

KOVÁCS ÁGNES
adjunktus (DE ÁJK)

EGY ALKOTMÁNYJOGI „SAUL FIA”: AZ ARÁNYOSSÁGI VIZSGÁLAT

1. AZ ARÁNYOSSÁG MINT ALKOTMÁNYJOGI PROPAGANDAESZKÖZ

Megidézve egy széles körben ismert és kedvelt dal címét, megállapítható: az arányossági vizsgálat „körülvesz”.¹ Pózsár-Szentmiklósy Zoltán könyve² olyan világba kalauzolja az olvasót, ahol az alkotmányjogászok mellett a jogtudomány más területeinek képviselői is otthon érezhetik magukat. Az elsősorban arányossági vizsgálatként ismert módszer ugyanis az alapjogokkal összefüggő érvelés paradigmaticus szerkezetét képezi. Dominanciája nemcsak a klasszikus alkotmánybíráskodást végző bíróságok – például a könyvben is hivatkozott kanadai, német vagy magyar fórumok – gyakorlatában érhető tetten; jelen van a legtöbb olyan érvelési szituációban, amikor alkotmányos kérdések forognak kockán. Találkozhatunk vele az alkotmányos felülvizsgálat egyik legújabb bírói formáját megtestesítő brit Legfelső Bíróság gyakorlatában,³ az Európai Unió Bíróságának döntését előkészítő főtanácsnoki indítványban,⁴ de akár a Joint Committee on Human Rights (a továbbiakban JCHR) elnevezésű brit parlamenti bizottság jelentésében is.⁵ Ez utóbbi eset azt is jelzi, hogy az arányossági teszt alkalmazása már nem a bírói fórumok privilégiuma, azaz az alapjogkorlátozás vizsgálata nem kötődik kizárólag a bírói jogértelmezéshez – ahogy azt a szerző egyébként előfeltételezi (20. o.).⁶ Az arányossági vizsgálat szempontjai az alapjogi érvelés egyéb fórumain is felbukkannak, elsősorban persze a bírói alapjogvédelem befolyásának köszönhetően.

Az alkotmánybíráskodás fontosságát hangoztató szövegek politikai értéke és súlya jelentősen megnőtt az elmúlt évek hazai tudományos diskurzusában. Némi túlzással azt is állíthatjuk, hogy komoly bátorságot kíván egy olyan pozíció felvállalása, amely az emberi jogi gondolat és a jogállami eszmék mellett feltétlen elköteleződést tükrözi.⁷ Ez még akkor is így van, ha a szerző igyekezett kerülni a 2010 után bekövetkező alkotmányos változásokat illető szakmai állásfoglalást – ezt a stratégiai döntést támasztja alá a szöveg bevallottan dogmatikai karaktere is (15. o.). De még így, annak explicit kimondása nélkül is célba ér a kötet üzenete, ha van fülünk meghallani azt: modern alkotmányos demokráciákban a bíróságok fontos szerepet játszanak az egyéneket megillető alapvető jogok védelmében. A sze-

repvállalás mértékéről ugyan vitatkozhatunk, arról azonban aligha, hogy a politikai hatalom tevékenységével szembeni korlátok egyik legfontosabb intézményes garanciáját a bíróságok – kiváltképp az alkotmánybíró-ságok – jelentik.

A témaválasztásban a szakmai bátorság is tetten érhető: fokozott felelősséggel jár ugyanis olyan területen vizsgálódni, amely vitathatatlanul az alkotmányjogi „mainstream” részét képezi, és ahol sokan érzik kompetens megszólalónak magukat. Igazi tétje az ilyen vállalkozásoknak van, és Pózsár-Szentmiklósy könyve elbírja ezt a tétet, képes új impulzusokat adni az alapjogi érvelést övező hazai vitáknak. (Sajnálatos ugyanakkor, hogy a jelenlegi Alkotmánybíró-ság tevékenysége éppen az ilyen impulzusok ellenében hat, hiszen az elmúlt években alig-alig találkoztunk érdemi arányossági vizsgálattal a hazai esetjogban.⁸)

A szerző az arányossági vizsgálat olyan felfogását képviseli, amely – Grégoire C. N. Webber kifejezését használva – az alkotmányjogi diskurzus leginkább bevett megközelítését (received approach) képezi.⁹ Ez a megközelítés az alapjogi tesztnek négy, analitikailag elválasztható lépését különbözteti meg, amelyet a könyv szerkezeti felépítése is szemléltet. A teszt lépései – a könyv fogalmi készletére támaszkodva – a következők: a jogalkotói célkitűzések vizsgálata (39–76. o.), az összefüggések vizsgálata (77–92. o.), a jogkorlátozási eszközök vizsgálata (93–135. o.), végül pedig az arányosság vizsgálata (137–206. o.). A teszt elemeinek részletes (kritikai) elemzése rendkívül értékes célhoz kapcsolódik: a szerző az „igazolás kultúrájának” (culture of justification) hazai megszilárdításához kíván hozzájárulni. Az „igazolás kultúrája” a nemzetközi alkotmányjogi irodalom elmúlt időszakának egyik legtöbbet idézett kifejezése, Pózsár-Szentmiklósy pedig az elsők között emeli be a fogalmat a magyar tudományos beszédbe. Az „igazolás kultúrája” egy ideális politikai közösség képét tárja elénk, amelyben a közhatalom-gyakorlás egyik alapvető követelménye, hogy az állam valamilyen cselekvését olyan indokokkal támassza alá, amelyek mindenki számára igazoltak (nyilvános igazolás) – ez az igazolási kötelezettség pedig különösen fontos a közösség olyan tagjaira tekintettel, akik a döntés ellen szavazva kisebbségben maradtak.

