

## ALKOTMÁNYOS ÉRTÉK-E A MELEGEK AUTONÓMIÁJA?

KÜLFÖLDI PÉLDÁK ÉS TAPASZTALATOK\*

2008 májusában Hearther Gerken (Yale Law School) és Kenji Yoshino (New York University School of Law, korábban szintén Yale Law School) arról folytattak pezsgő virtuális vitát, vajon az egyenlőség vagy a szabadság az alkalmasabb alapja a melegjogok védelmének az Egyesült Államok alkotmányos rendszerében.<sup>1</sup> Mivel az amerikai alkotmány szövege egy szóval sem említi a nemi identitást vagy a szexuális orientációt, a vita cseppet sem elméleti. A szabadság alapú érvelés az 5., illetve a 14. alkotmánykiegészítésben található tisztességes eljárás klauzula (*Due Process Clause*) szabadságfogalmának alkalmazására, míg az egyenlőség alapú érvelés a törvény előtti egyenlőséget kimondó 14. alkotmánykiegészítésre (*Equal Protection Clause*) hivatkozik. A felek nem a nagy elméleti konstrukciók gyakorlati alkalmazhatóságáról tépelődtek, hanem azt elemezték, hogy a joggyakorlat tükrében melyik megközelítés vezethet sikerre a melegjogokat érintő bírósági eljárásokban.

Yoshino<sup>2</sup> érvelését leegyszerűsítve a szabadság alapú megközelítés lehetőséget ad a bíróságoknak, hogy világos elvek mentén ítéelkezzenek, mivel az eljáró bíróságok nem kényszerülnek folyamatosan a társadalom különböző csoportjainak összehasonlítására. A szabadság alapú érvelés ugyanis kiküszöböli a diszkriminációs megközelítésben központi szerepet játszó „azonos helyzetben lévő csoport” azonosítása körül kialakult problémákat. A szóba jöhető homogén csoportok száma ugyanis szinte korlátlan, a közöttük történő választás tehát szükségszerűen önkényes. Yoshino szerint a csoportok védelmét szolgáló egyenlőség alapú érvelés helyét fokozatosan átveszi az átfogóbb (egyetemesebb) szabadság alapú megközelítés, mivel ez a bíróságok számára is elfogadhatóbb megoldás.

Gerken szerint<sup>3</sup> azonban, ha jól használják, a gyakorlatban a törvény előtti egyenlőség elve (avagy az antidiszkriminációs megközelítés) az említett gyenge pontok mellett is kiszámíthatóbb eredményeket hoz.<sup>4</sup> Az a bíróság, amelyik elvész a különböző csoportok összehasonlításában, nem biztos, hogy hajlandó lesz az egyes csoportokat épphogy megillető jogokat mindenkire egységesen (vagyis egyetemesen) kiterjeszteni. Gerken érvelésének legfontosabb pontja azonban mégis az a megállapítás, hogy a szabadság alapú érvelés a társadalomban általánosan elfogadott igények védelmére alkalmas igazán, és ez nem feltétlenül kedvez a melegek jogainak.

Gerkennek adott válaszában Yoshino megjegyzi,<sup>5</sup> hogy az egyenlőség alapú érveknek a szabadság narratívába fordításakor a bíróság nem tesz mást, mint felkarolja azokat a társadalmi csoportokat, amelyek nem képesek érdekeiket hatékonyan érvényesíteni a képviselői politikában.<sup>6</sup> (Míg a törvényhozó vagy a civilszervezetek megtehetik, hogy nem fedik fel álláspontjuk elvi igazolását, a bíróságok megbízatásuk természeténél fogva kénytelenek koherensen igazolni döntéseiket.) Yoshino szerint a szabadság alapú érvelés valójában az egyenlőség alapú megközelítés általánosabb kiterjesztése, amely ebben a megújult formában az emberi méltóság védelmét szolgálja.

Yoshino megoldása kétségkívül megfontolt és elegáns, különösen tetszetős a német Alkotmánybíróság alkotmányos joggyakorlatának és hagyományainak tisztelői körében. Arra, hogy a méltóság mint varázsszó vagy mint fogalmi keret nem feltétlenül visz közelebb egy sikeres jogvédelmi stratégiához, Libby Adler emlékeztetett körülbelül a fenti vitával egy időben egy jogi folyóirat hasábjain.<sup>7</sup> Írásának központi hipotézise szerint a méltóság alapú megközelítés nem pusztán az egyén önmagában való lété-

\* Írásunk a 2008 júniusában a budapesti Közép-európai Egyetemen megrendezett 16<sup>th</sup> *The Individual v. The State* elnevezésű konferenciára készült tanulmányunkon alapuló, erőteljesen átdolgozott és kiegészített magyar nyelvű változat. Ezúton is szeretnénk megköszönni a konferencia résztvevőinek a szöveg egy korábbi változatához fűzött megjegyzéseit. Külön köszönet illeti Farrah Ahmed doktoranduszhallgatót (Oxford University), aki sokat segített az örendelkezés filozófiai hátterének föltérképezésében. Az esetleges félreértésekért minden felelősség a szerzőket terheli. Az idegen nyelvű források ismeretetésénél saját fordításainkra támaszkodtunk.

nek egyetemes tiszteletét feltételezi, hanem magában hordoz egy feudális (arisztokratikus) elemet is, amely cseppet sem egyetemes, és végképp nem egalitárius. Épp ellenkezőleg: egy rejtett alá-fölé rendeltségi viszonyt hordoz. Adler kimutatja, hogy az alkotmányjogi gyakorlatban minduntalan azok a nemi aktusok nyernek védelmet (elnyerve ezáltal méltóságuk elismerését is), amelyek az adott jogrendszerben magasabb szinten elismert és támogatott emberi kapcsolatokhoz kötődnek. Bár a melegjogok védelme messze nem korlátozódik az egyes nemi aktusok dekriminálizálására, Adler megfigyelése legalábbis kijózanító a melegjogok védelme iránt érdeklődők számára.

Amint azt a fenti, amerikai példákra korlátozott rövid bevezető is jól példázza, a melegjogi igények bíróság előtti érvényesítése, ha másért nem, azért jelent kihívást a gyakorlatban, mert a legtöbb alkotmány szövege nem tartalmaz olyan fordulatot, amelyre ellentmondást nem tűrő magabiztossággal lehetne hivatkozni egy bíróság vagy alkotmánybíróság előtt folyó eljárásban a meleg jogainak védelmében. Ha a kifejezett rendelkezés hiánya önmagában nem okozna elég fejtörést (bár a Yoshino–Gerken-vita épp az ellenkezőjét látszik igazolni), a legtöbb alkotmányban található olyan rendelkezés, amely legalább közvetetten (de sok esetben közvetlenül) alkalmas az igények alaposságának megkérdőjelezésére. A család, illetve a házasság mint érték vagy intézmény alkotmányos védelme általában például tökéletes táptalajnak bizonyul az ellenérvek gyors fejlődéséhez.<sup>8</sup> Kifejezett alkotmányos rendelkezés hiányában a meleg jogainak védelmében jobb híján olyan érvek kerülnek tehát elő, amelyek képesek helyettesíteni a hiányzó alkotmányos rendelkezéseket, mintegy megelőzve vagy előfeltételezve a nem létező normaszöveg egyes fordulatait.

Az alkotmányszövegek eseti alkalmazását ilyen helyzetekben nemritkán befolyásolják az alkotmányok, a politikai közösségek vagy épp az állam működésére vonatkozó átfogó elméletek. Ezek az elméletek általában abból indulnak ki, hogy a politikai közösség tagjai, a kormányzottak, autonóm emberi lények. A szabadság, az emberi méltóság, az egyén integritása és identitása (összefoglalásul: autonómiája vagy önrendelkezése) olyan alapvető értékek, amelyek központi szerepet töltenek be az alkotmányosságról és az alapjogok védelméről való gondolkodásban. Az egyéni autonómia védelme minden magára valamit is adó állam alapvető feladata. A versengő elméletek elsősorban abban különböznek egymástól, hogy miként kívánják megvalósítani ezt a célt egyéb célok mellett (mint például egy igazságos társadalom működtetése). Az egyéni autonómia védelme azokban az elméletekben is kiemelt

szerepet játszik, amelyek egy heterogén, plurális társadalom megvalósításán fáradoznak.<sup>9</sup> És ez annak ellenére alakult így, hogy a sokféleség védelme általában a szabadság korlátozásával jár, és feltételezi a versengő (és esetlegesen erőszakos) autonómiaigények kibontakozását.

A hatalommegosztás, az emberi jogok védelme és a jogállamiság elvét hirdető alkotmányokat megszővegezők és alkalmazóik általában alkalmasnak vélik arra, hogy akár szélsőséges körülmények között is biztosítsák az egyéni autonómia védelmét. Függetlenül attól, hogy autonómián a szabadság vagy a méltóság fogalmát értik-e elsősorban az alaptörvények alkotói, az alkotmányos joggyakorlatban az egyéni autonómia még akkor is alapvető értéként tűnik fel, ha ezek a kifejezések kimaradtak az alkotmány szövegéből. Az autonómia, a méltóság vagy a szabadság mint alapvető érték előbb-utóbb előkerül a bírósághoz forduló felek beadványaiban, hogy aztán az eljáró bíróság ízlése szerint rendezhesse az abszolútumok ütközeteit.

A továbbiakban megkíséreljük nyomon követni a melegjogi ügyekben<sup>10</sup> fellelhető hivatkozásokat, amelyekben a bírák és a bíróságok az egyéni autonómia védelméről, az autonómia fogalmáról és hatáiról nyilatkoznak. Ezek a megnyilatkozások arról tanúskodnak, hogy bár az egyéni autonómia védelme mint ideál vagy elvi elképzelés valóban nagy népszerűségnek örvend, az alkotmányos joggyakorlatban ritkán lehet ehhez hasonlóan elismert ideálok nyomára bukkanni. A melegjogi döntések elemzése arra enged következtetni, hogy az autonómia iránti mély elvi elkötelezettség nehezen fordítható át gyakorlati eredményekre az alkotmányos igényérvényesítés során. A továbbiakban bemutatjuk, hogy az autonómia nyelvén megfogalmazott alapjogi igények általában sikertelenebbek, mint a klasszikus politikai jogi vagy diszkriminációellenes indítványok. A bírósági döntések elemzésével az is megállapítható, hogy az egyéni autonómia védelmére alapuló igények általában nem szolgálnak a társadalom sokféleségének védelmére vagy megőrzésére, mivel legtöbbször a társadalmi életvitel és életmód-preferenciák fősodrába eső elképzeléseket találják védelemre érdemesnek a bíróságok, míg a kisebbségeket érintő változtatlanul margóra szorulnak.

Ezek a felismerések elsősorban azért nyugtalanítóak, mert a vizsgált ügyekben az alkotmányos joggyakorlat egyértelműen megkérdőjelezi az elméleti alapvetést elvégző munkák központi feltételezéseit. A dolgozatban kísérletet teszünk azon tényezők feltárására, amelyek ezt a meglehetősen aggasztó feszültséget létrehozták, illetve folyamatosan újratermelik a meleg jogait érintő bírósági eljárás-

sokban. Szélesebb kontextusba helyezve reményeink szerint dolgozatunk megállapításai hozzájárulhatnak egy olyan autonómiafogalom kidolgozásához, amely az alkotmányos jogérvényesítési technikák és eljárások sajátosságaira figyelemmel közelíti a plurális társadalmak működésének értelmezéséhez és megértéséhez.

Mielőtt hozzáfognánk a bírósági döntések vizsgálatához, szükségét érezzük néhány óvatos bevezető megjegyzésnek. Elsőként azt említjük, hogy az egyéni autonómia nagy respektje ellenére az alkotmányok megszövegezői ritkán illették kifejezett külön rendelkezéssel. Az alapító atyák gyakran beérték a szabadság vagy a méltóság védelmével, anélkül, hogy az önrendelkezési jogról külön rendelkeztek volna. Az évek során aztán a bíróságok említésre méltó módon teret engedtek az autonómiaigényeknek. Szövegszintű megerősítés híján azonban az autonómiaigények gyakran másodlagosak (szubszidiáriusak) vagy épp másodrendűek, vagyis nem állnak meg önállóan, más alapjogra való hivatkozás nélkül. Mindezek következtében az autonómiaigények forrása számos alkotmányos rendelkezés lehet, illetve a bíróságok sokszor elsősorban diszkriminációs ügyekben tesznek olyan lényeges kijelentést a személyes autonómia határainról, amely meghatározza a későbbi alapjogi ügyek kimenetelét. Ezért – tekintettel a bírói gyakorlatra – vizsgálatunk nem szorítkozik egyes alkotmányos rendelkezések értelmezésének tárgyalására, ehelyett igyekeztünk az autonómiaigények kalandos útját követni országhatáron keresztül, függetlenül attól, hogy milyen alapon született döntés egy ügyben.

Másodszor szeretnénk emlékeztetni, hogy az alább vizsgált autonómiaigények – ellentétben az autonómiáról szóló elméleti eszmefuttatásokkal – mindig egy bizonyos jogérvényesítési rendszer sajátosságaira figyelemmel nyernek értelmet. A legtöbb esetben nem általános érvénnyel fogalmazzák meg őket, hanem egy bizonyos jogi megoldás alkotmányosságát megkérdőjelezendő, a politikai vita egy adott lélektani pillanatában, illetve az indítványozó életében felmerült bizonyos releváns tényezők együttállására figyelemmel. Ennek köszönhetően az eljáró bíróságok gyakran egy bonyolult élethelyzetnek csak egy kis szeletét látják, és egy összetett érvrendszernek csupán bizonyos érveit képesek befogadni és meghallgatni – figyelemmel a hatáskörük, a bírósági eljárás, a perképesség vagy épp a bizonyítás szabályaira. Melegjogi ügyekben is más az autonómiáról szóló bírósági okfejtés egy meglegházasságról szóló döntés absztrakt alkotmányértelmezése során, más az előzetes normakontroll eljárásban vagy az özvegyi nyugdíj megállapítására irányuló konkrét ügyben, még ugyanazon a

jogrendszeren belül is. Még inkább az, ha országról országra, alkotmányról alkotmányra cikázunk.

Részben ennek köszönhető, hogy a bírósági ítéletekben tetten érhető autonómiafogalmak kevésbé elvontak, mint a fentebb megismert megközelítések. Mindezek következtében előrelátható, hogy a bíróságok gyakran kerülnek olyan helyzetbe, ahonnan képesek lennének valós képet formálni az indítványozó életéről és választásairól. A részletek iránt elkötelezett bíróságok ezért nem az indítványozóról igyekeznek többet megtudni, hanem arra törekednek, hogy legújabb döntésüket a már kialakult joggyakorlat szélesebb kontextusába helyezték, és sokkal kevesebb energiát fordítanak annak kifejtésére, milyen következményekkel néz majd szembe az indítványozó a döntés nyomán.

Végezetül fontosnak tartjuk megjegyezni, hogy ezek az ítéletek a melegjogokról folytatott társadalmi és politikai eszmecsere lenyomatai. A bíróságokhoz benyújtott kereseti kérelmek olvashatók úgy is, mint az egyének kísérletei saját identitásuk határainak kijelölésére abban a társadalomban, amelyben élnek. Ideális esetben a társadalmi diskurzus résztvevői meghallgatják egymást, majd az elhangzottakra tekintettel alakítják saját pozícióikat és fogalmazzák újra autonómiaigényeiket. Ez reményeink szerint többet jelent, mint a másik (és a másság) pusztá elfogadását vagy elutasítását.

