

# A TAGÁLLAMI JOG-ÖSSZEHASONLÍTÁS AZ EMBERI JOGOK EURÓPAI BÍRÓSÁGÁNAK GYAKORLATÁBAN

## BEVEZETÉS

Az elmúlt évtizedekben az Emberi Jogok Európai Bírósága (továbbiakban: Bíróság) egyre aktívabb szerepet vállalt a bíróságok közötti párbeszédben. Bár továbbra is kiemelkedő szerepet játszik az emberi jogi védelem kiteljesítésében, és példaként szolgál minden hasonló regionális fórum számára, az összehasonlító jogi hivatkozásokkal maga is befogadóvá válik. Annak ellenére, hogy a nemzetközi kitekintések, amelyeket maga a Bíróság is jog-összehasonlításnak tekint, szinte kötelező elemei a közelmúlt jelentősebb döntéseinek, jelen írás mégis elsősorban a tagállami jogszabályok és jogi megoldások komparatív elemzésének rövid vizsgálatára vállalkozik. Visszanyúlva Slaughter tipológiájához, Európára továbbra is a közvetett párbeszéd jellemző, amelyben a Bíróság tudatosan irányítja a kommunikációs folyamatot: a nemzeti bíróságok (és jogalkotók), amelyekről adott esetben az európai szintre emelt jogi megoldás ered, semmilyen ráhatással sem bírnak annak további sorsára, az ötlet „terjesztőjévé” a strasbourgi Bíróság válik.<sup>1</sup>

A Bíróság tehát az összehasonlító jogi értelmezésen keresztül kapcsolatba lép a tagállami hatóságokkal és bíróságokkal annak érdekében, hogy biztosítsa azt, hogy az Emberi jogok európai egyezményének (továbbiakban: Egyezmény) értelmezése követi a részes államok szintjén bekövetkezett változásokat, és nem szakad el az európai realitástól. Az összehasonlító jogi érvelés ezen aspektusa a legtöbb esetben megfeleltethető az európai konszenzus vizsgálatának és a konszenzusra alapított érvelésnek. Az írás kísérletet tesz a konszenzus-referenciák rendszerezésére, és választ keres arra, hogy miképpen viszonyul az európai konszenzus alapját képező komparatív érvelés a Bíróság által alkalmazott egyéb értelmezési módszerekhez és technikákhoz, különösen a tagállami mérlegelési szabadság elismeréséhez és a dinamikus (jogfejlesztő) jogértelmezéshez.

## AZ EGYEZMÉNY ÉRTELMEZÉSE

Az Egyezmény egy nemzetközi szerződés, és annak ellenére, hogy jellegében eltér a klasszikus államközi szerződésektől, a nemzetközi jog vonatkozó értelmezési szabályai nem mellőzhetők az alkalmazása során. Fontos különbséget tenni ezért a szerződések jogáról szóló Bécsi egyezményből levezethető értelmezési módszerek (nyelvtani, kontextuális és jogfejlesztő jogértelmezés), valamint a kizárólag az Egyezmény rendszerére jellemző értelmezési technikák (autonóm fogalmak használata és a tagállami mérlegelési szabadság elismerése) között.

A hagyományosnak tekintett értelmezési módszerek vizsgálata alapján megállapítható, hogy a Bíróság esetjogában háromfajta alapvető igazolást találhatunk az Egyezmény interpretációjára vonatkozóan, és a jelen írás tárgyát képező tagállami összehasonlító jogi érvelést ezek mentén kell elhelyezni.

Mindenekelőtt, az Egyezmény egy autonóm normatív rendszer, amelynek fogalmait a Bíróság önállóan, a tagállami megfogalmazásoktól eltérően is meghatározhatja az „Egyezmény belső forrásai alapján”.<sup>2</sup> Ennek során támaszkodik az értelmezett szavak köznapi jelentésére és a tagállamok alkotmányos tradícióira, de ezek egyike sem köti. Másrészt,

a Bíróság elkötelezett az Egyezmény dinamikus (jogfejlesztő) értelmezése mellett, és ezzel modernkori értelmezést ad az egyes jogoknak. A jogfejlesztő jogértelmezéshez – részben gyakorlati, részben legitimációs megfontolásokból – gyakran társul a tagállami jogszabályok alapulvételével

lefolytatott komparatív vizsgálat.

Végül, a Bíróság a tagállami mérlegelési szabadság elismerésével jelentős mértékben korlátozta saját felülvizsgálati kompetenciáját. A 'margin of appreciation' alkalmazásával a strasbourgi szervek egyfajta relativitást építettek be az Egyezmény rendszerébe, ami a dinamikus jogértelmezés ellenpontjaként is értékelhető.

## A JOG-ÖSSZEHASONLÍTÁS KÍNÁLTA BIZTONSÁGGAL A STRASBOURGI TESTÜLET MAGA ALAKÍTJA AZ EU- RÓPAI KÖZREND RÉSZÉNEK TEKINTETT EGYEZMÉNY TARTALMÁT

A három igazolás és azokhoz kapcsolódó értelmezés nem feszültségtől mentes. Az autonómia elsősorban az Egyezmény belső forrásaira koncentrál, míg a dinamikus jogértelmezéssel a Bíróság az Egyezményen kívülről szerzett információk alapján állapítja meg a kor elvárásainak megfelelő tartalmát. Az autonóm jogértelmezéssel elérni kívánt egységes és konzisztens alkalmazás sok esetben kizárja a különböző tagállami megoldásokat tiszteletben tartó mérlegelési szabadságot. A 'margin of appreciation' doktrínájának következetes és merev érvényesítése pedig elejét veheti a jogfejlesztő jogértelmezés kínálta dinamizmusnak.<sup>3</sup> Az, hogy adott esetben milyen döntés születik, jórészt attól függ, hogy a Bíróság melyik értelmezési módszert tekinti irányadónak, ezért találó De Schutter megállapítása: „az értelmezési eszközök lehetővé teszik a Bíróságnak, hogy valamennyi csatáját irányítsa, és úgy, ahogy akarja.”<sup>4</sup>

Annak ellenére, hogy az európai emberijogvédő mechanizmus létjogosultságát mára kevesen kérdőjelezzik meg, vitathatatlan, hogy továbbra is észlelhető feszültség egyrészt az egyetemes mérce kialakításán munkálkodó, az egyéni jogokat erősen védő regionális bírói fórumhoz, másrészt a tagállamok sokszínűségének fenntartásához fűződő érdekek között. Az utóbbi egyúttal a nemzeti hatóságok jogkorlátozásával elnézőbb Bíróságot is jelent.<sup>5</sup> A döntéshozatal során a strasbourgi szervek mindig e két ellenpont között próbálták és próbálják megtalálni – jórészt a különböző értelmezési módszerek segítségével – az egyensúlyt.

### A TAGÁLLAMI JOG-ÖSSZEHAJONLÍTÁS – A KONSZENZUS-ANALÍZIS

Az egész Európára kötelező standardok felállítása kétségtelenül minden emberi jogokkal foglalkozó ember számára csábító perspektíva, és az is nyilvánvaló, hogy az Emberi Jogok Európai Bíróságának pozíciója és az Egyezmény szövege a teljes harmonizációt nem teszi lehetővé (és a rendszer sajátosságait szem előtt tartva erre nincs is feltétlenül szükség). Annak ellenére, hogy az összehasonlító jogi érvelés és az európai konszenzus vizsgálata, azaz a nemzeti hatóságokat megillető mérlegelési szabadság tagállami jogszabályok és gyakorlatok komparatív értelmezésen alapuló kijelölése,<sup>6</sup> gyakran került a strasbourgi joggyakorlatot értékelő akadémikusok kritikájának keresztútjába, nem állíthatjuk határozottan, hogy a jog-összehasonlítás teljes mellőzése lenne a kívánatos megoldás az érveléssel szemben felhozott ellenérzések kivédésére.

A jog-összehasonlítás bevonása az emberi jogi ítélkezésbe több szempontból fontos. Az emberi jogi kötelezettségek betartása elsősorban az Egyezményben részes tagállamok feladata. Ahhoz, hogy a nemzeti hatóságok eljárása, illetve a jogi normák egyezménykonformitása megítélhető legyen, ismereni kell a helyi gyakorlat és jog közötti összefüggéseket. Carozza szerint ennek megállapítása elsősorban a komparatisták feladata: ők rendelkeznek azokkal a kvalitásokkal és eszközökkel, amelyek képessé teszik őket a strasbourgi bírák többsége számára idegen jogrendszer sajátosságainak vizsgálatára. Így végső soron a külső forrásokból származó összehasonlító jogi kutatások hozzájárulhatnak az emberi jogi jogvédelmi rendszer hatékonyságához. Továbbá, az összehasonlító jog segítségével megismerhetjük és értékelhetjük a különböző jogrendszerek jellemzőit, és ezen ismeretanyag lehetővé teszi a közös értékek azonosítását is.<sup>7</sup> A konszenzus-analízis egyik igazolását éppen ezen értékközösség érvényesítése adja: az Egyezmény preambuluma – hasonlóan az Európa Tanács statútumához és 1. cikkéhez<sup>8</sup> – az európai jogvédelmi rendszert abból a közös örökségből eredezteti, amelynek alapja a hasonló „politikai hagyományok, eszmények, a szabadság és a jog uralma”. Természetesen a strasbourgi intézményrendszernek nem feladata a közös történelmi örökség originalista védelme, az elsődleges cél a közös örökségből levezethető jogok továbbfejlesztése. Mivel az Egyezmény lényegében a nemzeti alkotmányos elveket emelte a nemzetközi jog szintjére, elképzelhetetlen annak rendelkezéseit a tagállami jogokra utalás nélkül értelmezni.<sup>9</sup>

Az összehasonlító jog fontosságára hívja fel a figyelmet Christoffersen is, aki szerint a jognak – így az emberi jognak is – folyamatos kapcsolatban kell állnia a társadalommal, reflektálnia kell a társadalmi változásokra, ezért a nemzeti jogrendszerek változásai nem hagyhatók figyelmen kívül a strasbourgi joggyakorlat fejlesztése során.<sup>10</sup> A dinamikus jogértelmezésre pedig a Bíróság kifejezett felhatalmazással bír a nemzetközi szerződések jogáról szóló Bécsi egyezmény 31. cikke alapján. Helfer szerint:

„[A] konszenzus módszertana a Bíróság és a Bizottság rendelkezésére álló elsődleges eszközök egyike az Egyezmény tárgyának és céljának megállapítására: az egyéni jogok védelmére a politikai hagyományok, eszmék, szabadságok és a jogállamiság közös európai örökségének fényében.”<sup>11</sup>

A nemzeti jogrendszerek mentén történő jogfejlesztés tehát tökéletesen alkalmas arra, hogy az Egyezmény célkitűzéseinek megfelelően, progressz-

szíven alakítsa az európai jogvédelem rendszerét. Benvenisti véleménye szerint a Bíróság ezzel:

„a szofisztikált mechanizmussal ráveszi az államokat arra, hogy a kialakuló új standardok mentén frissítsék a politikáikat; úgy, hogy eközben tiszteletben tartja a belső eljárásokat.”<sup>12</sup>

A jog-összehasonlítás kínálta biztonsággal a strasbourgi testület maga alakítja az európai közrend részének tekintett Egyezmény tartalmát; anélkül, hogy látszólag aktivista módon elszakadna a saját létét legitimáló nemzeti jogrendszerektől.

A tagállami jog-összehasonlításra alapuló érvelés előnyeit hangsúlyozza Mary Ann Glendon is: az európai konszenzus keresésére alapozott érvelés az Egyezmény tartalmának és hatályának értelmezése során az Emberi Jogok Európai Bíróságának egyik nagy erénye.<sup>13</sup> Az európai konszenzus-analízissel a tágran megfogalmazott és nem feltétlenül egyértelmű tartalommal bíró nemzetközi emberi jogi normáknak adott egységes értelmezés mindenképpen az összehasonlító jog kiterjedt(ebb) alkalmazása mellett szól. A konszenzus-kereséssel kivédhető az olyan területeken történő erőltetett harmonizáció, amelyek nagyban függenek a kor morális elvárásaitól vagy az adott ország politikai klímájától.

