

Szemponatok a bírói „aktivizmus” definiálásához

I. Bevezetés

A jogi normák jellemzése során visszatérő motívum a szabályok és az elvek megkülönböztetése: a szabályok viszonylag pontosan körülírt, konkrét értelemmel bíró rendelkezések, az elvek elvont, iránymutató jellegű előírások.² Számos alkotmányos rendelkezés az utóbbi kategóriába sorolható, aminek következtében a rendes jognál szélesebb értelmezési lehetőségeket biztosítanak az azokat értelmező szervek számára.³ A magyar Alkotmánybíróság immáron bő két évtizede nap mint nap szembesül ezen értelmezési sokszínűség különféle nehézségeivel; a külföldi tapasztalatok pedig még ennél is régebbiek: a német Szövetségi Alkotmánybíróság (*Bundesverfassungsgericht*) például 1951-ben kezdte meg működését, az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága (*Supreme Court of the United States*) pedig 1803-ban testálta magára az alkotmányos normakontroll hatáskörét. A nehézségek egy része közvetlenül a feladat jellegéből fakad, elsősorban azért, mert az elvont rendelkezések határainak kijelölése, azok többé-kevésbé következetes rendszerbe foglalása komoly szellemi kihívást jelent. A nehézségek másik része az értelmezési tevékenység kísérőjelenségeként jelenik meg. E körben mindenekelőtt az „aktivizmus” vádját kell megemlíteni.

Miután az alkotmányos normakontrollt végző testületek döntései közvetlen befolyással bírnak a tételes jog anyagára, így közvetve a társadalompolitikai célkitűzésekre, azok megvalósításának lehetőségére, egyes ügyek eredménye nem közömbös az akadémiai szférán túl a szélesebb közönség számára sem. Az ilyen ügyek kapcsán a döntés kritikussai nem ritkán aktivizmust rónak fel a testületnek, amely leginkább az illegitim hatáskörtúllépéssel rokon értelmű. A kifejezéssel mind a laikus, mind a tudományos diskurzus során találkozhatni. Az első esetben a kifejezés alkalmazása csekély relevanciával bír a jogtudomány képviselői számára, a második esetben azonban érdekes módon kevés kísérlet figyelhető meg az aktivizmus mint jelenség vagy attitűd pontos meghatározására.

E hiányosság több szempontból is fájó. Egyrészt az alkotmánybírói döntések értékelésénél megbízhatatlan mércét jelent egy olyan kifejezés, amely minden elemző számára más tartalommal bír. E sokrétűség különösen szembeszökő, ha tekintetbe vesszük, hogy az „aktivizmus” kifejezés nem csekély politikai felhanggal bír, ami könnyen az elemzés torzulásához vezet. Másrészt az empirikus vizsgálódásoknak a jogtudományban való szerepnövekedésével egy potenciális kutatási területet jelenthet egy alkotmánybíróság

¹ Egyetemi tanársegéd, Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Joghölcséleti és Jogsociológiai Tanszék

² A kérdéshez lásd pl. Sunstein, Cass R.: Problems with Rules. In *California Law Review*, Vol. 83, Issue 4, 1995, 953-1026. o.; Schauer, Frederick: Rules and the Rule of Law. In *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 14, Issue 3, 1991, 645-694. o.

³ Ez nem azt jelenti, hogy az alkotmányos alapjogok fogalmilag szélesebb értelmezési lehetőségeket rejtenek magukban, mint a rendes jog szabályai. A magánjogban is megfigyelhetők elvi jellegű rendelkezések, amelyek szintén sokrétű tartalommal bírhatnak, és ha ez az idők során megszilárdult, az elsősorban nem a nyelvi konvencióknak, hanem a jogtudományi konszenzusnak, vagy adott esetben a hosszú hagyományokra visszatekintő bírói gyakorlatnak köszönhető. Ezt példázza a német jogban a „jőhízettség és tisztesség” elvének megfelelő *Treu und Glaube* elve, melynek tartalma a kereskedelmi forgalomban szokásos tisztességre szűkül. Vö. Pokol Béla: Autentikus jogelmélet. Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2010, 51-52. o.

aktivizmusának mértéke. Ha egy ilyen vizsgálat alapfogalmát nem tisztázza a kutató, vállalkozása szükségképpen kudarcra kárhoztatott.

A jelen tanulmány célja, hogy szempontokat nyújtson ezen úr betöltésére a fontosabb definiálási lehetőségek ismertetésével. Ennek során elsősorban az aktivizmus terén számottevő „tapasztalattal” rendelkező Egyesült Államok irodalmára támaszkodom. Már e helyütt érdemes megemlíteni, hogy a tanulmány tárgya nem az aktivizmus eszközeül szolgáló normakontroll-hatáskör legitimitációja, szükséges vagy szükségtelen volta. E kérdés vonatkozásában jóformán áttekinthetetlen terjedelemben áll rendelkezésre a szakirodalom,⁴ e helyütt azonban kizárólag arra a kérdésre kívánok szorítkozni, hogy a különböző megközelítések szerint milyen kritériumok alapján nevezhető aktivistának a normakontroll-hatáskör gyakorlása.

II. Bírói és alapjogi aktivizmus

A tanulmány címében a „bírói” kifejezés szerepel az „aktivizmus” előtt. Bár az eddigiekből nyilvánvaló, hogy az „aktivizmus” szóra helyeződik a hangsúly, nem lehet szó nélkül elsiklani az aktivizmusra leggyakrabban aggatott jelzők tárgyalása mellett sem, ugyanis meglátásom szerint az eltérő jelzők eltérő jelentéstartományt ölelnek fel.

A „bírói aktivizmus” kifejezés különösen az Egyesült Államok irodalmában sűrűn használatos; releváns könyvek és tanulmányos egész sora e kifejezéssel jelöli meg vizsgálódása tárgyát.⁵ A tengerentúlon azonban ez más felhangokkal bír, mint a kontinentális jogi kultúrában. Az aktivizmus fogalma a napjaink jogtudományban óhatatlanul összekapcsolódott az alkotmánybíráskodással. Az Egyesült Államokban ez a rendes bírói szervezet hatáskörébe tartozik, míg Európában, így hazánkban is, a bírói szervezettől elkülönült, *sui generis*ként felfogott⁶ testületébe. Az utóbbi esetben a „bírói aktivizmus” kifejezés a rendes bíróságok tevékenységének minősítését is magában foglalja, függetlenül attól, hogy azok a jogi lehetőség mellett ténylegesen mennyire veszik figyelembe az alkotmányos rendelkezéseket értelmezési tevékenységük során.⁷

A fentiekén túl érdemes utalni arra, hogy amennyiben az „aktivizmus” fogalmához a bíróságok „illegitim hatáskörtúllépését” társítjuk, a hosszabb távú hatással bíró, kiterjesztő jogértelmezést tartalmazó ítéletek, melyek valamely másik hatalmi ág cselekvési szabadságát korlátozzák, szintén beleesnek az „aktivizmus” fogalmi körébe.

⁴ Ehhez lásd pl. Thayer, James Bradley: *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. In *Harvard Law Review*, Vol. 7, Issue 3, 1893, 129-156. o., Levy, Leonard W.: *Judicial Review, History, and Democracy: An Introduction*. In Levy, Leonard W. (ed.): *Judicial Review and the Supreme Court*, Harper Torchbooks, New York, 1967, 1-42. o., Waldron, Jeremy: *The Core of the Case Against Judicial Review*. In *The Yale Law Journal*, Vol. 115, Issue 6, 2006, 1346-1406. o., Wolfe, Christopher: *Judicial Activism*. Roman & Littlefield Publishers, Lanham, 1997.

⁵ Lásd a tanulmányban meghivatkozott szakirodalmi művek többségének címét.

⁶ Vö. 1350/B/1992. AB határozat, ABH 1993, 619, 620.

⁷ A magyar bíróságokra például jellemző, hogy noha nincs kifejezett akadály annak, hogy az alkotmányos rendelkezéseket beépítsék jogértelmező gyakorlatukba, azt mégsem teszik. Vö. Pokol Béla: *Jogelmélet. Századvég Kiadó, Budapest, 2005, 237-239. o., Bencze Mátyás: Díszítőelem, álcázóháló vagy tartóoszlop? – A büntetőbírói gyakorlat és az Alkotmány*. In *Fundamentum*, 2007/3. szám, 18-19. o., Tóth J. Zoltán: *Jogértelmezési módszerek a bírói gyakorlatban*. In *Jogelméleti Szemle*, 2009/4. szám, <http://jesz.ajk.elte.hu/tothj40.mht> (2012. szeptember 14.). Ezzel szemben ismert, hogy a német Szövetségi Munkaügyi Bíróság 1957-ben egy ítéletében kifejezetten a *Grundgesetz* szabad házassághoz való jogot deklaráló rendelkezése alapján semmisített meg egy munkaszerződést; vagyis itt olyan, „aktivizmusként” jellemezhető lépéssel állunk szemben, mely nem egy alkotmánybíráshoz köthető. Az esethez lásd: Pokol 2005: 83. o.

Az „alapjogi aktivizmus” szűkebb fogalom, mely nem az aktivizmus alanyával, hanem annak tárgyával áll összefüggésben. Egy állam alkotmánya „kifejezi a társadalmi berendezkedés alapjait, meghatározza a társadalom és az állam viszonyát, megállapítja és biztosítja az alapjogokat, a jogegyenlőséget, szabályozza az államszervezet felépítését és működését.”⁸ A modern jogrendszerekben ezek a jogosultságok egyúttal alapjogi igényt is keletkeztetnek a sértett fél oldalán, aki – az érintettség bizonyos mértékű fennállása esetén – követelheti alkotmányos jogai sérelmének orvoslását. Meglátásom szerint két fő okra vezethető vissza, hogy az ilyen tárgyú beadványok elsősorban alapjogi jellegű rendelkezéseken alapulnak, s e körülmények egyúttal azt is megmagyarázzák, miért kézenfekvő az aktivizmust „alapjogiként” jellemezni.

Egyrészt az alapjogok értelmezése olyan terület, ahol a jogtudomány és a „külső” (például morálfilozófiai vagy gazdaságtani) megfontolások látványosan összefonódnak; másfelől pedig az alapjogokhoz kapcsolódó problémákkal könnyebb azonosulni, mint a mindennapi gondolkodástól távolabb eső államszervezeti problémákkal. Az átlagember nagyobb eséllyel fordul alkotmánybíráskodást végző fórumhoz azért, mert úgy érzi, egy konkrét jogszabályi rendelkezés alkotmányellenesen diszkriminálja őt más, hasonló helyzetű személyhez képest, vagy alkotmányellenes mértékben korlátozza a vallásszabadságát, mint azért, mert a kifogásolt jogszabályhely megsérti a hatalmi ágak elválasztásának vagy az alkotmányos szervek együttműködésének követelményét.

Másrészt – ám a fentebb kifejtettektől nem függetlenül – az alapjogok kellően absztraktak ahhoz, hogy a legkülönfélébb jogvitákkal összefüggésbe hozzák őket a beadványozók. Nem igényel különösebben kimagasló jogászi leleményességet annak levezetése, hogy egy jogszabályi rendelkezés az emberi méltósághoz való jogba, a diszkrimináció tilalmába, vagy éppen a tisztességes eljáráshoz való jogba ütközik. Hazánkban az Alkotmánybírósághoz benyújtott beadványokban visszatérő elem az emberi méltósághoz való jogra, illetve a diszkrimináció tilalmára való hivatkozás,⁹ az Egyesült Államokban különösen a szólásszabadság, az élethez, szabadsághoz, tulajdonhoz való jog, valamint a diszkrimináció tilalma képezi számos, a Legfelsőbb Bírósághoz benyújtott beadvány alapját.¹⁰ Az érintett indítványozók tehát nagyobb eséllyel veszik igénybe az alapjogi rendelkezések nyújtotta lehetőségeket, mint például a kifejezetten államszervezeti kérdéseket szabályozó előírásokat.

