

Bencze Mátyás – Kovács Ágnes
Alkotmányjogi és morális érvelés –
mit üzen a Hart–Devlin vita a magyar Alkotmánybíróságnak

Célkitűzés és elméleti keretek

Egy szöveg „klasszikus” mivoltának **talán** legbiztosabb jele, hogy az abban kifejtett **elméleti problémák és nézetek függetleníthetőek a keletkezés** kontextusától. Bár Herbert Hart műveivel **kapcsolatban** nem kell a klasszikus státuszt bizonygatni, egy másik szempontból mégis érdekes, ha az egyik harti gondolatmenetet a mai magyar jogi gyakorlatban felmerült problémára vonatkoztatjuk. A hazai jogelméleti vitákban ugyanis gyakran felbukkan a **következő** érv: a morálfilozófiai orientációjú angolszász analitikai jogelméleti gondolkodás nem, vagy csupán csekély mértékben alkalmas a kontinentális jogrendszerek gyakorlatának adekvát magyarázatára.

Ennek az attitűdnek az egyik forrása magával a gyakorlati filozófiára alapozott jogelmélettel szembeni ellenérzés. A magyar jogelméleti diskurzus az ezredfordulóig kevés érdeklődést mutatott az angolszász jogtudományban **az utóbbi évtizedekben** képviselt gyakorlati filozófiai megalapozású jogelmélet módszertani és teoretikus struktúrái, jellegzetességei iránt; eredményeit és erényeit, gyakorlati alkalmazhatóságát pedig ma is megkérdőjelezzik, létjogosultságát vitatják. E módszertani kísérletet övező kritikai reflexiók többnyire a magyar jogfilozófiai közbeszédben uralkodó társadalomelméleti megközelítés képviselői részéről érkeztek. A bírálók szerint a gyakorlati filozófiára alapozott jogelmélet művelői a jog **valóságos** működésével **szemben érzéketlenek**,¹ másfelől félreértik azt, amit a nyilvános igazolás a jogi intézmények működésével szemben megkövetel.²

Amikor a gyakorlati filozófia a jog normatív természetéről értekezik, **a következő** kérdésre keresi a választ: **A döntéseket befolyásoló gyakorlati indokok forrásaként a jog milyen szerepet**

¹ Pokol Béla: A tudományon túl: a kognitivitástól a normatív gyakorlati filozófiáig. In Nagy Tamás – Nagy Zsolt (szerk.): *Jogelmélet és önreflexió*. Szeged, 2007, Pólay Elemér Alapítvány, 275-279. o.; Pokol Béla reagálása Gyórfi Tamás előadására. (I. m. 250-251. o.); Szigeti Péter reagálása Gyórfi Tamás előadására. (I. m. 258. o.); Varga Csaba: Mi jön a jogpozitivizmusok után? In Szabó Miklós (szerk.): *Natura Iuris. Természetjogtan & jogpozitivizmus & magyar jogelmélet*. Miskolc, 2002, Bíbor Kiadó, 199-200. o.; Varga Csaba: A Hart-jelenség. *Világosság*, 2003/1-2. 78-79. o.

² Pokol Béla: i. m. 279-280. o.

tölt be az emberek életében? **Azonban a joggal szemben csak egy olyan társadalomban támasztható ésszerűen vitatható igazolási igény, amelyben fennáll annak az esélye, hogy az egyének cselekvéseiket nagy valószínűséggel képesek racionálisan megindokolni és orientálni. E módszertan bírálói ezért azt hangsúlyozzák, hogy az individualista megközelítés mögött egyfajta liberális morálfilozófia húzódik, s ez azt a veszélyt hordozza magában, hogy a jogi érvelés a filozófiai alapú jogelméleti kérdés hatására átcsúszik a tudományosság világából az ideológia terebélyébe.³ Az ilyen típusú gyakorlati filozófiai megközelítés emellett túl szoros kapcsolatot feltételez a jog és erkölcs között, amikor morális igényt támaszt a joggal szemben; a két szféra egymásba csúsztatása pedig könnyen az ítékezés morális karakterének megerősödéséhez, a jogi érvelés moralizálódásához vezethet. Amennyiben megengedjük – szól tovább ez az argumentum –, hogy az erkölcsi megfontolások befolyásolják a tisztán jogi indokokat, lehetővé tesszük, hogy egy szűk közösségi elit saját erkölcsi felfogását, jogi érvek álcájában, rákényszerítse a többségre.⁴**

Az angolszász **gyakorlati filozófiai orientációjú** analitikai jogelmélettel szembeni ellenérzésnek egy másik oka az lehet, hogy ez a jogelmélet az esetjogi *common law* rendszerek jogi problémáiból indul ki. Ebből a tényből néhányan azt a következtetést vonták le, hogy az angolszász jogelméletben tett általánosítások nem feltétlenül gyümölcsözőek a törvényhozás-központú kontinentális rendszerek jogi problémáit illetően⁵

Nem célunk válaszolni a rivális jogelméletek támogatói részéről artikulált kritikákra: ezt a munkát már korábban elvégezték helyettünk.⁶ Ezzel a tanulmánnyal csupán ahhoz a folyamathoz

³ Uo. Ehhez **továbbá lásd** Szigeti Péter reagálása Bódig Mátyás előadására. In Nagy Tamás – Nagy Zsolt (szerk.): i. m. 257. o.

⁴ Pokol Béla reagálása Bencze Mátyás előadásra. I. m. 252. o.

⁵ „Az európai kontinens jogszemléletének formába öntése” Varga Csaba szerint inkább a német nyelvterület jogtudásainak, **Hans Kelsennek, Max Webernek, Eugen Ehrlichnek, Gustav Radbruchnak sikerült, Herbert Hart és Ronald Dworkin** elmélete viszont az angol-amerikai jogi hagyományt képviseli. Megemlíti **továbbá**, hogy „e két gondolkodó jelenléte honi vitáinkban máris határozottan erőteljesebb, mint más, olyan jogfilozófiai szerzőknek, illetve témáknak a súlya, akik és amelyek pusztán szakmailag nem kevésbé fontosak, sőt a kontinentális gondolkodás szelleméhez, belső megújulási lehetőségeinek teljesebb feltárásához esetleg egyenesen mellőzhetőbbek.” (Varga Csaba: A Hart-jelenség. In Cs. Kiss Lajos–Fábrí György (szerk.): H. L. A. Hart jogfilozófiájáról. II. *Világosság*, 2003/1-2, 83-84. o.) **A problémához lásd** Jakab András: Válasz Bódig Mátyás kritikájára. Egyúttal hozzászólás a Bencze–Bódig vitához. *Jogelméleti Szemle*. 2003/2, 129. o.

⁶ **Ehhez lásd** Bódig Mátyás: Reflexiók a gyakorlati filozófiai irányultságú jogelméletéről. In Nagy Tamás – Nagy Zsolt (szerk.): i. m. 261-266. o.; Györfi Tamás: Gyakorlati filozófia, liberális morálfilozófia és a jog

kívánunk hozzájárulni, amely elismeri, hogy a gyakorlati filozófiai kérdésnek létjogosultsága van a jogról való gondolkodásban, sőt, **a magyar joggyakorlat bizonyos problémái** is jobban kezelhetőek, ha e módszertant életre keltő és tudatosan alkalmazó angolszász analitikus jogfilozófia fogalmi rendszerét és módszertanát alkalmazzuk.

Amikor a gyakorlati filozófia metodológiáját hívjuk segítségül egyes jogfilozófiai problémák teoretikus alapjainak felderítéséhez, elismerjük a joggal szemben támasztott azon erkölcsi igényt, hogy működése a releváns közösség tagjai előtt racionálisan igazolható legyen. Az igazolhatóság kérdését vetik fel a magyar Alkotmánybíróság határozataiban megjelenő jogi döntések is. Végző soron egy intézmény – esetünkben az alkotmánybíráskodás – legitimitása függhet az általa követett nyilvános gyakorlat igazolhatóságától. **E tanulmány** azonban nem **abból a célból íródott**, hogy állást foglaljon egy konkrét erkölcsi probléma helyes megoldását illetően. Arra törekszünk, hogy összehasonlítva a vizsgált kérdésekre adott válaszokat alátámasztó érvrendszereket láthatóvá tegyük a különböző érvelési stratégiák **meggyőzőerejét, vagyis azt, hogy** mennyire képesek ellátni egy álláspont ésszerű és koherens igazolásának **funkcióját**. Véleményünk szerint a magyar ítélkezési gyakorlat elemzéséhez és értékeléséhez is **nélkülözhetetlen** segítséget nyújthat, ha a magyar Alkotmánybíróság egyik, nevezetesen a vérfertőzés büntethetőségére vonatkozó döntését⁷ Hart *Jog, szabadság, erkölcs*⁸ című könyvében és a könyvhöz kapcsolódó reflexiókban, (közismert nevén: „Hart-Devlin vita”) kifejtett indokokra tekintettel vizsgáljuk. **Ebben az értelemben tanulmányunk a Patrick Devlin és Herbert Hart közötti, ma már klasszikusnak tekintett vita rekonstrukciójaként és továbbgondolásaként is olvasható.**

Problémafelvetés

A Hart–Devlin vita alapjául a **következő** kérdés **szolgált: Igazolható-e az a büntetőjogi rendelkezés, amely szankcionálja az egyneműek**

autonómiája. In Nagy Tamás – Nagy Zsolt (szerk.): i. m. 267-273. o.; Gyórfi Tamás: A többrétegű jog koncepciója. *Miskolci Jogi Szemle*, 2007/2, 119-146. Bódig Mátyás: Válasz – Jakab András felhívására. *Jogelméleti Szemle*. 2003/2.

⁷ 20/1999 (VI. 25.) AB határozat, ABH 1999. 159-165.

⁸ H. L. A. Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. Ford. Krokovay Zsolt. Budapest, 1999, Osiris kiadó

közötti nem nyilvános beleegyezésen alapuló szexuális érintkezést? Hart és Devlin, **valamint** a vitában részt vevő jog- és morálfilozófusok (**Ronald Dworkin, Joel Feinberg, Robert P. George, Ernest Nagel, Hanna Pitkin, Jeremy Waldron, Bernard Williams**) e kérdés kapcsán fejtették ki álláspontjukat arról, hogy az erkölcs büntetőjogi kikényszeríthetőségének **hol húzódnak a** határai, továbbá milyen területek tartoznak egyáltalán az erkölcsi megítélés hatókörébe (mitől válik egy állítás „erkölcsi állítássá”).

Első **megközelítésben** a magyar Alkotmánybíróság vizsgálándó döntése több szempontból is különböző problémát tárgyal. A testülethez beterjesztett indítványok azt a kérdést exponálták, hogy a vérfertőzés büntetőjogi szankcionálása **vajon alkotmányos-e**. A vérfertőzésnek arról az esetéről volt szó, amikor nemileg érett, közeli rokonok közötti vérfertőzés nem nyilvánosan, kölcsönös beleegyezéssel valósul meg. Az egyik indítványozó kifogásolta bármely, az előbb meghatározott körben megvalósult vérfertőző cselekmény büntetőjogi szankcionálást, a másik pedig csupán azt a szabályozást tartotta alkotmányellenesnek, amelyik az egynemű testvérek „természet elleni fajtalanságát” minősítette bűncselekménynek.

A korabeli angol és a közelmúltbéli magyar **jogi dilemmát** azonban több, a mélyben meghúzódó azonosság kapcsolja össze. Mindkét esetben nyilvánvaló, hogy a cselekményeknek nincsen valódi „passzív alanya”, azaz konkrét személyt nem ér károsodás.⁹ Éppen ezért a személyt ért sérelem helyett az ilyen jellegű cselekmények büntetése **másfajta igazolásra szorul. S itt az a döntő** kérdés, hogy ehhez a magatartás „erkölcstelen” mivolta **vajon elégséges alapnak tekinthető-e**. A második összekötő kapocs az, hogy mindkét ügy felveti a **következő** kérdést: **Hol húzódnak és** melyek a magánszféra azon határai, amelyeket az államnak tiszteletben kell tartania? Végül mind a két esetben fontos szerepet játszik a homoszexuális nemi kapcsolatok erkölcsi, jogi és köznapi megítélése. Ezen összefüggések közül a tanulmányban az első kettőre fókuszálunk, a harmadikra csak a felvetett problémák megválaszolásához szükséges mértékig.

⁹ Még a vérfertőző kapcsolatból született, genetikailag károsodott gyermeket sem tekinthetjük a cselekmény büntetőjogi értelmében vett alanyának, hiszen a fogyatékossgal való megszületés **nem** minősül kárnak. **Ugyanis** a károsodás előtti állapot, amelyhez képest a „kár” értelmezhető, a nem-létezés. Nyilvánvaló, hogy a nemléthez képest a fogyatékos létezés nem jelent hátrányosabb helyzetet.

Ezen a ponton az a kézenfekvő ellenvetés támasztható a tanulmány logikájával szemben, hogy Hart, Devlin és a többi résztvevő egy alapvetően közéleti morál- és jogfilozófiai vitát folytattak le, és ezért az általuk felhasználható érvek körét csupán a racionális vita szabályai korlátozták. Ezzel szemben a magyar Alkotmánybíróságnak a magyar alkotmányjog keretei között kellett maradnia, így csupán az e keretbe illeszthető (alkotmány)jogi érvekre hivatkozhatott.¹⁰ Tanulmányunk egyik célja azonban éppen annak felmutatása, hogy Hart–Devlin vita érvei – morálfilozófiai jellegükkel együtt – kiválóan illeszkednek ebbe a keretbe; sőt az alkotmányjogi érvelés csak ezen indokok kifejtése esetén lehetett volna teljes. E tételünk igazolása **megköveteli**, hogy először is rekonstruáljuk, melyek is ezek az érvek.

Devlin releváns érvei

Patrick Devlin a büntetőjog helyes területéről folyó diskurzusban a jogi moralizmus álláspontjára helyezkedett. Már a devlini bűncselekmény-fogalom **is** explicit módon utalt a jogi szabályozás morális vetületére és a jogi tilalmak erkölcsi alapú igazolhatóságára. A bűncselekmény absztrakt definíciója Devlin értelmezésében azokat az immorális és bűnös cselekedeteket fogja át, amelyek nemcsak egy személy lelki vagy fizikai károsodását, hanem a *közösség egészének* sérelmét okozzák. A büntetőjog szerepe ebből következően nem függetleníthető az erkölcsök kikényszerítésétől, sőt számos bűncselekmény kizárólag egy erkölcsi elv érvényre juttatásának céljával magyarázható. Devlin érvrendszerének központi gondolata **korrelációban van** a büntetőjognak tulajdonított funkcióval: a közerkölcs, azaz a társadalom többsége által osztott erkölcsi vélekedések foglatának épségben tartása nélkülözhetetlen a társadalom fennmaradásához, ezért a közös erkölcs jogi kikényszerítését a társadalom önvédelmének elve, **vagyis** az a tény

¹⁰ A magyar alkotmánybírósági gyakorlat emblemikus képviselőjének, Sólyom Lászlónak az állásfoglalása szerint: „Az Alkotmánybíróság... kizárólag alkotmányjogi érvekkel alapozhatja meg döntését... Nem köti egyetlen erkölcsi vagy tudományos irányzat sem.” (23/1990. (X. 31.) AB határozat, ABH, 1990. 97.) A felfogás kritikájához lásd Tóth Gábor Attila: *Túl a szövegen*. Budapest, 2009, Osiris Kiadó. A szerző meggyőzően mutatja ki, hogy az Alkotmánybíróság nem láthatja el a jól a feladatát, ha nem vezérli valami koherens erkölcsi felfogás az alkotmányossági kontroll során.

igazolja, hogy a jog **pozitív és/vagy negatív értelemben** minden **olyan magatartás szabályozására** felhasználható, ami az adott közösség fennmaradásához szükséges. **E jogértelmezés mutatja, hogy** Devlin a társadalomban látta a legfontosabb értéket, az egyéni szabadság legteljesebb körű szavatolásának lehetőségét, **s e szabadság érdekében** tartja szükségesnek a társadalom minden áron való megóvását a széthullástól. **Ennek szellemében írja:** Egy szabad társadalom valódi ismertetőjegye, hogy a szabadság nem egyfajta kiváltság, sokkal inkább a hatalom az az engedmény, amit a szabadság biztosítása érdekében tennünk kell. A szabadság érdekében kell kijelölnünk a hatalom határait, azaz a szabadság elsődleges a hatalomhoz képest; valójában tehát a két fogalom közötti viszony jellegén múlik egy közösség szabadságának mértéke.¹¹

Devlin *The Enforcement of Morals* című munkájában olyan közerkölcs-koncepciót körvonalaz, amely szerint a közösség legtöbb tagja számára a morális meggyőződés nem csupán véletlenszerűen egymás mellé kerülő erkölcsi ítéletek egyvelege, hanem egy koherens rendszer, amelynek egyetlen szeletét ért támadás a rendszer egészének a megrendülését vonja maga után.¹² Devlin úgy érvel, hogy **már önmagában** egyetlen erkölcstelen cselekedet **is** káros a közös moralitás épségére nézve. Nem lehet meghatározni, mekkora számú egyén azonos „erkölcstelen” magatartása eredményezi a közösség morális kötelékének meglazulását, ezért minden olyan magatartást szankcionálni kell, amely – ha csak feltételesen is, de – alkalmas a közerkölcs kikezdésére. Devlin egy közösség pozitív erkölcsének meghatározása során lemond a kritikai vizsgálódás szükségességéről: minden olyan közérzület, amely átlépi a tolerancia határát, a moralizmus alapján igazolja a büntetőjog kényszerítő szankciónak igénybevételét. Devlin nem számol azzal a körülménnyel, hogy az ilyen érzések – amelyek egy jóérzésű átlagpolgár természetes reakcióiként jutnak kifejezésre – partikulárisak és megbízhatatlanok, és **alapulhatnak** a közerkölcs téves értelmezésén **is**. A **közösségi moralitást az adott közösség átlagos tagjainak egymáshoz kapcsolódó, összetalálkozó érzései formálják, nem az egyes individuum, hanem** kizárólag a közösség rendelkezik a közerkölcs mibenlétére vonatkozó végső erkölcs ítélet meghozatalának

¹¹ Patrick Devlin: *The Enforcement of Morals*. London – New York, 1963, Oxford University Press, 102. o.