A komparatív vizsgálatnak azonban vannak természetes korlátai. Ahhoz, hogy a jog-összehasonlítás általános módszerének értelme legyen, két megoldást választhatunk: egyrészt összevethető azoknak az államoknak a jogrendszere, amelyek esetében nyilvánvaló közös tulajdonságok fedezhetők fel, másrészt kritikái értékelés tárgyai lehetnek a feltűnő eltérésekkel rendelkező rendszerek is.<sup>14</sup> Az Egyezmény hatálya alá tartozó államokban mindkét szélsőség egyszerre érvényesül, így a Bíróság folyamatosan az univerzalista (jogharmonizációt és egységes jogértelmezést igénylő) és a relativista (a sokszínűséget tiszteletben tartó és azt védő) ellenpont között próbálja kijelölni a saját helyét.

A konszenzus-analízis előnyeként említett dinamizmus másik oldala, hogy az Európa Tanács egészére meghatározott mércét nem minden esetben szerencsés a többségi akarathoz kapcsolni. Ez nem csupán a tagállamok többségének akaratát jelenti, hanem végső soron a nemzeti jogalkotóknak felhatalmazást biztosító többség preferenciáit is. A többség akaratának előtérbe helyezése az alapvetően egyéni jogokat deklaráló Egyezmény értelmezése során ellentmon-

dásos: a dokumentumnak deklarált az a célja, hogy a kisebbségek érdekeit (is) védje, és ezzel adott esetben közvetve felül kell, hogy írja a demokratikus többség döntéseit.<sup>15</sup>

Szem előtt tartva az Egyezmény által kialakított jogvédelmi mechanizmus szubszidiaritását, a Bíróság jog-összehasonlításra alapuló jogértelmezése nem feltétlenül kifogásolható – és így a konszenzus-analízisen alapuló sem. Ugyanakkor, a joggyakorlatból nem vezethető le egyértelműen, hogy mely esetekben írja felül, vagy szűkíti le jelentősen a konszenzus léte és az abból levezetett európai mérce a sokszínűség fenntartására hivatott tagállami mérlegelési szabadságot. Különösen problematikusnak tűnhet a konszenzusra alapított érvelés azon államok szempontjából, amelyek nem követik a közös gyakorlatot, mivel a Bíróság úgy alakít ki normatív standardokat, hogy erre nem kéri a tagállamok felhatalmazását.<sup>16</sup> Brems szerint ez alááshatja a tagállami diszkréció doktrínájának konzisztens alkalmazását, hiszen – feladva a sokszínűséghez fűződő érdekeket – asszimilációt kíván meg minden részes államtól egy-egy konszenzussal érintett kérdésben.<sup>17</sup> A jogvédelem fejlesztése és fejlődése iránt elkötelezett kutatóknak ez nyilvánvalóan jóval kevésbé problematikus, mint a kisebbségben maradt államoknak.

Általánosságban, a tagállami jog-összehasonlításra alapuló konszenzus-analízisnek részben maga az Egyezmény szövege, részben a tiszteletben tartandó tagállami sajátosságok szabnak gátat. Az Egyezmény számos cikkéhez a Bíróság kifejezetten nehezen feloldható textualista értelmezést kötött, ami lényegében kizárja a konszenzusra alapuló jogfejlesztést.<sup>18</sup> A közelmúlt néhány döntése – különösen a meglegházasságot érintő Schalk and Kopf v. Austria-ítélet<sup>19</sup> – fellazítani látszik ezt a megközelítést, de a joggyakorlat egyelőre nem szolgált olyan példával, ahol a Bíróság a megállapított konszenzus alapján nyíltan eltért volna korábbi álláspontjától. Emellett a strasbourgi testület megengedőbb – vagy legalábbis kevésbé intruzív – olyan kérdésekben, amelyek tradicionálisan tagállami hatáskörbe tartoznak,<sup>20</sup> és amelyek szorosan összefüggnek a demokratikus berendezkedés,<sup>21</sup> illetve igazságszolgáltatás helyi sajátosságai-val.<sup>22</sup> Végül a közkerölcsre hivatkozással végrehajtott jogkorlátozás rendszerint megvédi az államokat attól, hogy a strasbourgi eljárásban a jog-összehasonlításból adódó esetleges hátrányos következteté-

A BÍRÓSÁG SORRA ÍTÉLI NYILVÁNVALÓAN ALAPTALANNAK... AZOKAT A BEADVÁNYOKAT, AMELYEK BEN A FELVETETT JOGI PROBLÉMA RA VONATKOZÓAN NINCS EGYSÉGES EURÓPAI MEGKÖZELÍTÉS, ÉS AZ ÁLLAM LÁTHATÓLAG NEM LÉPETT TÚL A DISZKRECIÓNA LIS JOGKÖRÉNEK HATÁRAIN

sekkel szembesüljenek. A Bíróság továbbra is visszafogottan értékelt, amikor igazolhatóan a helyi moralitás védelme a jogkorlátozás célja. Ezeket a területeken tehát szükségszerűen továbbra is kisebb jelentőséget kap a jog-összehasonlításon alapuló konszenzus-analízis.

## AZ EURÓPAI KONSZENZUS A GYAKORLATBAN

A jog-összehasonlításon alapuló európai konszenzus definíciójával az Emberi Jogok Európai Bírósága mindmáig adós maradt. Az összehasonlító jogi vizsgálaton alapuló (jogi) konszenzus nem kizárólag az Egyezmény értelmezésére megalkotott és alkalmazott fogalom, hanem az Egyezményen kívüli forrásokra épülő, azokhoz szorosan kapcsolódó koncepció. Martens bíróval ellentétben nem állíthatjuk, hogy bizonyos aspektusait tekintve a konszenzus-analízis szociológiai lenne – ezt még a közvéleményre alapozott értelmezés esetében sem fogadjuk el maradéktalanul.<sup>23</sup> Az értékelést rendkívül megnehezíti, hogy a Bíróság számos elnevezéssel illetheti a tagállamok közös gyakorlatát. Tovább árnyalja a képet, hogy az összehasonlító jogi érvelés nem minden esetben eredményez kifejezetten konszenzus-analízist: bizonyos ügyekben a Bíróság anélkül vonja be a nemzeti jogszabályokat az érdemi vizsgálatba, hogy konszenzus-alapon érvelne.<sup>24</sup>

Az európai konszenzus vizsgálata körében alkalmazott hivatkozásokat az írás két csoportba sorolja: különbséget tesz a megszorító konszenzus-analízis és a dinamikus, tendenciákra történő hivatkozások között. A *megszorító vagy minimalista konszenzus* fogalmába azok az elnevezések tartoznak, amelyek esetében a Bíróság – meglehetősen szigorú mércét alkalmazva – a tagállamok többségének azonos gyakorlatát várja el a tagállami mérlegelési szabadság szűkítéséhez. Az elnevezések e körben is változatosak, és ezekből számos gyakorlati probléma adódik, viszont általánosságban elmondható: a matematikai többséget – számos esetben jelentősen – meghaladó számú állam azonos (vagy nagyon hasonló) gyakorlata alapozza csak meg az európai konszenzus kimondását. Ezzel szemben a *dinamikus konszenzus-vizsgálat* esetében a Bíróság hajlamos eltekintetni ettől a magas standardtól: a tendenciák megállapítása esetében az esetjog alapján nem feltételezhető a megszorító konszenzusos érvelésnél elvárt többség, a nemzeti, illetve nemzetközi jogfejlődés iránya elegendő a jogfejlesztés igazolásához. A különbségtételnek a konszenzus-analízis vizsgálatán túlmutató jelentősége van: ezen csoportok mentén illeszthető

be a tagállami jog-összehasonlítás a hagyományosnak tekintett értelmezési módszerek és technikák körébe.

### *A megszorító európai konszenzus*

A joggyakorlatban számos, a nem járatos olvasó számára egymástól sokszor nagyon különböző jelentésű fogalom írja le az ítéletek összehasonlító jogi elemét. A fogalmak és hozzájuk kapcsolódó standardok áttekintése alapján előzetesen megállapítható, hogy a Bíróság kevésbé tartja szem előtt a konszenzus szó-tári definícióját.

A megszorító konszenzus-analízis körébe tartozó elnevezések közül említést érdemel az európai konszenzus ('European consensus'), a közös európai mérce ('common European standard') és a közös európai megközelítés ('common European approach'). Ez természetesen nem jelenti azt, hogy más névvel nem illetheti a testület a lényegében nagyon hasonló tartalmú értelmezést, így a közös alap ('common ground'), az általánosan elfogadott standard ('commonly accepted standard'), a közös kiindulási pont ('common point of departure'), vagy a tagállamok (nagy) többsége ['(great) majority of the member states'] által követett gyakorlat is utalhat az európai konszenzus-analízishez hasonló komparatív vizsgálatra. A példaként hozott esetek közös jellemzője, hogy az elnevezéstől függetlenül a Bíróság olyan érveket használt, amelyek alapja egyértelműen vagy vélelmezetten a tagállamok által felvetett problémára adott jogi megoldások összehasonlító vizsgálata volt.

Az európai konszenzusra való hivatkozás viszonylag új keletű a Bíróság gyakorlatában. Először az észak-ír „természet elleni fajtalanág”-ra vonatkozó szabályokat támadó Dudgeon-ügyben hozott ítéletben<sup>25</sup> találkozhatunk a kifejezéssel; ott is csak Walsh bíró részleges különvéleményében.<sup>26</sup> A többségi döntés – összhangban a Bíróság addigi gyakorlatával – még konszenzus helyett a „tagállamok nagy többsége” által követett gyakorlatra<sup>27</sup> és a beleegyezésen alapuló homoszexuális kapcsolatok növekvő elfogadottságára utal.<sup>28</sup> Ezt követően évekig nem bukkant fel kifejezetten a konszenzusra utalás; a legközelebbi hivatkozás egy elfogadhatósági döntésben található. A Marlow v. the United Kingdom-ügyben<sup>29</sup> a Bíróság a kannabisztermesztésről írt könyv betiltását és az azt követő büntetőeljárás egyezménykonformitását vizsgálta. Az elfogadhatósági döntés, amely egyébként elutasította a kérelmet, kimondta:

„[A] döntéshozatal során a Bíróság nem tud szemet hunyni azon tény felett, hogy a kannabisz orvosi és rekreációs célú felhasználásának társadalmi elfogadottsága megnőtt, és hangos lobbiköve-

teli bizonyos használati formák dekriminalizációját. Számos Szerződő Állam ez irányba mozdult el. Ugyanakkor nem állítható, hogy európai konszenzus lenne a dekriminalizáció kívánatosságát illetően.”<sup>30</sup>

Többségi ítéletében az európai konszenzusra a Bíróság első ízben a meleg párok közötti beleegyezési korhatárt érintő *S. L. v. Austria*-ügyben hivatkozott, de ott a konszenzus nem minősült döntő érveknek.<sup>31</sup>

A 2000-es évek óta a konszenzus-hivatkozások megszorodtak az esetjogban, főszabály szerint a tagállami mérlegelési szabadságot valamilyen formában befolyásoló tényezőként. A konszenzus-analízis során használt elnevezések bemutatására kiválóan alkalmas az *Evans v. the United Kingdom*-ügyben született nagykamara döntés.<sup>32</sup> A releváns jogot tartalmazó részben a Bíróság az Európa Tanácson belül készített tanulmányokra hivatkozva áttekintette a tagállamok szabályozását, emellett bemutatta az Egyesült Államok és Izrael bírósági gyakorlatát.

A Nagykamara a komparatív analízis alapján megállapította, hogy bár helytálló a kérelmező azon indítványa, hogy az összehasonlítás során alapul vett adatokat óvatosan kell kezelni – részben a felvételük és a döntés között eltelt idő hossza miatt –, és nem lehet azt állítani, hogy „létezik egy egységes európai megközelítés [‘uniform European approach’] e téren”. Az Egyesült Királyság nem az egyetlen ország, amely lehetővé teszi az embriók tárolását és a beültetéshez kívánt hozzájárulás visszavonását. Ám a Bíróság érvelése szerint nem mondható ki, hogy létezik „bármiféle konszenzus” [‘any consensus’] arra vonatkozóan, hogy mikortól nem tagadható meg a beleegyezés.<sup>33</sup> Az ítélet szóhasználatában tehát az egységes európai megközelítés és a konszenzus azonos tartalommal jelenik meg: jelen esetben a hozzájárulás visszavonhatóságának szabályozására vonatkozó hasonló jogi megoldásokat feltételezi.<sup>34</sup>

A tagállamok által alkalmazott közös európai mérce (‘common European standard’) hasonlóképpen működik a joggyakorlatban, mint az európai konszenzusra hivatkozás. Az *X., Y. and Z. v. the United Kingdom*-ügyben<sup>35</sup> a Bíróság a transzszexuális apának a donor általi mesterséges megtermékenyítéssel született gyermeke feletti szülői jogait megtagadó brit állásponttal szemben benyújtott kérelmére reagálva megjegyezte:

„[(n)]incs közös európai mérce a transzszexuálisoknak biztosított szülői jogok megadásával kapcsolatosan. Ráadásul nem igazolták a Bíróság előtt, hogy van a Magas Szerződő Felek által osz-

tott megközelítés arra vonatkozóan, hogy a [donor általi mesterséges megtermékenyítéssel] született gyermek és az apa szerepét betöltő személy közötti kapcsolatot jogilag szabályozni kellene.”<sup>36</sup>

A közös mérce megállapításához is azt kívánja meg a Bíróság, hogy a nemzeti jogrendszerek alapjaiban hasonló jogi szabályozással rendelkezzenek a vizsgált kérdésben.

