

A magánjogi és az alapjogi érvelések együttélése – feszültségek és dilemmák

Európában az alkotmánybíráskodás dogmatikai alapjainak letétele Hans Kelsen nevéhez fűződik.¹ Az osztrák jogtudós által lefektetett európai típusú, centralizált alkotmánybíráskodási modell alapkonceptiója szerint bármiféle, alkotmányossági dimenzióban felmerülő ügy eldöntése az alkotmánybíróság monopóliuma, míg a normál jogalkalmazással eldöntendő jogviták kizárólag a rendes bíróságokhoz – végső soron a legfelsőbb bírósághoz – tartoznak.² Nem véletlen, hogy az ennek megfelelően Ausztriában 1919-ben felállított Legfelsőbb Alkotmánybíróság hatásköre az absztrakt normakontrollra korlátozódott. Néhány évtized alatt azonban az absztrakt normakontroll mellett számos európai országban bevezetésre került az alkotmányjogi panasz intézménye is, amely e két, elméletben látszólag jól elkülöníthető bíráskodási funkciót megváltoztatta azáltal, hogy az alkotmánybíróságokat bevonta a rendes bíráskodás keretében elbírálandó jogviták eldöntésébe.³

Míg az Egyesült Államokban, ahol az alkotmánybíráskodás decentralizált – vagyis a bármely rendes bíróság által konkrét üggyhöz kapcsolódó normakontrollon alapuló – modellje alakult ki, értelemszerűen ez a fajta *hatásköri* konfliktushelyzet nem jött létre,⁴ addig az alkotmánybíráskodás európai modellje szerinti elkülönült, önálló alkotmánybíróságok elterjedése szükségszerűen maga után von egyfajta – az igazságszolgáltatás legfelső szintjén felmerülő – hatalommegosztási vitát az adott ország alkotmánybírósága és annak legfelsőbb bírósága között. Ezek a konfliktusok megfigyelhetők voltak Németországtól kezdve Olaszországon⁵ át egészen a közép-kelet-európai országokig (mint pl. Lengyelország vagy a Cseh Köztársaság)⁶ bezárólag.

Hazánkban ez a „hatásköri probléma” – egy-egy nagyon kivételes esettől eltekintve⁷ – nem merült fel, köszönhetően annak, hogy a magyar Alkotmánybíróság – még az alkotmányjogi panasz kapcsán is – 2012. január 1-jéig kizárólag normakontrollt végzett. Az Alaptörvény hatálybalépésével azonban a testület az alkotmányjogi panasz keretében megkapta a konkrét bírói döntések alkotmányossági felülvizsgálatának lehetőségét is (nem korlátozva tehát azt a korábbi szabályozás szerint kizárólag az egyedi ügyben alkalmazandó jogi norma

¹ Az alkotmánybíráskodás történetéhez lásd: Favoreu, Louis: Az alkotmánybíróságok. In: Paczolay Péter (szerk.): Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2003, 52-113. o.

² Lech Garlicki: Constitutional courts versus supreme courts. I•CON, Volume 5, Number 1, 2007, 46. o.

³ Garlicki: i. m. 46. o.

⁴ Ugyanakkor a különböző jogágak fogalmi rendszerének ütközésében megnyilvánuló *dogmatikai probléma* ott is jelen van.

⁵ Lásd Garlicki: i. m. 54–57. o.

⁶ Lásd Garlicki: i. m. 57–63. o.; továbbá Michal Bobek: Quantity of Quality? Re-Assessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe. European University Institute Working Papers, LAW 2007/36.

⁷ Lásd az ún. „Jánosi-ügy” kapcsán hozott 57/1991. (XI. 8.) AB határozatot. A határozatról bővebben lásd: Pokol Béla: Bevezető megfontolások a jogforrások jogelméleti elemzéséhez. In *Jogelméleti Szemle*. 2000/1. szám.

alkotmányosságának vizsgálatára), ami konkurens helyzetbe hozhatja az Alkotmánybíróságot a legfőbb bírói szervvel, a Kúriával.

Nem véletlen, hogy *Uwe Diederichsen* német jogtudós, a göttingeni egyetem professzora a német Szövetségi Alkotmánybíróságot (*Bundesverfassungsgericht*, a továbbiakban: BVerfG) egyenesen mint „legfelső polgári bíróságot” aposztrofálta egy 1998-ban megjelent nagy ívű elemző tanulmányában.⁸

Jelen írásunk – némi amerikai és európai kitekintés mellett – elsősorban a Diederichsen által felvetett kritikák főbb sarokpontjait kívánja ismertetni azzal a szándékkal, hogy ezáltal – reményeink szerint – némiképp hozzájárulhatunk a magyar alkotmánybírói gyakorlat jobbításához. Tesszük mindezt természetesen annak a – már Kelsen által is megfogalmazott – tézisnek a tudatában, hogy valamennyi létező alkotmányra nézve egységes megoldást javasolni úgyszólván lehetetlen vállalkozás, az alkotmányossági felülvizsgálatot egy országban ugyanis minden alkotmány egyedi sajátosságainak megfelelően kell kialakítani.⁹

Az alapjogok és a magánjog konfliktusa az Egyesült Államokban – a state action doctrine

A Diederichsen által felvetett problémakör szélesebb kontextusba helyezéséhez aligha kerülhető meg az Egyesült Államok jogrendszere. Mindenekelőtt természetesen azt kell megjegyezni, hogy az Egyesült Államokban az alkotmánybíráskodás és a rendes bírászkodás szervileg nem különül el egymástól: az 1803-as *Marbury v. Madison*-döntés óta a bíróságoknak jogában áll alkotmányellenesnek nyilvánítani a szövetségi alkotmánnyal ellentétes(nek ítélt) jogszabályokat, és eltekinteni azok alkalmazásától.¹⁰ Az alkotmányértelmezés a föderális berendezkedésű országban a szövetségi Legfelsőbb Bíróság (*Supreme Court of the United States*) kezében fut össze, egyfelől azért, mert ez a testület áll a szövetségi bírói kar csúcán, másrészt pedig mert bizonyos különleges esetekben, ha a szövetségi jogot érintő, alapvető jelentőségű kérdéstről van szó, a tagállami jogorvoslati utakat kimerítő felek a Legfelsőbb Bírósághoz is fordulhatnak.¹¹

Másodsorban arra érdemes utalni, hogy az amerikai bíróságok nemcsak az alkalmazott jogszabályok alkotmányosságát vizsgálhatják, hanem az alsóbb bíróságok, valamint a

⁸ Uwe Diederichsen: *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*. In *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 198 (1998), 171–260. o.

⁹ Idézi Garlicki: i. m. 44. o.

¹⁰ *5 U.S. (1 Cranch) 137*. Hozzátehetjük, hogy az alkotmányos normakontroll bevezetése nem tekinthető minden előzményt nélkülöző, „forradalmi” eseménynek. Elvétve, de előfordult, hogy a tagállami bíróságok részéről sor került erre a lépésre a tagállami alkotmány alapján; emellett Angliában az 1610-es *Bonham*-ügy tanúsítja, hogy a jogalkotó akaratának korlátozása nem idegen az angolszász jogi gondolkodástól. (Lásd pl. Theodore F. T. Plucknett: *Bonham's Case and Judicial Review*. In *Harvard Law Review*, Vol. 40, Issue 1, 1926, 30-70. o. Ezen egyedi esetek jelentőségének kérdéséhez pedig lásd pl. Leonard W. Levy: *Judicial Review, History, and Democracy: An Introduction*, 1-12. o. In Leonard W. Levy /ed./: *Judicial Review and the Supreme Court*, Harper Torchbooks, New York, 1967, 1-42. o.)

¹¹ E helyütt jegyzendő meg, hogy a bírósági törvény 1925-ös módosítását követően (mely *Certiorari Act* néven ismert) a Legfelsőbb Bíróságnak módjában áll válogatni a beadványok között, és így kiemelheti azokat az ügyeket, amelyeket valamilyen megfontolásból „alapvető jelentőségűnek” ítélt.

hatóságok döntéseit az alkotmányértés pusztá ténye okán is felülbírállhatják.¹² Lényegét tekintve tehát az amerikai bíróságoknál is fellelhetők azok a hatáskörök, amelyeket az európai terminológia a „(konkrét) normakontroll”, valamint a „(valódi) alkotmányjogi panasz” kifejezésekkel illet. Ebből következően a tengerentúlon is felmerült az alapjogok horizontális hatásának problémája.

Az Egyesült Államokban viszonylag stabilan tartja magát a doktrína, miszerint az alkotmányban meghatározott alapjogi védelem csak az állammal szemben illeti meg a polgárokat, egymás közötti viszonyaikra azonban nem terjed ki, azokat a tételes jog szabályozza. A szakirodalomban a *state action doctrine* elnevezéssel illetik ezt az elvet, utalva rá, hogy az alkotmányos rendelkezések az állami cselekvést korlátozzák.

A doktrína magvát az Egyesült Államok alkotmányának szó szerinti értelmezése képezi. Mivel az alapjogi pereskedés alapját leggyakrabban a szólásszabadságot deklaráló első, valamint a tagállami jogalkotás elé bizonyos korlátokat állító tizennegyedik alkotmánykiegészítés szolgáltatja, elegendő csak ezeket kiemelni. Az első kiegészítés szerint „[a] Kongresszus ... nem csorbítja a szólás- vagy sajtószabadságot[.]”¹³ A tizennegyedik kiegészítés első bekezdése szerint pedig „egyetlen állam sem foszthat meg valakit életétől, szabadságától vagy tulajdonától megfelelő törvényes eljárás nélkül; törvénykezés során az államok senkitől nem tagadhatják meg a törvények nyújtotta egyenlő jogvédelmet.”¹⁴ A szövegezésből látható, hogy a rendelkezések címzettjei a jogalkotó és jogalkalmazó testületek, ebből pedig következik, hogy azok a magánosok közötti viszonyokra nem vonatkoznak.

A Legfelsőbb Bíróság legismertebb és talán „legmerészebb”, a *state action* tárgyában született döntése az 1948-as *Shelley v. Kraemer*-ítélet volt.¹⁵ A jogvita alapja egy egyezmény volt, melyet harminc St. Louis-i ingatlanulajdonos kötött 1911-ben. Eszerint a felek megállapodnak abban, hogy ötven éven keresztül nem adhatják el ingatlanjaikat a negroid vagy mongoloid rasszba tartozó személyeknek. 1945-ben aztán az egyik lakó a fekete Shelley-családnak adta el ingatlanját. Az adásvételt a többi lakó az egyezmény alapján megtámadta. A Legfelsőbb Bíróság érvényesnek találta az adásvételt, és – Missouri állam legfelsőbb bíróságának döntésével szemben – elutasította a megtámadására irányuló keresetet. Érvelése szerint az egyezmény érvényesítése bírósági határozatot igényel. Mivel a bíróság állami szerv, a bírósági határozathozatal állami cselekvést igényel. Ebből következően pedig a bíróságok számára tiltott az alkotmánnyal ellentétes tartalmú jogügyletek érvényre juttatása.

¹² Az utóbbi tipikus esetei a nyomozó hatóságok eljárásának a megalapozatlan házkutatás és lefoglalás (*unreasonable search and seizure*) tilalmát kimondó negyedik, valamint az önvádra kötelezés tilalmát kimondó ötödik alkotmánykiegészítés alapján való felülvizsgálata.

¹³ „Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press[.]” A magyar fordítás forrása: Hamza Gábor (szerk.): *Az Egyesült Államok Alkotmánya*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1995.

¹⁴ “No State shall ... deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

¹⁵ 334 U.S. 1

A gondolatmenetből világosan látszik, hogy a Legfelsőbb Bíróság tulajdonképpen megmaradt a *state action*-doktrínából következő distinkció mellett, csak kiterjesztette annak hatókörét. A testület ugyanakkor ódzkodott attól, hogy a *Shelley*-ügyben lefektetett álláspontot következetesen végigvige későbbi gyakorlatában,¹⁶ noha alkalmanként születtek döntések, melyek e nézetet tükrözték.¹⁷ A Bíróság hezitálását jól illusztrálja az 1972-es *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*-ügy.¹⁸ Egy csak fehéreknek fenntartott vendéglátó-ipari egység megtagadta egy fekete vendég kiszolgálását a bőrszíne miatt. A férfi beperelte a társaságot, és az elsőfokon eljáró szövetségi bíróság bevonta a szórakozóhely szeszforgalmazási engedélyét (*liquor licence*) mindaddig, amíg az diszkriminatív üzletpolitikát folytat.¹⁹ A Legfelsőbb Bíróság azonban megváltoztatta a döntést, arra hivatkozva, hogy a szórakozóhely diszkriminatív működése nem állami cselekvés, ezért nem alkalmazhatók rá az alkotmányos követelmények.

A *state action*-doktrína tehát még távolról sem került ki az Egyesült Államok joggyakorlatából. Ugyanakkor különösen az 1950-es évek alapjogi forradalmát követően a kritika célkeresztjébe került. A bírálatok jellemzően azzal érvelnek, hogy nehéz különbséget tenni az állami cselekvés, valamint a magánosok cselekvései között; emellett indokolatlan a distinkció, hiszen a magánszférában is történhetnek olyan igazságtalanságok (mint például a munkaerő-piaci diszkrimináció), amelyekkel szemben, ha kell, alkotmányjogi eszközökkel is fel kell lépni. Visszatérő ellenvetés, hogy olykor magánszemélyek is rendelkezhetnek az államéhoz fogható hatalommal és befolyással, amivel szemben a magánszféra többi szereplője igazságtalanul kiszolgáltatót (például egy óriásvállalat). Végül voltak, akik azzal támadták a doktrínát, hogy az állam az igazságtalan helyzetek orvoslásának elmulasztása révén is „cselekszik”, ez pedig alkotmányos alapon számonkérhető rajta.

A *state action*-doktrína egyik legmarkánsabb kritikusa Erwin Chemerinsky. Az ő gondolatmenete szerint a *state action*-doktrína onnét ered, hogy az alapítók korában úgy vélték, a *common law* garantálja azokat a természetes jogokat, amelyeket az alapítók az embertől elidegeníthetetlennek tartottak.²⁰ Azonban, mint rámutat, ez a feltevés az idők múlásával egyre inkább elveszítette ténylegességét, és alkalmatlanná vált korunk igazságtalanságai – mindenekelőtt a magánkézben összpontosuló túlzott hatalom²¹ – ellensúlyozására. A probléma orvoslására a szerző radikális megoldást javasol: szerinte – egyéb, az igazságtalanság orvoslására alkalmas eszköz híján – az alkotmányos rendelkezéseket közvetlenül alkalmazni kellene a magánosok egymás közötti viszonyaira is, és ennek során a bíróságok egyfajta érdemrészlegelő funkciót töltenének be.²²

¹⁶ Vö. pl. Donald M. Cahen: The Impact of *Shelley v. Kraemer* on the State Action Concept, 727. o. In California Law Review, Vol. 44, 1956, 718-736. o.

¹⁷ A legismertebb minden bizonnyal az 1964-es *New York Times v. Sullivan*-ügy (376 U. S. 254). Ebben egy köztisztviselő perelte a New York Times-t, és míg a tagállami bíróság igazat adott neki, a Legfelsőbb Bíróság megsemmisítette ezt az ítéletet az első alkotmánykiegészítés alapján, a *Shelley*-ítéletet idéző érvekkel.

¹⁸ 407 U.S. 163

¹⁹ 407 U.S. 165

²⁰ Erwin Chemerinsky: Rethinking State Action, 511. o. In Northwestern University Law Review, Vol. 80, Issue 3, 1985, 503-557. o.

²¹ Uo.

²² I. m. 550. o.

Hasonlóan radikális kritikát fogalmazott meg Mark Tushnet. Szerinte az alkotmányos normák rendelkeznek a javak igazságos elosztásáról, a *state action*-doktrína azonban akadályozza ennek megvalósítását, ezért azt el kellene vetni.²³ Más kritikusok kevésbé elutasítóak, így például Cass Sunstein ugyan nagyon szűkre vonná a doktrína hatókörét, ám nem kívánja mindenestül kiiktatni a jogéletből, mert szükség van olyan zsinórmértékre, amely révén meghatározható, mely esetekben alkalmazhatók az alkotmányos normák, és mely esetekben nem.²⁴

Természetesen szép számmal születtek a kritikákkal szembeni állásfoglalások is. Kifejezetten a *Shelley v. Kraemer*-ügy korai bírálói közé tartozik Herbert Wechsler, aki 1959-es tanulmányában általánosságban kritizálja a Legfelsőbb Bíróság faji diszkriminációt érintő döntéseit. Kritikájának lényege abban áll, hogy a Legfelsőbb Bíróság nem „semleges elvekkkel” indokolta álláspontját, noha szerinte a bíróságok működésének egyik lényegi vonása, hogy nem „puszta hatalmi szervként” hozzák meg döntéseiket, hanem azokat következetes érvekkel támasztják alá.²⁵ Wechsler tehát nem magát a doktrínát kritizálja, hanem azt, hogy a Legfelsőbb Bíróság felületesen indokokkal magyarázta döntését.