A fogalom kifejezetten kötődik az alkotmányos felülvizsgálat bírói intézményéhez, mivel elsősorban arra utal, hogy milyen szerepet töltenek be az alkotmánybíróságok a közhatalmi döntések alakításában, ez a szerep pedig leginkább az arányossági vizsgálat alkalmazásában ölt testet. Az arányossági vizsgálat éppen ezért az „igazolás kultúrájának” egyik meghatározó eleme.¹⁰ A könyv ehhez a fontos jogállami programhoz csatlakozik, mégpedig egy olyan értelmezést kínálva, amelyben a kormányzati intézkedések, az arányossági teszt szigorú mércéiből következően fokozott igazolási kötelezettségnek vannak kitéve, jelentős részben az alkotmánybírászkodás intézményének köszönhetően.

Ebben a fogalmi keretben a 2010 utáni magyar gyakorlat „elhallgatása” – összesen három döntésre hivatkozik a szerző ebből az időszakból – is kedvezőbb olvasatot kaphat. A szerző talán éppen azért mellőzi a legfrissebb alkotmánybírósági esetjog feldolgozását, mert úgy véli, hogy ez a korszak nehezen értelmezhető az „igazolás kultúrája” által kijelölt fogalmi keretben. A könyv tehát olyan kísérletként is olvasható, amely ennek a jogállami beszédmódnak a visszacsempészésére irányul.

A szerző célkitűzésével és legfontosabb megállapításaival – az arányossági teszt funkcióját, szerkezeti felépítését, legfontosabb értékeit illetően – maradéktalanul egyetért. Mivel a könyv a korábbi ismertetéseknek, szakmai értékeléseknek köszönhetően mára a hazai alkotmányjogi diskurzus részévé vált, nem tartom szükségesnek a szöveg felépítésének és legfőbb téziseinek bemutatását.¹¹ Jelen hozzászólásban olyan szempontokra koncentrálok, amelyek – figyelemmel az alkotmányelmélet és az alkotmányos gyakorlat legújabb fejleményeire – a hazai szakmai álláspontok finomítását, kiegészítését ösztönözhetik.

2. A DOGMATIKAI SZEMPONTÚ MEGKÖZELÍTÉSEK KORLÁTAI

AA szöveg kizárólagos dogmatikai célkitűzései azt a szakmai perspektívát tükrözik, amely szerint a normatív érvelésméletek sikere függetleníthető attól az intézményes szerkezettől, amelyben az alapjogi érvelésre sor kerül. A két kérdés analitikai elválasztásának lehetőségére maga a szöveg is utal, amikor a szerző a *Bevezetésben* kifejezetten rögzíti, hogy „a kötet [...] nem tér ki [...] az alapjogvédelem intézményrendszerére” (15. o.). Ezt a perspektívát azonban az elmúlt időszakban számos komolyan vehető kritika érte. Gondoljunk csak Cass R. Sunstein és Adrian Vermeule tanulmányára, amely a jogértelmezés kortárs elméletein az értelmezést végző intézmények teljesítményével összefüggő empirikus megfontolások hiányát számon kérve elsők között javasolta az „intézményi fordulat” (institutional turn) végrehajtását.¹² Az előbbi szerzők szerint az alkotmányelméletben éppen az alkotmánybírászkodás jelenti azt a vizsgálódási területet, ahol jól tapintható az intézményi kérdések iránti érzékenység hiánya. Álláspontjuk szerint a bírói felülvizsgálat intenzitásának kérdésében aligha hozhatunk megalapozott döntést, ha figyelmen kívül hagyjuk, hogy milyen intéz-

ményi környezetben, milyen korlátok között – így például a bírósági döntések idődimenziójára, az információkhoz való hozzáférésre, vagy éppen a bírák kognitív képességeire is utalva – kerül sor az alkotmányértelmezésre.¹³ Gyórfi Tamás egyik legutóbbi előadásában szintén az empirikus megfontolások fokozott jelentőségét hangsúlyozta az alkotmánybírászkodás igazolásával összefüggésben.¹⁴ Az alkotmányelméleti kérdésekre, így például az ideális intézményi szerkezet kialakítására és a döntéshozatali hatáskörök optimális megosztására ugyanis csak akkor tudunk szofisztikált választ kínálni, ha olyan adatokkal és információval is rendelkezünk, amelyek a politikai intézmények tényleges teljesítményéről adnak számot. (Például arról, hogy milyen diszfunkciók jellemzik az érintett intézmények működését, vagy milyen indokok és megfontolások mentén szavaznak a vizsgált döntéshozók.) Az alkotmányos valóságra vonatkozó megállapítások súlyát mi magunk is könnyen beláthatjuk. Éppen az ilyen, a magyar Alkotmánybíróság tevékenységét érintő empirikus irányultságú kutatások nyomán tűnhet talán az alkotmánybírászkodás ma kevésbé vonzó intézménynek, mint korábban.¹⁵

Gyórfi Tamás – Sunstein és Vermeule téziseinek kiegészítéseként – továbbá azt is világossá tette, hogy az alkotmány értelmezésével és az alkotmányjogi érveléssel összefüggő viták a már hivatkozott empirikus érvelés túl az alkotmányos demokráciákat megalapozó politikai filozófiai megfontolásokat, valamint e politikai elveknek az intézményrendszert érintő következményeit sem mellőzhetik.¹⁶ Az alkotmánybírászkodás intézményének létrehozása és alkotmányi szintű rögzítése önmagában még nem dönti el az alkotmányjogi érvelés legjobb módszerére vonatkozó kérdést. A döntéshozói autoritás ideális megosztását érintő dilemma nemcsak a politikai intézményrendszer kialakítása során releváns kérdés, hanem a bírák maguk is mozgósíthatják a politikai legitimitást vagy az intézményi kompetenciákat érintő érveket akkor, amikor alapjogi vitákat döntenek el.¹⁷ Ebből következik, hogy az arányossági vizsgálat intézményesítése sem implikálja magától értetődően egy robusztus bírói felülvizsgálat működését. A bírói kontroll intenzitásának kérdése ugyanis nem korlátozható tisztán dogmatikai megfontolásokra. Bár az előbbi szempontok jelentősége – például a vizsgálati mérce elemeinek és azok egymáshoz való viszonyának tisztázása, amelyre végső soron Pozsár-Szentmiklósy szövege is törekszik – aligha tagadható, a vizsgálati mérce alakításában további normatív és empirikus indokok is kiemelt szerepet játszanak.¹⁸

