

# DOKTORI (PhD) ÉRTEKEZÉS

Dr. Kovács Ágnes

Debrecen  
2013

**DEBRECENI EGYETEM  
MARTON GÉZA ÁLLAM- ÉS JOGTUDOMÁNYI  
DOKTORI ISKOLA**

**ALAPJOGOK ÜTKÖZÉSE A BÍRÓSÁGI  
GYAKORLATBAN  
AZ ALKOTMÁNYBÍRÓSÁGOK SZEREPE AZ  
ALAPJOGI KONFLIKTUSOK FELOLDÁSÁBAN**

*Készítette:*

**Dr. Kovács Ágnes**

*Témavezető:*

Dr. Bencze Mátyás

Egyetemi docens

A doktori program címe: Az állam és a jog változásai Közép- és Kelet-  
Európában

A doktori iskola vezetője: prof. dr. Szabó Béla egyetemi tanár

A kézirat lezárva: 2013. június 30.

**DEBRECEN  
2013**

**NYILATKOZAT**

Alulírott, Kovács Ágnes, büntetőjogi felelősségem tudatában kijelentem, hogy a Debreceni Egyetem Marton Géza Állam- és Jogtudományi Doktori Iskolában a doktori fokozat megszerzése céljából benyújtott, az *Alapjogok ütközése a bírósági gyakorlatban – Az alkotmánybíróságok szerepe az alapjogi konfliktusok feloldásában* című értekezésem saját önálló munkám, a benne található, másoktól származó gondolatok és adatok eredeti leelőhelyét a hivatkozásokban (lábjegyzetekben), az irodalomjegyzékben, illetve a felhasznált források között hiánytalanul feltüntettem.

Kijelentem, hogy a benyújtott értekezéssel azonos tartalmú értekezést más egyetemen nem nyújtottam be tudományos fokozat megszerzése céljából.

Tudomásul veszem, hogy amennyiben részben vagy egészben sajátomként mutatom be más szellemi alkotását, vagy az értekezésben hamis, esetleg hamisított adatokat használok, és ezzel a doktori ügyben eljáró testületet vagy személyt megtévesztem vagy tévedésben tartom, a megítélt doktori fokozat visszavonható, a jogerős visszavonó határozatot az egyetem nyilvánosságra hozza.

Debrecen, 2013. június 30.

Dr. Kovács Ágnes

## TÉMAVEZETŐI AJÁNLÁS

**dr. Kovács Ágnes: Alapjogok ütközése a bírósági gyakorlatban**  
Az alkotmánybíróságok szerepe az alapjogi konfliktusok feloldásában

című PhD-dolgozatához

A jogtudományi tárgyú dolgozatok témaválasztásai alapvetően két típusra oszthatók. Az egyik egy partikuláris téma, tudományos irányzat, vagy egy szerző munkásságának monografikus jellegű feldolgozása, mely egyébként elterjedt megközelítés az utóbbi években. Az ilyen dolgozatok szerzői arról adnak számot, hogy képesek a rendelkezésre álló források feltérképezésére, kezelésére, és lényegük kiemelésére. A másik választás egy probléma-orientált kutatás, melynek elvégzője arra vállalkozik, hogy egy aktuális tudományos problémát mutasson be a saját nézőpontjából, és hozzáadjon valamit az e területen folyó vitához. Kovács Ágnes ezt az utóbbi utat választotta, és ennek megfelelően egy jog- és ítélkezés-elméleti alapkérdést vizsgál. Ennek a választásnak nyilvánvalóan van kockázata, mivel a vitatott tudományos kérdések vizsgálata magában rejti azt a kockázatot, hogy az olvasók más megközelítésből látják a felvetett kérdéseket, illetve más nézőpontot érvényesítenek. Mégis, a jelölttel közösen úgy gondoltuk, hogy egy tudományos dolgozatban fel kell vállalni ezt a kockázatot, mivel a jogtudományi-jogelméleti gondolkodás érdemi vitákon keresztül formálódik és halad előre.

A választott téma napjaink egyik legnagyobb elméleti (és gyakorlati) tétellel rendelkező kérdése: az alapjogok közötti bírói mérlegelés sajátosságai és problémái. A jelölt módszertani tudatosságát tükrözi, hogy nem vette eleve adottnak és megkérdőjelezhetetlennek az alapjogi bírászkodás létét és igazoltságát. E megközelítés mentén az a kérdés is belekerült a dolgozatba, hogy mennyire legitim az alapjogok közötti döntést bátran felvállaló bíróságok működése. Nem magától értetődő ugyanis, hogy milyen felhatalmazása van az alkotmánybíróságoknak az alapjogok közötti mérlegelésre, és ezáltal komoly alapjogi és morális dilemmák eldöntésére. Amennyiben ugyanis ezen a legitimitációs teszten az alkotmánybíróságok elbuknak, akkor az alapjogok közötti mérlegelésük problémája is súlytalanná válik. Éppen ezért a dolgozat első felében a szerző annak eredt nyomába, hogy milyen érvek szólnak amellet: az alapjogok és alapelvek közötti mérlegelési dilemmákat helyes egy bírói szervre bízni, amely demokratikus legitimitációval csupán közvetett módon rendelkezik.

A szerző feltárta a vonatkozó szakirodalmat, felsorakoztatta az alkotmánybírászkodással szembeni érveket és ezek megcáfolásán keresztül igazolta azt, hogy van létjogosultsága az alkotmánybírászkodási tevékenységnek. A szerző ezekben a fejezetekben az alkotmányos demokrácia egy olyan modelljének háttere előtt vizsgálta a kérdéses álláspontokat, amelybe beépültek modern demokráciák és a nyilvánosság megváltozott szerkezetének adottságai. Ebben a modellben a hatalmi ágak rendszerének lényege nem a merev elválasztás, vagy a hatáskörök pontos definiálása, hanem az állandó reflexió. Így válik érthetővé, hogy miért érdemes egy bírói testületre bízni a demokratikusan választott képviselőtestület kontrollját. E rész jelentőségét az is alátámasztja, hogy a

hazai jogász-jogtudományi közgondolkodás számára egyelőre reflektálatlanok az alkotmánybíróságok tevékenységét érintő újabb kihívások.

A dolgozat második része a mérlegelés általános problémája körül forog, amely az ítélkezés-elméleti viták egyik fókuszpontját jelenti. A szerző jó érzéssel mutat rá arra, hogy az alapjogok közötti mérlegelés a neuralgikus pontja az a bírói szerepfelfogás, amely merőben szakmai tevékenységként fogja fel a jogalkalmazás egészét. A mérlegelés ugyanis nem „algoritmizálható”, nem írható le a hagyományos jogász felfogás fogalmaival, terminológiájával. A mérlegelési tevékenység olyan része a bírói gyakorlatnak, amely közvetlenül tükrözi a bírói ítélkezés politikai jellegét. Ezért ellenáll a formalizáló törekvéseknek: a mérlegelési helyzetben a bírónak őszintén mérlegre kell tennie az eldöntendő jogi probléma mögötti különböző elveket és a közösség nevében beszélve azokra az elvekre alapozva kell döntést hozni, mely leginkább összeegyeztethető a közösséget összetartó morális elvekkel. A mérlegelés elsősorban nem jogász szakmai tevékenység, hanem a bírói gyakorlati bölcsesség mozgósítása.

Ezt az álláspontot meggyőző tényanyaggal támasztja alá: bemutatja, hogy a különböző jogrendszerek bíróságainak – kulturális és történeti háttérük különbözősége ellenére – lényegében ugyanazzal a kérdéssel kell mindenhol szembenéznük. Igazolja azt is, hogy a mérlegelő tevékenység „megregulázására” irányuló elméleti és gyakorlati törekvések (pl. az érdekek „ténykérdéssé” alakításának tézise, vagy a „kategorizálási” kísérletek) életképtelenek, nem tudják megfelelően leírni sem a bírói döntési, sem az igazolási folyamatot.

Ebből a dworkinánus alapállásból logikailag szükségszerűen következik, hogy ki kell védenie az állandó kritikát, amely a mérlegelést annak szubjektív (esetleg: érdekvezérelt) mozzanata miatt támadja. A kérdés az, hogy mennyiben lehet a mérlegelés önkénytől mentes, objektíven ellenőrizhető. A szerző erre a racionalitás egy nem szokványos megközelítését ajánlja, melynek lényege az, hogy a mérlegelési probléma során felmerülő különböző értékek súlyát társadalmaink kulturális evolúciója során „kiválasztódott” értékeink eddigi készletéhez tudjuk mérni. A racionalitását nem valamiféle az „Ész” által létrehozott rendszer alkotja, hanem az eddigi hagyományainkra történő állandó reflektálás. Ez a meglátás természetesen nem ad és nem is adhat konkrét segítséget egy-egy aktuális mérlegelési probléma megoldásához, de filozófiai szinten igazolja, hogy létezik a bírói értékelésnek ellenőrizhető, átlátható és számon kérhető módja.

Mindezek alapján a szerző teljesítette azt a kitűzött célt, hogy a vonatkozó szakirodalmat alaposan feldolgozva, érdemi módon, tudományos igényel foglaljon állást a dolgozatban ismertett problémákat illetően, és olyan összefüggésekre és szempontokra mutasson rá, amelyek eddig nem voltak a magyar jogtudomány-jogelmélet köreiben exponálva, és továbbgondolásra készítőek. E teljesítményére – és a formai követelményeknek való megfelelésre – tekintettel ajánlom a dolgozatot a nyilvános védésre.

Debrecen, 2013. június 28.

Dr. habil. Bencze Mátyás Phd  
 Egyetemi docens, témavezető

## Tartalomjegyzék

TARTALOMJEGYZÉK.....	6
BEVEZETÉS.....	8
<b>I. TÖRTÉNETI KONTEXTUS ÉS MÓDSZERTAN.....</b>	<b>11</b>
1. A globális alkotmányosság kihívásai .....	11
1.1. A bíróságok hatalmának megnövekedése .....	12
1.2. Az arányossági vizsgálat dominanciája .....	16
2. Módszertani megalapozás .....	18
<b>II. AZ ALKOTMÁNYBÍRÁSKODÁS IGAZOLÁSA.....</b>	<b>21</b>
1. Az alkotmánybírászkodás versengő paradigmái .....	21
1.1. Az amerikai modell .....	21
1.2. A „puha” felülvizsgálat.....	30
2. Az alkotmánybírászkodás igazolásának irányai .....	36
3. A metaetika relevanciája az intézményes probléma megoldásában .....	41
4. Az alkotmánybírászkodás procedurális igazolása .....	47
4.1. A demokrácia procedurális megközelítése .....	47
4.2. Waldron álláspontja: a politikai autoritás eljárási igazolása és a többségi elv.....	50
4.3. Az alkotmánybíróság politikai legitimitása .....	56
4.4. A demokrácia partnerségi felfogása. A politikai egyenlőségről .....	65
5. Az alkotmánybírászkodás instrumentális igazolása .....	72
5.1. Az instrumentális igazolás szerepe .....	72
5.2. A klasszikus instrumentális érvek az alkotmánybírászkodás mellett .....	75
5.3. A bírói érvelés waldroni kritikája.....	78
5.4. A bírói érvelés valódi előnyei .....	84
6. Következtetések.....	104
<b>III. ALAPJOGI KONFLIKTUSOK A BÍRÓSÁGOK ELŐTT .....</b>	<b>108</b>
1. Az arányossági vizsgálattal összefüggő alapkérdések.....	108
2. A mérlegelés fogalmi megközelítései .....	109
3. Kinek a feladata a mérlegelés? .....	111
4. Mit mérlegeljünk?.....	114
4.1. Elkerülhető-e a mérlegelés? .....	114
4.2. Az alapjogi konfliktusok típusai .....	120
5. A mérlegelés és az arányossági vizsgálat. Két külön doktrína? .....	122
5.1. A német arányosság .....	124
5.2. Az amerikai mérlegelés.....	128
5.3. A történeti fejlődésben rejlő különbségek implikációi.....	132

<b>6. Az arányosság mint általános érvelési struktúra .....</b>	<b>133</b>
<b>6.1. Robert Alexy elmélete .....</b>	<b>133</b>
<b>6.2. Az elmélet kritikája: mennyire racionalizálható a mérlegelés? .....</b>	<b>138</b>
<b>6.3. A kanadai arányossági vizsgálat .....</b>	<b>142</b>
<b>7. Mérlegelés az amerikai gyakorlatban – egy külön struktúra?.....</b>	<b>144</b>
<b>7.1. Mérlegelés versus kategorikus megközelítés .....</b>	<b>144</b>
<b>7.2. Mérlegelési tesztek az amerikai gyakorlatban .....</b>	<b>152</b>
<b>8. Ragaszkodnunk kell-e az arányosság szigorú struktúrájához? .....</b>	<b>157</b>
<b>9. Összemérhetőek az értékek? .....</b>	<b>163</b>
<b>10. Az arányosság értékelése .....</b>	<b>169</b>
<b>10.1. A mérlegelés szerepe a szólásszabadság gyakorlatában: a Dennis ügy .....</b>	<b>169</b>
<b>10.2. Az arányossági vizsgálat Strasbourghban.....</b>	<b>171</b>
<b>11. Az arányossági vizsgálat és az alkotmánybíráskodás igazolása.....</b>	<b>173</b>
<b>11.1. Az arányossági vizsgálat mint az igazolás egyik eleme .....</b>	<b>174</b>
<b>11.2. Az arányosság mint az alkotmánybíráskodás igazolásának teljes elmélete .....</b>	<b>176</b>
<b>12. Következtetések.....</b>	<b>181</b>
<b>ÖSSZEGZÉS.....</b>	<b>183</b>
<b>IRODALOMJEGYZÉK .....</b>	<b>185</b>
<b>SUMMARY .....</b>	<b>195</b>

## Bevezetés

„Az alkotmányjog a mérlegelés korszakába lépett.”<sup>1</sup>A dolgozat az előbbi kijelentés két fontos implikációját vizsgálja. Ami közvetlenül következik ebből a kijelentésből, az nem más, mint annak felismerése, hogy a bíróságok legtöbbször mérlegeléssel döntenek el az alapjogokkal összefüggő jogvitákat. Ezeknek a vitáknak a célja annak meghatározása, hogy milyen magatartások élveznek alkotmányos védelmet, azaz mi az absztrakt alkotmányos rendelkezések tartalma. De a mérlegelés elterjedése egy másik jelenségre is ráirányítja a figyelmet, arra, hogy az alkotmányos alapjogok tartalmának meghatározásában az alkotmánybíróságok központi szerepet játszanak.

A legtöbb olyan elméleti munka, amely a mérlegelésről folyó alkotmányjogi diskurzushoz kíván hozzászólni, érinti az alkotmánybíráskodás legitimitásával összefüggő alapkérdéseket is. Ha ugyanis arról akarunk számot adni, hogy miért jelenti a mérlegelés a bírói érvelés vonzó normatív modelljét, vagy mennyiben jellemzi ez az érvelési struktúra a bíróságok gyakorlatát, igazolnunk kell, hogy a bíróságok az alkotmányos rendelkezések tartalmának meghatározásában akár a törvényhozás döntéseit is felülíró autoritással rendelkeznek.

Az alkotmánybíráskodás politikai legitimitása nem magától értetődő. Az alkotmányos demokrácia koncepciójából ugyanis nem következik kényszerítő erővel az intézmény léte. Az elmúlt időszakban pedig felerősödtek azok a hangok, amelyek vitatják, hogy az alkotmányos jogaink tartalmát és terjedelmét érintő morális kérdésekben az alkotmánybíróságokat illeti a végső szó. Éppen ezért komolyan szembe kell nézni az intézmény igazolásának feladatával. Az intézményelméleti kérdés tárgyalása megelőzi az alapjogi mérlegelésre vonatkozó megfontolások számbavételét, ezt tükrözi majd az értekezés szerkezete is. Az első fejezetben megkísérlem rendszerezni azokat az érveket, amelyek az alkotmánybíráskodás támogatói, illetve kritikusai részéről artikulálódtak a vitában, és igyekszem felsorakoztatni azokat az elveket, amelyek igazolhatják az intézmény politikai legitimitását. Azt állítom ugyanis, hogy jó érveink vannak egy olyan alkotmányos berendezkedés mellett, amelyben a jogalkotás alkotmányos kontrollja egy bírói szerv kezében van. A gondolkodási folyamat során a Jeremy Waldron által kidolgozott elmélethez viszonyítva alakítom ki saját jogelméleti pozíciómat. Waldron egyértelműen azt a nézetet képviseli, hogy egy

---

<sup>1</sup> ALEINIKOFF, Alexander, *Constitutional Law in an Age of Balancing*, Yale Law Journal, 1987/5, 972.

olyan intézményi struktúra, amelyben az alkotmányértelmezés végső joga a bíróságokat illeti, a politikai autoritás igazolhatatlan elosztását feltételezi. Érvelésem éppen ezért a waldroni teória logikáját követi majd: elsőként az alkotmánybíráskodás demokratikus legitimitását, majd a bírák morális érvelését érintő kihívásokat tárgyalom.

Az intézményi struktúrával összefüggő igazolási feladat egy széles alkotmányelméleti reflexiót kíván. A döntéshozói autoritás megosztásánál ugyanis nem hagyhatjuk figyelmen kívül az alkotmányértelmezéssel foglalkozó elméletek megállapításait. A bírói alkotmányértelmezés rivális felfogásai eltérő válaszokat kínálnak arra a kérdésre, hogy miként értelmezzék a bíróságok az alkotmányos rendelkezéseket, és ezek a válaszok az intézményelméleti problémára is hatást gyakorolnak.<sup>2</sup> Az alkotmányértelmezéssel összefüggő kérdések azonban nem képezik részét a dolgozatnak. Célkitűzéseim így egy leszűkített elméleti keretbe illeszkednek: csak arra a kérdésre fókuszálok, hogy igazolható-e egyáltalán a törvényhozás bírói kontrollja egy demokratikus politikai rendszerben.

Az alkotmánybíráskodás igazolását követően a második fejezetben már megalapozottan tárgyalhatjuk az alapjogi érveléshez kapcsolódó legfontosabb konceptuális és igazolási kérdéseket. Ehhez a feladathoz Robert Alexy érvelésméleti megállapításait használom fel. Alexy a jogi gyakorlat tényeire tekintettel – hiszen egy, a gyakorlathoz leginkább illeszkedő elmélet igénye ösztönözte – igyekezett megvilágítani a bírói mérlegelés karakterét. Konceptiója az alapjogi érvelést övező jogtudományi diskurzus egyik legnagyobb hatású és legtöbbet idézett teóriáját testesíti meg, amelyet a mérlegelési folyamat elemzésével foglalkozó szerzők nem hagyhatnak figyelmen kívül. Ebben a dolgozatban két kérdésre keresem a választ: egyfelől arra, hogy mit jelent a mérlegelés, másfelől arra, hogy mennyiben képes szavatolni az Alexy-féle megközelítés a racionális és igazolt jogi döntést.

A normatív érvelésméletek sikere azonban vitatott. A kritikus hangok szerint a jogi érvelés tudományos célú értékelését nem vezethetik előre kidolgozott elméleti konstrukciók, absztrakt erkölcsi ideálok; sem az érvelés struktúráját, sem annak kimenetelét nem determinálhatják normatív elvek és mércék. Ezek az elméleti igények ugyanis nem hozhatóak összhangba a joggyakorlat tényleges működésével, és a jog általános természetével összeegyeztethetetlen módon kívánják egy bizonyos teoretikus

---

<sup>2</sup> Az intézményelméleti probléma ilyen átfogó megközelítésére hívja fel a figyelmet Györfi Tamás. Lásd GYÖRFI, Tamás, *In Search of a First-person Plural, Second-best Theory of Constitutional Interpretation*, *German Law Journal*, 2013, 1-23. (megjelenés alatt)

struktúrába kényszeríteni a jogra vonatkozó „bölcsekedést”. Bódig Mátyás álláspontja szerint a normatív elméletek ambíciói túlzóak, és nem képesek a gyakorlat megragadására, adekvát leírására. A helyességnek ugyanis a szűk értelemben vett jogi mércéken kívül egyéb kritériumai is lehetnek. A merev elméleti elköteleződés legnagyobb veszélye pedig abban áll, hogy túlságosan dogmatikussá és rugalmatlanná válik a gyakorlat.<sup>3</sup>

Mi indokolhatja mégis azt az igényt, hogy a jogalkalmazást előre rögzített mércéken teszteljük és értékeljük? A modern jogban a nyilvános igazolás azt a követelményt támasztja a jogi kötelezéssel szemben, hogy az a közösség valamennyi tagja számára igazolható legyen. Ez a feladat pedig egy sajátos kontextusban merül fel, egy olyan politikai közösség keretei között, amely közösség tagjai egymással versengő elvek mentén igazolják cselekvéseiket. Arra vonatkozóan, hogy mi a helyes (az igazolhatóság értelmében), általános kritériumokat kell találnunk azért, hogy kielégítsük a nyilvános igazolás igényét, illetve értelmesen vitathassuk a jog által támasztott követeléseket. Mindezekre tekintettel amellettt érvelek majd, hogy a mérlegelés elmélete segítséget nyújthat a bíróságok számára, az előre lefektetett mércék alkalmazásával ugyanis egy ellenőrizhetőbb jogi gyakorlat részesei lehetünk. Ugyanakkor azt is állítom, hogy az alapjogi érvelés formalizált elveinek követése önmagában nem vezet igazolható döntéshez; a bírák az érdemi morális érvelést legtöbbször nem kerülhetik el.

Az értekezés elsődleges célja a bírói felülvizsgálat legitimitását és a bírói mérlegelést érintő diskurzus alapvető állításainak rekonstruálása és beemelése a magyar jogtudományi gondolkodásba. Bár az előbbieken körvonalazott kérdések a nemzetközi alkotmányelméleti viták egy jelentős részét lefedik, azt tapasztaljuk, hogy a magyar tudományos közeg kevés érdeklődést mutat a felvetett problémák iránt. Az alkotmánybíraskodás igazolása napjainkban ritkán képezi tárgyát magyar nyelvű alkotmányjogi írásoknak. A teoretikus figyelem hiánya vélhetően arra vezethető vissza, hogy a szerzők többsége az intézmény legitimitását, akárcsak a reprezentatív törvényhozásáét, egyszerűen adottnak veszi. A bírói gyakorlat értékelését célzó kísérletek pedig inkább irányulnak a döntések tartalmi kritikájára, mintsem a bírói érvelés vizsgálatára. Éppen ezért érzem szükségesnek, hogy áttekintést nyújtsak arról, milyen kérdések foglalkoztatják az alkotmányelméletet, és hogyan is állunk a kérdésekre adott válaszokat illetően.

---

<sup>3</sup> BÓDIG, Mátyás, *Legal Theory and Legal Doctrinal Scholarship*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 2010/2, 491-494.

# I. Történeti kontextus és módszertan

## 1. A globális alkotmányosság kihívásai

Az elmúlt bő fél évszázadban az alkotmányozás új hullámának lehetünk tanúi, amely az alkotmányos intézmények és hatáskörök egymáshoz közeledését eredményezte világszerte. Az intézményes megoldásokban fellelhető párhuzamosságok mellett az alkotmányosság más elemeinek konvergenciája is megfigyelhető, ezért a folyamat jól leírható az „alkotmányosság globalizálódása” kifejezéssel. A jelenség egyik legfőbb oka, hogy az alkotmányjog elvei az alkotmányos szereplők interakciójában formálódnak, mivel az egyes jogrendszerek hasonló elméleti és gyakorlati problémákra keresik a válaszokat.<sup>4</sup> A közös megoldások kialakításában pedig az alkotmányos kérdések eldöntésében hatáskörrel rendelkező bíróságok járnak élen, amelyek egyre gyakrabban hivatkoznak más országok alkotmányos gyakorlatára és eredményeire.<sup>5</sup> A fokozódó párbeszéd David Law szerint egy „generikus alkotmányjogban” ölt testet, amely nemzeti jogrendszereken átívelő alkotmányelméleti kérdések megfogalmazásához és közös alkotmányos módszerek és doktrínák kialakulásához vezet.<sup>6</sup>

A dolgozatban a globális alkotmányosság két dimenziójának szentelek figyelmet. Az egyik az alkotmánybíráskodás általános elterjedésével van összefüggésben, és azt az alkotmányelméleti problémát érinti, hogy igazolható-e egy demokratikus struktúrában a

---

<sup>4</sup> Az alkotmányosság globalizálódásának jelei nemcsak nemzetállami szinten érhetőek tetten. Ezt jelzi, hogy az eredetileg gazdasági célokra létrejött Európai Unióban is előrehaladott lépések történtek egy írott alkotmány elfogadására. Bár az alkotmányozási kísérlet végül elbukott, az integráció ma már saját alapjogi kartával rendelkezik. Egy európai alkotmány gondolata pedig továbbra is része az Unió jövőjét érintő diskurzusnak. Az alkotmányos minták szupranacionális szintű adaptálásának igényét tükrözi újabban Bruce Ackerman és Miguel Maduro javaslata, amely egy születendő új európai alkotmány megalkotásához az alkotmányozási folyamat dél-afrikai mintáját ajánlja Európa figyelmébe. Dél-Afrikában a végleges alkotmány megalkotása három lépcsőben zajlott: elsőként a későbbi alkotmány alapvető elveit fektették le, következő lépésként az alkotmányozó nemzetgyűlés elfogadta a már rögzített alapelveknek megfelelő alkotmányszöveget, majd a szöveget hitelesítésre megküldték az alkotmánybírósnak, amely megvizsgálta, hogy a véglegesnek szánt szöveg megfelel-e az előzetesen lefektetett elveknek. Ez a többlépcsős eljárás, amely egy viszonylag széles társadalmi együttműködésre és deliberációra épült, megteremtette az alkotmány legitimitásának alapját, így Ackerman és Maduro szerint példaként szolgálhat Európa számára is abban, hogy milyen alkotmányozási folyamat képes az európai közösség gyakran vitatott demokratikus legitimitásának erősítésére. (ACKERMAN, Bruce – MADURO, Miguel, *How to make a European Constitution for the 21st century*, <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/oct/03/european-constitution-21st-century>, letöltés ideje: 2012. október 31.)

<sup>5</sup> Arról, hogy a külföldi alkotmányos megoldások idézése egyre növekvő szerepet játszik az alkotmányos felülvizsgálat jogával felruházott bíróságok alkotmányértelmezésében, a magyar jogirodalomban lásd HALMAI Gábor, *Összehasonlítás az alkotmányértelmezésben*, Fundametum, 2011/4, 37-57.

<sup>6</sup> LAW, Davis S., *Generic Constitutional Law*, Minnesota Law Review, 2005/3660.

törvényhozás bírói kontrolljának olyan formája, amelyben a bíróság felülírhatja a reprezentatív törvényhozás alkotmányértelmezését. A másik kérdés kapcsolódik az előbbihez, amennyiben az alkotmányos felülvizsgálat jogával felruházott bíróságok érvelési gyakorlatának egyik sajátosságára vonatkozik. Az alapjogi viták bírói kezelésének általános formája az arányossági vizsgálat, és az arányosság esetében fontos lehet tisztázni, hogy egy formalizált érvelési struktúra mennyiben képes fokozni a bírói döntések legitimitását, illetve hozzájárulni az alkotmánybíróságok autoritásának igazolásához.

A következőkben részletesebben is bemutatom, hogy milyen problémák képezik a dolgozat kiindulópontját, és mi indokolja a teoretikus érdeklődést ezen kérdéskörök iránt.

### **1.1. A bíróságok hatalmának megnövekedése**

Az alkotmányosság bámulatosan gyors terjedése időben három szakaszra osztható. Az első szakasz a második világháborút követően következett be, és olyan politikai rendszereket érintett, mint Németország, Japán vagy Olaszország.<sup>7</sup> A második szakaszban a dél-európai államok, így Spanyolország, Portugália, a harmadik hullámban, 1989 után pedig a kelet-közép-európai államok léptek az alkotmányos átalakulás útjára, többek között Lengyelország, Magyarország, Csehország, Szlovákia vagy Románia. Az alkotmányozási kedv továbbá olyan államokat is utolért, mint Dél-Afrika. A folyamatokban közös volt – és talán ez indokolja az alkotmányelmélet részéről az „alkotmányosság globalizálódása” kifejezést –, hogy a kialakuló alkotmányos struktúrák, kisebb-nagyobb eltérésekkel ugyan, de az alkotmányosság amerikai modelljét tekintették irányadónak.<sup>8</sup> Bár az amerikai modell ma már több mint két évszázados múltra tekint vissza, a modellt implementáló államok rendszerének megjelölésére mégis az „új konstitucionalizmus” kifejezést használják.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Lásd CAPPELLETTI, Mauro – COHEN, William, *Az alkotmánybíráskodás története és jelenkori elterjedése*. In: PACZOLAY Péter (szerk.) *Alkotmánybíráskodás, alkotmányértelmezés*, Rejtjel, Budapest, 2003, 50.

<sup>8</sup> Lásd GARDBAUM, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, *The American Journal of Comparative Law*, 2001/4, 714-718.

<sup>9</sup> Richard Bellamy és Adam Tomkins, a republikánus politikai hagyomány kortárs képviselői ezzel szemben nem új, hanem „jogi konstitucionalizmusról” beszélnek az írott alkotmányra és a bírói alapjogvédelemre épülő alkotmányos rendszerekkel összefüggésben. Ezekben a rendszerekben ugyanis, Bellamy szerint, a jog és a politika elválasztása, illetve az alapvető jogok és szabadságok „depolitizálása” következtében a legfontosabb közösségi választások kikerülnek a demokratikus döntéshozatal hatálya alól, és mint klasszikus jogi kérdések, az abban kompetensnek mutakozó alkotmánybíróságok kezébe

Mivel jellemezhető az „új konstitucionalizmus”? És mennyiben tekinthető újnak az alkotmányosság jelenleg uralkodó formája? Az elmúlt évtizedekre jellemző alkotmányozási folyamatok középpontjában az írott alkotmány áll, amely rögzíti a politikai közösség működésének legfontosabb elveit, és meghatározza a közösség tagjait megillető alapvető jogok és szabadságok körét. Az alkotmányok által elismert elvek és jogok a politikai hatalomgyakorlással szembeni normatív korlátokként funkcionálnak; a normatív korlátok érvényesítéséért pedig tipikusan az alkotmánybíróságok tartoznak felelősséggel. Jóllehet ebben az alkotmányos konstrukcióban is az egyének összessége jelenti a hatalom végső forrását, mivel az alkotmány maga szabályozza módosításának feltételeit, és a módosítás rendszerint szigorú eljárási szabályokhoz kötött, az alkotmányosság fölött örökös bírói testületeknek komoly szerep jut annak meghatározásában, hogy mit követel a szóban forgó közösség politikai moralitása.<sup>10</sup> Mivel az alkotmányos felülvizsgálat jogával felruházott bírói testületek felülírhatják a törvényhozó alkotmányértelmezését, hosszabb távon a bírák felfogása jut érvényre az alkotmányba foglalt erkölcsi elvek tartalmát illetően. A bírói alkotmányértelmezés eredményének gyökeres megváltoztatására pedig csak alkotmánymódosítással lenne lehetősége a politikai hatalomnak, de a módosítás, a szigorú feltételek következtében, a legtöbb rendszerben igen nehéznek bizonyul.

Az alkotmányelméleti diskurzust elsősorban a „új konstitucionalizmus” ez utóbbi komponense tartja lázban. Aligha vitatott ugyanis, hogy egy politikai rendszer alkotmányos legitimitásának alapja, hogy alapvető jogaink normatív erővel rendelkezzenek. Abban azonban nincs egyetértés, hogy melyik intézmény rendelkezik autoritással alapvető jogaink érvényesítése terén. Amíg az alkotmányosság korábbi,

---

kerülnek. A konstitucionalizmus jogi konstrukcióját követő politikai rendszerekben tehát a demokratikus eljárások helyett a bíróságok eljárására bízzák az alkotmányos kérdések megválaszolását. (BELLAMY, Richard, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 1-12.) Tomkins azt hangsúlyozza, hogy a politika pozíciójának leértékelődése mögött a politikai tevékenységgel szembeni általános bizalmatlanság húzódik meg. Az új alkotmányos modellek ezért tulajdonítanak kiemelt szerepet a jognak, amelyben a kormányzati hatalom legitím korlátját látják, és amely korlátok érvényesítésével a jogi tevékenység elsődleges színterét, a bírói fórumokat bízzák meg. (TOMKINS, Adam, *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2005, 4.)

A konstitucionalizmus két típusának elhatárolására bevezetett republikánus terminológia azonban aligha tartható, ha elfogadjuk azt a jogelméleti álláspontot, amely a jog és a politika fogalmai között analitikai összefüggést feltételez. (Ennek a fogalmi kapcsolatnak a részletes leírását adja BÓDIG Mátyás, *Jogelmélet és gyakorlati filozófia. Jogelméleti módszertani vizsgálódások*, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2004, 536-553.) Ha ugyanis a jogi intézmények, így a bíróságok is, politikai döntéseket hoznak, akkor a jogi és a politikai alkotmányosság fogalma közötti különbség elmosódik. Ezért a dolgozat további részében inkább az „új konstitucionalizmus” kifejezést használom majd az uralkodó alkotmányos berendezkedés megjelölésére.

<sup>10</sup> Lásd SWEET, Alec Stone – MATHEWS, Jud, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, Columbia Journal of Transnational Law, 2008/1, 85-87.

elsősorban a második világháborút megelőző korszakaiban nem volt kérdés, hogy a politikai képviselő legjobbját megtestesítő törvényhozás feladata az alapjogok tartalmának meghatározása és normativitásuk biztosítása, addig mára már egyre többen támogatják egy független bírói fórum hatáskörének elismerését az előbbi kérdésekben. Úgy tűnik tehát, hogy a korábban uralkodó parlamenti szupremácia elvét fokozatosan felváltja a bírói szupremácia elve, és elsősorban ez a váltás jelenti az alkotmányosság terjedőben lévő modelljének valódi újdonságát.

Az alkotmánybíróságok elterjedése és ezzel együtt a bíróságok szerepének megnövekedése nemcsak a politikai rendszerek működésében eredményezett radikális változásokat, hanem új lendületet adott az alkotmányelméleti vitáknak is. A bíróságok befolyásának dinamikus növekedése némileg új szerepbe kényszerítette a korábban a demokratikus döntéshozatal kizárólagos fórumának tekintett parlamenteket is. A parlament és a bíróságok közötti viszony átalakulása, és az a folyamat, ahogyan a jogalkalmazó szervek egyre komolyabb részt vállalnak a közösségi cselekvés meghatározásában, valamint a politikai és társadalmi fejlődés generálásában, nemcsak az alkotmánybíráskodás igazolásának igényét veti fel, hanem ráirányítja a figyelmet a demokráciáról vallott megfontolásaink alapos újragondolására is.

A bírói hatalom megnövekedésének ténye kevésbé vitatható, ettől azonban még nem lesz indokolt a „bírókormányzásról”, vagy a „bírói elit uralmáról” beszélni. A bíróságok egyre növekvő politikai hatalmáról mint az amerikai demokrácia egyik sajátosságáról elsőként Alexis de Tocqueville értekezett a XIX. század első felében. „Nincs olyan politikai kérdés az Egyesült Államokban, amelyik előbb-utóbb ne válnék igazságszolgáltatási kérdéssé.”<sup>11</sup> A „bírókormányzás” kifejezéssel egyes, elsősorban amerikai szerzők ma is arra a veszélyre kívánják felhívni a figyelmet, amelyet a bírói hatalom expanziója a demokratikus kormányzás eszméjére nézve jelent.<sup>12</sup> Ezek a szerzők úgy vélik, hogy a Legfelső Bíróság a politikai akaratképzés egyre nagyobb területét vonja irányítása alá. Ez az aggodalom azonban túlzó, hiszen azt mégsem állíthatjuk, hogy az alkotmánybíróságok átvennék a törvényhozás szerepét. Az alkotmánybíráskodás intézményét ismerő rendszerekben a politikai akaratképzés elsődleges fórumaként továbbra is a törvényhozó testületek működnek, az alkotmánybíróságok – amennyiben léteznek egyáltalán – csak egyfajta ellenőrző funkciót töltenek be, felülvizsgálati jogkörük csak a politikai döntések egy szűk körét

---

<sup>11</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de, *A demokrácia Amerikában: válogatás*, Gondolat, Budapest, 1983, 245.

<sup>12</sup> Idézi SCHAUER, Frederick, *The Supreme Court 2005 Term*, Harvard Law Review, 2006/1, 5-7.

érinti.<sup>13</sup> Ennek az állításnak az érvényességét az a belátás sem gyengíti, hogy az alkotmánybíróságok hatásköre a közösségi döntések egyre szélesebb spektrumát fogja át, és tipikusan kiemelt jelentőségű kérdésekre terjed ki. Még olyan területeken is, mint az alapjogokkal összefüggő döntéshozatal, ahol az alkotmánybíróságok jelenléte fokozottan érzékelhető, döntően a parlamentek jogalkotó tevékenysége dominál, gondoljunk csak a bírósági szervezetrendszer felépítésére, az önkormányzatok működésének szabályaira, a bírósági eljárás elveire, vagy a választójog gyakorlásának feltételeire. Az alkotmánybíróságok feladata ezen a területen is csak kivételes esetekre korlátozódik.

Semmiképpen sem indokolt tehát az a félelem, amely a demokráciát felváltó „jurisztokrácia” vízióját vetíti elő.<sup>14</sup> Ez a vád különösen megalapozatlannak tűnik az Egyesült Államok vonatkozásában, ahol a törvényhozás és a bírászkodás rivalizálása talán a legszembetűnőbben jelentkezik. Azt látjuk ugyanis, hogy amíg az amerikai Legfelső Bíróság által évente hozott érdemi döntések száma tipikusan 70 és 80 között mozog<sup>15</sup>, addig a Kongresszus – ha nem számítjuk az elmúlt időszak meglepően visszafogott jogalkotói természetét, amellyel a 112. Kongresszus a második világháború óta eltelt időszak legpasszívabb törvényhozásának bizonyult – éves szinten néhány százas nagyságrendben fogad el törvényeket.<sup>16</sup> Ettől függetlenül jogos az az igény, hogy számot adjunk az alkotmánybíróságok legitimitásáról, és igazoljuk annak helyét a politikai intézményrendszeren belül, főleg azért, mert a bírói felülvizsgálat eszméjének „önmozgása” folyamatos hatáskörbővülést eredményez.

A dolgozatban az intézményelmélet aktuális kérdéseit nem abban a hagyományos fogalmi keretben tárgyalom, amely a politikai autoritás intézményes megosztására

---

<sup>13</sup> Lásd KAVANAGH, Aileen, *Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron*, *Law and Philosophy*, 2003/5, 454.

<sup>14</sup> Hirschl szerint a demokratikus kormányzás szerkezetében az elmúlt évtizedekben bekövetkező egyik legszembetűnőbb változást a bírói hatalom példátlan megnövekedése jelenti. A bíróságok a politikai hatalom egyre növekvő részét vonják el a reprezentatív intézményektől, ez a folyamat pedig a bírói elit kormányzásának negatív következményeit vonja maga után. (Erről lásd HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, 1.)

<sup>15</sup> A Legfelső Bíróság elnökének éves beszámolója szerint a testület 2008-ban 74, 2009-ben 73, 2010-ben 75, 2011-ben pedig 64 érdemi döntést hozott. (Az adatok elérhetőek <http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/year-endreports.aspx> letöltés ideje: 2013. február 3.)

<sup>16</sup> A két intézmény teljesítményének legkönnyebb összevetése érdekében érdemes azoknak az éveknak az adatait felidézni, amely évek bírósági természetét az előző lábjegyzetben ismerttettem. Ennek megfelelően a Kongresszus 2008-ban 280, 2009-ben 125, 2010-ben 260, 2011-ben 90 törvényt fogadott el. Ezek a számok akkor is jóval magasabbak, mint a Legfelső Bíróság éves szinten hozott döntéseinek száma, ha figyelembe vesszük, hogy a legutolsó ciklusban mindösszesen 239 törvényt fogadott el a Kongresszus. (Az adatok elérhetőek a Képviselőház Hivatalának honlapján: <http://library.clerk.house.gov/resume.aspx> letöltés ideje: 2013. február 3.)

vonatkozó megfontolásokat a hatalommegosztás klasszikus, XVIII. századi modelljébe kívánja beleilleszteni. Az alkotmánybíráskodás igazolásának kérdése nem korlátozható a reprezentatív törvényhozás és az elitista bíráskodás szembeállítására. A politikai döntéshozatal mára egy differenciált, többszereplős mechanizmussá vált, amelyben az akaratképzés valódi centrumát sokkal inkább a politikai többséget adó kormányzati erők, mintsem a parlamentek jelentik. A kormányzat dominanciája megmutatkozik egyfelől a delegált jogalkotás arányának fokozatos növekedésében, másfelől abban is, hogy a döntéshozatal első számú letéteményesének tekintett törvényhozásban is leginkább a kormánytöbbség akarata érvényesül. A törvényhozás a legtöbb esetben már nem képes a kormányzat valódi kontrolljaként működni, így a kormány ellenőrzésének funkcióját más intézményeknek kell magukra vállalniuk. Talán éppen ezt a szerepet veszik át a törvényhozástól a bíróságok.<sup>17</sup>

Mindezekből az következik, hogy az intézményes probléma túlzott leegyszerűsítését eredményezi, ha az alkotmányos felülvizsgálat bírói formájának igazolását kizárólag a parlamenti döntéshozatallal összefüggésben vizsgáljuk. Sokkal gyümölcsözőbbnek bizonyulhat egy olyan megközelítés, amelyben az alkotmánybíráskodást a közösségi döntéshozatal egyik szereplőjének tekintjük, és arra kérdezzük rá, hogy miért lehet igazolt egy ilyen szereplő bevonása a politikai akaratképzés folyamatába. Ezt a kérdést fogom a későbbiekben megválaszolni.

## **1.2. Az arányossági vizsgálat dominanciája**

Az arányossági vizsgálat elterjedése is fontos vetületét képezi annak a jelenségnek, amelyet az „alkotmányjog globalizálódása” kifejezéssel illetnek.<sup>18</sup> Az arányosságra épülő bírói érvelést emellett a „kozmpolita alkotmányosság”<sup>19</sup> és a „generikus alkotmányjog”<sup>20</sup> egyik dimenziójaként is emlegetik. A fogalmat azért kötik előszeretettel az alkotmányosság valamilyen átfogó koncepciójához, mert egy olyan struktúrát jelöl, amely a modern politikai rendszerek nagy részének alkotmányos gyakorlatát meghatározza. De mi jellemzi ezt a struktúrát? És milyen értelemben

---

<sup>17</sup> Lásd KOVÁCS Kriszta, *Az Alkotmánybíráskodás lényeges tartalma*, Alkotmánybíráskodás Szemle, 2011/1, 96.

<sup>18</sup> Lásd SWEET – MATHEWS *i.m.* 74.

<sup>19</sup> Lásd KUMM, Mattias, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, In: DUNOFF, Jeffrey L., TRACHTMAN, Joel P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, New York, 2009, 262.

<sup>20</sup> Lásd LAW *i.m.* 662.

hivatkoznak az arányosságra? Előjáróban megelégszem annak rögzítésével, hogy a fogalom leggyakrabban az alkotmányjogi viták bírói rendezésével összefüggésben merül fel: az arányosság az alapjog-korlátozás alkotmányosságának mércéjeként funkcionál.

A jelenség vizsgálata szinte kisajátította az elmúlt évek alkotmányelméleti vitáit. Az érdeklődés hirtelen megugrására egyszerre több magyarázat is kínálkozik. Bár maga az arányossági vizsgálat nem új keletű jelensége az alapjogi érvelésnek, dominanciája csak az elmúlt egy-két évtizedben vált jól láthatóvá. Ennek a hirtelen bekövetkező népszerűség-növekedésnek az okait kutatva egyre többen teszik fel a kérdést, hogy mi lehet az oka annak, hogy a bíróságok ilyen mélyen elkötelezettek az arányossági vizsgálat iránt. A fokozott érdeklődés annak is köszönhető, hogy az arányossági vizsgálat alkotmányos pozíciója korántsem egyértelmű. Elsősorban azért nem, mert a doktrínát a bírói gyakorlat hívta életre és alakította, és a legtöbb alkotmány a mai napig egyáltalán nem tartalmaz utalást az arányosságra.<sup>21</sup> Konkrét szövegszerű rendelkezés hiányában pedig az igazolási teher különösen nagy azokon, akik a doktrína legitim alkalmazása mellett kívánnak érvelni. Ehhez szorosan kapcsolódó probléma, hogy a fogalmi tisztázást az is nehezíti, hogy jogi gyakorlatokhoz kötődő terminusról van szó, amelynek meghatározása csak a gyakorlatra tekintettel történhet; a gyakorlat pedig nem mutat teljesen egységes képet. Ezt tükrözi, hogy az amerikai és az európai gyakorlat az egymáshoz hasonló struktúrákat eltérő megnevezéssel illeti: az alapjogi igények súlyozására épülő érvelési módszer Európában tipikusan az arányosság (proportionality, Verhältnismäßigkeit), az Egyesült Államokban pedig a mérlegelés (balancing) elnevezést viseli. Ahhoz tehát, hogy megvilágítsuk a fogalmi megkülönböztetés alapját, és feltárjuk, hogy mi a viszony a mérlegelés és az arányosság között, a két gyakorlat sajátosságait is látnunk kell.

Az előbbieket meghaladóan az arányosság meghatározását alapvetően befolyásolja az a pozíció, amelyből a teoretikusok közelítenek a fogalomhoz. Az arányosság ugyanis a legtöbbször nem önmagában, hanem egy átfogóbb diskurzus részeként, az alkotmánybíráskodás elterjedésével és igazolásával összefüggésben bukkan fel az alkotmányjogi gondolkodásban. Azt tapasztaljuk ugyanis, hogy az

---

<sup>21</sup> Az a tény, hogy a doktrína az alapjogi ítélkezésből ered, szinte vitán felül áll. Az arányosság alkotmányos szintű említését a magyar Alaptörvény esetében is a hosszú ideje rögzült bírói gyakorlat tette lehetővé. Az Alaptörvény I. cikk (3) bekezdése az Alkotmánybíróság által kidolgozott formulát tartalmazza: „(...) Alapvető jog más alapvető jog érvényesülése vagy valamely alkotmányos érték védelme érdekében, a feltétlenül szükséges mértékben, az elérni kívánt céllal arányosan, az alapvető jog lényeges tartalmának tiszteletben tartásával korlátozható.”

alkotmányos felülvizsgálat térhódításával párhuzamosan az arányossági vizsgálat is egyre nagyobb befolyásra tesz szert az alapjogok természetéről és tartalmáról folytatott vitáinkban. Mi a magyarázata annak, hogy az alkotmányjogi mérlegelés gondolata ilyen szorosan kötődik az intézményelméleti kérdéshez? Miért indokolt a két probléma összekapcsolása és együttes tárgyalása? Ebben a dolgozatban az arányossági vizsgálat és az alkotmánybíráskodás igazolása közötti kapcsolat feltárására is törekszem. Annak próbálok meg utánajárni, hogy azok az előnyök, amelyeket az arányosság bírósági alkalmazásának tulajdonítanak, vajon tényleg relevánsak-e a bírói felülvizsgálat legitimitásának igazolása során. Ennek a kérdésnek a megválaszolásához persze előbb az arányossági vizsgálat erényeiről kell számot adnom. Itt elsősorban az a kérdés érdemel figyelmet, hogy mennyiben szavatolja az arányosság a bírói döntéshozatal racionalitását, és miként jellemezhető az a racionalitás, amelyet az alkotmányra vonatkozó bírói döntésektől elvárunk.

Miután közelebb kerültünk ahhoz az alkotmányelméleti kontextushoz, amelybe a dolgozat kérdésfeltevései ágyazódnak, már csak azoknak a módszertani kereteknek az ismertetése maradt hátra, amelyek lehetővé teszik a felvetett problémák megfelelő tárgyalását.

## **2. Módszertani megalapozás**

Az értekezésben egy olyan jogelméleti alapállásból érvelek, amely szerint a jogra vonatkozó vizsgálódások nem vihetők végbe morálfilozófiai megfontolásoktól függetlenül, egy erkölcsileg semleges fogalmi keretben. Ebből következően a jogi gyakorlatokhoz kötődő fogalmak elemzése során erkölcsi elvekre támaszkodom majd, mert a fogalmak megragadása megköveteli, hogy számot adjak a vizsgált gyakorlat értelméről is. Így például az arányossági vizsgálat sajátosságainak megvilágítása során figyelembe veszem, hogy mi az alapjogi érvelés célja, és milyen feltételek fennállása szükséges a mérlegelési gyakorlat helyességének elismeréséhez. A dolgozat háttérében meghúzódó jogfelfogás egy fontos ítélkezéseméleti implikációja is említést érdemel. Eszerint a bírák a legtöbb esetben nem kerülhetik el, hogy döntéseikben erkölcsi elvekre hivatkozzanak, ezért a jogi és az erkölcsi érvelés összefonódik. Az alapjogi érvelésre

vonatkozó kérdések megválaszolása során tehát abból indulok ki, hogy az alkotmány tartalmának feltárása morális értelmezést kíván a bírótól.<sup>22</sup>

A vizsgált kérdések a közösségi cselekvések intézményes problémáihoz kapcsolódnak, és elsősorban annak megválaszolására irányulnak, hogy ki döntsön az egyéneket megillető alapjogok köréről és tartalmáról, hogyan döntsünk ezekről a fundamentális morális kérdésekről, és milyen szempontok szerint értékeljük a már meghozott döntéseket. Ezek a kérdésfeltevések tehát gyakorlati filozófiai problémákhoz vezetnek el.<sup>23</sup>

A problémák megoldása részben fogalmi elemzésre, részben pedig igazolási kérdések megválaszolására épül. A fogalmi tisztázás célja a vizsgált gyakorlatok azonosítása, így például annak feltárása, hogy mit jelöl az alapjogi mérlegelés kifejezés. A vizsgálat másik irányát a gyakorlat értékelése és az értékelés előfeltételeit jelentő kritériumok meghatározása jelöli ki. A végső kérdéseim minden esetben arra irányulnak, hogy igazolhatjuk-e a politikai intézmények nevében végrehajtott cselekvéseket. Ezeknek a kérdéseknek a megválaszolása pedig csak akkor lehetséges, ha rendelkezésemre állnak az igazolhatóság kritériumai. Az a kérdés, hogy alkotmányos demokráciákban helye lehet-e a törvényhozás alkotmányértelmezését felülíró alkotmánybíráskodásnak, elsőként a politikai legitimitás kritériumainak rögzítését követeli meg. Az általam elővezetett érvelésben a legitimitás olyan elemekre koncentrálok majd, mint a politikai egyenlőség vagy a nyilvános igazolás. De ehhez hasonlóan előzetes tisztázást igényel az is, hogy melyek az igazolhatóság mércéi az alkotmányra vonatkozó bírói döntések esetében. Ezek a mércék teszik megalapozottá és koherenssé az alkotmánybíráskodás mérlegelési gyakorlatát érintő megállapításaimat.

Az elemzés keretét szolgáló fogalmakhoz pedig éppen a gyakorlat közvetítésével, mindenekelőtt bírói döntések elemzésével férek hozzá. Abból indulok ki, hogy az általam vizsgált kifejezések hogyan jelennek meg az egyes gyakorlatokban, és miként használják, milyen értelmet tulajdonítanak e fogalmaknak a gyakorlat

---

<sup>22</sup> A magyar alkotmányelméletben az elmúlt időszakban Tóth Gábor Attila monográfiája mutatott rá rendkívüli alaposággal arra, hogy miért nem kerülhetik el a bírák a morális értelmezést az alkotmányos rendelkezések tartalmának meghatározása során. Lásd TÓTH Gábor Attila, *Túl a szövegen: Értekezés a magyar alkotmányról*, Osiris, Budapest, 2009, 41-110.

<sup>23</sup> A gyakorlati filozófiai megközelítésnek számos implikációja van, amely meghatározza az értekezésem módszertani választásait. A továbbiakban ezekről Bódig Mátyás és Gyórfi Tamás felfogása alapján beszélek. Lásd BÓDIG [2004] *i.m.* 466-447 és 456-464; GYÓRFI Tamás, *Gyakorlati filozófia, liberális morálfilozófia és a jog autonómiája*, Jogelméleti Szemle, 2006/1, <http://jesz.ajk.elte.hu/gyorfi25.mht> (letöltés ideje: 2013. június 3.), illetve szintén GYÓRFI Tamás, *Pokol Béla és a gyakorlati filozófiai jogelmélet kritikája*, Jogelméleti Szemle, 2006/3, <http://jesz.ajk.elte.hu/gyorfi27.html> (letöltés ideje: 2013. június 3.)

résztevéői. A bírói döntések nemcsak az alapjogi mérlegelésre vonatkozó vizsgálódásaimhoz szolgálnak forrásként. A bírói döntésekben megjelenő érvelés tanulmányozása az alkotmánybíráskodás legitimitását érintő problémák megközelítését is meghatározza. Ez a pozíció némiképp leszűkíti majd az intézményelméleti kérdezés perspektíváját is, mivel az értekezésben nem a törvényhozási folyamat sajátosságaira, hanem a bírói döntéshozatal jellemzőire helyezem a hangsúlyt. Ennek a választásnak az a magyarázata, hogy álláspontomat leginkább a bírói érvelést érintő kritikákra reflektálva terjesztem elő. Ezek az érvek segítenek hozzá az értekezés központi tézisének alátámasztásához, amely szerint az alapjogok tartalmát övező nézeteltérések feloldása során a bírói érvelés fölényben van a törvényhozás eljárásával szemben.

Az előbbieken körvonalazott célkitűzések előre jelzik, hogy az elemzés egy normatív elmülethez vezet el. A kérdéseim arra vonatkoznak, hogy melyek az alkotmányos demokráciák legfontosabb igazoló elvei; milyen intézményes berendezkedés hozható leginkább összhangba ezekkel az elvekkel; illetve milyen mércéknek kell megfelelnie a bírói mérlegelésnek ahhoz, hogy a döntések legitimitása igazolt legyen. Ezek azok a normatív szempontok, amelyek egyben azoknak a teoretikusoknak a pozícióit is meghatározták, akikhez képest saját álláspontomat megfogalmazom. A dolgozatban felvetett kérdések megválaszolásához ugyanis úgy jutok el, hogy kritikai elemzés alá vonom az adott probléma egy-egy befolyásos elméletét. Az alkotmánybíráskodás legitimitásának tárgyalása során Jeremy Waldron felfogása jelenti majd a kiindulópontot, míg az alapjogi érveléssel összefüggő kérdéseket Robert Alexy mérlegelés-elméletére tekintettel fogalmazom meg.

Az előbbieken ismertetett módszertani keretek azt mutatják, hogy az értekezés az angolszász hagyományhoz csatlakozik. De az angolszász tudományos viták nemcsak a dolgozat módszertani alapjait, hanem annak tárgyát is döntően meghatározzák. Ez még akkor is igaz, ha a mérlegeléssel összefüggő alapkérdések során egy német teoretikus elméleti konstrukciójából indulok ki. Az Alexy nevéhez kötődő érvelési modellt annak megválaszolására használom majd, hogy lehetséges-e a mérlegelés olyan elméletét megalkotni, amely adekvát leírását nyújtja nemcsak a német, hanem az attól eltérő gyakorlatoknak is. Ebben a kontextusban pedig a figyelmemet elsődlegesen az amerikai alapjogi érvelés felé fordítom.

## II. Az alkotmánybíráskodás igazolása

### 1. Az alkotmánybíráskodás versengő paradigmái

#### 1.1. Az amerikai modell

A bírói szupremácia elve és az alkotmánybíráskodás normatív modellje az Egyesült Államokból származik, ahol az intézmény működését kezdettől fogva komoly vita övezte. Ennek egyik oka, hogy az USA alkotmánya nem tartalmaz szövetszerű utalást a bírói felülvizsgálat intézményére, a törvények felülvizsgálatára irányuló bírói hatáskört maga a Legfelső Bíróság teremtette meg a híres *Marbury v. Madison*<sup>24</sup> döntésében. A kritikus hozzáállás másik indoka, hogy bevett gyakorlattá vált: a bírák a törvényhozás aktusainak felülvizsgálatát az alkotmány morális olvasatára alapozzák, mégpedig az általuk helyesnek és igazoltnak gondolt tartalmat investálva az alkotmány absztrakt rendelkezéseibe, nem egyszer felülírva a demokratikus döntéshozatalban formálódó alkotmányos tartalmat. A bírói hatalom súlyát pedig tovább növeli, hogy a bíróságok alkotmányértelmezése a politikai szereplők teljes körét köti, a jogalkotási eljárás hagyományos menetében pedig nem bírálható felül, így hosszú távon nem a reprezentatív törvényhozás, hanem egy jogtudósokból álló szűk szellemi elit alkotmányértelmezése bizonyul autoritatívnak. Az Egyesült Államokban a bíróságokkal szemben kezdettől fogva az az elvárás fogalmazódott meg, hogy találják meg a jogi problémák lehető legigazságosabb megoldását. Ebből a szerepfelfogásból – amely jelentősen eltér a kontinentális bíróságok szerepfelfogásától, ahol az igazságos döntés elsősorban a jognak megfelelő döntést jelenti, és ahol a bírák inkább egyfajta szakértőként, mintsem a közösségi értékek iránt elkötelezett bölcs arbitráorként jelennek meg – pedig az következik, hogy a bíróságokat kevésbé feszélyezik a jogszabályi keretek, és a döntést elsősorban a politikai közösség működését meghatározó alapvető politikai és morális elvek determinálják. A bíróságok éppen ezért könnyen szembekerülhetnek a jogalkotó által privilegizált igazságosság-felfogással, és a törvényhozó valódi ellenpólusává válhatnak a közösségi cselekvések legfontosabb elveinek meghatározása tekintetében. Ez a sajátos bírói szerepelvárás és -felfogás egy

---

<sup>24</sup> 5 U.S. 137 (1803)

további magyarázatát adja annak, hogy miért elsősorban az angolszász jogi kultúrában találjuk szembe magunkat az alkotmányos felülvizsgálat bírói formáját érintő kihívásokkal, és mi az oka annak, hogy a vita több mint kétszáz év elteltével sem jutott nyugvópontra az Egyesült Államokban.<sup>25</sup>

Bár az alkotmánybíráskodást érintő kritikák az intézmény őshazáját jelentő Egyesült Államok alkotmányjogi diskurzusaiban formálódtak, az alkotmányosság amerikai modelljének átvétele miatt az európai jogirodalom mind a kérdésfeltevéseket, mind a válaszadáshoz szükséges alapvető irányokat „megörökölte”. Az alkotmánybíráskodás legitimitására vonatkozó kérdések relevánsnak mutatkoznak mindazokban a politikai rendszerekben, amelyek amerikai mintára intézményesítették az alkotmányos felülvizsgálat bírói formáját. Európának is válaszolnia kell tehát azokra a kérdésekre, amelyek lassan két évszázad óta terítéken vannak az Egyesült Államokban. Ezeket a kérdéseket pedig a következőképpen fogalmazhatjuk meg: Mi következik politikai elveinkből az alkotmányos demokráciák intézményes berendezkedését illetően? Az alkotmányos felülvizsgálat milyen formája egyeztethető össze a demokrácia legfontosabb értékeivel? Miért a bíróságok alkotmányértelmezését támogassuk más intézmények értelmezésével szemben?

Mivel az európai tapasztalat egy szempontból jelentősen eltér attól a történeti helyzettől, amely az alkotmányosság amerikai formáját életre hívta, az igazolási szituáció némileg más keretben jelenik meg az európai diskurzusban. De miben áll az

---

<sup>25</sup> A bíróságokkal szemben megfogalmazott közösségi elvárások alapjainál a politikai autoritás természetére vonatkozó megfontolások húzódnak meg. Az a tény tehát, hogy az angolszász és a kontinentális rendszerben eltérő követelmények artikulálódtak a döntéshozó szervek, különösen a bíróságok tevékenységét illetően, elsősorban arra vezethető vissza, hogy a két jogi kultúra az autoritás eltérő koncepciójára tekintettel alakította ki politikai intézményrendszerét. Mirjan Damaska szerint amíg az angolszász jogi kultúra az autoritás koordinatív felfogását, addig a kontinentális kultúra az autoritás hierarchikus felfogását intézményesítette, és ezek a különbségek az egyes rendszerek büntetőeljárásaiban is jelentős eltéréseket eredményeztek. Bár a jelen dolgozat szempontjából az angolszász és a kontinentális büntetőeljárás sajátosságai nem relevánsak, úgy vélem, Damaska alapkonceptiója és ezáltal az autoritás-felfogásokban jelentkező eltérések hatással vannak arra, ahogyan a bíróságok mint politikai intézmények funkciójáról és szerepéről gondolkodunk, és ahogyan az intézményes kérdést megvilágítjuk. Az autoritás hierarchikus felfogását magukénak valló kontinentális rendszereket ugyanis az autoritás szigorú és precíz elosztása jellemzi, amelyben a bíróságok hatalma a törvényhozótól származik, ennek következtében pedig elsősorban a törvényhozói akarat érvényesítésére korlátozódik. Mivel a bíróságok működése egy hierarchizált rendszerbe illeszkedik, amelynek a legfőbb erénye a kiszámíthatóság, a bíróságok egy egységes döntéshozatali mechanizmus részeként működnek. Ebből következően a bírák tevékenysége mindenekelőtt a jogszabály alkalmazására irányul, nem pedig a leginkább helyesnek gondolt megoldás megtalálására. Ezek az elvárások is hozzájárulnak ahhoz, hogy Európában, ahol szintén szemtanúi lehetünk a bírói hatalom dinamikus növekedésének, közel sem olyan hevesek az intézménnyel szemben megfogalmazott kritikák, mint az Egyesült Államokban, ahol a bíróságok, az autoritás koordinatív modelljére tekintettel lényegében autonóm döntéshozóként járnak el, és komoly diszkrécióval rendelkeznek. (DAMASKA, Mirjan, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, The Yale Law Journal, 1975/3, 480-544.)

európai alkotmányosság kibontakozásának sajátossága az amerikai alkotmányfejlődéssel összevetve? Az Egyesült Államokban az alkotmányos felülvizsgálat megteremtését nem a negatív történelmi tapasztalat, hanem elsősorban a parlamenti szupremácia elvére épülő brit modellel való nyílt és tudatos szakítás hívta életre.<sup>26</sup> A brit modell elutasítása egy olyan alkotmányos struktúrát eredményezett, amelyben a törvényhozó hatalom jogilag korlátozott, és e korlátok érvényesítésével a bíróságok vannak megbízva. Ezzel szemben Európa hosszú időn keresztül átélte a jog és a hatalom kettősségét, az autokratikus hatalomgyakorlás káros tapasztalatát, amelyben a parlament nem ellensúlya, hanem eszköze és legitimáló ereje volt a korlátokat nem ismerő kormányzásnak. A XX. század közepére a korábban a demokrácia egyetlen dimenziójának tekintett parlament igen komoly legitimációs deficitet halmozott fel. A nyilvánosság számára a parlament már nem a pluralizmus, azaz az érdekek és vélemények sokféleségének képviselőjét és az egyéni szabadság védelmének intézményét jelentette.<sup>27</sup>

Ebben a megváltozott környezetben az alkotmánybíráskodás szükségessége mint a többség zsarnokságának<sup>28</sup>, a demokrácia eltorzult formájának a korlátja, jogos igényként merült fel, amennyiben a kormányzati intézkedések ellenőrzésére rendelt bírói fórumot a joghoz kötött közhatalom-gyakorlás biztosítékaként képzelték el, amely intézményes megoldást jelenthet a többségi hatalommal szembeni normatív korlátok érvényesítésére. Az újonnan születő európai alkotmányos rendszerek a politikai hatalom megfékezésének és konszolidálásának eszközeként tekintettek az alkotmánybírásgra, és nem utolsó sorban egy független intézményben látták a kisebbségvédelem legfontosabb garanciáját, amely a totális rendszereket megtapasztaló Európa számára alapvető igénynek bizonyult.

Elsősorban ennek a sajátos történelmi szituációnak köszönhető, hogy Európában az alkotmánybíráóságok hosszú időn keresztül a demokratikus kormányzás

---

<sup>26</sup> Lásd GARDBAUM [2001] *i. m.* 711.

<sup>27</sup> ROSANVALLON, Pierre, *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*, Princeton University Press, Princeton, 2011, 137.

<sup>28</sup> A többség zsarnoksága az egyik leggyakrabban alkalmazott argumentum a politikai hatalommal szembeni alkotmányos megkötések igazolása során. Már Alexis de Tocqueville figyelmeztetett arra a veszélyre, amelyet a többség korlátlan hatalma jelenthet a szabadságra nézve, a többség ugyanis hajlamos lehet a kisebbség érdekeinek figyelmen kívül hagyásával kormányozni. Tocqueville szerint az amerikai demokráciában a jogászság képviseli a politikai hatalom legfőbb ellensúlyát, amely a legszembetűnőbbben a bírói hatalom törvényt megsemmisítési jogának gyakorlása során jelentkezik. Ezek a gondolatok a mai napig meghatározzák az alkotmánybíráóságok igazolását érintő érveléseket, mert a bírói alapjogvédelem egyik legfontosabb funkciója vitathatatlanul a kisebbségvédelemben áll. (A többség zsarnokságának veszélyéről és az erre adott amerikai válaszról lásd TOCQUEVILLE *i. m.* 218-255.)

megkérdőjelezhetetlen elemeiként működhetnek. A politikai legitimitásuk igazolása iránti igény kezdetben aligha merült fel, és csak napjainkban tapasztalható az érdeklődés némi fokozódása az európai alkotmányjogi diskurzus résztvevői részéről. A tudományos perspektívában érzékelhető elmozdulást több tényező indokolja. Az egyik, talán legkézenfekvőbb válasz, hogy az intézmény működésével összefüggő tapasztalatok a legtöbb politikai rendszerben csak napjainkra öltöttek olyan mértéket, amely immár átfogó reflexió alapjaként szolgálhat. Az alkotmányjogi irodalom egyre több energiát szentel a bírói döntésekben rejlő hibák feltárásának, a bírói tévedések kihangsúlyozásának. A kritikus hangot megütő kommentárok pedig rávilágítanak politikai intézményeink – közöttük az alkotmánybíróságok – egyik, eddig kevésbé érintett sajátosságára: arra, hogy intézményeinket esendő emberek működtetik, így azok korántsem tökéletesek, és csak megközelíteni képesek azokat a normatív standardokat, amelyeket működésükkel szemben támasztunk. A kritikus hangok gyakran igazolt tényerése pedig kedvez az intézmény létjogosultságát vitató szólásoknak, vagy legalábbis elgondolkodásra késztet minket. Szükségünk van-e egyáltalán erre az intézményre? Különösen azok látják jogosnak a kérdésfeltevést, akik úgy érvelnek, hogy az alkotmánybíráskodásban rejlő súlyos demokratikus deficitet csak egy jól működő, helyes döntéseket hozó intézmény képes ellensúlyozni. Ha pedig az alkotmánybíróságok nem képesek megfelelni ennek az elvárásnak, nincs olyan erős indok, amely az intézmény megőrzése mellett szólhatna.<sup>29</sup>

A másik magyarázat szerint a kontinensen is egyre inkább teret hódít az a megközelítés, amely a bíróságokat immár nem a politikai játéktéren kívüli szereplőként, hanem stratégiai döntéshozóként, a politikaformálás egyik központi fórumaként ábrázolja.<sup>30</sup> Az ítélezési tevékenység politikai dimenziójának elismerésében egyértelműen az amerikai hozzáállás tükröződik, Európában ugyanis hosszú ideig tartotta magát az a meggyőződés, hogy a bíróságok pusztán alkalmazzák, és nem alkotják a jogot. A bíróságokkal szemben rögzült elvárások pedig kezdetben kihatottak

---

<sup>29</sup> Mark Tushnet talán a legismertebb azon szerzők közül, akik az amerikai Legfelső Bíróság diszfunkcionális működésére tekintettel a bírói felülvizsgálat teljes megszüntetését szorgalmazzák. Tushnet szerint az alkotmánybíróságok teljesítményét azon mérhetjük le, hogy mennyiben képesek hozzájárulni a jó kormányzáshoz. Ha pedig azt látjuk, hogy a bírósági gyakorlat kedvező hatása a politikai diskurzus alakításában alig mérhető, a hibás döntések pedig jelentős károkat okoznak az alapjogvédelem területén, akkor nyugodtan lemondhatunk a bírói felülvizsgálat intézményéről, és visszatérhetjük alkotmányos vitáinkat a hagyományos fórumokra, ahol a politikai közösség valamennyi tagja képes megjeleníteni a véleményét. (TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, 14.)

<sup>30</sup> Lásd DYEURE, Arthur, *Unifying the field of comparative judicial politics: towards a general theory of judicial behaviour*, *European Political Science Review*, 2010/2, 299.

az alkotmánybíróságok megítélésére és szerepfelfogására is. Az alkotmánybíróságok politikai szerepének tagadása annak ellenére meghatározta a tudományos közeg és a közvélemény vélekedését, hogy az európai típusú alkotmánybíróságok az amerikaitól eltérő intézményes formát öltöttek, annak egyértelmű elismeréseként, hogy a törvények alkotmányos felülvizsgálata a hagyományos ítélkezési tevékenységtől eltérő döntéshozatalt követel. Érdemi változást azonban csak az elmúlt időszakban tapasztalhattunk a bíróságok szerepének megítélésében, és ez a fordulat alapot adott annak a szkeptikus hozzáállásnak is, amely általában jellemzi az amerikai politikaelmélet képviselőit a bírói felülvizsgálat intézményével összefüggésben.

A harmadik ok, amely magyarázza az alkotmánybíráskodással összefüggő viták hirtelen támadt népszerűségét, hogy az alkotmányos felülvizsgálat jogával felruházott bíróságok a jogi érvelés egy egészen új struktúráját intézményesítették, amelyet a leggyakrabban az arányossági vizsgálat kifejezéssel illetnek. Az európai alkotmányelmélet az elmúlt időszakban kiemelt figyelmet szentelt annak a folyamatnak, ahogyan a nemzeti és nemzetközi bírói fórumok ezen arányossági struktúráján belül közelítenek az alapjogi konfliktusok megoldásának problémájához. Ebből azonban az is következik, hogy az alkotmánybíráskodás legitimitására vonatkozó megfontolások kevésbé az intézményes problémához kapcsolódó átfogó elméleti keretben, mintsem az alkotmányjogi mérlegelést övező viták egyik háttérproblémájához kapcsolódóan jelennek meg az európai diskurzusban.

Mindezek ellenére mégis azt kell mondanunk, hogy a kritika gócpontja továbbra is az Egyesült Államokban található, ott, ahol a történelem talán nem indokolta olyan kényszerítő erővel a többségi hatalom korlátok közé szorítását, de ahol mégis újra és újra felteszik a kérdést, hogy miként egyeztethető össze a bírói felülvizsgálat a demokratikus önkormányzás elvével. Az amerikai alkotmányelmélet lelkesedése töretlen, amely részben azzal is magyarázható, hogy az Egyesült Államokban igyekeznek az intézményes kérdés teoretikus keretébe illeszteni minden olyan kísérletet, amely a Legfelső Bíróság gyakorlatának értékeléséhez és elemzéséhez kapcsolódik. Így azt a látszatot keltik, hogy a hangsúly a bírói felülvizsgálat normatív igazolásán, és nem a bíróság teljesítményének pragmatikus elemzésén van. Azt azonban nem gondolom, hogy a párbeszédet csak úgy értékelhetjük, mint egy normatív vita köntösébe bújtatott akadémiai eszmecserét arról, hogy ki hogyan vélekedik a Legfelső Bíróság

teljesítményéről.<sup>31</sup> Úgy vélem, az amerikai diskurzust komolyan kell vennünk, mert az elmúlt időszak vitáinak köszönhetően körvonalazódtak azok a kérdések és érvek, amelyek az alkotmánybíráskodás igazolását övező vitákban relevánsnak és perdöntőnek bizonyulhatnak. Ebben a szövegben tehát a kiindulópontot az amerikai alkotmányelmélet kortárs vitái képezik majd.

