

AZ ÖNKORLÁTOZÓ HATALOM ELMÉLETE

GYÖRFI TAMÁS

Kis János:

Alkotmányos demokrácia

Három tanulmány

Indok, Budapest, 2000.

279 old., 1980 Ft

A magyar Alkotmánybíróságot a rendszerváltás hívta életre, s az első öt bíró még az 1990-es választások előtt megkezdte munkáját. Abban, hogy a bíróságot nemzetközi mércével mérve is széles hatáskörrel ruházták fel, alighanem nagy szerepe volt a politikai bizalmatlanságnak: a kerekasztaltárgyalások csaknem valamennyi résztvevője úgy vélte, hogy a széles jogkörökkel rendelkező Alkotmánybíróság akkor is hatékony ellensúly lehet a másik két hatalmi ágak, ha a szabad választásokat a szemben álló felek nyerik meg. A többi újonnan létesített vagy megreformált intézménnyel szemben az Alkotmánybíróságnak nem voltak tradíciói sem a hazai közjogban, sem a politikai diskurzusban. Azon országok példája azonban, amelyek korábban hasonló demokratizálódási folyamaton mentek keresztül, azt mutatja, hogy az alkotmánybíróságok az egyéni szabadság igen fontos és hatékony biztosítékai lehetnek. Sőt meg is fordíthatjuk az állítást: Európában döntően az olyan államokban jött létre hatékony alkotmánybíráskodás, ahol a korábbi diktatórikus rendszert demokratikus berendezkedés váltotta fel.¹ Ezek az országok különböző okokból amellet az intézményes megoldás mellett döntöttek, hogy – a kelsen elméletet követve – az alkotmánybírási funkciót a rendes bíróságoktól külön álló alkotmánybíráskodásra bízzák.² Így születtek meg az európai alkotmánybíróságok első generációjába tartozó német és olasz, majd a második generációjához tartozó spanyol és portugál alkotmánybíróságok. Ezen tapasztalatok birtokában nem meglepő, hogy az új Magyar Köztársaság „alapító atyái” számára az Alkotmánybíráskodás létrehozása – a hazai tradíciók hiánya dacára – magától értetődő, már-már evidens lépésnek tűnt. Ezt az intézményi választást erősítette a korszellem is: a magyar testület az alkotmánybíráskodás viszonylag népes harmadik generációjának tagjaként jött létre.

Annak, hogy a magyar Alkotmánybíróság milyen csillagzat alatt született, alighanem meghatározó szerepe van abban, hogy mind ez ideig meglepően kevesen vetették alá alapos vizsgálatnak nálunk a „bírói felülvizsgálat” legitimációját.³ A szerencsés csil-

lagzat igen erős, már-már megkérdőjelezhetetlen legitimitációval ruházta fel a bíróságot. Mint Sólyom László írja: „[Az európai alkotmánybíróságok] hosszú történelmi legitimitáció helyett – különböző bírósággenerációk szerint – forradalmi vagy kvázi forradalmi, természetjogi legitimitációt érezhetnek maguk mögött.”⁴ Ezzel nem azt akarom állítani, hogy ne született volna számos elemzés az alkotmánybíráskodásról, s időnként ne kritizálták volna élesen a testület munkáját, ne vádolták volna a bíróságot aktivizmussal és politizálással. Épp ellenkezőleg. Az alkotmányossági kérdések vizsgálata megtermékenyítően hatott a jogtudomány csaknem valamennyi ágára, s ezeknek a kérdéseknek a megvitatása kétségtelenül rajta hagyta nyomát jogi és politikai kultúránkon. Az elemzések és köztük a kritikák túlnyomó többségének azonban az volt az előfeltevé-sük, hogy a helyénvaló és nem helyénvaló, legitim és nem legitim alkotmánybírási érvelés közötti határvonal meghúzható a jogi érvelés valamely általános elmélete alapján, anélkül, hogy magának az alkotmánybíráskodásnak, sőt még tágabban, az alkotmányos megkötéseknek a legitimációjára rákérdoznénk.

Ebből a perspektívából nézve kell értékelnünk Kis János itt bemutatandó könyvének jelentőségét: magyar nyelven ez az első szisztematikus munka, mely arra kérdez rá, miként egyeztethető össze az alkotmányos korlátok létezése és az alkotmánybíráskodás a demokrácia és a népszuverenitás elveivel. Bár a könyv önálló tanulmányok gyűjteménye, s tematikája túlmutat a bírói felülvizsgálat és az alkotmányos megkötések legitimációjának vizsgálatán, ez a problémakör olyan túlsúlyos helyet foglal el a műben, hogy indokoltnak találtam megállapításaimat erre a kérdésre korlátozni.

1 ■ Halmi Gábor, Paczolay Péter: Bevezető. In: *Alkotmányos elvek és esetek*. Constitutional & Legislative Policy Institute. Bp., 1996. 19–40. old.

2 ■ Egy ilyen megoldás mögötti indokokra nézve lásd Mauro Cappelletti: Bírósági felülvizsgálat, összehasonlító perspektívában. *Jogállam*, 1993. 1. szám.

3 ■ A kivételek közé tartozik Bragyova András: Alkotmánybíráskodás és demokrácia. In: Tóth Károly (szerk.): *Emlékkönyv Szentpéteri István professzor születésének 70. évfordulójára*. Szeged, 1996; Sajó András: *Az önkorlátozó hatalom*. Közgazdasági és Jogi-MTA Állam- és Jogtudományi Intézet, Bp., 1995.

4 ■ Sólyom László: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. Osiris, Bp., 2001. 159. old.

5 ■ Alexander Hamilton, James Madison, John Jay: A föderalista. Európa, Bp., 1998. 552–561. old.

6 ■ Uo. 555. old.

Az alkotmányos demokrácia – állapítja meg Kis János – olyan intézményrendszer, mely elvileg többféle igazolással összeegyeztethető. A szerző elemzési keretét azonban a liberális demokrácia sajátos felfogása adja, s arra keres választ, hogy miként védhetők az alkotmányos korlátok és az alkotmánybíráskodás ezen az igazolási kereten belül.

A könyv három részből áll: az első esszé a liberális demokráciát kísérli megvédeni egyfajta republikánus kritikával szemben, s egyúttal megmutatni, hogy az erényeknek milyen szerep jut egy liberális elméletben. A második részben a szerző amellet érvel, hogy időnként a demokrácia és a népszuverenitás elvének sérelme nélkül elterhetünk a többségi elvtől, s ésszerű bizonyos alkotmányos megkötéseket elfogadnunk, melyek a többség kezét is megkötik. A harmadik s egyben a leghosszabb esszé az alapelvektől visszakanyarodik az intézmények szintjére, a második rész tanulságait bontja ki részletesebben, s alkalmazza az alkotmánybíráskodás problémájára. Ebben a tanulmányában Kis János olyan elméletet dolgoz ki, mely képes meghúzni a legitim és illegitim alkotmánybíráskodás határvonalait, s immár ennek a fogalmi keretnek a birtokában teszi mérlegre az alkotmánybíráskodás első tíz évének ítélkezési gyakorlatát.

AZ ALKOTMÁNYÉRTELMEZÉS ALTERNATÍVÁI

Az alkotmánybíráskodásra vonatkozó uralkodó nézeteket elemezve és tipizálva Kis János az alkotmányértelmezés három módszerét különbözteti meg. Az egyik, a *szoros olvasat* azt követeli a bíraktól, hogy csak olyan esetekben döntsenek, amelyekben az eredmény egyértelműen levezethető az alkotmány szövegéből. Amikor egy alkotmányhelynek több lehetséges értelmezése van, melyek mindegyike összeegyeztethető az alkotmány szövegével, de egyik sem következik abból kényszerítő erővel, akkor a bíróság csak oly módon juthat el a döntéshez, ha további

premisszákat ad hozzá a szöveghez. Mivel ezek a premisszák nem élvezik az alkotmányozó jóváhagyását, és a bírák vitatható értékítéletein alapulnak, a szoros olvasat hívei szerint ezek nem is tekinthetők az alkotmánybírási döntések legitim forrásainak. Az *érdemi* (strukturális vagy morális) *olvasat* hívei éppen ezt tagadják, s amellet érvelnek, hogy a bírák, amennyiben az érvelés az alkotmányszövegből indul ki, és összeegyeztethető vele, felhasználhatnak ilyen vitatható értékítéleteket döntésük megalapozására.

