

GYÓRFI TAMÁS

Az Alkotmánybíróság politikai szerepe

*Gondolatok a bírói aktivizmus fogalmának hasznosságáról**

I.

A Bokros-csomag alapján elfogadott stabilizációs törvény egyes rendelkezéseinek megsemmisítése egy időre az érdeklődés középpontjába emelte az Alkotmánybíróság (AB) tevékenységét. Szép számmal jelentek meg a testületet kritizáló bírálatok és támadások, és legalább ugyanannyian részesítették védelemben a bíróságot. Az AB körüli vitáknak visszatérő eleme, s gyakran meghatározó elemzési eszköze két fogalompár: a jogi (alkotmányjogi) – politikai (gazdasági), illetve az aktivista – antiaktivista (mérsékelt). Némelyek ezeket a fogalmakat egyszerűen minősítés gyanánt, mások – nem túl pontosan definiálva – elemzési eszközként használják. A társadalomtudományokban az ilyenfajta kategóriák, mint tudjuk, nem igazak vagy hamisak, hanem többé vagy kevésbé hasznosak.

Elemzésemben egyrészt amellet fogok érvelni, hogy ezek a fogalmak több egymástól szétválasztandó kérdést csúsztatnak össze, s éppen ezért kevésbé járulnak hozzá a szóban forgó problémák vizsgálatához, sőt inkább összekuszálják őket. Nem kívánom azonban tagadni, hogy e kategóriák meghatározott összefüggésben használhatóak. Másrészt megpróbálom bizonyítani, hogy e fogalmak bizonyosfajta használata nemcsak célszerűtlen, hanem a jogi érvelés empirikus és normatív szempontból megkérdőjelezhető felfogásán nyugszik. Annál is fontosabbnak tartom ezt hangsúlyozni, mert egyes alkotmánybírósági határozatokban is fellelhető ez a nézet. Harmadrészt megki-

* A tanulmány az *Open Society Institute* (Intézet a Nyílt Társadalomért) *Research Support Scheme* programjának keretében 42/94. számú ösztöndíjának támogatásával készült.

sérlem azonosítani azokat a kérdéseket, melyeket a fenti fogalmak elfednek, s végül javaslatot teszek egy olyan, a jogelméletben egyébként széles körben elfogadott fogalmi keret alkalmazására,¹ mely segítségünkre lehet abban, hogy árnyaltabb kép alakuljon ki az AB tevékenységéről.

Elemzésemben nem foglalkozom, legalábbis nem közvetlenül, az AB-t érő egyik gyakori kritikával, nevezetesen a legitimitását mindenestől megkérdőjelező állásponttal. Nem próbálok arra a kérdésre válaszolni, hogy egy olyan testület, mint az AB, miért dönthet el egyáltalán fontos kérdéseket egy többségi elvre épülő politikai rendszerben. A kérdés a későbbiekben, közvetett úton, visszaköszön. Másrészt elemzésem tárgya az alkotmánybíráskodás, s nem az Alkotmánybíróság. Ezért nem foglalkozom az AB szervezetével, eljárásával. Így azt sem tekintem a politikai jelző vagy az aktivizmus kritériumának, hogy az AB az úgynevezett rendes bírói szervezettől elkülönülten működik-e, s azt sem, hogy mennyiben van joga az előzetes normakontrollra. Kétségtelen, hogy ezek is fontos elemzési szempontok és sok mindent elárulhatnak a bíróságról, annak esetleges „politikai” jellegéről, illetve aktivizmusáról (lásd ehhez a bőséges irodalomból például Halmai 1993; Kilényi 1991; Paczolay 1995; Pokol 1991; Sajó 1993; Sente 1995; Szigeti 1993; Takács 1990).

Mindenekelőtt meghatározom a *politikai tevékenység* általam használt fogalmát². Politikainak az olyan tevékenységet tekintem, amely befolyásolja a társadalmi folyamatok alakulását mikéntjét, azt, hogy milyen irányban fog a társadalom fejlődni (változni), a lehetséges alternatívák közül melyiket fogja követni. Ennek a definíciónak tehát egyrészt lényeges eleme a döntési helyzet, a különböző értékek közötti választás; másrészt, hogy a döntés hatása társadalmi, azaz emberek viszonylag nagy csoportjára terjed ki.

A második kritérium alapján egy bíróság esetében csak akkor fogok politikai tevékenységről beszélni, ha döntései az adott ügyön túlmutató jelentőségűek, „precedensértékűek”. Ebből a szempontból az AB szerepe kétségtelenül speciális: mivel nem egyedí jogvitákban dönt, hanem általános normák alkotmányosságát vizsgálja, ezért a második kritérium az általános normák esetében fogalmilag adott.

Definíciónk szükségessé tesz egy további fontos distinkciót: különbséget kell tennünk egy bíróság döntésének *igazolása* és *következménye* között³. Az AB valamennyi döntésének vannak politikai következményei. Minden döntése kedvezőbb valamelyik társadalmi rétegre nézve, kedvez valamely csoport érdekeinek. Igaz ez azokra a határozatokra nézve is, amikor a bíróság nincs döntési helyzetben, amikor az Alkotmány szövege egyértelműen megköti a kezét. Az ilyen esetek – a következmények esetleges súlyossága ellenére – nem merítik ki a politikai tevékenység itt használt fogalmát. Az igazolás és a következmény megkülönböztetése véleményem szerint kijelöli azt a minimális szintet is, melyet az AB minden helyénvaló kritikájának teljesítenie kell. Hiányos ugyanis az a kritika, amely *pusztán* az

AB döntéseinek következményeit veszi célba, és nem állítja *egyúttal* azt is, hogy a döntés igazolásába hiba csúszott.

Hadd emeljek ki a probléma illusztrálására az AB körüli polémia-ból két esetet. Az egyik az AB 1995. szeptember 13-án hozott, a gazdasági stabilizációs törvény bizonyos részeit megsemmisítő határozatai után napvilágot látott kormánynyilatkozat⁴. Ebben például a következőt olvashatjuk: „a kormány úgy ítéli meg, hogy az Alkotmánybíróság júniusi és szeptemberi határozatai következtében megnehezül az igazságosabb közteherviselés érvényesítése... Megállapítja, hogy az Alkotmánybíróság döntései szűkítik a kormányzati gazdaságpolitika mozgásterét és reformcéljait.” Ez a dokumentum természetesen a formája miatt keltett nagyobb visszhangot, mint az AB-t ért többi kritika. Ugyanakkor a nyilatkozat tartalma is jó okkal támadható: (egy mondatot leszámítva) tipikus példája ugyanis annak a következményeket hangsúlyozó kritikának, mely a fentebb említett okok miatt eleve elhibázott. A másik vélemény Sebes Gábor egykori polgármesteré, aki Kis Jánosnak és Bauer Tamásnak az AB döntéseit kritizáló cikkei után azt írta: „ha a hatalomban részes politikus önálló, szuverén alkotmányértelmezést tart érvényesnek az Alkotmánybíróságéval szemben, ha a saját érvelését logikusabbnak, meggyőzőbbnek tartja, és erről még a közvéleményt is meg akarja győzni, akkor eltávolodott az alkotmányos jogállam eszméitől...” (Sebes 1995). Nem kívánok abban a kérdésben állást foglalni, hogy egy *politikusnak* kívánatos-e az AB-t bíráltnia. De ha igen, akkor azt csak így teheti: az AB érvelésénél jobb érvelést kell adnia, belülről, a saját premisszái alapján kell azt bíráltnia.

Elemzésem végén visszatérek néhány gondolat erejéig a következmények kérdéséhez. Tanulmányom fő tárgya azonban az igazolás politikai jellegének vizsgálata. Az aktivizmus vádja gyakran azért éri az AB-t, mert nem kötődik eléggé az Alkotmány szövegéhez.⁵ Az alkotmánybíráskodás minden ilyen jellegű kritikája feltételezi a jogi érvelés valamilyen elméletét. Ennek ellenére viszonylag ritkán elemzik az AB tevékenységét ebből a perspektívából⁶, illetve az elemzők ritkán teszik explicitté a jogi érvelésről vallott előfeltevéseiket. Álláspontom szerint a jogi érvelés elméletének egyrészt számot kell adni arról, hogy mikor és mennyiben van a bírónak döntési szabadsága. Másrészt, kell hogy legyen valamilyen elképzelése arról, hogyan kell döntenie azokban az esetekben, amikor a bírónak döntési szabadsága van. Harmadrészt az AB kapcsán érdemes azt is felvetni, hogy e két kérdésre adandó válasz tekintetében van-e, és ha igen, akkor mi a különbség a „rendes” bíróságokhoz képest.

Mielőtt erre a problémára rátérnék, szükségesnek tartom megjegyezni, hogy nem próbálok a kulisszák mögé tekinteni, s nem töreksem a döntések „mélyebb” – akár pszichológiai vagy szociológiai – mozgatórugóit, *magyarázatát* sem keresni. Egyes elméletek szerint a jogi érvek olyan meghatározatlanok, nyitottak és pontatlanok, hogy a bíró bármelyik fél javára dönthet, mindegyik döntését alá tudja támasztani megfelelő jogi érvekkel. Adott esetben lehet, hogy a bíró

saját preferenciái (például pártszimpátiája) alapján dönt, ez döntésének valódi *alapja* (vagy *oka*), s az érvek, melyek a jogászi közösségekben elfogadottak, pusztán *a más alapon meghozott döntést legitimálják*, megideologizálják. Ha ez az ellenvetés igaz – szól tovább az elmélet –, úgy a jogi érvelésnél sokkal fontosabb annak tanulmányozása, hogy mi mozgatja a bírókat, amikor döntésüket meghozzák, mi a tényleges alapja vagy *magyarázata*. (Bár ekkor is figyelemre méltó lenne az a tény, hogy a bírók igyekeznek legalább a látszatát megteremteni annak, hogy megfelelő érvek alapján döntöttek.) Ahhoz azonban, hogy az ellenvetés erejét meg tudjuk ítélni, meg kell vizsgálnunk a jogi érvelés folyamatát, hogy valóban annyira meghatározatlanok, nyitottak-e a jogi érvek, hogy lehetővé teszik a bírók számára, hogy más alapon döntsenek, vagy elég egyértelműek ahhoz, hogy legalább az esetek egy részében korlátozzák a bírók szabad mozgásterét, s vezessék döntéseik meghozásában, s meghatározzák az eredményt. Fontos azonban kiemelni, hogy abból az állításból, miszerint az elfogadott jogi érvek meghatározatlansága lehetővé teszi a bírók számára, hogy saját preferenciái alapján döntsön, még nem következik az, hogy a bírók e szerint is döntenének. Ha elfogadnánk is ezt a szkeptikus elméletet, igen nehéz lenne állításait bizonyítani. Aki ebből a szempontból vizsgálja a bíróság döntéseit, annak legalábbis meggyőző korrelációkat kellene találnia a bírói döntések és bizonyos külső tényezők (pl. a bírók származása, osztályhelyzete, politikai szimpátiája stb.) között. Ilyen típusú tézisek felállításával azonban nem próbálkozom. Tanulmányom abból az előfeltevésekből indul ki, hogy a döntések publikus igazolásainak önmagukban is meg kell állniuk, önmagukban is vizsgálódásra érdemesek, sőt legtöbbször egybe is esnek a döntés magyarázatával.

II.

A hagyományos felfogás szerint, melyet a 20. században több irányból is heves támadás ért, a jogi érvelés lényegében logikai művelet, nevezetesen dedukció. A jogszabályok általában felírhatók egy hipotetikus ítéletként (egy ha – akkor típusú kijelentésként), melynek első része valamilyen feltételt állapít meg, míg második része e feltétel bekövetkezéséhez valamilyen következményt kapcsol. „Aki mást megöl” – így szól a magyar Btk. 166. szakasz első bekezdésének első része, megállapítva ezzel a szabályban a feltételt, majd ehhez hozzákapcsolja a törvényhozó a következményt: „büntettet követ el, és 5 évtől 15 évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő”. A fenti mondatot részben szimbolikus formában a következőképpen fogalmazhatjuk meg: „minden esetben ha p , akkor q ”. Ezzel a hipotetikus ítélettel azonban nem mondtunk semmit arra nézve, hogy p a múltban előfordult volna, illetve a jelenben vagy a jövőben előfordulna. Amikor a bíróság a konkrét esetben megállapítja a tényállást, akkor megállapítja, hogy adott esetben A megölte B -t; szimbólummal kife-

jezve: adott esetben p , tehát p legalább egyszer ténylegesen is előfordult. Ha elfogadtuk a nagyobb premisszát, hogy „minden esetben ha p , akkor q ”, s a kisebb premisszát, hogy „adott esetben p ”, akkor a logika szabályai arra kényszerítenek, hogy elfogadjuk a következőt: „adott esetben q ”, vagyis hogy A büntetett követett el, ami öt évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

A jogi érvelés fenti felfogását, melyet gyakran a formalista címkével láttak el, sokan és sokféleképpen támadták, azt állítva, hogy a formalizmus „szubsumáló automatává” változtatja a bírót, akinek döntései a jogszabályból és a tényállásból „mechanikusan” következnek. Valójában a bírói döntések soha, még a legegyszerűbbnek tűnő esetekben sem mechanikusak vagy automatikusak abban az értelemben, hogy ne követelnének emberi hozzájárulást, emberi ítéldőrt. A fenti formulánk, miszerint „minden esetben ha p , akkor q ; adott esetben p ; tehát adott esetben q ”, eltakarja a jogi érvelés egyik fontos jellemzőjét: a jogszabály *általános kategóriákat* használ, a valóságban viszont *partikuláris tények* vannak,⁷ s események fordulnak elő. A szabályok pedig nem képesek saját alkalmazásukat meghatározni, s a tények, Hart kifejezését használva, nincsenek megcímkezve. A bírónak kell az egyedi eset tényeit általános kategóriák alá foglalnia, neki kell megállapítania, hogy az egyes esetek – mondjuk a , b és c tényei – p -nek minősülnek-e. Csak miután ezt megállapította, alkalmazhatja a fentebb bemutatott érvelési formulát.

A jogalkalmazás tehát még a legegyszerűbbnek tűnő esetekben is megköveteli az emberi ítéldőrt. De mi is tekinthető *egyszerű esetnek*?⁸ A jogszabályok nem logikai szimbólumokkal, hanem a természetes nyelv felhasználásával íródtak. Azok a szavak és kifejezések, melyeket a nyelv használ, gyakran homályosak, kétértelműek, és értéktételelterhesek. Ez megnehezíti, hogy a valóság tényeit és eseményeit a szabály szövegében szereplő általános kategóriák alá foglaljuk. Ha ezt a problémát megvizsgáljuk, megállapítható, hogy az egyes szavaknak általában van egy – az adott időpontban – senki által kétségbe nem vont alkalmazási területe. Éppígy van olyan terület, ahol már senki nem alkalmazná azokat. S végül van egy olyan határterület, ahol vitatott a szó jelentése, illetve az, hogy a konkrét eset az általános kategória alá tartozik-e vagy sem. Természetesen ezek a határvonalak maguk is változhatnak, s hollétük maga is vita tárgyát képezheti. Hartnak a kopasz szó használatára vonatkozó híres példáját használva: „a tükörsima fejű ember nyilvánvalóan kopasz, egy dús hajzatú pedig egészen biztosan nem az, de az már kérdéses, hogy akinek csak itt-ott van néhány tincs a fején, vajon kopasz-e vagy sem; s ez vég nélkül vitatható” (Hart 1995:14).