Pozsár-Szentmiklósy könyvének legnagyobb hiányossága, hogy nem ad számot az előbbieken jelzett argumentumokról, pedig mind a politikai elvek, mind az empirikus szempontok befolyásolják az arányossági vizsgálat egyes szakaszainak alkalmazását. Az persze az olvasó számára világosan kitűnik, hogy a könyvben bemutatott normatív érvelésmélet mögött a bírói szupremácia elvére épülő, és egy erős bírói felülvizsgálatot implikáló alkotmányos modell húzódik meg. Pozsár-Szentmiklósy szerint ugyanis „[h]atásköri típusú követelmény, hogy az alapjogot korlátozó norma alkal-

mazásának megengedhetőségéről bírói fórum mondja ki a *végső szót*” (24. o.). Ronald Dworkin jól ismert fordulatát kölcsönözve azt mondhatjuk tehát, hogy a bírói szupremácia elve a szöveg „láthatatlan előszavát” (silent prologue) képezi.¹⁹ Ezzel az előfeltevéssel a szerző persze koránt sincs egyedül a magyar alkotmányjogi irodalomban.²⁰ A gondolat vonzereje azonban nem helyettesítheti a mellette szóló érveket, különösen azért nem, mert a bírói szupremácia elvét igen kifinomult kritikák érték az elmúlt időszakban.

Pozsár-Szentmiklósy könyvéből tehát egy ambiciózus bíró képe rajzolódik ki, tekintettel arra, hogy a szerző szerint az alapjogi teszt valamennyi lépésének – így a legitim jogalkotói célkitűzés vizsgálatának, a cél és az eszköz közötti kapcsolat feltárásának, továbbá az eszköz értékelésének és a szűk értelemben vett arányossági szakasz lefolytatásának – autonóm bírói jogértelmezésen kell nyugodnia. Ez a belátás pedig implicit módon feltételezi, hogy a hatékony alapjogvédelem elsősorban és döntően a bíróságok tevékenységének eredménye. Az alapjogvédelem hatékonyságának követelménye azonban csak az észszerű nézetkülönbségekre tekintettel értelmezhető. Az egymásnak feszülő álláspontok pedig számos alapjogi vita esetében – így olyan, napjainkban sokat tárgyalt kérdésekben, mint a fogvatartottak választójoga, az orvosi segítséggel végrehajtott öngyilkosság vagy a gyűlöletbeszéd – az észszerű nézetkülönbségeken belül foglalnak helyet, éppen ezért vitatható, hogy melyik politikai intézmény értelmezése bizonyul helyesebbnek az alapjogokat illetően.

Ezt a belátást tükrözi Stephen Gardbaum megközelítése is, aki szerint az arányossági típusú teszt legfontosabb erénye, hogy még egy erős alkotmánybíráskodásra épülő intézményi berendezkedés esetében is képes megfelelő mozgásteret biztosítani a politikai döntéshozatal (törvényhozás) számára az alkotmány absztrakt rendelkezéseinek meghatározása során. Azaz az alkotmányos hatáskörök szintjén hiába bizonyulnak a bíróságok az alkotmányértelmezés végső letéteményesének, az arányossági tesztbe beépített jogalkotói diszkréció lehetősége – amely többek között a rivális szabályozási megoldások közötti választásban nyilvánul meg – ellensúlyozza a bíróságok végső jogértelmező hatalmát.²¹ Az arányosság ebben az értelmezésben tehát az alapjogi érvelés olyan formáját jelenti, amely a politikai rendszer egészének demokratikus karakterét, Gardbaum fogalmi eszköztárát mozgósítva a „demokrácia kultúráját” erősíti.²² Ez a megközelítés is alátámasztja azt a korábban tett megállapítást, amely szerint az alkotmányos felülvizsgálat bírói formájának intézményesítése, valamint a bíróságoknak a jogszabályok érvénytelenítésének jogkörével való felruházása önmagában még nem dönti el a politikai autoritás ideális megosztására vonatkozó vitát, és ezzel együtt a bírói felülvizsgálat intenzitására vonatkozó normatív kérdést sem.²³ Gardbaum például csak egy kevésbé intenzív (deferential) bírói felülvizsgálatot tart összeegyeztethetőnek a demokrácia legalapvetőbb értékeivel. Az erős bírósági kontrollal szemben felhozható további indok, hogy az arányossági teszt alkalmazása elsősorban tények és policy-megfontolások értékelését

követeli meg, amely szempontok önálló mérlegelésére a bíróságok kevésbé alkalmasak, ezért az autonóm bírói jogértelmezés ezeken a területeken alappal kifogásolható. Gardbaum tehát amellett érvel, hogy az alkotmánybíráskodás hatáskörét gyakorló bírói fórumoknak nem arra kell rákérdeznük, hogy egyetértenek-e a jogalkotó által választott szabályozással, hanem arra, hogy az alapjogkorlátozó állami intézkedés észszerű-e.²⁴ Ezt a felfogást tükrözi például a kanadai Legfelső Bíróság döntése a Whatcott ügyben²⁵, amelyben a testület a véleménynyilvánítási szabadság (és egyben a vallásszabadság) arányos korlátozásának tekintette Saskatchewan tartomány Human Rights Code-jának azt a rendelkezését, amely tiltotta a gyűlöletkeltő képi és szöveges tartalmak nyilvános megjelenítését. A döntés szerint jogszerűen kötelezték kompenzáció megfizetésére William Whatcott aktivistát a melegeket sértő szórólapok terjesztése miatt. Azok, akik a döntés tartalmával nem értenek egyet, érvelhetnének azzal, hogy a bíróság elmulasztott megfelelő szintű jogvédelmet nyújtani. Ezzel szemben nem kétséges, hogy a bíróság a szólásszabadság határait illetően egy értelmesen képviselhető álláspontot fogadott el, amikor fenntartotta a tartományi törvényhozó megoldását az ilyen jellegű vélemények tilalmát illetően. Maga a bíróság is azzal érvelt a szabályozás szükségességét vizsgáló lépés – amely lépés a kanadai gyakorlatban a „minimal impairment” elnevezést viseli – lezárásaként, hogy a szóban forgó tilalom az észszerűen elfogadható alternatívák egyike, amennyiben csak az észszerűen szükséges mértékben korlátozza a szabad szólást.