Talán ennyiből is érzékelhető, hogy az autonómiaigényeket dinamikusnak tekintjük. Az autonómiaigények nem örökre szóló, időn és téren kívüli fényképek az egyén identitásáról, hanem a politikai közösségben létezés feltételeinek és a közösséghez tartozás tényének pillanatnyi lenyomatai. Egy adott politikai és társadalmi pillanatban megfogalmazott autonómiaigény tehát csak az adott helyzetben, más versengő vagy párhuzamos autonómiaigényekre tekintettel értelmezhető. Durván fogalmazva: egyedülálló szülőnek, katolikusnak és melegnek lenni mást jelent a mai Lengyelországban, Egyiptomban vagy az Egyesült Államokban. Bár a jelen dolgozat keretei között képtelenség mindezeket a tényezőket teljes mértékben figyelembe venni, már a vizsgálat kezdetén illik tisztában lenni a vállalkozás korlátaival.<sup>11</sup>

## NÉHÁNY ALAPPROBLÉMA TERMINOLÓGIAI ÉS MÓDSZERTANI KÖNTÖSBEN

Az eszmetörténet az autonómia különböző fogalmit ismeri, és bár első látásra legalább a morális és a személyes autonómiára vonatkozó elméletek elkülöníthetőnek tűnnek, már rövid vizsgálódás után is ki-

tűnik, hogy a modern és a kortárs szerzők sem ragszkodnak az elméleti hagyományok által sugallt fogalmi és konceptuális határokhoz.<sup>12</sup> Szövegünkben nem különülnek el élesen a személyes és a politikai autonómiára vonatkozó elméletek, mivel – amint ezt saját elemzésünk is bizonyítja – ezek igen mélyen összefüggenek. Kis János például így fogalmaz: „A negatív szabadság körébe tartozó jogok az egyén racionális autonóm mivoltának elismerésén alapulnak, azon az ítéleten, hogy minden normális felnőtt ember képes önállóan mérlegelni, mi jó neki, és képes felmérni tetteinek következményeit. A negatív szabadság elve azt a morális követelményt tükrözi, hogy az embereknek ezt a képességét tiszteletben kell tartani, nincs rá legitim alap, hogy ne mint racionális életvezetésre képes lényekkel bánjanak velük.”<sup>13</sup>

Mivel dolgozatunk a bíróságok autonómiaértelmezésére koncentrál, elégségesnek tűnik, ha egy rövid áttekintést adunk az egyéni autonómia azon értelmezéseiről, amelyek hivatkozási alapként szolgálnak vagy különös befolyásra tettek szert a bíróságok alapjogi érvelésében. Autonómián azt az emberi képességet vagy adottságot értjük, amely lehetővé teszi, hogy az egyén a saját maga által választott elvek mentén élje életét, olyan elképzeléseknek és döntéseknek megfelelően, amelyeket a magáénak vall és amelyekkel külső kényszertől mentesen azonosul.<sup>14</sup> Bírósági döntések nyomdokain haladva ebben az írásban úgy használjuk az autonómia kifejezést, hogy fogalomhasználatunk lefedje mindazon igényeket, amelyek segítségével a meglegjogi alkotmányos ügyekben a kérelmezők valamilyen magánéleti vagy egyéb módon személyes döntést vagy választást kívánnak igazolni az alapjogok nyelvén. Vizsgálatunk tapasztalatai szerint az ilyen autentikus életvezetési döntéseket érintő kérdésekben az indítványozók általában – de nem kizárólagosan – a személyi szabadság, az emberi méltóság és az egyéni önrendelkezés fogalmi kereteire támaszkodnak (még olyan ügyekben is, ahol érvelésük döntően a törvény előtti egyenlőséget vagy a hátrányos megkülönböztetés tilalmát helyezi előtérbe). A kanti hagyományban az autonómiafogalom a kategorikus imperatívusszal szoros összefüggésben áll, erkölcs és szabadság együtt jár. A szabad akarat ebben a megközelítésben nem más, mint a kategorikus imperatívusz központjában álló egyetemes erkölcsi törvény elfogadása.<sup>15</sup> „Az akarat *autonómiája* az összes morális törvény és a nekik megfelelő kötelességek egyedi elve. [...] A morális törvény tehát semmi egyebet nem fejez ki, mint a tiszta gyakorlati ész, vagyis a szabadság *autonómiája*” (kiemelés az eredetiben).<sup>16</sup> Eszerint Kant az autonómiát kiemelt védelmet ér-

demlő értékeknek véli, ugyanis épp a fenti értelemben vett autonómia (mint személyiség, szabad akarat, illetve emberi értelem) teszi lehetővé, hogy az egyén a dolgok materiális rendjétől, a külső, társadalmi-erkölcsi elvárásoktól és saját érzéki vágyaitól és szükségleteitől megszabadulva az érzéki világ szintje fölé emelkedjék.<sup>17</sup>

„E szabadság kedvéért minden akaratot [...] az eszes lény autonómiájával való összhang feltétele korlátozza, ez azt jelenti, hogy az eszes lény csak olyan szándéknak vehető alá, amelyet a saját akaratából fakadó törvény tesz lehetővé. Sohasem használható pusztán eszközként, mindig célnak is kell tekinteni. Még az isteni akarral szemben is joggal támaszthatjuk ezt a feltételt, mikor a világban létező eszes lényekről van szó, *e lények ugyanis egyedül személyiségük okán tekinthetők önmaguknak való céloknak*” [kiemelés – S. O., U. R.).<sup>18</sup>

A kanti emberkép a joggyakorlat állítása szerint közel áll a német alaptörvény emberképéhez. A szövetségi Alkotmánybíróság gyakran támaszkodik arra a kanti formulára, mely szerint az egyént öncélként, és sosem pusztán eszközként kell tekinteni. Érdekes azonban, hogy a morális autonómia kanti fogalma a német alkotmányjogi gyakorlatnak az emberi méltóságra általában vonatkozó részében (a német alaptörvény 1. cikkének értelmezésekor) játszik fontos szerepet, és sokkal kevésbé hangsúlyos az általános személyiségi joggal kapcsolatos ügyekben (az alaptörvény 1. és 2. cikkének együttes alkalmazásakor), habár jogdogmatikailag az autonómiavédelem az utóbbi területre tartozik a német közjogi fel-fogásban.

A kanti megközelítés azért különösen fontos a jelen írás szempontjából, mert érzékelteti az autonómia (szabad akarat) és az erkölcsi igazolás összetett viszonyát, amikor különbséget tesz a kategorikus imperatívusz, a minden emberben benne rejlő morális képességek és a külvilágban létező erkölcsi normák között.<sup>19</sup> Ez a gondolatkísérlet annyiban tehát mindenképp figyelmet érdemel, amennyiben rávilágít, miért is mozgósíthatók mindenféle közkerkölcsi alapelvek nagyon is könnyen az autonómia nyelvén megfogalmazott szokatlan vagy népszerűtlen igények félresöpörése érdekében. A jó erkölcsre mint a helyes magatartás forrására és mércéjére történő hivatkozások különös figyelmet érdemelnek tehát, mivel könnyen elaltathatják a kanti hagyomány morszáin nevelkedett óvatlan szemlélő gyanakvását.<sup>20</sup>

A kanti hagyomány továbbá azért is megkerülhetetlen, mivel az egyenlő méltóság elvén nyugvó számos alapjogi és emberi jogi elmélet alapját képezi. A magyar olvasó számára különösen érdekes lehet Kis János alapvetése, aki kantiánus alapokról in-

dulva azt hangsúlyozza, hogy az egyenlő méltóság fogalmából következően minden egyén egyenrangú (egyenlő) résztvevője a morálról és a jóról folyó közbeszédnek. Ebben a megközelítésben a hangsúly az egyén morális képességeiről áttevődik az egyének között fennálló viszonyra, a jóról folytatott közös elmélkedésben történő részvétel (egyenlő) feltételeinek tisztázására.<sup>21</sup> Mint a későbbiekben láthatjuk, ezen a ponton kapcsolhatók össze talán a legkönnyebben a kanti hagyomány és az angolszász utilitarista-liberális szabadságelméletek folyamányai a jelen vizsgálat fogalmi kereteinek tisztázásakor.

Míg a német közjogi hagyomány közismerten a kantianus méltóságfogalom sarokpontjaira épít, az angolszász világban John Stuart Mill (polgári vagy társadalmi) szabadságfogalma<sup>22</sup> tekinthető a legkézenfekvőbb kiindulópontnak azon szerzők és bíróságok megnyilvánulásainak vizsgálata során, akik az egyéni autonómia fogalmával operálnak. Mill szerint a szabadság nem más, mint az állami (kormányzati) beavatkozástól való mentesség. Ezt a szabadságfogalmat, mint jól ismert, Isaiah Berlin finomította tovább *A szabadság két fogalma* című előadásában, kiemelve, hogy az „állami beavatkozástól való mentesség valójában negatív szabadság”.<sup>23</sup> Berlin szavaival: „Akármilyen legyen is az az elv, amely szerint meghúzzák a beavatkozás határát, származzék ez az elv akár a természeti törvényekből, akár a természetjogból, a hasznosságból, a kategorikus imperatívusz kinyilatkoztatásaiból, a társadalmi szerződés sérthetlenségéből, vagy bármilyen más olyan felfogásból, amellyel az emberek meggyőződéseiket tisztázzák és igazolni próbálják, a szabadság ebben az értelemben a *valamitől* való szabadságot jelenti, vagyis a változó, de mindig felismerhető határok áthágásának hiányát” (kiemelés az eredetiben).<sup>24</sup>

A szabadság ebben a megközelítésben messze nem jelent korlátoktól mentes cselekvési vagy önmegvalósítási lehetőséget. A negatív szabadság lehatárolása Berlin számára szükségszerűen magában foglalta, hogy határt kell vonni a magánélet és a közhatalom területe között. Berlin szerint az „persze vita – sőt alkudozás – tárgya lehet, hol húzandó meg ez a határ”.<sup>25</sup> És valóban, a köz- és magánügyek elválasztásának problémája bújjik meg minden autonómiaigény mögött.

A jelen írás szempontjából különösen fontos, hogy Mill szerint a szabadság korlátozásának igazolása bensőséges viszonyban áll a mások érdekeinek okozott sérelemmel. A kárelv alapján az állam annyiban korlátozhatja az egyén szabadságát, amennyiben ezzel másokat jog- vagy érdeksérelemektől kímél meg.<sup>26</sup> Annak ellenére, hogy ezt az érvelést komoly kritikák érték, a mások érdekeinek védel-

me az alapjogi ügyekben eljáró bíróságok körében igen népszerű igazolása az autonómia korlátozásának. Gyakorlati példák tanúsága szerint a bíróságokat meglehetősen könnyű rávenni, hogy hosszan és részletekbe menően elemezzék valamely autonómiaigény alapját képező szokatlan vagy épp széles körben megvetett magatartás esetlegesen végzetes társadalmi következményeit.<sup>27</sup> A bíróságok általában a szokásos alapjogi korlátozási tesztek alkalmazása során tévednek erre a területre, hiszen alapjogi ügyekben a bíróságok feladata, hogy megállapítsák, vajon a sérelmezett állami jogkorlátozó aktus alkotmányosan méltánylandó célt szolgál-e. A másoknak (vagy a közjónak) okozott sérelem elhárítása az egyik leggyakoribb igazolás az alapjogok korlátozására az állam szótárában.

Bár a Mill-féle negatív szabadság fogalma fontos elméleti és gyakorlati következményekkel jár az állammal támasztott elvárásokkal illetően,<sup>28</sup> a legtöbb autonómiaelmélet ennél gazdagabb, a Berlin-féle „pozitív szabadság” fogalmához hasonló definícióval operál.<sup>29</sup> Jeremy Waldron szerint még ahhoz is a „pozitív szabadság” fogalomára van szükség, hogy a szabadság korlátairól értelmesen beszélhessünk.<sup>30</sup> Anélkül, hogy e tekintetben további elemzésbe fognánk, fontos visszatérni Millhez, aki egy fontos megjegyzést tesz az autonómiaigények egyik lényeges vonásáról *A szabadságról* című művének harmadik fejezetében. A megállapítás annál is fontosabb, mivel a negatív szabadságként megfogalmazott igények egyik lényegi pontjára mutat rá, és így megkerülhetetlen a fogalmi minimalizmust alkalmazó szerzők számára is. Mill szerint ugyanis „[h]a úgy éreznék, hogy az egyéniség szabad fejlődése a jólét egyik leglényegesebb tényezője, hogy nem pusztán a civilizáció, nevelés, oktatás szavakkal jelzett elemek mellé rendelt valami, hanem *mind ezek nélkülözhetetlen része és előfeltétele*, akkor nem állna fönn az a veszély, hogy alábecsülik a szabadságot, s a szabadság és a társadalmi ellenőrzés közti határ megvonása nem ütköznék különös nehézségekbe” (kiemelés – S. O., U. R.).<sup>31</sup>

Ez az idézet nemcsak azt illusztrálja, hogy az egyéni autonómia (az „egyéniesség szabad fejlődése”) központi szerepet kap Mill szabadságfogalmában, hanem azt is jól példázza, milyen nehéz elválasztani a szabadságra és identitásra vonatkozó érveket az autonómiát érintő megállapításoktól egy olyan gondolatmenetben, amelyben az egyén fejlődése a kiindulópont és a végső cél.

Kwame Anthony Appiah az *Identitás etikája* című könyvében így értelmezi az előbbi Mill-idézetet: „Az egyéniség (»individuality«) nem annyira egy elérendő állapot, mint inkább egy követésre érdemes

életforma. Mill szerint fontos, hogy az ember maga válassza meg élettervét, és a szabadság – legalábbis részben – abban áll, hogy biztosítja a feltételeket az elfogadható lehetőségek között történő választáshoz. Az egyén azonban ne azért válasszon egy bizonyos élettervet, mert az tűnik a legbölcsebbnek, az egyén igazából gyengén is választhat. Egyszerűen: az életterv szempontjából leginkább az számít [...] hogy az válassza, aki azt az életet éli [...]. Az autonómiára való képesség kifejlesztése az emberi jóléthez szükséges, ezért nem is az számít, mit választanak az egyének, hanem hogy »milyenek azok az emberek, akik választanak«. Ezért Millnél az »egyéni-ség« fogalma egyaránt jelöli az egyéni döntéshozatal előfeltételét és eredményét.<sup>32</sup>

Amint Appiah is kiemeli, a Mill-féle megközelítésben az autonómiaigény értékelésekor nem az számít, hogy az a legjobb erkölcsi vagy gyakorlati választást tükrözze, hanem hogy az egyén *saját választásán* alapuló életvezetési döntést jelenítsen meg. Amikor tehát a döntéshozó az autonómiaigények között azok céljára figyelemmel válogat, könnyen abba a hibába eshet, hogy elkerüli figyelmét az egyes autonómiaigények lényege, vagyis hogy a kérelmező azért áll ki egy bizonyos megoldás mellett, mert azt ő (és nem más) választotta.

Ebből persze nem az következik, hogy az autonómia alapú igények visszautasítása a tartalmukra vagy következményeikre figyelemmel önmagában elfogadhatatlan. E tekintetben célszerű észben tartani, hogy a liberális alkotmányelméletek egy olyan állameszményt tartanak kívánatosnak, amelyben az állam (a kormányzat) semleges a jóról alkotott észszerű felfogásokat illetően, és nem dönti el polgárai helyett, milyen a „jó élet” a gyakorlatban.<sup>33</sup> A semleges állam nem köteles tehát minden egyéni életvezetési elképzelést fenntartások nélkül elfogadni és támogatni. Annyi azonban világos, hogy egyes egyéni választások vagy preferenciák kizárása önmagában nem igazolható az állam számára mégoly kedves érték- és erkölcsi ítéletek mentén – különben elporlad az állam semlegessége.<sup>34</sup> Amikor az alapjogi ügyekben eljáró bíróságok félreteszik az alkotmány etalonját és saját értékválasztásaikat teszik mércévé, akkor sem történik ez másképp. Amit az állam nem tehet meg, azt nem teheti meg az állam törvényhozása vagy végrehajtó hatalma – és éppígy nem tehetik meg bíróságai és alkotmánybírói sem.

Az állam semlegessége önmagában is zavaros fogalom. A vezető liberális szerzők között messze nincs egyetértés abban, hogy az állam köteles lenne tartózkodni mindenféle véleménynyilvánításról a jó életet illetően. Két alapvető megfontolás azonban így is kirajzolódni látszik és megfontolásra érdemes

a jelen vizsgálat szempontjából. Egyrészt érdemes felidézni: az állami semlegességről, illetve az állami értékpreferenciákról megnyilvánuló szerzők közül abban a legtöbben egyetértenek, hogy az állami semlegesség ideálja az állam és egyház elválasztásának követelményére vezethető vissza. A vallási és világnézeti ügyekből kivonuló állam képe a felvilágosodás óta eleme az állam és egyén viszonyairól szóló elképzeléseknek. Legalábbis rosszul mutat, ha egy modern szekuláris állam értékpreferenciáinak egyértelmű és legfőbb igazolása egyházi vagy vallási tanításokban gyökerezik, még akkor, ha az adott állam vezényelők történelmében komoly szerepet játszott valamely vallás vagy egyház. A jelen dolgozat kereteit messze meghaladná, ha akár nagy vonalakban felidézni az általános pihenőnap és a vasárnap mint az úrnapja közötti mély kapcsolatról szóló közjogi vitát. Utalnánk viszont arra, hogy a házasság és a család vallási töltetű meghatározásával azonosuló állammal nem csupán az a probléma, hogy nem semleges, hanem legfőképpen az, hogy nem szekuláris – a demokratikus alkotmányosság köntöse egy felvilágosodás előtti szuverén testét takarja.

Másrészt fontos kiemelni, hogy az államnak a jóra és a jó életre vonatkozó preferenciái természetesen kihatnak az egyéni autonómia tartalmára és terjedelmére. Az az állam, amelyik a jóról alkotott ítéletek mentén szelektál polgárai között, jó eséllyel nem kezeli az embereket egyenlő méltóságú személyként. Az már ízlés és intellektuális elkötelezettségek kérdése, hogy e tekintetben az angolszász liberális-utilitarista gondolatvilág vagy a kanti hagyomány motívumai mentén dolgozzuk-e ki a kényszerítő erővel kikívánckozó ellenvetés további elemeit. Ebben a megvilágításban továbbá az is jól látható, hogy juthatott a bevezetésben idézett Kenji Yoshino arra a következtetésre, hogy a jól konstruált szabadságigények magukba olvasztják az egyenlőség alapú érvelést, a méltóságvédelem szintjére emelve a problémát.

Ha valakinek a magyar alkotmánybírói gyakorlatból rémlik az egyenlő méltóságú személyként kezelés elve, akkor nem csak azt érdemes felidéznie, hogy az egyenlő méltóságú személyként kezelés alkotmányos követelménye a nem alapjogok közötti megkülönböztetés esetén a magyar Alkotmánybírói Szövetség szerint alacsonyabb mércét állít az alapjogok sérelménél alkalmazott szükségesség-arányosság teszténél. Érdemes azt is észben tartani, hogy az „észszerű indok” igazolásának megkövetelése épp a jogalanyok közötti önkényes különbségtételt kívánja kizárni. Szimpatikus és kevésbé szimpatikus életviteliek között válogatva minden bíróságnak különö-

sen óvatosan kell cselekednie, ha az önkényességnek még a látszatát is el kívánja kerülni.

