

TANULMÁNY**Az alapjogi jogalkalmazás és az alapjogvédelem határai¹**

✍ *Majtényi László DSc. egyetemi tanár, Miskolci Egyetem (Miskolc)*

Az alapjogi jogalkalmazást – tekintve, hogy az szűkebb fogalom – meg kell különböztetnünk az alapjogvédelemtől is, és az alapjogokra történő egyszerű hivatkozásoktól. Az alapjogi jogalkalmazás természetes közege az alkotmánybíráskodás és a rendes bíróságok alapjog-érvényesítő gyakorlata, de az alapjogi jogalkalmazás megjelenik az alkotmánybíráskodás és a rendes bíróságotól is. A posztkommunista országokban, tekintve, hogy az alapjogvédelem követelményei, szabályozó elvei a bíróságok számára ismeretlenek voltak, ezeket kívülről kellett bevinni az ítélkezés kultúrájába. Így fordulhatott elő, hogy olyan intézmények, mint az általános és a szakosított ombudsmanok a rendes bíróságok számára is pozitív impulzusokat adhattak az alapjogi jogalkalmazás körében. Ez azonban nem változtat azon, hogy az alapjogi jogalkalmazás természetes közege a bírói szervezet és az alkotmánybíráskodás. Ha a körülmények időnként kedvezőtlenek is, ezen szervek felelőssége az alapjogi jogalkalmazás fenntartása.

I.**Az alapjogi jogalkalmazás auctorai***1. A tárgy különössége*

Meglehetősen elhanyagolt tárgykörrel írok, talán méltatlanul, de nem ok nélkül elhanyagolt tárgyról. Hadd kezdjem egy pesti anekdotával: Állítólag Mátrai László, aki ifjúkori szellemtörténeti meggyőződését² a marxizmusra és ezzel a befolyással, és jó fizetéssel járó szocialista tudománypolitikai állásokra cserélte fel, mondogatta barátainak, megbízható ismerőseinek azt a bon mot-t, hogy számára miért fontosabb pozíció az Egyetemi Könyvtár főigazgatói állása, mint bármely egyetemi katedra: „Tudjátok egy könyvtár a szocializmusban is jobban hasonlít egy igazi könyvtárhoz, mint egy egyetem egy igazi egyetemhez.” Így történt vagy nem, bizonyítani nem lehet, de többektől hallottam. Találom mindenképpen, a bíróságokkal is hasonlóan vagyunk, amíg az állam nem a nyílt önkény hona, de olykor még azután is egy darabig, a garanciák sorával övezett bírói jogalkalmazás tisztább jogi karaktere

és az ettől elválaszthatatlan függetlensége sokáig fennmarad, a jogot felülíró érdekek kevésbé jutnak benne szóhoz, mint az élet egyéb terein, testületi ethosza mintegy burkot von köré. A bíróság olyan feltételekkel rendelkezik, amely feltételek az államban sehol másutt nem rendelkezik egyetlen szerv sem. Ez persze nem jár szükségképpen együtt az általam itt vizsgált tárgy az alapjogi jogalkalmazás minőségével, de egyik legfontosabb feltételét viszont bizonyosan megadja. Mindazonáltal a szervezeti függetlenség az alapjogi jogalkalmazásra csupán az egyik – igaz, szükséges – feltételt biztosítja, de garanciát sem az alapjogi jogalkalmazásra, de még a pártatlanságra sem ad. Ehhez további követelményeket kell társítani, amelyek közül a legfontosabb éppen az alapjogi kultúra megléte. Ami pedig vagy adott, vagy nem. Ha nincs meg, vagy fejletlen, akkor is meghonosítható illetve fejleszthető. A jogállami forradalom – személyes véleményem szerint – mára elbukott kísérlete ebben a tekintetben nálunk azt jelentette, hogy az alapjogi kultúrát, kívülről és felülről kell bevinni a (bírói) jogalkalmazásba.³ Erről szólt az alkotmánybíráskodás meghonosított modellje. Ezen kívül – ez a magyar rendszerváltó paradigma jel-

1 Ez az írás egy hosszabb tanulmány rövidített változata. Köszönet Kis János és Somody Bernadette megjegyzéseikért.

2 A jelenkori esztétika fő irányai (1931); Modern gondolkodás (1938); Élmény és mű (1940, 1973)

3 Ld. erre az egész művet: Sólyom László: Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon, Budapest, Osiris, 2001.

legadó sajátossága volt –, az Alkotmánybíróságon kívül más irányokból is érték pozitív hatások a jogrendszert és a jogalkalmazást. Ez adja szándékom szerint e tanulmány vizsgálódásának különösségét. Tézisem szerint ugyanazt a jelenséget, ha a történelmi valóság terében helyezük el, egyszerre kell beszélnünk az alapjogi jogalkalmazás kultúrája meghonosításának pozitív hatásairól, és a történelmi kényszer által ránk mért kényszermegoldásokról. Egyszerűen szólva: örvendeznünk kell annak, ha bárhol találkozunk az alapjogi jogalkalmazás példáival, de látnunk kell azt is, hogy nem a szerves jogfejlődés jele, ha ez nem ott jelenik meg, ahol természet adta helye lenne, és fájdalmas, ha ott nem látjuk méltó helyén (mindenekelőtt a bírói jogalkalmazásban), ahol pedig helye lenne.

2. Kelet-közép-európai sajátosságok

Ha némi óvatossággal is megfigyeléseinkből az a következtetés vonható le, hogy Európában, de általánosságban is valószínűleg nem egyszerűen magyar, hanem az „új demokráciák” paradigmájával állunk szemben. A bírói függetlenségnek több arca van, a békés átmenet következtében az államjogi kultúra sokáig érezteti hatását az alkotmányjogi kultúra ellenében. Ez az írás a magyar történelmi tematikát vizsgálja, de megjegyzem, hogy általában is a posztkommunista térséggel foglalkozó szakértők figyeltek fel arra, hogy miután a bírók eredetileg felkészületlenek az emberi jogi ítélkezés speciális feladataira, ezt az értéket kívülről kell bevinni a bírói szervezetbe, illetve esetenként és részben átvállalják ezt például az ombudsmanok.⁴

Az alapjogi jogalkalmazás itt alkalmazott fogalomhoz használt tézisek a következők:

Azt látom ésszerűnek, ha szigorú fogalomhasználatot alkalmazok, mert az ezzel ellentétes megközelítés eredménye parttalaná tenné az elemzést, ugyanis a fogalmi keret kijelölésének hiányában a szükséges megkülönböztetések nem végezhetőek el. Magyarán csak azt nevezném alapjogi jogalkalmazásnak, ami tényleg az, tehát alapjogi is és jogalkalmazás is. A megértésre ugyanis a legnagyobb veszélyt a kontúrok elmosódottsága jelenti. Már az is indokolja a szigorúságot, hogy az ombudsman jelenségére, amely fontos része ennek az elemzésnek, minden részletére a fogalmi határok bizonytalansága jellemző, de ennek okai és értelmezése nem tárgya ennek a tanulmánynak.⁵

Az első tézisem tehát az, hogy a hivatkozás az alkotmányra illetve az alapjogokra nem alapjogi jogalkalmazás, de még csak nem is alapjogvédelem. És ugyannyire, sőt; nem esetjogi jogalkalmazás, az ugyanis

ebben az összefüggésben az alapjogvédelemhez képest is szűkebb fogalom.

A második ebből is következően az, hogy minden alapjogi jogalkalmazás alapjogvédelem, de nem minden alapjogvédelem alapjogi jogalkalmazás, az alapjogvédelem fogalma tágabb fogalom az alapjogi jogalkalmazásnál.

A harmadik azt állítja, hogy az a tény, hogy felfigyelünk arra, hogy az alapjogi jogalkalmazás megjelenik az alkotmánybíráskodás és a rendes bíráskodás szféráin kívül, mutatja ennek nem rutinszerű működését, azaz a jogalkalmazás egészétől való viszonylagos elszakíttóság következtében válik érdekessé számunkra. Ezért a probléma felmerülése magyar (és a poszt szocialista vagy a poszt diktatúrák világainak) sajátosság. Ez a jelenség történelmi tény.

A negyedik szerint az alapjogi érvelés feltétele az alapjogi jogalkalmazásnak, de nem azonos vele. Az alapjogi jogalkalmazásnak még a legtágabb értelemben is *sine qua non*-ja, akkor is, ha a jogi kikényszeríthetőség követelményétől eltekintünk, hogy álljon mögötte a közhatalmi jogalkalmazói tekintély. Ebben a tekintetben, azaz ezen a megszorításon belül, viszont a fogalmi követelményt kénytelen vagyok tágítani, mert a kötelezés-szankcionálás formális követelményével szemben és a szociológiai szemléletű jogalkalmazás-felfogás mellett itt most komoly érvek szólnak. Szociológiai jogalkalmazás-felfogásnak azt tekintem, hogy ebben az értelmezési keretben (alapjogi jogalkalmazó az az intézmény is, amely közhatalmi, és ebből is fakadó tekintélye folytán, akárcsak a bírói jogalkalmazás, esélyes arra, hogy döntését azért hajtsák végre, mert az ellenszegülés túl kockázatos. Az alapjogi jogalkalmazás minimuma, hogy közhatalmi tekintély álljon mögötte.