A konszenzus szinonimájaként hivatkozik a Bíróság – igaz, csak elvétve – a közös (európai) megközelítésre (‘common approach/common European approach’) mint egyfajta standardra. A vonatkozó esetjog alapján megállapítható, hogy a közös megközelítéssel a Bíróság azonos tagállami megoldásokat vár el, és ezek igazolása esetén – lenne – hajlandó a védelmi szinten változtatni. A két elnevezés – konszenzus és közös megközelítés – felcserélhető, a Bíróság a közös megközelítést csak a posztoperatív transzszexuálisok jogi elismerésének kérdéséről hozott brit ügyekben használta.<sup>37</sup>

Hasonlóképpen, a többségi döntésekben található közös európai megközelítésre történő hivatkozások egyike sem bizonyult döntőnek a jelen írásban vizsgált ügyekben: a Bíróság öt esetben utalt rá, és egyszer sem állapította meg, hogy létezik az adott problémának a tagállamok többségére jellemző jogi megközelítése.<sup>38</sup> Ugyanakkor szembeűnő, hogy ennek ellenére csupán egy esetben nem találta a jogkorlátozást egyéb okból egyezményesértőnek.<sup>39</sup> A közös (európai) megközelítés és a konszenzus azonoságára utal az a tény is, hogy a Nagykamara a 2002-es transzszexuális-ügyekben az európai konszenzus létét vizsgáló alcím alatt használja mindkettőt. Annak ellenére, hogy a joggyakorlat nem szolgál konkluzív bizonyítékkal e téren, megállapítható: a nem azonosítható közös megközelítés a konszenzus hiányának szabadabb megfogalmazása, amely sokkal kevésbé tántorítja el a strasbourgi testületet attól, hogy egyéb alapon a panaszos javára döntsön.

Az eltérő elnevezések használata számos gyakorlati nehézséget okoz a joggyakorlat megértése során. Az egyik legjelentősebb értelmezési problémát a közös alap (‘common ground’) és az európai konszenzus, illetve az ahhoz tartalmilag hasonlatos kifejezések használata jelenti. Amint azt a későbbiekben részletesen bemutatjuk, a közös alapra hivatkozás elsősorban a felülvizsgálat intenzitásához, míg az európai konszenzusra hivatkozás a panasszal érintett jog tartalmának, illetve a védelem körének a meghatározásához kapcsolódik.

A közös alapra hivatkozás gyakoribb a joggyakorlatban, mint az európai konszenzusra utalás. A

'common ground' legtöbbször a tagállami mérlegelési szabadság határainak megvonásánál hangsúlyos: ennek hiányában a 'margin of appreciation' rendszerint szélesebb.<sup>40</sup> A két fogalom ellentmondásosságát jól illusztrálja a Vo v. France-ügy.<sup>41</sup> A kérelmezőn egy harmadik személy, a terhességi felülvizsgálatot végző orvos hibája miatt kellett terhesség-megszakítást végezni. A francia bíróságok elutasították a nem szándékos emberölés és testi sértés miatti kérelmet. A strasbourgi Bíróságnak elsősorban azt kellett eldöntenie, vajon részt kíván-e venni abban a vitában, amely az Egyezmény élethez való jogot garantáló 2. cikkének magzatra való kiterjesztéséről szól.

A Nagykamara ítélete az összehasonlító jogértelmezés szempontjából példaértékű: a döntés hosszan számba veszi az európai államok között a kérdésben releváns egyezményeket és egyéb dokumentumokat,<sup>42</sup> valamint tartalmaz egy rövid összefoglalót a tagállami jogszabályokról is, „Comparative Law” címmel.<sup>43</sup> A Bíróság azonban – a döntés felelősségét elhárítva – a tagállamok hatáskörébe utalta a magzati jogalanyisággal kapcsolatos átlásfoglalást, részben azért, mert nincs európai konszenzus az élet kezdetének tudományos és jogi definíciójával kapcsolatban. Az európai dokumentumokra utalva a Bíróság megállapította: „nincs konszenzus az embrió és/vagy a magzat természetét és státuszát illetően”, és bár történtek lépések a védelmükre, ez „úgy tekinthető, mint az államok közötti közös alap, miszerint az embrió/magzat az emberi fajhoz tartozik”.<sup>44</sup>

A Vo v. France-döntés azt sugallja, hogy az európai konszenzus és a tagállamok által osztott közös alap ('common ground') nem ugyanazt jelöli, a konszenzus esetén a Bíróság többet kíván meg. A két fogalom között érezhető tartalmi különbség<sup>45</sup> különösen a konszenzus-analízis és a tagállami mérlegelési szabadság kapcsolatának vizsgálata során nyer jelentőséget – a későbbiekben a jelen tanulmány erre részletesen kitér. Előzetesen megállapítható, hogy a közös alap vizsgálata során a Bíróság elsősorban a szabályozási alapelvekben keres egységes tagállami gyakorlatot, míg az európai konszenzus mélyebb egyetértést feltételez, akár részletszabályokig terjedő egységes gyakorlatot.

#### *A tendenciákra utalás – kiterjesztő konszenzus-analízis*

A kiterjesztő konszenzus-analízis körében hivatkozott fogalmak általánosságban kevésbé szigorú standardok, a Bíróság nem várja el a konszenzus kimondásához szükséges többséget.

Fontos azonban, hogy ezek egyike sem eredményezi a konszenzushoz hasonlóan a tagállami mérlegelési szabadság lényeges módosulását; a gyakorlatban más értelmezési módzerekkel – elsősorban a későbbiekben vizsgált dinamikus megközelítéssel – együtt vezetnek a magasabb védelmi szint kimondásához. Ilyen fogalomnak tekinthető az általános/nemzetközi trend ('general/international trend'), a növekvő tendencia ('growing tendency'), a fejlődő európai kontextus ('evolving European context'), a kialakulóban lévő konszenzus ('emerging consensus'), a folyamatosan növekvő európai konszenzus ('an ever growing European consensus'), valamint a nemzetközi és összehasonlító jogban megfigyelhető fejlődő trend ('developing trend in international and comparative law').

A kiterjesztő konszenzus-alapú érvelés gyakorlatában a leggyakrabban a kialakulóban lévő konszenzus ('emerging consensus') jelenik meg a strasbourgi ítéletek indokolásában. Az elnevezésből egyértelmű: a Bíróság akkor használja a fogalmat, amikor még nem állapítható meg az európai konszenzus kimondásához szükséges többség. A kialakulóban lévő konszenzus három, jól elhatárolható esetkörben jelenik meg: 1. az életvitelszerűen lakókocsikban élő romák ügyeiben; 2. a Nagykamara két transzszexuális jogokat tárgyaló ítéletében (utalásként a korábbi döntésre); és 3. olyan ügyekben, ahol a Bíróság a 8. cikk megsértését vizsgálta a 14. cikkel összefüggésben. Az esetek érdekessége, hogy a Bíróság az 'emerging consensus' fogalmát jelentősen eltérő kontextusban alkalmazza.

A lakókocsik elhelyezésével kapcsolatos ügyekben az érvelés mind az öt érintett esetben azonos. A kérelmezők, illetve az oldalukon beavatkozó European Roma Rights Center a következőképpen érvelt: az Európa Tanács, az EU és az EBESZ keretében született dokumentumok igazolják a kialakulóban lévő (nemzetközi) konszenzus kimondását, és ennek következtében a Bíróságnak el kell térnie a korábban képviselt – a kormánynak széles mozgásteret biztosító – álláspontjától.<sup>46</sup> A Bíróság minden esetben visszautasította ezt az érvet: nem találta a konszenzust kellően „konkrétnek”.<sup>47</sup> A kialakulóban lévő konszenzus ezekben tehát köznapi értelemben szerepel: történtek nemzetközi jogi lépések a kisebbségek jogainak szabályozására, ám ezek a döntések idején még nem jelentek meg a nemzeti jogrendszerben. A kérelmezők értelmezésében azonban a nemzetközi jogi kötelezettségvállalásokban már tetten érhető az államok azon szándéka, hogy a kisebbségek jogainak szabályozására, ám ezek a döntések idején még nem jelentek meg a nemzeti jogrendszerben. A kérelmezők értelmezésében azonban a nemzetközi jogi kötelezettségvállalásokban már tetten érhető az államok azon szándéka, hogy a kisebbségek jogainak szabályozására, ám ezek a döntések idején még nem jelentek meg a nemzeti jogrendszerben.

ségi csoportok jogait megfelelően rendezzék, és ezt a Bíróság is elismerhetné.<sup>48</sup>

A transzszexuális esetek mellett az 'emerging consensus' fogalmát a Bíróság többször hivatkozta a jogkorlátozás megítélésére vonatkozó általános alapelvek áttekintése során – többek között – olyan ítéletekben, amelyekben a kérelmező a magán- és családi élethez való jog (8. cikk) megsértését állította a diszkriminációtilalmat megfogalmazó 14. cikk összefüggésben. A Bíróság mindhárom ügyben ugyanazt a tételt fogalmazta meg a tagállami diszkrimináció meghatározása során:

„Mivel az Egyezmény mindenekelőtt egy emberi jogokat védő rendszer, a Bíróságnak [...] figyelemmel kell lennie a Szerződő Államokban [tapasztalható] megváltozott körülményekre és válaszolnia kell, például, az elérendő standardokkal összefüggő, bármely kialakuló konszenzusra [...]”<sup>49</sup>

Bár a Bíróság a gyermeket nevelő apa juttatásaira vonatkozóan nem nevesíti a kialakulóban lévő európai konszenzust, a magasabb mérce alkalmazását (és az addigi esetjogtól való eltérést) egyértelműen jelzi a Weller-ügyben korábban hozott ítélet. Ezt a Bíróság a Markin-döntésben is megerősíti. A Bíróság önkényes értelmezését jelzi, hogy csupán az utóbbi ítélet tartalmaz összehasonlító jogi kitekintést: ez alapján megállapítható, hogy a kialakulóban lévő konszenzus nem több mint egy retorikai fordulat.<sup>50</sup> Az indokolás tanulsága szerint a gyermeknevelési szabadság kérdésében olyan mértékű egyetértés volt az európai államok között, hogy az indokolta volna a konszenzus kimondását is.