Ebben az írásban nem törekszünk átfogó egyéni-autonómia- vagy önrendelkezés-elmélet kidolgozására. Pusztán arra kívánunk reflektálni, hogy a meleg jogait érintő bírói döntések elvi megalapozása hogyan viszonyul az elméleti munkákban megjelenő autonómiafogalmakhoz. A munka során mindvégig igyekszünk feltárni a bíróságok által melegjogi ügyekben használt autonómiafogalom tartalmát és korlátait; megvizsgáljuk, törekednek-e a bíróságok valamely átfogó elméleti modellt vagy keret kialakítására melegjogi döntéseikben, illetve mitől függ, hogy a bíróság helyt ad-e egy bizonyos autonómia-érvnek, és végezetül kíváncsian szemléljük, mi a viszony az autonómiáról szóló filozófiai elméletek és az alkotmányos esetjog között.

A vizsgálat céljaira számos más kontextus tökéletesen megfelelt volna.<sup>35</sup> A melegjogi ügyek azonban különlegesek, mivel a bírósági döntések mögött csendesen meghúzódó élethelyzetekben többszörösen is összefonódnak az autonómia, az identitás és a méltóság szavakkal leírt szálak és változók. Az egyének elképzelései a megéleendő és megélhető jóról számos igencsak eltérő élethelyzetben kerülhetnek szembe az állam preferenciáival. Olvasatunkban a melegjogi ügyek nemcsak a nemi aktusok vagy az élettársi kapcsolatok legalizálására vonatkozó döntéseket jelölik, hanem minden olyan élethelyzetet, amelyben az állam szabályozási tevékenysége vagy a döntéshozók mérlegelése szempontjából – függetlenül ez érintett kívánságától – relevánssá válik az érintett személyek homoszexualitása (nemi identitása vagy szexuális irányultsága), legyen szó házastársi nyugdíjról vagy a gyermekfelügyeleti jog gyakorlásáról.

Előrebocsátjuk, hogy amikor a fentiekben az autonómiafogalom szempontjából különösen lényeges „saját választás” jelentőségét hangsúlyoztuk, semmilyen módon sem kívántuk azt állítani vagy sugallni, hogy a homoszexualitás választás kérdése. Vizsgálatunk abból indul ki, hogy a meleg identitás megélése és felvállalása egyéni döntések kérdése (lehet),<sup>36</sup> olyan döntéseké, amelyeket az állami szabályozás léte vagy hiánya, valamint tartalma alapvetően befolyásol, rövid és hosszú távon egyaránt. Ebben a dolgozatban elsősorban azt vizsgáljuk, mennyire érzékenyek a fenti megfontolásokra és problémákra az alapjogi ügyekben eljáró bíróságok. Connecticut állam Legfelső Bírósága a 2008 októberében eldöntött, az azonos neműek házasságát tiltó törvény tagállami alkotmányba ütközését kimondó Kerrigan-ügyben a következőkből indult ki. „Mivel a nemi orientáció a személyiség alapvető alkotóele-

me, még akkor, ha van is arra némi lehetőség, hogy az egyén megváltoztassa nemi preferenciáit, az teljes mértékben elfogadhatatlan lenne, ha az állam bárkitől ilyet követelne.”<sup>37</sup>

## AUTONÓMIAIGÉNYEK – JOBB SZÓ HÍJÁN

Amint azt az eddigi rövid és korántsem teljes áttekintés sejtetni engedti, az erőteljes felütés ellenére az autonómiaigények meglehetősen kiszolgáltatottak az államműködés szűrke mindennapjaiban. Nem elég, hogy gyakran be kell érniük az alapvető elméleti háttérmegefontolás megtisztelő, ám a gyakorlatban könnyen feledésbe merülő szerepével. Az autonómiaérvek természetüknél fogva általában nem valami magasabb rendű, egyetemes jó nevében tűnnek fel a színen, hanem az egyén személyes élettervének egyes elemeire vonatkoznak. Külön vizsgálat nélkül is érzékelhető, miért nehéz alapjogi ügyekben az ilyen típusú autonómiaérveket meggyőzően előadni. Annak ellenére, hogy az alkotmányszövegek szerzői alapvető jelentőségűnek tekintik az egyéni autonómia védelmét, az autonómia fogalmát elég ritkán írják bele a normaszövegbe. Ebből következően az autonómiaigények – kifejezett alkotmányos rendelkezés hiányában – könnyen holmi esetleges, önkényes vagy különc próbálkozásnak tűnnek a jól megszokott szabadságjogi igények között. Minél inkább kívül esik egy élethelyzet a tipikus alapjogi ügyek körén, annál rosszabb eséllyel indul a kérelmező az autonómiaigény elismeréséért folyó bírósági küzdelemben.

A német szövetségi Alkotmánybíróság a német alaptörvény 2. § (1) bekezdésébe foglalt személyiség szabad kibontakoztatásához való jog szubszidiárius alkalmazásával különlegesen erős védelmet nyújt az egyéni autonómiának. A joggyakorlat a személyiség szabad kibontakoztatásához való jog két aspektusát különbözteti meg: egyrészt az általános cselekvési szabadságot, másrészt az úgynevezett általános személyiségi jogot. A cselekvési szabadság a tevékenységekre, illetve magatartásformákra vonatkozik, míg a személyiségi jog az egyéniség (személyiség) egyes megnyilvánulásaira.<sup>38</sup> Mind a cselekvési szabadság, mind a személyiség (létezés) védelmének köre korlátlan, így az alapjog funkciója a joggyakorlatban nem más, mint mindazon alapjogok védelme, amelyeket az alaptörvény szövege kifejezetten nem nevesít (*Auffangfunktion*). A személyiség szabad kibontakoztatásához való jog szubszidiárius természeténél fogva azonban viszonylag gyenge védelmet nyújt, mivel a 2. § (1) bekezdésén keresztül elismert

igényeket korlátozhatja minden olyan norma, amely egyébként alkotmányos (*verfassungsmässige Ordnung*) Ebben az értelemben az általános cselekvési szabadság védelmi köre sokban hasonlít az angolszász jogrendszerekben használt szabadságfogalomra.

A német alkotmányjogi gyakorlatban az egyéni autonómia védelmi körébe eső ügyek nem a cselekvési szabadság, hanem az általános személyiségvédelem területén kerülnek felszínre, elsősorban az önrendelkezés körében. Az önrendelkezés azonban csalóka fogalom, mivel a német gyakorlatban nem kifejezett életvezetési választások formájában jelenik meg, hanem sokkal inkább mint a nem kívánt állami beavatkozás gátja. A német alkotmányjogi gyakorlatban az autonómia mint önálló érték elsősorban tulajdonvédelmi és (mint információs önrendelkezés) adatvédelmi ügyekben tűnik fel, illetve – jóval kisebb mértékben – mint az egyén saját testével történő rendelkezésének alapja (*Sterbehilfe*). Más szavakkal: a német Alkotmánybíróság joggyakorlatában az egyéni autonómia védelme címén elsősorban az egyéni döntések meghozatalához szükséges ontológiai előfeltételeket védi, és nem magát az egyéni döntést vagy annak eredményét. Az egyén döntésének eredménye a gyakorlatban sokszor háttérbe szorul más érdekek (például a közérdek) érvényesülése érdekében.

A szabadságfogalommal vont párhuzam több mint véletlen egybeesés. Bár az Egyesült Államok alkotmányának 9. kiegészítése tűnik az íratlan alapjogok védelmében felhívható legalkalmasabb rendelkezésnek, a gyakorlatban mégis a bevezetőben már idézett 5. és 14. kiegészítésben szereplő „szabadság” szó hat különös büverővel a bírákra olyan ügyekben, amelyekben a felek az alkotmány szövegében nem említett alapjogi igényeket támasztanak.<sup>39</sup> A leghíresebb döntés az alkotmányos szabadság tartalmáról talán a terhességmegszakításról való döntések korlátait felvázoló *Roe v. Wade* ügy,<sup>40</sup> míg a jelen elemzés szempontjából leglényegesebb ítélet talán épp a nemi élet szabadságára vonatkozó *Lawrence v. Texas*<sup>41</sup> döntés. Ez utóbbi ügyben a Legfelső Bíróság Kennedy bíró vezette többsége megállapította, hogy az alkotmányban rögzített szabadságfogalom kiterjed a kölcsönösen beleegyezést adó homoszexuális felnőttek által magánterületen folytatott nemi aktusra.

A *Lawrence*-döntés azért is volt érdekes, mivel nem egészen két évtizeddel korábban a Legfelső Bíróság egy nagyon hasonló (de nem azonos) tényállású ügyben ellentétes kimenetelű döntést hozott. A *Bowers v. Hardwick*<sup>42</sup> ügyben az alkotmányossági vizsgálat központjában Georgia állam azon rendelkezése állt, amely büntetni rendelte a fajtalanóság minden formáját, tekintet nélkül az elkövetők nemé-

re. A White bíró vezette többség számára az ügyben felmerült alkotmányossági kérdés az volt, védi-e az alkotmány a fajtalanáshoz való alapvető jogot, pontosabban van-e alkotmányos alapjoga a melegeknek a beleegyezésen alapuló fajtalanáshoz.<sup>43</sup>

Mint minden olyan ügyben, ahol az alkotmány szabadságfogalmára hivatkoznak a peres felek egy újabb íratlan alapjog védelme érdekében, a Legfelső Bíróság a *Bowers*-ügyben is azt vizsgálta, hogy a kereseti kérelemben megfogalmazott jog (számukra: a meleg fajtalanáshoz való alapvető alkotmányos joga) vajon „mélyen gyökerezik-e a nemzet történelmében és hagyományaiban”. Hangsúlyozandó, hogy a Legfelső Bíróság nemcsak melegjogi ügyekben alkalmazza ezt a tesztet, hanem minden olyan ügyben, ahol a keresetet az alkotmányos szabadságfogalom mindaddig ismeretlen megfogalmazására alapítják.<sup>44</sup> Maga a megfogalmazás egyébként Harlan bírónak a *Poe v. Ullman*<sup>45</sup> ügyben írt különvéleményéből származik, amelyet továbbgondolt a *Griswold v. Connecticut* döntéshez fűzött párhuzamos indokolásában. Ez utóbbi véleményben Harlan bíró kifejtette, hogy a fogamzásgátlókhöz való hozzáférést tiltó jogszabály alkotmányossága valóban a „rendezett szabadság” (*ordered liberty*) fogalmát és rejtett tartalmát érintő kérdés.<sup>46</sup> „A kérdésre adott választ úgy kell meghatározni, hogy az figyelemmel legyen a történelmi tanítások következetes tiszteletére, biztos elismerést nyújtson a társadalom alapértékeinek, és bölcsen adózzon annak a nagyszerű szerepnek, amelyet a föderalizmus és a hatalmi ágak elválasztása játszik az amerikai szabadságok elismerésében és megőrzésében.”<sup>47</sup> Harlan bíró bízott abban, hogy a fenti elvek mentén a bírák tartózkodni fognak attól, hogy az alapvető jogok védelme helyett saját értékválasztásaikat hangoztassák, és megóvja majd a bíróságot annak veszélyétől is, hogy téves illúziók védelmében szükségtelenül korlátozza az alapvető jogokat.<sup>48</sup>

A *Bowers*-ügyben, amely White bíró keze nyomán a fajtalanáshoz való alapjog védelméről szóló döntéssé avanzsált, a fenti teszt alkalmazásával a többségnek nem esett nehezére arra a következtetésre jutni, hogy ilyen alapjogot nem biztosít az Egyesült Államok alkotmánya. Ehhez elég volt áttekinteni a meleg közöti fajtalanágot tiltó törvények hosszú sorát. A többségi vélemény ezt követően áttért annak vizsgálatára, vajon helyesen járt-e el az állam szabályozó jogkörében (ügynevezett *police powers*), amikor a fajtalanágot bűncselekménnyé nyilvánította. Az ilyenkor szokásos eljárás szerint a többség először azt vizsgálta, az állam legitim szabályozási célt kívánt-e megvalósítani, illetve hogy az állam által választott szabályozási megoldás ész-

szerűen kötődik-e az állam által megnevezett szabályozási célhoz. A fajtalanságot tiltó törvény könnyedén átment az alkotmányossági vizsgálaton. A döntés méltó lezárásaképp a többség még megjegyezte, hogy a „legtöbb jogszabály erkölcsi ítéleteken alapul, és ha a [szabadság nevében] minden erkölcsi alapon hozott törvényt meg kellene semmisíteni, a bíróságok igen elfoglaltak lennének.”<sup>49</sup>

A különvéleményen lévő bírák főként az alkotmányossági kérdés megfogalmazásával nem értettek egyet. Ezek a bírák abból indultak ki, hogy a georgiai törvény nem nevesíti a homoszexuálisokat – általában tiltja a fajtalanságot, tehát téved a többség, amikor kifejezetten a meleg szexuális szokásaira koncentrálnak. Blackmun bíró szerint az ügy tárgya nem a fajtalansághoz való alkotmányos jog, hanem annak eldöntése, hogy alkotmányos-e az a törvény, „amelyik megtagadja az egyénektől azt a jogot, hogy eldöntsék, részt kívánnak-e venni egy bizonyos típusú, beleegyezésen alapuló nemi aktusban”.<sup>50</sup> Ironikusan megjegyezhető, nem nagy meglepetés a különvéleménynek a *Roe v. Wade* döntésre való hivatkozása, hiszen a híres abortuszdöntésben épp Blackmun bíró írta a vezető véleményt. Az sem nagyon meglepő, hogy a kérdésfelvetés megváltoztatása sarkosan szembefordította a különvélemény kimenetelét a többségi álláspont végkifejletével.

A Lawrence-ügyben tehát a Legfelső Bíróság nem pusztán arról döntött, hogy alkotmányos-e az a texasi jogszabály, amely tiltja az azonos nemű felnőttek beleegyezésen alapuló fajtalanságát. A bírák számára az volt a fő kérdés, hogyan fogalmazzák meg az alkotmányossági problémát. A *common law* rendszerek precedensalapú, részben az analógia alkalmazásán alapuló érvelése alapján a Bowers-döntés állt legközelebb a Lawrence-ügy tényállásához, így az eredmény sem tűnt kérdésesnek. Nehéz lett volna azt állítani, hogy az idő múlása olyan új helyzet elé állította a bíróságot, amely alapja a Bowers-döntés felülbírálatának. Az 1986 és 2003 között eltelt idő minden bizonnyal kevésnek bizonyul ahhoz, hogy a bíróság megvizsgálja, vajon változtak-e a melegekre vonatkozó társadalmi attitűdök.

A Kennedy bíró vezette többség tehát más utat választott. Abból indultak ki, hogy „az az álláspont, mely szerint a Bowers-ügyben a kérdés egy bizonyos nemi aktusra irányult, lealacsonyítja a kérelmezők igényét, mint ahogy lealacsonyít minden házaspárt, ha azt állítják, hogy a házasság lényege a házastársak nemi együttléte”.<sup>51</sup> Kennedy bíró értelmezésében az indítvánnyal érintett jogszabály valóban egy bizonyos nemi aktusra irányul, világos azonban, hogy a büntetőtilalom kikényszerítésének következményei jóval messzebbre mutatnak. A jogszabály ugyanis

egy olyan magánjellegű kapcsolatot kíván ellenőrzése alá vonni, amelyet – függetlenül attól, hogy (a kapcsolat) formális jogi elismerést élvez-e, az embereknek szabadságukban áll választani anélkül, hogy bűnözőként kezelnék őket.”<sup>52</sup> A Bowers-ügyben a bíróság nem kezelte kellő tisztelettel az indítványban foglalt autonómiaigényt, amelyet az alkotmányos szabadság nyelvén fogalmaztak meg. Mindezekre tekintettel a Bowers-ügyben követetett stratégia nem alkalmazható a továbbiakban.

A Lawrence-ügyben a többség szerint a helyes kérdésfeltevés tehát az, kiterjed-e az alkotmányos szabadságvédelem a felnőtteknek a magánszférában folytatott beleegyezésen alapuló nemi aktusaira, tekintet nélkül a felnőttek nemére és nemi identitására. Kennedy bíró szerint ezen múlik, hogy megőrizhetik-e az egyének a minden szabad embert megillető méltóságukat.<sup>53</sup>

A többségi vélemény tehát a Bowers-döntéshez képest újrafogalmazott igényre nézve vizsgálta meg, hogy az amerikai történelemben és hagyományokban mélyen gyökerezik-e a kérelmezők igénye. A vizsgálat eredménye szerint hagyományosan a gyermeknemzése alkalmatlan, a pusztán örömszerzést szolgáló összes nemi aktust tiltotta a büntetőjog. A tiltás részben vallási, részben erkölcsi megfontolásokon alapul. Kennedy bíró szerint egyáltalán nem világos, milyen szerepet vállalhat magára az állam annak érdekében, hogy a többség erkölcsi preferenciáinak a büntetőjog eszközeivel szerezzen érvényt.<sup>54</sup>

Kennedy bíró arra is emlékeztetett, hogy a történelmi kutatás önmagában nem határozhatja meg az ügy kimenetelét, mivel az újabb alkotmányos joggyakorlatból kirajzolódni látszik egy olyan trend, amely az alkotmányos szabadságfogalom védelmi körének a felnőttek magánjellegű szexuális tevékenységeire történő kiterjesztését egyértelműen alátámasztja.<sup>55</sup> Ez a megállapítás különösképp érdekes, mivel jól érzékelhető, ahogyan kiszabadítja a bírakat a történelmi igazolás logikájából, illetve fellazítja a precedensalapú érvelés szigorú kereteit. A történelmi tapasztalatok elemzése csupán egy a lehetséges igazolási eszközök közül, és nem is döntő jelentőségű. Emellett különösen érdekes, hogy az újabb fejleményekből kirajzolódó irány felvázolásakor a Bowers-döntés kiesik a döntéshez felhasznált kánonból, és a tényállással sokkal kevesebb hasonlóságot mutató ügyek válnak meghatározóvá. A precedensalapú érvelés ezt a megoldást nem tenné lehetővé, és általános következtetések levonására sem lenne lehetőség.