Mindebből következik, hogy személyek, magán-szervezetek jogértelmezése, jogi gyakorlata, ebben az értelemben legalábbis, nem alapjogi jogalkalmazás.

Ötödös, és az előzőekből is következően az alapjogi jogalkalmazásnak van procedurális követelménye is, annak meghatározott eljárásrendben kell megtörténni, legyen formalizált.

A hatodik, hogy az adott történelmi viszonyok függvényében nem kárhoytatandó a bírói jogalkalmazáson túli alapjogi jogalkalmazás elismerése, hanem el kell fogadnunk, hogy noha ez egyúttal mellékutcára szorulás, vagy a szervetlen jogfejlődés jele lehet, továbbá kiválás saját legtermészetesebb közegéből, akár diszfunkciókkal terhes kényszermegoldásnak is tartható, de mégiscsak üdvözlendő, ha az alapjogi jogalkalmazás megjelenik a bírói szervezeten kívüli jogvédelem szféráiban is.

4 *Ewa Letowska: Az ombudsman feladata a politikai átalakulás hajnalán* In *Az ombudsman szerepe és feladatai a közép- és kelet-európai országokban a rendszerváltás után*, Budapest, 1997. Lásd erről: *Somody Bernadette: Az ombudsman típusú jogvédelem*, Eötvös Kiadó, Budapest, 2010.

5 A különbségeket, amint korábban többször több helyen kifejtettem a nyugati formális és a keleti szubsztantív, a materiális igazságot kereső jogfelfogás elméletileg összeegyeztethetetlen sajátosságaiban tartom felismerhetőnek.

Mindezekből az a következtetés vonható le, hogy ahol fejlett az alapjogi jogalkalmazás, ott nem keresik olyan elszántan megnyilvánulását a bírói szervezetrendszereken kívül. Maga a jelenség pedig ilyen viszonyok között annyira természetes/másodlagos, hogy szinte felismerhetetlen, követelményként nem értelmezett, megvannak vele, olykor természetes, hiánya fel sem merül. Mindezt szeretném bemutatni.

Az összefüggések meglehetősen bonyolultak. Aligha vitathatóan az alapjogok értelmezése, betartása, sőt: betartatása rendes körülmények között sem kizárólag bírói feladat. Szinte minden állami szerv ezt folytatja, amikor szokássá, interiorizált gyakorlattá teszi az alapjogok tiszteletben tartását. Sőt mindez nem teljesen idegen sok magánszervezettől sem.

Ahol pedig a bírói alapjogi jogalkalmazás még nem kapott lábra, ott kétségkívül kaphat pozitív impulzusokat kívülről, például az ombudsmanok gyakorlatától.

Olyan helyzetben, amikor az alapjogi bíráskodást korlátozzák, az ilyen – rendes körülmények közt – alárendelt jelentőségű gyakorlatok súlya elvben akár meg is nőhet. Ennek azonban elméleti esélyei, amint lejjebb ezt elemzem, nem számottevőek. A szomorú tapasztalat, ezt hangsúlyozom, az elméleti esélyt, kevéssé igazolja. A valóságban sokkal inkább az történik, hogy az alapjogvédelem rombolása az alapjogi bíráskodás eljelentéktelenítésével párhuzamosan, sőt azelőtt halad azokon a területeken is, ahol még működhetne (médiahatóság, egyenlő bánásmód hatóság, rendőrség civil felügyelete, ügyészség stb.).

Az összkép tehát, itt és most Magyarországon, meglehetősen összetett: egyszerre zajlanak utóvédharcok például az Alkotmánybíróságon, a rendes bíróságokon, és korlátozottan a távozott ombudsman hivatalában, miközben feltartóztathatlannak tűnő erővel halad előre a független jogvédelem felmorzsolása.

3. Az alapjogi jogalkalmazás otthonai az igazságügyi palotákban és a külterületeken

Az alkotmánybíráskodásra és az organikus fejlődést mutató, az alkotmánybíráskodási funkciót ellátó felsőbbbíráskodásra⁶ nem véletlenül tekintünk úgy, mint az alapjogi bíráskodás legfőbb, ha nem éppen kizárólagos fórumaira.

Az alapjogi bíráskodás ideáltipikusan az alkotmánybíráskodás egyik legfontosabb esete. A történet mégsem ezzel, nem az alapjogvédelemmel, hanem a *Marbury v. Madison* (1803)⁷ esettel kezdődött, ami azért érdemel ebből a szempontból is egy pillantásnyi figyelmet, mert mindig érdemes visszamenni a probléma jelentkezéséhez, az alkotmányos felülvizsgálat kezdetéhez. A doktrína igen egyszerű és kézenfekvő: az eset azt mondja, hogy az alkotmány felette áll a törvényeknek, az alkotmánnyal ellentétes törvény figyelmen kívül hagyható. Az alkotmányos felülvizsgálat pedig azt deklarálja alkotmányosan érvénytelennek, ami eleve nem létezhetne. A jog értelmét általában és az alkotmányét pedig a doktrína szerint különösen az alkotmányt alkalmazó, értelmező bíróság határozhatja meg. Ez önképe, ideológiája szerint nem helyezi a bíróságot a jogalkotó és különösen nem az alkotmány fölé, ellenben arra reflektál, hogy a hatalommegosztás értelmében a törvényhozó önmaga felülvizsgálatát nem végezheti el. Nincs hatalom, mely önmagában áll.

Az alkotmánybíráskodást, így az alapjogi bíráskodást a rendes bíróságtól – legalábbis a mi európai jogi kultúránkban –, élesebben minden más alkotmányvédelmet szolgáló szervtől, éppen az az archetipikus vonás különbözteti meg: a felhatalmazás a szabály kiiktatására a jogrendszerből.

Ugyanakkor egy további érdekes paradoxon is megfigyelhető, az, hogy viszont a bírói szervezettől elkülönült alkotmánybíráskodás kitettsége a politikának nagyobb, mint a rendes bíróságoké. Az alkotmánybíráskodás tagjainak rekrutációja, politikai karaktere, hajlama az (akár pártpolitikai értelemben vett) átpolitizáltságra sokkal erősebb, mint a rendes bíróságoké.⁸ [E veszély elhárítása elleni védekezésnek is minősíthető, hogy a hazai alkotmányos irodalomban Sólyom nyomán, a közelmúltig uralkodónak számított az a felfogás,⁹ amely szerint az alapjogi aktivizmus indokolt és helyeselhető, hiszen az alapjogok a nemzetközi kompromisszumok alacsonyabb sztenderdjén kerültek bele a jogállami alkotmányba,¹⁰ egyéb aktivizmusok pedig inkább kerülendőek, míg a politikai elfogultság (politikai aktivizmus), amelynek azért láttuk jeleit az elmúlt két évtizedben,¹¹ egyenesen főbűn, kizárandó.]

Nyilvánvalóan jobb, ha az alapjogi jogalkalmazás auktora a függetlenség garanciáinak sorával körbevett bírói szerv. Elvben valószínűleg jobb továbbá az orga-

6 E két típust leírhatjuk Matt Ridley nyomán a felülről vezérelt, racionális, tervezett (top-down) irányításként, az alulról-felfelé, evolúciós módon strukturálódó, (bottom-up) modellként. Lásd erre: *Bencze Mátys*: A józan kapitalista, avagy a Római Klub tündöklése és bukása, (kézirat)

7 <http://constitutionality.us/MarburyvMadison.html>, *Marbury's Myths: John Marshall, Judicial Review and the Rule of Law*, Robert J. Reinstein, Temple Law School, <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1557&context=expresso>

8 Kis János például megkülönbözteti az alkotmánybíráskodási aktivizmus vizsgálata során a politikai elfogultságot mint az aktivizmus egyik esetét. Rendes bíróságok esetében ilyen kérdés nem is szokott felmerülni. *Kis János*: Alkotmányos demokrácia, Három tanulmány, Budapest, 2000, Indok, 112–113.

9 A mai viszonyok között a korábbi viták, felfogások új nézőpontba kerülnek, ma – nézetem szerint – messze menően igazolható lenne az alaptörvényre magára és az államszervezetre is kiterjeszkedő hatásköri aktivizmus.

10 Az Alkotmánybíróság önértelmezése In: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*, Osiris, 2001, 113–120.

11 Ld. például a szociális népszavazásról szóló 2008-as AB-határozatokat [5/2008. (I. 23.) AB-határozat, 7/2008. (I. 23.) AB-határozat].

nikus fejlődés, mint a nem organikus.¹² Mindazonáltal, ha, mint például nálunk, az alapjogi jogalkalmazást kívülről kell bevinni a jogalkalmazási rutinba, akkor ezt vállalni kell.