A kialakulóban lévő konszenzushoz hasonló értelemben használja a Bíróság a trendre utalást, bár utóbbi nem gyakori az esetjogban. A trend fogalmából hiányzik a konszenzusra jellemző egyetértés, közös álláspont feltételezése; ezt a Bíróság nem is kívánja állítani. A használatát jól példázza a *Christine Goodwin v. the United Kingdom*-ügy.<sup>51</sup> Az ítéletet megelőzően a Bíróság többször egyezménykonformnak találta azt a brit gyakorlatot, amely nem engedélyezte a nemváltoztatás tényének átvezetését a születési anyakönyvi kivonatra.<sup>52</sup> Bár a testület már az 1998-as *Sheffield and Horsham*-döntésben utalt a kialakulóban lévő konszenzusra, ezt még a *Goodwin*-ítélet idején sem találta megalapozottnak.<sup>53</sup> Utóbbi esetben kivételesen a konszenzus hiánya nem kapott akkora hangsúlyt, mint ahogyan azt az esetjog alapján várhatnánk: azt ellensúlyozta a transzszexuálisok növekvő társadalmi elfogadottságával ('increased social acceptance') és a jogi

elismeréssel kapcsolatos „folyamatos nemzetközi trendre [‘continuing international trend’] vonatkozó egyértelmű és vitathatatlan bizonyíték.”<sup>54</sup> A Nagykamara érvelése alapján nem kétséges, hogy a konszenzus és a trend nem egymást átfedő fogalmak, hiszen konszenzus hiányában is igazolhatja a 'margin of appreciation'-t szűkítő döntést a nemzetközi trend. Úgy tűnik viszont, hogy ez a fogalmi zavar csak átmeneti volt; a *Goodwin*-üggyel azonos időben és azonos kérdésben született I. v. the United Kingdom-ügyön<sup>55</sup> kívül a nemzetközi trend kifejezés önmagában nem került be a Bíróság szóhasználatába.<sup>56</sup>

A trendhez hasonló növekvő tendencia ('growing tendency') is csak két, a vonatkozó részben gyakorlatilag azonos érvelést tartalmazó ügyben jelenik meg. A Bíróság először a melegházassággal kapcsolatos *Schalk and Kopf v. Austria*-ügyben<sup>57</sup> utalt a meleg párkapcsolatok családként elismerésével kapcsolatos fejlődésre:

„A Bíróság megjegyzi, hogy 2001 óta, amikor a *Mata Estevez*-döntés született, sok tagállamban gyors fejlődésnek indult az azonos nemű párokkal kapcsolatos társadalmi hozzáállás. Azóta jelentős számú Tagállam biztosított jogi elismerést az azonos nemű pároknak. [...] Az EU- jog bizonyos rendelkezései ugyancsak igazolják azt a növekvő tendenciát, hogy az azonos nemű párokat a család fogalma alá kell vonni [...]”<sup>58</sup>

Ugyanez a bekezdés köszön vissza a *Schalk and Kopf*-ot néhány héttel követően eldöntött *P. B. and J. S. v. Austria*-ítéletben is.<sup>59</sup> Az növekvő tendenciára hivatkozással a strasbourgi Bíróság mindkét esetben a család fogalmának védelme alá rendelte az azonos nemű párokat is, és utóbbi esetben ezen az alapon nem találta igazolhatónak a stabil párkapcsolatban élő melegek kizárását bizonyos, a különemű párokat megillető juttatásokból, így végső soron egyezményellenesnek tekintette az eltérő bánásmódot.

Szintén egyfajta értelmezési zárványnak tekinthető a fejlődő európai kontextus ('evolving European context') és a közös kiindulási pont ('common point of departure') is. A két kifejezés és az ezekre épülő érvelés egy kivétellel<sup>60</sup> mindig együttesen jelent meg: mindkét releváns szempont a házasságon kívül született gyermekek feletti szülői felügyeleti jogok érvényesítését érintette.<sup>61</sup>

A kiterjesztő konszenzus-analízis körébe sorolt fogalmak kevésbé vetnek fel a megszorító értelmezés körébe sorolt elnevezésekhez hasonló értelmezési problémákat – részben azért, mert meglehetősen el-

szigetelten fordulnak csak elő –, és rendszerint a dinamikus jogértelmezés melletti érvként szerepelnek.

### A TAGÁLLAMI MÉRLEGELESI SZABADSÁG ÉS AZ EURÓPAI KONSZENZUS KAPCSOLATA

A tagállami mérlegelési szabadság elismerése az Egyezmény értelmezésének egyik legvitatottabb értelmezési alapelve. A Bíróság ezáltal elismeri, hogy bizonyos kérdésekben a nemzeti jogalkalmazó alapvetően kedvezőbb helyzetben van az Egyezmény hatékony végrehajtásához szükséges feltételek megítélése során.<sup>62</sup> Egyes szerzők szerint a 'margin of appreciation' elismerésével a strasbourgi testület egyszerűen elhárítja magától a döntés felelősségét,<sup>63</sup> míg mások kifejezetten szükségszerűnek tekintik a doktrína alkalmazását egy olyan sokszínű rendszerben, mint amilyen az Európa Tanács.<sup>64</sup> Akár kívánatosnak, akár kártékonynak tekintjük, abban viszonylagos egyetértés mutatkozik, hogy a tagállami mérlegelési szabadság alkalmazásának módja – akár kívánatos, akár kártékony – erősen kifogásolható. A Bíróság mindmáig adós maradt egy átlátható, kiszámítható módszertan kialakításával: annak ellenére, hogy a 'margin of appreciation' terjedelmét befolyásoló faktorok mára már kikristályosodtak az esetjogban, ezek egymáshoz való viszonya továbbra is tisztázatlan. Emiatt számos döntéssel szemben megfogalmazható a doktrína önkényes alkalmazásának kritikája: egyrészt a Bíróság – helyesen – törekedni látszik a nemzeti szuverenitás és a nemzetközi felülvizsgálat közötti kényes egyensúly megtalálására, másrészt azonban mindezt problematikus jogi analízis keretében teszi.<sup>65</sup>

Az esetjog alapján megállapítható: az európai konszenzus vizsgálata szorosan kapcsolódik a tagállamoknak biztosított mérlegelési szabadság terjedelmének meghatározásához. A tagállami szintű közös gyakorlat áttekintése legtöbbször a 'margin of appreciation' határainak kijelöléséhez köthető, viszont ez fordítva nem szükségszerűen igaz. A nemzeti hatóságok rendelkezésére álló mozgástér, illetve az Egyezménynek megfelelő eljárás vizsgálata nem minden esetben vonz konszenzus-analízist. Találunk olyan véleményt is, amely szerint az Egyezmény összehasonlító jogra alapozott fejlesztése nem csupán a tagállami diszkréció határainak meghatározása során merülhet fel. Christoffersen határozottan károsnak tartja az összehasonlító jogi érvelés és a 'margin of appreciation' közötti kapcsolat automatikus feltételezését, mivel az a szükségesnél jobban erősíti a rendszer szubszidiaritásába vetett hitet.<sup>66</sup>

Annak ellenére, hogy védhető a fenti álláspont, jelen írás alapját elsősorban azok az esetek adják, amelyekben az összehasonlító jogi vizsgálaton alapuló konszenzus-analízis a tagállami mozgástér megítéléséhez kapcsolódott.

Általánosságban megállapítható – és a joggyakorlat alapján igazolható –, hogy az európai konszenzus megléte vagy hiánya két irányban hathat a tagállami mérlegelési szabadságra: egyrészt befolyásolhatja a Bíróság felülvizsgálatának intenzitását, másrészt szerepet játszhat a jog tartalmának meghatározása során is (hogy egyes részjogositványok védendőek-e, illetve, hogy hol határozható meg a védelem szintje).<sup>67</sup>

Bár az esetjog alapján a kapcsolat nyilvánvaló, a szakirodalom megosztott a konszenzus-analízis és a tagállamoknak biztosított mérlegelési szabadság egymáshoz való viszonyát illetően; a szerzők rendszerint a két koncepció kapcsolatának egy-egy elemét tartják hangsúlyosnak és meghatározónak. Eva Brems elismeri, hogy a konszenzus léte vagy hiánya befolyásolja a 'margin of appreciation' terjedelmét – e kérdésben egyetértés mutatkozik a szerzők között. Brems véleménye szerint az érvelés a következőképpen működik:

„ha valamely gyakorlat vagy szabályozás, amelyről az állam azt állítja, hogy az a nemzeti mérlegelési szabadság része, nem található meg egyik másik tagállam jogrendszerében sem, akkor ez a gyakorlat vagy szabályozás gyanús, és a mérlegelési szabadság ezen okból valószínűleg korlátozott lesz. Ellenben, ha a gyakorlat vagy szabályozás más tagállamokban is megtalálható, az erősíteni fogja a nemzeti kormány pozícióját.”<sup>68</sup>

A konszenzus igazolása ebben az esetben is a közös örökség, amelyből levezethető az európai jogvédelem rendszere és az abban alkalmazott standardok. A közös örökségre hivatkozással Brems mérlegeli azokat az eseteket is, amelyekben a konszenzus nem csupán a felülvizsgálati hatáskör határainak meghatározására, hanem a jog tartalma és az ahhoz kapcsolódó védelmi szint megállapítására is szolgál.<sup>69</sup>

Helfer elsősorban a Bíróság önmegtartóztatásának mértékét befolyásoló tényezőnek tekinti az európai konszenzus vizsgálatát: „az önmegtartóztatás és az »európai felülvizsgálat« közötti egyensúly megtalálása során” a Bíróság vizsgálja a tagállamok közötti közös gyakorlatot.<sup>70</sup> Annak érdekében, hogy a strasbourgi szervek eldönthessék, hogy az adott ügyben mekkora távolságtartás szükséges, a konszenzus-analízist kiegészítették a 'margin of appreciation' egy olyan értelmezésével, amely „számításba veszi



annak változó mértékét és kontextusfüggő természetét.<sup>71</sup> Az ő felfogásában azonban nem válik el teljesen az érdemi és a strukturális mérlegelési szabadság:

„amennyiben az államok igazolták, hogy egy egyezményes jog védelmét illetően változó megközelítések léteznek, vagy megkérdőjelezték [a strasbourggi szervek] alkalmasságát egy bizonyos típusú jogvita eldöntésére, a Bíróság és a Bizottság szélesen meghatározott keretek között biztosított diszkréciót a tagállamoknak az egyéni jogok korlátozására.”<sup>72</sup>

Ez az értelmezés egy kategóriában kezeli azokat az eseteket, ahol a Bíróság hagyományosan visszafogott felülvizsgálat-gyakorlásra hajlandó csak – a sokszínűség védelmében –, és azokat az ügyeket, amelyekben a testület a jogkiterjesztés vagy a szigorúbb mérce alkalmazása érdekében nyúl az összehasonlító jogi érveléshez. A jog tartalmával vagy a védelem hatályával kapcsolatban fennálló európai konszenzus esetén a Bíróság – a fenti érvelés alapján – nagyobb valószínűséggel állapítja meg az Egyezmény megsértését olyan államokkal szemben, amelyek alacsonyabb szintű vagy szűkebb kört érintő védelmet biztosítanak.<sup>73</sup>

Végül említésre érdemes, hogy Letsas a fentiekől némiképpen eltérve kizárólag a tagállami diszkréció strukturális – a Bíróság felülvizsgálati jogkörének határait megszabó – koncepciójához kapcsolja a konszenzus-analízist. A 'margin of appreciation' ezen formája lehetővé teszi, hogy bizonyos területeken a tagállamok érdemi strasbourggi felülvizsgálat nélkül mozogjanak. Ezt indokolja a Bíróság „szervezeti kompetenciája”, a tény, hogy a nemzeti hatóságok alapvetően kedvezőbb helyzetben vannak a jogkorlátozási igények és azok mértékének megítélésére. Letsas szerint a strasbourggi testület két esetben tanúsít jelentősnek ítéltető önmegtartóztatást: egyrészt, „amikor a Szerződő Államok között nem észlelhető konszenzus abban, hogy az egyéneknek milyen emberi jogai vannak”, másrészt amikor „a Bíróság tiszteletben tartja a nemzeti hatóságok döntéseit, mert utóbbiak kedvezőbb helyzetben vannak az adott Szerződő Államban felmerülő politikailag érzékeny problémák eldöntésére.”<sup>74</sup> Utóbbi körbe elsősorban a derogációval kapcsolatos döntések sorolhatók.

Jelen írás elfogadja a fenti álláspontok helytállóságát, ugyanakkor a szerzők által tett megállapítások

továbbgondolását javasolja. Nem mondható ki minden kétséget kizáróan, hogy a Bíróság csupán az ügy tényállása által megkívánt bírói visszafogottság mértékének megállapításakor, vagy csak a jog tartalmának és a védelmi kör meghatározásakor alkalmaz konszenzus-analízist. Természetesen nem állítható az sem, hogy minden esetben elkülöníthető a vizsgálat előbb javasolt két szintje, mégis elválasztható az ítéletek azon köre, ahol a Bíróság csak a helyes bírói attitűd megválasztására alkalmazta az összehasonlító jogi érvelést, azoktól a döntésektől, ahol a védelem hatályának szűkebb vagy tágabb értelmezését szolgálta az európai konszenzus (vagy a hasonló név alatt megjelenő koncepciók) vizsgálata.

Az esetjog áttekintése alapján elmondható, hogy az önmegtartóztató felülvizsgálat esetében a konszenzus elsősorban negatív irányban működik. Leegyszerűsítve, ezek a döntések a következő érvelést használják: ha a vizsgált kérdésben nincs a tagállamok között egyértelműen megállapítható közös alap, akkor egyéb mérlegelési szabadságot szűkítő tényező hiányában a 'margin of appreciation' széles, és a Bíróság kevésbé szigorúan méri a tagállami jogkorlátozást.<sup>75</sup> Ezzel szemben az Egyezmény által biztosított védelem és a jog tartalmával kapcsolatos vizsgálat mindig pozitív irányból közelít a jogvita alapját képező problémához: a Bíróság akkor hajlandó a védelmet kiterjeszteni/továbbfejleszteni, ha a nemzeti jogrendszerekben kimutatható valamiféle szabályozási konszenzus. A konszenzus ebben az esetben a magasabb szintű vagy tágabb védelemre vonatkoztatható. Mint minden esetben, itt is találunk olyan példát, amely nem illeszthető egyértelműen egyik kategóriába sem.