III. Az „aktivizmus” definiálására tett jellemző kísérletek

Mind az aktivizmus definiálására, mind e kísérletek áttekintésére viszonylag későn került sor. Azt lehet mondani, hogy az amerikai szakirodalomban hamarabb került sor a mindenkorai Legfelsőbb Bíróság aktivizmusának kritikájára, mint az aktivizmus fogalmának a meghatározására.¹¹ Keenan D. Kmiec az aktivizmus öt kurrens meghatározását különítette el:

⁸ Takács Imre: Az alkotmány és az alkotmányosság fogalma. In Kukorelli István (szerk.): Alkotmánytan I., Osiris Kiadó, Budapest, 2010, 23. o.

⁹ Az emberi méltósághoz való jogot a 2011. december 31-ig az Alkotmányról szóló 1949. évi XX. törvény (Alkotmány) 54. § (1) bekezdése, 2012. január 1-jétől az Alaptörvény II. cikke biztosítja; a diszkrimináció tilalmát az Alkotmány 70/A. § (1) bekezdése, illetve az Alaptörvény XV. cikke, különösen a (2) bekezdés mondja ki.

¹⁰ A szólásszabadságról az első, a többi felsorolt alapjogról a tizennegyedik alkotmánykiegészítés rendelkezik.

¹¹ Vö. pl. Wright, J. Skelly: The Judicial Right and the Rhetoric of Restraint: A Defense of Judicial Activism in an Age of Conservative Judges. In Hastings Constitutional Law Quarterly, Vol. 14, Issue 3, 1987, 487-523. o., Marshall, William P.: Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. In University of Colorado Law Review, Vol. 73, Issue 4, 2002, 1217-1255. o.

a más hatalmi ágak indokolhatóan alkotmányos döntéseinek megvétőzésát, a precedenstől való eltérést, a bírói jogalkotást, a bevett értelmezési módszerektől való eltérést, valamint az ún. eredményorientált bíráskodást.¹² Az alábbiakban e taxonómiára támaszkodva mutatom be a lehetséges aktivizmusdefiníciókat, valamint a hozzájuk kapcsolódó nehézségeket.

III.1. Döntéshozatal más hatalmi ágak helyett

Noha Kmiec a megvétőzást és a bírói jogalkotást különálló fogalmakként kezelte, meglátásom szerint célszerű őket egy kategórián belül tárgyalni, ugyanis arról van szó, hogy az alkotmánybíráskodást végző szerv mindkét esetben korlátozza más hatalmi ágak – a jelen tanulmány vizsgálódási körét tekintve kifejezetten a jogalkotó – döntési szabadságát, csak ennek iránya más: az egyik esetben negatív döntés születik, a jogalkotó bizonyos döntését alkotmányellenessé nyilvánítják, illetve megsemmisítik, a másik esetben egy hiányzó döntés pótlására kerül sor. Az említett két kritérium vizsgálatára ezért ennek megfelelően kerül sor.

III.1.1. A más hatalmi ágak indokolhatóan alkotmányos döntéseinek megvétőzése

Az aktivizmusprobléma eredője a többségi demokrácia elve: a jelenség bírálói a demokratikus felhatalmazással rendelkező jogalkotó döntéseinek az alapvetően nem demokratikus úton pozícióhoz jutott – nem többségi szavazással választott, a nép felé közvetlenül nem elszámoltatható – bírák, alkotmánybírák általi felülbírálatát sérelmezik. Kmiec a meghatározást kiterjesztette a harmadik klasszikus montesquieu-i hatalmi ágra, vagyis a végrehajtó hatalomra is,¹³ a jelen kontextusban azonban elegendő a törvényhozóval való konfliktusra összpontosítani.

Említést érdemel, hogy az „aktivizmus” nem keverendő össze a nyilvánvalóan alkotmányellenes döntések megvétőzésával. Frank Easterbrook egy viszonylag friss tanulmányában – talán némi iróniát sem mellőzve – tulajdonképpen egy kalap alá vette az aktivizmus és a bárminemű megvétőzés fogalmát,¹⁴ és egy ötven legfelsőbb bírósági döntésből álló mintát alapul véve arra a következtetésre jutott, hogy a két nagy politikai-ideológiai oldal bírái nagyjából azonos arányban hajlanak az aktivizmusra.¹⁵ Meglátásom szerint azonban – és ezt Kmiec is kiemeli tanulmányában¹⁶ – az aktivizmus egyetlen fogalmi megközelítése egyoldalú és semmilyen szempontból nem célravezető. Egyrészt természetes dolog, hogy egy alkotmánybíráskodást végző szerv bizonyos esetekben alkotmányellenesnek ítéli az indítványozó által támadott jogszabályi rendelkezéseket, másrészt előfordulnak olyan esetek, amikor a kérdéses jogszabályhely nyilvánvalóan ellentétes a hivatkozott alkotmányos rendelkezéssel. Így például – hazai példával élve – ha egy közigazgatási tárgyú törvény valamelyik rendelkezése kizárja a másodfokú közigazgatási hatóság döntésével szembeni

¹² Kmiec, Keenan D.: The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. In California Law Review, Vol. 92, Issue 5, 2004, 1463-1476. o.

¹³ Bizonyos esetekben az alkotmányossági felülvizsgálat élesen érintheti a végrehajtó hatalom hatáskörét is. Ilyen problémát érintett például az 1926-os *Myers v. United States*-ügy (272 U. S. 52), amelynek fő kérdése az volt, jogosult-e az elnök valamely jogalkotói testület jóváhagyása nélkül felmenteni a végrehajtó hatalom tisztviselőit.

¹⁴ Easterbrook, Frank H.: Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism? In University of Colorado Law Review, Vol. 73, Issue 4, 2002, 1407. o.

¹⁵ Easterbrook: i. m. 1409-1410. o.

¹⁶ Vö. Kmiec: i. m. 1464. o.

további jogorvoslat lehetőségét, az nyilvánvalóan ellentétes a régi Alkotmány 50. § (2) bekezdésével, illetve az Alaptörvény 25. cikk (2) bekezdés *b*) pontjával.

Vagyis ha a más hatalmi ág döntésének megvétőzását tekintjük aktivizmusnak, tekintettel kell lenni a „könnyű” és a „nehéz” esetek létre is. Kmiec nyilván ez a szempontot is figyelembe véve alkalmazta az “indokolhatóan alkotmányos” kifejezést ezen aktivizmusdefiníció jellemzése során: a “megvétőzés” akkor aktivista, ha az ügyben támadott jogszabályhely alkotmányossága mellett is felhozhatók bizonyos releváns érvek. E felfogás Oliver Wendell Holmesra vezethető vissza, aki Legfelsőbb Bíróságon töltött évei során több többségi indokolásában, illetve különvéleményében kifejtette abbéli vélekedését, hogy a testület csak akkor nyilváníthat alkotmánysértőnek egy jogszabályhelyet, ha az egy racionálisan gondolkodó ember szerint is kétséget kizáróan ütközik az alkotmány valamely rendelkezésével.¹⁷

Ugyanakkor ez a meghatározás sem tekinthető teljesen problémamentesnek. A nehézségek szemléltetésére egy olyan ügyet hívok segítségül, melynek előadó bírója az imént hivatkozott Holmes volt. Az 1927-es *Buck v. Bell*-ügy tárgya egy virginiai eugenikai rendelkezés volt, amely bizonyos örökletesnek tartott mentális betegségben szenvedők kényszersterilizálását írta elő. Az indítványozók a tizennegyedik alkotmánykiegészítésre hivatkozva támadták e törvényt. A Legfelsőbb Bíróság 8:1 arányban alkotmányosnak tartotta a szabályozást.¹⁸ Holmes úgy érvelt, hogy ha a társadalomnak saját fennmaradása érdekében jogában áll életerős, fiatal férfiakat megfosztani legfontosabb joguktól, az élethez való jogtól oly módon, hogy háborúba küldi őket, akkor *a fortiori* megteheti, hogy csekélyebb áldozatra kötelezi azokat a mentális sérülteket, aki egyébként is csak „elszívják az állam erejét”.¹⁹ Ezen indokolásban olvasható Holmesnak a mai közvélemény számára talán legsokkolóbb mondata: „[h]árom nemzedéknyi fogyatékos éppen elég”.²⁰ A jelen okfejtés szempontjából ez azért releváns, mert tükrözi, hogy Holmes nem pusztán a jogszabály létének egy racionális és alkotmányos indokát ismerteti, hanem tulajdonképpen nyíltan kifejezi egyetértését a szabályozással. Holmes szociáldarwinizmusa közismert az ő, valamint korának kutatói előtt. Az itt idézett indokolásban az látható, hogy Holmes olyan szabályozás elfogadhatósága mellett érvel, amelynek tartalma egybevág a saját világnézetével. Vagyis az e helyütt tárgyalt aktivizmuskritériummal éppen ellentétes helyzet áll fenn: az alkotmánybíráskodást végző szerv alkotmányosnak tartja a támadott rendelkezést, ám felmerül annak gyanúja, hogy a döntés ideológiai tényezőkre is visszavezethető.

Holmes esete szélsőséges példa, természetesen nem jellemző, hogy ennyire nyíltan felszínre kerüljön az előadó bíró személyes világnézeti álláspontja egy döntés indokolásában. A látensebb ideológiai mozgatórugók megléte azonban továbbra is foglalkoztatja az aktivizmus kutatóit. Különösen a Warren-bíróság ellenhatásaként megjelenő „konzervatív aktivizmus” kritizálói rónak fel egyfajta szelektív attitűdöt a Legfelsőbb Bíróságnak. Meglátásuk szerint a testület megengedőbb a konzervatív értékrenddel egyező szabályokkal, mint az azzal ellentétesekkel szemben.

Mindez azért érdemel említést, mert rámutatnak az aktivizmus más hatalmi ágak döntéseinek megvétőzésával való azonosításának féloldalasságára. Ha egzakt definíciója vitás is, annyit nagy bizonyossággal leszögezhetünk, hogy ellenzői szerint akkor beszélhetünk

¹⁷ Lásd pl. az 1905-ös *Lochner v. New York*-ügyhöz fűzött különvéleményt: 198 U.S. 45, 75-76.

¹⁸ A többségi döntéssel ellentétesen egyedül a katolikus Pierce Butler szavazott. Lásd részletesebben: Leuchtenburg, William E.: *The Supreme Court Reborn*. Oxford University Press, New York, 1995, 14. o.

¹⁹ “We have seen more than once that the public welfare may call upon the best citizens for their lives. It would be strange if it could not call upon those who already sap the strength of the State for these lesser sacrifices, often not felt to be such by those concerned, in order to prevent our being swamped with incompetence.” 274 U.S. 200, 207

²⁰ “Three generations of imbeciles are enough.” Uo.

aktivizmusról, ha a bíróság szereptévesztő módon von be eljárásába szubjektív értékeket.²¹ Mivel egy alkotmánybíráskodást végző szerv leglátványosabb intézkedése egy jogi rendelkezés alkotmányellenessé minősítése – hiszen a rendelkezés így kikerül az „élő” jogból –, kézenfekvő az aktivizmus fogalmát e kritériumra alapozni. Így azonban elkerülnek az elemző figyelmét azok az esetek, amikor a szubjektív meggyőződés a támadott jogszabály hatályban hagyásában realizálódik. Indokoltnak tűnik tehát az alkotmányellenességet meg nem állapító döntéseket is bevonni a témával foglalkozó elemzésekbe.