Az angolszász diskurzusban formálódó érvek különleges aktualitással bírnak a magyar alkotmányjog kontextusában. Az elmúlt időszakban a magyar alkotmányos struktúrában bekövetkező változások ugyanis az Alkotmánybíróságot is érintették. A pénzügyi tárgyú törvények esetében korlátozott a normakontroll lehetősége.<sup>32</sup> A politikai hatalom átalakította a bírójelölés eddigi szabályait<sup>33</sup>, felemelte a testület létszámát<sup>34</sup> és kiterjesztette a bírák hivatali idejét<sup>35</sup>. Lényeges hatásköri változásként értékelhető, hogy jelentősen szűkült az utólagos absztrakt normakontroll kezdeményezésére jogosultak köre, továbbá a testület immár egyedi bírói ítéletek alkotmányosságát is vizsgálhatja.<sup>36</sup> Ez a két hatáskör-változás azért is érdemel kiemelt figyelmet, mert ezekre tekintettel formálhatunk véleményt arról, hogy miként alakul az intézmény karaktere. A változásokból ugyanis az olvasható ki, hogy az alkotmánybíráskodás megőrzi ugyan normakontroll funkcióját, de az intézmény a jövőben kevésbé a törvényhozás kontrolljaként működik, és szerepe inkább a jogalkalmazás felülvizsgálatában áll majd.<sup>37</sup> A hazánkban kibontakozó vita, a bekövetkezett változásokra reflektálva, elsősorban arról szól, hogy az Alkotmánybíróság hatásköreinek módosítása hogyan befolyásolja a bírói alapjogvédelem már kialakult szintjét. A szkeptikus álláspontok kiemelik, hogy a valódi alkotmányjogi panasz bevezetése nem lesz képes kompenzálni az *actio popularis*

---

<sup>31</sup> Ezt az álláspontot képviseli Barry Friedman, aki szerint nem a politikaelmélet iránti őszinte elkötelezettség, hanem a bírói gyakorlat értékelésének igénye vezeti az amerikai alkotmányjogi diskurzus szereplőit a bírói felülvizsgálat legitimitásának tárgyalása során. Friedmann szerint az alkotmányjogászok elsősorban abban érdekeltek, hogy tartalmi alkotmányjogi kérdésekben nyilatkozzanak meg, és ezekre tekintettel adjanak hangot az amerikai Legfelső Bíróság döntéseivel összefüggő véleményüknek. Ehhez pedig a politikaelmélet nyújt keretet, amely arra feltétlenül alkalmas, hogy tudományos színben tüntesse fel a bírósági gyakorlatra vonatkozó elemzéseket. A vita tehát valójában nem a legjobb intézményes szerkezet kialakításáról szól, ahogyan azt a résztvevők leginkább láttatni kívánják, hanem arról, hogy helyesen döntött-e a bíróság a vizsgált esetekben. (FRIEDMAN, Barry, *The Birth of an Academic Obsession: The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, *The Yale Law Journal*, 2002/2, 158-159.)

<sup>32</sup> 2010. évi CXIX. törvény

<sup>33</sup> Alkotmány 2010. július 5-i módosítása

<sup>34</sup> 2011. évi LXI. törvény

<sup>35</sup> 2011. évi LXII. törvény

<sup>36</sup> Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25.) 24. cikk

<sup>37</sup> Lásd PACZOLAY Péter, *Megváltozott hangsúlyok az Alkotmánybíróság hatásköreiben*, *Alkotmánybírósági Szemle*, 2012/1, 67-69.

eltörlésével kieső alapjogvédelmet, ez pedig a jogvédelem csökkenését eredményezheti<sup>38</sup>, más vélemények szerint azonban a változások következtében nem szűnik meg a hatékony alkotmányvédelem lehetősége.<sup>39</sup>

Ez a kérdésfeltevés azonban szorosan kötődik ahhoz az általam vizsgált alapvetőbb problémához, hogy igazolt-e egyáltalán a bírói felülvizsgálat egy demokratikus politikai rendszerben. Ez utóbbi kérdés elkerülhetetlenül következik a közelmúltbeli alkotmányos változásokból is. Az alkotmányozási folyamatot és azzal párhuzamosan az Alkotmánybíróság hatásköreinek átszabását ugyanis a politikai hatalom, érdemi filozófiai megalapozás nélkül ugyan, de egy többségi demokrácia-felfogás keretei között próbálta magyarázni. Az elmúlt időszak nemzetközi alkotmányelméleti vitái arra mutatnak rá, hogy a magyarországi változások igazolásának még egy procedurális megközelítés sem biztosít megfelelő normatív keretet. A többségi demokrácia-felfogás téziseit éppen ezért komolyan kell vennünk, mert olyan érveket tud felmutatni, amelyekre tekintettel a magyar alkotmányozás problémái láthatóvá válnak.<sup>40</sup> A legitimáció eljárási megközelítése pedig akkor sem maradhat érdemi reflexió nélkül, ha továbbra is elkötelezettek vagyunk egy olyan intézményes szerkezet mellett, amelyben az alapjogok védelmét elsődlegesen az alkotmánybíróságok látják el. Az értekezés mindezekre tekintettel a többségi demokrácia-felfogás alapjait és annak intézményes következményeit vonja vizsgálat alá, és közvetlenül nem érinti a magyar diskurzusban napjainkban hangsúlyos hatásköri vitákat.<sup>41</sup> Az elemzés a demokrácia többségi felfogásából kiindulva azokat az igazoló elveket járja körbe, amelyek segítségével állást foglalhatunk az alkotmánybíráskodás legitimitását övező filozófiai vitákban.

Bár a napjainkban megfogalmazott vélemények elsősorban a hatásköri kérdések körül összpontosulnak, a bírói alapjogvédelem igazolásának kérdéséről az intézmény létrehozását követő években igen intenzív párbeszéd alakult ki a magyar

---

<sup>38</sup> Erről lásd a *Fundamentum* 2011/4. számának Fórum rovatában Az Alkotmánybíráskodás jövője cím alatt Kovács Kriszta, valamint Somody Bernadette és Vissy Beatrix hozzászólását a 74-81. oldalon.

<sup>39</sup> KELEMEN Katalin, *Van még pálya: a magyar Alkotmánybíróság hatásköreiben bekövetkező változásokról*, *Fundamentum*, 2011/4, 87-96.

<sup>40</sup> Györfi Tamás a *Fundamentum* 2011/1. számában, az Alkotmányozás címet viselő Fórum rovatban, az 53-57. oldalon már rámutatott az alkotmányozás néhány olyan problémájára, amely azt jelzi, hogy az új magyar alkotmány legitimitása egy procedurális demokrácia-felfogás alapján is megkérdőjelezhető.

<sup>41</sup> Bár a dolgozat nem érinti a hatásköri vitákat, fontos látnunk, hogy az alkotmánybíráskodás igazoló elveinek feltárása és a bírósági hatáskörök kialakítása egymással összefüggő kérdések. Ahhoz ugyanis, hogy meghatározzuk azokat a hatásköröket, amelyeket kívánatosnak tartunk az alkotmánybíróságokra ruházni, meg kell határoznunk, hogy miben áll az intézmény legfontosabb funkciója. Ez utóbbi kérdésre pedig csak az igazoló elvek fényében válaszolhatunk. Ennek a két kérdésnek az összekapcsolását lásd Kovács Kriszta írásában. KOVÁCS *i.m.* 93-99.

alkotmányelméletben. A korai vizsgálódások elsősorban annak a kérdésnek a megválaszolására irányultak, hogy miként viszonyul egymáshoz a demokrácia és az alapjogvédelem eszméje, és milyen politikai intézményrendszer lehet alkalmas e két eszme egyidejű érvényesítésére. Az egyik, széles körben képviselt nézet szerint a demokrácia és az alapjogok között feszültség van, mert az alapjogokban kifejeződő alkotmányos megkötések korlátozzák a demokrácia lényegét adó többségi hatalomgyakorlás mozgásterét. Erre tekintettel az alkotmánybíráskodás csak e két érték közötti egyensúly kívánatosságával igazolható. Ez az álláspont Kis János nyomán a kompromisszum-tézis elnevezést viseli, jóllehet Kis ezzel a tézissel szemben fejtette ki demokrácia-konceptióját. A két érték kompromisszumára épülő felfogás többek között Paczolay Péter álláspontját jellemzi. Paczolay az alkotmányos demokrácia olyan elméletét dolgozta ki, amelyben a demokrácia eljárási szabályait, elsősorban a többségi elv érvényesülését az alkotmány morális elvei korlátozzák. Ezek a morális megkötések elősegítik az alapjogok és ezen belül is leginkább a kisebbségek védelmét. Az alkotmánybíráskodás a többségi hatalom korlátjaként hozzájárul a kisebbségben maradtak érdekeinek érvényesítéséhez, és előmozdítja a politikai viták konszenzusra épülő megoldását. Ezáltal az intézmény egyik legfontosabb funkciója abban áll, hogy lehetővé teszi a kisebbség majdani többséggé válását, azaz megakadályozza, hogy a közösség állandó többségre és kisebbségre szakadjon.<sup>42</sup>

A másik megközelítés szerint azonban a legitimitáció előbb tárgyalt két elve, a demokrácia és az alapjogvédelem egyszerre kielégíthető: az alkotmányos felülvizsgálat ilyen irányú igazolása egyaránt következik a demokrácia deliberatív és alkotmányos felfogásából is. Mivel a demokrácia deliberatív elméletéhez a későbbiekben még visszatérek, így most csak arról szólok röviden, hogy mi következik a demokratikus konstitucionalizmus elméletéből az alkotmánybíráskodás legitimitására nézve. Ezt a koncepciót elsősorban Kis János képviseli a magyar diskurzusban. Kis az alkotmányos demokrácia olyan elméletét ajánlja, amelyben a bírói alkotmányvédelem nem ellentétes a demokrácia lényegét jelentő népszuverenitás eszméjével.<sup>43</sup> Ebből az állításból az következik, hogy a bírói felülvizsgálat valójában a közösség akaratát juttatja kifejezésre. De hogyan is jutunk el ehhez a belátáshoz? Kis János érvelése abból indul ki, hogy a politikai döntések legitimitása nem kizárólag eljárási feltételek függvénye. A

---

<sup>42</sup> Lásd PACZOLAY Péter, *Alkotmánybíráskodás a politika és jog határán*, In: PACZOLAY Péter (szerk.) *Alkotmánybíráskodás-alkotmányértelmezés*, Rejtjel, Budapest, 2003, 25-28.

<sup>43</sup> KIS János, *Alkotmányos demokrácia: három tanulmány*, Indok, Budapest, 2000, 167.

döntéseknek ugyanis tiszteletben kell tartaniuk az egyént megillető egyenlő bánásmód követelményét. A közösség számára pedig ésszerűnek mutatkozik, hogy előre megkösse saját kezét az egyenlőként kezelés elvét sértő jövőbeni döntések megakadályozása érdekében.<sup>44</sup> Ilyen megkötések mindenekeelőtt az alapjogok alkotmányos szintű rögzítésében fejeződnek ki. És tekintettel arra, hogy az alkotmányos rendelkezésekben a közösség önkorlátozása jut érvényre, a törvényhozás mozgásterének alkotmány általi megszorítása nem ellentétes a népszuverenitás elvével. Kis szerint az alkotmányos megkötések érvényesítését érdemes egy bírói testületre bízni, amely független a politika küzdelmeitől, ugyanakkor mégsem mentes az elszámoltathatóság alól, mivel érvelése szigorú feltételekhez kötött, a döntésekbe foglalt indokoknak pedig a nyilvánosság kontrollját kell kiállnia.<sup>45</sup>

Az alkotmánybíráskodás szükségessége ma is széles körben osztott álláspont a magyar alkotmányjogi diskurzus résztvevői körében. Ezzel szemben hosszú ideig csak a periférián helyezkedett el az az elgondolás, hogy a törvényhozás döntéseit felülró bírói alapjogvédelem ellentétes a demokrácia eszméjével.<sup>46</sup> Napjainkban azonban Gyórfi Tamás személyében komoly képviselte van annak az álláspontnak, hogy az ésszerű pluralizmus körülményei között, amikor a politikai közösség tagjait jóhiszemű nézetkülönbségek osztják meg, a nyilvánosan igazolt elveink inkonzulzív értelmezései közötti választást a reprezentatív törvényhozásra kell bízunk.<sup>47</sup> Ilyen döntéshozatali helyzetekben ugyanis nincs indokunk eltérni attól a politikai eljárástól, amely minden egyén véleményének azonos súlyt biztosít. Bár Gyórfi saját megközelítését a politikai liberalizmus elméleteként definiálja<sup>48</sup>, és megkülönbözteti azt a demokrácia procedurális felfogásától, a proceduralisták számos tézisét osztja, így őt ahhoz a hagyományhoz sorolom, amely a többségi elv értékességére tekintettel megkérdőjelezi a bírói felülvizsgálat klasszikus, amerikai formájának legitimitását. Ez az az álláspont, amellyel vitatkozva kívánom saját pozíciómat meghatározni. És részben ez a felfogás

---

<sup>44</sup> *I.m.* 182.

<sup>45</sup> *I.m.* 185-187.

<sup>46</sup> Szabó József a rendszerváltozás időszakában több szövegében is bírálta az alkotmánybíráskodás intézményét azt hangsúlyozva, hogy a törvényhozó hatalom bírói korlátozása ellentétes a magyar alkotmányos hagyományban uralkodó parlamenti szuverenitás eszméjével, és megsérti a hatalmi ágak megosztásának elvét is, mert a bírák a törvények megsemmisítése során a törvényhozás hatáskörét gyakorolják. Szabó szerint a közhatalom cselekvésével szembeni egyéni jogvédelem a közigazgatási bíráskodás keretében biztosítható. Lásd SZABÓ József, *Ki a káoszól, vissza Európába*, Kráter, Budapest, 1993, 127-136, 151-181.

<sup>47</sup> Lásd GYÓRFI Tamás, *A többségi döntés tartalmi korlátai és az alkotmánybíráskodás*. In: JAKAB András – KÖRÖSÉNYI András (szerk.), *Alkotmányozás Magyarországon és máshol: politikatudományi és alkotmányjogi megközelítések*, Budapest, MTA TK PTI – Új Mandátum, 2012, 33-57.

<sup>48</sup> *I.m.* 35-37.

tükröződik abban az intézményes gyakorlatban is, amelyről a következőkben röviden szólok majd, és amely az amerikai típusú alkotmánybíráskodás alternatívájaként a bírói felülvizsgálat sajátos, talán a proceduralisták számára is elfogadható modelljét valósítja meg. Ennek a modellnek a bemutatásával közelebb kerülhetünk annak megértéséhez is, hogy milyen dilemma „szervezi” az alkotmánybíráskodás igazolásával összefüggő kortárs vitákat.

## 1.2. A „puha” felülvizsgálat

Az elmúlt időszakban néhány állam a bírói felülvizsgálat olyan formáját intézményesítette, amely első pillantásra jobban összeegyeztethetőnek tűnik a legalapvetőbb demokratikus elveinkkel, mint amerikai megfelelője. Amennyiben ez az ún. köztes megoldás hatékonynak bizonyul az alapjogvédelem terén, joggal merül fel a kérdés, hogy a politikai rendszer demokratikus karakterének megőrzése nem indokolja-e inkább ennek a struktúrának az intézményesítését. Ez a modell egyébként azért tekinthető egyfajta köztes megoldásnak, mert a parlamenti szuverenitás és a bírói szupremácia elvére épülő alkotmányos minták összebékítésére törekszik – amelyekről eddig úgy tartották, hogy kölcsönösen kizárják egymást. Az alkotmányos felülvizsgálat új formájának megjelenése tehát nemcsak az érintett államok alapjogi diskurzusainak adott új lendületet, hanem ismét ráirányította a figyelmet az évszázados, már-már klasszikusnak tekinthető intézményelméleti dilemmára is: igazolhatjuk-e az alkotmánybíráskodás törvénymegsemmisítési jogát egy demokratikus politikai rendszerben. Azok a normatív megfontolások ugyanis, amelyek felbukkannak az új modell tárgyalása során, mozgósításra kerülnek az amerikai alkotmánybíráskodás újragondolása során is.<sup>49</sup> De nézzük most meg röviden, hogy miben áll ennek a köztes modellnek a legfőbb sajátossága.

Számos, egykoron a parlamenti szuverenitás kizárólagosságát valló politikai rendszerben – többek között az Egyesült Királyságban, Kanadában vagy éppen Új-Zélandon – került bevezetésre a bírói felülvizsgálat alternatív formája, amelyben a

---

<sup>49</sup> Erre jó példa Michael Perry szövege, aki a kanadai alkotmányos modell sajátosságainak méltatását követően – ahol a bíróságok ugyan fontos láncszemei az alapjogvédelmi rendszernek, ám mégsem végső autoritások az alapjogok tartalmának meghatározásában – az utolsó oldalakon felteszi a „nagy” kérdést: mi legyen az amerikai alkotmányos felülvizsgálat sorsa. Az persze már egy másik kérdés, hogy Perry a köztes modellben rejlő előnyök kihangsúlyozása ellenére is annak elismerése felé hajlik, hogy a történelem igazolta az amerikai rendszer sikerét, és ezzel egyben legitimitását is. (PERRY, Michael J., *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts*, Wake Forest Law Review, 2003/2, 689-696.)

bíróságok ugyan vizsgálhatják a jogalkotás termékeinek alkotmányosságát, ám az alapvető jogok és a legfontosabb alapelvek kérdésében a végső szó a törvényhozást illeti. Ez a struktúra a parlamenti szuverenitás hagyományos keretei között oly módon próbálja biztosítani az alapjogvédelem hatékonyságát, hogy kevesebb hatalmat ad a bíróságok kezébe, mint az amerikai változat; éppen ezért a jogirodalomban leggyakrabban a „puha” felülvizsgálat elnevezéssel illetik.<sup>50</sup> Az alapvető kérdés, amit a puha felülvizsgálat intézményével összefüggésben meg kell válaszolnunk, hogy vajon ezek a megoldások hozzájárulnak-e a jogvédelem hatékonyságának növeléséhez, és így valódi alternatívát jelentenek-e az alkotmányosság klasszikus, amerikai modelljével szemben.

A bírói felülvizsgálat puhább formáját intézményesítő alkotmányos rendszerek közül Kanadát tekintik az első államnak, amely az alapjogok bírói védelmének előmozdítására az amerikaitól némileg eltérő utat választott. Kanadában 1982-ben fogadták el az Alkotmányt, amelynek részeként immár alkotmányos szinten deklarálták az alapjogokat is. Az Alapjogi Karta (a továbbiakban: Karta) ugyan nem rendelkezik kifejezetten a jogszabályok bírói érvénytelenítésének lehetőségéről, az azonban kiolvasható a Karta egyéb rendelkezéseiből, így ennek megfelelően a kanadai Legfelső Bíróság maga is ezt a gyakorlatot követi.<sup>51</sup> A bírói alapjogvédelem sajátosságát a Karta 33.§-a konstitutálja, amely szerint a törvényhozás explicit módon felülbíráhatja a bíróság döntését, és kimondhatja – hagyományos eljárásban, egyszerű többségi szavazással –, hogy a szóban forgó törvényt a Karta ellenében is alkalmazni kell. A kanadai megoldás tehát elsősorban a Karta 33.§-val kívánja összeegyeztetni a parlamenti szuverenitás és a bírói alapjogvédelem elveit, mégpedig olyan formában, hogy az alapjogok tartalmára vonatkozó végső döntést a parlament kezében hagyja. Talán ezért nem véletlen, hogy a kanadai gyakorlatot gyakran illetik a „dialogikus modell” elnevezéssel – azt hangsúlyozva, hogy a gyakorlat a bíróságok monológjaival szemben a bíróság és a parlament közötti párbeszédre épül, mert a jogszabály

---

<sup>50</sup> Jeremy Waldron és Mark Tushnet is ezt a fogalmat alkalmazza annak jelzésére, hogy a bírói felülvizsgálat ezekben a rendszerekben kevésbé hangsúlyos, szemben a klasszikusnak tekintett amerikai modellel. A továbbiakban magam is a puha felülvizsgálat megjelölést használom, és eltekintek Stephen Gardbaum terminológiai javaslatától, aki inkább „az alkotmányosság nemzetközi közösségi modellje” kifejezés használatát ajánlja, tekintettel arra, hogy ez a sajátos alkotmányos struktúra elsősorban a Nemzetközi közösség államait jellemzi. (Lásd GARDBAUM [2001] *i. m.* 71.)

<sup>51</sup> A Kartába foglalt jogok megsértése miatt 2007-ig a kanadai bíróságok, a legtöbb esetben maga a Legfelső Bíróság összesen 89 alkalommal érvénytelenítette a törvényhozás valamely aktusát vagy annak bizonyos rendelkezéseit. (HOGG, Peter W. – BUSHELL THORNTON, Allison A. – WRIGHT, Wade K., *Charter dialogue revisited – or „much about metaphors”*. Osgoode Hall Law Journal, 2007/1, 51.)

érvénytelenségét megállapító bírói döntésre a parlament legtöbbször egy új jogszabály megalkotásával válaszol.<sup>52</sup>

Az Egyesült Királyságban a parlament és a fellebbviteli bíróságok között egy sajátos munkamegosztás jött létre, amikor az 1998-ban elfogadott Human Rights Act (a továbbiakban: HRA) az Emberi Jogok Európai Egyezményének szinte maradéktalan átültetésével megteremtette a bírói felülvizsgálat lehetőségét a brit belső jogban.<sup>53</sup> A HRA ugyan nem biztosít törvénymegsemmisítési jogot az angol bíróságoknak, de rendelkezik az alkotmányos felülvizsgálat puhább eszközeiről a jogszabályok és az alapjogok összhangjának megteremtése érdekében. A bíróságok többek között kötelesek a jogszabályokat az alapjogi katalógussal összhangban értelmezni, amennyiben az lehetséges; ha pedig a fellebbviteli bíróságok azt észlelik, hogy egy jogszabály értelmezése nem egyeztethető össze valamely alapjoggal, ezt a tény egy formális aktusban deklarálhatják (declaration of incompatibility). Ez az aktus azonban nem eredményezi a kifogásolt jogszabály érvénytelenségét, csak felhatalmazást ad az illetékes miniszter számára, hogy gyorsított eljárásban kezdeményezze a jogszabály felülvizsgálatát a parlamentben. A jogalkotás tehát nincs kötve a bíróságok véleményéhez, mert a jogszabály érvényességéről a parlament mondja ki a végső szót.

A harmadik olyan alkotmányos struktúra, amely a puha felülvizsgálat jellemvonásait viseli magán, az új-zélandi rendszer, amely bár időben hamarabb jött létre, a legtöbb vonásában a brit gyakorlatra emlékeztet. Abban feltétlenül, hogy az alapjogokról egy alkotmányi szintű jogszabály helyett csak egy egyszerű törvény, a New Zealand Bill of Rights Act rendelkezik. A bírák kötelesek az abba foglalt alapjogokkal összhangban értelmezni a jogszabályokat, amennyiben az lehetséges. Ami mégis eltérést jelent a brit modellhez képest, hogy az alapjogi dokumentum kifejezetten kizárja annak a lehetőségét, hogy a bíróság a Bill of Rights rendelkezéseire tekintettel hatályon kívül helyezzen vagy érvénytelenítsen egy jogszabályt, vagy visszautasítsa annak alkalmazását.<sup>54</sup>

Az előbbi jogrendszerek megoldásai az alapjogvédelem szélesítésére tett olyan kísérletekként értékelhetők, amelyek igyekeztek eltérni az Egyesült Államokban intézményesített bírói szupremácia elvétől, és megőrizni a parlamenti szuverenitást

---

<sup>52</sup> HOGG, Peter W. – BUSHELL, Allison A., *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)*, Osgoode Hall Law Journal, 1997/1, 82. A magyar jogirodalomban erről lásd PAKSY Máté: *Az alkotmányértelmezés művészete Kanadában*, Iustum Aequum Salutare, 2012/1, 71-84.

<sup>53</sup> Gardbaum [2001] *i. m.* 732-739.

<sup>54</sup> Gardbaum [2001] *i. m.* 729.

lényegét, meghagyva annak lehetőségét a parlament számára, hogy felülírják a bíróság jogértelmezését. Az új modell egyik fontos sajátossága abban áll – azon túl, hogy a bíróságok eljárását becsatornázza az alapjogvédelmi mechanizmusba –, hogy egy egészségesebb egyensúlyt hoz létre a törvényhozó és a bírói hatalom között, és megteremti azt a lehetőséget is, hogy az alapjogokat érintő politikai diskurzus intenzívebb, a törvényhozás és a kormány által gyakorolt előzetes politikai kontroll pedig hangsúlyosabb legyen az alapjogok érvényesülése terén.<sup>55</sup>

Amennyiben számba vettük a köztes alkotmányos modell legfontosabb sajátosságait, adódik a kérdés, hogy hogyan értékeljük e modellt intézményesítő politikai rendszerek eddigi teljesítményét. E helyütt azonban nehéz bármilyen megalapozott következtetést is levonni arra nézve, hogy a puha felülvizsgálat mennyiben képes az alapjogvédelem hatékonyságát elősegíteni. Gardbaum maga is jelzi, hogy az új modellre vonatkozó elemzések igen eltérő megállapításokhoz vezettek. Ehhez elég csak rápillantanunk a brit megoldást érintő vizsgálatok végkövetkeztetéseire. Amíg egyesek szerint a puha felülvizsgálat bevezetése de facto a bírói szupremácia elvének érvényesülését vonta maga után, addig mások ezzel teljesen ellentétes álláspontra helyezkednek, és azzal érvelnek, hogy az alkotmányos reform lényegében semmilyen változást sem eredményezett a parlamenti szupremácia rendszeréhez képest, és az alapjogvédelem terén sem figyelhető meg különösebb előrelépés. Perry például úgy véli, hogy a bírói hatalomnak a brit politikai rendszerben közel ugyanolyan befolyása van, mint az Egyesült Államokban az ott működő bíróságoknak. Ezt azonban nem elsősorban az Európai Konvenció átvételével és az alapjogvédelem „alkotmányosításával” magyarázza, hanem azzal a ténnyel, hogy az Egyesült Királyság tagja a strasbourgi jogvédelmi rendszernek, amelyben az Emberi Jogok Európai Bírósága egyfajta végső autoritással rendelkezik.<sup>56</sup> Gardbaum összességében azt a következtetést vonja le, hogy az eddigi tapasztalatok szerint a

---

<sup>55</sup> Új-Zélandon a Bill of Rights 7. §-a szerint az „attorney general” jelezheti a Képviselőháznak, ha véleménye szerint valamelyik törvényjavaslat alapjogot sért. Ezzel az eszközzel az „attorney general” már számos esetben élt, amelynek következtében a kifogásolt javaslatból rendszerint nem lett törvény (HIRSCHL *i.m.* 25.). A brit modellben is létezik a jogszabályoknak egyfajta előzetes politikai kontrollja, parlamenti és kormányzati szinten egyaránt. A parlamentben külön erre a célra létrehozott emberi jogi bizottság vizsgálja a benyújtott törvényjavaslatok alapjogi konzisztenciáját, míg a ministereket jelentési kötelezettség terheli a törvényhozás felé arról, hogy a tárgyalt javaslat eleget tesz-e az alapjogvédelem megkövetelt szintjének. (HIEBERT, Janet L., *Charter Conflicts: What is Parliament's Role?* McGill-Queen's University Press, Montreal, 2002, 15.)

<sup>56</sup> PERRY *i.m.* 671-672.

köztes modellek csak mérsékelt sikereket könyvelhettek el.<sup>57</sup> Ran Hirschl szerint, aki többek között a kanadai és az új-zélandi rendszereket vizsgálta, az alapjogvédelem terén elért kedvező hatásokat szkeptikusan kell kezelnünk, mert olyan területeken, mint a klasszikus negatív szabadságok, ezek a rendszerek komoly eredményeket értek el, azonban a társadalmi igazságosság és az egyenlőség terén kevés elmozdulás figyelhető meg.<sup>58</sup>

Azt azonban mindenképpen megállapíthatjuk, hogy a bíróságok gyakorlatában jelentősen megnőtt az alapjogokkal összefüggő ügyek száma. Kanadában például a korábbi néhány százalék helyett a 2000-es évek elejére már 20%-ra nőtt azoknak a jogvitáknak a száma, amelyek érintették a Karta rendelkezéseit, és hasonló növekedés figyelhető meg az alapjogokkal összefüggő ítélezés terén az új-zélandi fellebbviteli bíróságok gyakorlatában is.<sup>59</sup> Az emberi jogi gondolat előtérbe kerülése pedig feltétlenül sikerként értékelhető.

E köztes modell jövője azonban elég bizonytalan, mert ahogyan azt a legtöbb szerző maga is megjegyzi, az alkotmányos felülvizsgálat puha formáját intézményesítő rendszerek úton vannak az amerikai típusú alkotmánybíráskodás felé. Ennek legfőképpen az az oka, hogy a jogalkotók rendszerint vonakodnak a bíróság döntésének felülbírálatától, jóllehet erre a lehetőségük feltétlenül fennállna, így hosszabb távon az új struktúrában is a bíróságok alapjog-értelmezése bizonyul autoritatívnak.<sup>60</sup> Milyen okokkal magyarázható, hogy a parlamentek tipikusan tiszteletben tartják a bíróságok jogértelmezését akkor is, amikor maguk a jogszabályban nyilvánvalóvá tették, hogy egészen más álláspontot képviselnek a szóban forgó alkotmányos rendelkezés tartalmát érintő diskurzusban? A puha felülvizsgálat rendszerében ugyanis a törvényhozásnak elviekben lehetősége van arra, hogy új jogszabály megalkotásával juttassa érvényre saját alapjogi koncepcióját. A jogalkotási folyamat azonban mindig komoly erőforrások mozgósítását követeli meg, amely más, hasonlóan fontos jogalkotási célok feláldozása mellett tűnik csak teljesíthetőnek. Abban az esetben tehát, amikor a törvényhozásnak

---

<sup>57</sup> GARBAUM, Stephen, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, International Journal of Constitutional Law, 2010/2, 205.

<sup>58</sup> HIRSCHL *i.m.* 218.

<sup>59</sup> HIRSCHL *i.m.* 19, 27.

<sup>60</sup> Waldron például úgy vélekedik, hogy a kanadai modell érdemben nem különbözik az amerikaitól, mert a Karta 33. §-a, amely lehetővé teszi a bírói jogértelmezés felülbírálatát a parlament számára, valójában holt betű. (WALDRON, Jeremy, *The Core of the Case Against Judicial Review*, The Yale Law Journal, 2006/6, 1356-1357.) Hiebert is osztja azt az álláspontot, hogy Kanadában lényegében nem kérdőjeleződik meg a bírói jogértelmezés szupremáciája, a politikusok ugyanis vonakodnak a Karta 33.§-ának alkalmazásától. Ennek következtében a rendszer valójában az amerikai logika alapján működik. (HIEBERT *i. m.* 19-20.)

válaszolnia kell a korábbi szabályozást kifogásoló bírói döntésre, egyidejűleg más jogalkotási célok háttérbe szorításáról is döntenie kell. A jogalkotói válaszlépés politikai költségét jelenti továbbá az is, hogy egy jogszabály módosítása szükségképpen az eredeti kormányzati célkitűzés módosulását is maga után vonja, ezzel pedig a tervezett intézkedés hatékonysága is sérülhet. A parlamenti válaszlépést pedig tovább nehezítheti, hogy a jogalkotói akarat érvényre juttatását számos vétőszereplő akadályozhatja meg – így többek között a parlamenti bizottságok vagy az ellenzéki csoportok.<sup>61</sup>

Ezek a tényezők komoly szerepet játszanak abban, hogy a parlamentek a legtöbbször kockázatkerülő magatartást tanúsítanak, és a politikai költségek minimalizálása érdekében elfogadják a bírói szerv alkotmányértelmezését. Ez a jogalkotói attitűd pedig megerősíti azoknak a pozícióját, akik amellet érvelnek, hogy az új alkotmányos modellek – legalábbis hatásukat tekintve – a bírói szupremácia elvének megfelelően működnek, így lényegében nem jelentenek érdemi eltérést a klasszikus amerikai mintához képest.

Azt látjuk tehát, hogy az amerikai alkotmánybíráskodás alternatíváját intézményesítő rendszerekben éppen azok az előnyök nem realizálódnak, amelyeket eredetileg annak működésétől vártak. Ezt a tapasztalatot erősíti az a belátás is, hogy a politikai szereplők perspektívája kevésbé jut érvényre a döntéshozatal során, és az alapjogvédelem nem a különböző intézményes fórumok közötti párbeszéd következtében kerül előtérbe, hanem azért, mert a bírói perspektíva immár a politikai döntéshozatal egy korábbi szakaszában, a jogalkotás során megjelenik. A politikai cselekvők magatartását ugyanis nem elsősorban saját alkotmányos megfontolásaik befolyásolják, hanem sokkal inkább azok az előrejelzések, hogy vajon miként ítélné meg a tárgyalt szabályozás alkotmányosságát a bíróság.<sup>62</sup> Ez pedig ismételten a bírói perspektíva dominanciáját támasztja alá, amelynek ellensúlyozására az új rendszert eredetileg létrehozták.

Miután beláttuk, hogy a puha felülvizsgálattal összefüggő tapasztalatok központi szerepet játszanak az alkotmánybíráskodás igazolását érintő teoretikus vita újjáéledésében, érdemes még röviden szólni arról is, hogy az egyre növekvő kritikus hangok milyen utakat ajánlanak az amerikai típusú bírói felülvizsgálat problémájának kezelésére. Egyes szerzők az alkotmánybírási hatáskörök átstrukturálására és a bírói

---

<sup>61</sup> TUSHNET, Mark, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Worries*, Wake Forest Law Review, 2003/2, 833-834.

<sup>62</sup> HIEBERT *i.m.* 27-28.

autoritás korlátozására tesznek javaslatot a „bírák általi kormányzás” visszaszorítása érdekében. Radikálisabb hangok ennél messzebbre merészkednek, amikor az alkotmánybíráskodás teljes felszámolását jelölik meg kívánatos célként. Ezek alapján azt mondhatjuk, hogy a teoretikus küzdelem két kérdéstről szól: egyfelől arról, hogy szükségünk van-e egyáltalán az alkotmányos felülvizsgálat bírói intézményére; másfelől arról, hogy ha megőrizzük ezt az intézményt, hogyan gondoljuk újra annak jellegét és szerepét. Ebben a vitában én csak az első kérdés megválaszolására szorítok, és csak azt vizsgálom, hogy milyen érvek szólnak az amerikai típusú alkotmánybíráskodás támogatása mellett. Ezért nem foglalkozom azzal a kérdéssel, hogy vajon a puha felülvizsgálat mennyire illeszkedne demokratikus elveinkhez, és hogyan alakulna az alapjogvédelem szintje egy ilyen rendszerben az amerikaiával összevetve.

## **2. Az alkotmánybíráskodás igazolásának irányai**

Elsőként megkísérlem megrajzolni azt az elméleti keretet, amelyben az alkotmánybíráskodás igazolásának feladata elvégezhető. Ehhez pedig fontos jelezni, hogy melyek azok az érvek, amelyek szerepet játszanak politikai intézményeink igazolásában.

A politikai intézmények kialakítása és autoritásuk igazolása során azokat az érveket kell figyelembe vennünk, amelyek egyfelől az intézmények eljárásával, másfelől az intézményi döntések eredményével összefüggésben merülnek fel. Ezeket az érveket Waldron eljárás-orientált, illetve eredményorientált érveknek nevezi.<sup>63</sup> Ahogy az eljárásra, úgy az annak eredményére fókuszáló argumentumok is a politikai autoritás igazolásához járulnak hozzá, de ezt a célt más irányból teljesítik. Az eljárás-orientált igazolás a politikai legitimitást nem a döntések helyességére, hanem az eljárások helyességére tekintettel tartja igazoltnak. Az eljárás-orientált érvek azt az intézményt tüntetik ki a politikai autoritás elosztása során, amelynek az eljárása a leginkább összhangba hozható a demokratikus döntéshozatal legalapvetőbb elveivel, az egyenlőség, a részvétel és a méltányosság követelményeivel. Az eredményorientált érvek ezzel szemben úgy járulnak hozzá az intézményi autoritás igazolásának problémájához, hogy mérlegre teszik, melyik intézmény alkalmasabb a helyes döntés megközelítésére.

---

<sup>63</sup> WALDRON [2006] *i.m.* 1372.

Bellamy álláspontja szerint Waldron terminológiája kissé zavarba ejtő, mivel végső soron az eredményorientált érvek is eljárásokra vonatkoznak, amennyiben az intézményes kérdés megválaszolása a parlamenti és a bírói döntéshozatal előnyeinek összevetését követeli. Ezért Bellamy gyümölcsözőbbnek látja az 'input' és az 'output' megfontolások megkülönböztetését, ahol az előbbi az eljárás résztvevőire, az utóbbi pedig az eljárás lehetséges kimenetelére vonatkozó megfontolásokat öleli fel.<sup>64</sup> Mivel jelentős részben osztom a Bellamy által megfogalmazott aggályokat, a Waldron által javasolt fogalomhasználatban némi változtatásra teszek javaslatot, és a továbbiakban a politikai intézmények igazoló elveit a procedurális és az instrumentális érvek kategóriájába sorolom.<sup>65</sup> A procedurális érvek státusza a korábbiak alapján nyilvánvaló. Az instrumentális érvek azokat a megfontolásokat ölelik fel, amelyek az intézmények működését jellemzik, és amelyek megteremtik a helyes politikai döntések lehetőségét. Ebben az esetben végig kell gondolnunk, hogy milyen intézményekben és milyen intézmények közötti együttműködésben bízhatunk, ha a lehető legjobb döntés elérésének célja vezet bennünket.

Az instrumentális érveket elsősorban az intézmények struktúrája és működési szabályai, valamint az intézményekhez kapcsolódó érvelési szituáció sajátosságai jelentik. Ezek az érvek egy ideális intézményes gyakorlatot írnak körül, és a döntéshozatali eljárás kimeneti oldalát határozzák meg. A bíróságok pártatlanságát és függetlenségét, a bírói érvelés joghoz kötöttségét és fegyelmeztségét tipikusan a bírói döntéshozatal előnyeiként említik. Ezzel szemben azt a tényt, hogy a törvényhozásban választott és politikailag felelős képviselők ülnek, akik az egyéni érdekek széles spektrumának megjelenítését teszik lehetővé a politikai diskurzusban, rendszerint a parlamenti eljárás privilegizálói hivatkozzák. Ezekben az érvekben közös, hogy elősegítik az intézmények döntéseire vonatkozó előrejelzéseinket, mert a szóban forgó tényezők mérlegelésével következtetéseket vonhatunk le arra nézve, hogy melyik intézmény működése alkalmasabb a legalapvetőbb erkölcsi elveinkre vonatkozó nézeteltérések feloldására.

Ebben az igazolási folyamatban növekvő figyelem irányul az intézmények működéséből feltárt empirikus adatokra. Egyre többen helyezkednek arra az álláspontra, hogy a politikai filozófiai érvek önmagukban nem alkalmasak az intézményelméleti kérdés megválaszolására, mivel politikai intézményeink nem működnek tökéletesen.

---

<sup>64</sup> BELLAMY *i.m.* 27.

<sup>65</sup> Ezt a megkülönböztetést Aileen Kavanagh-tól vettem át. (Lásd KAVANAGH *i.m.* 451-486.)

Így számolnunk kell többek között az intézmények tévedésének lehetőségével, a hibás döntések „költségével” és következményeivel, a korrekció nehézségeivel, valamint azzal, hogy általában milyen hatással van egy meghatározott intézmény a struktúra más elemeinek tevékenységére.<sup>66</sup> Így például a bírói felülvizsgálatot érintő megfontolásainkat befolyásolják azok a megfigyelések, hogy milyen tényezők határozzák meg a bírói döntéshozatalt és a bírák magatartását, milyen gyakorisággal kell szembesülnünk rossz bírói döntésekkel, vagy milyen mechanizmusok állnak rendelkezésre egy politikai rendszerben a hibás bírói döntések korrigálására. De azt is figyelembe vehetjük, hogy miként hat az alkotmánybíráskodás más politikai aktorok, többek között a törvényhozás teljesítményére.

Kétségtelen tény, hogy az empirikus adatok a tisztán igazolási célú elméletek számára is relevánsak, mert az intézmények teljesítményére vonatkozó összehasonlító vizsgálat befolyásolja a vita kimenetelét. A gyakorlat tapasztalatai ugyanis normatív elveink újragondolására ösztönözhetnek bennünket, amennyiben úgy látjuk, hogy a gyakorlat nem hozható összhangba az elmélet követelményeivel. Így többek között a bíróságok működésére vonatkozó empirikus adatok kihatnak azokra a normatív állításainkra is, amelyeket az alkotmánybíráskodás szerepével és jelentőségével összefüggésben megfogalmaztunk.

Bár az intézményes vita empirikus dimenziójáról még mindig kevés szó esik, az alkotmányelmélet egyre inkább számol az alkotmánybíráskodás teljesítményére vonatkozó empirikus adatokkal. Éppen ezek a jelzések azok, amelyek egyre több szerzőt ösztönöznek a fennálló intézményes berendezkedés kritikájára és újragondolására. Fontos azonban látnunk, hogy a normatív elemzés minden esetben az empirikus vizsgálódások elébe vág, mivel az ideális gyakorlat elveinek azonosítása nélkül nem vagyunk képesek értékelni a gyakorlat tényeit. Nem tudunk igazolható kijelentésekkel szolgálni arról, hogy mi minősül hibás döntésnek, vagy éppen miben áll az intézményi tévedés költsége.

Ebből következően ez a dolgozat az empirikus vizsgálódás előfeltételét jelentő normatív elemzés szintjén marad, és a politikaelmélet bázisán kívánja megválaszolni a szóban forgó intézményes kérdést: igazolható-e egy olyan intézményi struktúra, amelyben a politikai hatalommal szembeni normatív korlátok érvényesítésének

---

<sup>66</sup> Cass Sunstein és Adrian Vermeule azzal érvel, hogy az alkotmánybíráskodás kérdésének tárgyalása során nem hagyhatjuk figyelmen kívül az intézmények teljesítményével összefüggő empirikus megfontolásokat. (SUNSTEIN, Cass R. – VERMEULE, Adrian, *Interpretation and Institutions*, Michigan Law Review, 2003/4, 36.)

jogkörével egy bírói szervet bízunk meg. A normatív célkitűzések vállalása azt is jelenti, hogy nem érintem azokat az elméleteket, amelyek stratégiai-politikai megfontolásokkal kívánják magyarázni az alkotmánybíráskodás általános térhódítását. Ran Hirschl például az uralkodó politikai, gazdasági és bírói elit olyan kísérleteként értékeli a bírói hatalom befolyásának kiterjesztését, amelynek célja a politikai status quo fenntartása, a hatalom megőrzése és elszigetelése a demokratikus döntéshozatal hagyományos formáitól. Hirschl úgy látja, hogy a demokratikus döntéshozatal klasszikus fórumain, elsősorban a parlamentben, a régi elit érdekeit egyre gyakrabban írják felül új, periférikus érdekek, így a politikai kérdések bírói útra terelése valójában nem más, mint a hagyományos elit válaszlépése a politikai hegemoniáját veszélyeztető kihívásokra.<sup>67</sup>

Hirschlhez hasonlóan Tom Ginsburg is politikai logikát lát az alkotmánybíráskodás rohamos elterjedése mögött. Ginsburg szerint az alkotmánybíráskodás intézményesítése garanciát jelent a jövőbeli politikai küzdelmek veszteségeinek arra, hogy képesek lesznek féken tartani és kontrollálni a domináns hatalmi elitet.<sup>68</sup> Azokban a rendszerekben, ahol a hatalom sok szereplő között oszlik meg, és ahol a politikai vereség nagyobb valószínűséggel következik be, fokozottabb igény van a regnáló hatalommal szembeni biztosíték működtetésére. Nem véletlen, véli Ginsburg, hogy az elmúlt évtizedekben megszülető demokratikus rendszerek, éppen a pártrendszer és az intézményi struktúra bizonytalansága, a hatalmi egyensúly törekenysége miatt, szinte kivétel nélkül létrehozták az alkotmányos felülvizsgálat bírói formáját.

Hirschl és Ginsburg célja, a bírói hatalom rohamos bővülését magyarázó tényezők megvilágítása, azonban távol esik az általam vállalt feladattól, az alkotmánybíráskodás igazoló elveinek feltárásától, ezért ezeket az elméleteket a továbbiakban nem érintem. Helyette pedig a politikaelmélet felé fordulok, mert az intézményes kérdés normatív kezelése csak politikai filozófiai érvekkel vezethet sikerre.

Az alkotmánybíráskodás igazolása során mind a procedurális, mind az instrumentális érveket mérlegre teszem, önmagában ugyanis egyik érvtípus sem képes konkluzív jelleggel eldönteni a vitát. Így az alkotmánybíráskodás támogatóiként nem szorítkozhatunk csupán annak igazolására, hogy a bíróságok nagyobb valószínűséggel

---

<sup>67</sup> HIRSCHL *i.m.* 214.

<sup>68</sup> GINSBURG, Tom, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 21-33.

jutnak helyes döntésre, mint a törvényhozók.<sup>69</sup> Ahogyan a rivális pozícióból sem érvelhetünk azzal, hogy az alkotmánybíráskodás oldalán jelentkező demokrácia-deficit miatt csak a törvényhozás politikai legitimitása igazolt.<sup>70</sup> Az intézményelmélet itt vizsgált kérdése csak egy átfogó perspektívából válaszolható meg.

Némiképp ezt a belátást tükrözi az a hangsúlyeltolódás is, amely Waldron munkáiban az elmúlt időszakban megfigyelhető. Waldron kezdetben tisztán procedurális alapállásból védelmezte a parlamenti szupremácia elvét, az elmúlt években azonban egyre többen foglalkozott az intézményelméleti kérdés kimeneti oldalával is. A parlamenti és a bírói döntéshozatal sajátosságainak összevetésével a parlamenti döntéshozatal előnyeire igyekezett rámutatni, ezzel is megtámogatva procedurális tézisének legfontosabb állításait. Úgy tűnik tehát, hogy az intézményelméleti diskurzus alakulása és a parlamenti szuverenitás elvét érintő folyamatos kritikák Waldron elméletét sem hagyták érintetlenül. Ez magyarázhatja, hogy a kezdeti procedurális tézise – amely szerint az eljárási érvek egyértelműen a törvényhozás javára döntenek el az intézményes kérdést – immár egy új tézissel egészült ki. Eszerint, az alkotmánybíráskodás mellett leggyakrabban felhozott érv, hogy a bírói döntéshozatal az alkotmányos vitáink jobb eldöntését teszi lehetővé, nem perdöntő az intézményes kérdés szempontjából. Sőt, az eljárások kimenetelének értékelése után is inkább a törvényhozó eljárását kell előnyben részesítenünk.

Ebben a szövegben megkísérlem számba venni mindazokat az érveket, amelyekkel Waldron szembesítette az alkotmánybíráskodás intézményének támogatóit. Ebből következően igyekszem mind a procedurális, mind az instrumentális igazolás felől szemügyre venni az intézményt. De mielőtt hozzálátnék ehhez a feladathoz, röviden bemutatom, hogy miért tartom szükségesnek az érvelés kiindulópontjaként az erkölcsi objektivizmus pozíciójának felvállalását.

---

<sup>69</sup> Michael Moore szerint a bírák jártasabbak az erkölcsi érvelésben, mint a törvényhozók, mivel a gyakorlatban valódi erkölcsi dilemmák tömegével kénytelenek szembenézni, és ezáltal komoly tapasztalatra tesznek szert a morális érvelés terepén. (Lásd MOORE, Michael S., *Law as a Functional Kind*. In: GEORGE P. Robert (ed.), *Natural Law Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, 230.)

<sup>70</sup> Ezt az álláspontot képviseli például GARDBAUM, Stephen, *A Democratic Defense of Constitutional Balancing*, Law and Ethics of Human Rights, 2010/1, 89.

### 3. A metaetika relevanciája az intézményes probléma megoldásában

Szükség van-e metaetikára ahhoz, hogy megalapozottan érvelhessünk a legjobb intézményes berendezkedés mellett? Hatással van-e egyáltalán az intézményes vitára az, hogy mit gondolunk az erkölcsi állítások státuszáról? Vagy teljesen figyelmen kívül hagyhatjuk ezt a kérdést akkor, amikor a politikai intézményeink kialakításáról vitatkozunk?<sup>71</sup> Ilyen és hasonló kérdések az alkotmánybíráskodás igazolása során gyakran felbukkannak, így legalább néhány gondolat erejéig érdemes kitérnünk a problémára. Elsősorban azért, mert a vita szereplői némileg ingatag álláspontra helyezkedtek a metaetika intézményelméleti relevanciáját illetően, így a kérdés feltétlenül tisztázást igényel.

A metaetika az erkölcsi kijelentésekkel összefüggő konceptuális problémákat kutatja. A metaetikai vizsgálódások egyik legfontosabb kérdése, hogy lehetséges-e az erkölcsi kijelentések objektív megalapozása, azaz tehetünk-e igaz állításokat az erkölcs területén. Az általam vizsgált kérdés abban áll, hogy az erkölcsi állítások igazságfeltételeire vonatkozó álláspontok hozzájárulnak-e valamivel az alkotmányos felülvizsgálat igazolásának problémájához. Amíg Michael Moore igennel, addig Jeremy Waldron nemmel válaszol az előbbi kérdésre. A következőkben röviden rekonstruálok a két szerző álláspontját, majd megvizsgálom, hogy mennyire tarthatóak a felvállalt pozíciók.

Michael Moore az erkölcsi realizmus pozíciójából látott hozzá a döntéshozói autoritás megosztására vonatkozó alapvető kérdés megválaszolásához: mi igazolja a bírói felülvizsgálatot és azt a gyakorlatot, hogy a demokratikusan választott törvényhozás aktusainak alkotmányosságáról egy nem választott bírói testület dönt.<sup>72</sup> Moore erkölcsi realizmusának lényege, hogy léteznek az észtól és a konvencióktól független erkölcsi tulajdonságok, amelyek mint tények, az erkölcsi valóságban tapasztalhatóak meg (realista tézis).<sup>73</sup> Ha elfogadjuk az erkölcsi igazságok létezését, azt is el kell fogadnunk, hogy erkölcsi állításaink érvényességre tartanak igényt, és érvelhetünk amellett, hogy bizonyos morális állítások igazak, mások pedig tévesek. Moore természetjogi megközelítésében a jog és az erkölcs szükségszerűen összekapcsolódik, ezért az erkölcsi igazságok relevanciával bírnak a jogi propozíciók

---

<sup>71</sup> Ez a gondolatmenet Bódig Mátyás Moore-kritikáját követi. (BÓDIG [2004] *i.m.* 253-268.)

<sup>72</sup> MOORE, Michael S., *Moral Reality Revisited*, Michigan Law Review, 1992/8, 2469.

<sup>73</sup> MOORE, Michael S., *A jog mint funkcionális kategória*. In: BÓDIG Mátyás – GYÖRFI Tamás – SZABÓ Miklós (szerk.), *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái*, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2004, 227.

igazságfeltételeit illetően is (relációs tézis). De hogyan befolyásolja ez a realista nézőpont az intézményes vita kimenetelét?

Moore szerint a realista metaetika közvetlenül segítségül hívható politikai intézményeink kialakítása során, és különösen meggyőző érveket szolgáltat akkor, amikor a bírói felülvizsgálat igazolásáról kívánunk számot adni. Ez egyben azt is jelenti, hogy a metaetikát akkor is bevethetjük, amikor az intézményes berendezkedés meghatározásán túl arról kívánunk dönteni, hogy az alkotmányossági felülvizsgálat hatáskörével felruházott bírák hogyan járnak el a szóban forgó hatáskör gyakorlása során. Itt valójában arról van szó, hogy egy metaetikai pozíció felvállalása hatással van az ítélkezésméleti megfontolásainkra is.

Moore érvelésének kiindulópontja, hogy a bírák az alkotmányos rendelkezések értelmezése során nem kerülhetik el a morális érvelést, ezért számít, hogy mit gondolunk az erkölcsi érvelés státuszáról. Ha valaki ugyanis antirealista alapállásból közelít a kérdéshez, a bíró döntésében annak személyes érzelmeit és értékeit, vagy egy társadalmi konvenció implikációit látja tükröződni, emiatt pedig a bíró választása szükségképpen önkényesnek fog tűnni. Ezzel szemben a realista nézőpontból a morális dilemma megoldása során a bírónak abban a kérdésben kell állást foglalnia, hogy egy erkölcsi tény igaz-e vagy sem. Moore szerint az erkölcsi tények a valóságban léteznek, és megismerhetők, ezért mindenki számára hozzáférhetőek. Bár a bíró döntése az erkölcsi tény igazságfeltételeit illetően is lehet téves, a tévedés még nem feltétlenül azonos a döntés önkényességével. Moore úgy véli, csak egy realista metaetika mellett formálhatunk igényt arra, hogy valamennyi erkölcsi kérdésben eljussunk a helyes megoldáshoz, és így kivédhessük az önkényesség vádját. A helyes döntés elérésének lehetősége pedig alapvető jelentőségű az intézményes kérdés megválaszolása során. Ha tehát mind a törvényhozó, mind a bíró képes eljutni a helyes döntéshez, már csak az intézményi feltételek összevetésén múlik, hogy miként osztjuk meg a döntéshozói autoritást, és kire bizzuk az alkotmány végső értelmezésének hatáskörét. Moore szerint ezek az intézményi megfontolások a bírák autoritását részesítik előnyben az alkotmányos kérdésekkel összefüggő döntéshozatali hatalom strukturálása során. A bírák ugyanis nap mint nap szembesülnek konkrét erkölcsi kérdésekkel, és ez a gazdag tapasztalat hozzájárul morális beleérző- és ítélőképességük fejlesztéséhez. Az erkölcsi érvelésben megmutatkozó jártasság pedig a bírák sajátos episztemikus autoritását alapozza meg. A bíró emellett a politikai haszonszerzéstől is függetleníteni tudja magát, ez pedig kedvez a hosszú távú érdekek szem előtt tartásának és érvényesítésének.

Végezetül a bírói felülvizsgálat mellett szól az intézményi kultúrák közötti lényeges eltérés, amely az alkalmazott személyek eltérő mentalitásában is tetten érhető. Így kifejezetten a bírókat jellemző erény a semlegesség, az elfogulatlanság és az előítéletektől való mentesség, amely az ideális erkölcsi döntőbíróvá avatja e hivatal viselőit.<sup>74</sup>

Moore tehát azt állítja, hogy alkotmányos vitáink eldöntését helyesebb a bírákra, mint a törvényhozókra bízni. Ezt azzal magyarázza, hogy morális vitáinknak van olyan megoldása, amely helyesnek bizonyul, és a bírák inkább képesek a helyes döntések meghozatalára, mint a jogalkotók. Waldron ezzel szemben azt hangsúlyozza, és kritikáját itt elsősorban Moore-nak célozza, hogy a metaetika semmit sem ad hozzá az autoritás igazolásának problémájához. Az ésszerű pluralizmus körülményei között ugyanis az erkölcsi állítások igazolásáról – és nem azok igazságfeltételeiről – kell számot adnunk.<sup>75</sup> Az alapvető dilemma ugyanis abban áll, hogy melyik intézményre bizzuk a végső döntés jogát olyan morális kérdésekben, amelyekben a közösség tagjai különböző, egyaránt ésszerű, de konkluzíven nem igazolt nézeteket osztanak.

Waldron úgy érvel, hogy az intézményelmélet előbbi kérdései csak egy politikaelmélet mögül válaszolhatóak meg. Csak olyan fogalmakban rejlő politikai filozófiai tartalmak kibontásával felelhetünk a helyes politikai berendezkedést érintő kérdésekre, mint a méltányosság, az igazságosság vagy a demokrácia.<sup>76</sup> Ezen a ponton egyetértek Waldronnal abban, hogy az intézményes kérdés alapjai a politikaelméletben találhatóak meg. És Moore megközelítése azért problematikus, mert ezeket az érveket teljesen figyelmen kívül hagyja akkor, amikor az alkotmánybíráskodás legitimitásának problémáját tárgyalja. Azt azonban nem gondolom, hogy Waldronnak abban is igazat kellene adnunk, hogy a metaetikai kérdés teljesen irreleváns a politikai intézményeink kialakítása során. Waldron „irrelevancia tézisének” legfontosabb állítása, hogy a metaetikai elköteleződés semmivel sem járul hozzá a jogra vonatkozó ismereteink szélesítéséhez és a jogi gyakorlatok megértéséhez. Emiatt pedig teljesen irrelevánsnak bizonyul az intézményes probléma szempontjából, és nem használható fel a bírói felülvizsgálat intézményének igazolása során sem. De vajon mi lehet a magyarázata ennek? Moore szerint a bírának el kell köteleződniük egyfajta realizmus mellett ahhoz,

---

<sup>74</sup> MOORE [1992] *i. m.* 2477.

<sup>75</sup> Erre a fontos distinkcióra és annak az autoritásigazolás problémáját érintő implikációira Gyórfi Tamás is felhívja a figyelmet. Lásd GYÓRFI Tamás, *Harmonia Mundi*, Buksz: kritikai írások a társadalomtudományok köréből, 2009/4, 311.

<sup>76</sup> WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 185.

hogy leszámolhassanak az önkényesség gyanújával. Waldron válasza ezzel szemben úgy szól, hogy az erkölcsi realizmus felvállalása önmagában nem igazolja, hogy a bírák alkalmasabbak lennének a helyesebb döntés megközelítésére, mint más hivatalos személyek vagy az egyének. Az alkotmányos felülvizsgálat védelmezői szerint a bírák több tapasztalattal rendelkeznek az erkölcsi érvelés területén, ezért döntéseik megbízhatóbbak lesznek. Mindez azonban mit sem ér, véli Waldron, ha nem képesek meggyőzni minket arról, hogyan jutottak a helyes (erkölcsi igazsággal bíró) döntés birtokába.<sup>77</sup>

Waldron álláspontja szerint a morális érvelés mindig magában hordozza az önkényesség lehetőségét, mivel nincs egyetértés abban, hogyan juthatunk az erkölcsi igazság birtokába. Egyetlen megközelítés, így többek között a Moore-féle realizmus sem tud számot adni egy megbízható és széles körben elfogadott episztemológiáról, amely segítséget nyújtana az erkölcsi igazságok megtalálásában.<sup>78</sup> Így minden olyan erkölcsi kijelentés, amely igazságra tart igényt, végső soron csak a kijelentést megfogalmazó személy meggyőződését juttatja kifejezésre. Ennek következtében teljesen irrelevánsnak bizonyul, hogy milyen metaetikai pozícióból érvelünk. Ezért véli úgy Waldron, hogy a morális érvelés önkényessége ugyanolyan megoldhatatlan problémát jelent a realisták, mint az antirealisták számára.<sup>79</sup>

Úgy vélem, az általam vizsgált intézményelméleti kérdés politikai filozófiai karaktere nem implikálja, hogy a metaetika teljesen irreleváns lenne a probléma szempontjából. Ahhoz ugyanis, hogy kialakítsuk az intézményeinket, kezelniük kell az erkölcs területén tapasztalható állandó egyet nem értés problémáját. Tisztáznunk kell többek között, hogy erkölcsi állításaink igényt tartanak-e az igazságra, mert a politikai autoritás megosztása során erre a tényre tekintettel kell lennünk. Nem gondolom tehát, hogy teljesen lemondhatnánk a metaetikáról, amikor a politikai autoritás igazolásának kérdése forog kockán. Álláspontom szerint a metaetikai nézőpont releváns az intézményes kérdés szempontjából.

---

<sup>77</sup> *I.m.* 185.

<sup>78</sup> John Tasioulas többször is kiemeli, hogy aligha plauzibilis egy olyan megközelítés, amely tagadja, hogy hozzáférhetnénk az erkölcsi igazságokhoz. Az erkölcs ugyanis kiemelt szerepet játszik az egyéni cselekvésvezetésben, saját cselekvéseink, valamint mások cselekvései értékelésének mércéjeként szolgál. Tekintettel arra, hogy az erkölcs fogalma konstitutív módon kötődik az emberi cselekvések szabályozásához, aligha állíthatjuk, hogy az erkölcs területén nem juthatunk valamilyen értelmes egyetértésre. Egyetértés nélkül ugyanis az erkölcs nem lenne képes standardot kínálni cselekvéseink igazolásához. (Lásd TASIOLAS, John, *The Legal Relevance of Ethical Objectivity*, *The American Journal of Jurisprudence*, 2002, 219, 238.)

<sup>79</sup> WALDRON [1999] *i.m.* 186.

Ebben a dolgozatban egy olyan metaetikai pozíciót foglalok el, amely alapján el kell fogadnunk, hogy az erkölcsi állítások igazak lehetnek. És bár nem kívánok az objektivista erkölcsfilozófia mellett érvelni, azt röviden bemutatom, hogy miért is tartom elkerülhetetlennek az objektivizmus felvállalását. Ehhez John Tasioulas megközelítését hívom segítségül. Tasioulas szerint nem kell tudnunk megvédeni vagy megcáfolni az etikai objektivizmust ahhoz, hogy elfogadjuk a kérdés relevanciáját a jogi gyakorlatok megértése során. Tasioulas Bernard Williams nyomán amellet érvel, hogy az objektivitás fogalma az egyet nem értés kontextusában tölthető meg tartalommal. Azok a gondolkodási területek rendelkeznek valamifajta objektivitással, amelyeken belül a viták racionális megoldása elképzelhető, és bizonyos állításokat helyesnek, másokat tévesnek gondolhatunk. Ilyen esetben az érvelés nem önkényes, mert interszubjektív érvényességgel rendelkezik, és mindenki számára hozzáférhető, értelmes elveken nyugszik.<sup>80</sup> Tasioulas úgy véli, hogy az erkölcsi gondolkodásnak van egy objektivista önértelmezése, amely a jogra vonatkozó megfontolásainkat is meghatározza. A jog autoritásigényének igazolása ugyanis végső soron morális elveinkre vezethető vissza, így a moralitás a jogi gyakorlatok értékelésének legfontosabb mércéjeként szolgál. A jogi érvelés pedig mindig az éppen érvényesülő erkölcsi tradíció fogalmaira és elveire támaszkodik, így nem véletlen, hogy a morális indokok a jogi döntéseket is jelentős mértékben meghatározzák. A jog és az erkölcs közötti szoros kapcsolat teszi jogilag is relevánssá a moralitás területén tapasztalható objektivitásigényt.

A moralitás objektivista önértelmezése többek között abban nyilvánul meg, hogy elfogadjuk az erkölcsi állításainkra vonatkozó kritika lehetőségét. A cselekvéseinket igazoló erkölcsi elveinkről folyamatosan vitát folytatunk, amely folyamatban minden cselekvő saját morális álláspontjának ésszerűségéről kívánja meggyőzni a vitapartnereit. Ennek a vitának pedig csak akkor van értelme, ha feltesszük, hogy egyes erkölcsi pozíciók ésszerűsége mellett jobban érvelhetünk. A racionális vita lehetőségét az a belátás teremti meg, hogy morális állításaink ütköztetésével közelebb juthatunk a leginkább igazolható erkölcsi állásponthoz. És erre a belátásra alapozzuk azt a feltevésünket is, hogy egyáltalán létezik szervezett közösségi élet, és az ítélkezési tevékenység lényege sem más, mint a viták értelmes megoldásának előmozdítása. „Nem lenne értelme fenntartani jogi intézményeket, ha nem gondolhatnánk őszintén, hogy az

---

<sup>80</sup> TASIIOULAS *i.m.* 217.

esetek túlnyomó többségében értelmes emberek egyetértésre juthatnak a jogkövetkezmények megítélésében.”<sup>81</sup> Azt a következtetést kell tehát levonnunk, hogy az erkölcsi megfontolások objektivitásigényének tagadásával nehezen tudnánk megragadni a jogi gyakorlatok működésének lényegét.<sup>82</sup> Az erkölcsi objektivizmust felvállalása pedig elkerülhetetlen ahhoz, hogy az alkotmánybíráskodás mellett érveljünk, mert csak így van értelme egy olyan intézményi mechanizmus kialakításának, amelynek szerepe a törvényhozás téves döntéseinek korrekciójában áll.

Itt most érdemes annyival megelégednünk, hogy rögzítjük az előbbi gondolatmenet legfontosabb megállapításait. Ebben a szakaszban azt próbáltam meg bemutatni, hogy bár a politikai autoritás elosztásának kérdése elsődlegesen politikai filozófiai kérdezést követel, politikai intézményeink kialakítása során számolnunk kell azzal a ténnyel, hogy egyetértésre juthatunk-e politikai elveink tartalmát illetően. Azaz a metaetikai pozíció – Waldron tételével ellentétben – igenis releváns az intézményelméleti vitáink eldöntése során. Sőt, én amellet érveltem, hogy egy objektivista nézőpont felvállalása nélkülözhetetlennek bizonyul, ha a jogi gyakorlatok lényegének megragadására törekszünk, és arról vitatkozunk, hogy a parlamentre vagy a bíróságokra bizzuk az alkotmányos elveinket övező erkölcsi nézeteltérések feloldását. A vita ugyanis csak akkor bizonyul gyümölcsözőnek, ha feltesszük, hogy a közösség legfontosabb morális elveinek létezik egyfajta objektív tartalma, amely tartalmat helyesként próbálunk meg igazolni a közösség tagjai előtt. Ennek a feltevésnek a hiányában ugyanis nem folytathatnánk értelmes vitát a közösségi cselekvés elveiről és céljairól, és minden választás önkényesnek bizonyulna.

Az erkölcsi objektivizmus elfogadása azonban nem oldja meg azt a problémát, amelyet az ésszerű pluralizmus jelent. Nem válaszolja meg ugyanis azt a kérdést, hogy melyik intézményé legyen a végső szó, ha nincsenek kényszerítő erejű érvek az erkölcsi elveink tartalmáról folyó vitában. De az objektivizmus elfogadásával nem is ezt akartam igazolni. Megelégedtem annak bemutatásával, hogy a metaetika mégsem teljesen irreleváns, ha a bírói felülvizsgálat igazolhatóságáról vitatkozunk. Így bár az „irrelevancia tézist” nem tudom elfogadni, abban azonban magam is osztom Waldron álláspontját, hogy a kollektív cselekvés intézményes feltételeiről elsősorban a

---

<sup>81</sup> Lásd BÓDIG [2004] *i. m.* 360.

<sup>82</sup> Tasioulas felfogása közel esik a „prezumpatív objektivizmus” álláspontjához, amelyet Gerald Postema nyomán Bódig Mátyás képvisel a magyar jogirodalomban. A prezumpatív objektivizmus is arra a feltevésre épül, hogy nem kell igazolnunk az objektivizmus metaetikai pozícióját ahhoz, hogy értelmesen érvelhessünk a jogi állítások objektivitásigénye mellett, és komolyan vegyük a morális állításokat érintő vitákat. BÓDIG [2004] *i. m.* 357-361.

politikaelmélet segítségével formálhatunk véleményt. A következőkben azt vizsgálom meg, hogy mi következik a politikai filozófiai érvekből az alkotmánybíráskodás legitimitását illetően. Ehhez először a procedurális, majd az instrumentális érveket veszem számba.

#### **4. Az alkotmánybíráskodás procedurális igazolása**

##### **4.1. A demokrácia procedurális megközelítése**

Az alkotmánybíráskodást az intézmény kritikusai a leggyakrabban a demokratikus legitimitás hiányával szembesítik, és a demokrácia érvényesülésének korlátozásával vádolják. Ebben az összefüggésben a politikai intézmények léte akkor igazolt, ha az autoritásgyakorlás az önkormányzás elvén alapul, azaz végső soron visszavezethető a politikai közösséget alkotó személyek összességére, továbbá, ha az autoritás végső forrásaként megjelölt közösségben valamennyi személy egyenlő morális státusszal rendelkezik. Az egyenlő erkölcsi státuszt pedig csak egy olyan döntéshozatali mechanizmus szavatolja, amely valamennyi egyén véleményének egyenlő súlyt ad. Az intézményes eljárások közötti választás tehát annak a belátásnak a függvénye, hogy melyik döntéshozatali eljárás képes a leginkább megközelíteni a demokratikus legitimitás előbbiekben megfogalmazott követelményeit.

A demokrácia procedurális felfogásának hívei éppen ezeket a kritériumokat avatják a legitimitás kizárólagos feltételeivé. A politikai döntéseket minden olyan esetben legitimnek kell tekinteni, amikor azok méltányos eljárásban születtek meg, azaz minden egyén nézete azonos súllyal esett latba a döntés meghozatala során. Mi következik a demokrácia procedurális megközelítéséből a politikai intézményeink kialakítását illetően? Mivel az értekezés az alkotmánybíráskodás igazolásának kérdéseit vizsgálja, itt csak arra koncentrálok, hogy miként viszonyulnak a procedurális felfogás képviselői az alkotmányos felülvizsgálat bírói intézményéhez. Az egyik álláspont szerint a demokratikus döntéshozatal semmilyen korlátozása sem fogadható el, mert az egyéni jogok körét és tartalmát érintő ésszerű nézeteltérésekre tekintettel csak olyan eljárásban dönthetünk a közösségi cselekvésekről, amely egyetlen tartalmi alapjog-felfogást sem privilegizál, hanem minden nézetnek egyenlő súlyt biztosít. Erre tekintettel az alkotmánybíráskodás igazolhatatlan intézmény, mert a döntéshozatal a bírók szubsztantív erkölcsi álláspontját tünteti ki, ezzel pedig aláássa a demokrácia

lényegét jelentő egyenlő figyelem és tisztelet elvét.<sup>83</sup> A másik, mérsékeltebb megközelítés szerint egy demokratikus rendszerben helye lehet az alkotmányos felülvizsgálat bírói intézményének, mert a többségi döntéshozatal bizonyos esetekben megsértheti a méltányos eljárás feltételeit és a demokratikus legitimitás szempontjából kulcsfontosságú egyenlő egyéni részvétel követelményeit. De az alkotmányos kontroll csak korlátozott lehet, és kizárólag a jogalkotási folyamat defektusainak korrekciójára szorítkozhat.<sup>84</sup> Ez utóbbi álláspontot képviseli többek között John Hart Ely, aki szerint az alkotmánybíráskodás legfontosabb szerepe a „képviselő megerősítésében” áll: a bíróságok felülvizsgálati jogköre csak akkor indokolt, amikor a többségi döntés figyelmen kívül hagyja a kisebbség szempontjait, és a politikai döntéshozatal nem teszi lehetővé a kizorított érdekek érvényesítését.<sup>85</sup>

A procedurális megközelítések egy sajátos változatát képviselik a deliberatív demokrácia-elméletek is. A demokrácia deliberatív felfogásai szintén arra a feltételezésre épülnek, hogy a jog legitimitása annak függvénye, hogy mennyiben jutnak érvényre a demokratikus döntéshozatal eljárási kritériumai. Azok a politikai döntések rendelkeznek ugyanis legitimitással, amelyek egy ideális diskurzus feltételei között, deliberáció eredményeképpen állnak elő.<sup>86</sup> A deliberatív demokrácia-felfogás talán legjelentősebb képviselője Jürgen Habermas, aki maga is foglalkozott azzal a kérdéssel, hogy milyen alapon igazolható az alkotmányos felülvizsgálat funkciója. A deliberatív

---

<sup>83</sup> BELLAMY *i.m.* 260.

<sup>84</sup> Ez a megközelítés Bragyova András szerint az alkotmánybíráskodás gyenge igazolásához vezet el, ahol a bírói felülvizsgálat szerepe a demokratikus döntéshozatal feltételeinek, így többek között a politikai szabadságjogoknak a szavatolásában áll. Ebben az összefüggésben az alkotmánybíráskodás a demokratikus értékek érvényesülését mozdítja elő, ezáltal pedig nem ellentétes a demokrácia értékeivel. Bragyova elméletében azonban létezik az igazolásnak egy másik iránya is, amikor az alkotmánybíráskodás feladata a nyilvánosan igazolható döntések biztosításában áll. Az alkotmánybíráskodás erős igazolása arra a belátásra épít, hogy csak azok a döntések rendelkeznek legitimitással, amelyek a közösség valamennyi tagja számára igazoltak. Ez a legitimitás-feltétel pedig a demokratikus döntések tartalmi felülvizsgálatának lehetőségét biztosítja az alkotmánybíráskodás számára. Tehát amíg a gyenge igazolás csak egy korlátozott bírói felülvizsgálatot tart védhetőnek, addig az erős igazolás alapján a bírák nincsenek elzárva attól a lehetőségtől, hogy felülbírálják a jogalkotó alkotmányértelmezését. (Az igazolás előbbi két irányáról részletesebben lásd BRAGYOVA András, *Alkotmánybíráskodás és demokrácia*. In: TÓTH Károly (szerk.) *Emlékkönyv Szentpéteri István egyetemi tanár születésének 70. évfordulójára*, József Attila Tudományegyetem ÁJK, Szeged 1996, 135-159.

<sup>85</sup> Lásd ELY, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980., lásd különösen a 4., 5. és 6. fejezeteket, 73-179.

