

Parlamenti szupremácia kontra bírói szupremácia

Hogyan lehet intézményesíteni a kontradiktórius bírósági, nyilvános és politikai párbeszédet?

Veit Bader*

1. Bevezetés

A bírói és parlamenti szupremácia hívei és ellenzői közötti harcok a kezdetektől fogva jellemezték a legfelsőbb alkotmánybíróságok intézményeit, de a 20. század második felében az Egyesült Államokban és újabban Európában is felerősödtek. E cikk célja nem a bírósági felülvizgálatról a politikai filozófiában, a jogelméletben és az összehasonlító alkotmányosságban régóta folyó viták felelevenítése, bár a 2. szakaszban összefoglaljuk azokat. Ha igaz, hogy a bírói szupremácia és a parlamenti szupremácia mind empirikusan, mind normatív szempontból védhetetlen, ha a liberális-demokratikus alkotmányosságnak (LDC) nem egyetlen modellje létezik, hanem a bírói felülvizgálat számos egymással versengő és történelmileg változó intézménye és gyakorlata, akkor meg kell változtatnunk a vita feltételeit. Ha nincs egyetlen, objektíven helyes és kontextusfüggetlen válasz, ha senkinek sincs az utolsó szava az LDC-ben, akkor nem vagyunk eleve eleve szkeptícizmusra, dezicizálizmusra vagy nihilizmusra ítélve, vagy nem fulladunk bele a szkeptícizmusba, a dezicizálizmusba vagy a nihilizmusba. Ehelyett fokozatok kérdése, jobb vagy rosszabb (ebben a kontextusban, ebben az időben), és tanulhatunk. Az ilyen tanulás, azt állítom, két hagyományból profitálhat: először is a közelmúltban folytatott vitákból, amelyek arról szólnak, hogyan demokratizálható a szakértelem (beleértve az igazságügyi szakértelmet is) és általában a szakértői demokrácia, különösen a nagyfokú komplexitás, az esetlegesség, a kiszámíthatatlanság, a tudás vitathatóságának és bizonytalanságának feltételei között a közelmúlt társadalmában (a kritikai pragmatizmus és a kísérletező kormányzás hagyománya); másodsor pedig a demokratikus intézményi pluralizmus és különösen a mérsékelt agonikus asszociatív demokrácia hagyományából. A demokratikus intézményi pluralizmus nagyjából a demokráciák jól ismert többséget korlátozó elemeinek kiterjesztését jelenti a politikai/területi képviselet területén - mint például a végrehajtó hatalom megosztása, a hatalmi ágak szétválasztása, a kiegyensúlyozott kétkamarás rendszer, az arányos képviselet, a területi föderalizmus és decentralizáció, az írott alkotmányok - a társadalmi/funkcionális képviseletre (amelyet az asszociatív demokrácia emel ki) és a kulturális kisebbségek képviseletére. Ezt a két új megközelítést tudomásom szerint még nem alkalmazták a bírósági felülvizgálat problémáinak kezelésére. Mindkettő megköveteli, hogy az elvekről folytatott elvont vitákról áttérjünk a kontextuális intézményi képzeletre és a fejlődő gyakorlatokból való tanulásra. Mielőtt ezt az 5. szakaszban részletesebben kifejtem, a bírósági felülvizgálatra összpontosítok két különböző kontextusban. A 3. szakaszban a bírósági felülvizgálatról foglalkozom a nemzetállamok hagyományos kontextusában, és felteszem a kérdést, hogy a kanadai "notwithstanding clause" (a bírósági felülvizgálat sérelme nélkül) megfelelő módosítás esetén jelenthet-e racionális megoldást. A oldalon

* Az Amszterdami Egyetem (Hollandia) társadalom- és politikai filozófia (Bölcsészettudományi Kar) és szociológia (Társadalomtudományi Kar) professor emeritusa, e-mail: V.M.Bader@uva.nl. Ella van Dommelen emlékére. Köszönet a névtelen bírálók, valamint Leonard Besselink, Nik de Boer, Bas Schotel, Marcel Maussen és a Paul Scholten Központ által 2015 márciusában Amszterdamban, 2015 júniusában a "Demokrácia" témájában (az NJLP és az ASSP szervezésében) és 2016 márciusában (a "Filozófia és közügyek kollokvium" szervezésében) tartott megbeszélések résztvevőinek észrevételeiért és javaslataiért.

www.utrechtlawreview.org | Volume Issue12, | 1,2016<http://doi.org/10.18352/ulr.364> |



Az 14. szakasz a tagállamok parlamentjei és alkotmánybíróságai, az Európai Bíróság (EB) és az Emberi Jogok Európai Bírósága (EJEB) közötti párbeszéd, együttműködés és verseny új formáit vázolja fel az EU-ban.

2. Parlamenti szupremácia kontra bírói szupremácia a politikai filozófiában, a jogelméletben és az összehasonlító alkotmányos pluralizmusban

A liberális-demokratikus államok és a liberális-demokratikus alkotmányok történelmi kompromisszumok, és olyan elveket, jogokat és intézményi megállapodásokat tartalmaznak, amelyek egymással feszültségben állnak.¹ Emellett legitimitásuk is összetett, liberális, demokratikus és teljesítményorientált szempontokat tartalmaz, amelyek szintén feszültségben állnak egymással.² Híres példa erre a "liberális" jogállamiság (a jog minősége és biztonsága, valamint a liberális alapjogok hatékony biztosítása) és a "demokratikus" legitimitás közötti feszültség, amely a bírói és a parlamenti szupremácia hagyományai, intézményei és gyakorlata közötti hosszú távú és folyamatos konfrontációban nyilvánul meg mind az államokon belül, mind az államok között. A legfelsőbb alkotmánybíróságok intézményének hívei és ellenzői közötti csatározások, illetve a már létező legfelsőbb bíróságok esetében a bírói szupremácia védelmezői és a bírói felülvizsgálat gyengébb formái³ közötti "dialektikus kötélfűzés" a kezdetektől fogva jellemző, de a 20. század második felében drámaian felerősödött az Egyesült Államokban és újabban Európában is, az EU-tagállamok legfelsőbb bíróságainak és az Európai Bíróságnak a gazdasági és adóügyi kormányzás kialakulóban lévő végrehajtó hatalmára adott válaszként betöltött szerepe miatt.⁴ Ebben a fejezetben nem áll szándékomban a bírói felülvizsgálat fajtáiról a politikai filozófiában, a⁵ jogelméletben és az összehasonlító alkotmányosságban régóta folyó vitákat feleleveníteni.⁶ Szerény céljaim a "bírói felülvizsgálat" néhány fogalmi tisztázása a bírói felülvizsgálat történelmi és tényleges változatainak hatalmas sokféleségének hátterében, mielőtt összefoglalnám a bírói és a parlamenti szupremácia mellett és ellen szóló alapvető érveket. Mivel azonban úgy tűnik, hogy nagyon nehéz szabadulni a "bírói" vagy a "parlamenti szupremácia" totalizáló és kizárólagosságra törekvő logikájától, már az elején szeretném jelezni saját normatív álláspontomat a minimalista, de erős alkotmányossági felülvizsgálat mellett.