Demokratikus államokban a jogalkotói döntések abból nyerik legitimitásukat, hogy egy többé-kevésbé mérvadó társadalmi többség választásokon nyilvánított akarata áll mögöttük. Az amerikai „alapjogi forradalom” számos mérvadó döntése e többség akaratával ellentétes. Bickel e feszültséget a „többségellenesség problémájának” (*counter-majoritarian difficulty*) keresztelte el.²² A jelen fejezetben tárgyalt aktivizmusdefiníció egy speciális esete, amikor az alkotmánybíráskodást végző szerv olyan jogalkotói döntést nyilvánít alkotmányellenesnek, amely mögött – bírálói szerint – évszázados társadalmi meggyőződés áll.

Az 1992-es *Planned Parenthood v. Casey*-,²³ valamint a 2003-as *Lawrence v. Texas*-ügyek²⁴ egyaránt olyan kérdésekkel foglalkoztak, amelyek éles vitákat generálnak a társadalomban. Az előbbi eset az abortusz kérdésével foglalkozott, revideálva a *Roe v. Wade*-ítéletben²⁵ kifejtett trimeszterrendszerű abortuszszabályozási doktrínát, bevezetve helyette a rugalmasabb „aránytalan teher” (*undue burden*) elvét. Az utóbbi ügyben a Legfelsőbb Bíróság a magánszférához való jog (*right to privacy*) alapján bírálta felül az azonos neműek közötti konszenzuális kapcsolatok kriminalizálását alkotmányosnak tartó *Bowers v. Hardwick*-ítéletet.²⁶

A *Casey*-ügyben Antonin Scalia különvéleményt fogalmazott meg. Álláspontja szerint az alkotmány nem teszi kötelezővé a tagállamok számára az abortusz engedélyezését, ebből következően nem nyilvánítható alkotmányellenesnek az abortuszkorlátozó szabályozás.²⁷ Emellett az amerikai nép hosszú ideje élő hagyományai szerint megengedhető az abortusz tiltása.²⁸ Ugyanezzel az érveléssel élt William H. Rehnquist is a saját különvéleményében.²⁹ A

²¹ Mindez természetesen előfeltételezi az objektív, semleges értékek, elvek, zsinórmértékek létét. A semleges elvek alkotmányjogi alkalmazását szorgalmazza Wechsler, Herbert: *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. In *Harvard Law Review*, Vol. 73, Issue 1, 1959, különösen 10-20. o. Természetesen több tanulmány állítja, hogy értékítéletek nélkül képtelenség feloldani számos alkotmányjogi dilemmát. Lásd pl. Wright: i. m. 519-521. o.

²² Bickel, Alexander: *The Least Dangerous Branch*. Yale University Press, New Haven, 1986, 16-23. o.

²³ 505 U.S. 833

²⁴ 539 U.S. 558

²⁵ 410 U.S. 113 (1973)

²⁶ 478 U.S. 186 (1986)

²⁷ Scalia érvelése tartalmaz egy kísértetiesen Holmesra emlékeztető fordulatot. Megfogalmazása szerint „[e]gy tagállam választása két olyan álláspont között, amelyek kapcsán sszerűen gondolkodó emberek között vita alakulhat ki, alkotmányos, akkor is, ha (mint az gyakran előfordul) sérti az abszolút értelemben vett »szabadságot«.” (“A State’s choice between two positions on which reasonable people can disagree is constitutional even when /as is often the case/ it intrudes upon a »liberty« in the absolute sense.”) 505 U.S. 980. Holmes a következőképpen fogalmaz a *Lochner*-ügy különvéleményében: „[e]gy ésszerűen gondolkodó ember vélekedhet akként, hogy [a támadott rendelkezés] megfelelő egészségügyi intézkedés. Olyan emberek, akiket én semmi szín alatt nem neveznék ésszerűtlenül gondolkodónak, fenntartanák, mint a munkaidő általános szabályozásának első állomása.” (“A reasonable man might think it a proper measure on the score of health. Men whom I certainly could not pronounce unreasonable would uphold it as a first instalment of a general regulation of the hours of work.”) 198 U.S. 76. A két gondolatmenet szerint tehát amennyiben explicit alkotmányos tilalom nem található az adott kérdésben, az olyan szabályozás, amelyet egy józanul gondolkodó személy védhetőnek tart, alkotmányjogi indokok alapján nem tekinthető alkotmányellenesnek.

²⁸ 505 U.S. 980

két bíró ugyan nem használja az „aktivizmus” kifejezést, de a bírói önkorlátozást favorizáló álláspontjukból világosan következik, hogy a jogalkotó irányában megengedő bírói attitűdöt tekintik legitimnek, és ezzel szemben illegitimnek tartják a többségi ítéletben tetten érhető kiterjesztő értelmezést.

A hagyomány szerepe a *Casey*-ügyben egyértelműnek tűnik, és kétségkívül a bírói önkorlátozás álláspontját alapozza meg. Nem ez azonban a helyzet a *Lawrence v. Texas*-ítélet esetében. A Kennedy bíró által jegyzett többségi indokolás második mondata a következő: „[h]agyományaink szerint az állami jelenlét otthon nem korlátlan.”³⁰ A szóhasználat természetesen felvet kérdőjeleket, hiszen a „hagyomány” utalhat a jogértelmezési hagyományra, bírói gyakorlatra is. Később azonban világossá válik, hogy nem csak erről van szó. A releváns szakirodalmat is felhasználó okfejtés szerint „[m]indenekelőtt meg kell jegyezni, hogy ebben az országban nincs hosszú története az önálló problémaként kezelt homoszexuális cselekmények ellen irányuló törvényeknek.”³¹ Kennedy érvelése szerint a cél általában a gyermeknemzésre nem irányuló nemi aktusok visszaszorítása volt, nem kifejezetten a homoszexuális aktusok szankcionálása. Ráadásul a szóban forgó nemi aktusokat tiltó törvényeket sem érvényesítették az aktust kölcsönös beleegyezéssel, magánlakásban végző felnőttekkel szemben.³² Az indoklás érdekes módon utal arra is, hogy a *Roe*-, illetve *Casey*-ügyek doktrínái fokozatosan erodálódtak, éppen azért, mert csak az ország hagyományaival összhangban álló alapjogok esetén alkalmazható szigorú alkotmányossági teszt. Egyúttal kiemeli, hogy – a szóban forgó esettel ellentétben a *Roe*- és a *Casey*-döntések „az abortusz korlátozását fokozott szigorúságú vizsgálatnak vetették alá anélkül, hogy akár csak megkísérelték volna bizonyítani, hogy az abortusz szabadsága valóban a nemzet hagyományainak része.”³³

Scalia különvéleményt fogalmazott meg az ügyben. Amellett érvelt, hogy az azonos nemű felnőttek közötti beleegyezéses, magánlakásban folytatott nemi aktusokat éppúgy üldözték a hatóságok, mint bármely más, a törvény által tiltott cselekményt.³⁴ Emellett kritizálta a többségi indokolás által használt „ébredő tudatosság” (*emerging awareness*) kifejezés alkalmazását is. A kifejezés alatt a többségi indoklás az azonos neműek közötti nemi kapcsolat társadalmi elfogadásának fokozatos kialakulását érti. Scalia szerint az efféle tudatosság fokozatos kialakulása fogalmilag ellentétes azzal, ha mélyen benne gyökerezik az ország történelmében és hagyományaiban.³⁵

A vita jól érzékelteti, hogy tartalmilag a „hagyomány” fogalma is vitatható. A jelen ítéletben mind a többség, mind Scalia hivatkozik az ország hagyományaira, évtizedes-évszázados erkölcsi meggyőződésére. A „hagyomány” azonosításának e nehézsége bizonytalanná teszi a társadalmi többség meggyőződésével való szembenállásnak az aktivizmus fogalmi kritériumként való alkalmazását.

III.1.2 A bírói jogalkotás

²⁹ „Az amerikai nép történelmi hagyományai sem támasztják alá azt a nézetet, hogy a terhesség megszakításának joga »alapvető« jog.” (“Nor do the historical traditions of the American people support the view that the right to terminate one’s pregnancy is »fundamental.«”) 505 U.S. 952.

³⁰ “In our tradition the State is not omnipresent in the home.” 539 U.S. 562.

³¹ “At the outset it should be noted that there is no longstanding history in this country of laws directed at homosexual conduct as a distinct matter.” 539 U.S. 568.

³² 539 U.S. 569

³³ “Roe and Casey, of course, subjected the restriction of abortion to heightened scrutiny without even attempting to establish that the freedom to abort was rooted in this Nation’s tradition.” 539 U.S. 588.

³⁴ 539 U.S. 598

³⁵ Lásd uo.

A gondolat, miszerint a bíróságok nemcsak alkalmazzák, de alkotják is a jogot, már Benthamnek a *common law*-t kritizáló megjegyzéseiben, valamint kodifikációpártiságában tetten érhető,³⁶ ám csak a német szabadjogi,³⁷ valamint az amerikai jogi realista irányzatok térnyerésétől kezdve vált a jogelmélet egyik evidenciaszerű megállapításává. E megállapítást kezdetben – értelemszerűen – csak a rendes bíráskodásra vonatkoztatták, az alkotmányos normakontroll XX. századi elterjedésével³⁸ azonban az alkotmánybíráskodást végző szervek vonatkozásában is felmerült.

A bírói jogalkotás bizonyos szempontból a jogalkotói döntés megvétőzésének ellentéte: ez utóbbi esetben arról van szó, hogy a jogszabályi formában megjelenő jogalkotói döntés megszűnik a jogrendszer részének lenni az alkotmánybíráskodást végző szerv döntésének következtében a joghézag kérdésével áll összefüggésben, a bírói jogalkotás ellenben valamilyen pozitív jogalkotói döntés hiányát pótolja.

A bírói jogalkotás problematikája szoros összefüggésben áll a joghézag kérdéskörével. A joghézag problémája kapcsán két fontos kérdés emelhető ki. Az első az, milyen joghézag típusok különíthetők el. A jelen tanulmány témájára, valamint terjedelmi okokra tekintettel e helyütt a joghézag-tipizálásokrak még vázaltszerű ismertetésére sincs lehetőség,³⁹ ezért csak Aleksander Peczenik – a téma szempontjából kézenfekvő – klasszikus taxonómiáját mutatom be. Peczenik a joghézag négy fajtáját különböztethette meg. Insufficienciáról beszélhetünk, ha a jog nem szabályoz ott, ahol kellene. Inkonzisztenciáról van szó, amikor a jog előírásai ellentmondásosak. Indeterminenciának nevezzük, ha a jogi szabályozás homályos. Végül axiológiai joghézaggal állunk szemben, ha a jog az erkölcsi paranccsal ellentétesen szabályoz.⁴⁰

A második fő kérdés arra irányul, létezik-e egyáltalán joghézag. A jogelmélet számos irányzata a joghézag létezésével mellettt törtélandzsát – ide sorolható például az érdekkutató jogtudomány vagy a szociológiai jogelmélet. A jogpozitivizmus markáns képviselői – így például külföldön Hans Kelsen, hazánkban Moór Gyula – azonban olyan álláspontra helyezkedtek, amely szerint a joghézag léte fogalmilag kizárt, hiszen a jogalkotó azáltal, hogy nem adott szabályozást egy meghatározott életviszonyra nézve, szabad utat biztosított az állampolgárok részére.