#### *Közös alap hiánya: korlátozott felülvizsgálat*

A Bíróság a felülvizsgálati jogkörét visszafogottabban gyakorolja – kevésbé szigorú a nemzeti hatóságok jogkorlátozásának megítélését illetően – azokban az esetekben, amelyek a nemzeti jogok által nagyon eltérően rendezett jogi problémák miatt kerülnek a testület elé. A közös alap hiánya ilyenkor szélesebb tagállami mozgásszabadságot von maga után, és a strasbourggi testület csak azt vizsgálja, hogy az állam a neki biztosított 'margin of appreciation' határain belül maradt-e. Az továbbra is vitatott, hogy az általánosan megfogalmazott mozgástér pontosan mit takar, és ezzel kapcsolatban az ítéletek csak mérsékelt iránymutatást adnak. A közös alap vagy a konszen-

AZ ÖSSZEHASONLÍTÓ JOGI ÉRVELÉS... VISSZAFOGJA A BÍRÓSÁGOT A JOGFEJLESZTÉSBEN, HISZEN EZZEL A TESTÜLET TOVÁBBRA IS KÖTVE VAN A TAGÁLLAMI GYAKORLATOKHOZ, ILLETVE KÖRÜLMÉNYEKHEZ.

zus hiánya a Bíróság „értelmezési jogkörét”<sup>76</sup> korlátozza: ezekben az ügyekben a Bíróság szinte egyáltalán nem, vagy legalábbis nem olyan mélységben vizsgálja felül a nemzeti jogkorlátozó intézkedéseket, mint ahogyan egy szűkebb tagállami mozgásteret engedő kérdésben tenné. E tekintetben a konszenzus-analízis visszafogja a Bíróságot, és kifejezetten gátolja a jogfejlesztést.

A közös alap hiánya számos esetben hivatkozási alap a kérelem elfogadhatatlanságáról rendelkező döntésekben: korábban a Bizottság, ma már a Bíróság sorra ítéli nyilvánvalóan alaptalannak (‘manifestly ill-founded’) azokat a beadványokat, amelyekben a felvetett jogi problémára vonatkozóan nincs egységes európai megközelítés, és az állam láthatólag nem lépett túl a diszkrecionális jogkörének határain. Az esetjogban e körbe sorolható – és viszonylag sok panaszt érintett – a strasbourgi szervezetnek a névjogi kérdésekben mutatott visszafogott szerepvállalása.

A mérföldkőnek tekinthető *Stjerna v. Finland*-ügyben<sup>77</sup> a Bíróság kimondta, hogy a névviseeléshez és a név megválasztásához való jog az Egyezmény 8. cikke alá vonható, de önmagában a választást korlátozó állami szabályozás nem szükségszerűen vezet az egyezményellenesség megállapításához. Mivel a tagállami jogszabályok oly mértékben eltérnek egymástól, hogy nem állapítható meg egységes európai gyakorlat e téren, a nemzeti hatóságok – ezzel arányosan – viszonylag széles mozgástérrel rendelkeznek a belső jogi szabályozás kialakítása során. A felülvizsgálat kizárólag arra vonatkozik, hogy a szabályozással az állam – ebben az esetben Finnország – a ‘margin of appreciation’ határain belül maradt-e. Mindaddig, amíg a tagállam *prima facie* e határokon belül mozog, a szokásos érdekek közötti egyensúly megtalálására vonatkozó teszt érdemi áttekintése elmarad.<sup>78</sup>

Hagyományosan visszafogott Bírósági felülvizsgálat alá esnek azok az ügyek is, amelyekben a jogkorlátozás alapja mások vallási meggyőződésének vagy érzékenységének védelme.<sup>79</sup> Ezekből az ügyekből egyértelműen látszik, hogy ilyenkor a Bíróság nem veszi végig az Egyezmény 10. cikkének 2. bekezdésében foglalt jogkorlátozási teszt elemét, hanem egy sokkal engedékenyebb mércével mér. A klasszikusnak tekinthető *Otto-Preminger-Institut v. Austria*-ügyben<sup>80</sup> a tiroli katolikus többség vallási érzelme előnyt élvezett a művészeti és szólásszabadság védelmével szemben. A Bíróság kimondta:

„[m]int ahogy az „erkölcs” esetében, a vallás társadalmon belüli jelentőségével kapcsolatban sem

lehet egy Európán átívelő felfogást találni [...]; [azok] akár egy államon belül is eltérhetnek.”<sup>81</sup>

A korlátozás szükségességének megítélése során a nemzeti hatóságokat tehát meglehetősen széles mozgástér illeti meg. Ezt végső soron felülvizsgál(hat)ja a Bíróság, de amint az ebből az esetből is kitűnik, ez korántsem azonos a vélemény szabadságot érintő ügyek esetében alkalmazott szigorú teszttel.

Ugyanerre a következtetésre jutunk akkor is, ha az *Otto-Preminger-Institut*-ügy angliai megfelelőjét olvassuk. A *Wingrove v. the United Kingdom*-ítéletben a Bíróság ismét megállapította, hogy kicsi a közös alap a tagállamok között azt tekintve, hogy mi az elfogadható korlátozás a vallási meggyőződést sértő, egyesek szerint istenkáromló alkotások esetében.<sup>82</sup> A Bíróság a *Wingrove*-ügyben az egyébként demokratikus társadalomban való szükségességet és arányosságot megkívánó jogkorlátozási tesztből csupán azt tartotta meg, hogy a korlátozás igazolására felhozott állami érveknek megfelelőnek és relevánsnak kell lenniük.<sup>83</sup> Amíg tehát a kormány nem az állattenyésztők piaci részesedését adja meg korlátozási indokként, hanem a tényálláshoz kapcsolódóan fogalmazza meg az ügyben képviselt védekezését, addig a Bíróság által támasztott feltételeknek megfelel.<sup>84</sup> Érdemes összehasonlítani az ítélet érvelését a ‘klasszikus’ szólásszabadság határait feszegető ítéletekkel és az abban képviselt szigorú standardokkal, amely Mahoney véleménye szerint azt jelzi, hogy a Bíróság a politikai és a köz érdekét szolgáló közlés esetében az univerzalizmus elvének enged elsőbbséget, míg a fentiekhez hasonló esetekben a szubszidiaritás által megkívánt visszafogottságot választja.<sup>85</sup>

Természetesen a fenti esetek nem adnak átfogó képet azokról az ügyekről, amelyekben a Bíróság a döntés elhárítására, illetve a tagállami intézkedések (majdnem teljesen feltétel nélküli) tiszteletben tartására használta a közös alap hiányát – ez nem célja jelen írásnak. A példák annak illusztrálására szolgálnak, hogy lássuk, a ‘margin of appreciation’-nel összefüggésben ilyen irányú felhasználása is van a közelmúltban már egyre inkább valódi jog-összehasonlításon alapuló konszenzus-analízisnek és azon belül a közös alapra – vagy inkább annak hiányára – alapított érvelésnek.<sup>86</sup> Fontos azonban látni: a ‘common ground’-ra hivatkozással a Bíróság könnyen a védelmi szint leszállítása irányába mozdulhat el: minél több tagállamot vonunk be a vizsgálatba (és konszenzus-analízis esetén ezt feltételezzük), annál nagyobb a valószínűsége, hogy nem rajzolódik ki egy széles körben osztott közös alap.<sup>87</sup>

### *Konszenzus: tartalmi vizsgálat*

A tagállami mérlegelési szabadság és a konszenzus-analízis másik fontos kapcsolódási pontja a védelem körének és a védett jog tartalmának meghatározása. E tekintetben a konszenzus a Bíróság felülvizsgálati jogosultságát alapvetően korlátozó tagállami mérlegelési szabadság aktivista ellenpontjaként működik. Az előbbiekkal összhangban a nemzeti hatóságok mindaddig viszonylag szabadon választhatják meg a szabályozási eszközöket, és korlátozhatnak annak érdekében egyéni jogosítványokat, amíg a kérdésben nincs egységesnek tekinthető európai megközelítés.

A konszenzus-analízis a jogvédelem tartalmi vizsgálatához kötött felhasználása illeszkedik az összehasonlító jogi érvelés pragmatikus, elsősorban a politikai realitást szem előtt tartó igazolásához. Eszerint nincs helye jogkiterjesztésnek egészen addig, amíg arra vonatkozóan nem állapítható meg valamiféle egységes tagállami gyakorlat. Ez az értelmezés jól összeegyeztethető a Bíróság mint szubsidiárius nemzetközi jogi intézmény szerepvállalásával is. Az ezzel kapcsolatban felvethető kifogás azonban első olvasásra is nyilvánvaló: ha kizárólag ezt a megközelítést követné a strasbourgi testület az Egyezmény értelmezése során, akkor nagyon könnyen a legkisebb közös nevező mentén határozná meg a jogok tartalmát és az Egyezmény által ajánlott védelmet: a nemzeti jogalkotók nem feltétlenül elkötelezettek az egyezményes jogoknak biztosított védelem kiterjesztése mellett, és ennek hiányában a jogfejlesztés lényegében kizárt lenne.<sup>88</sup>

A konszenzus léte elviekben tehát szűkíti a tagállami mérlegelési szabadságot; vitatható azonban, hogy mennyire mély egyetértés szükséges a nemzeti jogalkotók között. Nem egységes a gyakorlat a fordulópontot illetően: előfordul, hogy viszonylag kis számú állam hasonló eljárása elégséges a konszenzus<sup>89</sup> (esetleg trend<sup>90</sup> vagy kialakulóban lévő konszenzus<sup>91</sup>) kimondásához, míg más kérdésekben a nagyon hasonló tagállami megoldások nem alapozták meg a nemzeti hatóságoknak biztosított mérlegelési szabadság szűkítését.

A vizsgálat szempontjából itt is fontos különbséget tenni a „klasszikus” – megszorító – konszenzus-analízis és a módszertanilag és tartalmilag ahhoz hasonló, korábban a kiterjesztő konszenzus-analízis körébe sorolt koncepciók között. A tartalmi vizsgálat során használt európai konszenzus esetében a Bíróság viszonylag szigorú mércével mér: nagyszámú tagállam által követett jogi megoldás szükséges a szűkebb 'margin of appreciation' megállapításához (ha egyéb tényezők azt nem befolyásolják jelentősen). Előbbi esetben a konszenzus egyér-

telműen visszafogja a Bíróság kiterjesztő, illetve jogfejlesztő jogértelmezését, míg az abból levezethető, részben vagy egészben jog-összehasonlításra alapuló tendenciára utalások – amint ez a későbbiekben látni fogjuk – inkább a dinamikus jogértelmezés irányába mozdítják a gyakorlatot, és nem feltétlenül a tagállami mérlegelési szabadsággal összefüggésben hivatkozik rájuk a strasbourgi testület.

Az viszonylag ritka az esetjogban, hogy önmagában a konszenzus léte készítené a Bíróságot a tagállami mozgástér szűkítésére; az aktivista döntések legtöbbször egyéb igazolásokkal (például a védett jog kiemelt védelme<sup>92</sup>) vagy más értelmezési módszerek ('élő dokumentum'-doktrína és jogfejlesztő jogértelmezés<sup>93</sup>) bevonásával születnek. Érdekes kivételnek számít e téren az *S. and Marper v. the United Kingdom*-ügyben<sup>94</sup> hozott nagykamarai döntés. A két panaszos azt kérte a brit hatóságoktól, hogy felmentésüket, illetve az eljárás lezárását követően töröljék a bünyügyi nyilvántartásból az ujjlenyomataikat és a DNS-profiljukat. A vonatkozó törvény értelmében azonban erre nem volt lehetőségük, mivel a hatóságok az adatokat időbeli korlátozás nélkül nyilvántarthaták.

A Bíróság példásan áttekintette az adatvédelemre, különösen a büntetőeljárással összefüggésben szerzett személyes adatok kezelésére vonatkozó Európa Tanács-dokumentumokat. Ezek szerint az adatok tárolásának arányban kell állnia a felhasználással elérni kívánt céllal, és időbeni korlátot is meg kell határozni. A testület megállapította, hogy a brit szabályozáshoz hasonló, korlátlan felhasználást egyik nemzeti jog sem tartotta elfogadhatónak.

