Győrfi Tamás

AMIT SZABAD ÉS AMIT NEM

AZ ÖNRENDELKEZÉSI JOG ÉRTELMEZÉSÉNEK ALTERNATÍVÁI*

This „liberty" is not a series of isolated points ... It is a rational continuum which, broadly speaking, includes a freedom from all substantial arbitrary impositions and purposeless restraints, ...and which also recognizes ...that certain interests require particularly careful scrutiny of the state needs asserted to justify their abridgement.[1]

Aligha kell külön indokolni, hogy miért időszerű manapság az Alkotmánybíróság eddigi tevékenységének egészét mérlegre tenni, s arról átfogó elemzést írni. Nem magától értetődő viszont, hogyan érdemes ennek a munkának nekilátni. Azok számára, akik ilyen elemzésre vállalkoznak, az alapjogi bíráskodás vonatkozásában két megközelítés látszik kézenfekvőnek. Egyrészt, az elemzés maradhat olyan általános kérdésfeltevéseknél, melyek még jogelméleti kategóriákkal kezelhetőek: vizsgálat tárgyává tehető például, hogy mennyire aktivista a magyar alkotmánybíráskodás, milyen értelmezési technikákat használ fel a testület, milyen funkciókat tulajdonít az alapjogoknak, kik lehetnek egyáltalán jogok alanyai, vagy léteznek-e abszolút jogok a bíróság felfogása szerint. Másrészt, az elemzés kísérletet tehet a vonatkozó döntések katalogizálására, s megpróbálhat az „empirikus anyag" teljes feltérképezése után bizonyos tendenciákat megállapítani. Bár a második típusú megközelítés itt terjedelmi okokból nem lenne kivitelezhető, önmagában mindkét módszer megfelelő és hasznos lehet. E helyen mégis egy harmadik úttal kísérletezem, mely az elsőnél talán többet elárul a magyar alapjogi rendszer és az Alkotmánybíróság eddigi örökségének sajátosságáról, a másodiknál pedig – noha nem annyira átfogó, mint az – mélyebb elemzést tesz lehetővé. A kísérlet igazolásához fel kell oldani egy látszólagos paradoxont: elemzésem tárgya *egy* jog, nevezetesen az önrendelkezésé, ugyanakkor mégis azzal az igénnyel lép fel, hogy az alapjogokkal kapcsolatos gyakorlatnak ha nem is egészét, de egy igen lényeges szeletét érintse. Ez a paradoxon – úgy gondolom – feloldható, amennyiben elfogadjuk, (1) hogy a vizsgálat tárgyává tett jog sokat elárul arról, hogy az alkotmány általában hogyan, *milyen terjedelemben és milyen erősen* védi szabadságunkat, és (2) a szabadság az alkotmány által védett egyik legfontosabb érték, s az úgynevezett védelmi funkció ellátása az alapjogok elsődleges feladata. Tanulmányomban megpróbálom bizonyítani az (1) pont alatti kijelentés helyességét, a (2) pont alatti állítást azonban e helyen magától értetődőnek tekintem, s nem fogom további érvekkel alátámasztani.

AZ ÉRTELMEZÉS NEHÉZSÉGE

Az általános cselekvési szabadság joga nem szerepel alkotmányunkban, azt az Alkotmánybíróság legelső határozatainak egyikében az általános személyiségi jogból vezette le, szövegszerűen pedig az emberi méltóságot védő alkotmányhelyre alapította: „Az Alkotmánybíróság az emberi méltósághoz való jogot az úgynevezett 'általános személyiségi jog' egyik megfogalmazásának tekinti. A modern alkotmányok, illetve alkotmánybírósági gyakorlat az általános személyiségi jogot különféle aspektusaival nevezik meg: pl. a személyiség szabad kibontakoztatásához való jogként, az önrendelkezés szabadságához való jogként, általános cselekvési szabadságként, avagy a magánszférához való jogként. Az általános személyiségi jog '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." [8/1990. (IV. 23.) AB határozat. ABH 1990, 44-45.] Bár tanulmányom fő célja annak a tartalmi kérdésnek a vizsgálata, hogy hol és hogyan húzza meg a bíróság az egyén szabadsága és az állam hatalma közötti képzeletbeli demarkációs vonalat, azt hiszem elengedhetetlen két előkérdést érintenünk. Egyrészt, nem mehetünk el szó nélkül amellett, hogy többen mindenestül kétségbe vonják az Alkotmánybíróság érvelése mögött meghúzódó értelmezéselmélet legitimitását. Másrészt, pontosításra szorul az elemzés tárgya, s meg kell indokolni, hogy ebből a jogegyüttesből miért éppen az általános cselekvési szabadságot és az önrendelkezési jogot állítom elemzésem középpontjába.

1. A rigorózusabb érvelésre rest anti-aktivisták mindig kéznél levő ütőkártyája, a láthatatlan alkot-

* *A tanulmány az OTKA támogatásával készült (F 025484. számú szerződés).*

mány metaforája mellett talán az anyajogok fentebb vázolt doktrínája szolgált leggyakrabban az Alkotmánybíróság szembeni azon vádak alapjául, melyek szerint a testület aktivista és politizál. Hogy ezt a vádat értékelni tudjuk, vizsgáljuk meg, hogy mi lenne az emberi méltósághoz való jog értelmezésekor egy következetes anti-aktivista álláspont. Magam az Alkotmánybíróság kritikusa előtt e ponton öt érvelési lehetőséget látok. (1) E képzeletbeli kritikus mondhatja azt, hogy az emberi méltósághoz való jogot – mivel e fogalom túl absztrakt, s nagy teret enged a bírói diszkréciónak – *egyáltalán* nem kell alkalmazni, annak semmilyen súlyt nem kell tulajdonítani. Ez viszont alkotmányjogilag legalább olyan aggályos, mint az alkotmányban nem nevesített jogok kialakítása, hiszen a mai magyar alkotmányban benne van az emberi méltósághoz való jogra vonatkozó szakasz, s *Kilényi Géza* egy kijelentésének parafrázisát adva, nem tehet úgy a bíróság, mintha egy olyan alkotmányt értelmezne, melyben nincs benne. [26/1993. (IV. 29.) AB határozat. ABH 1993, 206] Ez az érv rámutat arra, hogy bár az alkotmánybíráskodás körüli diskurzusban az *anti-aktivista* és a *textualista* jelzőket egymás szinonimájának szokták tekinteni, az anti-aktivizmus mögött egyszerre több érv is meghúzódhat, s ezek között nincsen szükségszerű összefüggés. Másképpen megfogalmazva, a bírói diszkréció minimalizálásának igénye, melyet az anti-aktivista az Alkotmánybíróság legitimációjára és szervezeti felépítésére vonatkozó intézményi megfontolások miatt tart kívánatosnak, és a szövegnek leginkább megfelelő értelmezés követelménye két fogalmilag szétválasztható szempont, s a kettő viszonya esetleges. Bár fontosnak tartom az anti-aktivisták intézményi megfontolásait, *ebben a formában* ez az érv ütközik az alkotmány szövegével. (2) Az előző érvnek egy variánsa, miszerint maga a bíróság nem alkalmazhat ilyen absztrakt normát, mivel az túl nagy diszkréciót biztosít számára, ezért az ilyen kérdésekben a törvényhozónak kell állást foglalnia. Ez az érv azonban túl sokat „bizonyít": ha logikáját következetesen végigvisszük, vagy minden esetben a törvényhozónak kellene döntenie, amikor a bíróknak mérlegelési joga van, vagy azt kellene bizonyítani, hogy az emberi méltósághoz való jog értelmezése *logikailag* különbözik mondjuk a szólásszabadságétól. (3) Mondhatja az anti-aktivista azt, hogy az Alkotmánybíróság által az emberi méltóságból „kiolvasztott" nem nevesített jogok *nem esetei* az emberi méltóságnak, azok kívül vannak a szöveg lehetséges értelmezésén, s *contra legem* értelmezéshez vezettek. Ha azonban a kritikus állást foglal abban a kérdésben, hogy mi következik az emberi méltóságból, s mi nem, akkor nem tesz mást, mint a szóban forgó jognak az alkotmánybírákéval versengő értelmezését adja; s ekkor tevékenysége *minőségileg* semmiben sem különbözik a bíróságétól. (Ettől persze érvelése lehet a bíróságétól jobb, meggyőzőbb.) (4) Mondhatja azt, hogy bár az Alkotmánybíróság jogosult az emberi méltósághoz való jogra hivatkozni, nem hivatkozhat olyan közvetítő jogokra, mint például a testi integritáshoz, vagy a házasságkötéshez való jog. Ezek a származtatott jogok[2] azonban, amennyiben a lehetséges értelmezések körén belül vannak, s így nem vonatkozik rájuk az előző ellenérv, valójában csak *közvetítő kategóriák*, melyek – bármily tökéletlenül is – konkretizálják, pontosítják az általánosabb fogalmakat. Éppen ezért önmagában ez az érv, az előző segítsége nélkül, nem szolgálja az anti-aktivista ügyét, hiszen e közvetítő fogalmak kiszámíthatóbbá teszik az ítélkezést, s csökkentik a bíróság diszkrécióját. (5) Mondhatja azt a kritikus, hogy mivel az emberi méltóság igen absztrakt fogalom, nem lehet rá közvetlenül jogokat alapítani, viszont figyelembe lehet venni mint államcélt[3], vagy mint más jogok értelmezésénél használatos segédelvet. Ha viszont ez a stratégia csupán az emberi méltóság fogalmának hatástalanítását szolgálja, akkor visszaérünk az (1) alatti állásponthoz, ellenkező esetben viszont e stratégia ugyanúgy a bíróságéval versengő értelmezést követel, mint a (3) alatti. Megítélésem szerint tehát a bíróság azzal, hogy az emberi méltósághoz való jogból az alkotmányban nem nevesített jogokat vezetett le, önmagában nem követett el hibát. Ugyanakkor a fentiekből két fontos szempont levonható az értelmezésre nézve. Egyrészt, való igaz, a magyar alkotmány nem tartalmazza sem az általános cselekvési szabadsághoz, sem az önrendelkezéshez való jogot, ezeket a bíróság az emberi méltósághoz való jogból vezette le. Ez a tény, ha nem is látja el precíz kontúrokkal a szóban forgó jogokat, legalább kijelöli az *érvelés irányát:* az önrendelkezést és a szabadságot *azért és annyiban* kell az alkotmánynak védelemben részesítenie, mert és amennyiben az védi az emberi méltóságot.[4] Másrészt, az értelmezésnek komolyan kell vennie az anti-aktivista kritikus intézményi aggályait, s más tényezőket egyenlőnek véve azt az értelmezést kell jobbnak tekinteni, amelyik inkább összeegyeztethető az Alkotmánybíróságnak a hatalmi ágak rendszerében elfoglalt helyével. Az aktivizmus kérdéskörét hadd zárjam azzal a megjegyzéssel, hogy bár az elemzők szívesen skatulyázzák az egyes bírókat aszerint, hogy azok aktivisták-e vagy sem[5], témánk vonatkozásában a bíróságon belül teljesnek tűnik az egyetértés. A két abortusz-határozatban például minden bíró elfogadta azt, hogy a terhes nőt megilleti az önrendelkezési jog, s e jogot erős alapjogi védelemben kell részesíteni. Ebből tehát az következik, hogy a bírók szerint (1) a méltósághoz való jogot lehet ér-

telmezni, (2) azt nekik kell értelmezni, (3) annak része az önrendelkezési jog, s (4) az önrendelkezési jog kiterjed a terhes nő azon döntésére, hogy megtartsa-e magzatát. Ez a tény annak fényében különösen figyelemreméltó, hogy az amerikai gyakorlatban az abortusszal kapcsolatos legmélyebb nézeteltérés éppen ebben a „kiinduló" kérdésben mutatkozott.[6] Ha tehát az anyajogok vonatkozásában egyáltalán van értelme textualista bíróról beszélni, akkor az ilyenfajta textualizmus aligha a gyakorlat egészét elutasító, elvi alapokon nyugvó álláspont, hanem valamilyen explicitté nem tett ismérv szerint válogató, szelektív textualizmus, s ezáltal egyben szelektív aktivizmus[7].

2. Ha felidézzük az általános személyiségi jogot megalapozó határozat szövegét, láthatjuk, hogy abban az alkotmánybírák példálózva sorolták fel az *általános személyiségi jog* különböző „aspektusait". Bár az általános személyiségi jog valamennyi megfogalmazása sok értelmezést tesz lehetővé, s így ezek egyik vagy másik olvasata mellett szinte lehetetlen perdöntő szemantikai érveket felsorakoztatni, e fogalmak talán mégsem minden szemantikai tartalom nélkül valók. Úgy gondolom, hogy a fentebb említett jogok nem használhatók szinonimákként, s nem is az általános (emberi méltóság) és a különös (pl. cselekvési szabadság) viszonyában állnak egymással, kapcsolatukat inkább több, egymást *részben* átfedő halmazként lehetne ábrázolni. Egyet lehet érteni azzal a mind a magyar,[8] mind a német[9] alkotmánybíróságok által osztott nézettel, hogy az *emberi méltósághoz való jognak* vannak olyan aspektusai is, melyek nem ragadhatók meg sem a szabadság, sem az önrendelkezés fogalmaival. Ugyanez a helyzet megítélésem szerint mind az *általános személyiségi joggal,* mind a *magánszférához való joggal:* mindkettőt meg lehet sérteni anélkül, hogy az egyén cselekvési szabadságát megsértenénk, s ugyanez fordítva is igaz. E vonatkozásban intő példa lehet az első amerikai abortusz-határozat, melyet részben éppen azért értek heves támadások,[10] mert a bíróság a *privacy* – a fogamzásgátlókkal kapcsolatos korábbi határozatában használt – fogalmát terjesztette ki a terhes nő önrendelkezési igényére is, vagyis egy olyan esetre, ami egyszerűen szétfeszíti a privacy fogalmának hagyományos értelmezését. A bíróság a *Whalen v. Roe*-ügyben[11] jutott el annak kimondásához, hogy itt tulajdonképpen több, egymástól különböző érdekről van szó, egyrészt a magánszférának az információs vonatkozásáról, másrészt pedig bizonyos, az egyén számára fontos *döntések* meghozatalának szabadságáról. (A későbbiekben részben ezért cserélte a testület a *right to privacy* fogalmát a liberty interest kifejezésre.) A német alkotmányjogi dogmatika szintén viszonylag világosan elválasztja egymástól az ugyanabból az alkotmányhelyből levezetett *általános cselekvési szabadságot és általános személyiségi jogot,* s bárhogyan is húzza meg valaki ez utóbbi terrénumát, az bizonyosan szűkebb lesz az általános cselekvési szabadságénál. Ennek a joggyakorlatnak az álláspontjából az következik tehát, hogy az általános személyiségi jog szűkebb fogalmából nem lehet levezetni az általános cselekvési szabadság átfogóbb kategóriáját. A tanulság az, hogy mind a magánszférához való jognak, mind a személyiségi jogoknak van egy olyan magja, mely önálló, s kiemelt védelemre érdemes; ha a végletekig kitágítjuk e jogok értelmezési tartományát, akkor éppen ezeknek a sajátos érdekeknek a kiemelt védelmét veszélyeztetjük. Míg a *privacy* alkotmányjogi fogalmának magja durván az *információ-visszatartáshoz,* illetve ezen keresztül bizonyos *helyek* védelméhez kötődik, addig a személyiségi jogok klasszikus esetei, a hírnévhez, a becsülethez, a képmáshoz és a névhez való jog az egyén *társadalmi reputációját* védik.[12] A fenti elhatárolások tehát pontosítják elemzésem tárgyát: az általános személyiségi jog és a magánszférához való jog csak annyiban fontos számomra, amennyiben azok egyúttal az egyén szabadságát is védik, viszont az egyén szabadságának azon eseteit is vizsgálnunk kell, melyek csak erőltetetten lennének a másik két jog alá vonhatók. Nem képezik elemzésem tárgyát az emberi méltósághoz való jognak azon vonatkozásai sem, melyek nem érintik az egyén szabadságát. (Ugyanakkor, mint azt fentebb említettem, az egyén szabadsága alkotmányjogilag csak annyiban releváns, amennyiben kapcsolatba hozható az emberi méltósággal.)