¹² I. m. 115.

képességével; a mindenkori jogalkotónak **ezért** kötelezettsége törekednie **ezen ítélet** érvényre juttatására.¹³ A közösség morális ítélete – amennyiben **hiteles** [őszinte] – felülbíráhatatlan, mivel egyedül a közösség képes felismerni, mi szükséges saját egységének megóvása érdekében.

Devlin álláspontjának kritikája

Devlin bírálói annyiban osztották Devlin vélekedését, hogy a jognak van az erkölccsel közös területe, de vitatták az állami beavatkozás *mértékét* és *indokát*. A vita legtöbb részvevője egyetértett abban, hogy bármely emberi együttélés feltételezi közös erkölcsi normák létezését. Az erkölcsi szabályok mibenlétére vonatkozó megállapítások azonban nem találtak közös gyökeret, és többen – a legerősebben Joel Feinberg – kategorikusan elutasították az önmagában az erkölcsre hivatkozást az állami beavatkozás érvényes alapjaként.

A devlini álláspontot elsőként bíráló Hart a milli károkozási elvet **alapul véve konceptualizálta a** saját álláspontját, de tézisei nem esnek egybe a milli szabadságeszmény köré épített doktrínával. Hart a szabadság korlátozásának kárelvre alapozott igazolásán kívül a *paternalizmus* bizonyos formáit is megfelelő alapnak tekintette a szabadság korlátozásához.¹⁴ Erről az alapról kiindulva állította, hogy Devlin figyelmen kívül hagyja a jogi moralizmus és a paternalizmus közötti különbséget akkor, amikor a büntetőjognak erkölcsvédő funkciót tulajdonít. Devlin szerint az általa felhozott gyakorlati példák kétségkívül egyetlen célt szolgálnak: egy erkölcsi elv érvényre juttatását. Hart nem azt a devlini módszert utasítja el, amely egy társadalmi gyakorlat működésének leírásával kívánja biztosítani tézisének elméleti megalapozását, **hiszen** vélelmezhető, hogy **a bevett** gyakorlatban – **éppen mert elterjedté és megszokottá vált** – rejtőzködhet valami ésszerűség. Pusztán felhívja a figyelmet arra, hogy **maga** Devlin érti **félre** a példái mögött meghúzódó szabadságkorlátozó elv lényegét. A jogi erkölcsvédelem létjogosultságát igazoló tényállások Hart olvasatában a paternalista állami jogalkotás tipikus termékei. A paternalizmus Hart szerint tehát igazolhatja a büntetőjog beavatkozását, **ellenfele számára azonban**

¹³ I. m. 118.

¹⁴ H. L. A. Hart: i. m. 9. o.

nem világos, hogy Hart hol húzná meg a paternalista állami beavatkozás elméleti határát.

Devlin a harti érvelésnek ezt a gyenge pontját kihasználva arra törekszik, hogy megdöntse azt a harti argumentumot, amely a szabadságkorlátozó elvek félreértését tulajdonítja neki. A valóságban, mondja, lehetetlen különbséget tenni a paternalizmus fizikai és morális vetülete között. Devlin úgy véli, amennyiben elfogadjuk a paternalizmust az egyéni szabadságot jogosan korlátozó állami beavatkozás alapjaként, nemcsak az egyén fizikai, hanem erkölcsi védelmét is elismerjük. Így például az eutanázia szankcionálása mögött nem elsősorban azok az állami megfontolások húzódnak, hogy az egyént megvédjük egy számára testi épségét, végső soron életét sértő, ezáltal neki fizikai kárt okozó cselekedettől (fizikai paternalizmus), sokkal inkább az egyéni életnek kitüntetett értéket tulajdonító morális elv támogatja az ilyen cselekmények tilalmát (morális paternalizmus). A paternalizmus morális vonatkozásai pedig már kezelhetőek úgy, mint morális megfontolások jogi kikényszerítései. Ezzel a gondolatmenettel Devlin megérkezik **a jogi erkölcsvédelem** általa **képviselt** doktrínájához. Nem lehet elméleti határt húzni a morális paternalizmus és az erkölcs kikényszerítése között. Ha egy közösség gondot fordít tagjai érdekeinek előmozdítására, gondoskodási igényét nem redukálhatja tagjai fizikai jólétének előmozdítására, ahogy egy családfő sem korlátozza szülői kötelezettségét gyermekei fizikai épségének megőrzésére: felelősséget visel azok erkölcsi fejlődéséért is.¹⁵ Másfelől, Devlin szerint inkonzisztens az egyénre bízni a morális megfontolások kialakítását, ha nem várhatjuk el tőlük, hogy saját fizikai jólétük védelmében is ugyanolyan hatékonyan lépjenek fel. A paternalizmus az államra bízta az egyének érdekeinek felismerését. Ez az elv nem nélkülözheti egyfajta közös erkölcsiség elfogadását, **mivel az állam** csak egy morális konszenzus birtokában képes ítéletet hozni az „egyéni jó” **kérdésében**. Minden ilyen ítélethozatal **egyúttal magában foglalhatja** az erkölcs kikényszerítését is, azaz nincs ésszerű elméleti distinkció a paternalista állami beavatkozás és a jogi erkölcsvédelem mint szabadságkorlátozó elv között.

¹⁵ Patrick Devlin: i. m. 135. o.

Hart erre az ellenvetésre adott válaszában leszögezi, hogy az erkölcsi paternalizmus csak akkor nyújthatna megfelelő igazolását az állami beavatkozásnak, ha az „erkölcsi jólét” vagy az „erkölcsi kár” fogalmát egyértelműen meg tudnánk határozni. Távolról sem meggyőző azonban az olyan érvelés, amely arra épít, hogy pusztán azáltal, ha eltérünk bizonyos társadalmi konvencióktól, valami olyan „rosszat” szenvedünk el, mellyel szemben az államnak meg kell védeni minket.¹⁶

Devlin központi argumentuma, amely elválasztható az állam morális gondoskodási kötelezettségének érvétől, úgy szól, hogy a közös erkölcsiség sérülésével a közösség szétesése következhet be. Hart az e szempontból valóban releváns erkölcsi elvek körének ignorálása miatt bírálja. Úgy véli, a közösség működéséhez szükséges erkölcsi minimum nem sérül, ha egyes, a közös erkölcsiség szempontjából nem konstitutív morális vélekedések támogatottsága a növekvő tolerancia hatására gyengül.¹⁷ A jog feladata azoknak az erkölcsi állításoknak a győzelemre juttatása, amelyek alapvetőek a közösség folyamatos működése szempontjából. A releváns morális vélekedések kiválasztását pedig érveknek kell megelőznie.

Ha Devlin azt állítja, hogy a társadalom erkölcse valójában egy „egyetlen fonalból font háló” (seamless web),¹⁸ amelynek bármilyen megbontása az egész hálózat **felbomláshoz** vezethet, akkor ezt az állítását empirikusan bizonyítani kellene. Hart megadja azoknak a bizonyítékoknak a körét, amelyekre hivatkozással Devlin igazolhatná a **társadalom felbomlásának tézist**. **Azonban** Devlin nem keres **ilyesfajta** bizonyítékokat, Hart szerint pedig a figyelembe vehető bizonyítékok inkább aláássák, mintsem támogatják a **felbomlási** tézist. A történelmi tapasztalatok két megszorítással támogathatják a **felbomlási** tézist: **(a) A hagyományos társadalmak estén bizonyítani kell a közös erkölcsiség érvénytelenné válása és a társadalom tényleges felbomlása közötti oksági kapcsolatot; (b) El kell tekinteni a hagyományos és a modern társadalmak közötti különbségek figyelembe vételétől.** Ezek a korlátok azonban túl nagy áldozatot jelentenek a bizonyítás igazolhatóságára nézve. Hart a történelmi bizonyítékok feladása után a szociálpszichológia

¹⁶ H. L. A. Hart: i. m. 10-11. o.

¹⁷ H. L. A. Hart: *Erkölcstelenség és hazaárulás*. Ford. Miklósi Zoltán. Budapest, 2010, Kézirat, 4. o.

¹⁸ H. L. A. Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. 58. o.

eredményeit javasolja bevonni a bizonyítási folyamatba. Ha az engedékenységgel és az erkölcsi pluralizmus értékei lépnének a közös erkölcsiség helyébe, annak bizonyítására kellene törekedniük a **felbomlási** tézis védelmezőinek, hogy ezen értékek elismerésével csökkenne a társadalmi kohézió: az erkölcsi vélekedések különbségei feletti viták (pluralizmus) és a szokatlan attitűdök (engedékenységgel) jelenléte azonban Hart szerint sokkal inkább toleráns, és ebben a vonatkozásban integratív közösséghez vezetnének.¹⁹

Hart ezért azt javasolja vitapartnerének, hogy mondjon le a moralizmus igényéről, és helyezze elméletét a kevesebb igazolást kívánó konzervatív tézis alapjaira, s az erkölcs kikényszerítésére mint önmagában fontos és kívánatos értékre tekintsen.²⁰ Ezzel azonban azt szegezi szembe, hogy egy ilyen felfogás mindenfajta – később előnyösnek bizonyuló – változást megakadályozna vagy megnehezítene. Ha pedig minden társadalmat az éppen fennálló pozitív erkölcsével azonosítanánk, akkor **önmagunk számára** teljesíthetetlen követelményt támasztanánk, **mivel ekkor bármely** erkölcsi változás esetén már egy másik társadalomról **kellene beszélnünk.**²¹

Robert P. George segítő kezet nyújt Devlinnek, amikor a dezintegrációs tézis olyan olvasatát javasolja, amellyel eredményesebben hárítható el Hart előbbi bírálata. **George szerint az erkölcstelen cselekedetek nem a közösségi együttélés alapjait szavatoló „társadalmi rendet” kezdik ki, sokkal inkább a társadalmi kohéziót gyengítik.** A békés együttélés állapota önmagában szolgálhatja a rendezett közösségi életet, de nem azonos a társadalommal, ha a kohéziót biztosító közös érdekek, elköteleződések és személyes interakciók elvesztek. **A társadalmi integráció több a pusztán egymás mellett élésnél, mert az alapja a közösen osztott erkölcsi kódex, s e köré szerveződik az inherensen értékes közösség.**

¹⁹ H. L. A. Hart: *Társadalmi szolidaritás és az erkölcsiség kikényszerítése*. Ford. Miklósi Zoltán. Budapest, 2010, Kézirat, 16. o.

²⁰ Hart a *Jog, szabadság, erkölcs* című munkájában is többször említi, hogy Devlin ingadozik a jogi erkölcsvédelem mérsékelt és szélsőséges tézise között anélkül, hogy ezt jeleznél. A mérsékelt tézis a közös erkölcsre mint a társadalom fennmaradásának eszközére tekint, szemben a szélsőséges tézissel, amely a közkerkölcs kikényszerítését önmagában vett értéknek tekinti, ezért nem követeli meg az erkölcsi homogenitás sérelmének a társadalom egészének okozott kárként való azonosítását. (Ez a szélsőséges tézis azonosítható a konzervatív tézissel.) Hart szerint Devlin dezintegrációs tézise látszólag a mérsékelt tézist veszi védelmébe, de a társadalom szétesésének víziója inkább tűnik a priori feltevésnek, mint tényekre alapozott állításnak, ezért a konzervatív tézisbe fordul át.

²¹ H. L. A. Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. 59. o.

„Úgy vélem – írja **George** – biztonsággal feltehetjük, hogy Devlin »társadalom« alatt elsősorban azt az állapotot értette, amelyben az egyének saját érdekeiket azonosítják mindazokéival, akikkel a közös elkötelezettségek és vélekedések révén integránsan összetartozónak érzik és tudják magukat”.²² Bár George igyekszik védelmébe venni Devlin dezintegrációs tézisét, mégsem fogadja el azt a devlini állítást, hogy önmagában a közös erkölcsiség kikényszerítése a társadalmi kohézió megszűnésének elkerülése érdekében igazolható. George visszatér ahhoz az általa klasszikusnak tekintett hagyományhoz, amely az erkölcs kikényszerítése célját a társadalom erkölcsi épségének előmozdításában látja, de csak annyiban, amennyiben a kikényszerítendő erkölcsiség igaznak bizonyul. Devlin a lelkiismereti szabadság lerombolását és a zsarnokság veszélyét látja a klasszikus hagyomány által támogatott erkölcsvédelemben. Ha a törvény azért írhat elő erkölcsi kötelezettséget, mert valójában a helyes erkölcs kikényszerítésére tart igényt, a törvényalkotó, végső soron az állam, megadhatja az erkölcs igaznak tartott kategóriáit, és ezáltal elvonhatja minden ember szabadságát vélekedéseik saját meggyőződés szerinti kialakításától. Devlin magyarázatát **George** könnyedén cáfolja: a jog a lelkiismereti meggyőződést sohasem befolyásolhatja, csak a helytelen cselekvéseket tilthatja meg, de a tiltott magatartás morális értékelését meghagyja az egyén szabadágának.

Devlin társadalomelmélete **eszerint** a liberális elméletek két legfontosabb elvének elvetésére épül. Egyfelől nem tagadja, hogy elutasítja az erkölcsi pluralizmust (és a toleranciát) egy olyan közös pozitív erkölcsiség kikényszerítése érdekében, amely valamennyi társadalom természetes fennmaradását biztosítja. Másfelől bár elismeri az állam semlegességének követelményét, érvelése végeredményben a semlegességi elv semmibe vételéhez vezet. Ezt az ellentmondást Devlin úgy próbálja leplezni, hogy az erkölcsösséget egyszerű ténykérdésként kezeli. „Amennyiben egy józan ember erkölcstelennek tart valamely tevékenységet, és arról is meg van győződve – nem számít, hogy e meggyőződés igaz-e vagy hamis, ha őszinte és szenvedélyektől mentes –, hogy társadalmának egyetlen

²² Robert. P. George: *Társadalmi kohézió és az erkölcsök jogi kikényszerítése*. Ford. Miklósi Zoltán, Budapest, 2010, Kézirat, 25. o.

jóézésű tagja sem gondolhatja másként, akkor a jog szempontjából e tevékenység erkölcstelen.”²³

Joel Feinberg harti szellemben közelít a büntetőjog moralitásának problémájához, és szintén arra a kérdésre keresi a választ, hogy miként igazolható a jogi kényszer alkalmazása, ha a korlátozni szánt magatartás nem jár együtt másik személynek okozott kárral. Feinberg a megoldást Harthoz hasonlóan a Mill-féle kárelv korrekciójában látja: a sérelem elvével kiegészített kárelv már alkalmas olyan magatartások szankcionálására, amelyek ugyan nem okoznak közvetlenül kárt másoknak, de *a nyilvánosságban megjelenve* – még ha természetüknél fogva nem is erkölcstelenek – olyan nemkívánatos pszichés állapotot idéznek elő a „foglyul ejtett közönségben”, hogy büntetésük indokolttá válik. Feinberg teóriája számot ad azokról az általános kritériumokról, amelyek mérceként alkalmazhatóak a morális érzékenységet sértő magatartások szelekciója során, és így törekszik elkerülni azt a veszélyt, hogy a jogalkotó intuitív döntésére bízva a büntetendő sérelmek körének kialakítását. A sérelmi elv megszorító értelmezésére általa javasolt közvetítő normák a közösség átlagos tagjának normális érzékenységét támadó, ésszerűen elkerülhetetlen sérelmekre szűkítik a korigált kárelv alkalmazási körét. Feinberg elutasítja a moralizmust mint az állami kényszer érvényes alapját, de nem önmagában az erkölcst jogi kikényszerítését, hanem annak **egyedüli** hivatkozási alapként való megjelölését támadja.²⁴

Ronald Dworkin is feltételezi egy morális kódex létét, amelyet a törvény akár ki is kényszeríthet, amennyiben a közösségben konszenzus van a morális kijelentések erkölcsi mércéit illetően. Devlinhez hasonlóan Dworkin is elfogadja azt a kiindulópontot, hogy egy közösség létének minimális követelménye bizonyos közösen osztott erkölcsi vélekedések rögzítése. Dworkin azonban figyelmeztet arra a veszélyre, amelyet az erkölcst tartományának nem megfelelő kijelölése eredményezhet: azok a vélekedések, amelyek a morális kódexen kívül foglalnak helyet, *nem valódi* erkölcsi elvek. Mivel nem rendelkeznek a morális érvényesség kritériumaival, ezért kikényszerítésük igazolhatatlanná válik azok számára, akik

²³ Patrick Devlin: *Az erkölcstök és a büntetőjog*. Ford. Miklósi Zoltán. Budapest, 2010, Kézirat, 26. o.

