

TANULMÁNY

Az alapjogi teszt a nyelv fogságában

✎ *Blutman László egyetemi tanár, Szegedi Tudományegyetem (Szeged)*

A magyar alkotmányos gyakorlatban az alapjogok korlátozásának értékelésére szolgáló alapjogi tesztet számos bizonytalanság övezi. Sokféle megfogalmazással utalnak rá, használata időnként ellentmondásos, fogalmainak jelentése gyakran meghatározatlan, az elemei változóak és egymás közötti viszonyuk nem mindig tisztázott. A dogmatikai problémák enyhítése végett az elemzés módszerein változtatni kell. A szövegempirizmus talaján állva, a tanulmány azonosítja az Alkotmánybíróság által a teszt használatakor alkalmazott tizenkét, tipikus nyelvi formulát, azokat nyelvi-logikai elemzésnek veti alá, feltárja egymáshoz való viszonyukat, és rámutat a használatukkal járó nehézségekre.

A jogdogmatika a nyelv és a logika öntőformáiban alakul. A makacs nyelvi-logikai problémák egyben dogmatikai problémákat is jeleznek. A nyelvi és logikai elemzés válasz lehet a dogmatikai problémákra, mert azok azonosításához, megvilágításához, és eshetőlegesen megoldásához vezethet.

Mindezt azért vetem előre, mert indokolni kívánom a *helyenként szokatlan megközelítést*, melyet az alapjogi („szükségességi-arányossági”) teszt néhány problémájának elemzésénél alkalmazok. A szövegempirizmus, és a lényegét jelentő nyelvi-logikai analízis meglehetősen unalmas módszer, nem vezet nagy ívű elméletekhez. Azonban ahelyett, hogy intuíció és gazdag képzelőerő segítségével kívánná leírni a zavaros borbán nyomokban fellelhető eredeti ízeket, egyszerűen tiszta bort akar önteni a pohárba. Gazdag és átláthatatlan nyelvi környezete, valamint dogmatikai problémái miatt, az alapjogi teszt alkalmas lehet egy ilyen megközelítésre. A látószög megváltoztatása, mint a festészetben az *anamorfózis*, talán új meglátásokat eredményez, és egyben növeli az elmélet iránymutató, magyarázó és kritikai erejét.

I. Az arányossági tesztek nyelvi-logikai kerete

Az alapjogok korlátozásánál alapvetően *három tényező* összefüggései kapnak jelentőséget. Az alkalmazott tesztek is e keretben értelmezhetőek. A három tényező a következő: (i) *az állami intézkedés* (normatív vagy egyedi aktus), mint eszköz, mely az alapjogot korlátozza; (ii) *az elismert (legitim) cél*, mely elérésének eszköze az alapjogot korlátozó állami intézkedés; (iii) maga *az alapjog*, melyet az állami intézkedés korlátoz.¹ E három tényezőt különböző szempontból lehet vizsgálni (eszköz/jog-vizsgálat, eszköz/cél-vizsgálat, stb.). E vizsgálatok eltérő súllyal szerepelnek az alapjog korlátozását értékelő különböző tesztekben, így az arányossági tesztekben is.

A kontinentális Európában alkalmazott arányossági tesztek ideáltípusa valahol a XIX. század végi német (közelebbről porosz) közigazgatási joggyakorlatban gyökerezik, és ez köztudottan egy háromlépcsős tesztet takar: (i) az alapjogot korlátozó állami intézkedésnek alkalmasnak kell lennie egy elismert cél eléréséhez (*alkalmassági próba*); (ii) az állami intézkedésnek szükségesnek kell lennie a cél eléréséhez (*szükségességi próba*); (iii) az intézkedés nem lehet aránytalan az elérendő céllal (*szűkebben vett arányossági próba*).² Ez

1 Az alapjogi teszttel kapcsolatban elsősorban a semlegesebb „állami intézkedés” kifejezést használom, mely normatív, jogalkotási és egyedi aktust is takarhat, bár az Alkotmánybíróság felhívott gyakorlata normatív aktusokra irányult. Továbbá, egységesen jogkorlátozásról beszélek, el akarván kerülni a hosszabb érvelést a jogsérelem és a jogkorlátozás vitatott elvi különbségei tekintetében.

2 *Communis opinio*-ként ismerteti a teszt ezen szerkezetét *Schwarze, Jürgen*: European Administrative Law. London, Sweet and Maxwell, 1992. 687. A magyar szakirodalomban erre vonatkozóan l. pl. *Gyórfi Tamás*: Az alkotmánybíráskodás politikai karaktere. Budapest, INDOK, 2001. 80.

elvi szinten egyszerűnek tűnik, azonban az arányossági teszt ilyen tiszta formában a kontinentális gyakorlatban következetesen nem érvényesül; a magyar alkotmányos gyakorlatban sem.

II.

Az alapjogi teszt és az Alkotmánybíróság tizenkét formulája

Az alapjogok alkotmányos korlátozását behatároló arányossági teszt magyar változatát legalább kilencféleképpen hívják,³ én az *alapjogi teszt-elnevezésnél* maradok. Érdeemes előzetesen rámutatni az Alkotmánybíróság gyakorlatának néhány sajátosságára az alapjogi teszt használatával összefüggésben.⁴ (i) A határozatok indokolásában elkülönül az alkalmazandó *teszt elvi alapvetése* (a teszt elemeinek, tételeinek elvont meghatározása) és a *teszt alkalmazása* a vizsgált norma tényállására. (ii) A határozatok egyáltalán nem egységesek abban, hogy a teszt milyen elemekből áll, vagy éppen hány elemből és lépcsőből áll, ezen elemeknek mi a tartalma és egymáshoz való viszonya: *a tesztnek sok formája azonosítható.* (iii) Amikor a határozatok a tesztre vagy annak elemeire utalnak, akkor számos nyelvi formát, megfogalmazást, vagy tételt használnak, még a teszt ugyanazon eleme tekintetében is.

A nehezen átlátható gyakorlat miatt, a teszt elemeire, tartalmára és érvényesülésére vonatkozóan a legkülönbözőbb, akár egymással ellentétes szakirodalmi álláspontok is alátámaszthatóak egy-egy határozatra

utalással. Emiatt, a legcélszerűbbnek az Alkotmánybíróság által használt szövegformulák vizsgálata tűnik annak jegyében, hogy a *nyelvi-logikai elemzés* elvezethet a dogmatikai problémák gyökeréhez.

Az alapjogi teszttel kapcsolatban az *Alkotmánybíróság által használt leggyakoribb, legjellemzőbb, egymást részben átfedő tizenkét formula* a következőképpen összegezzethető (természetesen a nélkülözhetetlen egyszerűsítésekkel). Az alapjogot korlátozó szabályozás, mint jogkorlátozás akkor alkotmányos, ha (1) „alkalmas valamely legitim jogalkotói cél elérésére”,⁵ azaz „másik alapjog vagy szabadság védelme vagy egyéb alkotmányos cél elérése érdekében történik”⁶ (ALC-formula); (2) legitim jogalkotói cél „indokolja”,⁷ vagy a célja alkotmányosan elfogadható indoknak minősül⁸ (LCI-formula); (3) szükséges mértékű⁹ (SZM-formula); (4) szükséges, vagy megfelel a szükségesség követelményének¹⁰ (SZ-formula); (5) arányos, vagy megfelel az arányosság követelményének¹¹ (A-formula); (6) „arányos módon” történik¹² (AMO-formula); (7) „arányos mértékű”¹³ (AME-formula); (8) nem „kényszerítő ok nélkül történik”¹⁴ (KON-formula); (9) „elkerülhetetlen esetben” kerül rá sor¹⁵ (ELE-formula); (10) „a legitim célok védelme más módon nem érhető el”,¹⁶ vagy más eszközökkel nem valósítható meg¹⁷ (MEN-formula); (11) „a törvényhozó a korlátozás során köteles az adott cél elérésére alkalmas legenyhébb eszközt alkalmazni”¹⁸ (LED-formula); (12) „az elérni kívánt cél fontossága és az ennek érdekében okozott alapjogsérelem súlya megfelelő arányban vannak egymással”,¹⁹ vagy egyszerűsített és meghatározatlanabb formában „az alapjogi korlátozásnak a kor-

- 3 Így szokásos az „alapjogi teszt” pl. 38/1997. (VII. 1.) AB határozat (gazdasági kamarák) ABH 1997, 249, V. pont, vagy az „alapjogvédelmi teszt” pl. 22/1999. (VI. 30.) AB határozat (médiakuratóriumok) ABH 1999, 176 (Holló A., Németh J. különvélemény, 3. pont), vagy az „általános alapjog-korlátozási teszt” *Chronowski Nóra et al.*: Magyar alkotmányjog III. Budapest-Pécs, Dialóg Campus, 2006. 29., vagy a „szükségességi-arányossági teszt” pl. 11/2007. (III. 7.) AB határozat (betekintés tanácskozási jegyzőkönyvbe) ABH 2007, 224, III. 3.1. pont, vagy a „szükségesség/arányosság teszt”, pl. 9/2008. (I. 31.) AB határozat (választás vezető közjogi tisztségre) ABH 2008, 156, III.2.2. pont, vagy a „szükségességi/arányossági teszt” l. 18/2004. (V. 25.) ABH határozat (közösség elleni izgatás) ABH 2004, 303, II.1.2. pont, vagy a „szükségesség és arányosság tesztje” vagy a „szükségesség-arányosság teszt” 58/2001. (XII. 7.) ABH határozat, (névviselés, névváltoztatás) ABH 2001, 527, III.4. pont, vagy egyszerűen a „szükségességi teszt” elnevezés pl. 12/1999. (V. 21.) AB határozat (közösség elleni izgatás) ABH 1999, 106, II.3.1. pont, (bár itt nem világos, hogy a véleménynyilvánítás szabadsága, illetve a sajtószabadság korlátozásánál alkalmazott szükségesség tesztje sajátosságai miatt levált-e az általános tesztről).
- 4 A jelen tanulmány témájából kizárok három kapcsolódó területet, így a következőkben nem foglalkozom (i) az alapjogi teszt és az alapjogi lényeges tartalom összefüggéseivel, melynek egyébként is bőséges magyar irodalma van; (ii) két alapjog ütközésének elvi problémájával; (iii) az alapjogok vagy az alkotmányos jogok korlátozását behatároló más, speciális tesztekkel, mint pl. az ésszerűségi teszt.
- 5 Pl. 39/2007. (VI. 20.) AB határozat (védőoltás) ABH 2007, 464, V.1. pont.
- 6 Pl. 29/2005. (VII. 14.) AB határozat (illetékek) ABH 2005, 316, III.2. pont.
- 7 Pl. 11/2007. (III. 7.) AB határozat (betekintés tanácskozási jegyzőkönyvbe) ABH 2007, 224, III. 3.1. pont.
- 8 Pl. 80/2006. (XII. 20.) AB határozat (ingatlan-nyilvántartási határidő) ABH 2006, 892, III.4.2. pont.
- 9 Pl. 11/1992. (III. 5.) AB határozat (büntető-jogszabályok alkotmányossága) ABH 1992, 77, IV.2. pont vagy 1234/B/1995. AB határozat (elmeállapot vizsgálata) ABH 1999, 524, II.5. pont.
- 10 Pl. 20/1990. (X. 4.) AB határozat (vagyon-nyilatkozat) ABH 1990, 69, IV. pont vagy 17/2005. (IV. 28.) AB határozat (iratmásolatok illeteke) ABH 2005, 175, IV.B.2. pont.
- 11 Pl. 80/2006. (XII. 20.) AB határozat (ingatlan-nyilvántartási határidő) ABH 2006, 892, III.4.1. pont.
- 12 Pl. 11/1992. (III. 5.) AB határozat (büntető-jogszabályok alkotmányossága) ABH 1992, 77, IV.2. pont vagy 22/1999. (VI. 30.) AB határozat (médiakuratóriumok) ABH 1999, 176, IV.7.3. pont.
- 13 Pl. 33/1992. (V. 29.) AB határozat (társasházak) ABH 1992, 188, IV. pont vagy 6/2007. (II. 27.) AB határozat (kampánycsend) ABH 2007, 135, III.2.2. pont.
- 14 Pl. 30/1992. (V. 26.) AB határozat (büntető-jogszabályok alkotmányossága) ABH 1992, 167, III.2.2. pont vagy 29/2005. (VII. 14.) AB határozat (illetékek) ABH 2005, 316, III.2. pont.
- 15 Pl. 11/1992. (III. 5.) AB határozat (büntető-jogszabályok alkotmányossága) ABH 1992, 77, IV.2. pont.
- 16 Pl. 39/2007. (VI. 20.) AB határozat (védőoltás) ABH 2007, 464, V.1. pont.
- 17 Pl. 26/1999. (IX. 8.) AB határozat (előzetes letartóztatás) ABH 1999, 265, II.2.2. pont
- 18 Pl. 30/1992. (V. 26.) AB határozat (közösség elleni izgatás) ABH 1992, 167, III.2.2. pont.
- 19 Pl. 30/1992. (V. 26.) AB határozat (közösség elleni izgatás) ABH 1992, 167, III.2.2. pont vagy 29/2005. (VII. 14.) AB határozat (illetékek) ABH 2005, 316, III.2. pont.