A *kritikai olvasat* még egy lépéssel tovább megy, arra is felhatalmazza a bírakat, hogy olyan döntéseket hozzanak, amelyek csak olyan premisszák által igazolhatók, amelyek vagy ellentétesek az alkotmány szövegével, vagy nem vezethetők le belőle. Mint azt fentebb hangsúlyoztam, a különböző értelmezési alternatívák közötti választáskor nem hagyatkozhatunk valamilyen általános értelmezéseméletre abban a kérdésben, hogy melyik értelmezés a megfelelőbb az alkotmánybíráskodás számára. Ebben az esetben a bíróság legitimációja korlátozza az egyébként lehetséges értelmezések körét, ezért a legitimáció elmélete meg kell hogy előzze az értelmezés elméletét.

A bírói felülvizsgálat klasszikus megalapozását Alexander Hamilton dolgozta ki *A föderalista*

78. cikkelyében,⁵ s lényegében ugyanezt az érvet alkalmazta Marshall bíró 1803-ban a *Marbury v. Madison*-esetben, amikor az USA Legfelsőbb Bírósága első ízben vindikálta magának a jogot a törvények bírói felülvizsgálatára. Az érv lényege abban áll, hogy ha van két, egymással ütköző jogszabály, akkor a magasabb szintű szabály csak akkor tudja betölteni az alacsonyabbat korlátozó funkcióját, ha létezik valamely szerv, amely az alacsonyabb szintű jogszabályt megsemmisítheti. „Enélkül a különleges jogokban és kiváltságokban foglalt fenntartások semmit sem érnének”⁶ – mondja Hamilton. Az alkotmánybíráskodás lényege tehát két norma összemérése. Mivel azonban a hatalommegosztás doktrínájából kifolyólag a törvények értelmezése a bíróságok feladata,



s az alkotmány törvény, ezt a feladatot valamilyen bíróságra kell ruházni. „A törvények értelmezése a bíróságok hivatásszerű, sajátos feladata. Az alkotmány: alaptörvény, és a bírák alaptörvénynek kell hogy tekintsék.”⁷ Egyetérthetünk Hamiltonnal abban, hogy az alkotmány törvény, s az alkotmánybíró munkája a jogszabály-értelmezés egy speciális esete. (Carl Schmitt és Hans Kelsen híres vitájában⁸ igazat kell adnunk Kelsennek abban, hogy az alkotmánybíráskodás és a rendes bírászkodás között a tekintetben nincs minőségi különbség, hogy mindkettőben együttesen van jelen a normához kötöttség és a szabad mérlegelés.⁹) Hamilton azonban téved abban, hogy a törvények értelmezése mindkét esetben ugyanolyan legitimációs kérdéseket vetne fel. Ha az alkotmánybírók megmaradnának a szoros olvasatnál, akkor pusztán az alkotmányos korlátok igazolása támasztana elméleti nehézséget, az alkotmánybíráskodás léte azonban aligha. Éppen ezért fontos hangsúlyozni, hogy Hamilton igazolása megfelelő lehet egy olyan alkotmánybíráskodás alátámasztására, mely megmarad a szoros szövegolvasatnál, ha azonban a másik két értelmezési alternatíva valamelyike mellett kívánunk érvelni, már további argumentumokra lesz szükségünk. Kis János könyvének nagy erénye, hogy az alkotmánybíráskodás legitimációjának problémáját nem a hatalommegosztás Hamilton-féle paradigmáján belül próbálja megoldani, s nem kísérli meg olyan definíciós kérdésekkel sem eldönteni a vitát, hogy *igazságszolgáltatás*, illetve *bírászkodás*-e az alkotmánybíráskodás, vagy *alkotmánykiegészítésnek* tekinthető-e az alkotmánybíró tevékenysége.

Az alkotmánybíráskodás legitimációjának kérdése normatív érveket kíván, s csak egy átfogó demokraciáelmélet keretében válaszolható meg megnyugtatóan.

AZ ALKOTMÁNYOS MEGKÖTÉSEK ÉS AZ ALKOTMÁNYBÍRÁSKODÁS IGAZOLÁSA

A könyv központi problémája az ún. kompromisszum-tézis. E tézis szerint a liberális demokrácia több, egymással versengő alapelvre és értékre épül. Mind az egyéni szabadság, mind a többségi elv fontos tartozéka egy liberális elméletnek, de mivel a két elv nem elégíthető ki együttesen minden körülmények között, s nincsen olyan felettes érték, mely feloldaná a versengő értékek konfliktusát, ezért a liberális demokrácia a két alapelv kompromisszumára kényszerül. E felfogásban az adja a liberális demokrácia megkülönböztető sajátosságát, miként egyensúlyoz a két versengő alapelv között. A kompromisszum-tézis – Kis János szerint – két tartópilléren nyugszik. Egyrészt azt feltételezi, hogy a demokrácia mindig megköveteli a többségi elvet, másrészt pedig: a népszuverenitás elve mindig azt igényli, hogy a fontos politikai kérdésekben döntő állami tisztviselők – legalábbis közvetve – mindig a néptől kapják megbí-

zatásukat, s döntéseikért politikai felelősséget viseljenek. Az alkotmányos demokrácia látszólag egyik követelménynek sem tesz eleget. Az alkotmányos megkötések sértik a demokrácia, míg az alkotmánybíráskodás sérti a népszuverenitás elvét.

Kis János alaposan átgondolt, gondosan kidolgozott, ugyanakkor meglehetősen komplex érvrendszerrel próbálja meg alátámasztani az alkotmányos megkötések és az alkotmánybíráskodás létjogosultságát. Gondolatmenete a következő lépésekben halad.

1. A demokrácia nem azonosítható a többségi elvvel.
2. A közösségnek időnként ésszerű eltérnie a többségi elvtől, és ésszerű alkotmányos megkötéseket alkalmaznia, ennek legjobb igazolását pedig a közösség önkorlátozásának érve nyújtja.
3. Amennyiben a közösség alkotmányos korlátokkal megköti a saját kezét, úgy annak vizsgálatát, hogy a rendes törvényhozás megsértette-e ezeket az alkotmányos korlátokat, nem végezheti el maga a törvényhozás: ezt a funkciót egy elkülönült szervre kell bízni.
4. Célszerű, hogy ez az elkülönült szerv egy bírósághoz hasonlóan működjön.
5. Mivel az alkotmányos megkötések egy része morális elveket tesz a jog részeivé, ezért ésszerű az, hogy a bíróság széles körű mérlegelési lehetőséget kapjon. A továbbiakban ezeket az állításokat tekinteném át sorjában, ám közel sem foglalkozom mindegyikkel azonos terjedelemben, mondanivalóm súlypontja a 2. alatti állítással kapcsolatos.

1. A szerző kiindulópontja, hogy a többségi elv a demokrácia derivatív elve. Azért és addig indokolt támogatnunk, amíg előmozdítja az egyenlőség absztraktabb és alapvetőbb értékét. A liberálisoknak elsősorban azért kell tisztelniük a demokráciát, mert egyenlő méltóságú személyekként kezeli állampolgárait. Bizonyos körülmények között ennek az eszménynek a legjobb megvalósítását a többségi elv nyújtja. Vannak azonban olyan esetek, amikor a többségi elv nem előmozdítja, hanem éppenséggel gátolja az egyenlőség absztraktabb elvének realizálását. Ha egy társadalomban minden kérdésben ugyanaz a csoport marad kisebbségben, és ugyanaz lesz a többség, s ebből következően a kollektív döntések terhének mindig az előbbi csoport viseli, míg az előnyeiket az utóbbi élvezi, akkor a többségi elv nem

7 ■ Uo. 565. old.