A következőkben ezt a megkülönböztetést fogjuk alkalmazni a jogi érvelés három területének elhatárolásánál. Ahol a nyelvi konvenciók alapján egy konkrét esetnek az általános szabály alá foglalását senki nem vitatja, azt az esetet *szabályozottnak* (lásd Raz 1979: 181) fogjuk nevezni. Ilyenkor néhány további feltétel teljesülése esetén a *jogszabály alapján* csak egyetlen helyes döntés hozható. Amikor a nyelv

vi konvenciók bizonytalanok, s a szemantikailag lehetséges normavariánsok, illetve a lehetséges minősítések között kell választani, akkor az eset csak *részlegesen szabályozott*. A szabály ilyenkor is kizár bizonyos döntéseket, de nem csak egy lehetséges döntés létezik, s a közöttük történő választás nem oldható meg a deduktív logika segítségével. Ezt a területet nevezzük a következőkben a *szűkebb értelemben vett értelmezés* tartományának.⁹ S végül a harmadik terület a *szabályozatlan eseteké*, amikor az adott eset a fennálló nyelvi konvenciók alapján nem sorolható az általános kategória alá. Bizonyos további feltételek fennállása esetén, ilyenkor beszélünk *joghézagról*. E megkülönböztetés birtokában bevezethetjük a *nehéz esetek* fogalmát, s áttekinthetjük ezek típusait, s megvizsgálhatjuk, hogy mit tesz ilyenkor a bíró.

a) *Részlegesen szabályozott esetek*. Hadd idézzek illusztrációképpen a jogelméleti irodalomból egy jól ismert példát (MacCormik 1978: 93). Egy skót valóperben a férfi a házasságtörést jelölte meg válóokként, s azzal támasztotta alá igényét, hogy a felesége több mint egy évvel utolsó találkozásuk után szült egy gyereket. A nő elismerte ezt a tényt, azonban arra hivatkozott, hogy nem követett el házasságtörést, mivel mesterséges megtermékenyítés révén esett teherbe. Ilyenkor van egy „minden esetben ha p , akkor q ” szerkezetű n normánk, ahol a norma feltételei között szerepel a házasságtörés. Ebben az esetben az a kérdésünk, hogy mi p -nek az értelme? Az n normának lehet olyan normavariánsa ($n1$), miszerint a norma feltétele a házasságtörés, *beleértve* a mesterséges megtermékenyítés esetét is; s lehet olyan normavariánsa ($n2$), miszerint a szabály feltétele a házasságtörés, *kizárva* abból a mesterséges megtermékenyítés esetét. Az esetek egy részében $n1$ és $n2$ normavariánsok azonos eredményre vezetnek, van azonban egy esetcsoport, a mesterséges megtermékenyítése, amikor is a két normavariáns által megkövetelt eredmény kizárja egymást. Éppen ezért a bírónak a deduktív művelet *előtt* el kell döntenie, hogy a norma $n1$ vagy $n2$ variánsát választja.¹⁰ A bíró ennek során pontosítja a normában adott fogalmak jelentését, s a normában eredetileg nem szereplő *segédfogalmakat* és *kiegészítő tételeket*¹¹ dolgoz ki. Hogy az AB gyakorlatából idézzünk két közismert példát: az Alkotmány szövegében nem szerepel az, hogy alapjogot csak elkerülhetetlen mértékben és a korlátozás céljával arányosan lehet korlátozni. Az Alkotmány szerint a Magyar Köztársaság független, demokratikus jogállam. Ebben a szövegben nem szerepel a visszaható hatály tilalma, a szerzett jogok védelme stb. Ezeket a segédfogalmakat és kiegészítő tételeket a bírói értelmezés alakította ki.

b) *Joghézag*. A joghézag fogalmát olyan értelemben használom, hogy az csak per definitionem a szabályozatlan esetekre terjed ki. Ilyenkor *nincs olyan norma*, melynek a konkrét tényállás az esetét képezné, a kisebb premissza nem vonható egyetlen nagyobb premissza alá sem. Az azonban, hogy a jog nem szabályoz egy bizonyos esetet, még nem elégséges feltétele a joghézag létezésének. Joghézagról csak olyan jogrendszer esetében van értelme beszélni, mely *átfogó* kíván

lenni, s ahol a bírónak olyan esetekben is érdemi döntést kell hoznia az ügyben, amikor nincs az esetre jogszabály. További feltételnek tekintem, hogy nincs olyan, a rendszert normatív értelemben lezártta tevő szabály, mely szerint amit a jog nem tesz jogellenessé, az jogos. Ez szintén kizárná a nem szabályozott ügy érdemi eldöntését, s jogsértés hiányában mindig az alperes nyerné meg a pert.¹²

c) *Túlszabályozott esetek.* A partikuláris jelenségek ilyenkor *egyidejűleg több* általános kategória, s így több szabály alá is besorolhatók, következésképpen a megállapított tényálláshoz mint kisebb premisszához több jogszabály, azaz több nagyobb premissza is társítható, s az ezekből fakadó következmények bizonyos esetekben ellentétesek lesznek. A bírónak ebben az esetben, mielőtt a deduktív érvelésre térhetne, választania kell a nagyobb premisszák között.

d) *Nem konklúzív normák*¹³. Egy eset nemcsak attól lehet nehéz, hogy mennyire szabályozott, hanem attól is, hogy az alkalmazandó norma milyen erős. Vannak olyan normák, melyek az érvelésben konklúzív, perdöntő érvek. Ezek, ha vonatkoznak a kérdéses esetre, meghatározzák a bíró döntését. Ezzel szemben vannak olyan normák, melyek nem perdöntőek, s nem határozzák meg, hanem csak többé vagy kevésbé valószínűsítik a bíró döntését, több-kevesebb érvet szolgáltatnak az eset egy bizonyos módon való eldöntése mellett. Ilyenkor az, amit a szabály megkövetel, eltér attól, ahogyan – mindent mérlegre téve – a bírónak döntenie kell. Ilyenkor szintén nem kielégítő a deduktív érvelés, hiszen a bírónak nemcsak azt kell megállapítania, hogy az ilyen norma vonatkozik erre az esetre, hanem azt is, hogy milyen erős ez a norma, s mérlegelnie kell, hogy nem indokolt-e a norma alá egy kivételt beiktatni. Jól illusztrálják ezt a problémát az olyan alapjogokra vonatkozó normák, melyek korlátozhatók. Ilyen esetekben ugyanis hiába következik a szabályból, mondjuk, az, hogy A-t megilleti a tulajdonhoz való jog, ha különösen erős indokok szólnak amellett, hogy korlátozzák ezt a jogot, akkor a bíróságnak mérlegelnie kell ezeket.¹⁴

Röviden összefoglalva az eddigieket: megvizsgáltuk azokat az eseteket, amikor nem lehetséges a deduktív érvelés, s megállapítottuk, hogy ilyenkor a bíró előtt több döntési alternatíva áll nyitva. Más-képpen fogalmazva: *a bírónak ilyenkor, ha érdemben akar döntenie, nem lehet nem kreatív munkát végeznie, nem lehet nem választania a különböző lehetőségek közül, ergo nem lehet nem politikai tevékenységet végeznie.*

Itt érdemes feltennünk azt a kérdést, hogy különbözik-e az eddig vizsgáltak tekintetében az alkotmányértelmezés a rendes bíróságok munkájától. A magyar jogelméleti irodalomban Pokol Béla fogalmazott meg markánsan olyan álláspontot, mely az alapjogokat a jog külön rétegének tekinti, azaz minőségileg különbözőnek véli azokat a jog többi rétegétől (Pokol 1989; 1991; 1992). Természetesen az alapjogoknak vannak bizonyos sajátosságaik. Ha *tartalmukat* tekintjük elhatároló ismérvnek, akkor azonban például a polgári jogi jogok rétegével kellene szembeállítanunk őket, s nem a jog szabályrétegé-

vel vagy a jogdogmatikai réteggel. Megkülönbözteti ezeket a *jogforrási hierarchiában* elfoglalt helyük, illetve az *alkalmazó szerv* is. Ha azonban ezeket a sajátosságokat vesszük figyelembe, akkor ismét nem a jog szöveg- vagy szabályrétegével, illetve a jogdogmatikával, hanem más fogalmakkal kell szembeállítanunk az alapjogokat. S ami még fontosabb: mindhárom sajátosság önmagában irreleváns a jogi érvelés természete szempontjából. Ahhoz, hogy például a jog szabályrétegével állítsuk szembe az alapjogokat, ezeknél alapvetőbb logikai különbséget kellene bizonyítanunk. Véleményem szerint ennek alátámasztására annak az érvnek van plauzibilitása, mely az alapjogok jogelvi jellegét hangsúlyozza. Mielőtt ennek az érvnek a helyességét megítélnék, fontos leszögezni, hogy a jogelv kifejezésnek több lehetséges értelme van. Uthalhat egyrészt a norma absztraktságára, másrészt arra, hogy nem konklúzív természetű. E két felfogás között azonban nincs szükségszerű összefüggés, hiszen a normának két különböző tulajdonságát emelik ki. Ahhoz, hogy jogelméleti szempontból külön alapjogi rétegről lehessen beszélni, vagy azt kellene bizonyítani, hogy kizárólag az alapjogokat tartalmazó normák absztrakta vagy nem konklúzív természetűek, vagy pedig azt, hogy az ilyen normáknak e tulajdonságok közül legalább az egyik szükségszerű vonása, míg a többi jogterületnek csak esetleges velejárója. Véleményem szerint azonban ezen állítások egyike sem bizonyítható. Éppen ezért az alapjogok és más jogok között az értelmezés szempontjából csak *fokozati és nem logikai* különbség áll fenn, nevezetesen magasabb fokú korreláció állapítható meg az alapjogok és a normáknak a fentebb említett két tulajdonsága között, mint más jogterületnek esetében. Bragyova András álláspontjával egyetértve, s az ő kifejezésével élve, az alkotmányértelmezésnek a jogi érvelés eddig megvizsgált kérdéseiben az adja a sajátosságát, hogy *hosszabb az az érvelési láncolat*, amelynek segítségével a bíró az Alkotmány normáitól a döntésig eljut (Bragyova 1994: 173). Az itt használt fogalmakkal szólva, az AB több segédfogalmat és kiegészítő tételt kénytelen felhasználni általában egy-egy döntéséhez, mint az úgynevezett rendes bíróságok.

Ennek az egyszerű fogalmi keretnek a birtokában vizsgáljuk most meg az AB nehéz esetekkel kapcsolatos attitűdjét.¹⁵ Ennek illusztrálásához a köztársasági elnök kinevezési jogkörére vonatkozó határozatot használom fel: 48/1991. (IX. 26.) AB-határozat B. pont. Az Alkotmány szövege nem ad egyértelmű eligazítást arra vonatkozólag, hogy milyen feltételek esetén tagadhatja meg a köztársasági elnök a kinevezést tartalmi szempontból. Bár némely ponton a bírók joghézagról beszélnek, a korábbi definícióink szerint ez részlegesen szabályozott eset, hiszen a vitatott alternatívák nem a lehetséges szemantikai tartalmon kívül vannak, nem azzal szemben, hanem azon belül, annak pontosításaként fogalmazódtak meg. A többségi véleményt jegyző bírók egy része a következőképpen értelmezte az előttük álló *probléma természetét*:

„Az Alkotmánybíróság az értelmezés során nem állapít meg új szabályt, csupán kifejti az Alkotmányban *egyébként benne rejlőket*, mintegy kibontva azokat a rendelkezések szövegéből, mindenkor szem előtt tartva azok tartalmát és összefüggéseit. Az Alkotmánybíróság a hatáskörébe utalt értelmezési jogkör gyakorlása révén tehat *megismerő és értékelő műveletet végez*, az *alkotmányszövegben foglalt alkotmánytartalmat állapítja meg*. E feladat teljesítése pedig kifejezetten hatáskörébe tartozik. Ennek során támaszkodik a jogtudományban és a joggyakorlatban ismert nyelvtani, logikai, rendszertani és történeti értelmezési módszerekre.” (Az én kiemeléseim – Gy.T.)¹⁶ (ABH 1991: 209)

Való igaz, hogy a bírók használják az *értékelő* kifejezést is, álláspontjukban mégis inkább a megismerő tevékenységre, az értelmezés *deklaratív* jellegére esik a hangsúly. Ez mindjárt kitűnik, ha szembeállítjuk ezzel a szöveggel a különvélemény egy részét:

„Feltéve, de meg nem engedve, hogy a 29.§ (1) bekezdését mégis hatásköri szabályként értelmezzük, abból messze nem csupán az idézett, hatásköri korlát vezethető le. *Epp ilyen mértékben összefüggésben áll a 29.§ (1) bekezdésével az is, hogy a kinevezés megtagadása csak akkor alkotmányos, ha a köztársasági elnök*

- megítélése szerint a javaslat teljesítése nem áll összhangban az államszervezet működésének demokratizmusával, vagy

- arra a meggyőződésre jut, hogy a javaslat teljesítése veszélyeztetné az államszervezet demokratikus működését, illetőleg

- minden kétséget kizáró módon megállapítja, hogy a javaslat teljesítése megbénítaná a demokratikus államszervezet működését vagy abban másként el nem hárítható súlyos zavarokat idézne elő.

A példaként idézett szövegváltozatok azonos mértékű kapcsolatban állnak az Alkotmány 29.§-ának (1) bekezdésével. Mindegyik mellett és ellen lehet politikai érveket felhozni. Az azonban az alkotmányozásra jogosult Országgyűlés feladata, hogy politikai szempontok mérlegelése alapján válasszon az alkotmányjogi szempontból egyenértékű, de az elnöki jogkör szempontjából nagy különbséget mutató szövegváltozatok közül.” (Az én kiemelésem. – Gy.T.) (ABH 1991: 208)

A korábban idézett párhuzamos vélemény íróinak igaza van abban, hogy az általuk adott értelmezés már benne volt a szövegben. De – mint azt a különvélemény írói helyesen hangsúlyozzák – a szövegben más is benne volt. A korábban idézett álláspont képviselőinek¹⁷ akkor lenne helytálló a nézete, ha a szöveg bizonytalansága ellenére az Alkotmány összefüggései determinálták volna a döntést. Mint majd a későbbiekben látni fogjuk, ez irreálisan erős követelmény. A különvélemény érvelése rámutat arra, hogy a bírónak ilyenkor választania kell, s hogy – Kelsen kifejezését használva – az értelmezésben az *akarati* elem is jelen van. Vigyáznunk kell azonban, hogy ebben a kijelentésben mi van benne és mi nincs. Ebből nem következik ugyanis az, hogy a választás *önkéntes* lenne. Mint a különvéleményt jegyző bírók írják, a választás *érvekkel*, mégpedig nem *személyhez kötődő*, hanem a *jogászai közösség által elfogadott* érvekkel van alátámasztva. A különvélemény érvelése tökéletesen megfelel annak, ahogyan a részlegesen szabályozott esetekben a probléma természetét ábrázoltuk. A bíró ilyenkor választ a szemantikailag lehetséges normavariánsok között, s ennek során kiegészítő tételek és segédfogalmak segítségével pontosabbá teszi a szöveg jelentését. *Ebből a szempontból* a skót válóper és a köztársasági elnök kinevezési jogköre ugyanolyan természetű. S mivel a bíró mindkét esetben döntési helyzetben van,

ezért az általunk használt definíció szerint mindkét esetben *politikai tevékenységet* végez.

Most, hogy elemeztük a részlegesen szabályozott esetekben a probléma természetét, jobban meg tudjuk ítélni egy másik népszerű állítás tartalmát is. Gyakran elhangzik, hogy az AB csak alkotmányjogi érvekre támaszkodhat. Ez azonban csak egy másik kifejezése annak, hogy a bíróság kibontja azt, ami az alkotmányban benne van. Az Alkotmány szövegére való hivatkozás ugyan valóban szükséges része az érvelésnek, de nem elégséges, ezért a döntés *aluldeterminált*, s ahhoz más tényezők is szükségesek. A szöveggel konzisztens variációk közötti választás ugyanis maga nem *csak* az Alkotmányon nyugszik. Az más kérdés, hogy egy *következő esetben* már ez is alkotmányjogi érvvé válhat.

A probléma természetét illetően osztom a különvélemény szerzőinek álláspontját, de nem osztom a belőle levont következtetést. Amíg a skót válópert MacCormick professzor *a vázolt jellemző vonása miatt* az értelmezés paradigmátikus esetének tekintette, addig a különvéleményt kifejtő bírók a másik esetet *ugyanazon jellemző vonása miatt* az értelmezésen túlmutatónak, az alkotmánykiegészítés fogalmi körébe tartozónak, s alkotmánybírói hatáskörüket meghaladónak nyilvánították. Hasonló következtetésre jut az AB kritikusai közül Pokol Béla is, amikor az általa favorizált alkotmánybíráskodási jogkonceptiót kifejti: „Az alkotmánybíró igyekszik elhárítani azokra az alapjogokra való támaszkodást, amelyek ilyen alapjogi dogmatikával még nincsenek ellátva (például az emberi méltósághoz való jog – Gy.T.). Tipikus érve ilyenkor: Az alkotmány adott szövege a jelen esetben nem teszi lehetővé, hogy alkotmányértelmezéssel dönteni tudjunk, ezért tartózkodjunk a döntéstől” (Pokol 1994a: 8). De mikor van egy alapjog dogmatikával kidolgozva, belső mércékkel ellátva? Hol van az a pont, ahol az AB kinyilvánítja, hogy most már hajlandó elbírálni az emberi méltóság sérelmére alapozott indítványokat? S lehet-e más mérce az ilyen alapjogi dogmatikával való *elégséges* kidolgozottság számára, mint az, hogy az alapjogi dogmatika *a szóban forgó esetben* megoldást nyújt?¹⁸ Az idézett szöveg második mondata egyértelműen ezt látszik alátámasztani.