Aligha vitatható, az eddigiekből is jól látszik, hogy – visszatérve a Mátrai-anekdotához – az állam egészét tekintve, a szabadelvű demokrácia otthonos környezetének tartós hiányában, illetve a lebomló jogállam viszonyai között is a bíróságok rendszerint sokat megőriznek karakterükből, identitásukból, és az intézményi önvédelemre való képességéből.¹³ A bíróság, ítélező funkciójában, még ilyenkor is jobban hasonlít egy igazi bíróságra,¹⁴ mint pl. a médiahatóság vagy az ügyészség az igazi médiahatóságra vagy igazi ügyészségre. Ebből az a fontos következtetés is levonható, hogy az alapjogi jogalkalmazásnak az alkotmánybíráskodási/bírói világon kívüli megjelenése esetleges, törekenyebb, visszavonhatóbb, mint az, amely a bírói jogalkalmazásban nyert polgárjogot. Rendes viszonyok között, a jogi eszmék közlekedőedényeinek törvénye szerint, az alapjogi jogalkalmazás kultúrája a bírói szervezetből terjed szét más jogalkalmazók gyakorlatába, ha fordítva történik, az rendszerint részleges marad, törekeny, könnyen visszavonható és nem rendes viszonyokra utal.¹⁵

A tágabb értelemben vett alapjogi jogalkalmazásnak nálunk és a miénkhez hasonló jogrendszerekben ezek szerint három szintjét kell megkülönböztetnünk:

a) alapjogi jogalkalmazás az alkotmánybíráskodásban,

b) alapjogi jogalkalmazás a rendes bíróságok gyakorlatában, és

c) alapjogi jogalkalmazás a bírói szervezetrendszeren kívül.

Az első és a második két eset közötti alapvető különbség egyértelmű: a norma kiiktatásának a joga. A hasonlóság az első két esetet nézve pedig az alapjogi jogalkalmazásra kiterjedő elvárható professzionalitás, az erre szóló kötelezettség (rendszerint), a jogosultság a jogvitákat lezáró végleges döntésre, továbbá a kivételes a független és szakmai döntést támogató szervezeti, személyi valamint költségvetési garanciák. A harmadik esetben alapjogi jogalkalmazásra, legalábbis procedurális értelemben nem feltétlenül találunk

kötelezést, az alapjogi szakmai felkészültség itt elvben sem alkalmazási követelmény, a döntést-támogató (függetlenségi és egyéb) garanciák, az első két esethez mérve, korlátozottak és a jogvitáknak nem végső fórumai. Mikor lehet ebben a harmadik esetben, az alkotmánybíráskodással és a rendes bírósággal összevetve ugyan korlátozott, ám mégis valóságos alapjogi jogalkalmazásról beszélünk? A válasz, legalábbis a vizsgálódás ezen szintjén nem túl egzakt: ha úgy alakul, azaz a körülmények szerencsés összejárása esetén.

Ugyanis, ha ezt a megkülönböztetést megtettük, még mindig nem határoztuk meg a vizsgálódásunk tényleges tárgyát. Legfeljebb csak az első lépésen vagyunk túl. Nézetem szerint abból kell kiindulnunk, hogy az alapjogi jogalkalmazás nem pusztán tartalmi kérdés. De legalábbis a szigorúbb definíció alapján túl kell menni a tartalmi dimenzió, illetve meg kell különböztetni a csak tartalmi értelemben vett alapjogi működést, az alapjogi eljárás módokat is teljesítő a jogalkalmazás követelményét teljesítő az eljárások és jogkövetkezmények értelmében is megkülönböztetett esetektől. Ez azért fontos, mert a csak tartalmi értelemben vett alapjogi mérlegelések valójában áthatják a mindennapi életet. Amennyire fontos felismerés, hogy a szabálysértési előadó, az igazoltató rendőr, a börtönőr alapjogokat mérlegel, és alapjogi döntéseket hoz, sőt – legalábbis személyes meggyőződése szerint – az állam szféráján kívül az adott esetben akár a konkuráló életek közül határesetben választó orvos, vagy a fegyveres vagyondőr, munkáját végezve, esetenként alapjogi döntéseket hoz, de ezek az esetek jogalkalmazásnak nem nevezhetők.

Némiképp hasonlóan áll a helyzet egyes magánjogi jogviszonyokkal. A Drittwirkung problémája itt azért érdekes, mert, ha elismerjük valóságnak az alkotmány horizontális hatályának problémáját, akkor aligha tagadhatjuk, hogy piaci jogalanyok és magánszemélyek is hoznak alapjogi döntéseket. Megfigyelhetjük az alkotmányos jogvédelem máig vitatott, de kétségkívül fokozatos kiterjedését a magánjogi jogviszonyokra, azt hogy az alapjogok olykor magánszemélyek viszonyában is közvetve vagy közvetlenül alkalmazhatóak.¹⁶ Ha valaki lakását a neki ellenszenves etnikai csoport tagjának nem adja bérbe, vagy ha a csoporthoz tartozás meg-

12 Azt azért nem mondanám, hogy a legfőbb bírói szerv alkotmánybíráskodása az organikus, míg az elkülönült alkotmánybíráskodások pedig a nem organikus fejlődés termékei lennének. Ezt több európai modell alapján is kétségbe vonhatjuk. És ha például Kossuth már az emigrációban papírra vetett és persze esélytelen alkotmányterve mégis megvalósul: „Jogok biztosítása tekintetéből egy alkotmányörszék lesz felállítandó, mely a törvények kihirdetése előtt azokat alkotmányos szempontból átnézi s kijelenti, alkotmányosak e vagy nem. Semmi törvény nem hirdethetik ki a nélkül, hogy ezen magas bírói hatóság kijelenté, hogy semmi sincs benne, a mi az alkotmánnyal ellenkezik. Az alkotmányellenesnek ítélt törvény kihirdetés nélkül s az alkotmányellenes pont kijelölésével a törvényhozáshoz vissza küldetik.” És ebből az előzetes normakontrollból kifejlődik az alapjogvédelem magyar modellje, méltán lehetnénk büszkéek a szerves hazai fejlődésünkre. (lásd erről továbbá: *Spira György*: Kossuth és alkotmányterve, Debrecen : Csokonai, 1989. ISBN 963260010X)

13 Számos példát láttunk, a közelmúltban Szlovéniától Egyiptomig, amikor a bírák szervezeti függetlenségük védelmében sikerrel szálltak síkra. Nálunk a bírák ezzel szemben büszkéek arra, hogy nem „politizálnak”.

14 Lásd például a Szép Szó és szerkesztőinek, szerzőinek a nemzet és a vallás sérelme tárgyában született büntető pereit, amelyekben a Kúria az vallásyalázásért meglehetősen súlyos, máskor Tersánszky Józsi Jenő ügyében inkább hipokritaságában liberális szellemű ítéleteket hozott. http://bfl.archivportal.hu/virtualis_kiallitasok/jozsefattila/virtualis/jozsefattila.html

15 Mindazonáltal újból hangsúlyozandó, hogy az alapjogok elkötelezettjei számára öröndetes, ha megfelelő színvonalú alapjogi jogalkalmazással találkozhatnak, bárhol is.

16 *Gárdos-Orosz Fruzsina*: Alkotmányos polgári jog?, Dialóg Campus, 2011, 215.

ismert tényét felmondási oknak tekinti, maga is alapjogot érintő döntést hoz. Az adatvédelem pedig talán a legkézenfekvőbb példa arra, hogy – akárcsak a bekamerázott utcán sétálva is – alkotmányos jogainkat közhatalmi szervek (rendőrség, közterületfelügyelet), és magánszervezetek (üzletek, bankok, benzinkutak, magánlakások kaputelefonjainak videokészülékei stb.) folyamatosan korlátozzák, mégpedig nem közjogi jogviszonyokban. A kiterjesztés veszélyeit, talán a procedurális oldal alapvető súlyát is bizonyítja a német alkotmánybíróság küzdelme azzal a meggondolatlan precedensével, amelyben a törvények alkalmazásában az anyagi jogsértéseket alaptörvény-ellenesnek minősítette,¹⁷ pedig ha a törvénytörés általában egyúttal alapjogsértés, amely alapján alkotmányjogi panasz is lehet helye, ez alássa az alapjogi jogvédelem különösségét. Ha az alapjogi jogalkalmazás túlterjeszkedik alkalmazási tartományán, ezzel voltaképpen a jogalkalmazást és a jogrendszer alapjogi rétegét veszélyezteti.