8 ■ Carl Schmitt: *Der Hüter der Verfassung*. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931 és Hans Kelsen: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Dr. Walter Rothschild, Berlin–Grunewald, 1931.

9 ■ Kelsen: *i. m.* 21. old. Kelsen éppen ezért az alkotmánybíráskodás határaitra vonatkozó kérdést célszerűségi, jogpolitikai kérdésnek tekinti. Uo. 24. old.

10 ■ E felfogás legismertebb kifejtését talán Ronald Dworkin *Liberalizmus* című tanulmánya adja, mely különbséget téve a *személyes* és *külsődleges* preferenciák között, amellyel érvel, hogy az alkotmányos jogok a külsődleges preferenciák érvényesítésének legvalószínűbb eseteit próbálják meg kiszűrni. Lásd Ronald Dworkin: *Liberalizmus*. In: Ludassy Mária (szerk.): *Az angolszász liberalizmus klasszikusai II.* Atlantisz, Bp., 1992. 200. old.

11 ■ Jon Elster: *Ulysses and the Sirens*. Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

kezeli a két csoport tagjait egyenlően. Ahhoz, hogy ilyen döntések szülessenek, még csak arra sincsen szükség, hogy a többség rosszindulattal viseltessen a kisebbséggel szemben; elegendő, ha egyszerűen nem altruistább a közösségi döntések meghozatalakor, mint más esetekben. Ráadásul a többségi elv nem veszi figyelembe a preferenciák intenzitását. Mivel előnyben részesíti a lehető legkisebb többség gyenge preferenciáit a lehető legnagyobb kisebbség erős preferenciáival szemben, sérti az egyenlő elbánás elvét. Ezek a megfontolások azt támasztják alá, hogy időnként indokolt lehet az egyszerű többségi elvtől való eltérés. Lesznek olyan kérdések, amelyekben az tűnik racionálisnak, hogy minősített többséget követeljünk meg, míg más ügyekről azt gondoljuk, hogy azokat mindenestől ki kell venni a közösségi döntések köréből, s jogokkal kell körülbástyázni. Ezzel kapcsolatban két, egymással összefüggő kérdés merül fel: mely kérdéseket kell kivonni az egyszerű többség hatálya alól, s ha vita merül fel, ki mondhatja ki a végső szót ezekben a kérdésekben?

2. A gondolatmenet második lépésében a szerző megvizsgálja az alkotmányos megkötések két, egymással szoros rokonságban lévő lehetséges igazolását, de el is veti őket. Az első a *preferenciák idealizálásának elmélete*. A demokrácia a preferenciák aggregálására szolgáló eljárás. Mivel vannak olyan preferenciák, amelyek illegitímek, aggregálásuk során semmilyen súlyt nem lenne szabad kapniuk. Következésképpen az a feladatunk, hogy megfogalmazzuk a preferenciák tartható tipológiáját, s megtaláljuk azt az intézményi megoldást, amelyik kiszűri az illegitim preferenciákat.¹⁰ Kis János azonban meggyőzően érvel amellett, hogy a preferenciák minden ilyenfajta megszűrése és idealizálása nemkívánatos eredményekhez vezet, mivel vagy túl sok, vagy túl kevés típusát zárja ki a preferenciáknak. „Ha [a preferenciairtás] nem megy elég messzire, akkor a meghagyott preferenciák téríthetnek el a liberális megkötések választásától. [...] Ha viszont elég messzire megy, akkor a kiküszöbölt preferenciák hiánya lehet a liberális megkötések elfogadásának akadályá.” (86. old.)

Az empirikus és az ideális preferenciák közti feszültség már az első esszének is központi kérdése. Ebben a tanulmányban Kis János azt állítja, hogy a liberalizmusnak nem kell szükségszerűen a demokrácia közgazdasági elméletét vallania, mely minden egyes preferenciát pusztá létezésénél fogva tiszteletben tart. „A közjó nem az, amit a többség véletlenül preferál, hanem megfordítva: azt indokolt közösen preferálni, ami a közjó.” (23. old.) A liberálisoknak nem szabad azonban magukévá tenniük a demokrácia republikánus felfogását sem, mert ez túl kevés súlyt ad az emberek létező, tényleges preferenciáinak. Közismert, hogy a liberalizmus az egyéni döntések körében kitüntetett szerepet ad az egyén tényleges preferenciáinak azzal szemben, ahogyan – valamely ideális mérce szerint – az egyénnek döntenie kellett volna/kellene. Ez az erős antipaternalista ál-

lápont pedig nem lenne összeegyeztethető azzal, hogy a közösségi döntések körében a tényleges preferenciákat ideális preferenciákkal váltsuk fel, hacsak nem feltételezzük, hogy a közösségi döntésekben az egyén sokkal kevésbé racionális, mint az egyéni döntések körében. Erre viszont nincs okunk.

A harmadik esszében Kis János az alkotmányos korlátok egy olyan népszerű igazolása ellen érvel, melynek gyökerei Alexis de Tocqueville-ig és John Stuart Millig nyúlnak vissza, s amely jól összhangba hozható a preferenciák idealizálásának fentebb elemzett stratégiájával. *A többség zsarnokságának érve* szerint az alkotmányos korlátokra azért van szükség, hogy a társadalom kisebbségeinek vagy egyes egyéneinek bizonyos érdekei még a többség jólétének oltárán se legyenek feláldozhatók. Ez a felfogás azért nem meggyőző, állítja a szerző, mert egyszerre túl sokat és túl keveset bizonyít. Túl keveset bizonyít, mert csak olyan társadalmakban képes meggyőzően igazolni a liberális korlátokat, melyek állandó kisebbségekre és többségekre oszlanak. Az alapvető jogok a többség tagjait egymással szemben is védik, s értelmeseek és kívánatosak lennének még egy többé-kevésbé homogén társadalomban is, ahol az egyszerű törvényhozás előnyei és hátrányai nagyjából egyenletesen oszlanak meg a társadalom tagjai között. Másrészt az érv túl sokat bizonyít: mivel a kisebbségek jogai még akkor is sérülhetnek, ha az alkotmányt minősített többséggel fogadják el, ebből az következik, hogy az érv védelmezői előnyben kell hogy részesítsenek egy olyan, általuk tartalmilag tökéletesnek tartott alkotmányt, melyet a természetjog doktorai fogalmazznak meg, egy olyan alkotmánnyal szemben, mely tartalmilag kevésbé tökéletes ugyan, de a népszuverenitás elvének tiszteletben tartásával született meg. Más szóval ez az érv nem tesz eleget az alkotmányos korlátokkal szemben támasztott demokratikus követelményeknek.

Kis János az alkotmányos korlátok elfogadása mellett saját érvrendszerét az *önkorlátozás argumentumára* építi. Az önkorlátozásnak az egyéni döntések körében betöltött jelentőségére a modern társadalomtudományi irodalomban Jon Elster hívta fel a leghatásosabban a figyelmet, s az ő egyik fontos tanulmánya¹¹ nyomán vált Odüsszeusz a racionális döntések elméletének egyik közismert példájává. Mivel Odüsszeusz tudja, hogy amikor majd meghallja a szirének énekét, nem fog tudni ellenállni a kísértésnek, ezért előre óvintézkedéseket tesz: az árbochoz kötözteti magát, vagyis előre korlátozza saját későbbi cselekvési szabadságát. Ha Péter tudja, hogy vendégségben nem fog tudni ellenállni az ital csábításának, s mégis autóval megy vendéglátóihoz, racionálisan cselekszik, ha kocsija kulcsát odaadja valaki másnak, hogy később, amikor már nem lesz képes racionális mérlegelésre, ne vezethessen. Ha Pál időpontot kér fogorvosától, de tudja, hogy az időpont közeledtével nagy kísértést érez majd arra, hogy lemondja a kezelést, ésszerűen jár el, ha az időpont egyeztetésekor

arra is felhatalmazza fogorvosát, hogy a lemondott kezelésért is a teljes összeget számlázza –, hogy csak néhány, az irodalomban gyakran előforduló illusztrációt említsünk.¹² Az önkorlátozásnak az egyéni döntések körében leírt jelensége – ha nem alkalmazható is minden további nélkül a közösségi döntésekre, mégis – megvilágító erejű analógiát kínál, és az alkotmányos korlátokra vonatkozó igazolások egyik fontos ihletőjévé vált.¹³ Ebbe a paradigmába illeszkedik Kis János érvelése is.