Ha valaki *azért* kifogásolja ezeket az eseteket, mert ilyenkor a bírónak értékítéletet kell hoznia, akkor kifogásának *minden* ilyen esetre ki kell terjednie, s akkor nem lehet megállni addig a következtetésig, hogy a bíróság *csak a szabályozott eseteket* döntheti el, csak erre van hatásköre. Rögtön le kell szögezni, hogy egy ilyen jogrendszer logikailag elképzelhető; s ennek a felfogásnak a hívei a jogi érvelésnek nem valamely eleve hibás elméletét vallják. Ez az álláspont részben empirikus, részben normatív jellegű kérdéseket vet fel: így szoktak-e a bírák általában és az alkotmánybírák különösen eljárni? S így kellene-e eljárniuk? Mielőtt ezekre a kérdésekre térnénk, a fenti elemzés alapján megadhatjuk az aktivista álláspont egy lehetséges definícióját: aktivista az a bíró, aki vállalja, hogy érdemben dönti el a

nehéz eseteket, s antiaktivista az a bíró, aki szerint a nehéz esetek eldöntése nem tartozik a bíróság hatáskörébe.

Ha az antiaktivizmusnak ezt a fogalmát mint leíró kategóriát használjuk, akkor ez nem reprezentálja sem az alkotmánybíróság munkáját általában, sem az ebben az ügyben különvéleményt valló bíróké. Azt hiszem, senki nem tagadná, hogy például az alapjogok korlátozására vonatkozó szabályt, a diszkrimináció tilalmának elvét vagy a jogállamiság fogalmát lehetséges lett volna másképpen – de az Alkotmány szövegével éppoly konzisztens módon – is értelmezni, mint ahogyan azt az AB tette, vagyis hogy ezek nehéz esetek voltak. Mindazonáltal a bíróság által bevezetett segédfogalmak és kiegészítő tételek az ítékezés szilárd alapjává váltak, melyekre különvélemények nélküli határozatok egész sora támaszkodik. Az AB tehát ebből a szempontból egyértelműen aktivistának tekinthető, s csupán elvértve találkozhatunk a fentebb idézethez hasonlóan következetes antiaktivista állásponttal.

A fenti értelemben vett antiaktivista álláspont azonban normatív szempontból is fontos aggályokat vet fel: ha ugyanis csak a szabályozott esetekben dönthetne, akkor az Alkotmány több szakaszát, köztük a légfontosabb jogokra vonatkozó rendelkezéseket az AB vajmi kevészer alkalmazhatná. Így ezek vagy nem érvényesülnének, vagy az Országgyűlésnek kellene értelmeznie őket. Ez a megoldás amellett, hogy nem praktikus, a hatalommegosztás szempontjából is kifogásolható. Ha pedig az Országgyűlés egyszerű többséggel alakíthatná ki ezek tartalmát, akkor az alkotmányos jogok nem töltének be talán legfontosabb funkciójukat, nem nyújtanának védelmet a többség esetleges zsarnokságával szemben. Érdeemes itt felidézni a fentebb említett határozat másik párhuzamos véleményét írók indoklását. Ebből kitűnik, hogy az antiaktivista állásponttal nem az a baj, hogy jogelméleti szempontból lehetetlen, hanem hogy normatív szempontból elfogadhatatlan:

„Az Alkotmánybíróság a szigorú nyelvtani jogszabáylelemzés alapján mondhatná, hogy valamely, az államszervezetet alapjaiban érintő kérdésben, vagy az állampolgárok alapvető jogait érintő kérdésben az Alkotmány nem ad eligazítást; joghézag áll fenn. *Am ebben az esetben éppen alapvető feladatát tagadná meg.*” (Az én kiemelésem. – Gy.T.) ... „Az alkotmányos jogállam elengedhetetlen jellemzője, hogy az államhatalom letéteményeseiről az Alkotmány egyértelműen rendelkezék. Közhatalom csak törvényen alapulhat. Ezen a területen nem lehet joghézag, az ellenmondana a magyar államiság Alkotmányban meghatározott jellegének. Nincs mód arra¹⁹, hogy az Alkotmány értelmezendő szakaszainak a hatalom letéteményesei egymás közti megállapodásával alakuljon ki gyakorlatban az elfogadott értelme” (ABH 1991: 210).

Felvetődhet az olvasóban, hogy miért kell ennyi figyelmet szentelni egy olyan álláspont vizsgálatának, amelyet tulajdonképpen egyetlen bíró sem képvisel következetesen, s amely mellett kevés alkotmányjogász érvelne. A válasz egyik része: az egyik legmakacsabban visszatérő kritika az, hogy a bíróság nem kötődik eléggé az Alkotmány szövegéhez. (Maga az AB is gyakran hatásköri kérdésként értelmezi a konfliktust.) Ennek a homályos fordulatnak azonban csak a jogi

érvelés valamely elméletében lehet pontos értelmet adni. S noha explicit módon nem állítják azt, miszerint az AB-nak csak a szabályozott eseteket szabadna elbírálnia, ha elfogadható az érvelés fentebb vázolt elmélete, akkor a szöveghez-kötöttség kívánalmából ez következik. A válasz másik része az, hogy, ha ritkán is, van olyan eset, amikor az egyébként aktivistának tartott többség is épít az antiaktivista logikára, -s ennek segítségével tér ki az érdemi döntés elől. Az abortusz-határozatban – 64/1991 (XII. 17.) AB-határozat – például a következőképpen érvelt az AB:

„A magzat jogalanyiségának kérdése az Alkotmány értelmezésével nem dönthető el. Ezért az Alkotmánybíróság csak a magzat jogalanyiségáról való törvényhozói döntés után, és attól függően mondhat érdemi vélelményt az abortusz adott szabályozásának alkotmányosságáról. ... A magzat jogalanyiségával kapcsolatban nem áll fenn a tipikus alkotmányértelmezési helyzet. Nem arról van szó, hogy egy általánosan elfogadott és értékesleges fogalom keretén belül a lehetséges értelmezésekről kell megállapítani, hogy ezek közül melyek férnek össze az Alkotmánnyal, és melyek nem. Alapvetően más jogi helyzet keletkezik attól függően, hogy a magzat jogalany-e, vagy sem. A két lehetséges értelmezés jogi következményei egymást kizárják, ugyanakkor az Alkotmánnyal mindkettőjük összefér. (Az én iemelésem. – Gy.T.) A hatályos Alkotmányban rögzített alapjogok értelmezése alapján nem lehet választani a kétféle megoldás között. Az Alkotmánybíróság az élethez és az emberi méltósághoz való jogot, illetve a jogalanyisághoz való jogot értelmezheti, de ezek – bármely tartalommal is – attól függően hatályosulnak, hogy ki tartozik a »minden ember« közé. A magzat jogalanyiségáról való döntés az ember jogi státuszának újbóli meghatározása. Ez az alapjogok értelmezéséhez képest előkérdés, az Alkotmány belső összefüggéseiből le nem vezethető, külső – tartalmilag alkotmányozói – döntés, amelynek legcélszerűbb szabályozási módja az lenne, ha magában az Alkotmányban fektetnék le” (ABH 1991: 266).

Nem állítom, hogy az AB helytelenül járt el akkor, amikor a magzat jogalanyiségának a kérdésében nem foglalt állást, s-azt a törvényhozóhoz utalta. Nem tartom viszont elfogadhatónak azokat az érveket, amelyeket az AB felhoz amellet, hogy a kérdés értelmezéssel nem dönthető el. A szövegből legalább négy, egymástól független, de sem külön-külön, sem együttesen nem elégséges érv olvasható ki az érdemi döntés elutasítása mellett. Itt kettőt vizsgálok meg, a másik kettőre a későbbiekben térek vissza. Önmagában az az állítás, amit a fentebb kiemelt mondat tartalmaz – mint azt a részlegesen szabályozott eseteknél említettem –, nem zárja ki az értelmezés lehetőségét. A „minden embert megillet az élethez való jog” norma szövegével összefér az a variáns, amely magában foglalja a magzatot is, illetve az is, amely kizárja. A két norma azonban ellentétes eredményre vezet – foglalhatnánk össze az AB aggályát. De miért jelentene ez gondot? Vegyük észre, hogy minden értelmezési problémát leírhatunk oly módon, ahogyan azt az AB tette. Korábbi példákra visszatérve: a házasságtörést tartalmazó n norma szövegével az az $n1$ normavariáns is összefér, amely szerint a mesterséges megtermékenyítés esete annak, illetve az az $n2$ normavariáns is, amely szerint nem. A két normavariáns egymást kizáró eredményhez vezet. De ha a két – a szöveggel egyébként összeférő – értelmezés nem vezetne legalább egy esetben egymást kizáró jogi következményekhez, akkor nem is lenne értelme két értelmezésről beszélni. A második érv még rejtélyesebb:

az, hogy egy alkotmányos kérdés egy másiknak előkérdése, nem érv az értelmezés lehetetlenségére nézve. Így nincs kizárva ennek az az alelete sem, amikor egy jog tartalmához képest előkérdés a jogosultak köre.²⁰

Az eddigieket összefoglalva, elmondhatjuk, hogy ha az alkotmány-értelmezés – alkotmányozás kategóriáiban gondolkodunk, s az aktivista álláspontot úgy definiáljuk, hogy ez a nehéz esetek érdemi eldöntésének vállalását vonja maga után, akkor az aktivista pozíció a valóságnak inkább megfelelő, s normatív szempontból is jobban védhető, mint riválisa. Ugyanakkor *ezek a kategóriák inkonzisztens gyakorlatot kényszerítenek a bírókra*. Egy itt antiaktivistaként jellemzett bíró nem tud számot adni arról, hogy bizonyos esetekben miért vállalja mégis a nehéz esetek eldöntését, s egy aktivista nem tud számot adni arról, hogy bizonyos esetekben miért utasítja vissza. Ez a két kategória ugyanis csak két alternatívát hagy nyitva: vagy vállalja valaki a nehéz esetek eldöntését, vagy nem. Eppen ezért inkonzisztens ezen az alapon bizonyos esetekben alkotmánykiegészítéssel, hatáskörtúllépéssel és aktivizmussal vádolni egyes bírókat, hiszen a legtöbb esetben a pillanatnyilag antiaktivisták maguk is ezt teszik, s ugyanúgy az aktivisták is bizonyos esetekben az antiaktivisták érvkészletéhez fordulnak. A megoldás éppen ezért csak az lehet, ha kilépünk ebből a fogalmi keretből, s nem azt kérdezzük, hogy *egyáltalán eldönthetnek-e* a bírók nehéz eseteket, nem azt kérdezzük, hogy *kiegészítik-e* vagy csak értelmezik az Alkotmányt, túllépek-e hatáskörüket vagy sem, hanem azt, hogy *milyen típusú* nehéz eseteket, és *hogyan* kellene eldönteniük?

A jogi érvelés elméletének arra nézve is mondania kell valamit, hogy hogyan kell a bíróságnak a nehéz eseteket eldöntenie. Nevezük ezt a kérdést a *másodlagos igazolás* problémájának.²¹ Fontos látnunk, hogy bárhogyan is válaszoljuk meg a kérdést, a válasz mindenképpen feltételez valamely *normatív* elméletet arra nézve, hogy mi a bíróságoknak, s köztük az alkotmánybíróságoknak a szerepük a politikai rendszerben, mi a viszonyuk más szervekhez, milyen feladatok megoldására teszik alkalmassá s legitimmé ezeket a bírók rekrutációja, a bíróságok eljárása, s más intézményi megfontolások. Ez magyarázza a kísértést arra, hogy hatásköri kérdésként értelmezzük ezeket a problémákat, s az alkotmányértelmezés – alkotmánykiegészítés dichotómiájában gondolkodjunk. Ezek ugyanis semleges, értékítélettől mentes kategóriáknak tűnnek, s nem szükségeltetik alkalmazásukhoz semmilyen – a bíróságokra vonatkozó – normatív elmélet. A probléma azonban az, hogy ha úgy tesszük fel a kérdést, hogy *kiegészíti-e* az AB az Alkotmányt, akkor be kell ér-nünk azzal a válasszal, hogy általában igen. Ez a triviális megállapítás azonban nem sokban segít bennünket sem az alkotmánybíráskodás megértésében, sem értékelésében. Tanulmányom egyik állítása éppen ezért az, hogy az alkotmánybíráskodás valamely tartalmas elméletének a másodlagos igazolás kell hogy a súlyponti területe legyen.

III.

A másodlagos igazolás tárgyalásánál az látszik a leggyümölcsözőbb módszernek, ha a bíráskodásra vonatkozó nézeteket modellekbe sűrítjük. Ezek a modellek különböző bírói szerepfelfogáson nyugszanak, s különböző receptet adnak a bírónak arra nézve, hogyan kell eldönteniük a nehéz eseteket. Az egyes modellek ilyenkor eltérő típusú érveket részesítenek előnyben. Az a kérdés, hogy mely nehéz eseteket döntse el a bíróság, különbözik ugyan attól, hogy hogyan döntse el, mégis szoros összefüggés van a két probléma között, s e modellek segítséget nyújthatnak ebben a kérdésben is. Ezek a modellek természetesen nem reprezentálják a lehetséges (vagy kívánatos) bírói attitűdöket kimerítően.²²

Fentebb arra a következtetésre jutottunk, hogy a nehéz esetekben a bíróság óhatatlanul értékítéletet hoz. A rendes bíróságok esetében ez akkor elégíti ki a politikai tevékenység itt használt definícióját, ha a döntés túlmutat a konkrét ügyön. Ilyenkor bírói jogalkotásról beszélhetünk. Az AB esetében, mivel általános normakontrollról van szó, eleve adottnak tekintettük a politikai tevékenység második fogalmi elemét. A bírók politikai tevékenységével szemben a leggyakoribb érv alkotmányjogi természetű: a bírók nem választott tisztviselők, s nem terheli őket politikai felelősség. Egyébként kiválasztásuk módjánál fogva nem reprezentálják a társadalom minden rétegét; éppen ellenkezőleg, a társadalom igen szűk elitjéből rekrutálódnak. Éppen ezért nem valószínű, hogy amikor a nehéz esetekben értékítéletet kell hozniuk, akkor megjelenítik a társadalom valamennyi rétegének preferenciáit. A bírói jogalkotás ezért – folytatódik az érv – lényegénél fogva antidemokratikus. Másrészt, még ha demokratikusan választanák is a bírákat, akkor sem szerencsés a bírói jogalkotás, hiszen a bírói eljárás természeténél fogva nem alkalmas jogszabály alkotására. A bíróság nem rendelkezik megfelelő információkkal, az eljárás lényege éppen az, hogy a bírók a szóban forgó kérdésnek csak egy szűk keresztmetszetét ismerik, általában két elfogult fél tálalásában. A bíróságnak nincs megfelelő felkészültsége, információja és apparátusa ahhoz, hogy az általa megalkotott szabály valamennyi gazdasági, társadalmi előnyét és hátrányát mérlegelni tudja. Harmadrészt, a bíró ugyanabban a konkrét esetben hozza meg az általános szabályt, melyben alkalmazza: tehát a bírói jogalkotás visszaható hatályú, s ez méltánytalan. Némi módosítással, de ezek a „vadász” megfogalmazhatók az AB-val szemben is. Ezeket a szempontokat figyelembe véve kell megítélnünk, hogyan kell a bíróságnak a nehéz esetekben eljárnia.