látozással elérni kívánt céllal arányban kell állnia”²⁰ (*stricto sensu* arányosság – SSA-formula).

Ezekből a formulákból sokféle teszt állítható össze, a legkülönbözőbb elemekkel, hiszen a teszt egyes elemei egymást feltételezhetik, így egymást elnyelhetik, esetenként egyik helyettesíthető a másikkal. Egy példa a problémára: *a teszt egy elemének, próbájának lehetne tekinteni* például azt a tételt, hogy a jogkorlátozás csak akkor lehet alkotmányos, ha az szükséges valamely legitim cél elérésére. Ez konvertálható (felbontható) kettő, három, de akár négy különálló elemre is: (i) a legitim jogalkotói cél léte, (ii) a korlátozás alkalmissága, (iii) a korlátozás indokolttsága, (iv) a korlátozás (szűkebben vett) szükségessége. Mindez tetszés szerint.²¹ Így a szakirodalomban a tesztek változatainak kavalkádjával találkozhatunk: vannak négylépcsős tesztek,²² vannak háromlépcsős tesztek, melyek nagyjából az ideáltípushoz kívánnak igazodni,²³ a minimális a kétlépcsős teszt, amely megmarad a szükségesség és arányosság kritériumánál, az alkalmissági feltételt vagy a legitim cél fennállását bevonva az előző kettő valamelyike alá.²⁴

Ennél sokkal nagyobb gond az, hogy az Alkotmánybíróság formulái *fogalmi-logikai problémákkal terhesek*. Már az egyik legátláthatóbb elem, *a legitim jogalkotói cél (mint alkotmányosan elfogadható indok) fogalmán is mutatkoznak repedések*. Köztudott, hogy a nyomós közérdek az alapjog korlátozásánál *sui generis* legitim célként szerepelhet, többek között a szokásosan felhívott alkotmányos alapjogok vagy az alkotmányos célok mellett.²⁵ Ez a viszony azonban korántsem ilyen egyértelmű. *Vannak olyan határozatok, ahol a nyomós közérdek nem önálló legitim célként jön figyelembe, hanem a jogkorlátozás kifejezetten akkor történik nyomós közérdekből, ha elkerülhetetlenül szükséges valamely más alapvető jog vagy alkotmányos cél érdekében.*²⁶ Itt a nyomós közérdek a szokásos legitim célok (másik alapjog vagy alkotmányos cél) elérésének vagy ér-

vényesítésének hangsúlyos indokoltságára utal, de maga érdemben nincs e legitim célok között.

Ezt alátámasztja, hogy a nyomós közérdeket lényegében *vagylagosan* említi együtt a kényszerítő okkal, és ez utóbbi valóban az érdemi legitim cél általános megjelölésére és jellemzésére szolgál (ti., hogy elkerülhetetlenül szükségessé – kényszerítővé – teszi a korlátozást). Természetesen a kényszerítő ok és a nyomós közérdek egymás mellé állítása *aggályos*.²⁷ Egyrészt a nyomós közérdek, mint a legitim célok egyike, *maga is lehet kényszerítő oka a jogkorlátozásnak*. Másrészt kényszerítő ok nem hagy választást a jogkorlátozásra, míg ha az ok csak nyomós ok, akkor van választás, nem kényszerítő jellegű, a jogkorlátozás elkerülhető, így aligha szükséges. A nyomós közérdek ilyen összefüggésben nem fér össze a szükségességgel, mert ez utóbbi többletjelentéssel bír.

Mindez csak egy apró, szinte feledhető fogalmi probléma. Az igazi nehézségek középpontjában a „szükségesség” fogalmának bizonytalansága áll. Amennyiben ez egy „szükségességi-arányossági teszt”, és egyébként is van egy szükségességi próba része, akkor alapvető kérdés, hogy egyrészt minek kell mihez szükségesnek lennie, másrészt, hogy a szükségesség miképpen illeszthető az arányossághoz.

III.

Minek kell mihez szükségesnek lennie?

Erre a kérdésre első pillantásra nyilvánvalónak tűnik a válasz: a jogkorlátozó állami intézkedésnek kell szükségesnek lennie a cél eléréséhez (eszköz/cél-vizsgálat),²⁸ és akkor lesz szükséges, ha mellőzhetetlen, nélkülözhetetlen a cél eléréséhez. Ebből kiindulva azonban nem világos, hogy így a szükségesség miképpen vonatkoztatható a „legenyhébb eszköz” doktríná-

20 Pl. 34/1994. (VI. 24.) AB határozat (pártdokumentumok levéltári kezelése) ABH 1994, 177, IV.6. pont.

21 A vizsgálat sorrendjének jelentősége van, erre mutat rá *Vörös I.* nagy hatású kisebbségi véleményében, 56/1995. (IX. 15.) AB határozat (gazdasági stabilizáció), ABH 1995, 260, (Vörös I. párh. ind. 3. pont). Az alkalmissági próbának lehet értelme a szükségességi próba előtt, de értelmetlen utána, mert a szükségesség magában foglalja az alkalmisságot.

22 L. *Gádó Gábor*: Alapjogok védelme és korlátozása az Alkotmánybíróság döntéseinek tükrében. Gazdaság és jog 1994/9. sz. 6–7. vagy *Kis J.* tesztje, idézi *Halmi Gábor–Tóth Gábor Attila*: Emberi jogok. Budapest, Osiris, 2003. 130–131.

23 Pl. 56/1995. (IX. 15.) AB határozat (gazdasági stabilizáció), ABH 1995, 260, (Vörös I. párh. ind. 3. pont) vagy Az alkotmány kommentárja. (Szerk. *Jakab András*) Budapest, Századvég, 2009. (a továbbiakban: Kommentár) 421. (*Gárdos–Orosz F.*).

24 *Holló András*: Az Alkotmánybíróság tizenöt éve. Magyar Közigazgatás 2004/10. sz. 598. vagy *Halmi–Tóth*: i. m. 130. Vannak viszont, akik óvakodnak attól, hogy definiáljanak egy tesztet, inkább az Alkotmánybíróság alaptételei közül emelnek ki néhányat, pl. *Chronowski et al.*: i. m. 29. Megjegyzendő, hogy az alapjogi teszt szerkezeti vizsgálatánál az Európai Unió Bíróságának vagy az Emberi Jogok Európai Bíróságának gyakorlata kevés hasznos analógiát nyújt. Az előbbi az ideáltípushoz közelít, de az arányossági próbát rendkívül óvatosan alkalmazza, inkább a szükségességre koncentrál, l. pl. *Jans, Jan H.*: Proportionality Revisited. Legal Issues of European Integration. 27(3) 2000. 248., *Craig, Paul–de Burca, Gráinne*: EU Law : Text, Cases, and Materials. Oxford, Oxford University Press, 2011. 526., 529. A strasbourgi gyakorlat, pedig a demokratikus társadalom diktálta szükségességből indul ki, ennek keretében vizsgál legfeljebb mellékesen arányossági kérdéseket, l. *McHarg, Aileen*: Reconciling Human Rights and the Public Interest. *The Modern Law Review* 62(5) 1999. 672–673.

25 L. pl. 56/1994. (XI. 10.) AB határozat (közalkalmazotthoz méltatlan magatartás) ABH 1994, 312, II.2. pont vagy 18/2000. (VI. 6.) AB határozat (rémhírterjesztés) ABH 2000, 117, III.3. pont. Hasonlóan Kommentár (*Gárdos–Orosz F.*) 423. vagy *Holló*: i. m. 599.

26 Alkotmányellenes a korlátozás, „ha az kényszerítő ok, nyomós közérdek nélkül történik, ha tehát – valamely más alapvető jog vagy alkotmányos cél érdekében – nem elkerülhetetlenül szükséges”. 17/2005. (IV. 28.) AB határozat (iratmásolatok illetéke) ABH 2005, 175, IV.B.2. pont, már hasonlóan korábban pl. 41/2003. (VII.2.) AB határozat (kártalanításból kizárás) ABH 2003, 525, III.B.1. pont.

27 Meglátásom szerint ez elsőként a 18/2000. (VI. 6.) AB határozat (rémhírterjesztés) ABH 2000, 117, III.3. pontjában történt.