William P. Marshall konkrétan Chemerinsky okfejtése ellen intézett éles kritikát. Bírálatainak támpontjai a következők. Ha a bíróságok alapjogi mérlegelés útján oldják fel a magánjogi természetű jogvitákat, az állam tulajdonképpen jelen van olyan cselekvésekben is, amelyek hagyományosan kívül esnek az állami cselekvés hatókörén. Marshall szerint ez nem növeli az egyéni szabadságot, hanem éppen hogy korlátozza.²⁶ Emellett nehéz megállapítani, ki az „alapjogsértő” és ki az „áldozat”,²⁷ illetve ha alapjogok állnak egymással szemben, az idővel megszilárduló bírói gyakorlatban óhatatlanul csekélyebb védelmet nyer az, amelynek rovására a bíróság a győztes oldal által hivatkozott alapjogot alkalmazta.²⁸ A szerző emellett rámutat arra is, hogy az alapjogok kikényszerítése annál nehezebb, minél több életviszonyban tartják őket irányadónak (vagyis például noha az önkifejezés alkotmányos védelmet élvez, e védelem mégsem jár feltétel nélkül minden egyéni cselekvésnek).²⁹ Végül Marshall az alkotmány

²³ Lillian BeVier – John Harrison: The State Action Doctrine and Its Critics, 1784. o. In Virginia Law Review, Vol. 96, Issue 8, 2010, 1767-1836. o. Megjegyzendő, hogy Tushnet helyenként bizonyos szkepszisről tesz tanúbizonyságot. Egy, a szociális jogok és a *state action*-doktrína kapcsolatával foglalkozó tanulmányában például kifejti, hogy ha a bíróságok elvetik a *state action*-doktrínát, a szociális jogok megfelelő elosztásának lehetetlen feladatát vállalják magukra, ha viszont kitartanak mellette, az állami és a magáncselekvés elhatárolása kérdésében kényszerülnek óhatatlanul önkényes határokat vonni. Vö. Mark Tushnet: State Action, Judicial Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations. In Chicago Journal of International Law, Vol. 3, Issue 2, 2002, 435-453. o.

²⁴ BeVier – Harrison: i. m. 1775. o.

²⁵ Herbert Wechsler: Toward Neutral Principles of Constitutional Law, 19., valamint 29-30. o. In Harvard Law Review, Vol. 73, Issue 1, 1959, 1-35. o.

²⁶ William P. Marshall: Diluting Constitutional Rights: Rethinking “Rethinking State Action”, 560-561. o. In Northwestern University Law Review, Vol. 80, Issue 3, 1986, 558-570. o.

²⁷ I. m. 561. o.

²⁸ I. m. 564. o.

²⁹ I. m. 567-568. o.

„trivializálódása” miatt is ellenzi Chemerinsky kiterjesztő álláspontját, hiszen mindennapi alkalmazásával a dokumentum elveszítené kiemelt, szimbolikus jelentőségét.³⁰

Egy másik szerző, Maimon Schwarzschild egy értékpluralista elméletre alapozva foglal állást a kérdésben. A brit Isaiah Berlin nyomán kialakított nézete szerint a különféle értékek, például a szabadság és az egyenlőség, kibékíthetetlen ellentétben vannak egymással. Ezért a leghelyesebb dolog a lehető legnagyobb mértékben az egyénekre bízni a számukra legelfogadhatóbb értékek kiválasztását.³¹ Az alkotmányjogban ez a gondolat úgy jelenik meg, hogy különbséget kell tenni a kormányzat és a polgárok között: míg a kormányzat monopolhelyzetben van bizonyos döntések meghozatalát illetően, és meghatározott értékek, az alkotmány értékei határolják be döntéseit (például az egyenlő elbánás követelménye), addig a polgárok sokan vannak, és sok különféle értéket követnek. Erre az eltérésre tekintettel, ha jogszabály nem rendelkezik másként (például úgy, hogy tiltja a munkahelyi diszkriminációt), a polgárok nem kötelezhetők arra, hogy egymás közötti viszonyaikban egyetlen értékrendszer – az alkotmány értékrendszerét – tekintsék mindenek felett állónak. A *state action*-doktrína egybevág e gondolattal, és elősegíti az értékpluralizmus kibontakozását, ezért célszerű fenntartani.³²

A fentiekből az a kép rajzolódik ki, hogy az alkotmányjog és a magánjog konfliktusa, az alapjogi garanciák hatókörének kérdése az Egyesült Államokban is megjelent. A Legfelsőbb Bíróság mérsékelt álláspontot foglalt el a kérdésben, és ha ki is terjeszti a garanciák hatókörét, nem lépi túl a *state action*-doktrína által nyújtott fogalmi kereteket. Látható ugyanakkor, hogy a jogtudomány berkein belül igen kiélezett viták folynak a doktrína funkcióját, fenntarthatóságát illetően.

Hatásköri villongások az Alkotmánybíróság és a Legfelsőbb Bíróság között Spanyolországban

Diederichsen elsősorban dogmatikai szempontból vizsgálja a valódi alkotmányjogi panasz gyakorlati problémáit; tanulmánya a magánjog és a közjog fogalmainak keveredéséből eredő jogbizonytalanságot helyezi középpontba. A kérdéskör azonban hatásköri problémákat is felvet. A valódi alkotmányjogi panasz eszközeivel rendelkező alkotmánybíróság voltaképpen „szuper-legfelsőbb bíróságként” funkcionál, hiszen konkrét döntéseket vizsgál felül, nem pusztán az alkalmazott jogi normát. Az alkotmánybíráskodással óhatatlanul együtt járó olyan tipikus problémák mellett tehát, mint az ideológiai összefonódás,³³ a két legfőbb bírói fórum egymás mellett élésének kérdései is figyelmet érdemelnek. Leslie Turano az ún. „*Mazón-ügyről*”³⁴ írt esettanulmányában³⁵ az utóbbi jelenségből fakadó feszültség egy alkalmi kirobbanását mutatja be.

³⁰ I. m. 569. o.

³¹ Maimon Schwarzschild: Value Pluralism and the Constitution: In Defense of the State Action Doctrine, 120-131. o. In *The Supreme Court Review*, 1988, 129-162. o.

³² I. m. 132-133. o.

³³ Spanyolország vonatkozásában ehhez lásd pl. Enrique Guillen Lopez: Judicial Review in Spain: The Constitutional Court, különösen 557-559. o. In *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 41, 2008, 529-562. o.

³⁴ *STS 1/2003, Jan. 23, 2004 (Civ.)*

A 2000-es évek elején egy José Luis Mazón Costa nevű alkotmányjogász indítványt terjesztett a spanyol Legfelsőbb Bíróság (*Tribunal Supremo*) elé, melyben kifogásolta, hogy a spanyol Alkotmánybíróság (*Tribunal Constitucional*) nem az alkotmánybírósági törvényben előírt versenyvizsgán helyezést elérő jogászokat alkalmazza az alkotmánybírói törzskarokban, hanem tetszés szerint választ embereket. E gyakorlatot a közhivatalhoz való jog sérelmeként értékelte. A Legfelsőbb Bíróság azonban elutasította Mazón indítványát. Döntése értelmében az Alkotmánybíróságot csak akkor terhelné a versenyvizsga kiírására és a helyezettnek alkalmazására irányuló kötelezettség, ha a törvény nem adna más lehetőséget. A törvény azonban biztosít alternatív lehetőséget. A Legfelsőbb Bíróság tehát különbséget tett a versenyvizsga kiírására irányuló kötelezettség – amely nem terheli az Alkotmánybíróságot –, valamint a helyezettnek felvételére irányuló kötelezettség között – mely utóbbi csak akkor terhelné az Alkotmánybíróságot, ha kiírta a versenyvizsgát. Emellett felhívta a figyelmet arra, hogy az Alkotmánybíróság függetlenségébe az is beletartozik, hogy tagjai megválogathatják a munkatársaikat, ez pedig nem korlátozható megszorító jogszabály-értelmezéssel. E diszkréció egyúttal a Legfelsőbb Bíróság beavatkozásának terjedelmét is korlátok közé szorítja. Végül a testület arra hivatkozott, hogy a közéletben való részvétel joga nem feltétel nélküli, és a jogalkotó arányosan korlátozta az alkotmánybírósági törvény vonatkozó rendelkezésével.³⁶

Mazón ezután az Alkotmánybíróság előtt támadta meg annak saját gyakorlatát arra hivatkozva, hogy az Alkotmánybíróság megsértette a tisztességes eljáráshoz való jogát. Mivel minden alkotmánybíró érintett volt, a kizárásukat is kérte, valamint azt, hogy mások helyettesítsék őket az eljárásban. Emellett azt is követelte, hogy az Alkotmánybíróság kezdeményezze a jogalkotónál (*Cortes*) egy olyan testület létrehozását, amely az Alkotmánybíróság döntéseit bírálja felül. Ezt a beadványt az Alkotmánybíróság azzal utasította vissza, hogy az indítványt tulajdonképpen nem is az ő részére címezték (hiszen gyakorlatilag az Alkotmánybíróság tagjai közül senki nem járhatott volna el, mert mindnyájukkal szemben kizárási ok állt fenn).³⁷

Az Alkotmánybíróság visszautasító döntése ellen Mazón ismét a Legfelsőbb Bírósághoz fordult. Keresetében arra hivatkozott, hogy az Alkotmánybíróság felrútható módon nem tett eleget indokolási kötelezettségének, ezzel kárt okozott neki, és fejenként 1000 eurós kártérítést követelt a testület tagjaitól. A Legfelsőbb Bíróság ezúttal helyt adott a követelésnek, és alkotmánybíránként 500 eurós kártérítést ítélt meg Mazón javára „erkölcsi kár” (*daños morales*) címén. Az ítélet indokolása szerint az Alkotmánybíróság hivatali kötelessége minden elé kerülő jogvitát feloldani. A visszautasítás csak akkor fogadható el, ha azt megfelelő érvekkel támasztják alá; az Alkotmánybíróság visszautasító végzése nem felelt meg e kritériumnak.³⁸

³⁵ Leslie Turano: Quis Custodiet Ipsos Custodes?: The struggle for jurisdiction between the *Tribunal Constitucional* and the *Tribunal Supremo*. In *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, Issue 1, 2006, 151-162. o.

³⁶ I. m. 155-157. o.

³⁷ I. m. 157. o.

³⁸ I. m. 157-159. o.

A cikk szerzője rámutat arra, hogy nem előzmény nélküli a két fórum közötti viszály. Így például 1984-ben a Legfelsőbb Bíróság úgy rendelkezett, hogy egy büntetőeljárásban az Alkotmánybíróság tagjai is kötelesek bizonyítékot szolgáltatni; 1994-ben pedig, amikor az Alkotmánybíróság bírálta felül a Legfelsőbb Bíróság egy döntését, utóbbi tagjai petíciót írtak a királynak, és tiltakozó menetet rendeztek.³⁹

A szerző szerint a probléma gyökere az, hogy noha formálisan élesen elkülöníthető a Legfelsőbb Bíróság legfőbb jogértelmezési, és az Alkotmánybíróság legfőbb alkotmányértelmezési hatásköre, a gyakorlatban nagyon nehéz megvonni a különbséget, ami ahhoz vezet, hogy mindkét testület féltve őrzi a saját hatáskörét.⁴⁰ A spanyol alkotmány szerint „[a] Legfelsőbb Bíróság, melynek illetékessége egész Spanyolországra kiterjed, az igazságszolgáltatás legfőbb szerve minden téren, kivéve az alkotmányos biztosítékokra vonatkozó előírásokban jelzett eseteket.”⁴¹ Ugyanakkor az 53. cikk (1) bekezdése értelmében az alkotmányos alapjogok minden állami szervet köteleznek.⁴² Mindemellett az alkotmánybírói törvény 1. § (1) bekezdése kimondja, hogy az Alkotmánybíróság az alkotmány legfőbb értelmezője.⁴³ Az Alkotmánybíróság ebből *a contrario* arra a következtetésre jutott egy 1984-es döntésében, hogy ezen értelmezői hatáskör a jogrendszer többi területe vonatkozásában nem áll fenn.⁴⁴

Végső soron tehát a „rendes” jog fő értelmezője a Legfelsőbb Bíróság, ám az alkotmány magasabb szintű jogforrás, ezért az Alkotmánybíróság a Legfelsőbb Bíróság döntéseinek felülbírálatára is jogosult. Ugyanakkor egyfelől nincs arra utaló jel, hogy a jogalkotó lehetővé kívánta tenni a Legfelsőbb Bíróság számára, hogy bármilyen aspektusból felülbírálja az Alkotmánybíróság döntéseit, másfelől azonban ennek nincs is kifejezett akadály – mint az a konkrét ügyből is látható.

Turano végkövetkeztetése szerint a fő probléma az, hogy nincs olyan szerv, amelynek kifejezett feladata az Alkotmánybíróság kontrollálása, így nincs, ami „őrizné az őrzőt”. Ez meglátása szerint a jogállamiság szempontjából problémás, elvégre annak egyik fő fogalmi eleme az, hogy minden szerv valamilyen jogi kontroll alatt áll.

A legfelsőbb bíróságok és az alkotmánybírók viszonya Kelet-Közép-Európában

³⁹ I. m. 161. o.

⁴⁰ I. m. 154-155. o.

⁴¹ Spanyolország Alkotmánya 123. cikk (1) bekezdés. In Trócsányi László – Badó Attila (szerk.): Nemzeti alkotmányok az Európai Unióban, KJK-KERSZÖV, Budapest, 2005.

⁴² Az 53. cikk (1) bekezdésének első mondata a következőképp szól: „[a] jelen cím II. fejezetében elismert jogok és szabadságok köteleznek minden állami szervet.”

⁴³ Az 1979. október 3-i 2/1979. számú minősített törvény az Alkotmánybírósról, 1. cikkely (1) bekezdés: „Az Alkotmánybíróság, mint az Alkotmány legfőbb értelmezője, független a többi alkotmányos szervtől és kizárólag az Alkotmánynak és jelen minősített törvénynek van alárendelve.” In Kilényi Géza (szerk.): Alkotmánybíráskodás – II. kötet. Magyar Tudományos Akadémia, Budapest, 1987. A kiadvány régiségére tekintettel a törvényszöveget összevetettük a törvény hatályos angol fordításával: <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/normasreguladoras/Lists/NormasRegPDF/LOT-en.pdf> (2012. április 12.). A hivatkozott törvényhely nem változott, ezért a már meglévő magyar fordítást idéztük.

⁴⁴ Turano: i. m. 154. o.

A korábbi „szovjet blokkhoz” tartozó kelet-közép-európai országokban az alkotmánybíróságok az 1990-es években új, jogi előzmények nélküli intézményként jelentek meg a már meglévő igazságszolgáltatás szervezetrendszerén belül.⁴⁵ Számos ország, mint például a Cseh Köztársaság vagy Lengyelország, nem fogadták – és még ma sem fogadják – minden fenntartás nélkül ezt az új, különleges „politikai” testületet, amely bíróságnak nevezi magát.⁴⁶

Elméletileg a kelet-közép-európai alkotmánybíróságok a német *Bundesverfassungsgericht* mintájára alakultak ki az új alkotmányok és alkotmányos értékek védelmezőjeként, döntéseikkel alapvetően az alkotmányossági kérdésekre korlátozódva.⁴⁷ A gyakorlatban azonban ezek a szervek – alapvetően két tényező hatására – fokozatosan egy, a jog valamennyi ágára kiterjedő, valódi legfelsőbb bírói fórummá váltak.⁴⁸ Az egyik tényező az volt, hogy a kelet-közép-európai alkotmánybíróságok alkotmányjogi panasz alapján felülvizsgálhatták és felülvizsgálhatják a rendes bíróságok már jogerőssé vált döntéseit.⁴⁹ A másik tényező pedig az, hogy ez idáig még egyetlen alkotmánybíróság – ideértve a német alkotmánybíróságot – sem volt képes meghatározni azt, hogy mi is tekinthető *alkotmányos jelentőségű* kérdésnek, azaz saját felülvizsgálati jogköre határainak.⁵⁰ Michal Bobek szerint bármely ügy és jogvita átfogalmazható alkotmányossági és emberi jogi kérdésekké.⁵¹ A cseh alkotmánybíróság egy tagjának személyes elmondása szerint látszólag bármi lehet alkotmányossági kérdés, feltéve hogy a hivatkozott alkotmány szövege tartalmaz legalább három alapjogot: az emberi méltóságot, a tisztességes eljáráshoz való jogot és a diszkrimináció tilalmát.⁵²

Ez a két tényező az alkotmánybíróságokat gyakorlatilag – a jog valamennyi területére kiterjedő – *de facto* bíróságokká alakította át.⁵³ A cseh alkotmánybíróság évi nagyjából háromezer aktás ügyszámának közel 30%-át valamelyik legvégső bírói fórum döntésével szemben benyújtott alkotmányjogi panasz, míg az ügyek további 60%-át a többi bírói fórum jogerős döntéseivel szembeni alkotmányjogi panaszok teszik ki, azaz a cseh alkotmánybíróság tevékenységének több mint 90%-át a bíróságok jogerős döntéseinek felülvizsgálata képezi.⁵⁴ A cseh alkotmánybíróságnak erre a funkcióbeli eltolódására vezethető vissza a cseh legfelsőbb bírósági felülvizsgálatok „megregulázásával” szembeni negatív hozzáállása is.⁵⁵ Magától értetődő ugyanis, hogy az a *de facto* legfőbb bírói fórum, amelynek nincs lehetősége az ügyek szelektálására, az „alatta álló” fellebbviteli bíróságoknak sem fogja ezt a jogkört

⁴⁵ Michal Bobek: Quantity or Quality. Re-Assessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe. EUI Working Paper Law No. 2007/36. 18. o.