Nagy múltú alkotmánybírói gyakorlatot rendelkező országok természetesen kialakították a maguk alkotmányértelmezési elméleteit is. Ezeknek éppen az a céljuk, hogy választ adjanak arra a kérdésre, milyen típusú nehéz eseteket és hogyan kellene eldönteniük a bíróságoknak. Ezek közül kettőt említék itt, melyek nagyon fontos szerepet játszottak az amerikai vitákban, de annyira nem illenek a

magyar gyakorlatra vagy az azzal kapcsolatos elvárásokra, hogy nem tartottam érdemesnek részletesen tárgyalni őket. Az egyik álláspont szerint, ha az alkotmány önmagában nem ad megoldást egy problémára, akkor az *alkotmányozók szándékát* kell megpróbálni rekonstruálni, s annak segítségével kell eldönteni az adott ügyet. Az elmélet fő vonzereje természetesen az, hogy objektívnek tűnő kritériumot állít az értelmezés elé, s ezáltal kizárni látszik a bírók szubjektív értékítéletét. A másik befolyásos nézet úgy próbálja kiküszöbölni az alkotmánybíráskodás „legitimációs deficitjét”, hogy nem adna lehetőséget a törvények tartalmi felülvizsgálatára, hanem pusztán arra hatalmazná fel a bírót, hogy a *törvényhozás eljárását* vizsgálják. Ez a vizsgálat azonban nem szorítkozna pusztán a formai vonásokra, hanem azt a kérdést helyezné a középpontba, hogy a törvény meghozatala során valamennyi érdeket figyelembe vettek-e, beleértve azoknak a csoportoknak az érdekeit is, amelyek számarányuknál fogva nem elég erősek, hogy a törvényhozásra egyébként érdemi befolyást gyakoroljanak. Eszerint különösen olyan törvények esetében indokolt a bírói szigor, melyek valamilyen hatékony politikai képviselő nélküli vallási, etnikai vagy másfajta kisebbséget érintenek. Ennek a felfogásnak az a fő vonzereje, hogy a demokráciából levezethető közkeletű alkotmányos érvekkel nem támadható, sőt ez a nézet éppen a demokrácia nevében, annak magasabbrendű formájához fellebbez a törvényhozó döntésével szemben. Véleményem szerint mindkét állásponttal szemben komoly aggályok vethetők fel. (Kritikájukra lásd pl. Dworkin 1985: 2. fejezet; Tribe 1985: 2. fejezet.) Mivel azonban e modellek irrelevánsak – különösen a két alkotmány nagy „körülönbsége” miatt az első –, így ezek gyenge pontjaival sem foglalkozom.²³

A) Az egyik markáns felfogás szerint – nevezzük ezt a *konszenzus-modellnek* – a bíróságnak *nem szabad* a nehéz esetekben *saját értékítéletére* támaszkodni, hanem a társadalomban uralkodó konszenzus alapján kell döntését meghoznia. Így, ha a bíróság intézménye és a *döntéshozás eljárása* nem tekinthető is demokratikusan legitimátnak, a *döntés tartalma* azonban igen. Éppen ezért a bíróságnak tartózkodnia kell az olyan ügyek eldöntésétől, amelyekben a társadalom álláspontja megosztott. Az ilyen kérdések eldöntése a törvényhozó feladata. Másrészt, a bíró előtt álló probléma természete – vagyis a társadalmi konszenzusnak megfelelő döntés megállapítása – olyan, hogy a bíró alkalmas a megoldására. Ez a feladat ugyanis lényegében különbözik attól, amit a törvényhozó tesz, vagyis a szembenálló döntési alternatívák korlátozás nélküli mérlegelésétől. A két döntési eljárás között tehát minőségi különbség van. Harmadrészt, ha nincs is jogszabály az adott esetre nézve, a döntés meghozatalakor már létezik valamilyen döntési alap, s ez hozzáférhető, megismerhető. Ezért jórészt erejét veszti az a bírói jogalkotással szembeni érv, amely szerint az állampolgár nem képes mihez igazítani magatartását, s a bírói döntés utólag, tehát méltánytalanul állapítja meg a szabályt. A mo-

dellel szemben három típusú kétely fogalmazódik meg: a) Mivel azonosítható a konszenzus? b) Megfelelő leírása-e ez annak, ahogyan a bírók eljárnak? c) Kívánatos-e, hogy a bírók így járjanak el?

a) Ami a konszenzus fogalmát illeti, a legfontosabb kérdés talán az, hogy a bírónak a társadalomban uralkodó *empirikus konszenzust* kell-e figyelembe vennie, ad abszurdum a közvéleménykutatás eredményeit kell követnie? A konszenzus-modell híveinek többsége szerint nem a pillanatnyi-empirikus konszenzus az irányadó, hanem a társadalom alapintézményeiben megmutatkozó állandóbb, bevett értékek, köztük azok, amelyek a joganyagban megtestesülnek. E felfogás mögött az a megkülönböztetés áll, hogy egyfelől vannak *tényleges preferenciáink* (amelyeknek az aggregálásával megismerhetjük a közvélemény tényleges álláspontját valamely kérdésben), másfelől beszélhetünk olyan *ideális preferenciákról*, amelyeket alapos megfontolás után és kellő információ birtokában alakítanánk ki. Minél inkább eltávolodunk azonban az empirikus konszenzustól, annál nagyobb szerep jut e „mélyebb” konszenzus rekonstruálásában a bírónak, s annál távolabb kerülünk a modell eredeti igazolásától, mely a bíró szubjektív értékítéletét akarta kiküszöbölni.²⁴ A preferenciák azonban nemcsak így módon, „mélységben” struktúráltak, hanem időben is: a társadalom alapintézményeiben a múlt konszenzusa testesül meg, amit az adott pillanatban nem feltétlenül oszt a társadalom. A közöttük való választás ismét a bíró értékítéletén nyugszik. További problémát jelent, mint már említettük, a konszenzus megálapításának a módja: a bírók nem reprezentálják a társadalom egészét, általában a társadalom szűk elit csoportjából kerülnek ki, s annak értékeit vallják.

b) A konszenzus fogalma körüli nehézségeken túl, empirikus értelemben sem állja meg helyét a modell. A valóságban a bírók kevésszer hivatkoznak a társadalmi konszenzusra. A modell sokkal közelebb áll ahhoz, amit a bírók mondanak, mint amit a valóságban tesznek. Ami pedig a magyar AB-t illeti, a bíróság nemhogy a gyakorlatban követné a társadalmi konszenzust, de explicit módon többször kifejezésre juttatta, hogy nem tekinti azt – legalábbis a közvélemény álláspontját – magára nézve kötelezőnek. Ennek illusztrálására álljon itt egy konkrét példa, mely más, a későbbiekben említendő szempontból is figyelemre érdemes:

„Az Alkotmánybíróság határozata a halálbüntetés alkotmányosságának kérdésében a döntés alapját és véglegességét tekintve lényegesen más, mint a halálbüntetés törvénnyel való eltörlése. Az Országgyűlésnek szabadságában áll bármilyen érv alapján dönteni; legyen az tudományos, vagy gyakorlati, büntetőpolitikai, vagy tetszőleges aktuálpolitikai megfontolás, vagy indíték. (Lásd a halálbüntetés eltörlését a politikai bűncselekményekre 1989-ben.) A törvényhozási folyamat nyilvánossága alkalmat teremt minél több érv ismertetésére és ütköztetésére; s egyben elő is készíti a közvéleményt a döntésre. Könnyebbés a parlamenti döntésnek, hogy a halálbüntetést eltörlő törvény önmagában nem jár kényszerítő következményekkel az élethez való jog más kérdéseire nézve. Ugyanakkor az Országgyűlés ki van téve a közvélemény nyomásának. A Parlament tetszése szerint fenntarthatja, eltörlheti, vagy visszaállíthatja a halálbüntetést – amíg e büntetés alkotmányosságáról az Alkotmánybíróság ki nem mondta a végső szót. Az Alkotmánybíróság ezzel szemben kizárólag alkotmányjogi érvekkel alapozhatja meg

döntését. Különösen nem érheti be az általában alkalmazott kriminológiai érveléssel, hogy ti. a halálbüntetés hatékonysága a bűnmegelőzés szempontjából nem bizonyítható. *Nem köti az Alkotmánybíróságot a törvényhozó szándéka*, hiszen a Büntető törvénykönyv alkotmányosságát felülvizsgálhatja, az Alkotmányt pedig értelmezheti. Az Alkotmánybíróság döntése végleges. *Nem köti az Alkotmánybíróságot sem a többségi akarat, sem a közvélemény. Nem köti egyetlen erkölcsi, vagy tudományos irányzat sem.*” (Az én kiemeléseim – Gy. T.) (ABH 1990: 97)

Vannak azonban olyan esetek, amikor a konszenzus mégis szerepet kap az érvek között. Két ilyen esetet vizsgállok meg. Az egyik az itt idézett párhuzamos indoklásnak egy másik része, a másik az abortusz-határozat már idézett bekezdése. Ezek jelentőségét nemcsak az adja, hogy nagy horderejű határozatokban született állásfoglalások, hanem az is, hogy mivel az alapjogértelmezés általános „módszer-tanárra” vonatkoznak, a konkrét ügyeken messze túlmutató hatásuk lehet(ett volna).

„Az alkotmányos jogok igen absztrakt megfogalmazásában nem fedezhető fel semmilyen jele annak, hogy a törvényhozó ezen jogok egy adott értelmezése mellett kötelezte volna el magát. ... Az alkotmányértelmezésnek az értelmezendő jogok fogalmából kell kiindulni, mint semleges kategóriából, amelynek határaitra nézve nagyfokú konszenzus állapítható meg, tartalmára nézve viszont több, eltérő értéktartalmú koncepcióval is kitölthető. (Az én kiemeléseim, – Gy. T.) Ha így járunk el, akkor az Alkotmány tag definíciói megannyi morális kérdésfeltevést (is) tartalmaznak. A pluralista társadalom lényegéhez tartozik, hogy ezekre a kérdésekre többféle válasz adható, vagyis a jogok többféle értéktartalommal kitölthetők, úgy, hogy közben a jogok egész alkotmányos rendszere koherens és működőképes marad. Az Alkotmánybíróságnak a határesetekben kell beavatkoznia, azt a vonalat meghúznia, amelyen túl egy adott tartalmi koncepció („válasz”) már az Alkotmány egész rendszerével (alapelveivel) nem hozható összhangba. Pl. az állampolgári egyenlőség számos értelmezést elvisel; az Alkotmánybíróságnak ki kellett mondania, hogy az egyenlőség nem korlátozható a mechanikus egyenlőségre az anyagi javak elosztása vonatkozásában, s ugyanakkor tisztáznia kellett a pozitív diszkrimináció megengedtségét, annak feltételeivel együtt. Más esetben az Alkotmánybíróság azt állapíthatja meg, hogy az alkotmányos jog egy adott tartalmi koncepciója belefér az alkotmányos fogalmi keretbe, akkor is, ha azt a törvényhozó ki akarta zárni. Kivételesen az is előfordulhat, hogy egy alkotmányos jog csak egyetlen értelmezési koncepciót tűr el. Ez természetesen értékítélet. Az Alkotmánybíróságnak azonban éppen erre van felhatalmazása: hogy ti. az Alkotmány fenntartása érdekében a saját tartalmi koncepcióját érvényesítse. Határesetekben és össze nem férő koncepciók ütközésekor az Alkotmánybíróság feladata a választás. Az élethez való jog fogalmát nem lehet két olyan koncepcióval kitölteni, amelyek közül az egyik megengedi, a másik viszont kizárja a halálbüntetést. Az Alkotmánybíróságnak itt azt az értelmezést kell kötelezővé tennie, amely szerinte az Alkotmány egészével összhangban áll” (ABH 1990: 98).

Három kategória szorul itt magyarázatra: a jogok fogalma, határa és tartalma. Ha a jogok fogalmát és határát illetően nagyfokú konszenzus van a társadalomban, s ebből kell kiindulni, akkor az AB-nak az a feladata, hogy ezt a tőle független „sablon” ráhelyezze a jogok tartalmi koncepcióira, s azokat, amelyek kilógnak e sablon alól, mint alkotmányellenest megsemmisítse. Másrészt, ahol a törvényhozó el akar venni valamit, ami egyébként a sablon alá tartozik, ott emiatt kell a jogszabályt alkotmányellenesnek nyilvánítani. A jogok határának a megvonásánál azonban az AB nem szokta keresni, hogy mi a széles körű konszenzus: teljesen más kritériumrendszer alapján ítéli meg a korlátozás lehetőségét, ugyanis a korlátozás célját, elkerülhetlenségét és arányosságát vizsgálja. A jogok fogalma, mint abszt-

rakt, formális megfogalmazásuk, valóban szembe állítható a jogok *felfogásával*. S ebben – éppen formális voltuk miatt – lehetséges és valószínű a konszenzus. A legtöbben alighanem egyetértenék abban, hogy az egyenlőség *fogalma*²⁵ azt kívánja, hogy a hasonlóakat hasonlóan, a különbözőeket pedig különbözőképpen kezeljük. Ez a fogalom, melyben nagyfokú konszenzus van, azonban nem mond semmit arra nézve, hogy mi a hasonló, s mi a különböző. Ezt az absztrakt fogalmat az egyenlőség különböző *felfogásai* töltik ki *tartalommal*. Abban a kérdésben azonban, hogy hol húzódik meg egy-egy jognak a *határa*, nem lehet állást foglalni egy meghatározott *felfogás* nélkül, a kérdéses jog fogalmára hagyatkozva. Ezt a bíróság – az esetlegesen létező konszenzustól függetlenül – más módon, legjobb belátása szerint, saját értékítéletét gyakorolva állapítja meg. Ha azonban az egyes jogok fogalmát elválasztjuk a jog határától, akkor ennek a fogalomnak és vele együtt a konszenzusnak és az értéksemlegeségnek nem lesz érdemi szerepe az értelmezésben.

Az abortusz-határozatban az érdemi döntés elutasítására vonatkozó szövegből a már vizsgált érveken kívül egy harmadik érv is kiolvasható, mely szerint azért nem lehetett eldönteni az ügyet, mert abban nem volt konszenzus.

„A magzat jogalanyiságával kapcsolatban nem áll fenn a tipikus alkotmányértelmezési helyzet. Nem arról van szó, hogy egy általánosan elfogadott és értéksemleges fogalom keretén belül a lehetséges értelmezésekről kell megállapítani, hogy ezek közül melyek férnek össze az Alkotmánnyal, és melyek nem.” (Az én kiemelésem. – Gy.T.) (ABH 1991: 226)

Fontos azonban látni, hogy miben nem volt konszenzus. Mivel a jog *felfogásában* megnyilvánuló konszenzust máshol sem tekintette ügyszókének az AB a jog határaitra nézve, így máshol sem állapította meg azt, hogy létezik-e egyáltalán a konszenzus. Éppen ezért ennek hiánya itt sem lehet érv az érdemi döntés elutasítására. Abból pedig, hogy a felfogás kérdésében nincs, nem következik az, hogy az absztrakt *fogalomban* ne lehetne konszenzus. Miért ne lehetne az „embernek” vagy a „jogalany” valamilyen absztrakt fogalmában egyetértés?

A konszenzus azonban nemcsak arra utalhat, hogy egyetértés van a jog fogalmában, vagy a felfogásában. Nézzünk erre egy példát. Vannak, akik a haszonelvű megfontolások alapján védik a szólásszabadságot, s vannak, akik az egyéni jogokra hivatkozva. A két fél a szólásszabadság két eltérő felfogását vallja. Mindkét felfogás kimetszi azoknak az eseteknek a halmazát, amikor az adott fél szerint az embert megilleti a szólásszabadság joga. Valószínűleg a két halmaz nagymértékben átfedi egymást, bizonyára mindketten lehetővé tennék a kormány bírálatát, s tiltanak a cenzúrát. Bár a két *felfogás* eltér egymástól, a jogok *tartalmát* illetően nagyfokú konszenzus mutatkozik. Vannak azonban olyan esetek, mikor a két halmaz nem fedi egymást: tegyük fel, hogy eltérő nézeteket vallanának a fajgyűlölő szólásszabadságáról. Az abortusz esetében ugyanez a helyzet. Bár az élethez való jog mibenlétéről és jogosultjait illetően nagyfokú kon-

szenzus van, előfordulhatnak esetek, ahol ez a konszenzus nem áll fenn. Éppen ilyenkor válik világossá, hogy ugyanazon tartalom mögött eltérő felfogások húzódnak meg. Az ember joga az élethez legtöbbször nem veti fel azt a kérdést, hogy a szóban forgó jog az embert mint élőlényt, az emberi faj egy egyedét, vagy mint bizonyos tulajdonságokkal rendelkező erkölcsi személyt védi. Legtöbbször – bármelyik felfogást fogadjuk is el – ugyanarra a következtetésre jutunk. A magzat problémájának viszont éppen az a sajátossága, hogy választanunk kell az egyes felfogások között, mert ez az a terület, ahol az eltérő felfogások egymást kizáró eredményekre vezetnek. Ha azonban soha nem vezetnének eltérő, s egymást kizáró eredményre, akkor – mint azt már hangsúlyoztuk – nem lenne értelme két eltérő értelmezésről beszélni. Ez azonban még nem elégséges ok arra, hogy az AB az érdemi döntést elutasítsa. Egy korábbi idézetre utalva: „össze nem férő koncepciók ütközésekor az Alkotmánybíróság feladata a választás. Az élethez való jog fogalmát nem lehet két olyan koncepcióval kitölteni, amelyek közül az egyik megengedi, a másik viszont kizárja a halálbüntetést”. Miért lehetne két olyan koncepcióval kitölteni, melyek közül az egyik jogalanyiságot biztosít a magzatnak, a másik viszont nem?

c) Ha meg tudnánk állapítani, hogy mi a konszenzus, s ha a modell a bírói gyakorlat megfelelő leírását adná, akkor is további vizsgáldást igényelne az a kérdés, hogy normatív szempontból megfelelő-e ez az elmélet. Arra a kérdésre már tudjuk a választ, hogy miért előnyös, ha a bírók tartják magukat a konszenzushoz, s csak azokat a kérdéseket döntenek el, amelyekben az létezik. Az éremnek azonban van egy másik oldala, nevezetesen az a kérdés, hogy miért lenne jó, ha a bírók nem döntenék el azokat a kérdéseket, amelyekben nincs konszenzus, s ez azt is felveti, hogy miért lenne jobb, ha ezeket a kérdéseket más, mondjuk a törvényhozó döntené el. Ehhez a kérdéshez a harmadik modellünk tárgyalásakor térek vissza.