A joghézag létezésének megítélése is kérdéses. A fogalom a klasszikus jogágak működésével kapcsolatosan jelent meg, és jogágtól, illetve életviszonytól függ, van-e szükség joghézagra, avagy elkerülhető-e egyáltalán. Az alkotmányjogban, elsősorban az alapjogok, de egyéb tárgyú rendelkezések kapcsán is, ez utóbbi probléma különösen markánsan van jelen. Közhelyszerű elképzelés, hogy az alkotmányos normáknak kellően rugalmasnak kell lenniük ahhoz, hogy kiállják az idő próbáját, és a változó körülmények között se keletkezzen igény a megváltoztatásukra. John Marshall, az amerikai Legfelsőbb Bíróság első elnöke ezt a következőképpen fogalmazta meg a *McCulloch v. Maryland*-ítélet indokolásában: „[a]z alkotmány, ha aprólékosan leszabályozna minden rész kérdést, melyre óriási hatóköre kiterjed, valamint a szabályok érvényesítésére szolgáló összes eszközt, egy kódex részletességével

³⁶ Vö. Plajos Rita: A bírák szerepe és a bírói jogalkotás William Blackstone és Jeremy Bentham elméletében. In *Jogelméleti Szemle*, 2009/3. szám, <http://jesz.ajk.elte.hu/plajos39.mht> (2012. szeptember 14.)

³⁷ Vö. pl. Nizsalovszky Endre: Fogalomkutató és érdekkutató jogtudomány, a szabad jogi iskola és a Tiszta Jogtan. In *Uő.: Tanulmányok a jogról*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1984, 13-39. o.

³⁸ Vö. Cappelletti, Mauro – Cohen, William: Az alkotmánybíráskodás története és jelenkori elterjedése. In Paczolay Péter (szerk.): *Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés*. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2003, 50. o.

³⁹ Lásd bővebben: Mezei Péter: A joghézag kérdése régen és ma. In *Jogelméleti Szemle*, 2002/2. szám, <http://jesz.ajk.elte.hu/mezei10.html> (2012. szeptember 14.).

⁴⁰ Peczenik taxonómiáját ismerteti Csink Lóránt – Paczolay Péter: A törvényhozói mulasztás problémái az alkotmánybíráskodásban. In Szabó Imre (szerk.): *Ius et legitimitatio – Tanulmányok Szilbereky Jenő 90. születésnapja tiszteletére*. Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2008, 185. o.

rendelkezne, és az emberi elme jóformán képtelenné válna a befogadására. A közönség valószínűleg soha nem értené meg. Természetéből adódóan szükséges tehát, hogy szabályai csak körvonalakat adjanak, a fontos célokat jelöljék ki, az e célokhoz vezető kisebb lépéseket pedig magából a célok természetéből kell dedukálni.”⁴¹ Az alkotmányjogban tehát elkerülhetetlen a hézagos szabályozás, és e körülmény óhatatlanul teret biztosít a bírói jogalkotásnak is.

E bírói jogalkotás támpontjai azonban távolról sem tekinthetők szilárdnak. Peczenik felosztása az inszufficiencia és az axiológiai joghézag fogalmainak beemelésével jól szemlélteti a joghézag megragadhatóságának problematikus voltát. Azok a kérdések, hogy milyen életviszonyokat kellene szabályoznia az államnak, illetve milyen erkölcsi követelményekkel ellentétes a “hézagos” szabályozás, a végtelenségig húzódó morálfilozófiai, gazdaságtani, és egyéb természetű vitákat generálnak; megválaszolásuk előzetesen rögzített – és természetesen sokfelől vitatott – jogfilozófiai elképzelések fényében lehetséges. Noha Langdell a XIX-XX. század fordulóján tájéka még arról értekezett, hogy a világnézetek sokszínűsége mellett is léteznek alapvető, a társadalom egésze által vallott értékek, napjainkra ezek az alapvető értékek is megkérdőjeleződni látszanak.⁴²

Az Egyesült Államok alkotmányjog-történetében sokszor előfordult, hogy a Legfelsőbb Bíróság a többségi társadalom értékpreferenciáival ellentétes ítéletet hozott. Ezt példázza a szólásszabadság kapcsán a *West Virginia State Board of Education v. Barnette*-ítélet,⁴³ a következő fejezetben bővebben tárgyalt *Brown v. Board of Education*-ítélet,⁴⁴ vagy a gyanúsítottak jogaival foglalkozó *Miranda v. Arizona*-ítélet.⁴⁵ Ez utóbbi ítélet, mellyel Kmiec is foglalkozik okfejtésében,⁴⁶ kimondja, hogy a gyanúsított rendőri kihallgatás során tett vallomása a bírósági tárgyaláson csak akkor fogadható el bizonyítékként, ha a kihallgatás előtt közölték vele, hogy joga van ügyvédet fogadni, illetve nem kötelezhető olyan vallomás megtételére, amellyel saját magát bűncselekmény elkövetésével vádolná. A döntés mérföldkőnek számít a büntető eljárásjog történetében, egyúttal a bírói jogalkotásnak is példája, hiszen arról van szó, hogy a konkrét jogvitában eljáró Legfelsőbb Bíróság tételes feltételrendszert alakított ki a jogalkotó helyett, előre behatárolva ez utóbbi döntési szabadságát.⁴⁷

⁴¹ “A constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. It would probably never be understood by the public. Its nature, therefore, requires, that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves.” 17 U. S. 316, 407. Az ügyben az a kérdés merült fel, rendelkezik-e a Kongresszus hatáskörrel a szövetségi bank létrehozására. Marshall úgy érvelt, hogy igen, annak ellenére, hogy az alkotmány nem tartalmaz explicit rendelkezést erre vonatkozóan. A jogalkotó hatalomban ugyanis immanensen benne rejlik, hogy jogában áll az alkotmányban tételesen felsorolt feladatai ellátásához szükséges lépéseket is megtenni. Álláspontját az amerikai alkotmány I. cikk 8. szakasz 13. fordulatával támasztotta alá.

⁴² Ezt példázza az amerikai bioetikus, Peter Singer sokat vitatott megállapítása arról, hogy bizonyos emberek nem tekinthetők személynek. Vö. „Provokatív nézeteim az életről és a halálról elgondolkodásra serkentik az embereket”. Peter Singerrel, a Princeton University bioetika professzorával Halmai Gábor beszélget. In *Fundamentum*, 2001/1. szám, 2001, 61. o.

⁴³ 319 U.S. 624 (1943). Az ítéletben a Legfelsőbb Bíróság az első alkotmánykiegészítéssel ellentétesnek ítélte a tagállami előírást, mely vallásra, világnézetre tekintet nélkül az amerikai zászló előtti tisztelgésre kötelezte az iskolásokat.

⁴⁴ 347 U.S. 483 (1954)

⁴⁵ 384 U.S. 436 (1966)

⁴⁶ Kmiec: i. m. 1473. o.

⁴⁷ Mindazonáltal megjegyezhető, hogy van példa a *Miranda*-ítéletnél sokkalta kirívóbb bírói jogalkotásra is, amely bizonyára jóval egyöntetűbb megrökönyödést váltana ki a jogtudomány képviselőiből. Archibald Cox leír egy esetet, amelyben az eljáró szövetségi bíróság nem csupán kinyilvánította az elmeorvosintézetben ápoltak megfelelő ellátáshoz való jogát, de tételesen megszabott olyan „alkotmányossági kritériumokat”, mint például a

Természetesen a *Miranda*-ügy kapcsán is előkerülnek azok a problémák, amelyekre fentebb utaltam. Az ítélet alapja az ötödik alkotmánykiegészítésnek az önvádra való kötelezés tilalmáról szóló rendelkezése. Az előadó bíró az indokolásban hosszasan taglalja azokat a fogvatartási és kihallgatási körülményeket, amelyek akkor is megengedhetetlen befolyást gyakorolnak a gyanúsítottra, ha nincs szó fizikai bántalmazásról.⁴⁸ Ugyanakkor később felmerültek szempontok, amelyek megkérdőjelezzik a *Miranda*-figyelmeztetések hatékonyságát, illetve az adott formában való alkalmazásuk kívánatosságát. Mint Elek Balázs írja, „[e]gyre több bizonyítékot vélnek felfedezni a *Miranda* káros hatásaira. Ilyen a *Miranda* hatályba lépését közvetlenül követő, a felderített bűnügyek arányában hirtelen bekövetkező csökkenés, amiből arra a következtetésre jutnak, hogy a *Miranda* nagymértékben gátolja a rendőri eljárás hatásosságát”, továbbá „[a]zt a lehetőséget, hogy a *Miranda* az ártatlanok kárára tartja vissza a bűnözők vallomásait, valós megfigyelések támasztják alá.”⁴⁹ Richard Posner a kibővített terhelti jogoknak az 1960-as évektől kezdődő, felderítést gátló hatásai kapcsán így fogalmaz: „a »Warren-bíróság« vakmerő büntetőeljárásai döntéseit a bűnözési mutatók látványos emelkedése követte, és noha az okozati összefüggés nagyon bizonytalan, van rá bizonyíték, hogy e döntések eredményezték ezt az emelkedést.”⁵⁰ Mindezek fényében kevésbé meglepő, hogy a *Miranda*-ítélet hatókörét idővel szűkítették.⁵¹ A jelen tanulmány tárgya szempontjából azonban arra kell rámutatni, hogy a figyelmeztetések mellett és ellen szóló érvek létezése arra enged következtetni, hogy a Peczenik által felvázolt terminológia szerinti indeterminencia esetével állunk szemben: az ötödik alkotmánykiegészítés csak annyit mond: „senkit nem lehet arra kényszeríteni, hogy büntetőügyben saját maga ellen tanúskodjék”.⁵² A rendelkezés lehetséges implikációinak kibontása óhatatlanul vitákat eredményez, amit illusztrál, hogy a *Miranda*-ügyben két különvélemény is született John Marshall Harlan, illetve Byron White bírók tollából.

Ugyanakkor lehet érvelni amellett is, hogy inszufficienciáról van szó a jelen esetben, vagyis az alkotmány nem is tartalmaz rendelkezést a kihallgatás során tanúsított hatósági nyomásgyakorlás kapcsán. White bíró különvéleményének egyik érve éppen az, hogy a szóban forgó rendelkezés nem jelent többet, mint hogy senki nem kötelezhető önmagára nézve terhelő vallomást tenni olyan büntetőeljárás során, melynek ő a terheltje.⁵³ Ha pedig a vonatkozó alkotmánykiegészítés nem tartalmaz szabályozást olyan esetkörre, amelyre valamilyen oknál fogva kellene, vitatható, mennyiben jogosult, illetve köteles a bíróság pótolni a hiányosságot. A válasz természetesen az alapul vett elméletnek a függvénye, ebből azonban az is következik, hogy elméletenként változik, aktivistának tekinthető-e az adott döntés, avagy sem. A *Miranda*-ügy példájánál maradva az, aki szerint a bíróság bizonyos esetekben pótolhatja a vázolt hiányosságot, valószínűleg könnyebben helyezkedik a többségi ítélethez hasonló álláspontra, és nem fogja „aktivistának” tekinteni az ilyen döntést, ezzel

megfelelő mennyiségben biztosított melegvíz, a mosogatógép, valamint az ápolószemélyzet és a betegek megfelelő aránya. Az ilyen döntés vitán felül a bírói funkció túllépéseként értékelhető. Cox, Archibald: *The Role of the Supreme Court in American Government*. Oxford University Press, London, 1976, 96-98. o.