⁴⁶ Bobek: i. m. 18. o.

⁴⁷ Bobek: i. m. 18. o.

⁴⁸ Bobek: i. m. 18. o.

⁴⁹ Bobek: i. m. 18. o.

⁵⁰ Bobek: i. m. 18. o.

⁵¹ Bobek: i. m. 18–19. o.

⁵² Bobek: i. m. 57. lj.

⁵³ Bobek: i. m. 19. o.

⁵⁴ Bobek: i. m. 19. o.

⁵⁵ Bobek: i. m. 19. o.

megengedni.⁵⁶ Emögött feltehetően az a mögöttes félelem állhat, hogy a legfelsőbb bíróságok által elutasított ügyek végül úgyis náluk – azaz az alkotmánybíróságon – fognak „landolni”, növelve ezáltal az amúgy is nehezen kezelhető ügyterhet.⁵⁷ A cseh alkotmánybíróság gyakorlatában ugyan ezek az aggodalmak kimondva egyáltalán – vagy csak alig – jelennek meg, viszont immanensen kifejezésre jutnak alkotmányossági és az egyén jogvédelmével összefüggő érvekben.⁵⁸ A cseh alkotmánybíróság alapvetően négy érvre alapozva találta alkotmányellenesnek a legfelsőbb bíróság indokolás nélküli indítvány-visszautasítási jogkörét.⁵⁹ Az első és talán legerősebb érv, hogy ez a jogkör megfosztja az egyént a bírósághoz fordulás jogától.⁶⁰ Ugyanakkor a cseh alkotmánybíróság azt is elismerte, hogy nem létezik *per se* a legfelsőbb bírósághoz fordulás joga, ez a felülvizsgálati lehetőség csak rendkívüli jogorvoslat.⁶¹ Másrészről viszont, ha egyszer a nemzeti jogrendszer általánosságban lehetőséget biztosít a felfolyamodáshoz, akkor ezt a hozzáférési lehetőséget tisztességes, egyenlő és nem önkényes alapon kell biztosítani. Ez egyebek között azt jelenti, hogy a rendkívüli jogorvoslat kapcsán a cseh legfelsőbb bíróságnak tekintettel kell lennie az egyének alanyi jogainak védelmére.⁶²

Bobek szerint a cseh alkotmánybíróság itt valójában önellentmondásba keveredett azáltal, hogy egyrészt maga ismerte el, hogy „a legfelsőbb bírósághoz fordulás joga” mint olyan nem létezik, másrészt azonban az indokolás nem követi azt a logikusnak tűnő érvelést, miszerint ahol nem létezik jog, ott nincs azzal összefüggő indokolási kötelezettség sem.⁶³ Ehelyett a testület úgy érvelt, hogy ha egyszer lehetőség van rendkívüli jogorvoslatra, a legfelsőbb bíróság köteles védeni az egyén egyenlő és tisztességes indítványozási jogát.⁶⁴ Ez utóbbi állítás azonban ellentmond a kiinduló állításnak, és *de facto* megteremti a legfelsőbb bírósághoz fordulás jogát. Kérdésként merül fel ugyanakkor, hogy a legfelsőbb bírósághoz fordulás joga valójában mit takar: pusztán annak lehetőségét, hogy bárki benyújthassa kérelmét a bírósághoz, vagy annak érdemi elbírálását is magában foglalja-e. Bobek rámutat arra, hogy ez utóbbi esetben maga a cseh alkotmánybíróság is napi szinten megsértené ezt a

⁵⁶ Bobek: i. m. 19. o.

⁵⁷ Bobek: i. m. 19. o.

⁵⁸ Bobek: i. m. 19. o.

⁵⁹ Bobek: i. m. 19. o.

⁶⁰ Bobek: i. m. 19. o.

⁶¹ Bobek: i. m. 19. o.

⁶² Bobek: i. m. 19–20. o. Lásd különösen a cseh alkotmánybíróság 2005. május 10-i IV. ÚS 128/05. sz. határozatát a www.judikatura.cz honlapon, amelyben a testület hangsúlyozta, hogy az egyén a joggyakorlat egységesítése miatt nem degradálható le egyszerű „ügybeszállítóvá”. Lásd Bobek: uo. 61. lj.

⁶³ Bobek: i. m. 20. o.

⁶⁴ Ez az érvelési módszer – nagyon áttételesen – hasonlít a strasbourgi bíróságnak az Emberi Jogok Európai Egyezménye Első kiegészítő jegyzőkönyv 1. cikke szerinti tulajdonhoz való jog értelmezése során kialakított érveléséhez. A Bíróság az Egyezmény hatályba lépése előtt államosított javak kapcsán kimondta, hogy az Egyezmény garanciái nem terjednek ki valamely tulajdon megszerzésére, hanem kizárólag a fennálló tulajdoni rend védelmét szavatolják. Ha viszont valamely állam törvényhozás útján – részben vagy egészben – rendezi a korábbi rendszer által elvont javak visszaszolgáltatását, vagy kártérítés fizetését írja elő, ezen intézkedések új tulajdonjog keletkezéséeként értelmezhetők, vagyis „tulajdonjogot” konstituálhatnak a törvény címzettjei számára. Lásd Téglási András: A tulajdonhoz való jog védelme Európában – az Európai Unió Bírósága, az Emberi Jogok Európai Bírósága és a magyar Alkotmánybíróság gyakorlatának fényében. In *Kül-Világ*, 2010/4., 44–45. o.

„jogot”, hiszen a benyújtott alkotmányjogi panaszok több mint 90%-át mint „nyilvánvalóan megalapozatlan” kérelmet sommás indokolással utasítja vissza.⁶⁵ Az egyenlőség kérdése kapcsán az is felmerül, hogy vajon az ügyek közötti szelektálás megsérti-e ezt az elvet az egyéni panaszosok között, amivel gyakorlatilag a formális és materiális jogegyenlőség problematikájáig is eljuthatunk.⁶⁶ A formális jogegyenlőség talaján állva arra a következtetésre juthatunk, hogy az ügyek fontosságára és komplexitására tekintet nélkül valamennyi panaszos ügyét meg kell vizsgálni.⁶⁷ Az egyenlőség materiálisabb felfogása azonban már a jogviták összetettségét is figyelembe veszi, hiszen nem tekinthető minden ügy hasonlóknak, vessünk össze akár csak egy egyszerű csekkhamisítást egy összetett, például apaság megállapítása iránti perrel.⁶⁸

Az egyenlőség elve körül kialakult vita megoldásának kiindulópontja annak elismerése lehet, hogy a legmagasabb bírói fórumok bizonyos közfunkciók betöltésére (is) hivatottak.⁶⁹ Ez a közösségi dimenzió (az ügy újszerűsége, komplexitása és/vagy szerteágazása) lehet egy egyéni ügy megkülönböztető ismérve, ami indokál szolgálhat az ügyek különböző módon történő kezelésének.⁷⁰ A cseh alkotmánybíróság ugyanakkor a köz- és magánérdek közötti ésszerű egyensúly fenntartását követeli meg a legmagasabb szintű igazságszolgáltatás funkciójánál.⁷¹

Az ítékezés közösségi vagy privát funkciója közötti feszültség az alkotmánybíróságokon belül is felmerül.⁷² Az ügyek szelektálásával szembeni leggyakoribb érv az, hogy az alkotmánybíróságok szakosított és központosított bíróságok, azaz az alkotmányjogi viták első és végső fórumai is egyben.⁷³ Ez a megközelítés azonban figyelmen kívül hagyja az európai alkotmánybíróságok pozíciójának fokozatos változását.⁷⁴ A német *Bundesverfassungsgericht* – elsőként a *Lüth-ítéletben*⁷⁵ megkövetelt – alkotmány-konform értelmezés követelményével a közép-európai régió többi alkotmánybíróságában is követőkre talált.⁷⁶ Az ún. „kisugárzó hatással” („*Ausstrahlungswirkung*”) és a rendes bíróságok azon kötelezettségével, hogy az „egyszerű jogot” („*einfaches Recht*”) az alkotmánynak (és közvetve az alkotmánybírósági gyakorlatnak) megfelelő, azzal „alkotmány-konform” módon értelmezzék,⁷⁷ a rendes bíróságok gyakorlatilag „miniatűr alkotmánybíróságokká” váltak,⁷⁸ természetesen azzal a –

⁶⁵ Bobek: i. m. 20. o.

⁶⁶ Bobek: i. m. 20. o.

⁶⁷ Bobek: i. m. 20. o.

⁶⁸ Bobek: i. m. 20. o.

⁶⁹ Bobek: i. m. 21. o.

⁷⁰ Bobek: i. m. 21. o.

⁷¹ Bobek: i. m. 21. o.

⁷² Bobek: i. m. 22. o.

⁷³ Bobek: i. m. 22. o.

⁷⁴ Bobek: i. m. 23. o.

⁷⁵ Az ügy részleteit lásd a Diederichsen kritikáiról szóló részben.

⁷⁶ Lásd pl. a cseh alkotmánybíróság 1998. szeptember 24-i határozatát (*III. ÚS 139/98, CDCC, vol. 12., 106. o.*), idézi Bobek i. m. 23. o. 69. l.j.

⁷⁷ Ennek részletes kifejtését, különösen a diszfunkciókra lásd a későbbiekben, Diederichsen kritikáinak ismertetése során.

⁷⁸ A nyugat-európai tendenciákról lásd pl. Stone, Sweet A.: *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, Oxford, 2000, 114–126. o.

nem elhanyagolható – különbséggel, hogy alkotmányellenesség esetén nem rendelkeznek a jogszabályok megsemmisítésének (csupán azok alkotmánybírósághoz történő utalásának) jogával. Amennyiben ez a tétel általánosan elfogadottá válik, onnantól kezdve az alkotmányossági vizsgálat többé már nem tekinthető pusztán egy specializált és koncentrált vizsgálatnak, és az alkotmánybíróság sem egy egyszerű bíróság lesz többé, hanem ezáltal magát egyfajta „legfelsőbb (alkotmány)bírósággá” emeli.⁷⁹

Ennek előfeltétele azonban természetesen az, hogy a rendes bíróságok valóban elfogadják ezt az „elsőfokú alkotmánybírósági” szerepüket, valamint az alkotmánybíróság doktrínáit és joggyakorlatát. Németországban, e felfogás „hazájában” ezt alapvetően elismerik – még ha nem is kritikák nélkül⁸⁰ –, éppúgy, ahogyan a „második generációs alkotmánybíróságok”⁸¹ országaiban (mint például Spanyolországban) is.⁸² A közép-európai posztkommunista országokban azonban már nem ennyire magától értetődő, hogy a rendes bíróságok bírái elfogadják ezt az „alkotmánybírói” szerepkört.⁸³

Ugyanakkor Lengyelországban például már egyes – aktivista – bírák és jogtudósok körében elterjedt olyan álláspont is, miszerint a rendes bíróságnak az elötte fekvő ügyben akár félre is teheti az általa alkotmányellenesnek vélt jogszabályt, nem érintve ezáltal a törvények általános érvényességét, és így nem sértve a lengyel alkotmánybíróság prerogatíváit sem.⁸⁴ Mindez azonban Lengyelországban csupán néhány elszigetelt esetben jelent meg idáig, nem eredményezve különösebb konfliktust az alkotmánybíróság és a rendes bíróságok között.

Nem úgy Oroszországban, ahol az orosz bíróságok önálló jogkört próbáltak kialakítani maguknak az alkotmányellenes törvények megsemmisítésére. A vita az orosz alkotmánybíróság győzelmével zárult, amely ádázán küzdött annak megakadályozásáért, hogy a rendes bíróságok rendelkezzenek olyan hatáskörrel, amelynek alapján kimondhatják egyes törvények alkotmányellenességét. Az orosz alkotmánybíróság azt állította, hogy ilyen esetekben az

⁷⁹ Bobek: i. m. 23. o.

⁸⁰ E körbe sorolhatók például Diederichsen későbbiekben ismertetett kritikái is.

⁸¹ Az európai alkotmánybíróságok három hullámban keletkeztek, mindhárom generáció összekapcsolódott egy-egy rendszerváltással, amikor egy korábbi elnyomó vagy tekintélyuralmi rendszer helyébe demokratikus jogállam lépett. Az első nemzedék, a német és az olasz alkotmánybíróság, illetve a francia Alkotmánytanács a világháború utáni újrakezdésből nőtt ki. A második generációs bíróságok a Franco-, illetve a Salazar-rezsim összeomlását követték Spanyolországban és Portugáliában, illetve a katonai diktatúrát Görögországban az 1970-es években. A harmadik hullám a kommunista rendszerek bukása után söpört végig Közép- és Kelet-Európán és a volt Szovjetunió, de ezt látjuk Európán kívül is: alkotmánybíróság jött létre például Dél-Afrikában is az apartheid után. Vö. Sólyom László: Az Alkotmány őrei. VI. szemeszter, 16. előadás – 2005. május 23., 6. o. <http://www.origo.hu/attached/20050531solyom.rtf>. (2012-05-19.) Sólyom László maga utal arra, hogy e szokásos kategorizálást használva figyelmen kívül hagyja az európai alkotmánybíráskodás tényleges eredetét: Kelsen elméletét és az azt megvalósító osztrák alkotmánybíróságot, s az azzal rokon kezdeményeket az 1920-as években. A további fejlődésre a német alkotmánybíróság volt meghatározó hatással, amely az osztrák modelltől eltérően az absztrakt normakontroll mellett bevezette a konkrét ügyben történő alapjogi bíráskodást, az alkotmányjogi panaszt. Lásd Sólyom László: Alkotmányértelmezés az új alkotmánybíróságok gyakorlatában. In Fundamentum, 2002/2., 18. o. 3. lj.

⁸² Bobek: i. m. 23. o.

⁸³ Bobek: i. m. 23. o.

⁸⁴ Lech Garlicki: Constitutional courts versus supreme courts. I•CON, Volume 5, Number 1, 2007, 58. o.

egyetlen út, amely nyitva áll a bíróságok előtt, az, hogy konkrét normakontroll keretében az alkotmánybírósághoz forduljanak.⁸⁵

Ehhez képest Lengyelországban az alkotmánybíróság az 1990-es évek közepétől fokozatosan kialakította az ún. „interpretatív döntés” technikáját, mely szerint a vitatott rendelkezés csak akkor alkotmányos, ha az az alkotmánybíróság döntésének megfelelően kerül értelmezésre. Ez viszont a törvényi rendelkezések értelmezésének hatásköri kérdését vetette fel, amely fő szabály szerint a legfőbb bírói fórum(ok) monopóliuma.

Kezdetben a lengyel jogrendszer különbséget tett „interpretatív határozat” és „interpretatív döntés”⁸⁶ között. Az előbbi a törvények alkotmányossága tárgyában született ítéletet jelentette az olasz „*sentenza interpretativa*”⁸⁷ mintájára, amely gyakorlat Olaszországban is számos konfliktust eredményezett.⁸⁸ Az utóbbi döntéstípussal a testület a törvények „általánosan kötelező értelmezését” állapítja meg.⁸⁹ Ez utóbbi hatáskör Lengyelországban is komoly konfliktusokat eredményezett a legfőbb bírói fórum és az alkotmánybíróság között, amit jól mutat, hogy 1996-ban és 1997-ben a legfelsőbb bíróság nyíltan visszautasította a lengyel alkotmánybíróság értelmező döntését azzal, hogy a lengyel alkotmány szerint a bírákat csak a törvények kötik, így a többi bíróság csak akkor kell, hogy kövesse ezeket az értelmező

⁸⁵ Garlicki: i. m. 61. o. 45. lj.

⁸⁶ Garlicki angol fordításában: „*interpretative decisions*” és „*interpretativ resolutions*”. Vö. Garlicki: i. m. 59. o.