3. AZ ARÁNYOSSÁGI TESZT DOGMATIKÁJÁNAK ACHILLES-SARKA(I)

Gardbaum megközelítése tehát az arányossági teszt egyik lehetséges értelmezését közvetíti, és erősen támaszkodik az alkotmányjogi érvelés mögött meghúzódó politikai filozófiai megfontolásokra. Pozsár-Szentmiklósy ezzel szemben inkább dogmatikai érveket mozgósít, amikor az arányossági vizsgálat egy ideális felfogását körvonalazza. Az előbbieken a dogmatikai megközelítés korlátaira próbáltam rávilágítani. A következőkben arra kívánok rámutatni, hogy milyen alapvető kihívások érhetik a könyvben felsorakoztatott dogmatikai érveket. A kritikai megjegyzések azokat a szempontokat célozzák, amelyeket az alapjogi teszt robusztus felfogásának támogatói előszeretettel hangsúlyoznak akkor, amikor a tesztet a bírói érvelés ideális eszközeként kívánják láttatni. E kritikák nem végzetesek az arányossági vizsgálat mellett előadott argumentumokra nézve, de azok újragondolását, csiszolását ösztönözhetik.

3.1. A JOGI ÉRTÉKELÉS LEHETŐSÉGE

Pozsár-Szentmiklósy szerint az alapjogi teszt harmadik szakaszában, tehát a jogkorlátozás eszközének értékelésekor a bíróságok kizárólag a jogi értékelés keretein belül maradó szempontokat mérlegelhetik (102. o.). Ez az állítás nem problémamentes, a jogi és nem jogi

megfontolások fogalmi elválasztása ugyanis aligha tartható egy olyan vizsgálat keretei között, ahol komoly politikai és erkölcsi dimenziókkal rendelkező döntések értékelésére és különböző politikai alternatívák közötti választásra kerül sor. A szerző nincs egyedül abban az igyekezetében, hogy az arányossági teszt olyan megközelítést adjon, amellyel lehetőség nyílik az alapjogokkal összefüggő bírói érvelés morális karakterének tompítására. Az arányossági teszt egyik legfontosabb funkciója kétségtelenül az, hogy képes egyfajta jogászai racionalitást kölcsönözni az alapjogi érvelésnek, gyakori félreértések forrása azonban, hogy miként tudjuk megragadni ezt a sajátos racionalitást. A könyvben hivatkozott külföldi szerzők között többet is találunk, akiknek a megközelítését érdemes kritikusan szemlélünk, mert olyan jellemzőket rendelnek az arányossági teszthez, amelyek a teszt vitathatatlan előnyei ellenére aligha tulajdoníthatók ennek az érvelési módszernek. Robert Alexy például matematikai képlet segítségével kívánja ábrázolni a mérlegelési folyamatot, azaz az arányossági teszt utolsó lépését, amely Pozsár-Szentmiklósy szerint a teszt legvitatottabb, legbonyolultabb elemét képezi (137. o.). Alexy vélhetően a morális érvelés ellensúlyozására veti be a matematika eszköztárát, amelynek alkalmazásával – nézete szerint – olyan kedvező kijelentések tehetők az alkotmányjogi érvelésről, minthogy az nyilvánvaló (obvious) eredményre vezet.²⁶ David M. Beatty az arányossági tesztet olyan semleges eszközhöz tekinti, amely egyértelmű és objektív mércét kínál a legitim és illegitim állami aktusok megkülönböztetéséhez, amennyiben a morális kérdéseket pusztán ténykérdésekké transzformálva a mérlegelés eredményét empirikusan ellenőrizhetővé teszi.²⁷ A szöveg által több helyen is idézett Janneke Gerards pedig az Emberi Jogok Európai Bíróságának (a továbbiakban EJEB) gyakorlatában homályos „szükségességi teszt” helyett éppen azért ajánlja a „legkevésbé korlátozó eszköz” formulájának alkalmazását, mert ez utóbbi elsősorban ténybeli és empirikus vizsgálatokra épül, és ennyiben objektívebb bírói érvelést irányoz elő, mint a versengő érdekek súlyozására épülő mérlegelés, amely Gerards szerint ma is meghatározza a strasbourgi bíróság gyakorlatát.²⁸