- 1 Lásd V. Bader, "Complex Legitimacy in compound polities", (2010) *Representation* 46, no. 261-279. o3.,; V. Bader et al., "Religious diversity and reasonable accommodation in the workplace in six European countries", (2013) 13 *International Journal of Discrimination and the Law*, no. 2/3, pp. 54-82. o.
- 2 Lásd Bader 2010, supra note 1, 263., 266. és azt követő oldalak; V. Schmidt, "Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited", (2013) 61 *Political Studies*, 2-22. o.; R. Fallon, "The Core of an Uneasy Case for Judicial Review", (2008) *Harvard Law Review*, 1693-17367., o., 1715-191699., o., 1715-19. o.
- 3 Lásd L. Kramer, "Popular Constitutionalism, Circa 2004", (2004) *California Law Review*, 959-1011. o4.,, 959-1011. o. (2004). 963.
- 4 Lásd F. Fabbrini, "The Euro-Crisis and the Courts", (2014) *Berkeley Journal of International Law*, 64-123. o1.,; C. Harlow, *Accountability in the European Union* (2002); C. Harlow & R. Rawlings, *Promoting accountability in multi-level governance* (2006); C. Harlow & R. Rawlings, *Promoting accountability in multi-level governance* (2006). Joerges, "Rethinking European Law's Supremacy", (2005) *EUI Working Paper LAW*, No. 2005/12; C. Joerges, "Is there a Guardian of Constitutionalism in the European Union?", in D. Innerarity et al. (szerk.), *The Future of Europe* (2014), pp. 75-93; N. Krisch, *Beyond Constitutionalism* (2010); I. Pernice, "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam", (1999) 36 *Common Market Law Review*, pp. 703-750; I. Pernice, "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action", (2009) *The 15 Columbia Journal of European Law*, 349-407. o3., (2009); M. Wendel, "Comparative reasoning and the making of a common constitutional law", (2013) 11 *International Journal of Constitutional Law*, no. 4, <http://doi.org/10.1093/icon/mot043>, 981-1002. o.; M. Wendel, "Judicial Restraint and the Return to Openness", (2013) 14 *German Law Journal*, 21-52. o1, [Wendel 2013a]; M. Wendel, "Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy", (2014) *European Journal of Constitutional Law*, 2. sz. 263-307. o. [Wendel 2013a].
- 5 Hogy csak néhányat említek: B. Ackerman, *We The People: We The People: Transformations* (1998); J. Ely, *Democracy and Distrust* (1980); R. Dworkin, *A Matter of Principle* (1985); J. Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", (2006) *Yale Law Review*, pp. 1346-1406; M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights* (2008); M. Tushnet, "Against Judicial Review", (2009) *Harvard Law School. Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, 09-20. sz. tanulmány.
- 6 N. Walker, "The Idea of Constitutional Pluralism", (2002) *Modern Law Review*, 317-359. o3.,; N. Walker, "Beyond boundary disputes and basic grids", (2008) 6 *ICON*, no. 3, pp. 733-96; N. Walker, "Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy", (2010) 39 *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie*, no. 3, 206-233. o.; M. Kumm, "The Jurisprudence of Constitutional Conflict", (2005) 11 *European Law Journal*, 262-307. o3.,; M. Kumm, "Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review", (2009) *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 18, < http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp> (utolsó látogatás 2016. szeptember 19.); M. Kuo, "In the Shadow of Judicial Supremacy", (2016) 29 *Ratio Juris*, no. 1, <http://doi.org/10.1111/raju.12093>, pp. 83-104; L.

2.1. A bírósági felülvizsgálat fajtái

2.1.1. "Bírósági felülvizsgálat", mi van a nevében?

Először is, helyesen kell meghatározni a vita fókuszát, mivel a bírósági felülvizsgálatnak számos formája vagy fajtája létezik.⁷ Kihagytam a végrehajtó hatalom, a közigazgatási döntéshozatal vagy a bírósági eljárás bírósági felülvizsgálatát, és csak a *jogszabályok* (pontosabban "egy állam választott törvényhozása által elfogadott elsődleges jogszabályok" *bírósági felülvizsgálatának* problémáival foglalkozom, amelyek valóban "a világ minden táján változatos gyakorlatot mutatnak").⁸ A "formális" vagy "jogi" intézkedések változatosságával kezdem, mielőtt rámutatnék, hogy még az erős bírói felülvizsgálat is lehet "valójában" meglehetősen gyenge.

(i) *Erős vagy gyenge bírósági felülvizsgálat.* Az erős alkotmányossági felülvizsgálat során a bíróságok jogosultak visszautasítani egy jogszabály alkalmazását, vagy módosítani a jogszabály hatályát (hogy az egyéni jogokkal összhangba kerüljön), vagy - ami még erősebb - megállapítani, hogy egy adott jogszabály jogilag nem alkalmazható (a jogszabály gyakorlatilag holt betűvé válik), vagy akár teljesen törölni egy jogszabályt a törvénykönyvekből.⁹ A gyenge bírói felülvizsgálat során a bíróságok megvizsgálhatják a jogszabályokat, de alkotmányos alapon nem utasíthatják el azok alkalmazását vagy mérsékelhetik annak alkalmazását. Az Egyesült Királyságban az emberi jogokról szóló európai egyezmény valamely jogával való összeegyeztethetlenséget megállapító bírósági nyilatkozat nem érinti a jogszabály érvényességét, folyamatos működését vagy végrehajtását, és nem kötelező érvényű a felekre nézve. Hollandiában,¹⁰ Svédországban vagy még kevésbé Új-Zélandon a bíróságok az alkotmányra hivatkozva nem utasíthatják el a jogszabályok alkalmazását, ha azok alkotmányos jogokat sértenek, de igyekezhetnek olyan értelmezéseket találni, amelyekkel elkerülhető a jogsértés és/vagy ehhez felhasználhatják a kötelező erejű nemzetközi és európai emberi jogi jogot.¹² Kanada, ahol bevezették a "notwithstanding clause"-t, egyértelműen köztes eset (lásd a 3. szakaszt).

(ii) A bírósági felülvizsgálat lehet kizárólag *jogorientált*, vagy - az általános alkotmányossági felülvizsgálathoz hasonlóan - magában foglalhatja a jogállamok alkotmányos rendszerének egyéb strukturális szabályait, mint például a föderalizmus, a kétkamarás rendszer vagy a hatalmi ágak szétválasztása (mint például Németországban vagy az Egyesült Államokban).

(iii) Ez lehet *utólagos*, miután a törvényhozó gyűlés elfogadta a törvényt vagy a jogszabályt (mint az Egyesült Államokban), vagy lehet *előzetes* bírósági felülvizsgálat¹³ egy kifejezetten a törvényjavaslat absztrakt értékelésére létrehozott alkotmánybíróság által a törvényjavaslat elfogadásának végső szakaszában (mint Franciaországban a *Conseil Constitutionnel*). Ez az értékelés hasonló a többkamarás jogalkotási folyamathoz, amelyben a bíróságok a hagyományos szenátushoz (Lordok Háza) hasonlóan működnek, vagy az első kamara és a hollandiai *Raad van State* által végzett felülvizsgálathoz, még ha ez utóbbi a *Hoge Raad*dal együtt kvázi alkotmánybírói funkciókat is kap.¹⁴ Az ilyen politikai szervek általi felülvizsgálatot egyértelműen meg kell különböztetni a bíróságok által végzett bírói felülvizsgálattól.¹⁵

(iv) A bírósági felülvizsgálat történhet *rendes bíróságok* (mint Massachusettsben) vagy egy *erre szakosodott alkotmánybíróság* által.

Nyilvánvaló, hogy a formális vagy jogi szabályozás csak egy - bár nagyon fontos - tényező, amely befolyásolja a *bírósági felülvizsgálat* empirikus vagy *tényleges erejét vagy gyengeségét*, más tényezőkkel együtt, mint például a versengő intézmények erőviszonyai, valamint a politikai és alkotmányos kultúra.¹⁶

7 Itt követem Kramer, supra note Waldron3,, supra note Tushnet5, és2008 Tushnet supra2009, note és 5,sokan mások.

8 Waldron, Supra note p5., 1354.

9 Ibid., pp. et 1354seq.

10 Lásd a Hollandiára vonatkozóan6, a Besselink, Supra note, és G. van der Schyff, *Judicial Review of Legislation* (2010), az Egyesült Királysággal és Dél-Afrikával való összehasonlításban. Ez a nem alkotmányos felülvizsgálat egyértelműen megerősíti például a törvénytelen gyermekek jogait, a sztrájkjogot és a társadalombiztosítási jogban a nők hátrányos megkülönböztetését megakadályozó intézkedéseket. Ez az egyik jele annak, hogy a formálisan "gyenge" felülvizsgálat valójában erősebb lehet, mint a formálisan erős felülvizsgálat.