²⁴ Joel Feinberg: „*Ártalmatlan erkölcsteleneségek*” és sértő háborgatások. Ford. Miklósi Z. Budapest, 2010, Kézirat, 1. o.

közösségük jogrendszerének autoritásigényét morális tagságukra tekintettel fogadták el. Csak a valódi erkölcsi normák sérelme veszélyezteti a társadalmi kohéziót, és ezeket el lehet határolni a pusztá vélekedésektől. Dworkin számot ad azokról az igazolási struktúrákról, amelyek nem elégítik ki az erkölcsi normákkal kapcsolatban megállapított morális feltételeket. Egy álláspont nem erkölcsi meggyőződés Dworkin szerint, amennyiben pusztá előítéleten alapul: „Általánosságban az előítéletek az ítéletek olyan pózai, amelyek a konvencióink által kizárt megfontolásokat vesznek tekintetbe”.²⁵ A morális ítélkezés alapszabályait illetően konszenzus van a politikai közösségben. Amennyiben egy kijelentés figyelmen kívül hagyja e konszenzust, nem oszthat az erkölcsi alapállásokat megillető védelemben, így kikényszerítése igazolhatatlanná válik. Nem valódi morális meggyőződés egy vélekedés, ha azt személyes érzelmek irányítják, vagy amennyiben hamis és valószínűtlen tényállításokra épít, és ezzel az igazolás minimális követelményeit sem elégíti ki. Végül kevés okot szolgáltat ahhoz, hogy valakinek az álláspontját erkölcsi alapállásnak tekintsük, ha a kijelentés morális érvényességének elnyerésére mások által osztott vélekedésekre utalunk.²⁶

Devlin azonban nem ad számot e morális szabályok mibenlétéről. Sőt, kikényszerítésük igazolását nem e vélekedések igazságtartalmától teszi függővé – nála az erkölcsi szabály támogatottsága indokolja jogi érvényesítésüket. Devlin egy morális szabály erősségét e szabályt sértő magatartásokkal szembeni személyes érzelmi reakciók hevességének fényében ítéli meg. A tűrhetetlen, felháborító és undorító érzeteket kiváltó cselekedetek roncsolják a társadalom egységes erkölcsi szövetét – az ilyen

²⁵ Ronald Dworkin: *Lord Devlin és az erkölcsök kikényszerítése*. Ford. Miklósi Zoltán, Budapest, 2010, Kézirat, 10. o.

²⁶ Feinberg a vitában megfogalmazott reflexiójában félreérti a Dworkin által anticipált érvelési struktúrát, és a jogi moralizmus egy korlátozott változatát tulajdonítja Dworkinnak. Feinberg kritikája ott siklik félre, ahol a Dworkin által bevezetett moralitás-kritériumokat a pozitív erkölccsel azonosítja. A dworkini koncepció helyes interpretációjában a moralitás-kritériumok betartása konstituálja egy állítás erkölcsi természetét: ez az erkölcs-definíció ténylegesen nem a tartalmi objektivitás igényével lép fel, pusztán meghatározza azokat az igazolási feltételeket, amelyeket egy közösségnek egytől-egyig figyelembe kell vennie egy vélekedés erkölcsi jellegének elismeréséhez, ezáltal jogi kikényszerítésének megfontolásához. Dworkin elmélete végső soron a törvényhozó kezébe adja az igazolási struktúra összetevőit. Fontosnak tartom rögzíteni, hogy saját Dworkin-olvasatunk szerint nem lehetséges egy állítás általában vett erkölcsi természetét kijelenteni. Az erkölcs mindig a közösségi környezet függvénye, ezért a közösségi deliberáció összetevőinek tudatos alkalmazása révén léphetünk csak fel azzal az igénnyel, hogy egy vélekedést – erkölcsi természetét elismerve – a jogi szabályozás hatókörén belül helyezzünk el.

cselekedetek korlátozása a közösség létének biztosítása érdekében elengedhetetlen.²⁷ Devlin a társadalom szétesésének legnagyobb veszélyét az erkölcsi homogenitás megbomlásában látja.

Dworkin nemcsak a jogi moralizmust, hanem a paternalizmust is elfogadhatatlan beavatkozásnak tekinti az egyéni szabadságba. Eszerint még ha az állam képes is felismerni valamely tagja kritikai érdekét, a büntetőjogi kényszerítés mindig vállalhatatlan áldozatot követel a kényszerített személy részéről a saját maga által felismert és önmagának artikulált jó élet valamely összetevőjének kényszerített megváltoztatására és annak elfogadására. Dworkin az erkölcs kikényszerítését csak abban a korlátozott szférában tartja igazolhatónak, amely azokat a kollektív tevékenységeket és viszonyulásokat fogja át, amelyek egy *közösség politikai életét* alapvetően meghatározzák, ezáltal a közösség mint önálló entitás politikai karakterét biztosítják.

Jeremy Waldron azzal érvel, hogy a közösségi erkölcs fenntartásának igénye mint cselekvőfüggő érdek a jogi kikényszerítés igazolása szempontjából a kívülállók számára sohasem lehet normatív: azaz önmagában a morális partikularitás mint egy közösség egyedi identitását szavatoló sajátosság sosem lehet érvényes alapja a szabadságkorlátozó állami beavatkozásnak.²⁸ Egy morális szabály érvényességéhez az is kell, hogy alávessük olyan absztrakt, kritikai elveknek, amelyek valamennyi emberi együttéléssel szemben támasztanak kívánalmakat közös emberi szükségleteink és érdekeink kielégítésére. Hart **például** az ilyen absztrakt elveket a „természetjog minimális tartalmával” azonosítja. Ez a minimális tartalom segíti elő a jognak való engedelmességet azáltal, hogy az emberi együttélés legegységesebb célját, a fennmaradást szolgálja.²⁹

A modern közösség pedig inkább a reflexió hagyományát ápoló közösség, mintsem a konvenciók naiv, reflektálatlan és nosztalgikus elismerésének közege. „Ezek a »kritikai« moralitás szokásai mifelénk, amelyek az eszméinkre és társadalmi lehetőségeinkre vonatkozó folyamatos, lelkiismeretes és racionális gondolkodást foglalnak magukban.”³⁰ Waldron **tehát** Harttal és Dworkinnal azonos

²⁷ Bretter Zoltán: *Politika a határon: a Devlin–Hart-vita*. Pozsony, 2004, Kalligram, 63. o.

²⁸ Jeremy Waldron: *A partikuláris értékek és a kritikai moralitás*. Ford. Miklósi Zoltán. Budapest, 2010, Kézirat, 8-9. o.

²⁹ H. L. A. Hart : *A jog fogalma*. Ford. Takács Péter. Budapest, 1995, Osiris Kiadó, 224. o.

³⁰ Jeremy Waldron: i. m. 31. o.

álláspontot képvisel az erkölcsi kijelentések mércéjét illetően: csak az állandó racionális felülvizsgálat gyakorlása révén juthatunk el morális vélekedéseink igazságtartalmának megkérdőjelezhetetlenségéig. Akkor maradunk valóban hűségesek az identitásunkat meghatározó közösségi hagyományokhoz, ha gyakoroljuk a kritikai vizsgálódást: morális vélekedéseinket az igazságosság absztrakt mércéinek vetjük alá, azaz gyakoroljuk az őseink által ránk hagyományozott reflexív értékelés képességét.

Waldron végkövetkeztetése, hogy önmagában a közösség konszenzusa nem teszi a jogi kényszer alkalmazását igazolhatóvá – ha pusztán kijelentjük valamely erkölcs konvenció létezését és erre alapozzuk a kényszer alkalmazását, azzal a közösségünk szempontjából leginkább konstitutív hagyománnyal szakítunk, amely egy helyes erkölcsiség elismeréséhez megköveteli a bíráló egyetemes mércéinek alkalmazását.

A magyar Alkotmánybíróság álláspontja a Hart-Devlin vita tükrében

Előkérdések

A magyar Alkotmánybíróság érveinek vizsgálatakor két előkérdést kell tisztáznunk. Egyrészt szem előtt kell tartanunk, hogy a testületnek nem csupán egy gyakorlati problémát kellett megoldania, hanem három, egymástól részben megkülönböztethető kérdésre kellett válaszolnia. Ennek oka, hogy az indítványokban támadott tényállás több jogi tárgyat is véd, így másféle igazolások kapcsolhatóak a különböző tilalmakhoz. A Btk. egyaránt szankcionálta, **illetve** szankcionálja azt,³¹ aki 18 év feletti és 14-18. életéve közötti korban lévő személlyel lép vérfertőző kapcsolatra,³² és bünteti a különműiek és az egyneműiek közötti szexuális cselekményeket; ez alól csak a különmű testvérek esetében tett kivételt, ott csupán a közösülés volt büntetendő, a fajtalankodás nem. Abban sem tett különbséget a

³¹ Btk. 203. § (1) Aki egyenesági rokonával közösül vagy fajtalankodik, büntetett követ el, és egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Nem büntethető a leszámazó, ha a cselekmény elkövetésekor tizennyolcadik életévét nem töltötte be.

(3) Aki testvérével közösül, vagy természet elleni fajtalanságot követ el, vétség miatt két évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

³² A 14. életévüket be nem töltött személyek esetére más tényállás vonatkozik.

törvényhozó, hogy fennállt-e az utód nemzésének lehetősége az ilyen típusú kapcsolat révén. A törvényszöveg alapján tehát – a tényállás igazolási igényeinek eltérésére tekintettel – releváns különbséget állapíthatunk meg a vérfertőző magatartások megvalósítói között a másik résztvevő életkora, a szexuális orientáció és az utódnemzési lehetőség vonatkozásában. Az alábbiakban külön elemezzük e három esetkört, és **az érvelés szálait szétbontva** vizsgáljuk kapcsolatukat a Hart–Devlin vita ténybeli alapjához. Véleményünk szerint részben ez az összetettség lehet az egyik oka annak is, hogy az Alkotmánybíróság érvei sokszor összefolynak, így csak következtetni lehetett arra, hogy melyik érvek milyen esetkörben tulajdonít jelentőséget.

A másik előkérdés az alkotmánybírósági eljárás „indítványhoz kötöttsége” körül forog. Ha ugyanis a testület kötött az indítványban megjelölt alkotmányossági kifogásokhoz, akkor nem **tehető kritika tárgyává**, hogy **vizsgálata során vajon miért nem hivatkozott az indítványban nem szereplő, de a kontrollált jogszabályi tartalom megítélése szempontjából alkotmányossági mérceként felhasználható** alkotmányos elveket, alapjogokat. Ha ilyen kötöttsége nincsen az Alkotmánybíróságnak, akkor értelemszerűen minden relevánsnak **tekinthető** mérce fel kell használnia **a norma alkotmányosságának mérlegelése során**. E dilemma azért merül fel, mert sem az Alkotmánybíróságról szóló törvény,³³ sem más jogszabály nem rendelkezik erről a kérdéssel, az Alkotmánybíróság ügyrendi határozata pedig kevés eligazítással szolgál: „Az Alkotmánybíróság érdemi határozatával elbírálja a tárgyalt indítványt, és dönt az elbírálással szükségszerűen összefüggő kérdésekben.”³⁴ Az ügyrend a szükségszerű összefüggés kitétel alkalmazásával az Alkotmánybíróság mérlegelési jogkörét nem szorítja korlátok közé. Súlyom László álláspontja szerint a testület eljárásának nem kontradiktórius jellege lazít az indítványhoz kötöttség szigorán. Mivel a magyar jogrend nem ismeri a közvetlen alkotmányjogi panasz intézményét – szól az érvelés –, az indítványozó nem hivatkozhat saját alapjogának sérelmére; kérelme csak működésbe hozza a bírósági gépezetet. Az indítványok szabad kezelésének következménye, hogy a határozatok gyakran túlterjeszkednek az eredeti indítványon, és előre

³³ 1989. évi XXXII. tv. az Alkotmánybíróságról

³⁴ Az Alkotmánybíróság ideiglenes ügyrendjéről és annak közzétételéről szóló, többször módosított és egységes szerkezetbe foglalt 2/2009 (I.12.) Tü. határozat

nem látható elvi megfontolásokat rögzítenek.³⁵ **Kérdés tehát, hogy ugyanez a nagyvonalúság alkalmazható-e az indítványokban javasolt vizsgálatok mellőzésére is?**

Az Alkotmánybíróság állandó és egységes gyakorlata szerint „ha az indítvánnyal támadott jogszabályt, vagy annak egy részét az Alkotmány rendelkezésébe ütközőnek minősíti, és ezért azt megsemmisíti, akkor a további alkotmányi rendelkezés sérelmét – a már megsemmisített jogszabályi rendelkezéssel összefüggésben – érdemben nem vizsgálja.”³⁶ Így nem vizsgálta például a magyar Alkotmánybíróság a „természet elleni fajtalanság” **törvényi tényállása** alkotmányosságának megítélése **során a tényállás összefüggését** az Alkotmány 54. §-ával, **amely az emberi méltóság jogát statuálja**, és ezzel **voltaképpen** nem is adott választ az indítványokban szereplő felvetésekre.³⁷

Az elemzést tovább bonyolítja, hogy az Alkotmánybíróság soha nem ismerteti és nem is teszi közzé teljes terjedelemben az indítványt. Mindössze az indokolás bevezető részében foglalja össze, hogy mit tart lényegesnek az indítványból, esetleg részben idézi is azt. Így azonban nem lehet ellenőrizni, hogy a testület **vajon kimerítően vizsgálja-e az indítványt. Az indítvány kimerítő vizsgálatán azt értjük, hogy a testületnek nemcsak az indítványban explicite megfogalmazott alkotmányossági aggályokra kell reflektálnia, hanem elvileg figyelembe kellene vennie az implikált aggályokat is.**³⁸

Az általunk vizsgált döntés esetében szerencsére kikerülhetőek a fenti csapdák. **Mint látni fogjuk**, az indítványból a döntés indokolásába beemelt rövid részek is tartalmazzák azokat az alkotmányos hivatkozásokat, amelyek lehetővé tették volna a Hart–Devlin vita érveinek alkalmazását.

Az Alkotmánybíróság érveinek tartalmi vizsgálata

³⁵ Sólyom László: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. Budapest, 2001, Osiris Kiadó, 257. o.

³⁶ 29/2000 (X. 11.) AB határozat, ABH 2000. 193, 200.

³⁷ 37/2002 (IX. 4.) AB határozat, ABH 2002. 230-265.

³⁸ Ezért lehet fontos mérföldkő az Emberi Jogok Európai Bíróságának közelmúltban hozott döntése, amely éppen az Alkotmánybíróság e gyakorlata miatt marasztalta el Magyarországot (*Vö. Társaság a Szabadságjogokért versus Hungary 2009*). Mindazonáltal nem tudunk arról, hogy az Alkotmánybíróság a döntés következtében változtatott volna az eddig követett gyakorlatán.