28 Pl. 1283/B/1995. AB határozat (közttestületek szabályozása) ABH 1997, 620, II.2.4. pont. A szükségesség magában foglalja az alkalmisságot is (ALC-formula).

jára (LED-formula). A doktrína ugyanis az ideáltípusban (és – ha nem is egyöntetűen, de – az uniós jogban) a szükségesség kereteiben érvényesül, annak eleme.²⁹ A probléma az, hogy a legenyhébb eszköz fogalma nem foglalja magában, sőt egyenesen kizárja, hogy az eszköz a fenti értelemben szükséges (nélkülözhetetlen) lenne a cél elérésére. A fogalom ugyanis *feltételezi, hogy van más intézkedés is, mellyel a cél elérhető, igaz, hogy az kevésbé enyhe*. Mivel a cél eléréséhez más eszköz is van, a legenyhébb eszköz is mellőzhető (tehát nem szükséges), ha nincs további követelmény. A további megkövetés valamiféle arányossági követelmény lehet, ti. a legenyhébb választása lehet csak alkotmányos.

A LED-formula akkor fér össze a szükségességgel, ha ez az arányossági elem tükröződik a szükségesség fogalmában, körülbelül úgy, hogy az intézkedés szükséges, amennyiben *a cél eléréséhez nem áll rendelkezésre más, kevésbé korlátozó eszköz* (az ideáltípusban is nagyjából ilyen szükségesség-fogalom érvényesül).³⁰ Ez viszont eltér a nélkülözhetetlenségre építő leírástól, amiből az előzőekben kiindultunk.

Mindez nyitottá teszi a kérdést, hogy az Alkotmánybíróság gyakorlatában a legenyhébb eszköz-doktrína a szükségességi vagy az arányossági próba része-e? *Halmai* és *Tóth* az utóbbi részének tekinti, és ezt alátámasztja például a klasszikus, 20/1990. (X. 4.) AB határozat, mely az arányossági vizsgálatnak két elemét tartalmazza: az SSA-formulát (a szűkebb arányosság) és a LED-formulát (legenyhébb eszköz doktrína).³¹

Amennyiben ez így van, akkor mit takar a szükségesség, ha nem a LED-formulát, mint az ideáltípusban? *Halmai* és *Tóth* szerint a szükségesség arra utal, hogy „indokolja-e másik alapvető jog vagy egyéb alkotmányos érték védelme a jogkorlátozást” (tkp. LCI-formula).³² Ezzel az a probléma, ha valami indokoltta tesz valamit, azzal még nem teszi szükségessé is egy-

ben. Ugyanakkor, ha jól értem, a leírás csak arról szól, hogy valamely cél elérése *valamilyen* (nem meghatározott) jogkorlátozást indokoltta tesz, és *nem egy konkrét, vizsgálendő állami intézkedés* értékelését szolgálja. A 20/1990. (X. 4.) AB határozat, pedig a *szükségesség helyett a kényszerítő ok létét hozza fel* (KON-formula),³³ és értelmezésében azonosítja így a szükségességet a kényszerítő ok létevel.³⁴ Persze itt (és más határozatban is) nem világos, hogy a kényszerítő ok *valamilyen (meghatározatlan) jogkorlátozást tesz szükségessé (absztrakt szükségesség), vagy a vizsgált, konkrét jogszabályi korlátozás elkerülhetetlenségét jelenti*.³⁵

Az ELE-formula (a korlátozás elkerülhetetlensége) valamilyen módon ide kapcsolódik. Azonban nem világos, hogy miképpen. Számos határozatban előfordul, hogy a korlátozás csak „elkerülhetetlen esetben, a szükséges mértékben és arányos módon történhet.”³⁶ Az elkerülhetetlenség nem azonosítható itt a szükségességgel, hiszen különbséget tesz a testület közöttük. Egy másik határozat ellenben azt mondja, hogy az elkerülhetetlen korlátozás azt jelenti, miszerint a cél más eszközökkel nem biztosítható (MEN-formula).³⁷ Ugyanakkor egy harmadik helyen a szükségesség alatt azt érti, hogy a cél más eszközzel nem valósítható meg.³⁸ Ezzel az elkerülhetetlenség mégis csak jelenthet szükségességet.

Az ELE-formula (elkerülhetetlenség) alkalmazása nehezen követhető: van amikor külön ismérvként vagy elemként jelenik meg, van amikor összeolvad a szükségességgel, annak jelzőjeként szerepel olyan értelemben, hogy az intézkedés „elkerülhetetlenül szükséges” valamely cél elérése érdekében.³⁹ Ez arra utal egyrészt, hogy *az elkerülhetetlenség szorosan kapcsolódik a szükségességhez, de mégsem lehet ugyanaz*, hiszen akkor nem kellene a kettőt megkülönböztetni.⁴⁰ Igaz, nehéz olyan szükséges korlátozást elképzelni ami el-

29 L. pl. *Jacobs, Francis*: Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law. In: The Principle of Proportionality in the Laws of Europe. (Ed. *Evelyn Ellis*) Oxford, Hart Publishing, 2000. 1., *Jans*: i. m. 245–247. A legkevésbé korlátozó eszköz és szükségesség összekötésének tipikus példája az Európai Bíróság előtt, pl. C-350/97 *Wilfried Monsees v Unabhangiger Verwaltungssenat fur Karnten* [1999] EBHT I-2935, paras. 28–30.

30 *Schwarze*: i. m. 855.

31 20/1990. (X. 4.) AB határozat (vagyon-nyilatkozat) ABH 1990, 69, IV. pont, vagy hasonlóan pl. 879/B/1992. AB határozat (apaság védelme) ABH 1996, 401, II.3. pont.

32 *Halmai-Tóth*: i. m. 130.

33 A kényszerítő oknál elkerülhetetlen az asszociáció az Egyesült Államok szövetségi alkotmányos gyakorlatában kialakított „*strict scrutiny*” tesztben feltételként szereplő „kényszerítő kormányzati érdekre” (*compelling governmental interest*), l. pl. *Murphy, Walter F. et al.*: American Constitutional Interpretation. New York, Foundation Press, 2003. 914., illetve az Európai Bíróságon a *Cassis de Dijon*-ítéletben bevezetett „kényszerítő követelmények” (*exigences impératives*) fogalmára, mely az áruk szabad mozgásának korlátozását lehetővé tevő közérdekre utal, 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein („Cassis de Dijon”)* [1979] ECR 0649. 8. pont.

34 Egy későbbi határozat meg is erősíti, hogy ami kényszerítő okból történik, az szükséges, 715/D/1994. AB határozat (lefoglalás) ABH 1997, 584, II.2. pont, sőt „elkerülhetetlenül szükséges”, 17/2005. (IV. 28.) AB határozat (iratmásolatok illeteke) ABH 2005, 175, IV.B.2. pont.

35 Az alapjogi teszt őshatározatában a teszt szerkezete a következő: KON+SSA+LED+ALC. A KON+ALC kombináció csak akkor egyeztethető össze, ha a kényszerítő ok *valamilyen* jogkorlátozás kényszerére utal (absztrakt szükségesség), az alkalmasság pedig a konkrét, vizsgált szabályozás alkalmasságát jelenti.

36 Pl. 11/1992. (III. 5.) AB határozat (bűncselekmények büntetőségének elévülése) ABH 1992, 77, IV.2. pont; 20/2007. (III. 29.) AB határozat (parlamentari televíziós közvetítés) ABH 2007, 295, III.3. pont.

37 1234/B/1995. AB határozat (terhelt szakértői vizsgálata) ABH 1999, 524, II.4.1.2. pont. vagy 74/2006. (XII. 15.) AB határozat (fizetett szabadság) ABH 2006, 870, III.2.3. pont.

38 26/1999. (IX. 8.) AB határozat (személyes szabadság megvonása) ABH 1999, 265, II.2.2. pont, még egyértelműbben egy különvéleményben 57/2001. (XII. 5.) AB határozat (választás joga) ABH 2001, 484, (Holló A.).

39 Pl. 6/1998. (III. 11.) AB határozat (iratmásolás büntetőeljárásban) ABH 1998, 91, II.3. pont.

40 Ezzel szemben a szükségességet és az elkerülhetetlenséget kifejezetten azonos értelemben használja az 56/1994. (XI. 10.) AB határozat (közalkalmazotthoz méltatlan magatartás) ABH 1994, 312, II.2. pont.

kerülhető a cél elérése mellett, hiszen az előbbieken látható volt, hogy a szükségesség eleme, miszerint más eszközzel nem biztosítható a cél elérése, azaz nem elkerülhető az eszköz (intézkedés) igénybevétele. *Nincs tehát a cél elérése szempontjából elkerülhető, de szükséges korlátozás*, mert a szükségesség magában foglalja a mellőzhetetlenséget, így az elkerülhetetlenséget is.⁴¹ A kör végül is úgy zárul be, hogy az Alkotmánybíróság nem tekinti elkerülhetetlenül szükségesnek azt a korlátozást, aminek nincs kényszerítő oka.⁴²

A fogalomhasználat és a tételformázás problémáin túl, mi szűrhető le mindebből? A joggyakorlatban előforduló tételekben az intézkedés és az elérendő cél kapcsolata különböző intenzitású: van, amikor *egy cél elérése indokul szolgálhat* egy jogkorlátozó intézkedéshez (LCI-formula), máskor a cél elérése *kényszerítő okot* jelent a jogkorlátozáshoz (KON-formula). Nyilvánvaló, hogy az első eset nem jelent szükségességet, mert hagy választási lehetőséget az intézkedés elhagyására, így a szükségességi ismérvet más tételben kell keresni (vagy ennek híján az adott teszt nem tartalmaz szükségességi próbát). Nem szabad szem elől téveszteni, hogy a szükségesség nem csak a jogkorlátozó intézkedés megtétele tekintetében merülhet fel, hanem úgy is, hogy szükséges-e a cél elérése olyan áron, mint az ezt szolgáló jogkorlátozó intézkedés. Ez voltaképpen a cél fontosságára utal (célvizsgálat), de ez már nem a szükségességi próba, hanem az arányossági próba része lesz (SSA-formula).

