

68 FRICK (66. l.j.) 65.

69 Minthogy az identitás más elemei, mint a vallás (a szekularizáció hatására) vagy a nemzet (globalizáció, nemzetek feletti integráció) visszaszorulóban vannak, az alkotmányos értékek fontossága nő, mert a közösségek önmeghatározása ezekre is kiterjed.

70 Ralf POSCHER: „Menschenwürde als Tabu. Die verdeckte Rationalität eines absoluten Rechtsverbots der Folter” in BEESTERMÖLLER – BRUNKHORST (30. l.j.) 75–87, 80–81.

71 Nem minden esetben lehet könnyen kategorizálni a szerzőket, mert némelyikük nem ad egyértelmű választ a négy kérdésre, ezért az olvasónak kell kikövetkeztetnie, hogy mire utal az illető kérdéssel kapcsolatban kifejtett érvelésük.

72 Pl. „Német alkotmányjogászok felhívása a kínzás tilalmának védelmében” [ford. KOVÁCS Kriszta és TÓTH Gábor Attila] *Fundamentum* 2005/3. 98–99; WALDRON (56. l.j.); IGNATIEFF (38. l.j.) 137; Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: „Die Würde des Menschen war unantastbar” *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 2003. szeptember 3., 33; Florian LAMPRECHT: *Darf der Staat foltern um Leben zu retten?* (Paderborn: Mentis-Verlag 2009); Mathias HONG: „Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte – eine verfassungsjuristische Betrachtung” in BEESTERMÖLLER – BRUNKHORST (30. l.j.) 24–35; Klaus GÜNTHER: „Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten?” *uo.* 101–108; Heiner BIELEFELDT: „Die Absolutheit des Folterverbots. Über die Unabwägbarkeit der Menschenwürde” *uo.* 109–114; Gerhard BEESTMÖLLER: „Folter – Daumenschrauben an der Würde des Menschen. Zur Ausnahmelosigkeit eines Absoluten Verbotes” *uo.* 115–129; Felix HANSCHMANN: „Kalkulation des Unverfügbaren. Das Folterverbot in der Neu-Kommentierung von Art. 1 Abs. 1 GG im Maunz-Dürig” *uo.* 130–141; Laurel L. FLETCHER – Eric Stover: *Guantánamo and its Aftermath. U.S. Detention and Interrogation Practices and Their Impact on Former Detainees* (Berkeley:

szerint tehát a kínzást az alkotmány és a törvények is feltétlenül tiltják, ennek így is kell lennie, és a kínzás minden körülmények között morálisan is elfogadhatatlan.⁷³ Ezt az abszolút tilalmat civilizációs vívmánynak tekintik, amely a nyugati (a civilizált) nemzetek identitásának is része.⁷⁴ ‘Egyik kezünket hátrakötve kell küzdenünk’, mivel ‘csak így fogja társadalmunk igazán megmutatni, hogy megőrizzük felsőbbségünket a terrorizmus elleni harcban.’⁷⁵ Erősebb érzelmi töltéssel fogalmazva: ‘A kínzást támogató politikai közösségek mindegyike egy totalitárius mutációt hordoz a DNS-ében.’⁷⁶ Még a terroristáknak (mint emberi lényeknek) kijár a méltóságuk védelme.⁷⁷ A tabu megtörésének kísérleteit meg kell bélyegeznünk, hiszen a csúszós lejtő végén a liberális demokráciát fenyegető végzet vár.

Az identitás vagy értékítélet kérdése mellett egyes szerzők a kínzás hosszú távú hasznát is kétségbe vonják. Bár nem kétséges, hogy egyedi esetben a kínzás használható (bár sosem teljesen megbízható) információval szolgálhat a jövőbeli terrortámadásokról, alkalmazása elidegeníti a helyi lakosságot, és a polgári együttműködés még nagyobb mértékű hanyatlásához vezethet (azaz nehezebb lesz információt szerezni a helybeliektől).⁷⁸ A ketyegő bomba példáját (különösen annak utolsó feltevését, amely szerint biztosan tudjuk, hogy az illető személy tudja, hol van a bomba) gyakran éri az a kifogás, hogy szinte teljesen lehetetlen, hogy előforduljon, ezért nem szabad rá alapozva alkotnunk szabályokat. Még az inkvizíciónak is megvoltak az arányosságot és az eljárási korlátokat érintő szabályai, ami miatt kevésbé volt embertelen, mint némely mai (állami) bünyügyi eljárások; az inkvizíció mégis – nem alaptalanul – a kegyetlenség, visszaélés és kínzás szinonimájává lett.⁷⁹