Bár Gerards érve az arányossági vizsgálat empirikus irányultságát illetően igencsak vitatható, kifejezetten fontosnak tartom azt az állítását, amelyet a szabályozási eszköz megfelelőségének (a magyar gyakorlat szerinti szükségességének) vizsgálatával összefüggésben fogalmaz meg. Gerards szerint ugyanis a választott eszköz szükségességének vizsgálatára vonatkozó akadémiai megközelítések – magam ezek közé sorolom a Pozsár-Szentmiklósy által artikulált normatív követelményeket is – olyan szempontok értékelését kéri számon az alkotmányos felülvizsgálatot végző bíróságokon, amelyeknek a bírósági kezelése alapvető nehézségekre ütközik. Pozsár-Szentmiklósy elméletében például az alternatív szabályozási eszközök meghatározása és összevetése a jogkorlátozási eszköz bírósági minősítésének egyik kulcsfontosságú kérdése (103. o.). Gerards ezzel szemben a szükségességi elem egyfajta procedurális megközelítése mellett érvel. Ebben az esetben a

bíróságok nem a jogkorlátozás eszközeinek tartalmi minősítésére helyezik a hangsúlyt; a szabályozási alternatívák hatékonyságának értékelését és összemérését illetően ugyanis a bíróságok intézményi pozíciója számos szempontból kedvezőtlenebb, mint a politikai döntéshozóké. A törvényhozás episztemikus autoritása – többek között a döntéshozók létszámára, informáltságára vagy a perspektívák sokszínűségére tekintettel – megalapozottabbnak bizonyulhat, így a parlament a szabályozási alternatívák közötti választás kompetensebb szereplőjének mutatkozhat. Ebből következően a bíróságoknak érdemes lehet a választott jogalkotói megoldást megelőző döntéshozatali folyamat értékelésére szorítkozniuk, amely egyben a törvényhozó feltételezett kompetenciafölényének ellenőrzését is jelentheti. Gerards szerint, amennyiben a politikai döntés átfogó és felelősségteljes vita eredményét tükrözi, a bíróság számára észszerű lehet elfogadni a jogalkotó által választott eszközt minden olyan esetben, amikor a jogalkotó döntése nem nyilvánvalóan önkényes vagy észszerűtlen.²⁹ A Gerards által is támogatott mérce pedig éppen azokat a politikai és empirikus elveket tükrözi, amelyeknek a hiányáról Pozsár-Szentmiklósy megközelítését illetően korábban már szoltam.

Az alapjogkorlátozó állami intézkedések mögött meghúzódó jogalkotási eljárás vizsgálata más kontextusban is hangsúlyos szerephez jut. Aileen Kavanagh a brit gyakorlat alapján jutott arra a megállapításra, hogy a politikai döntések alapjogi vonatkozásait érintő érdemi parlamenti vita fontos deference-növelő faktorként funkcionál, azaz a parlamenti döntéshozatal eredménye nagyfokú tiszteletet érdemel a bíróság részéről, ha a döntés alapos és átgondolt vitában formálódott.³⁰ A „minőségi” politikai döntéshozatal ugyanis fontos szempont a parlament demokratikus legitimitásának és a bíróságokkal szembeni episztemikus fölényének elismerése során.

3.2. A „SZUBJEKTÍV” SZEMPONTOK MINIMALIZÁLÁSA

„A vizsgálati szempontrendszer egyes elemei lépésről lépésre objektív érvekkel alátámasztható válaszokat igényelnek, és csak a vizsgálat legutolsó elemében, a lehetséges kérdések leszűkítése után, a szűk értelemben vett arányosság vizsgálata során kap teret a bírói szubjektum és a *mérlegelés*.” (139. o.) Pozsár-Szentmiklósy szerint tehát megkülönböztethetünk objektív és szubjektív megállapításokat az alapjogi teszten belül, és a teszt egyes lépéseinek szigorú analitikai elválasztása többek között annak tisztázásában is segít, hogy mikor milyen típusú érvek bírósági alkalmazására kerülhet sor (187. o.). Az objektív és szubjektív tényezők elhatárolását több szempontból is problematikusnak látom. A szerző egyfelől nem ad magyarázatot arra, hogy mire alapozza az előbbi distinkció bevezetését. Gondolhatnánk azt, hogy az objektív és a szubjektív szempontok elválasztásával a tények és az erkölcsi állítások státusza közötti különbségre utal – némiképp ezt az olvasatot erősíti a könyv egyik megállapítása, amely szerint „[a] jogalkotói cél és a jogkorlátozás eszköze között fennálló összefüggés értékelésének meghatározó jel-

lemzője, hogy az túlnyomó részben *ténykérdések vizsgálatán* alapul. (83. o.)” Ugyanakkor az előbbi értelmezést cáfolja, hogy a szerző mozgósítja a Jakab András által használt objektív és szubjektív teleologikus értelmezés közötti megkülönböztetést (53. o.), ez azonban a jogértelmezés módszerére, nem pedig a kijelentések státuszára vonatkozik, és semmiképpen sem rendelkezik magyarázó erővel az arányossági vizsgálat egyes szakaszaiban alkalmazott érvek objektív és szubjektív jellegének elhatárolása során. Az objektív jogértelmezés támogatása Pozsár-Szentmiklós részéről egyebekben tovább erősíti azt a ki nem mondott politikai filozófiai előfeltevést, hogy a döntéshozatali autoritás intézményi megosztása szempontjából a jogalkotás intenzív bírói felülvizsgálata igazolt.

Visszatérve az objektív és szubjektív érvek megkülönböztetésének dilemmájához, szintén az első, kiinduló narratíva (tények versus értékek) elvetését implikálja az a gondolat, amely szerint a jogkorlátozási eszköz vizsgálata során – azaz a szükségesség kérdésében – „nem tényvizsgálatról van szó, mint a cél és az eszköz közötti kapcsolat elemzése során, hanem *normatív értékelésről*” (110. o.). Ha ezek után inkább úgy gondolkodnánk, hogy az objektív-szubjektív szembeállítás az értelmező perspektívájára vonatkozik, akkor rákérdezhetnénk a következőkre: egyrészt mi indokolja – vagy mi teszi kényszerítővé – a perspektívaváltást az arányossági szakaszban, másrészt amíg a bíró perspektívája sok esetben objektív természetű, akkor ugyanez a perspektíva miért válik szubjektívvé az utolsó, arányossági szempontú vizsgálati szakaszban. A szerző szerint ugyanis „[a] vizsgálat kimenetelét pedig egy ponton túl [...] *szubjektív bírói érvek* döntenek el.” (204. o.) Ez a megkülönböztetés végül arra is utalhat, hogy az arányossági teszt legtöbb lépésében a bíróhoz képest külsődleges, objektív szempontok dominálnak, amely egyúttal az egész teszt és az arra épülő bírói hatáskör legitimitását is erősíti.