11 Lásd Kuo, supra note pp6., et12 seq.; S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutions* (2013) a parlamenti szuverenitás utáni "Westminster Demokráciáról"; lásd C. Bateup, "The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue", (2005) *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper p11., 2.

12 Lásd Kramer, Supra note, pp3., et996 seq.; lásd Kuo, Supra note 6,II. szakasza a "Westminster Demokráciáról" a parlamenti szuverenitás után.

- 13 A német *BVerfG* nem csak a bírói tisztelet szélsőséges hiányának példája általában, hanem a parlamenti ellenzéki képviselők is egyre gyakrabban használják ex ante a politikai döntéshozatali folyamatban, amikor kétségbe vonják a törvényjavaslatok alkotmányosságát, lásd általánosabban Kuo, *Supra* 6. lábjegyzet, 36-40. oldal.
- 14 Lásd Besselink, *Supra* note, pp6., et28 seq.
- 15 Lásd Kramer, *Supra* note, 997. o3., "Az *Alkotmánytanács* nem bíróság, nem rendelkezik hatáskörrel vagy közvetlen kapcsolattal egyetlen bírósággal sem, hanem inkább "a törvényhozás része".
- 16 D. Dyzenhaus, "Jók-e a törvényhozók az erkölcsben? Or better at it than the courts?", (2009) *International Journal of Constitutional Law*, no. <http://doi.org/10.1093/icon/mon036>, 46-52. o., helyesen hangsúlyozza a "tényleges" erős bírósági felülvizsgálat és a "tényleges" bírósági felülvizsgálat közötti különbséget.

A mi vitánk szempontjából fontosnak tűnik két dolgot tisztázni. Először is, a bírói felülvizsgálat erős vagy gyenge rendszerei "nem bináris alternatívák, hanem olyan címkék, amelyek egy spektrum mentén jelölik a területeket"¹⁷, másodsor pedig világosan meg kell különböztetni az *erős bírói felülvizsgálatot a bírói szupremáciától*. Nyilvánvaló, hogy a bírói szupremácia az erős bírói felülvizsgálat intézményeit és gyakorlatát követeli meg, de nem mindegyik jelenti a bírói szupremáciát: "A bírói szupremácia olyan helyzetre utal, amelyben (1) a bíróságok az egész politikai rendszer számára fontos kérdéseket rendeznek, (2) ezeket a rendezéseket a politikai rendszer minden más szereplőjére nézve *abszolút kötelezőnek* tekintik, és (3) a bíróságok nem hagyják figyelmen kívül az e kérdésekben más ágakban kialakított álláspontokat (még olyan mértékben sem, amennyire a stare decisis korlátozott elve alapján saját korábbi döntéseiket hagyják figyelmen kívül)." ¹⁸

Ezeket a megkülönböztetéseket most három célból használjuk fel: fogalmi tisztázásra, néhány történeti megjegyzésre és néhány kezdeti normatív megjegyzésre.

2.1.2. Fogalmi pontosítások

Az "alkotmányos szupremácia kontra parlamenti szupremácia" fogalma félrevezető módon azt sugallja, hogy a törvényhozók meghatározó szerepe ipso facto alkotmányellenes lenne;¹⁹ a "népi alkotmányosság" vagy "politikai alkotmányosság" kontra "jogi alkotmányosság" fogalma azt ²⁰sugallja, hogy a törvényhozó gyűlések meghatározó szerepe nem lenne jogszerű. Az alkotmánybíróságok vagy legfelsőbb bíróságok monopólium-igényeire kellene összpontosítani ("az alkotmányértelmezés bírói monopóliuma"²¹), és a "bírói szupremácia" tűnik a legmegfelelőbb fogalomnak ebben a tekintetben.

2.1.3. A "bírói felsőbbtség" nem létezik²²

Az erős bírói felülvizsgálat és a bírói felsőbbrendűség intézményei és gyakorlata közötti különbségtétel lehetővé teszi számunkra, hogy megmutassuk, hogy az olyan országokra, mint az Egyesült Államok, ahol erős bírói felülvizsgálat intézményei vannak, szintén jellemző a bírói felsőbbrendűség védelmezői és kritikusai közötti folyamatos háború. Ezt már Larry Kramer *amerikai alkotmánytörténetének dióhéjban*²³ megfogalmazott legrövidebb összefoglalása is megmutatja: az amerikai alkotmány a "népi alkotmányosság" rendszerében született, de a bírói szupremácia konkurens modelljét az 1790-es évek közepén a konzervatív föderalisták fogalmazták meg (a francia forradalom és a "frakció romboló hatása", valamint a kisebbségi jogokat fenyegető többségi fenyegetések ellenében). Ezt 1800-1802-ben elvetették (a bírói törvény hatályon kívül helyezése), de az 1830-as évek elején újra megjelent, más köntösben, a jog "rendező funkcióját" hangsúlyozva, és azzal érvelve, hogy a rabszolgasággal, a vámokkal, a bankokkal és az államok jogaival kapcsolatos vitáknak nem lesz vége, hacsak nem a bíráké a végső szó. A jacksonisták mégis megkérdőjelezték a bírói hatalmat, és elsőprő fölénytel nyerték meg az 1832-es elnökválasztást. Ettől kezdve időszakos összecsapásokat találunk, amelyeknek nem volt egyértelmű győztese vagy uralkodó alapértelmezése. Ez a minta csak a 20. század második felében kezdett megváltozni. 1958-tól (*Cooper kontra Aaron*) kezdve a bírói felsőbbtség eszméje aktív és széles körű elfogadásra talált a konzervatívok (a hagyományosan liberális retorikát használva az ellen-többségelvűség, valamint a New Deal Bírósággal szemben kialakított bírói visszafogottság retorikáját) és - vonakodva és ambivalens módon - a liberálisok körében is, különösen az 1960-as évek közepétől. A Warren-bíróság liberális aktivizmusa a széles körű bírói hatalom liberális filozófiáját azzal ösztönözte, hogy a "többségiség elleni óvintézkedésekhez" és a "rendezéshez" egy új érvet adott hozzá: nevezetesen azt, hogy "a bíróságok elvi kérdésekben jobbak és megbízhatóbbak, mint a választók által elszámoltatható szervek".²⁴ A bírói önkorlátozással kapcsolatos régebbi aggályok azonban továbbra is fennmaradtak.²⁵ A

"formájában" (49. o.), valamint a politikai és igazságügyi "kultúra" fontosságát (50. o.), de félrevezető a jogi forma és a "tény" fogalmilag összekeverni, és elhamarkodott azt állítani, hogy a kultúra "sokkal fontosabb, mint az intézményi forma" (50. o.).

17 Fallon, *Supra* note p2., 1733.

18 Waldron, fentebbi lábjegyzet,5, Barry Friedmanra hivatkozva.1354,

19 Besselink kritikája e tanulmány egy korábbi tervezetével kapcsolatban.

20 Kramer, fenti jegyzet p3., A 959."politikai alkotmányosságról" lásd R. Bellamy, *Political Constitutionalism* (2007) és "The Limits of Lord Sumption: Limited Legal Constitutionalism and the Political Form of the ECHR" (2015), publikálatlan tanulmány.

21 Kramer, fenti megjegyzés, 960-962. o3., 992.

22 Lásd Bateup, *Supra* note 37. o11.,.: "A normatív alkotmányelmélet nagy része a bírói szupremácia elfeltevéséből indul ki, és ritkán

kérdőjelezi meg, hogy ez helyes leírás-e", ami nyilvánvalóan nem az.