⁸⁷ Az olasz jogrendszer nem ismeri az egyéni alkotmányjogi panasz intézményét, helyette a rendes bíróságok által az alkotmánybírósághoz intézett „jogi kérdések” eszközével operál, melyek csak a bíróság döntésének alapját képező jogszabályokra vonatkozhatnak. Az olasz alkotmánybíróság (*Corte Costituzionale*) azonban a törvények megsemmisítése helyett egyre inkább egy olyan „értelmező” döntési gyakorlatot alakított ki, amely nem abszolút hatállyal mondja ki egy jogszabály alkotmányosságát (vagy alkotmányellenességét), csak az adott ügyben alkalmazandó jogszabály egyedi értelmezése vonatkozásában. E gyakorlat mentén a testület kétféle típusú határozata jött létre: a „*sentenza interpretativa di accoglimento*”, amely azt állapítja meg, hogy a jogszabály egy adott módon történő értelmezése alkotmányellenes, míg a „*sentenza interpretativa di rigetto*” azt mondja ki, hogy egy jogszabály egy bizonyos – de csak is ezen egyféle – módon történő értelmezése alkotmányos. Lásd erről különösen Gustavo Zagrebelsky: *La Giustizia Costituzionale* [Constitutional Adjudication] 156 (Il Mulino 1988); Thierry Di Manio: *Le Juge Constitutionnel Et La Technique Des Decisions “Interpretatives” En France Et En Italie* [The Constitutional Judge and the Technique of “Interpretative” Decision in France and Italy] (*Economica* 1997); Enzo Cheli & Filippo Donati: *Methods and Criteria of Judgment on the Question of Rights to Freedom in Italy*. In *Human Rights And Judicial Review: A Comparative Perspective*. 235–236. o. (David M. Beatty ed., Springer 1994).

⁸⁸ 1958-ban a „sommás nyomozás” eljárási szabályai kapcsán az olasz *Corte Suprema di Cassazione* kimondta, hogy a tisztességes eljárás bizonyos garanciáit nem kell teljes mértékben alkalmazni ezen eljárás során, majd 1965-ben az olasz alkotmánybíróság – ugyanezen büntetőjogi rendelkezés kapcsán – olyan értelmezést alakított ki, amelynek alapján az olasz Kasszációs Bíróság kénytelen lett volna felülbírálni a korábbi, 1958-as döntését, ezt azonban a testület nyíltan megtagadta. Két hónapra rá az olasz alkotmánybíróság – az interpretatív technika alkalmazásával – alkotmányellenessé nyilvánította a támadott rendelkezést, amennyiben az lehetővé tette a *Corte Suprema di Cassazione* által elfogadott értelmezést. Ez az alkotmányossági kérdést megoldotta, azonban továbbra is nyitva maradt az a kérdés, hogy az olasz alkotmánybíróság döntése mennyiben alkalmazható visszamenőleges hatállyal. Végül, 1965-ben a *Corte Suprema di Cassazione* úgy döntött, hogy az olasz alkotmánybíróság döntése csak a jövőre nézve alkalmazandó. Vö. Garlicki: i. m. 54–55. o.

⁸⁹ Lásd Georg Brunner – Lech Garlicki: *Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen: Analysen Und Entscheidungssammlung 1986–1997* [Constitutional Law Jurisdiction in Poland: Collected Analyses and Decisions 1986–1997] 67–68. o. (Nomos, 1999)

döntéseket, amennyiben az abban foglalt indokolással maguk is egyetértnek.⁹⁰ Az 1997-es lengyel alkotmány aztán megszüntette az „interpretatív döntés” meghozatalának lehetőségét, ugyanakkor kimondta, hogy az alkotmánybíróság határozata általánosan kötelező jelleggel alkalmazandó és végleges.⁹¹ A konfliktus azonban ezzel még nem oldódott meg teljesen, bár azóta – legalább is 2007-ig – nem volt olyan ügy, amelyben a lengyel legfelsőbb bíróság nyíltan elutasította volna az alkotmánybíróság értelmezését, de számos *obiter dictum*ban a legfelsőbb bíróság bírái az „interpretatív határozatok” hatáskörével kapcsolatban kifejtették, hogy – az 1997-es alkotmány szerinti hatáskör-elhatárolások alapján – ők nem kötelesek követni az alkotmánybíróság értelmezését.

Az alkotmánybírósági döntések kötőereje kapcsán felmerülő viták a Cseh Köztársaságban is komoly rendszerkrízist eredményeztek. A cseh legfelsőbb bíróság nyíltan „fellázadt” az alkotmánybírósági döntésekkel szemben, mondván, hogy a kontinentális jogrendszer nem precedens-rendszer, így a legfelsőbb bíróság nincs kötve az alkotmánybíróság álláspontjához. A rendes bírák támogatókra és dicsőítőkre találtak számos, az alkotmánybíróság új filozófiájával szembenálló cseh jogtudósban is. A cseh alkotmánybíróság egyre több olyan bírói döntést semmisített meg, amelyek ellenkeztek a testület joggyakorlatával, és noha a feszültség 2000 óta némiképp enyhült, a probléma még mindig távol áll a megoldástól.⁹²

Látható tehát, hogy a bírói döntések egyéni alkotmányjogi panasz általi felülvizsgálati lehetősége számos európai országban hatalmas feszültségeket eredményezett. A „bírák háborúja” kifejezés a belgiumi fejlemények kapcsán merült fel 2004-ben,⁹³ míg az osztrák Legfelsőbb Bíróság az alkotmányjogi panasz eljárásának kiterjesztésére vonatkozó javaslatok kapcsán adott hangot világos szembenállásának.⁹⁴ Az alkotmánybíróságok szerepe és a testülethez fordulás jogának korlátozása jelenleg is Európa-szerte viták tárgya, különösen az egyedi alkotmányjogi panasz benyújtását lehetővé tevő rendszerekben.⁹⁵ Ugyanakkor az

⁹⁰ A lengyel alkotmánybíróság 1995. február 21-i döntése, *I PZP 2/95* (OSNAPiUS – Jurisprudence of the Chamber of Administration, Labour Law and Social Security, 1995, No. 17, item 214); továbbá 1996. május 14-i döntés, *III ARN 93/95* (OSNAPiUS 1996, No. 23, item 352).

⁹¹ Lengyel alkotmány 190. cikk (1) bekezdés. Vö. Trócsányi–Badó: i. m. 551. o.

⁹² Zdenek Kuhn: Making Constitutionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies. In András Sajó – Renata Uitz (eds.): *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*. Eleven International 2005, 236–240. o. Lásd még Pavel Holländer: The Role of the Constitutional Court for the application of the Constitution in case decisions of ordinary courts, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 86 Heft 4, 2000, 537. o.; Wojciech Sadurski: *Rights Before Courts*. Springer 2005, 21–23. o.; továbbá Jiri Priban: *Judicial Power vs. Democratic Representation*. In: Marc Verdussen – Emile Bruylant (eds.): *Constitutional justice in Central Europe*, 1997, 380. o. Jiri Priban is rámutat arra, hogy a legjelentősebb konfliktust az alkotmánybíróság és a rendes bíróságok legfelső testülete között a rendes bíróságok – ideértve a legfelsőbb bíróságot is – döntéseinek alkotmánybírósági felülvizsgálata okozza.

⁹³ Vö. Francis Delpérée: *Belgique XX Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, 2004, 176. o., idézve Jacques Van Compernelle és Marc Verdussen véleményét.

⁹⁴ Herbert Steininger: „Célszerű-e kiterjeszteni az alkotmánybíróság hatáskörét egy általános, valamennyi bírósági döntésre kiterjedő egyedi alkotmányjogi panaszra?” („*Empfiehl es sich, die Zuständigkeiten des Verfassungsgerichtshofs durch Einführung einer umfassenden, auch Akte der Gerichtsbarkeit erfassenden Individualverfassungsbeschwerde zu erweitern?*”) In *Verfassungstag*, 1994, Verlag Österreich, 1995.

⁹⁵ Bobek: i. m. 23. o.

alkotmányjogi panasz révén a rendszerbe kódolt „endemikus feszültség”⁹⁶ a rendes bíróságok és az alkotmánybíróság szerepköreinek letisztázásával, a funkciók szétválasztásával kezelhető lehetne.

A rendes bíróságok elsőfokú „alkotmánybírósági” szerepkörének fokozatos elismerésével az alkotmánybíróságok közérdekű funkciói kerülnek középpontba, az alapjogok egyéni védelmét pedig a rendes bíróságok garantálják, ami által csökken a jelentősége a magáncélból alkotmánybíróság elé vitt jogvitáknak. Mindez megalapozza az alkotmánybírósághoz fordulás jogának korlátozását, hisz nem lesz értelme évente ezres nagyságrendű ügyekkel az alkotmánybírósághoz fordulni, azaz „a minőség megelőzi a mennyiséget.” Bobek rámutat arra, hogy azokban az országokban, ahol az alkotmányjogi panasz intézménye létezik, ezek a több ezres nagyságrendben benyújtott alkotmányjogi panaszok teszik ki az ügyek több mint 90%-át.⁹⁷ Ez az ügymennyiség egy, legfeljebb 20 bíróból álló testület kapacitását nyilvánvalóan meghaladja. Ennek következtében – noha a legtöbb alkotmánybíróságnak nincs *expressis verbis* nevesített jogköre az ügyek szelektálására – a jelenlegi gyakorlat alapján az ügyek több mint 90%-a mint „nyilvánvalóan megalapozatlan” kerül visszautasításra. Azonban még az ezután fennmaradó ügyek is felemésztik a bíróságok idejének és energiájának tetemes részét, így nem marad elég idő a valóban komoly alkotmányossági problémák mélyebb elemzésére.

Németországban ez a folyamat az alkotmánybírósági törvény többszöri módosításához vezetett. Miután az 1990-es évek elején az alkotmánybírósághoz fordulás korlátozására irányuló ötödik törvénymódosítás is sikertelennek bizonyult, az igazságügyi minisztérium egy külön bizottságot is felállított a kérdés megoldására. Ez a bizottság is azt javasolta, hogy a német alkotmánybíróságnak adják meg az ügyek közötti szabad válogatás jogát („*Annahme nach Ermessen*”), hasonlóan az amerikai *Supreme Court* által gyakorolt „*certiorari* eljáráshoz”.⁹⁸ A bizottság javaslatait azonban nem követték, így a BVerfG a hatalmas mennyiségű ügyeit továbbra is sommás indokolással ellátott döntésekkel intézi el.

A spanyol *Tribunal Constitucional* már megkapta az indokolás nélküli visszautasítás lehetőségét a nyilvánvalóan megalapozatlan alkotmányjogi panaszok (*amparo*) esetében, azonban ezt a jogkörüket a spanyol alkotmánybírák nem használták ki, így a törvényhozónak „drasztikusabb lépésekhez kell folyamodnia”.⁹⁹ Bobek sommás javaslata az, hogy a nyilvánvalóan alaptalan indítványokra pazarolt időt és energiát inkább az érdemi döntések meghozatalára kell(ene) fordítani.¹⁰⁰ Bobek ugyanakkor rámutat arra is, hogy ez a hatalmas ügyterhet maga után vonó perlési kultúra azon az – alapvetően téves (vagy legalább is problematikus) – preconcepción alapul, hogy a minél többfokú jogorvoslat egyenlő a magasabb szintű jogvédelemmel.¹⁰¹ Ehhez képest ő a végtelenített eljárások helyett a „*justice*

⁹⁶ Garlicki: i. m. 63. o.

⁹⁷ Bobek: i. m. 24. o.

⁹⁸ Lásd 11. lábjegyzet.

⁹⁹ Bobek: i. m. 24-25. o.

¹⁰⁰ Bobek: i. m. 25. o.

¹⁰¹ Bobek: i. m. 26. o.

delayed is justice denied” elvét vallja, azaz hogy az igazság kiderítésének késleltetése az igazság kétségbevonását jelenti.¹⁰²

A második világháborút követő Európában az alkotmányos kultúra az egyéni, individuális jogvédelmet helyezte a jogviták középpontjába, ugyanakkor az egyéni jogvédelem elsődlegesen az alsóbb szintű, különösen az elsőfokú bíróságok feladatává vált.¹⁰³ Az elsőfokú bíróságok szerepe tehát sokkal inkább az egyéni magánérdekek szolgálatában áll, míg a fellebbezési bíróságoknál már néhány közérdekű elem is bejön a képbe, végül a legfelsőbb bírói fórum célja már egyértelműen közérdekű.¹⁰⁴ Bobek szerint az egyéni jogvédelem sokkal inkább garantált egy tiszta és átlátható szelektálási rendszer alapján, melyben az illetőt akár néhány hónap alatt értesítik indítványa sikertelenségéről, mintha meghagyják az érintettet abban a feltevésben, hogy a magasabb szintű bírói fórum(ok) még hatékony jogorvoslati eszközt jelenthet(nek) az ügyében, valójában azonban ügye csupán egy a több ezer ügy közül, melyre majd néhány év múlva kap egy formalizált „copy-paste” elutasító döntést, nyilvánvaló megalapozatlanságra hivatkozással.¹⁰⁵

Bobek szerint az évi több ezres, sőt tízezres nagyságrendű döntés meghozatala egyébként is devalválja egy legfelsőbb szintű bírói fórum tevékenységét, nemcsak a minőség és a meggyőzőkészség, hanem a joggyakorlat „iránymutató” képessége terén is.¹⁰⁶ Ilyen mennyiségű döntés ugyanis egyrészt szükségszerűen produkál ellentmondásokat, másrészt ténylegesen senki sem lesz képes nyomon követni a döntések ilyen hatalmas mennyiségű produktumát.¹⁰⁷ Ez pedig egy idő után „ördögi körré” válik: minél nagyobb az esetek száma, és ezáltal minél kaotikusabbá válik a joggyakorlat, annál több ügy kerül az alsóbb bíróságoktól – világos iránymutatás híján – a legfelső bírói fórumhoz.¹⁰⁸ Ez a hatalmas ügyteher pedig még a bírák számának testületen belüli növelésével sem oldható meg.

A legfelsőbb bírói fórumokhoz – így az alkotmánybírósághoz – fordulás jogának limitálása nemcsak az ügyterhük csökkenését, kezelhetővé tételét jelent(het)i, hanem egyúttal az alsóbb szintű bíróságok újra(fel)értékelődését, „reneszánszát” is eredményezheti.¹⁰⁹ A gyakorlatilag korlátlan indítványozási lehetőség hatására ugyanis a felek az alsóbb fokú bíróságokon – azokat gyakorlatilag „bírói aktagyűjtő helyekké” degradálva – szinte csak „átszaladnak”, döntéseiket nem is véve igazán komolyan, a valódi, fajsúlyosabb érveiket pedig a magasabb bírói fórumokra, vagy esetleg csak az alkotmánybírói eljárásra tartogatva.¹¹⁰

Az ügyek szelektálásával továbbá nő az alkotmánybíróság joggyakorlatának szerepe és jelentősége is az egész jogrendszerben, hiszen ezáltal kizárólag az esetjog és a testület érvelési

¹⁰² Uo.

¹⁰³ Uo.

¹⁰⁴ Uo.

¹⁰⁵ Uo.

¹⁰⁶ Uo.

¹⁰⁷ Uo.

¹⁰⁸ Uo.

¹⁰⁹ Uo.

¹¹⁰ Uo.

módszereinek *megfelelő szintű* ismerete válik az alkotmánybírósághoz fordulás kulcsává. A gyakorlat ugyanis azt mutatja, hogy még a – sok esetben az alkotmányjog terén járatlan – ügyvédek által benyújtott indítványok indokolásai is gyakorlatilag csak az alaptényállás megismétlését jelentik.

A cseh helyzetet érdemes a fentiekben bemutatottakon túl egy kicsit részletesebben is elemezni, mivel a csehknél rajzolódnak ki talán legtisztábban a normál Legfelsőbb Bíróság és az alkotmánybíróság közötti szembenállás elméleti alapjai és negatív jogi következményei. Mint már volt róla szó, a rendes bíróságok (illetve a rendes bírósági hierarchia élén álló Legfelsőbb Bíróság), valamint az alkotmánybíróság közti hatalmi csatározás Csehországban is megjelent. Az fő szabály szerint nem vitatott, hogy a cseh Alkotmánybíróság alkotmányjogi panasz alapján született egyedi döntése (maga a rendelkező rész) kötelező az adott ügyben döntő rendes bíróságok számára, azt azonban sokan, köztük maguk a rendes bíróságok is, megkérdőjelezzik, hogy a döntésben szereplő jogi érvek (angolszász terminológiával: a *ratio decidendi*) is kötelező lenne a bíróságok számára.¹¹¹ Ennek elismerése esetén az alkotmánybíróság döntése tulajdonképpen precedensként hatna a rendes bíróságok részére, aminek kötelezőkénti elfogadásától azok érthető módon ódzkodnak.