AZ ÉRVELÉS SZERKEZETE

Az általános szabadságjog minden értelmezésének, ha az a magyar alkotmányból kibontott szabadságjog értelmezése akar maradni, illeszkednie kell az Alkotmánybíróság e tárgyban megszületett döntéseihez. Ugyanakkor úgy gondolom, hogy a bíróság vonatkozó gyakorlata ahhoz még nem elég „testes", hogy világosan látsszanak e jog körvonalai; másrészt az sem biztos, hogy ez a gyakorlat ellentmondásmentes. Éppen ezért többször az Alkotmánybíróság más doktrínáinak segítségével fogok érvelni, az azokkal vonható analógiákat hívom segítségül. Érvelésemben nemcsak az eddigi gyakorlat leírására szorítkozom, hanem annak értékelésére is törekszem.

Kiinduló tézisem az, hogy az általános szabadságjognak az alkotmánybírák által adott megalapozása szabadságunk *terjedelmét* illetően két különböző olvasatot tesz lehetővé. Az egyik szerint az általános szabadságjog, csakúgy, mint az emberi méltósághoz való jog, melyből levezették, csak a jogi érvelés egyik

lépcsőjét jelenti. Ennek megfelelően a *bíróságnak* ad arra általános felhatalmazást, hogy védelembe részesítse a szabadság további, más jogok által le nem fedett, de többé-kevésbé mégiscsak jól körülhatárolt eseteit. Ebben az esetben az *állampolgár* szabadsághoz való joga nem általános, csak *bizonyos tárgyú* döntései és tettei részesülnek e jog oltalmában. Ez a felfogás tehát egy *szubszidiárius*, de *korlátozott* szabadságjogot alapoz meg. Mivel ez a megközelítés igen gyakran együtt jár, bár nem függ szükségszerűen össze azzal az állásponttal, miszerint az alkotmánynak csak a szabadság *fontos* megnyilvánulásait kell védenie, nevezzük ezt a jogot erős szabadságjognak. Az alkotmányos szabadságjogok elsődleges feladata, hogy korlátokat állítsanak az állam hatalmával szemben. Egy térbeli metaforával élve, a szabadságjogok határolják körül az egyén szabadságának azt a szféráját, ahová az állam nem léphet be. Hogy hol húzódik az állam hatalma és az egyén szabadsága közötti „demarkációs vonal", az részben az alkotmány, részben a bírói alkotmányértelmezés függvénye. Az erős szabadságjog elméleti jelentőségét az adja, hogy e felfogásból következően az egyén szabadsága és az állam hatalma közötti demarkációs vonal nem egyszer s mindenkorra rögzített, hanem folyamatosan változik, s ez a változás nemcsak abból adódik, hogy az Alkotmánybíróság kénytelen újra- és újraértelmezni a nevesített szabadságjogok tartalmát, hanem abból is, hogy még *nem nevesített* szabadságjogokat adhat hozzá a tételesen felsorolt jogok listájához.[13]

A másik olvasat szerint a szóban forgó jog a szabadságot a cselekvés *tárgyától függetlenül, minden esetben* védi, s *prima facie* érvet szolgáltat az állampolgár cselekvési szabadsága mellett.[14] Ez a jog, mivel igen gyakran alulmarad más érdekekkel szemben, szükségképpen gyenge lesz, jelentősége abban rejlik, hogy *vélelmet* állít fel az egyén szabadsága mellett, s ebből következően az igazolás terhét a szabadságot korlátozni kívánó államra telepíti. Tartsuk fenn az általános jelzőt az e felfogásnak megfelelő szabadságjogra. (Ez a szabadságjog is szubszidiárius, hiszen a bíróság csak akkor hivatkozik rá, amikor más nevesített szabadságjog nem áll rendelkezésére.)

A német Alkotmánybíróság a személyiség szabad kibontakoztatásához való jog (Art. 2 Abs. 1 GG) értelmezése során érvelt úgy, hogy ez a jog nemcsak bizonyos területeken védi az egyén szabadságát, hanem egy általános szabadságjogot alapoz meg, mely az egyén minden cselekedetére kiterjed *(allgemeine Handlungsfreiheit)*. A bíróság az általános szabadságjogot megalapozó doktrínáját éppen egy olyan nézettel vitatkozva fejtette ki, mely a Grundgesetz vonatkozó szakaszának védelmét csupán az egyén szellemi-morális személyiségére terjesztette volna ki.[15] Annak ellenére, hogy a cselekvési szabadság jogát a bíróság általánosnak tartja, ugyanúgy az arányosság háromlépcsős tesztjét alkalmazza ebben az esetben, mint a többi alapjog korlátozásának alkotmányossági elbírálásánál. Másfelől viszont a bíróság különbséget tett az egyén életének különböző szférái között, s arra a következtetésre jutott, hogy van az egyén életének egy olyan szférája, mely abszolút védelmet élvez, s e körön belül nem alkalmazható még az alapjogi teszt sem, mivel nincs helye az érdekek mérlegelésének.[16]

Az amerikai gyakorlat ismeri mind az erős, mind az általános szabadságjogot. Az uralkodó álláspont szerint e bíróság előtt a vizsgálatnak azzal kell indulnia, hogy a szabadság valamely vonatkozása alapvető-e. Az alapvető szabadságok köre azonban itt sem lezárt. Az amerikai jogi kultúrának régóta része az a gondolat,[17] hogy az alkotmány a tételesen megfogalmazott szabadságjogokon túl *implicit* korlátokat állít a törvényhozó hatalmával szemben, melyekből további, az alkotmányban szövegszerűen nem szereplő jogok *(unenumerated rights)* vezethetők le. Ez a régi hagyomány a 20. század elején kapott igazán erőre, s erre a célra a bíróság a 14. kiegészítés „due process" klauzuláját használta fel.[18] A *Lochner v. New York*-ügy[19], melyről egy egész korszak alkotmánybíráskodását elnevezték, egy, a pékek számára maximális munkaidőt megállapító törvényt érvénytelenített. Bár az alkotmány szövege csak abban az esetben tiltja az egyén szabadságának korlátozását, ha az nem a törvénynek megfelelő *eljárás* útján történik, a Lochner-bíróság szerint a testületnek tartalmi szempontokat is vizsgálni kellett, nevezetesen, hogy a vizsgált jogszabály nem avatkozik-e be az egyén szabadságába észszerűtlen, szükségtelen és önkényes módon. Ennek megfelelően a doktrínát *substantive due process*-nek, tartalmilag megfelelő eljárásnak keresztelték el. Bár a bíróság több kritikusa is – nem ok nélkül – fogalmi ellentmondásnak tekintette ezt a kifejezést, mára a bírói gyakorlat ebben a vonatkozásban teljesen egyértelmű: a 14. kiegészítés nemcsak eljárási, hanem tartalmi korlátokat is állít az állam hatalmával szemben. A 19. században a *Barron v. Baltimore*-eset[20] tette világossá, hogy az első nyolc kiegészítésben szereplő szabadságjogok nem alkalmazhatók a tagállamok törvényhozásával szemben. A polgárháború után született 14. kiegészítés azonban kiterjesztette a tagállamok törvényhozására is az alapjogi katalógus hatályát. Sokáig vitatott maradt viszont az, hogy mit is kell a tagállamokra alkalmazni. Az úgynevezett inkorporációs vitában Black bíró képviselte azt az álláspontot, mely szerint a 14. kiegészítés szabadság-fogalma nem más, mint az első nyolc kiegészítésben fellelhető szabadságjogok rövidített megfogalmazása, s a due process klauzula egy utaló szabály (ez volt a teljes

inkorporáció tana). E nézet szerint tehát a tagállamokkal szemben csak a Bill of Rights-ban szereplő szabadságjogokat kell alkalmazni, másrészt azt mindet alkalmazni kell. Az uralkodó felfogás szerint, melynek Frankfurter bíró adta a legrészletesebb kifejtését, a 14. kiegészítés egyrészt nem foglalja magába az első nyolc kiegészítés valamennyi szabadságjogát, másrészt azok nem is merítik ki a 14. kiegészítés szabadság-fogalmát. Ebből következően viszont a bíróknak kell meghatározniuk, hogy egy szabadság alapvető-e vagy sem, s nincs olyan általános kalkulus, mely minden esetre eldöntené a kérdést. Bár a szelektív inkorporáció tana eredetileg a tagállamok autonómiáját volt hivatott védeni (lévén, hogy ezáltal mentesültek a Bill of Rights-ban található bizonyos korlátozásoktól), a későbbiekben nem annyira annak lett jelentősége, hogy mit vesz el a due process klauzula a Bill of Rights-ból, hanem hogy mit ad ahhoz hozzá. Az „íratlan jogok" modern karrierje valójában 1965-ben, a *Griswold v. Connecticut*-esettel[21] kezdődött, amikor is egy olyan törvényt nyilvánított alkotmányellenessé a bíróság, mely megtiltotta a fogamzásgátló tabletták használatát. A döntés újdonsága egyrészt abban állt, hogy „újra felfedezte" az alkotmány 9. kiegészítését, mely igen erős szövegszerű érvet szolgáltatott az implicit korlátok doktrínája számára.[22] Másrészt, s ez a fontosabb, azt a „reziduális szabadságot", amit due process klauzula szabadságfogalmának a tételesen megfogalmazott jogokon túlmenő többlete ad, itt konceptualizálta először a bíróság többsége a magánszférához való jogként (the right to privacy). Számunkra itt most e joggyakorlatból az a fontos, hogy ha egy jog a Legfelsőbb Bíróság megítélése szerint alapvető, akkor az úgynevezett szigorú vizsgálatot (strict scrutiny) kell alkalmazni, vagyis a jogot csak akkor lehet korlátozni, ha az feltétlenül szükséges és valamilyen kényszerítő indok miatt történik. Az itt használt terminológiára lefordítva tehát, a due process klauzula részint erős szabadságjogként működik. Ha a szabadság valamely vonatkozása nem is bizonyul alapvetőnek, elméletileg ilyenkor sem marad teljesen védelem nélkül. Ilyenkor a bíróság a minimális racionalitás (mere rationality) jóval engedékenyebb tesztjét alkalmazza, mely csak azt kívánja a törvénytől, hogy az valamilyen megengedett, legitim célt tűzzön maga elé, s a választott eszköz és az elérendő cél között racionális összefüggés legyen. E vonatkozásában tehát a due process klauzula egy általános – bár fölöttébb gyenge – szabadságjogot létesít.

Az eddig elmondottakból három lehetséges stratégia körvonalazódik: (1) a bíróság egy erős szabadságjog mellett kötelezi el magát; ekkor azonban nem térhet ki az elől, hogy valamilyen kiválasztási módszert, vagy konceptuális határvonalat húzzon meg arra vonatkozóan, hogy a szabadság mely vonatkozásai részesülnek kiemelt védelemben. (2) Érvelhet a testület egy általános szabadságjog mellett, a német gyakorlathoz hasonlóan ugyanazt a kritériumrendszert alkalmazva minden esetre. Ez a felfogás nem inkoherens,[23] ugyanakkor kérdéses, hogy egy ilyen felfogás következik-e az emberi méltóság fogalmának bármilyen értelmezéséből, illetve hogy célszerű-e, s intézményes megfontolásokkal indokolható-e az alapjogi teszt nehézfegyverzetét bevetni a szabadság korlátozásának triviális eseteire. (3) Végül alkalmazhat a bíróság egy, az amerikaihoz, s részben a némethez hasonló kétszintű megközelítést, fokozott védelemben részesítve a szabadsághoz fűződő bizonyos érdekeket. Ekkor azonban ismét szemben találjuk magunkat az első stratégia nehézségével, vagyis a kiválasztott szabadságok határmegvonásának problémájával.

Bár az Alkotmánybíróság szóhasználata időnként azt sugallja,[24] hogy egy erős szabadságjog mellett kötelezte el magát, aligha ez a testület eddigi gyakorlatának legjobb olvasata. Egyrészt, ha a vizsgált jog csak a személyes autonómia magját hivatott védeni, akkor az alkotmánybírák érvelésében van egy hiányzó láncszem: a bíróság ugyanis elmulasztotta megfogalmazni azt a kritériumrendszert, mely alkalmas lenne annak megállapítására, hogy mi tekinthető az ember érinthetetlen lényegének, vagy az autonómia magjának. Ha ezt a felfogást vallja a bíróság, akkor az abortusz esetében például nem elég a terhes nő önrendelkezési jogára hivatkozni, hanem azt is indokolni kell, hogy miért szorul alkotmányos védelemre az önrendelkezésnek éppen ez az esete. Aligha vitatható, hogy ez az eset egy erős szabadságjog minden hihető értelmezésének része lesz, így állításomból nem következik, hogy a bíróság a konkrét ügyet indokolatlanul vonta volna egy erős szabadságjog fogalma alá. Annak azonban, hogy miért így járt el ekkor a testület, igen fontos szerepe lehet olyan határesetekben, melyek csak az erős szabadságjog bizonyos igazolásaival támaszthatók alá. Másrészt, vannak a bíróságnak olyan döntései, melyek megítélésem szerint nem támaszthatók alá egy erős szabadságjog semmilyen hihető értelmezésével. Az emberi méltóság anyajog jellegét alátámasztó határozat azt vizsgálta például, hogy a munkaviszonyt érintő kérdésben a szakszervezet eljárhat-e a dolgozó nevében, helyette, esetleg akarata ellenére; egy másik ügy pedig hasonló kérdést vetett fel a korengedményes nyugdíj vonatkozásában. [11/1996. (III. 13.) AB határozat.] Ugyancsak kakukktojás lenne ebben a sorban a gazdálkodó szervezetek azon joga, hogy művészeti szempontból előírt elbírálás nélkül megvehessenek műalkotásokat. [24/1996. (VI. 25.) AB határozat.] Abban a kérdésben, hogy a

második és a harmadik variáció közül melyik áll közelebb a bíróság eddigi gyakorlatához, egyelőre még korai lenne állást foglalni,[25] s a kérdésre a későbbiekben még visszatérek.