A szükségességi próba tehát eszköz/cél-összefüggésben vizsgál valamilyen kényszert, elkerülhetetlenséget, mellőzhetetlenséget. A különböző formulák ezt különböző irányból írják le. Az „elkerülhetetlen eset” ezt a kapcsolatot átfogóan jellemzi (ELE-formula); a „kényszerítő ok” esetében a látóköri fókuszában a cél áll, mely kényszerűen maga után vonja az intézkedést, mint okozatot (KON-formula); az „intézkedés szükségessége” az eszközt teszi a látóköri közepébe, és alkalmazásának mellőzhetetlenségére utal, ha a célt el kell érni (SZ-formula).⁴³ Mindenesetre az intézkedés szükségessége az intézkedés mellőzhetetlenségét implikálja, vagyis a cél elérése más módon vagy eszközzel nem biztosítható (MEN-formula).⁴⁴

Úgy tekinthetjük, hogy *a szükségesség, a kényszerítő ok, az elkerülhetetlen eset és a más módon vagy eszközzel nem biztosítható cél négy formulája egy eszköz/cél-vizsgálat kereteiben nagyjából hasonlóan, ugyanarra adnak választ, ha nem is teljesen azonos értelemmel, vagy szemszögből.*⁴⁵ (Ebből következik, hogy e formulák egymás mellé állítása a teszt elvi alapvetése során teljesen felesleges, és szemantikailag ugyancsak feleslegesek az olyan szerkezetek, mint „elkerülhetetlen szükségesség”). Mindennek összegzéseként, a szükségesség tartalmához tartozik, hogy egy jogkorlátozó intézkedés mögött van egy, ezt kikényszerítő („szükségessé tevő”) ok (egy elismert cél elérése), mely implikálja az intézkedés elkerülhetetlen alkalmazását, ami egyben azt is jelenti, hogy más módon vagy eszközzel az elismert cél nem érhető el. *Mindez kizárja más, alternatív, helyettesítő intézkedés lehetőségét a cél eléréséhez, így a szükségesség fogalmával (és a fenti négy formulával) nem fér össze a legenyhébb eszköz doktrínája, amely eleve feltételezi az alternatív intézkedések lehetőségét.*

IV.

A legenyhébb eszköz doktrínája (LED-formula)

Miért fontos a legenyhébb eszköz doktrínájával külön foglalkozni? Egyrészt azért, mert ez az arányossági tesztek legszigorúbb és legmegfoghatóbb eleme. Másrészt, a doktrína alkalmazása igen intenzív felülvizsgálatot tesz lehetővé, amikor is a bíróság – alternatív eszközökről döntve – könnyen *politikai döntéshozó* szerepében találhatja magát. Harmadrészt, a LED-formula a magyar alkotmányos konstrukció *Achilles-sarka*. Változó mértékben, de kapcsolódhat az eszköz/cél-vizsgálathoz, akár a szükségesség előbb azonosított elemei. Ahogy az előzőekben utaltam rá, a doktrínát a kontinentális ideáltípus és az uniós jog is a szükségesség egyik, talán legfontosabb elemének tekinti.⁴⁶ Nálunk hasonlóan vélekedik például *Gadó* vagy *Gárdos-Orosz* is,⁴⁷ ezzel szemben az Alkotmánybíróság korai határozataiban arányossági elemnek tekintette.

41 A mellőzhetetlenséget és a szükségességet kifejezetten azonosítja, 34/1994. (VI. 24.) AB határozat (pártdokumentumok levéltári kezelése) ABH 1994, 177, IV.6. pont.

42 41/2003. (VII. 2.) AB határozat (kártalanításból kizárás) ABH 2003, 525, III.B.1. pont.

43 Mindebből következik, hogy a szükségességi-arányossági tesztet némi perspektívaváltással lehetne akár *elkerülhetlenségi-arányossági tesztnek* is nevezni, l. *Gadó*: i. m. 7.

44 Az Alkotmánybíróság *az adatkezeléssel összefüggésben használt célhoz kötöttség feltételét* a szükségesség konkretizálásának tekinti, pl. 65/2002. (XII. 3.) AB határozat (egészségügyi adatok szexuális szokásokról) ABH 2002, 357, III.2. pont. Ez így aligha tartható, mert a célhoz kötöttség az eszköz (adatkezelés) és cél kapcsolatát megalapozza, de annak milyenségét nem jellemzi: a célhoz kötöttség *önmagában* nem jelent szükségességet (például jelenthet egyszerűen indokoltságot is).

45 Hasonlóan pl. *Gadó*: i. m. 7., de *Balogh Zs.* a MEN-formulát (az adott cél más módon nem érhető el) nem tekinti a szükségesség részének, viszont nem mondja meg, mit ért szükségesség alatt, *Balogh Zsolt*: Alapjogi tesztek az Alkotmánybíróság gyakorlatában. In: *A megtalált alkotmány?* (Szerk. *Halmi Gábor*) INDOK, Budapest, 2000. 130. Az eltérő jelentésre utal, hogy az Alkotmánybíróság sokszor egymás mellett használja ezeket a fogalmakat, l. pl. szükségesség és elkerülhetőség egymás melletti használata, 34/1994. (VI. 24.) AB határozat (levéltári kutatás) ABH 1994, 177, III.3. pont.

46 Ld. 29. jegyzet, valamint *Schwarze*: i. m. 687. és 855.; *Hofmann, Herwig C. H.–Rowe, Gerard C.–Türk, Alexander H.*: Administrative Law and Policy of the European Union. Oxford, Oxford University Press, 2011. 129.

47 *Gadó*: i. m. 7.; *Gárdos-Orosz Fruzsina*: Alkotmányos polgári jog? Az alapvető jogok alkalmazása a magánjogi jogvitákban. Budapest-Pécs, Dialóg Campus, 2011. 132–133. Van alkotmánybírósági határozat, mely ezt alátámasztja: mivel a tárgyalás rendjét megzavaróval

Jelenleg – talán leggyakoribb megoldásként – a testület az SSA-formula (szűkebben vett arányosság) után használja a LED-formulát, de mindig új mondatban, mintha igyekezne leválasztani azt mind a szükségességről, mind az arányosságról.⁴⁸ Például a 74/2006. (XII. 15.) AB határozat ilyen, sajátos megoldást követ. A MEN-formula (ami szükségességi elem) és az SSA-formula (arányossági elem) citálása után, melyek bármelyikének hiánya alkotmányellenessé teheti a korlátozást, azzal folytatja, hogy (ezen felül) az „alapjog sérelme megállapítható akkor is, ha az alkalmazott korlátozás a cél elérésére alkalmatlan, vagy a törvényhozó a korlátozás során nem az adott cél elérésére alkalmas legenyhébb eszközt választotta ki.”⁴⁹ (Itt a teszt szerkezete: MEN+SSA+ALC+LED). Ez úgy néz ki, mintha az alkalmassági feltételt illetve a legenyhébb eszköz doktrínáját vagy nem is tekintené a „szükségesség-arányosság” teszt részének, vagy egyenesen egy négylépcsős tesztet alkalmazna. Ez utóbbi azért hihető nehezen, mert az alkalmasságot a MEN-formula eleve átfogja, tehát nehéz lenne ezt egy harmadik lépcsőnek tekinteni. Másrészt a MEN-formula használata után (más módon vagy eszközzel nem érhető el a cél) nem érdemes a legenyhébb eszközt keresni, hiszen az intézkedés vagy nem szükséges (egyedüli), és akkor alkotmányellenes az intézkedés, vagy szükséges, akkor pedig nincs más alternatíva, hiszen más eszközzel nem lesz elérhető a cél.

A LED-formula tehát elvileg (i) lehet szükségességi elem, (ii) lehet arányossági elem, (iii) lehet a szükségességi és arányossági próbáról leválasztott önálló, arányossági elemet tartalmazó kritériuma az alapjogi tesztnek; mindháromra lehet példát találni alkotmánybírói határozatokban.

Minden nehézségtől függetlenül, van azonban elvi lehetőség a legenyhébb eszköz doktrína és a szükségesség valamilyen összeegyeztetésére, egymás mellé helyezésére is. A kulcskérdés, miképpen lehet úgy felfogni a szükségességet, hogy az megengedje a jogkorlátozó intézkedések esetleges alternativitását. A fentiekből látható, hogy a szükségesség fogalma alkalmazható (a) a konkrét állami intézkedésre (konkrét SZ-formula – mint egy konkrét, szükséges intézkedés), vagy (b) valamilyen meghatározatlan jogkorlátozásra (absztrakt SZ-formula – mint valamilyen intézkedés szükségessége), vagy (c) a konkrét állami intézkedés mértékére (SZM-formula – egy konkrét, szükséges mértékű állami intézkedés, ahol a szükségesség vonatkoztatási alapja megválto-

zik, és nem szükséges intézkedésről van szó, hanem az intézkedésnek a cél eléréséhez szükséges mértékéről). Az Alkotmánybíróság gyakorlatában mindhárom eset előfordul. Nem azt állítom, hogy ez következetlenség lenne, és azt sem, hogy a három eset közül csak egy lenne helyes. Éppen ellenkezőleg: az, hogy a testület melyik megoldáshoz folyamodik jelezheti az alkotmányos felülvizsgálat intenzitását.

Az (a) eset (konkrét SZ-formula) nem enged alternatívát, ahogy láthattuk az előzőekben, így kizárja a legenyhébb eszköz doktrínáját. Amikor a szükségességet az Alkotmánybíróság ilyen összefüggésben használja, akkor vagy úgy véli, hogy egyetlen, a vizsgált intézkedés van, amely az adott cél elérésére alkalmas lehet, vagy azt üzeni, hogy más, a cél elérésére eshetőlegesen alkalmazható alternatív eszköz vizsgálatára nem terjeszkedik ki, azt kizárja a látóköréből. Viszont ellentmondás keletkezhet, ha a testület ilyen összefüggésben mégis felhossa a LED-formulát.

A (b) eset (absztrakt SZ-formula) enged alternatívát, mert a jogkorlátozás általános szükségességére, így meghatározatlan korlátozó intézkedésre vagy intézkedésekre utalhat, mely többféle is lehet. A legenyhébb eszköz doktrínája viszont konkrét intézkedések lehetőségének összevetését feltételezi. Így a (b) eset absztrakt szükségessége megengedi, hogy a legenyhébb eszköz doktrínáját lehessen alkalmazni konkrét intézkedésekre, de csak a szükségesség fogalmi keretein kívül, önálló próbaként vagy az arányossághoz kapcsolva.⁵⁰ Ellentmondás akkor keletkezik, ha a testület ezen összefüggésekben a legenyhébb eszköz doktrínát a szükségességhez próbálná kötni.

A (c) eset (SZM-formula) elvileg ugyancsak megengedi a legenyhébb eszköz kutatását, de a (b) esethez hasonlóan, nem a szükségesség keretében. Amennyiben az Alkotmánybíróság megállapítja, hogy egy adott, konkrét intézkedés szükséges mértékű volt a cél eléréséhez, ez elvileg nem zárja ki más, lehetséges és alkalmas intézkedések számba vételét és vizsgálatát. A gyakorlatban ez valószínűtlen: egy konkrét intézkedés szükséges mértékének elismerése után aligha fog a testület más, enyhébb intézkedések után kutatni. Ha ezt meg is tenné, nem tehetné a szükségesség fogalmi keretében, mert az olyan megállapításokhoz vezethetne, hogy a cél eléréséhez szükséges mértékű intézkedés, egyébként a cél eléréséhez nem volt szükséges, mert nem a legenyhébb eszközt jelenti. Bár egy ilyen megállapítás logikailag nem lenne abszurd, de következetlen lenne,

szemben alkalmazható őrizetbe vétellel elérni kívánt célok más, enyhébb intézkedésekkel is megvalósíthatók, ezért az őrizetbe vétel szükségtelen eszköz, 104/2007. (XII. 13.) AB határozat (tárgyalási rendzavarás) ABH 2007, 880, III.3.4. pont.