Mind Odüsszeusz, mind Péter esetében az akarategyengeség világos példáival állunk szemben, s jól körülírható és azonosítható a körülmények azon együttese, melyben az irracionális döntéshozatal veszélye fennáll. Ha azonban a közösségi döntéseket vizsgáljuk, arra a következtetésre kell jutnunk, hogy noha vannak olyan esetek, amelyekre ez az analógia alkalmazható, az alkotmánysértő törvények többségét a törvényhozók nem pánikhangulatban, racionális mérlegelő képességüket elvesztve hozzák meg.¹⁴ Kis János elméletének egyik erőssége abban áll, hogy nem él azzal a feltevessel, miszerint az alkotmánysértő törvények a mérlegelési képesség ilyen – a példánkhoz hasonló – nyilvánvaló elvesztését, s a mindenkori többség vak szenvedélyeit és indulatait tükröznék. A szerző magyarázata arra épül, hogy amennyiben a döntéshozó egyének külön-külön racionálisan mérlegelnek is, ebből kialakulhat olyan közösségi döntés, mely összességében irracionális. Mint láttuk, az alkotmányos megkötéseknek az a lényegük, hogy a közösségi döntéseket kétszintűvé teszik. Az önkorlátozás érvére alapozott elmélet azt állítja, hogy a közösség e kétszintű döntési rendszerrel jobban eléri saját céljait, mivel a kétszintű döntési procedúra legalább részben kiszűri az olyan egyénileg racionálisnak tűnő döntéseket, melyek kollektíve irracionálisak. S mivel a közösség ezzel a módszerrel *saját* céljaihoz ér közelebb, így az alkotmányos megkötések nem csorbítják, hanem épp ellenkezőleg, kiteljesítik a demokráciát (178. old.).

Ennek a megközelítésnek nyilvánvaló előnyei vannak a többség zsarnokságának érvével szemben. Az érv legnagyobb előnye, hogy olyankor is igazolni tudja az alapvető jogokat, ha a társadalom nem oszlik állandó kisebbségre és többségre. „Az alkotmány nemcsak a diszkriminatív korlátozásokkal szemben védi az egyének alapvető morális jogait, hanem mindenféle illetéktelen beavatkozással szemben; azzal szemben is, amely a többséghez tartozókat ugyanúgy sújtja, mint a kisebbség tagjait.” (174. old.) Ráadásul, mivel az alkotmány elfogadói *saját* kezüket kötik meg, így ez az érv kielégíti a demokratikus követelményeket is. Ugyancsak ennek a megközelítésnek a fölényét támasztja alá, hogy ez számot tud adni az alkotmány egységéről. A többség zsarnokságának érve képes ugyan igazolni az alapjogok védelmében megtestesülő alkotmányos megkötések indokoltságát, de nem ad magyarázatot arra, hogy az államszervezeti kérdésekben miért kell ugyanilyen tí-

pusú és erejű megkötéseket alkalmazni. Ezzel szemben az önkorlátozás érve meggyőző magyarázatot ad erre az esetcsoportra is. Végezetül ez a megközelítés azokra az esetekre is megoldást tud adni, melyek Tocqueville-t és Millt foglalkoztatták: ha a többség morális elveket fogad el saját tagjai védelme érdekében, ezt a támogatást nem tagadhatja meg a kisebbségektől sem.

Ugyanakkor ez az elmélet is több komoly dilemmát vet fel. Kis János az alapjogok igazolására vonatkozó példájában arra kér bennünket, hogy képzeljünk el egy olyan társadalmat, amelyben egyetértés van az adatvédelem kívánatos voltában, s éppen ezért alkotmányos jogokkal védik a személyes adatokat. Ha azonban elviselhetetlenül növekedésnek indul a bűnözés, képzeletbeli társadalmunk tagjai mégis hajlandók lesznek feláldozni az adatvédelmet, s megszavazni az olyan törvényeket, amelyek lehetővé teszik a rendőrség számára a kiterjedt kutakodást személyes adataikban. A többség ugyanis úgy okoskodik, hogy számukra elviselhetetlen terhet jelentene ugyan, ha ők maguk a rendőrségi kutatás áldozataivá válnának, mivel azonban ennek valószínűsége meglehetősen csekély, mégis érdemes vállalni a kockázatot, s a közbiztonság javulása megéri azt az árat, amit a súlyos hátránnyal járó, de kis valószínűségű rendőrségi beavatkozás okoz. Mindenki tudja persze azt is, hogy lesznek olyanok, akik a rendőri beavatkozás áldozataivá válnak, s mások számára ez éppolyan elviselhetetlen, mint amilyen számukra lenne, ha velük történne meg ez az atrocitás. „Csak-hogy döntés előtt a többséghez tartozók nem csupán a saját várható kárukat diszkontálják a kár bekövetkezésének valószínűségével – ugyanígy értékeli az összes többi ember esetleges veszteségeit is. Ezért azt találják: bárkinek a szemszögéből tekintsék, az adatvédelmi korlátok áttörését ésszerű elfogadniuk.” (182. old.)

Egyetértek a szerzővel abban, hogy léteznek olyan esetek, amikor az egyénileg racionális döntések kollektíve irracionális döntésekké állhatnak össze. Erre a legjobb példát a fogoly-dilemmához hasonló szí-

12 ■ Kis János maga is az ittas vezető példáját használja (174–177. old.). A fogorvos példáját Elstertől kölcsönöztem. Jon Elster: *A társadalom fogaskerekei*. Osiris, Bp., 1997. 55. old.

13 ■ Ily módon érvel az alkotmányos korlátok mellett például Samuel Freedman: *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. *Law and Philosophy*, 1990–1991. 9. szám, 327. old. és Stephen Holmes: *Precommitment and the Paradox of Democracy*. In: Jon Elster, Rune Slagstad (eds.): *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

14 ■ Különös aktualitást ad mégis ennek az érvrendszernek napjainkban a terrorizmus elleni küzdelem. Ronald Dworkin: *The Threat to Patriotism*. *The New York Review of Books*, 2002. február 28.

15 ■ Magyar nyelven lásd például: Huoranszki Ferenc: *Klasszikus szerződéselmélet és modern játékelmélet*. In: *Filozófia és utópia*. Osiris, Bp., 1999.