Az elemzés **kiindulópontja** az az esetkör, amikor 18 éven felüli személy **szexuális kapcsolatot létesít** – akár egyező, akár különböző nemű – **közeli, 14. és 18. életéve közötti korban lévő közeli hozzátartozójával. Ezt az indokolja, hogy a Hart–Devlin vitára alapot** adó jogi szabályozástól eltérően **itt a közerkölcs védelmén túlmenően** más érveket is fel lehet hozni a törvény alkotmányossága mellett. Az Alkotmánybíróság, **a tilalom melletti érvként**, utal is „az ifjúság tekintetében az állam különös gondoskodási kötelezettségé”-re.³⁹ Ennél részletesebben azonban nem indokol, és arra is csak következtetni lehet, hogy ezt az érvet a fiatakorúakkal való szexuális kapcsolat tilalmazásának körében tartja **alkalmazhatónak. Az persze egy külön tanulmány tárgya lehetne, hogy az Alkotmánybíróság a saját gyakorlatában mennyire vette komolyan ezt az érvet,**⁴⁰ de számunkra itt elég annyit leszögezni, hogy ez az indok – **ti. a még ki nem alakult szexuális orientációjú gyermek választási lehetőségének megőrzése** –, még ha a legjobb színben igyekszünk is feltüntetni nem igazolhatja az egész tényállás alkotmányosságát. A vérfertőzés tényállásába ugyanis beletartoznak a felnőttek közötti magatartások is, **amelyek** szankcionálást nyilvánvalóan nem lehet az ifjúság védelmére tekintettel igazolni, **ezért elkerülhetetlen**, hogy a teljes tiltást más érvekre alapozzuk.

A második megkülönböztetés a szexuális cselekmény „eredménye” felől végezhető el. Az Alkotmánybíróság erre tekintettel érvelt úgy, hogy „a leszármazás genetikai védelme ésszerű indokát adja”⁴¹ a vérfertőzés tilalmának. **Azonban könnyen belátható, hogy ez az érv** ugyancsak korlátozott érvényű. A Btk. nem csupán azokat a vérfertőző cselekményeket tiltotta, amelyekből gyermek született, esetleg potenciálisan születhetett volna, hanem – a különmemű

³⁹ ABH 1999. 162.

⁴⁰ A 21/1996. (V. 17.) AB határozatban a testület kifejtette, hogy „az alkotmány 67. §-a értelmében az államnak a gyermeket a fejlődésére káros hatásokon kívül az olyan kockázatvállalásoktól is meg kell óvnia, amelyekkel kapcsolatban életkoránál (az ettől függően feltételezett testi, szellemi, erkölcsi és társadalmi érettségénél) fogva nem képes megismerni és értékelni sem a választható lehetőségeket, sem pedig választása következményeit saját személyiségére, illetve későbbi életére és társadalmi beilleszkedésére” (ABH 1996, 74.). Ezt az indokot alkotmányos alapnak tekintette az egyesületi szabadság korlátozásához (a 18. életévüket be nem töltött homoszexuális fiatalok jogvédelmi egyesületben viselt tagságáról volt szó). Ugyanakkor később, a 37/2002 (IX. 4.) AB határozatban ugyanezt az alkotmányi passzust már nem találta elegendő súlyúnak ahhoz, hogy igazolja az életkori megkülönböztetést a hetero- és a homoszexuális megrontás beleegyezési korhatárát illetően (ABH 2002, 243-246.). A korábbi álláspontjának megváltozását semmivel nem indokolta, így az a furcsa helyzet állt elő, hogy nem tudjuk, ma Magyarországon miért tilos **például** egy 17 éves személynek homoszexuálisok jogait védő egyesületbe lépni, miközben homoszexuális viszonyt szabadon folytathat szinte bárkivel.

⁴¹ ABH 1999, 162.

testvérek fajtalankodásának kivételével – az összes szexuális párkapcsolati magatartást, beleértve azokat is, amelyek esetében a megfelelő védekezés, esetleg egészségkárosodás miatt gyermek **fogantatásának** nincs gyakorlati esélye. Ha a vérfertőzést nem azért büntetjük, mert sérti a konvencionális erkölcs egyes kívánalmait, hanem mert az ilyen szexuális kapcsolatokból származó utódok esetében jelen van a genetikai károsodás veszélye, érdemes megfontolni egy olyan szabályozási koncepció kialakítását, amely a rokonok közötti szexuális **kapcsolatok közül azokat** bünteti, amelyekből gyermek fogan.⁴² Ugyanakkor egy ilyen szabályozás is komoly alkotmányos aggályokat vet fel. Ha Magyarországon semmilyen jogi rendelkezés nem tiltja meg azt, hogy genetikailag károsodott, illetve valamilyen örökletes betegségben szenvedőknek gyermeke legyen – amikor is a születendő gyermek károsodásának **jóval nagyobb a valószínűsége**, mint a vérfertőzés esetében –, akkor nehezen indokolható, hogy a jog **miért tiltja** az egyébként egészséges közeli hozzátartozók közötti szexuális érintkezést. Így ez az indok sem lehet elégséges alap a teljes tilalom fenntartásához.

A vizsgált esetkörök kapcsán azt láthattuk **tehát**, hogy a sérelmi elv két konkrét lehetséges változata – a szexuálisan még nem teljesen érett személyek választási lehetőségét korlátozó cselekmények megakadályozása, **illetve** a genetikai károsodás megelőzése – logikailag nem jelenthet elégséges alapot a tiltáshoz. **Mielőtt** továbblépünk a Hart-Devlin vitához ténybelileg legszorosabban kapcsolódó harmadik megkülönböztetéshez, **fontosnak tarjuk annak elemzését, hogy** a sérelmi elv valamilyen konkretizálásával **meggyőzően indokolható-e** a vérfertőzés büntetése. A homoszexuális és heteroszexuális vérfertőzés eltérő tilalmazásával kapcsolatos alkotmányjogi problémát ugyanis már az Alkotmánybíróság sem a sérelem-elvvel hozta összefüggésbe. A vérfertőzés egészének vonatkozásában azonban felhívott egy olyan indokot, amelyik felfogható a sérelmi elv egyik konkrét változataként.

⁴² Nagy Ferenc és Szomora Zsolt tanulmánya utal arra, hogy számos európai államban (Spanyolország, Németország, Franciaország, Oroszország) a vérfertőzés elnevezés körébe vonható szexuális magatartások nem esnek a büntetőjogi értékelés körébe. A magyar büntetőjogi irodalomban ehhez hasonló álláspont még nem körvonalazódott, így elméleti célkitűzéseink megelégszenek e büntetőjogi tényállás szabályozásának ésszerűsítésével. Vö. Nagy Ferenc-Szomora Zsolt: A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények (Btk. XIV. fejezet) de lege ferenda: II. rész. *Büntetőjogi kodifikáció*, IV, 2004/ 2, 17-25. o.

A döntésében a testület megemlítette a „házasság és a közeli (vér)rokonok közötti családi kapcsolat védelmét”,⁴³ mint a szexuális szabadság egyik korlátozó elvét. Egy család széthullását, egy házasság felbomlását **valóban** sokan megszenvedhetik, leginkább lelki, de sokszor fizikai értelemben is. Ha ez az elv áll a vérfertőzés pönalizálása mögött, akkor nem érdemes továbblépni az erkölcsvédelem igazolhatóságának kérdése felé, legalábbis a vérfertőzés egészét illetően. **Ám jó** okunk van azt gondolni, hogy nem ez a helyzet, **mert** a tényállás speciális és generális preventív célja elsősorban **nem** a családok és a házasságok „normális” működését biztosítása. **Ezt az állítást** a posteriori bizonyítja, hogy a **magyar** jog kifejezetten megengedi a válás lehetőségét, és nem bünteti **sem** a házasságtörést, **sem annak résztvevőit, holott** ezek a cselekmények nyilván a házasság és a családi kapcsolatok felbontására irányulnak, illetve azt eredményezhetik. A vérfertőző cselekedetek továbbá nem csupán egy családi közösség keretei között mehetnek végbe, így lehetnek teljesen indifferensek a családi kapcsolat szempontjából. De a magyar jog akkor is lesújt, ha például két, külön nevelkedett, de egymást csak felnőttkorban megismerő testvér létesít szexuális kapcsolatot, **jóllehet** ebben az esetben csupán a közösülés büntetendő. Megfordítva a példát, egy családon belüli „nem szokványos” nemi viszony igencsak kihatással lehet a családi kapcsolatok rendjére akkor is, ha nem vérszerinti rokonok, **hanem például az örökbefogadó és örökbefogadott vagy** mostoha testvérek **között létesül**; az ilyen magatartásokat azonban **a magyar jog** nem bünteti.⁴⁴

A priori, a szabályozás értelmét tekintve, **megfontolásra** érdemes, hogy **ez a büntetőjogi tényállás vajon** mennyire képes védeni a családi kapcsolatok megszokott rendjét. Ha elfogadjuk azt a **feltevést, mely szerint** a vérfertőző hajlamokkal rendelkező emberek nem pusztán kedvtelésből, szórakozásból döntenek **úgy, hogy megszegnek** egy ősi, a modern nyugati világfelfogásba is mélyen beágyazódott tabut, kockáztatva **ezzel** a kiközösítést és **a** megvetést, akkor azt is el kell fogadnunk, hogy az ilyen hajlam *kialakulását* a büntetőjog a maga eszközeivel **nem, vagy csak igen kis mértékben képes** befolyásolni. Ha pedig a hajlam valakiben felbukkant, akkor ez rá fogja nyomni a bélyegét a családi kapcsolataira abban az esetben is,

⁴³ ABH 1999, 162.

⁴⁴ Szomora Zsolt: Dilemmák a vérfertőzés jogi tárgya kapcsán. *Állam- és Jogtudomány*, XLVIII, 2007/ 4, 595. o.

ha a késztetés nem válik tetté. A büntetőjog által már „kezelt” vérfertőző magatartás tehát inkább a családi kapcsolat megszokott rendjétől való eltérés **látható jele**, és **minimális** az esélye, hogy **e rendet** éppen a büntetőjogi szankciótól való félelem fogja azt helyreállítani.

Ha a család- és házasságvédelem szabadságkorlátozó indokának sérelem **elv felőli** olvasatát a fenti érvek alapján feladjuk, akkor az indok alapját **a** konvencionális erkölcs **valamilyen formájának védelmében**, és nem **a** konkrét károk megelőzésében **kell látnunk**. Valójában a törvény magyarázata is a nemi kapcsolatok elfogadott rendjének fenntartására hivatkozik,⁴⁵ és a tényállás kapcsán ezt **az álláspontot képviseli** a szak- és tankönyvirodalom is.⁴⁶

Ezzel elérkeztünk **arra a pontra, ahol** a teljes tiltás igazolásakor csak a jogi erkölcsvédelem érvére tudunk támaszkodni. A bíróság, **korábbi döntését alapul véve** hivatkozik is az indokolásban az erkölcs sajátos büntetőjogi funkciójára: „A büntetőjog a nemi erkölcs területén (is) meghúzza azt a szélső határt, amelynek áthágását a társadalom már nem tűri el. ... Vannak bűncselekmények, ahol ma is nemcsak egybeesik az erkölcsi és a jogi megítélés, hanem ahol a büntetendőséget erkölcsileg nem lehet komolyan kérdésessé tenni – például az emberölésnél. A nemi erkölcs szempontjából sem lehet kérdésesnek tekinteni például a vérfertőzés megbüntetését...”⁴⁷ A fejtegetés határozott hangneme ellenére sem egyértelmű, **hiszen** első olvasásra úgy tűnik, hogy az államnak **az erkölcsbe – beleértve a nemi erkölcsöt is – ütköző cselekményt** joga van büntetni. Ugyanakkor elgondolkoztató, hogy az erkölcs legitim kikényszerítésének első példajaként az emberölést nevezi meg, **melynek** esetében vitán felül áll a sérelmi elv igazoló jellege. Így kétségessé válik az olvasó számára, hogy **az Alkotmánybíróság** milyen fajta erkölcsi **elvárások** kikényszerítését tartja legitimnek: bármilyen erkölcsi elvárását, vagy csupán azokét, amelyeknek megszegése közvetlenül kárt okozhat más számára. Az Alkotmánybíróság bizonytalanságát jól jelzi, hogy ez a fejtegetése csupán *obiter dicta* marad, a vérfertőzés alkotmányos

⁴⁵ Jakucs Tamás (szerk.): *A büntető törvénykönyv magyarázata. I.* Budapest, 2004, KJK-KERSZÖV, 740. o.

⁴⁶ Merényi Kálmán: *A szexuális erőszak.* Budapest, 1987, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 22. o.; Kis Norbert – Hollán Miklós: *A magyar büntetőjog tankönyve. II.* Budapest, 2008, Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, 266; Nagy Ferenc (szerk.): *A magyar büntetőjog különös része.* Budapest, 2009, HVG-ORAC, 267. o.

⁴⁷ Az eredeti szöveg a 21/1996. (V. 17.) AB határozatban lelhető fel (ABH 1996. 74, 82.).

büntethetőségének *ratio decidendi*je a fentebb vizsgált három érv lesz. Ezek közül pedig kettő nyilvánvalóan, a harmadik pedig legalább az egyik olvasatában a sérelem-elve támaszkodik. A bíróság szerint e három érv együttesen ésszerű indokát adja „a társadalom e kiemelt személyi csoportjaira vonatkozó, büntetőjogi következményekben is mutatkozó megkülönböztetésnek.”⁴⁸ Valamivel egyértelműbben fejt ki a büntetés alapjaira – és ezen belül az erkölcs büntetőjogi kikényszerítésének igazolhatóságára – vonatkozó nézeteit az Alkotmánybíróság a homoszexuális testvérek közti fajtalanság büntetendőségét vizsgálva.

Ebben a kérdésben a **hatályos szabályozást** az alaptörvénnyel összeegyeztethetetlennek találta: „Nem indokolható ésszerűen a különemű testvérek közötti fajtalanság és az azonos nemű testvérek közötti fajtalanság eltérő büntetőjogi megítélése. Nem igazolható az sem, hogy eltérő lenne ezek társadalomra veszélyessége.”⁴⁹ Ha csupán ezt a részét ismernénk az indokolásnak, **úgy** arra is következtethetnénk, hogy az **Alkotmánybíróság** szerint nem létezik olyan ésszerű ok, amely e cselekvések „társadalomra veszélyességét”, és így a büntetésüket igazolná. Feltételezhető, ha a testvérek közötti heteroszexuális fajtalanság **nem** társadalomra veszélyes, akkor a fajtalanság homoszexuális változata **sem az**. Ez az álláspont annak tudomásul vételét jelenthetné, hogy nincs olyan méltányolható érdek, amelyet e magatartás sért vagy veszélyeztet, a közerkölcs kikényszerítése önmagában viszont nem elég indok a megbüntetéshez.

Az **Alkotmánybíróság szóban forgó határozata** azonban nem ezt a következtetést vonta le: „Valamely magatartás bűncselekménnyé nyilvánítása, ezzel kapcsolatban társadalomra veszélyességének mérlegelése a jogalkotó feladata. Az Alkotmánybíróság ismét hangsúlyozza, hogy 21/1996. (V. 17.) AB határozata szerint a bűncselekmények megállapítása törvényhozói kompetencia, s így a demokratikus többségi vélemény – és érzület – érvényesülésének tere.”⁵⁰ Magyarul ez azt jelenti, hogy az Alkotmánybíróság nem az átlagostól eltérő szexuális magatartások bizonyos fajtájának büntetőjogi üldözését kifogásolta, hanem csupán azt, hogy e magatartások *üldözése során a törvényhozó* nem tartotta be az

⁴⁸ ABH 1999. 162. o..

⁴⁹ ABH 1999. 163. o.

⁵⁰ Uo.

egyenlőség elvét. Ezt az olvasatot megerősíti egyrészt a testület további indokolása – „Az Alkotmánybíróság nem jogosult arra, hogy új bűncselekményi tényállások megállapítására kötelezze a jogalkotást, sem arra, hogy különös részi tényállások részleges megsemmisítésével addig nem büntetendő magatartásokat is büntethetővé tegyen”⁵¹ – másrészt az a tény, hogy az egyenesági rokonok közötti **vérfertőzés** tilalmát azért sem találta alkotmányellenesnek, mert az egyaránt „vonatkozik a homoszexuális és heteroszexuális fajtalankodásra is.”⁵² Végül pedig, szinte mentegetőzve, hozzáteszi: „Köteles viszont az alkotmányellenesnek minősülő jogszabályt megsemmisíteni.”⁵³ Ebből az érvelésből viszont egy olyan álláspont bontakozik ki, amelynek értelmében valamely cselekmény büntetéséhez elegendő igazolást nyújt az, hogy az találkozik a (feltételezett) többség (feltételezett) véleményével és érzületével.

A vita érveinek és az Alkotmánybíróság indokolásának kapcsolata

A két probléma összefüggése

A Hart–Devlin vita az erkölcs büntetőjogi kikényszerítésének igazolhatósága körül forgott. **Mindenekelőtt** azt kell tisztáznunk, hogy az Alkotmánybíróságnak **ebben a kérdésben állást kellett volna foglalnia vagy sem.** Ezt a kérdést **azért kell** feltennünk, mert az **Alkotmánybíróság még csak fel sem vetette a problémát.** Mint bemutattuk, az erkölcs (és a nemi erkölcs) kikényszeríthetőségének **tétele** úgy bukkan fel az indokolásban, hogy nem világos, milyen jellegű erkölcsi elvárások kényszeríthetők ki; **ráadásul az Alkotmánybíróság – legalábbis a vérfertőzés tényállását illetően – nemcsak** erre a tételre **alapozta döntését,** hanem **az indokolásba bevonta** a sérelmi elvet is. **Azonban be kellett látnunk, hogy a sérelmi elvre támaszkodó igazolások mindegyike korlátozott érvényű.** A tiltás jelenlegi hatókörét a három érv együttesen sem fedi le

⁵¹ Uo.