Kennedy megoldása mindenképpen elegáns, de az általa vezetett többség vékony jégen jár: nyit-

va áll ugyanis előttük egy olyan lehetőség, amelynek igénybevételével anélkül semmisíthették volna meg az azonos neműek fajtalanosságát tiltó büntető-törvényt, hogy ehhez a Bowers-döntést felülbírálták volna. Ehhez elég lett volna ugyanis annyit mondani, hogy a támadott törvény sérti az alkotmány egyenlőségi klauzuláját a *Romer v. Evans* ügyben kifejtettek alkalmazásával. O'Connor bírónő párhuzamos indokolásában épp ezt az utat követte.<sup>56</sup> Látható tehát, hogy a Kennedy bíró vezette többség tudatosan választotta a Bowers-döntés jelentette precedens elsöprésével járó nehezebb utat, amely végül az alkotmányos szabadságfogalom tartalmának újabb pontosításához vezetett.

Összegzésképp érdemes azonban még egy pillantást vetni az ebben a részben tárgyalt döntésekre. Világos, hogy az alkotmányszövegek hallgatása nehéz helyzetbe hozza az indítványozókat. Más alapjogi ügyektől eltérően ugyanis az ő első feladatuk nem más, mint megtörni a normaszöveg sokatmondó hallgatását és meggyőzni a bíróságot, hogy kereseti kérelmüknek az alkotmány hallgatása ellenére is van jelentősége. Az is érzékelhető a fenti ügyekből, hogy a bíróságok számottevő döntési szabadsággal rendelkeznek a kifejezett alkotmányos rendelkezés hiányában előadott igények vizsgálata során.

Míg az Egyesült Államok Legfelső Bírósága előszeretettel alkalmazza a történeti érvelést és figyelemmel van a társadalmi változásokra is, a német joggyakorlatban az általános személyiségi jog értelmezése finoman összefonódott az emberi méltóság védelmével<sup>57</sup> – az általános cselekvési szabadság azonban kimaradni látszik a méltóságvédelem vonzásköréből.<sup>58</sup> A méltóságvédelem hangsúlyos volta természetesen nem kizárólag a német alapjogvédelem sajátossága. Az egyéni autonómia alkotmányos védelméről szólva azonban szembeötlik, hogy míg a német megközelítést átítatja az értékalapú érvelés, az amerikai megközelítés próbál az értékválasztásokon kívüli igazolási lehetőségeket találni.

Különös figyelmet érdemel, hogy míg a német alapjogi logikában az emberi méltóság a legfőbb érték, a német Alkotmánybíróság gyakorlata a méltóságot személyiségi aspektusoknál hangsúlyozza, addig a cselekvési szabadságra alapított igényeknél figyelmen kívül hagyja. Ez a megközelítés tökéletesen tükrözi a német Alkotmánybíróságnak azt az általános meggyőződését, hogy különbséget lehet tenni maga az egyén és az egyén tettei között.<sup>59</sup> Eből a különbségtételből ered aztán, hogy a személyiség egyes vonásaival kapcsolatos méltóságigények sokkal kedvezőbb elbírálásban részesülnek, mint az egyes tevékenységek vagy magatartások védelmét célzó keresetek.<sup>60</sup>

Távolról sem egyértelmű, milyen kritériumokat kell alkalmazni az új igények felmérése során. Nem véletlen, hogy Harlan bíró már az első bírói próbálkozás kapcsán attól óvja tudós kollégáit, hogy a jó életről alkotott saját elképzeléseikkel töltsék meg tartalomként az alkotmány íratlan rendelkezéseit. Érdemes továbbá odafigyelni a morális és erkölcsi megfontolások erejéről folytatott eszmecserek hatalommegosztási és ügykezelési következményeire is. Figyelmet érdemel, hogy ezekkel az észrevételekkel nem kommentátorok, hanem maguk az ügyet eldöntő bírák hozakodnak elő. (Ez utóbbi megjegyzés nem azt hivatott sugallni, hogy ezek a problémák csak az íratlan jogokkal foglalatzkodó bírakat terhelik. Csupán azt kívántuk érzékeltetni, hogy ezekben az ügyekben a bírák számára is érzékelhetően különösen erős kísértést jelentenek az említett tényezők.)

További bonyodalmak forrása lehet, hogy semmiből nem következik automatikusan vagy kötelezően, milyen szintű jogvédelmet kell biztosítani abban az esetben, ha a keresetben előadott igényt védelemre méltónak találja a bíróság. A *Lawrence*-ügyben különvéleményt jegyző Scalia bíró nem kis szarkazmussal jegyzi meg, hogy az indítványozó győzelmének nagysága elsősorban azért nem világos, mert a Kennedy bíró vezette többség elmulasztotta megállapítani, milyen tesztet célszerű alkalmazni a szabadság illetően megsértése esetén az elkövetkezendő ügyekben.

Azt már a fenti rövid elemzés is sejtetni engedi, hogy az autonómiaigények sokkal kevésbé erőteljesek az alkotmányos joggyakorlatban, amint az várható lett volna a filozófiai és jogelméleti beharangozás nyomán. Annak ellenére, hogy az alkotmányos rendszerekben számos garancia (és ezek között számos alapjog) az egyéni autonómia védelmét hivatott szolgálni, kifejezett alkotmányos rendelkezés hiányában az autonómiaigények meglehetősen gyengének bizonyulnak a bírói gyakorlatban. Ahelyett, hogy aduként működnének, szubszidiárius módon alkalmazzák őket a bíróságok. Itt emlékeztetni szeretnénk, hogy az autonómiaigények nem csak a fenti bíróságok joggyakorlatában jelentkeznek problémaként. A kanadai alkotmányjogban éppúgy fejfájást okoznak indítványozóknak és bíróságoknak, mint az Emberi Jogok Európai Bírósága (EJEB) előtt. Ezekre a döntésekre helyszükében azonban nem térünk ki.

A döntések vizsgálata során úgy tűnik, hogy az autonómiaigények védelme mellett eltökélt bíróságok számos kihívással szembesülnek. Ha komolyan veszik feladatukat (és a személyes autonómia védelmét), kénytelenek olyan fogalmi rendszert és döntés-

hozatali stratégiát kidolgozni, amelynek alkalmazásával az autonómiaigények feldolgozhatóvá válnak. Úgy tűnik, kifejezett alkotmányos rendelkezés hiányában az eljáró bíróságnak nagy döntési szabadságuk van abban, melyik alkotmányos fordulatot hívják fel az autonómiaigény támogatására. A döntési stratégiák kidolgozása során a bíróságoknak – tekintettel a kereseti kérelmek kényes vagy kelletlen voltára – különösen oda kell figyelniük, hogy ne tűnjenek szubjektívnek vagy részrehajlónak. Különösen fontos, hogy a bírák személyes véleményét és értékpreferenciáit ne tükrözzék a döntések, a bírák ne a saját értékválasztásukkal helyettesítsék a törvényhozó értékítéletét.

## AZ AUTONÓMIAIGÉNYEK TARTALMA: A FERDE HAJLAMOKTÓL A MELEGHÁZASSÁGIG

Kezdetként talán érdemes tudomásul venni, hogy a bíróságok az évek során különösebb hajcihő nélkül védelemre méltónak találtak számos autonómiaigényt (amiből persze nem következik, hogy az indítványozóra nézve kedvező döntést hoz a végkifejlet). Az EJEB például elismerte a névhez való jogot,<sup>61</sup> a biológiai származás megismerésének jogát,<sup>62</sup> az apaság tagadásához való jogot,<sup>63</sup> a szülővé válás eldöntéséhez való jogot<sup>64</sup> mint az egyéni autonómia védelemre érdemes aspektusait. A melegjogi ügyekben sokszor nem ennyire egyszerű a kereseti kérelem elfogadtatása. A második világháború óta a nyugati alkotmányos demokráciák bíróságai, ha nehezen is, de nagy utat tettek meg a meleg autonómiájának elismerése és védelme felé. Az alábbiakban áttekintjük a különböző bírósági érvelési stratégiákat és arra keresünk választ, mi marad a melegjogi ügyekben megfogalmazott autonómiaigényekből a bírósági eljárás végére.

Az autonómiaigények vizsgálata során azt látjuk, hogy bíróságok a lehető legkevesebb szóval igyekeztek túlesni a szexuális cselekmények dekriminalizációján – lehetőleg kerülve a „szex szerepe az alkotmányos demokráciák szürke mindennapjaiban” típusú előadásokat. Ezeket a döntéseket olvasva kevés derül ki arról, egész pontosan milyen szabadság-, egyenlőség- vagy méltóságfogalom vezette a bíróságot. Ehelyett a bíróságok a homoszexualitás társadalmi elismertségének növekedésére vagy a tilalom fenntartásának tarthatatlanságára hivatkoznak.<sup>65</sup> Ez a szüksézszerűség részben azzal is magyarázható, hogy a vonatkozó alkotmányos rendelkezések szövege általában jottányit sem változott az évek során.

Érdekes módon a bíróságok gyakran beszédesnek bizonyulnak mindazon ügyekben, ahol a meleg életének kevésbé izgalmas (vagy profán?) pillanatairól esik szó, mint például az özvegyi nyugdíjak vagy az élettársakra kiterjedő biztosítási szerződések kérdése. Ez az érdeklődés gyakran kalandos világnézeti vitákba kergeti a bíróságokat az emberi párkapcsolatok céljáról és végső értelméről. Nemritkán úgy tűnik, hogy a házasság mint társadalmi alapintézmény népszerűségének és sikerének megingásáért – kézenfekvőbb bűnbak nem lévén a láthatáron – a meleg pároknak kell lakolniuk.

Épp ezért figyelemre méltó igazán, hogy bár a bírák látszólag végeérhetetlen vitákat képesek folytatni egymással és az indítványozókkal a meleg párkapcsolatainak mikéntjéről és hogyanjáról, az önmagukra sokat adó bíróságok szemérmesen levonulnak a porondról, ha a törvényhozás egyértelmű jogi formát talál a meleg párkapcsolatai számára, legyen az házasság vagy élettársi kapcsolat. Amikor a törvényhozó konkrét elképzelését vizsgálják, a meleg családok alkotmányos pozíciója mellett a bíróságok leginkább saját pillanatnyi pozíciójukra és hosszú távú megítélésükre érzékenyek. Az ismert mértékadó példák szerint ilyen esetekben a bíróságok elsősorban arra ügyelnek, még véletlenül se tűnhesse az ügy, hogy saját személyes meggyőződésüket összevetésztették az alkotmány rendelkezéseivel, hogy aztán gáncsot vessenek a törvényhozónak.

## MELEGEK, SZEX ÉS AUTONÓMIA – BESZÉDES HALLGATÁS

Bár azt már a bevezetés során is említettük, hogy az általunk vizsgált melegjogi ügyek messze nemcsak a szexről szólnak, a leghíresebb döntések talán mégis azok, amelyek a felnőttek közötti, beleegyezésen alapuló (vagyis nem erőszakos) fajtalanság dekriminalizációjáról szólnak. Ezen ügyekben nem rajzolódik ki egyértelmű kép a bíróságok jogfelfogásáról. Az indokolások híresen keveset árulnak el az ügyekben felmerülő igényekről. A klasszikusnak számító Dudgeon-döntés is figyelemre méltóan szűkszavú. Az EJEB megelégedett annyival, hogy a fajtalanság törvényi tilalma önmagában sérti a magánszférához való jogot (8. cikk), akkor is, ha Dudgeon betartja a jogszabályt, és akkor is, ha megsérti.<sup>66</sup> Az EJEB igen rövidre fogva kifejtett álláspontja szerint az állam mérlegelési szabadsága nem terjed ki a magánszférába történő ilyen mértékű beavatkozás esetén a büntetőhatalom alkalmazására.

Arra nézve, hogy egész pontosan mibe is avatkozik bele az állami büntetőhatalom, alig mondott va-

lamit az EJEB. Csupán annyit állapít meg az indokolás, hogy bár legtöbb tagállamban létezik hasonló büntetőtilalom, az indítvánnyal támadott nemzeti jogszabály minden további körülményre tekintet nélkül, általánosságban tiltja a férfiak közötti fajtalanságot.<sup>67</sup> Arra nézve azonban, hogy mi indokolja az állami beavatkozást, az EJEB kimondta: „valamiféle jogi szabályozás »szükséges« a társadalom egyes csoportjainak, valamint a társadalom morális ethosza védelmének érdekében.”<sup>68</sup> Az EJEB tehát a kárelvre támaszkodott, bár egy kevésbé filozofikus olvasó azt is észreveszi, hogy az egyezmény 8. cikke „az erkölcsök védelme, avagy mások jogainak és szabadságainak védelme érdekében” teszi lehetővé a jogkorlátozást. Mindent összevetve tehát az EJEB keveset árult el az alapjogvédelem tárgyáról.

Az Egyesült Államok Legfelső Bírósága sem volt sokkal beszédesebb a Lawrence-ügyben, már ami a melegjogok tartalmát illeti. A Kennedy bíró vezette többség ugyanis arra koncentrált, hogy felülbírálja a Bowers-döntést, ezért az érvelés nem is mutat igazán túl az ehhez feltétlenül szükséges minimumon: a Lawrence-döntés valójában a Bowers-ügyben elkövetett bírói hibát próbálja orvosolni a lehető legegyszerűbben. E tekintetben a többségi döntés legfontosabb megállapítása szerint az alkotmányossági kérdés lényegének egy bizonyos szexuális aktushoz való jogra szűkítése lealacsonyító. Ezt meghaladóan a Kennedy-féle döntés csak megismétli a Dudgeon-ügyből már ismert tételt: a szexuális szabadság korlátozása korlátozza a magánélet szabadságát. Sajnálatos módon a döntés érvelése épp azon a ponton a legvilágosabb, ahol leírja, mire nem terjed ki a határozat hatálya (például a meleg családügyi kapcsolatainak elismerésére), arról azonban minimalista módon hallgat a bíróság, mivel is érdemelte ki az alapjogi védelmet a szexuális szabadság.

Nem világos, hogy a bíróságok pusztá (rosszul felfogott) szeméremből nem kívánnak-e részletesebben foglalkozni a nemi aktusokat érintő ügyeket érintő igazolással, vagy pedig ennek komolyabb oka van. Amikor egy magánlakásban több mint negyven meleg vett részt konszenzuális szado-mazohista nemi együttlétben a Jaggard, Lasky és Brown ügyben,<sup>69</sup> a férfiak arra hivatkoztak védekezésükkel, hogy csupán a magánerkölcsüknek megfelelően jártak el. Az EJEB sietett elfogadni a tevékenység testi sértésként történő törvényi tiltását, tekintettel a valószínűsíthető (!) fizikai sérülésekre,<sup>70</sup> anélkül, hogy elemezte volna a magánszféra-védelem és a szexuális autonómia tartalmát. Ebből a döntésből azonban az is kitűnik, hogy az EJEB nem szívesen foglalkozik a különleges életvitelből eredő döntések következményeivel még akkor sem, ha azok egyértelműen

kihatnak az alapjogok védelmére. Valamivel később például romaügyekben jelezte az EJEB, hogy a kisebbségi életforma védelme nem elsősorban kisebbségvédelmi kérdés, hanem az egész közösség értékét növeli.<sup>71</sup> Ezt követően azonban a bíróság sietett a 8. cikk alatt egy sokkal hagyományosabb módon történő elutasítás felé terelni az indítvány sorsát.

A fajtalanságról szóló döntéseket olvasva emlékeztetni szeretnénk, hogy a büntetőjogi tilalmak feloldása korántsem jelenti a meleg autonómiájának elismerését, mert a bíróságok hallgatnak az autonómia alkotmányos védelmének lényegét és tartalmát érintő alapvető kérdésekről. Ezekben az ügyekben ugyanis a bírói döntések nyomán az állam valójában nem tesz pozitív gesztust – csupán megszüntet egy idejét múlt, velejég igazságtalan és meglehetősen nehezen fenntartható büntető rendelkezést.<sup>72</sup> Ezért helytállóbb ezeket a döntéseket a normalizáció első lépéseinek tekinteni.

### MELEG PÁROK, EGYENLŐSÉG ÉS AUTONÓMIA, AVAGY A CSALÁD ÉRTELME<sup>73</sup>

A melegjogi ügyek krónikájában persze jó pár híres sikertörténet is szerepel. Érdekes módon a győzelemhez vezető út sokszor nem is volt feltétlenül rögzös, bár kétségtelen, hogy a könnyű döntések szinte kivétel nélkül diszkriminációs ügyekben születtek. A döntések egy része a büntetőjogi beleegyezési korhatárt érinti, míg számos munkajogi és családjogi eset is tarkítja a sort.<sup>74</sup> Annak ellenére, hogy diszkrimináció-tilalmi alapon születtek, az ítéletek érdekessége, hogy a bírák (akár a meleg ellen, akár mellettük érveltek) visszatérően összekapcsolták az egyenlőségre, a méltóságra és a szabadságra vonatkozó érveket, és sokszor e fogalmak hálójában fogalmazták meg álláspontjukat a család lényegéről és végső céljáról. A korábban már ismertetett külföldi döntések tárgyalása helyett itt egyes alapvető családjogi kérdéseket érintő döntéseket vizsgálunk közelebbről, amelyekben a bíróságok részletesen is kitértek a diszkrimináció tilalmának és az egyéni autonómia védelmének viszonyára.