<sup>86</sup> Jeremy Waldron szkeptikus a deliberatív demokrácia-felfogások sikerét illetően. Waldron szerint azok a megközelítések, amelyek a politikai deliberáció céljaként a résztvevők tökéletes egyetértését (konszenzusát) jelölik meg, vagy túlságosan naív képet festenek a közösségi döntéshozatalról, vagy marginalizálják a jóhiszemű véleménykülönbségek szerepét a jogalkotási eljárásban. A nézeteltérések ugyanis még egy ideális deliberáció eredményeképpen sem szűnnek meg, így a politikai viták kimenetelét a szavazás határozza meg, és a döntések valójában a többségi elv alapján nyerik el legitimitásukat. (WALDRON, Jeremy, *Törvényhozás, autoritás és szavazás*. In: BÓDIG Mátyás – GYÖRFI Tamás – SZABÓ Miklós (szerk.), *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái*, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2004, 375-377.)

megközelítés a magyar alkotmányjogi gondolkodásra is komoly hatást gyakorolt, ezt tükrözi többek között Halmai Gábor és Pokol Béla vitája a habermasi demokrácia-felfogás helyes olvasatáról és annak az alkotmánybírászkodás státuszát, elsősorban az aktivista alapjogi bírászkodás legitimitását érintő legfontosabb implikációról.<sup>87</sup> De Sajó András is hozzászólt ahhoz a kérdéshez, hogy miként igazolható az alkotmánybírászkodás a habermasi diskurzuselmélet keretei között.<sup>88</sup>

Habermas a hatalommegosztás kontextusában kíván számot adni az intézmény legitimitásáról, és mindenekelőtt a bírói jogalkotás vádjával szemben veszi védelmébe az alkotmánybírászkodást.<sup>89</sup> Ennek érdekében pedig az alkotmányos felülvizsgálatot a diskurzus egy sajátos formájaként ábrázolja, amely a jogalkotási eljárásban megtestesülő normaigazolási funkciótól eltérően az alkotmányos rendelkezések normatív tartalmának értelmezésére irányul. Mivel az alkotmánybíróságok csak olyan normákat alkalmaznak, amelyek a politikai döntéshozatalban már legitim joggá váltak, az alkotmányos felülvizsgálat lényegében klasszikus jogalkalmazásként értelmezhető, így ennek a funkciónak a bírói gyakorlása tiszteletben tartja a jogalkotó hatáskörét.<sup>90</sup> Abban Habermas is osztja a proceduralisták álláspontját, hogy ha igazolható az alkotmánybírászkodás, akkor annak feladata a legitim politikai döntések eljárási feltételeinek biztosításában áll. A demokrácia deliberatív megközelítéséből azonban egy jóval aktivistább alkotmánybírászkodás vezethető le, mint amilyen Ely elméletéből következik. A deliberáció feltételeit lehetővé tevő alkotmányos struktúra biztosításához ugyanis nem elegendő a kommunikációs és részvételi jogok bírói védelme. A diskurzus feltételeinek megteremtéséhez és a politikai autonómia gyakorlásához ugyanis a polgári szabadságjogok biztosítására is szükség van. Ezek a szabadságjogok alapozzák meg az egyén státuszát a politikai közösségen belül, amely státusz feltétele a politikai

---

<sup>87</sup> Lásd POKOL Béla, *Empirikus kontra intellektuális demokrácia*, Politikatudományi Szemle, 1994/2, 86-91. és HALMAI Gábor, *Döntsünk-e Rousseau mellett? Habermas egy más olvasata*, Politikatudományi Szemle, 1994/4, 153-158.

<sup>88</sup> Sajó érvelésének lényege, hogy a bírói felülvizsgálat a törvényhozásban folyó diskurzus folytatásaként a deliberáció és a politikai részvétel új csatornáját nyitja meg, és ezáltal hozzájárul a széles körű társadalmi nyilvánosság fenntartásához. A bírói döntéshozatal egyes sajátosságai pedig kedvezően hatnak a diskurzus feltételeire. Ezek közül kiemelést érdemel, hogy a bíróságok az alapjogokra tekintettel, politikai motivációktól mentesen érvelnek, továbbá követik a precedenseket és reagálnak a jogtudomány vagy a szélesebb nyilvánosság által megfogalmazott érvekre. Mindezek ellenére Sajó nem mulasztja el jelezni azt sem, hogy az alkotmányra irányuló bírói érvelésnek vannak olyan strukturális elemei, éppen az alkotmányos rendelkezések általánosságából adódóan, amelyek veszélyeztetik a jog racionalitását és kiszámíthatóságát. (SAJÓ András, *Az alkotmánybírászkodás a diskurzuselmélet fényében*, Állam- és Jogtudomány, 1994/1-2, 11-36.)

<sup>89</sup> HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, 238-286.

<sup>90</sup> HABERMAS [1996] *i.m.* 261, 279.

deliberációban való egyéni részvételnek. Habermas elméletében tehát a polgári és a politikai jogok kölcsönösen feltételezik egymást.<sup>91</sup> Az alkotmánybíróságok pedig mindazon jogok védelmére hivatottak, amelyek nélkülözhetetlenek bizonyulnak a társadalmi nyilvánosság működéséhez. Ebből következik, hogy a deliberatív demokrácia-felfogás képviselői az alkotmánybíráskodás igazolását nem a klasszikus kompromisszum-tézisre építik. Az alkotmányos felülvizsgálat bírói formája ugyanis nem antidemokratikus intézmény – ahogyan például az Ely gondolatmenetéből következik. Az alkotmánybíróságok működése nem korlátozza a népszuverenitás elvét, hanem a politikai vélemény- és akaratformálás feltételeinek biztosításával éppen a demokrácia deliberatív karakterét erősíti. Így nincs ellentmondás a demokrácia és az alapjogvédelem elvei között.

A továbbiakban a procedurális demokrácia-felfogások olyan formájára koncentrálok, amelyek szerint a politikai döntések legitimitását a többségi szavazás keletkezteti. Az elmúlt időszakban ugyanis igen komoly érvek kerültek mozgósításra a többségelvű demokrácia-felfogás mellett. Ezek az érvek pedig hatással vannak az intézményelméleti problémát övező vitákra is.

#### **4.2. Waldron álláspontja: a politikai autoritás eljárási igazolása és a többségi elv**

Jeremy Waldron napjainkban az egyik legelkötelezettebb képviselője annak a procedurális megközelítésnek, amely szerint a demokratikus döntéshozatalt nem vethetjük alá tartalmi korlátozásnak. Waldron erre tekintettel azt is állítja, hogy az alkotmánybíráskodás intézménye a demokratikus legitimitás szempontjából igazolhatatlan. Most azt nézem meg, hogy mire alapozza ezt az állítását.

Waldron válaszát a „politika körülményei” határozzák meg. A „politika körülményeiben” a modern emberi szerveződéseknek egyfelől azok a sajátosságai tükröződnek, hogy a közösséget alkotó egyének egymással összeegyeztethetetlen nézeteket vallanak az igazságosság kérdéseiről és a jogok tartalmáról. A „politika körülményei” másfelől azonban megkövetelik, hogy még a feloldhatatlan nézetkülönbségek ellenére is hangoljuk össze cselekvéseinket, és együttesen lépünk fel a közösség számára legfontosabb célok elérése érdekében.<sup>92</sup> A közösség számára

---

<sup>91</sup> HABERMAS, Jürgen, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1998, 260-262.

<sup>92</sup> WALDRON [1999] *i.m.* 102.

hatékony döntéshozatali mechanizmusokat tehát úgy kell kialakítanunk, hogy tekintettel kell lennünk a közösség tagjai között fennálló, a nyilvános intézményeink alapvető formáit és elveit övező mély nézeteltérésekre. De hogyan cselekedjünk közösen, ha sem a célokban, sem a célok eléréséhez szükséges cselekvési módokban nem juthatunk egyetértésre? Milyen eljárásokat alakítsunk ki, és milyen intézményeket hozunk létre? Hogyan tartsuk fenn intézményeink autoritását úgy, hogy bizonyos döntésekkel a közösség bizonyos tagjai biztosan nem fognak egyetérteni?

A „politika körülményei” között hiányzik a közösségi szintű egyetértés az egyéni jogok körében, tartalmában, a jogok egymáshoz való viszonyában. Mivel eltérő nézeteket vallunk az erkölcsi helyesség kérdésében, abban sem juthatunk egyezsére, hogy melyik döntéshozatali eljárás képes a leginkább megfelelni a helyes döntés kritériumainak.<sup>93</sup> Ebből következően kudarcra van ítélve minden olyan kísérlet, mely a politikai eljárások következményeire tekintettel kívánja meghatározni a közösségi cselekvés kereteit.<sup>94</sup> Waldron korai szövegeiből tehát egy olyan álláspont körvonalazódik, amely az intézményelméleti vita kimenetelét attól a belátástól teszi függővé, hogy melyik döntéshozatali eljárás képes a leginkább tiszteletben tartani az egyének közötti nézeteltérés tényét. „A közösségi fellépés azt követeli tőlünk, hogy a döntésre alkalmazandó elsőfokú elveket érintő nézeteltérések ellenére is foglaljunk állást abban a kérdésben, hogy mi következik az igazságosságból.”<sup>95</sup> A nézeteltérések az elsőfokú igazoló elveket érintik: a közösség tagjai eltérően vélekednek az igazságosság tartalmáról. Ezzel szemben a másodfokú igazoló elvek nem az igazságosságra vonatkozó megfontolásainkhoz járulnak hozzá, hanem az elvek egy másik szintjét foglalják el, amelyek akkor lépnek be az érvelési folyamatba, amikor nem jutunk egyetértésre abban, hogy mit követel az igazságosság, de a kollektív cselekvés érdekében mégis döntenünk kell arról, hogy kinek az igazságosságra vonatkozó felfogását avassuk a közösség egészének felfogásává.<sup>96</sup> A másodfokú igazoló elvek jelölik ki tehát azt az eljárást, amelyet nézeteltéréseink ellenére a közösségi döntéshozatal során követnünk kell.

---

<sup>93</sup> *i.m.* 254.

<sup>94</sup> Allan Hutchinson is osztja azt az álláspontot, hogy a morális állítások helyességéről nem juthatunk egyetértésre, ezért az intézményes probléma tárgyalásánál nem vethetjük be azokat az érveket, amelyek a döntési eljárások eredményével állnak összefüggésben. A politikai döntések nem azért tekinthetők legitimnek, mert összhangban vannak valamilyen „morális igazsággal”, hanem mert a demokratikus értékeket maradéktalanul kielégítő eljárásban születtek meg. (HUTCHINSON, Allan C., *A 'Hard Core' Case Against Judicial Review*, Harvard Law Review Forum, 2008, 62.)

<sup>95</sup> WALDRON [1999] *i.m.* 196.

<sup>96</sup> *I.m.* 196-197

Waldron szerint a törvényhozás eljárása, és az ahhoz kötődő többségi elv testesíti meg az eljárási legitimitáció szempontjából legkevésbé vitatott intézményes döntéshozatali formát. Ennek magyarázatában a részvétel elve és a politikai egyenlőség fogalma bizonyul kulcsfontosságúnak. Az intézményes mechanizmusok közötti választást ugyanis az dönti el, hogy melyik eljárás képes a lehető legteljesebb mértékben biztosítani az egyének egyenlő részvételét. Ahhoz, hogy megértsük a gondolatmenetet, tudnunk kell, hogy mit követel a politikai egyenlőség elve. A politikai egyenlőség Waldron szerint nem jelent mást, mint a közösség minden tagjának azt a morális jogát, hogy másokkal egyenlőként kezeljék, hogy véleményét másokéval azonos figyelem és tisztelet övezzék. Ez a morális igény pedig a közösségi szintű akaratképzés, a politikai deliberáció folyamatában válik relevánssá. Az a döntéshozatal, amely valamennyi egyén egyenlő részvételén alapul, méltányos lesz. A méltányosságnak tehát az a feltétele, hogy a döntéshozatal során minden személy véleményének azonos súlyt biztosítsunk, így tudjuk ugyanis tiszteletben tartani az egyének között, az igazságosság kérdéseiben fennálló nézetkülönbségeket. Senkinek a véleménye sem lehet értékesebb mások véleményénél, senkinek az álláspontja sem eshet nagyobb súllyal latba, mivel nem jelenthetjük ki, hogy az egyik álláspont helyesebb a másiknál. Ebben a helyzetben melyik döntéshozatali formát részesítsük előnyben?

Waldron álláspontja, hogy az „egy ember egy szavazat” elvén szerveződő többségi döntéshozatalt kell kitüntetnünk. „Amikor nem értünk egyet a kívánatos eredményben, amikor nem akarjuk nyíltan egyik vagy másik irányba terelni az ügyet, és amikor valamennyi érintett egyének morális igénye van arra, hogy egyenlő tisztelettel kezeljék az eljárásban, akkor a többségi döntéshozatal – vagy valami olyasmi – az alkalmazandó elv.”<sup>97</sup> A többségi elv alkalmazása során minden személy véleményének azonos tisztelet és figyelem jár. A többségi elven működő törvényhozás tehát az egyetlen olyan intézmény, amely visszatükrözi az egyenlő részvétel elvét: „A többségi döntés módszeréhez ezzel szemben az az elkötelezettség is hozzátartozik, hogy egyenlő súlyt adunk minden személy véleményének abban a folyamatban, amelynek révén egy nézetet a csoport nézeteként jelölünk ki. Valójában ez az eljárás arra törekszik, hogy minden egyes személy álláspontja a lehető legnagyobb súlyt kapja, ami még

---

<sup>97</sup> WALDRON [2006] *i.m.* 1388.

összeegyeztethető azzal, hogy az összes többi személy álláspontjának ugyanolyan súlyt adunk.”<sup>98</sup>

Az eddigiekből az következik, hogy a demokrácia lényege az egyenlő módon gyakorolható részvételi jogok által körülbástyázott politikai döntéshozatal.<sup>99</sup> Ezt az ideált pedig Waldron szerint csak egy olyan törvényhozás képes megtestesíteni, amely rendszeres és fair választások útján, az egyéneket egyenlően megillető, általános választójog alapján szerveződik, ésszerű módon működik, és döntéseit felelős törvényhozók őszinte és informált vitáját követően, szavazással hozza meg. A szavazás jelentősége abban áll, hogy a közösség többsége által támogatott álláspontot anélkül avatja a közösség egészének álláspontjává, hogy egyben helyesnek nyilvánítaná. „A többségi döntés éppen azért érdemli ki a tiszteletünket, mert ez az egyetlen döntési procedúra, amely nem kísérli meg különböző filozófiai fortélyokkal eltüntetni a pluralitást és a véleménykülönbség tényét.”<sup>100</sup> A szavazás tehát tiszteletben tartja az alapvető erkölcsi elveink tartalmát övező egyet nem értés tényét. Ennek az érvelésnek fontos implikációja, hogy a közösségi döntések legitimitását nem azok erkölcsi helyessége, hanem azok többségi természete keletkezteti. Pontosabban attól lesz erkölcsileg helyes a döntés, hogy mögötte a többség akarata jut kifejezésre. Ebből következik, hogy a demokrácia szempontjából mindig veszítünk valamit, ha a közösség nyilvános életére vonatkozó döntések meghozatalát nem egy többségi elven működő reprezentatív intézményre bízunk, ilyenkor ugyanis szükségképpen sérülnek a részvételi jogok, velük együtt pedig a politikai egyenlőség magvát alkotó egyenlő tisztelet elve – még ha maga a döntés helyes is.<sup>101</sup> Ebben az értelmezési keretben pedig az alkotmánybírászkodás – tekintettel arra, hogy nem tartja tiszteletben a demokratikus részvétel jogát – szükségképpen illegitimnek bizonyul, függetlenül attól, hogy döntései igazolhatóak-e vagy sem.

Waldron eljárási érveinek súlyát és meggyőző erejét mutatja, hogy az alkotmánybírászkodás legitimitásának problémáit kihangsúlyozó munkák erőteljesen támaszkodtak az előbbieken felvázolt gondolatmenetre. Waldron hatása jól tetten érhető többek között Richard Bellamy elméletében is. Bellamy megközelítése annyiban azonban újat hozott a diskurzusba, hogy az alkotmánybírászkodás intézményével

---

<sup>98</sup> WALDRON [2004] *i.m.* 401.

<sup>99</sup> Lásd WALDRON [1999] *i.m.* 283.

<sup>100</sup> *I.m.* 384.

<sup>101</sup> WALDRON, Jeremy, *Right-Based Critique of Constitutional Rights*, Oxford Journal of Legal Studies, 1993/1, 50.

szemben kifejtett érvek egy sajátos, a republikánus hagyományhoz visszanyúló értelmezési keretben kerültek tárgyalásra.<sup>102</sup> Bellamy elméletében a republikánus tradíció szabadság-fogalma, az uralomtól való mentesség csak az alkotmányosság politikai megközelítésével egyeztethető össze. De mit is ért Bellamy az alkotmányosság politikai koncepcióján? Bellamy osztja azt a waldroni kiindulópontot, hogy létezik egy alapvető és feloldhatatlan egyet nem értés a közösség tagjai között alapvető jogaink természetéről, tartalmáról, egymáshoz való viszonyáról. Ilyen körülmények között azért van szükség alkotmányra, hogy rögzítsük azokat az eljárási struktúrákat, amelyek e feloldhatatlan viták fair eldöntését lehetővé teszik. Az alkotmányosság politikai megközelítésében az alkotmány egyetlen és kizárólagos funkciója a demokratikus döntéshozatali eljárások szavatolásában ragadható meg. A politikai akaratképzés legitim fórumaként pedig csak az „egy ember egy szavazat” elvét megtestesítő demokratikus döntéshozatal igazolható.<sup>103</sup> Bellamy megközelítése ezen a ponton jól láthatóan a waldroni egyenlőség-fogalomra támaszkodik, amely szerint az egyenlő figyelem és tisztelet elve csak akkor érvényesülhet maradéktalanul, ha a döntéshozatal során valamennyi egyén véleményének azonos súlyt tulajdonítunk. Ezt a követelményt pedig kizárólag a törvényhozási aktus képes kielégíteni.

Bellamy szerint csak az egyenlőség előbbi felfogása esetén biztosíthatunk teljes szabadságot, azaz uralomtól való mentességet az egyének számára. Ebből pedig az következik Bellamy számára, hogy a közösségi cselekvések meghatározását, politikai és morális elveink tartalmának megadását nem bízhatjuk a szakértők egy meghatározott csoportjára, például a bírákra, mert akkor igazolhatatlanul biztosítanánk magasabb státuszt bizonyos személyeknek, és ez az uralom kockázatát vonná maga után.<sup>104</sup> A politika és a moralitás területén, ahol választ kaphatunk az alkotmányra vonatkozó

---

<sup>102</sup> Bellamy azonban nem az egyetlen, aki az intézményelmélet kérdéseit a republikánus politikai filozófiai hagyományra támaszkodva tárgyalja. Adam Tomkins szerint a republikánizmus normatív elvei egy olyan intézményes berendezkedést támogatnak, amelyben a politikai hatalom teljes körű és nyilvános bírálhatósága biztosított. Ezt az ideált leginkább a brit kormányzati rendszer testesíti meg, amelyben az alkotmányosság alapja nem a politikai hatalom bírósági kontrollja, hanem a politikai felelősség, amely kijelöli a kormányzat mozgásterét, és megteremt a parlamenti ellenőrzés lehetőségét. Tomkins ideális politikai rendszerében nincs helye a bírói felülvizsgálat intézményének, mert az antidemokratikus, és nem kellően hatékony módja a közösségi döntéshozatalnak. A bíróságok esetében ugyanis hiányzik a politikai elszámoltathatóság és a képviselői jelleg, továbbá az eljáráshoz való hozzáférés lehetősége is korlátozott. A bírói döntéshozatal pedig nem alkalmas a közösségi együttműködés hatékony irányítására, amennyiben a bíróságok nem dönthetnek akármilyen kérdésben – hiszen nem maguk választják ki az eldöntendő ügyeket –, és nem nyúlhatnak akármilyen érvekhez a jogvita elrendezése során. Mindezekből Tomkins szerint az következik, hogy a politikaformálás letéteményesének nem a bíróságokat, hanem a demokratikus és hatékonysági követelményeket jobban megközelítő parlamentet és kormányt kell tekintenünk. (TOMKINS *i.m.* 51-52.)

<sup>103</sup> BELLAMY *i.m.* 4-5.

<sup>104</sup> *I.m.* 169.

kérdéseinkre, ugyanis nem létezik olyan jellegű szaktudás, amely a bírának az egyénnel szemben biztosított speciális döntési jogosultságát igazolná.<sup>105</sup> Így pedig Bellamy elméletében a szabadságra leselkedő valódi veszélyt, tehát az uralom kialakulásának kockázatát éppen az alkotmánybíráskodás intézményesítése hordozza magában.

Az ésszerű pluralizmus körülményei között nem juthatunk egyetértésre a kollektív cselekvés legfontosabb elveit és céljait illetően, így csak arra szorítkozhatunk, hogy a döntéshozatal során minden személy véleményének azonos figyelmet szenteljünk. Bellamy elméletében a méltányosság elsődlegessége azzal jár, hogy a fair eljárások eredménye konstituálja az igazságos eredményt. Ez a megközelítés azonban nem tudja megválaszolni azt a kérdést, hogy vajon a többségnek van-e morális joga tévedni abban, hogy mit követel a moralitás. Azaz el kell-e fogadnunk, hogy egy állítás morális helyessége azon múlik majd, hogy mit gondol róla a többség? Ha így járnánk el, akkor hogyan lennénk képesek megakadályozni, hogy a demokratikus többség eltapossa mások jogait? A demokratikus döntéshozatal előnyben részesítése más döntéshozatali formákkal szemben egy morális elv. Morális érvek szólnak amellett, hogy miért a törvényhozás eljárását privilegizáljuk más intézményes döntéshozatali formákkal szemben. De éppen úgy szólnak morális érvek a bírói döntéshozatal kitüntetett szerepe mellett is. Morális érvek konfliktusában az bizonyul döntőnek, hogy melyik állítás mellett vagyunk képesek meggyőzőbb érveket felsorakoztatni. Én azt állítom, hogy sokkal plauzibilisebb érvek szólnak amellett, hogy az alkotmányos dilemmák feloldásának jogát végső esetben a bíróságok kezébe adjuk.

Waldron és Bellamy elmélete egyaránt az intézményes probléma – a törvényhozás versus alkotmánybíráskodás vita – procedurális megválaszolására irányult. Most fel kell tennünk a kérdést, hogy mennyiben meggyőzőek az itt bemutatott érvek az alkotmánybíráskodás legitimitásának igazolása szempontjából. Valóban el kell utasítanunk a törvények alkotmányos felülvizsgálatának bírói formáját, ahogyan azt Waldron és Bellamy javasolja? Az előbbieken vázolt elméletek két ponton is sebezhetőnek bizonyulnak. A kritika egyik irányát az jelentheti, ha a politikai legitimitás itt előterjesztett koncepcióját gondoljuk újra, és azt igazoljuk, hogy nyilvános intézményeink legitimitása nem függhet kizárólag azok demokratikus karakterétől, vagy legalábbis nem tárgyalhatjuk a kérdést a demokratikus legitimitáció

---

<sup>105</sup> *I.m.* 170.

olyan hagyományos fogalmi keretében, amelyet Waldron vagy Bellamy választott. Egy másik irányt pedig az jelenthet, ha Waldron egyenlőség-koncepcióját vesszük górcső alá, és kimutatjuk, hogy a politikai egyenlőség waldroni felfogása túlzottan reduktív, így nem alkalmas a demokratikus kormányzás lényegét jelentő egyenlő erkölcsi státusz biztosítására.

### **4.3. Az alkotmánybíróság politikai legitimitása**

Az alkotmánybíráskodás igazolása során az intézmény legitimitásáról kell számot adnunk. Az igazolási szituáció tehát megköveteli a legitimitás fogalmának tisztázását, ehhez pedig a waldroni megközelítést veszem górcső alá. Azt állítom, hogy Waldron a politikai legitimitás túlzottan szűk fogalmára támaszkodik, amikor az ideális intézményes berendezkedésről gondolkodik.

Ahogy láttuk, Waldron és Bellamy a demokratikus legitimitáció klasszikus követelményével szembesítette az alkotmánybíráskodást, amely követelménynek az intézmény nem tudott megfelelni. Érvelésük szerint ugyanis az alkotmánybíráskodás eljárása nem tartja tiszteletben a közösség tagjai közötti nézetkülönbségeket, és nem biztosítja az egyenlő politikai részvétel jogát, mert egy kis létszámú, nem választott és nem felelős testület igazságosságról alkotott véleményét privilegizálja. Ez a döntési szituáció pedig önkényes döntésekhez, és az intézményi struktúra legitimitásának aláásásához vezet.<sup>106</sup> Vajon jól tesszük, ha a demokratikus legitimitás előbbi felfogását kérjük számon az alkotmánybíráskodáson? Waldron és Bellamy érvrendszerével szemben ezen a ponton is két alapvető ellenvetést fogalmazhatunk meg. Az első, hogy a probléma túlzott leegyszerűsítését eredményezi, ha egy intézmény politikai legitimitását kizárólag annak demokratikus legitimitásával azonosítjuk. A második, hogy aligha vezet sikerre, ha intézményeink demokratikus legitimitásáról a politikaelmélet XVIII-XIX. századi fogalmaihoz kötöten beszélünk, és a politikai részvétel egyenlőségére, azaz a demokratikus legitimitás klasszikus, eljárási megközelítésére alapozzuk intézményeink létjogosultságának igazolását. Most nézzük sorrendben ezeket az ellenvetéseket.

---

<sup>106</sup> *I.m.* 16.

### 4.3.1. Politikai legitimitás és demokratikus legitimitás

Waldron elméletében egy intézmény politikai legitimitása demokratikus legitimitásának függvénye. Ezzel szemben én úgy vélem, hogy egy politikai rendszer legitimitását nem szűkíthetjük le arra a kérdésre, hogy mit követel a demokratikus legitimitás elve. A demokratikus legitimitás csak egy, bár nagyon fontos, azon standardok közül, amelyek alapján egy intézményes struktúra legitimitását általánosságban megítélhetjük. A politikai hatalom ugyanis akkor igazolt, ha az egyénnek erkölcsi indoka van politikai kötelezettségei teljesítésére, még olyan esetekben is, amikor a kötelezettség tartalmával maga nem ért egyet. Azaz a legitimitás igazolása során nem másról van szó, mint arról, hogy morálisan igazolható-e a hivatalos személyek autoritása. Ezek alapján azt állítom, hogy egy rendszer politikai legitimitását nemcsak azon az alapon mérhetjük le, hogy képes-e az „egy ember egy szavazat” elvének maradéktalan érvényre juttatására. A politikai döntések morális igazolásának az is feltétele, hogy olyan eljárásokban határozzuk meg az egyéni kötelezettségek körét, amelyek képesek tiszteletben tartani az egyéni jogokat és szabadságokat, valamint képesek értelmes és ésszerű eredményre vezetni, ha magunk nem is értünk egyet az eredménnyel.

Amennyiben az érvelés kedvéért fel is tesszük, hogy az alkotmánybíróságok demokratikus legitimitása problematikus, azt is vizsgálnunk kell, hogy az alkotmánybíróságok működése mennyiben képes hozzájárulni az intézményes berendezkedés általános elismeréséhez. Ez azt jelenti, hogy a közösségi fellépés intézményi kereteinek kialakítása során tekintettel kell lennünk arra is, hogy milyen mechanizmusok alkalmazásával juthatunk igazságos döntésekhez, és milyen eljárások garantálják egyéni jogaink és szabadságaink legteljesebb érvényesülését. Amennyiben az egyéni jogok és szabadságok érvényesülnek, azt mondhatjuk, hogy a politikai rendszer alkotmányosan működik. Az intézményrendszer alkotmányos működése, azaz az alkotmányosság pedig szintén olyan érték, amelyet a rendszer egészének legitimitása során figyelembe kell vennünk. Az alkotmányosság tehát olyan eljárásokat és olyan intézményes struktúrát követel, amely képes szavatolni alapvető alkotmányos jogaink érvényesülését. Az alapjogok érvényesülése nélkül ugyanis egyetlen politikai rendszer sem tarthat igényt az elfogadottságra. Ezen a ponton lépnek be az igazolási folyamatba az instrumentális érvek, és a politikai legitimitáció kérdése összefonódik az intézményigazolás kimeneti oldalával. A kérdés tehát, hogy alkotmányos elveink

tekintetében jobb döntéseket eredményez-e a demokrácia olyan formája, amely ismeri a bírói felülvizsgálat intézményét, mint egy olyan demokratikus berendezkedés, amely nem. Ezt az igazolási feladatot csak lentebb, az intézményes kérdés kimeneteli oldalának tárgyalásakor végzem el. Itt csak annak jelzésére törekedtem, hogy a legitimitás kérdésének tárgyalásakor annak alkotmányos dimenziójára is tekintettel kell lennünk. Egy olyan politikai rendszer ugyanis, amely biztosítja az egyének részvételét a közösségi döntéshozatalban, még nem feltétlenül alkotmányos rendszer, és ebből következően nem is feltétlenül legitim.

#### **4.3.2. A demokratikus legitimitás új megközelítése**

A procedurális igazolás szempontjából egy másik út is kínálkozik arra, hogy megrendessük Waldron és Bellamy stabilnak hitt érvrendszerét. Ehhez Pierre Rosanvallon demokrácia-felfogását hívom segítségül. Rosanvallon szemléletváltást irányoz elő az intézményes kérdés megválaszolásában. Véleménye szerint a politikai intézményeket – így az alkotmánybíróságot – nem vizsgálhatjuk önmagukban, más intézményektől elszigetelten. Politikai intézményeink ugyanis rendszert alkotnak, így igazolásukhoz is csak úgy közelíthetünk, ha egy rendszer részeként látjuk őket. Ebben a rendszerben pedig az egyes intézmények funkciója csak a többi intézménnyel összefüggésben értelmezhető.<sup>107</sup> Rosanvallon elméletének további sajátossága, hogy a politikai rendszer demokratikus legitimitását már nem abban a hagyományos fogalmi keretben vizsgálja, amely a XVIII. század vége óta meghatározza a politikaelméleti beszédmódot. Elmélete szakít azzal a felfogással, amely a legitimitást – többek között – a képviseleti döntéshozatal, a közvetlen demokrácia vagy az egyéni jogvédelem terminusaihoz kötötten próbálja igazolni. A legitimitás új fogalmi elmeit vezeti be – pártatlanság, reflexivitás, közvetlenség –, és ebbe a keretbe illeszti az alkotmánybíráskodás igazolásának problémáját.

Rosanvallon sajátos szemléletmódja azt eredményezi, hogy elméletében az alkotmánybíróságok – a törvényhozáshoz hasonlóan – reprezentatív intézményekként tűnnek fel, és a politikai képviselet egy sajátos fórumaként működnek, amennyiben a közösség legalapvetőbb elveinek érvényesítőiként a mindenkori politikai közösség egészének képviseletét biztosítják. A képviselet ilyen formáját az a belátás teszi

---

<sup>107</sup> ROSANVALLON *i.m.* 142.

szükségessé, hogy a törvényhozás nem képes a tökéletes képviselőre, az általános akarat (volonté générale) kifejezésére. Rosanvallon szerint a törvényhozás nem tesz mást, mint érvényre juttatja az előző választásokon győzelmet szerzett, hatalmon lévő többség érdekeit. Ezt az akaratot azonban tévedés lenne a közösség egészének akaratával azonosítani. A közösség egészének akaratát az alkotmányba foglalt elvek testesítik meg, az alkotmánybíróságok pedig, amikor – a dworkini terminológiát követve – az elvek fórumaiként működnek, explicitté teszik, hogy miben áll ez az általános akarat. Az alkotmányos felülvizsgálat intézménye teszi láthatóvá azokat a döntéshozatali szituációkat, amelyekben a törvényhozási aktusban manifesztálódó pillanatnyi politikai akarat nem esik egybe az autoritás forrásaként és a szuverenitás gyakorlójaként tételezett közösség egészének akaratával. Az alkotmánybíróságok képviselői jellege tehát abban áll, hogy egy szélesebb, nagyobb számú közösség érdekeit artikulálják, hozzájárulva ezáltal a politika rendszer egésze képviselői jellegének elmélyítéséhez.<sup>108</sup> „Mivel az alkotmánybíróságok fokozott érdeklődést tanúsítanak az alapvető jogok és elvek iránt, közreműködnek a kollektív emlékezet megőrzésében. Ez az éberség valóban egyfajta képviselői funkcióval ruházza fel ezeket az intézményeket. Az emlékezet képviselőtét látják el, hogy fenntartsák a demokrácia legalapvetőbb értékeit, és biztosítsák az egyének számára ennek az örökségnek a dinamikus értelmezését.”<sup>109</sup>

Rosanvallon szerint a törvényhozás és az alkotmánybíráskodás intézményét úgy kell ábrázolnunk, mint a közösség akaratának két, egymást kiegészítő fórumát. Ebben a fórumrendszerben az alkotmánybíráskodás a vélemények kinyilvánításának, a politikai deliberációnak egy alternatív csatornáját nyitja meg, ahol a közösség tagjai kontrollt gyakorolnak a képviselő klasszikus formája, a parlamenti döntéshozatal felett. Ez a megközelítés többet implicál, mint ami a hatalommegosztás klasszikus koncepciójából

---

<sup>108</sup> Annabelle Lever és Christopher L. Eisgruber is azzal érvel, hogy az alkotmánybíráskodás intézményesítése, bár nem feltétele a demokratikus kormányzás eszméjének, kívánatos lehet, mert erősíti a demokratikus intézményrendszer reprezentatív karakterét és hozzájárul az önkormányzás elvének érvényesüléséhez. Álláspontjukat – Rosanvallonhoz hasonlóan – arra a belátásra alapozzák, hogy a törvényhozás nem képes a közösség egészének képviselőre, ebből következően a szavazás és a közvetlen választás önmagában még nem igazolja politikai intézményeink demokratikus jellegét. Azt ugyan egyikük sem tagadja, hogy a részvétel elve a demokratikus kormányzás alapja, abban azonban szkeptikusak, hogy a szavazás lenne az egyedüli és kizárólagosan igazolható módja a részvételnek és az önkormányzáshoz való jog gyakorlásának. A legitimitás mércéje végső soron a demokratikus értékek előmozdítására való képesség, ezen a téren pedig az alkotmánybíróságok sem állnak sokkal rosszabbul, mint a törvényhozó szervek. (Erről lásd LEVER, Annabelle, *Democracy and Judicial Review: Are They Really Incompatible?*, Perspectives on Politics, 2009/4, 805-822., és EISGRUBER, Christopher L., *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press, Cambridge, 2001.)

<sup>109</sup> ROSANVALLON *i.m.* 141.

következik. Bár a hatalommegosztás elve egy gyakran hangoztatott érv az alkotmánybíráskodás mellett, az elv csak annyit követel, hogy ne legyen ellenőrizetlen hatalom egy politikai rendszerben. Ebből azonban nem következik, hogy az egyes intézmények hogyan működjenek közre, és milyen szerepet vállaljanak a politikai döntéshozatal folyamatában. Sőt, az együttműködés iránti igény és annak lehetséges előnyei is rejtve maradnak, ha a hatalommegosztás hagyományos fogalmának keretei között maradunk.

Rosanvallon a képviseleti jelleg kiemelésén túl az alkotmánybíráskodás egy további sajátosságára hívja fel a figyelmet: a reflexivitásra. Itt két kérdés szorul alaposabb tisztázásra. Az első, hogy miként kapcsolódik a reflexivitás fogalma a legitimitás igazolásának szituációjához. A második, hogy ha feltártuk és elismertük a reflexivitás és a legitimitás közötti összefüggést, még mindig nem mutatkozik egyértelműnek, hogy mennyiben képes az alkotmánybíráskodás megtestesíteni, esetlegesen előmozdítani a politikai rendszer reflexivitását.

Rosanvallon szerint az elmúlt néhány évtizedben megnövekedett az igény olyan intézményes megoldások iránt, amelyek fokozzák a politikai rendszer reflexív jellegét. Olyannyira, hogy a reflexivitás mára az intézmények legitimitásának egyik fokmérőjévé vált. Ennek elsősorban az az oka, hogy a vélemények, érdekek, akaratok sokfélesége okán elég nagy a bizonytalanság abban, hogy mit követel az igazságosság, milyen politikai döntés hozható összhangba alapvető politikai elveinkkel. A jó, a helyes politikáról folytatott intenzív viták következményeként a közösségi döntések iránti igazolási igény fokozottan jelentkezik, ez az igény pedig egy olyan politikai rendszert kíván, amelyben a politikai akaratképzés folyamata több fórum együttműködésére épül, és a parlamenti deliberáció további kontrollmechanizmusokkal egészül ki. Ha tehát elfogadjuk, hogy egy többszereplős döntéshozatali mechanizmus a kollektív cselekvés sikerének feltétele, már csak azt a kérdést kell megválaszolnunk, vajon az alkotmánybíráskodás alkalmas-e a politikai rendszeren belüli reflexivitás növelésére.<sup>110</sup> Rosanvallon szerint feltétlenül. „Az alkotmányjogi ítélezésben kifejeződő reflexivitás a nyilvános vita fórumainak, formáinak és időtartamának a kibővülését eredményezi. És

---

<sup>110</sup> Rosanvallon elméletében nem az alkotmánybíráóságok jelentik a politikai rendszer reflexivitásának egyetlen igazolt, intézményes formáit. Az alkotmánybíráóságok mellett kiemelt szerep jut a civil szerveződéseknek, valamint a tudománynak, azon belül is a demokrácia-elméleteknek. Úgy tűnik, Rosanvallon a politikai közösség működését interakciók láncolataként ábrázolja, amelyben a szereplők közötti folyamatos dialógus biztosítja a közösségi akaratképzés legitimitását, demokratikus karakterét. (I.m. 148-150.)

sajátos perspektívák előtt nyitja meg a lehetőséget.”<sup>111</sup> Az alkotmánybíróságok a nyilvános vita egy további fórumaként újra megnyitják a parlamentben már lezárt dialógusokat. Működésük konstruktív vitahelyzetet teremt, amely a parlamentben már artikulált érvek újragondolását és kiegészítését követeli meg. Az igazságosság tartalmáról folyó vita így egy többszereplős diskurzussá szélesedik, ez a diskurzus pedig megteremti annak lehetőségét, hogy a korábban figyelmen kívül hagyott, vagy nem megfelelően súlyozott érdekeket ismét a vita részévé tegyék. Az alkotmánybíróság eljárása rákényszeríti a többséget a kisebbségi érdekek megfontolására.

Rosanvallon megközelítésében az alkotmánybíráskodás egyik további előnye, hogy a törvényhozási vitákban leggyakrabban artikulált stratégiai, ideológiai megfontolások jogi érvekkel egészülnek ki.<sup>112</sup> A jogi érvelés a vitahelyzetet egy jóval kötöttebb, szigorúbb igazolási keretbe szorítja, amelyben a többségi logikát egy másfajta logika váltja fel. A jogi érvelés erősen kötődik a múltbeli döntésekhez és a múltban lefektetett elvekhez, és ez az alapvetően „konzervatív” jelleg teszi képessé a jogot a társadalmi rend fenntartására valamely túl gyors változtatással szemben. A politikai és jogi érvelés interakciója az akaratképzés két dimenziójának összekapcsolását eredményezi, ez pedig ismételten a demokrácia reprezentatív karakterének erősödéséhez vezet.

Amennyiben összegezni kívánjuk, hogy miben áll az előbbieken felvázolt megközelítés sajátossága, a következőket érdemes kiemelni. Rosanvallon az alkotmánybíráskodás igazolásának kérdésére a demokratikus legitimitáció olyan koncepciójával válaszol, amelyben a politikai döntéshozatal az intézmények – többek között a törvényhozás és az alkotmánybíróság – kölcsönhatására épül. Ebben a többszereplős mechanizmusban az alkotmánybíróság funkcionális legitimitással rendelkezik: működése a politikai rendszer egészének képviselői jellegét és reflexivitását növeli. Az is látható, hogy Rosanvallon elméletében a demokratikus legitimitáció kérdése csak egy átfogó perspektívából tárgyalható megfelelően, amely perspektíva felöleli a politikai intézmények eljárását és az intézményes eljárások eredményét meghatározó tényezőket is. Rosanvallon elméletének további sajátossága, hogy egészen új fogalmi keretbe illeszti a politikai intézményeink igazolásáról szóló vitát. Ez a fogalmi keret felhívja a figyelmet arra, hogy a demokrácia klasszikus, az elmúlt évszázadokban működő koncepciójával nem vagyunk képesek adekvát módon

---

<sup>111</sup> *I. m.* 147.

<sup>112</sup> *I. m.* 146-147.

megragadni a kortárs politikai döntéshozatal sajátosságait. Ezért már a problémafelvetéshez is érdemes másfajta perspektívából közelítenünk. Bár továbbra is az alkotmánybíráskodás igazolása a tét, a kérdés már nem elsősorban arról szól, hogy mennyiben bízhatjuk a közösségi döntések egy részét egy elitista bírói fórumra a képviseleti elvet megtestesítő parlament helyett. Érdemes inkább úgy átfogalmazni a kérdést, hogy indokolt-e több intézmény együttműködésére építeni a politikai döntéshozatalt, és igazolt-e a parlament mellett a bíróságokat is felruházni az alapvető jogok védelmének feladatával. Ez a típusú kérdésfeltevés feltétlenül következik Rosanvallon megközelítéséből, aki nem győzi hangsúlyozni, hogy politikai intézményeink funkciójáról és igazoló elveiről csak akkor beszélhetünk értelmesen, ha az intézmények működését egymással kölcsönhatásban vizsgáljuk. Ennek megfelelően az alkotmánybíráskodásra úgy kell tekintenünk, mint egy többszereplős struktúra egyik elemére, egy vétóhatalomra (veto player), amelynek jelentősége abban áll, hogy megakasztja a jogalkotási folyamatot, amennyiben az alapvető jogok sérelmének veszélyét észleli. Következésképpen az intézmény legitimitása akkor igazolt, ha annak közreműködése révén az intézményrendszer egészének teljesítménye javul. Azaz az alapjogvédelemnek egy magasabb szintje realizálódik az alkotmánybíráskodás működésének következtében. Ez a szemléletmód tükröződik többek között Richard Fallon elméletében is, amely szerint az alkotmányos felülvizsgálat bírói intézménye különösen fontos alkotóeleme annak a mechanizmusnak, amely alapvető jogaink védelmét hivatott ellátni.<sup>113</sup> Az alapvető jogok érvényesülése ugyanis csak egy többszintű rendszerben szavatolható, amelyben különböző intézményes mechanizmusok akadályozhatják az egyéni jogokat sértő állami fellépés lehetőségeit.<sup>114</sup>

Eljutottunk tehát annak megállapításáig, hogy az alapjogvédelem intézményes megoldását nem szűkíthetjük le arra a kérdésre, hogy a törvényhozásra vagy a bíráskodásra bízuk-e legfontosabb egyéni jogaink érvényesítését.<sup>115</sup> De mi biztosítja, hogy jobb politikai döntéseket hozunk, és jobban tiszteletben tartjuk az egyéneket megillető alapvető jogokat, ha a hagyományos politikai eljárást kiterjesztjük egy sajátos

---

<sup>113</sup> FALLON, Richard H., *The Core of an Uneasy Case For Judicial Review*, Harvard Law Review, 2008/7,

<sup>114</sup> Az alkotmányos felülvizsgálat bíróságokhoz rendelése Fallon szerint azért indokolt, mert a bíróságok sajátos perspektívából tekintenek a jogalkotás aktusaira, és olyan konkrét tényekkel összefüggésben értelmezik az alkotmányos rendelkezéseket, amelyeket a törvényhozás esetlegesen nem láthatott előre, és ezért nem vehetett figyelembe. Másfelől a bíróságok komoly figyelmet szentelnek az alapjogok korábbi értelmezéseinek, és amennyiben indokoltnak tartják, akár évtizedek óta rögzült alkotmányos tartalmak felülvizsgálatára is hajlandóak. (*I.m.* 1708- 1709.)

<sup>115</sup> PERRY *i.m.* 652-653.

perspektívából érvelő bírói fórumra is? Miért lehet indokolt több szereplőt és több nézőpontot is bevonni a jogalkotási folyamatba?

A válaszhoz Friedrich Hayek elméletéből merítünk. Hayek a *The Constitution of Liberty* című munkájában foglalkozik azzal a kérdéssel, hogy miért problematikus elfogadnunk a demokráciának azt a felfogását, amelyben a politikai döntések autoritása kizárólag annak függvénye, hogy azok a többség akaratát tükrözik-e.<sup>116</sup> Hayek szerint a demokrácia csak akkor bizonyulhat értékes eszménynek, ha intézményesíti azokat a feltételeket, amelyek korlátozzák a többségi döntések hatókörét, és lehetővé teszik, hogy bármelyik kisebbségi vélemény többségi véleménnyé válhasson. Ezeknek a feltételeknek a biztosítására azért van szükség, mert a kollektív tudás szétaprózódva van jelen a közösségben, így azt nem találjuk meg egyetlen intézményben. A véleményformálásnak nem a demokratikus politika az egyetlen fóruma, a deliberáció a közösségi együttélés különböző szintjein folyik.<sup>117</sup> „A nagy kérdés, hogy miként profitálhatunk valamennyien abból a tudásból, amely az egyének izolált, parciális és időnként ütköző nézeteiként szétszóródva helyezkedik el.”<sup>118</sup> Bár az egyéni tudás korlátozott, a közösségi együttélés, a folyamatos interakciók következtében lehetőségünk nyílik arra, hogy mások tudását is felhasználjuk. Ez magyarázza, hogy miért lehetünk sokkal sikeresebbek, azaz képesek az egyéni lehetőségeink nagyobb mértékű megvalósítására egy közösség tagjaként, mint önmagunkban. Az egyének közötti együttműködés teszi ugyanis lehetővé, hogy használjuk azt a tudást, amelynek mi magunk nem vagyunk a birtokában, de amelyek mások rendelkezésére állnak. Tekintettel arra, hogy politikai intézményeinket is egyének működtetik, az intézmények tevékenységében megjelenő tudás valójában az azt működtető egyének tudása. Így az intézmények közötti együttműködés az azokban felhalmozott tapasztalatok átadását és a tudás bővülését szolgálja. Hayek elméletében az új gondolatok megjelenése a funkciók megosztásának köszönhető. Mit jelent ez? „Az új elképzelések mindig szűk körben születnek meg, és fokozatosan terjednek el, amíg a többség birtokába nem kerülnek, amely azonban kevéssé ismeri az új gondolatok eredetét. A modern közösségekben ez a folyamat egy feladatmegosztásra épül azok között, akik főként az egyedi kérdésekkel foglalkoznak, és azok között, akik az általános elméletek iránt érdeklődnek, és a múltbeli tapasztalatokból kiolvasható különféle gyakorlati elvek kidolgozására és

---

<sup>116</sup> HAYEK, Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1978, 103-117.

<sup>117</sup> *I.m.* 109.

<sup>118</sup> *I. m.* 25.

összehangolására törekednek.”<sup>119</sup> A különböző közösségi funkciók mögött a tudás különböző típusai lelhetőek fel. A közösségi együttélés pedig csak akkor bizonyulhat sikeresnek, ha fennáll annak a feltétele, hogy ezek a tudásformák találkozassanak.

Ez a hayeki gondolatmenet viszonylag könnyen alkalmazhatónak tűnik az intézményelmélet kontextusában is. Az alapkérdést úgy fogalmaztuk meg, hogy mi szólhat egy olyan döntéshozatali struktúra mellett, amelyben nem egyetlen intézményre ruházzuk a közösségi cselekvés meghatározásának feladatát, hanem több intézmény együttműködésére bízunk a közös fellépés kereteinek kijelölését. Hayek alapján a következő választ adhatjuk erre a kérdésre. Mivel a tudás megoszlik a különböző politikai intézmények között, a legjobb döntések az intézmények közötti interakciók következtében állnak elő. Ezek az interakciók teszik ugyanis lehetővé a különböző ismeretek, tapasztalatok átadását, kicserélését. Az intézményrendszer hatékonyságának azonban az is feltétele, hogy a döntéshozatali folyamatba olyan szereplőket vonjunk be, amelyek különböző perspektívából közelítenek a politikai igazságosság kérdéseihez. A nézőpontok sokfélesége – és ezáltal a tapasztalatok sokszínűsége – teszi ugyanis lehetővé, hogy a közösségi cselekvés legjobb formáját megtaláljuk. Az egyes intézmények ugyanis más és más problémára érzékenyek, és különböző pozícióból értékelik a rivális döntési lehetőségeket. Mindezek alapján tehát az lesz a legjobb politikai berendezkedés, amelyben a legtöbb perspektíva tud találkozni. Az alkotmánybíraskodás intézményét ismerő rendszerekben így az igazságosságra vonatkozó közösségi döntések kialakítása során a törvényhozók perspektívája kiegészülhet a bírák perspektívájával. De milyen előnnyel járhat a törvényhozói és bírói nézőpontok egymásra hatása? Minél több intézményt ruházunk fel vétőjoggal a közösségi döntéshozatal folyamatában, annál nagyobb a valószínűsége, hogy az alapjogokat sértő kormányzati intézkedés nem válik kötelezettségek forrásává.<sup>120</sup> Egy többszereplős vétőmechanizmus ugyanis azzal a reménnyel kecsegtet, hogy valamelyik intézmény végül csak kiszűri az alkotmányellenességet. Másfelől a kormányzati intézkedések felett működő többszintű kontrollfolyamat magát a kormányzatot is nagy valószínűséggel önmérsékletre inti. A kormányzat ugyanis igyekszik mérsékelni annak a kockázatát, hogy intézkedéseit megsemmisítsék, ezért már a jogalkotási folyamatban fokozottabb figyelem övezi az érintett döntés alapjogi aspektusait.

---

<sup>119</sup> *I. m.* 112.

<sup>120</sup> CROSS, Frank B., *Institutions and Enforcement of Bill of Rights*, Cornell Law Review, 2000, 1577.

Az alapjogvédelem feladatát tehát nem bízhatjuk egyetlen intézményre. Az alkotmánybíraskodást intézményesítő politikai rendszerek előnye elsősorban abban áll, hogy a jogalkotó által biztosított jogvédelem kiegészül annak bírói formájával. Persze rögtön adódik a kérdés, hogy ha egy többszereplős döntéshozatali mechanizmus bizonyul kívánatosnak, akkor miért elégedjünk meg pusztán azzal a néhány szereplővel, amelyek jelenleg befolyásolják a közösségi döntéseink tartalmát.<sup>121</sup> Miért ne építsünk be újabb és újabb kontrollmechanizmusokat a rendszerbe? A rendszer résztvevőinek körét azonban nem fokozhatjuk a végtelenségig. Egyfelől azért, mert intézményeinket esendő egyének működtetik, így úgysem tudunk olyan tökéletes struktúrát létrehozni, amely kiküszöbölné az összes hibát. Másfelől azért sem, mert a vétőhatalmak túlzott mértékű jelenléte ellehetetlenítené a hatékony döntéshozatalt. A cél tehát nem lehet más, mint az intézmények közötti egészséges egyensúly kialakítása.

A gondolatmenetet ezen a ponton lezárom. Arra kívántam rámutatni az előbbieken, hogy érdemes kitekintenünk abból a hagyományos értelmezési keretből, amely a politikai legitimitás problémáját kizárólag a képviseleti elvhez kapcsolja, és az intézményigazolás feladatát az egyes fórumok elszigetelt vizsgálatára korlátozza. Ez a megközelítés ugyanis igen távol esik a politikai döntéshozatal realitásától. „Az egyes intézmények valódi szerepe csak akkor válik világossá számunkra, ha megértjük, hogy a politikai rendszert alkotó különféle intézmények miként hatnak egymásra.”<sup>122</sup> Jobban járunk tehát, ha a közösségi cselekvés intézményes formáit egy rendszer részeként, egy összetett, többszereplős mechanizmus alkotóelemeiként szemléljük. Ebben a konstrukcióban pedig helye lehet az alkotmánybíróságnak, amely a politikai hatalom feletti közösségi ellenőrzés sajátos csatornáját biztosítja.

#### **4.4. A demokrácia partnerségi felfogása. A politikai egyenlőségről**

Waldron elméletének azonban van egy másik sebezhető pontja is. Az általa képviselt procedurális megközelítés ugyanis a politikai egyenlőség egy korlátozott felfogását juttatja kifejezésre. „Azért van szükségünk valamilyen döntéshozatali eljárásra, mert nem értünk egyet abban, hogy mi számít szubsztantív értelemben tiszteletreméltó eredménynek; ebben az összefüggésben bármilyen tartalmi megfontolást építünk be az eljárásba, szükségszerűen a tisztelet mibenlétére vonatkozó valamelyik felfogást fogjuk

---

<sup>121</sup> FALLON *i.m.* 1708.

<sup>122</sup> ROSANVALLON *i.m.* 142.

privilegizálni, következésképpen pedig nem mutatunk megfelelő tiszteletet a többi felfogás iránt. Így a politika körülményei között mindaz, ami rendelkezésünkre áll, az egyenlő tisztelet „implauzibilisen szűk értelmezése”.<sup>123</sup> Waldron szerint tehát azért kell megelégednünk a politikai egyenlőség reduktív felfogásával és az egyenlő szavazat elvével, mert a versengő tartalmi koncepciók felett sohasem juthatnánk egyetértésre, így az egyik nézet elfogadásával az adott nézetet elutasító egyéneknek kijáró egyenlő tiszteletet sértenénk meg. Az egyenlő tisztelet elve tehát csak olyan rendszerben biztosítható maradéktalanul, ahol valamennyi egyén véleményének azonos súlyt tulajdonítunk. Ennek a követelménynek pedig csak az egyenlő szavazat elvére épülő politikai döntéshozatal képes megfelelni.

Waldron egyik állandó vitapartnere, Dworkin éppen ezt az egyenlőség koncepciót veszi kritikai ösztűz alá, és erre a kritikára támaszkodva fejti ki sajátos demokrácia-elméletét, amelyet kezdetben a demokrácia alkotmányos, később inkább partnerségi felfogásaként jelöl meg. Dworkin eszményi politikai berendezkedése a demokrácia partnerségi (alkotmányos) felfogását testesíti meg, amelyben helye lehet egy olyan politikai intézménynek, amely a kollektív döntések felülvizsgálatának jogával rendelkezik. Ebből következően a demokrácia partnerségi felfogása bevethető az alkotmánybírászkodás igazolása érdekében. A demokrácia partnerségi felfogása, szemben a Waldron által képviselt procedurális megközelítéssel, elutasítja a demokratikus döntéshozatali eljárásban érvényesülő többségi elv kizárólagosságát. A többségi elv támogatói úgy érvelnek, hogy az igazságosság kérdéseit övező ésszerű egyet nem értés miatt a kollektív cselekvés intézményes formáinak kialakítása során csak a közösségi cselekvés kereteinek kijelölésére szorítkozhatunk. A közösségi cselekvések kereteinek kijelölésénél pedig azt az eljárást kell előnyben részesítenünk, amely a leginkább biztosítja az egyének egyenlő részvételét, véleményük azonos súlyát, hiszen csak ekkor mondhatjuk az eljárásra, hogy az méltányosan kezelte az egyes egyének igazságosságra vonatkozó eltérő megfontolásait.

Dworkin ezzel szemben úgy véli, hogy a procedurális felfogás és a többségi elv fogyatékos, mivel kizárólag a közösségi döntéseket keletkeztető eljárásra koncentrál, anélkül, hogy figyelembe venné a kollektív cselekvés elosztási következményeit. Így pedig a közösségi fellépés könnyen vezethet igazságtalan eredményre. Györfi Tamás is kiemeli, hogy a Waldron által képviselt procedurális megközelítés legnagyobb

---

<sup>123</sup> WALDRON [2004] *i.m.* 403.

problémája, hogy „az érzéketlen mind a preferenciákat alátámasztó indokok helyességével, mind a döntés terheinek megoszlásával szemben.”<sup>124</sup> De hogyan befolyásolja az intézményes berendezkedést a politikai egyenlőség egy olyan felfogása, amely nem pusztán a preferenciák aggregálására támaszkodik? Ezt a kérdést akkor tudjuk megválaszolni, ha alaposabban szemügyre vesszük, hogy Dworkin szerint mit követel ez az elv.

A demokrácia partnerségi felfogása a demokratikus önkormányzat eszméjére épül. Az önkormányzás akkor valósul meg, ha a közösség önmagát kormányozza, azaz minden nyilvános autoritás hatalma végső soron visszavezethető a közösségre. Az önkormányzás elmélete akkor jelentkezik gyakorlati problémaként, amikor igazolni kívánjuk a kisebbségben maradóknak engedelmisségi kötelezettségét. Dworkin felteszi a kérdést, hogy milyen feltételek mellett nem sérti az egyéni szabadságot az a döntés, hogy önként engedelmeskedünk a többségi akaratnak még akkor is, ha a többség által képviselt döntéssel saját meggyőződésünk szerint nem értünk egyet.<sup>125</sup> Az azonosulást az a sajátos erkölcsi kapcsolat teszi lehetővé, amelyet Dworkin morális tagságnak nevez.<sup>126</sup> A morális tagság kötelékével rendelkezők közösen osztoznak a közösség felelősségében, függetlenül közreműködésük és befolyásuk mértékétől és irányától. Aki érzi a morális tagság kötelékét, kész lesz engedelmeskedni a jogszabályoknak. Az engedelmisség erőszaktól mentes gyakorlása tehát csak a morális tagságon alapuló politikai közösségben képzelhető el. A morális tagság feltételezi az erőforrások igazságos elosztását és a méltányos együttműködés olyan változatát, ahol a közösség valamennyi tagja felelősséget visel a közösségi döntésekért függetlenül attól, hogy saját maga a többségi döntést támogató vagy gyengítő szavazatot adott le. A valódi tagság azt eredményezi, hogy a közösség kollektív cselekvését a tagok mindegyike saját cselekvéseként ismeri el.

Dworkin elméletében a morális tagság követelményét nem képes kielégíteni az egyenlőség olyan reduktív felfogása, amely megelégszik a politikai hatalom egyenlő megosztásával, azaz nem kíván többet, mint hogy minden egyén azonos szerepet töltsön be a közösségi döntéseket konstituáló politikai eljárásokban. Ez az egyenlőség-felfogás ugyanis közömbös a politikai eljárások eredménye iránt, és csak a fair eljárás

---

<sup>124</sup> GYÖRFI [2012] *i.m.* 42.

<sup>125</sup> DWORKIN, Ronald, *Az alkotmány morális értelmezése és a többségi elv*, *Fundamentum*, 1997/1,18.

<sup>126</sup> *I.m.* 18-19.

szavatozására koncentrálnak. Dworkin számára a politikai hatalom egyenlőségére épülő koncepció nem elég vonzó ideál, és ennek igazolására a következő érvelést terjeszti elő. A politikai hatalom egyenlőségét megragadhatjuk a politikai hatás egyenlőségeként és a politikai befolyás egyenlőségeként is.<sup>127</sup> A politikai hatás abban nyilvánul meg, hogy milyen változást tudunk gyakorolni saját szavazatunkkal vagy döntésünkkel a politikai eljárás kimenetelére. A politikai befolyás pedig inkább azt jelzi, hogy mennyiben vagyunk képesek hatást gyakorolni mások szavazatára vagy döntésére. A politikai hatás vagy befolyás egyenlősége csak akkor érvényesülhet, ha az egyenlőségnek mind a horizontális, mind a vertikális dimenzióját figyelembe vesszük. Az egyenlőség horizontális dimenziója a közösség tagjai közötti viszonyban, míg a vertikális dimenzió az egyének és a hivatalos személyek viszonyában értelmezhető. A politikai hatás egyenlősége horizontális szinten túl keveset követel, mert az „egy ember egy szavazat” elvét akár egy egypártrendszerre épülő diktatórikus berendezkedés is képes biztosítani. A szavazati jog szavatozása pedig sosem lehet elég egy demokratikus berendezkedés igazolásához, mivel a szólás- és a gyülekezési szabadság, továbbá más politikai jogok garantálása nélkül a szavazás pusztán lehetősége még nem teremti meg a valódi és érdemi részvétel feltételeit a kollektív akaratképzés folyamatában. Vertikális szinten a politikai hatás egyenlősége pedig kivitelezhetetlen, mivel egy átlagos szavazópolgár politikai hatalma sohasem lesz azonos egy képviselőnek vagy magának az elnöknek a hatalmával. A reprezentatív kormányzati struktúrák működési logikájából ugyanis az következik, hogy a képviselők szavazata nagyobb hatást gyakorol a politikai eljárás eredményére, mint az egyszerű szavazópolgároké.<sup>128</sup>

Az előbbiekkal ellentétben a politikai befolyás egyenlősége elviekben elképzelhető, ha feltesszük, hogy a képviselők minden esetben úgy szavaznak, ahogyan a képviseltek többsége ezt megkívánja. Ilyen esetekben ugyanis a képviselő véleménye csak éppen annyival növeli egy meghatározott döntés valószínűségét, amennyivel valamelyik választójának az erre vonatkozó megfontolása, feltesszük ugyanis, hogy a képviselő kizárólag a választópolgárok véleményére tekintettel hozza meg a döntését. Ez a képviselői magatartás azonban számos szempontból valószínűtlen. Mivel a képviselőre vonatkozó felhatalmazás általános és hosszabb távra szól, a képviselők akár tévedhetnek is abban, hogy bizonyos döntési szituációkban mit kíván a választói akarat,

---

<sup>127</sup> DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2002, 191.

<sup>128</sup> *I.m.* 192.

vagy egyszerűen szembemehetnek a felhatalmazók akaratával, mert politikai felelősségük csak hosszabb távon érvényesül; így egy-egy döntésüknek nem lesz közvetlen kihatása a megbízatásukra.<sup>129</sup> És talán azt sem kívánhatjuk, hogy a politikusaink minden esetben úgy szavazzanak, ahogyan azt a szavazóik többsége kívánja. Néha szükség van népszerűtlen döntések meghozatalára is.

A politikai hatalom egyenlőségének már csak egyetlen formáját nem érintettük. Mennyire lehet vonzó ideál, hogy a politikai közösség valamennyi tagjának azonos befolyást biztosítsunk a közösség nyilvános életére vonatkozó döntések kialakításában? Dworkin szerint kevésbé. Ez azzal magyarázható, hogy a személyiség kiteljesedésének csak egy útját jelenti a politikai életben való aktív közreműködés. A közösség nyilvános életének ugyanis más olyan fórumai is léteznek, ahol az egyén kifejezésre juttathatja a közösség iránti elkötelezettségét, és a közösségi élet kialakítására vonatkozó elképzelését. A politikai befolyás egyenlőtlensége tehát mindaddig elfogadható, sőt, talán kívánatos is, amíg annak az az alapja, hogy egyesek képzetebbek és jobban érdekeltek a politikában, vagy esetleg karizmatikusabbak, mint más egyének, és a politikai életben való aktív részvételnek kiemelt jelentőséget tulajdonítanak saját életükben. Ha ezt a különbséget a politikai befolyás terén meg kívánnánk szüntetni, azt csak más, a demokratikus berendezkedés szempontjából alapvetőnek bizonyuló elvek feláldozásával – például a szólásszabadság korlátozásával – érhetnénk el. A politikai befolyás egyenlőségét tehát nem támogathatjuk, mert akkor a politikai részvétel bizonyos formái elé korlátokat állítunk, amely elfogadhatatlan. Az a tény, hogy vannak olyan személyek közöttünk, akiknek az álláspontja nagyobb súllyal esik latba a politikai vitákban, mint a miénk, csak akkor lesz igazolható, ha az az erőforrások igazságtalan elosztásából ered, és csak a nagyobb vagyonra tekintettel magyarázható. Ezt az igazságtalanságot azonban az előbbieken vizsgált, restriktív egyenlőség-felfogás nem képesek kiiktatni, mert a politikai döntések következményeit illetően közömbösséget mutat.

Az előbbi érvelés legfontosabb megállapítása tehát, hogy az az egyenlőség-felfogás, amelyet Waldron támogat, és amely a politikai hatalom egyenlőségére épít, vagy túl keveset követel, mint például az „egy ember egy szavazat” elve, vagy a demokrácia más értékeire tekintettel lehetetlen követelményeket támaszt. Dworkin szerint a morális tagság köteléke, amely minden politikai közösség alapja, a politikai

---

<sup>129</sup> *I.m.* 194.

egyenlőség eltérő koncepcióját feltételezi: valamennyi egyén érdekeinek egyenlő mértékű tiszteletét és figyelembe vételét. Ebben az esetben a politikai egyenlőség sokkal inkább egyfajta státuszbeli egyenlőséget kíván, azonos polgári státuszt, amely a közösség valamennyi tagjának azonos figyelmet, véleményeiknek azonos súlyt és tiszteletet követel meg. „Ez azt jelenti, hogy egy kollektív döntésnek az egyén életére gyakorolt következményeit a döntés ellen vagy mellett szóló érveként veszik figyelembe, a mások életére gyakorolt hasonló következményekkel együtt. Tehát a demokrácia közösségi felfogása tartalmazza azt a sokunk által osztott érzést, hogy illegitim és igazságtalan az a társadalom, amelyben a többség a kisebbség szükségleteit és igényeit figyelmen kívül hagyja.”<sup>130</sup> Ebből következően az egyenlő polgári státusz eszméje olyan követelményt foglal magába, amelyről a politikai egyenlőség korlátozott felfogása nem képes számot adni. A politikai egyenlőség korlátozott felfogása ugyanis, ahogyan már korábban jeleztem, közömbös a döntések elosztási következményeit illetően. Önmagában az a tény, hogy szavazatunknak egyenlő súlyt tulajdonítottak, még nem jelenti azt, hogy egyenlőként is kezeltek minket, mert az egyes szavazatok mögött megnyilvánuló preferenciák különböző intenzitásúak lehetnek.

A többségi elv, amely a politikai egyenlőség e korlátozott felfogását juttatja érvényre, csak a szavazatokat összegzi, mégpedig olyan formában, hogy minden egyéni preferenciának azonos súlyt biztosít, jóllehet a preferenciáink mögött meghúzódó egyéni érdekek igen különböző súlyúak lehetnek. Így fordulhat elő, hogy a többségi elv alkalmazása olyan preferenciát juttat érvényre, amely sokkal kisebb súllyal esik latba azoknak az életében, akik a szóban forgó preferenciát képviselik, mint azokéban, akik szavazataikkal kisebbségben maradtak. Így a kisebbség tagjaira a döntés következtében olyan súlyos teher hárul, amelyet nem képes igazolni az az előny, amely a többség oldalán keletkezik. A kisebbséget alkotó polgárok ilyenkor joggal állíthatják, hogy a politikai döntéshozatal figyelmen kívül hagyta a rájuk háruló teher mértékét, azaz a tényt, hogy a döntésben manifesztálódó preferencia mennyiben határozza meg, hogyan érinti az ő életüket. Ilyen esetekben a kisebbségben maradók nem kapják meg a kellő figyelmet és tiszteletet, és az ő vonatkozásukban sérül az egyenlő polgári státusz követelménye. Vegyünk egy példát, amely jól illusztrálja, hogyan sérül az egyenlő tisztelet eleve olyan esetekben, amikor a közösségi döntéshozatal figyelmen kívül hagyja a döntés következményeit.

---

<sup>130</sup> DWORKIN [1997] *i.m.* 20.

Egy politikai közösségben arról kell szavaznia a tagoknak, hogy elismerjék-e az azonos nemű párok házasságát, és biztosítsák-e számukra a közös gyermek örökbefogadásához való jogot. A többség, akinek az életét érdemben nem befolyásolja a döntés eredménye, nemmel szavaz. A többséget alkotó polgárok különböző intenzitású preferenciák alapján válaszolnak nemmel a kérdésre. Egyesek mély vallásos meggyőződésükre hivatkozva utasítják el az azonos neműek házasságának intézményét. Mások szerint az intézmény elismerése a társadalom alapját jelentő családi kötelek meglazulását, végső soron pedig a társadalom széthullását eredményezheti. Vannak, akik a gyermekek egészséges pszichológiai fejlődésének veszélyét látják abban, ha az azonos nemű pároknak lehetővé teszik az örökbefogadást, és megint mások a homoszexuálisokkal szembeni pusztán ellenérzés miatt utasítják el a kezdeményezést. Ezzel szemben a kisebbségben maradt szavazók úgy érzik, hogy a közösségi döntés figyelmen kívül hagyta azt a legsúlyosabb érdeket, amelyet az ő preferenciájuk megtestesít. A házasság és az örökbefogadás jogának megtagadásával a közösség elzárta előlük azt a lehetőséget, hogy személyiségük kiteljesedhessen, hogy családban élhessenek és gyereket nevelhessenek, amely a legtöbb egyén számára az élet egyik legfontosabb céljának tekinthető. Ugyanez a cél, ha a szavazás kimenetele másképpen alakulna, és a nemmel szavazók kerülnének kisebbségbe, a kezdeményezést ellenzők számára akkor is rendelkezésre állna. Lehet, hogy meggyőződéseik sérelme rontaná a komfortérzetüket, de sérelmeik közel sem lennének olyan súlyosak, mint azoké, akiket a döntés az egyéni boldogság lehetőségétől fosztott meg. Ebből következően a szóban forgó esetben igazságosabbnak bizonyulna egy olyan döntéshozatali mechanizmus, amely tekintettel van a leadott szavazatokban megtestesülő preferenciák intenzitására is. A többségi elv ugyanis csak akkor lenne képes kielégíteni az egyenlő bánásmód követelményét, ha minden választó nagyjából azonos fontosságot tulajdonítana a döntése következtében előálló nyereségnek és a veszteségnek, és az egyének győztes és vesztes pozíciói hosszú távon kiegyenlíténék egymást.<sup>131</sup> Az előbbi példán keresztül is láthatjuk azonban, hogy bizonyos egyének erősebben kívánhatják a győzelmet, mint mások. Mi következik ebből? Semmiképpen sem az, hogy a többségi döntéshozatalt el kellene vetnünk, ugyanis az eljárás sok esetben alkalmas az igazságos döntés meghozatalára. Pusztán azt kell látnunk, hogy a politikai egyenlőség elve, ha azon nem a politikai hatalom egyenlőségét, hanem az egyenlő polgári státusz követelményét

---

<sup>131</sup> Lásd Kis [2000] *i.m.* 76.

kérjük számon, igazolhatja olyan intézmények működtetését, amelyek korrigálhatják azokat a döntéseket, amelyek nem kezelik egyenlően a résztvevőket.

Dworkin nyomán azt állítom, hogy az alkotmánybíróságok eljárása több érzékenységet mutat a döntés mögött meghúzódó egyéni preferenciák intenzitása iránt, mint a hagyományos parlamenti döntéshozatal. Az alkotmánybíróságok ugyanis megváltoztatják a preferenciák aggregálásának módját.<sup>132</sup> Ez akkor lehet megalapozott, ha a közösség bizonyos tagjai jóval nagyobb fontosságot tulajdonítanak a döntés kimenetelének, mint mások, de ezt a többségi döntés figyelmen kívül hagyja. A bírói felülvizsgálat működése éppen a demokrácia lényegét adó politikai egyenlőség elvére tekintettel bizonyul igazolhatónak egy demokratikus struktúrában.

## **5. Az alkotmánybíráskodás instrumentális igazolása**

### **5.1. Az instrumentális igazolás szerepe**

Joseph Raz képviseli az egyik leghatározottabban azt az álláspontot, hogy a politikai autoritás igazolása instrumentális megközelítést igényel, mivel az igazolás sikere végső soron annak függvénye, hogy az autoritás gyakorlójának döntései helyesek-e vagy sem.<sup>133</sup> Az autoritás igazolása során a döntések eredményének azért kell kitüntetett szerepet biztosítanunk, mert az autoritás olyan cselekvési indokok forrása kíván lenni, amelyek mögött minden esetben az azok helyességére vonatkozó egyéni meggyőződés húzódik meg. Ebből következik, hogy politikai intézményeink legitimitásának az egyik legfontosabb mércéje, hogy mennyiben képesek meggyőző és ésszerű érveket nyújtani cselekvéseink igazolásához. Azokat az intézményeket fogjuk ugyanis preferálni, amelyek a leginkább alkalmasak az elveinket övező nézeteltérések kezelésére, és amelyek nagyobb valószínűséggel közelítik meg a helyes döntés kritériumait, mint más, rivális intézmények.

Raz is azt hangsúlyozza, hogy a politikai legitimitás procedurális igazolására szorítókozó demokrácia-elméletek azért tévesek, mert közömbösek az egyéni preferenciák helyesség-igénye iránt.<sup>134</sup> Így többek között Waldron elmélete is azért

---

<sup>132</sup> Lásd GYÖRFI Tamás, *Az alkotmánybíráskodás politikai karaktere: értékezés a magyar alkotmánybíróság első tíz évéről*, Indok, Budapest, 2001, 155.

<sup>133</sup> RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 101.