Érdekes módon azonban a rendes bíróságok nem csupán az alkotmányjogi panaszok kapcsán állnak szemben az alkotmánybírósággal, hanem az absztrakt normakontroll kapcsán is. Ennek emblemikus példája a cseh elévülési törvénnyel (198/1993. törvény) kapcsolatos jogi álláspontok ütközése. E törvény kimondta, hogy az 1948. február 25. és 1989. december 29. között elkövetett egyes súlyos, de politikai alapon nem üldözött bűncselekmények, vagyis azon deliktumok elévülése ezen időszak alatt nyugszik, amelyek elkövetőit olyan okok miatt nem vonták felelősségre vagy akikkel szemben olyan okok miatt nem indítottak eljárást, amely okok ellentétesek egy demokratikus állam jogrendjét jellemző alapelvekkel. A cseh Alkotmánybíróság absztrakt normakontroll-eljárás keretében megvizsgálta e rendelkezések alkotmányosságát, és úgy találta, hogy ezen bűncselekmények elévülésének nyugvása alkotmányosnak tekinthető, mert a kérdéses időszak alatt hiányoztak a felelősségre vonáshoz szükséges jogállami normák. Ezzel szemben a cseh Legfelsőbb Bíróság – már az Alkotmánybíróság döntését követően – konkrét ügyben kimondta, hogy a büntetőjogi szabályok alapján ha egy törvény által meghatározott elévülési idő egyszer már eltelt, akkor utólagosan, az elévülés bekövetkeztét követően a büntetőjogi felelősség nem éleszthető fel,

¹¹¹ A cseh alkotmánybíróság meglehetősen széles hatáskörrel rendelkezik. Idetartozik a jogszabályok absztrakt normakontrollja (beleértve a kihirdetett nemzetközi szerződésekbe ütközés vizsgálatát is) és bírói kezdeményezésre történő konkrét normakontrollja; a jogerős (az ügy érdemében döntő vagy egyéb nem érdemi, de az alkotmányos jogokat sértő) bírósági vagy hatósági döntések ellen (a rendes jogorvoslati út kimerítését követően) igénybe vehető „valódi”, illetve „nem valódi”, normakontrollal egybekötött alkotmányjogi panaszok elbírálása; döntés hatásköri viták esetén (akár államigazgatási szervek egymás közötti, akár államigazgatási és önkormányzati szervek közötti, akár önkormányzati szervek egymás közötti hatásköri összeütközése vonatkozásában); végső fellebbviteli fórumként jár el választási jogvitákban; és részt vesz a köztársasági elnök tisztségétől való megfosztásra irányuló eljárásban. (Vö. Pavel Holländer: The Role of the Constitutional Court for the Application of the Constitution in Case Decisions of Ordinary Courts, 538. o. In Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Vol. 86 Heft 4, 2000, 537-552. o.)

még egy utólagosan meghozott törvény révén sem.¹¹² Tette mindezt a Legfelsőbb Bíróság arra hivatkozva, hogy számukra csak a törvények kötelezőek, az alkotmánybírói döntések rendelkező része, a jogi érvek és indokok (a döntés *ratio*ja), azaz az indokolás viszont nem.¹¹³ Ennek ellenére az esetek többségében a bíróságok követik az alkotmánybírói határozat döntésének jogi indokait,¹¹⁴ ám főként azért, mert azt tartalmilag elfogadják. Amennyiben azonban a rendes bíróságok ellentétes jogi véleményen vannak, akkor igyekeznek kibújni az Alkotmánybírói döntésének követésének kényszere alól. Mivel a rendes bíróságok szerint az Alkotmány csak azt mondja ki, hogy az Alkotmánybírói döntései minden hatóságra és személyre kötelezőek, egyrészt viszont a bíróság nem „hatóság”,¹¹⁵ másrészt a bíróságokra csak maga a döntés (ti. a rendelkezés) kötelező, nem pedig a döntésben levő, annak alapjául szolgáló jogi érvek és megállapítások,¹¹⁶ így ez utóbbiak betartását nem érzik önmagáért szükségesnek.

A talán legekleatásabb példa az Alkotmánybírói és a Legfelsőbb Bíróság közti hatalmi/hatásköri rivalizálásra azonban a „katonai szolgálat megtagadása” bűncselekménye kapcsán – egy konkrét ügy és az azon alapuló alkotmányjogi panasz alapján – kialakult polémia.¹¹⁷ Az összeütközés alapjául szolgáló ügyben a vádlott azért állt bíróság elé, mert katonai szolgálati kötelezettségének nem tett eleget, és nem engedelmeskedett a behívó parancsnak. Mivel a szolgálatot többször is megtagadta, a cseh Legfelsőbb Bíróság jogegységet szolgáló határozatában elvi jelleggel úgy ítélte meg, hogy a többszöri megtagadás

¹¹² Számunkra, magyarok számára ez az ügy – a cseh bírói szervek közti jogértelmezési és hatásköri vitákon túl – azért is érdekes, mert a cseh elévülési törvény lényegét tekintve megegyezett a magyar elévülési törvénnyel. Az ún. Zétényi-Takács-féle „igazságtételi” vagy „elévülési” törvény szintén már elévült egyes súlyos, „politikai okból” nem üldözött bűncselekményeket kívánt el nem évültté tenni, illetve a még el nem évült bűncselekmények elévülési idejét kívánta meghosszabbítani. A Zétényi Zsolt és Takács Péter által javasolt törvényt – elfogadását követően, annak aláírása előtt – a köztársasági elnök alkotmányossági vizsgálatra megküldte az Alkotmánybírói bíróságnak. Az AB előzetes normakontroll keretében megvizsgálta az elfogadott törvényt, és 11/1992. (III. 5.) AB határozatában kimondta annak alkotmányellenességét. Az Abh. indokolása szerint „a büntetethőség elévülését ismét elkezdődni rendelő törvény az állam büntető hatalmának korlátait töri át”; „az állam tétlensége folytán az elévülési idő leteltekor megszerzett büntetethetlenség az elévülés leteltének pillanatában teljesen beáll, és nem lehet utólag sem >>csökkenteni<<, sem feléleszteni; s nem lehet a nullum crimen sine lege feltételét sem például mások jogai védelmére irányuló valamely alkotmányos feladat ellátásával pótolni. Itt tehát egyszerűen nincs tere történelmi helyzet, igazságosság stb. figyelembevételének. Büntetőjogi garanciák alóli kivétel fogalmilag is csak a garanciák nyílt félretételével lenne lehetséges, ezt azonban a jogállam elve kizárja.” [11/1992. (III. 5.) AB határozat, ABH 1992, 77.] (A határozatnak az e tekintetben legautentikusabbnak számító jogtudóstól, az ügy akkori előadó alkotmánybírájától származó részletes alkotmányjogi szempontú elemzését lásd: Sólyom László: Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon. Osiris Kiadó, Budapest, 2001, 80-82. és 541-550. o.) Mint látható, a cseh Alkotmánybírói bíróság a magyaréval éppen ellenkező következtetésre jutott (tartalmilag lényegileg azonos alkotmányos normák alapján), míg a magyar AB-éhoz hasonló álláspontot a cseheknel a Legfelsőbb Bíróság alakított ki (és érvényesítette azt konkrét büntető eljárások kapcsán).

¹¹³ Vö. Holländer: i. m. 541-542. o.

¹¹⁴ Vö. Holländer: i. m. 544. o.

¹¹⁵ Vö. Holländer: i. m. 539. o.

¹¹⁶ Vö. Holländer: i. m. 543-544. o.

¹¹⁷ Holländer más példát is felhoz az AB és a rendes bíróságok ütközésére. Kárpótlási ügyekben például rendszeresen előfordul, hogy a bíróságok (a törvény szövege alapján) idézés kibocsátása nélkül elutasítják azt a keresetlevelet, amelyet a felperes nem a helyi önkormányzat, hanem a polgármesteri hivatal ellen nyújt be, holott a cseh AB többször is kimondta, hogy ez a fajta túlzott formalizmus sérti a tisztességes eljárás alkotmányos elvét, ezért alkotmányellenes. (Vö. Holländer: i. m. 546. o.) Mivel pedig az ilyen rendes bírói döntéseket az AB-nak újra és újra, minden ügyben külön meg kell tárgyalnia, ez az eljárás az AB felesleges túlterheltségét hozza létre (annak ellenére, hogy az alkotmányjogi panaszokat a cseh AB fő szabály szerint 4 darab hármas tanácsban eljárva bírálja el).

bűnhalmazatot képez, amiért halmazati büntetésnek van helye. Alkotmányjogi panasz folytán az ügy az Alkotmánybíróság elé került, amely kimondta, hogy ez a legfelsőbb bírósági jogértelmezés sérti a *ne bis in idem* alkotmányos elvét, mert alapvetően egyazon összefüggő magatartásért nem egyszeri, hanem ismételt büntetést alkalmaz. A konkrét ügyben az alkotmánybírósági határozatnak megfelelő ítéletet a rendes bíróságoknak kellett meghozniuk, azonban a megismételt eljárás keretében a Legfelsőbb Bíróság ismét ugyanolyan döntést hozott, mint amit az Alkotmánybíróság az alkotmányjogi panasz alapján megsemmisített, és ami miatt az új eljárás lefolytatását elrendelte. A Legfelsőbb Bíróság szerint – mint már volt szó róla – az Alkotmánybíróság határozatának csak maga a rendelkező része kötelező, és ennek a cseh LB eleget is tett: ismét lefolytatta a terhelt ügyében az eljárást. Az viszont a cseh LB szerint már nem vezethető le sem a cseh alkotmányból, sem az alkotmánybírósági törvényből, sem az eljárási törvényekből, hogy az LB-nek a megismételt eljárás során egy meghatározott, az Alkotmánybíróság döntésének indokolásából kiolvasható tartalmú ítéletet kellene meghoznia. Emellett a formális érv mellett továbbá volt egy tartalmi érve is a Legfelsőbb Bíróságnak: szerinte ugyanis az Alkotmánybíróságnak csak a jogszabályok alkotmányossági megítélésére van hatásköre, annak megítélésére azonban nem, hogy egy konkrét magatartás egységet vagy halmazatot képez-e, mert ez nem alkotmányossági, hanem *büntetőjogi* kérdés. Ezzel az LB tulajdonképpen azt állította, hogy az adott ügy kapcsán, a konkrét alkotmányjogi panasz-eljárásban az Alkotmánybíróság túllépte hatáskörét. Mivel az elmondottak szerint tehát a cseh LB ugyanolyan (a terheltre nézve sérelmes) döntést hozott, mint tette ezt korábban is, ezért az érintett ismét alkotmányjogi panasszal fordult az Alkotmánybírósághoz, melynek során az AB ismét megerősítette, hogy a szerinte jellemben egyazon magatartás kétszeres értékelése alkotmányellenes, és megsemmisítette az LB immáron második, tartalmában az elsővel azonos döntését, ráadásul azt is kimondta, hogy a Legfelsőbb Bíróság azon értelmezése, miszerint az AB döntésének jogi indokai nem kötik őt, illetve az ezen alapuló egész eljárása is, alkotmányellenes, mert sérti az Alkotmány azon kitételét, hogy az Alkotmánybíróság „döntései” minden „hatóság” számára kötelezőek.^{118 119}

Ez az ügy ezen a ponton befejeződött, az azonban jól látható, hogy elvileg újra és újra előfordulhatnak ilyenek, mivel a jogértelmezés monopóliuma Csehországban nincs egzakt módon lefektetve. A jogértelmezésre és (legfelsőbb szintű) jogalkalmazásra vonatkozó rendelkezések, azaz tulajdonképpen a hatásköri szabályok maguk is értelmezendő jogi

¹¹⁸ Vö. Holländer: i. m. 543-544. o.

¹¹⁹ Az AB – elismerve a szöveg szintjén a joghézag létét – analogikus érveléssel operált. Szerinte a kötőerő létét – analógiával – abból a polgári eljárásjogi szabályból lehet levezetni, mely kimondja, hogy ha egy ügyben az elsőfokú bíróság döntését a fellebbviteli bíróság megsemmisítette és az alsóbb szervet új eljárás lefolytatására és új döntés meghozatalára utasította, akkor a megismételt eljárásban az elsőfokú bíróság nem hozhat olyan ítéletet, amely ellentétes lenne a fellebbviteli szerv által meghatározott jogi tételekkel. Mivel pedig az Alkotmánybíróság az alkotmányjogi panaszok, tehát egyedi ügyek vonatkozásában kétségtelenül a rendes bíróságoknak, így a Legfelsőbb Bíróságnak is feleltes szerve, ezért a rendes bíróságok, beleértve magát az LB-t is, a megismételt eljárás során szintén kötve kell, hogy legyen(ek) a feleltes szerv (ez esetben az AB) által kinyilvánított jogászai álláspontjához. (Vö. Holländer: i. m. 544. o.) Ugyanakkor Holländer utal arra is, hogy számos jogtudós maga is osztja az AB-val szemben az LB jogértelmezési monopóliumára vonatkozó álláspontját, mégpedig azon a – szintén az Alkotmány szerinti – alapon, hogy az AB jogértelmezésének kötelezővé tétele az LB számára sérti a bíróságok függetlenségének elvét. (Vö. Holländer: i. m. 545. o.) Maga Holländer az AB véleménye mellett áll ki, a kasszációs bíráskodás fogalmából kiindulva, melyet szerinte önmagában abszurd módon megkérdőjelezne az, ha a felsőbb szerv (az AB) kasszációs határozatát az alsóbb szervnek (az LB-nek) nem kellene figyelembe vennie, vagyis ez a fajta értelmezés konceptuális ellentétben állna magának a kasszációs ítéletnek a lényegével. (Vö. Holländer: i. m. 544. o.)

normák, és ha az LB jogértelmezése szerint csak az AB döntései rendelkező részének van jogi kötőereje, de az indokolásnak nem, akkor az ezt megsemmisítő és ennek alapján új eljárás lefolytatására kötelező alkotmánybírósági határozatot, illetve annak jogi érveit – ugyanezen legfelsőbb bírósági jogértelmezés szerint – az LB ugyanúgy negligálhatja, mint korábban tette, és hozhat (az általa is kötelezően lefolytatandónak tartott megismételt eljárásban) ugyanolyan tartalmú határozatot, mint korábban, majd az ezt ismét megsemmisítő (és az LB-t új eljárás lefolytatására kötelező) alkotmánybírósági határozatot követően megismételt eljárásban ismét, elvileg a végtelenségig. A cseh példából is látható tehát, hogy a Legfelsőbb Bíróság és az Alkotmánybíróság *cohabitation*ja (különösen az egyedi ügyek alkotmányossági felülvizsgálata kapcsán) szükségképpen felveti a hatásköri vitákat, amelyek elkerülése érdekében mindkét szereplő részéről szükséges az együttműködés, egymás döntéseinek az önkéntes tiszteletben tartása, tehát egyfajta (jó értelemben felfogott) *judicial self-restraint*.

*Az alkotmányos alapjogok és a polgári jogi alanyi jogok ütközése: Uwe Diederichsen kritikája*¹²⁰

A Német Szövetségi Köztársaságban a szövetségi alkotmánybíróság (BVerfG) megalakítása óta rendelkezik az ún. „valódi alkotmányjogi panasz”, vagyis az egyedi bírósági döntések alkotmányos felülvizsgálatának hatáskörével. E hatáskör gyakorlása felveti – egyebek közt – azt a problémát, milyen jogalapra hivatkozva semmisíti meg a felülvizsgálatot gyakorló szerv a felülvizsgált döntést, míg ugyanis a megtámadott döntést hozó bíróság a releváns jogág dogmatikája alapján határoz, addig a BVerfG az alkotmányjogi terminológiára épít.

Uwe Diederichsen, göttingeni jogászprofesszor tanulmánya az alkotmányjog és a magánjog „egymás mellett élésének” problematikáját dolgozza fel az alkotmányjogi panaszok elbírálása során kialakult alkotmánybírósági gyakorlat tükrében. A szerző kritikus élel jegyzi meg, hogy jóformán semmilyen tanulmány nem született, amely mélységében elemzi a két jogág viszonyát, és a legtöbb írás, mely a témakört érinti, csak a BVerfG releváns döntéseinek ismertetéséig jut el, valamint annak kimondásáig, hogy az alapjogok magasabb helyet foglalnak el a jogforrási hierarchiában.

Diederichsen problematikusnak tartotta, hogy noha a BVerfG működésének első évtizedében látszólag súrlódások nélkül megfér egymás mellett az alkotmányjog és a magánjog, a testület elkerülhetetlenül alkotott olyan döntéseket, amelyek a magánjoghoz kapcsolódnak, és ennek tükrében csak idő kérdése a feszültségek felszínre kerülése. Érdekesség, hogy az efféle feszültségeket potenciálisan gerjesztő elméleti alapok tulajdonképpen már az 1950-es években megszülettek. Diederichsen két ilyen alapra hívja fel a figyelmet: az egyik egy 1956-os tanulmánykötet, amelyben Günther Dürig megengedhetőnek, sőt kívánatosnak tartotta az alkotmányos alapjogok közvetlen alkalmazását a magánjogi viszonyokban is. A másik fontos alapvetés a BVerfG 1958-as döntése az ún. „*Lüth-ügyben*”. E jogeset apropója az volt, hogy

¹²⁰ Uwe Diederichsen: Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre. In: Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 198 (1998), 171–260. o.

1950-ben egy Erich Lüth nevű férfi nagy nyilvánosság előtt egy film bojkottjára szólított fel. A film rendezője emiatt bírósághoz fordult, mely kötelezte is Lüth-öt cselekménye befejezésére. Az ügy végül a BVerfG elé került, mely Lüth szólásszabadságára hivatkozva megváltoztatta a rendes bíróságok döntését. Az ügy jelentőségét természetesen az alapjogok magánosok jogviszonyaira való alkalmazása adja.