II. Tragikus választás. Ez az álláspont voltaképpen feladja a probléma megoldását. Bár elismeri, hogy az alkotmány és a törvények egyaránt tiltják, megválaszolhatatlannak látja azt a kérdést, hogy a jognak engedélyeznie kellene-e, és hogy *életek megmentése céljából* erkölcsileg elfogadható-e. E megközelítés legismertebb képviselője Niklas Luhmann.⁸⁰

III. Hős kerestetik. Ez az álláspont fenntartja, hogy az alkotmány és a törvények is tiltják a kínzást, és azt is, hogy ennek (a már említett identitásbeli kérdés miatt) így is kell maradnia. Azt azonban elfogadja, hogy bizonyos körülmények között (ti. ha ártatlan életek megmentése céljából szükség van rá) morálisan elfogadható, sőt kívánatos lehet.⁸¹ Ez annyit

University of California Press 2008). Magyarul ilyen állásponhoz lásd FILÓ Mihály, Az inkvizítor védelmében: a kínzás jogállami apológiája? *Fundamentum* 2005/3, 89-97.

73 Jan Philipp REEMTSMA: *Folter im Rechtsstaat?* (Hamburg: Hamburger Edition 2005) 125: “A kínzás ellentétes a jogállamisággal, mivel az állampolgár jogi személyisége [...] elleni támadás, sőt végső esetben akár meg is semmisíti autonóm egyénként.”

74 Hartmut BRENNEISEN: „Grenzlinie Folter” in Heribert OSTERDORF (szerk.): *Folter. Praxis, Verbot, Verantwortlichkeit* (Münster: LIT Verlag 2005) 53–80, 79–80.

75 Így Aharon BARAK: H CJ 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Government of Israel*, Tak-El 458 (3) 99, para 39. Az ítélet egyik megelőző szakaszában (38. szakasz) a bíróság azonban – titokzatos (és az indokolás ismeretében igazán meglepő) megfogalmazásban – fenntartotta a szükséghelyzet lehetőségét: talán azért, hogy a jövőben se érhesse olyan támadás, hogy valamely terrortámadás oka a kínzás bíróság általi tiltása volt.

76 Andrew SULLIVAN: „The Abolition of Torture” in LEVINSON (56. lj.) 317–327, 320.

77 *Chahal v. United Kingdom* (Application no. 22414/93), Judgment of 15 November 1996; (1997) 23 EHRR 413, para 80. Hasonló logikát követ Fionnuala NI AOLÁIN: „Truth Telling, Accountability and the Right to Life” *European Human Rights Law Review* 5 (2002) 572–590.

78 SULLIVAN (76. lj.) 325–326; Darius REJALI: *Torture and Democracy* (Princeton, Oxford: Princeton University Press 2007) 459–460.

79 LANGBEIN (63. lj.) 93–103.

80 Niklas LUHMANN: *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* (Heidelberg: Müller 1993) 2.

81 POSCHER (70. lj.) 75–87; Hauke BRUNKHORST: „Folter, Würde und repressive Liberalismus” in BEESTERMÖLLER – BRUNKHORST (30. lj.) 88–100; John MCCAIN: „Torture’s Terrible Toll” *Newsweek* 2005. november 21; Slavoj ŽIŽEK: „Der Körper des Feindes” *Die Zeit* 2001. december 6; Sanford H. KADISH: „Torture, the State, and the Individual” *Israel Law Review* 23 (1989) 345–356; GROSS (56. lj.) 229–253, kül.

jelent, hogy kell valaki, aki – hősiés önfeláldozással – elfogadja a törvényes büntetést (annak kockázatát), hogy megmentse ártatlan emberek életét (azáltal, hogy kínzás útján szerez információt). Ezeknek a hősöknek vagy viselniük kell a büntetést (Szókratész módján, hogy megőrizték a jogrend épségét és ezáltal a közösségi tabuk sértetlenségét), vagy egyszerűen reménykedniük kell az illetékes államfő kegyelmében. A hősiesség eleme a kockázatátviselésben rejlik, hiszen az illetőnek eredményfelelőssége van: ha ugyanis végül kiderül, hogy nem is volt bomba, akkor börtönbe kell vonulnia; ha ellenben megtalálják a bombát és azt sikerül hatástalanítani, akkor államfői kegyelmet kaphatnak.