<sup>134</sup> *I.m.* 99.

bizonyul sebezhetőnek, mert a politikai döntés igazolása során a szavazatot – mint az egyéni meggyőződés kifejezésének tényét – annak igazságfeltételeire tekintet nélkül veszi figyelembe. A szavazás és ezáltal a politikai részvétel azonban nem önmagában vett cél. A közügyek megvitatása és az egyéni vélemények meghallgatása a helyes döntések kialakításához járul hozzá.<sup>135</sup> És bár tévedhetünk preferenciáink helyességét illetően, ha szavazatunkat érdemeitől függetlenül minden esetben számításba veszik, egy olyan döntéshozatali mechanizmust részesítünk előnyben, amely nem kényszerít felelős és tájékozott döntésre közös ügyeinket illetően. A legitimitás igazolását tehát nem önmagában a tévedés zárja ki. Az autoritás akár tévedhet is, döntése mégis kötelező lesz, amennyiben a döntést az annak helyességére vonatkozó őszinte és informált meggyőződés táplálja.<sup>136</sup> Ezt a meggyőződést azonban a kizárólag a szavazatok összeadására épülő politikai döntéshozatal nem képes szavatolni. Raz tehát elveti azt a megközelítést, amely a politikai részvétel inherens értékére épít az intézmények közötti választás során. De akkor hogyan osszuk meg az autoritást intézményeink között? Raz szerint erre nem adhatunk általánosítható – azaz normatív szinten is érvényes – választ, mert az intézményes berendezkedés legjobb formájáról folytatott vitáinkat az egyes politikai közösségek sajátosságaira és hagyományaira tekintettel kell megoldanunk. Az elveinket övező nézeteltérések feloldására ugyan kínálhatunk néhány általános vezérfonalat, de az intézményes kérdést végső soron pragmatikus megfontolások irányítják majd.<sup>137</sup>

Raz megközelítése ugyan nem ad konkrét választ az általam vizsgált intézményes kérdésre, de érveinek implementálása több szempontból is gyümölcsözőnek bizonyulhat. Raz egyfelől elismeri, hogy a közösségben viselt tagság az egyén személyiségének fontos aspektusa, a tagságnak pedig van egy nyilvános dimenziója, amely részben a politikai vélemény kinyilvánításában ölt testet.<sup>138</sup> Másfelől azonban azt is nyilvánvalóvá teszi, hogy az intézmények közötti választás során nem

---

<sup>135</sup> KAVANAGH *i.m.* 463.

<sup>136</sup> Raz [1994] *i.m.* 100.

<sup>137</sup> Raz úgy véli, a közösség tagjai által elfogadott elvek közötti feszültség mérséklésére adhatunk néhány általános irányelvet, amely irányelvek a konfliktusmegoldás intézményes módozatainak kijelölésében is segítséget nyújthatnak. A Raz által ajánlott irányelvek igen általánosak, amennyiben csak arra kívánnak hatást gyakorolni, hogy miként közelítsünk az elveink közötti konfliktusokhoz. Raz elvei alapján – többek között – érdemes elkerülni a legmélyebb nézeteltéréseket és támogatni a kompromisszumos megoldásokat; erősíteni kell a nyilvános deliberáció és a reflexió szerepét a konfliktusfeloldásban; és meg kell előzni azokat a helyzeteket, amelyekben az egyének a lelkiismeretükkel ellentétes cselekvésre kényszerülnek. (RAZ, Joseph, *Disagreement in politics*, The American Journal of Jurisprudence, 1998, 50 -52.)

<sup>138</sup> Raz [1994] *i.m.* 122.

támaszkodhatunk kizárólag a részvétel elvére, mivel az elv nincs tekintettel az egyéni preferenciák igazságigényére. Mivel egy preferencia többségi természete nem változtatja az egyébként helytelen morális állítást helyessé, így például az abortusz attól még nem lesz emberölés, mert a közösség többsége ezt gondolja róla, egy olyan rendszer, amely csak a részvételre épül, lehet akár teljesen igazságtalan is. Ugyanakkor a részvétel elve van olyan fontos, hogy vélelmezze a részvételen alapuló döntéshozatal legitimitását. Ez a vélelem azonban nem zárja ki azt, hogy más eljárásokat is alkalmazzunk a konfliktusok feloldására, ha azok legitimitása igazolható. De ilyenkor az igazolás terhe minden esetben azon a személyen van, aki a részvétel elvétől való eltérést akarja indokolni.<sup>139</sup> Raz megközelítésének harmadik fontos eleme ezen a ponton lép be az érvelésbe. Ha ugyanis a politikai döntések igazságos eredménye fontos faktor az intézmények kijelölésében, úgy tudjuk a részvétel elvétől eltérő eljárást igazolni, ha bizonyítjuk, hogy az jobb és helyesebb döntésekhez vezet. Ez lesz tehát a feladata annak, aki a törvénymegsemmisítés jogával felruházott alkotmánybíróság autoritását kívánja igazolni. És ehhez nyújthatnak segítséget az instrumentális megfontolások.<sup>140</sup>

Elsőként érdemes rámutatni arra, hogy mivel segítheti az intézményelméleti kérdés eldöntését, ha tanulmányozzuk a bírói és a parlamenti döntéshozatal sajátosságait. A dolgozatban tárgyalt teoretikus vita arról szól, hogy melyik intézmény autoritásának biztosítsunk elsőbbséget azokban az alkotmányos kérdésekben, amelyekben a törvényhozás és az alkotmánybíróság alkotmányértelmezése eltérő eredményre vezet. A vitában elfoglalt pozícióm alátámasztásához nem a már ismert eredmények – bírói és parlamenti döntések – értékelésére támaszkodom, sokkal inkább az intézmények működésében rejlő erények számbavételével igyekszem alátámasztani azt, hogy miért tartom indokoltnak a bíróságok felülvizsgálati jogkörét alkotmányos kérdésekben. A rivális fórumok működését meghatározó tényezők áttekintése ugyan nem döntheti el előre, hogy melyik intézmény jut a helyesebb döntés birtokába, azt azonban jelezheti, hogy melyik döntéshozatal alkalmazása eredményezhet nagyobb

---

<sup>139</sup> KAVANAGH *i.m.* 459.

<sup>140</sup> Az instrumentális megközelítés kritikusai szerint az intézményelméleti kérdések nem tárgyalhatóak a vizsgált eljárások eredményei felől, mert az eredmények helyességét érintő véleménykülönbségek feloldhatatlanok. Ha ugyanis elköteleződünk a tartalmi helyesség valamilyen koncepciója mellett, akkor figyelmen kívül hagyjuk az elsődökü elveinket övező egyet nem értés tényét. Ez a megfontolás határozta meg kezdetben Waldron pozícióját is az intézményelméleti vitában. Waldronnal szemben azonban én arra az álláspontra helyezkedem, hogy a döntések tartalmának előzetes ismerete nélkül is kiválaszthatjuk azt az eljárást, mely nagyobb valószínűséggel vezet helyes és megalapozott döntésekhez. Azaz megválaszolhatjuk, vajon a törvényhozás vagy az alkotmánybíróság eljárása közelíti-e meg leginkább azt az ideális döntéshozatalt, amely meggyőző és igazolható válaszokat eredményez.

bizonyossággal ésszerű és megfontolt döntést. Bár az egyes eljárások jellemzői csak az eredmények bizonyos szintű előrejelzésére alkalmasak, az is gyümölcsöző lehet, ha a jóslatok szintjén maradunk. Részben azért, mert célkitűzéseim vállaltan normatívak, részben pedig azért, mert az empirikus tények összevetéséhez szükséges mércék még kevésbé állnak rendelkezésünkre, ha pedig mégis adhatunk mércéket a politikai döntések értékeléséhez, azokban aligha mutatkozik majd egyetértés. A normatív elmélet igénye azonban nem jár azzal a következménnyel, hogy a vizsgálat teljesen elszakad a gyakorlattól. Egyrészt két, már működő intézményes gyakorlat elveit vizsgálom, másrészt az elvek meghatározása során támaszkodom majd a gyakorlat tényeire.

Az eljárások kimenetelét érintő jelzések azért sem maradhatnak a háttérben, mert az alkotmányos rendelkezések tartalmának meghatározásával a közösségi együttélés legalapvetőbb elveiről és az egyéneket megillető legfontosabb jogosultságokról határozunk. Az alkotmányos viták különleges súlyát további két megfontolás is kiemeli. Egyfelől az, hogy alapelveink definiálása hatással van arra, ahogyan a mindennapi cselekvéseinket befolyásoló szabályokat értelmezzük, másfelől az ezekben a kérdésekben született döntések hosszú távon érvényesülnek, mivel megváltoztatásuk rendszerint speciális eljáráshoz kötött. Az előbbieket miatt tehát nem mondhatunk le arról, hogy értékeljük a törvényhozás és az alkotmánybíróság ideális működését, mert súlyos kérdések forognak kockán, és ezeknek a megválaszolásában azt az intézményt kell előnyben részesítenünk, amelyik a legtöbb erényt képes felmutatni.

A vizsgálódás hatókörét illetően egy további megszorítást teszek. Mivel dolgozatomban az alkotmánybíráskodás igazolására törekszem, figyelmemet leginkább a bírói érvelésnek szentelem, és nem foglalkozom részletesen a törvényhozói döntéshozatal sajátosságainak ismertetésével. Ez azt jelenti, hogy a parlamenti vita karakterjegyei csak ott bukkannak fel, ahol a bírói érvelés jellemzőinek bemutatása az összevetést elkerülhetlenné teszi.

## **5.2. A klasszikus instrumentális érvek az alkotmánybíráskodás mellett**

Amikor az alkotmányelméleti munkák az alkotmánybíróságok eljárásának erényeit tárgyalják, a hangsúlyt leginkább az intézmény működését meghatározó tényezőkre helyezik. Az alkotmánybíráskodás igazolása során legtöbbször hivatkozott érvek egy viszonylag szűk keresztmetszetet fognak át. Lássuk röviden ezeket! A politikai függetlenséget említik talán a legtöbbször az alkotmánybíráskodással összefüggésben. Az

intézmény függetlensége elsősorban abban áll, hogy az a napi politikai vitáktól elszigetelten működik, így döntéseit nem a pillanatnyi politikai érdekek, hanem sokkal inkább az elvek határozzák meg. Kis János szerint az alkotmányos döntéseknek sokszor nagyon súlyos elosztási következményei vannak, amelyek közvetlenül érintik a politikai közösség tagjait is. Az alkotmányjogi vitáinkat azonban nem befolyásolhatják az egyes döntések következményei, ezért indokolt lehet olyan szervre bízni az alkotmányos rendelkezések értelmezését, amely képes a politikai nyomástól mentes döntéseket hozni.<sup>141</sup> A bírói döntéshozatal függetlenségének szintén sokat hangoztatott garanciája, hogy a bírák tipikusan nem választott képviselők, és megbízatásuk hosszú időre szól, így a politikai nyomás kizárásával, pártatlanul és függetlenül, az egyéni érdekek helyett az elvekre tekintettel, azaz elfogulatlanul érvelhetnek az általuk helyesnek tartott értelmezés mellett. Raz szerint gyakran tapasztalhatjuk, hogy a törvényhozókat partikuláris érdekek vezérlik, döntéseiket pedig képtelenek elfogultság nélkül meghozni. Ennek egyik legfőbb okát Raz abban látja, hogy a parlamentben születő döntések magukat a törvényhozókat is közvetlenül érintik, a közvetlen érintettség és az érdekelttség pedig hajlamos ítélőképességünk elhomályosítására. Ezzel szemben a bírák rendszerint olyan döntési szituációkkal találják szembe magukat, amelyek közvetlenül nincsenek kihatással rájuk, ezért képesek higgadtan és racionálisan, mindenfajta elfogultság nélkül érvelni.<sup>142</sup> Eisgruber is kiemeli, hogy a bírák hosszú, akár élethosszig tartó kinevezése – például az USA Legfelső Bíróságának bírái esetében – a függetlenség legfőbb biztosítója. A bírói státusz biztonsága teszi lehetővé a személyes érdekektől, politikai motivációktól mentes ítélkezést. A bírák nem kockáztatják állásukat azzal, hogy hangot adnak a vitatott alkotmányos elvekre vonatkozó erkölcsi megfontolásaiknak. Ez az elszigeteltség pedig kedvez a morális meggyőződések következetes képviselésének is.<sup>143</sup>

Az a tény azonban, hogy az alkotmánybíróságok általában mentesek a politikai küzdelmek direkt hatásaitól, még nem eredményezi azt, hogy a bírák közömbösek lennének az alkotmányos viták eredményeit illetően. Az alkotmánybíróságok döntéseikért fokozott felelősséget viselnek a nyilvánosság előtt. Tevékenységüket a jogászai szakma és a szélesebb közvélemény is folyamatos kontroll alatt tartja. Jogi folyóiratokban, újságokban és más nyilvános fórumokon rendszeresen értékelik és

---

<sup>141</sup> KIS [2000] *i.m.* 63-64.

<sup>142</sup> RAZ [1998] *i.m.* 46.

<sup>143</sup> EISGRUBER *i.m.* 58-59.

kommentálják a bíróságok döntéseit. Éppen ezért a döntés, vele együtt pedig a bíróság legitimitása is komolyan sérül, ha a nyilvánosság észleli, hogy az eljárás eredményét illegitim indokok, igazolhatatlan megfontolások, többek között előítéletekre épülő meggyőződések, személyes érdekek, politikai motivációk határozták meg.

Függetlenség, pártatlanság, elfogulatlanság. A jelzők köre továbbiakkal is bővítendő lenne. Kétségtelen tény, hogy ezek a jellemzők komolyan befolyásolják az intézményes vita kimenetelét. Ebben a dolgozatban azonban a hangsúly a bírói döntéshozatal olyan sajátosságaira esik, amelyek eddig kevesebb figyelmet kaptak a diskurzusban, ám amelyekről úgy gondolom, olyan erények, hogy képesek megalapozni az alkotmánybíróságok autoritását. A bemutatásra kerülő tényezőkről elmondható, hogy minden bírói döntéshozatal sajátjai, így egyformán érvényesíthetőek a rendes bírói szervezetrendszerbe illeszkedő, valamint az attól szervezetenként elkülönülő alkotmánybíróságok esetében is. Ezek a sajátosságok döntő szerepet játszanak annak igazolásában, hogy miért az alkotmánybíróságok – és nem a törvényhozók – képesek közelebb jutni a nyilvánosan igazolt elveinkhez. Az instrumentális érvek körében a nyilvános igazolásnak központi jelentősége van. A politikai legitimitás egyik legfontosabb kritériuma, hogy a közhatalmi döntések csak olyan érveken nyugodhatnak, amelyek minden egyén számára igazolhatónak bizonyulnak. Az intézményelméleti vita tehát az instrumentális érvek szintjén elsősorban arról szól, hogy a törvényhozás vagy a bíróság döntése elégíti-e ki nagyobb valószínűséggel a nyilvános igazolás követelményét. Győrfi Tamás álláspontja szerint ebből a szempontból a törvényhozás előnyben van az alkotmánybíróságokkal szemben, mert a nagyobb létszámú és heterogén összetételű testületeknek több esélye van olyan elvekhez jutnia, amelyek a közösség tagjai számára igazolhatóak.<sup>144</sup> Én ezzel szemben amellettt érvelek majd, hogy a bírói döntéshozatal egyes jellemzői inkább azt a nézetet támogatják, hogy a bíróságok képesek a leginkább megfelelni a nyilvános igazolás követelményének. Ennek az állításnak az alátámasztásához azonban először azokat az argumentumokat igyekszem megcáfolni, amelyeket Waldron fogalmazott meg a bírói érvelés kritikájaként.

---

<sup>144</sup> GYÖRFI [2012] *i.m.* 53-54.

### 5.3. A bírói érvelés waldroni kritikája

A törvényhozás és a bíróság érvelésében rejlő eltérések összevetésére Jeremy Waldron tett kísérletet a közelmúltban.<sup>145</sup> Bár az abban foglalt megállapítások az általam elővezetett gondolatmenet vezérfonalát adják, álláspontom nem Waldron érveinek megerősítéséhez, hanem megcáfolásához kíván hozzájárulni. Azt állítom ugyanis, hogy Waldron félreérti a bírói döntéshozatal jellemzőit, amikor az érvelés hibáiként tünteti fel azokat a sajátosságokat, amelyek éppen annak valódi erényeit jelenítik meg.

Waldron az alkotmánybírák episztemikus autoritását hangsúlyozó érvelés igazoló erejét kívánja gyengíteni. Ezt a szándékát akkor teszi explicitté, amikor érveit a „bírák jók a morális érvelésben” tézisnek szegezi.<sup>146</sup> A tézis szerint azért indokolt, hogy az alkotmánybíróságokhoz telepítsük az alapvető erkölcsi viták eldöntésének jogát, mert a bíróságok jobbak a morális érvelésben, és ezért nagyobb valószínűséggel jutnak el a helyes döntéshez, mint a jogalkotók. Mielőtt alaposabban megvizsgálánánk Waldron érveit, érdemes röviden kitérni arra, milyen félreértéseket rejt a tézis előbbi megfogalmazása. Úgy gondolom ugyanis, hogy az az állítás, hogy „a bírák jobbak a morális érvelésben, mint a törvényhozók”, tényleg nem tartható. Először megindokolom, hogy miért gondolom így, utána pedig átfogalmazom úgy a tézist, ahogyan azt az alkotmánybíráskodás legitimitása mellett érvelők legtöbbször értik, és amivel szemben Waldron valójában megfogalmazza ellenvetéseit. Végül immár az átfogalmazott tézis birtokában próbálom meg kimutatni, hogy Waldron érvei miért tévesztenek célt.

Elsőként azt kívánom bemutatni, miért nem szerencsés az a megfogalmazás, amelyet Waldron alkalmaz a célba vett tézis definiálása során. Azt az állítást ugyanis, hogy a bírák jobbak a morális kérdések eldöntésében, mint a jogalkotók, kevesen vallják. És maga a tézis sem igazolható. Sem azt nem bizonyíthatjuk, hogy az alapjogi viták, más közösségi döntésekhez képest, olyan sajátos morális tartalmat hordoznának, amely speciális érvelési képességet igényelne, sem azt, hogy a bírák általában jártasabbak lennének az erkölcsi érvelés dolgában, mint a törvényhozók.

---

<sup>145</sup> WALDRON, Jeremy, *Judges as Moral Reasoners*, International Journal of Constitutional Law, 2009/1, 2-24.

<sup>146</sup> Ezt a tézist Waldron JGM tézisként jelöli, amely angol rövidítés a „Judges are Good at Morality” kijelentést jelöli. „És az érv a következő: a bírák nyilvánvalóan jobbak a morális érvelésben, mint a törvényhozók, és így – olyan esetekben, ahol a morális érvelés fontos – jó okunk van a bírának és nem a törvényhozóknak adni a végső szót.” (WALDRON [2009] *i.m.* 4.)

Mivel az alkotmányt érintő kérdések eldöntése az alkotmányszöveg mögött meghúzódó morális tartalmak feltárását követeli meg, a morális érvelést sohasem kerülhetjük meg, ha alapvető jogaink és elveink tartalmáról vitatkozunk. De mi jellemzi az érvelési szituációt akkor, amikor rövid távú, pragmatikus, ún. policy döntések előtt állunk? Félretehetjük-e morális megfontolásainkat? Természetesen nem. A kérdés tisztázása fontos lehet, ha azt akarjuk bizonyítani, hogy a bírói autoritást az alkotmányértelmezés terén nem az alkotmányos kérdések sajátosan erkölcsi karaktere igazolja. Nincs semmi „különösen morális” az alkotmányjogi vitákban, amely ne lenne benne a törvényhozási vitákban is. A nyilvános autoritások valamennyi döntése végső soron morális döntés, politikai vitáink legmélyén minden esetben valamilyen morális dilemma fedezhető fel.<sup>147</sup> Az adórendszer elemei például a társadalmi prosperitás, az egyéni jólét és boldogság előmozdításáról vallott elképzeléseinket tükrözik. Így amikor az egykulcsos személyi jövedelemadó bevezetését fontolgatjuk, valójában arról döntünk, hogy mit jelent számunkra az egyenlőség, kompenzáljuk-e a jövedelemelosztás egyenlőtlenségeit, mennyire fontos és mit követel az államtól, illetve annak polgáraitól a társadalmi szolidaritás. Az előbbiekhöz hasonlóan erkölcsi kérdéseket feszegetünk, amikor a hajléktalanság kezelésének társadalompolitikai eszközeiről vagy éppen a közoktatás centralizációjáról folytatunk vitát. Álláspontunkat az előbbi esetben az emberi méltóságról, a szegénységről, a szolidaritásról, az utóbbiban az iskolai nevelés céljáról, az oktatási intézmények autonómiájáról, a tanítás szabadságáról vallott megfontolásaink határozzák meg.

A morális érvelés sajátosságai tehát nemcsak az alapjogi vitáinkat jellemzik. Igyekeztem láttatni, hogy valamennyi autoritatív döntés mögött valódi morális dilemma húzódik meg. Ebből következően nem állíthatjuk, hogy a bírói alkotmányértelmezés preferálása az alkotmányos vitákat felölelő érvelési szituáció egyedisége miatt kívánatos. Ezen a ponton egy további tisztázó megjegyzést is szeretnék tenni. Az alkotmánybíróság autoritását ugyanis arra a meggyőződésre sem alapozhatjuk, hogy a bírák olyan speciális intellektuális erényekkel rendelkeznek, amelyek birtokában jobb döntésekre jutnak az elveinket övező dilemmák megoldása során, mint más hivatalos személyek. Jóllehet az alkotmánybírák gyakran szembesülnek a társadalmat megosztó erkölcsi kérdésekkel, és gazdag tapasztalatot szereznek a morális viták kezelésében, ez a jártasság nem eredményez olyan tudást, amelyre a törvényhozók ne tehetnének szert

---

<sup>147</sup> SADURSKI, Wojciech, Rights and Moral Reasoning: An Unstated Assumption – a Comment on Jeremy Waldron’s ‘Judges as Moral Reasoners’, *International Journal of Constitutional Law*, 2009/1, 31.

hivatásuk gyakorlása során. Az a belátás, hogy a bírák más hivatalos személyekhez képest jobban képzetek az alkotmányértelmezés terén, legtöbbször csak a bírák képességeit idealizáló naiv képnek köszönhető.<sup>148</sup>

Rawls az erkölcsi érvelés modelljének megrajzolása során összegyűjti azokat a képességeket és erényeket, amelyeket a kompetens erkölcsi döntéshozón számon kérhetünk. Ezekből a jellemzőkből világossá válik, hogy morális állításaink igazolása nem követel intellektuális kiválóságot. Bárki betöltheti az erkölcsi döntőbíró szerepét, aki átlagos intelligenciával és a világra vonatkozó tudásanyaggal rendelkezik, kellően informált a döntés tényeit illetően, és képes és hajlandó morális ítéletei átgondolására, igazolására és felülvizsgálatára, amennyiben ez szükségesnek bizonyul. A kompetens döntéshozó tisztában van saját elfogultságaival, ugyanakkor képes ezek háttérbe szorítására, illetve rendelkezik azzal a tehetséggel, amely a személyes tapasztalatokat meghaladó érdekek megfelelő súlyozásához és figyelembe vételéhez, és ezáltal a méltányos erkölcsi ítélet meghozatalához szükséges.<sup>149</sup>

Ha elfogadjuk a Rawls által adott jellemzést, be kell látnunk, hogy az erkölcsi döntőbíró szerepére a törvényhozók ugyanolyan alkalmasak lehetnek, mint az alkotmánybírák. Eisgruber egészen annak kimondásáig megy el, hogy egyenesen a demokrácia lényegét, az önkormányzás elvét vennénk semmibe, ha azt feltételeznénk, hogy csak a bírák rendelkeznek olyan erkölcsi ítélőképességgel, amely az igazságosság kérdéseiben eligazítást nyújthat.<sup>150</sup> Amennyiben az alkotmányjogi vitákban nincs semmi sajátosan morális, ami ne lenne jelen más autoritatív döntésekben, és azt sem állíthatjuk megalapozottan, hogy a bírák olyan intellektuális erények birtokában vannak, amelyekkel más hivatalos személyek nem rendelkeznek, akkor nem helyezhetjük az alkotmánybíráskodás igazolására vonatkozó érvrendszerünket arra a kijelentésre, hogy a bírák jobbak a morális érvelésben, mint a törvényhozók. Ennyiben Waldronnak tehát feltétlenül igaza van. Ugyanakkor ott téved, hogy az alkotmányos felülvizsgálat bírói intézményének támogatói valójában nem erre a belátásra építenek. Sokkal inkább arra, amelyet a következőképpen lehetne megfogalmazni, és amelyet valójában Waldron kritikája is célba vesz: a bíróságok eljárásában jobban bízhatunk a helyes eredményt

---

<sup>148</sup> Bár a dolgozat a bírói döntéshozatal morális karakterét hangsúlyozza, a bírák képességeit idealizáló megközelítések olyan jogalkalmazási modellek esetében is naivnak bizonyulnak, amelyek az ítélkezési tevékenység lényegét egyfajta jogi-technikai analízisben ragadják meg, élesen megkülönböztetve azt a politikai döntéshozatal egyéb formáitól. Egy formalista ítélkezéselmélet sem képes érvényes deskriptív állításokkal megalapozni a bírák episztémikus autoritását. (Erről lásd részletesebben CROSS *i.m.* 1537-1545.)

<sup>149</sup> RAWLS, John, *Outline of a Decision Procedure for Ethics*, *The Philosophical Review*, 1951/2, 178-180

<sup>150</sup> EISGRUBER *i.m.* 68.

illetően, mint a parlamenti döntéshozatalban. A következőkben ennek a tézisnek a plauzibilitását kívánom igazolni. Ez az igazolás egyben azt is jelzi majd, hogy hol siklik félre Waldron érvelése.

Waldron azt kívánja bizonyítani, hogy a bírósági eljárásnak tulajdonított előnyök vagy a bírói gyakorlat félreértésén alapulnak, vagy inkább értékelhetőek a bírói döntéshozatal hátrányaiként. De melyek azok a sajátosságok, amelyeket Waldron szerint tévesen azonosítanak a bírói érvelés előnyeiként? Három állítást érdemes alaposabban szemügyre venni, majd elhelyezni az előnyöket és hátrányokat tartalmazó koordináta-rendszerben.<sup>151</sup> Az első, hogy az alkotmánybíróságok érvelése szorosan kötődik az alkotmány szövegéhez. A második, hogy a bírácoknak egy speciális, igen szigorú igazolási helyzetben kell érvelniük. A harmadik, hogy a bírácok nem individuális morális cselekvőként érvelnek, hanem egy közösség egészének a nevében döntenek. Előnyökről vagy hátrányokról van-e szó? Waldron szerint ez előbbi jellemzők rontják a bírói döntéshozatal pozícióját az intézmények között versenyben, mert elzárják a bírácokat az érdemi és őszinte, autonóm morális érvelés lehetőségétől. Én ennek az ellenkezőjét állítom.

Waldron központi érve, hogy az érvelési szituáció előbbieken jelzett sajátosságai miatt az alkotmánybíróságok kevésbé képesek az alkotmányos viták érdemi és közvetlen tárgyalására, mint a törvényhozók. Egyfelől azért, mert a bírácok figyelem sokkal inkább a normaszövegre, a precedensekre és a dogmatika megoldásaira irányul, mintsem az alkotmányos kérdés lényegére. Másfelől azért is, mert a bírácok, az igazolási helyzet kötöttsége miatt, csak az érvek egy korlátozott készletéhez férhetnek hozzá. Harmadrészt pedig azért, mert a közösség nevében érvelnek, így nem élveznek olyan fokú autonómiát, amelyet a morális érvelés elmélete megkíván. Az nem vitatott, hogy a bírói autoritás igazolása szorosan kötődik a jogszabályok szövegéhez, a korábbi

---

<sup>151</sup> Waldron egy negyedik olyan tényezőt is említ a bíróságok eljárásával összefüggésben, amelyre előszeretettel hivatkoznak az alkotmánybíráskodás támogatói, és amelyet véleménye szerint szintén tévesen azonosítanak a bírói döntéshozatal előnyeként. Eszerint azért járunk jobban, ha a bíróságokra bízunk a legfontosabb morális vitáink rendezését, mert a bíróságok konkrét, egyedi jogviták eldöntése során szert tesznek arra az erkölcsi érzékre és jártasságra, amelyet az alapjogi igények megítélése, és így az összes érintett személy érdekeinek mérlegelése megkíván. Úgy vélem, Waldronnak abban igaza van, hogy ez a tényező nem tekinthető az alkotmánybíráskodás sajátjának, és ezért nem is értékelhető az alkotmánybírósági döntéshozatal erényeként. Az európai alkotmánybíróságok hatáskörébe tipikusan nem egyedi jogviták eldöntése, hanem absztrakt elvi kérdések megítélése tartozik, így ezek a fórumok elsősorban általános terminusokban ítékeznek. És ez a decentralizált rendszerben működő alkotmánybíróságokra is igaz, mert a bírói felülvizsgálat az érintett általános elvek tartalmának és egymáshoz való viszonyának meghatározását követeli meg. Azt pedig szintén nem vitatom, hogy az egyedi jogi igények a törvényhozás folyamatára is hatással lehetnek. Arra a következtetésre kell tehát jutnunk, hogy az érvelés absztrakciós szintjét illetően nincs érdemi különbség a törvényhozás és a bíróságok között.

döntésekhez és a dogmatikához. Az igazolási kötöttség a legalizmus iránti fokozott igényből ered, a bírák pedig különös érzékenységet tanúsítanak politikai legitimitásuk megteremtése iránt.<sup>152</sup> Waldron szerint ennek az igénynek a következménye, hogy a bírói döntésekben túlsúlyba kerülnek azok az érvek, amelyek a legalista beállítódás miatt a bírói autoritás igazolásához szükségesek, és így csak egy szűk terep jut azoknak a valódi morális érveknek, amelyek alapvetőek a vita őszinte és közvetlen eldöntése során. „A bíróságok figyelmét elvonják a legitimitással összefüggő kérdések, ezért arra koncentrálnak, hogy más bírói fórumok hogyan döntöttek, vagy mi következik a Bill of Rights szövegéből, amíg a törvényhozók – minden hiányosságuk ellenére – legalább megpróbálnak közvetlenül hozzáférni az ügy lényegéhez.”<sup>153</sup> Waldron tehát azzal érvel, hogy a bírakkal szemben a törvényhozás morális teljesítményét nem zavarja meg a legalista attitűd és az ebből következő kötött igazolási helyzet. A törvényhozók valamennyi eléjük kerülő kérdésben közvetlenül, érdemben érvelhetnek, anélkül, hogy korábbi döntésekhez, vagy más autoritatív forrásokból eredő érvekhez kötnék magukat. „Talán jobb, ha ezt [a jogokra vonatkozó morális érvelést] egy olyan keretben végzik el, amelyben az érvelést nem nehezítik doktrínák, precedensek, jogszabály-szövegek és értelmezések, amelyek iránt a jogi érvelés szükségképpen elkötelezett, és amelyek elkerülhetetlenül és komolyan kompromittálnak minden olyan morális érvelést, amelyet a bíróságok folytatnak.”<sup>154</sup> A parlamentben előadott érvek meggyőző erejét továbbá a döntést megelőző szavazási procedúrában is tesztelhetik. A parlamenti vitában elhangzottak pedig a parlamenti jegyzőkönyvekből megismerhetők, így a nyilvánosság számára éppen úgy hozzáférhetőek, ahogyan a bírói döntéseket alátámasztó indokok.

Úgy tűnik, hogy az előbbi érvek Waldron szerint még nem elég nyomósak ahhoz, hogy elvessük a bírói autoritás elsődlegességének elvét, és a törvényhozás eljárására bizzuk legfontosabb morális dilemmáink megoldását. A bírói eljárás „versenypozícióját” egy harmadik érv bevezetésével igyekeznek tovább gyengíteni. Waldron szerint a politikai intézmények érvelését fontos megkülönböztetnünk az egyéni cselekvők érvelésétől. Az egyéni cselekvőben Waldron szerint egy ideális szavazó képét kell látnunk, aki lelkiismeretesen átgondolja és mérlegeli az erkölcsi választását

---

<sup>152</sup> WALDRON [2006] *i.m.* 1383-1386.

<sup>153</sup> *I.m.* 1384.

<sup>154</sup> WALDRON [2009] *i. m.* 14.

meghatározó érvek körét, de akinek a választása kizárólag saját autonóm meggyőződésének függvénye.<sup>155</sup>

A distinkcióra Waldron szerint azért van szükség, mert amíg az egyének a saját nevükben érvelnek, addig a politikai intézmények a közösség nevében beszélnek. Azaz az előbbi esetben maga az egyén, az utóbbiban a közösség tölti be az erkölcsi döntőbíró szerepét, ez a különbség pedig visszatükröződik az egyéni és az intézményi érvelés morális karakterében is. Más megfontolások irányadóak az egyének érvelésében, és megint mások akkor, amikor a hivatalos személyek a közösség egészének nevében beszélnek. Éppen ezért nyilvános intézményeink döntéseit nem mérhetjük az erkölcsfilozófia absztrakt szemüvegén keresztül, a morálfilozófia érvelésméleti megállapításai kizárólag az egyéni cselekvők igazolási helyzetét jellemzik.

Waldron abból indul ki, hogy cselekvéseink igazolása autonóm és felelős érvelést követel, ahogyan azt a morálfilozófusok állítják. Ez az igazolási helyzet azonban csak a ránk vonatkozó érvek koherens és átfogó, lelkiismeretünknek megfelelő átgondolását követeli meg. Ezzel szemben intézményeink olyan morális dilemmák megoldására kényszerülnek, amelyek az egyének egy széles körét érinti. A hivatalos személyek tehát rákényszerülnek arra, hogy az érintett egyének valamennyi érdekét figyelembe vegyék; ilyenkor választásuk közel sem lesz olyan autonóm, mint az egyéni cselekvő – az ideális szavazó – választása.<sup>156</sup> Ha Waldron érve helytálló, azt a következtetést kell levonnunk, hogy a bírói érvelés nem rendelkezik azokkal a tulajdonságokkal, amelyekkel a bírói döntéshozatal erényeit eltúlzó erkölcsfilozófusok rendszeresen fel kívánják ruházni. De rögtön felmerül a kérdés, hogy mi a helyzet akkor a parlamenti döntéshozattal. Mivel a jogalkotók maguk is a közösség nevében beszélnek, adódik a következtetés, hogy érvelésük autonómiája éppúgy sérül, ahogyan a bíróságoké. Waldron szerint azonban ez még sincsen így. Ezen a ponton Waldron érve visszakanyarodik a korábban már kifejtettekhez: tekintettel arra, hogy a törvényhozók közvetlenül, érdemben tárgyalhatják az erkölcsi dilemmákat, anélkül, hogy a felhívható érvek körét jogszabályok vagy korábbi precedensek korlátoznák, érdemes a parlamenti döntéshozatalra bízni a közösséget megosztó legfontosabb erkölcsi kérdéseink eldöntését. Waldron egészen annak kimondásáig jut el, hogy hiába érvelnek a

---

<sup>155</sup> „The individual voter tries conscientiously to figure out the rights and wrongs of this matter, the values and principles that are involved, and the balancing and trade-offs (if balancing and trade-offs are appropriate) in a reasonably detached way.” *I.m.* 15.

<sup>156</sup> *I.m.* 15.

törvényhozók a közösség egészének a nevében, érvelésük összességében olyannak hat, mintha egy ideális szavazó, egy individuális döntőbíró szólna.<sup>157</sup>

Waldron azt állítja, hogy az erkölcsi döntőbíró személye határozza meg az erkölcsi érvelés struktúráját és jellegzetességeit. Ugyanakkor azt is hangsúlyozza, hogy függetlenül attól, hogy a törvényhozók mint hivatalos személyek a közösség nevében beszélnek, érvelésük mégis olyan, mint az individuális cselekvő morális érvelése. Azt látjuk tehát, hogy Waldron implicit módon maga is elismeri, hogy a kiindulópontnál tett distinkció haszontalan. Vagy legalábbis a törvényhozóra nem alkalmazandó, és inkább csak a bíróságokra vonatkoztatható. Azaz csak a bíróságok esetében kell számolnunk a valódi és őszinte morális érvelés hiányával.

Összeállt tehát az az érvrendszer, amelyre Waldron építi azt a belátását, hogy érdemesebb a törvényhozás kezébe helyezni a legfontosabb erkölcsi elveinket övező dilemmák megoldásának jogát. Itt az idő, hogy megvizsgáljuk ezeknek az érveknek a meggyőző erejét. A következők szerint fogok haladni. Először bemutatom, hogy az erkölcsi döntőbíró személye nem befolyásolja a morális érvelés alapvető sajátosságait, és a bírói érvelés autonómiája nem sérül csak azért, mert a szituáció a közösség egészére vonatkozó döntést igényel. Ezt követően térek rá annak igazolására, hogy miért érti félre Waldron a bírói döntéshozatalt meghatározó jellemzők szerepét. Azt igyekszem láttatni, hogy a bíróságokat jellemző kötött igazolási helyzet nem hátrány; éppen ellenkezőleg, a bírói érvelés legnagyobb előnyeként értékelhető. És ez a sajátos igazolási pozíció is indokolja, hogy ne a törvényhozók, hanem a bíróságok kezébe helyezzük az alkotmányos rendelkezések értelmezésének végső jogát.

## **5.4. A bírói érvelés valódi előnyei**

### **5.4.1. A morális érvelés általános követelményei**

Elsőként tehát megpróbálom megindokolni, hogy miért gondolom úgy, hogy az erkölcsi döntőbíró személye nem befolyásolja a morális érvelés legfontosabb jellemzőit. Ebből következően azt is gondolom, hogy a hivatalos személyeken is ugyanazokat a követelményeket kell számon kérnünk, amelyeket a morális érvelés filozófiai modellje az egyéni cselekvővel, az ideális szavazóval szemben támaszt. Dworkin szerint az

---

<sup>157</sup> *I.m.* 20.

erkölcsi gondolkodás folyamatában morális állításaink helyességéről kívánunk meggyőződni, és arra törekszünk, hogy egyedi morális ítéleteink igazolást találjanak általánosabb elveinkben, és egy koherens rendszert alkossanak. Ezt az igényt elsősorban az a meggyőződés táplálja, hogy akkor járunk el felelős polgárként, ha képesek vagyunk magunk és mások előtt is számot adni cselekvéseink indokairól úgy, hogy cselekvéseink igazolása során nem kerülünk ellentmondásba önmagunkkal. „A gondolkodó emberek a saját bizonyosságukat keresik. Szeretnének meggyőzni erről másokat is, olyanokat, akiknek az érdekeit érinti, amit tesznek, hogy ezt igazolt meggyőződés alapján teszik és becsületesen. Egyszóval úgy próbálnak meg számot adni a meggyőződéseikről, hogy az reflexiót, őszinteséget, egyenességet és koherenciát tükrözzön, még akkor is, ha nem látnak reményt arra, hogy rábírjanak másokat is ezekkel a meggyőződésekkel való egyetértésre.”<sup>158</sup>

Erkölcsei meggyőződéseink őszinteségéért és helyességéért tehát valamennyien felelősséggel tartozunk. Ez a felelősség fokozottan terheli azokat a személyeket, akik a közösség nevében fogalmazznak meg morális állításokat, ezek a morális állítások ugyanis az egyéni cselekvéseket meghatározó indokok forrásai. Az autoritás legitimitása, az autoritás által közvetített indokokban kifejeződő kötelezettségek igazolásának sikere azon múlik, hogy mennyiben képesek a közvetített indokok az egyének morális elveiben is igazolást találni. Mindebből következik, hogy a bírának is érzékenyeknek kell lenniük érvelésük helyességére és integritására. A morális érvelés követelményei tehát az erkölcsi döntőbíró személyétől függetlenül, általánosságban megadhatóak: őszinteség, koherencia, reflexivitás, felelősség. Ezeket a követelményeket kell számon kérnünk éppúgy a hivatalos személyeken, így a törvényhozókon és a bírácson, ahogyan az egyéni cselekvőkön is. Az a tény tehát, hogy a bírác a közösség nevében fogalmazznak meg erkölcsi állításokat, még nem változtatja meg az erkölcsi érvelés legfontosabb karakterjegyeit. Legfeljebb a hozzáférhető érvek körét szűkíti le. Az egyéneknek ugyanis nem kell érzékenyeknek lenniük arra, hogy mit követel a nyilvános igazolás. Olyan érvekre is támaszkodhatnak, amelyek nem igazolhatóak mások vélekedésrendszerében. Ezzel szemben mind a jogalkotókat, mind a bírókat köti a nyilvános igazolás követelménye. És a politikai intézmények mindig többes szám első személyben szólalnak meg, így függetlenül attól, hogy az intézményt alkotó egyének mit adtak elő a vita folyamán, a végső döntés az állam nevében születik meg. Az állam

---

<sup>158</sup> DWORKIN, Ronald, *Darwin új bulldogja*, Fundamentum, 2005/4, 53.

nevében előadott döntéseknek pedig igazodniuk kell a nyilvánosan igazolt elvekhez. Erre tekintettel nem gondolom, hogy a törvényhozók és a bírók érvelési pozíciója eltérne egymástól: mindkét intézmény a közösség nevében szólal meg.<sup>159</sup> Mindebből pedig az következik, hogy Waldron álláspontja nem találkozik az erkölcsi gondolkodás lényegére vonatkozó megfontolásainkkal, és ezért tarthatatlannak bizonyul.

Az eddigiek alapján arra jutottunk, hogy nem adhatjuk fel az alkotmánybíráskodás igazolásáért folytatott küzdelmet azon az alapon, hogy az alkotmánybíróságok érvelése nem képes megfelelni az erkölcsi érvelés filozófiai modelljében rejlő követelményeknek. A következő lépésben azt vizsgálom meg, hogy a bíróságok érvelését meghatározó kötött igazolási helyzet immár megalapozza-e azt a waldroni meggyőződést, hogy a törvényhozás eljárását kell preferálnunk alkotmányos kérdésekben.

#### **5.4.2. A morális érvelés elkerülhetlensége**

Az alkotmánybíróságok érvelését érintő kritikák gyakran támaszkodnak arra a megfigyelésre, hogy az alkotmánybíróságok döntéseit nem a jogvita érdemére vonatkozó érvek, hanem a jogszabályi rendelkezések, a korábbi bírói döntések és a dogmatikai fejtegetések határozzák meg. A bírák figyelme csak arra irányul, hogy a vizsgált kérdésre vonatkozó döntésük levezethető legyen a releváns jogi rendelkezésekből, illeszkedjen a precedensek már meglévő rendszerébe, és összhangban legyen a gyakorlat és a tudomány által kimunkált dogmatikai megállapításokkal. A jogi érvelés kereteit a bírói autoritás igazolásának igénye szűkíti le, amely hiába bizonyul jogos és méltányolható igénynek, mégis fogságban tartja a bírói szellemet. A bírói döntések legitimitását megalapozó megfontolások absztrakt és merev jogi terminusokba kényszerítik a gondolkodást, és nem hagynak kellő teret a jogi probléma mélyebb és őszinte megértésének.

Ez a kritika akkor ért cél, ha azt tapasztaljuk, hogy a bírói diskurzus legalista természete tényleg eltereli a kérdést a valódi morális dilemmáról. Kérdés azonban, hogy

---

<sup>159</sup> Kis János szerint a törvényhozók érvelésében – szemben a bírói érveléssel – helyet kaphatnak vallási megfontolások is. A vallási szempontok kiegészíthetik és megerősíthetik a szekuláris érveket, és előmozdíthatják a vitát, amennyiben az holtpontra jutott. (Kis János, *Az állam semlegessége: újabb nekifutás*, Fundamentum, 2011/3, 20.) De mivel Kis szerint a vallási meggyőződés sohasem igazolhat állami kötelezettséget, ezért ezek az érvek a meghozott döntés nyilvános igazolása során már nem kaphatnak szerepet. Erre tekintettel nem gondolom, hogy a törvényhozó előtt álló érvelési szituáció érdemben különbözne attól a helyzettől, amelyben egy bíró találja magát, amikor a közösség nevében kell döntést hoznia.

valóban így van-e ez. Az nem kétséges, hogy a bírói ítétek nagy számban vonultatnak fel olyan érveket, amelyek közvetlenül jogszabályokhoz, precedensekhez, jogtudományi konstrukciókhoz kapcsolódnak. Az azonban már korántsem egyértelmű, hogy ezek az érvek kizárják-e az érdemi vizsgálódást, illetve alkalmazhatóak-e egyáltalán úgy, hogy a bíróságok nem érintik a jogvita alapvető kérdéseit.

Az általam előterjesztett érvrendszer sikere attól is függ, hogy honnan indulunk el, és hogyan fogjuk fel a bírói hivatás lényegét. Az a megközelítés ugyanis, amely a bíró feladatát a jogszabályoknak megfelelő döntés meghozatalában jelöli meg, túlságosan leegyszerűsített képet ad a jogalkalmazási feladat értelméről. Jobban megvilágíthatjuk a bírói funkció tartalmát, ha abból indulunk ki, hogy a bíró feladata a leginkább igazságos döntés meghozatalában áll (igazságszolgáltatás). Az igazságosságot azonban nem korlátozhatjuk pusztán arra, hogy mi következik a releváns jogszabály követéséből. A bírónak az egész jogrendszert meghatározó alapelvekre tekintettel kell érvelnie, és a politikai közösség általános működéséből kiolvasható igazságosság-felfogást kell érvényre juttatnia. Az így felfogott igazságosságnak természetesen a jogbiztonság is részét képezi, és a rögzített jog igazságossága mellett erős vélelem szól, amely megköveteli a bírótól, hogy meggyőző érvekkel támassza alá, ha el kíván térni a jogszabály szövegétől. Az előbbi követelménynek persze nemcsak a bíróságok esetében kell érvényesülnie. Valamennyi nyilvános autoritás, így a törvényhozás is köteles egyfajta igazságosság-koncepciót megjeleníteni döntéseiben. Jóllehet abban lehetnek vitáink, hogy ez mit követel, abban már kevésbé, hogy a jogrendszer egészével szemben jogosan támasztjuk azt az igényt, hogy egy koherens igazságosság-felfogás feltárható legyen belőle.

A bírák pozíciója annyiban pedig mindenképpen sajátos, hogy tevékenységük jogvitákhoz kötődik, működésüket konfliktusok határozzák meg. És bár e konfliktusok egy része ún. könnyű eset, a bíróságok szerepe különösen hangsúlyossá válik olyan helyzetekben, ahol a jogszabályok alapján nem egyértelmű, hogy mi következik azokból az alapvető morális elvekből, amelyeket a jogrendszer az egyes életviszonyokra specifikálni és azokban érvényesíteni kíván. Ilyen helyzetekben a bírácoknak rá kell kérdezniük arra, hogy mi a jog célja és értelme, és ezek a kérdések csak egy átgondolt morális érvelés után válaszolhatóak meg. Ezek az átfogó morális ítéletek pedig mérlegre teszik, hogy mi következik az igazságosság politikai koncepciójából, a korábbi bírói döntésekből, vagy a jogalkotó cselekvéseiből, és milyen súlyt tulajdonítsunk ezeknek a tényezőknek a jogvita eldöntése során.

Az előbbiekből következik, hogy az ítélezési folyamat nem szűkíthető le a közvetlenül érintett jogszabályok alkalmazására. A bírának jóval szélesebb perspektívából kell véleményt mondaniuk a vitatott jogi igény helyességéről. A bírakat a jogrendszer alapjainál meghúzódó morális megfontolások is kötik, sőt, szerepük gyakran arra kényszeríti őket, hogy közvetlenül ezekre az elvekre tekintettel érveljenek, még akkor is, ha ezek a morális megfontolások esetleg az írott szöveggel ellentétes döntéseket irányoznak elő.

Mi következik ebből az alkotmánybíróságokat jellemző érvelési szituációt illetően? Waldron szerint a bírák nem férnek hozzá a jogviták alapjainál meghúzódó erkölcsi elvekhez, mert a kötött igazolási helyzet leszűkíti azoknak az érveknek a körét, amelyekből válogathatnak. A bírói érvelés kiindulópontját mindig a releváns jogi rendelkezések és nem a legalapvetőbb és legkevésbé vitatott erkölcsi igazságok képezik. Az intellektuális folyamatot pedig elsősorban a precedensek és a jogi doktrínák vezérlik, amelyek akár a legmeggyőzőbb és legésszerűbb morális érveknek is megálljt parancsolhatnak.<sup>160</sup>

Ez a kép azonban a bírói érvelési folyamat téves leírását adja. A jogrendszer alapvető erkölcsi elvei ugyanis – ahogyan a korábbiakban már bemutattam, elsősorban az intézmény funkciójából és szerepéből következően – a bíró rendelkezésére állnak. Ezek az alapelvek pedig ma már többnyire megjelennek az alkotmányokban, amely szövegek minden esetben kiindulópontként szolgálnak az alkotmányjogi vitákban. A jogrendszer alapelvei, azaz az alkotmányos elvek pedig még alapvetőbb és mélyebb morális megfontolások előtt nyitják meg az utat. Tegyük fel, hogy az alkotmánybíróságnak a kábítószer-fogyasztás kriminalizálásának alkotmányosságáról kell döntést hoznia. Ehhez a bíróságnak a következő kérdésekben kell állást foglalnia: Hol húzódik az állam büntetőhatalmának határa? Milyen elvek igazolhatják az egyéni szabadságot korlátozó állami beavatkozást? Mit jelent az egyéneket megillető önrendelkezési jog? Mennyiben élvezünk szabadságot a jó életre vonatkozó megfontolásaink kialakítása során? Mit követel az állam élet- és egészségvédelmi kötelezettsége, és ez mennyiben lehet az önrendelkezési jog korlátja? Ez utóbbira tekintettel milyen magatartások büntetőjogi szankcionálása lehet igazolt?

Azt látjuk tehát, hogy a jogviták eldöntése nem nélkülözheti a morális megfontolások mozgósítását, a bírói szerep pedig számos esetben rákényszeríti a

---

<sup>160</sup> WALDRON [2009] *i.m.* 18.

jogalkalmazókat, hogy a jogrendszer mögött meghúzódó legalapvetőbb elvekhez nyúljanak vissza. A morális reflexió elválaszthatatlan az ítélkezési tevékenységtől: a konfliktusok feloldása gyakran a jog értelmére és végső értékeire vonatkozó kérdések mérlegelését kívánja meg. A bírói szerep megköveteli a bíraktól, hogy ismerjék és értsék a jog mögött meghúzódó közösségi értékrendszer elemeit. Ennek az értékrendszernek a fenntartásában ugyanis – mint hivatalos személyek – különleges felelősséget viselnek. Azokban az esetekben pedig, amikor a konfliktusok láthatóvá teszik, hogy bizonytalanság van a közösség erkölcsi elveinek helyes tartalmát illetően, a bírókra hárul a feladat, hogy meghatározzák és elrendezzék ezeket az erkölcsi elveket.<sup>161</sup>

Ha tehát elfogadjuk, hogy a bírák erkölcsi érvelésbe bonyolódnak, és belátjuk, hogy sem deskriptív, sem normatív szinten nem tartható az a tézis, hogy a jogi érvelés autonóm, és ezért független az erkölcsi érveléstől, érdemes visszatérnünk ahhoz a kérdéshez, hogy mit gondolunk a morális állítások státuszáról. Már csak azért is, mert Waldron éppen egy metaetikai álláspontra hivatkozással figyelmeztet a bírói moralizálás veszélyére.

A dolgozat egy korábbi szakaszában már jeleztem, hogy ahhoz, hogy megragadjuk a jogi gyakorlatok értelmét, az erkölcsi objektivizmus álláspontjára kell helyezkednünk, és feltételeznünk kell, hogy igaz állításokat tehetünk a moralitás területén. Ezt a belátást felhasználtam az intézményelméleti kérdés általános tárgyalása során, és bár továbbra is az intézményelméleti probléma keretei között mozgok, most alaposabban szemügyre veszem, hogy milyen implikációi lehetnek egy objektivista metaetikai pozíciónak a bírói érvelés természetét érintően. Ez a fejtegetés kihat az intézményes probléma megoldására is, hiszen a bírói érvelés sajátosságaira vonatkozó megállapítások befolyásolják azt a meggyőződésünket, hogy miként érdemes megosztanunk a döntéshozói autoritást a bíróság és a törvényhozás között. Az erkölcsi objektivizmus felvállalásának tehát komoly érveléseméleti következményei is felsejlenek, amelyek az intézményelméleti kérdés megválaszolása szempontjából fokozott jelentőséggel bírnak majd. Ezen a ponton érdemes közelebbről is szemügyre vennünk, hogy miként befolyásolja a bírói érveléssel szemben támasztott elvárásainkat az a feltevés, hogy erkölcsi állításaink igazak lehetnek.

---

<sup>161</sup> Erről lásd KRONMAN, Anthony T., *The Value of Moral Philosophy*, Harvard Law Review, 1998/7, 1762.

Abból indulunk ki, hogy a morális érvelés elkerülhetetlen a jogviták – kiváltképpen az alkotmányos elveinket érintő viták – eldöntése során. Ha pedig feltesszük, hogy bizonyos erkölcsi dilemmáknak van helyes megoldása, a morális érvelés végső célja a helyes döntés megtalálása lesz. Morális állításaink helyességén itt azok racionális igazolhatóságának lehetőségét értem, amelyről minden esetben számot kell adnunk a releváns közösség tagjai előtt. Kiváltképpen igaz ez a hivatalos személyek – többek között a bírák – tevékenységére, akik a közösség nevében és érdekében hozzák meg ítéleteiket, így döntéseikben csak olyan érvekre támaszkodhatnak, amelyek mindenki előtt ésszerűnek bizonyulnak. Ha pedig elfogadjuk, hogy lehetséges helyesként érvelni egy morális ítélet mellett, akkor azt is tudnunk kell, hogy akár tévedhetünk is bizonyos állítások helyességét illetően. A tévedés lehetősége miatt pedig az érvek gondos átgondolását és őszinte mérlegelését várhatjuk el az erkölcsi döntéshozótól. Ezzel szemben, ha az erkölcsi dilemmák mint egyéni vélekedések vagy érzelmi reakciók, esetleg mint társadalmi konvenciók közötti konfliktusok tárulnak elénk, olyan problémákkal szembesülhetünk, amelyeknek sem gyakorlati, sem teoretikus megoldása nem létezik. Érzelmek, hitek, meggyőzések, szokások ütköztetése során ugyanis nem léteznek olyan standardok, amelyek a rivális felfogások összemérésében irányadóak lehetnének. Így pedig az erkölcsi dilemma akármelyik pozícióját választjuk is, nem érvelhetünk úgy, hogy a másik pozíció téves vagy helytelen, ebből pedig nem következik más, mint hogy a döntések önkényessége kiküszöbölhetetlenné válik. A racionális igazolás lehetőségének elvetése azzal a veszéllyel is járhat, hogy nem tanúsítunk különösebb figyelmet saját erkölcsi pozíciónk igazolása iránt. Ebből következően az a feltevés, hogy morális állításaink igazságra tartanak igényt, egy speciális igazolási terhet keletkeztet az erkölcsi döntőbíró oldalán, mivel arra készíti, hogy ítéleteit és az annak megfelelő cselekvéseit az erkölcsi állítások konzisztens készletére alapozza. Két, egymással inkonzisztens állítás ugyanis nem lehet egyszerre igaz, így valamelyiket mint téves állítást el kell vetnünk, és a gondolati folyamatot meg kell ismételnünk. Mindebből jól látszik, hogy a gondolati konzisztencia követelménye, amely az erkölcsi objektivizmus elfogadásából adódik, egy alapos és reflexív gondolkodási struktúrába kényszeríti az erkölcsi döntőbíró. Az átgondoltság és a reflexivitás pedig különösen nagy jelentőséggel bír majd az alapjogi érvelés folyamatában.

Az objektivitás előbbiekben körvonalazott fogalma azonban nem vonja maga után azt az állítást, hogy minden vita egyetlen helyes megoldásban feloldható. Előfordulhat,

hogy az érvelés aluldeterminálja a döntést, és ezért csak valamilyen rögzült konvenció vagy intézményes mechanizmus közvetítésével tudunk választani az egyformán értelmes és elfogadható válaszlehetőségek közül. Az objektivizmusnak azonban Tasioulas szerint van egy nagyon komoly erénye: fokozza a jog működésének a kiszámíthatóságát, amely a jogállamiság egyik fontos követelménye. Mindezt úgy teszi, hogy körülhatárolja azoknak az érveknek a körét, amelyekre a bírák a jogviták eldöntése során támaszkodhatnak. A bírói autoritás igazolása ugyanis csak olyan érveket ölelhet fel, amelyek az írott jogszabályokból és az azok mögött fellelhető politikai elveinkből feltárhatóak. Ezek az érvek pedig végső soron a közösség legalapvetőbb morális elveihez vezetnek vissza a jogalkalmazókat. Amennyiben tehát feltesszük, hogy a jog alapjainál meghúzódó morális elveknek létezik valamilyen objektív tartalma, amely meghatározza a jogvitánk kimenetelét is, arra a következtetésre jutunk, hogy az erkölcsi objektivizmus álláspontja leszűkíti a hivatkozható érvek körét, a bírácoknak ugyanis érzékenyeknek kell lenniük az erkölcsi érvelés objektív korlátaira. Így pedig a jogi kötelezettségek címzettjei képesek előre kalkulálni azzal, hogy cselekvéseiket a jog hogyan értékeli majd. Mindez pedig azt is jelenti, hogy nem kell szigorúan védelmeznünk egy formalista ítélkezéselméletet ahhoz, hogy a jog működésének bizonyos szintű kiszámíthatóságát és ésszerűségét elfogadhassuk. Erre akkor is lehetőségünk van, ha megengedjük, hogy a bírák erkölcsi érvekre is támaszkodjanak a jogviták eldöntése során.

Ez a gondolat elvezet a bírói érvelés egy további fontos jellemzőjéhez. Egy objektivista metaetikai előfeltevés birtokában válik ugyanis tarthatóvá a nyilvános igazolás politikai filozófiai elve. Korábban azt állítottam, hogy a jogszabályhoz kötöttség ténye még nem zárja el a bírakat attól, hogy az erkölcsi dilemma alapjainál meghúzódó elveket érintsék. A nyilvános igazolás elve azonban leszűkíti a bírák által felhívható érvek körét. Fontos hangsúlyozni azonban, hogy a nyilvános igazolás nem vertikális, hanem sokkal inkább horizontális korlátozást jelent a bíróság által felhívható érvek körének. Ez azt jelenti, hogy lesznek olyan érvek, amelyek egyáltalán nem befolyásolhatják nyilvános intézményeink cselekvéseit, míg a legitim módon felhívható indokok teljes mélységükben – a legalapvetőbb elveig is visszanyúlva – hozzáférhetővé válnak.

### 5.4.3. A nyilvános igazolás és a bírói érvelés

A nyilvános érvelés Rawls szerint az a mód, ahogyan a morális egyenlőség elvére épülő, demokratikusan szerveződő politikai közösségek meghatározzák politikai cselekvéseik céljait és irányait, és ahogyan meghozzák a közös cselekvésekhez szükséges döntéseket.<sup>162</sup> Ez a kollektív gondolkodás a közösség nyilvános életéhez kapcsolódik, mert a polgárok arról vitatkoznak, hogy mit kíván a politikai igazságosság: milyen intézményeket hozzanak létre, milyen eljárásokat fektessenek le, és milyen célokat rögzítsenek a közös fellépés számára.<sup>163</sup> A nyilvános igazolás koncepciója szerint a jogi kötelezettségek csak olyan indokokon nyugodhatnak, amelyek valamennyi értelmes cselekvő számára igazolhatóak.<sup>164</sup> Vannak tehát olyan indokok, amelyek sohasem jelenthetik jogi kötelezettségeink alapjait. A nyilvános igazolás azt kívánja politikai intézményeinktől, hogy csak olyan érvekre szorítkozzanak döntéseik igazolása során, amelyek az ésszerűen gondolkodó egyének számára igazolhatónak mutatkoznak. Vagy legalábbis őszintén törekedjenek arra, hogy igazodjanak a nyilvános igazolás által kijelölt kerethez.<sup>165</sup> Ha feltesszük azonban, hogy a nyilvános igazolás valamennyi politikai intézményünket köti, felmerül a kérdés, hogy mivel magyarázzuk, hogy azok az előnyök, melyek a nyilvános igazolás kötelezettsége miatt politikai intézményeink érvelésében megjelennek, nagyobb súllyal esnek latba a bíróságok esetében, mint a törvényhozás vonatkozásában.

A bíróságok működésének egyik legfontosabb sajátossága, hogy autoritatív döntéseik csak a döntések indokainak feltárása esetén tarthatnak igényt érvényességre. Csak olyan jogalkalmazói döntések szolgálhatnak jogi kötelezettségek érvényes forrásaként, amelyekben a kötelezettségeket alátámasztó indokok is megjelennek. Az igazolási eljárás a bírói döntéshozatal során kulcsfontosságú. Ezt mutatja, hogy az indokolás a nyugati jogrendszerekben a bírói ítéletek kötelező és inherens része, és ezt jelzi az is, hogy a rendes bíróságok döntései az indokolás hiányossága alapján

---

<sup>162</sup> RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, 212.

<sup>163</sup> *I. m.* 213.

<sup>164</sup> *I. m.* 217.

<sup>165</sup> Kis János szerint az egyének között fennálló „jöhiszemű nézetkülönbségek” politikai elveinket is érintik, ezért lehetetlen mindenki számára elfogadható igazolását nyújtani az állami cselekvéseknek. A legitimitás igazolása során ezért csak azt követelhetjük meg, hogy az autoritás gyakorlóí tegyenek meg mindent az igazolás sikeréért, lelkiismeretesen és komolyan érveljenek intézkedéseik mellett, kifejezésre juttatva ezzel az egyénekkal szemben tanúsított egyenlő tisztelet elvét. (KIS [2011] *i.m.* 15.)

megtámadhatóak.<sup>166</sup> Azt persze nem tévesztjük szem elől, hogy az alkotmánybíróságok, főként Európában, nem a hagyományos értelemben vett ítélkező bíróságok, amelyek a rendes bírósági szervezetrendszer részeként, kontradiktórius eljárás alapján, egyedi jogvitákban járnak el. Ám működésük sajátosságai miatt bátran mondhatjuk, hogy az alkotmánybíróságok bírósági funkciót töltenek be, és az indokolási kötelezettség ugyanúgy meghatározza tevékenységüket, mint a klasszikus perbíróságok tevékenységét. Sőt, az a tény, hogy fokozatosan növekszik azoknak az alkotmánybíróságoknak a száma, amelyek döntéseiben nemcsak a többségi véleményt olvashatjuk el, hanem a többségi döntéssel vitatkozó bírók különvéleményeihez is hozzáférhetünk, talán jól jelzi, hogy az ítéletek igazolása során milyen kiemelt súllyal esik latba az indokolási kötelezettség. Amennyiben az európai civiljogi hagyományra tekintünk, azt látjuk, hogy a különvélemények nyilvánossága kifejezetten az alkotmánybíróságok működését jellemzi.<sup>167</sup> A rendes bírói fórumok ugyanis – néhány kivételtől eltekintve, mint például Spanyolország vagy Észtország bíróságai – el vannak zárva a kisebbségi vélemény publikálásának lehetőségétől.<sup>168</sup> Ennek az alapvető oka részben a bírói függetlenség elvében rejlik, ugyanis a bíró így nincs kitéve a nyilvánosság nyomásának saját álláspontjának megfogalmazása során, részben pedig azzal magyarázható, hogy a bírói vélemények pluralitása hozzájárulhat a döntés autoritásának erodálásához. A dolgozat egy korábbi szakaszában már érintettem azt a problémát, ahogyan a kontinentális jogi kultúra az autoritás koncepciójához közelít. Az autoritás hierarchikus modelljében a bíróságok egy erősen centralizált rendszer részeként világosan és precízen megfogalmazott szabályok keretei között működnek. Mivel az intézményi struktúra a kiszámítható és egységes döntéshozatalt szolgálja, a bíróságok tevékenysége pontosan körülhatárolt, és az autoritást delegáló törvényhozás

---

<sup>166</sup> Az indokolási kötelezettség alól kivételt képeznek a common law jogrendszerek olyan eljárásai, amelyekben az esküdtszék dönt. Azonban az esküdtszéki döntések esetében sem hiányzik az a nyilvános kontroll, amelyet a bírói döntésekbe foglalt indokolás hivatott betölteni. Hiszen az a tény, hogy az esküdtszék esetében laikus polgárok egy deliberatív folyamat eredményeképpen hoznak döntés, amely deliberáció alkalmas lehet az illegitim indokok kiszűrésére, ellensúlyozza az indokolás hiányát, és lényegében betölti a demokratikus kontroll funkcióját. (Lásd BENCZE Mátyás, *A bizonyítékok értékelésének összehasonlító vizsgálata*. In: BADÓ Attila (szerk.), *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika: összehasonlító jogi tanulmányok*, Gondolat, Budapest, 2011, 228-229.

<sup>167</sup> KELEMEN Katalin, *The Road from Common Law to East-Central Europe: The Case of the Dissenting Opinion*. In: CSERNE Péter – KÖNCZÖL Miklós (ed.) *Legal and Political Theory in the Post-National Age*, Frankfurt, Peter Lang, Frankfurt, 2011, 119.

<sup>168</sup> Ezzel szemben Angliában már a középkor óta ismert volt az a gyakorlat, hogy a common law bíróságok döntései a bírói tanács valamennyi tagjának egyedi véleményéből állnak össze. Az a hagyomány, hogy elviekben valamennyi bírói fórumnak lehetősége van a kisebbségi vélemény ismertetésére, máig meghatározza a common law jogrendszerek ítélkezési gyakorlatát, köztük az amerikai Legfelső Bíróság tevékenységét is. (*I.m.* 120.)

akarátának érvényesítésére irányul. Az autoritás egységként történő felfogása és a döntéshozatal kiszámíthatósága komoly veszélynek lenne kitéve, ha az egyes bírák különvéleményeikben juttathatnák kifejezésre, hogy a felmerülő jogi problémának másfajta megoldása is lehetséges.<sup>169</sup>

Ha az előbbieket elfogadjuk, akkor adódik a kérdés, hogy mi magyarázza az alkotmánybíróságok eltérő gyakorlatát. Úgy vélem, hogy a válasz alapjai az alkotmányos felülvizsgálat jogával felruházott bírói fórumok sajátos státuszában gyökerezik. Európában ugyanis az alkotmánybíráskodás funkcióját rendszerint a rendes bírói fórumoktól elkülönült intézmények végzik. Az amerikai decentralizált modell elutasítása jelentős részben az előbb is említett hierarchikus autoritás-koncepcióban gyökerezik. Tekintettel arra, hogy az alkotmánybíróságok működése kevésbé kötődik a klasszikus, hierarchikus intézményi struktúrához, ezeknek a testületeknek a tevékenysége valamivel szabadabb és rugalmasabb autoritásgyakorlást tesz lehetővé, mint a rendes bíróságoké. Ezt tükrözi a különvélemények lassú beszívargása az alkotmánybírói gyakorlatokba.

De további érveket is felsorakoztathatunk annak alátámasztására, hogy mi teheti megalapozottá az egyedi bírói vélemények publikálását az alkotmánybíróságok esetében. Az alkotmányos rendelkezések tartalmát övező viták a politikai közösség működésének legfontosabb elveit érintik, így azok kiemelt súlya indokolhatja, hogy a bírói testületben felmerülő különböző álláspontok nyilvánosságot kapjanak. Ez a gyakorlat alkalmas lehet annak jelzésére, hogy a bírói testület őszinte és valódi vitát folytatott, ahol a végső döntést az álláspontok ütköztetését követően hozta meg. A különvélemény megszövegezése a kisebbségbe szorult bíró számára pedig kitűnő lehetőséget nyújt arra, hogy a nyilvánosság előtt is bizonyítsa, hogy hivatását és felelősségét komolyan véve, a lehető leghelyesebb döntés meghozatalára törekedett. A különvélemények szerepe így meghatározó lehet az alkotmánybíróságok oly gyakran kétségbe vont legitimitásának erősítésében és felelőségük különleges súlyának érzékeltetésében.

Mindebből az következik, hogy a bíróságoknak különösen érzékenyeknek kell lenniük arra, hogy döntéseik indokai kiállják a nyilvános igazolás próbáját. Ennek ellenére senki sem tagadja, hogy az indokolás kötelezettsége a törvényhozó szerveket is köti, politikai felelőségük pedig éppúgy megköveteli az alkotmánynak megfelelő, mint

---

<sup>169</sup> DAMASKA *i.m.* 501.

a választói akaratot érvényesítő jogalkotást. A jogalkotó döntéseinek érvényességét azonban nem érinti, ha a mögöttes indokok nem kellően kifinomultak és adekvátak, ha az indokolás hiányos vagy elnagyolt, ha nem illeszkedik a korábbi döntések indokaihoz és ezért inkoherensnek bizonyul, vagy esetleg olyan érvekre támaszkodik, amelyek nem igazolhatóak nyilvánosan.

A bíróságok oldalán érzékelhető fokozott igazolási követelmény annak is köszönhető, hogy a jogviták konzisztens és következetes rendezése és ezzel együtt a jogszabályok koherens értelmezése döntő hatással van a jogi környezet kiszámíthatóságára, az egyéni cselekvések tervezhetőségére, az egyéni elvárások stabilitására, összefoglalva a jogbiztonságra. Kis János éppen ezt a konzisztenciát tekinti a bírói – és egyben az alkotmánybírói – döntések egyik legfontosabb erényének, amely erény egyben szigorú követelmény is. Csak akkor beszélhetünk konzisztens bírói gyakorlatról, ha az egyedi döntések egy ellentmondásmentes rendszert alkotnak, és illeszkednek abba a hálózatba, amelyet a korábbi döntések érvei alkotnak.<sup>170</sup> A lehetőség a korábbi gyakorlattól való eltérésre persze rendelkezésre áll, de ahhoz kifejezetten meggyőző indokok szükségesek.

Az alkotmánybíróságok igazolási kötelezettségének különösen magas szintjét az is alátámasztja, hogy döntéseik megváltoztatására csak egy nagyon szűk körben van lehetőség: ehhez tipikusan az alkotmány módosítása szükséges, amely rendszerint igen szigorú feltételekhez kötött. Ez azonban nem jelenti azt, hogy az intézmény érdemi alkotmányos kontroll nélkül működne. Az alkotmánybíróságok felelőségének legfőbb mércéje, hogy mennyiben képesek megfelelni a nyilvánosság kontrolljának. Az intézmény legitimitása leginkább akkor sérül, ha a közvélemény visszautasítja a testület által hivatkozott érveket. Kis szerint továbbá a nyilvános kritika teremti meg azt a lehetőséget, hogy a bírói döntéseket visszavezessék a demokratikus politika hagyományos csatornáinak közé. Az ítéletekről ugyanis a legtöbb fórumon vitatkoznak, politikai szereplők, jogtudósok és a polgárok egyaránt.<sup>171</sup>

Mindezek alapján beláthatjuk, hogy a nyilvános igazolásnak különösen nagy tétje van az alkotmánybíróságok esetében. Ezt a megfontolást tükrözi Rawls azon megállapítása is, amely szerint az alkotmánybíróságok a nyilvános igazolás tipikus fórumaiként működnek.<sup>172</sup> Egy jól berendezett politikai közösségben ugyanis – Rawls

---

<sup>170</sup> Kis [2000] *i.m.* 186.

<sup>171</sup> *I. m.* 187.

<sup>172</sup> Rawls [1993] *i.m.* 235

szerint – az alkotmányos felülvizsgálat jogával felruházott bíróságok gyakorlata kizárólag a nyilvános indokokhoz kapcsolódik. Az alkotmánybíróságok érvelése azért mutat szinte tökéletes átfedést a nyilvános igazolás indokaival, mert az érvelést meghatározó alkotmányos rendelkezésekben a politikai berendezkedés kereteit kijelölő politikai elvek jutnak kifejezésre. Ezekről az elvekről pedig az autoritás végső gyakorlóit, a politikai közösség tagjai jutottak egyetértésre, így azokat akár a többségi akarattal szemben is érvényesíteni kell ahhoz, hogy a napi politikai cselekvések autoritását biztosítani tudják. Az alkotmánybíróságok a nyilvános igazolás követelményének érvényre juttatása során tehát nem tesznek mást, mint meghúzzák a politikai hatalom legitím gyakorlásának határát. Ezeket a határokat a közösség tagjai az írott alkotmányban már korábban lefektették, a bíróságokat pedig az alkotmányos rendelkezések kiemelt státuszának biztosítására rendelték.

A jogszabályok alkotmányos felülvizsgálata ezért valójában arról szól, hogy a törvényhozás aktusai vajon tiszteletben tartják-e a közösségi cselekvés alkotmányos kereteit, azaz kiállják-e a nyilvános igazolás próbáját. Az alkotmánybírák figyelme a jogszabályokba foglalt kötelezés indokaira irányul, ezáltal pedig láthatóvá teszik, hogy milyen megfontolások irányították a jogalkotót a vizsgált jogi kötelezettség elrendelése során. Ez a lépés pedig egyfajta párbeszédet keletkeztet a jogalkotó és az alkotmánybíróság között, amely párbeszéd a döntés indokainak újragondolását követeli meg. Mattias Kumm például külön kiemeli, hogy az alkotmányos felülvizsgálat lényege a kérdés; a bíróságok ugyanis a kötelezettségeket megalapozó indokok koherenciájára kérdeznek rá.<sup>173</sup> Kumm számára éppen ezért igazolt az alkotmánybíróságok legitimitása: a bíróságok jó kérdéseket tesznek fel, amelyekkel rávilágítanak az autoritatív döntés valódi indokaira.