B) A második modellünk hívei nem tagadnák, hogy a bírónak konszenzus hiányában is el kell döntenie a nehéz eseteket. Ugyanakkor a bíró ilyenkor *sem saját preferenciái* alapján dönt, hanem olyan döntést hoz, mely az Alkotmány (vagy a jogrendszer) összefüggéseiből levezethető. Másrészt, a bíró előtt álló probléma – vagyis a meglévő jogrendszer elveiből a megfelelő következtetés levonása – olyan természetű, hogy megoldására a bíró alkalmas. Éppen ezért a bírói döntés természete lényegénél fogva különbözik a törvényhozótól. Harmadrészt, igaz, hogy jogszabály nincs a konkrét esetre nézve, de a döntés a jogrendszer már meglévő elveiből következik, következésképpen kalkulálható. Éppen ezért itt is erejét veszti az az érv, amely szerint a bírói jogalkotás visszaható hatályú, ezért méltánytalan. Nevezük ezt a *koherencia-modellnek*. Az előző modellhez hasonlóan itt is azt vizsgálom, hogy a) miben áll a koherencia, b) mennyire felel

meg a modell a valóságnak, c) milyen normatív érvek szólnak mellette.

a) A koherencia fogalma természetesen többféleképpen értelmezhető, de számunkra csak a fogalom olyan megközelítése jöhet szóba, melynek esélye van arra, hogy megfeleljen a modellel szemben fentebb támasztott elvárásoknak. Ezt a követelményt nem elégíti ki a logikai ellentmondás-mentesség követelménye, amit a jogelméleti irodalom általános szóhasználata alapján a konzisztencia fogalmával jelölök. A koherenciára a következőkben mint a jogrendszer normatív egységét biztosító követelményre utalok. Ez a definíció még mindig több alternatívát hagy nyitva, hiszen a jogrendszer normatív egysége több módon is biztosítható. Legegyszerűbb példája ennek az egységnek, ha a rendszer $sz_1, sz_2, sz_3 \dots sz_n$ szabályai egy e alapelvre vezethetők vissza. Ilyenkor azt mondhatjuk, hogy valamennyi szabály ezt az elvet konkretizálja, testesíti meg, az elv pedig valamennyi szabályt racionalizálja, igazolja. Kevésbé egységes a jogrendszer, ha szabályai csak több, egymásból nem származtatható elvből vezethetők le. Ilyenkor, szemben az előző esettel, a koherencia nem globális, hanem csak részleges, lokális lehet. Két ilyen rendszer közül az a koherensebb, amelyikben az elvek között több esetre nézve vannak rögzített prioritási szabályok. Elképzelhető az is, hogy a rendszer elemei körkörösen kapcsolódnak egymáshoz, nem dedukálható egyik a másikból, s valamelyik elem kiesése esetén a rendszer többi elemét is fel kell adnunk.²⁶

Mielőtt megítélnénk a koherencia szerepét a nehéz esetek eldöntésében, rá kell mutatnunk a jogi érvelés egy fontos sajátosságára. A részlegesen szabályozott esetek kapcsán már hangsúlyoztuk az úgynevezett segédfogalmak szerepét. Az AB az értelmezés során az Alkotmány valamely tág, több lehetséges értelmezést elviselő fogalmát pontosítja. Ezáltal egy n normának a lehetséges $n_1, n_2, n_3 \dots n_n$ normavariánsai közül legalábbis kizár bizonyos normavariánsokat. Ez a művelet minden értelmezésnek szükségszerű része. Az így kapott segédfogalmaknak azonban általában az adott ügyön túlmutató normatív erejük lesz. Azaz a későbbiekben a bíróság nem tér újra és újra vissza az n normához, hanem az általa kiválasztott normavariáns lesz az érvelés premisszája. Egy konkrét példával: az AB nem tér vissza újra és újra az egyenlőség kérdéséhez, hanem csak az általa elfogadott értelmezéshez, mely a pozitív diszkrimináció megengedettségének feltételeit rögzíti. A segédfogalmak normativitása biztosítja az alkotmányértelmezés során azt, hogy az egyes fogalmakat mindig ugyanazzal a jelentéstartalommal használják. Egy jogrendszernek nem szükségszerű része az értelmezés ilyenfajta normativitása. A legtöbb európai jogrendszerben azonban a korábbi értelmezésnek legalábbis erős meggyőző ereje van az érvelés során, s figyelmen kívül hagyása hibának számít. Vonatkozik ez a magyar AB tevékenységére is: az egymást követő döntések sorával az Alkotmány egyre pontosabbá válik, a bíróság belső mércékkel hálózza be az Alkotmány szövegét. Ezzel csökken az AB mozgáster, s döntései kalkulálhatóbbá válnak.

Ebből az is következik, mint azt az AB elnöke kifejtette, hogy megváltozik a törvényhozó felelőssége. Hiszen korábban „a parlament nem tudta, mi a mérce, ezért csakis a saját szempontjai szerint hozta meg a törvényeket. Azóta az ún. láthatatlan alkotmány láthatóvá vált, most már ismertek az alkotmányossági követelmények. Ez azt jelenti, hogy a törvényhozó felelőssége egyre nőtt, és a jövőben már kimenthetetlen lesz” (Sólyom 1996).

Az itt vázolt folyamatnak alig túlbecsülhető szerepe van az Alkotmány értelmezésében. Fontos azonban látni ennek a folyamatnak a koherenciához fűződő kapcsolatát. Ez a folyamat koherensebbé teszi a jogrendszert, ugyanakkor a koherencia *csak következménye* lesz az előző értelmezés követésének. A bíróság *autoritása* ugyanis önmagában is elegendő, s a konkrét döntés tartalmától független érv a korábbi értelmezés követésére. Például: tegyük fel, hogy az AB először értelmezi az alapjogok korlátozására vonatkozó 8. § (2) bekezdést. Mivel a korlátozás feltételei még nem világosak, ezért nehéz esettel állunk szemben. Az AB az adott esetben megállapítja, hogy a korlátozás feltétele a megfelelő súlyú indok, az elkerülhetetlenség és az arányosság. Egy következő esetben, amikor felmerül az alapjogkorlátozás feltételeinek problémája, már nem arról van szó, hogy egy újabb nehéz esetben a bíróság a koherencia követelményének megfelelően ugyanezeket a kritériumokat alkalmazza, hanem arról, hogy ez az eset, ha elfogadjuk a korábbi értelmezés kötelező erejét, *többé már nem nehéz eset*, s nem a koherencia, hanem a korábbi döntés *autoritása* miatt kell azt a bíróságnak követnie. Ezzel a segédfogalmak és a kiegészítő tételek az Alkotmány részeivé válnak. A koherencia itt vizsgált problémája viszont túlmutat ezen a folyamaton, s per definitionem csak a nehéz esetekre terjed ki.

A vizsgált modell azt követeli meg, hogy a nehéz esetekben a bíró a meglévő joganyag extrapolálásával döntsön. A modell legfőbb gyengesége azonban abban áll, hogy a bíró döntése továbbra is *aluldeterminált* marad, a meglévő joganyaggal, mivel az többféleképpen racionalizálható, többféle döntés is összeegyeztethető. A koherencia fogalma tehát a nehéz esetekben legfeljebb szükséges, de nem elégséges feltétele lehetne a bírói döntésnek. A koherencia problémája több igen fontos filozófiai problémát is érint. Az egyik az az elv, miszerint a magyarázat mindig aluldeterminált a magyarázandó által. Frederick Schauer egy wittgensteini ihletésű példáját idézve: adva van egy számsorunk, mondjuk 1000, 1002, 1004, 1006, s az a kérdésünk, hogy mi lesz a sorban a következő szám. Valójában bármilyen számmal folytatható a sor, mivel minden számhoz lehet találni olyan szabályt, mely amellet, hogy megfelel a kívánt új számnak, egyúttal megmagyarázza a létező számsort is. „Ha n kisebb, mint 1006, adj hozzá kettőt, ha nagyobb 1006-nál, adj hozzá 13-at” szabály éppúgy megmagyarázza a létező számsort, mint a „mindig adj hozzá kettőt”, de más folytatást kíván, mint az (Schauer 1992: 65). Hasonló következtetésre juthatunk Ronald Dworkin példájával: képzeljünk el egy olyan regényt, amely úgy születik, hogy minden fejezetét más-más

író írja. Miután egy író elkészült a regény egyik fejezetével, átadja egy másik írónak. A második írónak értelmeznie kell az addig leírtakat, s folytatnia kell a regényt (Dworkin 1985: 158). Természetesen a regény többféleképpen folytatható, a már leírtaknak többféle lehetséges olvasata van. A már leírtak nem determinálják azt, hogy hogyan kell folytatnia a regényt a második írónak, csakúgy – mint ahogy az előző példánkban nem determinálják maguk a meglévő számok, hogy mi lesz a számsor következő eleme. A jogalkalmazó – a regényíróhoz hasonlóan – több, a meglévő joganyaggal egyaránt összeegyeztethető módon kiegészítheti a jogrendszert, s dönthet a nehéz esetekben. További problémát vet fel az az eset, ha a koherenciát nem egytényezős kritériumnak, hanem magát is több összetevőből álló eszménynek tekintjük (lásd például: Alexy–Peczenik 1990). Ilyenkor a döntés aluldetermináltságához az is hozzájárul, hogy az egyik kritérium szerint koherensebb megoldás a másik kritérium alapján kevésbé koherens lesz, s mivel ezek a kritériumok maguk *összemérhetetlenek*, ezért több egyformán jó megoldás nyerhető (lásd például Finnis 1987: 370–76).

Ez az aluldetermináltság aláássa, de legalábbis lényegesen csökkenti a modell mindhárom erényét: a rendszerrel egyaránt koherens, de eltérő következményekkel járó megoldások közötti választás továbbra is demokratikus legitimitáció nélkül marad; az ilyen megoldások közötti választáskor a bírónak a törvényhozóhoz hasonlóan kell mérlegelnie a döntés előnyeit és hátrányait, s erre eljárásánál fogva kevésbé alkalmas; s ha a koherencia több alternatívát hagy nyitva, akkor még mindig nem kalkulálható az ezek közötti választás, s ezért a bírói jogalkotás visszaható hatálya még mindig kifogásolható.

b) Valószínűleg ez a modell áll a legközelebb az AB önértelmezéséhez. Jól illusztrálják ezt a modellt Sólyom László fentebb idézett sorai. Eszerint az Országgyűlés bármilyen érv alapján dönthet, míg az AB viszont csak alkotmányjogi érveket használhat fel. Másrészt az Országgyűlésnek a halálbüntetésben hozott döntése „önmagában nem jár kényszerítő következményekkel az élethez való jog más kérdéseire nézve”. Ezzel szemben az AB döntéseinek koherens rendszert kell alkotnia. Mint a láthatatlan alkotmány tárgyalása kapcsán kifejti:

„Az Alkotmánybíróságnak folytatnia kell azt a munkáját, hogy értelmezéseiben megfogalmazza az Alkotmány és a benne foglalt jogok elvi alapjait, és *ítéleteivel koherens rendszert alkot* (az én kiemelésem. – Gy. T.), amely a ma még gyakran napi politikai érdekből módosított Alkotmány fölött, mint »láthatatlan alkotmány«, az alkotmányosság biztos mércéjéül szolgál; és ezért várhatóan a meghozandó új alkotmánnyal, vagy jövőbeli alkotmányokkal sem kerül ellentétbe” (ABH 1990: 98).

A valóságban azonban éppen az aluldetermináltságnál fogva a koherencia követelménye legfeljebb az egyik döntési szempont, kiindulópont lehet a bíróságok számára, s ennyiben jó leírását adja annak, hogy hogyan szoktak azok eljárni. A bíróságok, köztük az AB is, hajlamosak azonban arra, hogy nagyobb terhet rakjanak a koherencia

érvére, mint ami ekkorát elbír. Véleményem szerint ez történt például az abortusz-határozatban, ahol az érdemi döntés elutasítása mellett az szolgált – a már vizsgáltakon kívül – további érvként, hogy a magzat jogalanyiséga nem vezethető le az Alkotmány összefüggéseiből. Ez az érv azonban csak akkor lenne releváns, ha egyéb alkotmányos kérdések megoldása levezethető lenne belőlük. Itt először is a „*levezet*” kifejezés kétértelműségével találjuk magunkat szembe. Ha ezt úgy értjük, hogy egy adott megoldás *is* következhet az Alkotmányból, akkor a magzat jogalanyiséga és annak hiánya is levezethető az Alkotmányból. Ha viszont úgy értjük, hogy *csak* az adott megoldás következhet belőle, akkor valójában egyik sem vezethető le a szövegből. Ez azonban csak akkor lenne akadálya az értelmezésnek, ha feltételeznénk, hogy az Alkotmány összefüggéseinek determinálniuk kellene a döntést. A szólásszabadság határait, a jogállamiság fogalmát, a szociális biztonsághoz való jog tartalmát például szintén nem lehet ebben az erős értelemben levezetni az Alkotmány összefüggéseiből, mégis értelmezte a bíróság. (Csak kiegészítésképpen jegyzem meg, hogy bizonyos értelmezési lehetőség ellen, nevezetesen, hogy a magzat élethez való jogát a biológiai értelemben vett életre alapozzák, legalábbis erős érveket lehetett volna meríteni a halálbüntetésre vonatkozó határozatnak abból az állításából, miszerint az élethez való jog nem a biológiai létezését illeti meg, hanem erkölcsi jog. Ezen állítás következményeinek a levonása jobban megkötötte volna a törvényhozó kezét, mint ahogyan azt a tényleges határozat tette.)

c) Vannak azonban, akik azt mondják, hogy a koherencia érve – a meglévő joganyaggal koherens megoldások bármelyikét választjuk is – nemcsak hogy nem elégséges, de nem is szükséges a nehéz esetek eldöntésekor, legalábbis nem minden esetben. A koherencia követelményének általános követése ugyanis – folytatódik az érv – nem támasztható alá normatív szempontból. „Senki sem utasít vissza egy fél kenyeret elvből akkor, ha nem kaphat egy egészet.” A koherencia azonban éppen ezt, vagyis azt követeli a bíróságtól, hogy „eltérjen az egyébként erkölcsileg előnyösebb megoldástól, azon az alapon, hogy a múltban kevésbé tökéletes szabályokat fogadtak el, még akkor is, ha azok a szabályok nem vonatkoznak az előtte álló ügyre” (Raz 1992: 308). Ha tehát adva van egy esetünk, melyre a korábbi szabályok per definitionem nem vonatkoznak, s ezek a szabályok rosszak, akkor nem lehet azt morális érvekkel *általánosságban* alátámasztani, hogy a rossz szabályokból nyert elvet kövessük, s ne egy jobb szabályt vezessünk be. Ez nem zárja ki azt, hogy a koherencia szempontjai *bizonyos esetekben* erősebbek legyenek, más esetekben viszont a morálisan jobb eredmény fontosabb, mint a két eset azonos elbírálása.²⁷

Végül érdemes feltenni azt a kérdést, hogy valóban a koherencia elve különbözteti-e meg (kellene, hogy megkülönböztesse) a nehéz esetekben eljáró bíróságokat a törvényhozótól? Három megjegyzést tennék ehhez a ponthoz. Először is, a politikának, s így a törvényhozásnak is lényegi, kiküszöbölhetetlen vonása a kompromisszumkö-

tés. Ha két politikai erő egy bizonyos kérdésben eltérő nézeteket vall, akkor valószínűleg olyan megoldás születik, mely nem egyezik meg egyik fél eredeti elképzelésével sem, hanem a kettő között áll valahol, a felek alkupozíciójától függően. Másképpen kifejezve, lényegi eleme az inkoherenca. A bíróság eljárásából hiányzik az inkohereanciának ez a kézenfekvő oka. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a bíróságok ne alkalmazzanak inkohereens eljárást, vagy időnként ne lenne helyesebb ilyen módon eljárni. Az inkoherenca ilyenkor nem egy döntésen belül, hanem az időben egymást követő döntések között jön létre. Ilyenkor merül fel a bíróság előtt a *részleges reform* problémája. A bíró számára nem áll nyitva az a lehetőség, hogy egy életviszonyt átfogóan szabályozzon, éppen ezért mindig a részleges reform és a fennálló joganyaggal való koherencia között kell döntenie. Ebből következik, hogy vannak olyan esetek, amikor a részleges reform több hátrányt okozna, mint előnyt. A bírónak ilyenkor – mivel átfogó reformot nem hajthat végre – a konzervatív megoldást kell választania, s a meglévő joganyagnak megfelelően kell döntenie. Ha azonban a részleges reform előnyei nagyobbak, akkor ennek megfelelően kell döntenie (Raz 1986: 197–201; 1992: 312). Az inkoherenca tehát mindkét esetben – igaz, némileg másképp – előfordul, s ha elfogadjuk, hogy időnként a jobb szabály léte fontosabb a koherensnél, akkor mindkét esetben elő is kell fordulnia.