⁴⁸ 384 U.S. 445-458

⁴⁹ Elek Balázs: A hamis beismerő vallomást eredményező befolyásolás a büntetőeljárásban. In *Debreceni Jogi Műhely*, 2007/2. szám, http://www.debrecenijogimuhely.hu/archivum/2_2007/a_hamis_beismero_vallomast_eredmenyezo_befolyasolas_a_buntetoeljarasban/ (2012. szeptember 14.)

⁵⁰ “[A] great upsurge in crime rates accompanied the »Warren court’s« adventurous rulings in criminal procedure, although the causality is deeply uncertain, there is some evidence that these rulings did cause crime rates to rise.” Posner, Richard Allen: *The Costs of Enforcing Legal Rights*. In *East European Constitutional Review*, Vol. 4, Issue 3, 1995, 74. o. Az idézett szövegrész nem tartalmazza az eredetiben található lábjegyzetet.

⁵¹ Tóth Mihály: A „magyar *Miranda*” első néhány éve. In Erdei Árpád (szerk.): *Tények és kilátások – Tanulmányok Király Tibor tiszteletére*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1995, 64. o.

⁵² “No person shall be ... compelled in any criminal case to be a witness against himself”.

⁵³ 384 U.S. 526-527

szemben aki elméletében korlátozottabb szerepet szán a bíróságoknak, nagyobb valószínűséggel érvel a többségi döntéssel ellentétes végeredmény mellett, egyúttal valószínűbb az is, hogy a többségi döntést meghozó bíróság „aktivista” lesz a szemében.

A fenti fejtegetéssel szemben fel lehet hozni, hogy fölösleges szörszálhasogatás, hiszen tulajdonképpen arról van szó, hogy az egyik álláspont hívei kiterjesztően értelmezik az ötödik alkotmánykiegészítést, a másikéi pedig megszorítóan, s ennek megfelelően az előbbi álláspont nevezhető aktivistának, a másik pedig a bírói önkorlátozást támogatónak.⁵⁴ Ezzel a gondolatmenettel kapcsolatosan az a probléma merül fel, amellyel a megvétózás taglalása során már foglalkoztam. Ha szem előtt tartjuk, hogy az „aktivizmus” kifejezés óhatatlanul összekapcsolódik bizonyos értékpreferenciákkal és azok bírói tevékenység során való érvényesítésével, akkor könnyen belátható, hogy egy „önmegtartóztató” ítélet is lehet „aktivista”, amennyiben megalapozottan lehet amellel érvelni, hogy a döntést az adott bíró értékítélete határozta meg.

Úgy gondolom, ez a körülmény is indokolja a Kmiec által felállított kategorizálás módosítását annyiban, hogy a megvétózást és a bírói jogalkotást egy fogalom két a esetének tekintsük, ugyanis mindkét esetben kifejezetten arról van szó, hogy olyan bírósági döntés születik, amelyet bírálói szerint csak a jogalkotónak lett volna szabad meghoznia. A különbség annyi, hogy egyik esetben a már meghozott döntést érvényteleníti az alkotmánybíráskodást végző szerv, a másik esetben pedig bizonyos jövőbeli döntések lehetőségét zárja ki, illetve a jogalkotó által meg nem hozott döntést pótolja.

III.2. A precedenstől való eltérés

Az alkotmányos rendelkezések értelmezési lehetőségeinek sokfélesége a pusztán normaszövegen túli zsinórmérték igénybevételét követeli meg az alkotmánybíráskodást végző testülettől. Az egyik ilyen zsinórmérték a precedenskövetés: ha a testület valamilyen módon eldöntött egy vitás kérdést, elvárható, hogy a hasonló ügyekben következetesen tartsa magát döntéséhez. Ez a következetesség több szempontból is előnyös. A legkézenfekvőbb a jogbiztonság követelménye, mely minden jogállam alapvető eleme kell legyen. A precedensekkel szembeni ezen elvárás már a Bentham által felvázolt „várakozások tézisében” is felszínre került. E tézis szerint a precedensek azért kötik a bíróságokat, mert az emberek elvárják, hogy a korábbi döntés alapjául szolgáló tényálláshoz hasonló tényállás esetén a bíróságok hasonló döntést hozzanak.⁵⁵ Schauer a precedenshez kötöttség erényeit vizsgálva lényegében ugyanezt bontja két tényezőre, a tisztességességre (*fairness*) és a kiszámíthatóságra (*predictability*) követelményeire,⁵⁶ emellett kiemeli a későbbi döntéshozók döntéseinek hatékonyabbá tételét azáltal, hogy az eset tényeinek megállapítását követően elég a korábban született döntésre hagyatkozni, valamint további előnyként könyveli el, hogy a precedenskövetéssel olyan döntési konzisztencia valósítható meg, amely erősíti a döntéshozó szerv tekintélyét.⁵⁷

⁵⁴ Ilyen dichotómia figyelhető meg például Paczoly Péter tanulmányában. Paczoly Péter: Alkotmánybíráskodás a politika és jog határán. In Uő. (szerk.): Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés. Budapest, Rejtjel Kiadó, 2003, 28. o.

⁵⁵ Ezen elvárásból egyúttal következik a bírói jogalkotás illegitim volta is, hiszen a már kialakult gyakorlat esetleges megváltoztatása tulajdonképpen visszaható hatályú jogalkotásnak minősülne. Vö. Plajos: i. m.

⁵⁶ Schauer, Frederick: Precedent. In Stanford Law Review, Vol. 39, Issue 3, 1987, 595-598. o.

⁵⁷ Schauer: i. m. 599-601. o.

Amennyiben tehát egy adott kérdéskörben rendelkezésre áll irányadó precedens, az ettől való eltérés jó eséllyel éles visszhangot kelt az alkotmánybíráskodással foglalkozó szerv értékelői körében. Ez az aktivizmusdefiníció azonban szintén nem mentes a problémáktól.

Mindenekelőtt akkor merülhet fel probléma, ha maga a precedensértékű ítélet is aktivistának számít ugyanezen kritérium alapján. E problémát kiválóan illusztrálja a faji szegregációhoz kapcsolódó két legfontosabb amerikai precedens, a *Plessy v. Ferguson*,⁵⁸ valamint a *Brown v. Board of Education*-ügy viszonya. A *Brown*-döntés radikális szakítást jelentett az „elkülönítve, de egyenlően” (*separate but equal*) elvével és az azt alátámasztó precedensekkel, mindenekelőtt az elvet meghonosító *Plessy v. Ferguson*-nal.⁵⁹ Az ítélet mára szerves része az Egyesült Államok alkotmányjogának, és olyan alappontot jelent a törvény előtti egyenlőség kérdésében, amelytől a jelen körülmények között képtelenség visszalépni, a maga korában azonban szükségképpen aktivistának számított, hiszen egy közel hat évtizedes alkotmányértelmezési gyakorlattal fordult szembe.⁶⁰

Hasonló probléma merülhet fel akkor is, ha a precedens más definíció alapján tekinthető aktivizmusnak. E problémát talán az amerikai bírósági felülvizsgálatot megalapozó *Marbury v. Madison*-ítélettel⁶¹ lehet megfelelően illusztrálni. Ismert, hogy a Legfelsőbb Bíróság e döntésével tulajdonképpen új hatáskört testált saját magára, amely szó szerint nem szerepel az alkotmányban. Ha ezt a lépést úgy fogjuk fel, mint „bírói jogalkotást”, akkor azt lehet mondani, hogy az amerikai alkotmánybíráskodás aktivista alapokon nyugszik. Egy ilyen megállapítás ingataggá tesz minden aktivizmuskritikát, hiszen ezek a kritikák az élő alkotmányjog gyökeres átalakítását implicálnák.

A magyar Alkotmánybíróság gyakorlatából a 8/1990. (IV. 23.) AB határozat⁶² alkalmas a probléma szemléltetésére. A határozat az általános személyiségi jogot bontja ki az Alkotmány 54. § (1) bekezdéséből; az Alkotmánybíróság álláspontja szerint az emberi méltósághoz való jog az ún. általános személyiségi jog egyik esete: „anyajog, azaz olyan szubszidiárius alapjog, amelyet mind az Alkotmánybíróság, mind a bíróságok minden esetben felhívhatnak az egyén autonómiájának védelmére, ha az adott tényállásra a konkrét, nevesített alapjogok egyike sem alkalmazható.”⁶³ Pokol Béla e határozatot az Alkotmánybíróság korai aktivista megnyilvánulásaként értékeli.⁶⁴ Pokol általánosságban az alapjogi bíráskodás három koncepcióját különíti el: a parlamentitörvény-barát, az alapjogi dogmatikus, valamint az aktivista alapjogász koncepciót;⁶⁵ álláspontja szerint a szóban forgó határozat ez utóbbi

⁵⁸ 163 U.S. 537 (1896)

⁵⁹ Hozzátehetjük, hogy a Legfelsőbb Bíróság a *Brown*-döntésben nem jelentette ki expliciten, hogy felülbírálja a *Plessy*-döntést, csak kimondta, hogy az „elkülönítve, de egyenlően”-elvnek nincs helye a közoktatásban. Tény ugyanakkor, hogy az ítélet az elv gyors erodálásához vezetett a társadalom többi szegmensében is.

⁶⁰ Érdemes utalni rá, hogy XX. század második feléről kezdődően a szerzők ideológiai irányultságuktól függetlenül nem tekintik aktivistának a *Brown*-döntést, illetve nem vitatják a rendelkező rész helyességét. Amikor mégis ekként jellemzik a döntést, azt méltatólag teszik. Ez figyelhető meg például Swygert tanulmányában, aki a bírói aktivizmust a pozitív társadalmi fejleményekkel támasztja alá. Vö. Swygert, Luther M.: In Defense of Judicial Activism. In Valparaiso University Law Review, Vol. 16, Issue 3, 1982, különösen 456-457. o. Hozzátehetjük, hogy a jelenség más irányban is megfigyelhető, így akadnak szerzők akik a konzervatív aktivizmus találják kifejezetten kívánatosnak bizonyos szempontból. Vö. Wilkinson, Harvie J.: Is There a Distinctive Conservative Jurisprudence? In University of Colorado Law Review, Vol. 73, Issue 4, 2002, 1383-1400. o.

⁶¹ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

⁶² ABH 1990, 42.

⁶³ 8/1990. (IV. 23.) AB határozat, ABH 1990, 42, 44-45.

⁶⁴ Pokol 2005: 102. o.