Az alkotmánybíróságok felülvizsgálati jogköre lényegében annak kiszűrésére irányul, hogy szerepet kaptak-e a politikai döntéshozatalban olyan indokok, amelyek nem igazolhatóak a nyilvánosság előtt. Az alkotmánybíróságok készen állnak arra, hogy korrigálják a parlamenti döntéshozatal hibáit, így hozzájárulnak ahhoz, hogy a lehető legszűkebb legyen azoknak a kollektív döntéseknek a köre, amelyek igazolhatatlan kötelezettséggel terhelik meg a közösség tagjait. Fontosnak tartom kiemelni, hogy ez az állítás nem abból az antipopulista érzületből táplálkozik, amelyet Larry Kramer a kortárs intellektuális elit, azon belül is az alkotmánybíráskodás támogatóinak szemére

---

<sup>173</sup> KUMM Mattias, *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, European Journal of Legal Studies, 2007/2, 16.

vet.<sup>174</sup> Úgy is érvelhetünk értelmesen az alkotmányos felülvizsgálat bírói formája mellett, hogy nem osztjuk a politikusokat érintő előítéleteket, és nem vagyunk szkeptikusak a demokrácia, a nép általi kormányzás működőképességével szemben. A politikai közösség tehet elővigyázatossági lépéseket azért, hogy elejét vegye a jövőben esetlegesen felmerülő törvényhozói tévedéseknek.<sup>175</sup> Ezek a lépések még nem azt jelzik, hogy pesszimisták vagyunk a törvényhozás teljesítményét illetően, és elutasítjuk azt az emberképet, amely az egyéneket – köztük a törvényhozókat – értelmes és felelős, autonóm morális cselekvőként ábrázolja. Az a tény, hogy valaki felelős morális cselekvőként hoz döntéseket, még nem jelenti azt, hogy csak jó döntéseket fog hozni. Az egyének, ezáltal pedig az egyének által működtetett intézményeink is tévedhetnek abban, hogy milyen indokok hivatkozhatóak igazolhatóan a nyilvános életünkre vonatkozó döntésekben. Az állami cselekvés akár olyan esetekben is alapjogaink sérelmét eredményezheti, amikor a hivatalos személyek az alapjogok iránti lehető legnagyobb tisztelettel, felelős döntéshozóként kívántak eljárni. A morális felelősség feltételezése még nem zárja ki a hibázás lehetőségét, ezért erre tekintettel kell eljárjunk az intézményes struktúra kialakítása során.<sup>176</sup>

Azt állítom tehát, hogy az alapjogok érvényesülése iránti fokozott igény igazolhatja a jogalkotás kontrolljaként funkcionáló alkotmánybíróság legitimitását, mivel az intézmény az alkotmányos felülvizsgálat során képes kiszűrni az autoritatív döntésekben megjelenő illegitim indokokat, ezáltal pedig korrigálni azokat az állami aktusokat, amelyek az alapjogok igazolhatatlan korlátozásával fenyegetnek. Alapvető jogaink többsége nem élvez abszolút védelmet, és meghatározott érdekekre tekintettel korlátozható. Vannak azonban olyan indokok, amelyek sohasem igazolhatnak jogi kötelezettségeket. Előítéletek, érzelmi reakciók, hitbéli meggyőződések, egyszerű preferenciák vagy konvenciók ugyanis sosem lehetnek az állami kötelezés legitim indokai. Mattias Kumm szavaival élve az ilyen megfontolások egyszerűen nem számítanak.<sup>177</sup>

Ezek a tényezők azonban, akár nyilvánosan, akár csak rejtett módon is, de befolyásolhatják a jogalkotók cselekvéseit, így szükség van egy olyan intézményre, amely felülvizsgálja azokat az indokokat, amelyekre a jogalkotó az autoritatív döntését

---

<sup>174</sup> KRAMER, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004, 241-246.

<sup>175</sup> Lásd FALLON *i.m.* 1727

<sup>176</sup> Lásd KAVANAGH *i.m.* 477-479.

<sup>177</sup> KUMM [2007] *i.m.* 19.

alapozta. Ezzel a feladattal pedig érdemes az alkotmánybíróságokat felruházni, mert ezek az intézmények kifejezetten a jogi kötelezettségek indokaira kérdeznék rá, igazolásra kényszerítve a nyilvános autoritásokat. A következőkben néhány példán keresztül bemutatom, hogy az előbbieken jelzett előnyök hogyan jelennek meg a magyar Alkotmánybíróság tevékenységében. Ezek a példák talán rávilágítanak arra, hogy miért is indokolt az alkotmányos felülvizsgálat bírói formájának támogatása.

#### **5.4.4. A nyilvános igazolás jelentősége – néhány példa a magyar alkotmánybírósági gyakorlatból**

Az Alkotmánybíróság egy 2011 végén hozott határozatában kimondta, hogy a védelemhez való jog igazolhatatlan korlátozását jelenti, ha bizonyos ügyekben az ügyész intézkedése alapján megtiltható az őrizetbe vett személynek, hogy a büntetőeljárás első negyvennyolc órájában érintkezzen az ügyvédjével.<sup>178</sup> Bár a védelemhez való jog korlátozható, a korlátozásnak csak kellően súlyos, alkotmányos indoka fogadható el. Az alkotmányellenesség megállapításából az következik, hogy azok az érvek, amelyeket a jogalkotó a javaslatához készített indokolásában megjelölt, majd a parlamenti vitában előadott, nem fogadhatóak el legitimként. A jogalkotó azzal magyarázta a korlátozó szabályozás szükségességét, hogy a hatékony ügyintézés megkívánhatja az általános eljárási szabályoktól való eltérést és olyan garanciák mellőzését, amelyek az eljárás indokolatlan és rosszhiszemű elhúzását teszik lehetővé.<sup>179</sup> Ezek az érvek azonban érezhetően az eljárás alá vont személyekkel szembeni előítéletre épültek, pontosan arra, hogy a gyanúsítottak visszaélnek a törvényben biztosított jogaikkal. Az előítéletek pedig, ahogyan már korábban jeleztem, sohasem igazolhatnak autoritativ döntéseket, és nem korlátozhatnak alapjogokat.

Egy következő ügyben az Alkotmánybíróság a közterület életvitelszerű használatát kriminalizáló jogszabályok felülvizsgálatát végezte el. A hajléktalanság társadalompolitikai kezelése nehéz feladat elé állítja a kormányzatokat. Vannak azonban olyan eszközök és megoldások, amelyek igazolhatatlan kötelezettséggel terhelik meg az érintett személycsoportot. Ilyen terhet jelent, ha egy jogrendszer a büntetőjog eszközeivel tilt olyan magatartásokat, amelyek legtöbbször a hajléktalan életforma

---

<sup>178</sup> 166/2011 (XII. 20.) AB határozat, ABH 2011, 1331.

<sup>179</sup> Lásd a T/3522-es országgyűlési törvényjavaslatához fűzött indokolás szövegének 20-21. oldalán. Elérhető: <http://www.parlament.hu/irom39/03522/03522.pdf>

elkerülhetetlen velejárói. Az alkotmányos felülvizsgálat során a testület arra a kérdésre kereste a választ, hogy van-e legitim, alkotmányosan igazolható indoka az egyéni szabadságot leginkább korlátozó eszközök alkalmazásának. „Az államnak minden egyén érdekét egyenlően kell mérlegelnie és a szabadságkorlátozást megfelelően, racionális érvekkel kell indokolnia. Jogszabály ezért akkor minősíthet egy magatartást egyéni jogot vagy közrendet sértőnek, következésképpen tilalmasnak, ha annak van megfelelő alkotmányos indoka.”<sup>180</sup>

Legitim indok hiányában magatartások büntetendővé nyilvánítása minden esetben önkényesnek bizonyul. A bíróság megállapította, hogy a jogalkotó által hivatkozott, a szabályozás indokoltságát megalapozó érvek nem felelnek meg a nyilvános igazolás követelményének, ezért a kötelezés nem tarthat igényt engedelmisségre a címzettek részéről. „Az, hogy a közterületnek az életvitelszerű lakhatásra való használata magában hordozza mások jogai sérelmének, a közrend megsértésének lehetőségét, nem tekinthető a büntetendővé nyilvánítás legitim indokának. A 176/2011. (XII. 29.) AB határozatában az Alkotmánybíróság rámutatott arra, hogy önmagukban a közrendre és köznyugalomra vonatkozó elvont alkotmányos értékek nem indokolhatják ilyen preventív jellegű szabálysértési tényállás megalkotását. „Ellenkező esetben ugyanis a közterületen zajló tevékenységek túlnyomó többsége szankcionálhatóvá válna, hiszen azok sok esetben zavaróan hatnak a városképre, a lakók közérzetére és többnyire zajjal járnak.” (ABH 2011, 615, 630.)”<sup>181</sup> Jól látható, hogy az Alkotmánybíróság vizsgálata egyfelől arra irányult, hogy feltárja és nyilvánvalóvá tegye a jogi kötelezettséget alátámasztó indokokat. Másfelől elvégezte a feltárt indokok értékelését is, és mérlegelte, vajon a szóban forgó érvek legitim módon igazolják-e az egyéni szabadság súlyos korlátozását. A bíróság arra a következtetésre jutott, hogy önmagában a közrendre, a köznyugalomra vagy a lakosok közérzetére való hivatkozás elfogadhatatlan, és nem olyan érv, amely magatartások kriminalizálását – anélkül, hogy a magatartás sértené mások jogát vagy kárt okozna – indokoltá teszi. Ebben a döntésében a bíróság láthatóan újra megnyitotta a hajléktalanság kezelésére vonatkozó politikai diskurzust, és jelezte a nyilvánosság felé, hogy melyek azok az indokok, amelyek egy racionális vitában nem hivatkozhatóak, mert nem tartják tiszteletben a nyilvános igazolás követelményét.

Az előbbiekhöz hasonló funkciót töltött be az Alkotmánybíróság akkor is, amikor megsemmisítette a választójog gyakorlását általánosságban előzetes feliratkozáshoz

---

<sup>180</sup> 38/2012 (XI. 14.) AB határozat, ABH 2012, 666.

<sup>181</sup> 38/2012 (XI. 14.) AB határozat, ABH 2012, 669.

kötő jogszabályi rendelkezéseket. A bírói testület rámutatott arra, hogy sem a felelős és tudatos állampolgári magatartás elősegítése, sem a személyi adat- és lakcímnnyilvántartás javítására irányuló törekvés nem szolgálhat a választójog gyakorlását súlyosan korlátozó rendelkezés legitim indokául.<sup>182</sup> Ezen felül a testület a jogkorlátozás olyan indokát – a választójog egyenlőségét – is vizsgálat alá vonta, amelyre a jogalkotó explicit módon nem hivatkozott ugyan, ám amely esetlegesen alátámaszthatta volna a szabályozást. És bár a törvényi előírás ez utóbbi érvre tekintettel is megalapozatlannak bizonyult, ez a hozzáállás is mutatja, hogy a bíróságok nem korlátozzák a figyelmüket a jogalkotó által előadott igazolás ellenőrzésére: igyekeznek pontosan kijelölni a nyilvános igazolás kereteit és megtalálni a jogi kötelezettségek legjobb igazolását.

#### **5.4.5. Az alkotmánybíráskodás hatása a politikai deliberációra**

Az előbbi döntések az alkotmánybíráskodás legitimitása melletti további érvekre is rámutatnak. Az alkotmányos felülvizsgálat bírói formájának egyik erénye, hogy javítja a nyilvános vita színvonalát, és formálja a politikai szereplők és a polgárok gondolkodásmódját, érvelési kultúráját. Rawls is kiemeli, hogy az alkotmánybíróságok működése kedvező hatást gyakorol a nyilvános vita minőségére, mivel a bírák minden esetben átgondolt és racionális értelmezését adják az alapvető politikai elveinknek. Az alkotmánybíróságok gyakorlatához így egy sajátos nevelő funkció is kapcsolható: a közösség tagjai a döntéseken keresztül sajátíthatják el azokat a követelményeket, amelyeket a kulturált és racionális vita megkíván.<sup>183</sup> Az alkotmánybíróságok különösen figyelnek arra, hogy döntésüket egy diszkurzív folyamatban, az érvek és ellenérvek ütköztetésével állítsák elő. Ismét visszatérünk tehát ahhoz a képhez, hogy az alkotmányos felülvizsgálat a párbeszéd egy sajátos formájaként értékelhető, ahol a bírák olyan érveket és megfontolásokat is bevonnak a vizsgálódásba, amelyeket a törvényhozók esetleg figyelmen kívül hagytak a parlamenti vita során. Az a tény, hogy a bírák gyakran egy egészen más logikát és egy eltérő perspektívát vonnak be az alkotmányos viták kezelésében, jó eséllyel mozdítja elő a politikai deliberáció sikerét.

A bírói érvelési struktúra előbbi erényeit azonban nem övezi osztatlan egyetértés a jogirodalomban. Sőt, az alkotmánybíráskodás megrögzött kritikusai szerint a bírói

---

<sup>182</sup> 1/2013. (I. 7.) AB határozat, ABH 2013, 62, 63.

<sup>183</sup> RAWLS [1993] *i.m.* 239-240.

jogértelmezés privilegizálása nemhogy javítja, hanem egyenesen rontja a nyilvános vita színvonalát, mert a reprezentatív intézmények visszavonulásához vezet olyan területeken is, ahol a felelős és megfontolt politikai cselekvés az állampolgári részvételen alapuló intézmények közreműködését is igényelné. Ezek a félelmek arra a feltételezésre épülnek, hogy a bírói kontroll jelenléte mérsékli a törvényhozók elkötelezettségét és morális felelősségét az alkotmányértelmezés terén, annak tudata ugyanis, hogy végső soron úgyis a bíróságok alkotmányos koncepciója jut érvényre, a törvényhozók és az őket felhatalmazó polgárok érdekeltségének és politikai aktivitásának lassú erodálásához vezet.<sup>184</sup> Mindebből pedig azt a következtetést vonhatjuk le, hogy a bírói perspektíva dominanciája kedvezőtlen hatással van a politikai deliberációra. De miben is nyilvánul meg ez a káros befolyás? Részben abban, hogy a törvényhozók közömbössé válnak a javasolt szabályozás alkotmányos dimenziói iránt, mert pontosan tudják, hogy a bírói felülvizsgálat kiszűri az esetleges alkotmányellenes elemeket. Részben pedig abban, hogy a parlamenti viták – amelyek a nyilvános politikai beszéd kiemelt fórumaiként működnek – immár nem közvetlenül az igazságosságról, hanem elsősorban a legalitásról szólnak. Azaz a képviselők kevésbé merülnek el az alkotmány tartalmáról folyó őszinte diskurzusban, és inkább azzal kalkulálnak, hogy megfeleljenek az alkotmánybíróságok által kimunkált jogi doktrínáknak – amelyek egy jövőbeni bírósági eljárás során a szabályozás alkotmányosságának mércéiként szolgálnak.

Mark Tushnet szerint azonban hatalmas hiba a törvényhozás logikáját a bíróságok által érvényesített dogmatikai konstrukciókba kényszeríteni. Az amerikai

---

<sup>184</sup> Erre a veszélyre James Bradley Thayer már a XIX. század végén felhívta a figyelmet az Egyesült Államokban a bírói felülvizsgálat eredetéről és terjedelméről szóló előadásában. Thayer szerint az amerikai alkotmányos hagyományból a politikai autoritás megosztásának olyan koncepciója következik, amely az alkotmány tartalmának meghatározását elsődlegesen és elsősorban a törvényhozó feladataként jelöli meg. Ebből következően a bíróságok törvényfelülvizsgálati jogkörét szűken kell értelmeznünk: az csak olyan esetekre terjed ki, amikor az alkotmánysértés ténye olyannyira nyilvánvaló, hogy nem hagy maga után ésszerű kétséget egyetlen értelmes állampolgár számára sem. A bíróságok funkciója tehát csupán arra korlátozódik, hogy kijelöljék az ésszerű kormányzati cselekvés határait, és közbelépjenek, ha a jogalkotó átlépte a szóban forgó határt. Thayer ezzel összefüggésben figyelmeztet arra a veszélyre, amelyet a bírói felülvizsgálat indokolatlan kiterjesztése jelenthet a törvényhozás teljesítményére nézve. A szigorú bírói kontroll következtében a jogalkotók ugyanis hajlamosak elfeledkezni arról, ami valójában alkotmányos felelősségük lényege: hogy az igazságosságra vonatkozó megfontolásaik birtokában vitatkozzanak a közösségi cselekvések megfelelő tartalmáról. Ez a folyamat pedig a kormányzati szakértelem fokozatos erodálásához vezet.

Thayer gondolatainak érvényessége mára semmit sem kopott; sőt, megközelítése a kortárs alkotmányjogi diskurzus egyik fontos irányvonalát képezi a bírói felülvizsgálat terjedelméről szóló vitában. Azok a szerzők ugyanis, akik a bírói önkorlátozás szükségességét hirdetik az alkotmányértelmezés terén, érveik megalapozását leginkább Thayer több mint egy évszázados alkotmányelméletében látják. (Lásd bővebben: THAYER, James Bradley, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Harvard Law Review, 1893/3, 129-156.)

kongresszusnak ugyanis nem arról kell párbeszédet folytatnia, hogy mit követel a minimális racionalitás egy szociális intézkedés bevezetése során, hanem sokkal inkább arról, hogy milyen szabályozás valósítja meg a legigazságosabb megoldást.<sup>185</sup> Úgy vélem, Tushnet alapvető tévedése abban áll, hogy hamis képet fest a bírósági érvelés természetéről. A vita, legyen az a parlamenti plénum, vagy egy bírósági testület előtt, minden esetben az alkotmányról és a politikai igazságosság követelményeiről szól. A törvények felülvizsgálata során a bíróság pusztán alkotmányos követelményeket érvényesít, olyanokat, amelyek egy-egy alkotmányos alapelvben benne foglaltatnak, és amelyeknek minden jogszabálynak meg kell felelniük. A bíróság olyan követelményekre kérdez rá, amelyek esetlegesen elkerülték a jogalkotó figyelmét – így például arra, hogy a javasolt intézkedésbe foglalt megkülönböztetésnek van-e ésszerű alapja. Ez a kérdés sem szól másról, mint amiről a parlament vitázik: arról, hogy mit követel az egyenlőség alkotmányos elve.

Tushnet kritikája pedig azért is tűnik megalapozatlannak, mert a tapasztalatok azt mutatják, hogy a legfontosabb alkotmánybírósági döntések lendületet adnak a politikai vitáknak.<sup>186</sup> Az Egyesült Államokban a Roe v. Wade ügy<sup>187</sup> hatására megélné a politikai párbeszéd az abortusz szabályozásáról, és az elmúlt évek egyik legnagyobb horderejű határozata, a Heller döntés<sup>188</sup> sem jelentette a fegyvertartásról folyó diskurzus végét; inkább csak előtérbe tolt a problémát. Kanadában a bíróságok egyenlőség-felfogása pedig alapvetően változta meg a kormányzati hozzáállást az azonos neműek jogi státuszának rendezését illetően.<sup>189</sup>

A bírói alapjogvédelem kiemelt jelentősége tükröződik abban, ahogyan a kanadai bíróságok élen jártak az azonos nemű párok jogegyenlőségének előmozdításában. Kanadában a politikai szereplők többsége hosszú ideig ragaszkodott a házasság common law fogalmához, amely az intézményt egy férfi és egy nő együttélésére korlátozta, amíg nem Ontario fellebbviteli bírósága 2003-ban hozott ítéletében

---

<sup>185</sup> TUSHNET [1999] *i. m.* 61.

<sup>186</sup> CROSS, *i. m.* 1601.

<sup>187</sup> Ez a döntés alkotmányellenesnek találta Texas állam azon szabályát, amely a terhes nő életének megmentése érdekében elvégzett abortusz kivételével bűncselekménynek nyilvánította a terhességmegszakítás valamennyi formáját. A bíróság kimondta továbbá, hogy a nőnek a terhesség megszakítására vonatkozó döntését alkotmányos védelem illeti meg, de ez a védelem nem abszolút. (Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973))

<sup>188</sup> A többségi döntés szerint a 2. alkotmánykiegészítés értelmezéséből az következik, hogy a fegyverviselés joga nem kötődik kizárólag fegyveres szolgálat ellátásához, hanem elsősorban önvédelmi célokat szolgáló egyéni jogot deklará, amely valamennyi amerikai állampolgárt megillet. Emiatt sérti a fegyverviselés jogát az az állami szabályozás, amely többek között megtiltja, hogy az egyének otthonaikban kézfegyvert tartsanak. [District of Columbia v. Heller 554 U. S. 570 (2008)]

<sup>189</sup> Lásd HIEBERT *i. m.* 211-212.

érvénytelennek nyilvánította a házasság ilyen szűk meghatározását, és a Kanadai Alapjogi Karta 15.§-ában biztosított egyenlőségi jogra tekintettel kiterjesztette azt az azonos neműekre is.<sup>190</sup> A bírói fórum érvelése szerint sem a gyermekvállalás és a gyermeknevelés ösztönzése, sem a különmű egyének egyesítésének és társas együttélésének elősegítése nem jelent olyan nyomós és lényeges szabályozási célt, amely indokolná a tradicionális házasságfogalom megőrzését. Az előbbi célokat ugyanis nem rontja le a házasságkötés lehetőségének kiterjesztése az azonos neműekre. Emellett a házasság a kanadai politikai közösség egyik legalapvetőbb intézménye, amely komoly társadalmi elismerést és előnyöket biztosít azoknak a pároknak, amelyek ezt a kapcsolati formát választják. Az azonos neműek elzárása a házasságkötés lehetőségétől csak fenntartja és megerősíti azt a vélekedést, hogy az ilyen kapcsolatok nem hordoznak magukban ugyanolyan értéket, és nem érdemelnek ugyanolyan elismerést, mint amely a különmű párok együttélését megilleti. Ez a döntés – és több, hasonló tartalmú bírósági ítélet is – lépéskényszerbe hozta a kormányzatot, amely immár nem halogathatta tovább a hagyományos házasságfogalom revízióját. A kabinet az előterjesztett törvényjavaslatról azonban alkotmányossági kontrollt kért a kanadai Legfelső Bíróságtól. A legmagasabb szintű bírói fórum kimondta, hogy a házasság fogalmának kiterjesztése az azonos nemű párkapcsolatokra nem hogy nem sérti a Karta rendelkezéseit, hanem egyenesen következik annak 15.§-ből.<sup>191</sup> A bíróság véleményére tekintettel Kanada 2005-ben jogilag elismerte az azonos neműek házasságát. Ezt a változást pedig, amelyet tehát elsődlegesen a bíróságok alapjogvédő megközelítése idézett elő, egy emberi jogi perspektívából csak kedvezően értékelhetjük.

Ha igazolni akarjuk, hogy az alkotmánybíráskodás valóban kedvező hatással van a vitakultúrára, elég csak szemügyre vennünk a magyar Alkotmánybíróság néhány jelentős döntését, így többek között a szólásszabadság, az abortusz vagy az eutanázia szabályozását érintő határozatokat. Ezek a döntések hosszú évtizedekre előre kijelölték a diskurzus kereteit, meghatározták annak legfőbb kérdéseit, és ezáltal olyan irányba terelték az alapjogainkat övező vitákat, amelyek egy értelmes és nyitott, érzékeny és felelősen gondolkodó közösségtől elvárhatóak. Az Alkotmánybíróságnak köszönhetjük ugyanis, hogy olyan érzékeny kérdésekről, mint az abortusz vagy az eutanázia, nem érzelmek alapján, hanem az emberi élet és méltóság, vagy az önrendelkezési jog

---

<sup>190</sup> Halpern v. Canada (Attorney General), [2003] 65 O.R. (3d) 161 (C.A.)

<sup>191</sup> Reference re Same-Sex Marriage [2004] 3.S.C.R. 698

fogalmi keretei között vitatkozunk.<sup>192</sup> Szintén a testület működésének erénye, hogy a szólásszabadság a politikai közösség olyan értékévé vált az elmúlt évtizedekben, amely kiemelt védelmet élvez, és csak különösen nyomós érvekre tekintettel korlátozható.

Mindezek az előnyök azt jelzik, hogy az alkotmánybíráskodás igazolása során komolyan építhetünk az instrumentális argumentumokra, és beláthatjuk, hogy az intézmény legitimitását a bírói döntéshozatal eredményeire vonatkozó normatív megfontolások is támogatják. Arra a következtetésre jutottunk ugyanis, hogy az alkotmánybíráskodás egyik legfontosabb előnye, és igazolásának egyik tartópillére, hogy működése a közösségi döntéshozatal és a nyilvános deliberáció színvonalának javulását eredményezi, és ezzel együtt a helyes és igazolható politikai döntések valószínűségét növeli.

## **6. Következtetések**

Az „új konstitucionalizmus” az amerikai alkotmányos hagyomány jegyeit viseli magán. Amíg azonban az Egyesült Államokban a bírói hatalom alakította ki az alkotmányos felülvizsgálat intézményét, addig a modern alkotmányok már tipikusan maguk rendelkeznek az alkotmánybíráskodás intézményesítéséről. Kérdés azonban, hogy változik-e az igazolási szituáció az utóbbi esetben, amikor egy olyan intézmény legitimitását vizsgáljuk, amely az alkotmányozók politikai akaratának következtében vált az alkotmányos struktúra részévé. Megoldódik-e a legitimitás-probléma akkor, ha az alkotmány maga mondja ki a jogszabályok alkotmányos felülvizsgálatának lehetőségét?

Úgy gondolom, hogy a legitimitás-kérdést akkor és ott is indokolt feltennünk, amikor és ahol az alkotmány maga konstituálja az intézményt. Önmagában az a tény, hogy a többség egy intézményt belefoglal az alkotmányba, még nem jelenti azt, hogy annak az intézménynek a legitimitása biztosított. Csak akkor mondhatnánk ezt, ha osztanánk azt az álláspontot, hogy a politikai legitimitás egyedüli és kizárólagos mércéje a részvétel elve. De ezt a megközelítést a dolgozat során már elvettem. Éppen

---

<sup>192</sup> Úgy vélem, hogy a testület érveléséből következő előnyöket még akkor sincs indokunk megkérdőjelezni, ha egyébként elismerjük, hogy a bírák a határozatokban olyan dogmatikai konstrukciókra is támaszkodtak, például az emberi élet és méltóság egységének és korlátozhatatlanságának doktrínájára, amelyek sok szempontból problematikusnak bizonyultak, és néhol nehezítették ezen súlyos morális dilemmák megoldását.

ezért marad jelen az intézményes probléma ma is, amikor a bírói felülvizsgálat a legtöbb politikai rendszerben már alkotmányos elismerést nyert.

Ebben a fejezetben amellett érveltem, hogy a bírói felülvizsgálat nem ellentétes a demokrácia eszméjével, és a politikai legitimitás legfontosabb kritériumaira tekintettel igazolható. Egy olyan intézményi struktúra, amely ismeri az alkotmánybíráskodást, normatív szinten feltétlenül vonzó alternatíváját jelentheti a parlamenti szuverenitás elvéhez ragaszkodó politikai rendszereknek. Azt azonban nem állítom, hogy az alkotmányosság vagy a jogállamiság elvéből szükségszerűen következne, hogy a politikai hatalomgyakorlás normatív korlátainak érvényesítésével a bíróságokat kellene felruháznunk.<sup>193</sup>

Az intézményes berendezkedés legjobb formáját illetően ugyanis nincs egyetlen, általánosan érvényes válasz.<sup>194</sup> Ebben a kérdésben az alkotmányosság fogalma sem nyújt eligazítást, ezért nem osztom azt az álláspontot, amely szerint az alkotmánybíráskodás a liberális demokráciák intézményes berendezkedésének megkerülhetetlen eleme.<sup>195</sup> Úgy vélem, hogy a liberális demokrácia fogalma nem kötődik egy meghatározott intézményes szerkezethez. Az intézményes berendezkedés alkotórészei, közöttük az alkotmánybíráskodás, igazolásra szorulnak. „(...)Az alkotmánybíróság igazolásának azon kell nyugodnia, hogy a bíróság döntéseinek

---

<sup>193</sup> Ezt az extrém pozíciót foglalta el már az 1930-as években is Charles Howard McIlwain, aki szerint a bírói felülvizsgálat intézménye nem az amerikaiak találmánya, ugyanis a kormányzati hatalommal szembeni korlátok érvényesítésének bírói formája valójában egyidős az alkotmányosság eszméjével, inherensen benne rejlik az alkotmányosság fogalmában, így nem is volt kérdéses annak létrehozása az Egyesült Államokban. (Lásd MCILWAIN, Charles Howard, *Constitutionalism and the Changing World: Collected Papers*, Cambridge University Press, London, 1969, 278.) Az alkotmányelmélet kortárs képviselői közül hasonló álláspontra helyezkedik Trevor Allan, aki szerint a liberális demokráciák jogfelfogása és a joguralom eszméje implikálja a bírói felülvizsgálat intézményét. Allan szerint még írott alkotmányra sincs szükség ahhoz, hogy elismerjük a bíróságok autoritását az alapjogok védelme terén. Ennek az állításnak az alátámasztásaként Allan többek között a brit alkotmányos hagyományra hivatkozik, ahol véleménye szerint, explicit alkotmányos hivatkozás nélkül is elismerik a politikai hatalom alkotmányos korlátait és ezeknek a korlátoknak a bírói úton való kikényszeríthetőségét. (Lásd bővebben ALLAN, Trevor R. S., *Constitutional Justice: a Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.)

<sup>194</sup> Lásd GOLDSWORTHY, Jeffrey, *Homogenizing Constitutions*, Oxford Journal of Legal Studies, 2003/ 3, 496.

<sup>195</sup> A kortárs magyar alkotmányjogi gondolkodásban gyakori az a nézet, hogy az alkotmánybíráskodás szükségszerű eleme a demokratikus intézményrendszernek. Ez egyértelműen kiolvasható Miklósi Zoltán írásából is. „Az itt kifejtettek alapján új alkotmány bevezetésekor az alkotmányozó szabadon dönthet arról, milyen intézményben valósuljon meg az alkotmányossági felülvizsgálat. Választhatja az elkülönült alkotmánybírói modellt vagy az integrált modellt, de nem választhatja azt, hogy egyáltalán ne legyen alkotmányos felülvizsgálat.” (MIKLÓSI Zoltán, *A többség és az alkotmány*, Buksz: kritikai írások a társadalomtudományok köréből, 2010/2., 137.) De hasonló álláspont körvonalazódik Somody Bernadette hozzászólásából is a Fundamentum 2011/1. számának 50. oldalán, az Alkotmányozás címet viselő Fórum rovatban.

helyessége vagy eljárásának méltányossága miatt fölényben áll a törvényhozóval szemben.”<sup>196</sup>

Elsőként azt mutattam meg, hogy a procedurális érvek sem a törvényhozás eljárását tüntetik ki. Egyfelől azért nem, mert a politikai egyenlőség waldroni felfogása érzéketlen a preferenciák intenzitása és a döntés előnyeinek és hátrányainak megosztása iránt. Álláspontom szerint az alkotmánybírósági döntéshozatal alkalmasabb a morális tagságon alapuló egyenlőség-felfogás érvényesítésére. Egy olyan döntéshozatali eljárás, amelyben a bíróság korrigálhatja a kisebbségbe szorult szavazók erős preferenciáit figyelmen kívül hagyó parlamenti döntéseket, méltányosabbnak bizonyul a kizárólag a törvényhozás eljárására épülő döntéshozatali struktúrájánál.

Másfelől azzal érveltem, hogy az alkotmányra vonatkozó döntéshozatalt érdemes a bíróságok és a politikai szereplők közötti dialógusként felfognunk.<sup>197</sup> Ez a dialogikus megközelítés azt jelzi, hogy az alkotmányos rendelkezések tartalmának meghatározásában a bíróságok nincsenek monopolhelyzetben. A politikai intézmények egy közös, deliberatív vállalkozás egyenrangú szereplői, és megosztják a politikai döntésekért viselt felelősséget egymás között. Az egyes intézmények különböző irányból közelítenek az alkotmányjogi problémákhoz, a különböző perspektívák és intézményes eljárások sajátosságaiból pedig igen komoly előnyök származhatnak a politikai döntéshozatal kimenetelét illetően.<sup>198</sup> Az intézmények közötti intenzív párbeszéd ugyanis azzal a reménnyel kecsegtet, hogy végső soron jobb és igazolhatóbb döntésekhez jutunk. De mi is a szerepe az alkotmánybíróságnak ebben a többszereplős deliberatív vállalkozásban? Az alkotmánybíróságra érdemes úgy tekintenünk, mint egy vétőhatalomra, amely olyan esetekben kap szerepet a jogalkotási folyamatban, amikor a politikai szereplők megsértik a nyilvános igazolás kötelezettségét.<sup>199</sup> A bíróságok a politikai cselekvések alkotmányjogi dimenzióira fókuszálnak, és figyelmeztetik a jogalkotót, ha a döntések az alapjogok igazolhatatlan korlátozását eredményezik.

---

<sup>196</sup> Lásd GYÖRFI [2012] *i. m.* 52.

<sup>197</sup> A politikai döntéshozatal dialogikus megközelítése egyre népszerűbb. Drinóczi Tímea mutat rá arra, hogy a fogalom eredetileg a common law jogrendszerekből származik, ahol az alkotmányra vonatkozó döntéshozatalt – elsősorban a bírói felülvizsgálatot érintő legitimációs problémák ellensúlyozása érdekében – a bíróság és a törvényhozás közötti interakcióként ábrázolták. Mára azonban az „alkotmányos dialógus” kifejezést az intézmények és a politikai szereplők közötti együttműködés számos formájának leírására használják. (Lásd DRINÓCZI Tímea, *Constitutional dialogue theories – extension of the concept and examples from Hungary*, Zeitschrift für öffentliches Recht, 2013/1, 87-100.)

<sup>198</sup> Lásd BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, Brooklyn Law Review, 2006/3., 1170.

<sup>199</sup> Lásd KUMM [2009] *i. m.* 305.

Jeremy Waldron egy ideális állapotból indult ki a legjobb intézményes berendezkedés igazolása során.<sup>200</sup> Nem kell azonban szkeptikusnak lennünk a törvényhozás teljesítményét illetően ahhoz, hogy indokoltnak lássuk egy további vétómechanizmus beillesztését a politikaalkotás folyamatába. Az alkotmánybíráskodás intézményesítésével ugyanis minimalizálhatjuk a jogsértő állami fellépések körét. Ez az igény pedig tökéletes összhangban van azzal a követelménnyel, amelyet egy legitim alkotmányos berendezkedéssel szemben támaszthatunk.

---

<sup>200</sup> WALDRON [2006] *i. m.* 1359-1369.

### **III. Alapjogi konfliktusok a bíróságok előtt**

#### **1. Az arányossági vizsgálattal összefüggő alapkérdések**

Az arányossági vizsgálatot a dolgozat elején olyan mérceként definiáltam, amelyet az alapjogi viták eldöntésére felhatalmazott bíróságok az alapjog-korlátozás alkotmányosságának megítélése során alkalmaznak. Ebben a fejezetben közelebbről is megvizsgálom, hogy milyen gyakorlatot jelöl ez a fogalom. A fogalmi elemzés keretei között elsősorban arra a kérdésre koncentrálok, hogy mi a viszony az arányosság és a mérlegelés fogalma között. E két kifejezés hasonló döntési szituációkhoz kapcsolódik, olyan esetekben bukkan fel, amikor a bíróságoknak alapjogi vitákban kell döntést hozniuk. Éppen ezért alaposabb vizsgálatot igényel, hogy mi magyarázza, és indokolt-e megőrizni e fogalmi megkülönböztetést. Ez a vizsgálat egyben arra a kérdésre is választ ad majd, hogy van-e az alapjogokkal összefüggő érvelésnek valamilyen általános szerkezete, amely alkalmas a legtöbb mérlegelési gyakorlat adekvát leírására.

Ebben a fejezetben annak is utánajárok, hogy mi lehet az oka az arányossági vizsgálat térhódításának az alkotmánybíróságok gyakorlatában. Az arányosságot gyakran úgy ábrázolják, mint amely a lehető legjobb struktúrát nyújtja a bíróságok számára az alapjogi konfliktusok feloldásához. Ebben a megközelítésben implicit módon benne rejlik egy olyan szemlélet, amely az arányossági vizsgálatra csak egyfajta eszközként tekint, amelyet a bíróságok kifejezetten azzal a céllal alkalmaznak, hogy szabályosságot és racionalitást invesztáljanak az ítélkezési folyamatba. Amiről ugyanis az alkotmánybíróságoknak gyakran dönteniük kell, az nem más, mint annak megállapítása, hogy egymással nehezen összemérhető alkotmányos elvek közül melyiket illeti meg elsőbbség. Mivel az alkotmányos elvek közötti mérlegelés folyamata – tekintettel az egzakt mérce hiányára – fokozottan ki van téve a szubjektivitás és az önkényesség vádjának, egy olyan eljárás, amely meghatározott szerkezetbe kényszeríti az érvelést, hozzájárulhat az előbbi vádak eloszlatásához. Az arányosság alkalmazása tehát, úgy tűnik, hatással van az alkotmányos felülvizsgálat igazolási procedúrájára is. Az intézmény legitimitásával összefüggésben előszeretettel artikulált probléma ugyanis részben abban a feltételezésben rejlik, hogy a bírák saját, szubjektív morális

meggyőződéseiket erőltetik rá az egyénekre, és ez az alkotmánybíróságok demokratikus legitimitásának korlátozottsága okán semmilyen körülmények között sem lehet igazolható. Érdekes tehát körbejárni azt a kérdést is, hogy miként kapcsolódik össze az alapjogi mérlegelés és az alkotmánybíráskodás igazolásának kérdése. Célkitűzésemet azonban nem korlátozom pusztán az arányosság intézményelméleti relevanciájának megvilágítására. A doktrína ugyanis az elmúlt évtizedekben olyan gyakorlatokban is az alapjogi érvelés központi struktúrájává vált, amelyek kevésbé szorultak rá a bírói felülvizsgálat igazolására. Így arra kell következtetnünk, hogy az arányosságnak nemcsak instrumentális, hanem inherens értékei is feltárhatóak. Robert Alexy például azt állítja, hogy az arányossági vizsgálat konceptuális szükségszerűséggel következik az alapjogok elméletéből. Ez nem jelent mást, mint annak elismerését, hogy a mérlegelésen kívül nincs más módszer, amely képes lenne kezelni az alapjogok ütközéséből következő gyakorlati problémákat. Sőt, Alexy elmélete azt is magában foglalja, hogy az arányossági struktúra pontos és következetes alkalmazásával minden esetben a legjobb döntéshez fogunk eljutni. Azt is megvizsgálom tehát, hogy mennyiben tarthatók ezek az állítások. Létezik-e más módszer, amely hasonlóan sikeresnek bizonyulhat az alapjogok ütközésének eldöntése során? És az arányosság mint analitikai struktúra követése önmagában szavatolja-e a helyes és igazolható döntést? A kérdések tehát nagyjából körvonalazódtak. A válaszok megfogalmazásához abban a reményben látok hozzá, hogy a gondolkozás végére eljutok a mérlegelés fogalmának definiálásához, és annak meghatározásához, hogy milyen szerepet játszik a mérlegelés az alapjogok védelmében.

## **2. A mérlegelés fogalmi megközelítései**

A mérlegelés (balancing) az alkotmányjogi diskurzusok egyik gyakran hivatkozott kifejezése, jelentéséről azonban nem alakult ki egyetértés a szakmai-tudományos közbeszédben.<sup>201</sup> A mérlegelés fogalmához többfajta tartalmat is társíthatunk, amelyek attól függően változnak, hogy milyen jogi kultúrában és milyen gyakorlathoz kapcsolódva alkalmazzuk a kifejezést.

Ebben a dolgozatban a mérlegelés az alapjogokkal összefüggő bírói ítélkezéshez kötődő fogalomként jelenik meg, így a definiálási kísérlet egy partikuláris gyakorlat

---

<sup>201</sup> ALEINKOFF *i.m.* 943.

fogalmi keretei között mozog. Ez a leszűkített gondolkodási keret pedig több olyan tartalmat is kizorít a rivális felfogások közül, amelyek részben vagy egészben a jogtudományi beszéd révén kapcsolódtak össze a mérlegelés fogalmával, ám mégsem azonosíthatóak azzal a jelentéssel, amelyet ebben a dolgozatban használok. Így többek között félreteszem azt a megközelítést, amely a mérlegelésben a gyakorlati érvelésnek azt az általános sajátosságát látja, hogy cselekvéseinket a releváns gyakorlati indokok összevetésével választjuk ki és igazoljuk magunk és mások előtt.<sup>202</sup> A helyes cselekvés meghatározása ugyanis elkerülhetetlenül implicálja a cselekvésre vonatkozó gyakorlati indokok mérlegelését. És bár az alapjogok ütközése során valójában arról döntünk, hogy a releváns gyakorlati indokok közül melyiket alkalmazzuk a vizsgált cselekvés értékelésére, ez a megközelítés túlzottan általános ahhoz, hogy a dolgozatban kitűzött célok teljesítéséhez kiindulási alapot jelentsen. Szintén kikerül az értelmezési keretből a jogi döntéshozatal azon általános jellemzője, amely a jog gyakorlati filozófiai megközelítése miatt már a gyakorlati érvelés esetében is meghatározónak bizonyult: az a sajátosság, hogy valamely jogi állítás igazolása – azaz a cselekvésigazolás – az egymással versengő indokok súlyozását követően áll a rendelkezésünkre. Mind a laikus, mind a jogtudományi szóhasználatban elterjedt ugyanis az a megközelítés, hogy a jogi döntéshozók – legyenek azok jogalkotók vagy jogalkalmazók – az érvek és ellenérvek mérlegelését követően jutnak el egy jogi proposíció megfogalmazásához. Két további, az előbbieknél specifikusabb jelentésváltozatot is fontos kizárnunk az értelmezési tartományból. A jogi nyelvben a mérlegelés kifejezést előszeretettel alkalmazzák arra a folyamatra, amikor a bíró vagy más hivatalos személy a tényállás megállapítása során értékeli a rendelkezésre álló bizonyítékok meggyőző erejét és súlyát. Sőt, a büntetéskiszabás sajátossága, hogy a bíró arányos büntetés elrendelésére törekszik; ezt a folyamatot is gyakran jelölik a mérlegelés kifejezéssel. Ezeket a definíciókat azonban szintén figyelmen kívül hagyom.

Tekintettel az előbbieken jelzett megszorításokra, a mérlegelés definiálásánál csak azokat a megközelítéseket veszem számba, amelyek az alkotmányjogi döntéshozatallal összefüggésben kísérelnek meg mondani valamit a mérlegelésről. Ezek a kísérletek is rendkívül széles skálán mozognak, ezt jelzi, hogy a fogalmat többféle tartalommal azonosítják, és eljárásaként, jogi doktrínaként, érvelési keretként vagy értelmezési módszerként is egyaránt említik. Az alapjogokkal összefüggő bírói érvelés

---

<sup>202</sup> TSAKYRAKIS, Stavros, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, International Journal of Constitutional Law, 2009/3, 469.

esetében is kétfajta – egy tágabb és egy szűkebb – megközelítése ismert a mérlegelésnek.

A tágabb megközelítés szerint a kifejezéssel azt az eljárást jelölik, amelyben a törvényhozás alkotmányos felülvizsgálatára rendelt bírói testület abban a kérdésben foglal állást, hogy igazolható-e a nyilvános autoritás olyan aktusa, amely valamely alkotmányos alapjog korlátozásához vezet. Ebben a megközelítésben a mérlegelés során az alapjog-korlátozás alkotmányosságának megítélése a tét. Ez a klasszikusnak tekinthető megközelítés az eljárás jellegadó vonásának azt az analitikai struktúrát tekinti, amely az alkotmányossági vizsgálat egyes lépéseinek megadásával egy meghatározott szerkezetbe, keretbe illeszti a döntéshozatal menetét.

Létezik azonban az alapjogi mérlegelésnek egy szűkebb értelmezése is. Ez a korlátozottabb hatókörű alternatíva a mérlegelés kifejezéssel nem azt a teljes és összetett gondolati-logikai folyamatot jelöli, amelyben a bíró a probléma felvetésétől egészen a konklúzió levonásáig eljut, hanem az eljárásnak csak azt a szakaszát tekinti mérlegelésnek, amelyben a bíró az alapjog korlátozásából fakadó előnyök és hátrányok összevetését végzi el. Ilyen esetben a bírónak arról kell döntenie, hogy az alapjog korlátozásából fakadó előnyök meghaladják-e az azzal járó terheket. A mérlegeléssel összefüggő alkotmányjogi diskurzusban általában három kérdésre irányul figyelem: Ki mérlegeljen? Mit mérlegeljünk? Hogyan mérlegeljünk? A dolgozat következő szakaszaiban ezekre a kérdésekre kívánok válaszolni.

### **3. Kinek a feladata a mérlegelés?**

Amikor hozzáálltam az alapjogi konfliktusok bírói megoldásának vizsgálatához, rögtön beleütköztem abba a kérdésbe, hogy melyik politikai intézményt indokolt megbízunk az alapjogi mérlegelés feladatával. Már ekkor világossá vált, hogy annak a fórumnak a megnevezése, amely igazolt autoritással rendelkezik az ütköző alapjogok védelmi területének kijelölésében, a dolgozat egyik előkérdése. Ha ugyanis a bíróságok autoritását nem tudjuk igazolni ezen a területen, a további vizsgálódások is hiábavalónak bizonyulnak, mert azok egy illegitim gyakorlatról próbálnának számot adni. Éppen ezért nem véletlen, hogy azok a szövegek, amelyek a mérlegelés-vitához kívántak hozzászólni, szinte kivétel nélkül kitértek az intézményes kérdésre.

Mivel az alapjogi mérlegelés tipikusan az alkotmányos felülvizsgálat jogával felruházott bírói fórumok gyakorlatához kapcsolódik, az igazolási feladat az

alkotmánybíróságok legitimitását érinti. Éppen ezért szenteltem a dolgozat első részét ennek a témának. Így a továbbiakban adottnak veszem az alkotmánybíróságok autoritását az alapjogi vitáink megoldása során. Itt csak annak jelzésére szorítokozom, hogy vannak olyan megközelítések, amelyek szerint a mérlegelés valójában nem a független bíróságok, hanem a politikai intézmények, közöttük is elsősorban a törvényhozás feladata. Ezek a megközelítések azonban nem minden esetben tagadják az alkotmánybíróságok szükségességét az alkotmányos demokráciák intézményrendszerében. Inkább csak azt az álláspontot hirdetik, hogy nem igazolható az a gyakorlat, amely korlátlan hatalmat ad a bírói szervek kezébe a többségi döntések alkotmányos felülvizsgálatára.

Stephen Gardbaum például egy olyan megközelítést vesz a védelmébe, amelyben a bírói felülvizsgálat egy erős eljárási kontrollt és egy viszonylag gyenge tartalmi ellenőrzést jelent a törvényhozó döntései felett. „Az előbbi azt kívánja biztosítani, hogy az érintett politikai intézmény, amely a szóban forgó esetben inkonzisztens döntést hoz a jog tartalmáról, a releváns alkotmányos követelményeknek megfelelően járjon el, mert ez egy lényeges és át nem ruházható része a politikai hatalomra vonatkozó korlátnak. Az utóbbi pedig a döntés különböző tartalmi kritériumainak ésszerűségére vagy nyilvánvaló hibájára kérdez rá.”<sup>203</sup>

Győrfi Tamás szerint a bíróságoknak minden olyan esetben igazodniuk kell a törvényhozó döntéséhez, amikor az nem vezet az alkotmányos elvek implauzibilis értelmezéséhez.<sup>204</sup> A közösség tagjai között ugyanis nincs egyetértés az alkotmányos rendelkezések tartalmát illetően, és az ésszerű, de inkonkluzívan igazolt értelmezések között csak olyan eljárás keretében választhatunk, amely tiszteletben tartja az egyének morális egyenlőségét. A bíróságoknak – a politikai egyenlőség elvére tekintettel – igazodniuk kell a demokratikus döntéshozatal által kitüntetett alkotmányértelmezéshez, és csak akkor bírálhatják felül a politikai döntéseket, amikor azok az alkotmányszöveggel ellentétesnek bizonyulnak. Gardbaum és Győrfi is lényegében a Thayer-féle bírói értelmezési stratégiát ajánlja fel: a bíróságok felülvizsgálati jogköre ebben a megközelítésben csak akkor igazolt, amikor a jogalkotó nyilvánvalóan alkotmánysértő eredményre jutott (clear mistake approach).

---

<sup>203</sup> GARDBAUM, Stephen, *Limiting Constitutional Rights*, UCLA Law Review, 2007, 796.

<sup>204</sup> GYÖRFI [2013] *i.m.* 15.

A bírák tehát akkor is képesek befolyásolni a döntéshozói autoritás megosztását, amikor az intézményes alapszerkezet kereteit már alkotmányos szinten rögzítették.<sup>205</sup> Az alkotmányos felülvizsgálat során ugyanis megfontolhatják, hogy mikor érdemes felülmenni a jogalkotó mérlegelését. Az arányossági doktrína maga is egy rugalmas struktúra, amely különböző intenzitású felülvizsgálatot implikálhat. A felülvizsgálat intenzitását elsősorban az intézményi kompetenciák elosztására és a demokratikus legitimitásra vonatkozó megfontolások befolyásolhatják.<sup>206</sup> Ha a bíróság úgy látja, hogy nem rendelkezik kellő szakértelemmel valamilyen kérdés eldöntésében, indokolt lehet igazodnia (deference) a politikai cselekvés szempontjából kedvezőbb intézményes feltételek között működő törvényhozó döntéséhez. Ez magyarázza, hogy az arányossági vizsgálat során a bíróságok gyakran alaposabb vizsgálat nélkül elfogadják a szabályozás indokoltságát alátámasztó jogalkotói előrejelzéseket, illetve tartózkodnak attól, hogy kétségbe vonják a politikai döntéshozók által kiválasztott eszköz megfelelőségét.

A demokratikus megfontolások bizonyos esetekben a bírói önkorlátozást támogathatják. Ha egy alkotmányos kérdésnek több, egyaránt ésszerű megoldása lehetséges, és ezek a megoldások kivétel nélkül arányosnak mutatkoznak, a bíróságnak érdemes lehet elfogadnia a jogalkotó választását. A bíróság ezzel a hozzáállással ugyanis kifejezésre juttathatja, hogy az alapjogok tartalmának meghatározásában a politikai intézmények közös felelősséget viselnek.

Végezetül nem szabad megfeledkeznünk arról sem, hogy prudenciális érvek is szerepet játszhatnak a felülvizsgálat intenzitásának alakulásában. „Felelőtlenség lenne a bírák részéről, ha a döntéshozatal során figyelmen kívül hagynák a lehetséges következményeket, ez pedig olyan prudenciális megfontolásokra vonatkozik, mint hogy egy meghatározott bírói döntés milyen kedvezőtlen társadalmi hatásokkal járhat; vajon a közösség felkészült-e a változásra, mennyire lehet kontraproduktív annak bevezetése az adott időpontban, és vajon a döntésre a bíróság hatáskörének visszametszésével reagál-e a politika.”<sup>207</sup>

Gardbaum azt állítja, hogy a mérlegelés jogalkotói feladat.<sup>208</sup> Ezt senki nem is tagadja. A jogosultságok és a kötelezettségek telepítése során ugyanis legelsőként

---

<sup>205</sup> TUSHNET, Mark, *Alternative Forms of Judicial Review*, Michigan Law Review, 2003/8, 2792- 2801.

<sup>206</sup> RIVERS, Julian, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, Cambridge Law Journal, 2006/1, 177.

<sup>207</sup> KAVANAGH, Aileen, *Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication*. In: HUSCROFT, Grant (ed.), *Expounding the Constitution – Essays in Constitutional Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 205.

<sup>208</sup> GARDBAUM [2007] *i.m.* 815.

mindig a jogalkotó mérlegel. Azaz a politikai döntéshozatal elsődleges letéteményese a törvényhozás. Fontos látni, hogy ezt azok az elméletek sem kérdőjelezzik meg, amelyek az alkotmánybíráskodás szükségessége mellett érvelnek. Az azonban már korántsem olyan biztos, hogy a törvényhozás ugyanolyan szisztematikusan és alaposan végiggondolja a mérlegelés szempontjait, mint a bíróság. Ennek ellenére lehetnek olyan esetek, amikor indokolt, hogy a bíróság elfogadja a törvényhozó mérlegelését. Az azonban fontos, hogy ezeknek a megfontolásoknak csak addig igazolt teret engedni, amíg az nem veszélyezteti a bírói alapjogvédelem lényegét.

#### **4. Mit mérlegeljünk?**

##### **4.1. Elkerülhető-e a mérlegelés?**

Az alapjogi érvelésben dominánssá vált mérlegelés szükségességét a leggyakrabban azzal indokolják, hogy az alapjogok nem nyújtanak abszolút védelmet az állami beavatkozással szemben. De mit is jelent valójában az a kijelentés, hogy az alapjogok nem abszolút jellegűek? Az alapjogok az egyéni cselekvések egy meghatározott körét részesítik védelemben. Magatartásokat és értékeket védenek. De ahogyan Györfi Tamás fogalmaz, „egy alapjogot tartalmazó norma általában még a szóban forgó joggal szembenálló szempontok – gyakran másik alapjog által védett értékek – mérlegelése előtt ragadja meg a jog által lefedett értéket, s nem mond semmit arról, hogy hogyan kellene a szóban forgó jogot a szembenálló szempontokkal összeegyeztetni, s konfliktusuk esetén melyik szempontnak milyen súlya van.”<sup>209</sup>

Az alapjogi ítélkezés lényege annak meghatározása, hogy mi egy alapjog tartalma, azaz hol húzódik azoknak a magatartásoknak a határa, amelyek egy alapjog védelmi körébe sorolhatóak. Az egyes alapjogok tartalmának meghatározása azonban nem végezhető el más alapjogok vagy alkotmányos értékek figyelembe vétele nélkül. Az egyéneket megillető jogok ugyanis összekapcsolódnak, és egy koherens rendszert alkotnak.<sup>210</sup> Ezért az egyes alapjogok tartalmának kijelölésekor más alapjogokra is tekintettel kell lennünk. Emellett a mérlegelési szituációban absztrakt alapjogok alkalmazására kerül sor, és a normatartalmak általánosságának fontos érvelésméleti következménye, hogy a tényállások szélesebb köre sorolható egy-egy alapjogi norma

---

<sup>209</sup> GYÖRFI [2001] *i.m.* 77-78.

<sup>210</sup> Lásd erről TÓTH *i.m.* 200-207.

alá, ezért a normák ütközésének esélye is nagyobb. És mivel az alapjogok tipikusan a magatartások széles körét fogják át, gyakran kell szembesülnünk olyan szituációval, amikor az egyik jog gyakorlása látszólag egy másik jog védelmi területére való belépéssel jár együtt.

Az alkotmányos alapjogok ütközése ezért mérlegelést kívánó helyzetet eredményez. A mérlegelési szituáció legfőbb jellemzője, hogy egyidejűleg több norma alkalmazása mellett is jó érveket hozhatunk fel, ezért a mérlegelési feladat a különböző, egyaránt releváns gyakorlati indokok összemérésében áll.<sup>211</sup> Egy kijelentés például első ránézésre a véleményszabadság védelmi körébe tartozik, de érinthet olyan értékeket, amelyeket más alapjog részesít oltalomban. Egy beszéd például megsértheti a címzett méltóságát. Vagy egy kijelentés gyűlöletkeltő lehet, amely a fenyegetett csoport biztonságához való jogát érinti. Az alapjogok absztrakt szinten lényegében azonos normatív státusszal rendelkeznek, így nem tudjuk a jogokat egy hierarchikus sorrendbe állítani, amely sorrendre tekintettel az alapjogi konfliktusokat megoldhatnánk.<sup>212</sup> Az egyes alapjogok védelmi területét így csak esetről esetre, más alapjogokhoz viszonyítva tudjuk megállapítani. Azaz eseti jelleggel kell eldöntenünk, hogy a szólásszabadság vagy az emberi méltóság, illetve a személyes biztonság jogát kell-e védelemben részesítenünk. Az eseti mérlegelés szükségességét az is alátámasztja, hogy alapjogaink tartalma nem statikus; a társadalmi-politikai változások következtében a védelem terjedelme folyamatos mozgásban van. Új, korábban még el nem ismert igények bukkannak fel, amelyekre tekintettel a jogok tartalmára és egymáshoz való viszonyára vonatkozó megfontolásaink felülvizsgálatot igényelnek.

Az alkotmányelméletben egyébként vitatott kérdés, hogy beszélhetünk-e egyáltalán alapjogok konfliktusáról. Egyes álláspontok szerint ugyanis az alapjogok ütközése csak látszólagos, és a mérlegelés ilyen esetekben nem a korlátozás indokoltságának megállapításáról, hanem a két alapjog közötti határ meghúzásáról szól.

---

<sup>211</sup> A jogalkalmazás e sajátos formáját, amely az alkotmánybíróságok érvelésének adekvát ábrázolására alkalmas, Schauer az „indokok jogelmélete” elnevezéssel illeti. (SCHAUER, Frederick, *The Jurisprudence of Reasons*, Michigan Law Review, 1987/5-6. 869-870.) A modell azonban Dworkin elméleti teljesítményét tükrözi, jóllehet Dworkin ítélkezéseméleti vizsgálódásai nem szorítkoztak a klasszikus alkotmánybírósági döntéshozatali helyzetekre, hanem a bírói jogalkalmazás egy általános leírását célozták. Schauer ezzel szemben a hagyományos döntéshozatali szituációk modellezésére a „prezumpatív pozitívizmus” álláspontját kínálja. A „prezumpatív pozitívizmus” a szabályalkalmazás jelentőségét a joguralmi eszme szavatolásában látja, és nem abszolút indokként tekint a szabályokra, hanem csak vélelem, hogy a szabályokba foglalt gyakorlati indokok a jogvita legjobb megoldását biztosítják, amely vélelem a szabályok mögött meghúzódó igazoló elvek érvényesülésének érdekében megdönthető. (Schauer elméletének legalaposabb magyar nyelvű feldolgozását és kritikáját lásd BÓDIG [2004] *i.m.* 387-393.)

<sup>212</sup> Ennek az állításnak a részletes kifejtését lásd TÓTH *i.m.* 186-207.

Az alapjogok ugyanis nem korlátozzák egymást, az egyik alapjog védelmi köre ott ér véget, ahol a másiké kezdődik.<sup>213</sup> Én jelenleg úgy látom, hogy az alapjogi jogviták eldöntése szempontjából nincs érdemi különbség a két megközelítés között. Az alapjogi mérlegelés ugyanis, függetlenül attól, hogy alapjogok valódi vagy látszólagos konfliktusáról beszélünk-e, minden esetben arra a kérdésre irányul, hogy melyek azok a cselekvések, amelyek védelmet élveznek. Ez pedig a konkrét esetben releváns alapjogok összemérését követeli meg. Az alapjogi érvelést tehát ugyanazoknak a szempontoknak és morális megfontolásoknak kell vezetnie akkor is, ha a kérdés arra irányul, hogy a sértő beszéd belül van-e a szólásszabadság védelmi körén, és akkor is, ha azt akarjuk megválaszolni, hogy ennek tilalma a véleményszabadság arányos korlátozását valósítja-e meg.

Már megállapítottuk, hogy az alapjogok védelmi területének meghatározása mérlegelést kíván. A mérlegelési szituáció során azonban sok múlik azon, hogy miként közelítünk az alapjogokhoz. Mivel a dolgozatnak nem tárgya az alapjogok filozófiai megalapozása, az alkotmányos gyakorlatból indulok ki annak meghatározása során, hogy miként is fogjuk fel e jogokat. Amikor azt állítjuk, hogy valakinek joga van valamire, akkor lényegében egy olyan igényt ismerünk el, amelynek a korlátozása különösen erős igazolást kíván az állam részéről.<sup>214</sup> Az erős igazolás követelménye azonban nem jelent közel abszolút védelmet, csupán annyit, hogy a döntéshozó minden esetben törekedjen arra, hogy védelemben részesítse ezt az igényt, és csak akkor mondjon le erről a törekvéséről, ha valamilyen más, kellően erős érv azt indokolttá teszi.<sup>215</sup>

Az alapjogok előbbi felfogása azért is hasznos lehet számunkra, mert hozzásegíthet egy olyan kritika kivédéséhez, amelyet előszeretettel fogalmaznak meg a mérlegelési gyakorlattal szemben. Az alapjogi mérlegelés bírálói szerint a szóban forgó érvelési módszer legnagyobb hibája, hogy igyekszik a jogvitában relevánsnak mutakozó valamennyi érdeket azonos szintre emelni, megkönnyítve ezáltal a szembenálló értékek összemérését. Ennek következtében a bírák vagy egyszerű érdekekké transzformálják az alapjogi igényeket, vagy egyszerű érdekeket emelnek alkotmányos szintre. Ezáltal pedig a valódi alapjogok kiemelt státusza veszik el. Be kell látnunk, hogy a kritika nem alaptalan. A dolgozat későbbi részében magam is jelzem

---

<sup>213</sup> A magyar jogirodalomban ezt az álláspontot képviseli többek között Tóth Gábor Attila. Lásd TÓTH *i.m.* 204-206.

<sup>214</sup> SCHAUER, Frederick, *A Comment on the Structure of Rights*, Georgia Law Review, 1993/2, 428-430.

<sup>215</sup> *I.m.* 431.

majd, hogy milyen problémát eredményezhet az a bírói megközelítés, amely nem fordít kellő figyelmet az alapjogokat megillető speciális védelemnek.

De vannak-e korlátozhatatlan jogaink? Ha ugyanis belátjuk, hogy bizonyos alapjogok abszolút védelmet élveznek, és ezért korlátozásuk semmilyen esetben sem igazolható, akkor ezen jogok esetében nem kell számolnunk a mérlegeléssel. Kevés olyan emberi jogot említhetünk, amelynek a korlátozhatatlanságát illetően széles egyetértés alakult ki az alkotmányelméletben. E kevés példák egyike a rabszolgaság tilalma.<sup>216</sup> De talán ebbe a körbe sorolható a kínzás vagy az embertelen, megalázó bánásmód tilalma is.<sup>217</sup> Ezekről a jogokról ugyanis azt tartják, hogy nincs olyan indok, amelyre tekintettel igazolható lehet a korlátozásuk.<sup>218</sup> A tilalmak kategorikus jellegét tükrözi az Emberi Jogok Európai Egyezményének megfogalmazása is: „Senkit sem lehet kínzásnak, vagy embertelen, megalázó bánásmódnak vagy büntetésnek alávetni.” (3. cikk) „Senkit sem lehet rabszolgaságban vagy szolgaságban tartani.” (4.cikk 1 bekezdés)

A német gyakorlat az emberi méltósághoz való jogot is korlátozhatatlannak tartja, de csak abban az értelemben, hogy az állam sohasem kezelheti az egyént pusztá eszközként: „Induljunk ki az Alaptörvény megalkotóinak azon elképzeléséből, hogy az emberi természet velejárója az önrendelkezési szabadság gyakorlása és a személyiség szabad kibontakoztatása, továbbá az, hogy az egyének elvárhatják azt, hogy a közösség önmagában értékes és egyenrangú tagjának tekintsék őket. (...) Ezért az emberi méltóság védelmének és tiszteletének kötelezettsége még inkább kizárja, hogy az egyén a hatalom pusztá tárgya legyen. (...) Ami tehát abszolút megengedhetetlen, hogy a közhatalom úgy kezelje az egyént, hogy kétségbe vonja annak alanyiságát és jogi

---

<sup>216</sup> BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 27.

<sup>217</sup> GARDBAUM [2010] *i.m.* 85.

<sup>218</sup> Mattias Kumm szerint lehetséges olyan szituáció, amelyben a kínzás mint végső eszköz erkölcsi szempontból igazolható lehet. A jog nem jelent deontologikus korlátot az állami fellépéssel szemben azokban az esetekben, amikor a kínzással fenyegetett személy személyes felelősséggel tartozik más személyek életveszélyes helyzetéért, és nem hajlandó együttműködni az életveszélyes szituáció megszüntetése érdekében. Ezekben a helyzetekben Kumm érvelése szerint a megkínzott személyt kötelezettség terheli, hogy elhárítsa az általa okozott veszélyt, és a kötelezettség teljesítésének visszautasítása esetén még a kínzás tilalma sem kategorikus, és az arányosság tesztje alapján korlátozható. Kumm példája szerint erkölcsi szempontból nem kifogásolható, ha a hivatalos személyek végső soron kínzással próbálják rábírní az emberrablót arra, hogy tárja fel, hol ásta el élve az elrabolt személyt, aki előreláthatólag rövid időn belül életét veszti az emberrabló együttműködése hiányában. Az információ megtagadása következtében ugyanis az emberrabló fenntartja az elrabolt személy életét veszélyeztető támadást, amelynek a létrejöttéért ő maga viseli a felelősséget. Ilyen szituációban a kínzás a szükséges és arányos mértékben, az együttműködés előmozdítása érdekében, erkölcsileg indokolt lehet. (KUMM, Mattias: *Political Liberalism and The Structure of Rights*. In: PAVLAKOS, George (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oregon, 2007, 158-162.)

státuszát azáltal, hogy figyelmen kívül hagyja azokat az értékeket, amelyek az egyént pusztán létezésénél fogva megilletik.”<sup>219</sup>

A magyar Alkotmánybíróság gyakorlatában is hasonló tartalmat kapott az emberi méltósághoz való jog az élethez való joggal összefüggésben, mint az egyén jogi státuszának meghatározója. Emellett a magyar gyakorlatban szintén nincs helye mérlegelésnek bizonyos büntetőjogi garanciákkal szemben. „Az ártatlanság vélelmét, a nullum crimen elvét, az eljárás tisztességes voltát és megannyi más garanciális követelményét nem lehet semmilyen szükségességre hivatkozva, s ezért arányosan sem korlátozni.”<sup>220</sup> Ezek a jogok ugyanis már a más, szembenálló érdekekkel történő összevetést követően védnek egyéni érdekeket, azaz már a mérlegelés eredményét tükrözik. Győrfi Tamás álláspontja szerint továbbá az emberi méltósághoz való jog és az ahhoz kapcsolódó diszkrimináció tilalma is bizonyos értelemben korlátozhatatlan, mert ezek a jogok megkövetelik, hogy az állami cselekvések során az egyén érdekeit mindig tegyék mérlegre.<sup>221</sup> Azok a döntések tehát, amelyek nem fordítottak kellő figyelmet az egyének érdekeinek, sohasem lesznek igazolhatóak.

Az előbbieken felvillantott néhány példa kivételével azonban a legtöbb alapjoggal szemben megfogalmazható olyan indok, amelyre tekintettel az alapjog korlátozása igazolt lehet. Milyen koncepciók jelennek meg az alkotmányokban és más, nemzetközi emberi jogi dokumentumokban az alapjogok korlátozhatóságát illetően?

Az alkotmányos jogokat érintő korlátozások három alapvető formában jelennek meg a nemzeti alkotmányokban és a nemzetközi emberi jogi dokumentumokban.<sup>222</sup> A korlátok egyik formáját a beleértett vagy implicit korlátok képezik, ahol az alapjogkorlátozás alkotmányosan igazolható elveit nem maguk az alapjogokat rögzítő dokumentumok fektetik le, hanem az alkotmányértelmező bírói testületek vezetik le értelmezési feladatuk teljesítése során. Az Egyesült Államokban szinte valamennyi korlát ilyen beleértett korlát formájában létezik, és a Legfelső Bíróság jogértelmezését tükrözi.

Ezzel szemben a nemzetközi jogi dokumentumok és az elmúlt évtizedekben megszövegezett alkotmányok már tipikusan rendelkeznek az alapjogok korlátozásának feltételeiről. A kifejezett korlátok egyik típusát azok az explicit korlátok képezik, melyek csak általánosságban rendelkeznek a korlátozás feltételeiről anélkül, hogy

---

<sup>219</sup> BVerfGE 115, 118 (153)

<sup>220</sup> SÓLYOM *i.m.* 417.

<sup>221</sup> Győrfi [2001] *i.m.* 98.

<sup>222</sup> KUMM [2007] *i.m.* 134-135.

részleteznék a korlátozást megalapozó elveket és célokat. Erre szolgál példaként a Dél-Afrikai Alkotmány 36. cikke.<sup>223</sup> A kifejezett korlátok másik típusát azok az alkotmányos rendelkezések képezik, amelyek nem általánosságban, hanem az egyes alapjogokra tekintettel fogalmazzák meg azokat a feltételeket, amelyek fennállása esetén a vizsgált alapjog védelmi körének szűkítése igazolt lehet. A jog-specifikus korlátok példájaként elsősorban az Emberi Jogok Európai Egyezményére (a továbbiakban: Egyezmény) hivatkoznak. Az Egyezmény szövege tipikusan azt a struktúrát követi, hogy először rögzíti a védelemben részesített jogot, majd meghatározza az adott jog korlátozásának feltételeit.<sup>224</sup>

Felvetődik a kérdés, hogy miért van szükség kifejezett korlátok rögzítésére alkotmányos szinten, ha már beláttuk, hogy az alapjogi rendelkezések általános és absztrakt megfogalmazása önmagában implikálja az alapjogi konfliktusok, és ezáltal az alapjogok korlátozásának lehetőségét. A legkézenfekvőbb válasznak talán az tűnik, hogy az alkotmányozók a korlátozás feltételeinek meghatározásával igyekeznek vezérfonalat nyújtani ahhoz, hogy a politikai hatalom gyakorlói miként is fogják fel az alapjogokkal szembeni korlátokat. A jogok megfogalmazásából ugyanis még nem következik, hogy milyen esetekben lehet igazolt valamelyik érdeknek elsőbbséget biztosítani más, rivális érdekekkel szemben. A közösség tagjai között nincsen egyetértés a jogok tartalmát és védelmi területét illetően, ezek a nézeteltérések pedig kihatnak az egyes jogok egymáshoz való viszonyának megállapítására is. Az alkotmányban rögzített standardok éppen ezért segítséget nyújtanak annak a kérdésnek a megválaszolásában, hogy van-e indoka az alapjog-korlátozásnak. A mérlegelés vagy az arányossági

---

<sup>223</sup> A Dél-Afrikai Alkotmány 36. cikke „A jogok korlátozása” cím alatt a következőket mondja ki:

(1) „A Bill of Rights-ba foglalt jogok csak általános jogszabályban és olyan mértékben korlátozhatóak, amelyek ésszerűek és igazolhatóak az emberi méltóság, az egyenlőség és a szabadság értékeire épülő szabad és demokratikus társadalomban, figyelemmel valamennyi releváns tényezőre, így többek között

- (a) a jog jellegére,
- (b) a korlátozás céljának jelentőségére,
- (c) a korlátozás jellegére és mértékére,
- (d) a korlátozás és a cél közötti viszonyra,
- (e) a cél eléréséhez szükséges kevésbé korlátozó eszközre.

(2) Az (1) bekezdésbe vagy az Alkotmány bármely egyéb rendelkezésébe foglaltak kivételével a Bill of Rights-ba foglalt jogok korlátozásának nincs helye.

<sup>224</sup> Erre példa az Egyezmény 11. cikke a „Gyülekezés és az egyesülés szabadsága” címmel:

1. Mindenkinek joga van a békés célú gyülekezés szabadságához és a másokkal való egyesülés szabadságához, beleértve érdekei védelmében a szakszervezetek alapítását és az azokhoz való csatlakozásnak a jogát.

2. E jogok gyakorlását csak a törvényben meghatározott, olyan korlátozásoknak lehet alávetni, amelyek egy demokratikus társadalomban a nemzetbiztonság vagy közbiztonság, a zavargás vagy bűnözés megakadályozása, a közegészség, az erkölcsök, illetőleg mások jogai és szabadságai védelme érdekében szükségesek. Ez a Cikk nem tiltja, hogy e jogoknak a fegyveres erők, a rendőrség vagy az államigazgatás tagjai által történő gyakorlását a törvény korlátozza.

vizsgálat fogalma alá rendelt különböző érvelési doktrínák ugyanis ahhoz a válaszhoz visznek közelebb, hogy szükséges-e a jogkorlátozás.

#### **4.2. Az alapjogi konfliktusok típusai**

A fejezet bevezetőjében az arányosságot az alapjog-korlátozás alkotmányosságának mércéjeként definiáltam. Ebből következik, hogy a fogalom az alapjogokhoz és az alapjogokra vonatkozó ítélkezési tevékenységhez kötődik. Ahogyan azt a cím is jelzi, ebben a dolgozatban arra a kérdésre koncentrálok, hogy miként közelítenek a bíróságok azokhoz a szituációkhoz, amelyeket az alapjogok ütközése jellemez. Az alapjogi konfliktusokra vonatkozó bírói gyakorlat sajátosságainak feltárásához azonban előzetesen tisztáznom kell, hogy mit értek alapjogi konfliktuson. Ha a terminus egyszerű grammatikai elemzéséből indulunk ki, akkor olyan szituációkra kell gondolnunk, amelyekben legalább két alapjog ütközéséről van szó. Ilyen például az információszabadság és a magánszféra védelméhez való jog ütközése, vagy a szólásszabadság és az emberi méltóság konfliktusa. A példának a köre hosszasan sorolható lenne, ami azonban megkülönbözteti ezeket az eseteket az alapjog-korlátozás további formáitól, hogy itt az alapjog védelmi körének szűkítésére egy konkrét alanyi jog védelmében kerül sor.