⁵² ABH 1999. 162. Később az Alkotmánybíróság feladta az önkorlátozás itt deklarált elvét, és az 54/2004 (XII. 13.) AB határozatban („droghatározat”, ABH 2004. 690-692.) már úgy semmisítette meg a kábítószerrel visszaélés törvényi tényállásának egyes elemeit, hogy a megmaradt szöveg értelmében az addiginál tágabb magatartási kör került a büntetőjog hatálya alá, tehát a bíróság – tartalmi értelemben – jogot alkotott.

⁵³ ABH 1999. 163.

teljesen, a házasság és a családi kapcsolatok védelmének érvét illetően pedig az sem biztos, hogy az a sérelem-elv alkalmazásának tekinthető-e. Úgy látszik tehát, hogy a vérfertőzés büntetésének igazolásához mindenképp játékba kell hozni a közerkölcs megvédésének érvét. Ezt hallgatólagosan az Alkotmánybíróság is megtette, amikor a testvérek közti homoszexuális vérfertőzés vizsgálatakor a büntetés legitim alapjaként a „demokratikus többségi véleményt és érzületet”⁵⁴ nevezte meg. Ennek a véleménynek és érzületnek ugyanis alapulnia kell valamin, s ezt az alapot nevezik **szokás szerint** közerkölcsnek. Az Alkotmánybíróságnak tehát ez utóbbi érve kapcsán állást kellett volna foglalnia abban a kérdésben, hogy mennyire jelent elegendő indokot a büntetőjogi szabadságkorlátozásra a jogi erkölcsvédelem. **Erről szolt Hart és Devlin vitája: valamely** konvencionális erkölcsi felfogásrendszer (a közerkölcs) megsértése **vajon abban az esetben is** elégséges indoka-e a büntetőjogi gépezet mozgásba hozásához és az egyéni szabadság korlátozásához, **ha** a norma megszegése nem **okoz másnak sérelmet**. Az Alkotmánybíróság álláspontjának tarthatósága **ennek megfelelően három követelmény teljesülésétől függ: (a) kimutatható-e** erről az alapról, hogy **a jogalkotó számára ésszerű** szabályozási célt jelent, és ha **igen**, akkor **(b) szükséges-e** az adott esetben a büntetőjogi szabályozás; ha pedig a vizsgált szabály ennek a követelménynek is megfelel, akkor azt kell megállapítani, hogy **(c) a rendelkezés arányosan** korlátozza-e az érintettek alapjogait. Az Alkotmánybíróság ítélezésében szokásosan ezeknek a standardoknak kell eleget tenniük az alapjogok gyakorlását korlátozó jogszabályoknak.⁵⁵ A következőkben azt **mutatjuk be**, hogy a Hart–Devlin vitában felmerült érvek és szempontok átgondolása szükséges lett volna a megfelelő mélységű alkotmányossági vizsgálathoz.

Az erkölcsi indokok területének meghatározása: ésszerűség

Elemzésünkben eddig – az egyszerűség kedvéért – úgy kezeltük a szóban forgó szexuális magatartásokra vonatkozó törvényhozói rendelkezéseket, ahogyan azt az Alkotmánybíróság, illetve a vita névadó résztvevői is tették – azaz *erkölcsi* tilalmak jogi megvalósításának. Amint azonban arra a Hart–Devlin vita egyik

⁵⁴ Uo.

⁵⁵ Gyórfi Tamás: A törvényhozó hatalom jogi korlátai. In Szabó Miklós (szerk.): *Jogbölcseleti előadások*. Miskolc, 1998, Bíbor Kiadó, 143-147. o.

későbbi résztvevője, Dworkin is rámutat, a probléma kapcsán először arra kell reflektálni, hogy a nem szokványos szexuális magatartások megítélése mennyiben tekinthető erkölcsi állásfoglalásnak, más szavakkal: valamely, a többség számára visszataszító cselekvés, illetve az e cselekvésre irányuló megvetés, elítélés kifejezése erkölcsi alapokon áll-e. Ha ez a kérdés nyitva marad, akkor abban sem lehetünk biztosak, hogy a vitatott esetben valóban erkölcsi elvárások kikényszerítéséről van-e szó. Teljesen más keretek között folyik a vita akkor, ha bizonyos szexuális orientációk elítélését erkölcsi értékek derivátumaként kezeljük, illetve ha pusztán egy ízlésítéletet vagy egy érzelmi megnyilvánulás kifejeződését látjuk bennük. Ha ez utóbbi a helyes nézőpont, akkor az erkölcs kikényszerítésének határaival kapcsolatos érveink könnyen irrelevánssá válhatnak.

Hart a *Jog, szabadság, erkölcs* utánnnyomásához fűzött előszavában reagál erre a problémafelvetésre, de nem fejt ki részletesen az erkölcs határaitra vonatkozó nézeteit. A kérdést **azzal** intézi **el**, hogy az emberek általában a szexuális orientáció kifejeződésének kérdését erkölcsi kérdésként kezelik, így az elemzőnek is ilyen formában kell tekinteni rájuk.⁵⁶ A magyar Alkotmánybíróság még ekkora terjedelmet sem szentel az erkölcsi terület meghatározásának, mindössze **azt** szögezi **le**, hogy a nemi erkölcs **szabályai** vonják meg a **szexuális viselkedés számára azokat a szélső határokat, amelyek áthágását a társadalom már nem tolerálja. Itt** fel sem vetődik az a kérdés, hogy a nem nyilvános, kölcsönös beleegyezésen alapuló, másnak kárt nem okozó szexuális magatartás mennyiben tartozik az erkölcs területére.

Az erkölcs hatókörének, **érvényességi** területének meghatározása az erkölcsi jelenségek sokszínűsége miatt roppant bonyolult feladat; **ezért** talán nem véletlen, hogy a vitában a kérdést először felvető Dworkin is inkább azzal foglalkozott, hogy milyen állítások *nem* minősülhetnek erkölcsi állításnak. A **problémát azonban egyszerűsíti, hogy a vitában résztvevők érvei alapján kétféle felfogás rekonstruálható.** Konceptcionális szinten, úgy tűnik, mindkét **felfogás képviselői egyetértnek a következőben: azok az állítások tekinthetők** erkölcsi állításoknak, **amelyek** valamely akaratlagos emberi tevékenység helyességére vonatkoznak. Az

⁵⁶ H. L. A. Hart: i. m. 8. o.

álláspontok eltérése abban mutatható ki, hogy **mit tekintenek** az erkölcsi helyesség speciális szempontjainak, **s ezzel összefüggésben mikor állítható meggyőzően**, hogy valamely ítélet erkölcsi meggyőződésen nyugszik? **Mivel az állítás erkölcsi minőségéhez nem tartották elegendőnek annak tudomásul vételét, hogy** valaki erkölcsinek nevezi a saját álláspontját, **ezért** valamilyen, a beszélő szándékaitól független, **objektív kritérium meghatározására törekedtek.**

A két **felfogás** közötti eltérés a beszélőtől független kritérium **meghatározásának módjában érhető tetten.** Az egyik álláspont **szerint** az erkölcsi állítás kritériumai **nem adhatók meg** empirikusan **ellenőrizhető** mércékre **hivatkozva.** **E racionalistának nevezhető álláspontot a vitában Dworkin képviselte a legmarkánsabban.**⁵⁷ Felfogásában az erkölcsi állítás státusára nem tarthatnak igényt az előítéletek, érzelmek által fűtött vagy pusztán a konvenciókra hivatkozó vélekedések, és a hamis vagy valószínűtlen tényállásra épülő nézetek. **A gyakorlati ítéletek akkor rendelkeznek erkölcsi karakterrel, ha azok mögött valamilyen koherens elméleti háttér húzódik meg, amelynek alapján az adott álláspontot indokokkal lehet alátámasztani.**⁵⁸ Természetesen ekkor azonnal felmerül a kérdés, hogy a felnőttek kölcsönös beleegyezésen alapuló, gyermek **fogantatását** nem eredményező vérfertőző magatartás⁵⁹ vagy az ugyanilyen jellegű homoszexuális cselekvések elítélése mennyire tekinthető erkölcsi állításnak. **Nem lehetséges, hogy az ilyen cselekmények negatív megítélései** pusztán egy érzelmi viszonyulást tükröznek? Ha **igen,** akkor már itt elbukik az az álláspont, hogy a fenti magatartások büntetése jogilag igazolható lehet. **A büntetőjoggal szemben ugyanis természetes követelmény, hogy csupán erkölcsileg is elítélendő cselekményeket szankcionáljon, így ha egy**

⁵⁷ Jeremy Waldron is ebbe a táborba sorolhatjuk, amennyiben a kritikai erkölcs általa elfogadott elvéből (erkölcsi nézeteinek folytonos reflexiója) arra következtetünk, hogy azok a gyakorlati ítéleteink minősülnek erkölcsinek, amelyekről ésszerű vita folytatható. Azt nem tudjuk, hogy Waldron intencióinak ez a kategorizálás mennyiben felel meg, mivel nem foglal állást egyértelműen ebben a kérdésben (Vö. Jeremy Waldron: i. m. 30-31. o.)

⁵⁸ Ronald Dworkin: i. m. 10-15. o. A magunk részéről ezt a pozitív meghatározást – Dworkin logikáját követve – úgy látnánk pontosíthatónak, hogy ennek a bizonyos elméleti keretnek a középpontjában az erkölcsi elvárások értelmének, céljának kell állnia. Ha például az erkölcs értelmét a közösségi együttélés biztosításában látjuk, akkor viszonylag világos kritériumunk lesz arra nézve, hogy az állítások mely köre tekinthető erkölcsi állításnak. A racionális meghatározás egy másik módja lehet, ha valamilyen vallás előírásainak megvalósítását tartjuk az erkölcs értelmének.

⁵⁹ **A továbbiakban ezt az esetkört tartjuk szem előtt, amikor „vérfertőzés”-ről beszélünk.**

tett megítélése az erkölcs (racionális) meghatározása szerint nem minősül erkölcsi ítéletnek, akkor a büntetőjog területén is kívül esik. Bizonyos étkezési szokások is lehetnek undort keltőek és el is ítéli az ilyen magatartásokat az emberek többsége, mégsem gondolja azt senki, hogy ezeket büntetőjogilag kellene tilalmazni. Azért nem, mert nem erkölcsi, hanem ízlésbeli jellegű az elítélés. Úgy véljük, ha az Alkotmánybíróság is egy ilyen metaetikai álláspontot foglalt volna el, **vagyis az erkölcs racionális meghatározását követi**, akkor saját végkövetkeztetésének igazolásához először be kellett volna járnia egy meghatározott gondolati utat, ahol számot kellett volna adnia, hogy milyen racionális kritériumok alapján tekinthető erkölcsi állításnak az általa vizsgált magatartások elítélése: **Miért erkölcsi állítás a vérfertőzés elítélése, és miért nem csupán egy ízlésbeli vélemény, egy konvenció vagy egy érzelmi viszonyulás kifejezése?**

A határozat szövege azonban azt mutatja, hogy a testület – Devlinhez és Harthoz hasonlóan – a **racionalistának nevezett állásponttal** ellentétes felfogás alapjaira helyezkedett. Ennek a felfogásnak a hívei **a kritérium-problémát szociológiai úton látják megoldhatónak**. Az empirikus meghatározás a racionálissal szemben nem az erkölcs területének objektív, az „általánosan ésszerű” meghatározásával kísérletezik, hanem visszautal a **szociológiai tényekre**. Eszerint ha egy közösség többsége bizonyos kijelentéseket közmegegyezésszerűen erkölcsi állításnak tekint, akkor az ilyen kijelentéseket abban a közösségben erkölcsi állításokként kell kezelünk (konvencionalizmus). **Hart ebben az értelemben beszél az erkölcs meghatározásáról: „sok hétköznapi férfi és nő [egyetért] Devlinnel a konvencionális erkölcs felfogásában, s azt hozzá hasonlóan a társadalmat összetartó »láthatatlan köteléknek« tekintik.”**⁶⁰ Ezt a megközelítést elfogadva az Alkotmánybíróságnak – első lépésben – azt kellett volna megmutatnia, hogy a szóban forgó magatartásokat érintő állítások a többségi vélekedés szerint csakugyan erkölcsi állítások, **vagyis a magyar társadalom többsége egyetért abban, hogy a vérfertőzés megítélése morális kérdés.**

⁶⁰ H. L. A. Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. 8. o.

Ez az **előfeltétel** azonban reflektálatlan maradt, mert az **Alkotmánybíróság indokolásában nem problematizálta**, hogy a vizsgált tényállás egy erkölcsi állítás jogi kikényszerítése: „A nemi erkölcs szempontjából sem lehet kérdésesnek tekinteni például a vérfertőzés megbüntetését”.⁶¹ **Itt azonban az Alkotmánybíróság védelmében a következőképpen lehet érvelni: Az empirikus igazolás már azáltal teljesült, hogy a demokratikus többséget képviselő törvényhozás érintetlenül hagyta a rendszerváltás előtti jogalkotás e rendelkezését. A korábbi jogalkotó pedig egyértelműen erkölcsi kérdésnek tekintette az ilyen jellegű magatartások megítélését azzal, hogy a nemi erkölcs elleni bűncselekmények között helyezte el. Ebben az esetben az Alkotmánybíróságon csupán azt lehetne számon kérni, hogy nem vizsgálta: vajon jelenleg is erkölcsi kérdésnek tekinti a többség a vérfertőzés megítélését. S ez ugyancsak problematikus, hiszen a világról való tudásunk változása révén bekövetkezhet, hogy bizonyos állításaink idővel elvesztik erkölcsi jellegüket, a törvények azonban nem követik időben ezeket a változásokat. A régmúltban például erkölcsi állításnak lehetett tekinteni azt a kijelentést, hogy „a boszorkány-tudást rontásra felhasználni helytelen”. Ezt a kijelentést azonban ma már senki nem tekintené erkölcsi állításnak, és ezzel nem az erkölcsi minősítést vonná kétségbe, hanem az állítás erkölcsi jellegét.**

Azokban a fontosabb elvi problémát inkább az jelenti, hogy az Alkotmánybíróság magától értetődőnek tekintette az erkölcsi állítások tartományának a többségi elv alapján történő kijelölhetőségét, és így érveket sem sorakoztatott fel álláspontja mellett. Korántsem igazolható ugyanis, hogy a konvencionális fölényben lenne a racionalista módszerrel szemben. Mint arra Dworkin rámutatott, súlyosan problematikus lehet állításunkat csupán azzal igazolni, hogy sok ember – esetleg éppen az aktuális törvényhozói testület – hozzánk hasonlóan vélekedik, mivel ilyenkor nincsenek saját indokaink az állításunk mellett.⁶² Mindig meg lehet kérdezni, hogy a többiek miért vélekednek éppen úgy, és melyek az ő valódi indokaik. Mi teszi igazgá a vélekedésüket? A középkorban sokan gondolták úgy, hogy a Nap forog a Föld körül, de a tétel igazsága nem ettől függött.

⁶¹ ABH 1999. 161.

⁶² Ronald Dworkin: i. m. 11. o.

Az alkotmányjogi érvelést illetően ez **a szempont fontos lehetett volna. Ha ugyanis** kiderül, hogy a vérfertőzés elítélését nem lehet erkölcsi állításnak tekinteni, akkor ez felvetette volna **a szabályozási cél alkotmányosságának problémáját. És ha** már a szabályozás célja sem alkotmányos, hiányzott volna a nemi szabadság korlátozásának ésszerű indoka. Az erkölcs kikényszerítése ugyanis – első megközelítésben – mindenképp ésszerű cél, azonban előítéleteké, ellenszenveké és a pusztá konvencióké nem az.