Ha megfelelő a szabadságjog problémájának itt adott elemzése, akkor a következő alfejezetekben legalább három kérdést kellene érintenünk. Először is, milyen érvek szólnak egy általános szabadságjog mellett? Másodszor, ha elfogadjuk egy ilyen jog létezését, akkor ezekben az esetekben milyen tesztet kellene a bíróságnak alkalmaznia? Harmadszor pedig, ha egy kétszintű megközelítést fogadunk el, akkor hogyan vonjuk meg a kiemelt védelemre érdemes szabadságok körét? Mielőtt azonban ezekhez a kérdésekhez fordulnék, egy olyan érvet vizsgálok meg, mely módosítja az itt felvázolt fogalmi keretet, s tovább bonyolítja a képet. Az eddigiekben a lehetőség szerint megpróbáltam mindenütt a szabadság fogalmát használni, s elkerülni az önrendelkezés kifejezést, mivel a két fogalmat nem tekintem szinonimnak.[26] Számunkra a legfontosabb különbség, hogy az önrendelkezés fogalma implicit módon előfeltételez valamilyen emberfelfogást, csak ennek fényében tudjuk eldönteni, hogy mi minősül önrendelkezésnek. A szabadság fogalmával ellentétben tehát ennek a jognak kell hogy legyen valamilyen „beépített" lehatároló eszköze a szabadság kiterjedését illetően. Ha ezt elfogadjuk, akkor tovább növekszik megoldandó kérdéseink száma. Nem lehet, hogy éppen az önrendelkezés lesz az a határvonal, mely kimetszi az erősebben védendő szabadságok körét? Vagy éppen megfordítva, az önrendelkezés lesz az a külső határvonal, ameddig egyáltalán prima facie védelemre érdemes a szabadság? És ha ez a helyzet, akkor vannak-e az önrendelkezésnek olyan esetei, melyek erősebben védendőek, s mik lesznek ezek? Ezeket a kérdéseket is szem előtt tartva a következőképpen fogok haladni: Először egy általános szabadságjog melletti indokokat vizsgálom meg. Ha erre nézve jó érvek vannak, akkor ebben, mint többen a kevesebb, benne vannak egy általános önrendelkezési jog melletti érvek is. Ezután különbséget teszek az önrendelkezési jog két felfogása között: az egyik a John Stuart Mill inspirálta kár-elv, míg a másik valamilyen fontossági kritérium segítségével húzza meg az önrendelkezési jog kontúrjait. Amellett fogok érvelni, hogy a Mill-féle elv haszonnal alkalmazható, s bizonyos alkotmányos doktrínák amellett szólnak, hogy az így körvonalazott önrendelkezési jogot erős védelemben részesítsük. Ez az elv azonban nem képes megalapozni az önrendelkezési jog teljes elméletét, éppen ezért kiegészítésre szorul. Az utolsó pontban e kiegészítés lehetőségére térek ki, s felvázolok három olyan elvet, mely segítségünkre lehet az erős önrendelkezési jog határainak megvonásánál.

AZ ÁLTALÁNOS SZABADSÁGJOG

Azt az állítást, hogy a magyar alkotmánybírósági gyakorlatban *létezik* egy általános önrendelkezési jog, vagy szabadságjog, valószínűsíteni lehet azzal, hogy a bíróság a szabadság olyan dimenzióit is védelmébe vette eddig, amelyek nehezen tekinthetők a személyiség magvához tartozó fontos szabadságoknak. Az, hogy ez a szabadság hogyan vezethető le az emberi méltósághoz való jogból, pontosabban hogyan *indokolható* annak segítségével, alig található meg ezekben a határozatokban; e helyeken a bíróság jobbára arra szorítkozik, hogy hivatkozik az emberi méltóság anyajog mivoltát megalapozó határozatának szövegére mint a bíróság állandó gyakorlatára. Egy ilyen igazolás azonban nemcsak elméletileg lehetséges, hanem az alkotmánybírósági gyakorlat más doktrínáival is alátámasztható, s nyomokban szövegszerűen is tetten érhető e gyakorlatban. Ez a kerülőút a diszkrimináció tilalmára vonatkozó alkotmánybírósági gyakorlat analógiáján keresztül vezethet el az igazoláshoz. Az Alkotmánybíróság praxisában, ha nem is övezi a szükségesség/arányosság tesztjéhez hasonló konszenzus, de mégis állandó gyakorlatnak, s többségi álláspontnak tekinthető, hogy a hátrányos megkülönböztetés nemcsak az alapjogok tekintetében megengedhetetlen, hanem minden egyéb esetben, ha ez a különbségtétel nem támasztható alá érvekkel, vagyis önkényes. Az is világos, hogy ebben az esetben az Alkotmánybíróság a szükségesség/arányosság tesztjénél gyengébb kritériumrendszert alkalmaz.[27]

A diszkrimináció tilalmára vonatkozó szabálynak egyik alapvető sajátossága az, hogy a többi alapjoggal ellentétben nincsen önálló tárgya, nem érdekek egy speciális csokrát védi. Sajátossága abban áll, hogy egy *meghatározott fázisban* ragadja meg a személy érdekeinek védelmét. Ha az alapjogok vizsgálatával kapcsolatosan újra a mérlegelés metaforájával élünk, úgy a diszkrimináció tilalma – főszabályként – nem azt mondja meg, hogy mi az az érdek, amit az alapjog véd, s amit a mérleg egyik serpenyőjébe helyezünk (mint például a szólásszabadság, vallásszabadság, szociális biztonság), hanem magára a mérlegelés követelményére utalunk: e jogból az a követelmény származik, hogy mindenki érdekeit egyenlő körültekintéssel mérlegeljük. De jó okkal vonható-e analógia az általános szabadságjog és a diszkrimináció tilalma között? A választ az önkényesség fogalmában kell keresnünk.[28] Fontos látnunk, hogy mi az önkényesség és a hátrányos megkülönböztetés fogalmai között a viszony, pontosabban merre mutat az *igazolás iránya*. Nem azért önkényes egy szabályozás, mert megkülönböztetést alkalmaz (hiszen ekkor minden megkülönböztetés megengedhetetlen lenne), hanem meg-

fordítva, *azért*, és annyiban hátrányos valamely megkülönböztetés, amiért és amennyiben önkényes. De ha azért megengedhetetlen valamely megkülönböztetés, mert önkényes, s ez indokolja a diszkriminációra vonatkozó jelenlegi doktrínát, akkor indokolt az önkényesség más eseteivel szemben is alkotmányos biztosítékokat adni. A diszkrimináció tilalmára vonatkozó alapjog abban is különbözik más alapjogoktól, hogy az általa létrehozott jogviszony logikai szerkezete sajátos, hiszen *per definitionem* legalább háromelemű „jogviszonyokat" keletkeztet. Az állam fogalmi okokból csak két (vagy több) állampolgára, vagy ezek csoportjai között tud megkülönböztetni. Logikailag semmi sem zárja azonban ki, hogy az állam önkényesen, de megkülönböztetés nélkül járjon el minden állampolgárával szemben.[29] (Kirchof szellemes megállapításának parafrázisát adva, Robinson Crusoe-val szemben egy képzeletbeli állam intézkedése elvileg lehet önkényes, de fogalmilag kizárt, hogy diszkriminatív legyen.[30]) Ha az önkényesség tilalma az igazoló elv, akkor lehetőséget kell adnunk arra, hogy ez a kétoldalú jogviszonyokban is érvényesülhessen. Ebből az elvi lehetőségből azonban még nem következik, hogy éppen a szabadság védelmére kell az önkényesség tilalmát kiterjesztenünk. Ehhez egy további lépésre is szükség van. Önkényességről általában olyankor szokás beszélni, ha valaki nem támaszt alá érvekkel valamit, amit pedig *alá kellene támasztania*. Ha két teljesen egyenrangú cselekvési alternatíva között kell választanom, akkor nem helyénvaló önkényességről beszélni még abban az esetben sem, ha nem adok semmilyen érvet arra nézve, hogy miért éppen az egyik alternatívát részesítem előnyben a másikkal szemben. Az általános szabadságjog alátámasztásához tehát annak a további állításnak az elfogadására van szükségünk, hogy más tényezőket egyenlőnek véve, jobb az az állapot, amikor az egyén szabadon cselekszik. Másképpen megfogalmazva, a szabadság korlátozása, mindent egybevéve sok esetben indokolt lehet, de ennek a korlátozásnak minden esetben ára van.[31] Ezt az állítást vagy közvetlenül a szabadság pozitív hatásával, vagy a jogi kényszerítés negatív hatásával próbálhatjuk meg bizonyítani. Erre most nem teszek kísérletet, ezt az állítást axiómaként elfogadom.[32] Az általános szabadságjog és a diszkrimináció tilalmára vonatkozó jog szerkezete tehát fontos párhuzamokat mutat: az első azon alapszik, hogy *prima facie* az egyén szabadságát tiszteletben kell tartani, míg a második azon, hogy *prima facie* az emberi lényeket egyenlően kell kezelni. Mindkettő egy vélelmet állít fel, s ezáltal az igazolás kötelezettségét az államra terheli.[33] A fenti érv nemcsak arra szolgál, hogy megalapozzon egy általános szabadságjogot, hanem egyúttal a jog megkövetelte igazolási teherről is mond valamit. Ha mind a két jog esetében ugyanaz az igazolás, nevezetesen az önkényesség tilalma, akkor további érvek hiányában indokolt a két jog esetében ugyanazt az igazolási követelményt állítani.

Az általános szabadságjog itt kifejtett felfogása, úgy gondolom, meggyőzően kapcsolatba hozható az emberi méltóság – egyébként a bíróság által is osztott – fogalmával. Ezen értelmezés szerint az emberi méltóság fogalma fejezi ki az egyén morális státuszát, létezésének morális súlyát, s lényének racionális természetét: az egyén morális státusza azt követeli, hogy érdekeit *mérlegeljék*, racionális természete, hogy az őt érintő döntéseket számára *indokolják*. Ha a személyként kezelés metaforája jelent valamit, ennyit bizonyosan jelent. Fontos látni, hogy az itt kifejtett álláspont nem bizonyos – esetleg triviálisnak tartott – *tételeket* hoz összefüggésbe az emberi méltósággal, hanem azok *önkényes megtiltását*. Másrészt arra hívnám fel a figyelmet, hogy a diszkrimináció tilalmára vonatkozó gyakorlat egészének megkérdőjelezése nélkül aligha lehet azt állítani, hogy ennek a gyenge tesztnek az alkalmazása túlzottan nagy terhet róna a bíróságra, s ennek következtében felborítaná a törvényhozó és az Alkotmánybíróság között meglévő jelenlegi hatalmi egyensúlyt.

Mielőtt az önrendelkezés kérdéséhez fordulnék, két, az önkényesség tilalmából adódó, s jelen témánkon túlmutató következtetést szeretnék hangsúlyozni. Az első általában a törvényhozó hatalom terjedelmére vonatkozik. Elemzésem kiindulópontja az az állítás volt, miszerint a szabadságjogoknak az a feladata, hogy körülhatárolják az egyéni autonómiának azt a körét, ahová az állam nem léphet be. Ez a térbeli metaforát felhasználó állítás azt sugallja, hogy az állampolgárnak az államhoz viszonyítva kétfajta alkotmányjogi státusza van, s ezek élesen elválnak egymástól. E két státusz két állítással írható le: (1) egyrészről a szabadságjogok *kivesznek* bizonyos ügyeket az állam *rendelkezése* alól. (2) A szabadságjogok által le nem fedett területen viszont az állam – ha nem sért más alkotmányos normákat – *szabad mérlegelési joggal* rendelkezik. Valójában azonban ez a kép meglehetősen pontatlan. Egyrészt, a diszkrimináció tilalma és az általános szabadságjog a (2) pont alatti tétel közvetlen cáfolata. Ezekből ugyanis az következik, hogy az állam olyankor sem korlátozhatja önkényesen az emberi szabadságot, ha az nem esik a speciális szabadságjogok körébe. Másrészről viszont az (1) alatti állítást is indokolt felülvizsgálnunk. Ez az állítás olyként ábrázolja a szabadságjogokat, mintha azok a törvényhozó jogi hatalmának vagy képességének *hiányát* rögzítenék.[34] Megítélésem szerint azonban az alapjogokat helyesebb úgy értelmezni, hogy azok nem ki-

vesznek bizonyos életviszonyokat a törvényhozó hatalma alól, hanem pusztán erős igazolásra kötelezik azt. Így a két „terület" között a szabályozás lehetősége szempontjából nem diametrikus ellentét, hanem pusztán fokozati különbség van: *az igazolási kötelezettség fogalma* képez összekötő hidat a két szféra között, s az *igazolási teher erőssége* különbözteti meg azokat. Másik megjegyzésemmel arra hívnám fel a figyelmet, hogy amennyiben az Alkotmánybíróság komolyan veszi az önkényesség tilalmának általános elvét, s úgy tűnik, hogy legalábbis az egyenlőségi klauzula esetében ezt teszi, úgy ez – bármily szerény mértékben is – megváltoztatja a demokratikus törvényhozás módját. A speciális alapjogok, éppen speciális jellegüknél fogva pusztán *körülhatárolják* azt a területet, amin belül a többségi elv, a „csupasz preferenciák"[35] uralma érvényesülhet, s ahol a törvényhozás többé-kevésbé a piac metaforája szerint működhet. Az önkényesség általános tilalma viszont nem egyszerűen keretek közé szorítja ezt a logikát, hanem – az alkalmazott tesztek erősségének függvényében – átalakítja azt, s a *piacot* és az *alkut* a fórum és az érvelés irányába mozdítja el.[36]

AZ ÖNRENDELKEZÉS VÉDELME

A legitim állami kényszer határainak megvonására irányuló legbefolyásosabb kísérlet talán mindmáig John Stuart Mill nevéhez fűződik. Mill álláspontját a szakirodalom röviden *kár-elvnek* nevezi. Úgy gondolom azonban, érdemes ezt az álláspontot két elvre bontani: (1) az állam csak akkor alkalmazhat kényszert a polgáraival szemben, ha az a másoknak okozott kár megakadályozását szolgálja. (2) Különbséget lehet tenni az egyén csak (elsősorban, közvetlenül) önmagát és másokat is érintő cselekedetei között, s mivel az első csoportba tartozó cselekedetek bizonyosan nem okoznak kárt másoknak, ezért az ilyen cselekedeteket indokolatlan megtiltani.[37] Fontos látnunk, hogy a két elv alkalmazási köre nem esik egybe: vannak olyan, másokat is érintő cselekedeteink, melyek nem okoznak kárt az érintetteknek (még akkor sem, ha nem önként egyeztek bele a szóban forgó cselekedetbe.) Megfordítva viszont nem így áll a helyzet: fogalmilag igaznak tűnik az az állítás, hogy ha egy cselekedet nem érint másokat, akkor nem is okozhat kárt azoknak. Mint azt többen hangsúlyozták, Mill figyelmét elkerülte, hogy a kár fogalma korántsem egyértelmű, leíró fogalom: azt a kérdést, hogy adott esetben történt-e károkozás, normatív előfeltevéseink fényében tudjuk csak megválaszolni. Ez az ellenvetés – melyet helytállónak találok – nagymértékben csökkenti az (1) alatti elv hasznosságát, hiszen az továbbgörgeti a problémát, ugyanakkor az ellenvetés nem érvényteleníti a (2) alatti – korlátozottabb hatókörű – elvet, mely eleve zárójelbe teszi a kár fogalmát. Mivel a következő gondolatmenetben nem lesz szükségünk arra, hogy állást foglaljunk a kár fogalma körül zajló vitában, javaslom, induljunk ki a második elvből. Hadd tegyek e helyen még egy igen fontos kvalifikációt: számunkra itt nem az a kérdés, hogy a Mill inspirálta elv *konklúzív* védelmet ad-e az egyén számára az állam kényszerítő erejével szemben. Ennél kevesebb mellett is elég érvelnünk, nevezetesen, hogy az egyénnek az elvvel összhangban álló döntései és cselekedetei az önrendelkezési jog védelme alá kerülnek.