Másrészt, a törvényhozónak általában többféle szempontot kell vizsgálnia a törvényalkotás során, mint a bíróságoknak a nehéz esetek eldöntésekor. A bíróság gyakrabban tud olyan döntést hozni, amely a kérdéses esetekben egynemű megoldást eredményez. A törvényhozó által kezelt esetekben azonban általában a problémák maguk is különneűbbek. Éppen ezért az eltérő megoldások nem feltétlenül inkohereensek, hanem a problémák valódi különneűségét tükrözik. Harmadrészt, az alkotmánybíróságok valószínűleg többször találják szembe magukat olyan problémákkal, amelyek nem engedik meg az inkohereanciát, amelyek alkuképtelenek. Mivel azonban itt a problémák természete olyan, hogy kevesebb helyet ad a kompromisszumnak, ezért ezekben az esetekben nem találok arra nézve semmilyen érvet, hogy miért kellene a törvényhozónak másképpen, kevésbé koherensen eljárnia.

C) A harmadik, széles körben elfogadott nézet szerint – nevezzük ezt a *helyettes törvényhozó modelljének* – nincs minőségi különbség a törvényhozói és a nehéz eseteket eldöntő bírói döntéshozás között. A bírónak, csakúgy, mint a törvényhozónak, az a kötelessége – folytatódik az érv –, hogy az eset összes körülményét mérlegelve *a lehető legjobb döntést hozza*.

a) Ez a modell azokból a megfontolásokból indul ki, amelyeket a korábbi két modell kritikájakor már érintettünk. Konceptuálisan ez a modell nehezen támadható, hiszen nem kívánja bizonyítani, hogy a bíró minőségileg másfajta munkát végez, mint a törvényhozó. Nem áll fenn ahhoz hasonló nehézség sem, mint a konszenzus megállapí-

tásának problémája a konszenzus-modell, illetve a bírói döntés alul-determináltságának problémája a koherencia-modell esetében. Mivel mind a konszenzus-modell bizonyos felfogásai, mind a koherencia elve további szabad mozgásteret hágy a bíró számára, ezekben az esetekben a bírónak a törvényhozóhoz hasonlóan mérlegelnie kell döntésének előnyeit és hátrányait. A bírónak azonban szükségszerűen a meglévő jogrendszer keretei között kell jogot alkotnia, így döntései kisebb horderejűek lesznek (innen a helyettes jelző). A bíró ilyenkor a részleges reform már említett problémájával találja magát szembe. A különbség tehát nem minőségi, hanem fokozati.

b) A rendes bíróságok munkájának valószínűleg ez a modell adja a legjobb empirikus leírását (Bell 1983: 244–245). Nincs semmi nyoma annak sem, hogy – a korábbi példáknál maradván – az AB a konszenzus alapján döntötte volna el a pozitív diszkrimináció megengedtségének feltételeit, a szólásszabadság vagy a tulajdonjog határaitra vonatkozó szabályokat, vagy a jogállamiság tartalmát. Mivel pedig a koherencia nem determinálhatja a döntéseket, így az arra alapozott modell egyedül nem is adhatja a bírói munka jó leírását.

c) A konszenzus-modell vélt előnyeinek bemutatása után nyitva hagytuk azt a kérdést, hogy miért ne döntenének a bíróságok a konszenzuson túl is. Miért jobb az, ha a törvényhozó dönt ilyen esetekben? Ez lényegében ugyanaz a kérdés, mint az, hogy milyen normatív megfontolások szólnak a helyettes törvényhozó modellje mellett. A rendes bíróságok esetében az a legfontosabb érv amellelt, hogy a konszenzus „elfogyta” után is érdemi döntést hozzanak, hogy kis jelentőségű ügyekről van szó, s a bíróságok csak szűk térben, viszonylag szűk keretek között mozoghatnak, ezért kevés lehetőségük van a hatalmukkal való visszaélésre. Ugyanakkor a törvényhozó ideje szűkös erőforrás, így kevesebb „költséggel” jár az, ha a bíróság dönt ezekben a kérdésekben. Egyébként is, gyakran a törvényhozó tudatosan hágy szabad mozgásteret a bírónak, ha olyan életviszonyokat szabályoz, melyekben nem látható előre az eset komplexitása, s az adott pillanatban a törvényhozó nem akarja megkötni a saját és a bíróság kezét. A jogtörténet is azt bizonyítja, hogy nem szerencsés az a megoldás, ha a törvényhozó magának tartja fenn a nehéz esetek értelmezésének a jogát.²⁸ Ilyenkor erre a feladatra előbb-utóbb külön fórum alakul, mely a bírósághoz hasonlóan működik. A harmadik vádra pedig azt mondják e modell hívei, hogy formális értelemben valóban visszaható hatályú a bírói jogalkotás, mivel azonban még nem volt megállapítva a jogszabály pontos jelentése, ezért nem alakulhattak ki ezzel kapcsolatban elvárások sem, s így nincs semmi, ami meghiúsulhatna. S végül, a törvényhozó számára mindig adva van az elvi lehetőség arra, hogy új szabály alkotásával korrigálja a bíróság által elkövetett hibát. A demokrácia elvéből felmerülő aggályokkal szemben tehát ez a modell elsősorban arra épít, hogy komplex társadalomban a politikai döntések ilyen allokációja kívánatos is, hiszen nem maradhat minden kérdés a törvényhozóra.

Az Alkotmánybíróság esetében azonban aligha helytálló ezen érvek mindegyike. Nem mondhatjuk azt, hogy az AB lényegtelen kérdésekben dönt, vagy hogy mozgásterét nagymértékben korlátoznák az Alkotmány rendelkezései. (Bár meg kell jegyeznünk, hogy az értelmezés normativitása miatt az AB mozgásterére is folyamatosan szűkül.) A modell hívei erre a kihívásra az alkotmánybíróságoknak a politikai rendszerben elfoglalt különleges helyzetét hangsúlyozva válaszolnak. Olyan politikai rendszerben és felfogásban, ahol az egyéni szabadságjogoknak a többség esetleges zsarnokságával szemben is védenie kell az állampolgárt, az AB-nak a demokratikus hatalomtól való eloldása nem hátrány, hanem előny. Ebben a felfogásban a többségi elv csak egyik eleme a kívánatos társadalmi berendezkedésnek. A többségi elv ugyanis maga is igazolásra szorul, s a kisebbség számára csak úgy elfogadható, ha a legfontosabb döntéseket nem a többségi elv játékszabályai szerint hozzák. Az alapjogok éppen ezt a többségi elv alól kivont területet védik. Ennek védelmére pedig megfelelőbb egy olyan testület, mely nincs kitéve a közvélemény nyomásának, s melynek nem kell a választók kegyeit keresni.

A fenti szempontokon kívül a modell mellett korábban felsorolt érvek némelyike alkalmazható az AB-ra nézve is. A hatalommegosztás elvéből az is következik például, hogy senki ne ítélkezzen a saját ügyében. Ennek logikus folyománya az, hogy a törvényhozás alkotmányosságának megítélése általában nem bízható magára a törvényhozásra. Mivel pedig a nehéz és az egyszerű esetek nincsenek előre megcímkezve, hanem ez maga is értelmezés kérdése, így praktikusabb, ha az előbbieket is az alkotmányvédelmet ellátó szerv értelmezi. További érvként szokták felhozni, hogy szemben a kiindulópontban felvázolt látszattal, az alkotmányértelmezés során felmerülő feladatok ellátására a bíróság eljárása és felkészültsége révén alkalmasabb, mint más döntéshozatali fórumok. Ezeknek az érveknek az ereje részben attól is függ, hogy milyen előfeltevéseink vannak a törvényhozás folyamatáról. Már korábban hivatkoztam Sólyom László véleményére, aki azt írja, hogy az Országgyűlésnek a halálbüntetés tárgyában hozott döntése „önmagában nem jár kényszerítő következményekkel az élethez való jog más kérdéseire nézve”, vagyis az Országgyűlés számára a koherencia nem követelmény. Paczolay Péter a racionális eljárás és indoklási kötelezettség előnyét hozza fel a bírói alkotmányértelmezés mellett (Paczolay 1993: 39). Ronald Dworkin pedig a gondolati konzisztencia követelményét emeli ki: „a gondolati konzisztencia igénye (ami a jogok elméletét olyan körülmények elképzelésével ellenőrzi, amelyek közt az elmélet elfogadhatatlan eredményhez vezetne) az egyes jogokkal kapcsolatos érvelés során a jogok bármely elfogadható elmélete esetében fontos lesz, hisz semmilyen követelmény sem fogadható el, ha nem állja ki a hipotetikus ellenpróbát. Egy jogra vonatkozó igénynek a gondolati konzisztencia módszerével való vizsgálatában azonban a bírók sokkal járatosabbak, mint a törvényhozók vagy az őket választó polgárok zöme” (Dworkin 1995: 147). Véleményem szerint empirikusan mind a há-

rom érv helytálló: az AB valóban koherensebben jár el, valóban alaposabban indokolja a döntéseit, s valóban jobban figyelembe tudja venni a gondolati konzisztencia fenti értelemben vett követelményét, mint a törvényhozó. Sőt tovább is mehetünk, s azt is állíthatjuk, hogy a bíróság intézményi felépítése eleve alkalmasabb a törvényhozóénál, hogy ezeknek a követelményeknek megfeleljen. Ebből azonban nem következik – ha eltekintünk bizonyos demokrácia-felfogásoktól – az, hogy a törvényhozónak ne kellene törekednie arra, hogy ezeknek az eszményeknek megfeleljen. Minél közelebb állunk ahhoz a demokrácia-felfogáshoz, mely szerint a törvény a mindenkori többség preferenciáinak nyers kinyilvánítása, annál nagyobb lesz a kontraszt a törvényhozó és az alkotmánybíróság döntési mechanizmusa között. S annál vonzóbb lesz az a dworkini metafora, miszerint az alkotmánybíráskodás a hatalmi politizálás csatateréről az elvek fórumára visz bizonyos kérdéseket (Dworkin 1985: 71). S minél inkább deliberatív-kommunikatív demokrácia-felfogást tesz valaki magáévá, annál kisebb ez a szakadék.

Itt az ideje, hogy visszatérjünk az aktivizmus problémájához. Amíg az elsődleges igazolás lehetőségét vizsgáltuk, addig elfogadhatónak találtuk kétfajta bírói magatartás megkülönböztetését: nevezhetjük ebben az összefüggésben aktivistáknak azokat a bírókat, akik szerint a bíróságnak feladata a nehéz esetek eldöntése, s antiaktivistának azokat, akik szerint nem; legfeljebb annyit tehetünk ehhez hozzá, hogy ebben az értelemben a bíróság bizonyosan az aktivista pólushoz áll közelebb. Abban a kérdésben azonban, hogy hogyan kellene eldönteniük a bíróknak a nehéz eseteket, több plauzibilis (nem feltétlenül helyes) álláspont van, s így ebben az összefüggésben nem jól használható az aktivizmus fogalma, hiszen kettőnél több modell is felállítható, s ami még fontosabb, ezek nem állíthatók egy képzeletbeli lineáris vonalon sorba az aktivistától a kevésbé aktivistáig. Az aktivizmus fogalma nem pótolhat tehát egy, a másodlagos igazolásra vonatkozó elméletet.

IV.

A korábbiakban arra a következtetésre jutottunk, hogy nem meggyőző az első két modell híveinek az a kísérlete, hogy éles határvonalat húzzanak a törvényhozó és a nehéz esetekben eljáró bíróság döntési mechanizmusa közé. Ha nincs éles különbség a két döntéshozási mechanizmus között, ha nem tudunk a *hogyan* kérdésében éles különbséget tenni, akkor megpróbálkozhatunk talán a *milyen* kérdéssel. Milyen nehéz eseteket kellene eldöntenie a törvényhozónak, s milyeneket a bíróságnak? Természetesen a két kérdés között van összefüggés, mégis érdemes talán ezeket szétválasztani. Kérdésünket további két részre oszthatjuk: egyrészt vannak-e olyan ügyek, melyek tartalmuknál fogva nem az alkotmánybíróságok hatáskörébe kellene hogy tartozzanak, másrészt az egyébként tartalmuknál fogva nem kizárt

kérdéseket célszerű-e bizonyos esetekben kivonni az alkotmánybíróságok döntési kompetenciájából. Ott, ahol létezik a *politikai kérdések doktrínája*, általában mind tartalmuknál, mind időzítésükénél fogva kivonnak bizonyos kérdéseket a bírói felülvizsgálat alól. Ami ez utóbbi szempontot illeti, egy decentralizált bírói felülvizsgálat sokkal több beépített féket tartalmaz, mint az az európai típus, melyet a mi alkotmánybíróságunk is követ. Ennek ellenére ebben a modellben is van lehetőség bizonyos jellegű kérdések visszautasítására, mint azt a mi alkotmánybíróságunknak az előzetes normakontroll és az általános alkotmányértelmezés megengedettségre vonatkozó határozatai is mutatják. Ezekkel a formai jellegű kérdésekkel a továbbiakban nem foglalkozom,²⁹ csupán megjegyzem: aligha lehet *általánosságban* állást foglalni abban a kérdésben, hogy a pártpolitikai csatározások tárgyát képező kérdésnek az AB-hoz utalása milyen politikai hatással jár. Paczolay Péter például éppen azt emeli ki, hogy „az elfajult és reménytelen politikai vita alkotmányjogi kérdéssé transzformálása hosszú távon a vitát lecsillapítja” (Paczolay 1993: 37). Pokol Béla viszont éppen abban látja az amerikai megoldás egyik előnyét, hogy mivel a bíróság csak konkrét ügyben, azaz eleve a törvényhozáshoz képest egy későbbi időpontban dönthet, ezért a törvény meghozása során esetleg felkorbácsolódó indulatok e beépített késleltető mechanizmus miatt a döntés idejére már csillapodnak (Pokol 1994b: 35). Ez viszont megóvja a bíróságot attól, hogy közvetlenül állást foglaljon a pártpolitikai csatározásokban, s ez jót tesz a bíróság tekintélyének.

A politikai kérdések amerikai doktrínája azonban nemcsak az időzítés miatt zár ki bizonyos eseteket a bírói felülvizsgálat köréből, hanem tartalmuk miatt is. Mint Paczolay Péter írja, a politikai kérdések doktrínájának tágabb értelme, hogy „adódnak olyan kérdések, mikor az ügy súlya, lehetséges anyagi vagy társadalmi kihatásai miatt a bíróság bölcsőbbnek látja, ha elkerüli a konkrét ügyben való állásfoglalást” (Paczolay 1993: 33). Közismert tény azonban az is, hogy milyen bizonytalan a doktrína alkalmazása. S még ha alkalmazható is bizonyos esetsoportokra, ezek mind az államszervezeti kérdések körébe tartoznak. Azt hiszem azonban, hogy nem tévedek, amikor azt állítom, hogy az AB-t aktivizmussal vádolók főként az alapjogi bíráskodás gyakorlatát kifogásolják. Ha erre a területre is figyelemmel vagyunk, megállapítható-e valamilyen általános szabály arra nézve, hogy mikor nem célszerű az AB-nak egy ügyet tárgyalni. Magam nem tudok arról, hogy bárkinek is sikerült volna általános szabályt felállítani erre nézve, elvi alapon meghatározni azoknak az eseteknek a körét, amiket nem szerencsés a (alkotmány)bíróságoknak tárgyalniuk. Mondhatunk-e többet arról, hogy az „eset összes körülményei”, a „konkrét szituáció alapján” kell eldöntenie a bíróságnak, hogy olyan súlyú-e az ügy, melynek eldöntését a törvényhozóra kellene bízni? Mint Sólyom László nyilatkozta: „eddig mindig érzékelttem, mikor van szükség önmérsékletre, mikor nem szabad túlfeszíteni a húrt. Az alkotmánybíráskodás az egyensúlyozás művészete is” (Sólyom 1996). Mielőtt továbbmennénk, megállapíthatjuk, hogy eb-

ben az összefüggésben jól működik az aktivizmus fogalma. Annál aktivistább egy bíró, minél kevesebb alkalommal gondolja azt, hogy az *ügy súlya* olyan, hogy azt nem neki kellene eldöntenie. Bár a magam részéről elfogadhatónak tartom, hogy az *AB ezen az alapon* visszautasítsa bizonyos esetek eldöntését, úgy tapasztaltam, hogy a bíróság igyekszik mindig *elvi alapon* megindokolni, hogy miért nem tartozik rá egy döntés. Ehhez viszont az előző két pontban (II-III.) vizsgált stratégiák valamelyikét vette igénybe, amelyekről korábban megpróbáltam bizonyítani, hogy nem járhatóak.