23 Ibid. az összes következő idézet Kramer, supra note 962-967. o3,.; lásd Kuo, supra note a III. szakaszban az "alkotmányos departalizmus vs. bírói szupremácia" című 6.fejezetben.

24 Lásd Dworkin, fenti jegyzet és 5R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977). Lásd C. Eisgruber, *Constitutional Self-Government* (2001).

25 Pl. Ely, Supra note. 5.

az amerikai történelemben először fordult elő, hogy konzervatívok és liberálisok egyetértésre jutottak a bírói felsőbbrendűség elvében, amely monopolizálta az alkotmányelméletet és a diskurzust, és amely monopólium Burger főbíró hivatali ideje alatt virágzott, és a Rehnquist Bíróság korai éveiben is fennmaradt.²⁶

2.1.4. "Erős, de minimalista" bírósági felülvizsgálat?

Ha és amíg a bírói vagy a parlamenti felsőbbrendűség mindenkori védelmezői úgy gondolják, hogy ezek logikailag ellentétes és egymást kizáró megállapodások, és hogy az egyiknek zéróösszegű játékot kell játszania, ennek a meggyőződésnek nemcsak elméletileg, hanem a "való világban" is fontos hatásai vannak. Ez eleve kizárja a viták/dialógusok és az intézményi együttműködési megállapodások produktív formáit. Csak akkor indulhat el a valóságban fontos vita, ha a bírói felülvizsgálat erős és gyenge formáit nem kizárólagos alternatíváknak, hanem "egy spektrum mentén elhelyezkedő területeknek" tekintjük (lásd a szöveget és a fenti17 megjegyzést). Ebben a tekintetben fontos megjegyezni, hogy még a jogalkotás és/vagy "a nép" erős és talán végső soron legfőbb szerepének védelmezői, mint például Jeremy Waldron vagy Richard Bellamy, is elismerik, hogy bizonyos körülmények között

- nem "egészséges", hanem "patológiás" poliszok/társadalmak - és néhány esetben gyenge felülvizsgálatra van szükség (lásd az alábbi53 megjegyzést). Ha zárójelbe tesszük az ideális vagy "majdnem ideális" világok/körülmények konstruálását, és a valós világokra összpontosítunk, és ha felismerjük, hogy még ideális körülmények között is komoly nézeteltéréseink vannak, akkor plauzibilisnek tűnik két összefüggő elmélet-típus kidolgozása: (i) az *erkölcsi minimalizmus szubsztantív* elméletei, amelyek a "jólét maximalizálása" vagy az "ideális világbeli igazságosság" helyett a "rossz közérzet" és a "súlyos igazságtalanságok" megelőzését célozzák (lásd a 2.2.4. szakaszt), és (ii) a *kontradiktórius kommunikáció proceduralista* elméletei, beleértve a konszenzus és az ideális tanácskozás helyett a tanácskozást, a párbeszédet/multilógust, a vitát, az arbitrációt és a stratégiai érvelést (lásd a 2.3.3. szakaszt). Ezek az elméletek együttesen felhasználhatók az *erős, de minimalista bírói felülvizsgálat* védelmére (lásd Fallon és mások).

Az erős bírói felülvizsgálat különböző változatainak, valamint a gyenge vagy hiányzó bírói felülvizsgálat előnyeinek és hátrányainak részletes és szükségszerűen kontextusba helyezett tárgyalása meghaladja e cikk kereteit.²⁷ Ehelyett bemutatom mindkettőnek a legismertebb előnyeit és hátrányait (lásd a 2.2. és 2.3. szakaszt), ahogyan azt a két rendszer hívei állítják, a normatív feladataik vagy funkcióik alapján, ideális körülmények között (amit a legfelsőbb bíróságoknak/bíráknak és a jogalkotóknak kellene tenniük, és amihez a legjobb helyzetben vannak). Ezt követi annak kissé leleplező értékelése, hogy mit tettek és tesznek mindketten a valóságban, valamint az intézményi kompetenciáik összehasonlító megvitatása a "jobb/rosszabb" fokozatokban. A reális javulás intézményi és kulturális feltételeinek rövid megvitatásával fejezem be, tekintettel arra a következtetésre, hogy mindkét monopol állítás empirikusan megalapozatlan, valamint normatív szempontból nem kívánatos.

2.2. Az erős bírósági felülvizsgálat előnyei

A bírói szupremácia vagy - szerényebben fogalmazva - az erős bírói felülvizsgálat mellett szóló fő érvek már Kramer történeti vázlatának összefoglalásából (lásd a fenti 2.1.3. szakaszt) is kiderültek: a "rendezési funkció", az alapvető jogok és különösen a kisebbségi jogok garantálása, valamint a legfelsőbb bíróságok mint "elvi fórum" elsőbbsége.

2.2.1. Az elszámolási funkció

Általánosságban elmondható, hogy az a normatív igény, hogy a vitás kérdéseket valamilyen módon rendezni kell, nem vitatható.²⁸ Ugyanakkor az az állítás, hogy a bírói szupremácia a legjobb módja az ilyen kérdések rendezésének, éppúgy vitatott, mint az empirikus állítás.

²⁶ Kramer, 3. lábjegyzet, 967. o. Lásd még D. Halberstam, "Constitutional Heterarchy", in: J. Dunoff & J. Trachtman (szerk.), *Ruling the World* (2009), 326. o. és köv. o., a II. szakaszban. E "rendkívüli fejlődés" magyarázatában Kramer a Warren-bíróság liberális

aktivizmusára és "a népi kormányzással szembeni általános szkepticizmusra (...) a második világháború után" (964. o.) utal, amely különösen erős volt Németországban, a bírói szupremácia talán legerősebb és legvitathatatlanabb túlsúlyával rendelkező országban (lásd még Kuo, supra note pp6,. et36 seq.).

- 27 További részletekért lásd Kramer (lásd a 3. lábjegyzetben), valamint Tushnet, Waldron és mások munkáit, amelyeket a fenti 5. lábjegyzetben említünk. Lásd C. Bateup "Expanding the Conversation", (2006) *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 44. sz. írás. Fallon, 2. lábjegyzet. Vö. az alábbiakban a kanadai vitára vonatkozó3 szakaszt.
- 28 Lásd Kramer, Supra note, pp3,. et987 seq. Lásd N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993). A "valamilyen rendezés" azonban nem azonos a "végleges"-sel: "a legjobb esetben is csak pillanatnyilag oldják meg a közvetlenül a Bíróság előtt lévő vitát" (Bateup, Supra 11. lábjegyzet 35. o., lásd a "bírói véglegesség feltételezésének" tárgyalása során a 11. és az azt követő oldalakat: "köti a peres feleket", de "ritkán jelenti a végső szót a tágabb értelemben vett ügy vonatkozásában".

hogy ez valóban rendezi őket. Empirikusan egyértelműen van "bizonyos rendezés bírói szupremácia nélkül" (pl. parlament és gyenge bírói felülvizsgálat), és nincs "végső rendezés" a legfelsőbb bíróságok döntései által (a legfelsőbb bíróságok felülvizsgálják a korábbi döntéseket, a parlamentek módosítják az alkotmányt stb.). Normatív szempontból pedig a liberális-demokratikus alkotmányosság egy nyitott és folyamatos normatív projekt, amelyet a benne rejlő feszültségek, valamint a mély és ésszerű nézeteltérések jellemeznek (amelyeket jobb, ha egy demokratikus folyamat keretében kezelnek és "egyelőre" rendeznek), a jogrendszereknek és a törvényeknek pedig el kell viselniük bizonyos bizonytalanságot, az egyértelműség és a stabilitás hiányát: hogy mennyi és milyen stabilitás és biztonság a vitatott, fontos kérdések.