Mik tehát a további és jelentőségükben az összes többivel legalább egyenrangú követelmények, amik nélkül nincs alapjogi jogalkalmazás? Az alkotmányjogi¹⁸ érvelést magát ide kell sorolnunk, azaz a megtanult készséget, szakmai felkészültséget az esetjogi jogalkalmazásra/fejlesztésre, a konkuráló alapjogok kölcsönös érvényre juttatására, alapjogi hierarchia figyelembe vételét, az abszolút és a relatív jog megkülönböztetését egymástól és az államcéloktól, az alapjogi hierarchia finom szerkezetének átlátását, az alapjog lényeges tartalmának fogalmát, az egyenlő méltóságú személyként kezelés elvének bensővé vételét,¹⁹ az emberi jogok generációinak eltérő filozófiáinak megértését és használatát, a *distinguishing* alkalmazását, olyan alapjogi tesztek ismeretét, alkalmazásának készségét, mint pl. a *clear and present danger* és ezek változatai, azt, hogy ha a tesztek valamelyikének alkalmazásától eltekint a jogalkalmazó, ezt tudva, indokait transzparenssé téve döntsön a figyelmen kívül hagyásról, stb.

Az alapjogi jogalkalmazás legalábbis az esetek igen jelentős hányadában, szabályalkotás is. Nézetem szerint az alapjogi technikák, háttérelméletek, módszertan alkalmazása hiányában jogvédelemről ugyan beszélhetünk, de nem beszélhetünk alapjogi jogalkalmazásról. (Megjegyzem, hogy az általam javasolt értelmezés, és az azt mellőző között a különbségtétel az olyan abszolút jogok, mint amilyen a kínvallatás tilalma, kevésbé látványos, mivelhogy ezeknél nincsenek például versengő konkurens jogok, tesztek, háttérelméletek. Alapvető kérdései ezért inkább definíciósak: pl. mi számít kínzásnak, és mi nem.)

Hogy indokolt elválasztanunk az alapjogvédelmet az

alapjogi jogalkalmazástól, azt jól mutatja, ha a fenyegetés és a védelem technikai oldalára vetünk egy pillantást: van ugyanis a védelemnek egy intenzíven fejlődő szférája elsősorban a magánélet védelme területén, amely a technológiai fejlődés veszélyeit igyekszik minimalizálni illetve alapjog-barát technológiák elterjedését pártolni. Itt alapjogi célok és ezekhez rendelt technológiai megoldások [videomegfigyelő-rendszerek, nagy hatótávolságú és kicsiny drónok (főleg vizuális megfigyelést végző repülő eszközök), műholdas megfigyelés, arcfelismerő rendszerek, testszkennelek, érzékeny és képalkotó hőérzékelő eszközök, látókészülékek, számítógépes trójai falovak, Deep Packet Inspection módszerek, internet-megfigyelés, társadalmi hálózatok megfigyelése, mobiltelefon és cellamegfigyelés, nyomkövetés, röntgen átvilágítás, DNS azonosítás, egyéb genetikai adatgyűjtések és más naponta megjelenő eszközök használata] illetve ezek korlátozásai alapjogvédelmi célokból, kerülnek a figyelem homlokterébe. A szabadságot fenyegető technológiákkal szemben pedig ott vannak a szabadságbarát fejlesztési filozófiát megvalósító olyan technológiai politikák, mint a Privacy Enhancing Technologies (PET), mára inkább divatba jött a Privacy by Design (PbD). Ez, azaz magának a technológiának az ellenőrzése, privacy-barát fejlesztése az autonómiaszempontra beépítése a fejlesztés stádiumában a fejlesztésbe. Az ilyen típusú alapjogvédelem az adatvédelmi hatóságok munkájában a biztonság vs. szabadság problémahalmazában igen helyesen, nagy figyelmet is kapnak.²⁰ E problémahalmaz persze nem teljesen független az alapjogi jogalkalmazástól, mert arra, hogy például a tényleges megfigyelés alkotmányos alapjogot sért-e már az alapjogi jogalkalmazás tesztjei adhatnak választ. Mégis, noha fenyegetésről és szabadságvédelemről, alkotmányos jogok biztosításának problémáiról van szó, de ezek az eszközök, módszerek, problémák miközben a jogalkalmazásnak tárgyai, mégsem tartozhatnak az alapjogi jogalkalmazás körébe. Azt bizonyosan elmondhatjuk jónéhány hasznos tevékenységről és ezt végző intézményről, hogy amit tesz, az alkotmányos jogvédelem, de azt nem, hogy alapjogi jogalkalmazás.

II.

Jó gyakorlat – rossz gyakorlat

1. Az ombudsman és az alapjogi jogalkalmazás

Az alapjogi jogalkalmazás első, de nem elégséges próbájának az esetjogi jogfejlesztésre törekvést és ké-

17 Elfes Urteil: BVerfG 6,32

18 *Majtényi László*: Kinek a feladata az alkotmány közvetlen alkalmazása? *Fundamentum*, 1998. 4. 50–56.

19 Noha ez a jogirodalmi álláspontok egyikének is minősíthető, elfogadása, megítélésem szerint kötelező, e nélkül alapjogi jogalkalmazást nem tudok feltételezni.

20 *Eva Schlehahn–Jaro Sterbik–Lamina–Javier Sempere Samaniego*: Report on surveillance technology and privacy enhancing design <http://www.surprise-project.eu>

peességét érthetjük. E nélkül ugyanis biztosan nincs alapjogi jogalkalmazás. Az ombudsmani gyakorlatban ez feladat kijelölésként sem evidens irány. Larry Hill az ombudsman bürokrácia ellenőri szerepe megnyilvánulásaként tizennégy jellemzőt sorol fel, de ezek közül az esetjogi jogfejlesztés nem merül fel.²¹ Ugyanitt azt is hangsúlyozza, hogy az ombudsman „rendszerint szabadon dönt arról, mely ügyekben indítson vizsgálatot”.²² Ezek olyan jellemzőket határoznak meg, amelyekből szerintem nem vezethető le az alapjogi jogalkalmazásnak még az igénye sem.

Az Ombudsman Handbook,²³ amely máig a legterjedelmesebb összefoglalója az ombudsman-intézményeknek, sehol nem utal az eljárási értelemben vett alapjogvédelmi aktivizmus jelenségére, annak érvényesítésére. Aktivizmusról ugyan sokat beszél, de arról már lényegében hallgat, hogy ez alapjogi természetű lenne, arról meg végképp, hogy céljai között az alapjogi jogfejlesztés is szerepel. Az esetjogi jogfejlesztés problémája érdekes módon még az angolszász szerzők írásaiban sem merül fel, akkor sem, amikor a tanulmány tárgya ezt felkínálná.²⁴ A legfrissebb és legszínvonalasabb hazai szakirodalomban Somody Bernadette monográfiájában az „ombudsman eszmeiség” elemzése során ugyancsak nem említi az esetjogi jogfejlesztő technikák alkalmazását.²⁵

Az ombudsman melletti kézenfekvő másik példa, amelyet ebben a tanulmányban ugyancsak használok, az ésszerű megközelítésben az alapjogi szempontokat szükségképpen érvényesítő médiahatósági tevékenység, ám ennek nemzetközi szakirodalmában sem találok az alapjogi jogalkalmazás követelményeinek meghatározásával, holott a véleménynyilvánítás szabadsága, a médiajog különösen gazdag alapjogi elméletekben, elvekben. Mégis még a jogi kultúráját és példamutató színvonalát tekintve is irányadó Egyesült Királyság jogalkalmazásában (Ofcom) gyakorlatának elemzésében sem merül fel ez a szempont.²⁶

Ezt nem kritikának, hanem állapotleírásnak számom. Azt állítom, hogy nem szabad túlértékelnünk az ombudsmanoknak és az alapjogokat érvényesítő hiva-

taloknak az alapjogi jogalkalmazásban rendszer-, különösen pedig követelményszinten betöltött szerepét, aminek igen jellemző kifejeződése a kifejezetten szelős megfogalmazása az ombudsmanokkal szemben támasztott szakmai követelményeknek, ezek lazasága. Akadnak országok,²⁷ ahol még a jogi végzettség sem alkalmazási feltétel és nem ritkán kiérdemesült politikusok színekúrája az ombudsmani megbízatás. Hogyan várhatnánk alapjogi jogfejlesztést olyanoktól, akik nem tudják, mi az?