48 Van későbbi határozat is, mely egyértelműen arányossági elemnek tekinti, pl. 35/2002. (VII. 19.) AB határozat (sporthuliganizmus viszsza-szorítása) ABH 2002, 199, III.1.1. pont, bár a 20/1990. AB határozatot követve.

49 74/2006. (XII. 15.) AB határozat (szabadság kiadása) ABH 2006, 870, II.2.2. pont.

50 Nagyon jól mutatja a (b) esetet a 14/2000. AB határozat ahol az Alkotmánybíróság a (SZ+LED+SSA) formulák kombinációját alkalmazza, de a szükségességet valamilyen, meghatározatlan jogkorlátozásra érti („a közösség méltóságát sértő, köznyugalmat veszélyeztető magatartások megakadályozása érdekében az alapjog korlátozása elkerülhetetlenül szükséges”), 14/2000. (V. 12.) AB határozat (önkéntnyaralmi jelképek használata) ABH 2000, 83, IV.6. pont.

mert a szükségesség fogalmát egy tételen belül két értelemben használná.

Összefoglalva: a konkrét SZ-formulával szemben, az absztrakt SZ-formula és az SZM-formula, mint két elvi lehetőség, eltűri ugyanazon teszten belül a legenyhébb eszköz doktrínáját (LED-formula), de nem a szükségességhez kapcsolva, hanem attól függetlenül. A (c) esetenél ennél erősebb megállapítás kell, mert az *intézkedés szükséges mértékére utalás* (SZM-formula) nem egyszerűen eltűri a legenyhébb eszköz doktrínát, hanem ennél szorosabb a kapcsolata azzal. Így a következőkben az SZM-formulára érdemes vetni egy pillantást, már csak azért is, mert az alkotmányszöveg részévé vált (Alaptörvény I. cikk).

V.

Az intézkedés szükséges mértéke

Amennyiben egy konkrét vagy meghatározatlan (valamilyen), jogkorlátozó intézkedés szükségességéről beszélünk (SZ-formula), akkor a korlátozó intézkedést differenciálatlanul, homogén módon szemléljük. Amennyiben egy konkrét, szükséges mértékű állami intézkedésről beszélünk (SZM-formula), a szükségesség vonatkoztatási alapja megváltozik: azt nem magára az intézkedésre, hanem az *intézkedés mértékére vonatkoztatjuk*. Ez feltételezi, hogy a konkrét intézkedésnek vannak fokozatai, az felbontható elemekre, és nem kezelhető homogénként, differenciálatlan egységként. A fokozatok úgy alakulnak ki, hogy az intézkedés elemei vagy mérhetőek és sorrendbe állíthatóak, vagy nem mérhetőek, de kombinációik súlyozhatóak és ennek alapján ugyancsak sorrendbe állíthatóak. Például, amikor a felülvizsgálat fellebbezési illeték mértékére vonatkozott, egyszerűen mérhető fokozatai mutatkoztak az állami intézkedésnek.⁵¹ Ezzel szemben például az egészségügyi adattovábbítás szabályozásának (mint komplex állami szabályozásnak) az elemei, feltételei alapvetően kvalitatívak, így nem mérhetőek, de kombinációik szerint súlyozhatóak és így (kevésbé objektív módon) fokozatokba rendezhetőek.⁵² Természetesen lehetséges egy intézkedést úgy egységként,

homogénak kezelni, és szükségesnek elismerni, hogy közben annak más célra az egyes fokozatait megkülönböztetjük.⁵³

Egy-egy állami intézkedés tényleges vagy lehetséges elemeinek fokozatba rendezhetőségét meghagyom így, rövid utalásként. Ennek az az oka, hogy a joggyakorlat nyelve az intézkedés szükséges mértékét *nem csak egy adott intézkedés tényleges és lehetséges fokozatai közötti viszonyra, hanem egymástól teljesen eltérő, különálló, tényleges és lehetséges állami intézkedések viszonyára is használja*. Hogyan lehetséges ez? Az 52. sz. jegyzetben idézett 104/2007. (XII. 13.) AB határozatban tényleges állami intézkedésként a tárgyaláson rendezavarók őrizetbe vétele merült fel az igazságszolgáltatás rendjének fenntartása érdekében, míg lehetséges, alternatív állami intézkedésként (őrizetbe vétel helyett) a terhelt eltávolítása, illetve a hallgatóság kizárása. Lehet-e azt mondani, hogy az őrizetbe vétel *nem szükséges mértékű* (azaz *túlzott*) intézkedési lehetőség (tekintettel terhelt eltávolítására, a hallgatóság kizárására, mint alternatív intézkedésre)? Valószínű bárki fenntartás nélkül használná ebben az összefüggésben, hogy az egyik intézkedés a másikhoz való viszonyában *nem szükséges mértékű*.

Ezt azért tehetjük meg, mert két különálló, jellegében eltérő intézkedést is egymásra lehet vonatkoztatni és összemérni vagy súlyozni. Minek alapján történhet ez? Az alapjogok korlátozásánál két elvi lehetőség van: vagy az elismert cél elérése szempontjából lehet mérni, súlyozni (eszköz/cél-vizsgálat), vagy az intézkedések által megtestesített jogkorlátozás mértéke, súlyossága alapján (eszköz/jog-vizsgálat).

Kérdés tehát, hogy *a cél elérése szempontjából lehet-e összemérni és súlyozni két egymástól eltérő állami intézkedést* (eszköz/cél-vizsgálat). Elvileg ez lehetséges, amennyiben *magának a célnak vannak fokozatai*, pl. az egyik intézkedéssel nagyobb mértékben, teljesebben el lehet azt érni, mint a másikkal. Ugyancsak lehetséges, ha *a cél elérésének vannak fokozatai*, pl. az egyik intézkedéssel „jobban” (gyorsabban, ellenőrizhetőbben, gazdaságosabban, stb.) el lehet érni a célt, mint a másikkal, vagyis az egyik intézkedés hatékonyabb eszköz a cél eléréséhez, mint a másik. Az Alkotmánybíróság azonban láthatóan nem hajlandó azt vizsgálni, hogy az intézkedés mennyiben felel meg a célnak,⁵⁴ vagy az

51 29/2005. (VII. 14.) AB határozat (illetékek) ABH 2005, 316.

52 67/2011. (VIII. 31.) AB határozat (egészségügyi adattovábbítás) ABK 2011. július-augusztus, 735. Aligha képzelhető el olyan állami intézkedés, melynek lehetséges elemeit ne lehetne legalább elvileg fokozatokba rendezni. Például a tárgyalás rendjét megzavaró személy őrizetbe vétele, mint állami intézkedés tekintetében első pillantásra nehéz lenne fokozatokat megállapítani. Azonban az *őrizetbe vétel lehetséges feltételei már fokozatokba rendezhetők*, (szigorúbb vagy enyhébb feltételek meghatározásával), 104/2007. (XII. 13.) AB határozat (tárgyalási rendezavarás) ABH 2007, 880.

53 Így az Alkotmánybíróság pl. a 785/B/1991. AB határozatban a polgármesteri tisztség betöltése szempontjából összeférhetetlennek minősülő államigazgatási beosztások szabályozását alkotmányosnak ismerte el azzal, hogy ettől még a beosztások körének későbbi változása is alkotmányosnak minősülhet ABH 1991, 638, III. pont. Ez azt jelenti, hogy itt a szükséges intézkedés az összeférhetetlenség szabályozása, de ennek eltérő fokozatai egyaránt alkotmányosak lehetnek. Más határozatban, a választások előtt a közvélemény-kutatási felmérések nyolc napos nyilvánosságra hozatali tilalma nem szükségtelenül, de aránytalanul korlátozta a véleménynyilvánítás- és sajtó szabadságát, mert az intézkedés szükséges, de annak a jogalkotó által választott fokozata (nyolc nap) aránytalan, és egy másik, kevésbé terhes fokozata lesz arányos, 6/2007. (II. 27.) AB határozat (kampánycsend) ABH 2007, 135, III.2.2. pont.

54 43/1991. (kötelező gépjármű felelősségbiztosítás) ABH 1991, 201, III.g. pont; 343/B/1993. AB határozat (kötelező gépjármű felelősségbiztosítás) ABH 1995, 834, II. pont.

menyire hatékony a cél elérése szempontjából.⁵⁵ Ebben a felfogásban, viszont a cél kétértékű mércévé válik: az intézkedéssel vagy el lehet azt érni, vagy nem, és a cél elérése tükrében nincs lehetőség egyéb súlyozásra. *Ez az eszköz/cél-vizsgálat egyszerűsödéséhez vezet, míg áttevéődik a hangsúly az eszköz/jog-vizsgálatra.*⁵⁶

A jogkorlátozás szempontjából (eszköz/jog-vizsgálat) azért lehet jobban összemérni két egymástól eltérő állami intézkedést, mert a jogkorlátozásnak lehetnek különböző, vizsgálható fokozatai, tehát egy kellően differenciálható mércéről lehet beszélni, elmentve a cél elérésének mércéjével. Valójában az Alkotmánybíróság tipikusan vagy a korlátozás szükséges mértékéről vagy az alapjog korlátozhatóságának szükséges mértékéről szokott megnyilatkozni.⁵⁷ Így viszont ez döntően az eszköz/jog-tengelyen megjelenő arányossági kérdés lesz, mert *két vagy több intézkedés által megtestesített korlátozás nagyságának, súlyának egymáshoz való viszonyáról van szó.*⁵⁸ A szükségesség fogalmának használata ellenére, ebben az esetben nem lehet szó a hagyományos értelemben vett szükségességi feltétel vizsgálatáról, mely alapvetően az eszköz/cél-összefüggésre vonatkozik, és az intézkedésre magára utal, nem pedig az intézkedés mértékére.⁵⁹

Még rá kell mutatni egy összefüggésre, mely a szükségességnek az *intézkedés mértékére* vonatkoztatásából adódik. Amennyiben a szükséges intézkedés fogalmát vesszük, ez azt jelenti, hogy az intézkedés nélkülözhetetlen, mellőzhetetlen valami fennállásának vagy elérésének szempontjából. Az intézkedés mértékére alkalmazva, az intézkedés szükséges mértéke, annak mellőzhetetlen, nélkülözhetetlen mértékét jelenti. A mellőzhetetlenség vagy nélkülözhetetlenség arra utal,

hogy legalább ilyen mértékű korlátozás kell a cél eléréséhez („alulról zárt” korlátozás).