IV. *Be kellene vezetni.* Ez az álláspont is úgy tekinti, hogy a jelenlegi jogi helyzetben tilos a kínzás, két pontban azonban eltér az előzőtől: Egyrészt a tilalom csak törvényi szintű (tehát az alkotmány nem tiltja),⁸² másrészt kívánatos, vagy legalábbis lehetséges az életek megmentése céljából alkalmazott kínzás kivételes lehetőségének megteremtése (pontosan meghatározott eljárási biztosítékok mellett).⁸³ További érv lehet, hogy a gyakorlatban jelenleg is ez történik, ezért legalább ki kellene alakítanunk az (átlátható) jogi ellenőrzést, például a bíróság által kibocsátandó ‘kínzási végzés’ formájában.⁸⁴

V. *Jelenleg is lehetséges (vagy éppen kötelező).*⁸⁵ Ez az álláspont valóban fel szeretné számolni a tabut: szerinte életek megmentése céljából jelenleg is lehet kínzást alkalmazni (minthogy az élet védelme fontosabb a méltóságénál, hiszen az élet az emberi méltóság logikai feltétele).⁸⁶ A ketyegő bombás példát néha úgy módosítják, hogy a bomba fájdalmas szenvedéssel járó halált okoz, így csak egyetlen terrorista megkínzása szükséges ahhoz, hogy esetleg milliók kínhalálát kerülhessük el. A büntetőjogászok rendszerint ‘harmadik személyek védelmeként’ tekintenek erre az esetre,⁸⁷ míg az alkotmányjogászok versengő alapjogokkal érvelnek (vagy az élethez való joggal, vagy – a módosított példában – a kínhalállal fenyegetettek emberi méltóságához való jogával).⁸⁸ Ha az illető jogrendszer kimondottan vagy kimondatlanul tiltja a kínzást, annak hatályát megszorítóan kell értelmezni (*teleologische Reduktion*), hogy szoros kivételként megengedje az életek megmentését szolgáló kínzást.⁸⁹ E

231; Elaine SCARRY: „Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz” in LEVINSON (56. lj.) 281–290, kül. 283; Richard A. POSNER: „Torture, Terrorism, and Interrogation” *uo.* 291–298, kül. 298.

82 A méltóság már nem érinthetetlen, hanem már alkotmányos elvekkel (pl. mások méltóságának védelmével) szemben mérlegelhető, lásd Matthias HERDEGEN: „Art. 1 Abs. 1” in Theodor MAUNZ – Günter DÜRIG (szerk.): *Grundgesetz. Kommentar* (München: Beck, szállólapos kiadvány 1958 óta, 2005. augusztusi állapot) 43, 45, 90. bek.

83 FRICK (66. lj.) 113–114; Alan M. DERSHOWITZ: *Why Terrorism Works – Understanding the Threat, Responding to the Challenge* (New Haven, London: Yale University Press 2002); Charles KRAUTHAMMER: „The Truth about Torture” in LEVINSON (56. lj.) 307–316, 313.

84 Alan M. DERSHOWITZ: „Tortured Reasoning” in LEVINSON (56. lj.) 266.

85 A kínzást kötelességnek tekintő radikális álláspontot képvisel Winfried BRUGGER: „Darf der Staat foltern?” *Podiumsdiskussion* (60. lj.). A kínzás tilalmának lazításával kapcsolatos amerikai álláspontról (ideértve a Bush-kormányzat hivatalos dokumentumait is) lásd GREENBERG (57. lj.).

86 Christian STARCK: „Art. 1 Abs. 1” in Hermann von MANGOLDT – Friedrich KLEIN – Christian STARCK (szerk.): *Kommentar zum Grundgesetz* (München: Vahlen 2010) 61–62.

87 Volker ERB: „Folterverbot und Notwehrrecht” in Peter NIETSCHKE (szerk.): *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat* (Bochum: Kamp 2005) 149–167, a ‘Notwehr’ vagy ‘Nothilfe’ kifejezést használva; Wolfgang SCHILD: „Folter einst und jetzt” *uo.* 69–93 a ‘rechtfertigender Notstand’-ra hivatkozva. A szokásos ellenérv az, hogy a ‘védelmi helyzet’ vagy ‘végszükség’ csak akkor alkalmazható, ha “*ad hoc* elhatározás, valamely eseményre adott reakcióként”, vagy éppen “az események kiszámíthatatlan volta miatti improvizáció”, ami nem áll fenn a ketyegő bomba esetében, lásd HCJ 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Government of Israel*, Tak-El 458 (3) 99, 36. bek.