16 ■ Itt, ellentétben a fogoly-dilemmával, nem szükséges, hogy az egyes választók stratégiája a többiek választásának függvénye legyen.

tuációk adják, melyek közismertek a modern játékéletből.¹⁵ További érvet kívánna azonban az, hogy az alapjogok mindegyike (vagy legalábbis többsége) igazolható-e ennek a megközelítésnek az alapján, mint ahogy az is, hogy az egyéni és kollektív racionalitás összeütkezésének mely esetei igénylik az alapjogi védelmet, s mely esetei nem. Még fontosabbnak gondolom azonban azt a problémát, hogy ezeknek az eseteknek a léte nem bizonyítja sem azt, hogy ne lehetne az egyszerű törvényhozás szintjén kezelni őket, sem azt, hogy az alkotmányozás szintjén valamiért jobban kezelhetők volnának. Kis Jánosnak azt kellene bizonyítania, hogy valamilyen oknál fogva más eredményre jutnának ebben a társadalomban az alkotmányos és az egyszerű többséggel hozott döntés során. (Mint ahogy világos magyarázata van annak, miért dönt másképpen a még józan Péter, mint ahogy az ittas Péter döntene.) Kis János azonban nem érvel meggyőzően amellett, hogy amennyiben a képviselők egyszerű többsége nem látja be ezt az összefüggést, miért látná be kétharmaduk vagy háromnegyedük. Ha elfogadjuk, hogy mindegyikük racionálisan mérlegel akkor, amikor az áldozattá válás valószínűségével azonosítja az áldozat súlyosságát, nincs okunk feltételezni, hogy az alkotmányos döntések meghozatalakor másképpen mérlegelnének a döntéshozók. Ha viszont belátható, hogy a fenti okoskodás – mely végső soron feláldozza az adatvédelmet – kollektíve nem racionális, miért ne döntene az egyszerű többség másképpen?¹⁶ Fontos hangsúlyozni, hogy ebben az esetben – Odüsszeusz példájával ellentétben – nem feltételeztük, hogy az egyszerű többség elvesztette mérlegelési képességét, s a társadalomban pánik és hisztéria uralkodik. A preferenciák idealizálásának elméletével szemben pedig nem feltételeztük, hogy az egyszerű többség más indokok – a tényleges preferenciák – alapján dönt, mint az alkotmányozók (akik az idealizált preferenciák alapján döntenének). S végül a többség zsarnokságának elméletével szemben nem feltételeztük, hogy az egyszerű többség azért hozna más döntést, mint az alkotmányozók, mert az utóbbinak részei a többségtől eltérő preferenciákkal rendelkező s az alkotmányos döntést befolyásolni képes kisebbségek is. Kis János példájában azért tűnik úgy, mintha más eredményre vezetne az alkotmányozás és az egyszerű törvényhozás, mert más kérdéssel állítja szembe a döntéshozás két szintjét. Az alkotmányozás szintjén a szerző azt a kérdést veti fel, egyetértenek-e az alkotmányozók abban, hogy az adatvédelem kiemelt s jogokkal védendő érték. A törvényhozás esetében azonban a szerző már azzal a sokkal konkrétabb kérdéssel szembesíti a döntéshozókat, hogy a bűnözés elviselhetetlen mértékű növekedése esetén indokolt-e az adatvédelem bizonyos szintű korlátozása. Az, hogy arra a kérdésre: „Konkluzív érvet nyújtanak-e a személyes adatokat védő jogok a rendőrségi kutakodással szemben?”, az egyszerű többség nemmel felel, még nem következik, hogy arra kérdésre is: „Prima

facie tiszteletben kell-e tartanunk a személyes adatokat?”, nemmel felelné. S megfordítva, abból, hogy az alkotmányozók a második kérdésre igennel felelnek, nem következik, hogy az első kérdésre is igennel felelnének. Az önkorlátozás elméletének azonban azt kellene megmagyaráznia, miért adna *ugyanarra* a kérdésre mást választ az egyszerű többség és az alkotmányozó.

(Egy rövid közbevetés álláspontom pontosításához: nem azt állítom, hogy *amennyiben* elfogadjuk azt, hogy a közösségnek időnként indokolt saját kezét megkötnie, és saját akaratának végrehajtását alkotmánybíróra bízni, akkor az alkotmánybíró csak azokban az esetekben és csak úgy járhat el, amelyekben és ahogyan a közösség ezt *előzetesen* valóban akarta. Ez már az önkorlátozás *végrehajtásának* 5. pont alatt érintett problémája lesz. Az érvelés e fázisában még annak igazolásánál tartunk, miért van szükség *egyáltalán* erre az önkorlátozásra. Ehhez pedig annak bizonyítására lenne szükségünk, hogy vannak-e olyan kérdések, amelyekben más eredményre jutna a közösség a két döntési szinten.)

Kis János érveléséből kiolvasható egyfajta válasz ellenvetésemre, ennek a válasznak azonban megítélésem szerint túl súlyos következményei lennének gondolatmenetének más pontjaira nézve. Abból indul ki, hogy vannak az egyénnel szembeni bánásmódnak olyan elvei, amelyek attól függetlenül igazak, hogy azt a többség támogatja-e. „Ha majdnem mindenki egyetért a halálbüntetés, a testi fenyítés, az állampolgárság vallási hovatartozáshoz kötése, a házasságon kívüli nemi kapcsolatok üldözése stb. fenntartásával, az még nem teszi ezeket az intézményeket erkölcsileg helyeselhetővé.” (180. old.) Ezen *tartalmi* követelmények egy bizonyos együttesének a tiszteletben tartását a szerző a legitimitás szükséges, de nem elégséges feltételének tekinti. Az ebből a premisszából induló gondolatmenet arra épül, hogy ha a közösség elfogadja ezeket a korlátokat, akkor – mivel nem biztos, hogy a közösséges törvényhozás során ugyanerre a következtetésre jutna – ésszerű alkotmányos korlátokkal megkötnie a saját kezét. Ez a szituáció azonban komoly dilemmát teremt, melyből véleményem szerint csak két módon lehet szabadulni. Vagy azt mondjuk, hogy a közösség döntései közül csak azok válhatnak alkotmányos megkötésekké, amelyek megfelelnek egy – a tényleges döntésekhez képest külső – tartalmi mércének. Úgy tűnik azonban, nincs semmilyen garanciánk arra nézve, hogy a közösség tényleges döntése megfelel ennek a külső mércének, s ez komoly gondot okoz. Egyrészt, mert ezeknek a mércéknek a tartalma maga is vita tárgyát képezi. Nem evidens igazság az, hogy a halálbüntetés erkölcstelen. Nem evidens igazság az, hogy a személyes adatok védelme fontosabb a közbiztonságnál. E kérdések – úgy gondolom – az értelmesen fenntartható nézeteltérések tartományában helyezkednek el. Másrészt, ha létezik egy – az alkotmányozó döntéshez képest külsődleges – tartalmi mérce,

melyet a ténylegesen elfogadott alkotmányos megkö-
tések kigyomlálására használunk fel, akkor ugyanoda
jutunk, ahová a többség zsarnokságának elmélete:
jobbna kell tartanunk a természetjog doktorai által
elfogadott, tartalmi mércével mérve megfelelő alkot-
mányt a kevésbé tökéletes, de demokratikus eljárás-
ban elfogadott alaptörvénynél. (Legjobb esetben is
bele kell törődnünk a két érték kompromisszumába.)
Kis János ezt a következtetést azonban nyilván-
valóan elfogadhatatlannak tartja (181. old.). Ebben
az esetben viszont mégiscsak azt kellene bizonyíta-
nia, hogy az alkotmányozó döntése más lenne, mint
az egyszerű többségé, valamint egybeesne azokkal a
tartalmi korlátokkal, amelyekre fentebb utaltam.