A közerkölcs kikényszerítése melletti érvek: szükségesség

Ha zárójelbe tesszük az erkölcsi állítások körének meghatározásával kapcsolatos aggályainkat, és elfogadjuk azt, hogy erkölcsi állítás lehet a nem bevett szexuális magatartások megítélése, akkor a kérdés a következő lesz: kikényszeríthetők-e büntetőjogilag az e magatartásokra vonatkozó erkölcsi elvárások. Az Alkotmánybíróság a kérdés megválaszolásakor azt a stratégiát követte, hogy először leszögezte: a nemi erkölcs megvonja azokat a szélső határokat, amelyeket a társadalom már nem tolerál, a konkrét határoknak a megvonását pedig a törvényhozás felségterületének tekintette, ahol a jogalkotó érvényesítheti a demokratikus többség véleményét és érzületét. **Ám** ez az érv, amelyre a bíróság axiómaként hivatkozott, önmagában nem igazolja a szabadságkorlátozás büntetőjogi gyakorlatát, és az **Alkotmánybíróság** ezen a ponton adós maradt a további indokokkal. **Ha a közerkölcs érvényesítése, s ez** könnyen belátható, más módszerekkel is **kivitelezhető**, akkor nem szükséges és nem is alkotmányos a legsúlyosabb szankcióval fenyegetni a közerkölcs megsértőit. **Az ilyen cselekmények elítélését** a jog más módon is kifejezésre juttatja, **azzal például, hogy a közeli rokonok nem köthetnek érvényesen házasságot.**⁶³ Kérdés, hogy miért van szükség e magatartások büntetőjogi elnyomására. Ha tehát azt akarjuk kimutatni, hogy a demokratikus vélemény és érzület által hordozott közerkölcs érvényesítése *önmagában* elegendő ok a szabadság büntetőjogi korlátozására, akkor a közerkölcs különleges értékére vonatkozó érveket kell felsorakoztatnunk, és meg **kell** cáfolnunk az ellenérveket.⁶⁴

⁶³ 1952. évi IV. tv. 8. § (1) bek. a), b) és c) pont

⁶⁴ Ha ez nem így volna, akkor a bíróság csak arra szorítkozhatna, hogy a jogalkotás procedurális alkotmányosságát ellenőrizze. Egy ilyen felfogás nyilvánvalóan a feleslegességig kiüresítené az

A Hart–Devlin vita alapján három ilyen érvet lehet elkülöníteni, amelyeket elsősorban Devlin **okfejtéseiből** lehet rekonstruálni. Az első **érv** a társadalom „önvédelmének”, a széthullás megakadályozásának **érdekére vonatkozik; a társadalom felbomlását** az összetartó erkölcsi háló egyetlen elemének **kiesése** is előidézheti. Robert. P. George **ezt az érvet** azzal **korrigálta**, hogy Devlin dezintegrációs tézise nem a társadalmi béke és biztonság felbomlását, csupán a közösségi kohézió, azaz a társadalom tagjai közötti morális kötelek meglazulását tulajdonítja a közös erkölcsiséget sértő cselekedeteknek. Ennek a konzekvencialista érvenek azonban szembe kell néznie **Hart ellenvetésével, mely szerint nem lehet** empirikus bizonyítékokat **felhozni Devlin felbomlás-tézisének alátámasztására.**

A vitában kifejtett második érv az erkölcsi paternalizmus **érve, mely szerint** az államnak felelősséget **kell vállalnia** az állampolgárok erkölcsi jólétéért. Ezt perfekcionista érvként kategorizálhatjuk, amelynek két ellenvetéssel **kell megküzdenie**: az egyik **szerint** az „erkölcsi jólét” rendkívül homályos kategória, nem tudjuk, minek alapján dönti el a jogalkotó, hogy mi tartozik **az állampolgárok erkölcsi jólétéhez** (Hart); a másik szerint a kényszerítéssel járó áldozat a kényszerített részéről csak akkor igazolható, ha a kikényszerített magatartás a politikai közösség életét tekintve meghatározó fontosságú (Dworkin).

A harmadikat **konzervativizmus-érvenek nevezhetjük, mely szerint** a társadalom pozitív erkölcsé hosszú idő alatt fejlődött ki, így abban a közösség számára **evidens módon, „évszázadok bölcsességeként”**, hasznos tapasztalatok összegződnek. Ez a „**bölcsesség**” biztosítja a közösség identitását is. A konzervatív világnézetet **itt** alapvetőbb indoknak tarjuk, mint a közerkölcs kikényszerítésének a perfekcionista és a **felbomlás-tézisre alapozott** indokait. Az utóbbi esetben nem lehet kielégíteni az empirikus

alkotmánybíraskodás intézményét, és nem valószínű, hogy ennek kimondása lett volna a most elemzett döntés célja. Maga az Alkotmánybíróság sem követte ezt a logikát más döntéseiben: valószínűleg a halálbüntetést sem törölte volna el, ha csupán a többség véleményére és érzületére adott volna, és nem vizsgálta volna – többek közt – azt is, hogy szükséges-e ez a büntetés a társadalom védelméhez (a döntés 3.1. pontja hivatkozás). De a most elemzett döntésében is alkotmánybíróként találta a különmemű és az egynemű testvérek vérfertőző fajtalankodásának eltérő szabályozását – holott, ha következetes lett volna, akkor e szabályozás alkotmányosságát is indokolhatta volna azzal, hogy a törvényhozó erkölcsileg súlyosabb vétkeknek találta az egyneműek fajtalankodását. A különvéleményt jegyző alkotmánybírók ezt a következetlenséget aknázták ki, és ezen az alapon helytelenítették a többségi döntést. (Vö. ABH 1999. 164-165.)

igazolási igényt, az előbbi pedig csak egy konzervatív álláspont hátterével együtt lehet érv a konkrét kérdésben. A konzervatív világnézet egyrészt nem támaszt szigorú empirikus igazolási igényt, másrészt képes világos irányt adni a perfekcionista felfogásnak. A konzervativizmus-érvvel kapcsolatban viszont Hart éppen az erkölcsi felfogásunkban bekövetkező változások természetességét – **a konzervatív ideológia megfogalmazásában**: a fejlődés töretlenségét, szerves mivoltát – hangsúlyozta, Waldron pedig azzal érvelt, hogy hagyományainknak éppenséggel szerves része erkölcsi elveink **folytonos reflexiója**.

Az Alkotmánybíróságnak továbbá abban a kérdésben is állást kellett volna foglalnia, hogy a büntetőjogi tilalom elrendelésének alapfeltételeként miért nem a Feinberg által részletesen kimunkált sérelem-elvet ismeri el. Miért nem elég csupán ez az elv önmagában a büntetőjog bevetésének igazolására? Annál is inkább meg kellett volna ezt tennie, mert a magyar büntetőjog a bűncselekmény fogalmi elemének tekinti a „társadalomra veszélyességet”, ez a kifejezés pedig magában rejti azt, hogy a bűncselekménnyé minősítéséhez fenn kell állnia valamilyen konkrét fenyegetésnek (veszélynek) a társadalomra nézve. Ehhez a kategóriához a sérelmi elv sokkal jobban illeszkedik, mint a jogi moralizmus. A kérdést nem intézhette volna el tautológiával: a társadalomra veszélyesség kérdésében való állásfoglalás a törvényhozó feladata.⁶⁵

Az Alkotmánybírósági érvelésben azért lett volna helye **az elemzett** szempontok végiggondolásának, mert nem minden **erkölcs nevében történő szabadságkorlátozás** jelent feltétlenül szükséges korlátozást is. **Ezért lett volna elengedhetetlen annak indokolása, hogy a közerkölcs hatékony megvédéséhez szükséges az állam büntetőjogi beavatkozása is.**

⁶⁵ Ha a bíróság következetes akart volna maradni az ítéletből tükröződő konvencionista erkölcs-felfogásához, akkor egyrészt azt kellett volna vizsgálnia, hogy a jelenlegi magyar társadalom nagy többsége valóban elítéli-e a vérfertőző magatartást (ez valószínűleg „köztudomású tényként” elfogadhatta volna); másrészt azt, hogy a közvélemény valóban egyetért-e **az ilyen** magatartás büntetésével. Ez már bonyolultabb kérdés és nem vagyunk teljesen biztosak abban, hogy a közvélemény a feltétlen büntetés pártján lenne. Ha úgy tennék fel a kérdést, hogy büntesse-e a törvényhozó a 18 év alatti lányát „megrontó” apát, akkor az valószínűleg széleskörű igénlással találkozna. De ha olyan példát hoznánk fel, hogy börtönben van-e a helye két egymást csak felnőttkorban megismerő, és ezek után szerelmi viszonyba kerülő testvérnek, akkor a választ nehéz volna előre megjósolni. Mindazonáltal az igenlő válasz esetén is szembe kellett volna a konvenció inkoherens törvényhozói alkalmazásának problémájával: Ha a vérfertőzés erkölcstelensége miatt büntetendő, akkor például a házasságtörés miért nem az?

Kritikai erkölcs, pozitív erkölcs: arányosság

A vitában Hart vezette be a pozitív és kritikai erkölcs megkülönböztetését,⁶⁶ amely ugyan nem a vita tartalmára, hanem annak módszertani kereteire vonatkozott, **figyelembe vétele** mégis hasznos lett volna az Alkotmánybíróság számára. A pozitív erkölcs, egy adott közösségben pillanatnyilag létező és uralkodó nézetek összessége, a kritikai erkölcs pedig a pozitív erkölcsöt alátámasztó vagy éppen kikezdő erkölcsi álláspontok és érvek összefoglaló elnevezése. A megkülönböztetés **azon a belátáson alapul**, hogy a pozitív erkölcs szabályai sem magától **értetődőek, igazolásra szorulnak**, ki vannak téve a mindenkori kritikának és ezáltal a változásnak is. A tény, hogy pillanatnyilag a többségi érzület egy bizonyos vélekedést fogad el, **amely** széles körben **elterjedt** [osztott], még nem **zárja ki** annak lehetőségét, hogy megvizsgáljuk, a többségi vélekedés: (a) milyen érvekkel támasztható alá, (b) kiállja-e a racionális igazolás próbáját.

Az Alkotmánybírósági érvelés szempontjából az a kérdés, hogy legitim módon alkalmazhatja-e a bíróság a kritikai erkölcs mércéit egy közerkölcsöt tükröző jogszabály alkotmányosságának vizsgálatakor. A magunk részéről úgy látjuk, hogy bizonyos keretek közt ezt a bíróság megteheti. Jogtudományi közhely, hogy az Alkotmánybíróság a tevékenysége során értelmezi az alkotmány – szintén az adott közösség erkölcsi vélekedését tükröző – absztrakt rendelkezéseit, és az értelmezésben kevés olyan korlát van, amelyek leszűkítenék a mozgásterét. Formai oldalról ilyen például, hogy az értelmezésnek racionálisnak és belsőleg koherensnek kell lennie, továbbá – az ésszerűség határáig – illeszkednie kell az alkotmány szövegéhez és a korábbi gyakorlathoz. Tartalmi korlátot pedig az jelent, hogy nem állhat ellentétben az adott közösség politikai moralitásával. A politikai moralitás nem azonos a „demokratikus többség véleményével és érzületével”, hanem az erkölcsnek azt a részét jeleníti meg, amely konstitutív az adott közösség rendezett életének működése **szempontjából**; a jog ugyanis – alkotmányos demokráciában – csupán azokat a magatartásokat érinti, amelyek összefüggésben vannak a közösség életével.⁶⁷ E kereteken belül az **Alkotmánybíróság**

⁶⁶ H. L. A. Hart: i. m. 31. o.

⁶⁷ Bódig Mátyás: A jog és a politika közötti fogalmi kapcsolat: Egy tisztázási kísérlet. *Állam- és Jogtudomány*, XLV, 2004/1-2, 55. o.

megadhat, és meg is kell adnia, olyan mércéket, és kritikai követelményeket, amelyeket **akkor is** érvényesíthet a jogszabályokkal szemben, így dönthet olyan kérdésekben, hogy az emberi szabadságot vagy az emberi méltóságot helyezi-e előtérbe, **hogy felállít-e** valamilyen hierarchiát az alapjogok között, **továbbá** hol látja az állami beavatkozás határait **és így tovább**. A halálbüntetés eltörlésekor az intézmény alkotmányosságának igazolásaként az Alkotmánybíróság nem fogadta el minden további nélkül a többségi vélekedést, amely erősen valószínűsíthetően 1990-ben is a halálbüntetés pártján állt. Az **Alkotmánybíróság e döntésével** az alkotmányból kiolvasott kritikai erkölcs mércéjéhez igazította a többségi érzületen alapuló fennálló szabályozást.

Mindez a konkrét érvelési helyzetre alkalmazva azt jelenti, hogy – a vérfertőzés büntetésének célját és szükségességét igazoltnak véve is – a testületnek ki kellene mutatnia: a törvényi tényállás nem korlátozza aránytalan mértékben az érintettek azon alapjogait, amelyeket a bíróság maga is kritikai mércének tekint. Ezt a mérlegelési tevékenységet követeli meg az arányosság vizsgálata.

A döntés semmilyen e körbe vonható fejtegetést nem tartalmaz, holott a tényállás nyilvánvalóan érinti a párválasztás szabadságának megvonása miatt az Alkotmány 55. § (1) bekezdésében deklarált általános szabadsághoz való jogot, illetve a legbensőbb magánszférába történő beavatkozás révén az emberi méltósághoz való jogot, **amelyet az 54. § (1) bekezdése rögzít**. Az **Alkotmánybíróságnak** az értékelési folyamatban össze kellett volna mérni ezen alapjogok súlyát a közerkölcs kikényszerítése melletti érvek súlyával. Mivel az alkotmányossági kontroll tárgya a tényállás egésze volt, amely **magában foglalja a másnak sérelmet nem okozó vagy a sérelem veszélyével nem járó** magatartásokat is (a felnőttek közötti, kölcsönös beleegyezésen alapuló, gyermek fogantatásával nem járó vérfertőző cselekményeket), tanulságos lett volna azt látni, hogy egy sérelmi elvvel nem támogatott jogi moralista álláspont miként birkózott volna meg az arányosság problémájával.

További problémák az Alkotmánybíróság érvelésében

A diszkrimináció vizsgálata

Nem lenne teljes az elemzés, ha nem térnénk ki a bíróság érvelésének más vonatkozásaira. A döntés kialakításában ugyanis jelentős szerepet játszott az a tény, hogy az Alkotmánybíróság deklaráltan egyenlőségi problémaként fogta fel megítélendő helyzetet: „Az indítványok alapján azt a kérdést kellett vizsgálni, hogy a közeli hozzátartozók (egyenesági rokonok, testvérek) szexuális kapcsolatának bűncselekménnyé nyilvánítása, illetve büntetőjogi szankcionálása sérti-e az Alkotmány 70/A. §-ában megfogalmazott diszkrimináció tilalmát.”⁶⁸

Mondhatnánk tehát azt, hogy az Alkotmánybíróság azért nem **bocsátkozott** a közerkölcs kikényszeríthetősége problémájának **tárgyalásába**, mert nem **volt rá szükség**. Az indítvány ugyanis csupán a diszkrimináció tilalmára hivatkozott, és csak annyit állított, hogy a szabályozás megengedhetetlen különbséget tesz a társadalom két csoportja között. Az Alkotmánybíróság pedig a kialakult gyakorlatának megfelelően csupán annyit vizsgált ezekben az ügyekben, hogy volt-e valami ésszerű indoka a megkülönböztetésnek – és nem kell a szükségességi-arányossági tesztet lefolytatnia, mint az alapjogok korlátozásának esetében.⁶⁹ Mivel ezt az ésszerű alapot nemi erkölcs kikényszerítésében, valamint a három fent elemzett alkotmányos elvben (család-, ifjúság-, egészségvédelem) megtalálta, nem is kellett tovább mennie az érvelésben. Mi azonban a következő három indok alapján azt **az álláspontot képviseljük**, hogy **az eljárás során** a szükségességi-arányossági teszt **sem lett volna mellőzhető**.

Először is hivatkozhatunk magára az indítványra. Az eredeti szöveg a fentebb már említett ok miatt nem áll rendelkezésünkre, de az Alkotmánybíróság összefoglalása kiemeli, hogy az indítványozó szerint a „vérfertőző kapcsolatokban nem lelhetők fel a társadalmi veszélyesség elemei, ezért az ilyen problémák megoldása nem a büntetőjog területére tartozik... Nem engedhető meg továbbá, hogy az emberek benső magánéletébe és szexuális szokásaiba a jog úgy avatkozzék be, hogy közöttük ezáltal alkotmányellenes megkülönböztetést tegyen.”⁷⁰ Ezt a szöveget valóban lehet úgy olvasni, hogy az indítványozó csak az egyenlőségi jog megsértését

⁶⁸ ABH 1999. 161.

⁶⁹ Györfi Tamás: A törvényhozó hatalom jogi korlátai. In Szabó Miklós (szerk.): *Jogbölcseleti előadások*. Miskolc, 1998, Bíbor Kiadó. 153-155. o.