88 A méltóság méltósággal való szembeállításának problémájáról lásd Fabian WITTECK: „Menschenwürde und Folterverbot” *Die öffentliche Verwaltung* 2003, 873–882, további hivatkozásokkal.

89 Winfried BRUGGER: „Darf der Staat ausnahmsweise foltern?” *Der Staat* 35 (1996) 67–97, kül. 84; Winfried BRUGGER: „Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?” *JuristenZeitung* 2000, 165–173, kül. 169. BRUGGER (61. lj.) 671, 673 szerint ez a szűkítő értelmezés a kínzás nemzetközi jogi tilalmára is alkalmazható.

szerezők úgy tekintenek a kínzásra, mint a még nagyobb rossz elkerülését lehetővé tevő szükséges rosszra. Zippelius és Würtenberger szerint egyetlen rendőrnek sem lehet kötelessége a kínzás, de ha ártatlan ember életét kívánja a kínzás révén megmenteni, akkor az elkövető megkínzása igazolható lehet. Hogy a rendőr ezt meg is teszi-e, azt a lelkiismeretére kell bízni.⁹⁰

Mielőtt az imént feltérképezett vitával kapcsolatos következtetéseket levonnánk, célszerűnek látszik táblázatba foglalni e különböző álláspontokat:

Szabad-e életek megmentése céljából kínzást alkalmazni (<i>Retungsfolter</i>)? Az álláspont és képviselői	A. Engedi-e az alkotmány (az adott nemzeti jogrendszerben)? (<i>de constitutione lata</i>)	B. Engedik-e a törvények (az adott nemzeti jogrendszerben)? (<i>de lege lata</i>)	C. Módosítanunk kell-e a törvényeket? (<i>de lege ferenda</i>)	D. Morálisan elfogadható-e (kivételes körülmények között)?
I. Teljes körű és örökös tilalom (<i>Aufruf zur Verteidigung des Folterverbotes</i>, 23. Mai 2005, Florian Lamprecht, Michael Ignatieff, Jeremy Waldron)	NEM, az alkotmány tiltja (akár egy <i>Ewigkeitsklausel</i> formájában).	NEM, törvények is tiltják (vagy kifejezetten, vagy úgy, hogy nem adnak rá felhatalmazást).	NEM, a törvénynek tiltania kell, ez egy civilizációs vívmány és az identitásunk része.	NEM, semmilyen körülmények között sem fogadható el morálisan.
II. Tragikus választás (C-re és D-re koncentrálva) (Niklas Luhmann)	NEM.	NEM.	? (nincs válasz)	? (nincs válasz)
III. Hős kerestetik (Ralf Poscher, Hauke Brunkhorst; John McCain, Slavoj Žižek, Sanford H. Kadish, Oren Gross, Richard A. Posner, Elaine Scarry)	NEM, alkotmányellenes.	NEM, törvények is tiltják.	NEM, a törvénynek tiltania kell, (a változtatás egy tabu szegne meg), de reméljük, hogy szükség esetén valaki vállalkozik a törvénysértésre és viseli a büntetés kockázatát.	IGEN, kivételes helyzetben morálisan elfogadható.
IV. Be kellene vezetni (Marie-Luisa Frick, Alan Dershowitz, Charles Krauthammer)	IGEN, az alkotmány lehetővé teszi (kivételes esetekben).	NEM, a törvények tiltják.	IGEN, a törvényi tiltáson változtatni kell, részletes eljárási rendet kell alkotni.	IGEN, kivételes helyzetben morálisan elfogadható.
V. Jelenleg is lehetséges (vagy éppen kötelező bizonyos helyzetekben) (Winfried Brugger, Volker Erb, Wolfgang Schild, Christian Starck)	IGEN, az alkotmány lehetővé teszi (változatai: élet vs. méltóság; elkövető méltósága vs. áldozatok méltósága).	IGEN, nincs egyértelmű törvényi tilalom (védelmi helyzet, vagy <i>teleologische Reduktion</i>).	IGEN, de (néhányikük szerint) egy részletesebb eljárási szabály hasznos lenne, és egyértelműbbé tenné a helyzetet.	IGEN, kivételes helyzetben morálisan elfogadható.