További probléma forrása, hogy ha még el is fogadnánk, hogy a teszt arányossági szakaszában a bíró szubjektív, személyes morális meggyőződése kap teret, akkor azt is el kellene ismernünk, hogy az alkotmányos felülvizsgálat során a bírák az erkölcsi döntőbíró szerepébe kerülnek. Ennek a pozíciónak az igazolása – az elmúlt évek néhány jelentős alkotmányelméleti munkájának köszönhetően – komoly erőfeszítést és jól kidolgozott érvelést igényelne, amellyel a könyvben azonban nem találkozunk.

4. „DEFERENCE” ÉS „MARGIN OF APPRECIATION”

Az arányossági vizsgálat nemzeti és nemzetközi karrierje, valamint a különböző gyakorlatok közötti kölcsönhatás további fontos kérdésre irányítja rá a figyelmet: arra, hogy milyen kapcsolat van a nemzeti alkotmánybíráskodáshoz kötődő „deference” és a nemzetközi emberi jogi bíráskodásban hangsúlyos „margin of appreciation” doktrínák között. A két doktrínát megalapozó elvek között kétségtelenül átfedés mutatkozik. A demokratikus legitimitás szempontjai, illetve az intézmények eljárásának és működésének egyedi adott-

sági ugyanis mind a nemzeti, mind a nemzetközi bírói fórumokat óvatosabb, visszafogottabb felülvizsgálatra ösztönzik. Ez az óvatosság mindenekelőtt abban nyilvánulhat meg a bíróságok részéről, hogy nem nyilvánítják alapjogsértőnek az adott szabályozást pusztán arra hivatkozással, hogy annak tartalmával nem értenek egyet. Azaz a bírák tiszteletet tanúsítanak a politikai döntéshozatal (jogalkotás) eredménye iránt még akkor is, ha az adott alapjog terjedelmét és tartalmát illetően eltérő álláspontot képviselnek. A „deference” és a „margin of appreciation” fogalmak igazoló elvei közötti átfedés azonban még nem feltétlenül indokolja azt, hogy teljesen azonosnak tekintsük e két doktrínát, az alkotmányjogi diskurzusban mégis inkább ez utóbbi értelmezés az uralkodó. Pozsár-Szentmiklós ezzel szemben úgy véli, hogy a két megközelítés hasonló ugyan, de semmiképpen sem esik egybe, mivel a „margin of appreciation” doktrína alkalmazását, elsősorban a strasbourgi bíróság nemzetközi pozíciójából következően, részben eltérő indokok igazolják (233. o.).

Az előbbiekben artikulált és Pozsár-Szentmiklós által is érzékelt probléma különleges súllyal esik latba a brit gyakorlatban, hiszen az 1998-ban elfogadott Human Rights Act az Emberi Jogok Európai Egyezményébe foglalt jogokat ültette át a brit jogba. Felmerül a kérdés, hogy a brit bíróságoknak mennyiben kell igazodniuk a strasbourgi fórum jogértelmezéséhez, azaz ha az EJEB szerint egy vizsgált kormányzati intézkedés nem sért Egyezményben foglalt jogot, mivel „belül van” a tagállamot megillető mérlegelési jogkörön, vajon következik-e ebből kényszerítő erővel a nemzeti bíróságok számára, hogy azt az intézkedést alapjogkonformnak kell minősíteniük. Az Egyesült Királyságban létezik olyan megközelítés, amely a különböző intézményi kontextusból következően szintén a két doktrína elválasztását hangsúlyozza.³¹ Bár a brit kontextus sajátossága ebből a szempontból vitathatatlan, az alkotmányos eszmék globalizálódására, valamint a strasbourgi fórum meghatározó befolyására tekintettel a kérdésfeltevés olyan alkotmányos gyakorlatok esetében is releváns lehet, ahol az alapjogokat az Egyezménytől eltérő struktúrájú és megfogalmazású alkotmány vagy alapjogi dokumentum rögzíti.

A probléma relevanciájának jelzésére álljon itt egy magyar példa. Az Alkotmánybíróság egyik legutóbbi, 3086/2016. (IV. 26.) számú döntésében³² elutasította a levélben történő szavazásra vonatkozó szabályok diszkriminatív jellegét kifogásoló panaszt. A vizsgált szabály a szavazás napján külföldön tartózkodó állampolgárok közül csak azoknak biztosítja a levélben szavazás lehetőségét, akik nem rendelkeznek állandó lakóhellyel Magyarországon. Ebből következően az állandó lakóhellyel rendelkezők csak valamely külképviseleten vagy Magyarországra utazva adhatják le szavazataikat. A többségi döntés alkotmányosnak nyilvánította a törvényhozó megoldását, és mindezt úgy tette, hogy lényegében teljesen átvette a strasbourgi fórum érveit, amelyek jelentős mértékben támaszkodtak a „margin of appreciation” doktrínára.³³ A két bíróság argumentumai közötti tökéletes átfedés egy alapos olvasást követően nyilvánvalóvá válik. Kérdés azonban, hogy a

jogalkotó széles mozgásterére alapozott strasbourg-i érvelés alkalmazható volt-e az Alkotmánybíróság részéről anélkül, hogy a magyar testület szerepfelfogását kritika illethetné. Ez az eset is azt mutatja, hogy fontos lehet a „deference” és a „margin of appreciation” doktrínák közötti viszony tisztázása, mert csak így tudunk megalapozott következtetéseket levonni az igazolható bírói felülvizsgálat normatív követelményeit illetően a nemzeti és a nemzetközi fórumokkal összefüggésben.

5. „AND THE OSCAR GOES TO...”