A harmadik generációs ombudsmanok szabályozása ebben a tekintetben kétségkívül előrelépés.²⁸ Somody helyes megfigyelése, hogy az emberijog-védő tevékenységi körök a szabályozásban elsősorban a szakombudsmanok hatásköreiben (szerinte mindenekelőtt a környezetvédelmi esetében²⁹) bukkan fel.³⁰ A magyar intézmény, azért ezt leszögezhetjük, ebben a tekintetben papíron ma is a legfejlettebb emberi jogi jogvédelem célkitűzését megvalósító kategóriába esik.³¹

A hatályos törvény szerint is választási feltétel, akárcsak a 2010 előtti jogban, az alapjogok védelme terén megszerzett magas szintű gyakorlati vagy elméleti jártasság. Ez valóban megágyazhat az alapjogvédelmen túl még az alapjogi jogalkalmazásnak is. Ha már itt tartunk, érdekes egy pillantást vetnünk az eddigi magyar biztosok egyéni karriertörténetére. A törvényi követelmények mellett az általános biztosok közül az első kriminológus, a második polgári jogász, aki egyébként szívesebben hivatkozott a Polgári Törvénykönyvre, mint az alkotmányra, a harmadik pedig a politikatudomány művelője, azaz miközben mindannyiuk mögött – és ez pozitív – egyetemi oktatói karrier állt,³² ám egyikük sem foglalkozott korábban az alapjogi jogalkalmazásnak sem elméletével sem gyakorlatával. (Az összes eddigi ombudsman között, ha szakosítottakat is nézzük, Kaltenbach Jenő az első nemzeti és etnikai kisebbségi biztosnak és e tanulmány szerzőjének akadt csak az Alkotmánybíróságon megszerzett alapjogi jogalkalmazási gyakorlata.) A médiahatóság, Egyenlő Bánásmód Hatóság stb. veze-

21 *Larry B. Hill*: Bureocracy, the Bureocratic Auditor and the Ombudsman: Ideal Type Analysis, International Institution of Ombudsman, 9. in: Ombudsman Handbook

22 Uo. 13.

23 International Ombudsman Handbook Evolution and Present Function, Ed. Gerald E. Caiden, Greenwood Press

24 Pl. *Baroness B. Seroia*: The evolution of the Role of the Ombudsman – comparisons and perspectives OH, 27–41.

25 *Somody Bernadette*: Az ombudsman típusú jogvédelem, Eötvös Kiadó, Budapest, 2010, 158.

26 Lásd pl. *Peter Lunt–Sonia Linington*: Media regulation (Sage Publication Ltd, London, 2012, 216.) Ofcom as a regulatory agency fejezetét.

27 *Majtényi László*: Ombudsmann Állampolgári jogok biztosja, Budapest KJK, 1992, a 47–50. oldalakon a francia intézmény bemutatása, *Stacey, F.*: Ombudsmen Compared, Clarendon Press, Oxford, 1978.

28 Lásd *Somody Bernadette* elemzését a harmadik generáció: Az ombudsman típusú jogvédelem, Eötvös Kiadó, Budapest, 2010. 124–127.

29 Szerintem meg az információs jogok védelme a jobb példa, mivel ezek alapjogi jellemzői, tulajdonságai erősebbek, mint a környezetvédelemé.

30 *Somody Bernadette*: Az ombudsman típusú jogvédelem, Eötvös Kiadó, Budapest, 2010, 139.

31 2011. évi CXI. törvény „5. §(2) Az Országgyűlés az alapvető jogok biztosát azok közül a kiemelkedő tudású elméleti vagy legalább tízévi szakmai gyakorlattal rendelkező jogászok közül választja meg, akik harmincötödik életévüket betöltötték, és az alapvető jogokat érintő eljárások lefolytatásában, felügyeletében vagy tudományos elméletében jelentős tapasztalatokkal rendelkeznek.”

32 Ezzel persze nem állítok olyasmit, hogy a jó ombudsman egyetemi tanár is, de az egyetemi karrier legalábbis kedvez az autonóm személyiségfejlődésnek.

tői tekintetében pedig még csak fel sem vehető a probléma. Alapjogi jogalkalmazási jártasság nélkül, noha bármi megtanulható, legalábbis nehéz elképzelni annak gyakorlását. Ennek megfelelően az eddigi eredmények nem elég biztatóak.

2. Az ombudsman (kétes) igazságérzete vs. az esetjogi jogalkalmazás követelménye, egy negatív történelmi példa

1950-ben a finn mozdonyvezetők sztrájkját a kormány úgy törte le, hogy a munkát beszüntető vasutasoknak katonai behívót küldött. Az akkori jobboldali miniszterelnök U. K. Kekkonen és Laisaari³³ ombudsman között (aki nem melleleg tagja volt a szociáldemokrata pártnak), éles vita alakult ki. Laisaari ombudsmann kifogásolta a hadkötelezettség felhasználását ilyen célra. Kekkonen erre azzal vágott vissza, hogy 1947-ben, amikor szintén Laisaari volt az ombudsman, nem tiltakozott az ellen, hogy a baloldali kormány a sztrájkoló közalkalmazottakkal szemben hasonlóképpen járt el.³⁴ A jogérzékünk aligha téved, hogyha leszögezzük, ha a vita tényállása valós, az ombudsman súlyos hibát vétett.³⁵ A két ajánlás hasonló tényállás mellett nem lehet homlokegyenest elentétes. Ez nem csak az „esetjogi jogfejlesztéssel” elentétes, de a hivatali jogalkalmazással szemben állított követelményekkel is. (Arra nem térek ki, hogy az ősbudsmann meghonosítója a Konstantinápolyban raboskodó/vendégeskedő XII. Károly a szultáni udvarból importálta az intézményt, amely így kapcsolatot tart a kádi-bírászkodással, azaz a Laisaari eset akár más szemüveggel is nézhető lenne, de ezt a szemüveget itt nem venném fel, mert a személyes politikai igazságérzet az alapjogvédelemben alapvetően érdektelen.) Az eset két paradigmát is megmutat, egyfelől az ombudsman igazságérzetének-elfogultságának teret engedő ombudsmanni szerepet mutatja meg: Itt a kádi jogalkalmazó ombudsman lép fel, aki nem színvak, megkülönbözteti az alapjogsértő jókat a rosszakról és aszerint dönt, ki jó, ki rossz. Ha a politikai „jó oldalon állók” törnek le a sztrájkot az egészen más eset, mintha pl. a rossz oldalon állók teszik ugyanezt, gondolhatta vagy érezhette Laisaari. Nyilván nem kell indokolnom, hogy az ombudsman eljárása nem az alapjogi, hanem a „jogi” jogalkalmazás minimum-köve-

telményeit is sérti. További kérdések is felvethetők: Más lenne-e a helyzet, ha Laisaari a mozdonyvezetők ügyében azzal indít, hogy a pár éve elkövetett hibát nem ismétli meg, akkor ugyan elmulasztotta a sztrájkoló jogainak érdekében a felszólalást, de most megteszi? Ez már valamivel jobban hangzana. Illusztrációnak mindenesetre ennyi is elég.

3. Az újabb ombudsman-generációk, „Párizsi Elvek” és az alapjogvédelem

Az elmúlt század közepe óta kétségkívül sok minden megváltozott. Nem függetlenül különben attól, hogy a 20. század vége a fejlett világban mindenütt erősödött, az emberi jogok intézményesülése, az ombudsmanok emberi jogi jogvédő szerepe deklaráltan megnőtt, immár a harmadik generációs intézményei nem a „jó közigazgatás” alkotmányos „értékét” képviselik, hanem a nemzeti alkotmányok által is elismert egyetemes emberi jogokét. Ebben a tekintetben korszakhatárként emlegetik a „Párizsi Elveket”.³⁶ A Párizsi Elvek³⁷ kétségkívül reflektálnak az immár világszerte általánossá vált ombudsmanni és „ombudsman-like” intézményrendszer részleges funkcióváltására, és nagy eréllyel hangsúlyozza annak emberi jogi jogvédő szerepét. Azt ugyanis, hogy olyan független fórum, amely olykor ádáz védelmezőként lép fel az állam és a társadalmi nyilvánosság fórumain, nemzeti, sőt nemzetközi szinten is az emberi jogi jogsértések esetében. Ajánl, közzé tesz, jó hangosan bírál törvényhozást és közigazgatást, kritizál, ötletel, javasol, új törvényeket, akár átfogó jogalkotási reformokat is kezdeményez, ha kell olykor még golyófogóként is fellép az emberi jogok megsértése eseteiben, kivizsgál, konzultál, beszerez bizalmas információkat,³⁸ tényállást állapít meg, tanít, jogi felvilágosítást végez. Költségvetésében meg egyébként is szervezetileg is személyesen is mindenben teljesen független, stb. Azonban legjobb tudomásom szerint sem a működési elveiben, sem a kvázi jogalkalmazási feladatai között egyáltalán nem esik szó szigorú értelemben vett alapjogi jogalkalmazásról. Azt persze senki nem mondja vagy mondhatja, hogy ettől a szép feladattól és szellemi kalandtól el lennének tiltva. Ám az alapjogi jogalkalmazás még az ombudsmanok esetében sincs sehol köve-

33 Mauno Laisaari finn ombudsman, 1947–1951.

34 Report of the Ombudsman for 1950, Finland, 30–31.; Majtényi László: Ombudsmann, állampolgári jogok biztosa, KJK. Budapest, 1992. 55–56.

35 http://www.naih.hu/files/NAIH-koezlemeny-a-partok-atal-tervezett-alairasgy-jtesr-1_2013_03_18_RB.pdf.