A brit kormány elsősorban azzal érvelt, hogy az Egyesült Királyság a DNS-minták hasznosítása terén úttörő szerepet tölt be, és más államok még nem értek el hasonló fejlettségi szintre. Ez pedig kizárja annak a lehetőségét, hogy az őket alapul vevő jog-összehasonlítás eredményeiből a Bíróság az Egyesült Királyságra vonatkozóan messzemenő következtetéseket vonjon le. Ezt az érvelést a Bíróság nem fogadta el: nem lehet figyelmen kívül hagyni azt a tényt – így az indokolás –, hogy más tagállamok korlátozták az ilyen jellegű bünyügyi minták tárolását és felhasználhatóságát, ezzel megteremtve az egyensúlyt az egyéni érdek (a magánélethez való jog) és a hatékony bűnüldözéssel szolgált közösségi érdek között. A Bíróság álláspontja szerint:

„a Szerződő Államok között e téren fennálló erős konszenzus számottevő jelentőséggel bír, és szűkíti az érintett Tagállam mérlegelési szabadságát a magánéletbe történő beavatkozás megengedhető határainak értékelése során.”<sup>95</sup>

Az új technológiák és általában a bűnözés elleni küzdelem nem jelenti azt – hangsúlyozta a Bíróság –, hogy a tagállamok szabadon gyengíthetik az Egyezmény által kínált védelmet. A konszenzussal szűkített tagállami mozgáster nem teszi lehetővé, hogy a brit hatóságok bűnmegelőzési céllal időbeli korlátozás nélkül kezelhessenek ujjlenyomatokat és DNS-mintákat, függetlenül attól, hogy a vétel alapjául szolgáló büntetőeljárásnak mi lett a végkimenetele.<sup>96</sup>

Hasonlóképpen egyértelműen a széles tagállami konszenzusra hivatkozással szűkítette le a Nagykamara a tagállami mozgásteret – ellentétben az első fokon eljáró kamarával – a *Bayatyan v. Armenia*-ügyben.<sup>97</sup> A Nagykamara ítéletében a 'margin of appreciation'-t két tényező befolyásolta: egyrészt a vallási pluralizmus fenntartása, amely elengedhetetlen a demokratikus társadalom fenntartásához, másrészt az európai konszenzus ténye. Utóbbival kapcsolatban a testület megjegyezte:

„A Bíróság már megállapította [...], hogy az Európa Tanács majdnem valamennyi Tagállamában, ahol valaha volt vagy még most is van kötelező sorkatonai szolgálat, az ilyen jellegű szolgálathoz képest alternatívákat vezettek be annak érdekében, hogy feloldják az esetleges konfliktust az egyéni lelkiismeret és a katonai kötelezettségek között. Ezért az az Állam, amely eddig nem tett így, csupán korlátozott mérlegelési szabadságot élvez, és bármely beavatkozás igazolására meggyőző és nyomós érveket kell felhoznia.”<sup>98</sup>

Az ítélet különösen tanulságos a kamarai szinten hozott döntéssel összevetve. Az első ítélet elsiklott a lelkiismereti szabadság kiemelt védelme fellett – az indokolásban az nem jelent meg mint a pluralizmus sarokköve –, és nem tulajdonított döntő jelentőséget az Európa Tanács egészére jellemző konszenzusnak. Ehelyett szigorú textualista érveléssel, az Egyezmény rabszolgaságot és kényszermunkát tilalmazó 4. cikkének értelmezésével elfogadhatónak találta az örmény kormány intézkedéseit, jelen ügyben a kérelmező elítélését. A Nagykamara ítélete ezt a hibát orvosolta, és a széles tagállami közös gyakorlatnak megfelelően minimálisra szűkítette az Örményországot megillető 'margin of appreciation'-t.<sup>99</sup>

A teljesség igénye nélkül bemutatott ítéletek jól példázzák, hogyan működik a Bíróság érvelése azokban az esetekben, ahol a tagállami mérlegelési szabadságot döntő mértékben csak a konszenzus léte vagy hiánya befolyásolja. Ahhoz, hogy a közös nemzeti gyakorlat lényegesen korlátozza a tagállami diszkréció, viszonylag széles körű egyetértésre volt

szükség, így a két értelmezési módszer kapcsolatában ritkábbak azok az ügyek, amelyekben kizárólag a konszenzus ösztönözte a Bíróságot arra, hogy szűkebben vonja meg a 'margin of appreciation' határait. Ezzel szemben gyakorlatilag szokásosnak tekinthető szöfordulat a strasbourgi gyakorlatban a közös alap hiányára vagy a közös alap csekélységére hivatkozás, ha a széles tagállami mozgásteret kell indokolni.

A két értelmezési módszer kapcsolatában azonban továbbra is problémát jelentenek az ún. 'nehéz ügyek'. E körbe azok az esetek sorolhatók, ahol a Bíróság – politikai vagy egyéb okokból – elsőbbséget engedett a megállapítható konszenzussal szemben a tagállami preferenciáknak. Ez a bírói hozzáállás nagyon jól tetten érhető a nemzeti abortusz-szabályozásokat érintő ügyekben. A Bíróság mind a francia,<sup>100</sup> mind az ír ügyben<sup>101</sup> kimondta: létezik jogi konszenzus a törvényben biztosított terhességmegszakítás liberalizációja terén, és csupán elenyésző számú tagállam tart fenn továbbra is csak a kivételes helyzetekre korlátozott hozzáférést. Ahelyett azonban, hogy a Bíróság az erősnek tekinthető konszenzussal összhangban limitálta volna a nemzeti hatóságoknak (ideértve a jogalkotót) biztosított szabályozási mozgásteret, áthelyezte a hangsúlyt egy olyan előkérdésre – az emberi élet kezdetére –, amely a döntés szempontjából nem volt releváns. Az *A., B. and C. v. Ireland*-ítéletben a Nagykamara kifejezetten elismeri a kérdés szenzitivitását és azt a tényt, hogy az abortusz kérdése érinti a helyi közvélemény erkölcsi érzékenységét.<sup>102</sup> A nehéz ügyek körébe sorolható még a *Lautsi and Others v. Italy*-ügy is, ahol a Nagykamara az összehasonlító jogi eredmények félreértelmezésével legitímálta – többek között – az Olaszországnak biztosított szélesnek mondható mérlegelési szabadságot.<sup>103</sup>

## A JOGFEJLESZTŐ JOGÉRTELMEZÉS ÉS A KONSZENZUS-ANALÍZIS

A tágran értelmezett európai konszenzus nem csupán a tagállami mérlegelési szabadság doktrínájával kapcsolódik össze. A dinamikus konszenzus-analízis körébe sorolható, elsősorban trendekre, tendenciákra történő hivatkozások, valamint a kialakulóban lévő európai konszenzus gyakran alapozzák meg a Bíróság aktivista hozzáállását, és ez jórészt a jogfejlesztő jogértelmezésre történő egyidejű utalással történik.

Az Emberi Jogok Európai Bírósága jogértelmezési spektrumának két szélső pontja a tagállami

mérlegelés elismerése és a nyitottság a jogfejlesztő, dinamikus megközelítésre. Egyes vélemények szerint a kettő között az összehasonlító jogértelmezés képez hidat. Míg a tagállami mérlegelési szabadság esetében igazolja a nemzeti hatóságoknak biztosított mozgástér szűkítését, addig a dinamikus jogértelmezés esetében gátat szab a túlzott aktivizmusnak.<sup>104</sup>

A dinamikus jogértelmezéssel a Bíróság az Egyezmény alkalmazását a kor elvárásaihoz igazítja. Ez magában foglalja a jogi, kulturális és társadalmi változások követését, és ez a bírói hozzáállás biztosítja, hogy az Egyezmény célkitűzéseitől – a demokrácia, a jogállamiság és az emberi jogok védelme – ne távolodjon el a joggyakorlat. A konszenzus-analízis pedig tökéletesen alkalmas arra, hogy a vizsgálatot európai kontextusba helyezze, és ezzel végső soron legitimálja a korábbi esetjogtól a magasabb védelmi szint irányába történő elmozdulást. Az összehasonlító jogi érvelés ebben a folyamatban a fék szerepét tölti be: visszafogja a Bíróságot a jogfejlesztésben, hiszen ezzel a testület továbbra is kötve van a tagállami gyakorlatokhoz, illetve körülményekhez.

A jogfejlesztő jogértelmezésre és az „élő dokumentum”-doktrínára alapított korai döntések még nem hivatkoztak a konszenzus-analízisre. A dinamikus megközelítés alapjait megteremtő Tyrer-ügyben<sup>105</sup> a Bíróság még általánosan fogalmazott: a kor elvárásainak megfelelő értelmezéshez a Bíróság vizsgálta más tagállamok büntetőpolitikáját, és erre alapozva mondta ki, hogy a fiatalokúak vesszőzése sérti a megalázó bánásmód tilalmát. Hasonlóképpen nincs egyértelmű konszenzus-vizsgálat a többször említett Dudgeon-ítélet mögött sem.<sup>106</sup> Először a Marckx-döntésben<sup>107</sup> hozott a Bíróság nemzetközi jogi dokumentumokat a megváltozott körülmények alátámasztására, és azóta egyre több esetben láthatjuk a két értelmezési technika összekapcsolódását.

Letsas a fenti három ügy részletes vizsgálata alapján úgy véli, hogy a Bíróság csupán egy „hipotetikus konszenzusra” utalt. Az ítéletek indokolása – Letsas olvasatában – a következő érvelést követi: a Bíróság megállapította, hogy van objektív érték vagy tartalom a védett jogok mögött; a jogfejlesztés csak annyiban fontos, hogy ezek az értékek és tartalmak felszínre kerüljenek; és ahhoz, hogy ezek az Egyezmény értelmezésére vonatkozó mércévé váljanak, nincs szükség a tagállamok többségét magában foglaló konszenzusra.<sup>108</sup> Ez a megközelítés mindenképpen igaz a korai joggyakorlatra, mára azonban az összehasonlítás alapuló konszenzus-analízis beépült a Bíróság gyakorlatába.

Előbbi állítást több, az elmúlt évtizedekben hozott döntés igazolja. A Bíróság a *Stafford v. the United Kingdom*-ítéletben<sup>109</sup> nyíltan elkötelezte magát a tagállami változásokra reflektáló jogfejlesztés mellett. A Nagykamara kimondta:

„Mivel az Egyezmény mindenekelőtt egy emberi jogokat védő rendszer, a Bíróságnak [...] figyelemmel kell lennie a Szerződő Államokban [tapasztalható] megváltozott körülményekre, és válaszolnia kell, például, az elérendő standardokkal összefüggő bármely kialakuló konszenzusra [...]”<sup>110</sup>

Ha a kialakulóban lévő vagy már egyértelmű konszenzust a Bíróság figyelmen kívül hagyja, maga lesz a fejlődés és az előrelépés gátja. A konszenzuson alapuló dinamikus megközelítést a strasbourgi testület a már említett *Christine Goodwin*-ügyben<sup>111</sup> is megerősítette.

A konszenzus-analízis vizsgálata során több olyan ügyet találunk, amelyekben az összehasonlító jogi érvelés kiegészítette az ‘élő dokumentumra’ hivatkozást, erősítve a jogkiterjesztő döntés megalapozottságát, és ezzel egy időben szűkítve a tagállamok mérlegelési szabadságát.<sup>112</sup> A fentebb ismertetett *Zaunegger v. Germany*-ügyben a Bíróság a szülői felügyelet megosztása kapcsán megállapított fejlődő európai kontextusra utalással helyezte előtérbe az Egyezmény dinamikus értelmezését.<sup>113</sup> Hasonlóképpen, a tagállami mérlegelési szabadság esetleges korlátozása a jogfejlesztő jogértelmezés ellenében volt az egyik központi kérdése a meglegházasságot érintő *Schalk and Kopf v. Austria*-esetnek is. Itt a Bíróság azonban még nem találta elegendőnek a növekvő tendenciát ahhoz, hogy arra hivatkozva állami kötelezettséget vezessen le a házasságkötéshez való jogból.<sup>114</sup>

## KÖVETKEZTETÉSEK

Az értelmezési módszerek és technikák fényében megállapítható: a konszenzus-analízis a tagállami mérlegelési szabadsággal összefüggésben meghatározóan konzervatív megközelítést eredményez, míg a tagállami jog-összehasonlításra alapozott érvelés a dinamikus vagy jogfejlesztő jogértelmezéssel együtt alkalmas arra, hogy a ‘margin of appreciation’ tiszteletben tartásából adódó visszafogottságot és bírói önmegtartóztatást kompenzálja.