Az arányossági vizsgálatra vonatkozó szakirodalmi álláspontok aligha vitatják, hogy az arányosság az alapjogokkal összefüggő érvelés általános analitikai keretként szolgál, amely egyre egységesebb formát ölt szerte a világon. Ez a jelenség a globális alkotmányosság korszakában egymáshoz közeledő alkotmányos gyakorlatok következtében nem meglepő. A teszt népszerűségének egyik lehetséges magyarázata, hogy amíg különböző intézményes gyakorlatokhoz egyaránt hozzákapszolható, azaz az alkotmányos demokrácia ideális intézményes formájáról eltérően gondolkodó szerzők is az érvelés legitim eszközének tekinthetik, addig erényei az intézményes gyakorlatok egyedi jellemzőitől függetlenül is felsorakoztathatók. Ezeket az erényeket Pozsár-Szentmiklósy tökéletesen felismeri, és visszatérően hangsúlyozza. A szerző álláspontja, hogy az arányossági vizsgálat, azaz az általános alapjogi teszt egy-

felől szigorú igazolási kötelezettséggel ruházza fel a jogalkotót az alapjogkorlátozó intézkedések vonatkozásában, másfelől fokozza a bírói érvelés ellenőrizhetőségét, transzparenciáját és igazolhatóságát, és ezzel hozzájárul az alkotmánybírásokodás legitimitásának erősítéséhez is. Az előbbi állítások is világosan jelzik, hogy a szerző a hatékony alapjogvédelem követelményét szem előtt tartva gondolkodik a bírói érvelés normatív feltételeiről, és dogmatikai javaslatát is ebből a kiindulópontból tárja elé. Éppen ezért a szöveg rendkívül fontos iránytű, amely kijelöli a hazai alkotmányjogi viták helyes irányát, továbbá tálcán kínálja azokat a külföldi és nemzetközi gyakorlatokat, amelyekkel párbeszédbe lépve – ahogy ezt maga a szerző is teszi – előmozdítható a szövegben is vállalt jogállami, alapjogvédő program.

A Saul fia című film készítőinek vállalkozása hatalmas bátorságot tükröz, hiszen a náci koncentrációs táborok borzalmainak ábrázolására korábban már számos kiváló film kísérletet tett. Hasonló szakmai mérestről tanúskodik az itt bemutatott könyv is, amennyiben egy alaposan körbejárt alkotmányjogi témát dolgoz fel. A Saul fia Oscar-díjat nyert, a győzelemben pedig jelentős szerepet játszott a film nézőpontjának rendkívüli egyedisége. Pozsár-Szentmiklósy könyve azonban – a fent kiemelt erényein túl – azzal, hogy az alkotmányjogi-dogmatikai elemzésre korlátozódik, nélkülözi a megközelítésbeli innovációt. Oscar-díjat tehát aligha, egy jelölést azonban megérdemel.

Jegyzetek

- 1 Az idézett fordulatot a Wet Wet Wet zenekar által feldolgozott és ismertté tett Love Is All Around című dalból kölcsönöztém.
- 2 Pozsár-Szentmiklósy Zoltán: Alapjogok mérlegén. Az általános alapjogi tesztek dogmatikája. HVG-ORAC Kiadó, Budapest 2016.
- 3 Az arányossági teszt alkalmazásának egyik kitűnő példája az SG döntés. Ebben a testület 3-2-es többséggel kimondta, hogy a kereső tevékenységet nem folytató háztartások által igényelhető egyes jóléti juttatások felső összegének rögzítése kétségtelenül hátrányosabban érinti az egyedülálló szülőket, és így a nőket, mint a férfiakat, a kifogásolt szabály által eredményezett megkülönböztetésnek azonban van ésszerű indoka, és ezért nem aránytalan. L. R (on the application of SG and others) v Secretary of State for Work and Pensions [2015] UKSC 16.
- 4 L. Juliane Kokott főtanácsnok indítványát a C-443/15. számú, Dr. David L. Parris kontra Trinity College Dublin ügyben (ECLI:EU:C:2016:493). Az indítvány szerint – többek között – tiltott, szexuális irányultságon alapuló közvetett hátrányos megkülönböztetést eredményez, és ezzel a 2000/78/EK irányelv 2. cikkét sérti a dublini Trinity College foglalkoztatói nyugellátási rendszere. A vizsgált rendelkezés ugyanis csak akkor biztosít bizonyos hozzátartozói nyugellátást az azonos nemű túlélő élettárs számára, ha a bejegyzett élettársi kapcsolat a biztosított munkavállaló 60. életévének betöltése előtt létrejött, erre azonban az érintetteknek az említett korhatár elérését megelőzően nem volt jogi lehetősége. Az indítvány elérhető: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181063&pageIndex=0&doclang=HU&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=294978>
- 5 L. pl. a 2015-ben elfogadott Counter-Terrorism and Security Act előkészítése során előterjesztett jelentést a JCHR részéről. *Legislative Scrutiny: Counter-Terrorism and Security Bill, HL Paper 86/HC 859*
A jelentés elérhető: <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201415/jtselect/jtrights/86/86.pdf>
- 6 A könyv a Zárszóban már említi, hogy „az alapjogi teszt fentiek szerint tisztázott vizsgálati szempontjai – ideális esetben – a jogalkotás előkészítési szakaszában is megfelelő alkotmányos színvonalúként szolgálhatnak.” (253. o.) Ahogy fentebb utaltam rá, erre gyakorlati példát is találunk.
- 7 Az emberi jogok és a jogállamiság gondolatának magyarországi karrierje igencsak kedvezőtlen fordulatot vett az elmúlt időszak tudományos diskurzusában. Ennek egyik legutóbbi megnyilvánulása a 2016. május 6-án, a Nemzeti Köszolgálati Egyetemen megrendezett Emberjogi fundamentáliszmus című konferencia. A jogállamiság leértékelésének kísérlete megjelenik továbbá Varga Zs. András új könyvében is, l. Varga Zs. András: *Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája*. Századvég, Budapest 2015.
- 8 L. erről Kovács Ágnes: *Fényevők? A hazai alkotmányelmélet esete a politikai konstitucionalizmussal*. *Fundamentum*, 2015. 2–3. sz. 19–40. o.
- 9 Grégoire C. N. Webber: *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge University Press, Cambridge – New York 2009, 55–86. o.
- 10 L. Moshe Cohen-Eliya – Iddo Porat: *Proportionality and the Culture of Justification*. *American Journal of Comparative Law* 2011. 2. sz. 481. o.
- 11 A könyvről, valamint a könyv alapját képező doktori dolgozatról már több kritikai elemzés és ismertetés is napvilágot látott. L. Paczolay Péter, Tóth Gábor Attila, Pozsár-Szentmiklósy Zoltán: *Vita az alapjogkorlátozás vizsgálatának módszeréről*. Paczolay Péter és Tóth Gábor Attila opcionensi véleménye Pozsár-Szentmiklósy Zoltán „Az általános alapjogi tesztek dogmatikája” című doktori értekezéséről – a szerző válaszával. *Közjogi Szemle* 2015. 1. sz. 69–76. o., valamint Sulyok Tamás: *Jegyzetek Pozsár-Szentmiklósy Zoltán: Alapjogok mérlegén*. Az általános alapjogi tesztek dogmatikája c. könyvének bemutatójához. *Közjogi Szemle* 2016. 2. sz. 67–69. o.
- 12 Cass R. Sunstein – Adrian Vermeule: *Interpretation and Institutions*. *Michigan Law Review* 2003. 4. sz. 886. o.
- 13 Uo. 938. o.
- 14 L. Györfi Tamás: *Alkotmányelmélet és empirikus társadalomtudományok* című előadását, amely a nép nevében? Az alkotmányos demokrácia lehetséges változatai és valós riválisai című konferencián hangzott el a Közép-Európai Egyetemen, 2016. január 13-án.
- 15 L. pl. Sente Zoltán munkáját, aki a 2010–2014-es parlamenti ciklusban született jogszabályokat érintő normakontroll eljárások segítségével vizsgálta az alkotmánybírák szavazási magatartását, és megállapította, hogy a bírákat szakmai szempontok helyett elsősorban az őket jelölő pártok politikai preferenciái mozgatták saját álláspontjuk kialakítása során. Sente szerint ez a politikai elkölözés ad leginkább plauzibilis