2.2.2. Az alapvető jogok garantálása

A bírói elsőbbség²⁹ kötelezettségvállalás előtti indoklása hihető lehet az olyan alkotmányos kérdések esetében, amelyekre egyértelmű válaszok adhatók, azonban a világos és a nem egyértelmű válaszok közötti különbségtétel vitatott, és ha valamit, akkor ezt a gyenge bírói felülvizsgálat is biztosíthatja és biztosítja. Ráadásul e kérdések többsége általában véve, és különösen bizonytalan kontextusban, plauzibilis alternatívák közötti választást igényel. "Az utólagos fejlemények néha úgy alakulhatnak, hogy az egyik alternatíva helytelenek, sőt abszurdnak tűnik.³⁰ Nemcsak az a "kockázat áll fenn, hogy az emberek (vagy a politikailag felelős intézmények, amelyeken keresztül megszólalnak) irracionális és elfogult készlettelései miatt rossz döntéseket hoznak"³¹, hanem a bírák és a legfelsőbb bíróságok is tettek és tesznek ilyet.

2.2.3. Az elvi fórum

*Az ellen-majoritarianizmus és ki a "legjobb értelmező"?*³² A bírák és a legfelsőbb bíróságok felsőbbrendűségét vagy azzal az állítással indokolják, hogy a társadalmi igazságosság és az egyéni szabadságjogok védelme szempontjából a *legjobb eredményeket* garantálják, vagy pedig ellensúlyt képeznek a demokratikus túlkapásokkal szemben: nevezetesen, lehet, hogy ellen-többségelví, "de ez azért jó, mert megfékezi a "többség zsarnokságát"³³. Vagy a felsőbbrendűséget a "jogi versus politikai intézmények általános természetére vonatkozó állítással indokolják: a *bírói testület felépítése* - függetlensége, a tanácskozás keretei, a véleményalkotás követelménye stb. - állítólag bizalmat ad nekünk abban, hogy a bírától általában jobb munkát várhatunk el"³⁴ más politikai szereplőkhöz, különösen a parlamentekhez képest.

Az első *empirikus állítás* (jobb vagy jobb eredmények) ellen lehet hivatkozni a különböző országok történelmi³⁵ vagy tényleges legfelsőbb bírósági ítéleteiben tapasztalható több vagy kevésbé szélsőséges elfogultságokra és előítéletekre. Tisztességes történelmi és kortárs összehasonlításokban - és az *összehasonlító perspektíva döntő fontosságú* - a gyengébb vagy akár bírósági felülvizsgálat nélküli országok (mint például az Egyesült Királyság, Új-Zéland, Hollandia, Svédország vagy Franciaország) bizonyítják, hogy ez az általánosított állítás alaptalan és tarthatatlan: ezek az országok "legalább olyan szabadok és igazságosak lehetnek, mint az USA".³⁶ Amint azt már fentebb jeleztem (2.1.1. szakasz), a "parlamentari szuverenitás" (alkotmányos felülvizsgálat nélküli) intézményei a következő változók szerint változnak: (i) a parlamentek kötve vannak-e vagy sem.

alkotmányos kérdések"); lásd még: N. Devins & L. Fisher, *The Democratic Constitution* (2004), 230-233. o., amely felsorolja az "utolsó szó" doktrína 10 fenntartását. Lásd A. Hogg et al., "Charter Dialogue revisited: Or "Much Ado About Metaphors", (2007) 45 *Osgood Hall Law Journal*, no. 1, pp. 1-65, 31. o.: "végső döntőbíró" vagy "végső hatóság", különben "értelmezési anarchia"; nincs "a helyes értelmezés bírósági monopóliuma"; "utolsó előtti (nem végleges)" (34. o.).

29 Lásd Kramer, *Supra note*, pp3., et990

seq. 30 *Ibid.* 991.

31 *Ibid.*, p. 991.

32 *Ibid.*, 992-1001. o.

33 *Ibid.*, p. 992.

34 *Ibid.*, 992. o. Lásd a bírák/bíróságok és a jogalkotók összehasonlító előnyeinek és hátrányainak széles körű megvitatását a "legjobb" helyett a jobb/rosszabb kifejezéssel: P. Hogg & A. Bushell, "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures", (1997) 35 *Osgood Hall Law Journal*, no. 1, pp. 75-124; P. Hogg & A. Thornton, "Reply to "Six Degrees of Dialogue"", (1999) 37 *Osgood Hall Law Journal*, no. 3, pp. 529-536; Hogg et al., *supra note* 28; K. Roach, *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001); K.

Roach, "Constitutional and Common Law Dialogues Between Supreme Court and Canadian Legislatures", (2001) *Canadian Bar Review*, pp. et 481seq. [Roach 2001a]; J. Hiebert, *Charter Conflicts*: (2002); Bateup, supra note. 11.

35 Kramer, Supra note p3,, az 997. amerikai bíróság bírói túlkapásainak rövid felsorolása.

36 Waldron, idézi: Kramer, 3. lábjegyzet, 997. o. Ez az állítás azonban vitatható: lásd C. Gearty "Beyond the Human Rights Act", <<http://www.law.leeds.ac.uk/assets/files/research/events/gearty-chapter.pdf>> (utolsó látogatás 2016. október); valamint K. Ewing & J. Tham, "The Continuing Futility of the Human Rights Act", (2008) *Public Law*, 668-693. o. <https://www.monash.edu/_data/assets/pdf_file/0016/140524/ewing-tham-article.pdf> (utolsó látogatás 2016. szeptember 22.).

írásba foglalt - nemzeti vagy nemzetek feletti (regionális egyezmények, mint például az Emberi Jogok Európai Egyezménye (EJEE)) vagy nemzetközi (ENSZ Charta) - Jogok Törvénykönyve; ii) a törvényhozó hatalmat köti-e írásba foglalt alkotmány (mint Hollandiában vagy Kanadában) vagy sem (mint az Egyesült Királyságban); (iii) vannak-e egymással versengő, többé-kevésbé reprezentatív politikai intézmények - általában első kamarák (mint az Egyesült Királyságban (House of Lords) vagy Hollandiában (*Eerste Kamer*)) vagy további ellenőrző szervek (mint Franciaországban a *Conseil Constitutionnel*) -, amelyek ellenőrzik a jogalkotási döntések jogi minőségét, de formálisan vagy ténylegesen nem rendelkeznek alkotmányossági felülvizsgálati hatáskörrel (ami végül is a döntő különbség a parlamenti és a bírói "szupremácia" között). A többé-kevésbé élénk, sőt aktivista jogászi hagyományokkal együtt (ahogy az az esetjogi rendszerekben szokásos) ezek a változók hatással vannak mind a jogalkotás minőségére, mind a jogvédelem hatékonyságára. Ezen túlmenően a jogvédelem minősége nagymértékben függ más szempontoktól is, mint például a túlnyomórészt jogi és kulturális hagyományok, a bírák szokásai és erényei, a tisztelet önkéntes vagy kikényszerített hagyományai, az élénk nyilvános vita stb.

A második állítás, hogy kezdjük, önmagában nem az alkotmánybíróságok, hanem általában a bírói kar (a bírák mint hősök) felsőbbrendűsége mellett szóló érv. Ezt számos empirikus indokkal elleneztek, mint például az indokok fajtái és a deliberatív környezet ("jó tudományos műhely"); a megengedhető indokok fajtái (a bírák nem szakértői a releváns társadalmi, politikai, kulturális érveknek a változó társadalmi körülmények között); a professzionalizmus, a bírák és a bíróságok intézményes elszigeteltsége - nem a párbeszédben és ezért gyakran tájékozatlanul, a háttérben.³⁷ A Waldron és mások által felhozott központi érvek azonban kihívást jelentenek a bírói szupremácia filozófiai védelmezői számára a saját területükön: "az átható nézeteltérések létezése és fennmaradása". Senki sem rendelkezik vagy nem rendelkezhet az "igazsággal" a jogokról, mert nincsenek "objektíven helyes válaszok".³⁸ Továbbá nincs közös módszer vagy technika a normatív nézeteltérések feloldására, mert ugyanúgy nem értünk egyet abban, hogy mi számít igazolásnak, mint abban, hogy milyen jogokkal kellene rendelkezünk (lásd a 2.3.2. szakaszt).