Mill nézetei nemcsak a filozófusokat foglalkoztatták, azok nem maradtak hatástalanok az alkotmányjog világában sem. Jed Rubenfeld kifejezésével élve, az amerikai jogelmélet hosszantartó flörtöt folytatott a kár-elvvel. Ugyanakkor, aki ismeri a témára vonatkozó amerikai alkotmányjogi irodalmat, valószínűleg fanyalogva fogad mindenfajta Mill által inspirált felvetést; manapság a cselekedetek két típusát elkülönítő Mill-féle distinkció nincs divatban. A megkülönböztetéssel szemben általában négy érvet szoktak megfogalmazni. (1) Először is, rossz leírását adja annak, hogy mit csinál a Legfelsőbb Bíróság. A másik három ellenvetés közös gyökere az a felismerés, hogy az egyén majd minden cselekedete érint másokat is; (2) a bírói jogalkalmazás számára a csak az egyént érintő, illetve a másokat érintő cselekedetek közötti distinkció nem működőképes; (3) az elv gyakorlatilag alig véd valamit, és (4) védtelenül hagyja a személyiségnek azt a dimenzióját, ami másokat is érint. (ad1) Az első ellenvetés perdöntő, ha az a feladatunk, hogy artikuláljuk a Legfelsőbb Bíróság döntéseit legjobban alátámasztó, azokhoz legjobban illeszkedő elvet. Ugyanakkor ez nem zárja ki sem azt, hogy megvizsgáljuk, alkalmazható-e ez az elv a magyar döntések *racionalizálására*, sem azt, hogy kritikai mérceként használjuk a gyakorlattal szemben, ha egyébként meggyőzőnek találjuk. (ad2) Az elv kritikusaival szemben úgy gondolom, hogy Mill distinkciója működőképes, morális intuícióink képesek a két kategória világos példáit megkülönböztetni, s vannak olyan cselekedetek, amelyek közvetlenül, elsősorban, a cselekvő egyént érintik. Különösen kevéssé meggyőző ez az ellenvetés, ha az erős szabadságok kiválasztásának riváliselveivel vetjük össze a Mill-féle distinkció kezelhetőségét. (ad3) Ha az előző álláspontom helyes, s vannak mindkét kategóriának világos esetei, akkor a harmadik ellenvetés nem az elvet cáfolja, hanem pusztán annak alkalmazási körét és jelentőségét érinti. (ad4) A negyedik ellenvetést az előzőektől el-

térően viszont helytállónak találom. Azzal, hogy egy tett csak *elsősorban, vagy közvetlenül* kell hogy a cselekvőt érintse, Mill és követői kivédtek egy lehetséges ellenvetést. Ugyanakkor ezzel a kvalifikációval egy kétértelműség kerül az elméletbe. A kvalifikációnak lehet egy olyan olvasatot adni, miszerint a tett harmadik személyekre gyakorolt hatása ilyenkor triviális, az nem egyeztethető össze a kár semmilyen plauzibilis fogalmával. Az *elsősorban* kifejezés egy másik lehetséges olvasata viszont pusztán annyit követel, hogy mérjük össze a versengő érdekeket, s az erősebbnek adjunk utat. Ez az olvasat azonban aligha egyeztethető össze Mill eredeti intencióival és a kár-elvvel. Vannak az egyénnek olyan döntései és cselekedetei, melyek számottevő hatással vannak harmadik személyekre, kárt is okozhatnak azoknak, mégis védelemre érdemesnek tartjuk őket. Az abortusz esetében például aligha mondhatjuk azt, hogy a terhes nő tette nincs számottevő hatással a magzatra, vagy hogy nem okoz kárt, s ebből a szempontból az sem perdöntő, hogy valaki elismeri-e a magzat jogalanyiságát. Ilyenkor úgy gondoljuk, a terhes nőt nem azért illeti meg az önrendelkezés (nem feltétlenül konklúzív) joga, mert az nem érint másokat, és nem okoz kárt másoknak, hanem *annak ellenére*. (Bár a kérdésre vonatkozó álláspontunktól függően azt esetleg mondhatjuk, hogy az anya érdekét *fontosabbnak* tartjuk, mint a magzatét, aligha állíthatjuk azt, hogy a döntés *inkább*, elsősorban, vagy közvetlenebbül érinti az anyát.) Ebben az esetben már egy új elvre támaszkodunk, s egy új szemponton nyugszik az érvelés súlya: a terhes nő önrendelkezési jogát azért ismerjük el, mert ilyenkor különösen fontos érdeke forog kockán (egyelőre nyitva hagyhatjuk azt a kérdést, hogy mi adja ennek a fontosságát). Ha az érvelésem helyes, akkor abból az következik, hogy az egyén elsősorban önmagára vonatkozó döntéseinek a kár-elvvel még összeegyeztethető értelmezése nem lehet *kizárólagos* szempont arra vonatkozóan, hogy a szabadság mely vonatkozásai érdemelnek kiemelt védelmet. Ebből az ellenvetésből önmagában azonban nem következik az elv elvetésének szükségessége. Ha úgy is gondoljuk, hogy bizonyos döntéseket – melyek valamely még nem definiált mérce szerint fontosak – annak ellenére védelemben kell részesítenünk, hogy az mások lényeges érdekeit is sérti, *non sequitur* azt állítani, hogy az egyén másokat nem érintő döntéseit is csak akkor kell védeni, ha azok e szerint a bizonyos mérce szerint fontosak. Lehet, hogy ez utóbbi álláspont helyes, de ehhez nem elég az elv *hiányosságát* demonstrálni, annak *megalapozatlanságát* is bizonyítani kellene. Mill megkülönböztetése azért izgalmas alkotmányjogi szempontból, mert védelemben részesíti a „kis szabadságokat" is. Az alkotmányjogi dogmatika nyelvére lefordítva a problémát, a kérdés tehát az, hogy a szabadság ilyen viszonylag triviális, de csak az egyént érintő megnyilvánulásait is a szükségesség/arányosság tesztjével kell-e védeni, vagy ilyen esetekben elégséges a minimális racionalitás gyengébb tesztje.

Amikor David Hume azt állította, hogy egy züllött kicsapongónak is vissza kell adnunk tartozásunkat, noha ez esetleg csak kárára válik, nagyon fontos fogalmi distinkcióra hívta fel figyelmünket; nevezetesen, hogy az egyén joga és java nem biztos, hogy minden esetben egybeesik. Ennek a megkülönböztetésnek döntő fontossága lehet mind az önrendelkezési jog határainak megvonásánál, mind erejének megítélésénél. A két fogalom lehetséges kapcsolatának kibontásakor könnyű helyzetben vagyok, támaszkodhatom Joel Feinberg kitűnő elemzésére.[38] Feinberg az autonómiára konkretizálva a problémát, négy lehetséges álláspontot különböztet meg a két fogalom kapcsolatát illetően. (1) Mondhatjuk azt, hogy az egyént *azért és annyiban* illeti meg az önrendelkezési jog, mert és amennyiben ez a jólétét szolgálja. Ilyenkor az önrendelkezési jog *derivatív*, azt az egyén érdekeinek előmozdításából vezetjük le. Mivel vannak olyan esetek, amikor az egyén döntése ellenkezik érdekeivel, ilyenkor nem is illeti meg az önrendelkezési jog. (2) Egy másik nézet elfogadja a derivatív kapcsolatot, de úgy gondolja, hogy (a) az egyéni döntés mindig szükségszerűen az egyén javát szolgálja, vagy (b) ha ez a kapcsolat nem is szükségszerű, de olyan nagyfokú korrelációt mutat, hogy az általános szabályozás vélelmezheti a kettő egybeesését. (3) A harmadik felfogás magát az érdek és a jog derivatív viszonyát tagadja. Azt állítja, hogy az önrendelkezés joga logikailag és igazolását tekintve független attól, hogy mennyiben szolgálja az egyén érdekeit. Éppen ezért az ilyen felfogás az önrendelkezési jognak csak olyan korlátozását (vagy talán helyesebb lenne azt mondani: szabályozását) ismeri el, mely azt hivatott biztosítani, hogy az egyén valóban megfontoltan döntsön. (4) S végül a negyedik felfogás a jogot és az érdeket egymás mellé helyezi, s azt mondja, eseti alapon kell arról dönteni, hogy melyik élvez elsőbbséget.

Bár a második elv is erős antipaternalizmushoz vezet, úgy gondolom, az elv mögötti feltételezés nem tartható, ezért ezt kizárnám a sorból. Fentebb azt mondtam, kiinduló elveink segítségével nem amellett akarok érvelni, hogy azok konklúzív érvek az állami kényszer alkalmazása ellen, hanem pusztán amellett, hogy azok kijelölik az önrendelkezési jog védelmi területének egyik oldalát. Ebből adódik, hogy jelenlegi célunk szempontjából a harmadik és a negyedik elv között nincsen különbség: mindkettő megalapozza, hogy az egyént érdekétől függetlenül megilleti az önrendelkezési jog; a két elv a jog korlá-

tozásának lehetőségét illetően tér el egymástól. Éppen ezért számunkra a fontos vízválasztó vonal most az önrendelkezési jog derivatív és nem derivatív felfogása között húzódik.

Az egyén önrendelkezési joga és jóléte közötti fogalmi különbségtétel két szempontból fontos. Egyrészt, ez a felfogás kiterjeszti az önrendelkezési jog védelmét olyan esetekre is, melyek nem szolgálják az egyén érdekét. A derivatív felfogás ugyanis nemcsak azt állítja, hogy ilyen esetekben korlátozni lehet az önrendelkezési jogot, hanem hogy ezekben az esetekben az önrendelkezési jog egyáltalán nem illeti meg az egyént. Másrészt, s témánk szempontjából ez a fontosabb, az a felfogás, mely eloldja a jogot a jog által védett érdektől, az önrendelkezés igényét annak fontosságától, kedvezőbb egy olyan álláspont számára, mely a kis szabadságokat is erős alapjogi védelemben részesíti, hiszen a jogot attól függetlenül védi, hogy azt mire használják, az milyen értékeket mozdít elő. A derivatív felfogással viszont kézenfekvő úgy érvelni, hogy a „kis szabadságok", mivel csak kismértékben járulnak hozzá az egyén jólétéhez, gyenge védelemben részesítendők.

A következőkben amellett érvelek, hogy az önrendelkezési jog nem derivatív felfogása egyrészt normatíve kívánatosabb vetélytársánál, másrészt jobban illeszkedik az Alkotmánybíróság eddigi gyakorlatához. Vegyük sorjában a két állítást. Elöljáróban hadd emlékeztessek arra, hogy állításom érvényességi köre viszonylag korlátozott, hiszen az egyén azon cselekedeteiről van szó csupán, melyek nem érintenek másokat.[39] Másodszor, fontos felidéznünk, hogy a nem derivatív felfogás alapján is megengedhető az olyan szabályozás, mely azt hivatott előmozdítani, hogy az egyén valóban megfontoltan döntsön. A nem derivatív felfogás melletti legfontosabb érv az, hogy ez jobban tiszteli az egyén autonóm voltát és racionális természetét, jobban összeegyeztethető a morális felelősség fogalmával, s inkább megfelel az emberek morális egyenlőségére vonatkozó elvnek. Másrészt, még az autonómia perfekcionista felfogása is – mely az autonómiát csak akkor tartja értékesnek, ha az valamilyen értékes élethez kapcsolódik – az önrendelkezési jog nem derivatív felfogását támogatná, mivel a korlátozás eszköze, a kényszerítő beavatkozás, minden esetben, közvetlenül, s gyakran globálisan és differenciálatlanul[40] sérti az egyén önrendelkezését. A fenti két szempont azonban csak az önrendelkezési jog nem derivatív felfogását támasztja alá, s noha ez a felfogás a rivális értelmezésnél jobban kedvez egy erős önrendelkezési jog melletti érvelésnek, önmagában aligha alapozza meg a szigorú alapjogi teszt követelményét. Egy ilyen teszt mellett az a Mill-féle megkülönböztetésből kiolvasható negatív tétel szól, miszerint ilyenkor vagy teljességgel *hiányzik* a korlátozás megfelelő indoka, vagy jó okkal feltételezhetjük, hogy a korlátozásból származó előny jóval kisebb, mint amekkora terhet az a jog alanya számára jelentene.[41]

Az Alkotmánybíróság eddigi gyakorlata is inkább az önrendelkezési jog nem derivatív felfogásának irányába mutat. Legalább egy esetben a bíróság explicit módon kiállt ezen álláspont mellett: „Önmagának mindenki árthat, s vállalhat kockázatot, ha képes a szabad, tájékozott és felelős döntésre. A nagykorúaknak a jog be nem avatkozása széles lehetőséget ad erre, s az általános személyiségi jogból folyó jog az önmeghatározásra és cselekvési szabadságra (...) garantálja ezt a lehetőséget. Az állam korlátozó gyámkodása csak a határesetekben alkotmányossági viták tárgya (a kábítószer élvezésének büntetésétől az eutanáziáig)." [21/1996. (V.17.) AB határozat. ABH 1996, 80.] Ugyancsak ezt az olvasatot támasztja alá az a többször felbukkanó, s ezért szilárdan vallottnak tekinthető distinkció, mely általában tesz különbséget a jogok *fogalma és értéktartalma* között.[42] A legerősebb érvet e fogalmi szétválasztás, s egy erős önrendelkezési jog mellett mindazonáltal véleményem szerint a szólásszabadság egy bizonyos felfogásának analógiája adja. Mint közismert, a szólásszabadságnak többféle igazolása lehetséges, ezek egy része instrumentális, vagyis a szólásszabadságot azért védi,[43] mert az előmozdít valamilyen más értéket. A legátfogóbb instrumentális igazolás sem védi azonban a szólás minden formáját. Az Alkotmánybíróság azonban egy közismert döntésében éppen ezt tette: „A szabad véleménynyilvánításhoz való jog a véleményt annak érték és igazságtartalmára tekintet nélkül védi. ... A véleménynyilvánítás szabadságának külső korlátai vannak csak; amíg egy ilyen alkotmányosan meghúzott külső korlátba nem ütközik, maga a véleménynyilvánítás lehetősége és ténye védett, annak tartalmára tekintet nélkül." [30/1992. (V. 26.) AB határozat. ABH 1992, 179.] Mi adja a szólásszabadság ilyenfajta igazolását? A konstitutívnak nevezett igazolás az egyén autonómiájára, önkifejezéshez való jogára alapozza a szólásszabadságot.[44] Az ilyen igazolás számára nem is a fajgyűlölők szólásszabadságának sokszor elemzett esete jelenti a problémát, hanem a szólásszabadság triviális példáinak köre. E felfogás olyan megnyilatkozásokat is erős alapjogi védelemben részesít, amelyeket maga a beszélő sem igen tart fontosnak, s amelyek egyáltalán nem érintenek világnézeti kérdéseket.[45] (Éppen ezért a határozat idézett részének első mondata *kielégíti* a világnézeti semlegesség elvét, de *nem vezethető le abból*, mert szélesebb annál.) A szólásszabadság ilyen eseteinek erős alapjogi védelmét meg-

ítélésem szerint aligha lehet kizárólag pozitív úton igazolni: a szólásban valóban az egyén autonómiája nyilvánul meg, de ugyanez igaz az egyén tetteire is. Nincs okunk azt feltételezni, hogy a szólás szabadsága inkább hozzájárul az egyén autonómiájához, mint a tettek szabadságához való jog. A szólásszabadság erős védelmét az a negatív tétel igazolja, hogy leggyakrabban az állam nem rendelkezik olyan méltányolható indokkal, mely igazolná a korlátozást; ez pedig a szólás természetéből következik. A két jog között az analógia abban áll tehát, hogy mindkettő kimetszi a cselekedetek egy-egy speciális körét, melyek leggyakrabban nem jelentenek komoly veszélyt másokra: az egyik esetben ez a beszéd mint cselekedet természetéből, míg a másik esetben a cselekedet másokat nem érintő mivoltából következik.[46] Ha az analógia helytálló, akkor ez – adottnak véve a szólásszabadság konstitutív igazolását – egy további érv arra nézve, hogy az önrendelkezés másokat nem érintő eseteiben az alapjogi tesztet alkalmazza a bíróság, akkor is, ha ezek a tettek triviálisak.