A kanadai Egan v. Canada ügyben<sup>75</sup> az indítványozó meleg férfpár a házastársak öregségi nyugdíjának megítéléséért fordult bírósághoz. A kérelmezők azt kívánták elérni, hogy a nyugdíjtörvény alkalmazása során a házastárs fogalmát terjessze ki a bíróság a meleg élettársakra is. A kanadai Legfelső Bíróságot megosztotta az ügy. A bíróság elismerte, hogy a szexuális orientáció a megkülönböztetés alapja lehet, de a La Forest bíró vezette több-

ség – négy ellenében – arra a következtetésre jutott, hogy a megkülönböztetés nem sérti a kanadai alapjogi karta<sup>76</sup> 15. szakaszában rögzített diszkriminációtilalmat.<sup>77</sup>

Vizsgálatunk számára elsősorban az egyenlőség-alapú érvelés logikája érdekes. La Forest bíró abból indult ki, hogy a házasságot a „kapcsolat természete és a felek kötelezettségei” miatt védi a törvény. „A házasság emberemlékezet óta a jogi hagyományunk szilárd talaján állt, önmagában is hosszú életű filozófiai és vallási hagyományokat tükröz. A végső célja azonban meghaladja mindezeket, és biztosan gyökerezik abban a biológiai és társadalmi valóságban, hogy a heteroszexuális párok egyedülálló képessége a szaporodás.”<sup>78</sup> La Forest bíró szerint a jog nem változtathat ezeken a tényeken. A meleg párok más együtt élő párokhoz hasonlóan egyszerűen nem teljesítik azokat a feltételeket, amelyek miatt a parlament külön elismerésben részesíti a házastársakat, mivel együttlétük nem tölti be a házasság társadalmi szerepét. Nem a nemi irányultságuk az oka tehát, hogy ezekre a párokra nem terjed ki a házastárs fogalma, a megkülönböztetés során ez az ismérv irreleváns.<sup>79</sup>

La Forest bíró álláspontja éles ellenkezést váltott ki a bíróságon belül is. Bár az adott ügyben a – technikailag – különvéleményen lévő bírák alulmaradtak, az ő álláspontjuk vált uralkodóvá a későbbi kanadai alkotmányjogi gyakorlatban<sup>80</sup>. A L'Heureux-Dubé bírónő és Cory bíró által jegyzett kisebbségi álláspont is az egyenlő bánásmód követelményét helyezi középpontba, és eltávolodik a házasság biológiai és társadalmi funkcióinak tárgyalásától. L'Heureux-Dubé bírónő szerint a *Charter* 15. cikkének „középpontjában egy olyan társadalom elősegítése áll, amelyben mindenki biztos abban, hogy a jog egyenlő értékű képességekkel rendelkező és egyenlő mértékben védelemre érdemes (*equally capable, and equally deserving*) emberi lényként ismeri el. A 15. cikk értelmében akkor ért egy személyt vagy egy csoportot hátrányos megkülönböztetés, amikor a csoport tagjai úgy érezhették a jogszabálynak köszönhetően, hogy kevésbé képesek vagy kevésbé érdemesek az elismerésre, vagy kevésbé értékesek, mint más emberek vagy mint a kanadai társadalom tagjai.”<sup>81</sup> Hasonló úton halad Cory bíró is, amikor azt hangsúlyozza, hogy minden egyén egyedülálló és különleges személyiséggel bír, különböző ízléssel és hitvilággal, szexuális preferenciákkal. Mindaddig azonban, amíg ezek az életvezetési elképzelések nem jogellenesek, toleranciát érdemelnek. Egyes tulajdonságok szokatlanok vagy meghökkentők lehetnek a többség számára, ettől azonban még nem kevésbé érdemesek az egyenlőként történő elismerésre és tiszteletben tartásra.<sup>82</sup>

Fontos észrevenni, hogy ezek a gondolatmenetek elsősorban nem a házasságot vagy a házastársakat kívánják mechanikusan összehasonlítani más, hasonló helyzetben lévő élethelyzetekkel vagy emberi lényekkel. Az egyenlőség alapú megközelítés tehát új árnyalatokat kapott abból a szótárból, amelyet korábban az autonómiaigények lényegének leírásához használtunk. A homogén csoport felkutatása helyett mindkét bíró abból indul ki, hogy az egyéneket saját tulajdonságaik és mivoltuk szerint kell kezelni, ezzel esélyt adva autonómiájuk tartalmi (és nem felszíni) alkotmányos védelmére. Nem meglepő, hogy Cory bíró a cselekvési tervként felfogott élet megvalósítására helyezi a hangsúlyt a továbbiakban is. Habozás nélkül kijelenti például, hogy a szexuális irányultság nem egyszerűen egy állapot, „hanem egy olyan »valami«, amelyet az egyén az élettársa megválasztása útján juttat kifejezésre, függetlenül attól, hogy homo- vagy heteroszexuális”.<sup>83</sup>

Ez a megállapítás – hasonlóan a korábbiakhoz – újra csak azt látszik megerősíteni, hogy a Cory bíró által használt egyenlőségfogalom hangsúlyt helyez az egyén saját választásainak tiszteletben tartására. Így juthat arra a végkövetkeztetésre, hogy a heteroszexuális házastársfogalomhoz való ragaszkodás nem más, mint „annak a sztereotípiának a megerősítése, mely szerint a homoszexuálisok nem képesek és nem is hajlandók olyan tartós, gondoskodó, kölcsönös támogatáson alapuló, gazdasági összefonódásokkal teljes kapcsolatok kialakítására, mint a heteroszexuális párok”.<sup>84</sup> Cory bíró szerint ez egy olyan előítéleteken és téves sztereotípiákon alapuló jogszabályi megoldás, amely ellentétes a 15. cikknek az emberi méltóság védelmére vonatkozó követelményeivel.

A kisebbségben maradt bírák felfogása négy éven belül a bíróság többségi álláspontjává vált. Az *M v. H*<sup>85</sup> ügyben azt kellett eldöntenie a kanadai Legfelső Bíróságnak, hogy a családjogi törvény tartásról szóló rendelkezéseiben a házastárs fogalma kiterjed-e az azonos nemű élettársra is.<sup>86</sup> A bírák többsége úgy találta, hogy amennyiben nem terjesztik ki a házastárs fogalmát az azonos nemű élettársakra, úgy megsértik az indítványozó emberi méltóságát, továbbá a családjogi törvény alkalmazásánál figyelmen kívül hagyják a tényleges életviszonyokat.<sup>87</sup> Cory bíró külön kiemelte, hogy a „törvény által nyújtott támogatás társadalmi jelentőségét nehéz lenne túlhangsúlyozni. Az azonos nemű párok kirekesztése a családjogi törvény tartásra vonatkozó rendelkezéseiből azt a nézetet erősíti, hogy a kérelmező (és általánosságban a meleg párkapcsolatban élők) kevésbé érdemesek az elismerésre és védelemre. Az azonos nemű párok kirekesztése a házastár-

si tartásról szóló rendelkezésekből arra utal, hogy – figyelmen kívül hagyva a tényleges körülményeket – nem tartják őket alkalmasnak arra, hogy meghitt párkapcsolaton alapuló gazdasági közösséget létesítsenek.”<sup>88</sup>

A megkülönböztetés igazolhatóságának vizsgálata során Iacobucci bíró kifejtette, hogy a házastárs fogalmának megszorító értelmezése nem szolgál gyermekvédelmi célokat, a gyermekek tartásáról ugyanis külön, a házastársak tartásától függetlenül rendelkezik a törvény.<sup>89</sup> Iacobucci bíró azt is hosszasan vizsgálta, tartható-e az az álláspont, mely szerint a házasság felbontása során a nő (a volt feleség) inkább tartásra szorul, mint a férfi (a volt férj). Mivel a jogszabály e tekintetben nem semleges fogalmaz, pusztán amiatt nem lehet nővédelmi eszköznek tekinteni a jogszabályt, hogy az esetek döntő többségében a feleségek fordulnak tartásért a válás után.<sup>90</sup> A jogalkotó célja ugyanis, hogy mindkét fél számára megnyugtatóan rendezze a házasság felbontásának anyagi következményeit.<sup>91</sup>

A többségi véleményt jegyző Cory és Iacobucci bíró jórészt a különvéleményen lévő Gonthier bírónak válaszolt. Gonthier bíró ugyanis abból indult ki, hogy a házasság elsődleges célja a gyermeknemzés.<sup>92</sup> Ezt a célt és ennek alapvető biológiai feltételrendszerét a társadalmi változások nem halványítják el, és a törvényhozó sem tehet mást, mint hogy szem előtt tartja az alapvető társadalmi és biológiai törvényszerűségeket.<sup>93</sup> Különvéleményében Gonthier bíró nem csupán a házasság különleges társadalmi szerepére utalt, hanem azt is hangsúlyozta, hogy a tartás kötelezettségét törvényi úton elrendelni csak a közismerten kiegyensúlyozatlan heteroszexuális párkapcsolatoknál van értelme.<sup>94</sup> Érdekes módon ez a megállapítás figyelmen kívül hagyja látszik az ügy pusztá tényeit, amelyek arra utalnak, hogy egy azonos nemű pár esetében is felmerülhet, hogy a kapcsolat végét követően az egyik fél tartásra szorul.

Párhuzamos indokolásában Bastarache bíró némiképp eltérő szempontból közelített a tényálláshoz. Számára elsősorban az volt a kérdés, beavatkozhat-e a bíróság, ha a törvényhozó úgy ítélte meg, hogy nem kívánja kiterjeszteni a tartás kötelezettségét a házasságon kívül semmilyen együttélési formára. Olvasatában a házastársi tartás kötelezettségének ilyen módon történő erőltetése épp hogy sértetheti a meleg párok autonómiáját.<sup>95</sup> A bíróság azonban köteles figyelembe venni, hogy a melegek különösen veszélyeztetett társadalmi csoport,<sup>96</sup> és a szabályozandó életviszonyok meglehetősen összetettek.<sup>97</sup> Megjegyezte továbbá, hogy bár a házasság mint hagyományos családi együttélési forma védelméhez jeles közérdek és erkölcsi megfontolások is

fűződhetnek, *a hagyományos család védelme azonban megvalósítható anélkül, hogy az állam a nem hagyományos együttélési formákat hátrányos helyzetbe hozná.*<sup>98</sup> Mindezekre tekintettel Bastarache bíró indokoltan tekintette, hogy a bíróság az adott ügyben nem fogadta el a törvényhozás döntését az azonos nemű élettársak kizárásáról a házastársi tartás családjogi szabályainak hatálya alól.

Az átfogó elméleti megalapozások hívei megpihenhetnek. Jól látható, ahogy egy diszkriminációs ügyben összefér és összeér az egyenlőség és az autonómia (szabadság/méltóság) alapú érvelés, könnyedén lerázva a történelmi és vallási hagyományok szellemi béklyóit. Ez lehetővé teszi azt is, hogy az alkotmányos joggyakorlat felvegye a társadalmi folyamatok ritmusát. Kétségkívül fontos áttörést hoztak ezek az ítéletek a kanadai gyakorlatban, de nem oldották meg varázsütésre a meleg párok családjogi problémáit. Ugyanakkor az ezt követően elbírált ügyekben, amikor egy újabb törvény alkalmazásában merül fel, hogy a házastárs fogalma vonatkozik-e a meleg élettársakra, nem a nulláról kezdik újra a bírák az autonómia határainak kijelöléséről folytatott alkotmányossági vitát.

Hasonlóan fontos „kis győzelmek” Európában is születnek. Az EJEB tárgyalta Karner-ügy<sup>99</sup> jó példa erre. Az ügy tényállása nem hozza lázba az olvasót: csupán annyi a kérdés, a bérlakásokról szóló jogszabályokban a túlélő házastársat, illetve túlélő élettársat megillető jogok megilletik-e a túlélő azonos nemű élettársat. Az EJEB azonban váratlanul pontosan és élesen fogalmazott a 8. és 14. cikk együttes értelmezésével eldöntött ügyben: „A hagyományos értelemben vett család védelme nagyon elvont és nagyon sokféle konkrét megoldás használható a megvalósításához. Olyan esetekben, ahol az állam mérlegelési szabadsága szűkre szabott, mint azokban az ügyekben, ahol a megkülönböztetés alapja a nem vagy a nemi irányultság, az arányosság elve nem csak azt követeli meg, hogy a választott megoldás elvileg alkalmas legyen a cél elérésére. Igazolni kell, hogy a (béleti jogról szóló) *törvény céljának eléréséhez a törvény alkalmazási köréből ki kellett zárni a homoszexuális kapcsolatban élő személyeket.*”<sup>100</sup>

Látható tehát, hogy az EJEB nem hatódik meg a hagyományos család védelmének magasztos és ködös céljától, és nehezen teljesíthető feladat elé állítja azt a nemzeti törvényhozást, amelyik a magánszférához (de legalábbis a lakhatáshoz) való jog tekintetében hátrányos megkülönböztetéssel illetné a melegeket. Sajnálatos módon az EJEB nem bocsátkozik hosszas magyarázkodásba és nem enged bepillantást az üdvözlendő következtetéshez vezető premisszákról, ezáltal a jövőbeni ügyek indítványozói továbbra

is csak találgathatnak, mi is vezetett a sikerhez ebben az ügyben.

Annyit azonban érdemes az Egan- és a Karner-ügy kapcsán megjegyezni, hogy minél tovább kerülünk a nemi aktusok dekriminalizációjának körétől, annál hétköznapibbnak tűnnek a jogi ügyek. A szürke és unalmas („normális”) tényállások tartásáról, biztosításról, lakáshasználatról, öröklésről olyan élethelyzeteket fednek fel, amelyek kapcsán egyre kevesebb értelme van a hagyományos család védelmében történő harcos fellépésnek. A bíróságok így egyre könnyebben fordulnak az eléjük tárt élethelyzet valódi részletei felé, figyelemmel vannak a jogi szabályozás tényleges hatásaira és mérlegelik a bírói beavatkozás tényleges következményeit. Az eszmecsere a szimbólumok, a hagyományok, a köz- és magánérkölcsei kérdések szintjéről az egyének döntéseinek megértése felé kanyarodik. A már tárgyalt Kerrigan-ügyben Connecticut állam Legfelső Bírósága alapvetőnek tekintette az egyenlőség alapú érvelés során, hogy a szexuális orientáció központi szerepet játszik az egyén önrendelkezéshez való alapvető jogában, ezért az indítványozók szexuális orientációja olyan különös tulajdonság, amely alapján magasabb szintű alkotmányos védelmet élveznek.<sup>101</sup>

Ennek a folyamatnak az egyik legszebb példája – a diszkrimináció-tilalmi ügyek körében maradvá – a dél-afrikai Alkotmánybíróságnak a melegházasságról a Fourie-ügyben<sup>102</sup> hozott határozata. A bírósághoz forduló felek (egy hosszú ideje *de facto* élettársi kapcsolatban élő lesbikus pár) azt sérelmezték, hogy kapcsolatukat az állam nem ismeri el a házassághoz hasonló jogi formában. Az ügyben a vezető döntést Albie Sachs bíró írta, aki – ha kissé túlzott érzelmi töltettel is – a „különbözőséghez való jogról” szólva fogott döntése érdemi részének ismertetéséhez.<sup>103</sup> Sachs bíró szerint ez a jog egyrészt abban gyökerezik, hogy a családjogi viszonyok sokfélesége miatt nem fogadható el, ha az állam kiválaszt egy bizonyos családformát mint az egyetlen elfogadhatót, másrészt a melegek történelmi elnyomása az üldözésükhöz vezetett. Harmadrészt a melegek családjogi helyzetének átfogó rendezése még nem megoldott, és végezetül, az alkotmány szakítani kívánt a diszkriminációra épült múlt hagyományaival, és elmozdulást kívánt hozni egy olyan jövő felé, amely az egyenlőségen és a mindenkinek kijáró tiszteleten alapul.

Sachs bíró ezt követően így folytatta: „Pusztán azért büntetni az embereket, akik és amik – ez alapjaiban becsüli le az emberi személyiséget és sérti az egyenlőséget [...] Az emberi jogok tisztelete az egyéniség megerősítését követeli meg, és nem a megta-

gadasát. [...] Az aktív [...] állampolgárság érzésének kialakulása azon múlik, hogy elismerjük és elfogadjuk-e az embereket annak, akik [...] Vagyis a tét nem pusztán a közösség egy csoportját ért igazságtalanság megszüntetése. A valódi kérdés annak megerősítése, hogy társadalmunk a tolerancián és a kölcsönös tiszteleten nyugszik.”<sup>104</sup>

Ezek a szavak kísértetiesen hasonlítanak a fent ismertetett életmódvédelmi érvre. Bár a fent idézett ügyben az EJEB szintén hangsúlyozta, hogy a politikai közösség egésze lesz gazdagabb a kisebbség elismerése és befogadása által, az EJEB végül nem ragaszkodott a plurális társadalmakkal kapcsolatos elvárások érvényesítéséhez, legalábbis nem a 8. cikk értelmezésekor. Érdemes azonban megfigyelni, hogy a fenti érvelés, amely erősen kiáll a másság és az ezzel kapcsolatos életvezetési sajátágok mellett, nem alapjogi, hanem diszkrimináció-tilalmi alapon nyugszik. Az egyenlőség és az egyéni autonómia védelme ebben a megközelítésben elválaszthatatlannak tűnik.