36 Somody Bernadette jellemzésében: „A nemzeti emberijogvédő intézmények olyan független jogállású állami szervek, amelyek kifejezett célja az emberi jogok nemzeti szinten történő védelme és érvényesülésük előmozdítása. Ezek a szervek monitorozzák az emberi jog-sértéseket, ajánlásokat, javaslatokat fogalmazhatnak meg a kormánynak, parlamentnek és bármely más kompetens szervnek, együttműködnek nemzetközi szervezetekkel, továbbá nevelési és tájékoztatási szerepet töltenek be, valamint kvázi bírászkodási funkciójuk is lehet. A párizsi elvek rendszerében ez utóbbi, panaszkezelési hatáskör azonban csak másodlagos jelentőségű, opcionális jogkör, nem szükségszerű jogosítványa a jogvédő intézményeknek.” In: Somody: im: 137–138., 439. l.

37 85th plenary meeting, 20 December 1993, 48/134. National institutions for the promotion and protection of human rights

38 Az egyik német tartományi adatvédelmi biztos személyes közlése szerint az ellenőrzés részeként bizalmas állami informatikai rendszereket is feltört.

telményként megfogalmazva. Ha tetszik, szabadon választott gyakorlat.

Annak, hogy az alapjogi jogalkalmazás tekintetében az ombudsmanok képbe kerültek Magyarországon sajtós okai is vannak.³⁹ Személyesek is, társadalmiak is. Az alapjogi jogalkalmazás nem megfelelő kiterjedésű, kevésbé szerves magyarországi recepciójának van egy véletlenek által is befolyásolt lokális oki tényezője. Az 1989-1990. évi jogállami forradalmat követően az alkotmánybíráskodás magyarországi kifejlődése az Alkotmánybíróságot az állami élet központi tényezőjévé tette. Mindazonáltal – az *actio popularis* tágkeblű meghonosítása mellett is, amellyel a nép különlegesen széles jogokhoz jutott, és amit a magam részéről a hazai alkotmányosság rendkívül örvendetes vonásának tartottam – a fejlődés fáján nélkülözötte az (igazi) alkotmányjogi panasz lehetőségét. Márpedig ez a megjelenésében egyéni, funkciójában inkább objektív jogvédelmi eszköz kiválóan alkalmas az alapjogi jogalkalmazás eszméinek elterjesztésére. Hiszen általa demonstratív nyíltsággal és egyúttal szükségképpen dogmatikai kidolgozottsággal lép be a személyes jogviszonyok alakításába közvetlenül az alkotmány, mondataival, jogalkalmazási technikáival és háttérelméleteivel együtt. Úgy lép be, hogy a hasonló tényállásokra a későbbi rendes bírósági és egyéb jogalkalmazói döntésekbe kényszerítő erővel, nem csak a kimondott jogi tétel, hanem annak egész érvrendszere, és életszerűsége is szükségképpen megjelenik.⁴⁰ Ha valami, ami az alapjogi jogalkalmazás természetes velejárója, hiányzik, az mellékutakat keres, szükségképpen. Az egyedi jogsérelmek alapjogi vizsgálata emiatt nálunk jelentős hányadban kényszerpályán mozgott, ami az ombudsman intézményeknek esély, az alkotmányosság egésze szempontjából nem biztosan előnyös.

Egyébként, miután meglehetősen alaposan ismerem az ombudsman-saga-t, az emberi jogi paradigma-váltás jelentőségét sem túloznám el, mindaz, amit az egyébként persze üdvözlendő Párizsi Elvek deklarál, szabályozási és működési tekintetben lehetőségként nyitva állt már korábban is, és ne feledjük, ennél az intézménytípusnál sok minden személyes elhivatott-

ság, felkészültség és bátorság kérdése volt és marad mindvégig.

Az ombudsmani jogvédelem meghonosítói esetében némileg eltérő a helyzet. Somy Bernadette az egyéni jogorvoslatra irányuló ombudsmani tevékenységet, megjegyezve, hogy működése (eljárás)jogilag kötetlen és a döntés nem kötelező, kvázi bírászkodásnak azonosítja,⁴¹ míg „A bírói alapjogvédelmet Magyarországon a normák tekintetében az Alkotmánybíróság, az egyedi ügyekben pedig a rendes bíróságok hivatottak biztosítani.”⁴²

Sólyom László e témát tárgyaló kiváló és e tanulmány megírásához fontos szempontokat nyújtó tanulmányában⁴³ az általános hatáskörű ombudsman és az adatvédelmi biztos esetén keresztül a posztkommunista alkotmányosság sajátos körülményeire tekintettel elemzi a problémát. Sólyom kiindulópontja⁴⁴ ketts: az ombudsmani alapjogvédelmi szerep első jellegadó sajátosságának azt tartja, hogy az túlmutat az egyéni jogsérelmek orvoslásán. Ez, persze, természetesen az alkotmányjogi panaszról is elmondható, hogy ti. a látszattal ellentétben valójában inkább objektív jogvédelmi eszköz, semmint az egyéni jogkeresés csatornája. (Tudni való, hogy Sólyom mennyire hiányolta az „igazi” alkotmányjogi panaszt az AB hatáskörei közül.) Hatékonyságában szerintem valószínűleg nem versenghet az alkotmányjogi panasszal, ugyanakkor tárgyi kiterjedése tágasabb. Amint erre Sólyom is rámutat, a tartalmában pontosan nem definiálható alkotmányos visszasság fogalmára tekintettel az ombudsmani fellépés lehetősége tágabb, mint az alkotmányellenesség tekintetében lenne.⁴⁵

Sólyom pontos megfigyelése, hogy Magyarországon az ombudsmanok valóban nem szerettek volna az alkotmányértelmezés tekintetében az elvont alkotmányértelmezés esetét leszámítva az Alkotmánybíróságra szorulni. Úgy vélték – megjegyzem, helyesen, hogy önálló felhatalmazással rendelkeznek az alkotmány értelmezésére. Ehhez, mindenekelőtt a saját ombudsmani tevékenységem alapján hozzáteszem, hogy alapvetően, ritka kivételtől eltekintve, az alkotmánybírói döntések keretei között folyt az önálló ombudsmani alapjogértelmezés⁴⁶ illetve annak hiá-

39 Az intézmény magyarországi recepciójáról pl. lásd a velem készített interjúreszleteket: *Gönczöl Katalin–Kóthy Judit: Ombudsman 1995–2001* (2002) Helikon Kiadó ISBN: 9632087755, 246.

40 *Sólyom László: Az alkotmánybíráskodás kezdetei*, Budapest, Osiris, 2001, 117., 165.

41 *Somy Bernadette: Alapjogvédelem a bírászkodáson túl*, Fundamentum, 2010.2. 7.

42 *Somy Bernadette: Alapjogvédelem a bírászkodáson túl*, Fundamentum, 2010.2. 5.

43 *Sólyom László: Az ombudsman alapjog értelmezése és normakontrollja*. In: *Az odaát nyíló ajtó*, ABI, 2001, 77–96.

44 *Sólyom: i. m. 83.*

45 Halmi Gábor ellenben az alkotmányos visszasságot az alkotmánysértéssel azonosítja: „...nem lehet mást tenni, mint abból kiindulni, hogy azt valójában az alkotmányos jogok sérelmének értelmében” használni. Sőt: „Ha már polgárjogot nyert ez a meghatározatlan tartalmú jogfogalom, valószínűleg hasznos lenne az általános alkotmányellenességnél szűkebb jelentést tulajdonítani.” Az alkotmányellenesség mint politikai szitokszó, *Fundamentum 1998/4. 71, 74.* A törvény indoklása mellesleg azzal indokolta az ombudsmani intézmény létjogosultságát, hogy – összehasonlítva a bírói jogvédelemmel, az ombudsman, ellentétben a bíróval, akkor is jogosult fellépni, ha a visszasságot maga jogszabály okozza.

46 Ha az alkotmánybírói gyakorlat ellentmondó volt, pl. a „lehet-e személyes adat egyúttal közérdekű adat” kérdésében 60/1994 (XII. 24.) AB-határozat, akkor persze a „jó” döntést kellett választani, különösen, ha az egyúttal az alapjog dogmatikáját kibontó Adatvédelmi törvénynek is megfelelt. Lásd erről: *Ügynökök és akták*, szerk. *Halmi Gábor*, 2003, Alkotmányossági követelmények cím alatti előadásokat, *Sólyom László*, 118. *Majtnyi: i. m. 124, 125., Halmi i. m. 140.*

nyaiban,⁴⁷ de az esetjogi rendszerbe illeszkedve mindenkor, kifejezetten támaszkodva és tiszteletben tartva az Alkotmánybíróság esetjogát.⁴⁸

Eszerint a vizsgálódó tekintet számára nem az ombudsman hatásköri korlátai az érdekesek itt, nem az, hogy az ombudsman a saját puha kooperatív eszközeivel valamiféle védelmet nyújt, hanem az az esély, hogy tevékenysége alapjogi kazuisztikát eredményez, akár a rendes bírósági, akár az elkülönül alapjogi bírászkodáshoz hasonló, olykor ezeknek útmutatást is adva.⁴⁹ Ez a lehetőség Sólyom elemzése szerint különösen akkor áll meg, ha az adott alapjognak külön ombudsmanja van. [Az általános ombudsman esetében nagyobb a kísértés ugyanis arra, hogy az általános jogelvek (jogbiztonság, jogállamiság) és olyan napi kellemetlenségek, sérelmek között, mint amilyen a csatornabűz, kapcsolatot keressen, amely tényállásoknak nincs erős közük az igazi alapjogi jogalkalmazáshoz.] Az ombudsman kezdeményezte általános intézkedések pedig az alkotmánybíráskodásban ugyancsak nem ismeretlen szelíd kooperatív szankcióival mutatnak rokonságot.