A dolgozatban azonban az alapjogok ütközéséről nem ebben a szűk értelemben beszélek. Minden olyan esetet az alapjogi konfliktus kifejezés alá sorolok, amelyben valamely alapjog állam általi korlátozására kerül sor. Az alapjogokkal szembeni korlátok az alanyi jogokon felül is igen sokfélék lehetnek.<sup>225</sup> Az alanyi jogok biztosítása ugyanis az állam intézményvédelmi kötelezettségét is maga után vonja, amely kötelezettségek teljesítése bizonyos esetekben az alapjogok korlátozását is megkövetelheti. Így például az egészséghez való jogból következő intézményvédelmi kötelezettség indokolhatja az állami beavatkozást a dohánygyártó cégek szólásszabadságába a dohánytermékek reklámozásával összefüggésben. Az állam a közérdekre hivatkozással is beavatkozhat az egyén szabadságába. Az ilyen közérdekű korlátok háttérben is legtöbbször az alapjogi igények védelme jut kifejezésre. Gondoljunk csak a közrendvédelmi korlátozások valódi indokára: a rendezett közösségi viszonyok fenntartása az egyének személyes biztonságát szolgálja, amely pedig

---

<sup>225</sup> HALMAI Gábor – TÓTH Gábor Attila, *Emberi Jogok*, Osiris, Budapest, 2003, 124.

elengedhetetlen feltétele az egyéni szabadság gyakorlásának. A közérdekű korlátozások ilyen „alapjog-központú” értelmezése körvonalazódik a magyar Alkotmánybíróság gyakorlatából is. Az olyan általános kategóriák ugyanis, mint a közrend vagy a köznyugalom önmagukban nem igazolhatják az egyéni szabadságot korlátozó állami fellépést, csak ha konkrét alanyi jogok sérelmével járnak vagy azzal fenyegetnek.<sup>226</sup> De az alapjogokkal szemben kivételes esetekben bizonyos alkotmányos céloknak is érvényesülniük kell. A választások zavartalan lebonyolítása a demokratikus intézményrendszer működésének fontos eleme. Erre az államm célra tekintettel a választópolgárok információs szabadsága és a jelöltek véleménynyilvánítási szabadsága – például a kampánycsend intézménye révén – igazoltan korlátozható.

Ahogy már korábban is jeleztem, ebben a dolgozatban abból indulok ki, hogy az érvelési struktúrát nem befolyásolja, hogy két alapjog ütközéséről, vagy egy alapjog közérdekű korlátozásáról van-e szó. A bírói érvelés ugyanis az esetek mindkét típusában annak megállapítására irányul, hogy milyen magatartások élveznek alkotmányos védelmet. A védelemben részesített egyéni cselekvések körét pedig a rivális értékekre tekintettel kell megállapítani. Így ugyanaz a logika követendő akkor, ha arról kell dönteni, hogy melyek azok a személyes adatok, amelyeket a sajtó nyilvánosságra hozhat és melyek azok, amelyek az egyén magánszférájának védelmét élvezik, mint amikor a szülők gyermekeik egészségügyi nevelésére vonatkozó döntési jogának terjedelmét kívánjuk megállapítani a járványügyi célok állami előmozdítására tekintettel. Emellett maga a gyakorlat sem választja el egymástól a két esetkört: az alapjog-korlátozás alkotmányosságának vizsgálata, függetlenül attól, hogy a korlátozás indoka valamely más alapjog vagy alkotmányos érték, esetlegesen valamilyen közérdekű cél, mérlegeléssel és tipikusan az arányossági teszt alkalmazásával történik. Az arányossági struktúra azonban nem zárja ki azt a lehetőséget, hogy bizonyos típusú korlátok esetében az igazolás szintje magasabb legyen.

Az alapjogi konfliktusok definiálásához egy további megjegyzés is szükségesnek mutatkozik. Az általam választott fogalmi keretben konfliktusnak bizonyul minden olyan eset, amikor egy magatartás értékelésére több normatív mérce is kínálkozik, de az egyik mérce alkalmazása kizárja a másik (többi) mérce alkalmazását. Ilyen helyzetben ugyan morális elvek közötti választásra kényszerülünk, de ez a választás értelmesen indokolható. Az igazolás nem követel többet, mint a döntés mellett és ellen szóló érvek

---

<sup>226</sup> SÓLYOM László, *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*, Osiris, Budapest, 2001, 408.

meggyőző és koherens elővezetését. Ezt a fogalmi tisztázást azért tartom fontosnak, mert léteznek olyan megközelítések, amelyek a morális dilemma kifejezést olyan konfliktusok megjelölésére használják, amelyekben nincs helye racionális igazolásnak. Lorenzo Zucca például amellet érvel, hogy bizonyos alapjogi konfliktusoknak nincs ésszerű megoldása, ezekben az esetekben pedig a jogi érvelés és a mérlegelés sem képes megfelelő vezérfonalat nyújtani a konfliktus kezeléséhez. Zucca az ilyen dilemmákat „valódi konfliktusoknak” nevezi. A „valódi konfliktusok” további jellemzője, hogy két, egymással összemérhetetlen igény közül kell választanunk, és ez a választás feltétlenül együtt jár valamilyen veszteséggel, ugyanis az egyik igény privilegizálása a másik igény feláldozását vonja maga után.<sup>227</sup> Én úgy vélem, hogy a morális dilemmák esetében sohasem kell lemondanunk a racionális igazolás lehetőségéről. Eközben pedig azt is beláthatjuk, hogy a döntés minden esetben valamilyen erkölcsi veszteséget eredményez.

##### **5. A mérlegelés és az arányossági vizsgálat. Két külön doktrína?**

Az alkotmányelméleti viták egyik állandó kérdése, hogy mi a kapcsolat a mérlegelés és az arányossági vizsgálat között. A teoretikus törekvések elsősorban arra irányulnak, hogy meghatározzák a két kifejezés pontos tartalmát és egymáshoz való viszonyát, és állást foglaljanak abban a kérdésben, vajon helyes-e, ha a két kifejezésre egymás szinonímjaként utalunk. A probléma alapja, hogy az amerikai és az európai diskurzus szóhasználata jelentős különbséget mutat. Amíg az amerikai szerzők és maguk a bíróságok is kizárólag a mérlegelés kifejezést használják az alapjogi érvelés jellemzésére, addig az európai kontinensen elsősorban az arányossági teszt kifejezéssel jelölik azt a folyamatot, amikor a bíróságok az alapjog-korlátozás alkotmányosságáról döntenek. A felszínen mindkét fogalom hasonló tárgyat jelöl, ám mégis kérdés, hogy mi áll a terminológiai különbség mögött, és indokolt-e ezt a különbséget megőriznünk akkor, amikor általánosságban kívánjuk megadni az alapjogi érvelés sajátosságait.

A válasz a dolgozat alapvető konceptuális célkitűzésére tekintettel megkerülhetetlen. A kérdésfelvetés jelentőségét pedig tovább növeli, hogy Robert Alexy elméletében e fogalmi megkülönböztetés nincs jelen: Alexy számára a mérlegelés lényegében a német Alkotmánybíróság által kialakított arányossági vizsgálat

---

<sup>227</sup> ZUCCA, Lorenzo, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 4.

részeként jelenik meg.<sup>228</sup> A kérdés tehát, hogy melyik oldalra álljunk: tartsuk-e fenn a terminológiai különbséget, vagy csatlakozzunk Alexyhez, és hagyjuk figyelmen kívül a két fogalom esetleges eltéréseit.

A mérlegelés és az arányossági vizsgálat eredetét több alkotmányelméleti szöveg is tárgyalja.<sup>229</sup> Ezek a szövegek, hacsak implicit módon is, de osztoznak abban a feltevésben, hogy a fogalmi megkülönböztetés megőrzésére szükség van. Az egyértelmű fogalmi elválasztás mögött pedig azt a magyarázatot látják, hogy a mérlegelés és az arányosság kifejezések eltérő jogi kultúrákban működő gyakorlatokhoz kötődnek, és ezeknek a partikuláris gyakorlatoknak a sajátosságait juttatják érvényre. Az alkotmányos kultúrákban, az ítélkezési gyakorlatban és a bírói hozzáállásban rejlő különbségek ugyanis olyan élesek, hogy képesek felülírni azt az egyébként kevésbé vitatott tényt is, hogy a vizsgált fogalmak mégiscsak olyan eljárásokat jelölnek, amelyek analitikai szerkezetüket és funkciójukat illetően mára már komoly egyezőséget mutatnak.<sup>230</sup> A két fogalom közötti kapcsolat meghatározása egy további kérdés megválaszolása szempontjából is alapvetőnek tűnik. Mivel a mérlegelés kifejezés tipikusan a bírói döntéshozatallal összefüggésben kerül előtérbe, fontos megvizsgálnunk, hogy mennyire kívánatos és mennyiben igazolható normatív ideálról van szó. A kritikák ugyanis elsősorban a mérlegelés önkényes természetét hangsúlyozzák, amennyiben a módszer a tények és jogi érvek lehető legszélesebb körének összevetésén alapul. Ez a kritika talán kevésbé hangsúlyos az arányossági vizsgálat esetében, amelyet a jogirodalomban egy igen strukturált és formalizált eljárás megjelölésére használnak. Frederick Schauer éppen ezért nem tartja szerencsésnek, ha a két fogalmat szinonimaként említjük, és az arányossági vizsgálatot egyfajta mérlegelésként tüntetjük fel, mert ezzel a terminológiai összekapcsolással az arányossági tesztet könnyebben kiteszük azoknak a vádakkal, amelyeket tipikusan a

---

<sup>228</sup> Schauer szerint azonban félrevezető Alexynek az a koncepciója, amely a mérlegelést az arányossági vizsgálattal azonosítja. Az arányossági teszt alkalmazása egy strukturált eljárást kíván meg, szemben az elvek súlyozására épülő mérlegelés folyamatával, ezért az előbbi ésszerű voltának igazolása nem jelenthet komoly terhet egy jogfilozófus számára. Amennyiben a jogalkalmazó szigorúan követi az arányossági vizsgálat által előírt struktúrát, valószínűsíthető a döntési lehetőségek szűkítése. Ennél nagyobb kihívás a tulajdonképpen mérlegelés racionalitásának bizonyítása tekintettel arra, hogy ez utóbbi eljárás egy olyan nyitott döntéshozatali struktúrát ölel fel, amelyben a döntéshozó a szembenálló elveket a saját értékességük alapján veti össze bármilyen döntésirányító és befolyásoló elgondolás alkalmazása nélkül.

<sup>229</sup> Lásd ALEINIKOFF *i.m.* 943-1005; GRIMM, Dieter, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, University of Toronto Law Journal, 2007/2, 383-398.; COHEN-ELIYA Moshe – PORAT, Iddo, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origin*, elérhető: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1272763](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1272763) ( letöltés ideje: 2013. április 15.) 1-34.

<sup>230</sup> COHEN-ELIYA – PORAT [2010] *i.m.* 4.

mérlegelés fogalma implikál.<sup>231</sup> A következőkben megvizsgálom tehát, hogy melyek azok a sajátosságok, amelyekkel a terminológiai elválasztás szükségességét magyarázzák, és megválaszolom azt a kérdést, hogy indokolt-e a megkülönböztetés fenntartása.

### 5.1. A német arányosság

Az arányossági vizsgálat első megjelenése a porosz közjogi tradícióhoz, azon belül is a rendvédelmi szervek tevékenységét meghatározó jogszabályok értelmezéséhez kötődik. Az 1794-től hatályos porosz Allgemeines Landrecht úgy rendelkezett, hogy csak azok a rendőri intézkedések jogszerűek, amelyek szükségesek a legfontosabb társadalmi célok, így a béke, a közbiztonság és a belső rend megőrzése érdekében.<sup>232</sup> Ezt a rendelkezést kezdettől fogva úgy értelmezték a jogtudomány képviselői, hogy a közhatalmi aktusok csak abban az esetben korlátozhatják az egyéni autonómiát, ha ez elkerülhetetlen valamely társadalmi cél eléréséhez. A legtöbb kommentár a porosz törvénykönyv előbbi szabályát tekinti az arányosság előzményének. A fogalom azonban csak hosszú évtizedekkel később került át a gyakorlatba, és ekkor sem jelölt többet, mint egy formális bírósági eljárást, amely a kormányzati intézkedések ésszerűségének vizsgálatát szolgálja. Maga a doktrína egy természetjogi megalapozású liberális jogfelfogáshoz kötődött, amelyben az alkotmányos elismerés hiányában csupán gyenge védelmet élvező egyéni jogok a politikai hatalom cselekvésének korlátait jelentették.<sup>233</sup> Az arányosság az uralkodó formalista jogi tradícióba illeszkedett, és egy cél-eszköz vizsgálatot felölelő ítélkezési módszert jelölt, amely azt irányozta elő, hogy a kormányzat az egyéni jogokat legkevésbé csorbító szabályokkal valósítsa meg politikai céljait.<sup>234</sup> A fogalom a XIX. század végére összefonódott az egyéni jogok és a jogállamiság eszméjével, és az egyéni szabadság állammal szembeni védelmének eszközeként funkcionált. A védelem legfőbb letéteményesévé pedig az állami aktusok jogszerűségének vizsgálatára felhatalmazott közigazgatási bíróságok váltak.<sup>235</sup>

Az arányossági vizsgálat elterjedése mellett a mérlegelés gondolata is behatolt a német jogi gondolkodásba. A XX. század elején kibontakozó szabadjogi iskola a jog

---

<sup>231</sup> SCHAUER [2010] *i.m.* 40.

<sup>232</sup> SWEET – MATHEWS *i.m.* 98-99.

<sup>233</sup> Lásd PORAT – COHEN-ELIYA *i.m.* 16-17.

<sup>234</sup> *I.m.* 17-18.

<sup>235</sup> Lásd SCHLINK, Bernhard, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here*, Duke Journal of Comparative & International Law, 2012/2, 294-295.

legfontosabb céljának a társadalmi konfliktusok feloldását tekintette, amelyhez eszközként az egymással versengő érdekek mérlegelését rendelte. Ez a gondolat teret engedett a bíró személyiségének és kreativitásának is, ezáltal a formalista érvelési hagyománnyal való azonnali szakítást hirdette az ítélezésben.<sup>236</sup> Bár a szabadjogi iskola az amerikai gondolkodásra komoly befolyást gyakorolt, a német jogszemléletben nem bizonyult meghatározónak, így a XX. század első fele továbbra is a formalista jogi tradíció bűvöletében telt.

Az arányosság jelentése csak a második világháborút követően változott meg valamelyest a német jogi gondolkodásban. A változáshoz az alkotmányosság új modelljének kibontakozása vezetett, amely mindenekelőtt az írott alkotmány megjelenésében és az alkotmányos garanciák védelmére létrehozott alkotmánybíráskodásban öltött testet. A német gondolkodásból korábban hiányzó alkotmányos szemlélet elterjedésében az alkotmánybíróság játszott vezető szerepet. A bírói testületre kezdettől fogva úgy tekintettek, mint amely központi szerepet játszik a politikai közösség alkotmányos értékrendjének fenntartásában.<sup>237</sup> Schlink szerint az intézmény legitimitációjának elismerését nagyban segítette, hogy a politika a történelem folyamán komoly legitimitációs deficitet halmozott fel, szemben a joggal, amely – köszönhetően elsősorban a közigazgatási bíróságok tevékenységének – az egyéni jogok védelmének gondolatával fonódott össze. Az újonnan létrejövő bírói fórum jelentette tehát a politika megfékezésének garanciáját.<sup>238</sup> Az alkotmánybíróság szerepének ismeretében nem meglepő, hogy az alkotmányszövegben explicit módon nem szereplő arányossági vizsgálat a bírói gyakorlat eredményeként vált az alkotmányjog egyik meghatározó doktrínájává.<sup>239</sup> Először a bajor alkotmánybíróság hivatkozott *expressis verbis* az arányosság elvére, majd lépésről-lépésre a szövetségi Alkotmánybíróság is

---

<sup>236</sup> Lásd PORAT – COHEN-ELIYA *i.m.* 19.

<sup>237</sup> Lásd KOMMERS, Donald P., *German Constitutionalism: A Prolegomenon*, Emory Law Journal, 1991/3, 848.

<sup>238</sup> SCHLINK, Bernhard, *German Constitutional Culture in Transition*, Cardozo Law Review, 1993/3-4, 724-725.

<sup>239</sup> A német gyakorlattal ellentétben a Kanadai Legfelső Bíróság az Alapjogi Karta szövegéből vezette le az arányossági tesztet, mégpedig a Karta 1.§-ából, amely az alapjogok korlátozásának általános feltételeiről rendelkezik. A híres Oakes döntésben egyáltalán nincs hivatkozás az arányosság külföldi (idegen) eredetére, pedig az alkotmányjogi irodalom egyértelműen a német alapjogi gyakorlat hatásaként értékeli a doktrína kanadai megjelenését. Mi következik akkor a Kanadai Legfelső Bíróság megközelítéséből? Elsősorban az, hogy a bíróság kezdettől fogva igyekezett megővni magát a legitimitását érintő támadásoktól. Ha ugyanis az arányosság a Karta rendelkezéseiből következik, ahogyan azt a bíróság elővezette, akkor a törvényhozási aktusok szigorú bírói kontrollját a Kartát megalkotó politikai többség követeli meg. A bíróságnak pedig nincs is más választása, mint a jogszabályok szoros vizsgálata. Ezzel pedig könnyebben kivédhető az a vád, amellyel oly gyakran szembesítik az alkotmányos felülvizsgálat jogával felruházott bírói fórumokat: hogy indokolatlanul korlátozzák a jogalkotó mozgásterét.

saját gyakorlatának részévé tette az arányossági vizsgálat különböző elemeit. Az 1958-as évben született Lüth-ítéletet tekintik az alkotmányjogi mérlegelés nyitó fejezetének a német Alkotmánybíróság gyakorlatában. Lüth, az alkotmányjogi panasz előterjesztője bojkottra szólított fel Veit Harlan náci filmrendező legújabb filmje ellen. A film forgalmazója azonban eljárást indított Lüth ellen, akit a tartományi bíróságok a bojkottfelhívás beszüntetésére köteleztek arra való hivatkozással, hogy kijelentései a cég üzleti érdekeinek sérelmét idézték elő. Az Alkotmánybíróság álláspontja szerint a jogvita a rivális érdekek mérlegelését követelte meg: „Ebben az értelemben egy vélemény kifejtése annak intellektuális hatása szempontjából szabadságot élvez. Amikor azonban a véleménynyilvánítás szabadsága egy másik személy jogát sérti – amely jog jogszabályba foglalt és elsőbbséget élvez a véleményszabadsággal szemben – akkor ez [a magatartás] pusztán vélemény-jellege miatt nem élvez védelmet. Ilyenkor az érdekek mérlegelésére van szükség.” (...) „Ilyen esetben a döntés az egyedi ügy valamennyi körülményének a mérlegelését követeli meg a bírótól.”<sup>240</sup>

A döntés érdekessége, hogy a bíróság egy mérlegelési diskurzusba helyezte a jogvitát, és arra tekintettel állapította meg az alapjogsérelmet, hogy az eljáró bíróságok tévesen értékelték az egymással szemben álló értékek súlyát. Bomhoff szerint azt azonban látnunk kell, hogy a mérlegelés fogalma a német gyakorlatban már a kezdetekben is egy formalizált érvelési struktúrát jelölt, amely alig adott teret a bírói diszkréciónak.<sup>241</sup> Néhány hónappal később az Alkotmánybíróság azonban már egy jóval szigorúbb és precízebb doktrínát dolgozott ki az alapjogi igények bírói értékelésére. Az Apotheke-ítéletben a bíróságnak abban a kérdésben kellett döntenie, hogy a gyógyszerárak számát korlátozó bajor tartományi törvény nem sérti-e a foglalkozás szabadságát. A törvény értelmében ugyanis csak azok a gyógyszerárak kaptak működési engedélyt, amelyek kereskedelmi szempontból életképesnek bizonyultak, és nem veszélyeztették a közvetlen versenytársak gazdasági érdekeit. „A foglalkozás szabad megválasztása azonban csak egy kényszerítő közérdekre tekintettel korlátozható; azaz amennyiben a jogalkotó alapos megfontolást követően úgy dönt, hogy egy ilyen közérdeket védelmezni kell, korlátozó rendelkezéseket hozhat ezen érdek védelmére, de csak abban az esetben, ha a védelmet nem lehet a szabadság kisebb korlátozásával

---

<sup>240</sup> BVerfGE 7, 198. A döntés egyes részeit angol nyelven idézi: KOMMERS, Donald P. – MILLER, A. Russel, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Durham, 2012, 446-447.

<sup>241</sup> BOMHOFF, Jacco, *Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing*, German Law Journal, 2008/2, 124.

megvalósítani. Amennyiben elkerülhetetlen a foglalkozás szabadágának korlátozása, a jogalkotó csak az alapjogot legkevésbé korlátozó szabályozási eszközt alkalmazhatja.”<sup>242</sup> Ebben a döntésben tehát már felbukkannak a klasszikus arányossági vizsgálat legfontosabb elemei – így a különösen fontos szabályozási cél és a legkevésbé korlátozó eszköz követelménye.

A német Alkotmánybíróság később az alapjogok lényegéből és a jogállamiság elvéből vezette le az arányossági vizsgálat szükségességét, és a mai német alkotmányos gyakorlat egyik legnagyobb súlyú doktrínáját alkotta meg.<sup>243</sup> Az arányossági vizsgálat az évtizedek során egyre nagyobb szerepet és egyre kidolgozottabb struktúrát kapott. A doktrína győzelmét több tényező együttthatása idézte elő. Egyfelől az alapjogok prioritására épülő alkotmányfelfogás elterjedése, amely nyílt szakítást jelentett a totális állam kialakulását lehetővé tevő formális jogállam-felfogással. Másfelől a jóléti állam koncepciója, amely bizonyos társadalmi célok megvalósítása érdekében az alapjogok korlátozását is lehetővé tette. Harmadrészt az a tapasztalat, hogy az arányosság hosszú ideje az állami cselekvés igazolásának feltétele, s mint ilyen, elválaszthatatlan az alapvető jogok lényegétől és a jogállamiság eszméjétől.<sup>244</sup>

Az arányosság fogalmának történeti alakulásából levonható legfontosabb megállapításokat a következőkben összegezhetjük. Az arányosság kezdettől fogva a német közjog egyik doktrínájának tekinthető, amelynek jelentősége abban állt, hogy beemelte az emberi jogi eszmét a német jogi gondolkodásba, felértékelte az egyébként súlytalan egyéni jogok mint a politikai hatalommal szembeni korlátok szerepét, ezáltal pedig hozzájárult az egyéni autonómiát szűkítő, önkényes állami beavatkozás kiszűréséhez. A fogalmat a német gondolkodás elsősorban a bíróságok gyakorlatához kapcsolta, jelentése mint jogalkalmazási módszer, mint bírói eszköz szilárdult meg a diskurzusban. A XX. század második felében bekövetkező alkotmányos változások sem eredményeztek érdemi szakítást az arányosság doktrínájának történetileg kialakult tartalmával. A doktrína továbbra is az egyéni jogokhoz és azok bírói védelméhez kötődött, és a politikai hatalom cselekvéseinek bírói mércéjeként szolgált. A német alkotmányos gyakorlatban hamar megszilárdult az az elképzelés, hogy az arányossági vizsgálat logikailag következik az alapjogok struktúrájából, ami azt jelenti, hogy az alapjogok védelmi területének kijelölése során a döntéshozók nem is nyúlhatnak más

---

<sup>242</sup> BVerfGE 7, 377. A döntés egyes részeit angol nyelven idézi: KOMMERS - MILLER *i. m.* 668.

<sup>243</sup> Lásd GRIMM *i. m.* 385-386.

<sup>244</sup> Lásd SWEET – MATHEWS [2008] *i. m.* 110.

módszerhez, mint az arányossághoz.<sup>245</sup> Mindezekre tekintettel a doktrína alkotmánybíróági alkalmazása napjainkban is csak kevés kritikának ad helyet. A szórványosan felbukkanó negatív hangok elsősorban azt hangsúlyozzák, hogy az arányossági tesztre épülő bírói mérlegelés nem képes megfelelni a német hagyományban különösen szigorúan vett jogászai racionalitás követelményének, mert az a logikai következtetés tudományos technikájával szakítva diszkréciót enged a bírónak, és lehetővé teszi a jogon kívüli megfontolások becsempészését a döntéshozatalba. Bernhard Schlink szerint ennek az az oka, hogy az alkotmánybíróág elsősorban nem az egyéni jogvédelem, hanem a politikai és társadalmi viták fórumaként működik. Ez a szerepfelfogás pedig a bíróság által alkalmazott módszerre is hatást gyakorol, mert a politika területén felmerülő problémákat nem lehet a hagyományos jogi módszer segítségével megoldani.<sup>246</sup> Mindezek ellenére az arányossággal szemben megfogalmazott ellenvetések marginálisak maradtak a német gyakorlatban, így a doktrína alkalmazását a kezdetektől fogva természetesnek vették.

## 5.2. Az amerikai mérlegelés

Aligha vitatott, hogy a mérlegelés kifejezés az amerikai jogtudományi diskurzushoz kapcsolódik, és az amerikai alkotmányjogi tradíció jellegzetességeit viseli magán. Amíg egyes szerzők szerint a fogalom a magánjogból szivárgott át a közjog területére a XX. század elején<sup>247</sup>, addig más vélemények szerint egyértelműen és azonosíthatóan az 1950-es és 60-as évek alapjogi vitáihoz kapcsolható a doktrína első felbukkanása.<sup>248</sup> Akármelyik megközelítést tekintjük is irányadónak a továbbiakban, a mérlegelés fogalmának meghatározása csak az amerikai alkotmányjogi hagyomány alapvető sajátosságaira tekintettel bizonyulhat sikeresnek. Ennek az a magyarázata, hogy a mérlegelés jellegzetességeit nem választhatjuk el attól a sajátos jogkonceptiótól, amely az amerikai alkotmányelméletben és az amerikai bíróságok gyakorlatában kialakult, ahogyan azoktól a politikai céloktól sem, amelyek a doktrína bíróági alkalmazását előmozdították.

---

<sup>245</sup> COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, San Diego Law Review 2009/2, 391.

<sup>246</sup> SCHLINK [1993] *i.m.* 729.

<sup>247</sup> Lásd COHEN-ELYA, Moshe – PORAT, Iddo, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origin*, International Journal of Constitutional Law, 2010/2, 20.

<sup>248</sup> Lásd SCHAUER Frederick, *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*, Law and Ethics of Human Rights, 2010/1, 38.

„A mérlegelés a múlttal való szakítást jelképezte, és válasz volt a XIX. századi konceptualizmus és formalizmus hanyatlására, valamint a megelőző fél évszázad alatt bekövetkező társadalmi és társadalomszemléleti változásokra.”<sup>249</sup> De mi jellemezte azt a korszakot, amelyben a mérlegelés hiányzott a bíróságok szótárából? Duncan Kennedy szerint az 1850-es évektől kezdődően hosszú évtizedeken keresztül az ún. klasszikus jogi gondolkodás határozta meg a joggyakorlatot. A bírák absztrakt kategóriákban gondolkodtak, amelyek szinte diktálták a döntéseket. Az érvelést pedig sajátosan jogi, tudományos technikaként tüntették fel; ennek következtében a bíróságok legitimitását kevés kritika érte.<sup>250</sup> A mérlegelés az abszolút kategóriák alkalmazásával szemben az egyéni jogok és a közösségi célok összevetését ajánlotta a bírák számára.

Egyes szerzők Oliver Wendell Holmes elméleti munkásságához kötik a mérlegelés gondolatának felbukkanását.<sup>251</sup> Holmes úgy tartotta, hogy a jog valójában társadalmi célok szolgálatába állított eszköz, így a legjobb szabályokat csak akkor alkothatjuk meg, ha a szabályozással érintett célok és érdekek teljes spektrumát mérlegre tesszük. „A logikai forma mögött a versengő jogalkotási indokok relatív értékére és fontosságára vonatkozó értékítélet rejtőzik, mely bár gyakran homályos és öntudatlan, mégis az egész folyamat gyökerét és neuralgikus pontját jelenti. (...)Úgy vélem, maguknak a bírácoknak sem sikerült kellőképpen felismerniük abbéli kötelességüket, hogy a társadalmi haszonról való elképzeléseket mérlegeljék. E kötelesség elkerülhetetlen, az e megfontolásoktól való, gyakorta hirdetett bírói tartózkodás egyszerűen azt eredményezi, hogy az ítélet alapja és indokai homályosak, és gyakran öntudatlanok maradnak, mint azt említettem.”<sup>252</sup> Holmes ekkor a szabályozási célok súlyozásának szükségességéről még a magánjogi jogintézmények alkalmazásával összefüggésben beszélt.

A mérlegelés gondolata azonban a magánjogból fokozatosan átkerült az alkotmányjogba, ahol a bírák a korábbi, fogalmakra építő ítélkezési gyakorlattal szakítva az alkotmány olvasásának és az alkotmányos viták megoldásának új formáját alakították ki. A mérlegelési gyakorlat megszilárdulásában a politikai igények, a tudományos szemléletmód és a bírói szerepfelfogás megváltozása együttesen játszott

---

<sup>249</sup> ALEINIKOFF *i.m.* 949.

<sup>250</sup> KENNEDY, Duncan, *Toward a Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940*, *Research in Law and Sociology*, 1980/3, 7, 21.

<sup>251</sup> Lásd COHEN-ELYA–PORAT *i.m.* 21.

<sup>252</sup> HOLMES, Oliver Wendell, *A jog ösvénye*, *Jogelméleti Szemle*, 2010/4, <http://jesz.ajk.elte.hu/oliver44.html> (letöltés ideje 2013. február 25.)

szerepet.<sup>253</sup> A mérlegelés támogatói elsősorban a Lochner-korszak túlzott formalizmusát kritizálták, és a bíróság érvelési módszerét okolták a társadalmi realitástól gyakran távol eső bírói döntésekért is. A bíróság ugyanis az egyéni szabadság fogalmának rendkívül széles értelmezésére alapozta döntéseit, minimális mozgásteret biztosítva ezáltal a jogalkotó számára.

A mérlegelés támogatói ezzel szemben úgy vélték, hogy az alapjogok nem függetlenek más társadalmi igényektől és érdekektől, ezért nem is tulajdoníthatunk nekik abszolút státuszt, hanem egyéb szociális érdekekhez hasonlóan mérlegre kell tennünk őket, amikor rivális érdekekkel ütköznek. A társadalmi érdekek súlyozásának gondolata egy újfajta bírói attitűd kialakításának igényével is összefonódott. A mérlegelés támogatói kezdettől fogva azon az állásponton voltak, hogy a szabályozási célok súlyozása alapvetően törvényhozói kompetencia, amelyet a bíróságoknak a lehető legnagyobb mértékben tiszteletben kell tartaniuk. A jogalkotói mozgástér szélesítésének javaslatával pedig együtt járt a bírói önkorlátozás szükségességének artikulálása is.<sup>254</sup>

Az előbbieken körvonalazott értelmezési hagyománnyal ellentétben Frederick Schauer az 1950-es évek alkotmányjogi diskurzusaihoz köti a mérlegelés fogalmának megjelenését.<sup>255</sup> Schauer szerint a fogalom a szólásszabadság terjedelméről folyó vitában formálódott: az egyik oldalon az alapjogok abszolút jellegét és korlátozhatatlanságát hirdető bírák és jogfilozófusok, a másikon az ütköző érdekek súlyozására építő mérlegelés-párti jogászok foglaltak helyet. A szólásszabadság védelmezői kezdetben rossz szemmel tekintettek a mérlegelésre, mert annak partikuláris jellegében és túlzott esethez-kötöttségében a bírói diszkréció igazolhatatlan kitágításának veszélyét, és ezáltal a kifejezés szubjektív érvekre alapított korlátozásának lehetőségét vélték felfedezni. A későbbiekben azonban nyilvánvalóvá vált, hogy a mérlegelésre egy magasabb absztrakciós szinten, általánosabban megragadott érdekek között is sor kerülhet, továbbá nem eredményezi szükségképpen és előre láthatóan valamely érdek felülkerekedését más versengő érdekekkel szemben; azaz a mérlegelés végkimenetele nem következik logikai szükségszerűségként, és nem vezet a szólás igazolhatatlan korlátozásához.

Bár láthatjuk, hogy a mérlegelésre épülő jogtudományi diskurzus kialakulásáról nincs teljes egyetértés az Egyesült Államok jogirodalmában, azt senki sem cáfolja, hogy

---

<sup>253</sup> Lásd ALEINIKOFF [1987] i. m. 952-958.

<sup>254</sup> Lásd COHEN-ELYA–PORAT *i.m.* 27.

<sup>255</sup> SCHAUER [2010] *i.m.* 38.

kezdetől fogva igen erőteljes volt a mérlegeléshez kapcsolódó új jogfelfogás politikai karaktere. A mérlegelés támogatói rámutattak arra, hogy a megváltozott társadalmi viszonyok más bírói attitűdöt, és új, a kategorikus értelmezéstől eltérő módszert kívánnak az alkotmányos viták kezelésére és az alkotmány olvasására.

Bár a mérlegelés mára a bírói döntéshozatal egyik gyakran alkalmazott formájává vált az Egyesült Államokban, a több évtizedes gyakorlat ellenére sem tekinthetjük olyan kidolgozott és széles körben elfogadott doktrínának, mint a német gyakorlatban uralkodó arányossági vizsgálatot. Mi magyarázhatja, hogy a mérlegelés pozíciója ennyire bizonytalan az amerikai bírói gyakorlatban? Az Egyesült Államokban az alkotmányos struktúra továbbra is erősen kötődik a hatalmi ágak elválasztásának klasszikus elvéhez, így a politikai autoritás megosztása során az egyes hatalmi szereplők korlátozásának igénye dominál. A korlátozott kormányzat eszméje mögött az egész amerikai politikai kultúrát átható bizalmatlanság húzódik meg, mely a politikai hatalom gyakorlóitól felé irányul. Ennek az átfogó bizalmatlanságnak a következménye, hogy a hatalomgyakorlás csak a szigorúan meghúzott határok tiszteletben tartása esetén bizonyul legitimnek.<sup>256</sup> A politikai autoritás korlátait és egyúttal az egyéni autonómia határait pedig az alapjogok jelölik ki. Erre tekintettel az amerikai alkotmányos kultúrában az alapjogok védelmi körébe tartozó igények széles körű védelmet élveznek más, rivális érdekekkel szemben. Mi következik ebből a mérlegelés alkotmányos státuszát illetően? A mérlegelés arra hívja fel a bírót, hogy ütköző alkotmányos igények súlyáról és egymáshoz való viszonyáról döntsön. Ez a folyamat pedig igen széles mozgásteret biztosít a bíróságok számára az alapjogok alkotmányos státuszának meghatározásában. Az alkotmányos garanciák definiálása azonban az amerikai felfogás szerint elsősorban a politikai közösség feladata. Az alkotmány szövege éppen azt juttatja kifejezésre, hogy mit gondolnak az egyének a kormányzattal szemben lefektetett alkotmányos garanciák terjedelméről. Ha tehát az alapjogok tartalmának meghatározása jövőbeni bírói értékelés függvénye, bizonytalanná válhat, hogy hol húzódnak az alkotmányos védelmet élvező egyéni cselekvések határai. A mérlegeléssel szembeni gyanakvás további forrása, hogy a módszer az alapjogok normatív erejének csökkenéséhez vezethet, amennyiben a bíró az alkotmányos garanciákat egyszerű érdekekké redukálja, és fontos közösségi célokra tekintettel korlátozhatónak nyilvánítja. A mérlegelés így a már kialakult, magas szintű jogvédelem csökkenéséhez vezet.

---

<sup>256</sup> Lásd COHEN-ELIYA – PORAT [2009] *i.m.* 396.

Végezetül az amerikai gyakorlatban kezdettől fogva megfogalmazódott az a félelem, hogy a mérlegelés önkényes döntést eredményez, mert a rivális értékek összemérését ajánlja a bíróságok számára anélkül, hogy valamilyen, a versengő érdekek értékelését és összevetését lehetővé tevő objektív kritériumot is a bírák rendelkezésére bocsátana. Ebből következően pedig a jogalkalmazóknak nincs más lehetőségük, mint saját szubjektív megítélésük szerint dönteni arról, hogy melyik érdek élvez elsőbbséget a szóban forgó esetben. Az ütköző közösségi célok súlyozása során pedig a bíróságok átveszik azt a feladatot, amely az alkotmány alapján valójában a törvényhozást illeti. A mérlegelésről folyó vita az Egyesült Államokban éppen ezért kezdettől fogva összekapcsolódott a bírói felülvizsgálat legitimitásáról folyó intézményes kérdéssel.<sup>257</sup>

### 5.3. A történeti fejlődésben rejlő különbségek implikációi

Azt látjuk tehát, hogy a két külön fogalommal jelölt doktrína, a mérlegelés és az arányosság egészen különböző jogi és politikai kontextusban jelent meg, és mivel eltérő kihívások kezelésére alkalmazták őket, ellentétes funkciót tölthettek be. Az arányosság az emberi jogi gondolat megjelenését és a politikai hatalom korlátok közé szorítását eredményezte a német közjogi gyakorlatban. A doktrína alkalmazása során ugyanis csak azok az állami aktusok bizonyultak igazolhatónak, amelyek nem korlátozták aránytalanul az egyéni szabadságot. Ezzel szemben a mérlegelés az uralkodó formalista jogalkalmazás kritikájaként bukkant fel az Egyesült Államokban. A mérlegeléssel a bíróságok azt kívánták demonstrálni, hogy a bírói gyakorlat érzékeny a társadalmi változásokra, ezért az alkotmányos viták eldöntése során a bírónak az alapjogok mellett a társadalmilag fontos célokat és érdekeket is figyelembe kell vennie. A két doktrína közötti közeledés csak a XX. század második felétől indult meg.<sup>258</sup> Ezt jelzi, hogy a mérlegelés retorikája a két jogrendszer alkotmányos gyakorlatában nagyjából egy időben bukkant fel: az Egyesült Államokban az 1952-es Dennis döntéssel, Németországban pedig a Lüth-ítélettel összefüggésben.<sup>259</sup> Ekkor már alkalmazásuk is azonosíthatóan az alapjogokkal összefüggő bírói gyakorlathoz kapcsolódott.

---

<sup>257</sup> Lásd SCHAUER, Frederick, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*. In: NOLTE, Georg (ed.) *European and US Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 63-67.

<sup>258</sup> PORAT – COHEN-ELIYA [2010] *i.m.* 32.

<sup>259</sup> BOMHOFF [2008] *i.m.* 122.

Az alkotmányos gyakorlatokban az elmúlt évtizedekben bekövetkező nagyfokú konvergencia miatt érdemes alaposabban is megvizsgálni, hogy a két fogalom eredetében fellelhető különbségek ellenére mennyiben tartható még a német és az amerikai alapjogi ítélkezés, vagyis az arányosság és a mérlegelés megkülönböztetése. A terminológiai eltérések vajon érdemi különbségekre mutatnak rá, amelyek indokolják a két doktrína elválasztását? Vagy valójában hasonló érvelési struktúrákról van szó, és csupán stratégiai és politikai megfontolások magyarázzák a nyelvhasználatbeli különbségek fenntartását?

Elsőként bemutatom az arányosságnak azt a klasszikus struktúráját, amelyet Robert Alexy dolgozott ki a német gyakorlat alapján. Utána pedig szemügyre veszem, hogy miként alakul az alapjogi érvelés szerkezete az Egyesült Államokban. A vizsgálódás végén arra a kérdésre szeretnék választ kapni, hogy vannak-e közös elemei az arányosságnak és a mérlegelésnek, azaz létezik-e az alapjogi érvelésnek egy, a gyakorlatok sajátosságaitól független általános szerkezete.

## **6. Az arányosság mint általános érvelési struktúra**

### **6.1. Robert Alexy elmélete**

Robert Alexy az alapjogi mérlegelés normatív elméletét alkotta meg. Teóriájának népszerűsége elsősorban azzal indokolható, hogy megvilágító és magyarázó erővel bírt a német Alkotmánybíróság alapjogi gyakorlatának szempontjából. Az elméletalkotás igénye mögött azonban több célkitűzés is körvonalazható, amelyek pedig nem választhatóak el világosan egymástól. Alexy vélhetően egyszerre törekedett a német alkotmánybírósági gyakorlat igazolására, az alapjogi konfliktusok által meghatározott bírói döntéshozatal leírására, valamint a mérlegelés legfontosabb igazoló elveinek feltárására is. Alexy azonban igyekezett hangsúlyozni, hogy az általa megalkotott koncepció nem elsősorban a bírói döntéshozatal ábrázolására, hanem a gyakorlat igazolására irányul.<sup>260</sup> Az alábbiakban megkísérlem magam is értékelni az Alexy-féle teoretikus törekvés jelentőségét, és feltárni az elméletében rejlő legfontosabb empirikus és normatív lehetőségeket. A feladat elvégzése elsőként az elmélet tartópilléreinek felvázolását követeli meg.

---

<sup>260</sup> ALEXY, Robert, *The Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 100-101.

Alexy legfontosabb tézise, hogy az alapjogok struktúrája és a mérlegelés kölcsönösen implikálják egymást, ezért az alapjogok konfliktusát csak mérlegeléssel dönthetjük el.<sup>261</sup> Ez az állítás a jogrendszert alkotó normák között tett konceptuális megkülönböztetésre épül, mivel az alapjogok és a mérlegelés közötti szükségszerű kapcsolatot az a megfontolás hozza létre, hogy az alkotmányokban rögzített alapjogok elvek, nem pedig szabályok. De mi következik ebből a belátásból az alapjogok alkalmazására nézve?

Alexy – a korai Ronald Dworkinhoz hasonlóan<sup>262</sup> – a jogi normák két típusa, a szabályok és az elvek között tett különbséget, és a különbséget e két normatípus eltérő logikai természetében ragadta meg. A szabályok konkrét parancsok (definitive commands), működésük lényege pedig, hogy szükségképpenivé tesznek egy adott döntést, ha érvényességükkel és alkalmazhatóságukkal kapcsolatban nem merül fel kétség. Ezzel szemben az elvek alkalmazása nem vezet kényszerítő erővel egy meghatározott jogkövetkezmenyre. Az elvek olyan optimalizációs követelmények (optimization requirements), amelyek kielégítésére különböző mértékben kerülhet sor az eset tényei és a jogi lehetőségek fényében.<sup>263</sup> Az elvek struktúrájukat tekintve ezért az értékekkel azonosak: súlyukat absztrakt módon nem, csak más elvekre tekintettel, relatív értelemben határozhatjuk meg.

Ez a konceptuális megkülönböztetés Alexy szerint kulcsfontosságú, ha az alapjogi érvelés konstitutív jellemzőinek megragadására törekszünk. A szabályok és az elvek ugyanis konfliktus esetén eltérően viselkednek, és eltérő döntéshozatali módszert követelnek. Amíg a szabályok alkalmazása a klasszikus szubszumpciós érvelésre támaszkodik, addig az elvek konfliktusa mérlegelést követel. Elvek konfliktusa akkor merül fel, amikor egy magatartás normatív értékelése az egyaránt releváns elvek alkalmazása során egymással ellentétes eredményre vezet. Azaz az egyik elv alkalmazása kizárja a másik elv érvényesítését. A mérlegelés során a bírónak arról kell döntenie, hogy melyik elv bizonyul súlyosabbnak a konkrét esetben. Amelyik elvnek nagyobb a súlya az eset körülményeire tekintettel, annak az elvnek kell elsőbbséget biztosítani. Ez azt jelenti, hogy a jogvitában annak az igénynek kell helyt adni, amelyet az elsőbbséget élvező elv támogat. Az így létrejövő elsőbbségi viszony azonban csak feltételes; mindig az adott esetre vonatkozik, és más tényekre tekintettel

---

<sup>261</sup> Alexy [2002] *i.m.* 66.

<sup>262</sup> Lásd DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, 22-28.

<sup>263</sup> ALEXY [2002] *i.m.* 47-48.

megfordulhat.<sup>264</sup> A szólásszabadság és a személyiségvédelem alapjogai közül egyiknek sincs általában elsőbbsége, így a két elv ütközése esetén a konkrét eset tényeire tekintettel kell meghatározni, hogy melyik elvnek kell érvényesülnie. A híres Lebach ítéletben<sup>265</sup> a német Alkotmánybíróság a következő elsőbbségi állítást fogalmazta meg: a személyiségvédelem joga elsőbbséget élvez a sajtószabadsággal szemben, ha egy súlyos bűncselekményről szóló ismételt tudósításhoz már nem fűződik a közvélemény naprakész tájékoztatásának érdeke, ugyanakkor a tudósítás veszélyezteti az érintett bűnelkövető reszocializációját.<sup>266</sup>

De hogyan juthat el a bíró az alapjogok közötti feltételes elsőbbségi viszonyok meghatározásához? Miként állapítható meg, hogy az ütköző elvek között melyik élvezzen elsőbbséget? Alexy szerint ehhez a feladathoz az arányossági vizsgálat nyújt segítséget. Az arányossági vizsgálat azért bizonyul hasznosnak a konfliktusok feloldása során, mert egy könnyen kezelhető analitikai szerkezetet kínál annak értékelésére, hogy egy elv érvényesülésének korlátozása igazolható-e. Alexy szerint az arányossági struktúra – azaz valamely elv korlátozásának igazolása – három lépésre bontható: az alkalmasság, a szükségesség és az arányosság vizsgálatára. Az alkalmasság Alexy elméleti konstrukciójában egy negatív kritérium, amely arra szolgál, hogy kizárja azokat az eszközöket, amelyek alkalmatlannak mutatkoznak a cél eléréséhez.<sup>267</sup> A szükségességi vizsgálat mérlegre teszi, hogy a két vagy több, egyaránt alkalmas eszköz közül melyik alkalmazása vezet az elv legkisebb mértékű korlátozásához.<sup>268</sup> Alexy ezt a lépcsőt a „legkevésbé korlátozó eszköz” doktrínájaként említi. A vizsgálat harmadik lépcsőfoka a szűk értelemben vett arányosság, azaz a tulajdonképpeni mérlegelés. Ilyenkor a bíróság a jogkorlátozás intenzitását veszi górcső alá. Alexy szerint az arányossági teszt első két lépése, szemben a mérlegelési szakasszal, kevésbé problematikus, mivel az alkalmasság és a szükségesség vizsgálata kizárólag a tényekre tekintettel történik. Ezzel ellentétben a mérlegelés során már nemcsak arra kell tekintettel lenni, hogy mit követelnek a konkrét eset tényei, hanem arra is, hogy mit engednek a kérdésben szintén relevánsnak mutató elvek. A szabályalkalmazás fontos jellemzője, hogy a döntés eredményét kizárólag az eset tényei determinálják. Ezzel szemben az elvek konfliktusában a tényeken túl a jogvitában benne rejlő jogi

---

<sup>264</sup> *I.m.* 52.

<sup>265</sup> BVerfGE 35, 202.

<sup>266</sup> ALEXY [2002] *i. m.* 55-56.

<sup>267</sup> *I.m.* 398.

<sup>268</sup> *I.m.* 68.

lehetőségeket is figyelembe kell vennie a jogalkalmazónak. Minden elv önmagában implikál ugyan egy optimális következményt, de gyakorlati megvalósulásuk szintje az ütköző egyéb elvekkel való összevetés függvénye.

Az arányossági vizsgálat legkritikusabb szakaszát éppen ezért az utolsó lépés, a tényleges mérlegelés jelenti. Hogyan juthat el a bíró az elvek közötti elsőbbségi viszony meghatározásához? Ezt a folyamatot Alexy elméletében a mérlegelés szabálya (Law of Balancing) strukturálja: „Minél nagyobb mértékű az egyik elv sérelme, annál komolyabb érdekek kell fűződnie a másik elv érvényesítéséhez.”<sup>269</sup> Ezek alapján a mérlegelés szabálya a következő három lépést követeli meg a jogalkalmazótól. Első lépésben a jogkorlátozás mértékének meghatározását, másodsor a másik versengő elv jelentőségének megállapítását, végezetül pedig annak a kérdésnek a megválaszolását, hogy a jogkorlátozással elérni kívánt cél jelentősége igazolja-e a korlátozást. Ez az utolsó logikai lépés tulajdonképpen az előző két elem összevetését írja elő, ezért a kérdés úgy is feltehető, hogy miként viszonyul a jogkorlátozás intenzitása a másik rivális elv alkotmányos jelentőségéhez. Alexy ezt az összevetést egy matematikai képlettel ábrázolja, és a logikai folyamat eredményét egy hányadossal juttatja kifejezésre. A hányados valójában azt jelöli, hogy miként viszonyul egymáshoz az ütköző elvek súlya.

A döntési helyzet legkritikusabb lépését a tényleges mérlegelés, azaz az egymásnak feszülő elvek összevetése jelenti. Ez ugyanis a rivális elvek súlyának meghatározását, és egy elsőbbségi állítás megfogalmazását követeli meg. Az elsőbbségi állítás a mérlegelés végeredménye, és egy olyan szabályt juttat kifejezésre, amely a rivális elvek viszonyát a konkrét jogesetre fordítja le.<sup>270</sup>

Alexy szerint azonban a bírácoknak nem kell megijedniük ettől a feladattól. Az elsőbbségi állítás minden esetben racionálisan igazolható, ha a bírói érvelés pontosan követi az arányossági vizsgálat lépéseit. Ehhez csak egy háromfokozatú skálát kell alkalmazni, amelynek a segítségével a jogkorlátozás intenzitása és a rivális elv jelentősége is értékelhetővé és egyben összevethetővé válik. A jogkorlátozás mértéke lehet csekély, közepes vagy súlyos, míg az alapjogot korlátozó elv érvényesítéséhez fűződő érdekek csekély, közepes vagy jelentős.

---

<sup>269</sup> „The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.” *i.m.* 102.

<sup>270</sup> *I.m.* 53.

Alexy a német Alkotmánybíróság néhány döntésén keresztül igyekszik igazolni, hogy milyen nyilvánvaló (obvious) eredményre vezet a mérlegelés, ha az ütköző érdekeket az általa ajánlott skála segítségével súlyozzuk. A sokat hivatkozott ún. Tobacco ügyben<sup>271</sup> például a dohányzással járó egészségi kockázatok csökkentése olyan jelentős érdek, amelyre tekintettel igazolható az a csekély mértékű jogkorlátozás, amely a foglalkozás szabadságában jelentkezik, amennyiben a dohánygyártó cégeket arra kötelezik, hogy termékeiken a dohányzás káros hatásaira figyelmeztető felhívásokat helyezzenek el.<sup>272</sup>

Alexy megközelítésében az arányossági vizsgálat harmadik szakasza, a tényleges mérlegelés a szubszumpcióhoz hasonlóan egy következtetési folyamat, amely során a bíró a premisszákból kiindulva egyszerű logikai levezetéssel jut el a konklúzióig, azaz a jogi döntésig.<sup>273</sup> A következtetés érvényessége azonban, amelyet Alexy belső igazolásnak nevez, még önmagában nem biztosítja a mérlegelési folyamat racionalitását. A premisszák helyességének alátámasztása, azaz a külső igazolás is feltétele a racionális mérlegelésnek.<sup>274</sup> A kiinduló premisszák csak abban az esetben állnak rendelkezésre, ha – a mérlegelési képletre tekintettel – már meghatároztuk, hogy milyen mértékű a jogkorlátozás az egyik oldalon, illetve mekkora a rivális alkotmányos elv súlya a másikon. Alexy elméletéből az következik, hogy ezek az állítások is racionálisan ellenőrizhető ítéleteket testesítenek meg, és igazoltan tartanak igényt helyességre. De mi biztosítja az így megformált premisszák ellenőrizhetőségét? Ez a kérdés ahhoz az általánosabb problémához vezet át bennünket, hogy lehet-e egyáltalán racionális az alapjogi érvelés. Alexy abból indul ki, hogy az alapjogi érvelés kevésbé kötött, mint a jogi érvelés általában, hiszen nem a jogrendszer viszonylag konkrét szabályaira, hanem az alkotmány absztrakt és nyitott rendelkezéseire irányul. Mindezek

---

<sup>271</sup> BVerfGE 95, 173.

<sup>272</sup> I.m. 402.

<sup>273</sup> Bár Schauer egyetért Alexy azon megállapításával, hogy a mérlegelés nem irracionális, azt vitatja, hogy az alapjogi konfliktusok bírói megoldása a szubszumpcióval azonos, racionális érvelési struktúráként lenne modellezhető. Schauer úgy véli, Alexy mérlegelés-konceptiója figyelmen kívül hagyja a jog egyik alapvető tulajdonságát: annak szöveghez kötöttségét és a jogi fogalmak által teremtett nyelvi kötöttségeket. A szabályok nyelvi kifejeződése mindig egy konkrét jogszabály-szöveg részeként értelmezhető, e szöveg által konstruált jogi kontextus pedig korlátok közé szorítja a szóba jöhető jogkövetkezmények körét. Ebből következik, hogy a szubszumpció mint szabályalkalmazás a jogi szöveg nyelvi korlátai által határolt térben enged csak mozgásteret a döntéshozó számára. Ezzel szemben a mérlegelési folyamat – tekintettel arra, hogy az eljárásban nem konkrét szabályok, hanem absztrakt morális elvek alkalmazására kerül sor – nem állít ilyen típusú korlátokat a jogalkalmazó elé, és nem szorítja határok közé a jogi döntés eredményét. Alexy abban téved, hogy a mérlegeléssel szemben megfogalmazott kritikák kivédésének egyetlen útját a nem formális érvelési módszer formális természetének kényszerű bizonyításában látja. (SCHAUER [2010] *i.m.* 44-45.)

<sup>274</sup> ALEXY, Robert, *The Construction of Constitutional Rights, Law & Ethics of Human Rights*, 2010/1, 31.

ellenére azonban az alkotmányjogi mérlegelés eredménye is lehet racionális. Ezt részben az érvelésnek keretet adó diskurzus, részben pedig az érvelés alapja, maga az alkotmány biztosítja.<sup>275</sup> Az alapjogi érvelésre ugyanis egy jogi diskurzusban kerül sor, amelynek célja éppen a kiinduló premisszába foglalt normatív állítások igazolása. A jogi érvelés tehát egy igazolási diskurzus, amely normatív állítások helyességéről kíván számot adni.<sup>276</sup> Ennek a diskurzusnak az alapját pedig az alkotmány jelenti, azaz az alkotmány mint közös nézőpont elfogadása szintén hozzájárul a racionális diskurzus feltételeinek megteremtéséhez. A kiinduló premisszákat ugyanis az alkotmányra tekintettel értékelhetjük, és ehhez hasonlóan a mérlegelés során rivalizáló elvek összevetésére is az alkotmány alapján kerül sor. Az alkotmány tehát az a „mérce”, amely a mérlegelés során releváns normatív állítások igazolását és összemérhetőségét lehetővé teszi. Alexy szerint ennek a mércének az azonosítása során nemcsak a normaszövegre, hanem az alkotmánybíróság korábbi döntéseire, valamint az alkotmányjogi dogmatikára, tehát egy szubsztantív alkotmányelméletre is támaszkodhatunk.<sup>277</sup> Alexy maga is hangsúlyozza, hogy nincs lehetőség olyan alkotmányjogi dogmatika kialakítására, amelyből minden érvelési helyzetben levezethető lenne a helyes döntés. Erre tekintettel indokolt az alkotmánybíróságokra ruházni az alapjogi jogviták eldöntésének végső jogát. A bíróság érvelése ugyanis a mérlegelési doktrína alkalmazásának következtében előmozdítja az alkotmányjogi diskurzus racionalitását.

## **6.2. Az elmélet kritikája: mennyire racionalizálható a mérlegelés?**

Alexy elméletét számtalan kihívással szembesítették; sokan, sokféle nézőpontból kívánták megingatni ezt a precízen kidolgozott konstrukciót. Ennek a dolgozatnak azonban nem célja az elmélet által felvetett kérdések teljes körű számbavétele és értékelése. Az alábbiakban csak egy kritikára összpontosítok, mégpedig arra, amely a legtöbbször merül fel az alapjogi érvelés normatív modelljével szemben: Vajon elfogadhatjuk-e, hogy az alapjogok konfliktusa racionálisan feloldható?

Ez a kérdés könnyen elválasztható Alexy elméletének más elemeitől, és anélkül is tárgyalható, hogy alaposabban szemügyre vennék az elméleti konstrukció valamennyi

---

<sup>275</sup> ALEXY [2002] *i. m.* 371.

<sup>276</sup> ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2010, 230-231.

<sup>277</sup> ALEXY [2002] *i. m.* 371-386.

építőelemét. Éppen ezért nem befolyásolja a kérdésre adott választ, hogy mennyiben tartjuk megalapozottnak az elvek és a szabályok konceptuális megkülönböztetését, vagy azt az érvelésméleti megfontolást, amely a jogi érvelés modelljeként kizárólag a szubszumpciót és a mérlegelést ismeri el.<sup>278</sup>

A mérlegelés racionalizálhatóságát érintő kihívások különleges súlyát jelzi, hogy maga Alexy is ezt a kritikát tekintette az elméletére nézve legveszélyesebbnek. Ha ugyanis azt látjuk, hogy az Alexy által felvázolt arányossági struktúra nem képes eligazítani a döntéshozót abban, hogy a képlet egyes elemeit hogyan fordítsa le és miként alkalmazza a konkrét jogvitában, a döntéshozatali eljárás racionalizálására irányuló kísérlet vereséget szenved. A bírói mérlegelés a felszínen azért tűnik problematikusnak, mert az elvek összevetéséhez nem áll rendelkezésünkre egyértelmű mérce. Az egyetlen támpontot az alkotmány és az abban megtestesülő erkölcs jelenti, de ha hiányzik az erkölcsi elvek tartalmára vonatkozó konszenzus, aligha juthatunk egyetértésre az ütköző elvek alkotmányos jelentőségét illetően. Így pedig az Alexy által kidolgozott skála alkalmazásában is számtalan bizonytalanság merül fel. Mindezekre tekintettel jogos az a kérdés, hogy mennyiben racionalizálható a döntéshozatal ilyen formája.

A bírói mérlegelés irracionális természetével összefüggő problémára különösen élesen világított rá Jürgen Habermas, akinek a kritikája nemcsak Alexy elméletét, de a német Alkotmánybíróság módszertani önértelmezését is érintette.<sup>279</sup> Habermas szerint, amennyiben az alapjogokat értékeként tételezzük, és az alkotmányt egy objektív értékrend kifejeződésékként fogjuk fel, az alapjogokat megfosztjuk normatív erejüktől, ennek következményeként pedig az alkotmányos jogvédelem „tűzfala” összeomlik. Az értékek realizálása az ütköző érdekek súlyozását követeli meg, az egyes értékek érvényesülésének mértéke ugyanis mindig a konkrét szituáció függvénye. Ebből

---

<sup>278</sup> Ennek a konceptuális problémának a kibontása és megválaszolása évtizedek óta formálja a jogelméleti diskurzust, de eredményeit az új évezredben is intenzív viták övezik. Nem vállalom magamra azt a feladatot, hogy meghatározzam saját pozícióm a szóban forgó vitában. Fontos látnunk azonban, hogy az Alexy által tett konceptuális megkülönböztetés komoly gyakorlati nehézségekbe ütközik. Így bármennyire is vonzóak tűnik elméleti szinten, érdemes lehet eltekinteni tőle. Az alapjogok működésével és alkalmazásával kapcsolatos problémák megoldásához ugyanis nem képes megfelelő támpontot nyújtani. Ebből következően nem tartom meggyőzőnek azokat a teoretikus vállalkozásokat sem, amelyek – a jogrendszer normáit szabályokra és elvekre felosztva – a szabályalkalmazást a szubszumpcióval azonosítják, és kizárólag a rendes bíróságok jogalkalmazási tevékenységéhez rendelik, míg az elvek mérlegelésének feladatát az alkotmánybíráskodás intézményéhez kapcsolják. A jogrendszer szabályai mögött meghúzódó igazoló elvek alkalmazása nemcsak az alkotmányjogi mérlegelést jellemezheti. A rendes bíróságok is támaszkodhatnak elvekre, akár a szabályból közvetlenül levezethető jogkövetkezéssel ellentétes döntés megalapozása érdekében is.

<sup>279</sup> HABERMAS [1996] *i.m.* 253-261.

következően az értékek – szemben a normákkal – nem rendezhetőek egy koherens rendszerbe, alkalmazásuk pedig mindig partikuláris érdekekre, rögzült szokásokra, tradíciókra tekintettel történik. A mérlegelés azért vezet önkényes eredményre az értékek konfliktusa során, mert a jogalkalmazók számára az érvek korlátlan köréhez engedünk hozzáférést.<sup>280</sup> Az a megközelítés, amely szerint az alapjogokban értékeket, nem pedig normákat kell látnunk, egy további súlyos problémára hívja fel a figyelmet. Az értékek ugyanis nem hordoznak magunkban meghatározott normatív tartalmat, hanem ki vannak téve az egyedi mérlegelésnek. Az értékek tartalmának bírói meghatározása pedig alkotmányos szintű jogalkotáshoz vezet, amely komoly legitimációs vákuumba kényszeríti az alkotmányos felülvizsgálatot végző bírói fórumot.<sup>281</sup>

Habermas kritikája közvetlenül érinti a dolgozat által felvetett igazolási kérdéseket. Egyfelől a bírói mérlegelés karakterét, másfelől az alkotmánybíráskodás legitimitását. Habermas gondolatmenete láthatóvá teszi, hogy miként kapcsolódik össze a két kérdésfelvetés, azaz hogyan befolyásolják az alapjogi érvelés státuszára vonatkozó megfontolások az alkotmányos felülvizsgálat igazolásának helyzetét. Bár Alexy számára kezdettől fogva nyilvánvaló volt, hogy az elméletét érintő kihívások végső soron az alkotmánybíráskodás igazolásának alapkérdéseire vezetnek el, az intézményigazolás feladatával csak az elmúlt időszakban nézett szembe.<sup>282</sup> Érveit

---

<sup>280</sup> I. m. 258-259.

<sup>281</sup> I. m. 254.

<sup>282</sup> Alexy szerint az alkotmánybíráskodás legitimitásának kulcsa az intézmény demokratikus karakterének igazolása. Ehhez a bíróságot a képviselő egy formájaként kell értékelnünk. De milyen jellegű ez a képviselő, és miért élvez elsőbbséget a parlamenti képviselővel szemben? Alexy számára az alkotmánybíráskodás az argumentatív képviselő tiszta formáját testesíti meg. A bíróságok működésük során racionális érveket terjesztenek elő, amelyeket az ésszerűen gondolkodó egyének képesek helyesként elfogadni. Az alkotmánybíráskodás lényege tehát egy olyan diskurzus intézményesítése, amelyben a bírák a helyes érvek előterjesztésére és a jó döntések előmozdítására tesznek kísérletet, mégpedig olyan körülmények között, amelyekben az egyének rendelkeznek a bírói döntések elfogadásához szükséges képességekkel. Alexy szerint pedig önmagában az a törekvés, hogy a bíróságok érvelése a helyesre irányul, igazolja ennek a képviselői formának az elsőbbségét a választásra épülő politikai képviselővel szemben. (ALEXY, Robert, *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, International Journal of Constitutional Law, 2005/4, 577-581.)

Az Alexy által előadottakat Mattias Kumm két ponton is finomította, hogy fokozza az előterjesztett érvelés igazoló erejét. Egyfelől rámutatott arra, hogy az alkotmánybíráskodás képviselői jellegének elismerése azt is megköveteli, hogy az intézmény keletkezésében bizonyos mértékű választói akaratszűrés tükröződjön vissza. Ennek alátámasztása azonban nem jelent problémát Kumm szerint, mert a testület tagjait általában a parlamenti képviselők választják meg, így ha közvetetten is, de a választók döntése konstituálja a bírói fórumot. Másfelől módosításra szorul az a belátás is, hogy az alkotmánybíráskodás feladata a leginkább helyes döntés meghozatalában áll. Ez a megközelítés ugyanis figyelmen kívül hagyja az ésszerű nézeteltérések tényét. Kumm szerint ezért jobban járunk, ha azt követeljük az alkotmánybíráskodástól, hogy tartsák tiszteletben az egyének közötti ésszerű nézeteltéréseket, azok feloldását bízzák a politikai döntéshozatalra, és csak akkor avatkozzanak be a politikaformálás folyamatába, ha az eljárás olyan ésszerűtlen eredményre vezet, amely nem képes

hosszú ideig kizárólag azoknak a kritikáknak szegezte, amelyek mérlegelési konstrukcióját igyekeztek megrendíteni. A válaszok jelentős része pedig az érvelésméleti kritikák kivédésére, és a mérlegelés racionális természetének alátámasztására irányult. Éppen ezért talán nem igényel részletesebb magyarázatot, hogy miért ebből a nézőpontból veszem vizsgálat alá magam is Alexy állításait. Figyelmemet mindenekelőtt annak a kérdésnek szentelem, hogy mennyiben tartható az a tézis, hogy az arányossági vizsgálat lépéseinek követése elvezet az alkotmányos dilemma legjobb megoldásához.

Ahhoz, hogy megválaszoljuk ezt a kérdést, Alexy elméletének empirikus és normatív lehetőségeit is vizsgálat alá kell vonnunk. Amennyiben azt látjuk, hogy a mérlegelés nem képes racionalizálni a bírói döntéshozatalt, akkor az elmélet normatív alapjai rendülnek meg. De a teória sikere attól is függ, hogy az mennyiben képes a gyakorlat adekvát ábrázolására. Ha ugyanis az elmélet teljesen elszakad a gyakorlattól, akkor a konstrukcióban rejlő normatív előnyökről – azaz a bírói mérlegelés racionalizálásának lehetőségéről – is le kell mondanunk.

A következőképpen fogok haladni. Először megvizsgálom, hogy mennyiben sikerült Alexynek megragadnia a bírói mérlegelés sajátosságait. Felteszem tehát a kérdést, hogy mi jellemzi általában azokat a bírói érveléseket, amelyek alapjogi konfliktusok feloldására irányulnak. Az elemzés célja annak megválaszolása, hogy létezik-e a mérlegelésnek olyan alapstruktúrája, amelyben a legtöbb gyakorlat osztozik. Ezt követően térek rá annak a problémának a tárgyalására, hogy lehetséges-e az alapjogi konfliktusok racionális megoldása.

---

megfelelni a nyilvános igazolás követelményének. (KUMM, Mattias, Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review, In: KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 201-217.)

### 6.3. A kanadai arányossági vizsgálat

Alexy elméletének sikere szemmel látható, ha szemügyre vesszük, hogy miként alakult az alapjogi érvelés szerkezete a kanadai gyakorlatban. A kanadai Legfelső Bíróság Oakes döntésében<sup>283</sup> ugyanis a bírói fórum igen magas fokú precizitással dolgozta ki azokat a vizsgálati lépéseket, amelyeknek vezetniük kell a bíróságokat az alapjog-korlátozás alkotmányosságának megítélése során. Ezek a lépések pedig közel esnek az Alexy által felrajzolt érvelési szerkezet elemeihez. Most ezt mutatom be röviden.

Az arányossági teszt pontos kritériumait a kanadai bíróság az Alapjogi Karta 1.§-nak értelmezésével állapította meg. Az 1.§ a Kartába foglalt jogok korlátozásának általános feltételeit rögzíti: „A Jogok és Szabadságok Kanadai Kartája biztosítja az abban foglalt jogokat és szabadságokat, amelyek csak olyan ésszerű korlátozásoknak vethetőek alá, amelyeket jogszabály ír elő, és egyértelműen igazolható egy szabad és demokratikus társadalomban.”<sup>284</sup> Mire jutott a bíróság e klauzula értelmezésével?

Az Oakes döntésben az alkotmányos kérdés annak megválaszolására irányult, hogy sérti-e az ártatlanság vélelmét az a szabályozás, amely kábítószer birtoklása esetén megdönthető vélelmet keletkeztet a kereskedelemre vonatkozó szándék mellett, és a bizonyítás terhét az eljárás alá vont személyre helyezi. Az Oakes döntés értelmében az alapjog-korlátozás vizsgálata négy szakaszra bontható. Elsőként a bíróságnak azt kell vizsgálnia, hogy van-e a szabályozásnak olyan kellően fontos indoka, amely igazolhatja a Kartába foglalt jogok és szabadságok sérelmét. A szabályozás indoka csak akkor lehet kellően fontos, ha az olyan célra vonatkozik, amely nyomós és jelentős egy szabad és demokratikus társadalomban. Ha egy fontos szabályozási cél azonosítható, második lépésben a szabályozás megalkotójának azt kell bizonyítania, hogy a szabályozási cél megvalósítása érdekében olyan eszközt választott, amely ésszerű és egyértelműen igazolható. Ez a lépés tehát a szabályozás eszközének vizsgálatát jelenti a kanadai gyakorlatban. Az eszköz vizsgálata lényegében az arányosság követelményének értékelésével azonos. De mikor lesz a kiválasztott eszköz a szabályozás indokára tekintettel arányos? Egyrészt, ha megállapítható egy racionális összefüggés a korlátozó intézkedés és a szabályozási cél között. A cél és az eszköz közötti racionális kapcsolat a bíróság értelmezése szerint azt követeli, hogy az eszköz kellő körültekintéssel kerüljön

---

<sup>283</sup> R. v. Oakes [1986] 1.S.C.R.

<sup>284</sup> „The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society” (Canadian Charter of Rights and Freedoms, section 1.)

kiválasztásra, ezzel is kerülve a túl széles szabályozás lehetőségét. A választott eszköz alkotmányosságának feltétele másrészt, hogy csak a lehető legkisebb mértékben korlátozzon alapjogot. Ez a standard úgy is értelmezhető, hogy a kanadai gyakorlat a legkevésbé korlátozó eszköz alkalmazását várja el a jogalkotótól. Harmadrészt pedig az intézkedésből fakadó hátrányoknak arányosnak kell lenniük a szabályozási cél alkotmányos jelentőségéhez viszonyítva.

A döntés elemzése során azt látjuk, hogy a bíróság rendkívül absztrakt terminusokba öltöztette a vizsgálati szakaszokat, feltehetően azzal a szándékkal, hogy a jövőben felmerülő esetek lehető legszélesebb körére alkalmazható érvelési szerkezetet alakítson ki. A döntés másik feltűnő jellegzetessége, hogy az igen részletesen kidolgozott lépésekre építi az alapjog-korlátozó intézkedések bírói értékelését. A szigorú és precíz vizsgálati lépcsők kialakítása elsősorban azzal magyarázható, hogy a kanadai bíróságok kiemelt jelentőséget tulajdonítanak az alapjogok által biztosított jogvédelemnek, és a jogvédelem csökkentését, azaz a jogkorlátozás lehetőségét csak kivételes esetekben tekintik igazolhatónak. A bíróság éppen azért hangsúlyozta, hogy a Karta 1.§-ának egyik legfontosabb funkciója, hogy explicitté tegye, és kizárólagosan rögzítse azokat az igazolási kritériumokat, amelyekre tekintettel egy intézkedés alkotmányossága értékelhető. Azaz ahogyan a bíróságoknak nincs lehetőségük eltérni a jövőben ezektől a kritériumoktól, úgy a jogalkotó intézkedése sem mentesülhet az alapjogsértés megállapítása alól, ha nem képes eleget tenni a vizsgálati követelményeknek.

Az Oakes döntés arra mutat rá, hogy az alkotmányos felülvizsgálat általánosságban egy kétlépcsős eljárásban ölt testet. Egy kormányzati intézkedéssel összefüggésben ugyanis a bíróság tipikusan arra kérdez rá, hogy fennáll-e valamely alapjog korlátozása, és amennyiben fennáll, akkor ez a korlátozás igazolható-e. Az arányossági vizsgálat során a hangsúly elsősorban a korlátozás igazolhatóságának vizsgálatára esik. A bíróságok a legtöbb erőfeszítést annak elemzésére fordítják, hogy a korlátozás mellett szólnak-e kellően erős indokok. A korlátozás csak akkor igazolható, ha annak van legitim indoka, és a kiválasztott eszköz nem eredményezi az érintett alkotmányos jog aránytalan sérelmét.

A valódi mérlegelésnek tehát az arányossági teszt harmadik fázisában van szerepe: a mérlegelés feltételez egy skálát, amelynek az egyik oldalán a jogszabállyal elérni kívánt célok, másik oldalán az érintett jog korlátai foglalnak helyet. A mérlegelés tétje a skála két oldalán szereplő értékek súlyozása. Úgy tűnik tehát, hogy a kanadai gyakorlat

igazodik az Alexy által felvázolt struktúrához, és a német alkotmányjogban uralkodó arányossági vizsgálathoz. Az Oakes teszt ismertetése azonban önmagában még nem igazolja, hogy az alapjogi ítélkezésnek vannak közös strukturális jegyei. Ezért érdemes egy olyan gyakorlatot is tanulmányozni, amelyben a bírói érvelés lényegesen eltér az arányosság uralkodó modelljétől. Ez a gyakorlat az Egyesült Államok Legfelső Bíróságának alapjogi ítélkezése. A most következő elemzés eredménye remélhetőleg arra a kérdésre is választ ad majd, hogy miként viszonyuljunk ahhoz a fogalmi megkülönböztetéshez, amely, tekintettel a német és az amerikai alapjogi ítélkezés fejlődésében rejlő különbségekre, napjainkban is jelen van az alkotmányjogi diskurzusban. Mi a viszony ma az arányosság és a mérlegelés között?