Létezik azonban egy olyan alkotmányjogi doktrína, mely ellentmondani látszik annak a felfogásnak, ami mellett fentebb érveltem: ez az alkotmánybírák alkotmányos, de nem alapvető jogokra vonatkozó álláspontja. A testület határozataiban jelen van egy olyan érvrendszer, mely szerint az önrendelkezési jog alapjog, tehát a korlátozás megítélésénél a szükségesség/arányosság tesztjét kell alkalmazni: „Az az előírás, amely szerint művészeti alkotást kizárólag művészeti szempontból előírt elbírálás után lehet beszerezni (forgalomba hozni, felhasználni), az általános cselekvési szabadság sérelmét jelenti. ... Az általános cselekvési szabadság egyik megnyilvánulási formájának tekinthető a jogügyletek létrehozásának szabadsága, az önálló, minden hatalmi befolyástól mentes döntési jog az ilyen ügyletekben. ... Más alkotmányos jog, illetve alkotmányos érték védelme érdekében – törvényben – az általános cselekvési jog is korlátozható, e korlátozásnak azonban *szükségesnek és az elérendő célhoz képest arányosnak kell lennie.*" (Kiemelés tőlem – Gy.T.) [24/1996. (VI. 25.) AB határozat.]

Ugyanakkor az Alkotmánybíróság a nem alapvető alkotmányos jogokkal kapcsolatosan arra az álláspontra helyezkedett, hogy ezek a jogok nem részesülnek alapjogi védelemben. Bár e jogok jellegét tekintve a testület gyakorlata még kiforratlan, semmi sem zárja ki azt a logikai lehetőséget, hogy ezek a jogok az önrendelkezés általános fogalma alá vonható különös esetek legyenek. Abban a határozatban pedig, melyben az Alkotmánybíróság megalapozta ezt a doktrínát, éppen ez volt a helyzet. Az alkotmánybírák a lakás-hitel kamatok egyoldalú felemelésének alkotmányosságát vizsgáló ügyekben szögezték le, hogy a szerződési szabadság nem alapvető alkotmányos jog, s a testület itt is az önkényesség tilalmára, illetve az ésszerűség követelményére hivatkozott: „Az Alkotmánybíróság felfogásában tehát a szerződési szabadság alkotmányos alapjognak nem tekinthető, hanem az az alkotmány 9. § (1) bekezdésének kontextusában nyer alkotmányos értéktartalmat. A szerződési szabadság így nem részesül alapjogi védelemben – 'még lényegi tartalmát illetően is korlátozható' – de az Alkotmánybíróság megkívánja a korlátozás 'alkotmányos indokoltságát'." [66/1995. (XI. 24.) AB határozat. ABH 1995, 338.] A fentebb idézett két döntésben kifejtett álláspontok megítélésem szerint inkonzisztensek: ha az Alkotmánybíróság el akarja kerülni az inkonzisztencia vádját, úgy vagy azt kellene bizonyítania, hogy az általa nem alapvetőnek tekintett alkotmányos jogok (vagy legalábbis ezek egy része) nem vonhatók az önrendelkezési jog fogalma alá, vagy azt, hogy az alapjogi tesztet csak az önrendelkezés bizonyos – valamely kritérium alapján kiválasztott – eseteire tartja fenn. Mivel az Alkotmánybíróság egyik kritériumnak sem tett eleget, így a két eset a releváns vonatkozásban nem különböztethető meg. Ebből következik, hogy a bíróságnak a két esetben ugyanazt a tesztet kellett volna alkalmaznia. A nem alapvető alkotmányos jogok doktrínája tehát, amennyiben az e jogok által védett magatartás az önrendelkezés esete, úgy nem egyeztethető össze azzal az állásponttal, miszerint az általános önrendelkezési jogra az alapjogi tesztet kell alkalmazni.

EGY ERŐS ÖNRENDELKEZÉSI JOG KÖRVONALAI

Mivel intuícióink azt súgják, hogy az önrendelkezési jognak több olyan esetre is ki kellene terjednie, melyben a cselekvő tette korántsem triviális módon érinti mások érdekét, ezért ha el is fogadjuk Mill megkülönböztetését mint az önrendelkezési jog „negatív dimenzióját" racionalizáló elvet, azt ki kell egészítenünk olyan elvekkel, melyek igazolják és lehatárolják a szóban forgó jog „pozitív dimenzióját". Ebből következik, hogy az Alkotmánybíróság sem kerülheti el azt, hogy olyan elveket fogalmazzon meg, melyek kimetszik az önrendelkezési jog ezen eseteit. Mielőtt a tartalmi kérdésekhez fordulnék, hadd tegyek egy módszertani megjegyzést: amikor a bíróság megpróbálja körvonalazni az erős szabadságjogokat, lehet, hogy pusztán valamilyen kiválasztási módszert alkalmaz, anélkül, hogy a kiválasztott jogokat egy közös fogalom alá vonná, de az is lehet, hogy egy új fogalom képezi az erős szabadságjogok magját, s e foga-

lom maga jelenti a szelekciós elvet. Nem állítom, hogy ez a distinkció minden esetben megtehető, de egy példa talán megvilágítja, hogy bizonyos esetekben jól működik: manapság az amerikai Legfelsőbb Bíróság az alapvető jogok kiválasztásakor azt tekinti döntő kérdésnek, hogy a *tradíció* alapvetőnek tartja-e a szóban forgó magatartást. Könnyen belátható, hogy a tradíció a legkülönfélébb magatartástípusokat támogathatja, s nem szükséges, hogy a szabadság védett megnyilvánulásai között ezen túl bármi közös vonás legyen. A korábbi gyakorlat viszont a *privacy* fogalmával konceptualizálta a szabadság speciális jogok által nem védett, de a bíróság által védelemre érdemesnek tartott szeletét. E megkülönböztetésnek dogmatikai-doktrinális szempontból van jelentősége: amennyiben a kiválasztott esetek egy közös fogalom alá vonhatók, úgy a bíróság gyakorlatilag egy új, a speciális szabadságokhoz hasonlóan kezelhető jogot ad hozzá a már meglévőkhöz. A következőkben három olyan elvet vizsgálok meg, melyek az önrendelkezési jog pozitív dimenziójának igazolására szolgálnak.

A) *A vallásszabadság érve.* Az alkotmány normái egy összefüggő rendszert alkotnak, s ennek az a következménye, hogy egy magatartás több alkotmányos rendelkezés védelmét is élvezheti, illetve az alkotmány normái bizonyos esetekben kölcsönösen erősítik egymást. Létezik egy olyan jog, mely különösen intim viszonyban áll az önrendelkezési jog legfontosabb eseteivel, s ez a vallásszabadság és a lelkiismereti szabadság joga. Ez az elsőre talán szokatlannak tűnő állítás rögtön természetesebbnek tűnik, amennyiben elfogadunk két kikötést. Egyrészt, a lelkiismereti szabadság nemcsak az egyén gondolatait védi, hiszen ezeket a jog nem is igen tudja korlátozni, de még csak nem is az ilyen tárgyú gondolatok közlését, hiszen ebben az esetben a véleménynyilvánítás szabadsága is megfelelő védelmet biztosítana. Ahhoz, hogy a lelkiismereti szabadság valami pluszt adjon ehhez, ki kell terjednie a lelkiismereti megfontolásokon alapuló *cselekedetekre* is. Másrészt, intuíciónk azt mondja, hogy nem létezik vallásszabadság ott, ahol a hívő ugyan járhat templomba, de a mindennapokban nem élhet vallása legfontosabb előírásai szerint. Ebből következik, hogy a vallásszabadság nem merül ki az úgynevezett kultuszszabadságban. Ezt csak megerősíti a vallásszabadság és a lelkiismereti szabadság egymás mellé rendelése, hiszen ez utóbbi esetében nincs olyan kultusz, melynek védelmére a jog hivatott lenne.

Ez a nézet nem idegen a magyar Alkotmánybíróságtól; egy korábbi határozatban a testület már érintette, hogyan függ össze a lelkiismereti szabadsághoz és az emberi méltósághoz való jog: „Az Alkotmánybíróság (...) a lelkiismereti szabadság jogát (...) szintén a személyiség integritásához való jogként értelmezte. (Az állam nem kényszeríthet senkit olyan helyzetbe, amely meghasonlásba vinné önmagával, azaz amely összeegyeztethetetlen a *személyiségét meghatározó valamely lényeges meggyőződésével.)* A lelkiismereti szabadság és a vallásszabadság külön is nevesített joga azt ismeri el, hogy a lelkiismereti meggyőződés, s ezen belül, adott esetben a vallás az emberi minőség része, szabadságuk a személyiség szabad kibontakozásához való jog érvényesülésének feltétele. ....Az általános személyiségi jogból folyó cselekvési szabadságnak különös súlyt ad, ha a személyiség lényegét érintő lelkiismereti vagy vallási meggyőződésből fakad a cselekedet. (Ezt ismeri el pl. a fegyveres szolgálat megtagadásához való jog.)" (Kiemelések tőlem – Gy. T.) [4/1993. (II. 12.) AB határozat. ABH 1993, 51.] Ugyanakkor ezt az igazolást a bíróság az említett eseteken kívül ismereteim szerint nem használta ott sem, ahol erre kézenfekvő lett volna hivatkoznia. Az abortusz-döntések ugyan említik a terhes nő lelkiismereti konfliktusát, de ennek nem az a szerepe, hogy megindokolja, miért védi különösen erősen az alkotmány az önrendelkezésnek *éppen ezt* azt esetét, hanem e fogalom csupán a *már deklarált* önrendelkezési jog és az állam életvédelmi kötelezettségei közötti kollízió feloldását segíti elő.

Az amerikai jogtudományt régóta foglalkoztatja e két jog viszonya, s van, aki éppen a szabad vallásgyakorlás joggyakorlatának hiányosságaira vezeti vissza a privacy alkotmányjogi doktrínájának kialakulását. Mint David Richards megfogalmazta: „A magánszférához való jog alkotmányjogi fogalma részben azért született, hogy kitöltse az alkotmányos űrt, mely azáltal keletkezett, hogy a [Legfelsőbb] Bíróság a vallás fogalmát megalapozatlanul leszűkítette."[47] Az amerikai gyakorlat vonatkozó nézeteinek fejlődését a következőképpen lehetne összefoglalni dióhéjban: a korai döntésekben a Legfelsőbb Bíróság úgy érvelt, hogy a vallás szükségszerűen *teista*, azaz feltételezi valamilyen transzcendens lény létezését, s az embernek a Teremtőhöz való viszonyáról árulkodik. Mivel azonban ez a definíció számos olyan világnézetet kizár, melyet csaknem mindenki vallásnak tartana (ilyen például a buddhizmus és a hinduizmus), ezért a bíróság kénytelen volt ezt az álláspontját feladni. Két igen fontos döntésében[48] a bíróság egy széles funkcionális megközelítést alkalmazott, amikor is azt mondta, hogy a vallás egy olyan őszintén vallott nézet, mely hasonló helyet tölt be a nem hívő életében, mint amit az Istenbe vetett hagyományos hit tölt be a hívők életében. Nevezzük ezt a *funkcionális* azonosság tételének. Később azonban a bíróság visszakozott, s visszatért egy szűkebb megközelítéshez, mely ismét megkülönböztette a filozófiai és a személyes hitet