A kifejezés egyben a *még elfogadható*, „felülről zárt” korlátozást is jelöli, ugyanis az ennél nagyobb mértékű korlátozást megtestesítő intézkedés túlzott mértéke már nem nélkülözhetetlen vagy mellőzhetetlen (szükséges) a cél elérése szempontjából (mert van kisebb mértékű korlátozást jelentő, de a cél elérését lehetővé tevő intézkedés).⁶⁰ Ennek tudatában szemantikailag felesleges a „feltétlenül” módosítószó, amely a „feltétlenül szükséges mértékű” kifejezés különböző változataiban jelenik meg, egyrészt az Alaptörvény I. cikkében, illetve számos alkotmánybírói határozatban.⁶¹ Ez ugyanis egyszerűen arra utal, hogy a szükségesnél nagyobb mértékű korlátozás már nem elfogadható; de ugyanezt jelenti a „szükséges mértékű” kifejezés, önmagában is. (Mindennek alapján, az alulról-zártság ismérve az alkalmasság, a felülről-zártságnak viszont arányossági ismérve van.)

E ponton érdemes összefoglalóan nyomatékosítani, hogy *amikor az alapjogi teszt leírásaiban szükségességről van szó, ez korántsem kötődik mindig a szükségességi feltételhez és próbához.* Nézzük a lehetőségeket. (i) Egy intézkedés szükségessége a célhoz viszonyítva a valódi szükségességi feltétel. (ii) Amennyiben a *cél elérésének szükségességéről* van szó, ez a cél fontosságára utal, tehát az SSA-formulával jelölt arányosság egyik ágát jelenti. (iii) Amennyiben a szükségesség nem az intézkedésre, hanem az intézkedés mértékére vonatkozik, ez a magyar gyakorlatban az eszköz/jog vizsgálatban megjelenő arányossági elem lesz. (iv) Van a szükségességnek vegyes használata, melynek ugyancsak nincs köze a szükségességi feltételhez. (Pl. a korlátozás al-

55 Pl. 772/B/1990/5. AB határozat (társadalombiztosítás kötelező jellege) ABH 1991, 519, 7. pont; 66/2006. (XI. 29.) AB határozat (különadó és járulékok) ABH 2006, 725, III.2. pont. (Mindemellett az intézkedésnek hatékonyan kell lenni a cél eléréséhez, pl. a cél eléréséhez *hatékony mértékű korlátozásról* szól, 104/2007. (XII. 13.) AB határozat (rendzavaró őrizetbe vétele) ABH 2007, 880, III.3.1. pont.)

56 Az Egyesült Államok szövetségi alkotmányos gyakorlatában éppen az eszköz/cél-vizsgálat hangsúlyos, és a különböző tesztek nagy részét ennek eredménye mentén rendeződnek, l. *Lockhart, William B. et al.*: Constitutional Law: Cases, Comments, Questions. St. Paul, West Publishing, 1986. 1299.

57 11/1992. (III. 5.) AB határozat (büntető-jogsabályok alkotmányossága) ABH 1992, 77, IV.2. pont; 41/2007. (VI. 20.) AB határozat (diszkrimináció kriminalizálásának hiánya) ABH 2007, 551, III.3. pont. Megjegyzendő, hogy ilyen összefüggésekben, az alkotmánybírói határozatokban a „korlátozás” szó használata (pl. intézkedés, jogszabály, rendelkezés, stb. helyett) már eleve egy eszköz/jog-vizsgálat kereteibe helyezi a mondanivalót, ugyanis a korlátozást megtestesítő intézkedést nem önmagában, vagy a célra vonatkoztatva szemléli, hanem azt a jogra vonatkoztatja, hiszen a korlátozás szó az intézkedésnek a joghoz való viszonyára közvetlenül és kikerülhetetlenül utal.

58 Ezen a következtetésen nem változtat az sem, ha az Alkotmánybíróság (viszonylag ritkán) úgy fogalmaz, mintha eszköz/cél-vizsgálatról lenne szó, és a cél eléréséhez szükséges mértékről szól: pl. „a közélet tisztaságának védelme érdekében megállapított gazdasági összeférhetlenségi ok, közérdekű célt szolgál, a korlátozás mértékét tekintve nem lép túl a cél eléréséhez szükséges mértéken,” 658/B/1995. AB határozat (képviselő-testület feloszlása) ABH 1996, 531, II.6. pont. Az intézkedés súlyozásához a mércét a jogkorlátozás adja, a cél elérésére utalás ehhez képest csak alkalmassági feltétel, hasonló kitélre l. pl. 30/1997. (IV. 29.) AB határozat (képviselő jogállása) ABH 1997, 130, IV. pont (a szabályozás „e célok megvalósításához szükséges mértékben” korlátozza az alapjogot). Az SZM-formulánál egyes határozatok kifejezetten utalnak az alkalmasságra, mint háttérfeltételre, pl. 45/2005. (XII. 14.) AB határozat (nemzeti és etnikai kisebbségek) ABH 2005, 569, III.5. pont, vagy 35/2002. (VII. 19.) AB határozat (sportuliganizmus visszaszorítása) ABH 2002, 199, III.1.1. pont.

59 *Vörös I.* alkotmánybíróként nevezetes kisebbségi véleményében ugyancsak arányossági kérdésként kezeli, 56/1995. (IX.15.) AB határozat (gazdasági stabilizáció), ABH 1995, 260, (Vörös I. párh. ind. 2-3. pont), hasonlóan a Kommentár (*Gárdos-Orosz F.*) 424.

60 56/1995. (IX.15.) AB határozat (gazdasági stabilizáció), ABH 1995, 260, (Vörös I. párh. ind. 2-3. pont), ahol a szükséges mérték a „feltétlenül szükséges legkisebb mértéknek” illetőleg a „szükséges minimális mértéknek” felel meg, vagy éppenséggel máshol, a „lehető legkisebb” mértéket jelöli, l. 104/2007. (XII. 13.) AB határozat (rendzavaró őrizetbe vétele) ABH 2007, 880, III.3.1. pont.

61 Az arányossági teszt bevezetésére elsőként kísérletet tevő kisebbségi vélemény már használja ezt a kifejezést, 2/1990. (II. 18.) AB határozat (ajánlószevény) ABH 1990, 18, (Sólyom L.), l. még pl. 7/1991. (II. 28.) AB határozat ABH 1991, 22, III.2. pont; 80/2006. (XII. 20.) AB határozat (ingatlan-nyilvántartási határidő) ABH 2006, 892, III.4.1. pont. Hasonlóan a szükséges mérték felülről való zártságát igyekszik biztosítani – teljesen feleslegesen – több alkotmánybírói határozat, mely szerint a korlátozás csak „szükséges és elkerülhetetlen mértékben” történhet meg, l. pl. 1158/B/1990. AB határozat (összeférhetlenségi szabályok) ABH 1991, 547, II.2. pont; 575/B/1999. AB határozat (közjegyzők) ABH 2004, 1337, III.1. pont.

kotmányosságához „szükséges, hogy megfeleljen az arányosság követelményeinek”).⁶²

Mivel az intézkedés szükséges mértéke a fenti összefüggésekben valamiféle arányossági elemet képez, ezért meg kell nézni, hogy miképpen viszonyul a többi arányossági formulához.

VI.

Kettős arányossági követelmény az alapjogi testben

Az alapjogok korlátozásának értékelésénél legalább *három formulánk* van, amelyekben az arányossági elem jelentős szerepet kap: (i) szűkebben vett arányosság vizsgálata, ahol az elérni kívánt cél fontossága és az ennek érdekében okozott korlátozás súlyának megfelelő arányáról van szó (SSA-formula); (ii) az intézkedés szükséges mértékének vizsgálata (az SZM-formula); a (iii) az Alkotmánybíróság felfogásában a legenyhébb eszköz doktrína (LED-formula). Hogy viszonyulnak ezek egymáshoz? Ebből a szempontból jelentősnek tűnik a 80/2006. (XII. 20.) AB határozat indokolása.

Az Alkotmánybíróság itt a következőképpen azonosította az alapjog korlátozás arányossági feltételeit: egy korlátozás akkor arányos, ha (i) az elérni kívánt cél fontossága és az ennek érdekében okozott alapjog-sérelem súlya összhangban van egymással; (ii) a legenyhébb eszköz kiválasztása, (iii) a korlátozás a cél elérésére alkalmas. Ugyanakkor ezen arányossági feltételek előtt említette (és nem sorolta közéjük) azt, hogy a korlátozásnak „feltétlenül” szükséges mértékűnek kell lennie. (A teszt elvi szerkezetét a határozatban az SZM+[SSA+LED+ALC] formulák kombinációja adja).

Mindezzel két kifejezett probléma adódik. Az egyik, hogy a konkrét intézkedés vizsgálatakor (hároméves jogvesztő ingatlan-nyilvántartási határidő), a testület kifejtette, miszerint a rendelkezés *a szükségesnél nagyobb mértékben korlátozza az eredeti jogosultat alkotmányos alapjogának gyakorlásában, „vagyis a cél, az ingatlan-nyilvántartáshoz kapcsolódó jogbiztonság nem áll arányban azzal a jogsérellemmel, amelyet az eredeti jogosult szenved el”*.⁶³ Itt az SZM-formula („intézkedés szükséges mértéke”) az SSA-formula elemeként jelenik meg (később látjuk majd, hogy helytelenül), a korlátozás súlya és az elérendő cél (jogbiztonság) fontossága közötti arány egyik lábát jelenti, noha a teszt elvi alapvetésében külön, és nem az arányossági feltételek között szerepelt. A másik probléma, hogy

az alkalmasság nem arányossági kérdés, legfeljebb az arányosság vizsgálatának előfeltétele. Ráadásul a LED-formula már fogalmilag tartalmazza az alkalmassági vizsgálatot (ALC-formula), tehát harmadikként felesleges ezt külön arányossági feltételnek tekinteni. (Persze további kérdés, hogy a tesztből hová tűnt a szükségességi próba.) A példából látható, hogy a testület legalábbis ambivalens a szükséges mérték és a szűkebben vett arányosság (SSA-formula és az SZM-formula) viszonyának tekintetében, másrészt nem magyarázta, hogy viszonyul ezekhez a legenyhébb eszköz doktrínájához, mint (a harmadik) arányossági elem.

A határozat is alátámasztja, hogy a legenyhébb eszköz kiválasztásának kötelezettsége (LED-formula) az Alkotmánybíróság szerint arányossági kérdés, és – szemben az ideáltípussal – *nem* szükségességi probléma. A doktrína eleve feltételezi, hogy a jogalkalmazó legalább két intézkedéssel számot vessen (egy a vizsgált, tényleges, és legalább egy lehetséges intézkedés).⁶⁴ Ezen intézkedések a jogkorlátozás nagysága alapján mérhetőek vagy súlyozhatóak, sorrendbe állíthatóak, és ebből derülhet ki, melyik az „enyhébb”, tehát egy eszköz/jog vizsgálatról van szó (bár háttérfeltétel, hogy csak a cél elérésére alkalmas eszközök mérlegelhetőek így).