## **7. Mérlegelés az amerikai gyakorlatban – egy külön struktúra?**

### **7.1. Mérlegelés versus kategorikus megközelítés**

A korábbiakban már szoltam arról, hogy az alapjogi mérlegelést komoly bizalmatlanság övezi az Egyesült Államokban, így a bíróságok igyekeznek a mérlegeléstől eltérő analitikai keretbe illeszteni az alapjogok tartalmára vonatkozó vizsgálódásaikat. Ezeket az érvelési struktúrákat pedig különböző kifejezésekkel jelölik, így az amerikai gyakorlat sokkal kevésbé mutat egységes képet az alkalmazott tesztekkel illetően, mint más bíróságok esetjoga. A kérdésem tehát, amelyre válaszolni szeretnék, hogy azok a tesztek, amelyek az alapjog-korlátozó intézkedések alkotmányosságának kereteiként szolgálnak, osztoznak-e olyan sajátosságokban, amelyek a más jogrendszerek alkotmányos gyakorlatával való összevetést lehetővé teszik. Mérlegelnek-e egyáltalán az amerikai bíróságok? Ha igen, akkor mit kell mérlegelésen értenünk? Vagy ha nem, akkor miben áll az amerikai alapjogi gyakorlat különállása?

Ennek az átfogó vizsgálatnak a kiindulópontjaként érdemes pillantást vetnünk az Egyesült Államok Legfelső Bíróságának egy közelmúltban hozott határozatára. A *District of Columbia v. Heller* döntés<sup>285</sup> ugyanis az első eset, amikor az amerikai gyakorlatban – igaz csak egy különvéleményben – alkotmányos doktrínaként hivatkozták az arányossági vizsgálatot.<sup>286</sup> A Heller döntés jelentősége ezért lényegesen túlmutat azon a tartalmi alkotmányjogi problémán, hogy megilleti-e az amerikai

---

<sup>285</sup> 554 U. S. 570 (2008)

<sup>286</sup> Lásd COHEN-ELIYA – PORAT [2009] *i.m.* 379.

polgárokat a fegyverviseléshez való alkotmányos jog, és legalább annyira szól arról a kérdéstről is, hogy tartható-e még az amerikai típusú alapjogvédelem teljes különállására vonatkozó megfontolás. A döntés ugyanis ismételten felszínre hozta azt a dilemmát, hogy mennyiben lehet indokolt külföldi alkotmányos doktrínák implementálása az amerikai gyakorlatba, és ez a külföldi hatás hogyan érintheti az amerikai alapjogvédelem eddig szigorúan óvott sajátosságait. Ez a gondolat azért is érdemel kitüntetett figyelmet a dolgozatban, mert a második világháború óta eltelt időszakban éppen az alapvető jogok alkotmányos védelme iránti igény vezetett az alkotmányos struktúrák és megoldások közötti közeledéshez, és ebben a folyamatban kezdettől fogva az Egyesült Államok járt az élen. Az európai politikai rendszerek amerikai mintára fordultak a konstitucionalizmus új formája felé, amely az addig uralkodó parlamenti szupremácia elvét a bírói/alkotmányos szupremácia elvével váltotta fel. Az írott alkotmányok elfogadása, az alapjogok alkotmányos szintű elismerése és eljárási garanciákkal történő körülbástyázása, valamint a bírói felülvizsgálat meghonosítása mind-mind azt mutatják, hogy az intézményes berendezkedés kialakításában az Egyesült Államok jelentette a mintát az átalakulóban lévő politikai rendszerek számára. De mi a helyzet az alapjogi ítélkezés terén?

A fegyverviselési jog alkotmányos követelményeit tárgyaló határozat ugyan csupán egyetlen döntés az igen gazdag amerikai esetjogban, de arra megfelelő, hogy érzékeljük, mi az uralkodó megközelítés az Egyesült Államokban az alapjogi konfliktusok bírósági kezelését illetően. Amennyiben szemügyre vesszük, hogy miként oldotta meg a szóban forgó alkotmányossági problémát a többségi döntés, és miként a Breyer bíró nevéhez fűződő különvélemény, pontosan kirajzolódnak azok a törésvonalak, amelyek elválasztják egymástól a különböző megközelítések támogatóit. A Legfelső Bíróságnak abban az alkotmányos kérdésben kellett állást foglalnia, hogy sérti-e az Alkotmány 2. kiegészítését az a szabály, amely többek között tiltja a kézfegyverek otthoni birtoklását. A többségi döntés az amerikai alkotmányjogi érvelésben népszerű kategorikus megközelítésre építette érvrendszerét. A kategorizálás egy olyan analitikai eszköz, amely a szólásszabadsággal összefüggő bírói gyakorlatban formálódott, és amelynek lényege, hogy a bíróság fogalmak szoros definiálásával határozza meg, hogy milyen magatartások élveznek alkotmányos védelmet. A kategorizálás mint érvelési módszer népszerűsége elsősorban arra a belátásra épül, hogy az – szemben a mérlegeléssel – a bírói diszkréció korlátozását teszi lehetővé. A kategóriák kialakítását követő esetekben a bírónak ugyanis nem kell ismételten

mérlegre tennie az érintett alapjog mögöttes igazoló elveit, hanem csak arról kell döntenie, hogy a vizsgált magatartás a kialakított szabály alá rendelhető-e.<sup>287</sup>

A Heller ügyben például a többségi döntés megállapította, hogy a 2. kiegészítésbe foglalt jog, a fegyverviselés joga nem kötődik katonai szolgálat ellátásához, hanem egyéni jogot deklarál, amely valamennyi amerikai állampolgárt megillet.<sup>288</sup> A fegyverviseléshez való jog központi eleme pedig az önvédelem. Tekintettel arra, hogy az önvédelem iránti igény elsősorban otthon, a családtagok védelme és a vagyon biztosítása érdekében jelentkezik, és annak elsődleges eszközeként a kézfegyver szolgál, a kifogásolt szabályozás, amely a kézfegyverek otthoni birtoklásának teljes körű tilalmát írja elő, az önvédelemhez való jog lényegétől fosztja meg az egyéni jog jogosultjait. Ebből az érvelésből pedig nem következhet más, mint annak kimondása, hogy a kifogásolt jogszabály sérti a 2. kiegészítésbe foglalt alapjogot.<sup>289</sup>

A többségi véleménnyel szemben Breyer bíró azzal érvelt, hogy ha még fel is tesszük, hogy a vizsgált alkotmányos rendelkezés egy egyéni jogot keletkeztet az önvédelem érdekében, függetlenül mindenfajta hadsereg fenntartására vonatkozó érdektől, ez a jogvédelem nem abszolút. A szabályozás mögött a közbiztonsághoz és az egyének személyes biztonságához fűződő érdek húzódik meg, és ez olyan jelentős, hogy csak mérlegelés útján dönthetjük el, hogy az önvédelemhez vagy a biztonsághoz való jog élvez elsőbbséget a szóban forgó esetben.<sup>290</sup>

Breyer bíró már a Heller döntést megelőzően is következetesen képviselte azt az álláspontot, hogy az alapjog-korlátozás alkotmányosságának megítélése a rivális érdekek összevetését követeli meg. Azokban az esetekben, amikor Breyer kifejezetten hivatkozott a mérlegelésre, a fogalommal valójában ugyanazt a struktúrát jelölte, mint amelyet a Heller döntésben javasolt arányossági vizsgálatnál jelezni kívánt. Amikor például arról kellett döntenie a Legfelső Bíróságnak, hogy alkotmányos-e az a szabályozás, amely korlátozza az állami hivatalokért versenyző jelölteknek nyújtható támogatások mértékét, Breyer a többségi döntéshez fűzött párhuzamos indokolásában

---

<sup>287</sup> SCHAUER, Frederick, *Categories and First Amendment: A Play in Three Acts*, *Vanderbilt Law Review*, 1981/2, 300. Schauer szerint a kategorikus megközelítés alkalmazása az 1. alkotmánykiegészítés vonatkozásában legalább három, egymással összefüggő érvelési lépést követel. Elsőként ugyanis meg kell határozni, hogy milyen magatartások tekinthetők egyáltalán szólásnak, azaz mi tartozik az alkotmányos védelem körébe. Ezt követően a szólás különböző formáit kell osztályozni annak megfelelően, hogy az egyes kategóriákba sorolt kifejezések milyen szintű védelmet igényelnek. Végezetül pedig arról kell döntenie a bírónak, hogy a konkrét eset tényei alapján a jogvédelem fennáll-e vagy sem.

<sup>288</sup> 554 U. S. 570 (2008) 595.

<sup>289</sup> 554 U. S. 570 (2008) 628, 629, 630.

<sup>290</sup> 554 U. S. 570 (2008) 689, Breyer bíró különvéleménye

tette explicitté, hogy a bíróság valójában mérlegelés eredményeképpen jutott el a döntéshez. A *Nixon v. Shrink Missouri Government Pac* ügyben<sup>291</sup> ugyanis a szabályozás versengő alkotmányos érdekeket implikált. A kampánycélú támogatások összegének limitálása ugyanis, ha csekély mértékben is, de korlátozta a támogatást nyújtó személyek vagy szervezetek politikai megszólalásának lehetőségét. A korlátozás azonban fontos érdekek érvényesítését szolgálta, így többek között a korrupció megelőzését vagy a választási eljárás demokratikus karakterének és tisztaságának a megőrzését. A döntés ezért annak mérlegelését követelte meg, hogy a szabályozásból fakadó terhek nem aránytalanok-e a szabályozás kedvező hatásához viszonyítva. Breyer érveléséből a vizsgálat következő struktúrája olvasható ki. Először abban kellett állást foglalnia a bíróságnak, hogy a szabályozással érintett cselekvés – a kampánycélú támogatások nyújtása – élvez-e valamely alkotmányos jog védelmét. A bíróság a politikai kommunikáció körébe sorolta és alkotmányos védelemben részesítette a politikai célú adományozást. Másodszor a korlátozó szabályozás célját vonta vizsgálat alá a bírói fórum. A korrupció megelőzése és a választások tisztaságának megőrzése hosszú távon a demokratikus eljárásokba vetett állampolgári bizalom fenntartását szolgálja. Ez a cél pedig indokolhatja a szabad szólás korlátozását. Így már csak azt a kérdést kellett feltenni, hogy a szabályozás nem vezet-e a szólás igazolhatatlan korlátozásához, azaz nem jelent-e aránytalan terhet bizonyos alkotmányos jogokra nézve. Breyer álláspontja szerint a választások szabályozásában a törvényhozás nagyobb szakértelemmel rendelkezik, mint a bíróság, ezért érdemes elfogadni a jogalkotó értékelését arra nézve, hogy a korlátlan adományozás lehetősége veszélyezteti a választási eljárás tisztaságát, és a kampánycélú hozzájárulások mértékének limitálása nem vezet a szólásszabadság aránytalan sérelméhez.<sup>292</sup> Breyer érvelése egy viszonylag átlátható struktúrát tükröz: a vizsgált esetben alapjog-korlátozásról van szó, a korlátozásnak azonban van legitim indoka, és a cél megvalósítására rendelt eszköz nem eredményezi a jog aránytalan sérelmét, ezért a kifogásolt szabályozás alkotmányos.

Erre a szerkezetre építette a bíró az érvelését a *Heller* döntéshez írt különvéleményében is. Eszerint az életvédelem olyan, kiemelkedő alkotmányos jelentőséggel bíró szabályozási cél, amely indokolhatja a kézfegyverek tartásának korlátozását. Ezen felül nem áll a jogalkotó rendelkezésére más, kevésbé korlátozó eszköz, amellyel a kívánt célt realizálni tudná, és a szabály kellően szűk, mert a tilalom

---

<sup>291</sup> 528 U.S. 377 (2000)

<sup>292</sup> 528 U.S. 377 (2000) 402, 403, Breyer bíró párhuzamos indokolása

csak azokra a fegyverekre (kézifegyverekre) és olyan területekre (csak a városi környezetre) terjed ki, amelyekkel összefüggésben a fegyverhasználat miatt bekövetkező halálesetek a legégetőbb problémaként jelentkeznek. Mindezekre tekintettel a szabály nem vezetett a fegyverviselési jog aránytalan korlátozásához.<sup>293</sup>

Breyer érvelésének ismeretében érdemes alaposabban is szemügyre venni, hogy a többségi véleményt megfogalmazó bírák hogyan jutottak el az általuk helyesnek gondolt következtetésekhez. Azt kívánom bemutatni, hogy a bírák által kialakított kategóriák valójában mérlegelés eredményét tükrözik. Azoknak az elveknek a mérlegelését, amelyek az alkotmányos alapjog központi értékeit megalapozzák. Az a kérdés ugyanis, hogy mi tartozik az alkotmányos védelem körébe, minden esetben az alapjog mögöttes elveinek azonosítását és értékelését követeli meg.

Az amerikai alkotmányos gyakorlat például nem ismeri el az obszcén beszéd alkotmányos védelmét. Ennek mindenekelőtt az az oka, hogy az obszcén kifejezések nem járulnak hozzá azokhoz az értékekhez, amelyekre tekintettel az alkotmány fontosnak tartja a kifejezés szabadságának biztosítását. Melyek is ezek az értékek? Elsősorban a demokrácia előmozdítása és a politikai vélemények kifejezésre juttatása. A demokrácia-érv ebben az esetben a közösségi fellépés legjobb formáinak kialakítását jelenti. A közösségi cselekvések lehető legjobb formáinak kialakítása pedig szükségessé teszi, hogy minél több vélemény találkozzon, hiszen a vélemények sokszínűsége a legjobb és leginkább igazságos döntések meghozatalát szolgálja. Az obszcén beszéd azért nem tartozik az alkotmányos elismerést érdemlő kifejezések közé, mert csekély társadalmi értéket képvisel, és kevésbé kapcsolódik a szólásszabadság központi értékeihez – mint az igazság kiderítése és a politikai vélemények sokszínűsége –, ugyanakkor veszélyezteti a közösség rendjét és erkölcsiségét, melyek megőrzéséhez kiemelt kormányzati érdek fűződik.<sup>294</sup> Az obszcén beszéd tehát nem fér bele abba a kategóriába, amelyet az Egyesült Államok Alkotmánya a szólásszabadság kifejezés alatt védelemben részesít.<sup>295</sup>

---

<sup>293</sup> 554 U.S. 570 (2008) 714, Breyer bíró különvéleménye

<sup>294</sup> BLOCHER, Joseph, *Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis*, New York University Law Review, 2009/2, 394.

<sup>295</sup> A bíróság azonban szorosan értelmezi azokat a kivételeket, amelyek nem élvezik az 1. kiegészítés védelmét. Éppen ezért a szexualitás ábrázolása önmagában nem minősül obszcén tartalomnak, és nem tartozik az alkotmányos védelem alól kizárt kategóriák közé. [United States v. Williams 553 U.S. 285 (2008)] A bíróságnak minden esetben értékelnie kell, hogy mire irányul és milyen társadalmi értéket képvisel a vizsgált beszéd. Ez is azt mutatja, hogy a már rögzített kategóriák is rugalmasak, ezért alkalmazásuk során a mérlegelés nem kerülhető meg.

Az obscén tartalmak tilalma látszólag egy kategorikus szabály az amerikai gyakorlatban. A szabály megalkotása azonban azt követelte a bíróságtól, hogy azonosítsa a szólásszabadság legfontosabb értékeit, és tegye mérlegre, hogy az obscén kifejezések mennyiben alkalmasak ezen értékek előmozdítására. De mi a helyzet a Heller döntés kategorikus megközelítésével? Vajon ebben az esetben is arról van szó, hogy a ténylegesen elvégzett mérlegelést a kategorizálás fogalmával kívánta elfedni a bíróság?

A bíróság a következő logikai lépéseket végezte el a szabályozás alkotmányosságának megítélése során. Elsőként meghatározta a 2. kiegészítésbe foglalt alkotmányos védelem központi magját. A többségi vélemény a jog lényegét az önvédelemben és a politikai célú ellenállás lehetőségének biztosításában jelölte meg. Mivel a bírák elismerték, hogy a fegyvertartás nem élvez abszolút alkotmányos védelmet, a következő lépésben arról kellett döntenie a testületnek, hogy a kifogásolt szabályozás nem korlátozza-e indokolatlanul az előbbi értékeket. A bírák álláspontja szerint a vizsgált állami rendelkezés – a kézifegyverek otthoni birtoklását tiltó szabály – a jog lényegétől fosztja meg az amerikai polgárokat, tehát indokolatlanul korlátozza az önvédelem lehetőségét.<sup>296</sup> Bár a bíróság nem tette explicitté, de a gondolatmenet logikájából kikövetkeztethető, hogy a testület nem tulajdonított alkotmányos jelentőséget, vagy legalábbis az önvédelemhez fűződő egyéni érdeknél kisebb alkotmányos jelentőséget tulajdonított azoknak az érdekeknek, amelyekre tekintettel a fegyverviselés joga bizonyos helyeken, illetve meghatározott személyi kör és fegyverek esetében mégis igazoltan korlátozható. A többségi vélemény ugyanis jogszerűnek ismerte el azokat a régóta fennálló fegyverviselési tilalmakat, amelyek a bűnelkövetőkre és a fogyatékosokra vonatkoztak, vagy amelyek olyan érzékeny területekre terjedtek ki, mint az iskolák vagy a kormányzati épületek.<sup>297</sup> A bűnelkövetők és a fogyatékos személyek kizárása a jog gyakorlásából pedig csak azzal indokolható, hogy az előbbi személyi kör fegyverhez jutásának lehetővé tétele a közbiztonságra nézve olyan fenyegető veszélyként jelentkezik, hogy ennek a veszélynek az elhárításához fontosabb érdek fűződik, mint az előbbi csoport vonatkozásában az önvédelem lehetőségének biztosításához.

Ebből is nyilvánvaló, hogy az életvédelem és a közbiztonság olyan kormányzati cél, amely megfontolásra érdemesnek bizonyul minden olyan esetben, amikor a

---

<sup>296</sup> 554 U. S. 570 (2008) 630.

<sup>297</sup> 554 U. S. 570 (2008) 626, 627.

fegyverviselési jog védelmi körének meghúzásáról esik szó. A Heller döntésben azonban a bíróság arra a következtetésre jutott, hogy a közbiztonság védelméhez fűződő állami érdek az önvédelmi célú fegyvertartás általános tilalmát nem indokolja. A többségi döntésbe foglalt gondolatmenet rekonstruálása után jól látható, hogy a felszínen tisztán fogalmi analízisnek tűnő bírói érvelés valójában a rivális érdekek összevetését jelenítette meg. A gondolati struktúra és azok a logikai lépések, amelyekre támaszkodva a testület eljutott az eredményig, valójában a mérlegelési folyamat alapszerkezetét tükrözte vissza.<sup>298</sup> Ehhez hasonlóan gondolkodik a kategorizálás lényegéről Gyórfi Tamás is: „Fontos látni, hogy a védelmi terület pusztán egy metafora, még ha hatásos is: amikor a bíróság megállapítja egy magatartásról, hogy az a jog védelmi területén belül van, akkor sem tesz mást, mint mérlegel.”<sup>299</sup>

A többségi döntés, Breyer megközelítésének ismeretében, arra is kitért, hogy a 2. kiegészítés vonatkozásában nincs helye mérlegelésnek, mert már maga az alkotmányos rendelkezés is mérlegelés eredményét tükrözi; a rivális érdekek összemérését ebben az esetben az alkotmányozó végezte el.<sup>300</sup> Ebből következően a bíróság szerepe csak arra korlátozódhat, hogy kiolvassa az alkotmány rendelkezéseiből, hogy az alkotmányozó miként súlyozta az érintett érdekeket. A bírói önkorlátozást a többségi döntés azért tartotta indokoltnak, mert az alapjogvédelem alkotmányban rögzített szintjét veszélyeztetné az a gyakorlat, amely a jövőbeni jogalkotóra vagy bíróságra bízna az alkotmányos garanciák meghatározását. Ebben az esetben ugyanis az alkotmányos védelem egyedi értékelés függvénye lenne, amely végső soron éppen az alapjogok garanciális jellegét ásná alá.

A többségi érvelés azonban maga rántja le a leplet arról a tevékenységről, amelynek segítségével a bíróság hozzáfért a 2. kiegészítés tartalmához. Ha ugyanis feltesszük, hogy az alkotmányba foglalt jogok az alkotmányozó mérlegelését tükrözik, ugyanakkor az alkotmány rendkívül absztrakt megfogalmazása miatt a mérlegre tett érdekek körét és azok alkotmányos jelentőségét csak értelmezés útján lehet azonosítani, az értelmezés a már korábban – feltételezhetően – elvégzett mérlegelés reprodukálását kívánja meg az alkotmány tartalmának meghatározásával megbízott bírói szervtől. Azaz abban az esetben, ha a bíróság maga jelenti ki, hogy az alkotmányos rendelkezés egy

---

<sup>298</sup> Lásd BLOCHER *i.m.* 420.

<sup>299</sup> Gyórfi [2001] *i.m.* 92.

<sup>300</sup> 554 U. S. 570 (2008) 634, 635.

mérlegelés eredménye, de a rendelkezés többféle tartalommal is megtölthető, akkor a tartalom feltárása nem végezhető el másképpen, mint mérlegeléssel.

Az előbbieken arra próbáltam meg rámutatni, hogy az amerikai bírói gyakorlatban igen népszerű kategorizálás valójában a mérlegelés logikai szerkezetét követi. A kategóriák kialakítása és a kategóriákhoz tartozó védelmi szintek kijelölése ugyanis minden esetben más érdekekre tekintettel történik. Még akkor is, ha a bíróság vonakodik ezt a mozzanatot transzparenssé tenni az érvelésében. Ez a megállapítás pedig arra enged következtetni, hogy hiába az amerikai alkotmányos garanciák strukturális és tartalmi sajátosságai, az Egyesült Államok bíróságai lényegében ugyanazokat a kérdéseket teszik fel, és azok megválaszolására gyakorlatilag ugyanazt a gondolati szerkezetet alkalmazzák, mint más alkotmányos demokráciák bírói testületei. Mi lehet akkor az oka, hogy az amerikai gyakorlat más szótárat alkalmaz az alapjogi kérdések eldöntése során? Az Egyesült Államok alkotmányos hagyományának ismeretében talán nem túl nehéz felismerni, hogy a kategorizálás mögött a bírói diszkréció korlátozásának szándéka húzódik meg. Azt ugyanis már korábban említettem, hogy a bírák értelmezési szabadságának teret adó mérlegelés az indokolatlanul széles bírói hatalom gondolatával fonódott össze. Így az amerikai bíróságok, hogy fenntartsák legitimitásukat, igyekeznek korlátozni a jogalkalmazói szabadságot. Vélhetően a Heller döntés többségi véleménye is erre a megfontolásra tekintettel alkalmazta a szoros fogalmi analízis módszerét. A testület tagjai ezzel azt hangsúlyozták, hogy a fegyverviselés alkotmányos szabályainak meghatározása elsősorban a törvényhozó feladata, és a bíróságnak csak igen szűk körben van lehetősége a jogalkotó alkotmányértelmezésének felülvizsgálatára. A kategorizálás módszere tehát egyértelműen a bírói önkorlátozás eszközeként szilárdult meg az amerikai esetjogban. Éppen ezért érdemel kiemelt figyelmet, hogy a Breyer által alkalmazott mérlegelés igazolásában is központi szerepet kapott az önkorlátozás igénye. A bíró ugyan nyíltan a szembenálló értékek összevetésére alapozta a döntését, de a korlátozás indokoltságának és arányosságának megítélése során is igazodott a jogalkotó által előterjesztett tényekhez és érvekhez; ezt a hozzáállást pedig a törvényhozó oldalán jelentkező episztemikus előnyökkel indokolta.<sup>301</sup> Arra kell tehát következtetnünk, hogy a bírák igyekeznek úgy megválasztani az érvelés keretét, hogy az alapjogi konfliktusok

---

<sup>301</sup> 554 U. S. 570 (2008) 705, Breyer bíró különvéleménye

megoldását minden esetben egy fegyelmezett és átgondolt gondolati folyamatként tüntessék fel.

A Heller döntés alaposabb elemzésével remélhetőleg sikerült rámutatnom arra, hogy a kategorizálás is a mérlegelés alapstruktúrájára épül. Néhány további érvelési szerkezet bemutatásával pedig azt kívánom igazolni, hogy ugyan az amerikai gyakorlatban alkalmazott vizsgálati tesztek sokféle nyelvi formát öltenek, de ezek a tesztek is egy közös gondolati láncra épülnek. Anélkül, hogy számba venném és valamilyen rendszerbe foglalnám azoknak az érvelési struktúráknak a teljes körét, amelyeket az USA Legfelső Bírósága immár több mint két évszázados működése során kidolgozott, itt csak néhány tesztet mutatok be.<sup>302</sup> Ebből a rövid áttekintésből is kitűnik azonban, hogy az amerikai gyakorlatban is meghatározó a cél-eszköz vizsgálatra épülő mérlegelési struktúra. Sőt, azt látjuk, hogy egyes ügyekben a bíróság igen közel került ahhoz az érvelési kerethez, amelyet az alkotmányelmélet tipikusan az arányossági vizsgálat elnevezéssel illet. Az itt bemutatott esetekkel arra szeretnék rámutatni, hogy az amerikai alapjogi érvelés sajátosságaira vonatkozó megfontolások csak részben tarthatóak. Hogy mennyiben, arra csak az ismertetést követően kívánok válaszolni.

## **7.2. Mérlegelési tesztek az amerikai gyakorlatban**

A gyakorlat áttekintését érdemes az Alkotmány 1. kiegészítésére vonatkozó döntések bemutatásával kezdeni. A szólásszabadságot érintő bírói gyakorlatot tekintik ugyanis az amerikai típusú alapjogvédelem egyik legsajátosabb területének. Ez elsősorban azzal magyarázható, hogy az 1. kiegészítés kategorikus megfogalmazásából következően a bíróságok kiemelt szerepet tulajdonítanak a szabad szólásnak, és csak különösen indokolt esetben tartják korlátozhatónak azt. A szólásszabadság különleges alkotmányos védelme pedig fontos szerepet játszik annak a meggyőződésnek az alátámasztásában, hogy az Egyesült Államok alkotmányos kultúrája egyedülálló tartalmi és strukturális jegyekkel rendelkezik.<sup>303</sup> A következőkben éppen ennek az állításnak az igazolhatóságát veszem célba. Arra szeretnék ugyanis rámutatni, hogy a felszínen

---

<sup>302</sup> Az alkotmányos jogviták rendezésére kimunkált bírói tesztek kimerítő bemutatása az amerikai ítélkezési gyakorlatban való alaposabb elmélyülést követelne, és jelentősen meghaladná a dolgozatban vállalt célkitűzéseimet. Az Egyesült Államokban alkalmazott érvelési struktúrákról készült áttekintést lásd FALLON, Richard H., *Implementing the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, 76-101.

<sup>303</sup> GARDBAUM, Stephen, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, Michigan Law Review, 2008/3, 395.

felbukkanó sajátosságok ellenére az amerikai alapjogi érvelés nem rendelkezik olyan jellegzetességekkel, amelyek a más gyakorlatokkal szembeni különállását meggyőzően igazolhatnák.

Azok a szövegek, amelyek az amerikai mérlegelési gyakorlat feltérképezését tűzik ki célul, tipikusan a *Dennis v. United States*<sup>304</sup> döntést tekintik egyfajta korszakhatárt jelentő ítéletnek. A szólásszabadság modern korszakának nyitó fejezeteként emlegetett döntésben a többség a mérlegelést tekintette az alapjogi konfliktus megoldásához szükséges adekvát érvelési keretnek. Az alkotmányos felülvizsgálat alapjául az a szövetségi jogszabály szolgált, amely jogellenesnek nyilvánította azokat a cselekedeteket, amelyek a kormányzat erőszakos megdöntésére irányultak. A panaszosokat – a jogszabály rendelkezéseire tekintettel – a kommunista párt megszervezése és a kommunista nézetek népszerűsítése miatt vonták felelősségre. A Legfelső Bíróságnak arról kellett döntenie, hogy a szóban forgó jogszabály alkalmazása nem vezetett-e az elítélt személyek szólásszabadságának indokolatlan korlátozásához. A többségi vélemény elsőként rögzítette, hogy a vizsgált törvény nyilvánvaló célja a mindenkori kormányzat erőszakos megdöntésének megakadályozása. Mivel kétség sem férhet hozzá, hogy a Kongresszusnak joga van fellépni azokkal a kísérletekkel szemben, amelyek a hatalom erőszakos megszerzését célozzák, már csak arra a kérdésre kellett válaszolni, hogy vajon az alkalmazott eszköz összhangban van-e az alkotmány rendelkezéseivel. A bíróság szerint bár a kifogásolt magatartás, a kommunista eszmék tanítása és támogatása a hatalom erőszakos megdöntését célozza, elsősorban véleménynyilvánításként értékelhető. Így a szabályozást az 1. kiegészítésbe foglalt jogvédelemre tekintettel kell vizsgálat alá vonni.<sup>305</sup> A többségi döntés a Holmes bíró által kidolgozott „nyilvánvaló és közvetlen veszély” doktrínája alapján ítélte meg a szabályozás alkotmányosságát. Ez a doktrína a bíróság értelmezése szerint minden egyedi esetben annak vizsgálatát követeli meg, hogy a veszély mértéke vajon igazolja-e az annak elkerüléséhez szükséges jogkorlátozást. Ebben az esetben a kommunista szervezkedés jelentette a veszélyt.

Azt látjuk, hogy a többségi döntés, ugyan explicit hivatkozás hiányában, de a mérlegelés klasszikus „forgatókönyvét” követte az érvelés során. Azonosította a szabályozás célját, illetve a jogkorlátozás tényét (azáltal, hogy a szervezkedést a véleménynyilvánítás körébe sorolta), majd megvizsgálta, hogy a jogalkotó megfelelő

---

<sup>304</sup> 341 U.S. 494 (1951)

<sup>305</sup> 341 U.S. 494 (1951) 502, 503.

eszközt választott-e a szabályozási cél eléréséhez, és nem korlátozta-e indokolatlanul a vélemény szabad kifejezésének lehetőségét.

A Dennis ügyel összefüggésben azonban a legritkábban hivatkoznak a többségi véleményre. Inkább Frankfurter bíró párhuzamos indoklására hívják fel a figyelmet. Ennek az az oka, hogy Frankfurter nyilvánvalóvá tette, hogy a bíróság előtt fekvő ügy érdekek konfliktusát jeleníti meg, és a racionális döntés az ütköző érdekek őszinte és megfontolt súlyozását követeli meg.<sup>306</sup> Frankfurter álláspontja egyértelmű: érdekek konfliktusa csak a rivális érdekek súlyozásával oldható fel. Ezt a feladatot nem helyettesítheti sem valamelyik érdek általános preferálása, sem valamilyen jól hangzó formula alkalmazása; ezek ugyanis csak elfednék a konfliktust magát.

Az 1. kiegészítéssel összefüggő mérlegelésnek egy jóval kifinomultabb struktúrája jelenik meg a *United States v. O' Brien* döntésben<sup>307</sup>. A bírósági döntés ugyanis rögzíti, hogy egy kormányzati intézkedés akkor igazolt, ha az fontos és jelentős kormányzati érdek előmozdítására irányul; a kormányzat célja nem a vélemények szabad kinyilvánításának elfojtása; és az intézkedés nem jelenti a szólás szükségtelen korlátozását.<sup>308</sup> Ez a formula már sokkal közelebb visz az arányosság klasszikus struktúrájához, mint a Dennis döntés bírói érvelése. De az amerikai gyakorlatban kutakodva találunk olyan további esetet is, ahol a vizsgálati teszt különös precizitással került kimunkálásra. A kereskedelmi szólásszabadság alkotmányos védelmét érintő *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York* döntésben<sup>309</sup> a bíróság egy négylépcsős tesztnek vetette alá a korlátozó szabályozást. Első lépésben a bíróság azt vizsgálta, hogy a kereskedelmi célú szólás élvezi-e az 1. kiegészítés védelmét. Az alkotmányos védelem ugyanis csak akkor illeti meg a beszéd ilyen típusát, ha jogszerű cselekvésre vonatkozik, és nem irányul a fogyasztók megtévesztésére. Amennyiben a beszéd az 1. kiegészítés védelmi körébe tartozik, csak akkor korlátozható, ha a szabályozás jelentős kormányzati célra irányul, a kormányzati cél és a korlátozás között közvetlen és szoros összefüggés van (a korlátozás hozzájárul a cél előmozdításához), és a korlátozás nem súlyosabb annál, mint ami a cél eléréséhez szükséges.<sup>310</sup> A bíróság e négylépcsős teszt alkalmazásával jutott arra a következtetésre, hogy az energiaszolgáltatókra vonatkozó teljes reklámtilalom túl széles szabály. A

---

<sup>306</sup> 341 U.S. 494 (1951) 524, 525, Frankfurter bíró párhuzamos indoklása

<sup>307</sup> 391 U.S. 367 (1968)

<sup>308</sup> 391 U.S. 367 (1968) 377.

<sup>309</sup> 447 U.S. 557 (1980)

<sup>310</sup> 447 U.S. 557 (1980) 566.

kormányzati célok eléréséhez ugyanis nem szükséges a reklámozás teljes körű tilalma, mivel más, kevésbé korlátozó eszközök is – például a hirdetés módjának és tartalmának korlátozása – a kormányzat rendelkezésére állnak.

Az arányossági vizsgálat nyomai azonban nemcsak az 1. kiegészítést érintő gyakorlatban bukkannak fel. A sokat idézett *Roe v. Wade* döntésben<sup>311</sup> a Legfelső Bíróság a magánélethez való jog (privacy) egyik dimenziójaként ismerte el és részesítette alkotmányos védelemben a nő terhességmegszakításra vonatkozó döntését, ugyanakkor kimondta, hogy ez a jog nem abszolút, és a nő egészségének és a magzat életének védelme olyan jelentős és legitim érdekek minősül, amely a terhesség egy bizonyos időszakától már kényszerítő erővel indokolhatja a nő döntési jogának korlátozását. Az a texasi szabály azonban, amely csak a nő életét veszélyeztető helyzetben teszi lehetővé az abortusz elvégzését, túl széles, mert nem tesz különbséget a terhesség különböző szakaszai között, és az anya életének védelmén felül más érintett érdeket nem vesz figyelembe.<sup>312</sup> Ebből az érvelésből az következik, hogy a kifogásolt szabályozás nem tette mérlegre a döntési helyzetben relevánsnak mutató valamennyi érdeket, így indokolatlanul korlátozta az anya magánélethez fűződő jogát.

Hasonló érvelési struktúra körvonalazódik a *Grutter v. Bollinger* döntésben<sup>313</sup> is, amelyben a bíróságnak abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy a michigani jogi kar felvételi gyakorlata megsérti-e az egyenlőség alkotmányos jogát azzal, hogy bizonyos kisebbségeket előnyben részesít a felvételi eljárás során. Mivel a kifogásolt gyakorlat faji klasszifikációt valósított meg, a bíróságnak az ilyen esetekre kimunkált szigorú vizsgálatot (strict scrutiny) kellett alkalmaznia. A szigorú vizsgálat doktrínája szerint egy korlátozó intézkedés csak akkor igazolt, ha a szabályozás valamilyen kényszerítő közérdekű indokra (compelling interest) tekintettel történik, és a kiválasztott eszköz szűkre szabott (narrowly tailored). A bíróság egy korábbi döntésre tekintettel elismerte, hogy a sokszínű hallgatói kör kialakítása és az azzal járó kedvező oktatási környezet előidézése – többek között a sztereotípiák letörése – kényszerítő kormányzati érdek.<sup>314</sup> De a bíróságnak azt is vizsgálnia kellett, hogy milyen eszközzel kívánja elérni e célt a szabály megalkotója. Az eszköznek ugyanis szűkre szabottnak kell lennie. A bíróság érvelése szerint a kvótarendszer, azaz meghatározott számú vagy arányú helyek fenntartása bizonyos kisebbségek számára sohasem lehet igazolt. Ez a

---

<sup>311</sup> 410 U.S. 113 (1973)

<sup>312</sup> 410 U.S. 113 (1973) 164.

<sup>313</sup> 539 U.S. 306 (2003)

<sup>314</sup> 539 U.S. 306 (2003) 329, 330.

gyakorlat ugyanis egyes jelentkezők kizárásához és a verseny kiiktatásához vezetne. A szóban forgó esetben azonban a faji hovatarozás csak egy volt azon egyedi jellemzők körében, amelyek szerepet játszottak az intézmény döntésének kialakítása során.<sup>315</sup> Ezen felül az intézmény azt is igazolta, hogy nincs tudomása olyan, kevésbé korlátozó – így faji klasszifikációt nem tartalmazó – megoldásról, amely alkalmas lehet a kívánt cél eléréséhez. És mivel az egyetem a kifogásolt gyakorlatot csak addig kívánta működtetni, ameddig az a sokszínőség fenntartása érdekében feltétlenül szükséges, a bíróság az eszközt a legkevésbé korlátozónak, a felvételi gyakorlatot pedig alkotmányosnak találta.

Az a tény, hogy az amerikai gyakorlat nem ragaszkodik egy következetes vizsgálati struktúrához, még nem jelenti azt, hogy érvelése általában különbözne az arányosságra épülő érveléstől. Az előbbieken ugyanis azt láttuk, hogy az alkotmányossági vizsgálat lényege minden döntésben ugyanaz volt. Az alapjogok konfliktusa két vagy több, egyaránt alkotmányos védelemre érdemes érdek ütközését jelenti. A kérdés, amelyre a bíróságnak válaszolnia kell, hogy melyik érdeknek kell érvényesülnie a szóban forgó esetben, azaz melyik értéknek kell felülkerekednie akkor, amikor egyidejűleg az összes védelemre érdemes érdeknek nem nyújthatunk teljes védelmet. Ez a mérlegelés egy olyan „megtisztított” szerkezete, amely valamennyi, az előbbieken hivatkozott döntésből kiolvasható. Sőt, a különböző érvelési struktúrák az előbbieknél még nagyobb fokú hasonlóságot tükröznek. Mivel a mérlegelés szükségessége az alapjogok vonatkozásában mindig valamilyen alapjog-korlátozó intézkedéssel összefüggésben merül fel, a bírónak a korlátozás igazolhatóságát kell vizsgálnia. Ez a követelmény pedig tipikusan a korlátozás céljának indokoltságát és szükségességét követeli meg.

Ezzel eljutottam annak kimondásáig, hogy az alapjogokkal összefüggő bírói érvelésnek van egy általános struktúrája, amely a legtöbb gyakorlatban – így az amerikaiban is – fellelhető. A következőkben annak járok utána, hogy mennyiben befolyásolja az érvelés sikerét az a dogmatikai fegyelem, amelyet az arányossági vizsgálat megkövetel. Van-e okunk ragaszkodni az Alexy-féle képlethez, vagy sikeresek lehetünk akkor is, ha amerikai mintára a mérlegelés különböző tesztjeit alkalmazzuk? Egyáltalán tartható-e az Alexy által kidolgozott és a kanadai tesztben is tükröződő precíz logikai gondolatmenet?

---

<sup>315</sup> 539 U.S. 306 (2003) 334.

## 8. Ragaszkodnunk kell-e az arányosság szigorú struktúrájához?

Az alapjogi konfliktusok értékelésére alkalmazott arányossági teszt számtalan formát ölthet. Ezt tükrözi az előzőekben bemutatott néhány példa is. Ahhoz azonban, hogy értékelhessük az arányosság szerepét a bírói alapjogvédelem terén, látnunk kell, hogy a bíróság által követett érvelési szerkezet mennyiben járul hozzá a helyes és igazolható döntések kialakításához. A kérdést úgy is feltehetjük, hogy mennyire függ az érvelés sikere attól, hogy milyen szorosan követi a bíróság az egyes vizsgálati lépéseket.

Stephen Gardbaum például arra hívja fel a figyelmet, hogy az Emberi Jogok Európai Bírósága (a továbbiakban: EJEB) a kifogásolt állami intézkedés értékelése során időnként elmulasztja egyértelműen elválasztani a célra és az eszközre vonatkozó vizsgálatokat, így a strasbourgi fórum által alkalmazott teszt közel sem olyan formalizált és szigorúan strukturált, mint azt többek között a német alkotmányos gyakorlatban tapasztalhatjuk.<sup>316</sup> A Gardbaum által kiemelt két esetben az EJEB mind a szabályozási cél, mind az alkalmazott eszköz vonatkozásában megállapította az egyezményesértést. A lényegében azonos, a beleegyező felnőttek közötti homoszexuális kapcsolatokat kriminalizáló brit és ír szabályok mind a nyomós szabályozási cél hiányában, mind pedig az aránytalanul súlyos korlátozó hatás következtében ellentétesnek bizonyultak az Egyezmény rendelkezéseivel.<sup>317</sup> Gardbaum helyesen állapítja meg, hogy igazolható cél hiányában az alkalmazott eszköz vizsgálatára már nem volt szükség, az egyezményesértés az intézkedés arányosságának vizsgálata nélkül, a döntéshozatal egy korábbi szakaszában is kimondható lett volna. Ennek ellenére én úgy vélem, hogy az EJEB érvelése több szempontból is menthető. Egyfelől azért, mert a bíróság igyekszik viszonylag széles mérlegelési szabadságot biztosítani a részes államoknak a szabályozási célok és eszközök kiválasztása során, és csupán a

---

<sup>316</sup> GARDBAUM [2007] *i.m.* 837.

<sup>317</sup> Gardbaum az EJEB érvelési gyakorlatát érintő kritikájában a *Dudgeon v. United Kingdom* és a *Norris v. Ireland* ügyben hozott határozatokra utalt. Az utóbbiban a bíróság a *Dudgeon* ügyben tett legfőbb megállapításaira alapozta a döntését: „A jelen ügyben ugyanazt a [Dudgeon döntésben kialakított] tesztet alkalmazva a Bíróság megállapítja, hogy Írország esetében nem tartható fenn az az állítás, hogy nyomós társadalmi igény indokolta az ilyen magatartások büntetendővé nyilvánítását. Az arányosság kérdésében a Bíróság álláspontja, hogy „a szabályozás változatlan formában történő fenntartásának igazolását felülírják azok a káros hatások, amelyek a vitatott törvényi rendelkezés pusztán létéből következően hárulnak az olyan homoszexuális irányultságú személyek, mint a kérelmező magánéletére. Bár a társadalom azon tagjai számára, akik erkölcsstelennek tekintik a homoszexualitást, megdöbbentő, sértő, zavaró lehet mások nem nyilvános homoszexuális cselekedete, ez önmagában nem elégséges olyan magatartások büntetőjogi szankcionálására, amelyben kizárólag beleegyező felnőttek érintettek”. (*Norris v. Ireland*, No. 10581/83, 26 October 1988, 46. pont)

legegyértelműbb esetekre korlátozni az Egyezmény megsértésének kimondását. Ha pedig egy intézkedésről kimutatható, hogy sem célját, sem eszközét tekintve nem volt igazolható, a bírák döntése aligha enged teret kritikának. A strasbourgi jogvédelem sajátosságait tehát nem hagyhatjuk figyelmen kívül a bírói fórum gyakorlatának értékelése során. Másfelől az a tény, hogy a bíróság érvelésében összerosódnak a célra és az eszközre vonatkozó megállapítások, még nem jelenti azt, hogy a testület nem kezeli megfelelően az előtte fekvő jogi kérdést.

Így például a magyar Alkotmánybíróság is megfontolt és igazolt döntést hozott a választójog gyakorlását előzetes feliratkozáshoz kötő jogszabály alkotmányosságának vizsgálata során, jöllehet a szabályozás céljára és eszközére vonatkozó vizsgálatok nem váltak el egyértelműen a bíróság érvelésében.<sup>318</sup> A bírák a szabályozás szükségességére kérdeztek rá, és végeredményben arra jutottak, hogy a jogalkotó nem tudott felmutatni olyan alkotmányos célt, amely indokolta volna a választójog gyakorlásának korlátozását. Tekintettel azonban arra, hogy a jogalkotó a korlátozást nem valamilyen alapjog vagy kiemelten fontos alkotmányos érték védelmével indokolta, a bíróság nem nyilváníthatta automatikusan legitimnek a szabályozás célját. Emellett a jogalkotó nem is tette egyértelművé, hogy mi indokolja a korlátozó szabályt. Ilyen esetekben pedig a bíróság feladata, hogy rekonstruálja a szabályozás célját az alkalmazott eszköz és a jogszabályi kontextus alapján.

Ezek a döntések előre jelzik, hogy az arányossági teszt által megkövetelt eljárásrend számos esetben nem a maga tiszta formájában jelenik meg a bíróságok döntéseiben. Ennek azonban semmiképpen sem az az oka, hogy a bíróságok figyelmetlenek és túlzottan nagyvonalúak a doktrína alkalmazása során. Az egyes érvelési lépések között ugyanis gyakori az átfedés. Annak megállapítása ugyanis, hogy a szabályozás célja legitim, vagy elég jelentős ahhoz, hogy indokolja valamely alapjog korlátozását, gyakran csak a választott eszköz megfelelőségének vizsgálata után állapítható meg. A célok ugyanis önmagukban, a hozzá rendelt eszközök alaposabb tanulmányozása nélkül csak kevés esetben bizonyulnak illegitimnek.<sup>319</sup> A kormányzatok ugyanis tipikusan tartózkodnak a nyíltan alkotmánysértő vagy teljesen ésszerűtlen szabályok megalkotásától. Így annak megállapítása, hogy a jogszabályban

---

<sup>318</sup> 1/2013 (I. 7.) AB határozat

<sup>319</sup> Ely is amellet érvel, hogy a lényeges kormányzati érdek fennállására irányuló kérdésnek alig van súlya a szólásszabadságot érintő korlátozások értékelése során, mivel a legtöbb kormányzati intézkedés képes olyan szabályozási célt felmutatni, amely jelentősként igazolható. (ELY, John Hart, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, Harvard Law Review, 1975/7, 1486.)

megjelenő, első lépésben elfogadható kormányzati szándék valójában mégsem támaszthatja alá az alapjog korlátozását, csak a részletszabályok ismeretében történhet. Ettől függetlenül előfordulhatnak olyan esetek, amikor a szabályozás célja már önmagában, függetlenül az alkalmazott eszköztől, igazolhatatlan. Ilyenkor az arányossági vizsgálat már az első lépcsőfokon befejeződik. Az alkotmányjogi irodalomban találkozhatunk olyan álláspontokkal, amelyek a minden körülmények között igazolhatatlan célokat „kizárt indokoknak” tekintik. A fogalomra épülő doktrína lényege, hogy vannak olyan megfontolások, amelyek sohasem igazolhatnak alapjogkorlátozó állami intézkedést. Ilyen indokoknak tekinthetők például azok a negatív sztereotípiák, amelyek a homoszexuálisokat érintik, és amelyek időnként jogkorlátozó kormányzati intézkedések mögött húzódnak meg.<sup>320</sup> De mivel az ilyen típusú indokok legtöbbször csak a kormányzat által nyilvánosan megjelölt szabályozási célok háttérében jelennek meg, feltárásuk alapos vizsgálatot és spekulatív bírói érvelést követel meg, amelyet a bíróságok az esetek többségében azonban nem vállalnak fel. Főként azért nem, mert ezek a korlátozó intézkedések tipikusan az arányossági vizsgálat egy későbbi szakaszában alkotmányellenesnek bizonyulnak. Fontos azonban látnunk, hogy a „kizárt indokok” doktrínája nem jelenti az arányossági vizsgálatra épülő alapjogi érvelés alternatíváját, csupán a szabályozási cél legitimitására vonatkozó kérdéseket öltözteti más fogalmi köntösbe.<sup>321</sup>

Az a tapasztalat, hogy a jogkorlátozó kormányzati intézkedések kevés esetben buknak el a szabályozás céljára tekintettel másodsorban azzal magyarázható, hogy a bíróságok igyekeznek széles mozgásteret biztosítani a jogalkotóknak a közösségi célok meghatározásában. Ebben a bírói hozzáállásban mindenekelőtt a hatalommegosztásra

---

<sup>320</sup> Kumm egyik gyakran hivatkozott példája, a *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom* döntés jól szemlélteti, hogy az a megalapozatlan előítélet, miszerint a homoszexuálisok jelenléte károsan befolyásolja a fegyveres erők morálját és hatékony működését, nem indokolhatja a homoszexualitásukat vállaló személyek elbocsátását a brit haditengerészet kötelékeiből. Azt azonban érdemes megjegyezni, hogy ebben az esetben sem önmagában a cél igazolhatatlan, mert a hadsereg hatékonyságának és szervezetségének fenntartása indokolt lehet. A probléma abban rejlik, hogy a katonák szexuális orientációja nem releváns a hatékonyság szempontjából, azaz a cél és az eszköz között még minimális összefüggés sincs. (A döntést részletesen elemzi: Kumm [2007] *i.m.* 137-139, 146.)

<sup>321</sup> Richard H. Pildes érvel azzal, hogy az amerikai alapjogi érvelés sokkal jobban jellemezhető a „kizárt indokok” doktrínájával, mint a mérlegeléssel, és az előbbi doktrína teljesen függetleníthető a rivális érdekek összevetésére épülő döntéshozatali módszertől. (PILDES, Richard, H., *The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing*, *Review of Constitutional Studies*, 2002/6, 179-212.) Véleményem szerint azonban „a kizárt indokok” doktrínája a mérlegelési logika része, és inkorporálható az arányossági struktúrába, de teljes egészében nem helyettesítheti azt. Ha a korlátozás indoka nem legitim, az állami beavatkozás alkotmányellenessége automatikusan megállapítható, anélkül, hogy további vizsgálat lefolytatására lenne szükség. Önmagában az a tény azonban, hogy a jogkorlátozás indoka alkotmányos, még nem jelenti, hogy a korlátozás egyben igazolható is. Az igazolás érdekében más tényezőket – többek között az alkalmazott eszköz megfelelőségét – is vizsgálat alá kell vonni.

vonatkozó megfontolások köszönnek vissza.<sup>322</sup> A jogalkotó szabadságának tiszteletben tartása legtöbbször pedig azzal is együtt jár, hogy a bírák a célt megalapozó empirikus adatok felülvizsgálatától is eltekintenek. A jogkorlátozás indoka azonban csak akkor bizonyulhat igazoltnak, ha a jogalkotó tényekkel tudja alátámasztani a szabályozás fontosságát és valószínű sikerét, amely siker jövőbeni előnyök előmozdításában vagy hátrányok megszüntetésében realizálódhat. Nem véletlen, hogy egyes álláspontok szerint a bírói alapjogvédelem lényegét veszélyezteti, ha elvitatjuk a bíróságoktól azt a jogot, hogy önállóan értékeljék a korlátozó szabályok ténybeli megalapozottságát.<sup>323</sup> A jogalkotói előrejelzések bírói felülvizsgálatának azonban alkalmazkodnia kell a politikaformálás realitásához. A jogalkotás ugyanis sohasem tökéletes informáltság birtokában történik, így jogosan vetődik fel a kérdés, hogy mit kérjenek számon a bíróságok a jogalkotón, ha a tények és a bizonyítékok inkonzisztívak vagy ellentmondóak. Ki viselje az empirikus adatok bizonytalanságának következményeit? Az alapjog jogosultja vagy az állam?<sup>324</sup> Úgy vélem, hogy a kérdésre nem adhatunk általános, az egyedi eseteken átívelő választ. Azt azonban elvárhatjuk, hogy a jogalkotó igazolja, hogy következtetéseinek ésszerű alapja volt.<sup>325</sup>

De a szükségesség és az arányosság vizsgálati szakaszainak elválasztása is gyakran problematikus. Az alapjog-korlátozás ugyanis definíció szerint akkor szükséges, ha a szabályozás választott eszközénél nincs olyan, kevésbé korlátozó hatású eszköz, amely a célt legalább ugyanolyan hatékonysággal lenne képes előmozdítani, mint az alkalmazott eszköz. Ez a meghatározás annak vizsgálatát követeli meg a bíróságtól, hogy a kormányzati intézkedésbe foglalt cél elérésére milyen más eszközök állnak rendelkezésre, és ezek az alternatív eszközök mennyire hatékonyan szolgálják a kívánt cél elérését, illetve milyen mértékben eredményezik az érintett jog sérelmét. Ebből következően a bíróságnak már a szükségességi vizsgálat során számolnia kell a korlátozó hatás mértékével, hiszen csak ennek ismeretében értékelheti azt a tényt, hogy

---

<sup>322</sup> BARAK [2012] *i.m.* 248.

<sup>323</sup> BORGMANN, Caitlin E., *Rethinking Judicial Deference to Legislative Fact-Finding*, Indiana Law Journal, 2009/1, 49.

<sup>324</sup> CHOUDHRY, Sujit, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1*, Supreme Court Law Review, 2006/2, 524.

<sup>325</sup> A Borgmann által kiválasztott amerikai döntésekből jól látszik, hogy a homoszexuálisok kizárása a házasság és az örökbefogadás intézményéből általában nélkülözi a ténybeli megalapozottságot. Megfelelő empirikus alátámasztás hiányában pedig a jogkorlátozás – bármilyen tesztet is alkalmazzon a bíróság – igazolhatatlannak bizonyul. Az amerikai bíróságok azonban az esetek nagy részében nem vállalják magukra a jogalkotói előrejelzések felülvizsgálatát. Ennek a téves bírói szerepfelfogásnak az a következménye, hogy a bírói alapjogvédelem különösen érzékeny kisebbségek vonatkozásában zátonyra fut. (BORGMANN *i.m.* 28-32.)

a választott eszköz vajon a lehető legkisebb mértékben korlátozza-e az alapjogot. A szükségesség eredeti mércéje azonban túl sokat követel a bíróságoktól. Egy eszköz szükségességének a megállapítása ugyanis megkívánná a lehetséges alternatív eszközök teljes körű számbavételét és összevetését. A bíróságnak ilyenkor pedig a jogalkotó szerepébe kellene helyezkednie. És ha még fel is tesszük, hogy valamilyen kevésbé korlátozó eszköz azonosítása talán nem jelent különösebb nehézséget a jogalkalmazók számára, annak megállapítása, hogy az alkalmas a kívánt cél előmozdítására, már indokolatlanul nagy terhet jelentene. Talán ezért nem véletlen, hogy az alkalmazott eszköz szükségességének vizsgálata során a bírák rendszerint eltekintenek a szigorú felülvizsgálattól, és viszonylag széles mozgásteret biztosítanak a politikai döntéshozók számára. Ezt a hozzáállást tükrözi a kanadai gyakorlat is, amely az idők során lényegesen lazított az Oakes döntésben rögzített szigorú követelményeken.<sup>326</sup> A kanadai bíróságok már nem azt kérik számon a kormányzati intézkedéseken, hogy a legkevésbé korlátozó eszközökkel valósítsák meg a szabályba foglalt politikai elképzeléseket. Inkább megelégszenek annak vizsgálatával, hogy a kifogásolt szabály csak ésszerű mértékben korlátozza-e az alapjogot.<sup>327</sup> A kanadai típusú arányossági tesztben bekövetkező változások azt jelzik, hogy a doktrína folyamatosan formálódik, és a bíróságok igyekeznek hozzáigazítani azt a politikai döntéshozatal sajátosságaihoz. Ezt a változást pedig tévedés lenne akként értékelni, mint amely az alapjogvédelem szintjének csökkenését eredményezi.

A magyar jogirodalomban Blutman László hívja fel a figyelmet arra, hogy a hazai gyakorlatban az arányossági vizsgálat számtalan nyelvi formában jelenik meg. Blutman az arányossági teszt tizenkét különböző megfogalmazására mutat rá az Alkotmánybíróság esetjogában.<sup>328</sup> Azt a kérdést azonban már nem teszi fel, hogy a bíróság aktuális fogalomválasztása, és az abban érzékelhető nyelvi zavarok vajon befolyásolják-e az alapjogvédelmet. Blutmannak abban igaza van, hogy a bíróság gyakran következtelenül hivatkozza az arányossági vizsgálat komponenseit. Ebből

---

<sup>326</sup> Az Oakes döntést jegyző Dickson bíró például néhány évvel később már amellet érvelt, hogy a bíróságok nem követelhetik minden esetben, hogy a kormány a lehető legkevésbé korlátozó eszközt alkalmazza a szabályozás céljának elérésére. A kormányzati szándék megvalósítására ugyanis sok esetben a választható eszközök széles tára áll rendelkezésre, a különböző eszközök pedig eltérő mértékű jogkorlátozást eredményeznek. „Ilyen körülmények között a kormány akár egy nagyobb mértékben korlátozó eszközt is alkalmazhat, akár önmagában, akár egy átfogóbb cselekvési terv részeként, ha a szóban forgó eszköz nem szükségtelen, más alternatív eszközökhöz képest jobban szolgálja a szabályozás céljának megvalósulását, és minden más vonatkozásban arányosnak bizonyul a [Karta] 1.§-nak megfelelő, legitím célra tekintettel.” (R. v. Keegstra, [1990], 3. S. C. R. 697, 784-785.)

<sup>327</sup> Lásd CHOUDHRY *i.m.* 507.

<sup>328</sup> BLUTMAN LÁSZLÓ, *Az alapjogi teszt a nyelv fogságában*, Jogtudományi Közlöny, 2012/4., 146.

azonban még nem következik, hogy a teszt alkalmazásával problémák lennének. Az arányossági vizsgálat ugyanis nem nyelvhasználati kérdés, hiszen az alapjogi jogviták megoldásának sikere az elővezetett érvelés függvénye. A bíróság mérlegelési gyakorlatát pedig aligha elemezhetjük úgy, hogy csak a nyelvi formulák jelentésének feltárására koncentrálnunk, elszakítva a fogalomelemzést a gyakorlattól. Az alkotmánybíróságok elé kerülő ügyek sokfélesége miatt egyébként sem lenne lehetséges egy egységes nyelvi struktúrát adni a bírói mérlegelésnek. De ez önmagában nem is jelent problémát.

Egyebekben a magyar gyakorlatról is elmondható, hogy az alapjog-korlátozás alkotmányosságának vizsgálata igazodik az általánosan elterjedt háromlépcsős teszthez.<sup>329</sup> Ez annak ellenére is szépen kirajzolódik az Alkotmánybíróság gyakorlatából, hogy a testület által leggyakrabban használt doktrína alapján a vizsgálat egyes lépései nem különíthetők el egyértelműen. „Az Alkotmánybíróság állandó gyakorlata szerint az állam akkor nyúlhat az alapjog korlátozásának eszközéhez, ha másik alapvető jog vagy szabadság védelme, vagy érvényesülése, illetve egyéb alkotmányos érték védelme más módon nem érhető el. Az alapjog korlátozásának alkotmányosságához tehát szükséges, hogy a korlátozás megfeleljen az arányosság követelményének: az elérni kívánt cél fontossága és az ennek érdekében okozott alapjogsérelem súlya megfelelő arányban legyen egymással. A törvényhozó a korlátozás során köteles az adott cél elérésére alkalmas legenyhébb eszközt alkalmazni.”<sup>330</sup>

A magyar gyakorlat ezt a tesztet a szükségességi-arányossági vizsgálat elnevezéssel illeti. Ennek keretében az Alkotmánybíróság a korlátozás célját, eszközét, valamint a korlátozás mértékét is vizsgálat alá vonja. Az egyes szakaszok azonban nem választhatóak el világosan egymástól. Ezt támasztja alá, hogy a legkevésbé korlátozó eszköz doktrínája része lehet akár a szükségességi, akár az arányossági tesztnek is. Mind Halmai és Tóth, mind pedig Sólyom azt az álláspontot vallja, hogy az eszköz alkalmasságának vizsgálata az arányossági szakasz része.<sup>331</sup> De dogmatikai szempontból egy olyan megközelítés mellett is érvelhetünk, amely szerint a szükségességi teszt foglalja magába a cél- és eszközvizsgálatot is. A szükségesség ugyanis olyan követelményként is értelmezhető, amely szerint a korlátozás csak akkor

---

<sup>329</sup> Lásd GÁRDOS-OROSZ Fruzsina: *Alapjogok korlátozása*. In: Jakab András (szerk.), *Az alkotmány kommentárja*, Századvég, Budapest, 2009, 421.

<sup>330</sup> 879/B/1992 AB határozat, ABH 1996, 397, 401.

<sup>331</sup> Lásd HALMAI – TÓTH *i.m.* 130; SÓLYOM *i.m.* 399.

indokolt, ha az elérni kívánt cél megvalósításának nincsen más alternatív eszköze, amely képes lenne a célt kevesebb korlátozó hatással realizálni.

A bírói alapjogvédelem sikere azonban nem annak függvénye, hogy mennyiben ragaszkodik a jogalkalmazó az arányossági teszt szigorú szerkezetéhez. Azt ugyanis fontos látnunk, hogy az alapjogokkal összefüggő kérdések elkerülhetetlenül morális diskurzust igényelnek. Hiába ragaszkodunk a mérlegelés struktúrájához, a normatív kérdéseket nem szoríthatjuk háttérbe, a bírói döntést nem szabadíthatjuk fel a morális érvelés „kényszere” alól. Az alapjogi érvelés minden esetben megkívánja, hogy rákérdezzünk a szabályozással érintett jog lényegére, alkotmányos súlyára és jelentőségére, és hogy meghatározzuk a viszonyát más politikai és morális megfontolásainkhoz.<sup>332</sup> Az egyes alapjogok tartalma és alkotmányos jelentősége csak normatív premisszák mozgósításával határozható meg. Mi következik abból, ha belátjuk, hogy a rivális értékek összemérése és súlyozása csak a morálfilozófia segítségével hívásával lehetséges? Ez a kérdés az értékek összemérhetőségének problémájához vezet el bennünket, amely azért kulcsfontosságú, mert megválaszolása nagyban befolyásolja, hogy miként közelítünk a bírói mérlegeléshez, és egyáltalán legitimnek tekintjük-e azt a bírói döntéshozatal vonatkozásában.

## 9. Összemérhetőek az értékek?

A bíróságok a jogviták során döntéseket hoznak, amely döntések értékek közötti választást követelnek. A bírák sohasem kerülhetik meg a rivális igények közötti választást: az egyik igényt győztesnek, a másik igényt pedig vesztesnek kell nyilvánítaniuk. Az egyik fél győztesnek hirdetése azt is jelenti, hogy az általa megfogalmazott igény igazoltnak és egyben helyesebbnek bizonyul, mint a másik fél által támasztott igény. A nehézség azonban nem önmagában a döntés mozzanatában rejlik, hanem sokkal inkább abban, hogy a döntést igazolni kell. A bírák kiemelt felelősséget viselnek azért, hogy választásaikat indokolják. Mégpedig olyan érvekkel, amelyek mind a felek, mind a szélesebb nyilvánosság számára ésszerűnek és meggyőzőnek bizonyulnak.

De érvelhetünk-e racionálisan morális választásaink során? A kérdést azért indokolt feltennünk, mert az alkotmánybírókat pozíciójuk számos esetben arra

---

<sup>332</sup> Lásd TSAKYRAKIS *i.m.* 488.

kényszeríti, hogy rivális erkölcsi elvekre vonatkozó döntéseket hozzanak. Az alapjogi konfliktusok jelentik a paradigmátikus esetét azoknak a helyzeteknek, amelyekben a bíróságoknak erkölcsi pozíciók között kell választaniuk. Az ilyenkor bevett arányossági vizsgálat utolsó lépésénél merül fel a kérdés, hogy melyik alapjognak biztosítsunk elsőbbséget a konkrét esetben. Mit jelent, hogy az egyik jog vagy érdek súlyosabbnak bizonyul a másiknál? És hogyan juthatunk el egyáltalán egy ilyen következtetéshez? Az előbbi esetben a döntés az elvek elrendezését követeli meg, ezt a gyakorlatot pedig a legtöbbször a mérlegelés kifejezéssel illetik. Felmerül azonban a kérdés, hogy helyesen járunk-e el, ha az ütköző értékekre vonatkozó érvelést a mérlegelés fogalmával jellemezzük. A fogalom ugyanis feltételezi, hogy az értékek összemérhetőek.

Az értékek összemérhetőségének problémáját csak úgy közelíthetjük meg, ha elsőként tisztázzuk, hogy mit értünk összemérhetőségen. A fogalom rendszerint arra a kérdésre vonatkozik, hogy lehetséges-e az értékek egyfajta számszerűsítése, illetve létezik-e valamilyen közös mérce, amelyre tekintettel az értékek súlya és azok egymáshoz való viszonya kalkulálhatóvá válik.

Az értékek összemérhetőségére vonatkozó megfontolások két szélső álláspont között mozognak. Az egyik ilyen szélső álláspont arra a belátásra támaszkodik, hogy lehetséges az értékek mechanikus összemérése, ezért a mérlegelés minden esetben kiszámítható és racionálisan igazolható eredményre vezet. Ebben a vonatkozásban a racionalitás egyfajta matematikai pontosságot jelent: a bírói érvelés a mérlegelés segítségével ugyanúgy kalkulálható lesz, mint egy matematikai művelet. Csak fel kell vázolnunk egy képletet, és abba be kell helyettesíteni az adott ügyben rivalizáló alkotmányos értékeket. A képlet segítségével pedig a megoldás egyszerűen levezethető a kiinduló értékekből. Ezt a felfogást közvetíti Robert Alexy elmélete.

A skála másik végét az a megközelítés foglalja el, amely szerint az alkotmányos értékek sosem összemérhetőek. Az összemérhetetlenség itt nemcsak a közös mérce hiányát jelenti, hanem azt is, hogy az egyébként rendelkezésre álló mércék sem képesek adekvát módon megragadni azt, amit az egyes összemérendő értékekben fontosnak tartunk. Az értékek összemérhetetlenségének álláspontját a jogirodalom egyértelműen Antonin Scalia amerikai bíró nevéhez kapcsolja.<sup>333</sup> Scalia ugyanis az egyik bírói döntéshez fűzött különvéleményében a mérlegelést olyan folyamatként ábrázolta, mintha egy kő súlyát egy kötél hosszához mérnénk. Scalia álláspontja azonban közel

---

<sup>333</sup> Lásd többek között TSAKYRAKIS *i.m.* 472., SCHAUER [1994] *i.m.* 795-796.

sem olyan extrém, mint ahogyan azt a jogirodalom ábrázolja. Az kétségtelen tény ugyan, hogy Scalia a bírói mérlegelés megrögzött kritikusa – talán éppen ezért azonosítják előszeretettel az összemérhetetlenség legszélsőségesebb tézisével –, de az értékek közötti racionális választás lehetőségét általánosságban sosem tagadta. Inkább csak azt hangsúlyozta, hogy a racionális érvelés lehetősége és hatóköre korlátozott.<sup>334</sup> De most kanyarodjunk vissza oda, hogy mi következik az összemérhetetlenség téziséből a bírói érvelés státuszát illetően. Ha nincs olyan közös mérce, amely az értékek összevetését lehetővé tenné, akkor az értékek konfliktusát, azaz az alapjogi jogvitáinkat nem oldhatjuk meg racionálisan. Ha pedig a mérlegelés minden esetben irracionális eredményre vezet, tanácsos, ha a bírák elkerülik ezt az érvelési módszert.

Az összemérhetetlenség „erős” téziséét az előbbiekhöz hasonló megfontolásokra tekintettel utasítja el Jeremy Waldron is. Waldron amellett érvel, hogy ha elfogadnánk az értékek teljes összemérhetetlenségét, akkor választásaink sohasem átgondolt és reflexív ítéleteinket, hanem egyszerű preferenciáinkat tükröznék.<sup>335</sup> Az értékek közötti preferenciák pedig – mivel a preferenciák kialakítása racionálisan nem igazolható – folyamatos változásnak lennének kitéve. Ebben az esetben nem beszélhetnénk a morális

---

<sup>334</sup> Scalia egyik sokat idézett párhuzamos véleményében azért kifogásolta a Legfelső Bíróság mérlegelési gyakorlatát, mert a bírák egymással összemérhetetlen értékeket állítottak mérlegre. Ebből azonban még nem következik az a legtöbbször Scaliának tulajdonított álláspont, hogy az értékekre vonatkozó érvelés sohasem lehetne ésszerű és igazolható. Ezért érdemes egy kicsit alaposabban is tanulmányozni a bírói érvelését. Scalia szerint egy szabályozás kereskedelem-korlátozó hatásának értékelésére nincs megfelelő mérceje a bíróságnak, spekulatív és igazolhatatlan megfontolásokra pedig nem alapozható a kifogásolt szabályozás előnyeinek és hátrányainak összemérése. A szóban forgó esetben a bíróság szerint jelentős korlátozást jelentett az államok közötti kereskedelemre, hogy Ohio állam csak azoknak a kereskedelmi szereplőknek tette lehetővé a szerződésszegésből származó felelősségük korlátozását, amelyek az államban valamilyen képvisellel rendelkeztek. Scalia szerint azonban nem lehet meggyőző módon érvelni amellett, hogy ez a szabályozás más államokban működő szereplőkre jelentős terhet telepített, és meghaladta a szabályozásból a hazai cégekre háramló előnyöket. Ezt az összevetést ábrázolta Scalia a kő és a kötél összemérhetetlenségének példájával. Fontos látnunk azonban, hogy ebből az állításból még nem következik, hogy az értékek összemérése általánosságban lehetetlen volna. Scalia sem állítja ezt. Sőt, érvelésében külön kiemeli, hogy a szabadságkorlátozó intézkedések alkotmányosságának megítélése a bíróság feladata, és ez a feladat is egyfajta mérlegelést követel. „Mi [bírók] gyakran végzünk hasonló mérlegelési feladatot, amikor arról döntünk, hogy az állami érdekek mennyiben vezethetnek az egyéni szabadság korlátozásához (...) de éppen ez jelenti a bírói funkció mint politikától független tevékenység lényegét.” [Bendix Autolite Corporation v. Midwesco Enterprises 486 U.S. 888 (1988) Scalia párhuzamos véleménye] Ennek a bírói funkciónak az ábrázolására Scalia szerint a Boos v. Berry döntés megfelelő lehet. A hivatkozott ügyben a Legfelső Bíróság az 1. kiegészítésbe ütközőnek nyilvánította azt a szabályt, amely tiltotta a külföldi kormányzatokat kritizáló és megszegényítő feliratok elhelyezését a nagykövetségek közvetlen közelében. A mérlegelési szituáció két, könnyen azonosítható alkotmányos jog összevetését követelte a bírói testülettől: a mérleg egyik serpenyőjében a politikai véleménynyilvánításhoz fűződő jog, a másikban a külföldi kormányzati tisztviselők biztonságának és méltóságának védelméhez fűződő jog foglalt helyet. Mivel Scalia szerint a hivatkozott esetben a rivális érdekek ütközése mérlegeléssel volt feloldható, és a feladat a bíróságoké illette meg, nyilvánvaló, hogy nem tulajdoníthatjuk a bírónak azt az állítást, hogy az alkotmányos érdekek összemérése sohasem lehetséges úgy, hogy ésszerű és igazolható eredményre jussunk. [Boos v. Barry 485 U.S. 312 (1988)]

<sup>335</sup> WALDRON, Jeremy, *Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer*, Hastings Law Journal, 1994/4, 816.

dilemmák racionális megoldásának lehetőségéről, amely végső soron a politikai döntéshozatal teljes kiszámíthatatlanságát idézné elő.

Ebben a dolgozatban én egy köztes álláspontot képviselek. Azt állítom, hogy az értékek összeméréséhez hiányzik valamilyen közös mérce, amelynek a segítségével matematikai pontossággal és kiszámíthatósággal válaszolhatnánk meg az alkotmányos dilemmákat. A gyakorlati érvelés tehát nem puszta kalkuláció. Azt azonban nem állítom, hogy az értékeket egyáltalán nem vethetnénk össze, és nem érvelhetnénk racionálisan amellet, hogy az egyik érték választása az eset körülményeire tekintettel helyesebbnek bizonyul. Éppen ezért az összemérhetetlenségnek csak egy „gyengébb” formáját fogadhatjuk el. Ilyen előfeltevések birtokában vagyunk ugyanis csak képesek értelmesen érvelni morális állítások mellett vagy ellen.

Morális elveink definiálása és átgondolt kifejtése már önmagában mérlegelést kíván: az elvek tartalmát ugyanis csak más elvekre tekintettel határozhatjuk meg.<sup>336</sup> A morális érvelés során rangsoroljuk az értékeket és megpróbáljuk egy koherens rendszerbe illeszteni őket. Az értékek sorrendje azonban nem jelent merev struktúrát; elveink lehető legtökéletesebb elrendezése a sorrend folyamatos alakítását és felülvizsgálatát követeli meg. Az értékek közötti elsőbbségi viszony változása azonban ebben az esetben reflexív gondolati folyamat eredménye, nem pedig puszta önkényes (igazolhatatlan) választások következménye, amelyet a teljes összemérhetetlenség tézise implicál.