⁷⁰ ABH 1999. 160.

kifogásolta. De ha csupán erre irányult volna az indítvány, akkor miért hangsúlyozta volna, hogy itt az állam részéről a szexuális szokásokba és a magánéletbe történő beavatkozásról van szó? Elég lett volna, ha annyit mond: az állam diszkriminál a szexuális szokások alapján. A magánszféra szabadságára való hivatkozást összekapcsolva azzal, hogy itt a társadalomra való veszélyesség elemei is hiányoznak, láthatóvá válik, hogy nem csupán megkülönböztetésről, hanem arról is **szó van**, hogy az egyik csoportot valamely szabadságjogában megfelelő indokok nélkül korlátozza a törvény, s éppen az indokolatlan beavatkozás *miatt* lesz alkotmányellenes a megkülönböztetés. Ha ez utóbbi a helyzet, akkor egy mindenkire egyformán vonatkozó jogszabály is alkotmányellenes lehet, mivel alapjogba ütközik. Ekkor pedig alkalmazni kell a szükségességi-arányossági tesztet.

Másodikként felvethetjük azt a kérdést is, hogy az egyenlőségi jog megsértésére alapozott kifogás egyáltalán értelmezhető-e e tényállást illetően. A vérfertőzés elkövetője ugyanis potenciálisan bárki lehet, a törvény nem határoz meg külön kvalifikációt a tettessé váláshoz. Hátrányos megkülönböztetésről ebben az esetben csak akkor beszélhetnénk, ha bizonyos emberekben akaratuktól függetlenül adottságként jelenne meg a vérfertőző hajlam, amely ráadásul kényszerítő erővel jelentkezne náluk. Azt sem mondhatjuk, hogy a vérfertőzés iránti vágy olyan méltányolható belső állásfoglalás következménye, mint a lelkiismereti vagy vallási meggyőződés. Még ha el is fogadjuk, hogy embertársaink közül néhányan rendelkeznek ilyen hajlammal, néhányan pedig nem, akkor sem biztos, hogy az e helyzeten alapuló megkülönböztetés alkotmányossági szempontból értékelhető mértékű. Ha mégis e logika mentén okoskodnánk, akkor egyenlőségi jogi problémaként vetődhetne fel a testi sértés és a lopás büntetése is. Vannak olyan emberek, akiknek biológiai adottságaik vagy szociális háttérük miatt jóval nagyobb a belső késztetésük ilyen cselekmények elkövetésére, a törvényi tényállás mégis ugyanúgy vonatkozik rájuk, mint a többiekre.⁷¹ Ha tehát a tényállás alkotmányosságának megítélése nem kezelhető diszkriminációs

⁷¹ A vérfertőzést illetően egyenlőségi probléma csupán az olyan, ismereteink szerint elhanyagolhatóan kevés számban előforduló esetben bukkanhat fel, ahol a közeli hozzátartozók még nem tudnak arról, hogy rokonok, mikor a szexuális vonzalom kialakul közöttük, de a viszonyukat akkor sem szakítják meg, mikor a rokoni kapcsolatukra fény derül. Ebben az esetben ugyanis a kapcsolatuk kialakulását még nem befolyásolhatta a rokonokhoz fűződő érzelmi viszony és a kapcsolódó társadalmi elvárások sem.

problémaként, akkor az indítványozó más racionális indokainak megfelelően kellett volna vizsgálnia a törvényt a bíróságnak. A fenti szövegből pedig egyértelműen kiolvasható ez a racionális indok: a magánszféra sérthetlenségéhez való jog védelme, ami akkor is megilleti az embereket, ha ezt a szabadságot kihasználva erkölcsileg elítélendő dolgokat művelnek.

Harmadszor, ha mégis elfogadjuk érvényes vizsgálódási alapként az egyenlőségi jog esetleges megsértését, akkor épp az Alkotmánybíróság gyakorlatát hozhatjuk fel arra nézve, hogy más mércét alkalmaz a testület, ha az egyenlőségi jog megsértése egy kevésbé fontos jogát érinti egy csoportnak, és mást akkor, ha a megkülönböztetés alapjogot sért.⁷² Amíg az előbbi esetben az alkotmányossághoz elég valamilyen ésszerű cél kimutathatósága, addig az utóbbiban ugyanolyan erejű tesztet alkalmaz, mint az alapjogok korlátozásának vizsgálatakor. Ez pedig a szükségességi-arányossági teszt. Ebben az ügyben pedig, ahogyan már azt eddig is igyekeztünk bemutatni, alapjog-korlátozás történt; az állami beavatkozás közvetlenül érinti a szabadsághoz és az emberi méltósághoz való **alapjogot**. **Erre tekintettel az Alkotmánybíróság nem elégedhetett volna meg az ésszerű alap kimutatásával.**

Érveléstechnikai kitekintés

Az érdemi érvek mellett **a felhasznált retorikai elemek vizsgálata is sok mindent elárulhat az Alkotmánybíróság döntésének okairól. A retorikai dimenzió azt jelzi, hogy milyen létező befogadói attitűdökkel számolnak, illetve milyen beállítódásokat akarnak generálni.** Vannak egyrészt olyan fogások, amelyek már az indokolás kezdetén előkészítik „hangulatilag” az olvasót arra, hogy **az alkotmányossági problémát hogyan kell helyesen kezelni:**

„Általános jelenség, hogy a nemi erkölcs egyes részei – éppen az erkölcsi pluralizmus elismerésével – a jogi szankcionálásból kikerülnek. Kétségtelen viszont, hogy a büntetőjog a nemi erkölcs területén (is) meghúzza azt a szélső határt, amelynek áthágását a társadalom már nem tűri el... Vannak bűncselekmények, ahol ma is nemcsak egybeesik az erkölcsi és a jogi megítélés, hanem ahol a büntetendőséget erkölcsileg nem lehet komolyan kérdésessé tenni,

⁷² 30/1997 (IV. 29.) AB határozat, ABH 1997. 130, 140.

mint például az emberölésnél. A nemi erkölcs szempontjából sem lehet kérdésesnek tekinteni például a vérfertőzés megbüntetését, noha elméleti cikkek már éppúgy megkérdőjelezték ezt, mint – a „gyermeki szexualitás jogait” követelve – a „megrontás” bűncselekménnyé nyilvánítását. Az ilyen törekvések azonban elméleti kuriózumok maradtak, amelyeknek a tételes jogban és az ítélkezésben nincs hatásuk.”⁷³

Ezzel az erőteljes retorikával az emberöléssel hozza egy platformra a vérfertőzést – mintha a vérfertőzés kriminalizálását kétségbe vonni ugyanolyan erkölcsi képtelenség volna, mint megengedni az emberölést. További „hangulati elem” a szövegben a pedofília és a vérfertőzés összemosása, holott **nyilvánvaló**, a vérfertőzés tényállása kimondottan **csak** a szexuálisan érett korosztályra vonatkozik; **ezzel a fogással** a pedofil cselekményekkel kapcsolatos közutálatot és közrettenetet viszi át a vérfertőzésre. Ezért az átlagos olvasó számára már ez a természetes megvetést kiváltó képzet jelenik meg a vérfertőzésről, mire a valódi érvekkel szembesül. Végül, ezen a ponton a bíróság szembeállítja az íróasztal mögött ülő, okoskodó, és pusztán a steril elméletre támaszkodó tudósokat a hétköznapi ember józan eszét és értékítéletét követő törvényhozóval és gyakorló jogászokkal. Ez utóbbi retorikai elem alkalmazása módfelett elgondolkodtató: a döntést meghozó alkotmánybírák többsége kimondottan elméleti, vagy az elmélettel is foglalkozó jogász, akiknek az egyik legfontosabb feladata éppen a tételes jog és a joggyakorlat felülvizsgálata és kritikája az általános és koherens elméleti struktúrákra tekintettel. Arról nem is beszélve, hogy az **Alkotmánybíróság** abszolútnak tekinti a nemi erkölcs „szélső határait”, és **teljesen érzéketlennek tűnik a közerkölcs belső dinamikája** iránt. **A mai Magyarországon például legalább akkora képtelenségnek tünne büntetni önmagában a homoszexualitást, mint büntetlenül hagyni a pedofíliát** – holott volt idő, nem is olyan régen, amikor az előbbit a „tételes jogban és az ítélkezésben” nem vonták kétségbe.

Az **indokolás** másik, retorikai **szempontból fontos** része **mintegy** lezárásként a „legjobb színben” tünteti fel az elhangzott

⁷³ Eredetileg: 21/1996. (V. 17.) AB határozat, ABH 1996. 74, 82. Más összefüggésben már hivatkoztunk az Alkotmánybíróságnak erre a megjegyzésére, amely egyébként egy korábbi határozatból származó megállapítás idézete.

érveket a közönség feltételezett elvárásaira tekintettel: „Valamely magatartás bűncselekménnyé nyilvánítása..., ezzel kapcsolatban társadalomra veszélyességének mérlegelése a jogalkotó feladata. Az Alkotmánybíróság ismét hangsúlyozza, hogy 21/1996. (V. 17.) AB határozata szerint a bűncselekmények megállapítása törvényhozói kompetencia, s így a demokratikus többségi vélemény – és érzület – érvényesülésének tere... Az Alkotmánybíróság nem jogosult arra, hogy új bűncselekményi tényállások megállapítására kötelezze a jogalkotást, sem arra, hogy különös részi tényállások részleges megsemmisítésével addig nem büntetendő magatartásokat is büntethetővé tegyen. Köteles viszont az alkotmányellenesnek minősülő jogszabályt megsemmisíteni.”⁷⁴

Annak ellenére, hogy e szövegből rekonstruálható a jogi moralizmus álláspontja, a „helyi értékéből” következően sokkal inkább retorikai, mint a döntést megalapozó funkcióval bír. Ugyanis nem ad hozzá semmit a megsemmisítés melletti érvekhez. Ha egy jogi rendelkezés az egyenlőségi jogba ütközik, akkor meg kell azt semmisíteni attól függetlenül, hogy egyébként a szabályozásra kiterjed a jogalkotó hatásköre, és abban érvényesítheti az értékpreferenciáit. Az sem lényeges, hogy miként lehetne máshogy megszüntetni a diszkriminációt: ez már a törvényhozó ügye. Ez a szöveg úgy nyer igazán értelmet, ha azt feltételezzük, hogy a bíróság mentegetni akarta a döntését: azért döntöttünk így, jobb meggyőződésünk ellenére, mert nem volt más lehetőségünk; ha a törvényhozó büntetné a különmű testvérek fajtalankodását, akkor alkotmányos lenne a szabályozás.

Következtetések

Az alkotmánybírósági érvelés lehetséges gyökerei

A határozat rövid indoklása miatt csak találgathatunk, hogy miért nem reflektált a bíróság a Hart–Devlin vitában felhozott érvekre a saját álláspontjának indokolásakor. Ahogyan láthattuk, ezek az érvek kiválóan illeszkednek a magyar alkotmányjogban is legitim érvelési módhoz: a szükségességi-arányossági teszthez. Bár a vitában elhangzott indokok nem csupán az alkotmányos alapelvek megismétléséből és a konkrét esetre vonatkoztatásukból álltak, az

⁷⁴ ABH 1999. 163.

érvelés megalapozottságához a magyar Alkotmánybíróságnak is szüksége lett volna arra, hogy kifejtse az általa hivatkozott elvek mélyebb tartalmát, implikációit és az egymáshoz való viszonyukat („különbségtétel”, „demokratikus többség”, „társadalomra veszélyesség”, „házasság és családi kapcsolat védelme”). Ennek hiányában az indokolás teljesen bizonytalan, nem mondja ki, hogy pusztán a közérkölc védelme elegendő lehet a büntetőjog alkalmazásához, és igyekszik a sérelmi elvre, illetve az egyenlőségi jog megsértésére is alapozni a döntést. Ennek az alkotmányos problémának **azonban olyan** a természete, hogy **az adott megoldása esetén csak** az az indokolás lett volna koherens, amelyik világosan kiáll a devlini felfogás mellett, **mivel** a sérelmi elv egyszerűen nem elegendő a vérfertőzés általános büntetőjogi tilalmának fenntartásához. Ha csupán ez utóbbit tekintjük legitim igazolásnak, akkor a teljes tilalom fenntartása alkotmányellenes. Ha pedig nem ezt gondoljuk, akkor szükséges egy másik igazolási alapot keresnünk, de a kettő „összecsúsztatása” nem lehet megoldás.

Izgalmas kérdés, hogy miért nem tartotta a bíróság fontosnak, hogy **alkalmazza** a vita érveit. Egy kézenfekvő válasz lehet az, hogy nem volt ezek ismeretében. Ám ez a lehetőség – tekintve a bíróságot segítő tudományos háttérstáb felkészültségét, és azt, hogy Hart klasszikussá vált rövid könyve a döntés időpontjában már magyarul is megjelent – meglehetősen valószínűtlennek tűnik. Csupán feltételezés, de lehetséges, hogy a vitára való hivatkozás azért maradt el, mert egyrészt az abban körüljárt gyakorlati probléma (a homoszexualitás büntethetősége) exponálása gyengítette volna a bíróság retorikáját: **ugyanis** erős túlzás lenne azt mondani, hogy a vitában a devlini álláspont került volna fölénybe. Másfelől azonban, nem is kell túl nagy relevanciát tulajdonítanunk annak, hogy ismerhették-e a döntéshozók a konkrét vitát: a két álláspont közötti elvi ellentét a tényállás igazolhatósági problémájának elemzésekor megkerülhetetlenül előbukkan.

A második lehetőség az, hogy a bírósági többség egy átgondolt *erkölcsi konzervativizmus* talaján állt ugyan, tehát önmagában büntetőjogi védelemre érdemesnek tekintette a fennálló pozitív erkölcsöt, de – lévén egy semleges állami szerv tagjai – nem akarták nyíltan képviselni ezt a politikai filozófiai meggyőződést. Így megpróbálták megkerülni a liberális és konzervatív álláspont közti

választás problémáját azzal, hogy a mindkét oldal által elfogadott sérelem-elve és demokrácia-elve hivatkoztak a büntetendőség kérdésében. Az „átgondolt konzervativizmus” feltételezése magyarázatot ad arra, hogy miért szüntette meg az egynemű testvérek közti fajtalanság kriminalizációját a testület: egyáltalán nem nyilvánvaló, hogy a közerkölcs mai állapotának megfelel az – még ha a többség erkölcstelennek is tekinti a homoszexualitást –, hogy ha ugyanazon nemi cselekmény kapcsán valakit csak azért büntetünk, mert homoszexuálisként követte el (az ésszerű indok nélküli megkülönböztetés elítélése vélhetően része a közerkölcsnek).

A kisebbséget alkotó két alkotmánybíró – **akik nem tartották diszkriminatívnak a testvérek közti homoszexuális fajtalanság büntetését** – ehhez képest egy kevésbé reflektált konzervatív **beállítódás nézőpontjából** kifogásolták a többségi döntést: „Kizárólag egy adott korhoz és társadalmi felfogáshoz, közmegegyezéshez igazodó törvényhozói szándéktól és akarattól függ, hogy mikor, s milyen cselekményeknek tulajdonít tartósan vagy időlegesen büntetőjogi relevanciát.”⁷⁵ Ez az indokolás **persze** nem veszi figyelembe, hogy az egyenlőségi jog **tiszteletben tartása** is a „közmegegyezéshez igazodik”. Védelmükben azonban annyi elmondható, hogy a bírói többség sem hangsúlyozta ki: az egyenlőségi jog elismerése **nem** jelenti a demokrácia-elv negligálását.

Ha az Alkotmánybíróságnak a konzervativizmus álláspontját tulajdonítjuk, akkor a fentebb elemzett retorikai fogások szervesen belesimulnak az érvelésbe: kifejezésre jut bennük, ha nem is teljesen fair módon, a közvélemény az ügyben releváns szexuális magatartások megítélését illetően, és ezáltal erősítik az érdemi indokokat. Az alkotmánybírák konzervatív alapállására **hivatkozó** magyarázat azonban nem tud mit kezdeni azzal, hogy a bírósági többség a vérfertőzés büntetendőségét a liberális felfogásnak megfelelően érdemben *kizárólag* a sérelem-elv alapján próbálta igazolni – azon az áron is, hogy így nem tudta alapos indokát adni a teljes tiltásnak.

A harmadik – véleményünk szerint a legjobb – magyarázat nem az alkotmánybírák feltételezett erkölcsi meggyőződéséből, hanem a döntésre adható társadalmi reakciókból indul ki. Úgy gondoljuk, hogy

⁷⁵ ABH 1999. 164.

az alkotmánybírák esetében is érvényes az a szociológiai közhely, hogy ők is az adott közösség tagjai, és a közösség felől érkező valós vagy vélt elvárások befolyásolhatják a bírói döntés eredményét. Ha a bíróság a szükségességi-arányossági tesztet lefolytatva és a vita érveit komolyan mérlegre téve – úgy dönt, hogy a vérfertőzés teljes tiltása alkotmány sértő, akkor nem tehetett volna mást, mint az egész törvényi tényállást megsemmisíteni. **Ezen belül annyi mozgástere maradt volna, hogy *pro futuro* hatállyal semmisíti meg a tényállást és felhívja a törvényhozó figyelmét, hogy a rendelkezésére álló idő alatt dolgozzon ki egy új, alkotmányos szabályozást.** Bármennyire is körültekintő lett volna egy ilyen döntés, és bármilyen magas színvonalú annak indokolása, az Alkotmánybíróságnak szembe kellett volna nézni a közvélemény (vagy annak jelentős része) felháborodásával, **valamint azzal, hogy** a médiában a határozatot nem éppen a legjobb színben tüntetik fel. Könnyen előfordulhatott volna, hogy a kérdéses magatartások legnagyobb visszatetszést kiváltó eseteivel illusztrálják a döntés lehetséges következményeit. Talán e reakció elkerülésének érdekében született egy ilyen bizonytalan indokokon nyugvó és következetlen döntés.