egyfelől, s a mély vallási meggyőződést másfelől, anélkül, hogy további használható kritériumokat adott volna e két világnézet elhatárolására.[49] Ez az alkotmányjogi megkülönböztetés nem minden ok nélkül való, hiszen viszonylagos konszenzus van abban, hogy az alapító atyák tudatosan a vallásszabadság, s nem a lelkiismereti szabadság látszólag átfogóbb fogalma mellett foglaltak állást e jog megszövegezésekor. Mindazonáltal a teista megközelítés elvetésével a szellem kiszabadult a palackból, s a ráolvasás, azaz annak puszta deklarálása, hogy létezik két világosan elhatárolható típusú világnézet, aligha bizonyítja az állítást. Azok, akik kritizálják a bíróság szűk vallás-fogalmát, mint például Ronald Dworkin és Tom Stacy, azt állítják, hogy ha egyszer feladjuk a teista felfogást, akkor a releváns határvonal nem a vallási és a lelkiismereti szabadság között húzódik, hanem bizonyos tág értelemben vett vallásos kérdések, s az erkölcs olyan problémái között, mint például a javak igazságos elosztásának miként je. Dworkin érvelésének kiindulópontja a funkcionális azonosság tétele. Megítélése szerint ez a tétel két olvasatot tesz lehetővé: az egyik olvasat szerint az minősül vallásnak, ami hasonló *szubjektív* fontosságot játszik az ember életében, mint a hagyományos értelemben vallásosakéban az istenhit. Ebben azonban erősen kételkedhetünk: Milton Friedman, a szabad verseny egyik közismert híve valószínűleg intenzívebben hisz a piac mindenható erejében, mint sok ember Istenben; mégis, a bíróság aligha fogadná el lelkiismereti oknak, ha a híres közgazdász erre hivatkozva tagadná meg az adófizetést. A másik olvasat szerint az adja a funkcionális azonosságot, ha egy világnézet ugyanazokra a *kérdésekre válaszol*, mint a hagyományos vallások. Szemben a szubjektív fontossággal, ez a teszt egy nézetrendszerről tartalma alapján döntené el, hogy az vallásnak minősül-e. Stacy felfogásának az a kiindulópontja, hogy a vallásgyakorlási klauzula megengedhetetlenül preferálja a hívőket, hiszen *minden* cselekedetet védelemben részesít, ami valamilyen vallásos premisszán nyugszik, ugyanakkor *egyet sem*, mely nem ilyen premisszán alapul. Ebből az következne, hogy egy komoly, de tisztán világi alapú lelkiismereti okra hivatkozva nem lehet a fegyveres szolgálatot megtagadni, de vallási okokra hivatkozva mentesülni lehet a szombati munkavégzés alól. Még ha más is az egyén lelkiismereti kötelezettségének a forrása, episztemológiai alapja, nincs okunk feltételezni, hogy egy világi pacifista számára kisebb *pszichikai* terhet jelentene a fegyverek használata, mint a hívő számára a vallása által tiltott szombati munkavégzés. Azt se mondhatjuk, hogy az értelem szabályai a hit parancsaihoz hasonlóan ne lennének külsődlegesek, bizonyos értelemben *transzcendensek* az egyénhez képest, vagy ne lennének legalább olyan kényszerítő erejűek.[50] Abból azonban, hogy egy szempontból relativizáljuk a vallásos és a világi nézetek közötti kapcsolatot, nem következik, hogy valamennyi erkölcsi kérdésnek a vallásszabadság védelme alá kellene esnie. Mint Stacy mondja, vannak *természetüknél fogva vallási kérdések*, ezek részesülnének e jog oltalmában. A lényeg tehát nem az, hogy bizonyos cselekedeteink visszavezethetők-e valamilyen vallásos hitre, hanem hogy ezek valamilyen lényegében vallási kérdésre válaszolnak-e. Az Isten létezésére vonatkozó kérdés természeténél fogva vallási kérdés, akár igenlően, akár nemlegesen válaszoljuk azt meg. Mind az abortusz, mind az eutanázia kérdésére részben az élet mibenlétéről alkotott felfogásunk szerint válaszolunk. Tegyük fel, hogy létezik egy olyan vallás, mely bizonyos esetekben megköveteli tagjaitól az eutanáziát. Ilyenkor az eutanázia szabadsága számára közvetlenül következne a vallásszabadsághoz fűződő jogból, hiszen döntésének vallási premisszája van. Ugyanekkor ez a jog nem illeti meg az ateistát[51], mivel cselekedetének premisszája nem vallásos. Ezzel szemben viszonylag triviális cselekedetek is élvezik e jog védelmét, ha a cselekedet vallási megfontolásokra támaszkodik. A lényegében vallási kérdések fogalmát alkalmazó megközelítés tehát két irányban kritizálja a jelenlegi amerikai gyakorlatot. (1) Mivel az abortuszhoz és az eutanáziához hasonló dilemmák az itt használt értelemben lényegében vallási kérdések, ezekben az esetekben a jognak mind a hívő, mind az ateista cselekedetét védenie kellene. (2) A vallási kérdések fogalma határolná el azokat az erkölcsileg motivált cselekedeteket, melyek a vallásgyakorlás szabadságának védelme alatt kellene hogy álljanak, azoktól, melyeket nem indokolt ilyen védelemben részesíteni, akár vallási premisszára vezethető vissza a cselekedet, akár nem. Két megjegyzést fűznék ezen állításokhoz. Egyrészt, bár az amerikai gyakorlat nem tette még meg az (1) alatti lépést, azaz nem vonta a privacy bizonyos eseteit az első kiegészítés védelme alá, a legutolsó nagy abortusz-határozatból igen erősen kiérződik egy, az itt adotthoz hasonló érvelés, amely az abortusz-kérdés kvázi vallásos jellegére mutat rá: „Az a jog, hogy az ember saját maga határozza meg a létezésére, a küldetésére, a világegyetem és az emberi élet rejtélyére vonatkozó felfogását, a szabadság középpontjában áll. Ha az egyén az állam nyomására alakítaná ki az e kérdésekre vonatkozó nézeteit, akkor e nézetek nem lehetnének a személyiségét meghatározó attribútumok."[52] Ha tehát a bíróság nem is a vallásszabadsággal igazolja a privacy jogának bizonyos példáit, annyiban, amennyiben ez a megközelítés jellemző a gyakorlatára, a privacy fogalmán keresztül védi a lelkiismereti szabadságnak az első kiegészítés alá nem

foglalható bizonyos eseteit. Másrészt, a magyar olvasóban felmerülhet, hogy van-e ennek a kérdésnek egyáltalán relevanciája a magyar gyakorlatra, hiszen a mi alkotmányunk ismeri a lelkiismereti jogot, ezért nem szorulunk rá az itt ismertetetthez hasonló szellemi tornamutatványokra. Ez a megjegyzés azonban nem érinti azt az alapkérdést, hogy igazolhatók-e *egyáltalán* az önrendelkezés bizonyos esetei a vallásszabadság klauzulájával; pusztán ott van jelentősége, hogy *milyen* terjedelemben van átfedés a két jog között. Szögezzük le tehát először, hogy az önrendelkezés bizonyos eseteinek azért kell nagyon erős védelmet kapniuk, mert azok összefüggésben állnak a vallásszabadsággal. Ezzel az önrendelkezés egyes esetei igen erős textuális érvre tesznek szert, s így ezen a területen zárójelbe tehető a textualisták és aktivisták közötti, az emberi méltóság anyajog jellegére vonatkozó nézeteltérés. Való igaz viszont, hogy a magyar alkotmány szövegére tett utalásból az következik, hogy megspórolhatjuk az (1) pont alatti lépést: amit az amerikaiaknak külön érvekkel kell alátámasztaniuk, az nálunk az alkotmány szövegéből következik. Akár meggyőzőnek bizonyul a vallás fogalmának kitágítása az Egyesült Államokban, akár nem, az Alkotmánybíróság a vallásszabadság mellett a lelkiismereti szabadságot is segítségül hívhatja az önrendelkezés bizonyos eseteinek védelmére.[53] Úgy gondolom azonban, hogy az amerikai vita korántsem irreleváns a magyar probléma szempontjából, s ez pedig a (2) alatti állításból fakad. A fegyveres szolgálatmegtagadást érintő 46/1994. (X. 21.) AB határozat úgy fogalt állást, hogy „a hadköteles vallási, erkölcsi és egyéb természetű okokra hivatkozva is kérheti a polgári szolgálatot." (ABH 1994, 270.) A 18/1994. (III. 31.) AB határozat, mely kitér az állam semlegességének kérdésére, azt állítja, hogy „az állam szerepét, feladatait az oktatásban is meghatározza semlegességének az egyenlő emberi méltóság feltétlen tiszteletéből, valamint a modern társadalmak megszüntethetetlen pluralizmusából fakadó kötelezettsége, az a jogállami alapelv, hogy az állam eszmei, ideológiai, világnézeti kérdésekben nem foglalhat állást." (ABH 1994, 90.) Úgy tűnik azonban, hogy az állam nem minden őszintén vallott erkölcsi érvet fogad el a kötelezettségek alóli felmentő indokként, s nem minden erkölcsi kérdésben kell hogy semlegességet tanúsítson. Hiába gondolja valaki igazságtalannak a jelenlegi költségvetés elosztási elveit, ez nem mentesíti az adófizetés alól. Másrészt hiába vet fel az állami források elosztása erkölcsi kérdéseket, ezekben az állam nem lehet semleges. Akár a lelkiismereti szabadság, akár az állam semlegességének terminológiájában merül fel a kérdés, úgy tűnik, a védelem nem minden, csak bizonyos típusú erkölcsi megfontolásokat szem előtt tartó cselekedetre terjed ki. A szolgálatmegtagadás vonatkozásában az Alkotmánybíróság már érintette ezt a kérdést, s azt emelte ki, hogy a kérdéses nézetnek a személyiséget meghatározó lényeges meggyőződésnek kell lennie. Ez az álláspont azonban ugyanazt a problémát veti fel, mint a funkcionális azonosság fentebb ismertetett tétele: nyitva hagyja azt a kérdést, hogy a szubjektív fontosság, vagy valamilyen tartalmi kritérium lesz-e a megítélés mércéje. Úgy gondolom azonban, hogy a szubjektív fontosság kritériuma önmagában aligha lehet elegendő. Az erős önrendelkezési jog itt elemzett megközelítése szempontjából az egyik központi fontosságú kérdés tehát az, hogy mik is azok a lényegében vallási kérdések. Mind Dworkin, mind Stacy csupán arra vállalkozik, hogy néhány paradigmatikus esetet azonosítson, s ha ezekben egyetérthetünk, akkor az elemzés máris hasznosnak bizonyult annyiban, hogy a jog *bizonyos eseteire* találtunk egy racionalizáló elvet. Kétségtelen, ebbe a körbe elsősorban olyan esetek tartozhatnak, melyek élet és halál definiálásának és elvételének kérdéseit vetik fel, mint az abortusz, az eutanázia, a halálbüntetés vagy a fegyveres katonai szolgálat.

B) *A személyiség integritásának érve.* A második elvhez a vallás-fogalom dworkini megközelítésének kritikáján keresztül jutunk el. Dworkin azt mondja, bárhogyan is azonosítsuk a vallás fogalmát, a vallás minden plauzibilis fogalma kiterjed arra a kérdésre, hogy mi az értelme az emberi életnek, s mi ad objektív értéket annak.[54] Úgy gondolom, Dworkin ezen állítása, illetve az ebből levont *következtetése* további kvalifikáció híján, Stacy felfogásával ellentétben, radikálisan és intuícióinkkal össze nem egyeztethető módon kitágítja a vallási kérdések fogalmát. Dworkin szerint valamennyiünknek van valamilyen elképzelése arról, hogy mi teszi értékessé az emberi életet, s mitől minősül az jó életnek. Amikor saját életünkről gondolkodunk, nem teszünk mást, mint az élet objektív értékéről vallott felfogásunkat *alkalmazzuk* saját magunkra.[55] Az ebből fakadó érdekeket nevezi Dworkin *kritikai érdekeknek.* Kritikai érdekeink széles időhorizonton mozognak, ezek adnak struktúrát életünknek, ezek formálják életünket valamilyen többékevésbé koherens egésszé. Dworkin szemléletesen alkalmazza ezt a megközelítést az eutanáziára: eszerint az, hogy a beteg hogyan hal meg, nemcsak annak kérdését veti fel, hogy mi történik vele a még hátralévő idejében, hanem azt a kérdést is, hogy miképpen illeszkedik halála egész életének struktúrájába. Mint egy színdarab utolsó felvonása, megfelelhet az egész színdarab jellegének, s jobbá vagy rosszabbá teheti azt. Ahhoz, hogy megfelelőképpen tudjuk értékelni a dworkini elképzelést, még két körülményt tartok fontosnak megemlíteni. Először is, még az az

élet is, mely csak rövid távú kielégülést keres, lehet strukturált, illeszkedhet egy koherens – mondjuk hedonista – világképbe. Másrészt, viszonylag ritkán történik meg, hogy valaki az élet értelmére vonatkozó nézeteit koherens formában kifejtse, leggyakrabban az egyes tetteinkből, döntéseinkből bontakozik ki életünk struktúrája. (Éppen ezért az élet objektív értékére vonatkozó elképzeléseinket is csak ritkán tudjuk pőre módon megragadni, azok kritikai érdekeink fényében fogant tetteinkben ragadhatók meg.) Ha azonban jó az interpretációm, úgy nem látom elkerülhetőnek azt a következtetést, hogy *ebből a szempontból* nincs különbség az eutanázia és mondjuk a pályaválasztás között: (1) ha mindkét döntés fontos kritikai érdekeinkből fakad, azt érinti,[56] és (2) a kritikai érdekek és az élet objektív értékére vonatkozó felfogásunk között a fentebb leírt összefüggés áll fenn, valamint (3) az élet objektív értékére vonatkozó nézetek minden plauzibilis felfogás szerint részei a vallási tartalmú tanoknak, akkor mindkettő a vallásszabadság védelmében kell hogy részesüljön. Ez a következtetés azonban nyilvánvalóan nem illik se köznapi vallás-definíciónkhoz, se az alkotmányos joggyakorlathoz. Ugyancsak aláássa ez a gondolatmenet a tartalmi kritériumokra, illetve a szubjektív fontosságra épülő vallás-definíciók közötti különbséget.[57] A fenti állítás azonban természetesen nem zárja ki, hogy az eutanázia és az abortusz ne minősüljön vallásos kérdésnek valamilyen *más érv* alapján.[58]

Ha Dworkin érvei nem is alapozzák azt meg, hogy minden, a kritikai érdekeket alapvetően érintő döntés vallási kérdés, a kritikai érdekek fenti jellemzése elvezethet minket egy másik érvhez, nevezetesen a személyiség integritásának elvéhez. Ez az elv, mint már azt fentebb idéztem, része a magyar alkotmánybírósági gyakorlatnak, jelentős támogatást élvez az amerikai alkotmányjogi irodalomban, s a leginkább szöveghű értelmezését adná a német alkotmány vonatkozó rendelkezésének is. A személyiségi elv az önrendelkezés szélesebb körét védené, mint a vallásszabadság fentebb ismertetett érve, ugyanakkor bizonyos területeken szűkebb is lehet, hiszen nem védene olyan vallási premisszákon nyugvó tetteket, melyek nem konstitutívak az egyén személyisége szempontjából. A jog standardizáló jellegénél fogva itt is aligha tehetnek mást a bíróságok, mint meghatározzák, hogy mik azok a döntések, melyek *általában* az ember legfontosabb kritikai érdekeit érintik, vagy az alkotmánybírák szavaival, mik tekinthetők az emberi minőség részének. Bár ennek az elvnek az operacionalizálása sem könnyű, úgy gondolom, az nem más természetű, s nem lényegesen nehezebb, mint a rivális elveké. Itt is léteznek paradigmatikus esetek, mint például a hivatás megválasztása, de nyilvánvalóan nem tartozik ebbe a sorba az a döntés, mely a biztonsági öv be nem kapcsolására vonatkozik.