Mielőtt a kérdést lezárnánk, érdemes néhány szót ejteni Lon Fuller (1978) egyik tézisééről, aki az igazságszolgáltatás döntési módszerét vizsgálva, ha nem is egzakt kritériumot, de használható szempontot adott arra nézve, hogy milyen típusú kérdések eldöntésére alkalmasak a bíróságok. Polányi Mihály terminológiáját használva Fuller azt állította, hogy a bíróság nem alkalmas ún. *policentrikus*, azaz olyan kérdések eldöntésére, melyek sok változót tartalmaznak, s ahol az egyes változók kölcsönhatásban állnak egymással, azaz valamelyik tényező megváltoztatása valószínűleg az összes többi tényezőre is hatással lesz. A bírói döntéshozás eszerint leginkább elszigetelt kérdések eldöntésére alkalmas, s az az ideális, ha kevés változót kell mérlegelni. Ez az összefüggés talán új fényt vet néhány régi problémára. Általánosan elismert például, hogy a gazdasági és szociális jogok alkalmazása veti fel a legtöbb problémát. Számomra azonban nem meggyőzőek az erre adott leggyakoribb magyarázatok. Sári János például úgy érvel, hogy ezen „szabályok megítélése van kitéve leginkább jogon túli – politikai, gazdasági stb. – megfontolásoknak” (Sári 1995: 186). De miért lenne kevésbé kitéve politikai megfontolásoknak például a szólásszabadság határainak megvonása, a halálbüntetés vagy az abortusz kérdése? Mások azzal érvelnek, hogy az ilyen jogoknak az a sajátossága, hogy pozitív cselekvést, nem pedig tartózkodást követelnek az államtól. Egy norma modalitása azonban *önmagában* nincs összefüggésben az értelmezés nehézségével. Ezeknek a kérdéseknek a nehézségét – az érvényesíthetőség nehézségén túl – talán éppen az adja, hogy a szokásosnál több, egymáshoz szorosan kötődő és gyorsan változó tényezőt kell a bíróságoknak mérlegelniük, pl. az infláció növekedése, a bankrendszer állapota, a költségvetési hiány, a várományok beteljesedésének ideje: lásd 66/1995. (XI. 24.) AB-határozat. Talán ezért is voltak különösen vitatottak a stabilizációs törvényre vonatkozó határozatok. Az itt elmondottak még egy további tanulsággal szolgálnak. Ha ugyanis azok az esetek jelentenek igazán nagy problémát a bíróságok számára, amikor a szokásosnál több dolgot kell mérlegelni, ezek nem feltétlenül esnek egybe a különösen súlyosnak tartott kérdésekkel. Ha van különösen súlyos eset, akkor az abortusz és a halálbüntetés az; ezek mégsem abban az értelemben nehezek, ahogyan mondjuk a szerzett jogok elvonására vonatkozó kritériumok mérlegelése nehézséget jelent.

V.

Befejezésül néhány rövid észrevétel erejéig térjünk vissza a döntések következményének kérdéséhez. Ahhoz, hogy a kérdés egyáltalán kezelhető legyen, meg kell elégednünk valamilyen általános, formális elemzési szemponttal. Azt javaslom, hogy a döntések következményeit abból a szempontból vizsgáljuk meg, hogy mennyire korlátozzák a törvényhozó tevékenységét, hiszen ehhez kapcsolódik az aktivizmus problémája. Az AB döntéseiből általánosítva, a döntések következményei a korlátozás tekintetében elvileg három nagy csoportra oszthatók. Ha egy térbeli metaforával akarnánk érzékeltetni ezt a viszonyt, akkor azt mondhatjuk, hogy vannak olyan alkotmányhelyek, mindenekelőtt az alapjogok, melyek megállapítják azt a határvonalat, amelyet az állam nem léphet át. Arra a területre, melyet ilyen szabályok védenek, az állam nem léphet be. Ezt a térbeli metaforát azonban nem szabad túlságosan komolyan venni. Egyrészt azért, mert az alapjogok korlátozhatók, s így ez a határ nem abszolút, azaz megfelelő súlyos esetekben át lehet rajta lépni, de csak bizonyos feltételekkel. Másrészt azért sem pontos ez a metafora, mert az állam tartózkodási kötelezettségét hangsúlyozza. Vannak azonban olyan esetek is, amikor az államnak tevőleges magatartást kell tanúsítania. Ha azonban ezt a két kiegészítést figyelembe vesszük, elmondhatjuk, hogy az állami kötelezettségek által le nem fedett terület az állam szabad cselekvési területe. Az ilyen alkotmányhelyeket sértő szabályokra szokta azt mondani az AB, hogy *eleve* alkotmányellenesek, azaz önmagukban, tartalmuknál fogva.

A fentebb említett kötelezettségek azonban csak egyik részét képezik a korlátoknak. Az állam az ezen kötelezettségek által le nem fedett területen sem járhat el teljesen szabadon. A korlátozás másik két módja viszont nem önmagában, tartalmánál fogva jelent korlátot a törvényhozó számára. Ezek csupán formális kritériumot adnak, ami azt jelenti, hogy a kérdéses szabályozás nem minden körülmények között alkotmányellenes. Az egyik ilyen korlát a diszkrimináció tilalma, amit itt úgy lehetne lefordítani, hogy a vizsgált rendelkezés nem önmagában, hanem egy más rendelkezéshez való viszonyában alkotmányellenes. A szakszervezeti díjnak az adóalapból való levonhatóságát például nem önmagában találta alkotmányellenesnek az AB, hanem csak azért, mert más érdekképviselői szervek tagdíjaira nem voltak levonhatóak: 24/1990. (XI.8.) AB-határozat. Ez a szabály, szemben az első csoportba tartozó rendelkezésekkel, nemcsak megsemmisíthető, hanem a szabály érintetlenül hagyásával úgy is orvosolható (a törvényhozó által), hogy a vele kapcsolatban álló szabályokat változtatjuk meg. Adott esetben például az AB nyitva hagyta annak lehetőségét, hogy a többi érdekképviselői szerv tagdíjára is kiterjeszti a törvényhozó a kedvezményt.

Harmadrészt a jogállamiságból fakad több formális korlátozó elv is. Ilyenkor a rendelkezés nem önmagában alkotmányellenes, nem is egy más rendelkezéshez való viszonyában, hanem a bevezetésének

az időpontja miatt. Ilyen például a visszaható hatály tilalma, vagy az az elv, hogy a szerzett jogokat nem lehet egyik pillanatról a másikra elvonni, hanem megfelelő felkészülési időt kell a jogszabály által érintetteknek hagyni. Ez utóbbi korlátozás a diszkrimináció tilalmához hasonlóan formális abban az értelemben, hogy ugyanaz a szabály egy későbbi hatálybaléptetési időponttal elvileg alkotmányos lehet.

Ha a döntések következményeit vizsgáljuk, akkor ebben az összefüggésben szintén van értelme az aktivizmus fogalmának. Aktivistának nevezhetjük azt a bírót, aki *a)* az állam szabad cselekvési területét szűkebben vonja meg, *b)* aki a másik két formális kritérium esetében szigorúbb mércét állít fel. Ebben az értelemben használja például a kifejezést Sólyom László, amikor azt írja: „az Alkotmánybíróság aktivizmusa az *alappjogokra* vonatkozik. Az Alkotmány alapjogi része *nemzetközi egyezmények szövegét vette át*, ami azt jelenti, hogy egy *minimális közös nevezőt* képvisel, amely a nemzetközi konvenció minden aláírójának elfogadható volt. Az Alkotmánybíróságnak feladata az, hogy ezt a követelményszintet megemelje.” (Kiemelések az eredetiben) (Sólyom 1992: 274).

Összefoglalva az elmondottakat: az alkotmánybíráskodást négy összefüggésben vizsgáltuk meg. Először arra a kérdésre kerestük a választ, hogy milyen döntési szabadsága van az AB-nak, s hogy *egyáltalán* eldönti-e, illetve eldöntheti-e az AB ezeket az úgynevezett nehéz eseteket. E kritérium alapján aktivistának nevezhető az a bíró, aki szerint a nehéz esetekben is érdemi döntést kell hozniuk a bírónak. Másodszer azt vizsgáltuk, *hogyan* kell eldönteniük a bíróságoknak ezeket az eseteket. Mivel e kérdés megválaszolására több plauzibilis álláspont is létezik, s ezek nem állíthatók sorba egy képzeletbeli lineáris vonal mentén, így ebben az összefüggésben nem jól használható az aktivizmus fogalma. Harmadszor azt elemeztük, *hogy milyen tárgyú* nehéz eseteket kellene eldönteni az alkotmánybíráknak, más-képpen megfogalmazva, melyek azok a különösen súlyos esetek, amelyeket nem a bíróságnak kellene eldöntenie. Bár elvileg megalapozott választ nem kaptunk erre a kérdésre, megállapítottuk, hogy az aktivizmus fogalma ebben az összefüggésben jól használható: annál aktivistább egy bíró, minél kevesebbszer jut arra a következtetésre, hogy az ügy olyan súlyú (bármit jelentsen is ez), hogy eldöntése a törvényhozó kompetenciájába tartozik. Végül, a döntések *következményeit* vizsgálva megállapítottuk, hogy ebben az összefüggésben annál aktivistább egy bíró, minél szűkebben vonja meg az állam szabad cselekvési területét, s minél szigorúbb kritériumokat állít fel az itt formálisnak nevezett mércék alkalmazása során. Mint az kitűnik, a négy kérdésre adott válaszok jórészt függetlenek egymástól. Éppen ezért különböző aktivizmusok vannak, amelyek között nincs szükségzerű összefüggés. Az egyik típusú aktivizmusból, már ahol ennek a kifejezésnek van értelme, nem következik feltétlenül egy másik fajta aktivizmus.

JEGYZETEK

- ¹ Ez a fogalmi keret ha nem is teljesen követi, mindenestre jól összeegyeztethető a MacCormick–Summers (1991) által alkalmazott fogalmi kerettel, ami tekintélyes szakmai konszenzusra épít.
- ² E definíciónál John Bell munkáját követtem (Bell 1983:6).
- ³ Ehhez a megkülönböztetéshez lásd pl. Kis 1992: 21–24.
- ⁴ Lásd pl. *Magyar Nemzet*, 1995. szeptember 15.
- ⁵ Ehhez a vádhoz maga az AB adott egy hatásos metaforát, a „láthatatlan alkotmányt” kritikusi kezébe. Lásd 23/1990. (X. 31.) AB-határozat. ABH 1990: 98.
- ⁶ Ilyen megközelítéshez lásd mindenekelőtt Bragyova 1994; Takács 1990; 1993.
- ⁷ Az Alkotmány értelmezése ezen a ponton kétségtelenül különbözik más bíróságok munkájától, ugyanis az AB nem tény-, hanem jogkérdésekkel foglalkozik. Ez azonban nem érvényteleníti az itt elmondottakat. A vizsgált jogkérdések is partikulárisak ugyanis az Alkotmány kategóriáihoz képest, ezek is *esetel* kell hogy legyenek az ott használt fogalmaknak.
- ⁸ E helyen nincs mód annak a – nyelv természetére vonatkozó – előfeltevésnek a tisztázására, amelynek alapján azt állíthatjuk hogy vannak egyáltalán – s hogy milyen értelemben – egyszerű esetek. Erre az előfeltevésre nézve lásd Schauer 1992: 55–62. Valószínűleg vannak olyanok, akik a jogi érvelésnek az itt kifejtett-nél „radikálisabb” felfogását vallják, s tagadják hogy egyáltalán léteznek könnyű esetek, vagy kétségbe vonják, hogy a deduktív érvelés bármikor is lehetséges a jogalkalmazás során. Állításaim döntő részét – így az aktivizmus jelentéseire, valamint a másodlagos igazolásra vonatkozókat – azonban ez az ellenvetés önmagában nem befolyásolja, csak a nehéz esetek körét vonja meg tágabban.
- ⁹ Bár jogi szempontból lehet jelentősége annak, hogy egy kérdést a bíróság mint jogértelmezési kérdést vet fel, vagy pedig minősítési problémaként, mivel a kettő között nincs logikai különbség, így az elemzést egyszerűsítendő, az értelmezés kifejezéssel mindkettőre utalok. A kettő lényegi azonosságára nézve lásd MacCormick 1978: 95.
- ¹⁰ Itt az az ellenvetés tehető, hogy ha az *egyes norma szövege* nem is ad egyértelmű megoldást, az értelmezés semleges módszerével, annak hagyományos elvei alapján a norma jelentése bizonyos esetekben egyértelműen megállapítható. Ez igaz, de még ezek után is marad szép számmal olyan eset, amikor nyitva marad a választás a bíró előtt. Annál is inkább, mert az értelmezési kánonok maguk is eltérő eredményekre vezethetnek, s ilyenkor ezek között is választani kell.
- ¹¹ A jelenség leírásánál el akartam kerülni a dogmatika kifejezést, többértelműsége miatt. A segédfogalom kifejezést Levi munkájából, a „satellite concept” kifejezés megfelelőjeként vettem át (lásd Levi 1949: 7).
- ¹² A joghézag ilyen felfogására nézve lásd Schauer 1992: 223–226.
- ¹³ Ennél a problémánál el akartam kerülni a jogelv kifejezést, két melléközöngje miatt: az egyik az, hogy nem pontosan megfogalmazott, absztrakt norma, a másik, hogy más jogszabályok racionalizására használt vagy használható, azokat igazoló norma. A három sajátosság között bizonyos korreláció fennáll, de szűkszerű összefüggés nem.
- ¹⁴ Ebben a példában nem kifejezetten a magyar Alkotmányra utalok. A probléma ugyanis oly módon is konceptualizálható, hogy az alapjogokat tartalmazó normákat eleve a 8. § (2) bekezdéssel együtt kell vizsgálni, s így a 8. § (2) bekezdésnek a kérdéses alapjogra vonatkoztatott értelmének kifejtése inkább az a) pont alatt kifejtett problémához tartozna. Azokat az eseteket, amikor egy alapjogot egy másik alapjog miatt korlátoznak, mint túlszabályozott eseteket is konceptualizálhatjuk.
- ¹⁵ A korlátozott keretek miatt csak néhány – a részlegesen szabályozott esetek közül való – konkrét példát tudok vizsgálni. E helyen csak arra koncentrálok, ami közös a nehéz esetekben. Egy részletesebb elemzés azonban nem hagyhatja figyelmen kívül az egyes nehéz esetek sajátosságait.