A szerző számos konkrét példán keresztül mutatja be, milyen problémákhoz vezethet, ha a BVerfG közvetlenül az alapjogokhoz nyúl valamely panasz elbírálása során. Ezek a problémák függetlenek attól, hogy az adott ügyben a testület helybenhagyta-e a rendes bíróság döntését, vagy megváltoztatta, ugyanis a végső döntés módszertanához kapcsolódnak.

Az első behatóbban elemzett jogeset a választásiplakát-ügy. Ennek ismertetésével érzékelteti Diederichsen azt a problémát, hogy egyazon eset két jogág alapján is megoldható. Az ügy főszereplője egy lakásbérleti szerződésben résztvevő két fél: a bérlő, valamint a bérbeadó, aki egyúttal a tulajdonos is (a továbbiakban tulajdonosként utalunk rá, mivel ez a minősége lesz kifejezetten releváns). A történeti tényállás szerint a bérlő kampányidőszakban egy választási plakátot helyezett a bérlemény utcára néző ablaka alá, ehhez azonban nem kérte a tulajdonos hozzájárulását. A tulajdonos követelte a plakát leszedését, a bérlő azonban nem tett eleget e követelésnek. Ha a magánjog felől közelítünk az esethez, akkor a fő kérdés az, hogy köteles-e tűrni a tulajdonos a bérlő magatartását. A tűrési kötelezettség fennállhat törvény, illetve szerződés alapján. Az előbbi esetben a kérdés az, hogy feljogosítja-e a törvény a bérlőt bizonyos magatartásokra – akár a tulajdonos akarata ellenére is –, az utóbbi esetben pedig az, hogy szerződésszerű-e a bérlő magatartása. A jelen esetben arról van szó, hogy ha a bérlő a tulajdonos hozzájárulása nélkül jogosult a fal belső részének használatára – például kép- vagy polctartó csavarokat fúrhat be –, akkor felhasználhatja-e hasonló módon a fal külső részét is.

A BVerfG ezeket a szempontokat nem vette figyelembe döntése során, helyettük a véleménynyilvánítás szabadságát állította gondolatmenete középpontjába. Eszerint azt kell vizsgálni, elérhette volna-e a bérlő a kifüggesztéssel elérni kívánt célt egyéb módon is. Noha a BVerfG helybenhagyta a rendes bíróságok ítéletét, e gondolatmenettel a szerző kritikája szerint azt a benyomást kelti, mintha a véleménykifejezést biztosító egyéb médium hiányában a bérlőnek jogában állna a tulajdonos, illetve az esetleges bérlőtársak beleegyezése nélkül kiragasztania a meggyőződését kifejező plakátot a bérlemény külső falára. A gondolatmenetben teljesen elsikkadt az egyébként relevánsnak számító magánjogi fogalom, a tulajdon szabadsága.¹²¹

Évtizedekkel később szintén a bérleti jogviszonnyal kapcsolatban hozott a BVerfG hasonló, módszertanilag kritika alá vont döntést. Ebben az esetben a török bérlő a tulajdonos beleegyezése nélkül szerelt parabolaantennát a bérelt lakásra, hogy foghassa az általa nézni kívánt török csatornát. A BVerfG egyfajta érdekmérlegelésbe fogott a vitához kapcsolódó

¹²¹ Lásd erről Lenkovic Barnabás: *Magyar polgári jog. Dologi jog.* Eötvös József Könyvkiadó, Budapest, 2001; továbbá Boóc Ádám – Sándor István: *Előadássorozat a polgári jog általános tanáiból.* Patrocinium, Budapest, 2011. 119. sköv. o.

alkotmányjogi panasz elbírálása során: a tulajdon szabadságát állította szembe az információ szabadságával.

Bizonyos esetekben Diederichsen szerint a BVerfG döntései épp azért kritizálандók, mert noha látszólag – és a testület saját állítása szerint – a magánjogban bevett érvelési formákat alkalmazzák, valójában nagyon is eltérnek tőle. Ilyen esetnek tekinti a szerző azt, amikor a BVerfG egy bírósági végrehajtással kapcsolatos döntésében nem a magánlakás – a *Grundgesetz* (a továbbiakban: GG) 13. cikkelye által is biztosított sérthetlenségét állította gondolatmenete középpontjába, hanem azt vizsgálta, mennyire van lehetősége a végrehajtás alanyának a végrehajtás alól elvonni a végrehajtás alá vonható ingóságokat. Egy másik példája a gondnokság alá helyezéssel állt kapcsolatban: a rendes bíróság nyilvánosan hirdette ki egy személy tékozlás, illetve iszákosság miatti gondnokság alá helyezését. Döntésében a BVerfG megsemmisítette a német polgári eljárásjogi kódex (*Zivilprozessordnung*, a továbbiakban: ZPO) idevonatkozó 687. §-át, méghozzá a GG 2. cikkében lefektetett általános személyiségi jog, pontosabban az abból levezetett információs önrendelkezési szabadság alapján. Érvelésében az arányosság (*Verhältnismäßigkeit*) elvét bontotta további három összetevőre, úgymint a szükségességre (*Erforderlichkeit*), az elfogadhatóságra (*Zumutbarkeit*) és az alkalmasságra (*Eignung*, ez utóbbi azt jelenti, hogy a szabályozás alkalmas a kívánt cél elérésére). Diederichsen itt a gondolatmenet analitikus aprólékosságát emeli ki, és ezzel a jogdogmatikai gondolkodásmód jelenlétére hívja fel a figyelmet, ugyanakkor kétségét fejezi ki a tekintetben, mennyire tekinthető állandónak egy esetleges, az „alkotmányos értékekre” épülő alapjogi dogmatika, ráadásul az alapfogalmak bizonytalansága az egyébként a BVerfG által is hangsúlyozott eseti igazságossággal is ellentétben állna.

Diederichsen példái alapján megfigyelhető, hogy egyes esetekben a BVerfG gondolatmenete egyfajta alapjogi legitimáció talajáról szemléli a különféle jogi érvelési módszereket, és megengedhetőségüket kizárólag attól teszi függővé, hogy előmozdítják-e egy alapjog érvényesülését, avagy sem – akár a nyilvánvaló jogszabályi rendelkezés ellenében is.

Egy konkrét esetben az eljáró bíróság által alkalmazott analógia vetett fel efféle problémát. Egy építészvetkezet egy 58 éves özvegyasszony számára bérbe adott egy kétszobás lakást, melyet az utóbbi egy 28 éves tanuló részére albérletbe adott. Az albérleti viszony 18 évig állt fenn, amikor is meghalt a nő. A férfi ekkor be akart lépni a nő és a szövetkezet közötti bérleti viszonyba, amire azonban a polgári törvénykönyv (*Bürgerliches Gesetzbuch*, a továbbiakban: BGB) akkor hatályos 569a. §-a szerint¹²² csak a bérlővel egy háztartásban élő házastársnak (*Ehegatte*) vagy hozzátartozónak (*Familieangehörig*) lett volna joga. A bérbeadó szövetkezet nem kívánta tovább fenntartani a jogviszonyt, az albérlő azonban perben követelte, hogy erre lehetőséget kapjon. A fellebbviteli bíróság (*Landsgericht*) helyt adott a követelésének, a BVerfG pedig helybenhagyta ezt az ítéletet. A *Landsgericht* analógiát alkalmazott: szerinte joghézag áll fenn, amennyiben az 569a. § nem teszi lehetővé házasság jellegű életközösség tagja számára a bérleti szerződésbe való belépést. A BVerfG egyrészt arra alapozta helybenhagyó

¹²² A tanulmányból megtudható, hogy a szövetkezet és a főbérlő közötti jogviszony 1968-ban keletkezett, tehát a jogvita középpontjában álló albérleti jogviszony sem jöhetett létre korábban. A BGB 569a. §-a 1968. január 1-étől 2001. augusztus 1-éig nem változott.

döntését, hogy noha a bíróság az analógia alkalmazásával korlátozta a bérbeadó tulajdona feletti rendelkezési szabadságát, a jelen esetben ez megengedhető, mert már a jogalkotó is korlátozta azt. Másrészt felhívta a figyelmet arra, hogy az analógia alkalmazása során a *Landsgericht* nem új jogkövetkezményeket állapított meg, csupán kibővítette a szabályozás tényoldalát: az új tényállásra (vagyis a nem házas jellegű életközösségre) ugyanazon jogkövetkezmény (az elhunyt fél helyébe lépés a lakásbérleti szerződésben) vonatkozik, mint a törvényben szabályozottra. Diederichsen ugyanakkor kritikus élel jegyzi meg, hogy az analógia – túl azon, hogy jogszabályellenes – egy komoly sebből vérzik: míg a házastársi és hozzátartozói kapcsolatokat közösen jellemzi, hogy családjogilag szabályozott viszonyok, addig ugyanez a nem házas jellegű életközösségről nem mondható el. A BVerfG tehát a *Landsgericht* ítéletének helybenhagyása során nem volt tekintettel sem a jogszabályra, sem a magánjog dogmatikájára.

A Diederichsen által taglalt következő probléma a jogszerű (*praeter legem*) és a jogszerűtlen (*contra legem*) bírói jogfejlesztéshez kapcsolódik. Ennek kapcsán a BVerfG kimondta, hogy az utóbbi semmilyen esetben nem megengedhető. Ennek ellenére a szerző olyan példával hozakodik elő, amelyben épp a BVerfG hagyja figyelmen kívül önnön intelmét.

A *Soraya-ügy* nem ismeretlen a szólásszabadsággal foglalkozók számára. Dióhéjban összefoglalva: egy német bulvárlap koholt interjút közölt az iráni sah volt feleségével, mire a hercegnő kártérítést követelt nem vagyoni károkozás címén, melyet a rendes bíróságok megítéltek a részére, a BVerfG pedig helybenhagyta a végső fórum elmarasztaló döntését.

A probléma abban ragadható meg, hogy a BGB taxatív meghatározza, mely esetekben szabható ki kártérítés nem vagyoni kárért, és a jó hírnév sérelme nem tartozik ezek közé. A BVerfG döntése tehát *contra legem* döntés volt. A testület kifejti, hogy a bíró törvénynek való alávetettsége elengedhetetlen része a hatalommegosztás elvének és a jogbiztonságnak, ugyanakkor elutasítja a szűkítő jogpozitivizmust. Az alkotmányos jogrend (*verfassungsmässige Rechtsordnung*) egyfajta „értelmi egészként” (*Sinnanz*) jelenik meg, amely szembehelyezhető akár a pozitív joggal is. A bírák az alkotmányos jogrendben immanens értékeket egyfajta „értékelő megismerés” (*bewertendes Erkennen*) révén felszínre hozhatják, és ez a „teremtő jogtalálás” (*schöpferische Rechtsfindung*) nem tiltott számukra. Mi több, a megváltozott társadalomban a bírónak egyenesen kötelessége túllépni a változatlanul maradt jogszabály keretein. A konkrét esetben a BVerfG megítélése szerint joghézag keletkezett, mert elégtelennek bizonyult az általános személyiségi jog védelme.

Végül Diederichsen felhívja a figyelmet egy évtizedekkel később született döntésre is, amelyben a BVerfG kevésbé kendőzetlenül juttatja érvényre a törvényhez kötöttséget relativizáló alapjogfelfogását. Ez a döntés egy büntetőügyhöz kapcsolódott: egy férfi ellen rágalmozás miatt indítottak eljárást. Ennek során kétségek merültek fel a beszámíthatóságát illetően, ezért neurológiai és pszichiátriai igazságügyi szakértői vizsgálatnak vetették alá. Az első szakértő megállapította, hogy az illető beszámíthatatlan, és ezzel együtt elmeógyógyintézetbe utalták. Egy második szakértő azonban beszámíthatónak ítélte. A férfi 10000 márka kártérítést követelt az első szakértőtől. A rendes bírósági eljárásban

megtagadták a követelését, a BVerfG azonban úgy ítélte, hogy jogosult a kártérítésre – mint Diederichsen megjegyzi, ismét a tételes joggal ellentétesen.

Az alapjogok harmadik félre irányuló hatása (*Drittwirkung*) alatt mindig csak a magánjogi jogalanyok alapjogi kötöttségét és az alapjogok magánjogi érvényességét értjük, ugyanakkor fordított irányban is fennáll egyfajta „függőség”. Diederichsen példaként a *Grundgesetz* 6. cikk (1) bekezdése szerinti „házasság” fogalmát hozza fel, amely elsősorban a polgári jogból lett átvéve, utalva ezáltal az egyszerű jog és az Alaptörvény közötti fogalmi „interferencia-jelenségre” („*Interferenzerscheinung*”). Diederichsen a „házasság” példáján keresztül mutat rá arra, hogy nem lehet az egyszerű törvényhozás dolga, hogy az ilyen fogalmat egyszerű parlamenti többséggel – alaptörvényileg is kötelezően – előírja, de ez fordítva sem áll, ugyanis szokatlan, hogy az alkotmány szövegét csodálatos fogalommeghatározásokkal terheljük, ti. egyedül a BVerfG kompetenciája a házasság törvényi tényállásának megváltoztatása feletti végső döntés meghozatala.

Diederichsen ezt követően a „magánjog homogenitásáról” ír, azaz hogy a BVerfG a magánjogot egységes jogkomplexumként kezeli, függetlenül attól, hogy az igény vagy jogi kötelezettség törvényből vagy a magánautonómia jogából származik-e. A választásiplakát-ügyben és a parabolaantenna-ügyben figyelmen kívül maradt a törvényen és a magánautonómián alapuló magánjog közti különbség, a magánjogot jogi normák „homogén blokkjaként” kezelte a BVerfG, az általa is alkotmányi rangon elismert szerződési szabadság ellenére. Canaris ezzel szemben e kettő szigorú elválasztását vallja.

Alkotmányjogilag az alapjogokat nem *engedélyezi* az állam, hanem *biztosítja*. A polgári jogi dogmatika szerint a tulajdonos szabadsága a BGB 903. §-ából ered, amely kimondja, hogy a tulajdonos „a dologával tetszés szerint cselekedhet”, vagyis a tulajdonos szabadsága nem a más személyeket ebben megakadályozó tiltások „konglomerátumából” származik. Már régen meghaladottá vált ugyanis az a régi imperatív elmélet, hogy a jogi normák csak állami parancsokként és tiltásokként jöhetnek számításba. Diederichsen szerint a szerződésből származó igények – Schwabe álláspontjával szembehelyezkedve – nem szerződéssel kikötött törvényi rendelkezések. Diederichsen is amellett foglal állást, hogy megszűnt (pontosabban közvetlenné vált) az eddigi indirekt horizontális hatály azáltal, hogy a német Szövetségi Alkotmánybíróság bevezette az új megközelítést, hiszen az új esetek azt mutatják, hogy a szerződések tartalmát a polgári bíróságoknak az Alaptörvényben foglaltak alapján kell megítélniük. Canaris is kimondja, hogy az intézményvédelmi kötelezettség illeténnképpen értelmezése, amelyet a német Szövetségi Alkotmánybíróság is átvett és alkalmaz, valójában a közvetlen horizontális hatály elismeréséhez vezet.

A „magánjog szuverenitása” című részben Diederichsen utal Jürgen Schwabe tézisére, miszerint az államnak az alapjogok terén az a kötelezettsége, hogy csak alapjogkonform jogalkotást engedjen meg, és a magánautonómia szabályozását is csak ezen keretek között tegye lehetővé. Ugyan ez logikus lehet, ez a tan mégis a XIX. századi jogpozitivizmus etatista gondolkodásához való visszatérést jelent, amit nemcsak az egyén (polgár) alapvető és

alaptörvényi elsődlegessége az állammal szemben, hanem az alanyi jogok tanának jogfilozófiai és polgári jogdogmatikai fejlődése is meghaladottá tett.

A polgári jog *a maga egészében* jelenti a „személyiség szabad kibontakoztatását” a polgárok között, a házasságban és a családban, akárcsak a dolgokkal kapcsolatban és az őt megillető vagyoni értékek tekintetében. A személyiség ilyenén szabad kibontakoztatása az egyén számára a GG 2. cikk (1) bekezdésében alkotmányosan is garantált. *Ameddig a személyiség csak egy megbízható polgári jogi dogmatika keretein belül bontakozhat ki, addig ennek is intézményesen az Alaptörvény védelme alatt kell állnia.* Nincs kétsége Diederichsennek ugyanakkor afelől, hogy a magánjog törvényi szabályozása is jelenthet beavatkozást az alapjogokba, és ezért adott esetben azt a BVerfG megsemmisítheti. Diederichsen utal Medicusra, aki „*a magánjogi normák alkotmánykonformitásának vélelmét*” vezette be.