C) *Az anti-totalitáriánus érv.* Amennyiben az önrendelkezés olyan eseteit is védelemben akarjuk részesíteni, melyeknek nem pusztán triviális következménye van másokra, kézenfekvő azt vizsgálni, hogy a szabadság korlátozása milyen súlyosan érinti az egyén érdekeit, azaz mekkora terhet rak az egyénre. Ezt a konzekvencialista érvelést azonban ritkán alkalmazták önmagában, egyrészt, mivel a szabadság korlátozásának az egyénre gyakorolt hatása nehezen mérhető, másrészt számos olyan intézkedése van az államnak, mely igen mélyen érinti az egyént, s az ellen mégsem lehetne az önrendelkezési jogra hivatkozni a bíróságokon. Ennek ellenére e megközelítés igen jól illik köznapi felfogásunkhoz, így gyakran még a más megközelítést alkalmazók is használják ezt mint kisegítő elvet.[59] A hatás elvének intuitív vonzerejét ismereteim szerint leghatásosabban Jed Rubenfeld próbálta egy tanulmányában koherens elméletté építeni.[60] Rubenfeldet az ösztönözte, hogy elégedetlen volt a személyiségi elv arra vonatkozó magyarázatával, hogy miért fontosak azok a döntések, melyeket a bíróságok a privacy jogára hivatkozva védenek. A személyiség integritásához való jog, mint láttuk, azért részesít védelemben bizonyos döntéseket, mert azok meghatározzák, konstituálják az egyén identitását. Igen jó illusztrációját adja ennek az elvnek Blackmun bírónak a *Bowers v. Hardwick*-ügyben[61] adott különvéleménye, amikor is azzal érvelt a homoszexuálisok magánszférához fűződő joga mellett, hogy azok szexuális orientációja konstitutív személyiségük szempontjából. Mint ahogy azonban Rubenfeld megjegyzi, van valami nyugtalanító ebben a felfogásban: legtöbbünk nem gondolja azt, hogy saját identitásának, annak, hogy ő az, aki meghatározó eleme a heteroszexualitás. A homoszexualitás akkor válik identitásképzővé, ha van egy normális eset, a heteroszexualitás, amihez képest a homoszexuális definiálja magát. A személyiségi elmélet – legjobb szándékai ellenére – ezúton nem felszabadítja, hanem éppen stigmatizálja a homoszexuálisokat, megerősítve, hogy ők az emberek egy jól elhatárolható, külön kategóriáját alkotják. Ha tehát valaki homoszexuális viszonyt folytat, az a személyiségi elmélet szerint rögtön homoszexuális identitásúvá válik; ez lesz személyiségük konstitutív vonása. Ehhez hasonlóan, mondja Rubenfeld, az abortusz esetében is zavaró azt gondolnunk, hogy a terhes nő azáltal definiálná identitását, hogy a gyermek meg nem születése mellett dönt. Ezt csak annak feltételezése esetén mondhatjuk, ha – a heteroszexualitás analógiájára – van egy normális rendje a dolgoknak, az anyaság, s az ettől való eltérésnek lesz identitás-konstituáló szerepe. Mindebből Rubenfeld azt a

következtetést vonja le, hogy a személyiségi elvvel szemben nem az egyén döntésének jellegére, hanem annak *következményére* kell a hangsúlyt fektetnünk, s nem azt kell kérdeznünk, hogy egy jogszabály mit *tilt*, hanem hogy mit követel meg. Mivel minden jogszabály, mely kizár bizonyos döntési alternatívákat, egyben leírható azokkal a döntési alternatívákkal, melyek a korlátozás után is nyitva állnak, így ez a megkülönböztetés nem szigorúan logikai jellegű. Ugyanakkor olyan hangsúlyváltást jelent, melynek jelentős morális következményei lehetnek. A privacy joga által védett eseteknek nem az a legjobb olvasata, hogy ezen döntések által választja az ember identitását, hanem hogy ha az állam döntene ezekben a kérdésekben, akkor egy meghatározott identitást *kényszerítene* rá az állampolgárra. Ez az oka, hogy Rubenfeld az anti-totalitáriánus címkét ragasztja saját elméletére. Gyakorlati következményeiben ez az elv szűkebb riválisánál: ha az állam meg is tiltana egy bizonyos döntést polgárainak, attól ez még nem esne a privacy elve alá, amennyiben elegendő további cselekvési alternatíva marad számukra nyitva. A privacy ilyen felfogása tehát az állami beavatkozás azon formáit tiltaná, amikor az állam tevőlegesen, s igen lényeges mértékig „elfoglalja", „felemészti" az ember életét, annak mindennapjait, s nem egyszerűen kizárja egy identitás választásának szabadságát, hanem egy meghatározott identitást kényszerít rá. E megkülönböztetést talán jól illusztrálja Rubenfeld azon példája, mellyel a „közönséges" öngyilkosság és az eutanázia között húz határvonalat. Mivel a személyiségi elv a döntés *jellegére* helyezi a hangsúlyt, ezért képviselői számára a két szituáció lényegében azonos. Ha a döntés a személyiség lényegét érinti, akkor az önrendelkezési jognak mindkét esetben védenie kell azt. Ugyanakkor az itt adott fogalmi sémában az öngyilkossághoz való jog el nem ismerése indokolt(abb) lehet, hiszen az nem szorítja egy meghatározott sémába az ember életét. Amikor viszont az eutanázia problémája felmerül, az egyén cselekvési lehetőségei legtöbbször már drámaian korlátozottak. Ha az állam a beteg akarata ellenére nem engedi meg például a lélegeztető gép lekapcsolását, úgy valóban egy olyan életre kényszeríti, mely korlátozott, szűk, cselekvési alternatívák nélkül való. Úgy gondolom, az itt rekonstruált érvelés képes racionalizálni az önrendelkezési jog több olyan esetét, melyet a három említett bíróság közül valamelyik védelemben részesített. Az eutanázia fenti példája mellett különösen igaz ez a gyermekvállalással kapcsolatos döntésekre, valamint az oktatás bizonyos formáinak az állam által való megtiltására, vagy megkövetelésére, hiszen ennek kulcsszerepe van az egyén identitásának tevőleges formálásában. Bármi legyen is a korlátja ennek a megközelítésnek, mindenképpen hozzájárul a szabadság anatómiájának jobb megértéséhez. Emellett Rubenfeldnek sikerült a hatás fogalmát oly módon leszűkíteni és operacionalizálni, hogy az az alkotmánybírósági gyakorlat számára is kezelhetővé váljon. További erénye ennek a megközelítésnek, hogy rámutat a személyiségi elv korlátaira és veszélyeire, amit jól illusztrál a homoszexuális üggyel kapcsolatos ellenvetés. Ugyanakkor ennek az elméletnek alapvető fogyatékosságai vannak. Úgy gondolom, hogy Rubenfeld helytelenül ábrázolja például a személyiségi elv és az abortusz-döntés kapcsolatát, bár ennek az ábrázolásnak van egy racionális magja.[62] Az természetesen igaz, hogy az abortuszt választó terhes nő identitása számára a gyermek vállalásának elutasítása pozitív módon nem konstitutív. Ugyanakkor az abortusz tilalma, éppen mert egy meghatározott szerepbe kényszeríti a nőt, kizárja a személyiség integritásának *minden*, ezzel össze nem férő felfogását. Ha Rubenfeldnek azt tehát sikerült is bizonyítania, hogy bizonyos – az önrendelkezési jog által védett – esetekben az egyén döntése nem konstitutív személyiségére nézve, abból nem következik, hogy amikor viszont a döntés tényleg konstitutív, akkor az ne lenne érdemes a védelemre. Talán a házasság példája jól illusztrálja a két megközelítés közötti különbséget, s az anti-totalitáriánus érv gyengeségét. Azzal a törvénnyel kapcsolatban, mely a fehérek és a feketék közötti házasságot tiltotta meg, nem az a döntő kérdés, mondja Rubenfeld, hogy az egyénnek jogában áll-e házasságot kötni azzal, akivel akar, hanem az, hogy az állam megtilthatja-e a fajok keveredését, polgárai életét ezáltal meghatározott, választás nélküli alternatívákba szorítva.[63] Bár természetesen ez a szabályozás botrányosan igazságtalan, aligha lehet azt mondani, hogy oly módon determinálná az ember életét, mint az abortusz vagy az eutanázia tiltása. Másrészt, s ez a fontosabb, ha az állam megtiltja valakinek, hogy egy meghatározott személlyel házasságot kössön, azt aligha fogja megnyugtatni, hogy a kiválasztott személyen kívül bárki mással köthet házasságot. Rubenfeld tehát jó érveket ad arra nézve, hogy az általa kiválasztott példák miért jelentik a szabadság különösen súlyos sérelmét, de ez nem bizonyítja azt, hogy az önrendelkezés kevésbé súlyos sérelmei ne lennének *elégségesek* ahhoz, hogy erős alapjogi védelemben részesüljenek. Az anti-totalitáriánus elv nem is metszi ki az önrendelkezésnek egy olyan különálló szeletét, melyet a személyiségi elv védtelenül hagyna, hiszen abban az esetben, ha a személyiségre rákényszerítünk valamilyen identitást, minden esetben egyúttal a személyiségi elv is megsérül, hiszen ilyenkor a szabályozás egyszerre minden azzal össze nem férő identitást is kizár.

ZÁRSZÓ

Tanulmányom elsősorban az önrendelkezési jog által felvetett kérdések minél teljesebb körű feltérképezésének, s nem egy meghatározott válasz kifejtésének az igényével íródott, ezért az erős önrendelkezési jogra vonatkozó egyes alternatívák bemutatása és értékelése szükségképpen jelzésszerű, vázlatos maradt, ahol további érvekre lenne szükség. Ennek ellenére úgy gondolom, hogy a kár-elv itt adott értelmezése, illetve a személyiség integritásának elve képes a magyar gyakorlat vonatkozó döntéseit lefedni, azok mögöttes igazolását adni. Mind az anti-totalitáriánus érv, mind a vallás- és lelkiismereti szabadság érve további szempontokat ad ahhoz, hogy melyek az önrendelkezésnek azon esetei, melyek különösen erős védelemre érdemesek. Ez utóbbi elv ráadásul önállóan, a személyiség integritásához való jog nélkül is képes megalapozni az önrendelkezési jog bizonyos eseteinek erős védelmét, amit azok is elfogadhatnak, akik egyébként nem értenek egyet a bíróságnak az általános személyiségi jogra vonatkozó joggyakorlatával.

HIVATKOZÁSOK

Alexy, R. 1996: Theorie der Grundrechte. 3. Aufl. Frankfurf am Main, Shurkamp.

Alkotmányos Elvek és Esetek. 1996. Budapest, Constitutional & Legislative Policy Institute.

Baker, T. 1974: Roe and Paris: Does Privacy Have a Principle? 26 Stanford Law Review, 1161.

Balogh Zsolt 1999: Az alkotmány fogalmi kultúrája és az alkotmánybíráskodás. Fundamentum, 2.

Blutman László 1992: A vallásszabadság az Egyesült Államk alkotmányjogában: mi a vallás? Jogtudományi Közlöny, 2.

Dworkin, R. 1977: What Rights Do We Have? In: Taking Rights Seriously. London, Duckworth.

Dworkin, R. 1993: Life's Dominion. London, HarperCollins.

Elster, J. 1997: The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory. In: Bohman, J.–Rehg, W. (szerk.): Deliberative Democracy. Cambridge, Mass. – London, The MIT Press.

Ely, J. H. 1973: The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade. 82 Yale Law Journal, 920.

Feinberg, J. 1973: Social Philosophy. Englewood Cliffs, New Yersey, Prentice-Hall, Inc.

Feinberg, J. 1986: The Moral Limits of Criminal Law. Volume III. Harm to Self. New York–Oxford, Oxford University Press.

Geis, M. 1991: Der Kernbereich des Persönlichkeitsrecht. Juristenzeitung, 3.

Győrfi Tamás 1996: Az Alkotmánybíróság politikai szerepe. Politikatudományi Szemle, 4.

Halmai Gábor 1994: A véleményszabadság határai. Budapest, Atlantisz.

Hart, H. L. A. 1971: Law, Liberty, and Morality. London, Oxford University Press.

Hart, H. L. A. 1995: A jog fogalma. Budapest, Osiris Kiadó.

Ipsen, J. 1997: Staatsrecht II. Grundrechte. Neuwied, Kriftel, Berlin, Luchterhand.

Jarass, H. D.–Pieroth, B. 1995: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar. München, C. H. Beck

Kelsen, H. 1988: Tiszta Jogtan. Budapest, Bibó István Szakkollégium.

Kirchof, P. 1992: Der allgemeine Gleichheitssatz. In: Isensee, J.–Kirchof, P. (szerk.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V. Allgemeine Grundrechtslehren. Heidelberg, C. F. Müller Juristische Verlag.

Körösényi András 1998: A magyar politikai rendszer. Budapest, Osiris Kiadó.

Mill, J. S. 1980: A szabadságról. Budapest, Helikon.

Raz, J. 1998: Szabadság és autonómia. In: Huoranszki Ferenc (szerk.): Modern politikai filozófia. Budapest, Osiris Kiadó-Láthatatlan Kollégium.

Richards, D. 1986: Toleration and the Constitution. Oxford, Oxford University Press.

Rubenfeld, J. 1989: The Right of Privacy. 102 Harvard Law Review, 737.

Stacy, T. 1992: Death, Privacy and the Free Exercise of Religion. 77 Cornell Law Review, 490.

Sunstein, C. R. 1984: Naked Preferences and the Constitution. 84 Columbia Law Review 1689.

JEGYZETEK

1. Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 543 (1961)
2. Számomra nem meggyőző az a felfogás, mely szerint ezen jogok mindegyike az önrendelkezési jog mellett, mintegy ahhoz hozzáadva létezik. (Lásd például Balogh 1999, 29.) E jogok közül a legtöbb az önrendelkezési jog speciális esetét alkotja, úgy viszonyul ahhoz, mint különös az általánoshoz.
3. Amikor az alkotmány valamilyen jogról beszél, akkor ezt a jogot mint jogintézményt csak kivételes esetben lehet úgy értelmezni, hogy abból ne származzon alanyi jog. [lásd a 28/1994. (V. 20.) AB határozatot] Ez megítélésem szerint csak akkor lehet indokolt, ha fogalmi képtelenségről van szó, illetve a teljesítés fizikailag lehetetlen, vagy rendkívül nehéz. (Ilyennek tűnik számomra például az alkotmány 70./B § (2) bekezdése, mely az egyenlő munkáért egyenlő bért ígér.) Az emberi méltóság szabadság-vonzatánál azonban egyik eset sem áll fenn.