Különös sajátossága továbbá ennek – erre Sólyom ugyancsak felhívja a figyelmet –, hogy az ombudsmani alapjog-értelmezés, ha a meghatározott alapjog(ok) mellé külön biztost állítanak, pontosan jelölheti ki a jogosultságok valóságos határait. Ehhez külön esélyt ad, hogy a döntés egy kézben van. Ily módon Sólyom szerint előállhat az a helyzet, amelyben az ombudsman állásfoglalásai a rendes bíróságok adott esetben hiányzó vagy hiányos alapjogi ítélezését pótolhatják. Az adatvédelem és az információszabadság esetében az alapjogi szabályozás súlypontja az ezekről szóló szektorális törvényekre kerül, míg az alkotmány és a törvények összefüggéseinek és a versengő jogok közötti alkotmányos viszonyok feltárása főként azokban az esetekben válik indokolttá, amikor további alapjog, például a tudományos kutatás szabadsága is bekerül az értelmezés közegebe.⁵⁰ Sólyom finom megfigyelése, hogy az adatvédelmi/információszabadság törvény alkalmazása közvetlenül alapjogvédelem, az adatvédelmi biztosnak nem is kell rendszerint az alkotmányhoz nyúlnia.⁵¹ Hiszen az adatvédelmi törvény alkotmányos alapjog közvetlen végrehajtására írá-

nyul. Az általános hatáskörű ombudsman gyakorlatában viszont olyan alapelvek, mint a „jogállamiság” aránytalan szerephez jutnak a nevesített, jogilag megfoghatóbb alapjogok rovására.⁵² Ennek pedig következménye, oka is lehet, hogy jogilag szinte megfoghatatlan, jelentéktelen sérelmek és az alkotmány legfontosabb alapelvei között jogi kapcsolat létesül.⁵³ Vajon az ilyen típusa az alkotmányos hivatkozások, nevezhető-e alapjogi jogalkalmazásnak? Több mint kétséges. Sőt, az eddigieket összefoglalva – ez a kijelentés e gyakorlat társadalmi hasznait nem érinti?

Szerintem nem.

III.

Túl az ombudsmanológián

1. Korlátozott függetlenség, korlátozott alapjogvédelem

A nem bírói jogvédő szervek kialakuló alapjog-értelmezési gyakorlata „hozzájárulhat az alapjogok konkrét ügyekben való megfelelő érvényesülésének megalapozásához, közvetlenebb forrásul és iránymutatásul szolgálhat a rendes bíróságok alapjogi ítélezése számára”⁵⁴ – állapítja meg Sólyom álláspontjával lényegében összhangban Somody Bernadette.

Igen, hozzájárulhat, de nem feltétlenül járul hozzá. Például nem tekinthetünk el attól, hogy az ugyancsak alapjogi jogvédelemre is szakosodott Független Rendészeti Panasztestület megalakulása óta következetesen nem épít esetjogot és szokása szerint nem is hivatkozik saját korábbi döntéseire. Tevékenységébe alapjogi tesztek nehezen lehet beleértelmezni.⁵⁵ Az Egyenlő Bánásmód Hatóság szerintem az alapjogvédelem tekintetében ugyancsak nem teljesítette a várokozásokat.

A médiahatóság, amely pedig a demokratikus társadalom legfontosabb és az alapjogi jogalkalmazás szempontjából legkényesebb politikai jogai közé tartozó, jogalkalmazói problémáival (sajtó-, szólás-, véleménynyilvánítás szabadsága, kiskorúak védelme, gyűlöletbeszéd, kiegyensúlyozottság, közösségi és közszolgálati médiumok alkotmányos feladatai) foglalko-

47 Lásd például az Ellenzéki Kerekasztal jegyzőkönyveinek nyilvánosságáról szóló 466/1996. sz. adatvédelmi biztosi ajánlást, http://abi.atlatszo.hu/index.php?menu=beszamolok/1997/M/1/2&dok=466_A_1996

48 A magam részéről könnyű helyzetben voltam, mert ezt az esetjogot, beleértve az információs jogokkal kapcsolatos halmazát, alapvetően jónak tartottam.

49 *Sólyom*: i. m. 84.

50 Az információs jogok elhelyezkedésére a Jogrendszerben lásd: Szabó Máté Dániel: Az alapjogok információs rétege http://szabomat.hu/tanulmany/Az_alapjogok_infos_jogi_retege.pdf, továbbá: *Szabó Máté Dániel*: Az információs hatalom alkotmányos korlátai, Miskolci Egyetem, 2012.

51 Itt fontos megjegyezni, hogy akad ellenpélda, mert miközben a jogállami forradalomnak az alapjogok terén egyáltalán nem kazuisztikus alkotmánya tartalmazta a közérdekű adatok terjesztésének szabadságát, ez az amúgy részletes alapjogi dogmatikát tartalmazó Adatvédelmi törvényből, legalábbis explicit megfogalmazásban, hiányzott. Ebben a kérdésben ezért szükség volt közvetlenül az alkotmány szövegéhez fordulni.

52 *Sólyom*: i. m. 87.

53 uo. 88.

54 *Somody*: i. m. 15.

55 *G. Karácsony Gergely*: Gondolatok a Független Rendészeti Panasztestület működéséről, *Rendészeti Szemle*, 2009. 9.

zik, ebből a szempontból különösen izgalmas gyakorlata azonban alapjogi megközelítésben elégtelen.⁵⁶

2. Az alapjogi jogalkalmazás bírói rombolása – a Kúria felfogása

A Kúria 2012. november 26-án hirdette ki azt a jogegységi határozatát,⁵⁷ amely szerint „a nyilvános helyen vagy közterületen szolgálati kötelezettséget teljesítő vagy munkát végző személy e tevékenységének ellátása során nem minősül közszereplőnek, ezért a személyt beazonosítható módon, egyediesítetten ábrázoló képmás vagy hangfelvétel nyilvánosságra hozatalához szükséges a hozzájárulása.” A nyakatekert megfogalmazás mögött – mivel az érvelés nem tesz különbséget a csatornamunkás és a tüntetőkkel szemben akár a törvényes erőszak alkalmazásáig terjedő hatáskörét gyakorló (esetleg azt elveto) rendőr között – az a jogi álláspont fedezhető fel, hogy az intézkedő rendőr magánéletét kell védeni az állam átláthatóságának alkotmányos követelményével szemben. Továbbá – bármilyen meglepő, és talán a jogegységi határozat, megfogalmazói erről nem is tudtak, de – a döntés mögül elősejlik a „nem bírói alapjogi jogalkalmazás” vagy annak paródiája. Az akkori adatvédelmi biztos 2007-ben adott ki egy állásfoglalást, amely szerint az „az intézkedő rendőr nem tekinthető közszereplőnek, intézkedése pedig nem minősül közszereplésnek.” „Rendőr hozzájárulásának hiányában arcképe nem hozható nyilvánosságra”, amit a jogvédők kifogásai mellett⁵⁸ (akik rámutatnak arra, hogy nem is közszereplésről, hanem közfeladat ellátásáról van itt szó) szakmai körökben is általános értetlenkedés és kritika fogadott.⁵⁹ Az elültetett rossz mag kikelt, szárba is szökkent. Az alkotmányellenes jogegységi határozat és a téves adatvédelmi biztosállásfoglalás közötti kapillária annyira működik, hogy anélkül, hogy a Kúria bírái ennek tudatában lettek volna, az utóbbi közszereplőkről szóló hibás jogi érveit ismételtetik. Nem egyedül: „A legfőbb ügyész a jogegységi indítványra tett nyilatkozatában kifejtette: a nyilvános helyen vagy közterületen szolgálati kötelezettséget teljesítő vagy munkát végző személyek tevékenysége nem nyilvános közszereplés, ezért személyüket beazonosítható módon, egyediesítetten ábrázoló képmás vagy hangfelvétel nyilvánosságra hozatalához szükséges van az érintett személyek hozzájárulására.”⁶⁰

A határozat nem találta meg a közszereplő fogalmát a magyar jogban máshol, ezért érthetetlen módon az elmúlt rendszer titkosszolgálati tevékenységének feltárásáról és az Állambiztonsági Szolgálatok Történeti Levéltára létrehozásáról szóló 2003. évi III. törvényhez fordult, melynek 1.§ (2) bekezdés 13. pontja meghatározza a közszereplő fogalmának személyi körét. Ennek alapján az a személy minősül közszereplőnek, aki közhatalmat gyakorol, gyakorolt vagy közhatalom gyakorlásával járó tisztségre jelölték, illetve aki a politikai közvéleményt feladatszerűen alakítja vagy alakította. Azonban a törvény 1. § (2) bekezdése szerint e fogalom meghatározás kifejezetten csak a lusztrációs törvény alkalmazása szempontjából irányadó. Márpedig a közterületen szolgálati feladatát végző rendőr nem minősül e törvény hatálya alá eső személynek. Ezért ez a speciális fogalom meghatározás nem alkalmazható a képmáshoz fűződő személyiségi jogot korlátozó Ptk. 80. § (2) bekezdésének értelmezése során.