Itt értünk el véleményem szerint a legsúlyosabb el-
lenvetéshez az önkorlátozás érvével szemben, mel-
lyet leghatásosabban Jeremy Waldron fogalmazott meg.¹⁷
Waldron azt állítja, hogy az alkotmányos meg-
kötések természetének megértésénél Odüsszeusz
metaforája félrevezető, s ha már az egyéni döntések
köréből akarunk példát hozni, egy másik analógiá-
ból kellene kiindulnunk. Képzeljünk el valakit, ne-
vezzük Bridgetnek, aki ingadozik kétfajta vallásos
nézet között. Az egyik nap felülkerekedik benne va-
lamelyik álláspont, Bridget dönt, s el akar kötelező-
dni döntése mellett. Könyvtárának kulcsát, ahol az el-
vetett vallási nézetet támogató könyveket tartja, épp
ezért átadja barátjának, s megkéri, hogy még akkor
se adja vissza, ha kifejezetten kérné. Később azon-
ban régi kétségei újjáélednek: hosszú hezitálás után
mégis arra a következtetésre jut, hogy a másik vallás
tanai vezetik el az üdvösséghez, s ezért visszakeri ba-
rátjától a kulcsot. Látjuk, hogy ez a példa legalább
két releváns vonásban eltér Péter és Odüsszeusz ese-
tétől. Egyrészt, míg Péter esetében nem vitás, mi a
helyes magatartás, Bridget példájában nem tudjuk
azt mondani, hogy az egyik vallás nyilvánvalóan
jobb a másiknál. (Feltételezzük tehát, hogy a vallás-
sok közötti viták az értelmesen fenntartható nézet-
eltérések közé tartoznak.) Másrészt, míg Péter eseté-
ben világos választóvonal húzható a racionális és
nem racionális Péter között, addig Bridget esetében
Bridget két racionális énje között kell döntenünk.
Jóval nehezebb lenne amellet érvelni, miért adjunk
elsőbbiséget Bridget korábbi énjének, mint hogy mi-
ért adjunk elsőbbiséget Odüsszeusz korábbi énjének.
Általánosabban megfogalmazva: annak, hogy
Odüsszeusz metaforáját kiterjeszthessük a közösségi
döntésekre, legalább két fontos feltétele van. Egy-
részt fel kell tételeznünk, hogy létezik egyetértés az
egyénnel szembeni bánásmód bizonyos elveiben;
másrészt fel kell tételeznünk, hogy világos határvo-
nalat tudunk húzni egy valamilyen szempontból ra-
cionális és kevésbé racionális döntéshozatal között.¹⁸
A közösségi döntések esetében azonban igen gyak-
ran nem erről van szó. Sokkal inkább arról, hogy t_1
időpontban a közösség megosztott x és y döntések
között, de a többség x döntést fogadja el. Egy
későbbi t_2 időpontban viszont a közösség többsége

immár inkább y alternatívát támogatná, elképzelését
azonban nem juttathatja érvényre, mert köti saját
korábbi döntése. Ebben az esetben nem felelhetjük
azt a többségnek, hogy saját akarata ellenére azért
kell mégis x alternatívát követnie, mert egy korábbi
minősített többség x alternatívát támogatta, hiszen
most éppen ezt, vagyis az alkotmányos megköte-
seket kellene igazolnunk. Azt kellene megmagyaráznunk,
hogy miért elég (azt feltételezve, hogy az alkotmányos
elfogadásához kétharmados többség kell) t_1 időpon-
tban x alternatíva fenntartásához a társadalom egy-
harmadának és még egy szavazónak a támogatása.
Az önkorlátozásra alapozott érvelés leggyengébb
pontját tehát abban látom, hogy az alkotmányos
megkötések problémája sokkal inkább jellemezhető
Bridget példájával, mint Odüsszeuszéval, még akkor
is, ha a kiinduló példát úgy módosítjuk, mint azt Kis
János tette. Úgy gondolom ugyanis, hogy a kiinduló
metafora alkalmazásának fentebb vázolt két feltétele
közül az esetek nagy többségében egyik sem áll fenn:
vagyis általában nincs egyetértés az egyénnel szem-
ben alkalmazott bánásmód szabályait illetően, illetve
általában nem jellemezhető az alkotmányt sértő tör-
vényhozó tevékenysége irracionálisként.¹⁹ Ha példá-
ul a közösség többsége egy t_1 időpontban a halálbün-
tetés ellen, majd egy t_2 időpontban a halálbüntetés
mellett foglal állást, akkor az nem annak a jele, hogy
a többség valamilyen kalkulációs hibát követett vol-
na el, hanem annak, hogy időközben megváltozott a
véleménye.

3. Az érvelés harmadik lépésében a szerző azt pró-
bálja bizonyítani, hogy amennyiben a közösség elfo-
gadja az alkotmányos korlátokat, s a későbbiekre
nézve megköti saját kezét, úgy annak a kérdésnek az
elbírálását, hogy az egyszerű többség megsértette-e
az alkotmány rendelkezéseit, csak egy másik szerv
végezheti el. Az érv rövid és kézenfekvő: ha a tör-
vényhozásban minősített többséggel rendelkezik va-
lamilyen politikai erő, akkor ez a többség arra is
elég, hogy megváltoztassa az alkotmányt. Ha a ren-
des törvények alkotmányosságáról ugyanaz a több-
ség döntene, mint amelyik megszavazta a törvényt,

17 ■ Jeremy Waldron: Disagreement and Precommitment. In: *Law and Disagreement*. Clarendon Press, Oxford, 1999.

18 ■ Itt most mellékes, hogy a kollektive és az egyénileg racio-
nális döntések, illetve a jól megfontolt és a pánik és hisztéria
körülményei között meghozott döntések között teszünk-e kü-
lönbséget.

19 ■ Van két további pont, ahol feltétlenül módosítanunk kelle-
ne Bridget példáját: a közösségi döntéseknél egy személy-
együttes hozza a döntéseket, s ennek összetétele az idők so-
rán változik. Másrészt az alkotmánybírók a törvényhozó-
hoz hasonlóan a többségi elv alapján döntenek.

20 ■ A szerző álláspontját jelentősen erősíteni látszik e kérdés-
ben egy érv, melyre ő maga nem hivatkozik: a „senki nem lehet
saját ügyében bíró” elve. Mivel erre az évrre a szerző nem tér
ki, így én sem elemzem behatóan, csak megjegyzem, hogy
végső soron nem tekintem meggyőző érvnek arra nézve, hogy
miért ne lehetne a többség az alkotmány őre. Arra vonatkozó-
an, hogy ennek az elvnek a védelme különös nehézségekre
ütközik az önkorlátozás érvrendszerén belül: Waldron: *i. m.*
265. old.

akkor viszont ez alkotmányozással érne fel. „[Ha] a képviselők eggyel több mint a felének szavazatával ki lehetne mondani, hogy a vitatott jogszabály nem sérti az alkotmány előírásait, az eredmény ugyanaz volna, mint ha egyszerű szótöbbséggel alkotmányt módosítanának.” (185. old.) Véleményem szerint ez az evidensnek tűnő érv mégsem teljesen meggyőző.²⁰ Induljunk ki abból, hogy az alkotmány időnként egyértelmű utasításokat fogalmaz meg, máskor – s messze ez a gyakoribb eset – az alkotmány szövegével több értelmezés is összefér. Az élethez való jognak például van olyan értelmezése, amely lehetővé teszi a halálbüntetést, s van olyan értelmezése, amely kizárja. Mint azt Kis János könyvében világos érveléssel kimutatja, az az alkotmánybíró, amely a szöveggel egyaránt összefér, de egymást kizáró értelmezések közül választ, mindaddig, amíg belül marad az alkotmány szövegén, nem vádolható alkotmánymódosítással vagy alkotmányozással (159–164. old.). Ha azonban ez az érvelés jó, akkor ugyanennek kell vonatkoznia a törvényhozóra is. Másrészt viszont azt is tudjuk, hogy az alkotmánybíró is felhasználhat olyan érveket értelmezése során, amelyek nem egyeztethetők össze az alkotmány szövegével: „Az alkotmányozás vádja tehát vagy burkolt szöveg helyettesítést, vagy burkolt szövegkiegészítést kell a bíróság szemére vessen. Mindkettő megtörténhet, de ha megtörténik, akkor a kritikai olvasás tartományában vagyunk.” (159. old.) Amennyiben tehát „az alkotmány őre” maga az egyszerű többség lenne, az alkotmányozás vádja a legtöbb esetben akkor sem állna fenn; ha viszont a többség értelmezése az alkotmány szövegét is áttörné, úgy csak valami olyasmit tenne, aminek kizárására az alkotmánybíró esetében sincs garanciánk. E ponton nem azt állítom, hogy helyes vagy célszerű az alkotmányvédelmet az egyszerű többségre bízni, hanem azt, hogy ha nem helyes, nem azért nem helyes, mert az minden esetben az alkotmánykiegészítéssel volna egyenrangú.