90 Reinhold ZIPPELIUS – Thomas WÜRTEMBERGER: *Deutsches Staatsrecht* (München: Beck ³¹2005) 209. Továbbra sem világos, hogy szerintük minek kellene történnie, ha a kínzás után kiderül, hogy a rendőr tévedett és a megkínzott fogvatartottnak valójában semmi köze sem volt a megmentendő személyhez.

A 3.3.1 pontban szereplő táblázatot azért nem lehetett a vita feltérképezésére használni, mert (1) néhány szerző nem teszi egyértelművé, hogy érvelésük alapja az állam jogot megelőző kötelessége, hogy védje az életet, vagy pedig egy kimondatlan alkotmányos kötelezettség, (2) az igazán érdekes eltérések (amelyek meghaladják a kínzás kérdésére adott pusztán „nem” vagy „igen” választ) nem a görög betűkkel jelzett egyes kategóriák között vannak (hanem a γ , $\delta 1$ és $\delta 2$ teljes területén, ráadásul a frontvonalak nem mindegyiken keresztül húzódnak, hanem részben keresztezik azokat). Arra a tendenciára mindenestre rámutathatunk, hogy az I, II és III álláspontot általában azok osztják, akik rokonszenveznek a $\delta 1$ megközelítéssel, a IV és V viszont azok számára vonzóbb, akik a γ vagy a $\delta 1$ megközelítés hívei. Ennél szorosabb korrelációt a két táblázatban feltüntetett álláspontok között nem lehet kimutatni.

A két szélsőség az I a maga négy nemleges (hagyományos) válaszával, és az V a négy igennel (a leginkább radikális). Számos (egészen pontosan $2^4 - 2 = 14$) köztes kombináció lehetséges, valójában azonban csak III és IV tekinthető valós kombinációnak (II nem tartja megoldhatónak a problémát, ezért nem vehető számításba). Ezen a ponton tehát az az érdekes kérdés, hogy miért hiányoznak a térképről ezek a köztes megoldások, miért nem fogalmazódtak meg (ti. azokban az országokban, ahol hagyományosan a kínzás teljes tilalma a többségi jogi álláspont)? A következő álláspontok jöhetnek szóba:

1. *Az alkotmány tiltja (A nem), de a törvények engedik (B igen).* Ez az álláspont nyilván azért hiányzik, mert (a) ha lazítani akarjuk a kínzás tilalmát, akkor logikusan először az alkotmányos korlátokat távolítjuk el (ez az első lépés, fordítva jogilag nem működik), (b) könnyebb is azt állítani, hogy az alkotmány módot ad a kínzásra (a szöveg elvontabb, úgyhogy nagyobb tere van a kreatív okfejtésnek). Egyszóval az “A nem, de B igen” logikailag problematikus álláspont volna.

2. *Az alkotmány tiltja (A nem), de be kellene vezetni (C igen).* A *de lege ferenda* álláspontok (C) nem különíthetők teljesen el A-tól: a *de lege ferenda* kérdésre (fentebb csak a törvények módosítására vonatkozó kérdésként fogalmaztuk meg, ahogyan a vitákban is szerepelni szokott) csak akkor válaszolhatunk igennel, ha az alkotmány azt lehetővé teszi. Ha tehát igent mondunk a C-re, de nemet mondunk az A-ra, az logikailag megkérdőjelezhető. A *de lege ferenda* kérdés a vitákban csak a törvények módosítására vonatkozik, mert az alkotmánymódosítás (különösen ha *Ewigkeitsklausel* is van) nehezen kivitelezhető, és azért is, mert az átértelmezés is ugyanazt a hatást éri el, mint egy formális alkotmánymódosítás.

3. *A törvények lehetővé teszik (B igen), és be kellene vezetnünk (C igen).* Egy ilyen álláspontnak nem volna sok értelme: ha a törvények megengedik, akkor nincs mit bevezetni.

4. *Az alkotmány lehetővé teszi (A igen), a törvények tiltják (B nem), de be kellene vezetnünk (C igen).* Ez az álláspont azért hiányzik, mert mi értelme volna egy (vitatható) alkotmányos lehetőség mellett érvelni, hogyha aztán nem hivatkoznánk rá? Ha valaki megtenné, csak annyit érne el vele, hogy az I álláspont képviselői megbélyegeznék (ahogyan a IV és V csoport tagjaival teszik), a vitához érdemben nem járulna hozzá. Logikailag tehát elképzelhető ez az álláspont, gyakorlati haszna azonban nincsen.