⁶⁵ Pokol 2005: 99-100. o. Pokol felfogása szerint, a jelen tanulmány által alkalmazott fogalmi keretbe helyezve, az aktivizmus a más hatalmi ágak, azon belül a demokratikus legitimitációval rendelkező jogalkotó indokolhatóan alkotmányos döntéseinek megvívása. Ezen álláspontja jól kiolvasható a halálbüntetés alkotmányellenességét kimondó 23/1990. (X. 31.) AB határozatot, valamint a hozzá csatolt párhuzamos véleményeket, illetve különvéleményt értékelő fejtegetéseiből: „[a]ktivizmust jelent különösen, hogy az államhatalom – ez esetben a

koncepciónak felel meg. A határozat precedenserejét egy viszonylag friss alkotmánybírói határozat is megerősíti: a 998/B/2009. AB határozatban⁶⁶ az Alkotmánybíróság elutasította az egyes címek és rangok megszüntetéséről szóló 1947. évi IV. törvény 3. § (1) és (2) bekezdése alkotmányellenességének megállapítására és megsemmisítésére irányuló, egyebek között az Alkotmány 54. § (1) bekezdésének, pontosabban az általános személyiségi jog részét képező névjognak a sérelmére alapított indítványt. Bár a testület elvetette az indítványozó érveit, az általános személyiségi jog, valamint a belőle levezetett névjog⁶⁷ létjogosultságát nem vonta kétségbe. Pokol Béla párhuzamos indokolást fűzött a többségi határozathoz, melyben épp ezt a hallgatólagos legitimitációt kritizálta. Érvéle szerint az Alkotmánybíróság „egy sor magánjogi jogosítványt mint alkotmányos alapjogot olvasott bele az Alkotmányba”, ezáltal “az egyszerű törvényhozással szabadon alkotható és módosítható tárgyköröket az Alkotmány felhatalmazása nélkül az alkotmánybírák ellenőrzése alá vonta, és ezzel a demokratikus törvényhozás szabadságát önkényesen korlátozta”.⁶⁸ E vitából jól látható, hogy noha az Alkotmánybíróság tartotta magát önnön precedenséhez, egy másik felfogás szerint az érvelése alapjául szolgáló precedens aktivistának tekinthető, ezért elvetendő.

A precedensek több szempont szerint osztályozhatók. Kmiec tanulmányában kétféle felosztással találkozhatunk. A szerző különbséget tesz egyrészt a „vertikális”, vagyis a felettes bíróságok által hozott, illetve a „horizontális”, vagyis a bíróság által korábban hozott precedensek, másrészt az alkotmányjogi, a jogszabályértelmezési, illetve a *common law* precedensek között.⁶⁹ A jelen tanulmány tárgyát tekintve a horizontális alkotmányértelmezési precedensek a legjelentősebbek, mivel jellemzően ilyen típusú precedensek születnek az alkotmánybíráskodást végző szerv alkotmányértelmezési tevékenysége során. Az európai jogrendszerekben megfigyelhető, a bírósági szervezettől elkülönült alkotmánybíráskodásra szintén e precedenstípusok jellemzőek, ami azzal magyarázható, hogy az alkotmánybírók sokszor nem avatkoznak bele a „rendes” bíróságok jogértelmezésébe.⁷⁰

Az Alaptörvény és az Alkotmánybíróságról szóló 2011. évi CLI. törvény (a továbbiakban: Abtv.) által bevezetett változások azonban az alkotmánybíráskodást végző szervek és a jogszabályértelmezési precedensek viszonyának problémáját is előtérbe helyezik. Az Abtv. 27. §-a szerinti valódi alkotmányjogi panasz révén az Alkotmánybíróság előtt megtámadhatók a jogerős bírósági döntések akkor is, ha az Alaptörvényben biztosított jog sérelme nem alaptörvény-ellenes jogszabály alkalmazása folytán következett be. Emellett az Alaptörvény 28. cikke kimondja az alkotmánykonform bírósági jogértelmezés

parlament – jogát tagadják arra, hogy az alkotmányos alapjogok fölött, akár rangsorukat tekintve is, rendelkeznek.” Pokol 2005: 103. o.

⁶⁶ ABH 2011, 2037.

⁶⁷ E joggal az Alkotmánybíróság először a 995/B/1990. AB határozatban foglalkozott, megállapítva, hogy “[a] név megválasztásának, viselésének a joga nem az Alkotmányban nevesített formában szabályozott önálló alapjog, hanem az ember olyan joga, amely bizonyos kapcsolatban áll az Alkotmány 54. § (1) bekezdésében szabályozott emberi méltósággal, illetőleg az 59. § (1) bekezdésében szabályozott jó hírnévhez való joggal. Ez a kapcsolat azonban nem annyira szoros, hogy a névviselési jog önálló alapjogi státuszát megalapozná. Ilyen értelmezés mellett megengedett, – hogy éppen mások és a társadalom egészének érdekében – a név választásával, viselésével és az anyakönyvezett név megváltoztatásával kapcsolatosan törvény korlátozásokat állapítson meg.” ABH 1993, 515, 522. Az 58/2001. (XII. 7.) AB határozatban az Alkotmánybíróság a névhez való jog egyes összetevőivel foglalkozott. Megállapította, hogy „már önmagában (pusztán) a saját névhez való jog: emberi jog”, emellett nevesítette a névjog „további összetevő elemeit”, a névválasztás, névváltoztatás, névmódosítás jogát; egyúttal kimondja, hogy „[m]indössze a névjog első tartományához tartozó saját névhez való jog élvez olyan abszolút alkotmányossági védelmet, amelynél a korlátozhatóság kérdése fel sem merülhet”, a másik három elem a szükségesség-arányosság teszt alapján korlátozható. ABH 2001, 527, 541-542.

⁶⁸ ABH 2011, 2037, 2045.

⁶⁹ Kmiec: i. m. 1466-1467. o.

⁷⁰ A magyar Alkotmánybíróság az 57/1991. (XI. 8.) AB határozatban mondta ezt ki. Vö. ABH 1991, 272, 277.

követelményét.⁷¹ A rendes bíróságok gyakorlata már nem különíthető el olyan élesen az alkotmánybíróági gyakorlattól, mint korábban, és ez a körülmény az aktivizmus problematikája szempontjából is releváns, mivel indokoltá teszi az alkotmánybíráskodást végző szerv jogszabály-értelmezési precedensekhez való viszonyát is.⁷²

III.3. A bevett értelmezési módszerektől való eltérés

A jogértelmezés módszereinek szisztematikus vizsgálatának kezdete a XIX. században, a négy klasszikus értelmezési módszer Savigny általi felállításával vette kezdetét.⁷³ Anélkül, hogy a jelen tanulmányban sor kerülne a jogértelmezés tudományos vizsgálata történetének áttekintő felvázolására, érdemes utalni arra, hogy a jogértelmezési módszerek legátfogóbb áttekintésére egy kiterjedt, a Bielefeldi Körnek nevezett jogtudóscsoport által lebonyolított nemzetközi felmérés során került sor. A felmérés eredményét a kutatást vezető Robert S. Summers szerkesztésében megjelent kötet foglalja össze, melynek bevezető tanulmányában Summers tizenegy jogértelmezési módszert különít el.⁷⁴ E rendszerezéshez több korrekciót is fűztek – egyebek között a magyar szakirodalomban is⁷⁵ –, mindamelllett a kötet megkerülhetetlen alapművé vált a jogértelmezéssel foglalkozó kutatók számára, egyúttal rávilágított az értelmezési technikák sokszínűségére is.

⁷¹ “A bíróságok a jogalkalmazás során a jogszabályok szövegét elsősorban azok céljával és az Alaptörvénnyel összhangban értelmezik.”

⁷² A magyar jogéletben még újdonságot jelentő probléma Németországban már évtizedek óta aktuális. Uwe Diederichsen hosszú tanulmányt szentelt a kérdéskörnek, melyet a magánjogi és az alkotmányjogi dogmatika ütközésének szempontjából járt körbe. Vö. Diederichsen, Uwe: Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre. In Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 198, 1998, 171–260. o. Diederichsen munkájának ismertetéséhez és a más nemzetek hasonló problémáival foglalkozó szakirodalom áttekintéséhez lásd: Molnár András – Téglási András – Tóth J. Zoltán: A magánjogi és az alapjogi érvelések együttese – feszültségek és dilemmák. In Jogelméleti Szemle, 2012/2. szám, <http://jesz.ajk.elte.hu/molnar50.pdf> (2012. szeptember 14.).

⁷³ Ez a négy módszer köztudott módon a nyelvtani, a logikai, a rendszertani, valamint a történeti értelmezés. Ez a négyes később a cél-, illetve érdekkutató jogtudomány nyomán a teleologikus, vagyis a jogszabály objektív céljára figyelő értelmezéssel egészült ki.

⁷⁴ Ezek: a hétköznapi jelentés szerinti értelmezés, a technikai (szakmai) jelentés szerinti értelmezés, a kontextuális értelmezés, a precedensek szerinti értelmezés, az analogikus értelmezés, a logikai-fogalmi értelmezés, az általános jogelvek szerinti értelmezés, a szokásjogi értelmezés, a jogszabály célja szerinti értelmezés, a szubsztantív értelmezés, valamint a jogalkotó szándéka szerinti értelmezés. Vö. Summers, Robert Samuel – Taruffo, Michele: Interpretation and Comparative Analysis. In McCormick, Donald Neil – Summers, Robert Samuel (ed.): Interpreting Statutes. Dartmouth Publishing Co., Aldershot, 1991, 464-465. o.

⁷⁵ Pokol Béla több ponton módosította ezt a felosztást. Álláspontja szerint tizenkét értelmezési módszer között tehető különbség. Ezek: a hétköznapi szó szerinti értelmezés, a speciális-technikai szó szerinti értelmezés, a kontextuális értelmezés, a joglogikai értelmezés, a precedenseken nyugvó értelmezés, az analógia szerinti értelmezés, a doktrinális-jogdogmatikai értelmezés, a jogelvekre hivatkozó értelmezés, az alkotmányos alapjogok-alapelvek szerinti értelmezés, a jog mögötti etikai értékekre építő értelmezés, a jogszabály célját szem előtt tartó értelmezés, valamint a jogalkotó akarata, szándéka szerinti értelmezés. Vö. Pokol 2005: 218-231. o. Tóth J. Zoltán tizenhárom fő jogértelmezési módszert azonosít. Ezek: a nyelvtani értelmezés, a kontextuális értelmezés, a bírói jog szerinti értelmezés, az egyéb jogalkalmazói értelmezés, a logikai értelmezés, a teleologikus (a jogszabály objektív célján, társadalmi rendeltetésén alapuló) értelmezés, a történeti (a jogalkotó szubjektív szándékán, alkotáskori akaratán alapuló) értelmezés, a jogtudományi-jogirodalmi értelmezés, az alkotmányos alapjogok, alapelvek, alkotmánybíróági határozatok alapján történő értelmezés, a nemzetközi egyezmények szerinti értelmezés, az összehasonlító jogi értelmezés, az általános jogelvek fényében történő értelmezés, valamint a szubsztantív (közvetlenül valamely bevett értékre hivatkozó) értelmezés. Tóth J. egyes értelmezési típusokat további altípusokra oszt, ez azonban a jelen vázlat szempontjából nem lényeges. Vö. Tóth J.: i. m. Később ez a katalógus kiegészül egy tizennegyedik taggal is, az egyéb, jogrendszer-specifikus

Ezt a meghatározási kísérletet látszólag vonzóvá teszi, hogy eltávolodik a politikai szempontoktól, és a jogtudomány, a jogértelmezés problematikája határain belül tartja a bírói aktivizmusról való diskurzust. Némi bizonytalanság azonban e definíció kapcsán is kimutatható. Két problémára érdekes rámutatni, amelyek korlátozzák a szóban forgó meghatározás használhatóságát.