Diederichsen heurisztikus következtetései közül az első, hogy a magánjog alapjogi vizsgálata szempontjából független, hogy a vizsgálandó jogkövetkezmény jogi normán vagy magánautonómián alapuló aktuson nyugszik-e; a polgári jog egész joganyaga „homogén masszának” tűnik, aminek az alkotmányossági felülvizsgálata egységesen történik – akár közvetlenül az alapjogi rendelkezéseken, vagy közvetetten, az alapjogi értéktartalommal megtöltendő, bizonytalan jogfogalmakon és generálklauzulákon keresztül. Diederichsen másik következtetése, hogy alapvetően a magánjog alkotmánykonformitásából kell kiindulni. A dologi jogi igények közvetlen alárendelése a homályos alapjogi rendelkezéseknek a polgári jogi dogmatika zárt koncepcióját teljesen „összezavarja”, „kirojtósítja”.

Diederichsen „az alapjogok funkcióváltása” című részben utal az alapjogi értékrend (*Grundwerteordnung*) töredékszerű karakterére. A *Lüth-ítélet*ben a polgárok állammal szembeni védelmi jogai (*Abwehrrechten*) egy objektív, a jog valamennyi területe alkotmányossági megítélésénél irányadó *alapjogi értékrenddé* váltak. Az alapjogi értékrend szellem- és kultúrtörténeti eredete semmiképp sem teljes, a legfőbb problémája a hiányossága. Keletkezése szerint mint az állammal szembeni védelmi jogok az alapjogok és ennek megfelelően az alapjogokból – mint „lényeg”, „esszencia” – kivont alapértékek a személyekre vonatkoztak, azaz elsődlegesen individuális értékek, nagyobb részében egy kollektív vázó egoizmus értékei voltak. Az, hogy a vallás és a művészet is az alaptörvény védelmi tárgyai, önmagában ezt a tézist még nem cáfolja (például a vallás megtalálható a vallásháborúk idején).

Medicus rámutat a hosszabb hagyomány által megőrzött magánjogi dogmatika, nem utolsó sorban pedig a bírósági döntések előreláthatóságának jogállami nézőpontjára mint alaptörvényileg védett értékre is. Ugyanakkor nem kerültek rögzítésre olyan társadalmi értékek az alapjogi értékrend skáláján, mint például a tisztesség a művészeti vagy a véleménynyilvánítási szabadság személyiségsértő használata előtt – lásd a nyilvános felháborodást a „*Katonák gyilkosok*” BVerfG-döntéssel szemben –, vagy a kollektív és a manapság többnyire hangsúlyozatlanul maradó tolerancia a világi polgárok részéről a nem tolaakodó keresztény templomi szimbólumokkal szemben (lásd a BVerfG „*Kereszt-döntését*”).

Az értékrend a védelmi jogokkal szemben teljesen más: más a címzetti köre, és más az alaptörvényi korlátozása. Alapértékként az alapjogok teljesen más kategóriává váltak, és ezekből jogkövetkezmények kerültek levonásra, amit önmagában az alapjogokból soha nem lehetett volna létrehozni. Diederichsen szerint a védelmi jogok és a magánjog közötti átfedés kezdettől fogva kizárt lett volna.

A magánjogi következményeket illetően: a funkcióváltás (a védelmi jogok alapértékekké válása) relatíve rövid időn belül egy kettős dogmatikához vezet rendkívüli „sűrűsödéssel”, „feltorlódással”, vagy az eredeti polgári jogi dogmatika kiszorításával. Ahol *de facto* ilyen konfrontáció fennáll két alapjog-intenzív alanyi magánjog között, ott azonnal megjelenik a magánjog dogmatizálódása az alkotmányjog szintjén. Példaként felhozható a bérleti védelmi joga és a tulajdonosnak a dologi jogi pozíciója. Diederichsen közel fél oldalon keresztül idézi a GG-kommentárból azokat a BVerfG-döntéseket, amelyek az alapjogi értékrend magánjogi területre történő kihatásával kapcsolatosak.¹²³ Ez a „dogmatikai feltorlódás” tovább fokozódik, ha azoknak a döntéseknek az összeállítását nézzük meg a BVerfG-től, amelyek a bérleti jog egy szűkebb területét, a felmondási védelem visszaszorítását vizsgálják a bérbeadó tulajdoni igénye kapcsán. Ezekből a példákból tisztán látszik, hogy néhány éven belül a BGB rendelkezései és a hozzá tartozó bírósági jogértelmezéssel megtöltött tartalom, sőt *az egész polgári jogi dogmatika kvázi csak mint egy eredetileg nagyon értékes, később aztán a szuvasodástól lyukassá vált bútordarab fog ácsorogni*, amelyben a felfalt sejtszöveteket ugyan műanyag bespriccelésével a lyukakba még pótolják, ám a megdermedt anyag majd átveszi az élő fa funkcióját.

A BVerfG azon megállapítása, hogy a részleges felmondás a személyes szükséglet esetén alapvetően nem megengedett, eredetileg törvényi szintre tartozik, de a BVerfG határozata alapján ezt már többet törvényi szinten nem lehet eldönteni, még abban az esetben sem, ha egy 17 lakóhelyiségből álló lakás egy nyilvános lakóközösségnek lenne bérbe adva, és a bérbeadónak a szobák egy részére egészségügyi okokból szüksége lenne. A BVerfG „hipertrófikus” jogalkalmazó tevékenysége, ami „az alapjogok hipertrófiájának” (túltengés, megnagyobbodás) felel meg, ténylegesen *a jogdogmatika megduplázódásához, illetve a polgári jogi dogmatika kiszorításához vezet.*

A BVerfG a bírói jogértelmezés felülvizsgálatára megnyíló hatásköre révén meghatározhatja a jogalkalmazó szerveknek azt a hagyományos tevékenységét, hogy a határozatlan jogi fogalmakat hogyan töltsék meg tartalommal. A bizonytalan jogfogalmak és generálklauzulák viszont csak akkor tarthatóak, ha azok viszonylag stabil tartalmú jogi normák keretein belül kerülnek alkalmazásra. A teljesen homályos fogalmak, amelyeknek a nyelvtani, szociális és jogi kontextusa is nyitott, a minden jogi hermeneutikát veszélybe sodró ezres számú döntések által rájuk zúduló „Szkülla örvénye” és az önkényes, egymással össze nem egyeztethető értékek „Kharübdiszi szakadéka” között végül elsüllyednek. Az alapértékekként viszonylag körvonalazatlan alapjogokra alapozva a BVerfG hatásosan kísérelte meg a homályos alaptörvényi tényállásokat konkretizálni. A már említett „alkotmányos bérleti jog” példája

¹²³ Lásd i.m. 219. o.

mutatja, hogy milyen nagy a veszélye annak, hogy Szkülla áldozatává váljunk. Arra, hogy Kharübdisz nem hiába leleselkedik, még számos példa adódik: a művészeti szabadság terén a *művészet* fogalmának meghatározhatatlansága még nem akkora probléma, amikor csak az állami beavatkozásról való lemondásról van szó, ám amikor más polgárnak az alapjogaival meg kell hátrálnia ezzel a definiálatlan alapjoggal szemben, az már önkényes és nem érthető meg többé.

Az általános cselekvési szabadság védelmének a GG. 2. cikk (1) bekezdése általi elismerésével, továbbá azzal, hogy ez a védelem teljes mértékben, a személyiségkibontakoztató cselekmény súlyára tekintet nélkül mindenkire vonatkozik, gyakorlatilag minden emberi magatartás a jogi mérlegelés kiindulási alapjává válik egy másik alapjoggal szemben. Így viszont *fennáll annak a veszélye, hogy a „valódi” alapjogok az ilyen bizonytalanul elnyert alapjogokkal szemben alulmaradnak.* Az alapjogok közvetlen alkalmazhatóságának ott kell legyen a határa, ahol „az alapjog már annyira meghatározhatatlan, hogy abból a döntésre nézve már semmilyen irányvonal nem vezethető le, a bírónak ezért a hatalommegosztás elvével szemben tisztán politikai-törvényhozói tevékenységet kellene folytatnia”. Diederichsen leszögezi, hogy „a BVerfG gyakorlata szerint nincs olyan alapjog, amely ebben az értelemben annyira meghatározhatatlan lenne, hogy az ne lenne igazolható.”

Diederichsen szerint a GG 1. cikk (3) bekezdéséből nemhogy a közvetlen *Drittwirkung*, hanem épp annak ellenkezője következik, jelesül hogy az alapjogok a magánjog terén *nem* érvényesek. Ez Diederichsen szerint az 1. cikk történeti értelmezéséből tisztán következik. A weimari birodalmi alkotmányban az alapjogok nagy része mindössze programtétel volt, illetve útmutatás a törvényhozónak. A GG kodifikációja során ezzel a formulával kívántak szakítani, azaz nem azt célozták, hogy kiszélesítsék az alapjogok érvényességi területét az egész jogrendszeren, különösen a polgári jogon belül, hanem csupán az érvényesség erősítése volt a szándékuk. A közvetlen érvényességnek tehát itt csak normalogikai jelentése van, és nem az érvényesség-*tartalom* (*Geltungsinhalte*) kiszélesítését jelenti.

Ahhoz, hogy a polgári jog alapjog-kötötté váljon, elsőként olyan alapvető paradigmaváltás szükséges, hogy a védelmi jogok *alapjogi értékekké* „alakuljanak át”. A polgári jognak ezt a kötöttségét ehhez a teljesen megváltozott fogalomhoz a GG 1. cikk (3) bekezdésének segítségével alapozták meg, amely a későbbi alapjogokat csupán mint tényállási elemeket tartalmazza. Diederichsen rámutat arra is, hogy amíg a BVerfG minduntalan azon fáradozik, hogy a polgári jogot „uralja”, az államjogtudomány a BVerfG ezen döntéseit szakmailag egyre inkább elhanyagolja.

Diederichsen szerint nemcsak az a mérték teljesen eltérő a két jogterületen, ami alapján a polgárok egymással ütköző érdekei a közjogban és a magánjogban kiegyenlítésre kerülnek, de illúzió az az állítás is, hogy az összes számításba jövő alapjog-kollízióra a megfelelő alaptörvényi előírások megoldást kínálnak. Diederichsen szerint a konkrét jogi érdekek mérlegelését a BVerfG gyakran nem kielégítően végzi. Szerinte abszurd például az az állítás,

amely szerint a bizonyítási teher megosztására az orvosi műhibaperekben akármilyen módszertanilag használható támpont adódik az Alaptörvényből.

A BVerfG annak idején a Lüth-ítéletben a normahierarchiának tulajdonképpen egyedül megfelelő közvetlen *Drittwirkung*ról lemondott, és beírta a polgári jog terén az alapjogok „kisugárzó/átsugárzó hatásával” (*Ausstrahlungswirkung*). Az alapjogok tartalma a BVerfG szavai szerint az egyes jogterületeket közvetlenül uraló előírások „közvetítésén” keresztül, különösen a generálklauzulákon, a többi értelmezendő és kitöltendő fogalmakon keresztül hat. A magánjog alapjog általi befolyásoltsága a határozatlan jogfogalmak és generálklauzula „közvetítőjén” (*mediumán*) keresztül éppúgy vonatkozik a magánjogi normákra, mint a jogügyletekre. A közvetett *Drittwirkung* megőrzi a polgári jog alapvető önállóságát és saját törvényességét (*Eigengesetzlichkeit*) az alkotmányjogi alapjogrendszerrel szemben. Diederichsen rámutat arra is, hogy egy alapjogra való hivatkozás polgári jogilag lehet szerződészegő is, ugyanakkor egy alanyi magánjog megsértése nem feltétlenül képez egyidejűleg alapjogsérelmet is.

Diederichsen felteszi a kérdést: miből következik a magánjog különleges státusa az alapjogi értékrenden belül? Az első eldöntendő kérdés ezzel összefüggésben a közjog és a magánjog elhatárolásának kérdése. A kettő ellentéte például abban áll, hogy a közjog a „kötöttség joga” (*das Recht des gebundenen*), a magánjog pedig a szabadságé, azaz egy semmilyen indokolási kényszernek sem alávetett jog. Diederichsen itt ismét visszatér a választási plakát példájához, rámutatva arra, hogy a magánjog a bérbeadó jogait nem teheti attól függővé, hogy a politikailag elkötelezett bérlőnek az ő választási propagandájához más politikai reklámlehetősége rendelkezésre áll-e, mint a bérlő tulajdonát képező házfal. Vagy példaként hozza fel Diederichsen az ún. *optimalizálási parancsot*, miszerint „kétség esetén azt az értelmezést kell választani, amely az alaptörvényi norma jogi hatóerejét a leghatékonyabban bontakoztatja ki.” Ezen értelmezési szabálynak a polgár államhoz való viszonylatában megvan a jó célja, felerősíti ugyanakkor a jogalanyok szabadságszféráját (*Freiheitssphäre des Rechtsunterworfenen*).

Diederichsen felteszi a kérdést, hogy tulajdonképpen hogyan is megy végbe a magánjog privilegizálása? Számára úgy tűnik, hogy túl sokáig hagytuk, hogy az „objektív (alapjogi) értékrend”, ami alatt a polgári jog is áll, és aminek egyetlen polgári jogi előírás sem mondhat ellent, úgyszólván „gúzsba kösse” az egész jogrendszert, és nem észleltük, hogy ezáltal a közvetlen *Drittwirkung* irányvonalán mozgunk. Ezzel szemben fontos kiemelni, hogy a BVerfG a maga részéről teljesen mást hangsúlyozott, nevezetesen, hogy a polgári jog az alapjogi rendelkezésekben benne lévő értékrendszerből „jogi irányvonalakat és impulzusokat” (*Rechtlinie und Impulse*) kap. Azonos értelmezési területen kitar az „*Ausstrahlungswirkung*” (kisugárzó/átsugárzó-hatás) kifejezés mellett is.

Még tisztábban látható ez a *Deutschland-Magazin* döntésben, amely kimondta, hogy az alapjogi rendelkezések „csak az adott jogterületet közvetlenül uraló előírások közvetítésén (*mediumán*) keresztül” bontakoznak ki. A közvetítőn keresztül történő kibontakoztatás nem jelent mást, mint hogy az alapjogi értékek nem maguktól érvényesülnek, hanem közvetítés

útján. Az ilyen formula a közvetlen *Drittwirkung* tanának visszautasítását jelenti. Az alapjogi értékek érvényesüléséhez az egyszerű jogban tehát átültetés szükséges, vagyis az átültetés az egyszerű jog szintjén történik. Megfigyelhető, hogy az egyszerű jog, egyedi elemekkel meghatározott alaptörvényi tényállásokba beverekedve magát – mint a „házasság” és a „család” a GG 6. cikkébe, a tulajdon és az öröklés joga a GG 14. cikkébe –, megtalálja a párját az alapjogi értékrend polgári jogban történő megvalósítása során: ezek a polgári jog generálklauzuláinak és határozatlan jogfogalmainak közvetítőiként szolgálnak, ahogy a zenének is szüksége van a levegőre, hogy hanghullámként a fülünkhöz eljuthasson.

A jogpozitivisták számára azonban még egy probléma nyitva marad, nevezetesen hogy *honnan veszi a BVerfG a hatáskört ahhoz, hogy a tartalmilag nyitott polgári jogi tényállásokba beültesse (implantálja) az alapjogi értékeket?* Ráadásul nem is „valódi implantátumként”, hanem „jogi iránymutatások” és „impulzusok” formájában? Diederichsen úgy gondolja, hogy az „alapjog-hatás módosulása” (Hager) más jelentést hordoz és így jó célt szolgál: ez az alapjogok polgári jog terén lévő mindenhatóságáról és mindenütt jelenvalóságáról való lemondásban manifesztálódik – ami a későbbi döntésekben gyakran feledésbe merül –, azaz annak a tételnek a visszautasításáról szól, hogy az Alaptörvény minden, a polgárok közötti polgári jogi konfliktusra egy alkotmányjogilag megalkotott kész megoldást tartalmaz. Amikor az alapjogi értékeknek a polgári jogban nem közvetlenül, hanem csak saját jogintézményein keresztül, és az abban alkalmazott formulák segítségével kell érvényesülniük, úgy ebben benne rejlik *a polgári jogi dogmatika önálló értékének alkotmányjogi elismerése, az Alaptörvény alapjogi értékrendjével szemben.*

Az eredeti védelmi jogok (a polgári szabadságjogok védelme az állammal szemben) korlátozott választéka az alaptörvényi rendelkezések relatív terméketlenségét eredményezi a kötelmi és dologi jog általános részi problémáinál, amikor az adott problematikának nincs közvetlenül személyre vonatkozó hatása. Diederichsen szerint az ember megírhat egy jelentősebb monográfiát a „Bizalmi felelősség a német magánjogban” címmel, anélkül hogy ahhoz az Alaptörvényre vagy az Alaptörvény kommentárjára szüksége lenne. Diederichsen szerint *ha mi az alapjogainkat szeretjük, takarékosan kell velük bánni.* Leghalványabban a jogellenes beavatkozás védelméből származó alapjogi értékrend csak *érvelési szintként* illeszkedne be a terjedelmes polgári jogi dogmatikába.