5. *Morálisan elfogadhatatlan (D nem), A–B–C tekintetében viszont változás van (ti. legalább az egyikre igen a válasz).* Ez ezért hiányzik, mert a kérdés annyira terhelt érzelmileg és ideológiailag (identitás, tabuk), hogy a D-re adott egyértelmű nem miatt A–B–C-re is egyértelműnek tekintjük a nemleges választ, még akkor is, ha nem az. Egy olyan álláspont, amely D-re nemmel válaszol, a többi kérdés valamelyikére viszont igennel, ellentétes volna az interpretáció természetével, amely annál több személyes értékítéletet tartalmaz, minél elvontabb a jogi kérdés. A D-re adott igenlő válasz mégsem jelent automatikus igent a többi paraméternél, hiszen egyes igenek radikálisabbak lehetnek másoknál. A D-re adott igen pusztán a lehetőségét jelzi a hagyományos „négy nemes” válasz megváltoztatásának, nem pedig egy konkrét álláspontot.

6. Az alkotmány és a törvények is megengedik (A és B igen), és új törvényalkotásra sincsen szükség (C nem). Ez az álláspont azért nem jelenik meg, mert még az élet mentése céljából alkalmazott kínzás pártfogói is egyetértenek abban, hogy a visszaélés veszélye miatt részletes törvényi szabályozás lenne szükséges.

Személyes véleményem szerint a III ('Hős kerestetik') álláspont a leginkább elfogadható, a fent már említett okokból: a tiltás identitásképző szerepe és a visszaélés veszélye olyan jelentős, hogy a törvényi felhatalmazás elfogadhatatlannak látszik. Egyes helyzetekben azonban szükség van olyanokra, akik hajlandók feláldozni magukat (viselve a büntetést) a liberális társadalom értékeiért (és tabuiért). Általában véve el szokás fogadni, hogy a jog és az erkölcs nem esik egybe a diktatúrákban, de vonakodunk így tenni a liberális demokráciák esetében. És igazunk is van... általában. Diktatúrában jog és erkölcs különválása (vagy éppen ellentéte) strukturális jellemző, liberális demokráciában azonban kárhozzátandó kivétel. Ezeket a kivételeket a legszűkebb területre kell visszaszorítanunk, az életek megmentését célzó kínzás konkrét esetében viszont nem tudjuk kiküszöbölni az ellentmondást anélkül, hogy ezért még nagyobb árat ne kellene fizetnünk.

3. Régi vs. új kihívások: a jogállamiság újraértelmezése ellen

Láttuk, hogy a terrorizmus elleni küzdelem kérdései nem válaszolhatók meg egyszerű igennel vagy nemmel: a lehetséges érvek és ellenérvek ennél jóval megalapozottabb és kifinomultabb álláspont kialakítását igénylik, bármely megoldást választjuk is. A fentiekben amellet érveltem, hogy a terrorizmus problémája nem indokolja a jogállamiság új paradigmáját, és hogy e tekintetben ragaszkodnunk kell a régi jogi fogalmainkhoz. Nem tekinthetjük elégséges oknak a terrorfenyegetést ahhoz, hogy általánosságban túllépjünk az alkotmányos korlátokon, hanem ragaszkodnunk kell a kínzás feltétlen jogi tilalmához. Ennek két oka is van: egyrészt a visszaélés veszélye, másrészt (és különösen a kínzást illetően) a kínzás tilalmának identitásképző szerepe a modern nyugati társadalmakban⁹¹ – a kettő közül az elsőnek van nagyobb súlya. Megközelítésünk tehát inkább pragmatikus (vagy utilitárius), jóllehet jogi következtetéseink közel állnak a deontologikus (vagy abszolutista) nézőponthoz.⁹² A különbség abban áll, hogy javaslatom szerint ragaszkodnunk kell ugyan a jogállamiság régi jogi paradigmájához (mint társadalmunk alkotmányos nézetéhez), mégis lehetségesnek tartom, hogy kivételes helyzetekben *morális* megfontolások alapján megsértsük azt, anélkül azonban, hogy ezt az alkotmánysértést törvényesnek tekintenénk. A legtöbb utilitárius feltehetőleg nem értene egyet az előbbivel, és talán nincs olyan deontologista, aki elfogadhatónak tartaná az utóbbit. Nem állíthatjuk tehát, hogy sikerült egy kompromisszumot találnunk. Éppen ellenkezőleg: véleményem szerint mindkét csoport téved, amennyiben a problémákat egyöntetű igenre vagy nemre egyszerűsíti.