A konszenzus és a tagállami mérlegelési szabadság kapcsolatának értékelése során fontos kitérni arra, hogy a két értelmezési módszerrel kapcsolat-

ban megfogalmazott kritikák részben azonosak.<sup>115</sup> Alkalmazásukat a jogirodalomban heves viták övezték és övezik még ma is. Az egyik lényegi kérdés a tagállami mérlegelési szabadság elismerésével kapcsolatban: alkalmas-e az Egyezmény arra, hogy lefedtesse azt az „univerzális standardot”,<sup>116</sup> amely bár elfogadja a szubszidiaritásból szükségszerűen következő tagállami diszkréciót, megfelelő szinten tartja a jogvédelem európai szintjét?

Hutchinson álláspontja szerint az univerzális standard helyett helyesebb egy „megfelelési zónát” (‘area of compliance’) feltételezni a tagállami mérlegelési szabadság értékelése során. Eszerint a ‘margin of appreciation’ határait befolyásoló különböző tényezők mérlegelésével a Bíróság meghatározza azt a sávot – és nem egy minden esetben azonos minimumot –, amelyen belül mozogva a kormányok egyezménykonform módon korlátozhatnak jogokat. Így az adott ügyben irányadó mércét befolyásolja a Bíróság által elfogadott tagállami mozgástér, amelyet főszabály szerint szűkíthet a tagállamok közötti közös gyakorlat vagy a megállapított európai konszenzus.

A joggyakorlat vizsgálata alapján – az abszolút jogok kivételével – még ezen megfelelési zóna kijelölése is nehézségek elé állítja a Bíróság joggyakorlatát kutatókat. Erre Hutchinson is rávilágít: amellett, hogy nem rajzolódik ki egy általánosan elfogadottnak tekinthető követelményrendszer, amely alá a tagállam nem viheti a védelmi szintet, a minimum standard meghatározása a Bíróság tagállami mérlegelési szabadsággal kapcsolatos gyakorlatával is nehezen egyeztethető össze,<sup>117</sup> hiszen annak határai esetről esetre változnak. Ugyanakkor amikor a ‘margin of appreciation’ terjedelme részben a nem feltétlenül az emberi jogok egyre szélesebb védelmét szem előtt tartó tagállamok jogrendszereinek összehasonlító vizsgálatától függ, az univerzális minimum elismerése nélkül a Bíróság könnyen ellentmondásba kerülhet korábbi gyakorlatával.

A tagállami mérlegelési szabadság önkényességével és előreláthatatlanságával összefüggésben már többen felvetették, hogy a strasbourgi rendszernek egyfajta strukturált döntéshozatali eljárásra lenne szüksége.<sup>118</sup> A konszenzus-analízissel kapcsolatban szintén érezhető: a módszertani hiányosságok inkonzisztens alkalmazással társulnak, így még viszonylag egyértelműnek hitt esetekben sem találja minden esetben döntőnek a Bíróság a közös tagállami gyakorlatot.<sup>119</sup> Nem egységes az esetjog az összehasonlítás tárgyainak és szintjeinek – nemzeti vagy nemzetközi konszenzus – megválasztásában vagy a jogkiterjesztéshez elvárt mélység megállapításában – matematikai többség vagy csupán néhány tagállam

eltérő gyakorlata –, és a különböző elnevezések is nehezítik a rendszer kiszámíthatóságát. Mindezek ellenére elmondható: a módszertanilag megalapozott konszenzus-analízis alkalmas lehetne arra, hogy egyfajta objektivitást és stabilitást vigyen a tagállami mérlegelési szabadság elismerésén alapuló döntéshozatalba. Ez azonban továbbra sem működik: részben maga az összehasonlító jogi érvelés megalapozatlansága, részben a ‘margin of appreciation’-t befolyásoló tényezők egymás közötti viszonyának rendezetlensége miatt.

A bizonytalan módszertani alapokon nyugvó konszenzus-analízis a jogfejlesztő jogértelmezéssel kapcsolatban is problémát jelent. Kiszámíthatatlan, hogy a konszenzus elemei közül melyiket tekinti a testület hangsúlyosnak: a dinamikus jogértelmezés nem minden esetben kívánja meg a jogi konszenzust, de erre vonatkozóan a Bíróság nem szolgál semmiféle iránymutatással.

A konszenzus-analízis tehát továbbra sem alkalmas arra, hogy legitimációs tényezőként működjön. A Bíróság egy módszertanilag kiszámítható tagállami jog-összehasonlítással megteremthetné a jelenleg még hiányzó egyensúlyt a tagállami sokszínűség tiszteletben tartó és a szuverenitást korlátozó funkciója között. A konszenzus vizsgálata alkalmas arra, hogy ezzel a kor elvárásainak megfelelően értelmezze az Egyezményt, anélkül, hogy a túlzott aktivizmus vádjával kelljen szembesülnie. Fontos azonban, hogy a megbízhatatlan forrásokon alapuló, önkényes jog-összehasonlítás könnyen alááshatja az Egyezmény rendszerébe vetett bizalmat.

## JEGYZETEK

1. Anne-Marie SLAUGHTER: A Typology of Transjudicial Communication, *University of Richmond Law Review*, 1994, 112–114. A közvetett párbeszéd mellett a szerző még megkülönbözteti a közvetlen dialógust és a monológot is.
2. Franz MATSCHER: Methods of Interpretation of the Convention, in *The European System for the Protection of Human Rights*, eds. R. St. J. MACDONALD – F. MATSCHER – H. PETZOLD, Dordrecht – Boston – London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 63–83.
3. Paulo G. CAROZZA: Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Notre Dame Law Review*, 1998/May-July, 1219–1220.
4. Olivier de SCHUTTER: L’Interprétation de la Convention Européenne des Droits de L’Homme: Un Essai

- en Démolition, *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques, Politiques & Sociales*, 1992, 92.
5. Dinah SHELTON: The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2003, 95–96.
  6. A példaként szolgáló esetek elsődlegesen a jogi konszenzus körébe sorolhatók, azonban a teljesség kedvéért említést kell tenni szakértői egyetértésen és az európai-helyi közvéleményen alapuló konszenzus-alapú érvelésről is. Lásd: POLGÁRI Eszter: A strasbourgi bíróság és az európai konszenzus. Értelmezési módszer vagy utólagos igazolás? *Fundamentum*, 2005/1, 8–10.
  7. Lásd CAROZZA (3. vj.), 1234.
  8. ETS no. 001.
  9. François OST: The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights, in *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*, eds. M. DELMAS-MARTY, Dordrecht – Boston – London, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 305–309. és Claire OVEY – Robin WHITE: *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 48–49.
  10. Jonas CHRISTOFFERSEN: *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 65.
  11. Laurence R. HELFER: Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights, *Cornell International Law Journal*, 1993/Winter, 140.
  12. Eyal BENVENISTI: Margin of Appreciation. Consensus and Universal Standards, *New York University Journal of International Law and Politics*, 2009/Summer, 851.
  13. Mary Ann GLENDON: *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, Maxwell Macmillan, 1993, 170.
  14. *Schlesinger's Comparative Law. Cases – Text – Materials*, 7th edition, Ugo MATTEI – Teemu RUSKOLA – Antonio GIDI eds., New York, Foundation Press/Thomson Reuters, 2009, 50.
  15. J. G. MERRILLS: *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 1993, 144–145. A Bíróság ugyanezt az érvelést követi a Pride-felvonulásokkal kapcsolatos, Oroszországgal szembeni ítéletében. Lásd: Alekseyev v. Russia 4916/07; 25924/08; 14599/09 (21/10/2010).
  16. Lásd SHELTON (5. vj.) 134–135.
  17. Eva BREMS: Should Rights Shape Societies and Their Values, or Should Societal Values Shape Rights? An Examination of the Case Law of the European Court of Human Rights, in *Constitutional Topography. Values and Constitutions*, András SAJÓ – Renáta URTZ eds., The Hague, Eleven International Publishing, 2010, 165.
  18. Peldaként szolgál az Egyezmény 12. cikke.
  19. Schalk and Kopf v. Austria 30141/04 (24/06/2010).
  20. Lásd például: Salabiaku v. France 10519/83 (07/10/1988), A141-A, illetve a későbbiekben részletesen tárgyalt közerkölcs-döntéseket.
  21. Az Első kiegészítő jegyzőkönyv 3. cikke tipikus példája annak, hogy a Bíróság csak szélsőséges esetben avatkozik be. A korai döntések közül lásd például: Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium 9267/81 (02/03/1987), A113.
  22. Pretto and Others v. Italy 7984/77 (08/12/1983), A71.
  23. Paul MARTENS: Perplexity of the National Judge Faced with the Vagaries of European Consensus, in *Dialogue between Judges*, Strasbourg, European Court of Human Rights, 2008, 81–82.
  24. Például: Opuz v. Turkey 33401/02 (09/06/2009).
  25. Dudgeon v. the United Kingdom 7525/76 (22/10/1981), A45.
  26. Uo., Walsh bíró részleges különvéleménye, par. 14.
  27. A tagállamok többsége által követett gyakorlatra hivatkozott Nagy-Britanniát és Belgiumot elmarasztaló döntésében a Bíróság a Tyrer- és Marckx-ügyekben. [Tyrer v. the United Kingdom 5856/72 (25/04/1978), A26, par. 38. és Marckx v. Belgium 6833/74 (13/06/1979), A31, par. 41.]
  28. *Dudgeon* (25. vj.), par. 49. A döntés kritikai értékelését lásd még Marie-Bénédicte DEMBOUR: *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 71–72.
  29. Marlow v. the United Kingdom 42015/98 (05/12/2000).
  30. Uo., The Law, par. 1.
  31. S. L. v. Austria 45330/99 (09/01/2003), Reports of Judgments and Decisions 2003-I, par. 31.
  32. *Evans v. the United Kingdom* [GC] 6339/05 (10/04/2007). A kérelmezőnek kezdődő petefészek-rákja miatt a műtétet megelőzően orvosai felajánlották, hogy a még meglévő petékkel az operációt követően kapcsolódjon be párjával egy mesterséges megtermékenyítési programba, és két év múlva kihordhatja a magzatot. Természetes módon nem lehetett többé gyermeke. Az embriók beültetéséhez azonban a partner hozzájárulása is szükséges volt, vele a panaszos kapcsolata időközben megszakadt. Az ügy központi problémája tehát az volt, hogy a brit szabályozás engedélyezte a partner beleegyezésének visszavonását. A döntés ismertetésére lásd Mary FORD: *Evans v United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence on Pregnancy?* *Human Rights Law Review*, 2008/1, 170–183.
  33. Evans (32. vj.) par. 79.
  34. Uo., par. 92. A Nagykamara annak ellenére, hogy kifejezte szimpátiáját a kérelmező irányába, nem találta