Egyrészt a jogértelmezési módszerek közötti választás is végső soron jogfilozófia kérdése. Egy adott ország bevett jogászai gondolkodása kihat a jogi normák értelmezésére. Ugyanakkor adott jogértelmezési módszerek preferálása nem állandó. A jogtudományon belüli, valamint a jog szféráján kívüli tényezők egyaránt befolyásolják a jogásztársadalomnak a jog szerepéről alkotott elképzeléseit, módszertani preferenciáit. Így például az Egyesült Államokban a XX. század első évtizedeiben felnövekvő jogászgeneráció úgy látta, a klasszikus természetjogi alapokon nyugvó alkotmányértelmezési gyakorlat alkalmatlan a kor gazdasági-társadalmi problémáival való megbirkózásra, az alkotmányhoz való új, visszafogott bírói viszonyulást szorgalmaztak. Idővel a Legfelsőbb Bíróság többsége is magáévá tette ezt a preferenciát, és az 1940-es évektől kezdődően bevett alkotmányértelmezési doktrínává vált, hogy csak kirívó esetben bírálhatja felül a bíróság alkotmányos alapon a jogalkotói döntéseket. A szóban forgó kritérium alapján paradox módon aktivistának kellene tekinteni a jól ismert *West Coast Hotel Co. v. Parrish*-ügyben hozott ítéletet,⁷⁶ mellyel a Legfelsőbb Bíróság véget vetett annak a gyakorlatnak, hogy alkotmányellenessé nyilvánított számos, a New Deal keretében megalkotott gazdaság szabályozó törvényt.

Kmiec azt írja tanulmányában – és ez a második probléma –, hogy nem alakult ki valódi szakmai konszenzus a megfelelő alkotmányértelmezési módszerekről.⁷⁷ Ez a megállapítás alapvetően igaz, ám két szempontból árnyalni kell. Egyfelől arra érdemes felhívni a figyelmet, hogy a megállapítás alapvetően az Egyesült Államokra vonatkozatható, ahol nemcsak magas a társadalmi mobilitás, de emellett a jogászképzés és a jogászkarrier szerkezete olyan, hogy különböző társadalmi rétegekből származó személyek kerülhetnek akár a jogi szféra csúcsszerveibe is. Más országokról azonban ez csak korlátozott érvénnyel mondható el. Iskolapéldája ennek a brit ügyvédi kar, amely zárt közösségként működik, és gyakorlatilag csak annak van esélye barristerré válni, aki a barristerek által vallott értékeket osztja.

Másrészt azért is árnyalendő Kmiec kijelentése, mert bármilyen sokszínű is az egyesült államokbeli jogi gondolkodás, az ország legfőbb bírói fórumáról valószínűsíthető, hogy – ha más nem is, legalább az ideológiai megoszlás mentén – kialakít egy többé-kevésbé következetes értelmezési gyakorlatot. Ez a gyakorlat természetesen nem megváltoztathatatlan, de a személyi összetétel fokozatos megváltozása kell ahhoz, hogy a bíróság elvesse a bevett doktrínát.

Mindemellett azonban elmondható, hogy a „bevett értelmezési módszer” kritériuma szintén olyan bizonytalanságokkal terhelt, amelyek alkalmatlanná teszik arra, hogy az aktivizmus meghatározására szolgáljon.

III.4. Az eredményorientált bírászkodás

értelmezéssel. Lásd Tóth J. Zoltán: A pozitív jogi normák bírói értelmezésének módszertana. In *Jogtudományi Közlemény*, 2012/3. szám, 109. o.

⁷⁶ 300 U.S. 379 (1937)

⁷⁷ Kmiec: i. m. 1474. o.

Kmieccel egyetértve elmondható, hogy ez a kifejezés tűnik a legalkalmasabb meghatározási kísérletnek.⁷⁸ Ez a meghatározás pótolja azt a hiányosságot, amely a „megvétőzés” kapcsán felmerült, nevezetesen azt, hogy rejtve maradnak azok az esetek, amikor a bíró a kívánt eredmény előmozdítása érdekében tartózkodik a támadott jogszabály alkotmányellenessé nyilvánításától.

Meglátásom szerint a magyar alkotmánybíráskodási gyakorlatban a 42/2005. (XI. 14.) AB határozat, illetve az annak tartalma körüli vita összefüggésbe hozható az eredményorientált bíráskodás problematikájával.⁷⁹ Az Alkotmánybíróság e határozatával – Harmathy Attila és Tersztyánszky Éva alkotmánybírók különvéleménye mellett – megalapozta azon gyakorlatát, hogy a jogegységi határozatokat is megsemmisíti azok alkotmányellenessége esetén. Az eljárás alapjául szolgáló utólagos normakontroll iránti indítványban az indítványozó a 3/2004. BJE büntető jogegységi határozat (a továbbiakban: BJE), valamint a büntetőeljárásról szóló 1998. évi XIX. törvény 51. § (1),⁸⁰ illetve 53. § (1) bekezdése⁸¹ alkotmányellenességének megállapítását és megsemmisítését kérte. Az Alkotmánybíróság a törvényhelyek vonatkozásában elutasította az indítványt, a BJE-t azonban megsemmisítette.

A többségi indokolás szerint a BJE-ben kifejtett értelmezés, mely szerint „a Be. az állam vagyoni sérelmét okozó – a katonai bűncselekmények kivételével [Be. 474. § (1) bekezdés] – bármely bűncselekmény eljárási jogi értelemben vett sértettjének az állami vagyon/tulajdon más jogági (polgári jogi, társasági jogi, közjogi) sajátosságaira tekintet nélkül biztosítja a pótmagánvád lehetőségét. A BJE ezzel az értelmezéssel lehetővé tette, hogy a közhatalommal rendelkező, ám a közvádloői hatalom gyakorlására az Alkotmányban fel nem hatalmazott állami szervezetek is vádlóként léphessenek fel.”⁸² A körülményre tekintettel az Alkotmánybíróság úgy ítélte meg, hogy a BJE ellentétes az Alkotmány 51. § (1) és (2) bekezdéseivel, melyek az ügyészség helyét jelölték ki az államszervezetben.⁸³

A többségi határozattal szemben a jelen tanulmány szempontjából Tersztyánszky Éva különvéleménye érdemel említést. Gondolatmenete szerint a jogegységi határozat önmagában véve nem képezhetné az Alkotmánybíróság eljárásának tárgyát. A testületnek a Be. támadott rendelkezéseinek a BJE által értelmezett normatartalmát kellett volna figyelembe vennie. Ha a jogszabályi rendelkezések a Legfelsőbb Bíróság által nekik tulajdonított tartalommal alkotmányellenesek, akkor azokat kell megsemmisíteni. Ennek alapján Tersztyánszky Éva a Be. 51. § (1) bekezdésének, valamint 53. § (1) bekezdésének a többségi határozatban foglalt érvek alapján való megsemmisítését, valamint a jogegységi határozatot támadó indítvány visszautasítását javasolta.⁸⁴

Az Alkotmánybíróság döntésének kifejezett értékelése nélkül megjegyezhető, hogy olyan probléma figyelhető meg az ismertetett vita kapcsán, amely az „eredményorientált bíráskodás” kritériuma szempontjából is releváns. Az Alkotmány és az ennek alapján

⁷⁸ Kmiec: i. m. 1476. o.

⁷⁹ ABH 2005, 504

⁸⁰ „Sértett az, akinek a jogát vagy a jogos érdekét a bűncselekmény sértette vagy veszélyeztette.”

⁸¹ „A sértett az e törvényben meghatározott esetekben pótmagánvádlóként léphet fel, ha

a) az ügyész vagy a nyomozó hatóság a feljelentést elutasította, vagy a nyomozást megszüntette,

b) az ügyész a vádemelést részben mellőzte,

c) az ügyész a vádat elejtette.”

⁸² ABH 2005, 504, 523.

⁸³ „51. § (1) A Magyar Köztársaság legfőbb ügyésze és az ügyészség gondoskodik a természetes személyek, a jogi személyek és a jogi személyiséggel nem rendelkező szervezetek jogainak a védelméről, valamint az alkotmányos rendet, az ország biztonságát és függetlenségét sértő vagy veszélyeztető minden cselekmény következetes üldözéséről.

(2) Az ügyészség törvényben meghatározott jogokat gyakorol a nyomozással összefüggésben, képviseli a vádat a bírósági eljárásban, továbbá felügyeletet gyakorol a büntetés-végrehajtás törvényessége felett.”

⁸⁴ ABH 2005, 504, 535.

meghozott, az Alkotmánybíróságról szóló 1989. évi XXXII. törvény (a továbbiakban: régi Abtv.) nem szabályozta a jogegységi határozatok alkotmányossági felülvizsgálatát, ugyanis a törvény elfogadásakor ez az intézmény nem létezett a magyar jogrendszerben. Annak 1997-es bevezetése során pedig nem került sor a régi Abtv. megfelelő módosítására.

A régi Abtv. szabályozási hiányossága következtében különleges helyzet alakult ki. Ha az Alkotmánybíróság hatáskör hiánya miatt tartózkodik a – bíróságokra írottjogilag kötelező – jogegységi határozatok alkotmányossági felülvizsgálatától, nem tesz maradéktalanul eleget alkotmányvédelmi feladatának. Ha viszont egy esetleges alkotmányellenes jogegységi határozat nyilvánvalóan nemkívánatos hatását akarja kiküszöbölni, *stricto iure* magát a jogszabályi rendelkezést kell megsemmisítenie. Ez összhangban van az 57/1991. (XI. 8.) AB határozattal, ugyanakkor amellet is felsorakoztathatók érvek, hogy egy jogszabályi rendelkezés egyetlen rész kérdésben való alkotmányellenes értelmezése miatti megsemmisítése aránytalanul nagy árnak tűnik a kialakult helyzet orvoslására.⁸⁵

A többségi határozatban kifejtett álláspont mögött egy praktikus, „arany középútra” törekvő elgondolás figyelhető meg. Eredményét tekintve a határozat a jogrendszerben okozott lehető legkisebb kár mellett igyekszik orvosolni a problémát, pusztán az alkotmányellenes értelmezési lehetőség kiiktatásával. Ez az eredmény csak kiterjesztő alkotmányértelmezéssel vált elérhetővé, mely túlmutat azokon a megszorító kereteken, amelyek Tersztyánszkyné Vasadi Éva különvéleményét megalapozzák.

Mindemellett megjegyezhető, hogy természetesen az eredményorientált bíráskodás kritériuma is ki van téve annak a bizonytalanságnak, amelynek bármely más meghatározási kísérlet: a fogalom alkalmazhatósága függ az elemző jogi gondolkodásától. Példaként említhető Richard Epstein tanulmánya, aki az elvont normák rugalmas értelmezése mellett foglalt állást, anélkül, hogy ezt aktivizmusnak tekintette volna, jóllehet az ilyen jogértelmezés kétségkívül „eredményorientált”.⁸⁶ Más elemző a józan észnek egyébként megfelelőként értékelhető értelmezést is tekintheti aktivizmusnak, amennyiben nyilvánvalónak tűnik, hogy az adott döntést az alkotmánybíráskodást végző szerv következményorientált módon, de bizonyos korábban lefektetett értelmezési támpontok figyelmen kívül hagyásával hozta meg.