91 A kínzás tilalmának identitásképző szerepét illetően erősebb lenne az érünk, ha rendelkezniénk empirikus szociológiai adatokkal arról, hogy egyes nyugati országokban a kínzás tilalma mennyire eleme az identitásnak. A kérdéshez legközelebb eső empirikus kutatás Timothy M. JONES – Penelope SHEETS: „Torture in the Eye of the Beholder: Social Identity, News Coverage, and Abu Ghraib” *Political Communication* 2009, 278–295, amelyben kimutatják, hogy Ausztrália, Nagy-Britannia, Kanada, Olaszország, Spanyolország, Németország és az Egyesült Államok vezető napilapjainak újságírói aszerint írják le, hogy mi történt az Abu Ghraib börtönben, hogy a maguk nemzetét mennyire érintette az ügy. Az Egyesült Államok (és a szövetséges angolszász országok) újságírói általában kerültk a “kínzás” kifejezést, mert az identitásukkal nem fért volna össze, hogy a maguk közösségét/nemzetét kínzóként írják le.

92 A kínzás utilitárius és deontologikus elméleti megközelítéseiről lásd William TWINING: „Torture and Philosophy” *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes* (52) 1978, 143–195, 144–168.

A terrorizmus természeténél fogva kivételes (jóllehet alkalmanként pusztító) jelenség, szemben az államhatalom gyakorlásával a mindennapi életben. Ha komolyan meggyengítjük a jogállam fogalmát, hogy leküzdhessük ezt az új kihívást (a terrorizmust), akkor azt kockáztatjuk, hogy nem leszünk képesek választ adni egy hagyományosan komoly kihívásra (a kormányzati hatalom önkényes alkalmazásának korlátozására vagy leküzdésére). Nem szabad azt gondolnunk, hogy ha eljön a cselekvés ideje, senki sem meri majd a saját mindennapi erkölcsi érzéke alapján megszegni a törvényt, hogy ezáltal életet mentsen vagy megóvja az alkotmány egészét. Ám aki így tesz, annak viselnie kell a tévedés felelősségét, törvényellenes magatartását pedig (a morális elismerésen túl) csak kegyelemben részesíthetjük, de nem törvényesíthetjük. Amint fent is láttuk, a többi megoldás vagy dogmatikus és öngyilkos, vagy a visszaélés veszélyével terhes és következőképpen ugyancsak öngyilkos.

Attól függetlenül azonban, hogy pontosan hogyan érvelünk ebben a kérdésben, mindenképpen el kell kerülnünk a szokásos jogászai trükköt (amelyet ebben a diskurzusban is sokszor alkalmaznak), ti. hogy úgy teszünk, mintha a probléma elsődlegesen fogalmi-jogi volna.⁹³ A történelem során a régi jogi fogalmakat mindig a változó világképnek és a társadalmi kihívásokra adandó válaszoknak megfelelően definiálták újra (új fogalmak bevezetése helyett). Ha pedig így teszünk, akkor nem helyezhetjük a felelősség súlyát – bármilyen nehéz is – a fogalmakra.

93 Az ideológiai konfliktusok alkotmányos-jogi dilemmaként való kifejezése (vagy álcázása) a modern társadalmakban azt a (hasznos) szelídítő szerepet tölti be, hogy csökkenti a társadalmon belüli konfliktusok dezintegráló hatását, amennyiben azokat érzelmileg kevésbé terhes formában fogalmazza újra. Ha tehát egy társadalomban az a kérdés, hogy 'mi az, ami elválaszt?', akkor azt a lehető legjogászi módon kell megfogalmaznunk. A 'terrorizmus elleni küzdelem' esetében viszont a valódi (elsődleges) konfliktus nem a társadalmon belül van, hanem a társadalom és a terroristák között, így hát a kérdés inkább az, hogy 'mi köt bennünket össze (a terroristákkal szemben)'. Ez utóbbi esetben az ideológiai-emocionális elemek elfedése éppen hogy gyengítené a társadalmi identitástudatot, amit pedig önpusztító dolog volna engednünk. A 'terrorizmus elleni harc' esetében ezért az alkotmányos érvelés nem-jogi része iránt is nyitottnak kell lennünk.