2.2.4. Az "erős, de minimalista" bírósági felülvizsgálat védelme

Ezek valóban erős érvek a bírói szupremácia ellen, de - ismétlem - nem feltétlenül a bírói felülvizsgálat bármely formája ellen, ahogy az Waldron és Kramer gyenge bírói felülvizsgálatot megengedő írásából is kitétni. Nem zárják ki az erős, de minimalista bírói felülvizsgálat mellett szóló érveket sem, amelyek nem feltételeznek vagy függenek egy ideális erkölcsi konszenzustól vagy bármilyen "objektív igazságtól" arról, hogy mit követel meg az "igazságosság", hanem sokkal kevésbé igényes egyetértést feltételeznek a súlyos igazságtalanságok és az alapvető alapvető vagy alapvető jogok súlyos megsértésének megelőzéséről, még akkor is, ha ezek értelmezése és alkalmazása vitatható. Az erkölcsi minimalizmus³⁹ ilyen érdemi elmélete alapján jó okunk van arra, hogy védelmezzük az erős, de minimalista felülvizsgálatot. Fallon szerint a döntő kérdés nem az, hogy a bíróságok vagy a jogalkotók jobban "helyesen határozzák-e meg a jogokat" vagy "kevésbé valószínű, hogy tévednek", hanem az, hogy "milyen hibák elkerülése a legfontosabb". Ha a feladat "a morálisan legsúlyosabb hibák minimalizálása" vagy az "alapvető jogok" megsértésének megakadályozása, akkor ezek a jogok "többszörös biztosítékokat érdemelnek",⁴⁰ és az erős, de minimalista bírói felülvizsgálat a "legalkalmasabb".

37 A Waldron által a "bírák mint erkölcsi érvelők" kritikájáról szóló elemző értekezést lásd W. Sadurski, O. Beaud és D. Dyzenhaus in (2009) *International Journal of Constitutional Law*, no. 1. Egyetértek Dyzenhauszal abban, hogy Waldron a vitát "vagy a bírák vagy a törvényhozók" szempontjából állítja be, és azt állítja, hogy "a törvényhozóknak kellene végső hatalommal rendelkezniük erkölcsi kérdésekben" vagy "az alkotmányértelmezés monopóliumával" (48. o.) ahelyett, hogy "kidolgozná, hogyan kellene ezeknek az intézményeknek kölcsönhatásba lépniük" (48. o.). 51) a legjobb, vagy hogy megválaszolja "a jogrend kialakításával kapcsolatos nehéz kérdéseket, beleértve a comity, a tisztelet megfelelő intézményi viszonyait, valamint annak eldöntését, hogy melyik intézmény járjon el végső hatóságként" (52. o.), bár világosabb lenne, ha ideiglenesen "végső"-ként írná ki.

38 Waldron a normákkal kapcsolatos nézeteltérésekre korlátozza érvelését, de az eredményesen kiterjeszhető a tudás általánosabb értelmezésére is, beleértve a kognitív és kifejezetten "tudományos" tudást, mivel a szakértelem igénybevételére vonatkozó következmények analógok (lásd V. Bader, "Sciences, politics, and associative democracy: democratizing science and expertizing democracy", (2013) *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, <http://dx.doi.org/10.1080/13511610.2013.835465>; az EU-ra vonatkozóan lásd az alábbi, 4. pontot). A nem-többségi igazságügyi szakértők, a "jurisztokrácia" (lásd R. Hirschl, *Towards Juristocracy* (2004)) ellenőrzése ezután a nem-többségi szakértői testületek ellenőrzésének tágabb problémája részének tekinthető.

39 Lásd V. Bader, *Szekularizmus vagy demokrácia?* (2007), fejezet 2.

- 40 Fallon, *Supra* note 2, 1694. és azt követő oldalak, az alábbi idézeteket az 1705. és azt követő oldalokról és az 1700. oldalról idézi. Waldron "tévedése" az, hogy "ha az alulvédelem hibái - azaz a jogok megsértése - erkölcsileg súlyosabbak, mint a túlvédelem hibái", és ha néhány más hihető feltétel fennáll, akkor "lehetnek eredményhez kapcsolódó okok arra, hogy a bírósági felülvizsgálattal rendelkező rendszert előnyben részesítsük a bírósági felülvizsgálat nélküli rendszerrel szemben" (1699. o.). Fallon azonban a "többszörös védelmet" leegyszerűsítve "többszörös vétókra" fordítja (amelyek közös döntési csapdákhöz vezetnek), és ragaszkodik a "nem patológikus" vagy "jól rendezett" vs. "patológikus vagy nem jól rendezett társadalmak" dichotómiájához.

előnyös a következő feltételek vagy előfeltételek mellett: (1) "Még ha a bíróságok összességében nem is jobbák a jogsérelmek felismerésében, mint a jogalkotók, a bíróságok olyan sajátos szemlélettel rendelkeznek, amely miatt bizonyos típusú ügyekben nagyobb valószínűséggel látják a jogsérelmek súlyos kockázatát, mint a jogalkotók. (2) A jogalkotói fellépés nagyobb valószínűséggel sérti az alapvető jogokat, mint a jogalkotói tétlenség. (3) Egyes jogok fontosabbak, mint mások, és ennek megfelelően jobban megérdemlik a jogsértéssel szembeni védelmet. (4) A bírósági felülvizsgálat rendszere úgy alakítható ki, hogy a jogok olyan túlzott érvényesítésének erkölcsi költségei, amelyet a bírósági felülvizsgálat eredményezne, valószínűleg alacsonyabbak lennének, mint azok az erkölcsi költségek, amelyek a jogok ilyen alulértékeléséből erednének".⁴¹ Egy ilyen kialakításnak három nehéz kérdésre kell választ adnia: Először is, "mely jogokkal kapcsolatos követelésekre"? (az alapvető jogok minimalizmusa). Másodsor, "milyen legyen a hatály", illetve "mennyire legyen kereső" és "szigorú"? (tisztelet és önkorlátozás; lásd az alábbi 2.3.2 szakaszt). Harmadsor, "a bírósági felülvizsgálatot a jogalkotó felülbírálata ellen ("erős") vagy a jogalkotó általi elmozdulás ("gyenge") ellen kell-e biztosítani"?⁴²

2.3. A bírói elsőbbség hátrányai

Így a bírói szupremácia filozófiai védelmezői elleni érvek önmagukban nem érvek a bírói felülvizsgálat bármely formája ellen, és nem is érvek a "parlamentari szupremácia", vagy akár a "népi alkotmányosság" (ahogyan Kramer számára tűnik)⁴³, vagy a "politikai alkotmányosság" (Bellamy) mellett.⁴⁴ Ezek a bírói monopóliummal kapcsolatos állítások ellen irányulnak, és - legalábbis az én verziómban - mindenféle szupremáciai vagy monopóliummal kapcsolatos állítás ellen. Ebben a szakaszban röviden kitérek a bírói szupremácia elleni két jól ismert központi érvre, a "demokratikus legitimitációs" érvre (2.3.1. szakasz) és a "hatalommegosztási" érvre (2.3.2. szakasz), mielőtt az "ésszerű egyet nem értés" érvét tárgyalnám (2.3.3. szakasz), és azt, hogy hogyan lehet érdemben és intézményesen kezelni (2.3.4. szakasz).