IV. Konklúzió

Az „aktivizmus” régóta visszatérő jelző, ha az alkotmánybíráskodást végző szervek tevékenységének értékeléséről van szó. A kifejezés pontos értelme azonban aligha tisztázott, inkább implicite olvasható ki a kritikusok okfejtéseiből. Kétségtelen, hogy túlnyomórészt egyfajta illegitim hatáskörtúllépést értenek alatta, ugyanakkor érdemes tisztázni, pontosan miben áll e hatáskörtúllépés. A fentebb kifejtettekben látható, hogy a pontos meghatározások többféle kritérium alapján születhetnek. A jelen értekezésben Keenan D. Kmiec jól hasznosítható és kézenfekvő felosztását vettem alapul, ugyanakkor némileg módosítottam azt, és több kritikai megjegyzéssel kiegészítettem.

⁸⁵ Hozzátehetjük, hogy az Abtv. már tartalmazza a megoldást: a törvény 37. § (2) bekezdése értelmében az „Alkotmánybíróság utólagos normakontroll eljárásban, bírói kezdeményezés alapján folytatott egyedi normakontroll eljárásban, alkotmányjogi panasz alapján, vagy nemzetközi szerződésbe ütközés vizsgálata során felülvizsgálja a közjogi szervezetszabályozó eszközöknek, valamint az Alaptörvény 25. cikk (3) bekezdésében meghatározott jogegységi határozatoknak az Alaptörvénnyel, illetve nemzetközi szerződéssel való összhangját. Az indítványozókra, az eljárásra és a jogkövetkezményekre a jogszabályok felülvizsgálatára vonatkozó szabályokat kell alkalmazni.”

⁸⁶ Epstein, Richard A.: Beyond Judicial Activism and Restraint. In The Georgetown Journal of Law & Public Policy, Vol. 1, Issue 1, 2002, 87-89. o.

Kmiec két lehetséges kritériuma, a más hatalmi ágak indokolhatóan alkotmányos döntéseinek megvétózása, valamint a bírói jogalkotás a jelen tanulmányban egy kategóriába esett, mely a „döntéshozatal más hatalmi ágak” elnevezést kapta, utalva arra, hogy az alkotmánybíráskodást végző szerv mindkét esetben más hatalmi ágak döntési szabadságát szűkíti le.

Ami a megvétózás kritériumát illeti, először azt kell elmondani, hogy indokolt a bonyolult elnevezés, hiszen ezzel érzékeltethető, hogy pusztán az alkotmányellenesnek nyilvánítás kritériumként való elfogadása zsákutcába vezet, elvégre az alkotmányjogban is találhatóak könnyű esetek, amikor az alkotmányos rendelkezéssel való ellentét nem lehet kétséges. Másodszor arra érdemes felhívni a figyelmet, hogy pusztán e kritérium alkalmazása mellett szem előtt téveszthető az az eset, amikor az alkotmánybíráskodást végző szerv ideológiai okokból nem ítéli alkotmányellenesnek a támadott szabályozást. Harmadszor felhívható a figyelem a megvétózás egy sajátos esetére, a kifejezetten a tradíciókra és a feltételezett többségi erkölcsre való apellálásra. A bírói jogalkotás kritériuma kapcsán a joghézagok elméletéből indultam ki, és arra a következtetésre jutottam, hogy a joghézag-kiegészítő tevékenység eltérő elméleti megközelítése e kritériumot bizonytalanná teszi.

A precedenstől való eltérés kritériumánál az alkotmánybíráskodást végző szerv önnön döntéseivel való hűségére szorítkoztunk. A definíció fő problémáját az jelenti, hogy maga a precedens is minősíthető aktivistának valamely kritérium alapján. Ennek illusztrálására amerikai és magyar példák egyaránt rendelkezésre állnak. Emellett röviden szó esett egy olyan problémáról, ami csak a közelmúltban vált aktuálissá a magyar jogéletben: az alkotmánybíráskodást végző szerv és a rendes bírósági gyakorlat viszonyáról.

A bevett értelmezési módszerektől való eltérés fő problémájaként az ilyen értelmezés időbeli változása jelölhető meg: a társadalmi változásoktól függően változik egy értelmezési módszer szakmai elfogadottsága is, ez pedig értelmetlenné teszi a kritérium alkalmazását, hiszen az újítást jelentő döntések, amelyeket meghozataluk pillanatában esetleg aktivistának ítélnék, az új generáció már nem tart annak.

Az eredményorientált bíráskodás, noha kellőképpen átfogó kritérium, szintén ki van téve a változó jogfelfogásoknak: megítéléstől függ, a következmények szem előtt tartása aktivizmusnak minősül-e, vagy az alkotmánybíráskodási tevékenység szerves részének. Az okfejtés nem vállalkozott a „kizárólag helyes” definíció megalkotására, a cél inkább az volt, hogy szemléltesse egy sűrűn alkalmazott kifejezés sokszínűségét.

Felhasznált irodalom

Bencze Mátyás: Díszítőelem, álcázóháló vagy tartóoszlop? – A büntetőbírói gyakorlat és az Alkotmány. In *Fundamentum*, 2007/3. szám, 5-21. o.

Bickel, Alexander: *The Least Dangerous Branch*. Yale University Press, New Haven, 1986

Cappelletti, Mauro – Cohen, William: Az alkotmánybíráskodás története és jelenkori elterjedése. In Paczolay Péter (szerk.): *Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés*. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2003, 41-51. o.

Cox, Archibald: *The Role of the Supreme Court in American Government*. Oxford University Press, London, 1976

Csink Lóránt – Paczolay Péter: A törvényhozói mulasztás problémái az alkotmánybíráskodásban. In Szabó Imre (szerk.): *Ius et legitimatio – Tanulmányok Szilbereký Jenő 90. születésnapja tiszteletére*. Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2008, 185-198. o.

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

Easterbrook, Frank H.: Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism? In *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, Issue 4, 2002, 1403-1416. o.

Elek Balázs: A hamis beismerő vallomást eredményező befolyásolás a büntetőeljárásban. In *Debreceni Jogi Műhely*, 2007/2. szám, http://www.debrecenijogimuhely.hu/archivum/2_2007/a_hamis_beismero_vallomast_eredme_nyezo_befolyasolas_a_buntetoeljarasban/ (2012. szeptember 14.)

Epstein, Richard A.: Beyond Judicial Activism and Restraint. In *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 1, Issue 1, 2002, 85-91. o.

Kmiec, Keenan D.: The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. In *California Law Review*, Vol. 92, Issue 5, 2004, 1441-1477. o.

Leuchtenburg, William E.: *The Supreme Court Reborn*. Oxford University Press, New York, 1995

Levy, Leonard W.: *Judicial Review, History, and Democracy: An Introduction*. In Levy, Leonard W. (ed.): *Judicial Review and the Supreme Court*, Harper Torchbooks, New York, 1967, 1-42. o.

Marshall, William P.: Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. In *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, Issue 4, 2002, 1217-1255. o.

Mezei Péter: A joghézag kérdése régen és ma. In *Jogelméleti Szemle*, 2002/2. szám, <http://jesz.ajk.elte.hu/mezei10.html> (2012. szeptember 14.)

Molnár András – Téglási András – Tóth J. Zoltán: A magánjogi és az alapjogi érvelések együttélése – feszültségek és dilemmák. In *Jogelméleti Szemle*, 2012/2. szám, <http://jesz.ajk.elte.hu/molnar50.pdf> (2012. szeptember 14.)

Nizsalovszky Endre: Fogalomkutató és érdekkutató jogtudomány, a szabad jogi iskola és a Tiszta Jogtan. In *Uő.*: *Tanulmányok a jogról*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1984

Paczolay Péter: Alkotmánybíráskodás a politika és jog határán. In *Uő.* (szerk.): *Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés*. Budapest, Rejtjel Kiadó, 2003, 9-31. o.

Plajos Rita: A bírák szerepe és a bírói jogalkotás William Blackstone és Jeremy Bentham elméletében. In *Jogelméleti Szemle*, 2009/3. szám, <http://jesz.ajk.elte.hu/plajos39.mht> (2012. szeptember 14.)

Pokol Béla: *Jogelmélet*. Századvég Kiadó, Budapest, 2005

Pokol Béla: *Autentikus jogelmélet*. Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2010

Posner, Richard Allen: The Costs of Enforcing Legal Rights. In *East European Constitutional Review*, Vol. 4, Issue 3, 1995, 71-83. o.

Schauer, Frederick: Precedent. In *Stanford Law Review*, Vol. 39, Issue 3, 1987, 571-605. o.

Schauer, Frederick: Rules and the Rule of Law. In *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 14, Issue 3, 1991, 645-694. o.

Summers, Robert Samuel – Taruffo, Michele: Interpretation and Comparative Analysis. In McCormick, Donald Neil – Summers, Robert Samuel (ed.): *Interpreting Statutes*. Dartmouth Publishing Co., Aldershot, 1991, 464-474. o.

Sunstein, Cass R.: Problems with Rules. In *California Law Review*, Vol. 83, Issue 4, 1995, 953-1026. o.

Swygert, Luther M.: In Defense of Judicial Activism. In *Valparaiso University Law Review*, Vol. 16, Issue 3, 1982, 439-458. o.

Takács Imre: Az alkotmány és az alkotmányosság fogalma. In Kukorelli István (szerk.): *Alkotmánytan I.*, Osiris Kiadó, Budapest, 2010, 19-34. o.

Thayer, James Bradley: The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. In *Harvard Law Review*, Vol. 7, Issue 3, 1893, 129-156. o.

Tóth J. Zoltán: Jogértelmezési módszerek a bírói gyakorlatban. In *Jogelméleti Szemle*, 2009/4. szám, <http://jesz.ajk.elte.hu/tothj40.mht> (2012. szeptember 14.)

Tóth J. Zoltán: A pozitív jogi normák bírói értelmezésének módszertana. In *Jogtudományi Közlöny*, 2012/3. szám, 93-109. o.

Tóth Mihály: A “magyar Miranda” első néhány éve. In Erdei Árpád (szerk.): *Tények és kilátások – Tanulmányok Király Tibor tiszteletére*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1995, 62-77. o.

Waldron, Jeremy: The Core of the Case Against Judicial Review. In *The Yale Law Journal*, Vol. 115, Issue 6, 2006, 1346-1406. o.

Wechsler, Herbert: Toward Neutral Principles of Constitutional Law. In *Harvard Law Review*, Vol. 73, Issue 1, 1959, 1-35. o.

Wilkinson, Harvie J.: Is There a Distinctive Conservative Jurisprudence? In *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, Issue 4, 2002, 1383-1400. o.

Wolfe, Christopher: *Judicial Activism*. Roman & Littlefield Publishers, Lanham, 1997

Wright, J. Skelly: The Judicial Right and the Rhetoric of Restraint: A Defense of Judicial Activism in an Age of Conservative Judges. In *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 14, Issue 3, 1987, 487-523. o.

Felhasznált jogesetek

Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának döntései

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)

Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927)

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819)

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

Myers v. United States, 272 U.S. 52 (1926)

Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)
West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)
West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943)

Az Alkotmánybíróság döntései

8/1990. (IV. 23.) AB határozat, ABH 1990, 42
57/1991. (XI. 8.) AB határozat, ABH 1991, 272
995/B/1990. AB határozat, ABH 1993, 515
1350/B/1992. AB határozat, ABH 1993, 619
58/2001. (XII. 7.) AB határozat, ABH 2001, 527
42/2005. (XI. 14.) AB határozat, ABH 2005, 504
998/B/2009. AB határozat, ABH 2011, 2037

Egyéb források

„Provokatív nézeteim az életről és a halálról elgondolkodásra serkentik az embereket”.
Peter Singerrel, a Priceton University bioetika professzorával Halmi Gábor beszélget. In
Fundamentum, 2001/1. szám, 2001, 61-67. o.