Ezt a logikát követve jutott el odáig Sachs bíró a gondolatmenetében, hogy kimondja: „A meleg párok kizárása a házasság előnyeiből és kötelezettségeiből [...] azt a durva, bár homályos jogi állásfoglalást jelenti meg, hogy a meleg párok kívülállók, és hogy az intim emberi kapcsolataik jogi elismerésére és védelmére való igényük valahogy alacsonyabb, mint a heteroszexuális pároké [...] Azt jelzi, hogy a szeretetre, elköteleződésre és felelősségvállalásra való képességük definíciószerűen kevésbé méltó az elismerésre, mint a heteroszexuális pároké.”<sup>105</sup>

Vagyis az eset tényeit alaposan szemügyre véve Sachs bíró nemcsak a hátrányos megkülönböztetést látja, hanem az egyén szabadságának és méltóságának sérelmét is. Hajlandó észrevenni, hogy a különbségtétel meleg és heteroszexuális párok között több mint technikai kérdés. Ítéletében világosan elutasítja a vallási megközelítés követését, és fel sem merül benne, hogy a meleg családviszonyainak elismerése pusztán bizonyítást könnyítő eszköz lenne. Figyelemre méltó az az elán, amivel bevonja az egyenlőség alapú érvelésbe mindazokat a megfontolásokat, amelyeket más bíróságok még alapjogi ügyekben is vonakodnak észrevenni. Ez az érvelés az iskolapéldája annak a bírói hozzáállásnak, amely az egyéni autonómia védelme érdekében képes módosítani az alapjogvédelem retorikai arzenálját. Sachs bíró szerint a meleg párok családjogi viszonyainak állami elismerése egyben a meleg ember mivoltának teljes körű és fenntartásoktól mentes állami elfogadását is jelenti és jelképezi.

Sachs bíró tisztában volt álláspontja társadalmi népszerűségével. Felhívta a figyelmet arra, hogy

képviselési demokráciában az Alkotmánybíróság feladata az alulmaradt jogainak védelme és érdekeinek érvényesítése.<sup>106</sup> Az Alkotmánybíróság tizenkét hónapot hagyott a törvényhozásnak a meglegházasságról szóló törvény kidolgozására.<sup>107</sup> Látványos huzavona után ugyan, és a nagy nyilvános tiltakozások ellenére is követte a törvényhozás az Alkotmánybíróság utasításait, és határidőre meghozták a *Civil Union Act*<sup>108</sup> elnevezésű törvényt, amely – az afrikai kontinensen egyedülállóan, és nemzetközi viszonylatban is az elsők között – egyértelműen lehetővé teszi homoszexuális és heteroszexuális párok számára a házasságkötést úgynevezett *marriage partnership* létesítése útján.<sup>109</sup>

### MELEGEK, AUTONÓMIA, TÖRVÉNYHOZÓ – AZ ÖNREFLEXIÓ PILLANATAI

A fent tárgyalt ügyekben többször nyilvánvalóvá vált, hogy a bíróságok, de legalábbis egyes bírák kiemelt figyelmet fordítanak a bíróság melegjogi ügyekben elfoglalt szerepére és döntéseinek politikai következményeire. Ami a bíróság szerepvállalását illeti, érdekes minta látszik kirajzolódni. Azokban az esetekben, ahol egyértelmű törvényhozói akaratnyilvánítás született, a bíróságok sokat tettek annak érdekében, hogy a törvényhozó elképzelése érvényesüljön. Ezek a döntések nagyban különböznek azoktól az egyedi peres ügyektől, ahol a meleg kérelmezők egy már meglévő, egyértelműen nem melegekre vonatkozó jogszabály alkalmazásának kiterjesztését kérik. Az ilyen döntésekben ugyanis, érdekes módon, a bíróságokat sokkal inkább érdekelni véli saját szerepük, mint a meleg jogai.

Önző megfontolásnak hathat, és ha önzésen alapul is, a legjobb pillanatban érkeztek ezek a fórumok az önreflexió pillanatához. Utoljára talán a hatvanas évek szegregációt lebontó ügyei okán, vagy a hetvenes évek abortuszliberalizációja kapcsán adódott ilyen pillanat az Egyesült Államokban. A kanadai Legfelső Bíróság sem kapott ekkora figyelmet a Québec elszakadását érintő tanácsadó vélemény óta. Ezekben a pillanatokban a tétek igen magasak. A bíróság döntésének politikai és társadalmi fogadtatása fényében őrizheti meg vagy veszítheti el politikai legitimitását. Ritkán érzékelhető annyira élesen, mint a melegjogi ügyekben, milyen könnyen helyettesíthetik a bírák az alkotmány előírásait a saját lelkiismeretük vagy meggyőződésük diktálta következménnyel. Rossz hír ez a melegjogok védelmezőinek, elvégre a posztmodern, távolmaradson és passzivitáson alapuló alkotmányos demokrá-

ciában kevesen mondhatják el magukról, hogy az általuk képviselt ügy vagy álláspont tömegeket mozgog meg. Az ilyen lélektani helyzetek eredményezik a nehéz ügyeket, és bíróság legyen a talpán, amelyik Herkulesként képes dönteni. Megkönnyítheti azonban a bíróság helyzetét, ha a törvényhozó már kifejezésre juttatta döntését.<sup>110</sup>

A kanadai Legfelső Bíróság a *melegházasságról szóló tanácsadó véleményben*<sup>111</sup> egyhangúlag felhívta a kormány figyelmét, hogy olyan jogszabálytervezet alkotmányosságáról nem nyilatkozik, amelynek a benyújtása mellett a kormány már politikailag elkötelezte magát. Ezzel a bíróság nem azt kívánta jelezni, hogy ellenzi az azonos neműek házasságának törvénybe iktatását – a testület álláspontja e tekintetben elég világos volt. Sokkal inkább arra hívták fel a bírák a figyelmet, hogy még a meglegházasság törvényesítése ürügyén sem hajlandók eljártszani a hitelesítő pecsét szerepét. Peter Hogg is azt hangsúlyozza: a bíróság számára kiemelkedően fontos volt, hogy a meglegházasság törvénybe iktatását a választott képviselők döntéseként lássa a közvélemény, annak intézményesítése ne a bíróság zsebcseléként vonuljon be a köztudatba.<sup>112</sup>

Ha lehet, 2002-ben a német Alkotmánybíróságot még a kanadai Legfelső Bíróságnál is kényesebb pillanatban érte az azonos nemű élettársak kapcsolatának elismeréséről szóló törvény. Az indítványozók ugyanis úgy időzítették beadványukat, hogy az Alkotmánybíróság a már elfogadott, de még hatályba nem lépett törvény hatálybalépését akadályozhatta volna meg.<sup>113</sup> Első látásra komoly tartalmi érvek voltak, a német alaptörvény ugyanis egyértelműen kimondja a házasság és a család védelmét 6. cikkében. Úgy tűnhet, egy komoly keresztény hagyományokkal felvértezett országban ilyen körülmények között nehéz elveszíteni a hagyományos családi kötelékek védelmében és a házasság szentsége nevében indított eljárást.

A német Alkotmánybíróság szerint a bejegyzett élettársi kapcsolat egyáltalán nem érinti a szabadságjogként felfogott házassághoz való jogot. A kettő között értelmezhető alkotmányos összefüggés nincsen, nem áll fenn igazolásra szoruló beavatkozás. A házassághoz való alanyi jog nem sérül, mert a házasságkötés lehetősége minden házasodásra képes személy részére továbbra is fennáll. Ugyanakkor a házasság továbbra is csak különmemű párok részére lehetséges, az azonos neműek számára továbbra is kizárt.<sup>114</sup> Az Alkotmánybíróság gondot fordított rá, hogy emlékeztessen, a *de facto* heteroszexuális élettársak és a meleg párok sohasem lesznek azonos helyzetben, mivel a meleg párok nem dönthetnek úgy, hogy összeházasodnak. (A német törvény

az élettársi kapcsolat bejegyzésének lehetőségét az azonos nemű párok részére tartja fent.)

Ami a házasság alkotmányos helyzetéből folyó intézményvédelmi kötelezettséget illeti, a bíróság szintén arra az álláspontra helyezkedett, hogy a szabályozás egyáltalán nem érintené ezt a kérdést. A bejegyzett élettársi kapcsolatról szóló törvény szabályozási tárgya nem a házasság. A házasság mint intézmény tartalmának kialakításában a törvényhozó nagy szabadságot élvez. A szabályozás korlátja azonban, hogy az intézményvédelem a férfi és a nő tartós és saját maguk alakította együttélésére vonatkozik. Ugyanakkor a bejegyzett élettársi kapcsolat nem részesül ebben az alkotmány által a házasságnak biztosított intézményvédelemben. Az élettársak azonos neműsége megkülönbözteti az intézményt a házasságtól, és az azonos neműség egyben konstitutív eleme is a bejegyzett élettársi kapcsolatnak. Azaz, hangsúlyozza sokadszorra a német Alkotmánybíróság, az élettársi kapcsolatról szóló törvény nem az alaptörvény 6. cikke 1. bekezdésében foglalt házasság védelmét terjeszti ki, hanem azonos nemű párok jogait ismeri el. E jogokat pedig nem az alaptörvény 6. cikke, hanem a 2. cikk (1) bekezdése és 3. cikke tartalmazza.

A német Alkotmánybíróság szerint a meleg bejegyzett élettársi kapcsolatát létrehozó törvényi szabályozást a személyiség szabad kibontakoztatásához való jog [alaptörvény 2. (1) cikk] és a diszkriminációtilalom [alaptörvény 3. (1) és (3) cikk] alkotmányos rendelkezéseit valósítja meg, mivel a törvény a személyek szabad kibontakozását segíti elő és a velük szemben fennálló diszkriminációt építi le.<sup>115</sup> Azaz a német Alkotmánybíróság nyitva hagyja, hogy az élettársi kapcsolat inkább a szabadság (a személyiség kibontakoztatása), vagy inkább a diszkriminációtól való mentesség alkotmányos rendelkezése alá esik-e, abban azonban nem enged kétséget, hogy a törvénnyel a kifejezetten a meleg számára létrehozott élettársi kapcsolat célja az alapjogi alapokon nyugvó autonómiavédelem.

Ami a házasság védelmét mint alapvető alkotmányos értéknilvánítást illeti, a német Alkotmánybíróság állandó gyakorlatának megfelelően azt követeli meg, hogy a törvényhozó ne hozza a házasságot más életformáknál kedvezőtlenebb helyzetbe.<sup>116</sup> Például előfordulhat, hogy a szociális segélyre való jogosultság törvényi szabályozása a házastársakat az azonos nemű élettársaknál kedvezőtlenebb helyzetbe hozza, ha a házastársakat egy gazdasági egységnek tekinti, és a segélyre jogosító jövedelemküszöb emiatt feljebb csúszik, mint ha a felek egyenkénti jövedelme lenne a mértékadó. Ugyanakkor a bíróság – meglehetősen logikusan – arra is rámutat, hogy

egy ilyen szabályozás nem a meleg bejegyzett párkapcsolatának alkotmányellenességét jelentené, hanem a szociális segélyre vonatkozó szabályok (adott esetben mulasztásban megnyilvánuló) alkotmányellenességét. A német Alkotmánybíróság nagyon világosan fogalmaz abban a tekintetben is, hogy a házasság mint életforma kiemelt alkotmányos védelme lehetővé teszi az ahhoz kapcsolódó kedvezmények nyújtását, de semmiképpen sem követeli meg a törvényhozótól más életformák hátrányos megkülönböztetését. Arra, hogy a házasságot a jogosultságok terjedelmét illetően folyamatosan jobban kellene védeni, mint más életközösséget, sem a normaszöveg, sem a történeti értelmezés nem ad alapot.<sup>117</sup>

Mivel a törvényhozó saját elhatározásából elkötelezte magát az azonos neműek regisztrált élettársi kapcsolatának intézményesítése mellett, az Alkotmánybíróság nem kérdőjelezte meg ezt a döntést.<sup>118</sup> Fontos kiemelni, hogy a német Alkotmánybíróság álláspontjából egyértelműen következik: nem lehet házasságvédelem címen teljesen kiüresíteni a meleg élettársi kapcsolat jogintézményét pusztán azon az alapon, hogy a házasságvédelem alkotmányos alapú, a meleg élettársi kapcsolat védelméről pedig a törvényhozó rendelkezett. A törvényhozó döntése ugyanis a meleg autonómiájának védelmén alapul, és így az egyéni önrendelkezés és az diszkriminációtilalom védőbástyája övezi: az Alkotmánybíróság szerint a törvényhozó nem tett mást, mint az alkotmány vonatkozó rendelkezéseit konkretizálta a törvénnyel a meleg élettársi kapcsolatra nézve.

Megjegyzendő, hogy a német Alkotmánybíróság álláspontja kétségkívül visszafogott, és kitér a hagyományos házasságfogalomból kiinduló, homo és hetero párkapcsolatok összehasonlításán alapuló megközelítések buktatói elől. Érdekességképpen felhívjuk a figyelmet, hogy a connecticuti Legfelső Bíróság ítéletében például külön kiemelte, hogy a házasság védelme önmagában nem elégséges ok a meglegházasság kifejezett törvényi kizárására, mivel a meglegházasság lehetővé tétele önmagában nem változtat a házasság természetén.<sup>119</sup> A hagyományos házasságfogalomról szólva a connecticuti bírák kiemelték, hogy a meglegházasság megtiltása esetében a hagyomány nem igazolja a megkülönböztetést, hanem pusztán megismétli azt.<sup>120</sup> Így a meglegházasság tilalmát bevezetni kívánó törvényhozóra súlyos igazolási teher hárul, ha meg kíván felelni az alapjogi védelmi tesztek kívánalmainak.

Az imént ismertetett kanadai és német döntés nemcsak azért példaértékű, mert a bírák ellenálltak az erkölcsi kérdésekkel terhelt ügyek legnagyobb csábításainak és a törvényhozóra hagyták a döntést, hanem azért is, mert a zsidó-keresztény történelmi

és kulturális háttér jelentősen megnehezíti a nyugati alkotmányos demokráciákban működő bíróságok dolgát.<sup>121</sup> Az univerzumnak ebben a szegletében ugyanis házasság, szexualitás és gyermeknemzés az elvárhatónál nehezebben választhatók el egymástól. Erről a problémáról ír például Adler a bevezetőben idézett cikkében, és ezzel a problémával, illetve ennek csavaros folyományaival szembeülnek az autonómiaigényekkel fellépő indítványozók a bíróságok előtti eljárásokban. Amint azt Adler is elemzi, a gyakorlatban ez a probléma úgy csapódik le, hogy a bíróságok gyanakodva fogadnak minden olyan nemi aktusra vonatkozó kérelmet, amely a hagyományos értelemben vett házasság körén kívül esik. A bíróságok ellenkező irányú nyaggatás hiányában a hagyományos értelemben vett házasságot tekintik az archetipikus családmódelnek, amelynek célja a gyermeknemzés. Míg az első megközelítés jelentősen korlátozza a házasságon kívül élők nemi szabadságát, a második megközelítés folyománycént minden olyan párkapcsolat, amelynek elsődleges célja nem a gyermeknemzés, hátrányból indul. Mindezek alapján könnyen érzékelhető, milyen halmozottan is nehezített helyzetből indulnak a meleg ügyekben az indítványozók.

Bár az imént említett prediszpozíciókat lehet az előítéletekkel, undorral vagy épp a tudatlansággal magyarázni, érdemes Szent Ágostonnak a házasság előnyeiről szóló művét (*De bono coniugali*) mint a fennálló probléma megértésének egyik legkézenfekvőbb forrását felidézni.<sup>122</sup> Röviden: Szent Ágoston három előnyt tulajdonít a házasságnak. A hűséget (*fides*), a gyermeknemzést (*proles*) és a házastársak közötti kapcsolatot (*sacramentum*). Értelmezésében a házasság ugyan a gyermeknemzés kizárólagos legitim kerete és – lehetőség szerint – a házastársak közötti nemi együttlét egyetlen célja a gyermeknemzés, a házasság a házasság felek közötti kapcsolat nélkül nem teljes. Ágoston szövegének történelmi és kulturális jelentőségét nehéz lenne eltúlozni. A második vatikáni zsinatot megelőző időben XII. Pius pápának a házasság tisztaságáról szóló 1930-as enciklikája (*Casti connubii*)<sup>123</sup> még javában Ágoston szellemi művén alapult.