Ez a magyarázat választ ad arra a kérdésre, hogy a bírák miért nem semmisítették meg az egész tényállást a sérelem-elv alapján – a negatív társadalmi megítéléstől tartottak; de arra is, hogy miért nem egyértelműsítették: legitimnek gondolják a közérkölc s büntetőjogi kikényszerítését – mert valószínűleg nem ez volt a szakmai meggyőződésük. A testvérek közti homoszexuális fajtalan kodás büntetésének eltörlése azonban jóval kevesebb kockázattal járt a reputáció megóvásának szempontjából, mint a vérfertőzés egész tényállásának alkotmányellenessé nyilvánítása. A közvélemény döntő többsége nem háborodott fel azon, hogy nem büntetik azt a magatartást a homoszexuálisok esetében, ami nem tilos a heteroszexuálisok között.

Ezt a beállítódást – negatív színben feltüntetve – erkölcsi populizmusnak is nevezhetjük.⁷⁶ Azonban **feltételezhető** az is, hogy az Alkotmánybíróság úgy látta: az indítvány kapcsán gyakran ellentétbe kerülő politikai értékek között kellene választania – individualizmus **versus** közösség-elvűség, egyéni szabadság **versus**

⁷⁶ Hart is ezt használta az erkölcsvédelem egyik hasonló áramlatának jellemzésére. (Vö. H. L. A. Hart: i. m. 84. o.)

társadalmi rend –, **ám így döntése politikaivá válhat, ezért** ideológiailag semleges testületként igyekezett olyan határozatot hozni, amelyik nem jelent elköteleződést egyik felfogás mellett sem, ugyanakkor valamiféle kompromisszumot képvisel. Ezért lett a döntés eredménye az, hogy az egyéni szabadságot (és méltóságot) legkirívóbban korlátozó rendelkezést a bíróság megsemmisítette, de a közvéleményben mély ellenszenvet kiváltó cselekmény egészének büntetendőségéhez nem nyúlt. Az indokolásban is lavírozni próbált a bíróság a két politikai felfogás között, és igyekezett mindkét érvrendszer elemeit megjeleníteni, de a fő hangsúlyt az eset szempontjából semleges érvekre helyezte. Ebben a keretben az érvelés retorikai fogásai is úgy ábrázolhatóak, mint amelyek a közvélemény konzervatív szárnyának megnyugtató szolgálatát szolgálják. A fentebb elemzett érvelési hiányosságokat és inkohereciát így lehet a legjobb színben feltüntetni.

Az érvelés értékelése

A magunk részéről azonban úgy látjuk, hogy akár az erkölcsi konzervativizmus, akár a politikai kompromisszum keresése képezte az érvelés hátterét, mindkettő egyaránt problematikus az érvelés tág értelemben vett helyességének szempontjából. Általánosságban nem vitatjuk azt, hogy léteznek olyan ügyek, amelyekben megalapozott és koherens döntés csak úgy hozható, ha az Alkotmánybíróság explicitté teszi világnézetét vagy erkölcsi értékrendszerét. Egy ilyen helyzet Magyarországon azért is lehetséges, mert a magyar alkotmányban több politikai jelentésréteg húzódik meg úgy, hogy azok között hierarchikus viszonyt nem fedezhetünk fel.⁷⁷ Ha ilyen ügy merül fel, akkor – álláspontunk szerint – az adott közösségben meggyökeresedett politikai kultúrától függ, elvárható-e a bíróságtól, hogy tegye nyílttá erkölcsi álláspontját, és ezen az alapon **hozzon** koherens döntést, vagy pedig vegye figyelembe a politikai pluralitást és valamiféle kompromisszumos döntésen – vagy legalábbis erre törekvő indokoláson – munkálkodjon. Ha a magyar jogi és politikai kultúrát ez utóbbi beállítódás jellemzi, akkor nem róható fel az Alkotmánybíróságnak, hogy bizonyos döntései nem állnak biztos elméleti alapokon.

⁷⁷ Bódog Mátyás: Politikai filozófiai jelentésrétegek az alkotmányban. *Állam- és Jogtudomány*, XLIII, 2002/1-2, 10-11. o.

Vannak azonban „alkotmányosan könnyű esetek” is, vagyis olyan ügyek, amelyekben a megoldás levezethető az alkotmány központi és hangsúlyos elveiből, azokból az elvekből, amelyek egy adott közösség berendezkedésének alapját képezik, és amelyekről így komolyan gondolható, hogy politikai konszenzuson **alapulnak**. Az ilyen eseteket nem teszi „nehézzé” az, ha **a** konkrét döntés sok ember ízlését, felfogását sérti, esetleg széles körben indulatokat kavarr – **hasonlóképpen** nem válik jogelméleti értelemben nehéz esetté **az az emberölési ügy, amelyben** elegendő bizonyíték híján felmentik a közvélemény által már bűnösnek tartott személyt –, **és persze az sem, ha** a meghozandó döntés eltér a bíró személyes erkölcsi felfogásától, világnézetétől. Álláspontunk szerint a **tanulmányban elemzett** ügy a „könnyű eset” kategóriájába tartozik. Nem lett volna ugyanis nehéz dolga az Alkotmánybíróságnak, ha meg akarta volna indokolni a vérfertőzés egész tényállásának alkotmányellenességét. A *teljes* tiltás – ahogyan azt fentebb igyekeztünk bizonyítani – olyan alapvető jogokkal ellentétes mint az emberi méltóság vagy a szabadság, és védelmében nem tudunk felhozni az alkotmányban elismert jogosultságot – a közvélekedés pillanatnyi állapotának büntetőjogi védelme nem következik egyik alkotmányos alapelvünkéből sem. Maga az Alkotmánybíróság rögzítette egy korai határozatában, hogy „a jognak mindenkit egyenlőként (egyenlő méltóságú személyként) kell kezelnie, azaz az emberi méltóság alapjogán nem eshet csorba, azonos tisztelettel és körültekintéssel, az egyéni szempontok azonos mértékű figyelembevételével kell a jogosultságok és a kedvezmények elosztásának szempontjait meghatározni”.⁷⁸

Sem a közvélemény esetleges reakciói, sem a bírák egyéni erkölcsi felfogása nem képezhetnek elegendő indokot arra, hogy az Alkotmánybíróság eltérjen az alkotmány világosan kivehető értékeitől. Az ilyen beállítódás nem **egyeztethető össze** az alkotmánybírói **hivatással, amely megköveteli** a joghoz való hűséget és a külső befolyástól való mentességet.

Az ügy politikai-filozófiai vetülete

Úgy véljük, hogy az Alkotmánybíróság határozatának a Hart–Devlin vita érveinek **felhasználásával** történő kritikája egy általánosabb

⁷⁸ ABH 1990, 46, 48.

tanulság levonását is lehetővé teszi. Mind a vitának, mind az **alkotmánybírósági** döntésnek **az** a tétje, hogy milyen elvek határozzák meg az állam büntetőjogi beavatkozását az egyéni szabadságba. Olvasatunk szerint a harti álláspont híveinek legfőbb törekvése arra irányult, hogy rámutasson a devlini felfogásból következő mércék, standardok homályosságára és esetlegességére. A közerkölcs rendkívül általános, ugyanakkor tisztázatlan kategória: nem tudhatjuk biztosan, hogy kinek a hangjára kell hallgatnunk, és milyen feltételek alapján **tarthatunk egy állítást** a közerkölcs részének. Ezért egy ilyen indok meglehetősen szélesre tárja a kaput az állami beavatkozás előtt, és utat enged az önkénynek, vagy a – közösség fennmaradását nem veszélyeztető – vélemények és életformák elnyomásának.

Kérdéses, hogy a sérelem-elv alkalmazása **vajon megvéd-e bennünket** az ilyen veszélyektől. Meg lehet-e határozni előzetesen és általánosságban olyan egyértelműen a lehetséges sérelmek körét, hogy azzal ne lehessen visszaélni? A másik oldalról pedig az a kérdés, hogy a sérelem-elv **miként alkalmazható** az olyan nem tipikus tettek megítélése **során**, mint amilyen például az állatkínzás vagy a jövő generációk jólétét veszélyeztető cselekmények?

Ezek a problémák nyilvánvalóvá teszik, hogy a sérelem-elv sem valamiféle magától értetődő elve a szabadságkorlátozásnak, hanem – a közerkölcs érvényesítéshez hasonlóan – igazolásra szorul. Ha azt állítjuk, hogy a szenvedés megakadályozása áll a sérelmi elv középpontjában, akkor tisztázni kell, hogy miért fontos számunkra a szenvedés megakadályozása. A sérelem-elv értéke a mi felfogásunkban a **következő** antropológiai igazságon **alapul**: a szenvedés negatív mivoltát **az ember nem pusztán átéli, hanem** ésszerűen gondolkodó **lényként** képes belátni és kiterjeszteni más érző lényekre, **például az állatokra vagy a jövőben születendő** emberekre. Így, szemben a közösség védelmének általános indokával, a felesleges szenvedés megakadályozása minden szabadságkorlátozással összefüggő deliberáció biztos alapja lehet. Ugyanez nem mondható el a közerkölcs, vagy a közfelfogás megvédéséről, mivel ezek értéke nem mindig magától értetődő.⁷⁹

⁷⁹ Hart szemléletes példája jól világítja meg, hogy mennyire vitatható eredményre vezetne egy ilyen kiindulópont, ha egy súlyosan diszkriminatív felfogást – „közerkölcsöt” – osztó közössége alkalmazzuk. Vö. H. L. A. Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. 10. o.

Mindebből az is következik, hogy a sérelmi-elv határait nem kell mindenképp absztrakt módon előzetesen meghatároznunk, bár az előzetes elméleti átgondolás rövidítheti a vitát. A felesleges szenvedés megakadályozása sem abszolút vagy kizárólagos mérce, de olyan fontosságú érvet jelent, amelyet minden szabadságkorlátozás melletti álláspontnak **mérlegelnie kell**. Így folytonos deliberáció útján, racionális vitában esetről-esetre haladva **ki** lehet **alakítani** az emberi szabadság és az állami beavatkozás helyes arányait. Ez az **elvárás**, napjaink törvényhozási gyakorlatának ismeretében, **akár** illuzórikusnak is **tűnhet**, azonban eszményként megfogalmazható és a civilizációs fejlődés **későbbi szakaszán** talán megvalósítható is lesz.⁸⁰

Irodalom

Bódig Mátyás: Politikai filozófiai jelentésrétegek az alkotmányban. *Állam- és Jogtudomány*, XLIII, 2002/1-2, 3-22.o.

Bódig Mátyás: Reflexiók a gyakorlati filozófiai irányultságú jogelméletről. In Nagy Tamás – Nagy Zsolt (szerk.): *Jogelmélet és önreflexió*. 59-74. o.

Bódig Mátyás: Válasz – Jakab András felhívására. *Jogelméleti Szemle*. 2003/2.

Bódig Mátyás: A jog és a politika közötti fogalmi kapcsolat: Egy tisztázási kísérlet. *Állam- és Jogtudomány*, XLV, 2004/1-2, 51-86.o.

Bretter Zoltán: *Politika a határon: a Devlin–Hart-vita*. Pozsony, 2004, Kalligram.

Devlin, Patrick: *The Enforcement of Morals*. London – New York, 1963, Oxford University Press.

Devlin, Patrick: *Az erkölcsök és a büntetőjog*. Ford. Miklósi Zoltán. Budapest, 2010, Kézirat.

Dworkin, Ronald: *Lord Devlin és az erkölcsök kikényszerítése*. Ford. Miklósi Zoltán, Budapest, 2010, Kézirat.

Feinberg, Joel: „Ártalmatlan erkölcstelenségek” és sértő háborgatások. Ford. Miklósi Z. Budapest, 2010, Kézirat.

⁸⁰ Nem gondoljuk, hogy a demokratikusan választott törvényhozást le kellene cserélni a „Bölcsök Tanácsára”. Az internetes technika fejlődésével azonban mára lehetővé vált, hogy egy törvényjavaslathoz bárki hozzászóljon, és a jogalkotó kötelezhető lenne arra, hogy a törvény nyilvános indokolásában válaszoljon a racionális indokokkal alátámasztott ellenvetésekre.

- George, Robert. P.: *Társadalmi kohézió és az erkölcsök jogi kikényszerítése*. Ford. Miklósi Zoltán, Budapest, 2010, Kézirat.
- Győrfi Tamás: A törvényhozó hatalom jogi korlátai. In Szabó Miklós (szerk.): *Jogbölcseleti előadások*. Miskolc, 1998, Bíbor Kiadó. 139-159.o.
- Győrfi Tamás: Gyakorlati filozófia, liberális morálfilozófia és a jog autonómiája. In Nagy Tamás – Nagy Zsolt (szerk.): *Jogelmélet és önreflexió*. 75-90. o.
- Győrfi Tamás: A többrétegű jog koncepciója. *Miskolci Jogi Szemle*, 2007/2, 119-146. o.
- Hart, H. L. A.: *A jog fogalma*. Ford. Takács Péter. Budapest, 1995, Osiris Kiadó.
- Hart, H. L. A.: *Jog, szabadság, erkölcs*. Ford. Krokovay Zsolt. Budapest, 1999, Osiris Kiadó.
- Hart, H. L. A.: *Erkölcstelenség és hazaárulás*. Ford. Miklósi Zoltán. Budapest, 2010, Kézirat.
- Hart, H. L. A.: *Társadalmi szolidaritás és az erkölcsiség kikényszerítése*. Ford. Miklósi Zoltán. Budapest, 2010, Kézirat.
- Jakab András: Válasz Bódig Mátyás kritikájára. Egyúttal hozzászólás a Bencze–Bódig vitához. *Jogelméleti Szemle*. 2003/2.
- Jakucs Tamás (szerk.): *A büntető törvénykönyv magyarázata. I.* Budapest, 2004, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó –KERSZÖV.
- Kis Norbert – Hollán Miklós: *A magyar büntetőjog tankönyve. II.* Budapest, 2008, Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó.
- Merényi Kálmán: *A szexuális erőszak*. Budapest, 1987, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó.
- Nagy Ferenc (szerk.): *A magyar büntetőjog különös része*. Budapest, 2009, HVG-ORAC,
- Nagy Tamás – Nagy Zsolt (szerk.): *Jogelmélet és önreflexió*. Szeged, 2007, Pólay Elemér Alapítvány.
- Sólyom László: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. Budapest, 2001, Osiris Kiadó.
- Szomora Zsolt: Dilemmák a vérfertőzés jogi tárgya kapcsán. *Állam- és Jogtudomány*, XLVIII, 2007/ 4, 589-614.o.
- Tóth Gábor Attila: *Túl a szövegen*. Budapest, 2009, Osiris Kiadó.
- Varga Csaba: Mi jön a pozitivismusok után? A bírói ténymegállapítási folyamat természete problematikájának utóéletéről. In Szabó Miklós

(szerk.): *Natura Iuris. Természetjogtan & jogpozitivizmus & magyar jogelmélet.* Miskolc, 2002, Bíbor Kiadó, 197-214.o.

Varga Csaba: A Hart-jelenség. In Cs. Kiss Lajos – Fábri György (szerk.): H. L. A. Hart jogfilozófiájáról. II. *Világosság*, 2003/1-2, 75-88. o.

Waldron, Jeremy: *A partikuláris értékek és a kritikai moralitás.* Ford. Miklósi Zoltán. Budapest, 2010, Kézirat.

Törvények

1952. évi IV. tv. a házasságról, a családról és a gyámságról

1978.évi IV. tv. a Büntető Törvénykönyvről

1989. évi XXXII. tv. az Alkotmánybíróságról

Alkotmánybírósági Határozatok

23/1990. (X. 31.) AB határozat

30/1997 (IV. 29.) AB határozat

21/1996. (V. 17.) AB határozat

20/1999 (VI. 25.) AB határozat

29/2000 (X. 11.) AB határozat

37/2002 (IX. 4.) AB határozat

54/2004 (XII. 13.) AB határozat

2/2009 (I.12.) Tü. határozat