4. Kis János álláspontja tehát az, hogy az alkotmány védelmét nem láthatja el sem az alkotmányozó, sem a törvényhozó testület. Nyitott kérdés még azonban, milyen jellegű szervre célszerű bízni az alkotmányvédelmet. A szerző mellett érvel, hogy erre a feladatra egy bíróságszerűen működő testület a legalkalmasabb. Két indoka van ennek alátámasztására. Egyrészt az alkotmányossági döntéseknek komoly elosztási következményeik vannak: bizonyos csoportokat előnyben részesítenek, másokat hátránnyal sújtanak. Ezek a szempontok azonban különbözőek az alkotmányossági kérdések eldöntésekor, s nem lenne szabad, hogy befolyásolják ezeket a döntéseket. Ebben az esetben viszont az a legcélszerűbb, ha a napi politikától viszonylag elszigetelt testülethez telepítjük az ilyen döntések jogát. A másik argumentum a bírák sajátos indoklási kötelezettségére hivatkozik. A bírói ítéletekkel szemben szigorúbb konzisztenciakövetelményeket támasztunk, mint a

parlamenttel szemben: „A döntéseket meg kell indokolni, az indoklásnak pedig ki kell mutatnia, hogy a későbbi döntés ellentmondásmentesen beilleszthető a korábbi döntések közé, támogatást kap tőlük, és megtámogatja őket; ha mégsem, akkor azt kell megmutatni, hogy a korábbi döntések egyike-másika téves volt.” (186. old.) Mindkét érv igen lényeges, s egyiket sem kívánom közvetlenül kétségbe vonni. Fontosnak tartom azonban egy ellenérv megfogalmazását. Kis János könyvében tesz egy igen fontos distinkciót, amikor köznapi demokráciafelfogásunk két jelentésrétegét elkülöníti egymástól. Ennek a köznapi demokráciafelfogásnak egyaránt része az, hogy a hatalom végső soron a néptől származzék (nevezzük ezt *önkormányzati elvnek*), s az, hogy a közösségi döntéseket a nép részvételével hozzák meg (nevezzük ezt *részvételi elvnek*). Ha a nép diktátort ruház fel hatalommal, akkor az ilyen berendezkedés kétségtelenül kielégíti az önkormányzati elvet. Ettől azonban még ezt a politikai berendezkedést nem tekinthetjük demokratikusnak, mivel kétségbeejtően elmarad a részvételi elv által felállított mércétől. A közösség önkorlátozásának elmélete, bármi más hibája legyen is, meggyőzően érvel amellett, hogy az alkotmánybíráskodás nem sérti az önkormányzati elvet. E felfogásban az alkotmánybíró az alkotmányozó megbízottja, s megbízatása arra szól, hogy akár az egyszerű többséggel szemben is érvényesítse az alkotmányozó akaratát. Nem világos azonban számomra, miért tekinti Kis János közömbösnek azt, hogyan teljesít az alkotmánybíró a másik dimenzióban. Az alkotmánybíró tevékenysége nem egyszerűen intellektuális feladat, s a koherencia követelménye nem az egyetlen követelmény, mellyel az „értelmezett alkotmánynak” rendelkeznie kell. Az alkotmány szövege nem pusztán több, hanem több koherens olvasatot is megenged, így még mindig nyitva marad az értékválasztás lehetősége. A koherencia követelménye sem zárja ki az értelmesen fenntartható nézeteltéréseket, amikor különböző alternatívák között dönteni kell. Megítélesem szerint ez a dimenzió nem lehet közömbös az alkotmánybíró legítimitásának megítélésekor, s e dimenzióban az alkotmánybíró vitathatatlanul alulmarad egy demokratikusabb döntéshozatallal szemben. Ha érvelésem helyes, akkor viszont ez a dilemma egy másik, alacsonyabb absztrakciós szinten újraéleszti a kompromisszum-tézist: az alkotmánybíró nem minden dimenzióban a legjobb intézményi megoldás. Vannak komoly előnyei, ugyanakkor legalább egy dimenzióban deficittel küszködik.

5. Kis János elméleti alapvetésének utolsó eleme annak bizonyítása, hogy a közösségnek nemcsak alkotmányos korlátokkal ésszerű megkötnie a saját kezét, s az alkotmányos megkötnések ellenőrzésével egy másik, ráadásul a bíróságokhoz hasonló szervet megbízni, hanem az is ésszerű, hogy ezt a bíróságot széles körű diszkrecionális joggal ruházza fel. Az alkotmányossági felülvizsgálatnak ezt a vonását a szerző a

morális elvek lényegi természetével magyarázza. Ha az alkotmányozók valóban *morális* elveket akartak az alkotmányba foglalni, el kell fogadniuk, hogy ezeknek az elveknek olyan esetekre nézve is lehetnek implikációik, melyeket nem láttak előre, illetve azt is el kell fogadniuk, hogy amennyiben kiderül, tévedtek a szóban forgó elv implikációit illetően, az elv helyes értelmezésének kell elsőbbséget kapnia az eredeti, de helytelen értelmezéssel szemben.²¹

AZ ELSŐ ALKOTMÁNYBÍRÓSÁG MEGÍTÉLÉSE

Térjünk vissza immár az alkotmányértelmezés alternatíváihoz, s a magyar Alkotmánybíróság tevékenységének megítéléséhez. Ha elfogadjuk az eddigi érvelést, annak utolsó (5.) pontja eljuttat minket a legitím alkotmánybírói érvelés határainak megvonnásához. Ha az alkotmányozók valóban morális elveket akartak az Alkotmányba foglalni, akkor azok megkövetelik az érdemi olvasatot. Ebből tehát az következik, hogy az Alkotmány érdemi olvasatát magára vállaló bíraskodás legitímnek tekinthető. Az alkotmány szövegének kritikai értelmezése ezzel szemben valóban elvonná a törvényhozó hatalom hatáskörét, és sértené a népszuverenitás elvét. A bíróság értékelésének éppen ezért a legfontosabb paraméterét az adja Kis János elemzésében, mennyire tartotta tiszteletben a testület az érdemi és a kritikai értelmezés közötti határvonalat. Ez azonban az alkotmánybírói érvelésnek nem az egyetlen értékelési szempontja. Cass Sunstein álláspontját átvéve a szerző azt javasolja, hogy a bírácoknak egy *minimalista* stratégiát kellene követniük, azaz mindig olyan megfontolásokra kellene hivatkozniuk, amelyek a legkisebb mértékben kötik meg a kezüket a jövőre nézve. Emellett a szerző a politikai kérdések doktrínájának egy újszerű értelmezését adja, s ezzel támasztja alá, miért kell a bírácoknak önmérsékletet tanúsítaniuk olyan esetekben, amelyek a költségvetési politikát érintik.

Az első Alkotmánybíróság gyakorlatát elemezve Kis János azt állítja, hogy 1990 és 1992 között a bírósági gyakorlat az alkotmányértelmezés mindkét szélső pólusát érintette. A halálbüntetésre vonatkozó határozat nyújtotta a kritikai, míg az abortuszra vonatkozó határozat a szoros olvasat legpregnansabb példáját. Az előbbi határozatban ezt olvashatjuk: „Az Alkotmánybírósnak folytatnia kell azt a munkáját, hogy értelmezéseiben megfogalmazza az Alkotmány és a benne foglalt jogok elvi alapjait, és ítéleteivel koherens rendszert alkot, amely a ma még gyakran napi politikai érdekből módosított Alkotmány fölött, mint »láthatatlan alkotmány«, az alkotmányosság biztos mércéjéül szolgál; és ezért várhatóan a meghozandó új alkotmánnyal, vagy jövőbeli alkotmányokkal sem kerül ellentétbe.” (ABH. 1990. 98. old.) Ennek a szakasznak az egyik lehetséges olvasata az, hogy a koherens, de láthatatlan Alkotmánynak a mindennapi politikai szempontokból

gyakran módosított valódi, de inkohereus Alkotmány fölött kell állnia. A szerző legfontosabb érve azonban emellett az értelmezés mellett nem a láthatatlan alkotmány metaforáját aknázza ki, hanem azokra az érvekre támaszkodik, melyek szükségszerű részét alkotják a bíróság indoklásának. Az Alkotmány 54. § (1)-e szerint: „A Magyar Köztársaságban minden embernek veleszületett joga van az élethez és az emberi méltósághoz, amelyektől senkit sem lehet önkényesen megfosztani.” A bíróság úgy érvelt azonban, hogy az élethez való jog korlátozhatatlan, s éppen ezért az élettől való nem önkényes megfosztás nem létezik. A bíróság ezáltal – érvel Kis János – egy olyan morális nézetre alapítja álláspontját, mely nem egyeztethető össze a szöveg szoros olvasatával.