- egyezménysértőnek a brit jogszabállyal kialakított helyzetet. A mesterséges megtermékenyítés kérdésében a Bíróság továbbra is visszafogottan érvel. 2011-es döntésében a Nagykamara kimondta: az ivarsejt-adományozás tekintetében látható egy kialakuló konszenzus, de ez továbbra sem elegendő a tagállami mérlegelési szabadság szűkítéséhez. Lásd: *S. H. and Others v. Austria* [GC] 57813/00 (03/11/2011), Reports of Judgments and Decisions 2011.
35. *X., Y. and Z. v. the United Kingdom* [GC] 21830/93 (22/04/1997), Reports of Judgments and Decisions 1997-II.
  36. Uo., par. 44.
  37. *I. v. the United Kingdom* [GC] 25680/94 (11/07/2002), par. 65.; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC] 28957/95 (11/07/2002), Reports of Judgments and Decisions 2002-VI, par. 85.
  38. Uo., valamint *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom* [GC] 22985/93; 23390/94 (30/07/1998), Reports of Judgments and Decisions 1998-V, par. 57.; *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC] 74025/01 (06/10/2005), Reports of Judgments and Decisions 2005-IX, par. 81.; *Republican Party of Russia v. Russia* 12976/07 (12/04/2011), par. 110.
  39. *Sheffield and Horsham* (38. vj.).
  40. Lásd például: *Nikula v. Finland* 31611/96 (21/03/2002), Reports of Judgments and Decisions 2002-II, par. 46., valamint *Stambuk v. Germany* 37928/97 (17/10/2002), par. 40.
  41. *Vo v. France* 53924/00 [GC] (08/07/2004), Reports of Judgments and Decisions 2004-VIII.
  42. Uo., par. 35–40.
  43. Uo., par. 41.
  44. Uo., par. 84.
  45. Az eltérő tartalmat támasztja alá a Nagykamara egy korábbi döntése is: *X., Y. and Z. v. the United Kingdom* [GC] 21830/93 (22/04/1997), Reports of Judgments and Decisions 1997-II.
  46. A felülről kívánt esetjogra lásd: *Buckley v. the United Kingdom* 20348/92 (25/09/1996), Reports of Judgments and Decisions 1996-IV.
  47. Lásd például: *Chapman v. the United Kingdom* [GC] 27238/95 (18/01/2001), Reports of Judgments and Decisions 2001-I; *Beard v. the United Kingdom* [GC] 24882/94 (18/01/2001); és *Coster v. the United Kingdom* [GC] 24876/94 (18/01/2001).
  48. Ehhez nagyon hasonló érvelést a Bíróság a *Mareckx*-ügyben elfogadott az egyezményesért tagállami jogkorlátozás kimondása érdekében. *Mareckx* (27. vj.).
  49. Lásd például: *Weller v. Hungary* 44399/05 (31/03/2009) és *Konstantin Markin v. Russia* 30078/06 (07/10/2010).
  50. *Konstantin Markin v. Russia* 30078/06 (07/10/2010), par. 28–31.
  51. *Christine Goodwin* (37. vj.).
  52. Lásd: *Rees v. the United Kingdom* 9532/81 (17/10/1986), A106; *Cossey v. the United Kingdom* 10843/84 (27/09/1990), A184, valamint *Sheffield and Horsham* (38. vj.).
  53. A tagállami jogrendszerek sokszínűsége miatt ezt nem is tartotta a Bíróság meglepőnek. *Christine Goodwin* (37. vj.).
  54. Uo.
  55. *I. v. the United Kingdom* (37. vj.). A két döntés elemzésére lásd *Alexander MORAWA: The 'Common European Approach', 'International Trends', and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I. v. the United Kingdom*, *German Law Journal*, 2002/8. Elérhető: <http://www.german-lawjournal.com/index.php?pageID=11&cartID=172>
  56. A trendre utalás, némiképpen eltérő összetételben, megjelenik azokban az ügyekben is, ahol két ország között munkaviszonnyal vagy szolgálati viszonyal összefüggő jogkérdés – elsősorban eljárásjogi probléma – merült fel. Ezekben az ügyekben a Bíróság többször megalapozottan hivatkozott a „nemzetközi és összehasonlító jog trendjére” az állami immunitás korlátozása mellett. Az ítéletek mindegyike tartalmaz nemzetközi jogi kitekintést, így nem vitatható a Nagykamara szóhasználatának helytállósága és az érvelés helyessége. Ugyanakkor a kifejezés ezen az esetkörön kívül csak kérelmezői beadványokban merült fel, a transzszexuálisok jogait érintő ítéletekben hivatkozott trendhez hasonlóan nem terjedt el az esetjogban. Lásd: *T. v. the United Kingdom* [GC] 24724/94 (16/12/1999), par. 62 és *V. v. the United Kingdom* [GC] 24888/94 (16/12/1999), Reports of Judgments and Decisions 1999-IX, par. 64.
  57. *Schalk and Kopf* (19. vj.). Az ügy magyar ismertetését és kritikáját lásd *TORDAI Csaba: A Schalk-ügy. Az Emberi Jogok Európai Bíróságának ítélete az azonos nemű párok együttélésének jogi elismeréséről*, *Jogesetek Magyarázata*, 2010/4, 88–93.
  58. *Schalk and Kopf* (19. vj.), par. 93.
  59. *P. B. v. J. S. v. Austria* 18984/02 (22/07/2010), par. 29. Itt a biztosítási jogviszony azonos nemű párokra történő kiterjesztésével kapcsolatosan alakult ki jogvita az osztrák bíróságok előtt.
  60. *Brauer v. Germany* 3545/04 (28/05/2009), par. 43. Az ügy a házasságon kívül született gyermek öröklési jogát érintette: a Bíróság ismét kimondta, hogy jogilag nem tehető e tekintetben különbség a házasságban és az azon kívül született gyermekek jogosultságai között. Ebben a kontextusban hivatkozik az ítélet a fejlődő európai környezetre.
  61. *Zaunegger v. Germany* 22028/04 (03/12/2009), és *Sporer v. Austria* 35637/03 (03/02/2011).
  62. Lásd például: *Handyside v. the United Kingdom* 5493/72 (07/12/1976), A24, par. 48.



63. Ignacio DE LA RASILLA DEL MORAL: The Increasingly Marginal Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine, *German Law Journal*, 2006/6, 615.
64. Paul MAHONEY: Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism? *Human Rights Law Journal*, 1998/1, 1–2.
65. Justice John L. Murray: The Influence of the European Convention on Fundamental Rights on Community Law, *Fordham International Law Journal*, 2010/May, 1404.
66. Érvelése szerint a szükségszerű kapcsolat kimondása problémás, „mivel ez azt a látszatot kelti vagy tartja fenn, hogy a nemzetközi emberi jog alatti védelem általános meghatározása elsősorban és mindenekfelett a Bíróság felülvizsgálatába tartozó kérdés, és ennek megfelelően hat rá a Bíróság mint nemzetközi intézmény szubszidiárius pozíciója.” CHRISTOFFERSEN (10. vj.), 58.
67. A tagállami mérlegelési szabadságot és az ezzel arányos strasbourgi felülvizsgálatot a konszenzus mellett lényegesen befolyásolja a védett jog jellege, valamint a jogkorlátozással elérni kívánt legitím – egyezményben meghatározott – célkitűzés. Előbbire lásd Buckley v. the United Kingdom 20348/92 (25/09/1996), Reports of Judgments and Decisions 1996-IV.; utóbbira: Sunday Times v. the United Kingdom (No. 1) 6538/74 (26/04/1979), A30.
68. Eva BREMS: The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996/1–2, 276.
69. Így érvel Ambrus Mónika is, aki azonban a jog hatályának vizsgálatát teljesen elválasztja a tagállami mérlegelési szabadság analizisétől. Lásd AMBRUS MÓNIKA: Az összehasonlító jogi módszer alkalmazása az Emberi Jogi Európai Bíróság joggyakorlatában, a jogállamiság tükrében, *Föld-rész* 2009/2, 5–28.
70. Laurence R. HELFER: Lesbian and Gay Rights as Human Rights: Strategies for a United Europe, *Virginia Journal of International Law*, 1991, 164.
71. HELFER (11. vj.), 144.
72. Uo.
73. Lásd HELFER (II. vj.), 164.
74. George LETSAS: *A Theory of Interpretation of the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 90–91.
75. Ez ellentmond Brems fenti megállapításának, mivel ő elsősorban a jogkorlátozó tagállami intézkedésekre vonatkoztatja az európai konszenzust, nem pedig az emelt szintű védelemre.
76. Larry CATÁ BACKER: Chronicles in the Field of Cultural Production: Courts, Law and the Interpretive Process, *Boston College Third World Law Journal*, 2000/tavaszi, 306.
77. Stjerna v. Finland 18131/91 (25/11/1994), A299-B.
78. Ezt a megközelítést a Bíróság azóta is fenntartotta. A közelmúltból lásd: Golemanova v. Bulgaria 11369/04 (17/02/2011).
79. A vonatkozó strasbourgi joggyakorlat áttekintésére lásd: SAJÓ András: A szólásszabadság kézikönyve, Budapest, KJK-KERSZÖV, 2005, 112–116.
80. Otto-Preminger-Institut v. Austria 13470/87 (20/09/1994), A295-A.
81. Ibid, par. 50.
82. Wingrove v. the United Kingdom 17419/90 (25/11/1996), Reports of Judgments and Decisions 1996-V, par. 57.
83. Ibid, par. 59–60. Az ítélet kritikáját lásd: Jennifer JAMES – Sandy GHANDHI: The English Law of Blasphemy and the European Convention on Human Rights, *European Human Rights Law Review* 1998/4, 430–451.
84. Ugyanezen érvelést tartalmazza az Í. A. és a Murphy-ítélet indokolása is. Í. A. v. Turkey 42571/98 (13/09/2005), Reports of Judgments and Decisions 2005-VIII; Murphy v. Ireland 44179/98 (03/12/2003), Reports of Judgments and Decisions 2003-IX.
85. MAHONEY (85. vj.), 378.
86. A fent hivatkozott *Stjerna v. Finland* ügyben már találunk összehasonlító jogi áttekintést, és a döntés tanúsága szerint a német elfogadhatósági határozatok is támaszkodnak jog-összehasonlításra (ez területi okokból csak utalás szintjén jelenik meg a szövegben).
87. Juliane KOKOTT: *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law. Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and the German Legal Systems*, The Hague – London – Boston, Kluwer Law International, 1998, 228.
88. MURRAY (65. vj.), 1405.
89. Marckx (27. vj.).
90. I. v. the United Kingdom (37. vj.).
91. Muñoz Díaz v. Spain 49151/07 (08/12/2009).
92. Dudgeon (25. vj.).
93. Christine Goodwin (37. vj.).
94. S. and Marper v. the United Kingdom [GC] 30562/04; 30566/04 (04/12/2008). Az eset Bárd Petra által készített magyar nyelvű összefoglalóját lásd: Az Emberi Jogok Európai Bíróságának ítéleteiből, *Fundamentum* 2009/1, 122–123.
95. S. and Marper (94. vj.), par. 111–112.
96. A Bíróság emellett kitért még a stigmatizáció veszélyeire, és mérlegelte, hogy mennyiben igazolható a gyermekkorú kérelmező esetében ez a jellegű intézkedés a Gyermek jogairól szóló egyezmény fényében. Az ügyről részletesen lásd még Anna PETERSON: S. v. United Kingdom: The European Court of Human Rights Overturns the United Kingdom’s Procedure

- for the Indefinite Retention of Unconvicted Person's Personal Data, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2010/tavaszi, 557–572.; és Jason M. SWERGOLD: To Have and to Hold: The Future of DNA Retention in the United Kingdom, *Boston College International and Comparative Law Review*, 2010/tél, 179–200.
97. Bayatyan v. Armenia [GC] 23459/03 (07/07/2011).
  98. Ibid., par. 123.
  99. A lelkiismereti alapon történő szolgálatmegtagadás esetjogára lásd még: Renáta URTZ: *Freedom of Religion*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007, 66–84.
  100. *Vo v. France* [GC] 53924/00 (08/07/2004), Reports of Judgments and Decisions 2004-VIII.
  101. A., B. and C. v. Ireland [GC] 25579/05 (16/12/2010).
  102. Uo., par. 233.
  103. Lautsi and Others v. Italy [GC] 30814/06 (18/03/2011).
  104. Yutaka ARAI-TAKAHASHI: *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp – Oxford – New York, Intersentia, 2002, 199.
  105. Tyrer (27. vj.).
  106. Dudgeon (25. vj.).
  107. Marckx (27. vj.).
  108. George LETSAS: Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer, *European Journal of International Law*, 2010/August, 531.
  109. Stafford v. the United Kingdom [GC] 46295/99 (28/05/2002), Reports of Judgments and Decisions 2002-IV.
  110. Ibid, par. 68.
  111. Christine Goodwin (37. vj.).
  112. A klasszikus példák: Tyrer (27. vj.); Dudgeon (25. vj.); Marckx (27. vj.).
  113. Zaunegger (61. vj.), par. 60.
  114. Schalk and Kopf (19. vj.), par. 93.
  115. Itt elsősorban a letisztult módszertan hiányára és az inkonzisztens alkalmazásra kell gondolni.
  116. Lásd MAHONEY (85 vj.), 369.
  117. Michael R. HUTCHINSON: The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1999/3, 643.
  118. *Sottiaux* és *van der Schyff* erre megoldásként a strukturált mérlegelést ('structured balancing') ajánlja, amely alkalmas arra, hogy a mérlegelési szabadság önkényességét enyhítse. Lásd: Stefan SOTTIAUX – Gerhard VAN DER SCHYFF: Methods of International Human Rights Adjudication: Towards a More Structured Decision-Making Process for the European Court of Human Rights, *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008/tél, 92, 136–137.
  119. Lásd például az A., B. and C.-ügyet (101. vj.) vagy a Bayatyan v. Armenia 23459/03 (27/10/2009) ügyben hozott kamarai döntést.