Nem tudunk olyan európai jogrendről, ahol az intézkedő rendőr magánéletének(!) védelme miatt – mert nem minősül például utcai bonvivánnak – közszereplőnek minősülne, ezért nem szabad őt fényképezni, filmezni. A döntés, akárcsak az adatvédelmi biztos értelmezése nyilvánvalóan ellentétes az Alkotmánybíróság ekkor még mindenkire kötelező döntésével: „Intézkedésük alkalmával a hatóság tagjai nyilvánosan, az állam képviselőiként lépnek fel. A hatóság tagjainak intézkedési jogosultságát egyenruhájuk vagy igazolványuk igazolja. Az egyenruhát viselő hivatásos és szerződéses állomány tagjai azonban tevékenységüket nem arctalan tömegként, hanem közhatalom gyakorlására felruházott tisztviselőként végzik, akiknek egyedi azonosíthatósága alapozza meg esetleges személyes felelősségre vonásuk lehetőségét”.⁶¹ A jogegységi határozat szerint azért nem szabad a rendőrök arcát fényképezni, mert azonosításra az azonosító jelvényük szolgál. Csakhogy a jelvény nem a közhatalom demokratikus külső, hanem belső hierarchikus ellenőrzésének eszköze, amely egyébként is akkor és addig hatékony, ameddig a rendőri vezetés és a fölötte állók ezt óhajtják. Ha rendőrnek nincs arca, nincs felelőssége sem.⁶² Az Eötvös Károly Intézet által az Index hírportált és fotósát elmarasztaló ítélet ügyében a hírportál képviselőjében elkészített alkotmányjogi panaszában⁶³ kifejti, hogy a polgári jogi dogmatika önmagában alkalmatlan az olyan közjogi jogviszony

56 *Majtényi László*: Az ORTT szabadságjog-védelmi szerepe *Fundamentum* 2010. 2. 98–102.

57 1/2012. számú BKMPJE határozat

58 Péterfalvi Attila biztos állásfoglalása <http://index.hu/belfold/tasz1031/>, http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CE4QFjAD&url=http%3A%2F%2Fhirszerzo.hu%2Fhirek%2F2007%2F11%2F2%2F48575_megdobbentek_a_jogvedok_nem_mutathatjak_a_h&ei=iRNgUcj8E4Sr4ASK6oCIBg&usq=AFQjCNEinikr4T-O28oxarTofW04GG7WvQ&bvm=bv.44770516,d.bGE

59 <http://www.jogiforum.hu/hirek/16903>

60 1/2012. számú BKMPJE határozat

61 54/2000. AB-határozat

62 <http://www.ekint.org/ekint/ekint.news.page?nodeid=571>

63 http://www.ekint.org/ekint_files/File/ab%20ind%EDtv%Elny%20rend%F5rarc.pdf

értelmezéséhez, megoldásához, amely alapjogi problémák sorát veti fel (és amelyre nem a polgári jog szabályai vonatkoznak). Az pedig a logikai és joglogikai hibás érvelés iskolapéldája lehet, ha valaki, mint itt a Kúria, bizonyít valamit, amit senki nem vitatott, hogy a rendőr nem közszereplő. A szolgálatban lévő rendőr valóban nem közszereplő, hanem közfeladatot ellátó személy, amely fogalmat alapvetően az infotörvény rendelkezései alapján kell alkalmazni, és amely alapján a rendőr magánélete a közfunkciója el látása során korlátozott. (Nem mellesleg a közfeladatot ellátó személy törvényi fogalma sokkal normatívabb, mint a közszereplőé.)

Eszerint a bírónak számításba kellett volna vennie, hogy a politikai rendezvényekről a sajtó által készített, az eljáró rendőröket is ábrázoló beszámolók kifejezetten a közügyekről szóló tájékozódást és a közügyek vitathatóságát szolgálják, vagyis politikai beszédnek minősülnek. A közhatalom-gyakorlás nyilvánosság általi ellenőrzésének része, hogy a sajtószervek, illetve az egyes médiumok tudósításaikhoz az eljáró rendőrök felismerhető arcképmását is felhasználhassák. A közhatalomnak ugyanis az eljáró rendőr ad arcot. Ha a rendőrnek nincs arca, elvesz a közhatalom felelőssége. Mivel a politikai beszéd fokozott alkotmányos védelmet élvez, korlátozását csak az érintett rendőrök alapvető jogai érvényesülésének igénye alapozhatná meg. Alapvető jogaira, magánszférájának védelmére azonban a rendőr mint közhatalom-gyakorló, az e minőségével kapcsolatos véleménynyilvánítással szemben nem hivatkozhat. Azért nem, mert az alapjogok éppen hogy a közhatalommal szemben védik a polgárokat, a közhatalmat kötelezik e jogok tiszteletben tartására. Ebből következik, hogy állami-közhatalmi szervek és személyek e minőségükben fogalmilag nem lehetnek alapjogok alanyai. Az állam hatalmát ugyan természetes személyek gyakorolják, de az állam nevében fellépő személyek közhatalmi minőségüknél fogva nem kezelhetők egyformán az ilyen minőséggel nem rendelkező emberekkel. Más a helyzet akkor, ha egy képmás készítése és felhasználása az emberi méltóság magját érinti. Az emberi méltósághoz való jog ugyanis az emberi minőséget minden körülmények között védi, így értelemszerűen közhatalom-gyakorlás során is sérthetetlen. (Az emberi méltóságot érintené például a hivatása gyakorlása során megsérült, haldokló rendőr szenvedésének bemutatása.) Az alkotmányjogi panasz alapjául szolgáló ügyben azonban – mint a rendőrképmások közzétételével kapcsolatos ügyek túlnyomó

többségében – a képmások közlése nem sértette az emberi méltóságot. A rendőrökről készített képmás és annak felhasználása a rendőröket közhatalom-gyakorló minőségükben, a közhatalom-gyakorlás tekintetében, kizárólag csak így érintette. Amennyiben a közlés mindvégig a közhatalom-gyakorláshoz tapad, vagyis politikai természetű, akkor kiemelt alapjogi védelmet élvez. Az ilyen közlés pedig személyiségi jogvédelmi megfontolások alapján nem korlátozható.⁶⁴

Összefoglalva

Igyekeztem a bírói és a nem bírói alapjogvédelemről, viszonyukról nem csendéletet, hanem a gyakorlat bemutatásával elég széles panorámát nyújtó tájképet felfesteni, a magyarországi helyzetre fókuszálva. A kép nem békés tájat mutat, a látvány távolról sem megnyugtató. Az Alkotmánybíróság hiába teljesített alapvetően kiválóan, az alkotmánybírói alapjogi jogalkalmazás kisugárzása ugyan erős volt, azonban, nem utolsó sorban az igazi alkotmányjogi panasz intézményének hiányában, az alapjogi jogi kultúra a bírói jogalkalmazás egészét máig sem hatotta át. Akadtak eddig is az alkotmányosságnak elkötelezett bírák, amint lesznek ezután is, de ahogy eddig is kevés volt, kevés lesz ezután is az üdvösséghez. Az egyetlen halovány reménysugár a korlátozóan értelmezett, de mégiscsak meglévő alkotmányjogi panasz lehetősége, amely akár meg is mozdíthatná a szabadság elé torlaszul emelt kőtömböket, ha bátorság és tudás is társul mellé. A jogról szóló vitáknak nem végpontja, de kiindulópontja a bírói gyakorlat.

Reményt a rendes bíróságok is nyújthatnának. Az alkotmányos kultúrát a könyvtárak polcairól valószínűleg, és az egyetemi katedrákról és a jogtudomány nyomtatott és online fórumairól, talán, nem lehet teljesen száműzni.

Az alapjogvédelem független intézményei, amelyek az alapjogi jogalkalmazás tekintetében képesek voltak korábban pozitív impulzusokat küldeni a bírói szervezetnek, ma részint nem alkalmasak az alapjogi jogalkalmazásra, részint függetlenségük lemorzsolódott vagy lemorzsolódóban van. Alapjogi jogalkalmazás nincs aktív, felkészült bírói jogalkalmazás nélkül. Ebben a helyzetben a mindennél sürgetőbb feladat az alkotmánybíráskodás révén az alapjogi bíráskodás szellemi alapjainak erősítése, helyreállítása, konszolidálása.

64 <http://www.ekint.org/ekint/ekint.news.page?nodeid=603>