A modern kommentátorok között is komoly vita áll fenn arra nézve, hogy Ágoston szerint mi az ideális viszony a nemiség és a házasság felek közötti személyes kapcsolata között.<sup>124</sup> Míg a hagyományos olvasat a három előnyt elválaszthatatlannak tartja,<sup>125</sup> a melegjogokra érzékeny szakirodalom általában a felek személyes viszonyának meghatározó voltát emeli ki (a gyermeknemzéstől függetlenül). Ebből a megközelítésből kifejezetten forradalminak tűnik Massachusetts állam Legfelső Bíróságának házasság-

definíciója a melegházasság alkotmányosságát kimondó Goodridge-ügyben, amelynek megfelelően a házasság „létfontosságú társadalmi intézmény. Két személy kizárólagos kölcsönös elköteleződése táplálja a szeretetet és a kölcsönös támogatást, és stabilitást hoz a társadalomba. Azok számára, akik a házasságot választják, és az ő gyermekeik számára, a házasság rengeteg jogi, anyagi és társadalmi előnnyel jár. Cserében pedig számos jogi, anyagi és társadalmi kötelezettséggel jár.”<sup>126</sup>

A fenti ügyek tanúsága szerint egyáltalán nem könnyű meggyőzni a bírakat, hogy nagy befolyású vallási tanítások intellektuális korlátait meghaladva döntsenek alapvető alapjogi kérdésekről.<sup>127</sup> Az autonómiaérvek pozíciója nem túl erős, pedig nagy feladat hárul rájuk. Nem más a dolguk, mint az évszázados keresztény hagyomány újrapozicionálása a felvilágosodás állameszményének nevében,<sup>128</sup> egy olyan jövő reményében, amelyben az állami döntések igazolásának eszköztárából kikerülnek a vallási megfontolások, és ezáltal a meleg is egyenlő méltósággal vehetnek részt a politikai közösségben. Ha nem is ilyen nagy szavakkal, de erre inspirál William Eskridge is, amikor az átformáló egyenlőség (*transformative equality*) elvét alkalmazza a melegjogokra.<sup>129</sup> Eskridge olvasatában a formális és a kiigazító egyenlőség mellett szükség van egy olyan elvre, amely nem a múlt sérelmeire összpontosít, hanem a jövőbeni lehetőségeket aknázza ki a múlt tanulságait figyelembe véve. A meleg párkapcsolatainak elismeréséről szólva például arra hívja fel a figyelmet, hogy a melegházasság elsősorban nem a meleg miatt ilyen hisztérikus politikai téma, hanem azért, mert a hagyományos házasságmodell válságba került.<sup>130</sup> A hagyományos házasság népszerűségvesztését viszont a melegjogok korlátozása nem oldja meg. Mivel a homoszexualitás nem fertőző betegség, a meleg család jogi viszonyainak korlátozása alkalmatlan gyógyír a heteroszexuálisok családi gondjainak kezelésére. Csupán arra alkalmas, hogy még jobban megalázza azokat, akik már így is eleget túrtak a kisebb-nagyobb hátrányos megkülönböztetések véget nem érő sora miatt.

Ebben a megközelítésben a meleg jogainak elismerése nem jelent többet vagy mást, mint a meleg teljes értékű emberként történő elismerését és elfogadását. Ahogy a vermonti Legfelső Bíróság fogalmazott a Baker v. Vermont ügyben, amelyben megnyitotta a házasság intézményét az azonos nemű élettársak előtt: „A jövő generációk feladata annak meghatározása, mi is az ember lényege. [Az azonos jogosságokról szóló törvény] kiterjesztése az indítványozókra nem más, mint olyan polgárok elismerése, akik nem kérnek sem többet, sem keveseb-

bet, mint védelmet és biztonságot egy olyan bensőséges és tartós emberi kapcsolat iránt kinyilvánított elkötelezettségüknek, amely kimondva és megvalósítva közös ember mivoltunk elismerését jelenti.<sup>131</sup>

## BEFEJEZÉSKÉPP

Dolgozatunkban arra voltunk kíváncsiak, hogy az egyéni autonómia védelmében megfogalmazott alapjogi igények mennyiben bizonyultak alkalmasnak a melegek jogainak védelmére a jól működő alkotmányos demokráciák bíróságai előtt. Elsősorban arra kerestük a választ, hogy az alkotmányelméletből és a filozófiából ismert autonómiaérvek hogyan érvényesülnek az alkotmánybírói eljárásban, és mennyiben képesek közvetíteni a liberális alkotmányos és emberi jogi gondolkodás legalapvetőbb tételeit a bíróságok felé. Az autonómiaigények meglehetősen sérülékenyek bizonyultak, és korántsem állnak minden vitán felül. Ez részben annak tudható be, hogy általában szubszidiárius igényként jelennek meg, és persze az sem segít az érvényesülésükben, hogy a melegjogi ügyekben szintén mindig egy kisebbségi, sokak által helytelenített, lenézett vagy ellenzett életképzelés nevében fogalmazzák meg őket.

Az autonómiaigények sikerességét elsősorban az határozta meg, mennyiben képes és hajlandó egy bíróság elszakadni egy olyan történelmi és kulturális hagyománytól, illetve vallási tanítástól, amelynek érvényesítésére nem kényszeríti az alkotmány. Connecticut állam Legfelső Bírósága határozottan kimondta, hogy „habár tudomásul vesszük, hogy számos képviselő és sokan az ő választóik közül mély személyes meggyőződése szerint fontos a hagyományos házasság mint heteroszexuális intézmény fenntartása, az ilyen meggyőzések, függetlenül attól, hogy milyen mélyen is gyökereznek, nem minősülnek olyan erőteljes igazolásnak, amellyel az állam alátámaszthatja a [nemi orientáción alapuló] törvényi diszkriminációt.”<sup>132</sup> E helyütt tehát különösen érdekes a késői John Rawls érvelése, azaz nem *Az igazságosság elmélete (Theory of Justice)*, hanem *A politikai liberalizmus (Political liberalism)* szerzőjéé, aki szerint egy plurális társadalomban a közügyekről folytatott vita meghatározó mércéje a sem szekuláris, sem vallásos nyilvános igazolás (*public reason*), mivel a plurális társadalomnak vallásos és nem vallásos egyének egyenlő tagjai. Rawls szerint a nyilvános igazolás eszméjén nyugvó plurális társadalomban a család fenntartásában rejlő állami érdeket szokás felhozni a meglegházasság ellen. Szerint a család védelme nem elég specifikus érv, nem felel meg a nyilvános igazolás követelményeinek, ezért nem alkalmas a meleg-

házasság betiltásának igazolására. *Utóbbihoz további politikai értékekre is szükség van. Ilyen lehet például a gyermekek védelme (mint a gyermekeket érő károk elhárítása), ennek bizonyításához azonban nyilván empirikus igazolás szükségeltetik.*<sup>133</sup>

Ez a megállapítás külön is figyelmet érdemel, mivel az Egyesült Államokban egyre erősödnek azok a hangok, mely szerint a meleg jogainak védelme sérti az alkotmány első kiegészítésében védett vallásszabadságot.<sup>134</sup> Anélkül, hogy belebocsátkoznánk az érvek elemzésébe, érdemes megfigyelni, hogy az ellenvetések középpontjában igen gyakran nem az egyes hívők vallásszabadsága, hanem az egyházak autonómiája áll. A rémképként említett élethelyzetekben meleg indítványozók azért fordulnak állami bíróságokhoz, hogy korábbi vagy jelenlegi vallási közösségükkel vagy egyházukkal szemben érvényesítsék igényeiket. Ezekben az ügyekben az egyéni autonómia védelme iránt érdeklődő olvasó számára nem az az igazán érdekes tehát, hogy meleg indítványozók tűnnek fel a színen, hanem hogy az egyházak képviselői a vallásszabadság védelmi körébe tartozó egyházi autonómia nevében kívánnak fellépni az (egyébként meleg) hívők vallásszabadságának – és így autonómiájának – rovására. A valódi kérdés tehát az, hogy mennyiben alkalmas a vallásszabadság védelme a hívők személyes autonómiájának védelmére egyházi intézményekkel szemben. Ha komolyan vesszük azt az alapvető axiómát, hogy a vallásszabadság a hívőt és nem a hitet védi, igazán érdekes következtetésekre juthatunk.

A fentiek mellett fontos volt az autonómiaérvek sikeréhez, hogy az ügyben eljáró bírák mennyiben voltak képesek saját személyes nézeteiket és a jó életről alkotott elképzeléseiket háttérbe szorítani a mások mégoly szokatlan vagy furcsa autonómiaigényeinek érvényre juttatása érdekében. Míg azokban az ügyekben, ahol pusztán a szubszidiaritás elve alapján érkezett a kereset, a bíróságok látványosan visszafogottan kezelték a kérelmet; a diszkriminációs ügyek vizsgálati kerete nagyobb teret látszik biztosítani egy részletesen kidolgozott – és ezáltal a kívülállók számára is megismerhetőbb – egyéniautonómia-központú érvelésre.

Az elmúlt évek külföldi joggyakorlatából, a vezető közjogi rendszerekben működő bíróságok döntéseiből kirajzolódni látszik egy tendencia, amely komoly reményekre jogosíthatja fel a melegjogok elkötelezett védelmezőit. A bíróságok, úgy tűnik, együttműködőnek bizonyulnak egyfajta, a kis lépéseket követő stratégia gyakorlati érvényesítésében: míg egyes lépéseket hajlandók ők maguk megtenni az indítványozók kérelmére, a nagyobb szimbolikus döntéseket szeretik a törvényhozóra hagyni. A fenti-

ek alapján mindenesetre úgy tűnik, jelentős értetlenkedés fogadná egy az alapjogokra, magára és a saját nemzetközi megítélésére valamit is adó alkotmánybíróság képviselőit 2009 januárjában az alkotmánybíróságok világtalálkozóján a dél-afrikai Fokvárosban, ha hajlandóságot mutatnának a meleg autonómiájának megkérdőjelezésére.

## JEGYZETEK

1. Az eszmecsere számos jogi és politikai blog közölte. Lásd <http://www.slate.com/blogs/blogs/convictions/archive/2008/05/21/gerken-yoshino-discussion-of-liberty-and-equality.aspx>.
2. Yoshino nyíltan vállalja homoszexualitását. Könyve önéletrajzi elemekkel átszőtt alapjogvédelmi írás, amely jelentős szakmai és kritikai sikert aratott. Kenji YOSHINO: *Covering. The Hidden Assault on Our Civil Rights*, New York, Random House, 2006.
3. Lásd <http://balkin.blogspot.com/2008/05/yoshino-gerken-on-libertyequality.html>.
4. Az egyenlőségérvek tipológiájára, valamint az érvek használatára lásd Eskridge különösen elegáns írását. William N. ESKRIDGE: *The Same-sex Marriage Debate and Three Conceptions of Equality*, in *Marriage and Same-sex Union, A Debate*, eds. Lynn WARDLE et al., New York, Praeger, 2003, 167–207.
5. Lásd <http://www.slate.com/blogs/blogs/convictions/archive/2008/05/22/gerken-yoshino-debate-on-liberty-and-equality-round-2.aspx>.
6. Ezzel Yoshino John Hart Ely híres észrevételét ismétli meg, amellyel Ely a Carolene Products-ügy negyedik lábjegyzetében tett bírói megállapításokat fejleszti tovább, kidolgozva ezzel az alkotmánybíráskodás (mint bírói hatalomgyakorlás) egyik mindmáig legmeggyőzőbb elméleti igazolását.
7. Libby ADLER: *The Dignity of Sex*, UCLA Women's Law Journal 2008/1.
8. A magyar alkotmány például a házasság és a család intézményének védelmében kötelezi el magát (15. §.) Az Emberi jogok európai egyezménye 8. cikkében kimondja a magán- és családi élet tiszteletben tartásához való jogot, míg a 12. cikk védi a házasságkötéshez való jogot.
9. Nem foglalkozunk a területi autonómia, illetve a nemzeti önrendelkezés kérdésével. A félreértések elkerülése érdekében ezért is használjuk multikulturalizmus helyett a pluralizmus, illetve plurális társadalom kifejezést.
10. Vizsgálatunk a homoszexuális nők és férfiak jogi helyzetét érintő bírósági döntések elemzésére korlátozódik, és nem foglalkozik a transzszexuálisok és transzneműek jogait érintő ügyekkel.
11. Vitán felül áll, hogy a társadalomtudományok vagy az antropológia felkészültebb e kihívások megválaszolására, mint az összehasonlító jog.
12. A fogalmak számunkra is érdekes magyar nyelvű elemzésére Hannah Arendt, Isaiah Berlin, Bibó István és Kis János munkáiban lásd DÉNES Iván Zoltán: *Változatok a személyes és politikai szabadság viszonyára*, Beszélő, 2007. március, <http://beszelo.c3.hu/cikkek/valtozatok-a-szemelyes-es-a-politikai-szabadsag-viszonyara>.
13. Kis János: *Vannak-e emberi jogaink?*, Budapest, Stencil Kulturális Alapítvány, 2003, 177.
14. Az autonómiaelméletek lényegesen eltérnek egymástól abban, hogy milyen mélységű azonosulást kívánnak meg az egyén és választása között, illetve milyen mértékű befolyást tételeznek az egyén döntései és tényleges élettörténete között. A szerzők abban is különböznek, mekkora teret engednek az egyének egymás közötti viszonyának az egyének választásainak alakulására, illetve mennyiben veszik figyelembe az idő múlását. Ezeknek az elismerten lényeges részleteknek a tárgyalására terjedelmi okokból nem térünk ki ebben a dolgozatban.
15. Immanuel KANT: *A gyakorlati ész kritikája*, ford. BERÉNYI Gábor, Budapest: Cserépfalvi 1996, 45. és köv. Lásd különösen: „Cselekedj úgy, hogy akaratod maximája mindenkor egyszersmind általános törvényhozás elveként érvényesülhessen” (47.), majd „Következtetés: A tiszta ész magáértvalóan is gyakorlati, s általános törvényt ad (az embernek), amelyet erkölcsi törvénynek nevezünk” (49).
16. KANT: *Uo.*, 51. Később Kant egyértelművé teszi, hogy a jogi törvény érvényesülése szempontjából elégséges, ha a magatartásra hat (vagyis a jog megelégszik a szabály formális betartásával), az erkölcsi törvény azonban csak akkor érvényesül, ha a magatartás mögött álló akaratra hat. *Uo.*, 98–99.
17. *Uo.*, 117.
18. *Uo.*, 117.
19. Az autonómia kanti megalapozása, ha nyomaiban mégoly gyakran is merül fel a joggyakorlatban, sajnálatos módon körbenforgó érvelésen nyugszik, amint azt sokan kimutatták. Legújabbban pl. Karl AMERIKS: *Interpreting Kant's Critiques*, Oxford, Clarendon Press, 2003.
20. A kanti autonómiafogalom és az angolszász elméletek között a kapcsot többen hagyományosan Rawlsnál vélik felfedezni; John Rawls: *Az igazságosság elmélete*, ford. KROKOVAY Zsolt, Budapest, Osiris, 1997, IV. *Az egyenlő szabadság*. Rövid magyar nyelvű összefoglalóhoz t. lásd pl. DOMOKOS Péter: *Hart és Rawls*, Magyar Tudomány 2007/1., <http://www.matud.iif.hu/01-jul/domonkos.html>.
21. KIS: *I. m.*, 108.