Ezért Diederichsen további kérdésként veti fel, hogy hogyan van figyelembe véve, illetve még radikálisabban: figyelembe van-e egyáltalán véve a magánjog privilégiuma a BVerfG joggyakorlatában? Diederichsen szerint nincs. A burkolt irányvonalat a *Lüth-ítélet*ből nem lehet azonnal megérteni. Ugyan a BVerfG magának csak azt a jogot vindikálta, hogy megvizsgálja: „a rendes bíróság az alapjogok hatósugarát és hatóerejét a polgári jog terén helyesen ítélte-e meg”, azonban már a második mondatban utal a „vizsgálat határaitra” és a BVerfG kizárólagos feladatára, ami „pusztán az alapjogok ún. kisugárzó hatásának megítélése a polgári jogban”. És ha a BVerfG nem ígér többet, mint „az alkotmány értéktartalmának érvényre juttatását”, ez a polgári jogi dogmatikára még önmagában ártalmatlannak tűnhet. Azonban a BVerfG már a *Lüth-ítélet*ben is sokkal messzebbre ment, mint a beígért

felülvizsgálati határok, amennyiben nem elégedett meg a „kisugárzó hatás” felülvizsgálatával, hanem ehelyett egy átfogó jogi érdekmérlegelést végzett el.

A döntés kényessége és a gond az egész további fejlődéssel az általános indokolás zárómondataiban rejlik: „A döntést csak az egyéni eset valamennyi lényeges körülményének mérlegelése alapján lehet meghozni. A téves mérlegelés által sérülhet az Alaptörvény, ami ezáltal megalapozza a BVerfG-hez benyújtott alkotmányjogi panaszt.” Közben a jól ismert és kritizált BVerfG a saját koncepciójának foglyává vált, hiszen ezt követően majd olyan kérdéseket „kell” eldöntenie, mint amilyen például egy torokideg megsértése miatti orvosi műhibaperben a bizonyítási teher megosztása.

Ahogy egyre elviselhetetlenebbé vált a döntési teher, úgy vált szükségessé az alkotmányjogi panaszok korlátozása, egy szűrő mechanizmus beépítése a rendszerbe, amely megengedi a karlsruhei bírának, hogy a lényeges ügyekre koncentráljanak. Elvileg továbbra is minden polgárnak joga van a Szövetségi Alkotmánybírósághoz fordulni, de ez minden évben ötezer ügyet jelent, ami abszurd módon aránytalan. A BVerfG túlterheltségének megakadályozásában már eddig is segítettek a polgári jogászok, mégpedig úgy, hogy a hatékonyság nem ment a jogállamban megkövetelt szintű alapjogvédelem rovására.

Mivel mindenki tisztában van azzal, hogy ha a közhatalom megsérti valamely alapjogát vagy az igazságszolgáltatáshoz való jogát [*Anspruch auf rechtliches Gehör* – ami nem „alapjog”, de azzal egyenértékű védelemben részesülő jog], a Szövetségi Alkotmánybírósághoz fordulhat alkotmányjogi panasszal, ezért az alkotmányjogi panasz lett mára a BVerfG folyamatosan növekvő ügyterhének legfőbb oka. Az alapjogi sérelem állítása a panasz megengedhetőségének (*Zulässigkeit – befogadhatóság*) előfeltétele, ennek hiányában a panasz nem megengedett. A rendes bírósági eljárásban a megengedhetőségi (befogadhatósági) vizsgálat arra szolgál, hogy a bíróságot megóvja attól, hogy az ügy érdemébe bocsátkozzon, még mielőtt megbizonyosodott volna arról, hogy van-e az eljárásnak valamilyen akadálya. Ugyanez viszont az alkotmányjogi panasz esetében nem működik, mivel itt már a panasz megengedhetőségének (befogadhatóságának) vizsgálatánál kell egyszerre (és egymástól szétválaszthatatlanul) arról is döntenie, hogy az eljárásjogi előfeltételek adottak-e, és arról is, hogy az alapjogi sérelem megvalósult-e, azaz hogy a befogadhatóság mellett fennáll-e az érdemi *megalapozottság* (*Begründetheit*), tehát az alapjogi sérelem is. Mivel azonban a befogadási eljárás pusztán az alapjogsérelem lehetőségét hivatott vizsgálni [különben nyilván a BVerfG prejudikálna], ezért az újabb alkotmánybírósági gyakorlat elegendőnek tartja, ha a panaszos olyan tényeket ad elő, melyek *valószínűsítik* azt, hogy az általa állított sérelem „nem teljességgel kizárt” („*nicht <<schlechterdings ausgeschlossen>>*”), azaz (pusztán) lehetséges.

A BVerfG azonban az alapjogsértés megalapozottságának (az alapjogsértés lehetőségének) vizsgálatát megszorítóan értelmezi, és csak az ún. „különös alkotmányjog” („*spezifisches Verfassungsrecht*”) megsértésének valószínűsítése esetén fogadja be a panaszt. A „különös”, „specifikus” azt jelenti, hogy a sérelemnek kifejezetten az alapjogokra kell vonatkoznia, jellegében alapjoginak kell lennie. Ennek mércéje 1964 óta a Heck alkotmánybíróról

elnevezett *Heck'sche formula*, amelynek kiindulópontja, hogy a BVerfG egyszerre bíróság is, ugyanakkor egy különleges alkotmányos szerv is, amely ily módon alapvetően különbözik az „egyszerű” bíróságoktól és így tevékenysége eltér azokétól. Ennek egyik összetevője, hogy az egyszerű bíróságnak döntési kötelezettsége van, érdemben el kell bírálniuk minden eléjük kerülő ügyet, a BVerfG-nek viszont nincs döntési kötelezettsége, megtagadhatja az eljárás lefolytatását. Annak ellenére, hogy a BVerfG a „védelmi [negatív] alapjogokat” (*Abwehrgrundrechte*) [ti. melyek az egyént az állam beavatkozásával szemben védelmezik és melyek az állam bizonyos pozitív cselekvési lehetőségeit tiltják meg] már a kezdetektől egy összefüggő alapjogi értékrendbe igyekezett foglalni, ez nem jelenti, hogy köteles lenne minden egyes esetben meghatározni a konkrét esetben felhívott alapjog adott jogszabályra vonatkoztatott jelentését, helyette lehetősége van a törvényhozóra hagynia ennek meghatározását. A magánjog vonatkozásában a BVerfG éppen ezt tette, az említett „védelmi jogokból” kialakított alapjogi értékrend sérelmét csak megszorítóan értelmezve vizsgálta a magánjogi esetekben. A magánjog dogmatikai önállósága ugyanis nem teszi lehetővé oly mértékben az alkotmánybíró számára, hogy ezt a dogmatikai értelmet felülbírálja, a magánjogi fogalmakhoz képest homályos alapjogi fogalmak alapján, mint más jogágak esetében.

Emiatt az alapjogok magánjogi megalapozása szegényes, továbbá egyre inkább megfigyelhető, hogy a magánautonómia védelme visszaszorul, mivel az, hogy „a személyiség szabad kibontakoztatásához való jog” (úgyis, mint a szabadság elve – *Freiheitsprinzip*) a magánjog számára mit jelent, teljesen meghatározatlan. E probléma megoldásában az Európai jogi szubszidiaritás elve mellett segítségünkre lehet, hogy a magánjogi dogmatika lehetőségeket rejt arra, hogy a magánjog alapjogi kontrollját a BVerfG szűken értelmezze. Például gyámügyekben a „gyermek jóléte” nehezen értelmezhető alkotmányjogilag, és ilyenkor a Szövetségi Alkotmánybíróságnak az ügy érdemi eldöntését vissza kell utalni ahhoz a rendes fórumhoz, amely képes azt a tényállást meghatározni, hogy a konkrét esetben mikor sérül ez az elv. Ehhez szakértői bizonyítás kell, de még ha a BVerfG hozzáértőbb lenne is, mint a szakértő, a gyámhivatal stb., akkor is kérdés marad, hogy van-e joga ezt a törvényhozó által erre kijelölt szervek helyett neki eldönteni. Diederichsen szerint az alapjogok tartalmának bizonytalansága miatt nincs. Továbbá a BGB vonatkozó §-a meghatározott jogi etikai alapokon nyugszik, illetve a törvényi tényállást a jogalkotó kifejezetten a társadalmi igények alapján alkotta meg. Nem mellesleg a törvényi szabályozáshoz való ragaszkodással érvényesül a jogdogmatika is és ezáltal az egyedi ügyben az a cél is, amelyre az általános megfogalmazású tényállást megalkották. *Ez* a jogdogmatika értelme, és *ezzel* ragaszkodnánk ahhoz a szabályrendszerhez, amely a jogalkotó és a jogalkalmazó között kétezer éve fennáll – vagyis hogy a társadalompolitikát a jogalkotó határozza meg, a jogalkalmazó pedig ehhez kötve van. Ez a visszafogottság Diederichsen szerint a BVerfG részéről nemcsak az örökbefogadás jogával, hanem az egész polgári joggal kapcsolatban szükséges lenne. Ha az ilyen, meghatározott alapelveken nyugvó jogszabályokat alkalmazzuk, akkor úgy tudjuk a konkrét ügyben a társadalmilag igazságos eredményt elérni, hogy nem megyünk túl a tételes jogon, nem hozunk be az ítélkezésbe jogon *kívüli* értékeket. A BVerfG általi jogfejlesztés csak olyan kivételes esetekben tudja szolgálni az (anyagilag értelemben vett) igazságosságot, ha akut problémák esetében gyors döntésekre van szükség.

Minden német alapjognak két funkciója van. Az egyik a hagyományos védelmi, negatív funkció: védelem a polgárok számára az alkotmányellenes állami beavatkozással szemben, vagyis az állam tartózkodási kötelezettsége e jogok megsértésétől („*Abwehrrechte*”); a másik pedig az a pozitív funkció, hogy az állam tevőlegesen biztosítsa a polgárok számára ugyanezen jogok tényleges érvényesülését. Ez utóbbit, bár a német BVerfG gyakorlatában nem volt előzmények nélküli, 1975-ben fogalmazta meg a BVerfG az abortuszdöntésében, mikor is közvetlenül a *Grundgesetz* 2. cikkelye alapján (mely szerint mindenkinek joga van az élethez) eldöntötte, hogy ebből a fejlődő (magzati) élet védelmére az államnak tevőleges kötelezettsége keletkezik, minthogy minden alapjogból közvetlenül származik az államra nézve ilyen pozitív alkotmányos kötelezettség. Ennek „drámai” hatása lett a polgári jogra is, mert a magánautonómiát az állam alapjogvédelmi kötelezettségének rendelte alá. Pl. a GG 12. cikkéből, mely a foglalkozás szabad megválasztását mondja ki, következik, hogy az állam beavatkozhat a felek szerződés-kötési szabadságába, ha a felek között a körülbelüli („közelítő”) erőegyensúly („*annäherndes Kräftegleichgewicht*”) hiányzik. Annak meghatározására pedig, hogy ez mit is jelent, az évszázadok óta ezzel foglalkozó polgári jognál a BVerfG semmivel sem alkalmasabb. Ám ez csupán az első lépés, hogy az eddig generálklauzulákkal szabályozó és ezáltal nagyobb mozgásteret megengedő keretet felváltsa egy konkrétabb tartalmú, fessesebb, a BVerfG által tudatosan alkotott rendszer. Azonban épp ez az, ami a szerződés-kötés szabadságát veszélyezteti, még ha a BVerfG úgy is tesz, mintha védené azt. Egy másik [Diederichsen számára pozitív] példa, hogy a második abortuszdöntésben a BVerfG felismerte, hogy a jogvédelmi kötelezettsége nem jelenti azt, hogy neki kellene a védendő jogtárgyak védelmének módját meghatároznia, így az abortusz kapcsán csak azt mondta ki, hogy a magzati lét mint a legfontosabb védendő jogi értékek egyikének, az emberi életnek az előfoka védendő, de meghagyta a polgári jog számára, hogy ennek a védelemnek a módját meghatározza. Számos veszéllyel járna, ha ez nem így lenne – például a relatív jogképeség BVerfG általi elismerése esetén a BGB alapján ki kellene rendelni egy méhmagzati gondnokot, akinek az indítványa alapján meg kellene tiltani a terhes nő és az orvosok számára az abortusz elvégzését stb.

Hasonlóan az állam pozitív védelmi kötelezettségének gondolata volt az a [Diederichsen által negatív példaként idézett] 1993-as BVerfG-döntés, mellyel a polgári jogi bérlőt az alkotmányjog, pontosabban a *Grundgesetz* szerinti „tulajdonossá” nyilvánította. Ezzel viszont elvonta a szociális szempontokat mérlegelő és a társadalommal szemben politikai felelősséggel rendelkező jogalkotótól ennek szabályozását, és lehetővé tette, hogy ha a jogalkotó bármiben is politikai mérlegelés alapján a bérlő számára hátrányosan kívánja megváltoztatni a bérlő és a polgári jog szerinti tulajdonos közötti jogviszony szabályozását, akkor ebbe alkotmányjogi alapon a BVerfG a jövőben beavatkozhasson. Diederichsen szerint a hatalommegosztás elvének BVerfG általi figyelmen kívül hagyása azzal a veszéllyel fenyeget, hogy ez majd „rákszerűen túlbujánzik”, és diszfunkcionálissá teszi a jogrendszer működését (Diederichsen szavaival: újabb felesleges terheket emel, ahelyett hogy lebontaná azokat). A polgári jogban azonban lehetőség van a különböző érdekek összemérésére, amire a BVerfG kevésbé alkalmas, mivel az egyik polgár védelmét szolgáló jog egy másik polgár számára kötelezettségként jelenik meg, amelyek között egy belső arányosságot kell fenntartani, ez pedig csak a polgári tételes jog és dogmatika alapján működik hatékonyan.

Az arányosság problémáját Diederichsen Dieter Medicus egy 1991-es konferencia-előadása alapján mutatja be. Az arányosság nem más, mint a mérlegelést követő kiegyensúlyozottság. Ez megköveteli, hogy a beavatkozás [negatív] következményei az elérni kívánt eredménnyel arányosak legyenek. Az arányosság elve (és az arányosság túllépésének tilalma) a BVerfG szerint az egész alkotmányos rendszert átfogó alapelv, amely kényszerítő módon következik a jogállamiság elvéből, és amely minden állami cselekvésre kihat, ilyen értelemben alkotmányos rangja van. Végeredményben azonban mindig egy (a jogalkotó által is elvégezhető) pusztán érdek mérlegelésre vezet, amit egyesek (például Canaris) támogatnak, mások (például maga Medicus vagy Isensee) szkeptikusan szemlélnek (Isensee például „a jogállamiság lágyítószerének” tartja ennek az elvnek az alkotmányjogi alapú használatát, amely relatívvá teszi a tételes jogi szabályokat, és amit ezért távol kell tartani a polgári jogtól).

Végül a tanulmány záró megjegyzései között Diederichsen gyakorlatilag megismétli a fenti kritikát, például Medicust bírálja, aki szerint lehetséges egy olyan határt megvonni, amin belül lehet az alkotmányból értelmezés útján döntéseket levezetni, és amelyen túl már meg kell hagyni a törvényhozó jogalkotási lehetőségét; Diederichsen szerint viszont ilyen határ nincs, az alapjogok minden „átalakítása” a *Drittwirkung* („harmadik félre irányuló hatás”) problémáját veti fel [amit, mármint a *Drittwirkung*ot, Diederichsen élesen ellenez, mégpedig nemcsak annak a közvetlen formáját /elsősorban persze azt/, hanem a közvetett „harmadik félre irányuló hatást” is]. Mindenesetre a magánjog ebben a vonatkozásban kevésbé érintett, mert az alapjogi konfliktusok feloldására nincs az alaptörvényben olyan elsőbbségi szabály, amely alkalmazható lenne. A polgári jog relatív szerkezetű jogviszonyaiban mindkét fél tud valamilyen alapjogra hivatkozni, így a kettőjük jogai közti mérlegelést nem lehet alapjogi szinten elvégezni, ráadásul ha alkotmányos szinten az egyik félnek többletjogot biztosítunk, a másik felet ugyanabban a jogviszonyban hátrányba hozzuk. A polgári jogban gyakran előforduló háromoldalú jogviszonyokra pedig fogalmilag sem alkalmazható az arányosság elve. Ez csak szélsőséges esetekben, kivételképpen hívható fel, mivel a BVerfG egy alkotmányos szerv, nem pedig egy olyan bíróság, amely a szakszabóság dogmatikai finomhangolásait képes volna elvégezni. A Szövetségi Alkotmánybíróságot kettősség jellemzi: egyrészt az alapjogok garantálása és érvényesítése, másrészt a cselekvés egyre nagyobb mértékű alkotmányos megkötése, ami éppen a szabadság, szabad cselekvési lehetőség elvesztéséhez vezet.

A BVerfG tehát nem alkalmas az érdekeknek a polgári jogviszonyokban óhatatlanul szükséges mérlegelésére. Míg a polgári jogi bíró ismeri az eljárás részleteit és képviselve van előtte az ellenérdekű felek mindegyikének érdeke, addig az alkotmányjogi panasz-eljárás erre nem alkalmas, mert csak a panaszos egyoldalú érdeke jelenik meg az eljárásban, a többi fél érdekei viszont ott nincsenek képviselve.