Ebből kiindulva a *legenyhébb eszköz doktrína részlegesen azonosítható a „szükséges mértékű intézkedés” formulával*, amikor két eltérő (a tényleges és legalább egy lehetséges) intézkedést egymásra vonatkoztatunk, összemérünk vagy súlyozunk a jogkorlátozás mértéke alapján. Mivel a „szükséges mérték” alulról és felülről is zárt, így a szükséges mértékű intézkedés egyben a számba vett eszközök közül, a cél elérésére alkalmas legenyhébb eszköz, intézkedés. Miért csak részlegesen azonosak? Nem szabad elfelejteni, hogy a legenyhébb eszköz *az eltérő intézkedések közötti arányra utal a jogkorlátozás mértéke alapján*, míg a szükséges mérték utalhat egyrészt eltérő intézkedések közötti arányra, de *utalhat másrészt egyazon intézkedés különböző fokozatai közötti arányra is*.

A szükséges mértékű intézkedés illetve a legenyhébb eszköz részleges azonosításából nem következik (bár itt is egy arányossági vizsgálat eredményéről van szó), hogy egy ilyen intézkedés arányosnak minősülne az SSA-formula alapján. Ennek az az oka, hogy kettős arányossági követelményről van szó. *A szükséges mértékű intézkedés illetve a legenyhébb eszköz azonosításánál a tényleges intézkedés és a lehetséges intézkedés vagy intézkedések közötti viszonyról van szó*, ahol az összemérés alapját képező mérce a jogkorlátozás nagysága. A szűkebben vett arányossági feltételnél (SSA-for-

62 12/2004. (IV. 7.) AB határozat (közérdekű adatok nyilvánossága) ABH 2004, 217, III.2. pont.

63 80/2006. (XII. 20.) AB határozat (ingatlan-nyilvántartási határidő) ABH 2006, 892, III.4.1. pont.

64 Nem vizsgálatról van szó, mert nem biztos, hogy pl. az Alkotmánybíróság megvizsgálja a lehetséges intézkedést. hallgatólagosan azonban számot kell vetnie vele, mert valamihez viszonyítva kell enyhébbnek lennie egy intézkedésnek.

mula) viszont a cél elérésére alkalmas intézkedés által megtestesített jogkorlátozás súlya és az elérendő cél fontossága közötti viszonyról van szó (ahol a mérce, mely ezt az összevetést lehetővé teszi, meghatározatlan marad).⁶⁵ Így elvileg elképzelhető (a gyakorlatban aligha), hogy a legenyhébb vagy a szükséges mértékű eszköz aránytalannak minősül, mert az általa szolgált cél fontossága még így sem arányos a jogkorlátozás súlyával.⁶⁶

A kettős arányossági követelmény egyszerűen a következőképpen foglalható össze: a vizsgált jogkorlátozó intézkedésnek van egyfajta viszonya más lehetséges, a cél elérésére ugyancsak alkalmas intézkedéssel, melynek vizsgálata alapján kiderül, hogy a vizsgált intézkedés a szükséges mértékű, legenyhébb intézkedés-e (SZM-formula, illetve a LED-formula). Másik lépésként a vizsgált, legenyhébb, szükséges mértékű eszköznek minősülő intézkedést, mint bizonyos súlyú jogkorlátozást, össze kell mérni az általa szolgált cél fontosságával (SSA-formula). E kettős arányossági követelményből fakadóan a vizsgált, alkotmányos korlátozásnak egyszerűen kell szükséges mértékűnek lennie (más, lehetséges intézkedéssel való viszonyában) és arányos mértékűnek lennie (az általa szolgált cél fontosságához viszonyítva).⁶⁷ Az „arányos mérték” kifejezés (AME-formula) tehát az SSA-formula eleme.⁶⁸ (A kettős arányossági követelmény tükrében az Alaptörvény I. cikk (3) bekezdése tehát nem egy szükségességi és egy arányossági próbát, hanem kettős arányossági követelményt tartalmaz [SZM + egyszerűsített SSA] formulákkal.)

Úgy látom, hogy a fenti két arányossági követelmény vizsgálatában nincs megadott sorrend, és az Alkotmánybíróság fel is cseréli.⁶⁹ A két arányossági követelmény egyszerűen történő vizsgálata viszont módszertanilag kifogás alá eshet. Miután az Alkotmánybíróság a rendőrségi törvény vizsgálata után megállapí-

totta, hogy a bűnelkövető túl sok (személyazonosító és kriminalisztikai) adatát lehetne a támadott szabályozás szerint széles körű nyilvánosságra hozni, arra következtetett, hogy a köznyugalom, közbiztonság megteremtéséhez, mint elérni kívánt alkotmányos célhoz képest a rendelkezés szükségtelen és aránytalan mértékű alapjog korlátozást jelent.⁷⁰ Kérdés, lehet-e egyszerre a fenti tényállási elem egyszerre szükségtelen mértékű és aránytalan mértékű. Természetesen igen, hiszen az intézkedés egy másik, (kevesebb adatot érintő) fokozatához képest ez lehet szükségtelen mértékű (SZM-formula), ugyanakkor a korlátozás lehet az elérendő cél fontosságához képest aránytalan mértékű (SSA-formula). De ennek nem lenne szabad kiderülni, mert amennyiben szükségtelen mértékűnek minősül, az arányos mérték kérdése irrelevánssá válik, és ez fordítva is igaz.

VII.

Az SSA-formula rejtélye: obscurum per obscurius?

A szűkebben vett arányosságnak (SSA-formula) többféle megfogalmazása létezik. Így a jogkorlátozás súlyának és az elérendő cél fontosságának tipikusan „arányosnak” kell lenniük, vagy meg kell felelniük „az arányosság követelményeinek”,⁷¹ más helyen „megfelelő arányban” kell állniuk,⁷² vagy éppen „összhangban” kell állniuk.⁷³ Tisztában kell azonban lenni azzal, hogy e kifejezések mögött alapvető nehézségek tornyosulnak. Ezek arra vezethetők vissza, hogy hiányoznak a mércék, melyek alapján az SSA-formula által előírt viszonyítás elvégezhető, így marad a szubjektív alapú súlyozás (mérlegelés). A gyakorlatban az SSA-vizsgálat technikailag úgy történik, hogy a testület

65 Vö. 1234/B/1995. AB határozat (elmeállapot vizsgálata) ABH 1999, 524, II.5. pontjával, ahol az Alkotmánybíróság külön feltételként kezelte a korlátozás szükséges mértékét, és annak céllal való arányosságát.

66 Megjegyzendő, hogy korai ügyekben az intézkedés szükséges mértékét és a szűkebben vett arányosságot azonosította az Alkotmánybíróság: pl. a vizsgált szabályozás „a gyermek alapvető jogainak biztosítása érdekében elkerülhetetlen, a korlátozás a feltétlenül szükséges mértéket nem haladja meg, tehát az az elérni kívánt alkotmányos céllal arányban áll.” 2299/B/1991. AB határozat (lakáshasználat) ABH 1992, 570, II.4. pont, hasonlóan 1097/B/1993. AB határozat (lakáshasználat) ABH 1996, 456, II.6. pont.

67 E kettős követelményre világosan utal pl. 12/2004. (IV. 7.) AB határozat (közérdekű adatok nyilvánossága) ABH 2004, 217, IV.3. pont („a közérdekű adatok megismerését szükséges és arányos mértékben korlátozza”).

68 Már az arányossági teszt őshatározata is arányos mértékre utal, 20/1990. (X. 4.) AB határozat (vagyon-nyilatkozat) ABH 1990, 69, IV. pont („a korlátozás csak olyan mértékű lehet, amely a korlátozással elérni kívánt céllal arányban áll”), l. még pl. 24/1992. (IV.21.) AB határozat (társadalmi szervezetek vagyonelszámoltatása) ABH 1992, 126, III.2. pont vagy 6/2007. (II. 27.) AB határozat (kampánycsend) ABH 2007, 135, III.2.2. pont. Az „arányos mód”, (AMO-formula) – ahogy számos alkotmánybírósági határozat használja – sem helytelen, de kevésbé pontos, mert az SSA-formula szerint az arányosság releváns ága a jogkorlátozás súlya, amely ha metaforikusan is, de mennyiségi, és nem minőségi jellegű.

69 Így a 6/2007. AB határozatban megállapította, hogy választások előtt a közvélemény-kutatási felmérések nyolc napos nyilvánosságra hozatali tilalma olyan mértékű korlátozása a véleménynyilvánítási- és sajtószabadságnak, amely nincs arányban a választások zavartalan lebonyolításának alkotmányosan elfogadható céljával (SSA-formula). Utána pedig arra tér ki, hogy a cél rövidebb időtartamú tilalommal is elérhető (vagyis az intézkedés kisebb korlátozást jelentő fokozata, a kampánycsend időszaka alatti tilalom, a szükséges mérték – SZM-formula), l. 6/2007. (II. 27.) AB határozat (kampánycsend) ABH 2007, 135, III.2.2. pont.

70 44/2004. (XI. 23.) AB határozat (rendőrségi törvény) ABH 2004, 618, III.1.1. pont.

71 30/1992. (V. 25.) AB határozat ABH 1992, 167, III.2.2. pont.

72 30/1992. (V. 25.) AB határozat ABH 1992, 167, III.2.2. pont; l. még pl. 386/B/2005. AB határozat (szervdonáció) ABK 2011 április, 344, V.1. pont.

73 20/1990. (X. 4.) AB határozat (vagyon-nyilatkozat) ABH 1990, 69, IV. pont, 17/2008. (III. 12.) AB határozat (életvédelmi létesítmények szabályai) ABH 2008, 197, III.2. pont.

részletesen megvizsgálja a jogkorlátozó szabályozást, rámutat annak sajátosságaira, egyes esetekben jellemzi a szabályozás célját, mindezekből pedig érveket kalapál annak alátámasztására, hogy a szabályozás arányos-e vagy sem.