22. MILL *A szabadságról* című esszéje bevezetőjében gondosan elhatárolja a polgári szabadság fogalmát az akarszabadságtól. John Stuart MILL: *A szabadságról*, ford. PAP Mária, Budapest, Századvég – Readers International, 1994, 9.
23. Isaiah BERLIN: *A szabadság két fogalma*, in Isaiah BERLIN: *Négy esszé a szabadságról*, ford. ERŐS Ferenc, BERÉNYI Gábor, Budapest: Európa Könyvkiadó, 1990, 342 és köv.
24. BERLIN: *I. m.*, 352. A negatív és pozitív szabadság szembeállítását sokan kritizálták. Jogászok hasznosabbnak találhatják Hohfeld megközelítését, lásd Wesley Newcomb HOHFELD: *Fundamental Legal Conceptions: as applied in judicial reasoning*, ed. Walter Wheeler Cook, New Haven, Yale University Press, 1923.
25. BERLIN: *I. m.*, 346.
26. Mill: *I. m.*, 87. és köv.
27. A kanadai Legfelső Bíróságnak a marihuana szabadidős (vagyis nem orvosi) felhasználásának dekriminálizációjáról szóló R. v. Malmo-Levine döntése a kárelv alapjogi ügyekben releváns alkalmazásának szokatlanul részletes tárgyalásába bocsátkozik ([2003] 3 S.C.R. 571, 106 bek. és köv.).
28. Ezek egyszerű magyar nyelvű összefoglalására lásd Kis: *I. m.*, 174 és köv.
29. Lásd pl. a kortárs elméletekben nagy hatású szabadság- és autonómiafogalmat Joseph Raz elméletében. Magyarul: Joseph RAZ: *Szabadság és autonómia in Modern politikai filozófia*, szerk. HUORANSZKI Ferenc, Budapest, Osiris, 1998, 95 (Joseph Raz *The Morality of Freedom* című könyve 14. fejezetének magyar fordítása). Raz elméletének klasszikus kritikájára lásd Jeremy WALDRON: *Autonomy and perfectionism in Raz's Morality of Freedom*, South California Law Review, March/May 1989, 1103–1127. Raz elmélete érdekes módon kisebb hatással látszik befolyásolni a bíróságok érvrendszerét, mint Mill vagy Berlin munkái, ezért fentebb nem térünk ki részletes ismertetésére. Bár Raz szerint nem létezik az egyéni autonómiához való jog (elsősorban az autonómiához kapcsolódó kötelezettségek miatt), ez önmagában még nem lenne ok arra, hogy a bírósági érvelésben kisebb szerepet játsszon elmélete, mint más szerzők művei.
30. WALDRON: *I. m.*, 1104.
31. MILL: *I. m.*, 66.
32. Kwame Anthony APPIAH: *The Ethics of Identity*, Princeton, Princeton University Press, 2004), 1 fejezet.
33. Ehelyütt meg sem kíséreljük annak végiggondolását, hogy vajon létezhet-e semleges állam egy plurális társadalomban. A jelen dolgozat szempontjából különöse érdekes WALDRON: *I. m.*
34. A szerzők között leginkább abban nincs egyetértés, milyen alapon legitim az állami beavatkozás a nemkívánatos preferenciák kiszűrése érdekében egy semleges államban. A dolgozat keretein belül sajnos nem tudunk kitérni e dilemmák részletes tárgyalására. Magyarul lásd SAJÓ András: *A semleges doktrínái és az állam*, Beszélő, 2003. október, <http://beszelo.c3.hu/03/10/05sajo.htm>.
35. Angol nyelvű közös munkánk kiterjed a klasszikus szabadságjogok, valamint az önrendelkezés sok más területére, így érinti a szólás- és vallásszabadságot, valamint az abortuszt és az eutanáziát, illetve a magánszféra számos más aspektusát is.
36. A homoszexuális orientáció és az orientáció alapján való cselekvés elválasztására lásd Finnis sokat támasztott írását. John FINNIS: *Law, Morality, and 'Sexual Orientation'*, in *Same Sex. Debating the Ethics, Science, and Culture of Homosexuality*, ed. John CORVINO, Lanham – New York – London, Rowman and Littlefield 1997, 31–43. Finnis álláspontja azért is különösen érdekes, mert a Romer v. Evans ügyben Martha Nussbaummal mint szakértő tanúk kerültek szembe egymással az Egyesült Államok Legfelső Bírósága előtt. Erről lásd *Expert Witnesses and Ancient Mysteries in a Colorado Courtroom*, Lingua Franca, September/October 1996, elérhető: <http://linguafranca.mirror.theinfo.org/9609/stand.html>.
37. *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 22 (Palmer bíró), lásd még 26. és köv.
38. Dietric MURSWIEK: *Artikel 2*, in *Kommentar zum Grundgesetz*, Hg. Michael SACHS, München, C. H. Beck, 2007.
39. Az Egyesült Államok Legfelső Bírósága a tisztességes eljárást biztosító klauzula szövegének árnyékán kívül is talált már íratlan alapjogokat. A legalkalmasabb példa talán az utazáshoz való jog esete. Lásd *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969). A magánszféra védelme (*privacy*) erősen köthető a szabadság fogalmához, különösen Goldberg és Harlan bíró párhuzamos indokolása szerint. Lásd *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
40. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
41. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
42. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).
43. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 192 (1986) („It is obvious to us that neither of these formulations would extend a fundamental right to homosexuals to engage in acts of consensual sodomy.”)
44. Erről részletesebben magyarul lásd Uitz Renáta: *Keresédes megbékélés. Történelmi eszmefuttatások az alkotmányértelmezésben*, Fundamentum, 2006/3, 5–25.
45. *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).
46. *Connecticut*, 381 U.S. 500 (1965). Harlan bíró a rendezett szabadság fogalmának alkalmazásakor kifejezetten hivatkozik a *Palko v. Connecticut* ügyre (302 U.S. 319, 325.).

47. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
48. A *Griswold*-ügyben aztán így folytatta: „Ezen elvek követése persze nem fogja megszüntetni a bírák között fennálló összes véleménykülönbséget, de ez nem is feladata. [Az elvek] folyamatos elismerése azonban távolabb fogja tartani a legtöbb bírát az alkotmányos terepen való céltalan kódorgástól, mint mindenféle mesterséges és jobbára illuzórikus korlátok kivetítése az alkotmány tisztességes eljárás klauzulájának tartalmára” (501).
49. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 196 (1986).
50. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 199 (1986).
51. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 567 (2003).
52. *Uo.*
53. *Uo.*
54. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 571 (2003). Kennedy bíró a *Roe v. Wade* központi megállapításait fenntartó *Cassey*-ügy azon megállapítására utal, amely szerint a bírácoknak nem saját erkölcsi mércéjüköt kell alkalmazni, hanem a mindenkit megillető szabadságot kell meghatározniuk. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 850 (1992).
55. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 572 (2003).
56. O'Connor bírónő szavazatával támogatta ugyan a Kennedy-többséget a texasi törvény megsemmisítésében, de indokolásában mindvégig teljesen más utat követett. Ez azért különösen érdekes, mert a *Bowers*-ügyben O'Connor bírónő a White bíró vezette többséggel szavazott az igen hasonló georgiai törvény alkotmányossága mellett.
57. MURSWIEK:
58. Ezzel az állítással nem kívánjuk kétségbe vonni, hogy minden alapjog védelme egyben az emberi méltóság védelmét szolgálja, és nem kérdőjelezzük meg a német Alkotmánybíróság által használt objektív értékhierarchia doktrínáját sem.
59. Robert Alexy is megkülönbözteti a cselekményhez és a helyzethez köthető alapjogokat. Robert ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 122 és köv., illetve 240–242.
60. Klasszikus példa erre a bajor gyógyszerárak ügye (*BVerfGE* 7, 377), amelyben – az alaptörvény 12. cikkének nyelvezetét követve – a német Alkotmánybíróság megkülönbözteti a hivatás szabad megválasztásához való jogot (amelyet az emberi méltóság egyik legmagasabb rendű kifejezésre juttatásának tekint), valamint a foglalkozás gyakorlásához való jogot (amely a méltóságtól azért jóval távolabb áll). A különbségtétel gyakorlati következménye, hogy a foglalkozás gyakorlásához való jogot sokkal nagyobb mértékben engedi korlátozni az Alkotmánybíróság, mint a hivatás megválasztásához való jogot.
61. Lásd pl. *Stjerna v. Finland*, 18131/91 [1994] ECHR 43 (25 November 1994).
62. Pl. *Jaggi v. Switzerland*, 8757/00. Judgment of 13/07/2006. Final on 13/10/2006, továbbá *Odievre v. France*, 42326/98 (2003) ECHR 86 (13 February 2003).
63. Pl. *Mizzi v. Malta* [2006] ECHR 26111/02, az apaság tagadásának joga mint az apaság törvényes védelmének megtámadásához való jog (a 6. és 8. cikk alapján).
64. *Evans v. United Kingdom* [GC] 6339/05 [2007].
65. Az újabb döntések akár pálfordulásként is értékelhetők néhány esetben, így pl. az Egyesült Államokban a Lawrence-döntést a *Bowers*-döntéstől csupán a szavazatarány megfordulása választja el. A német Alkotmánybíróság az utóbbihoz igen hasonló álláspontot képviselő döntésére 1957-ből lásd *BVerfGE* 6, 389. Az azonos nemű felnőttek kölcsönös beleegyezésén alapuló nemi aktust 1969-ban dekriminalizálta a nyugatnémet törvényhozás. A német büntetőjogi szabályozás történetének összefoglalására lásd Tatjana HÖRNLE: „*Penal Law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law*, *Buffalo Law Review*, 2000/3.
66. *Dudgeon v. United Kingdom*, Judgment of 22 October 1991, Series A no. 45, § 41.
67. *Dudgeon v. United Kingdom*, Judgment of 22 October 1991, Series A no. 45, § 49.
68. *Uo.*
69. *Lasky, Jaggard and Brown v. United Kingdom* (1997) 24 EHRR 39.
70. *Lasky, Jaggard and Brown v. United Kingdom* (1997) 24 EHRR 39, §§ 45–46.
71. *Chapman v. United Kingdom*, Application No. 27238/95) 33 E.H.R.R. 399 [2001] 10 BHRC 48. para 93.
72. Lásd Katherine M. FRANKE: *The Politics of Same-sex Marriage Politics*, *Columbia Journal of Gender and Law* 2006, 236, 238.
73. A diszkriminációs érvelést középpontba állító elemzésünkben terjedelmi okokból nem térünk ki az örököfogadási és a munkajogi ügyekre. Szeretnénk azonban jelezni, hogy ezek a döntések éppúgy formálják az autonómiafogalmat, mint a részletesen is tárgyalt döntések.
74. A vezető külföldi ügyeket ismerteti magyarul Uitz Renáta: *A meglegházasságon innen és túl. A köztársaság esete a meglegházassággal*, *Fundamentum*, 2005/02, 73–83, illetve korábban Uitz Renáta: *A melegek jogai – de milyen alapon?*, *Fundamentum*, 2002/3–4, 104–112.
75. *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513.
76. Az 1982-ben elfogadott *Charter of Rights and Freedoms* a kanadai alkotmány alapjogi rendelkezéseit tartalmazza.
77. A párhuzamos indokolást készítő Sopinka bíró szerint a különbségtétel azzal igazolható, hogy a törvényhozás nem kötelezhető a haladó gondolkodásra.

78. *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513, 536 (La Forest bíró).
79. *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513, 538-539 (La Forest bíró).
80. Lásd pl. az alább részletesen tárgyalt *M. v. H.* ügyet [1999] 2 S.C.R. 3.
81. *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513, 545 (L'Heureux-Dube bíró).
82. *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513, 595 (Cory bíró).
83. *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513, 601 (Cory bíró).
84. *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513, 595 (Cory bíró).
85. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3.
86. A családjogi törvény alkalmazásában házastársnak minősültek a tényleges házastársak, valamint a legalább három éve egy háztartásban élő heteroszexuális élettársak.
87. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 3 (Cory és Iacobucci bíró).
88. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 73 (Cory bíró). Az utolsó mondat szerepel a bevezetőben is mint para 3 (Cory és Iacobucci bíró).
89. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 92 (Iacobucci bíró).
90. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 91 (Iacobucci bíró).
91. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 96 (Iacobucci bíró).
92. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 228 (Gonthier bíró).
93. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 229 (Gonthier bíró).
94. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 199–209 (Gonthier bíró). Gonthier bíró szerint a törvényhozó azért zárta ki az azonos nemű párokat, mert nem volt indoka a szabály kiterjesztésének. A különbségtétel igazolhatóságának vizsgálata során Bastarache bíró szerint is figyelembe kell venni, hogy társadalomtudományi bizonyítékok szerint az azonos nemű párkapcsolatokban a nemi szerepek és az anyagi viszonyok is sokkal kiegyensúlyozottabbak (egalitáriusabbak), mint a heteroszexuális kapcsolatoknál. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 299 (Bastarache bíró).
95. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 300 (Bastarache bíró).
96. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 309 (Bastarache bíró).
97. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 310 (Bastarache bíró).
98. *M. v. H.* (1999) 2 SCR 3, para 320 (Bastarache bíró).
99. *Karner v. Austria*, Human Rights Case Digest, Volume 12, Numbers 11-12, 2001, pp. 983-984(2).
100. *Karner v. Austria*, para 41.
101. *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 28 o. (Palmer bíró). A védelmi szint a szövetségi Legfelső Bíróság gyakorlatából ismert szintnél magasabb. A szövetségi gyakorlatban a vezető ügy a már említett *Romer v. Evans*. A tagállami bíróság azonban emlékeztetett, hogy a szövetségi Legfelső Bíróság a minimálisan szükséges védelmi szintet állapítja meg. Ennél a tagállami alkotmányok magasabb védelmi szintet állapíthatnak meg. *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, kül. 12. és 18. (Palmer bíró).
102. *Minister of Home Affairs v. Fourie*, CCT 60/04 (Dec. 1, 2005).
103. *Minister of Home Affairs v. Fourie*, CCT 60/04 (Dec. 1, 2005), para 58.
104. *Minister of Home Affairs v. Fourie*, CCT 60/04 (Dec. 1, 2005), para 60.
105. *Minister of Home Affairs v. Fourie*, CCT 60/04 (Dec. 1, 2005), para 71.
106. *Minister of Home Affairs v. Fourie*, CCT 60/04 (Dec. 1, 2005), para 74.
107. O'REGAN bírónő azért szavazott a többséggel szemben, mert a döntés kihirdetésének napjával *ex nunc* kötelezést állapított volna meg a törvényhozó számára. A *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003) ügyben Massachusetts állam törvényhozása 130 napot kapott az állam legmagasabb bíróságától egy hasonló törvény megalkotására.
108. Act 17 of 2006.
109. Ezzel egy időben a heteroszexuális párok házasodhatnak a *Marriage Act* (Act 25 of 1961), illetve a *Customary Marriages Act* (Act 120 of 1998) alapján is, de egyszerre csak egy érvényes házasságot köthetnek. A meleg párok számára csak a *Civil Union Act* által biztosított jogintézmény áll nyitva. Az új jogszabályt egyébként leginkább azért érte kritika, mert tisztázatlan jogi helyzetet teremt a heteroszexuális párok számára. Erről lásd pl. Bradley S. SMITH – J. A. ROBINSON: *The South African Civil Union Act 2006. Progressive Legislation with Regressive Implications?*, International Journal of Law, Policy and the Family, December 2008, 356.
110. Ezen az alapon könnyű elhatárolni a referendumokról hozott döntéseket, így a *Romer v. Evans* döntést is (517 U.S. 620 (1996), mivel ott az Egyesült Államok Legfelső Bírósága egy referendum útján megerősített alkotmánymódosítást semmisített meg azon az alapon, hogy egyértelműen homofób előítéletek vezérelték a szavazókat. Az alkotmánymódosítás célja a melegekkel szembeni pozitív diszkrimináció betiltása volt. Ezzel szemben Georgia állam Legfelső Bírósága jóváhagyta a melegházasságot betiltó népszavazással elfogadott alkotmánymódosítást a *Perdue v. O'Kelley*, 80 Ga. 732. S06A1574 (2006. július 6.) ügyben.
111. *Reference re Same-Sex Marriage* [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79.
112. Peter W. Hogg: *The Constitution and Same-sex Mar-*

- riage*, International Journal of Constitutional Law, October, 2006, 712, 72.
113. BVerfG, 1 BvF 1/01. A döntést 5:3 arányban hozta az Alkotmánybíróság első tanácsa.
114. E tekintetben az Alkotmánybíróság megismételte korábbi döntését (1979) az alaptörvény 6(1) cikkének házasságfogalmáról. Lásd BVerfGE 53, 224.
115. BVerfG, 1 BvF 1/01, 88. bekezdés: „Die eingetragene Lebenspartnerschaft ist keine Ehe im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG. Sie erkennt gleichgeschlechtlichen Paaren Rechte zu. Der Gesetzgeber trägt damit den Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 und 3 GG Rechnung, indem er diesen Personen zu einer besseren Entfaltung ihrer Persönlichkeit verhilft und Diskriminierungen abbaut.” Elérhető: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20020717\\_1bvf000101.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20020717_1bvf000101.html).
116. BVerfG, 1 BvF 1/01. 92. bekezdés skk., *Benachteiligungsverbot*.
117. BVerfG, 1 BvF 1/01, 98. bekezdés skk.
118. Azt, hogy a törvényhozás előtt nyitva áll az azonos nemű párok családjogi viszonyainak rendezése az alaptörvény korlátain belül, már 1990-ben tisztázta az Alkotmánybíróság. Lásd BVerfGE 82, 6, 22.
119. *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 65 (Palmer bíró).
120. *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 63 (Palmer bíró).
121. E tekintetben másodlagos, hogy a kanadai jogszabály az azonos nemű párok házasságkötését teszi lehetővé, míg a német törvény egy *sui generis* jogintézményt hoz létre.
122. AUGUSTINE: *De Bono Coniugali and De Sancata Virginitate*, ford. P. G. WALSH, Oxford: Clarendon Press, 2001, 1–64.
123. Angolul lásd [http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_31121930\\_casti-connubij\\_en.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_31121930_casti-connubij_en.html).
124. A nemrég elhunyt dominikánus szerzetes, Gareth Moore jóval továbbmegy Ágoston szellemi hatásának érzékeltetésében, amikor bemutatja, milyen meghatározó szerepe volt a hippói püspöknek abban, hogy a kereszténység a nemiséget a házassággal azonosítva kiemelt helyen – saját természetes fontosságát mesz-sze meghaladó jelentőségű tárgyként – kezelje. Gareth MOORE O.P.: *The Body in Context, Sex and Catholicism*, Continuum, 2001, 141. és köv.
125. Lásd John FINNIS: ‘*Law, Morality, and ‘Sexual Orientation,*’ Notre Dame Law Review 1994), 1064–1065 (Ágoston szerint a házasság elsődleges célja a gyermeknemzés).
126. *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003), 4 (Marshall főbíró).
127. Ezzel nem kívánjuk azt állítani, hogy minden vallási irányzat homofób. Még a nagy nyugati egyházak sem egységesek, amint az az anglikán egyházat épp a homoszexualitás okán fenyegető szakadás is bizonyítja. Csupán arra kívánunk utalni, hogy a nyugati világ alkotmányos demokráciáiban számos olyan vallási irányzat bír több-kevesebb (formális vagy intellektuális) befolyással, amelyek tanításai szerint a homoszexualitás bűn, vagy legalábbis mélyen elítélendő életviteli döntés.
128. A vallási érveket a dél-afrikai Alkotmánybíróság is egyértelműen elutasította a Fourie-ügyben. Lásd 48. para.
129. ESKRIDGE: *I. m.*, 176–117.
130. *Uo.*, 181–182.
131. *Baker v. Vermont*, Supreme Ct. of VT (1999), 45.
132. *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 63. (Palmer bíró).
133. Lásd John RAWLS: *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2005, 456–458.
134. A gyakorlatban a leggyakrabban használt érvek informatív összefoglalására lásd Roger SEVERION: *Or For Poorer? How Same-sex Marriage Threatens Religious Liberty*, Harvard Journal of Law and Public Policy, Summer 2007, 939.