2.3.1. Gyenge vagy nem létező demokratikus legitimitáció

A bírák és az alkotmánybíróságok demokratikus legitimitációja nem létezik vagy gyenge.⁴⁵

A "*legitima auctoritas, legitima potestas és legitima decisio*" régi megkülönböztetése alapján megkülönböztethetünk intézményi, személyes és érdemi demokratikus legitimitációt.⁴⁶ A demokratikus legitimitás megköveteli, hogy az alkotmányossági felülvizsgálat és az alkotmánybíróságok *intézményei összhangban legyenek* a nép politikai szuverenitásával - amelyet vagy népszavazások, vagy választott alkotmányozó gyűlések, vagy alkotmánymódosítás esetén a parlamentek minősített többségi szavazással hozott határozatai révén hoznak létre -, és hogy az alkotmánybíróságok szervezetét és hatáskörét az alkotmányok szabályozzák. A demokratikus intézményi legitimitáció hiányzik vagy "gyenge, ha az alkotmányos felülvizsgálatot nem az alkotmány tartalmazza, és nem a törvények dolgozzák ki, hanem a bírói hatalom kényszeríti ki"⁴⁷, mint például az Egyesült Államokban vagy a Weimari Köztársaságban. A bírácoknak függetlennek kell lenniük, és ez természetesen korlátozza a *személyes demokratikus legitimitáció* növelésére irányuló hagyományos intézkedéseket, akár a legfelsőbb bíróságok bíráinak a nép általi közvetlen megválasztásával (ami sehol sem létezik), akár az elbocsátással - mindkét intézkedés ellenséges és összeegyeztethetetlen a függetlenséggel. Ugyanakkor létezhet és kellene is lennie valamiféle "megszakítás nélküli legitimitációs láncnak",⁴⁸ amely kettős hangsúlyt helyez: először is a parlament általi választásra (szemben az alkotmánybíróságok általi kooptációval vagy a végrehajtó hatalom (elnök, kormány) általi jelöléssel/kinevezéssel), másodsor pedig az élethosszig tartó kinevezés helyett korlátozott időtartamra (pl. legfeljebb évekig 9 az EJEB vagy évekig 12 a bíróságok esetében).

41 Ibid., 1705. és azt követő oldalak, valamint 1700. oldal. 42 Ibid., 1715. és 1728-1735. o.

43 Lásd az alábbi megjegyzést 70.

44 Lásd az alábbi megjegyzést 53.

45 Lásd Waldron, *Supra note* Tushnet5, és 2008 Tushnet *supra* 2009, *note* és 5, Kramer, *Supra note* a bírói szupremácia kritikáinak 3e legfontosabb érvét. Vö. az alábbi 2.3.4 kritikai észrevételeket: Hogg et al. (*supra notes* és 2834.), Fallon, *supra note* és 2, mások.

- 46 Lásd német *BVerfGE* 83, 60, 72; E. Böckenförde, "Demokratie als Verfassungsprinzip", in J. Isensee & P. Kirchhoff (szerk.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1987), 887-956. o., 896. o.; E. van Dommelen, *Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief* (2003), 194. o. és köv.
- 47 Van Dommelen, *Supra* note p46,. (az 196én fordításom).
- 48 Böckenförde, *Supra* note 46.

Bundesverfassungsgericht), valamint minősített többséggel.⁴⁹ Ami a döntések tartalmának vagy eredményének *érdemi demokratikus legitimitációját* illeti, egyértelműnek tűnik, hogy a bírának törvényekhez kell kötődniük/kötöttnek lenniük, és az alkotmány nem nyújthat többet a formális legitimitációnál, különösen azért, mert az alkotmányos jogok és elvek széles mérlegelési/értékelési mozgásteret hagynak, és mert (amint azt fentebb már kifejtettem és a 2.3.3. szakaszban kifejtem) az alkotmányos jogok és elvek egymással ellentétesek, és mérlegelésre és kiegyensúlyozásra szorulnak. Az az érv azonban, hogy az alkotmánybíróságok/alkotmánybírák demokratikus legitimitációja nem létezik vagy gyenge, nem jelenti azt, hogy az alkotmánybírósági felülvizsgálat nem tudna vagy nem járulna hozzá a liberális-demokratikus államok *politikai* legitimitációjához, mivel a jogállamiság és az alapvető jogok védelme a jogsértésekkel szemben a "liberális" vagy "eredmény"/"output" legitimitás egyik lényeges eleme.⁵⁰

2.3.2. Birói aktivizmus és a hatalmi ágak szétválasztásának megsértése

A birói szupremacia és az erős, nem minimalista birói felülvizsgálat intézményeinek és hagyományainak fő veszélye az, hogy a *bíróságok túllépi a birói testület formális hatáskörét*⁵¹, és megsértik a hatalommegosztás alapelveit. A birói szupremacia uralkodó elméleteinek és hagyományainak hatására a bíróságok nem csupán hajlamosak a jogalkotói politikai hatáskörök megsértésére, hanem gyakran kifejezetten ezt teszik, és az alkotmány védelmének álcája alatt "hétköznapi politikát" folytatnak, és ezáltal lezárják azt a legitím nyitott teret, amelyet a legkevésbé fejlett országoknak kellene létrehozniuk és meghagyniuk a fontos gazdasági (pl. "piaci szocialista"), társadalmi (pl. társulási demokrácia) és kulturális alternatívák számára. Ebben a tekintetben nem számít, hogy ezt a *birói aktivizmust* konzervatív és/vagy libertárius⁵², progresszív/egalitárius vagy szocialista ideológiák/politikák motiválják-e, és azokhoz kapcsolódnak-e. Mindegyik egyformán összeegyeztethetetlen a nyílt demokratikus politika által megkövetelt erősebb *birói önmérséklet* hagyományaival és gyakorlatával. Az LDC feltételei között a birói felülvizsgálat lehet erős, de minimalista (lásd a fenti 2.2.4. szakaszt).⁵³ Nyilvánvaló, hogy az erős alkotmányos felülvizsgálat intézményei együtt járhatnak a birói önmérséklet⁵⁴ gyakorlatával, de összehasonlításképpen az alkotmánybíróságok illegitim birói aktivizmusának veszélye sokkal kisebb és könnyebben ellensúlyozható a gyengébb alkotmányos felülvizsgálattal rendelkező országokban.

2.3.3. Miért a kitarató, ésszerű nézeteltérés?

A három legfontosabb ok a következő. Először is, az alkotmányos elvek és alapjogok természetüknél fogva absztraktak, általánosak és *aluldetermináltak* - nem tartalmaznak elegendő korlátozást egy egyedi megoldás meghatározásához -, és ez magában foglalja azt is, hogy nincs és nem is lehet "egyetlen helyes, kontextustól független értelmezés". Másodsor, és ezen túlmenően, az alapjogok nemcsak aluldetermináltak, hanem egymással is konfliktusba kerülnek (közismerten: konfliktusok a különböző szabadságjogok, valamint a "szabadság" és az "egyenlőség" között; *pluralizmus, pluralizmus, pluralizmus, pluralizmus, pluralizmus, pluralizmus, pluralizmus, pluralizmus, pluralizmus, pluralizmus*).

49 Lásd Van Dommelen, Supra 46. lábjegyzet, 197. és azt követő oldalakon a jelölést és választást összekapcsoló különböző hatályos rendeleteket. Lásd Kumm 2009, Supra note 6, 37. és azt követő oldalak. Lásd Besselink, Supra note 6, pp. 20, 30 et seq. a jogilag képzett bírák "mindhárom hatalmi ág által vagy jelentős beleszólással történő" tisztességes kinevezésének fontosságáról az alkotmánybíróságok demokratikus legitimitációja szempontjából, különösen "az alkotmánybíráskodás kelsen-i kontinentális modelljében és a szétszórt vagy decentralizált alkotmánybíráskodás legújabb feltételei között". Ezek az intézkedések jobbnak tűnnek, mint a "bíró vagy bíróság bashing" az élethosszig tartó kinevezések esetében az Egyesült Államokban (Hogg et al., supra note 42. o28,.) vagy a konkrét döntésekről szóló népszavazás megszervezése, amit, amennyire én látom, még senki sem javasolt.