Az abortuszdöntés illusztrálja a másik végletet. Itt a bíróság érvelése a következő volt: „A magzat jogalanyiségének kérdése az Alkotmány értelmezésével nem dönthető el. Ezért az Alkotmánybírósnak csak a magzat jogalanyiságáról való törvényhozói döntés után, és attól függően mondhat érdemi véleményt az abortusz adott szabályozásának alkotmányosságáról. [...] A magzat jogalanyiságával kapcsolatban nem áll fenn a tipikus alkotmányértelmezési helyzet. Nem arról van szó, hogy egy általánosan elfogadott és értéksemleges fogalom keretén belül a lehetséges értelmezésekből kell megállapítani, hogy ezek közül melyek férnek össze az Alkotmánnyal, és melyek nem. Alapvetően más jogi helyzet keletkezik attól függően, hogy a magzat jogalany-e, vagy sem. A két lehetséges értelmezés jogi következményei egymást kizárják, ugyanakkor az Alkotmánnyal mindkettőtjük összefér.” (ABH. 1991. 266. old.) Kis János meggyőzően mutatja ki, hogy a két, a szöveggel egyaránt összefüggő, de egymást kölcsönösen kizáró alternatíva közötti választás feladata nem teszi az értelmezést lehetetlenné, sőt éppen ellenkezőleg, ez mindenfajta értelmezés velejárója. Önmagában természetesen nem a szoros szövegolvasattal van a probléma: mivel a bíróság általában hajlandó az ilyen típusú döntésekért vállalni a felelősséget, itt az esettel kapcsolatos speciális érveket kellett volna ismertetnie arra nézve, miért éppen itt bújik ki ez alól a felelősség alól.

A két eset együttes olvasata jól illusztrálja a bíróság gyakorlatának egy további jellemvonását is. A *minimalista* megközelítés javaslatával szemben a bíróság tudatosan törekedett arra, hogy a láthatatlan alkotmány dogmatikai építményét olyan gyorsan építse fel, amilyen gyorsan csak lehetséges. A halálbüntetésre vonatkozó döntés érvelésének kényszerítő erejű, de előre nem látott és nem szándékolt következményei lettek az abortuszügyre nézve, ami jól illusztrálja a *maximalista* bíraskodás buktatóit. A ko-

21 ■ Ennek az érvek leghatásosabb megfogalmazását Ronald Dworkin adja. Ronald Dworkin: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford University Press, New York, 1999. 7–12. old.

rábbi döntés érvelése alapján a bíróság számára kikerülhetetlennek tűnt az a következtetés, hogy a magzatot megilleti az élethez való jog, de a bírák alighanem megjedtek ennek a döntésnek a következményeitől, s nem voltak hajlandók ezt a lépést vállalni. 1992-től kezdődően a bíróság ritkán szorítkozott pusztán a szoros olvasatra, és sohasem tért vissza a kritikai olvasathoz. E módszertani fordulat legfőbb oka a szerző szerint a bíróság önértelmezésében bekövetkezett változásnak volt köszönhető. Véleménye szerint ezt a változást a bíróságnak a kárpótlással és a visszaható hatályú büntetőjogi szabályozással kapcsolatos álláspontja magyarázza. Ezek az esetek természetüknél fogva felszínre hozták a joguralom formális és az igazságosság tartalmi értékei közötti konfliktust. A bíróság önképének ezekben a határozatokban vált meghatározó elemévé az a nézet, hogy neki kell a joguralom formális értékei felett őrködnie, s ezek az értékek elsőbbséget élveznek az igazságosság tartalmi követelményeivel szemben. A bíróság értelmezése szerint ez az értékválasztás a magyarországi politikai átmenet, „a jogállami forradalom” természetét tükrözi.

Kis János álláspontja szerint 1994 után két domináns trend érvényesült az Alkotmánybíróság tevékenységében. Míg az első négy évben a bíróság fokozatosan kiterjesztette az alapjogok védelmi körét, az 1994 utáni periódusban a testület eltávolodott a liberális értelmezéstől, s kifulladt az alapjogok robusztus védelme. A bíróságnak lett volna lehetősége arra, hogy nagy horderejű alapjogi döntéseket hozzon, de elmulasztotta ezt a lehetőséget. Ezzel egy időben a testület mind aktivistábbá vált a szociális jogokhoz való viszonyában. Mint ismeretes, eleinte a bíróság megosztott volt a szociális biztonsághoz való jog értelmezésében. 1995-ben azonban már egyhangú döntésekben nyilvánították alkotmányellenesnek a stabilizációs csomag több rendelkezését is. Kis János kiváló elemzését adja annak a folyamatnak, ahogyan a testület 1991 és 1995 között más területen kidolgozta azt a doktrinális eszköztárat, amely az 1995-ös döntésekben meghatározó szerephez jutott. Véleménye szerint mindkét trend azzal magyarázható, hogy a bírák felfogása mögött meghúzódó, nyíltan nem megfogalmazott politikai-filozófiai háttérfeltevések nem kedveztek a politikai szférán kívüli egyéni szabadságjogok robusztus védelmének, kedveztek ellenben a szociális jogok kiterjesztésének, s az időközben kidolgozott doktrinális keret lehetővé tette ennek a háttérelméletnek az alkotmányjogi kifejezését.

E ponton megítélésem szerint világossá válnak Kis János elemzésének módszertani korlátai. A megelőző fejezetek politikai-filozófiai és jogelméleti elemzése alkalmas fogalmi keretet nyújt annak megítélésére, hol húzódnak a legitim és az illegitim alkotmánybíráskodás határai. Ennek alapján a szerző világos választ tud adni arra kérdésre, mely esetekben lépte át a bíróság ezt a határvonalat. Kis Jánosnak a bírósági döntések *nyilvános indoklására* koncentráló elemzése

alkalmas arra is, hogy kimutassa, hogyan illeszkednek bizonyos döntések más korábbi döntésekhez, s mi következik bizonyos döntésekből a későbbi határozatokra nézve. Ez a fogalmi keret azonban nem kifejezetten alkalmas arra, hogy feltárja a bíróság nyilvános érvelése mögött meghúzódó motivációkat, s bizonyos döntések vagy doktrinális megoldások *okási magyarázatát* adja. Egy olyan elemzés, amely igényt tart a bírák politikai nézeteinek vizsgálatára, illetve a bírói magatartás motivációinak feltárására, további szociológiai (részben szervezetszociológiai) vizsgálódásokat igényelt volna. Ennek hiányában a szerzőnek a bírósági gyakorlat kacskaringóit magyarázó állításai hipotézisek maradnak, még ha ötletes és logikus hipotézisek is.

Számos kritikai megjegyzésem dacára úgy gondolom, Kis János könyve az alkotmánybíráskodásról eddig magyar nyelven megjelent legfontosabb munka. Ez a könyv világít rá ugyanis legvilágosabban, hogy az az axióma, melyre egész alkotmányos kultúránk és alkotmányos intézményrendszerünk épül, maga is megkérdőjelezhető és igazolásra szorul. Ez a könyv tárja eléink az is legjobban, hogy alkotmányos berendezkedésünk igazolásának mennyire bonyolult kérdésekre kell válaszolnia, melyek az igazolás lehetséges irányai, s mi a belső szerkezete az igazolás által felvetett kérdéseknek. Mindezt pedig teszi a tőle megszokott feszes érveléssel és világos stílusban. □