- ¹⁶ Az idézett szövegrész előtti bekezdés is tanulságos a nehéz esetek más fajtái vonatkozásában: „Az Alkotmánybíróságnak absztrakt alkotmányértelmezési hatásköre az Alkotmány rendelkezései tartalmának hiteles kifejtését, valamint az egyes rendelkezések közötti összefüggések kimutatását jelenti az Alkotmány hatályos szövege alapján és abból a feltételezésből kiindulva, hogy miként a jog, az Alkotmány is egységes és ellentmondás nélküli rendszer. Valamennyi rendelkezésének megállapítható célja és értelme van, közöttük sem ellentmondás, sem pedig alkotmányjogi kérdések eldöntését meghíúsító hézag nem lehet.”
- ¹⁷ Tekintsünk most el az *értékelő* kifejezés említésétől. Ha a bírók levonták volna ennek a szónak a következményeit, akkor véleményem szerint vagy egyetértésre kellett volna jutniuk a különvéleményt írókkal a *probléma természetét illetően*, vagy azt kellett volna állítaniuk, hogy *ennek ellenére ez a feladat az AB hatáskörébe tartozik*.
- ¹⁸ Szemben a különvéleményben kifejtett állásponttal, melyből implicit módon az következik, hogy a nehéz eseteket az Országgyűlésnek kellene eldöntenie, Pokol Béla álláspontja további aggályokat vet fel: ki alakíthatja ki az alapjogi dogmatikát? Ha a jogtudomány, mint ahogy az elmélete egészéből következne, akkor az milyen alapon kötelezné a bíróságot? Ha a dogmatika kialakítása egy egzakt logikai művelet lenne, akkor ez talán nem jelentene problémát. Az alkotmány kérdései azonban nem ilyen jellegűek. A szólásszabadság határainról, vagy a magzat jogállásáról például csak bizonyos értékvalasztás alapján lehet dönteni. De mivel lenne jobban legitimált a jogtudomány, mint az AB az ilyen kérdések eldöntésére? Nem akarom lebecsülni a jogtudomány lehetséges szerepét az alapjogi dogmatika kialakításában, de legalább két szempont miatt soha nem helyettesítheti az AB *döntései során* adott értelmezéseit. Egyrészt, ha értékvalasztásról van szó, mi történik, ha a jogtudósok megosztottak egy adott kérdésben? Másrészt, mi van akkor, ha nem láttak előre egy adott problémát? Ha nem a jogtudomány lenne hivatott az alapjogi dogmatika kidolgozására, akkor csak az AB a másik szóba jöhető fórum. De hogyan dolgozná ki az AB a konkrét *döntései előtt* az alapjogi dogmatikát? S mi lenne ennek a jogforrási helye? S bármelyiket is tekintjük a megfelelő fórumnak, mi hatalmazza fel az AB-t arra, hogy ne alkalmazza az Alkotmány bizonyos bekezdéseit?
- ¹⁹ Ez nyilvánvalóan nem lehetetlen, hanem megengedhetetlen.
- ²⁰ Nem osztom azt a véleményt sem, hogy a magzat jogalanyisága előkérdése lenne az élethez való jognak. Ez az álláspont azt sugallja, hogy *a) a magzat jogalanyiságáról* kell dönteni, *b) először* el kell dönteni a jogalanyiság kérdését, s utána mondhatunk bármit is az élethez való jogról. A két kérdés tehát egyrészt különválasztható, másrészt az első logikailag is megelőzi a másodikat. Formalizálva: ha értelmezni akarjuk azt a kijelentést, miszerint „*A-nak joga van X-hez*”, *A meghatározása* logikailag megelőzi *X meghatározását*. Vizsgáljuk meg a *b) kérdést* először! Ad *b) Álláspontom* szerint a magzat jogosultsága (esete-e *A-nak*, ki tartozik *A alá?*) és az élethez való jog természetének (mit jelent *X?*) két kérdése közül az utóbbinak van elsőbbsége. Az abortusz *egyik* morális alapkérdése *a magzat élethez való joga*. Jogilag a helyzet egyszerűbb: kétségtelenül igaz ugyanis, hogy *ha a törvényhozó a magzatot embernek tekintette volna, akkor azt megilletné az élethez való jog (jogi értelemben)*, mégpedig ekkor a morális érvektől függetlenül, a *törvényhozó autoritásából* kifolyólag. Ha a törvényhozó tehát *A esetének* tekintett volna valamit, akkor azt megilleti az *X-hez való jog*. Fontos azonban látnunk, hogy ez egy teljes mértékben hipotetikus, nem pedig a törvényhozó „valós” – akár szubjektív, akár objektív – szándékára vonatkozó állítás. Abból azonban, hogy *ha a magzat a törvényhozó szerint ember lenne, akkor megilletné az élethez való jog*, nem következik az, hogy a magzat emberi mivoltát (amire viszont a törvényhozó megállapítása nem terjedt ki) az élethez való jog természetétől függetlenül kellene megállapítanunk. Amíg ugyanis a törvényhozó akarata felruházhat elméletileg bármely *A-t X joggal*, s így igaz, hogy *ha valamit A esetének tekint, akkor az rendelkezik X joggal*, addig ahová a törvényhozó autoritása nem terjedt ki, ott – lévén hogy érvekre van szükségünk – *A-t* nem tudjuk *X-től* függetlenül meghatározni. Az ugyanis, hogy a magzatot megilleti-e a szóban forgó jog, nem

dönthető el anélkül, hogy *először* ne mondanánk valamit az élethez való jog természetéről. Attól függően tekintjük az *adott szempontból* embernek, hogy milyen felfogást vallunk az élethez való jogról. Attól függően határozzuk meg az élethez való jog jogosultjait, hogy az a biológiai értelemben vett életet védi, bizonyos tulajdonságokkal rendelkező erkölcsi személyeket véd, vagy az emberi faj egyedeinek védelmét szolgálja (hogy három potenciális jelöltet említsünk). Az igaz, hogy a magzat élethez való joga összegyeztethető az első és a harmadik, bizonyos fejlődési stádium után pedig talán a második felfogással is, s ilyenkor a magzat élethez való jogából automatikusan nem következik az, hogy az élethez való jogról melyik felfogást valljuk. Ebből azonban csak az következik, hogy a magzat élethez való joga *több* felfogással is összefér, s nem az, hogy azt *bármilyen felfogástól függetlenül*, azt megelőzően kell eldönteni. Michael Tooley érvét felhasználva (Tooley 1986) más módon is eljuthatunk erre a következtetésre. Az az állítás, hogy *A*-nak joga van *X*-hez, azt jelenti, hogy ha *A* akarja *X*-et, akkor másokat kötelezettség terhel, hogy tartózkodjanak az olyan cselekedetektől, melyek megfosztják őt *X*-től. Ez a kötelezettség tehát feltételes, attól függ, hogy *A* akarja-e, hogy annak megfelelően járjanak el mások. *A* azonban csak akkor képes *X* akarására, ha rendelkezik egyáltalán azokkal a fogalmakkal, amelyeket az *X*-ben foglalt állítások tartalmaznak. Nem akarhatom például, hogy a kokoidák degerráljanak, hiszen nem rendelkezem ilyen fogalmakkal, nem tudom, hogy mik a kokoidák és mit jelent degerrálni. Ahhoz viszont, hogy azt megkérdézhessük, hogy valaki rendelkezik-e az *X* által involvált fogalmakkal, azaz esete-e *A*-nak, tudnunk kell, hogy mi *X*. Ad *a*) Az abortusz szempontjából ahhoz képest, hogy a magzatot megilleti-e az élethez való jog, a jogalanyiség morális és jogi értelemben is, az emberi mivolt pedig morális értelemben másodlagos kérdés. Nem *azért* illet meg az élethez való jog valakit, mert jogalany (lásd jogi személyek), hanem azért jogalany, mert legalább egy alanyi jognak a jogosultja. Többekkel egyetértésben például úgy gondolom, a magzatot akkor is meg kellene hogy illesse az a jog (tehát akkor is jogalany kellene hogy legyen), miszerint tilos kínzásoknak alávetni, ha nem tekintjük embernek, s nem ruházzuk fel az élethez való joggal. Másrészt (tekintsünk most el az alkotmányól) ha valaki az élethez való jogot a biológiai léthez kötné, ami nem logikai képtelenség, akkor a magzatot jogi értelemben vett ember mivolta nélkül is megilletné ez a jog (hiszen ekkor nemcsak az emberek lennének e jog alanyai, hanem az állatok is). S önmagában az ember mivolt sem tesz valakit automatikusan minden jog alanyává (lásd pl. választójog).

²¹ A kifejezés Neil MacCormicktól származik, megkülönböztetendő a deduktív igazolástól az igazolás azon részét, amikor a premisszák között kell választani. (MacCormick 1978: 101)

²² Az itt vázolt modellek leginkább a John Bell (Bell 1983) által vizsgáltakra hasonlítanak, azzal a lényeges különbséggel, hogy Dworkin jogokon alapuló tézisének konceptuálisan könnyen támadhatónak és a többi modellnél kevésbé reprezentatívnak tartottam, s így nem láttam érdemesnek erre a tézisére önálló modellt építeni. A koherencia-modell szintén sokat köszönhet Dworkin elméletének, de annak más vonásait emeli ki. Természetesen nemcsak azokból a nézetekből merítettem, melyek explicit módon modellekben gondolkodnak, hanem azokból is, melyek bizonyos típusú érvekre helyezik a hangsúlyt.

²³ A processzuális szemlélet azonban a magyar jogtudománytól sem teljesen idegen. Takács Albert (1990: 47) akkor fogalmazott meg egy ilyen álláspontot, amikor még létezett az alkotmányerejű törvények intézménye: „alapvető jog csak alkotmányerejű törvényben megállapított korlátozásnak vethető alá” – idézi a szerző az AB-t. Majd így folytatja: „ebben a tételben ugyanis csak arról van szó, hogy a korlátozás formája egy különösen konszenzusos jogszabályi forma lehet, ha azonban ez megszületett, az alapjog korlátozása megengedhető és legitím. ...Az ilyen alapjogok definiálása valójában a törvényhozó feladata. Az Alkotmánybíróságnak ebben az esetben voltaképpen nincs más lehetősége, mint a törvényhozói döntés alkotmányos formájának az ellenőrzése.” E felfogás plauzibilitását növeli, hogy az alkotmányozás nem válik el eléggé a „rendes” törvényhozási folyamattól. Így a korábbi alkotmányerejű törvények, illetve a mai „kétharmados törvények” majd-

nem ugyanolyan támogatottságot igényelnek, mint az alkotmánymódosítás (a különbség abban van, hogy az alapjogok esetében a *jelenlevő* képviselők kétharmadának szavazata szükséges). Ha az alkotmánymódosításhoz ilyen legitimitáció elégséges, s az alkotmánymódosítást az AB nem vizsgálhatja felül, akkor hasonló legitimitáció miért ne lenne elégséges az alapjog tartalmának megállapításához (amit ellenben az AB felülvizsgálhat)? Számos ponton azonban nem tudok egyetérteni Takács Alberttal. Először is, az általa illusztrációképpen felhozott 5/1990. (IV. 9.) AB-határozattal nem lehet azt megalapozni, hogy az AB bármikor is a processzuális álláspontot tette volna magáévá. Az AB a kétharmados szabályt valóban nem pusztán formai, hanem egyben tartalmi kérdésnek is tekintette. Ebből azonban nem adódik az a következtetés, s az AB sem jutott el oda, hogy a kétharmados szabály betartása feleslegessé tette volna a további alkotmányos vizsgálatot. A kétharmados szabályt az AB az alkotmányosság szükséges, de nem elégséges feltételének tekintette. „Mivel az Alkotmánybíróság a megsemmisítő döntését a törvény meghozatalának alkotmányellenességére alapozta, *szükségtelenné vált*, hogy az indítványozók által a megsemmisítési kérelmek alátámasztására felhozott egyéb érvek megalapozottságát a határozatban egyenként értékelje.” (Az én kiemelésem – Gy. T.) Másrészt szerintem semmi sem indokolja sem azt a következtetést, hogy az alapvető jog védelmi felfogásából annak korlátozható, míg értékfelfogásából (ha ez egyáltalán szembeállítható a védelmi felfogással) annak korlátozhatatlan jellege következne (szyanott: 46), (maga a szerző adja meg az ellenpéldát amikor Sólyom Lászlónak a 2/1990. (II.18.) AB határozathoz írt különvéleményét az értékfelfogás karakterisztikus kifejeződésének tekinti, s az általa is idézett vélemény ugyanakkor világosan elismeri az alapjogok korlátozható jellegét), sem azt, hogy az alapjogok korlátozhatóságának a fentebb ismertetett processzuális szemléletet kell maga után vonnia.

²⁴ Ez a dualizmus hasonlatos ahhoz, ami a törvényhozó szándékának keresésekor megmutatkozik. Vannak olyan jogrendszerek, amelyekben a bíró nagy súlyt fektet a törvényhozó subjektív, azaz ténylegesen létező, történeti szándékára, s vannak olyanok, melyben a bíró inkább az objektív szándékot kutatja. Az objektív törvényhozói szándékot különböző vélelmek segítségével próbálja rekonstruálni a bíró, mint például, a törvényhozó szándéka a szavak köznapi jelentésével azonos; a törvényhozó racionális, ezért nem akarhatott ellentmondást a jogrendszerben; nem akarhatott nyilvánvalóan igazságtalan, vagy más módon abszurd eredményhez vezető jogszabályt elfogadni.

²⁵ A fogalom és felfogás különbségéhez lásd Hart 1995: 185–186.

²⁶ Mindkét esetet lefedi Robert Alexy és Aleksander Peczenik megközelítése: „Egy *p1* állítás akkor és csakis akkor támogat egy *p2* állítást, ha *p1* olyan premissza-együttes eleme, melyből *p2* logikai eszközökkel levezethető. Kölcsönösen támogatja egymást *p1* és *p2* állítás, ha az előbbi feltétel mellett *p1* is logikai eszközökkel levezethető egy olyan premissza-együttesből, melynek *p2* eleme” (Alexy-Peczenik 1990: 132).

²⁷ Ezen a helyen nincs lehetőség a részletes elemzésre, így csak jelezni kívánom, hogy ez a probléma különösen élesen vetődhet fel az Alkotmány 70/A. § (1) bekezdésének értelmezésénél.

²⁸ Franciaországban épült ki egy olyan rendszer, ahol a bíróknak a nehéz eseteket a parlamenthez kellett utalniuk. Ezt a rendszert 1837-ben adták fel, amikor is létrehozták a bírókból álló Assemblée Plénière-t az ilyen esetek eldöntésére (Bell 1983: 235).

²⁹ A politikai kérdések doktrínájához lásd (Paczolay 1993).

HIVATKOZÁSOK

- ABH 1990–1994. = Az Alkotmánybíróság Határozatai. Szerk.: Sólyom László, Holló András. Budapest: Unió Lap- és Könyvkiadó
- Alexy, R.–A. Peczenik, 1990. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. *Ratio Juris*, 3, 130–147.
- Bell, John 1983: *Policy Arguments in Judicial Decisions*. Oxford: Clarendon Press
- Bragyova András 1994. *Az alkotmánybíráskodás elmélete*. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó – MTA Állam- és Jogtudományi Intézet
- Dworkin, Ronald 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press
- 1995. A politikai bírók és a joguralom. In.: Takács Péter (szerk.) *Joguralom és jogállam*. Budapest: Tempus
- Finnis, John 1987. On Reason and Authority in *Law's Empire*. *Law and Philosophy*, 357–230.
- Fuller, Lon 1978. The Form and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, 4.
- Halmi Gábor 1993. Tiszta amerika? Alkotmánybíráskodás nálunk és más nemzeteknél. *Világosság*, 11.
- Hart, H. L. A. 1995. *A jog fogalma*. Budapest: Osiris Kiadó
- Kilényi Géza 1991. Az alkotmányosság – belülről nézve. *Acta Humana*, 2.
- Kis János 1992. Az állam semlegessége. *Politikatudományi Szemle*, 2.
- Levi, E. H. 1949. *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: The University of Chicago Press
- MacCormick, N. 1978. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press
- MacCormick, D. N.–S. S. Robert, 1991. *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth
- Paczolay Péter 1993. Könyörtelen bírói hatalom? A bírói alkotmányértelmezés politikai szerepe. *Jogállam*, 2.
- 1995. A „politikus” Alkotmánybíróság. *Népszabadság*, október 30.
- Pokol Béla 1989. Alapjogok és alkotmánybíráskodás – jogelméleti nézőpontból. *Jogtudományi Közlöny*, 5.
- 1991. *A jog szerkezete*. Budapest: Gondolat Kiadó – Felsőoktatási Programiroda
- 1992. Aktivista alapjogász vagy parlamentitörvény-barát? A magyar alkotmánybíráskodás jogkonceptiói. *Társadalmi Szemle*, 4.
- 1994a. *Jogbölcseleti vizsgálódások*. Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó
- 1994b. *A magyar parlamentarizmus*. Budapest: Cserépfalvi
- Raz, Joseph 1986. *Law and Value in Adjudication*, in: *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press
- 1992. The Relevance of Coherence. *Boston University Law Review*, 273–321.
- Sajó András 1993. A „láthatatlan alkotmány” apróbetűi: A magyar Alkotmánybíróság első ezerkétszáz napja. *Állam- és Jogtudomány*, 1–2.
- Sári János 1995. *A hatalommegosztás*. Budapest: Osiris Kiadó
- Schauer, Frederick 1992. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press
- Sebes Gábor 1995. Összekuszálódó alkotmányfelfogások. *Népszabadság*, július 24.
- Sólyom László 1992. Az Alkotmánybíróság önértelmezése. *Jogtudományi Közlöny*, 6.
- 1996. Nálunk nincsenek vargabetűk. (Interjú) *Népszabadság*, február 22.
- Susskind, R.E. 1987. *Expert Systems in Law*. Oxford: Oxford University Press
- Szente Zoltán 1995. Ki ellenőrzi az Alkotmánybíróságot? *Népszabadság*, 1995, október 15.

- Szigeti Péter 1993. Hatalommegosztás – Alkotmánybíróság. *Világosság*, 1.
- Takács Albert 1990. Az alkotmányosság dilemmái és az Alkotmánybíróság ítéletei. *Acta Humana*, 1.
- 1993. A jogértelmezés alapjai és korlátai. *Jogtudományi Közlöny*, 3.
- Tooley, Michael 1986. Abortion and Infanticide. In: Peter Singer (ed.) *Applied Ethics*. Oxford: Oxford University Press
- Tribe, L. H. 1985. *Constitutional Choices*. Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University Press