- magyarázatot arra, hogy miért nyilváníthatott a testület számos, az alkotmányos demokrácia és a jogállamiság értékeit nyíltan sértő jogszabályt alkotmányosnak a vizsgált időszakban. Szente Zoltán: Az alkotmánybírák politikai orientációi Magyarországon 2010 és 2014 között. *Politikatudományi Szemle* 2015. 1. sz. 31–57. o.
- 16** Tamás Gyórfi: In Search of a First-Person Plural, Second-Best Theory of Constitutional Interpretation. *German Law Journal* 2013. 8. sz. 1086. o.
- 17** Uo. 1082–1083. o.
- 18** A bírói felülvizsgálat intenzitásáról szóló brit viták egyoldalú dogmatikai irányultságát nemrég Mark Elliott is kifogásolta. L. Mark Elliott: From Bifurcation to Calibration: Twin-Track Deference and the Culture of Justification. In: *The Scope and Intensity of Substantive Review: Traversing Taggart's Review* (eds. Hanna Wilberg – Mark Elliott). Hart Publishing, Oxford 2015. 61–89. o. Úgy vélem azonban, hogy Elliott kissé igazságtalanul bánik a brit közjogtudomány képviselőivel, azok a normatív, alkotmányelméleti szempontok ugyanis, amelyeket számon kér a vita résztvevőin, igencsak reflektáltan köszönnek vissza a brit kutatók munkáiban.
- 19** Ronald Dworkin: *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge, MA 1986. 90. o.
- 20** Egy viszonylag friss példa a bírói szupremácia elvének feltétlen támogatására Kiss László nemrég leköszönt alkotmánybírónak az alábbi érvelése: „az alkotmányos demokráciáknak – nézetem szerint – szükségszerű fogalmi eleme a(z alkotmány)bírói alkotmányértelmezés végső jellege. L. a 2/2016. (II. 8.) AB határozatot, ABK 2016. február 23., 110, 120.
- 21** L. Stephen Gardbaum: Proportionality and Democratic Constitutionalism. In: *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (eds. Grant Huscroft – Bradley W. Miller – Grégoire Webber). Cambridge University Press, New York 2014. 273. o.
- 22** Uo. 271–274. o.
- 23** Stephen Gardbaum: Limiting Constitutional Rights. *UCLA Law Review* 2007. 4. sz. 845–846. o.
- 24** Gardbaum: Proportionality and Democratic Constitutionalism... 274. o.
- 25** Saskatchewan (Human Rights Commission) v. *Whatcott*, 2013 SCC 11
- 26** Robert Alexy: *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press, Oxford 2002. 401–414. o.
- 27** David M. Beatty: *The Ultimate Rule of Law*. Oxford University Press, Oxford 2004. 166–171. o.
- 28** L. Janneke Gerards: How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law* 2013. 2. sz. 481–484. o.
- 29** Uo. 487. o.
- 30** Aileen Kavanagh: Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory. *Oxford Journal of Legal Studies* 2014. 3. sz. 468. o.
- 31** L. például Mark Elliott: *The right to die: deference, dialogue and the division of constitutional authority*. Public Law for Everyone, June 26, 2014, <https://publiclawforeveryone.com/2014/06/26/the-right-to-die-deference-dialogue-and-constitutional-authority/> (2016.08.02.)
- 32** 3086/2016. (IV. 26.) AB határozat, ABK 2016. április 26., 510.
- 33** Az ügyben releváns strasbourgi döntés: *Vámos and others v. Hungary*, Second Section Decision of 17 February 2015, no.48145/14