4. Ha ezt a követelményt elfogadjuk, bizonyosan rossz lesz az ilyenfajta érvelés: „Az Alkotmánybíróság a magzat életének kiemelt védelmére vonatkozó állami kötelességgel szemben mérlegelendő jogok között mindig is első helyen említette az anya önrendelkezési jogát, amely az emberi méltósághoz való jog része. A válsághelyzet részletezése és esetleges harmadik személy általi elbírálása kétségtelenül sérti a nő magánszféráját és esetenként méltósághoz való jogát is." (Kiemelés tőlem – Gy. T.) [48/1998. (XI. 23.) AB határozat. ABH 1998, 350.] Ez az érvelés két szempontból is hibás. Egyrészt, ha az önrendelkezési jog az emberi méltósághoz való jog része, akkor az előbbi sérelme egyben mindig az utóbbi sérelmét is jelenti, értelmetlen azt mondani, hogy a korlátozás esetenként sérti a méltósághoz való jogot. De ha nem is a rész és egész viszonyában áll a két jog, mint ahogy erre az esetenként kifejezés utal, az igazolás iránya miatt az önrendelkezés sérelme önmagában, a méltósághoz való jog sérelme nélkül alkotmányjogilag irreleváns.
5. Lásd: Körösényi 1998, 340.
6. A többségi és különvélemény között mind a Roe, mind a Casey esetben az volt a döntő választóvonal, hogy alapvető jognak minősül-e a terhes nő önrendelkezési joga, s ettől függően a szigorú vizsgálatot, vagy a minimális racionalitási tesztet kell-e arra alkalmazni. Ehhez képest logikailag másodlagos az a kérdés, hogy ezt a jogot hogyan kell összehangolni a magzati élet védelmét szolgáló különböző érvekkel.
7. Vö: Győrfi 1996, 75.
8. Lásd: 32/1998. (VI. 25.) AB határozat.
9. Lásd: Ipsen 1997, 69.
10. Lásd többek között: Baker 1974, 1166, 1174; Ely 1973, 931–932.
11. 429 U.S. 589, 598–600 (1977)
12. Az általános személyiségi jog a német joggyakorlatban bizonyos értelmezés szerint mindkét érdeket védi, biztosítva egyrészt az egyén személyes, másrészt társadalmi identitását. Vö: Jarass–Pieroth 1995, 65–66. Rdnr. 27–28.
13. Abból, hogy maga a kérdéses szabadság nincs nevesítve az alkotmányban, még nem következik, hogy annak ne lenne textuális alapja az alaptörvényben. Ez egy további, nyitott kérdés, s a kérdésre adandó válasz attól függ, hogy levezethető-e a kérdéses szabadság az emberi méltósághoz való jogból.
14. Létezik olyan felfogás, mely szerint az ilyen gyenge kötelezettségek esetében indokolatlan szigorú értelemben vett jogról beszélni (Dworkin 1977, 268–269.). Bár e vonatkozásban hajlok Dworkin álláspontjának elfogadására, egyrészt azért tartok ki mégis ennél a terminológiánál, mert a magyar és a német alkotmánybíróságok is a jog kifejezést használják, másrészt pedig mert ugyanabból a jogból felfogásom szerint részint más, s a dworkini jogfelfogásnak is megfelelő erős kötelezettségek is származnak. Ha kifogásolható is ez az álláspont, pusztán a jog szó helytelen használatával lehetne vádolni, azzal nem, hogy egy olyan általános szabadságjog mellett érvelnék, melyet Dworkin a hivatkozott tanulmányában joggal elutasít.
15. BverfGE 6, 32 (36).
16. Ugyanakkor kérdéses, hogy a bíróság mennyire következetesen tartja magát ehhez a gyakorlathoz. Vö: Geis 1991. Másrészt az abszolút védelem már maga is egy mérlegelés eredménye, s ennyiben az, amit a bíróság ilyenkor tesz, nem jelenti az egyébként alkalmazott módszertől való radikális eltérést. Lásd: Alexy 1996, 328–329.
17. Lásd Chase bíró véleményét a Calder v. Bull 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798) -ügyben.
18. „Az államok személyeket életüktől, szabadságuktól és vagyonuktól csak a törvénynek megfelelő eljárás alapján foszthatnak meg."
19. 198 U.S. 45 (1905)
20. 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833)
21. 381 U.S. 479 (1965)
22. „Az alkotmányban felsorolt bizonyos jogokat nem lehet úgy értelmezni, hogy azok elvonják, vagy csökkentsék a nép által élvezett más jogokat."
23 Egy jog ereje a jog korlátozásának alkotmányossági mérlegelésénél derül ki, s a mérlegelés eredményét tükrözi. Ugyanakkor ettől meg kell különböztetnünk azt a kérdést, hogy milyen tesztet alkalmazzon a jogra vonatkozó mérlegelésnél a bíróság. Ez a kérdés nem a mérlegelés eredményére, hanem az abban alkalmazott kritériumrendszer erejére vonatkozik. Ott, ahol a szabadság viszonylag triviális érdekekre vonatkozik, hiába alkalmazzuk a szükségesség/arányosság szigorú tesztjét, a szabadságnak gyakran kell engednie nálánál erősebb konkuráló érdekekkel szemben, vagyis így is gyenge jog lesz.
24 Ennek a nézetnek legplasztikusabb megfogalmazását Sólyom László egy párhuzamos véleménye adja: „... azt fejezi ki [az emberi méltósághoz való jog], hogy van egy abszolút határ, amelyen sem az állam, sem más emberek kényszerítő hatalma nem terjedhet túl, vagyis az autonómiának, az egyéni önrendelkezésnek egy mindenki más rendelkezése alól kivont magja, amelynél fogva – a klasszikus megfogalmazás szerint – az ember alany maradhat, és nem válik eszközzé vagy tárggyá. ...A méltósághoz való jognak ez a felfogása különbözteti meg az embert a jogi személyektől, amelyek teljesen szabályozás alá vonhatók, nincs 'érinthetetlen' lényegük". (Kiemelések tőlem – Gy. T.) [23/1990. (X. 31.) AB határozat. ABH 1990, 103.]
25. Egy kétszintű megközelítés világos megfogalmazását adja például Sólyom László egy párhuzamos indoklása: „az Alkotmánybíróságnak kell esetenként eldöntenie,

hogy az emberi méltósághoz való jog sérelmét mikor vizsgálja alapjogi kritériumok szerint, és mikor alkalmazza eredetileg nem alapjogi sérelmek bevonására az alkotmány védelme alá. Ez utóbbi esetben az enyhébb mércével kell mérnie. A határok nem húzhatóak meg általában; szükség lehet bizonyos életviszonyok különös védelmére, vagy indokolhatja a szigorúbb mércét valamely jogintézmény sérelme. Az Alkotmánybíróság a szigorúbb mérce alkalmazásával bizonyos jogokat alapjogi minőségre emelhet, azaz az emberi méltóság anyajogából nevesített alapjogokat különíthet el." [35/1994. (VI. 24.) AB határozat. ABH 1994, 217.]

26. Ezek finom konceptuális elhatárolására nézve lásd Feinberg 1986, 62–68. Egy további fontos különbség, hogy a szabadsághoz való jognak, ha létezik egyáltalán ilyen, alanyai lehetnek önrendelkezésre nem képes egyének is.
27. Bár friss statisztikát nem készítettem arra vonatkozóan, hogy melyik alapjogra hivatkozva nyújtották be eddig a legtöbb indítványt, illetve melyikre hivatkozva semmisítette meg a legtöbb jogszabályt az AB, a korábbi adatok alapján ezeket a felméréseket fölényesen vezette a diszkrimináció tilalmát kimondó rendelkezés (Alkotmányos Elvek és Esetek. 1996, 636–637.). Ez is bizonyítja, hogy – az amerikai Legfelsőbb Bíróság terminológiáját használva – a minimális racionalitási teszt az első bíróság egyik legfontosabb öröksége (akár egyetért valaki magával a teszttel, akár nem), ha a dolog természeténél fogva nem is ez a teszt „hozta" a látványos, nagy ügyeket.
28. Különösen világosan fogalmazza meg egy fentebb már idézett párhuzamos véleményében Sólyom László, hogy az önkényesség tilalma az az általános elv, amire több, látszólag egymástól független alkotmányhely értelmezésének módszertana épül. [35/1994. (VI. 24.) AB határozat. ABH 1994, 216.]
29. Egy optimista nézetre, miszerint az egyenlőség garantálja számunkra azt, hogy szabadságunktól ne fosszanak meg önkényesen, jó példa Scalia bíró véleménye a Cruzan-ügyben. [Cruzan v. Director, MDH, 497 U.S. 261, 300 (1990)] Ronald Dworkin szintén az egyenlőségen keresztül érvel a szabadságjogok mellett, nem állítja azonban sem azt, hogy ez az elv minden szabadságjogot igazolna, sem azt, hogy ne lehetne e jogoknak más igazolása. (Dworkin 1977, 272.)
30. Kirchof 1992, 912.
31. Feinberg 1973, 21.
32. Az elsőre nézve lásd például Mill 1980, a másodikra nézve Hart 1971, 21–22.
33. Nem állítom, hogy az önkényesség tilalmának nem létezhetnek olyan további esetei, melyet a fentebb vizsgált két jog nem fed le.
34. A jogosultságok ilyenfajta felfogása figyelhető meg például helyenként Kelsen és Hart műveiben. (Kelsen, 1988, 42; Hart 1995, 86–87.) Szintén ezt a szemléletet tükrözi az amerikai alkotmány első kiegészítésének szövege, valamint a szólásszabadság leginkább Black bíró nevével fémjelzett abszolutista értelmezése.
35. Sunstein 1984.
36. Ennek az összefüggésnek itt csak a jelzésére vállalkozhatom, részletes kifejtése külön tanulmányt igényelne. A piac és a fórum metaforájának kifejtését lásd Elster, 1997.
37. Bár számomra úgy tűnik, Mill a második elvben foglalt megkülönböztetés felől halad az első elv felé, logikailag az első elvnek van elsődlegessége, hiszen a második elv csak olyan „operatív tényeket" fogalmaz meg, melyek fennállása esetén nem történik károkozás, de magát az igazolást – a károkozás hiányát – az első elv tartalmazza. Noha a későbbiekben nem térek ki külön a többeket érintő konszenzuális cselekedetekre, ezek morális szempontból a csak az egyént érintő cselekedetekkel esnek egy megítélés alá.
38. Feinberg 1986, 57–62.
39. Ennek ellenére úgy gondolom, ez nem egy triviális követelmény. Vö: Bowers v. Hardwick 478 U.S. 186 (1986)
40. Lásd: Raz 1998, 108.
41. Robert Alexy hasonlóan amellett érvel, hogy az ilyen szabadságok erős védelme már egy előzetes mérlegelés eredményét tükrözi. Alexy 1996, 328–329.
42. „Az alkotmány szakított a korábban az állam alapjává tett „hivatalos" ideológiával, és azzal, hogy a jogokat azzal összhangban kell értelmezni. ... Az alkotmányértelmezésnek az értelmezendő jogok fogalmából kell kiindulnia, mint semleges kategóriából, amelynek határaira nézve nagyfokú konszenzus állapítható meg, tartalmára nézve viszont több, eltérő értéktartalmú koncepcióval is kitölthető. A pluralista társadalom lényegéhez tartozik, hogy a jogok többféle értéktartalommal is érvényesíthetők úgy, hogy közben a jogok egész alkotmányos rendszere koherens és működőképes marad." [21/1996 (V. 17.) AB határozat ABH 1996, 80.] Lásd még: 23/1990. (X. 31.) AB határozat ABH 1990, 98.
43. A védi kifejezés alatt itt sem konklúzív védelmet értek, hanem azt, hogy a szóban forgó cselekedet a szólásszabadság esete, s ezért korlátozása az alapjogi teszt szerint ítélendő meg.
44. Lásd: Halmai 1994, 307–311.
45. Sőt, politikaiakat sem. Uo. 308, 313–314.
46. A két jog ugyanazon elv alá vonásáról lásd Mill 1980, 111.
47. Richards 1986, 144.
48. United States v. Seeger, 380 U.S. 163 (1965) és Welsh v. United States, 398 U.S. 333 (1970)
49. Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205, 216 (1972)
50. Ezzel szemben vannak olyan vallások, melyek szóhasználata szerint választják Istent.

51. Ha védi is az amerikai jog az eutanázia szabadságát, az nem a vallásszabadságból, hanem a privacy jogából következik. Ne felejtsük azonban, hogy a Cruzan-ügyben a bíróság csupán feltételezte egy ilyen jog létezését, azaz zárójelbe tette, mert az eredmény szempontjából nem tartotta szükségesnek a kérdés eldöntését.
52. Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey, 505 U.S. 833, 852 (1992)
53. Az itt alkalmazott megközelítés nálunk a lelkiismereti szabadság kifejezett garanciája nélkül is kedvező fogadtatásra találna, mivel a negatív vallásszabadság fogalma lehetőséget adna ennek könnyű adaptációjára. Emellett az is egy igen fontos különbség, hogy az amerikai gyakorlat sokkal szigorúbban veszi az állam és az egyház szétválasztását, mint a magyar vagy a német. Ennek azért van jelentősége, mert a vallás definíciójánál nemcsak a vallásgyakorlási, hanem a vallásintézményesítési klauzulát is figyelembe kell venni: ami az egyik szempontból vallásnak minősül, s így preferálja a vallásosokat, annak a másik szempontból is vallásnak kell minősülnie, s ilyenkor hátrányba hozza e nézet híveit. Egy kevésbé szigorú elválasztás esetében viszont a konzisztencia követelménye nem jár ilyen súlyos következményekkel. Dworkin Stacy-vel ellentétben meg sem próbálja kivédeni egy ilyen ellenvetésnek a következményeit.
54. Dworkin 1993, 156, 163. skk. Dworkin objektív érték alatt azt érti, mi tesz valamit értékessé valaki szemében, attól függetlenül, hogy az illető maga kívánja-e ezt a valamit, vagy az jót tesz-e neki. (Uo. 71–74.)
55. Uo. 215. Egyikőnk sem tudja valamennyi értékesnek tartott életcélt egy életben megvalósítani, illetve bizonyos értékesnek tartott életcélokat eleve kizár az ehhez szükséges képességeink hiánya.
56. Dworkin maga is ezt hozza fel példaként a kritikai érdekek fogalmának bevezetésénél. Uo. 205.
57. Milton Friedman fentebb adott ellenpéldája azért maradhat ennek ellenére meggyőző, mert Friedman példabeli magatartását nem az élet értelmére vonatkozó felfogása, hanem egy célszerűségi, vagy igazságossági megfontolás indokolná. Az igazságosság kérdése nem az értékes élet mibenlétére keresi a választ, hanem az arról különböző felfogást vallók közötti méltányos együttműködés problémája foglalkoztatja. Az erkölcs e két területének talán legismertebb elkülönítését Rawls-nak a jó és a helyes közötti distinkciójában találhatjuk.
58. Lásd például Stevens különvéleményét a Cruzan-ügyben. [Cruzan v. Director, MDH, 497 U.S. 261, 343 (1990)]
59. Lásd Dworkin 1993, 154, 157.
60. Rubenfeld 1989.
61. 478 U.S. 186 (1986)
62. Egyetértek Rubenfelddel abban, hogy az abortuszt kvázi-vallásos kérdésként ábrázolók nem biztos, hogy jól fogalmazzák meg azt a viszonyt, mely az abortusz és a vallásszabadság, illetve az abortusz és a személyiségi elv között van. Egy dworkinista álláspontból az következik, hogy az anya egy, az élet objektív értékére vonatkozó kérdést kell hogy feltegyen magának, s a magzat és saját sorsára vonatkozó álláspontja ugyanarra a kérdésre adott válaszának következménye. Ellenben ha a hagyományos módon, a magzat élethez való jogára kérdezünk rá, úgy logikailag különválasztható két probléma. Az a kérdés, mely a fenti értelemben talán vallásos jellegű, a magzat erkölcsi státuszára kérdez rá. A vallásos világnézettel rendelkezők számára a magzat életére vonatkozó álláspontból pozitív módon, kényszerítő erővel következik az, hogy nekik mit kell tenniük. Ugyanakkor, azok számára, akik szerint a magzat nem erkölcsi személy, a kvázi vallásos kérdés csak engedélyt ad, kijelöli a lehetőségeik határát, de a nekem mit kell tennem kérdésre adandó válasz a kvázi vallásos kérdésre adott válaszból nem következik. Erre a kérdésre az anya saját életére vonatkozó igen lényeges, de korántsem biztos, hogy kvázi-vallásos felfogása alapján fog válaszolni.
63. Rubenfeld 1989, 791–792.