Az értékek összemérhetőségére vonatkozó vitában igen sajátos nézőpontot képvisel Schauer, aki szerint az összemérhetőség kérdésében instrumentális megfontolások alapján kell állást foglalnunk, mégpedig mindig az eset egyedi körülményeinek figyelembevételével.<sup>337</sup> Ezért a kérdést érintő filozófiai álláspontunkat nem arra tekintettel kell megfogalmaznunk, hogy mit gondolunk az értékek ontológiai státuszáról, hanem arra, hogy milyen következményekkel jár az egyik vagy másik álláspont elfogadása, azaz hogyan hat a morális dilemma kimenetelére, ha elfogadjuk, vagy ha elutasítjuk az értékek összemérhetőségének lehetőségét. Az alkotmányjogi érvelés során tehát az értékekre vonatkozó filozófiai nézetünket, amely a döntéshozatal kiindulópontjaként szolgál, a nézet következményeire vonatkozó belátásunknak kell

---

<sup>336</sup> *I.m.* 820.

<sup>337</sup> SCHAUER, Frederick, *Commensurability and Its Constitutional Consequences*, *Hastings Law Journal*, 1994/4, 83.

meghatározni. De mivel magyarázható ennek a konzekvencialista megközelítésnek a szükségessége?

Schauer szerint megalapozott az a félelem, hogy az összemérhetőség feltételezése az egyéni jogvédelem gyengülését vonja maga után.<sup>338</sup> Ilyenkor ugyanis pusztán érdekekről is – például arról, hogy mit követel a közérdek – az alapjogi igényekkel azonos szinten gondolkodunk. Ezért az alapjogok kiemelt státuszának biztosítása bizonyos helyzetekben az összemérhetőség elutasítását kívánja meg. Ugyanakkor, ha azt tapasztaljuk, hogy valamely alapjog az életviszonyok túlságosan széles körét részesíti előnyben, stratégiai megfontolások alapján indokolt lehet az összemérhetőség tézisét elfogadni. Ebben az esetben ugyanis nagyobb eséllyel adhatunk teret olyan megfontolásoknak, amelyek igazolhatják a robosztus védelemben részesített jog korlátozását.

Waldron szerint azonban Schauer megközelítése figyelmen kívül hagyja azt a tényt, hogy a kívánatos morális következményeket nem láthatjuk előre az érintett erkölcsi elvek tartalmának meghatározása nélkül. Így például a szólásszabadság és az egyéni méltóság közötti elsőbbségi viszony meghatározásához minden esetben a rivális elvek értelmezésére van szükség. A két elv közötti sorrendet ugyanis nem rögzíthetjük véglegesen, a rangsor folyamatos felülvizsgálatra szorul. Éppen ezért az értékekre vonatkozó morális érvelést semmilyen körülmények között sem kerülhetjük meg, amiből az következik, hogy az értékek összemérésének lehetőségét – amelyet Waldron a „gyenge összemérhetetlenség” tézisének nevez – sohasem zárhatjuk ki.

Összességében tehát arra jutottunk, hogy bár az értékek nehezen összemérhetőek, el kell vetnünk azt a feltételezést, hogy erkölcsi kérdésekben nincs helye racionális értékelésnek.<sup>339</sup> Ez a feltételezés ugyanis a morális érvelés lényegével ellenkezik. De mit kell ebben az esetben racionális igazoláson értenünk? Hayek szerint a racionalitásnak olyan fogalmát kell elfogadnunk, amely a hagyományra épít, és amely a már létező és működő intézményekre és elvekre tekintettel teszi lehetővé, hogy morális kérdésekről értelmesen vitatkozhassunk. „Mivel az erkölcsök vagy értékek létező rendszerei nem mindig adnak egyértelmű választ a felmerülő kérdésekre, miközben belső ellentmondásról tanúskodnak, arra kényszerülünk, hogy az ilyen erkölcsi rendszereket folyamatosan fejlesszük és finomítsuk. (...) A raciónak az adott értékek e

---

<sup>338</sup> *l.m.* 798.

<sup>339</sup> SCHARFFS, Brett G., *Adjudication and the Problems of Incommensurability*, William and Mary Law Review, 2001/4, 1404.

kölcsönös egymáshoz igazodásában kell bizonyítani, és ennek során kell teljesítenie legfontosabb, de nagyon is népszerűtlen feladatát – nevezetesen, hogy rámutasson gondolkodásunk és érzelmi világunk belső ellentmondásaira.”<sup>340</sup> A meglévő cselekvési szabályok tehát folyamatos felülvizsgálatot igényelnek, amelynek alapjául a közösség már kialakult értékrendszere szolgál. Az idők során rögzült értékekben ugyanis a sikeres és hatékony közösségi együttműködés feltételei köszönnek vissza.

Erre tekintettel kell belátnunk, hogy az alapjogok és az alkotmányos elvek súlyának meghatározása is a már kialakult intézményekre tekintettel történhet. Az intézmények működéséből feltárt elvek testesítik meg azokat az értékeket, amelyek a közösségi együttműködés előmozdítása szempontjából központi jelentőségűnek bizonyulnak, és ezek az értékek teszik lehetővé, hogy morális választásaink mellett értelmesen érvelhessünk. Azok a választások lesznek ugyanis igazolhatóak, amelyek a legjobban illeszkednek a meglévő értékek rendszeréhez.

Bár az erkölcsi dilemmákkal összefüggő érvelést gyakran ábrázoljuk a mérlegelés metaforájával, az előbbieket alapján megállapíthatjuk, hogy ez nem jelenti azt, hogy kalkuláció segítségével juthatunk el a helyes megoldáshoz. A mérlegelés egy jóval kifinomultabb eljárás, mint ahogyan az a fogalom klasszikus konnotációjából – a szemben álló értékek súlyozása – következik. Ezért az értékek összemérhetőségére vonatkozó kérdést érdemes átfogalmaznunk és abban a formában feltennünk, hogy érvelhetünk-e racionálisan erkölcsi választásaink mellett. És a mérlegelés fogalmát is erre tekintettel kell újragondolnunk. Ha belátjuk, hogy a mérlegelés során lehetőség van az alapjogi konfliktusok racionális megoldására, már csak azt kell szemügyre vennünk, hogy ezt a racionalitást mennyiben biztosítja a mérlegelésnek szigorú keretet adó arányossági vizsgálat.

---

<sup>340</sup> HAYEK, Friedrich A., *A konstruktivizmus hibái*. In: HORKAY HÖRCHER Ferenc (szerk.), *Hayek és a brit felvilágosodás: tanulmányok a konstruktivista gondolkodás kritikájának eszmetörténeti forrásairól*, Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Budapest, 2002, 85.

## 10. Az arányosság értékelése

### 10.1. A mérlegelés szerepe a szólásszabadság gyakorlatában: a Dennis ügy

A Dennis döntést számos kritika érte a szólásszabadság indokolatlan korlátozására hivatkozással, a tartalmi kifogások pedig összefonódtak a bíróság érvelési módszerének bírálatával. Az alkotmány 1. kiegészítéséhez kapcsolódó jogvédelem szintjének csökkenéséért ugyanis sokan a Legfelső Bíróság mérlegelési gyakorlatát tették felelőssé.<sup>341</sup> Ezt az összefüggést hangsúlyozta a döntéshez írt különvéleményében Black bíró is. „Úgy vélem, hogy a „nyilvánvaló és közvetlen veszély” tesztje, ami legalábbis a közügyeket érintő beszédet illeti, nem a védett kifejezések legszélső alkotmányos határait jelöli ki, hanem csak elismeri, hogy mi következik minimálisan a Bill of Rights-ból.”<sup>342</sup> A döntés ellenzői azzal érveltek, hogy a mérlegelésnek köszönhetően a bírák a szólásszabadságot egyszerű alkotmányos érdekké redukálták, és a rivális közérdekű megfontolásokkal azonos szinten értékelték. A többségi vélemény a konfliktust pusztán érdekek ütközéseként fogta fel, ahogyan azt Frankfurter bíró párhuzamos indokolása explicitté tette, holott a vizsgált esetben egy különleges alkotmányos súllyal rendelkező jog és a közérdek ütközése nyilvánult meg. Mivel az alapjogok és az egyszerű érdekek nem mérhetőek össze, az utóbbi nem igazolhatta az előbbi háttérbe szorítását.

A Dennis döntéssel összefüggésben megfogalmazott kritikák fontos szerepet játszottak a mérlegeléssel szembeni általános szkepticizmus elterjedésében és a kategorikus megközelítés előtérbe kerülésében a szólásszabadságot érintő amerikai gyakorlatban. Érdekes azonban alaposabban is megvizsgálni, hogy tényleg az érvelési struktúra kiválasztása vezetett-e a szólásszabadság – sokak által indokolatlannak tartott – korlátozásához. A bíróságnak abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy az 1. kiegészítés alkotmányos védelme kiterjed-e azokra a magatartásokra, amelyek a kommunista eszmék és köztük az erőszakos hatalomátvétel szükségességének szervezett tanítására és terjesztésére irányulnak. Az alkotmányos vizsgálat tétje tehát annak megállapítása volt, hogy bizonyos eszmék propagálása közvetlen veszélyt jelent-e az állam biztonságára, ugyanis a politikai rendszer békés működésének fenntartása igazolhatja a lázító cselekvések korlátozását. Az érvelési szituációt számos nyelvi formában ábrázolhatjuk: A kommunista tanítások hirdetéséből származó veszély

<sup>341</sup> Lásd FRANTZ, Laurent B., *The First Amendment in the Balance*, Yale Law Journal, 1962/8, 1449.

<sup>342</sup> 341 U.S. 494 (1951), 580, Black bíró különvéleménye

mértéke igazolja-e a szólásszabadságba történő állami beavatkozást? Az erőszakos politikai ideológiák hirdetésének tilalma a szólásszabadságnak szükséges és arányos korlátozását jelenti-e? A szólásszabadság magában foglalja-e a lázító tartalmú tanítások szervezett népszerűsítését?

Az alkotmányos dilemma eldöntése nem azon múlik, hogy hogyan tesszük fel a kérdést, hanem hogy miként értékeljük a releváns indokok alkotmányos jelentőségét a konkrét eset körülményeire tekintettel. Az érvelés kulcsmozzanata mindhárom kérdésfeltevés esetében az, hogy miként viszonyul egymáshoz a szólásszabadság és a nemzetbiztonság értéke. A többségi vélemény olyan súlyosnak találta a békés rendre nehezedő veszélyt, hogy feláldozhatónak tekintette a szólásszabadságot. Ez a döntés azonban nem azért eredményezte az 1. kiegészítésbe foglalt alapjog igazolhatatlan sérelmét, mert a bírák rosszul fogalmazták meg az eldöntendő kérdést, hanem azért, mert nem tulajdonítottak kellő jelentőséget a szólásszabadság alkotmányi szintű védelmének, és nem vizsgálták felül a jogalkotó empirikus előrejelzéseit arra vonatkozóan, hogy milyen lehetséges következményekkel járhat a kommunista nézetek terjesztése.<sup>343</sup> A bíróság figyelme elsősorban a szabályozási cél vizsgálatára irányult, ezzel szemben a szólásszabadság jogában bekövetkező sérelem lehetőségének értékelése marginális maradt. A bíróság a kérdés változatlan megformálása mellett ellentétes eredményre is juthatott volna, ehhez pusztán a rivális érdekek alkotmányos értékét kellett volna gondosan mérlegre tennie.

A Dennis döntés kapcsán tehát megfigyelhetjük, hogy az alkotmányos dilemma megoldása nem az érvelési struktúra, hanem az alkotmányos elvek értékelésének fogságába került. Éppen ezért ez a döntés annak jelzésére is kitűnő példaként szolgál, hogy az Alexy által javasolt struktúra követése önmagában nem vezet el a nyilvánvalóan helyes döntéshez. Ezt látjuk, ha behelyettesítjük az eset tényeit az Alexy által felrajzolt képletbe. A képlet szerint a jogkorlátozás súlyát és az azzal versengő érdek jelentőségét kell összevetnünk. Minél nagyobb mértékű ugyanis a jogsérelem, annál nagyobb érdeknek kell fűződnie a másik alkotmányos elv érvényesítéséhez. A konkrét esetben tehát megint csak azt kell értékelnünk, hogy milyen súlyú a szólásszabadságot ért sérelem, és mekkora érdek fűződik a kormányzat védelméhez. Ezeknek az elveknek az alkotmányos jelentősége azonban nem számszerűsíthető;

---

<sup>343</sup> Lásd JACKSON, Vicki C., *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on „Proportionality”, Rights and Federalism*, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 1999/3, 619-621.

éppen ezért a helyes döntés nem következik egyértelműen a képletből. A szólásszabadság és a nemzetbiztonság védelme mellett is érvelhetünk racionálisan. A végeredmény nem a képlet helyes felrajzolásának, hanem a rivális alkotmányos értékek megfelelő értékelésének a függvénye.

## **10.2. Az arányossági vizsgálat Strasbourgban**

Az előbbiekhöz hasonló következtetésre juthatunk, ha az EJEB gyakorlatára pillantunk. A strasbourgi bírói fórum minden esetben ragaszkodik az arányossági vizsgálat által implikált lépésrendhez, ezért a panaszok elbírálása során egy állandósult logikai struktúrát követ. A bírósági érvelés első lépése annak értékelése, hogy a kifogásolt állami intézkedés az Egyezménybe foglalt valamely jog korlátozását eredményezi-e. Ha a jogkorlátozás megállapítható, a következő szakaszban a bíróság arra kérdez rá, hogy igazolható-e a korlátozás. A korlátozás akkor igazolható, ha azt jogszabály írja elő, legitim célra irányul és szükséges egy demokratikus társadalomban. Ez a teszt képezi az arányossági vizsgálat központi struktúráját. A következőkben azt kívánom igazolni, hogy önmagában a struktúra konzisztens alkalmazása még nem vezet igazolható döntéshez. Ehhez a *Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland* ügyben<sup>344</sup> előadott bírói érvelést veszem szemügyre.

A vizsgált ügyben a svájci hatóságok nem engedélyezték a raeliánus mozgalomnak, hogy köztéri hirdetőtáblákon helyezze el kampányüzeneteit. A tervezett plakátok többek között földönkívülieket ábrázoltak, „A tudomány végre a vallás helyébe lép” feliratot tartalmaztak, illetve a mozgalom internetes oldalára utaltak. A mozgalom filozófiája az „intelligens tervezés” egy ateista elméletére épül, amely szerint az életet földönkívüliek hozták létre a Földön. A szervezet emellett támogatja a klónozást, a szexuális kiteljesedést, és a demokrácia helyett egy olyan utópikus közösséget propagál, amelyet az intelligencia irányít.

Az nem volt vitatott, hogy az engedély megtagadása a kérelmező véleménynyilvánítási szabadságát korlátozta. Az eldöntendő kérdés annak megállapítására irányult, hogy a korlátozás indokolt volt-e. A svájci állam a bűncselekmények megelőzését, az egészség és az erkölcs, valamint mások jogainak védelmét jelölte meg a korlátozó intézkedés céljaként. A bíróság ezeket a célokat

---

<sup>344</sup> *Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland*, no. 16354/06, 13 July 2012.

érdemi vizsgálat nélkül legitimként ismerte el, majd pedig megállapította, hogy a korlátozás összességében igazolt volt, és nem eredményezte a véleményszabadság aránytalan sérelmét. Hogyan jutott a bíróság erre a következtetésre?

A mozgalom által indított plakátkampány a szervezet nézeteinek népszerűsítésére irányult. A bíróság szerint az Egyezményben részes államok nagyobb szabadságot élveznek az olyan vélemények korlátozásában, amelyek kereskedelmi célt szolgálnak; a mozgalom plakátjai pedig nem tartoznak a véleménynyilvánítás legfontosabb dimenzióját megjelenítő politikai beszéd fogalma alá, és inkább a reklám kategóriájába sorolhatóak, mert hittérítő funkciót szolgálnak.<sup>345</sup> Ezzel az érveléssel a bíróság lényegében megtagadta a szóban forgó hirdetésektől a szólásnak biztosított kiemelt emberi jogi védelmet. Tekintettel a bepanaszolt államnak biztosított széles mérlegelési jogkörre, a bíróság érdemi mérlegelés lefolytatása nélkül jutott arra a következtetésre, hogy a hatósági engedély megtagadása releváns és elégséges indokokon nyugodott, és a célhoz viszonyítva arányosnak bizonyult. A bíróság értékelése szerint a hatóságok fellépése csak minimálisan korlátozta (minimal impairment) a véleménynyilvánítás szabadságát, mert nem vezetett a szervezet és az általa üzemeltetett weblap betiltásához, és a köztéri fórumok kivételével a kommunikáció egyéb csatornáit is nyitva hagyta a mozgalom nézeteinek terjesztése számára.<sup>346</sup>

A bíróság érvelésében az arányossági retorika valamennyi népszerű eleme felbukkan: legitim cél, releváns és elégséges indok, célhoz viszonyított arányosság, minimális korlátozás. Ennek ellenére mégsem mondhatjuk, hogy a bírói testület megalapozott és igazolható döntést hozott. Többek között azért nem, mert tévesen azonosította a versengő értékeket és azok normatív súlyát. Az egyes alapjogok tartalmát és a közérdek fogalmát ugyanis csak normatív premisszák alapján lehet meghatározni. A svájci hatóságok a korlátozást mások erkölcsi és vallási meggyőzésének védelmével indokolták. A közérdeket azonban nem lehet a többségi véleménnyel azonosítani, és a vallásos érzület vagy a demokratikus meggyőzés védelme önmagában nem valósít meg olyan értéket, amely a szabad szólás csorbításának lehetőségét indokolja. A probléma megoldását látszólag az utolsó lépésre halasztotta a bíróság, pedig a kulcskérdés valójában nem a korlátozás arányossága, azaz a tényleges mérlegelés elvégzése volt. A bíróságnak elsősorban azt kellett volna vizsgálnia, hogy volt-e egyáltalán valamilyen védelemre érdemes érték, amely igazolhatta a korlátozó

---

<sup>345</sup> *Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland*, 62. pont

<sup>346</sup> *Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland*, 75. pont

állami intézkedést. Ez a döntés rámutat arra, hogy alapjogi igények megítélése során a bíróságok sohasem hagyhatják figyelmen kívül, hogy mi egy alapjog központi magja és a jogvédelem lényege, és ez miként viszonyul más morális megfontolásokhoz.

Ezek után végre feltehetjük azt a kérdést, hogy mennyiben bizonyul sikeresnek Alexy elmélete a vállalt deskriptív és normatív célkitűzések fényében. A dolgozatban bemutatott néhány bírói döntés azt jelzi, hogy az alapjogi konfliktusok bírói megoldása egy általánosítható struktúrába illeszkedik. Ez a struktúra azonban számtalan nyelvi formában felbukkan – erre szolgáltat példát az amerikai alapjogi gyakorlat. De az amerikai gyakorlatban is azonosíthatóak azok a vizsgálati lépések, amelyek Alexy elméletben központi szerepet kapnak. Így annak meghatározása, hogy a kifogásolt állami intézkedés alapjog korlátozásával jár-e, és amennyiben igen, az állam megfelelő eszközt választott-e a jogkorlátozáshoz, és az nem eredményezte az alapjog aránytalan sérelmét. Azt is látnunk kell azonban, hogy az arányosság önmagában nem nyújt tartalmi választ az alkotmányjogi problémára: az alapjogot érintő vita különböző megoldásait egyaránt előmozdíthatja. Az arányosság tehát nem meghatározott tartalmi mérce, hanem egy olyan eljárás, amely ésszerűsíti, strukturálja, átláthatóvá és előre jelezhetővé teszi az alkotmányos probléma megoldását.<sup>347</sup> Ennek ellenére mérsékelheti a mérlegeléssel összefüggésben előszeretettel hangoztatott önkényesség vádját, ha a bíróság igyekszik tartani magát az érvelés logikai lépéseivel. Ilyen körülmények között ugyanis fokozottan érvényesül az arányossági vizsgálat valódi előnye, annak racionalizáló és fegyelmező hatása a bírói érvelés tekintetében. Következésképpen az érvelés sokkal kontrolláltabb, az eredmény pedig számonkérhető lesz.<sup>348</sup>

## **11. Az arányossági vizsgálat és az alkotmánybíráskodás igazolása**

Végezetül azt a kérdést érdemes körüljárnunk, hogy miként kapcsolódik a mérlegelés fogalma a bírói felülvizsgálat igazolásának problémájához. Ehhez két állítást veszek szemügyre. Az első, mérsékeltebb állítás szerint az arányossági vizsgálat alkalmazása hozzájárul a bírói felülvizsgálat igazolásához. Egy másik, jóval radikálisabb álláspont szerint az arányosság önmagában képes számot adni a bírói felülvizsgálat igazolásáról,

---

<sup>347</sup> BARAK, Aharon, *Proportionality and Principled Balancing*, Law and Ethics of Human Rights, 2010/1, 5.

<sup>348</sup> GRIMM *i.m.* 397.

azaz az intézmény igazolásának teljes elméletét biztosítja. Nézzük sorban ezeket az állításokat!

### **11.1. Az arányossági vizsgálat mint az igazolás egyik eleme**

Alec Stone Sweet és Jud Mathews felteszi a kérdést, hogy mi az összefüggés az arányossági vizsgálat elterjedése és a bírói hatalom növekedése között. Azokban az alkotmányos rendszerekben ugyanis, ahol a bírói hatalom fokozatos kiterjesztésének lehetünk tanúi, a bíróságok érvelésében egyértelműen az arányossági vizsgálat dominanciáját tapasztalhatjuk. Sweet és Mathews azt a következtetést vonja le, hogy az arányosság valójában a bírói autoritás alátámasztására szolgáló doktrína.<sup>349</sup> Az arányossági vizsgálatot ezért értelmezhetjük úgy is, mint egyfajta választ a bírák részéről az alkotmányos felülvizsgálat legitimitását érintő kritikákra.<sup>350</sup> De mivel magyarázható, hogy az arányosság alkalmas lehet a bíróságok legitimációs deficitjének mérséklésére?

Az arányosság legnagyobb előnye Sweet és Mathews szerint, hogy az olyan argumentatív keretet kölcsönöz a bírói érvelési folyamatnak, amely fokozza a döntések ellenőrizhetőségét. Ez persze nem jelenti azt, hogy az arányossági vizsgálat bírói alkalmazása révén előre kalkulálhatóvá válik a jogvita kimenetele. De számolhatunk azzal, hogy a rivális alkotmányos igények milyen formában kerülnek megfogalmazásra, és azt is előre láthatjuk, hogy milyen úton, milyen lépések segítségével jut majd el a bíróság a döntéshez. Erre elsősorban azért van szükség, mert az alapjogok absztrakt és általános megfogalmazása különféle tartalmak feltárását teszi lehetővé a jogalkalmazók számára, ez pedig a jogvédelem határainak elmosódásával és a védelem szintjének bizonytalanságával fenyeget. Ennek a bizonytalanságnak a mérséklése egy szabályozott gondolati folyamat segítségével előmozdítható.

Az arányossági vizsgálat alkalmazása továbbá nem követeli meg a bírótól, hogy absztrakt szinten rangsorolja az ütköző alkotmányos elveket. Így pedig elkerülhető a győztes és vesztes pozíciók alkotmányos szintre emelése. Az elosztási viták rendezésére pedig úgy nyílik mód, hogy az egyébként alulmaradt jogi igényt is kellő alkotmányos elismerés illeti. A mérlegelés során ugyanis nyilvánvalóvá válik, hogy alkotmányos elismerésre méltó, legitim normatív igények feszülnek egymásnak. Az alapjogi jogviták

---

<sup>349</sup> SWEET – MATHEWS *i.m.* 161.

<sup>350</sup> *I.m.* 81.

ugyanis elosztási viták, és olyan javakat érintenek, mint a szabadság, az egyenlőség vagy a biztonság. Amikor arra kérdezzük rá, hogy miként szabályozzuk a terrorizmus elleni küzdelmet, a szabadság és a biztonság elosztásáról döntünk. Az ilyen döntések győztesekre és vesztesekre osztják az érintett egyéneket. Ha több szabadságot biztosítunk, szükségképpen elveszünk a biztonságból. Ha pedig fokozni kívánjuk polgáraink biztonságát, a szabadságuk egy részének feláldozását kérjük tőlük. Az alapjogi dilemmák megoldása tehát győzteseket és veszteseket eredményez, a vereség pedig különösen súlyos következményekkel jár, mert az alapvető javainkból veszítünk el valamit. Az arányossági struktúra azért lehet különösen kedvező az elosztási vitákban, mert lehetővé teszi a döntőbíró számára, hogy úgy hirdessen győztest, hogy közben elismerje a vesztes érdekeit is.<sup>351</sup> A mérlegelés ugyanis megköveteli a rivális alkotmányos igények azonosítását és súlyozását, a bíró így kifejezésre juttathatja, hogy azoknak az igényeknek is kellő figyelmet biztosított, amelyek végül is alulmaradtak a végső döntést követően. De mivel az alapjogi igények konfliktusa esetén mindig a kontextus dönti majd el, hogy melyik igénynek kell elsőbbséget biztosítanunk az adott körülmények között, az egyszer alulmaradt jog más helyzetben, ugyanazzal a joggal szemben akár elsőbbséget is élvezhet. Így a mérlegelés nem emeli alkotmányos rangra a győztes és a vesztes értékek közötti viszonyt.

A formalizált érvelési keret, a transzparencia, a releváns elvek alapos és körültekintő értékelése és a vesztes alapjogi igények jelentőségének elismerése mind-mind olyan előny, amely igazolhatja a bírák elkötelezettségét a mérlegelés szigorú struktúrája, az arányosság iránt. De mit mond az arányosság szerepéről Beatty, a neves kanadai jogtudós? Miért vethetjük be a doktrínát az alkotmányos felülvizsgálat intézményének igazolása során?

---

<sup>351</sup> *I.m.* 90.

## 11.2. Az arányosság mint az alkotmánybíráskodás igazolásának teljes elmélete

David M. Beatty szerint az alkotmányos demokráciákban minden jogi aktus, minden autoritatív döntés végső mércéje az arányosság. A jogszabályok alkotmányos felülvizsgálatának jogával felruházott bíróságok szerte a világban az arányosság elvéhez fordulnak a legitim állami cselekvések határainak kijelölése érdekében. Olyan univerzális standardról van szó tehát, amely valamennyi alkotmányos struktúra integráns és nélkülözhetetlen részét képezi. De Beatty elméletében az arányosság nemcsak a jogszabályok alkotmányosságának mércéjeként funkcionál. Álláspontja szerint az arányosság egyben a bírói felülvizsgálat legjobb igazolását is nyújtja.<sup>352</sup> Az arányosság konceptualizálására irányuló kísérlet Beattynél így valójában egy átfogóbb intézményelméleti keretbe illeszkedik, és elsősorban a bírói felülvizsgálat igazolásáról folytatott vitához kíván hozzájárulni, amit jól jelez, hogy az arányosság az alkotmánybíráskodás egyik elméleteként kerül bemutatásra. Ahhoz, hogy értékeljük ezt a definíciós vállalkozást, érdemes alaposabban szemügyre vennünk, hogy miként kapcsolódik Beatty elméletében az arányossági doktrína az alkotmánybíráskodás legitimitásának kérdéséhez.

Beatty számára az arányosság a legitim és az illegitim állami cselekvés megkülönböztetésének bírói mércéje. Beatty is felteszi a kérdést, hogy miért lehet vonzó ez a mérce a bíróságok számára. Mi indokolja, hogy az alkotmányos felülvizsgálat gyakorlata ilyen szorosan kötődik az arányosság gondolatához?

Beatty szerint az arányossági vizsgálat az egyetlen olyan érvelési módszer, amely racionális és objektív mércét szolgáltat a jogszabályok alkotmányosságának megítéléséhez. Az arányosság legfőbb erénye, hogy egy semleges struktúrába illeszti a bírói érvelést, és kiszorítja a szubjektív elemeket az alapvető morális dilemmák bírói megoldásából. Ez a semlegesség, amelynek olyan kiemelkedő szerepet kell tulajdonítanunk az alkotmánybíráskodás gyakorlatában, valójában a racionális érvek érvényesülésének enged teret a bírók egyéni morális megfontolásaival szemben. De miként lehetséges ez? Beatty szerint úgy, hogy az arányossági vizsgálat a szillogizmushoz hasonló logikai folyamatot kölcsönöz a bírói érvelésnek, mert az alapjogokban kifejeződő érdekek konfliktusát tények kérdésévé alakítja át, és ezáltal lehetővé teszi, hogy a bírák elkerüljék az értelmezéssel és a morális tartalmak

---

<sup>352</sup> BEATTY, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004. 160.

feltárásával kapcsolatos nehézségeket.<sup>353</sup> Az arányossági vizsgálat alkalmazásával tehát az alapjogi vitáinkat nem morális állítások konfliktusaként, hanem tények kérdéseként ragadhatjuk meg. „Az ítéletek ténymegállapításon alapulnak, amelyek a peres felek saját értékelését tükrözik a bíróság előtt felhívott kormányzati javaslatokat vagy döntéseket illetően. Ha az arányosságot ennek megfelelően alkalmazzuk, akkor a bíróságok egy világos és objektív teszt birtokába kerülnek, amelynek a segítségével megkülönböztethetik a legitim és az illegitim állami aktusokat. Ha a bírák ragaszkodnak a tényekhez, a peres felek iránt érzett rokonszenv sohasem kap szerepet.”<sup>354</sup> Beatty szerint akkor juthatunk a tények birtokába, ha a jogvitában érintett felek pozíciójába helyezkedünk. A peres felek nézőpontjának felvállalásával pedig könnyen azonosíthatóvá válik, hogy miként hat a kifogásolt szabályozás az érintett felekre. Az alkotmányos konfliktusok feloldása így leszűkíthető arra a vizsgálatra, hogy melyek a szabályozás kedvező és kedvezőtlen hatásai a konkrét esetben. Ebből következően a jogviták eldöntése az egyedi körülmények függvényévé, tények kérdésévé válik, azaz kontextus-függő lesz.

Beatty szerint a jogvitában érintett felek perspektívájának felvállalása teszi lehetővé, hogy elkerüljük a morális érvelést, és úgy döntsünk a kifogásolt szabályozás alkotmányosságáról, hogy közben egyetlen rivális morálfilozófiai álláspontot sem részesítünk előnyben. Az igazságosság ugyanis egy lokális ideál, amely mindig egy meghatározott politikai közösség nyilvános életéhez kötődik. Az igazságosság tartalmát, és ezáltal a közösség morális karakterét pedig maguknak az egyéneknek kell meghatározniuk, ilyen erkölcsi választásokat a demokrácia körülményei között nem bízhatunk a bíróságokra.<sup>355</sup>

Az arányosság tehát olyan megoldást kínál az alapvető erkölcsi dilemmáinkra, amely kizorítja az érvelésből az erkölcsi megfontolásokat. De valóban lehetséges ez? Hogyan tudjuk összevetni a rivális igényeket, a szabályozásból az érintett felekre háruló előnyöket és hátrányokat, ha valójában nem tudjuk, hogy milyen súlyt tulajdonítsunk ezeknek a tényezőknek? A szabályozás következményeinek értékelése minden esetben morális mércék mozgósítását kívánja meg, ezeknek a mércéknek a megállapításához pedig annak az alkotmányos kultúrának a sajátosságait kell figyelembe vennünk, amelyben a jogvita felmerül. Az alapjogi konfliktusok megoldásának folyamatában nem

---

<sup>353</sup> *I.m.* 169.

<sup>354</sup> *I.m.* 166.

<sup>355</sup> *I.m.* 167.

kerülhetjük meg a politikai közösség alapvető normatív elveit. Az a fajta semlegesség tehát, amelyet Beatty támogat, illúzió csupán, és a bírói érvelés sajátosságainak félreértésén alapul. Az alapjogok konfliktusa ugyanis sohasem redukálható pusztán tények kérdésére, az értelmezés mozzanata sohasem kerülhető meg az alkotmányjogi érvelésben. Beatty többek között a Brown döntésen keresztül kíván rámutatni arra, hogy miként kezelhetőek az alapjogi konfliktusok anélkül, hogy a bíróság állást foglalna vitatott erkölcsi kérdésekben.<sup>356</sup> Álláspontja szerint a jogvitában a fekete és a fehér lakosok szabadsága konkurált, és a bíróság arra a tényre tekintettel biztosított elsőbbséget a feketék érdekének, hogy a szegregációval előidézett lelki sérelem lényegesen meghaladja azokat a kényelmetlenségeket, amelyet a fehéreknek az integrált oktatás következtében kellene elviselniük. Az az állítás azonban, amelyre a bíróság a döntését alapozta, amely szerint a kényszerű szegregáció az alsóbbrendűség érzését kelti a fekete bőrszínű tanulóknál, és ez hátrányosan befolyásolja az iskolai teljesítményüket, valójában nem egy tény, ahogy azt Beatty gondolja, hanem egy morális állítás. Ez a következtetés ugyanis feltételezi, hogy az elkülönített oktatás azért eredményezi a fekete tanulók méltóságának sérelmét, mert a csoport tagjait is megilleti az egyenlő morális státusz.<sup>357</sup> Ha tehát belátjuk, hogy a mérlegelés során morális állításokat ütköztetünk, azt is el kell ismernünk, hogy a mérlegelés nem képes azt a semlegességet szavatolni a bírói döntéshozatal számára, amelyet Beatty oly kívánatos ideálnak tart. Beatty végső soron amellettt érvel, hogy a bírói alapjogvédelem hatékonysága kizárólag annak a függvénye, hogy a bírák mennyire elkötelezettek az arányossági vizsgálat iránt, azaz milyen módszert alkalmaznak az alapjogi igények megítélése során, és mennyire ismerik fel, és hogyan értékelik a releváns tényeket. A bírák által képviselt tartalmi alkotmányjogi nézetek tehát látszólag nem befolyásolják a morális konfliktusok kimenetelét. Ez a következtetés vezet át az intézményelméleti problémához, amelynek megoldására Beatty szintén az arányosság elvét kínálja.

A dolgozat korábbi szakaszaiban már többször hangsúlyoztam, hogy a bírói felülvizsgálat igazolása elsődlegesen politikai filozófiai feladat, és olyan fogalmakkal kapcsolható össze, mint a politikai legitimitás, demokrácia, alkotmányosság vagy a nyilvános igazolás. Azt nem vitatom, hogy az arányossági vizsgálatnak helye lehet egy

---

<sup>356</sup> *I.m. 186.*

<sup>357</sup> Ez a gondolatmenet jelenik meg Ronald Dworkin érvelésében is, aki Richard Posnerrel folytatott vitájában próbálja meg igazolni, hogy a Brown döntés – Posner állításával szemben – végső soron a bíróság morális megfontolásain nyugodott. (Lásd DWORKIN [2005] *i.m.* 57-58. és POSNER, Richard, *Az erkölcs- és jogelmélet kérdései*, Fundamentum 2005/4, 40-41.)

olyan elméletben, amely az alkotmánybíráskodás igazolásáról kíván számot adni. Mégpedig azért, mert a bírói érvelés strukturális sajátosságai kihatnak azokra a megfontolásainkra, amelyek az intézményes vita kimeneteli oldalát érintik. Az arányossági vizsgálat pedig egy olyan szerkezetet kínál fel a jogviták eldöntéséhez, amely fokozhatja a döntések racionalitását és számonkérhetőségét, továbbá amely, tekintettel arra, hogy a jog az egyéni cselekvések alakítását célozza, fokozott előnyként értékelhető a bírói döntéshozatal oldalán. Ám hiába ismerjük el a racionális és strukturált érvelés előnyeit – amely az arányossági vizsgálat implikációjaként jelenik meg –, még továbbra is nyitva áll a kérdés, hogy ez a fajta döntéshozatal összhangba hozható-e legalapvetőbb politikai filozófiai elveinkkel. Beatty erre a kérdésre azonban nem ad választ. Inkább azzal érvel, hogy az arányossági struktúra alkalmazásával a bíróságok elkerülnek, hogy állást foglaljanak az igazságosságra vonatkozó vitatott felfogások valamelyike mellett. Mivel a bírák csak a jogvitában releváns tények értékelésére szorítkoznak, a morális érvelés feladatát meghagyják a jogalkotónak. Az arányosság tehát végső soron kijelöli az egyes politikai intézmények által gyakorolható autoritás határait, és arra ösztönzi a bíróságokat, hogy tartsák tiszteletben ezeket az előre lefektetett határokat.

Miért nem elégedhetünk meg ezzel a magyarázattal a bírói felülvizsgálat legitimitásáról szóló diskurzusban? Egyfelől azért nem, mert ahogyan láttuk, az arányosság elve nem képes kiiktatni a bírói érvelésből az erkölcsi megfontolásokat. Az alapjogi konfliktusok feloldása az alapvető alkotmányos elvek értelmezését követeli meg, a bírák tehát nem hagyhatják figyelmen kívül a politikai igazságosság követelményeit. Ebben az értelemben tehát a bíróságok olyan kérdésekben kényszerülnek állást foglalni, amelyek eldöntése Beatty szerint valójában a választott szervek hatáskörébe tartozik. Másfelől azért sem, mert az arányossági elv elfogadása önmagában keveset mond arról, hogy mit gondolunk a demokrácia legalapvetőbb elveiről, amely elvek rekonstruálása nélkül nem foglalhatunk állást az intézményes vitában. Így az arányosság semmiképpen sem tekinthető a bírói felülvizsgálat teljes elméletének. Ugyanakkor arról sem szabad megfeledkeznünk, hogy az arányosság elvének igenis lehet szerepe az intézményelméleti kérdések eldöntésében, csak azt kell látnunk, hogy ez a szerep jóval korlátozottabb annál, mint amelyet Beatty tulajdonít a doktrínának. A racionális és strukturált bírói érvelés lehetőségének elfogadása hatással lehet a vita kimenetelére, ha feltesszük, hogy a politikai autoritás megosztása során számításba kell vennünk, hogy melyik politikai intézmény tűnik a legalkalmasabbnak a

helyes döntés megközelítésére. Az a kérdés azonban, hogy a bíróságok miként kezeljék az alapvető morális dilemmákat, nem azonosítható azzal a jóval általánosabb kérdéssel, hogy kinek kell végső autoritást biztosítanunk ezeknek a dilemmáknak a megoldása során. Ez a zavar eredményezi azt is, hogy Beatty az alkotmányértelmezés egyes elméleteit is úgy ábrázolja, mintha azok a bírói felülvizsgálat teljes elméleteiként szolgálnának. Így többek között az alkotmányozók eredeti szándékának feltárására épülő originalista, vagy a morális szövegolvasásra alapozott értelmezésemélet az alkotmánybíráskodás procedurális megközelítésével kerül azonos igazolási szintre.<sup>358</sup> Ezzel pedig az a legnagyobb probléma, hogy az alkotmányértelmezésre vonatkozó normatív megfontolások nem alkalmasak a politikaelmélet kérdéseinek megválaszolására. Ezt a fogalmi zűrzavart pedig tovább fokozza, hogy Beatty néhol az arányosságra is úgy hivatkozik, mint az alkotmányértelmezés egyik rivális felfogására, holott az arányosság csak egy érvelési és nem egy értelmezési struktúra, így önmagában semmit sem mond arról, hogy miként kell feltárni az ütköző alkotmányos igények mögött meghúzódó elvek tartalmát.

Az előbbieket alapján azt kell mondanunk, hogy Beatty megközelítése, amely az arányosságot az alkotmánybíráskodás igazolásának teljes elméleteként tünteti fel, könnyen sebezhetőnek bizonyul. Ennek ellenére a teória egyik központi tézisének meg kell őriznünk és komolyan kell vennünk, ha valóban az alkotmánybíráskodás legitimitása mellett kívánunk érvelni. Ez a tézis pedig a következő: az arányossági vizsgálat az alapjogi érvelés olyan módszerét jelöli, amely racionalitást kölcsönöz a bírói döntéshozatalnak. Ha ugyanis igazolni tudjuk, hogy a bírák képesek átgondolt és megalapozott ítéleteket hozni a politikai közösség legfontosabb morális elveinek tartalmáról, akkor egy fontos érvet helyeztünk az asztalra az alkotmányos felülvizsgálat bírói formájának támogatása érdekében. Ez a racionalitás azonban máshol keresendő, mint ahol Beatty fellelhetőnek véli. A bírói érvelés ugyanis nem azért bizonyul meghatározottnak, mert empirikusan ellenőrizhető tényekre vonatkozik, a tények ugyanis önmagukban semmit sem mondanak az alapjogi igények tartalmáról. A racionalitás elsősorban az érvelés ellenőrizhetőségében ölt testet.

---

<sup>358</sup> *I.m.* 1-35.

## 12. Következtetések

Az alkotmányjog a mérlegelés korszakába lépett. A korszak értékelésének legfőbb mércéje, hogy meddig jutottunk és hol állunk a hatékony alapjogvédelem biztosítása terén. Amennyiben a mérlegelés szerepéről kívánunk mondani valamit, elsősorban arra kell rákérdeznünk, hogy mit köszönhetünk ennek a struktúrának, azaz mennyiben tudott hozzájárulni a bírói érvelés itt vizsgált formája az igazolható döntésekhez. A kérdés, amelyre kerestem a választ, elsősorban arra irányult, hogy lehet-e és indokolt-e annyira ünnepelni ezt a struktúrát, ahogy azt például Alexy és Beatty teszi. Valóban képes az arányossági teszt a bírói döntéshozatal racionalizálására?

A dolgozat végére annak megállapításáig jutottam el, hogy nincs okunk fenntartani az arányossági vizsgálat és a mérlegelés közötti fogalmi megkülönböztetést. Mindkét kifejezés azt az analitikai struktúrát jelöli, amelyet az alkotmányos felülvizsgálat jogával felruházott bíróságok az alapjogi igények megítélése során alkalmaznak. A két érvelési szerkezet ugyanis hasonló elemeket tartalmaz. Emellett azt is beláttam, hogy az arányossági tesztre épülő bírói érvelésnek számos előnye van. Többek között fokozza a bírói döntések transzparenciáját, mert az érintett érdekek szisztematikus átgondolását teszi lehetővé. Ha pedig a releváns megfontolások kifejtésére egy formalizált érvelési keretben kerül sor, megnyílik a lehetőség a kritika és a reflexió előtt is. Az arányosság további előnye, hogy kiszélesíti azokat a dimenziókat, amelyek relevánsnak mutatkoznak az alapjogi igény megítélése során, és így egy igen alapos és nyitott érvelést tesz lehetővé.<sup>359</sup>

Végezetül arra a kérdésre kerestem a választ, hogy az arányosság előnyei mennyire abszolutizálhatóak. Tényleg kalkulálhatóvá teszi a döntést, ha szorosán követjük azokat az érvelési lépéseket, amelyeket Alexy ajánl? Nyilvánvaló, hogy Alexyt a saját jogi kultúrájában uralkodó formalista jogfelfogás kényszerítette arra, hogy a mérlegeléshez mint újszerű érvelési struktúrához a formalizmus felől közelítsen. Mivel a hagyományos szubszumpciós érvelés leírására is e formalista nyelvi közegben került sor, Alexy némiképpen megalapozottan érezhette úgy, hogy minden alternatív érvelésméletnek hasonló elvárásoknak kell megfelelnie.<sup>360</sup> Mégis arra kell következtetnünk, hogy a mérlegelési folyamat racionalizálása érdekében kimunkált tesztek – köztük elsősorban

---

<sup>359</sup> Lásd JACKSON, Vicki C., *Being Proportional About Proportionality*, Constitutional Commentary, 2004, 829-834.

<sup>360</sup> Lásd BOMHOFF [2010] *i.m.* 122.

az arányossági teszt – hiába adnak formalizált struktúrát az érvelési eljárásnak, csak kevésbé alkalmasak arra, hogy vezessék a bírót a tartalmilag helyes döntés meghozatalában.<sup>361</sup> A helyes döntés nem következik kényszerítő erővel az arányossági teszt alkalmazásából. A jogviták során ugyanis számolnunk kell azzal a ténnyel, hogy döntésről van szó. A döntések pedig nem kalkulálhatóak, mert mindig tartalmaznak olyan mozzanatot, amely választás eredményeképpen áll elő. Az a tény persze, hogy a jogi döntések egzakt módon nem megalapozhatóak, még nem jelenti azt, hogy egyben irracionálisak is. Egy ítélet vitathatóságából tévedés lenne arra a következtetésre jutni, hogy a döntés önkényes. Olyan helyzetekben is képesek vagyunk ellenőrizhető és számonkérhető döntésre jutni, amikor értékek közötti választásra kényszerülünk.<sup>362</sup> A mérlegelés során a morális kérdés nehézségével szembesülő bíróságok felelőssége abban áll, hogy rámutassanak arra, mi következik a közösségi cselekvés és az intézményes gyakorlatok elveiből a vizsgált eset eldöntésére nézve. A bíróságoknak azt a megoldást kell kitüntetniük, amelyik a leginkább összhangba hozható azokkal az értékekkel, amelyek a sikeres közösségi működés feltételeit jelentik. Az arányossági struktúra jelentősége abban áll, hogy segít ellenőrizni, vajon a bíróságok komolyan vették-e a morális választással együtt járó felelősséget. Ezért is gondolom azt, hogy nem szabad alábecsülnünk azokat az erőfeszítéseket, amelyek a bírói jogalkalmazást racionalizáló elméleti vezérfonalak lefektetésére irányulnak. Az érvelési szerkezetek követése jó eséllyel segíti elő az átgondolt ítéleteket.

---

<sup>361</sup> Lásd WEBBER, Grégoire C.N., *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 2010/1, 181.

<sup>362</sup> Azt látjuk, hogy azok a sajátosságok, amelyek Szabó Miklós elmélete szerint a jogi döntéshozatal általánosságban jellemzik, hangsúlyozottan érvényesek az alkotmánybíróságok előtt felmerülő döntési szituációkra. Az alapjogi döntések racionalitása ugyanis elsősorban azok ellenőrizhetőségében áll. (Lásd erről SZABÓ Miklós, *Ars Iuris: a jogdogmatika alapjai*, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2005, 127-131.)

## Összegzés

Az értekezésben a jogi érvelés és az intézményes kérdés összekapcsolására törekedtem. Az az intézményi pozíció ugyanis, amelyben a jogi érvelésre sor kerül, az érvelés sajátosságaira is hatást gyakorol.<sup>363</sup> Ez a kölcsönhatás világosan kirajzolódik, ha az alkotmánybíróságok tevékenységére tekintünk. Az alkotmánybírósági döntések a politikai közösség legalapvetőbb erkölcsi elveit érintik. Az alkotmányos felülvizsgálat tétje annak a kérdésnek a megválaszolása, hogy a már kialakult szabályok és intézmények a releváns közösség fundamentális értékeivel összhangban működnek-e. Ez a szerep elkerülhetetlenül a politika területére vezeti az alkotmánybíróságokat. Az intézmény működéséhez kapcsolódó sajátos döntéshozatali szituáció ezért egy olyan érvelési struktúrát követel, amely lehetővé teszi az erkölcsi kérdések megfelelő kezelését, ugyanakkor biztosítja azt az ellenőrizhetőséget, amelyet a jogi érveléstől általánosságban elvárhatunk. Az alkotmánybíróságok gyakorlatában elterjedt arányossági vizsgálat arra mutat rá, hogy miként lehet összekötni a jogászi racionalitást és a politikai-morális dimenziókat érintő bírói érvelést. Az arányosságot ezért érdemes egy olyan analitikai eszközként értelmeznünk, amely az alkotmánybírósági gyakorlat politikai jellegének mérséklésére szolgál. A mérlegelési struktúra lényege, hogy fegyelmezett gondolkodásra kényszeríti a bírót; az egyes érvelési lépések követése a döntések őszinte és alapos átgondolását segíti elő. A döntési folyamat átláthatósága pedig a bírói autoritás igazolásához járul hozzá. Mindezek ellenére az alapjogi érvelésen nem kérhetjük számon azt a racionalitást és kiszámíthatóságot, amelyet a jogi érveléstől tipikusan elvárunk, az erkölcsi értékek közötti választás ugyanis nem kalkulálható. Még a szigorú érvelési szerkezet sem képes teljesen kiiktatni a folyamatból az értékelés mozzanatát. Ezért az Alexy által javasolt struktúra sem vezet „nyilvánvaló” eredményre. Az alkotmánybírósági döntések nyitva állnak a kritikai reflexió számára, de ezt a vitathatóságot nem értékelhetjük a gyakorlat hibájaként. Erkölcsi elveink tartalma ugyanis folyamatosan változik, így a már rögzített értékrend is állandó felülvizsgálatot igényel.

---

<sup>363</sup> Ezt a komplex megközelítésmódot javasolja Bódig Máttyás azok számára, akik érvelésméleti kérdésekkel foglalkoznak. Lásd BÓDIG Máttyás, *Rules, Principles, and the Problem of the Limits of Legal Reasoning*. In: BOROWSKI, Martin (ed.), *On the Nature of Legal Principles: Proceedings of the Special Workshop „The Principles Theory” held at the 23th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010, 144.

Mivel a jogi érvelés és az intézményi pozíció kölcsönösen hat egymásra, nemcsak azt kell megfigyelnünk, hogy az intézményi keret hogyan befolyásolja az érvelés karakterét. A jogi érvelés sajátosságai is éppúgy meghatározzák egy intézmény alkotmányos státuszát. A dolgozatban amellett érveltem, hogy igazolható egy olyan politikai szerkezet, amelyben az alkotmánybíróságokat bizzuk meg az alapjogok tartalmára vonatkozó nézeteltéréseink feloldásának feladatával. Ennek az állításnak az alátámasztása érdekében bemutattam, hogy a törvényhozás bírói kontrollja beilleszthető a politikai intézményrendszerbe anélkül, hogy alapvető politikai elveink bármelyikének feladására kényszerülnénk. Sőt, igyekeztem láttatni, hogy indokolt lehet az intézmények együttműködésére építeni a közösségi döntéshozatalt, mert a különböző perspektívák találkozása jó eséllyel mozdítja elő a helyes döntéseket. Mivel az alkotmánybíróságok a politikai deliberáció alternatív fórumát nyitják meg, tevékenységük az intézményes berendezkedés egészének reflexivitását növeli. Döntéseink fokozott ellenőrzése és felülvizsgálata pedig mindenképpen kívánatos az ésszerű pluralizmus körülményei között, amikor a közösség tagjait mély nézeteltérések osztják meg.

Az alapjogi érvelés formalizált struktúrája is ehhez az intézményi reflexivitáshoz járul hozzá, mert transzparenssé és ellenőrizhetővé teszi azt a folyamatot, amelyben a bíróságok a jogkorlátozás mellett és ellen szóló érveket mérlegre teszik. Az arányossági teszt arra ösztönzi a bírákat, hogy a releváns indokok teljes körét vegyék számításba az alkotmányjogi viták megoldása során; azokat az indokokat is, amelyeket a politikai döntéshozatal más fórumai esetleg figyelmen kívül hagytak. Ezek alapján pedig beláthatjuk, hogy az arányossági vizsgálatban megjelenő előnyök az alkotmánybíráskodás igazolása során is bevethetők.

## Irodalomjegyzék

- ACKERMAN, Bruce – MADURO, Miguel, *How to make a European Constitution for the 21st century*, <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/oct/03/european-constitution-21st-century> (letöltés ideje: 2012. október 31.)
- ALEINIKOFF, Alexander, *Constitutional Law in an Age of Balancing*, Yale Law Journal, 1987/5, 943-1005.
- ALEXY, Robert, *The Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- ALEXY, Robert, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, Ratio Juris, 2003/4, 433-449.
- ALEXY, Robert, *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, International Journal of Constitutional Law, 2005/4, 572-581.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2010.
- ALEXY, Robert, *The Construction of Constitutional Rights*, Law & Ethics of Human Rights, 2010/1, 21-32.
- ALLAN, Trevor R. S., *Constitutional Justice: a Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- BARAK, Aharon, *Proportionality and Principled Balancing*, Law and Ethics of Human Rights, 2010/1, 1-16.
- BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, Brooklyn Law Review, 2006/3, 1109-1180.
- BEATTY, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- BELLAMY, Richard, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- BENCZE Mátyás, *A bizonyítékok értékelésének összehasonlító vizsgálata*. In: BADÓ Attila (szerk.), *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika: összehasonlító jogi tanulmányok*, Gondolat, Budapest, 2011.
- BLOCHER, Joseph, *Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis*, New York University Law Review, 2009/2. 375-434.

- BLUTMAN LÁSZLÓ, *Az alapjogi teszt a nyelv fogságában*, Jogtudományi Közlöny, 2012/4., 145-156.
- BÓDIG Mátyás, *Jogelmélet és gyakorlati filozófia. Jogelméleti módszertani vizsgálódások*, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2004.
- BÓDIG Mátyás, *Rules, Principles, and the Problem of the Limits of Legal Reasoning*. In: BOROWSKI, Martin (ed.), *On the Nature of Legal Principles: Proceedings of the Special Workshop „The Principles Theory” held at the 23th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010, 127-144.
- BÓDIG, Mátyás, *Legal Theory and Legal Doctrinal Scholarship*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 2010/2, 483-514.
- BOMHOFF, Jacco, *Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing*, German Law Journal, 2008/2, 121-124.
- BORGMANN, Caitlin E., *Rethinking Judicial Deference to Legislative Fact-Finding*, Indiana Law Journal, 2009/1, 1-56.
- BRAGYOVA András, *Alkotmánybíráskodás és demokrácia*. In: TÓTH Károly (szerk.) *Emlékkönyv Szentpéteri István egyetemi tanár születésének 70. évfordulójára*, József Attila Tudományegyetem ÁJK, Szeged 1996, 135-159.
- CAPPELLETTI, Mauro – COHEN, William, *Az alkotmánybíráskodás története és jelenkori elterjedése*. In: PACZOLAY Péter (szerk.) *Alkotmánybíráskodás, alkotmányértelmezés*, Rejtjel, Budapest, 2003, 41-51.
- CHOUDHRY, Sujit, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1*, Supreme Court Law Review, 2006/2, 501-525.
- COHEN-ELIYA Moshe – PORAT, Iddo, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origin*, elérhető: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1272763](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1272763) (letöltés ideje: 2013. április 15.), 2010, 1-34.
- COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, San Diego Law Review 2009/2, 367-414.
- CROSS, Frank B., *Institutions and Enforcement of Bill of Rights*, Cornell Law Review, 2000/6, 1529-1608.

- DRINÓCZI Tímea, *Constitutional dialogue theories – extension of the concept and examples from Hungary*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2013/1, 87-110.)
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.
- DWORKIN, Ronald, *Az alkotmány morális értelmezése és a többségi elv*, *Fundamentum*, 1997/1, 7-27.
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2002.
- DWORKIN, Ronald, *Darwin új bulldogja*, *Fundamentum*, 2005/4, 52-64.
- DAMASKA, Mirjan, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, *The Yale Law Journal*, 1975/3, 480-544.
- DYEVRE, Arthur, *Unifying the field of comparative judicial politics: towards a general theory of judicial behaviour*, *European Political Science Review*, 2010/2, 297-327.
- EISGRUBER, Christopher L., *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press, Cambridge, 2001.
- ELY, John Hart, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, *Harvard Law Review*, 1975/7, 1482-1508.
- ELY, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.
- FALLON, Richard H., *Implementing the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2001.
- FALLON, Richard H., *The Core of an Uneasy Case For Judicial Review*, *Harvard Law Review*, 2008/7, 1693-1736.
- FRANTZ, Laurent B., *The First Amendment in the Balance*, *Yale Law Journal*, 1962/8, 1424-1450.
- FRIEDMAN, Barry, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, *The Yale Law Journal*, 2002/2, 153-259.
- GARDBAUM, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, *The American Journal of Comparative Law*, 2001/4, 707-760.
- GARDBAUM, Stephen, *Limiting Constitutional Rights*, *UCLA Law Review*, 2007/4, 789-854.
- GARDBAUM, Stephen, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, *Michigan Law Review*, 2008/3, 391-466.

- GARBAUM, Stephen, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, *International Journal of Constitutional Law*, 2010/2, 167-206.
- GÁRDOS-OROSZ Fruzsina: *Alapjogok korlátozása*. In: Jakab András (szerk.), *Az alkotmány kommentárja*, Századvég, Budapest, 2009
- GINSBURG, Tom, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey, *Homogenizing Constitutions*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003/3, 483-506.
- GRIMM, Dieter, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, *University of Toronto Law Journal*, 2007/2, 383-398.
- GYÖRFI Tamás, *Az alkotmánybíráskodás politikai karaktere: értékezés a magyar alkotmánybíróság első tíz évéről*, Indok, Budapest, 2001.
- GYÖRFI Tamás, *Gyakorlati filozófia, liberális morálfilozófia és a jog autonómiája*, *Jogelméleti Szemle*, 2006/1, <http://jesz.ajk.elte.hu/gyorfi25.mht> (letöltés ideje: 2013. június 3.)
- GYÖRFI Tamás, *Pokol Béla és a gyakorlati filozófiai jogelmélet kritikája*, *Jogelméleti Szemle*, 2006/3, <http://jesz.ajk.elte.hu/gyorfi27.html> (letöltés ideje: 2013. június 3.)
- GYÖRFI Tamás, *Harmonia Mundi*, *Buksz. kritikai írások a társadalomtudományok köréből*, 2009/4, 303-313.
- GYÖRFI Tamás, *A többségi döntés tartalmi korlátai és az alkotmánybíráskodás*. In: JAKAB András – KÖRÖSÉNYI András (szerk.), *Alkotmányozás Magyarországon és máshol: politikatudományi és alkotmányjogi megközelítések*, Budapest, MTA TK PTI – Új Mandátum, 2012, 33-57.
- GYÖRFI, Tamás, *In Search of a First-person Plural, Second-best Theory of Constitutional Interpretation*, *German Law Journal*, 2013, 1-23.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996.
- HABERMAS, Jürgen, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1998.
- HALMAI Gábor, *Döntsünk-e Rousseau mellett? Habermas egy más olvasata*, *Politikatudományi Szemle*, 1994/4, 153-158.
- HALMAI Gábor – TÓTH Gábor Attila, *Emberi Jogok*, Osiris, Budapest, 2003.
- HALMAI Gábor, *Összehasonlítás az alkotmányértelmezésben*, *Fundamentum*, 2011/4, 37-57.

- HAYEK, Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1978.
- HAYEK, Friedrich A., *A konstruktivizmus hibái*. In: HORKAY HÖRCHER Ferenc (szerk.), *Hayek és a brit felvilágosodás: tanulmányok a konstruktivista gondolkodás kritikájának eszmetörténeti forrásairól*, Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Budapest, 2002, 70-87.
- HIEBERT, Janet L., *Charter Conflicts: What is Parliament's Role?* McGill-Queen's University Press, Montreal, 2002.
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.
- HOGG, Peter W. – BUSHELL, Allison A., *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)*, Osgoode Hall Law Journal, 1997/1, 75–124.
- HOGG, Peter W. – BUSHELL THORNTON, Allison A. – WRIGHT, Wade K., *Charter dialogue revisited – or „much about metaphors”*. Osgoode Hall Law Journal, 2007/1, 1–65.
- HOLMES, Oliver Wendell, *A jog ösvénye*, Jogelméleti Szemle, 2010/4. <http://jesz.ajk.elte.hu/oliver44.html> (letöltés ideje: 2013. február 25.)
- HUTCHINSON, Allan C., *A 'Hard Core' Case Against Judicial Review*, Harvard Law Review Forum, 2008, 57-64.
- JACKSON, Vicki C., *Being Proportional About Proportionality*, Constitutional Commentary, 2004, 803-859.
- JACKSON, Vicki C., *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on „Proportionality”, Rights and Federalism*, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 1999/3. 583-639.
- KAVANAGH, Aileen, *Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron*, Law and Philosophy, 2003/5, 451-486.
- KAVANAGH, Aileen, *Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication*. In: HUSCROFT, Grant (ed.), *Expounding the Constitution – Essays in Constitutional Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 184-215.
- KELEMEN Katalin, *The Road from Common Law to East-Central Europe: The Case of the Dissenting Opinion*. In: CSERNE Péter – KÖNCZÖL Miklós (ed.) *Legal and Political Theory in the Post-National Age*, Frankfurt, Peter Lang, Frankfurt, 2011, 118-134.

- KELEMEN Katalin, *Van még pálya: a magyar Alkotmánybíróság hatásköreiben bekövetkező változásokról*, *Fundamentum*, 2011/4, 87-96.
- KENNEDY, Duncan, *Toward a Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940*, *Research in Law and Sociology*, 1980/3, 3-24.
- KIS János, *Alkotmányos demokrácia: három tanulmány*, Indok, Budapest, 2000.
- KIS, János, *Az állam semlegessége: újabb nekifutás*, *Fundamentum*, 2011/3, 5-22.
- KOVÁCS Kriszta, *Az Alkotmánybíráskodás lényeges tartalma*, *Alkotmánybírósági Szemle*, 2011/1, 93-99.
- KOMMERS, Donald P., *German Constitutionalism: A Prolegomenon*, *Emory Law Journal*, 1991/3, 837-874.
- KOMMERS, Donald P. – MILLER, A. Russel, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Durham, 2012.
- KRAMER, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004
- KRONMAN, Anthony T., *The Value of Moral Philosophy*, *Harvard Law Review*, 1998/7, 1751-1767.
- KUMM, Mattias: *Political Liberalism and the Structure of Rights*, In: PAVLAKOS, George (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oregon, 2007, 131-166.
- KUMM Mattias, *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, *European Journal of Legal Studies*, 2007/2, 1-32.
- KUMM, Mattias, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, In: DUNOFF, Jeffrey L., TRACHTMAN, Joel P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, New York, 2009, 258-324.
- KUMM, Mattias, *Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review*, In: KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 201-217.
- LAW, Davis S., *Generic Constitutional Law*, *Minnesota Law Review*, 2005/3, 652-742.
- LEVER, Annabelle, *Democracy and Judicial Review: Are They Really Incompatible?* *Perspectives on Politics*, 2009/4, 805-822.

- MCILWAIN, Charles Howard, *Constitutionalism and the Changing World: Collected Papers*, Cambridge University Press, London, 1969.
- MIKLÓSI Zoltán, *A többség és az alkotmány*, Buksz: kritikai írások a társadalomtudományok köréből, 2010/2, 133-137.
- MOORE, Michael S., *Moral Reality Revisited*, Michigan Law Review, 1992/8, 2424-2533.
- MOORE, Michael S., *Law as a Functional Kind*. In: GEORGE P. Robert (ed.), *Natural Law Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, 188-242.
- MOORE, Michael S., *A jog mint funkcionális kategória*. In: BÓDIG Mátyás – GYÖRFI Tamás – SZABÓ Miklós (szerk.), *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái*, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2004, 225-268.
- PACZOLAY Péter, *Alkotmánybíráskodás a politika és jog határán*. In: PACZOLAY Péter (szerk.) *Alkotmánybíráskodás-alkotmányértelmezés*, Rejtjel, Budapest, 2003, 9-31.
- PACZOLAY Péter, *Megváltozott hangsúlyok az Alkotmánybíróság hatásköreiben*, Alkotmánybírósági Szemle, 2012/1, 67-69.
- PAKSY Máté: *Az alkotmányértelmezés művészete Kanadában*, Iustum Aequum Salutare, 2012/1, 71-84.
- PERRY, Michael J., *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts*, Wake Forest Law Review, 2003/2, 635-696.
- PILDES, Richard, H., *The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing*, Review of Constitutional Studies, 2002/ 6, 179-212.
- POKOL Béla, *Empirikus kontra intellektuális demokrácia*, Politikatudományi Szemle, 1994/2, 86-91.
- POSNER, Richard, *Az erkölcs- és jogelmélet kérdései*, Fundamentum 2005/4, 1-50.
- RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993.
- RAWLS, John, *Outline of a Decision Procedure for Ethics*, The Philosophical Review, 1951/2, 177-197.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain: Essays in the morality of law and politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- RAZ, Joseph, *Disagreement in politics*, The American Journal of Jurisprudence, 1998, 25-52.
- RIVERS, Julian, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, Cambridge Law Journal, 2006/1, 174-207.

- ROSANVALLON, Pierre, *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*, Princeton University Press, Princeton, 2011.
- SADURSKI, Wojciech, Rights and Moral Reasoning: An Unstated Assumption – a Comment on Jeremy Waldron’s ‘Judges as Moral Reasoners’, *International Journal of Constitutional Law*, 2009/1, 25-45.
- SAJÓ András, *Az alkotmánybírászkodás a diskurzuselmélet fényében*, *Állam- és Jogtudomány*, 1994/1-2, 11-36.
- SCHARFFS, Brett G., *Adjudication and the Problems of Incommensurability*, *William and Mary Law Review*, 2001/4, 1367-1436.
- SCHAUER, Frederick, *Categories and First Amendment: A Play in Three Acts*, *Vanderbilt Law Review*, 1981/2, 265-308.
- SCHAUER, Frederick, *The Jurisprudence of Reasons*, *Michigan Law Review*, 1987/5-6.
- SCHAUER, Frederick, *A Comment on the Structure of Rights*, *Georgia Law Review*, 1993/2, 415-434.
- SCHAUER, Frederick, *Commensurability and Its Constitutional Consequences*, *Hastings Law Journal*, 1994/4, 785-812.
- SCHAUER, Frederick, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*. In: NOLTE, Georg (ed.) *European and US Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 49-69.
- SCHAUER, Frederick, *The Supreme Court 2005 Term*, *Harvard Law Review*, 2006/1, 1-64.
- SCHAUER Frederick, *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*, *Law and Ethics of Human Rights*, 2010/1, 33-45.
- SCHLINK, Bernhard, *German Constitutional Culture in Transition*, *Cardozo Law Review*, 1993/3-4, 711-736.
- SCHLINK, Bernhard, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2012/2, 291-302.
- SÓLYOM László, *Az alkotmánybírászkodás kezdetei Magyarországon*, Osiris, Budapest, 2001.
- SZABÓ József, *Ki a káoszról, vissza Európába*, Kráter, Budapest, 1993.
- SZABÓ Miklós, *Ars Iuris: a jogdogmatika alapjai*, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2005.
- SUNSTEIN, Cass R. – VERMEULE, Adrian, *Interpretation and Institutions*, *Michigan Law Review*, 2003/4, 885-951.

- SWEET, Alec Stone – MATHEWS, Jud, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, Columbia Journal of Transnational Law, 2008/1, 72-164.
- TASIOULAS, John, *The Legal Relevance of Ethical Objectivity*, The American Journal of Jurisprudence, 2002, 211-254.
- THAYER, James Bradley, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Harvard Law Review, 1893/3, 129-156.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *A demokrácia Amerikában: válogatás*, Gondolat, Budapest, 1983.
- TOMKINS, Adam, *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2005.
- TÓTH Gábor Attila, *Túl a szövegen: Értekezés a magyar alkotmányról*, Osiris, Budapest, 2009.
- TSAKYRAKIS, Stavros, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, International Journal of Constitutional Law, 2009/3, 468-493.
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.
- TUSHNET, Mark, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Worries*, Wake Forest Law Review, 2003/2, 813-838.
- TUSHNET, Mark, *Alternative Forms of Judicial Review*, Michigan Law Review, 2003/8, 2781- 2802.
- WALDRON, Jeremy, *Right-Based Critique of Constitutional Right*, Oxford Journal of Legal Studies, 1993/1, 18-51.
- WALDRON, Jeremy, *Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer*, Hastings Law Journal, 1994/4, 813-824.
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 371-406.
- WALDRON, Jeremy, *Törvényhozás, autoritás és szavazás* In: BÓDIG Mátyás – GYÓRFI Tamás – SZABÓ Miklós (szerk.), *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái*, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2004, 371-406.
- WALDRON, Jeremy, *The Core of the Case Against Judicial Review*, The Yale Law Journal, 2006/6, 1346-1406.
- WALDRON, Jeremy, *Judges as Moral Reasoners*, International Journal of Constitutional Law, 2009/1, 2-24.
- WEBBER, Grégoire C.N., *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 2010/1, 179-202.

ZUCCA, Lorenzo, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford, 200

## Summary

### **Conflicts between constitutional rights in the judicial practice**

The role of constitutional courts in settling disputes involving fundamental rights

The expansion of judicial power and the diffusion of proportionality analysis are considered two major factors in the globalization of constitutional law. In constitutional theory there is an intense academic discussion over these features of global constitutionalism, which, on the one hand, is over the legitimacy of judicial review and on the other, over which is the best judicial practice for managing fundamental rights claims. In the dissertation I sought to provide an overview of these debates and contribute to the scholarly discourse on judicial review and proportionality analysis. I also aimed at establishing a conceptual framework in which issues of institutional design and constitutional balancing can be adequately approached. The point of discussing these two questions in the same essay rested on two assumptions. As the dissertation concerned the issue of constitutional balancing which takes place typically in the practice of constitutional courts, firstly, I found it important to disclose those philosophical arguments that can justify the authority of judges to engage in balancing. Secondly, I was interested in the implications of the way judges address conflicts of fundamental rights have for the debate about the legitimacy of judicial review.

The first part of the dissertation deals with the problem of the legitimacy of judicial review. I proceeded mainly from the American constitutional discourse where the practice that courts have the ultimate power to settle constitutional dilemmas is under constant debate. I elaborated on my account in the most part by responding to a number of objections currently being raised to judicial review, especially to the way judges handle conflicts of fundamental rights. I put forward my arguments by opposing the main tenets of Jeremy Waldron's theory of democracy. I illustrated why the implications of a procedural conception of democracy prove to be implausible both at a justificatory and institutional level.

My account of judicial review has rested on two kinds of arguments: procedural and instrumentalist. Procedural arguments reveal what kind of procedure needs to be established for handling moral disagreement in light of our basic political principles. Instrumentalist arguments, by contrast, privilege the political institution which is better

positioned to deliver sound decisions. I sought to demonstrate that both arguments cut in the same direction and underpin the premise that courts should be vested with the ultimate power to interpret the constitution. Procedural arguments evince that judicial decision-making can realize political equality to a greater extent than the legislative procedure. While legislative process based on the majority rule simply aggregates the votes of the citizens, judicial reasoning is particularly sensitive to the justifiability of preferences of individuals and to the distribution of the burdens of political decisions among citizens. As a result, constitutional courts seem to be more apt than legislatures to respect the equal moral status of the citizens. In the context of the instrumentalist justification of judicial review the idea of public justification had a crucial role. According to this idea the legitimacy of political decisions can be ensured only if they are based on reasons that can be publicly justified in each individual's system of beliefs. I claimed in the essay that the structural features of judicial reasoning make courts more likely than legislatures to provide rational argumentation in accord with the requirement of public justification. Furthermore, judicial review can contribute to the overall reflexivity of the institutional regime as courts open up a distinctive perspective and an alternative forum for discussing constitutional rights issues. In light of these arguments the central thesis of my account is that judicial review is consistent with the idea of democracy and can enhance the realization of values that are at the heart of political legitimacy.

In the second part of the dissertation I turned to the examination of the process of judicial balancing. My aim was to reveal the defining features of constitutional balancing and to explore the consequences the employment of well-structured reasoning processes have for the authority of constitutional courts. In laying out my arguments I challenged Robert Alexy's famous claim that following the steps of proportionality analysis leads to rational outcomes. In order to explore the structure of rights adjudication I first examined the relationship between balancing and proportionality analysis. While balancing is considered a doctrine that originated in American constitutional law, proportionality analysis was linked to the German practice from the beginning. The different historical origins of the two doctrines prompt us to delve into this terminological distinction and ask whether the distinction needs to be upheld or can be eliminated. By analyzing a few judicial decisions I showed that no significant differences can be detected in the analytical tools courts employ to adjudicate on the constitutionality of right-limiting laws. Constitutional rights reasoning has a general

structure regardless of the linguistic constructions, such as balancing, proportionality analysis or categorization, that are used in particular practices to describe the analysis judges carry out.

In the dissertation I also pointed out that effective judicial protection of fundamental rights does not depend on the extent to which a judge is committed to the rigid structure of the proportionality test. This claim was based on the finding that proportionality analysis, in itself, does not dictate sound outcomes. The resolution of conflicts between fundamental rights invites judges to engage in moral reasoning in many cases. Since constitutional reasoning is determined by moral and political considerations, the reasoning of constitutional courts cannot result in the kind of rationality and predictability that Alexy claims. Nevertheless, we should support the proliferation of proportionality analysis as we can experience the great impact this doctrine has on the adjudication of constitutional conflicts. Proportionality analysis makes judicial decision-making a highly transparent process as it exposes how judges arrived at a certain outcome. In addition, the formal structure of balancing compels judges to engage in careful and structured reasoning about fundamental rights and to take into consideration all the relevant interests that are at stake in the debate. I concluded this part with the claim that the advantages proportionality analysis offers can be deployed when we argue in favor of an institutional design within which judges have authority to overrule the acts of the legislators in constitutional cases. We have strong arguments to contend that judicial reasoning on fundamental rights is superior to the legislative model of managing constitutional dilemmas.