A bizonytalanság három vonatkozását emelém ki. (i) A célvizsgálatban a cél fontossága nem mérhető, és sokszor az sem világos, mihez képest határozható meg (ez viszonyfogalom, hiszen valamihez képest lehet fontos a cél). A határozatokban a cél fontosságát a használt érvek mennyisége és minősége érzékelteti vagy próbálja körülírni.⁷⁴ (ii) Kérdéses, lehet-e valamennyire objektívabbá tenni vagy megfelelően racionalizálni a cél (meg nem határozható, csak érzékeltethető) fontosságának és a jogkorlátozás súlyának összevetését. (iii) E bizonytalanság után már szinte mellékes, hogy nem tudjuk az arányt sem, melynek teljesülése esetén fennáll az arányosság. Az, hogy az aránynak megfelelőnek kell lennie, vagy összhangot kell megtestesítenie, csak jellemzi az arányt, de nem határozza meg: a cél fontosságának meg kell-e haladnia a jogkorlátozás súlyát, vagy a kettőnek legalább egyensúlyban kell lennie? (De összhangnak, megfelelő aránynak az is elképzelhető, ha pl. a cél fontossága legalább kétszeresen vagy akár ötszörösen haladja meg a korlátozás súlyát, vagy éppen fordítva.) Mindenesetre az egyszerűsített SSA-formula („a korlátozás összhangban van-e az elérendő céllal”) így nem tűnik meghatározatlannabbnak, mint az, hogy a korlátozás súlya arányban van-e a cél fontosságával.⁷⁵

Mindez azt támasztja alá, hogy az SSA-formula (szemben az SZM- vagy LED-formulákkal) voltaképpen nem arányossági próbát takar, hanem egyszerű, jelentős mértékben szubjektív, csak részben racionalizálható mérlegelést, melyet nem rejthet el az, hogy az egyes tényezőknek mérhetőséget és ebből fakadóan arányosíthatóságot sugalló metaforákat tulajdonítunk (pl. hogy van „súly” a korlátozásnak).⁷⁶ Az SSA-formula csak jelzi a gondolkodás irányait, maga a döntés nem racionalizálható megfelelően, hiszen az ilyen jellegű mérlegeléseknél a döntés alapjai nagyrészt rejtve

maradnak, és a jó döntés garanciája legalább részben a döntés kollektív jellege marad.

A racionalizálási erőfeszítések eredményeként az alkotmánybírói gyakorlatban megmutatkoznak bizonyos középszintű ismérvek, melyek valamilyen iránymutatást adhatnak arra, mitől lesz arányos vagy aránytalan egy jogkorlátozás az SSA-vizsgálat keretében.⁷⁷ Részletes vizsgálat híján, itt csak emlétek néhány esetet: a korlátozás konkrét és jól körülhatárolható,⁷⁸ a korlátozás feltételeinek részletesen szabályozása,⁷⁹ a korlátozás behatárolt időtartama,⁸⁰ a korlátozás nem automatikus és feltétlen,⁸¹ kellően differenciált kötelezett kör,⁸² a korlátozással kapcsolatos döntési eljárások megfelelő garanciákkal ellátottak (pl. hatékony bírói jogorvoslat lehetősége).⁸³ Bár meglátásom szerint ezek nem mindegyike illeszthető megfelelően az SSA-formulához, az ezzel kapcsolatos érveim kifejtésére itt nincs lehetőség.

VIII.

Záró megállapítások

Az alkotmánybírói gyakorlatban érvényesülő általános alapjogi tesztről a fentiek alapján a következő általános megállapításokat teszem.

(i) Az alapjogi teszt a joggyakorlatban (és az elméletben) sokféle nyelvi és szerkezeti formában jelenik meg, nincs állandó szerkezete, egyes elemei egymást helyettesíthetik, vagy éppen elnyelhetik.

(ii) A teszt adekvát gyakorlati leírása az Alkotmánybíróság által alkalmazott formulák azonosítása és vizsgálata útján a legesélyesebb.

(iii) A teszt leírásához alkalmazott szavak és kifejezések sokféle jelentést kaphatnak, és kapnak is a határozatokban, mely nyelvi zavarokhoz vezet a teszt formájának azonosítása során.

(iv) Egyes formulák kizárják egymást, azaz nem lehet őket a teszt ugyanazon formájában alkalmazni.

74 A célvizsgálat sokszor egészen részletes a határozatokban. Például a nemzeti jelképek büntetőjogi védelme kapcsán a testület hosszan elemzi e jelképek jelentőségét, szerepét, l. 13/2000. (V. 12.) AB határozat (nemzeti jelkép megsértése) ABH 2000, 61, IV.2-4. pontok. Ennek ellenére, a cél elérésének fontossága szubjektív benyomás szintjén marad, hasonlóan pl. *Tóth Gábor Attila: Túl a szövegen.* Budapest, Osiris, 2009. 135. és 204. A jogkorlátozás viszont jobban súlyozható (esetenként mérhető) az intézkedés fokozatain, vagy több lehetséges intézkedés összevetésén keresztül.

75 Pl. 44/2004. (XI. 23.) AB határozat (rendőrségi törvény) ABH 2004, 618, III.1.1. pont.

76 A Kommentár (*Gárdos-Orosz F.*) is mérlegelésről, és ebből fakadóan egyensúlyról szól, 426. Az Egyesült Államok szövetségi alkotmányos gyakorlatában a mérlegelésről (*balancing*) l. *Murphy et al.*: i. m. 429–434.

77 Erre utal *Sólyom László: Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon.* Osiris, Budapest 2001. 400.

78 Pl. az arányosságra utal, ha az egészségügyi adattovábbítás szabályozásánál tiltják a betegséggel össze nem függő adatok továbbítását, 67/2011. (VIII. 31.) AB határozat (egészségügyi adattovábbítás) ABK 2011. július-augusztus, 735, III.2.1.1. pont.

79 Pl. előzetes letartóztatás esetében a szabályozás arányosságának feltétele, 26/1999. (IX. 8.) AB határozat (előzetes letartóztatás) ABH 1999, 265, II.2.2. pont.

80 Pl. a választások zavartalan lebonyolításának célját szolgáló, de a véleménynyilvánítás- és sajtószabadság korlátozását jelentő kampánycsend rövid időtartama a célhoz képest arányosnak minősül, 39/2002. (IX. 25.) AB határozat (kampánycsend) ABH 2002, 273, III.4. pont.

81 Pl. az arányosságra utal, ha az egészségügyi adattovábbításnál lehetősége van az érintettnek az adatok továbbítását megtiltani, 67/2011. (VIII. 31.) AB határozat (egészségügyi adattovábbítás) ABK 2011. július-augusztus, 735, III.2.1.1. pont.

82 Pl. 20/1992. (X. 4.) AB határozat (vagyon-nyilatkozat) ABH 1990, 69, IV. pont

83 Pl. előzetes letartóztatás esetében a szabályozás arányosságának feltétele 26/1999. (IX. 8.) AB határozat (előzetes letartóztatás) ABH 1999, 265, II.2.2. pont.

(v) Minden bizonytalanság ellenére a gyakorlatból az szűrhető ki, hogy az alapjogi teszt teljes formájához hozzátartozik egy erőteljes eszköz/cél-összefüggés (kényszer, szükségesség, elkerülhetetlenség), valamint kettős arányossági követelmény, melynek teljesülését eszköz/jog-vizsgálat és célvizsgálat tisztázhatja.

A fenti elemzésből kiindulva néhány megállapítást lehet tenni arról is, hogy az Alkotmánybíróság hogyan kezeli és alkalmazza az alapjogi tesztet.

Ahogy az előbbiekben kiemeltem, a határozatokban a teszt használatánál van egy elvi alapvetés, ahol az alkalmazandó formulákat sorolja fel a testület, majd következik a teszt kiválasztott formájának alkalmazása a vizsgált szabályozásra. Jelentős ellentmondásokat tartalmazhat egyes ügyekben a teszt *elvi* alapvetése, amikor a testület tipikusan felhív néhány korábbi határozatot, és azok alapján számos formulát felsorol a teszt elemeként, olyanokat is, melyek egymást átfedik, vagy éppen egymást fogalmilag kizárják.⁸⁴ Bár ehelyütt a formulákat elsősorban a teszt elvi alapvetései alapján vizsgáltam, és az külön vizsgálatot igényel, hogy a felhívott formulák alkalmazása mennyire következetes, az látható, hogy a teszt elvi alapvetése és

az egyes elemek alkalmazása az egyes ügyekben ugyancsak jelentős ellentmondásokkal lehet terhes.⁸⁵

Az Alkotmánybíróság nem feltétlenül akarja a tesztet minden alkalommal, teljes egészében, minden elemében alkalmazni (bármik legyenek is ezek az elemek).⁸⁶ Ennek teljesen elfogadható oka kereshető abban, hogy a testület csak alacsonyabb intenzitású, *nem túl mély felülvizsgálatot* tart helyesnek a vizsgált szabályozás tekintetében, a szabályozás tárgyára tekintettel nagyobb szabadságot biztosítva a jogalkotónak, (ugyanakkor az is elképzelhető, hogy nem kíván a vizsgált szabályozás tekintetében módszeresen végigmenni a teszt különböző lépésein). Amennyiben az Alkotmánybíróság mindig arra törekedne, hogy a tesztet teljes egészében alkalmazza, és az egyes lépéseken módszeresen végigmenjen, a vizsgálat akkor sem lehetne ugyanazon minta szerint. A formulák alkalmazhatóságát nagyban befolyásolja (sőt ez lényegében vízválasztó), hogy a támadott intézkedés az egyedül vizsgált intézkedés-e,⁸⁷ vagy a testület hajlandó más, lehetséges intézkedéseket is megfontolás alá venni, illetve az, hogy a vizsgált intézkedés esetleges fokozataival számot vet-e – különösen az arányossági próbáknál.

- 84 L. pl. a 6/2007. (II. 27.) AB határozat (kampánycsend) ABH 2007, 135, III.2.2. pontját, itt korábbi határozatok felhívásával a következő formulák jelennek meg sorrendben az átfedéseket és ellentmondásokat feledve: ELE/KON+SSA+MEN+SSA+LED+SSA(!).
- 85 L. 80/2006. (XII. 20.) AB határozat, ahol a szükséges mérték (SZM-formula) a teszt elvi alapvetésében nem arányossági elem, a teszt alkalmazása során viszont arányossági elemként alkalmazta az Alkotmánybíróság, (ABH 2006, 892, III.4.1. pont).
- 86 Pl. 45/2005. (XII. 14.) AB határozat (nemzeti és etnikai kisebbségek) ABH 2005, 569, III.5. pont, ahol az információs önrendelkezési jog korlátozásánál értékelésére a testület a (KON+LED) kombinációt alkalmazta, teljesen kihagyván pl. az SSA-formulát.
- 87 Ennek az is oka lehet, hogy a testület vagy nem lát más intézkedést az adott cél elérésére, vagy a jogalkotó diszkrecionális jogkörét érzékelve, nem hajlandó vizsgálni más intézkedést. Ez utóbbi ismét elvezet a felülvizsgálat intenzitásának kérdéséhez. Az alapjogok büntetőjogi eszközökkel történő korlátozásánál az Alkotmánybíróság általában hangsúlyozza az *ultima ratio* (egyetlen eszköz) követelményt (MEN-formula), és ennek tesztelésére vizsgálhatja az alternatív intézkedések lehetőségét is, pl. 13/2000. (V. 12.) AB határozat (nemzeti jelkép megsértése) ABH 2000, 61, IV.6.