50 Lásd általában: Lásd: Bader supra2010, note Lásd1. az alkotmányossági felülvizsgálatot a Waldron alapos kritikájában: és a következő oldalakon: Fallon supra note pp2., et 1718seq.

51 És nyilvánvalóan a tényleges szakértelmük, tudásuk stb. Lásd a 34. lábjegyzetet Hogg et al., 28. lábjegyzet, Bateup, 11. lábjegyzet és Fallon27., 11. lábjegyzet és 2 mások a birói és jogalkotói hatáskörök összehasonlító vitáját a jobb/rosszabb szempontjából.

52 Ilyen volt például a New Deal-ellenes amerikai Legfelsőbb Bíróság vagy a német Alkotmánybíróság a társadalombiztosítás és a jóléti rendszerek fejlesztése ellen az 1950-es években, vagy nemrégiben az Európai Bíróság a neoliberalis "szabadpiaci" ideológiák/politikák hatására, amelyek az 1970-es évek progresszív "diszkriminációellenes" birói aktivizmusát váltották fel (lásd alább, 4. szakasz). Ez egyaránt érvényes a "konzervatív" és a "progresszív" birói aktivizmusra.

53 Lásd a gyenge és az erős birói korlátozás vagy tisztelet különböző hagyományait: Tushnet 2008, 5. lábjegyzet. A gyenge alkotmányossági felülvizsgálattal kapcsolatos szkepticizmusát az erős, de minimalista alkotmányossági felülvizsgálat mellett szóló, az

"erkölcsi minimalizmus" által legitimált érvekkel lehet ellensúlyozni (lásd fentebb, a Cseh Alkotmánybíróságra vonatkozóan¹¹¹, lásd 2.2.4. még az alábbiakban, megjegyzés). Nyilvánvaló, hogy az "alapvető jogok" (lásd Bader, fentebb²⁰⁰⁷, 72. o.³⁹.) vagy "alapvető jogok" listája és értelmezései szintén "ellentmondások" (lásd Bellamy, fentebb, 72. o.²⁰, szemben⁵ Lord Sumptionnal). Mégis, ha "egy minimalista olvasat ugyanolyan vitatott lehet, mint egy maximalista olvasat" (ibid.), akkor véleményem szerint nagy bajban lennénk, mert még abban sem lenne kevesebb nézeteltérés, hogy mit követel meg a minimális erkölcs. Maga Bellamy egyértelműen a bírói felülvizsgálat nagyon gyenge változata mellett van, és ellenzi az "erős felülvizsgálat" minden változatát, de mégis, úgy tűnik, tétován, engedélyezi "az erős felülvizsgálat "puha" változatát" (ibid., 15. o.) az "alapvető jogok" tekintetében (12. o.). Ugyanakkor nem foglalkozik részletesen azzal a döntő fontosságú kérdéssel, hogy miként lehetne "elképzelni, hogy a bíróságok és a jogalkotók hogyan működhetnének együtt a nyilvános mérlegelés javítása érdekében" (16. o.), vagy "hogyan folytathatnának folyamatos párbeszédet" (4. o.).

54 Az USA-ra vonatkozóan³, lásd Kramer, fenti megjegyzés.

a jogok), ami azt jelenti, hogy a jogok nem csak aduászok - vagy felülmúlnak más jogokat, vagy minden más szempontot -, hanem mérlegelni és kiegyensúlyozni kell őket, és ez a mérlegelés és kiegyensúlyozás ismét kontextusfüggő és ésszerűen vitatott. Harmadszor, az alkotmányos elvek és jogok, valamint az LDC által megfogalmazott mögöttes erkölcsi elvek nemcsak feszültségben állnak egymással, hanem kifejezetten nyitott végűek is. Az alkotmányok és az emberi jogi egyezmények (mint például az EJEE) "élő eszközök, amelyeket a demokratikus államokban uralkodó körülmények és elképzelések fényében kell értelmezni" (EJEB),⁵⁵ és beágyazódnak a változó társadalmi, politikai és jogi kultúrákba. Ez azt jelenti, hogy nem létezhet egyetlen végső vagy "végleges" értelmezés, és azt is, hogy el kell utasítani az "eredeti szándék" megközelítését és a kizárólag az írott jogra és a "szövegekre" való összpontosítást. Ezen okok miatt senki sem rendelkezik az "igazsággal", senki sem "mondja ki az utolsó szót", és még ideális körülmények között sincs konszenzus, nemhogy reálisabb körülmények között. *Intézményileg* ez, mint már említettük, a bírói szupremácia végső hibáját jelenti.⁵⁶

Elméletileg ez a kritikai pragmatizmus és a realista deliberáció, valamint - még radikálisabban - a kritikai jogi tanulmányok közös alapja és alapvető felismerése, szemben mind a dworkiniánus, mind a habermasiánus deliberatív demokráciával.⁵⁷ Az ideális világokban a "deliberatív konszenzus" igényes elméleteit a hatalmi aszimmetriák körülményei között a valós világban a *mérsékelt agonikus viták proceduralista elméleteinek* kell felváltaniuk, és kifejezetten kritikusak a "racionalista" és "kizárólagossági elfogultság" tekintetében. Az adverzális nyilvános beszéd (Barber) vagy tágabb értelemben az *adverzális kommunikáció* a tényleges "tanácskozástól" és "beszélgetéstől" a "párbeszéd vagy többoldalú párbeszéd", a "vita" és az "arbitráció" révén a "stratégiai vitáig" terjed.⁵⁸

2.3.4. Hogyan kezeljük az ésszerű nézeteltéréseket, és hogyan növeljük az érdemi demokratikus legitimitást?

A vonatkozó mechanizmusok a különvéleményektől és az alkotmánybíróóságok közötti versenytől/együttműködéstől (mindkettő az igazságszolgáltatási intézmények belső, de a nem jogi intézményekkel és a politikával szemben kevésbé védett) a legfelsőbb bíróságok közötti és a politikai intézményekkel - elsősorban a jogalkotókkal - folytatott versenyen/együttműködésen keresztül a szélesebb körű nyilvános beszédig és politizálásig terjednek. Peter Hogg és Allison Bushell 1997-es, korszakalkotó cikke nyomán széles körű és kifinomult *vita* alakult ki az *alkotmányos párbeszédéről, amely* hat kérdésre⁵⁹ összpontosított. (i) *Maga a fogalom*: a monológok a párbeszédrel, a multilógussal vagy a polilógussal való szembeállítás. (ii) *Célja, minősége vagy jellege*: "konszenzusra jutás folyamata" - még ha "dinamikus"⁶⁰ is - vagy folyamatos *ellenzéki kompromisszum* és *modus vivendi*; "egyirányú" versus "két vagy több út"; explicit vagy implicit, formális vagy informális. (iii) *Az érintett szereplők vagy résztvevők*: a bíróságokon belül (a bírák között), a bíróságok között.

55 Lásd az EJEB 2001. július 7-i ítéletét a *Bayatyan kontra Örményország ügyben* (23459/03. sz. kérelem). Lásd még az EU Alapjogi Chartáját (Nizza 2000): "az alapvető jogok védelmének megerősítése a társadalmi változások, a társadalmi fejlődés, valamint a tudományos és technológiai fejlődés fényében"; lásd alább a kanadai charta 1. szakaszát.3.1

56 Besselink (L. Besselink & B. van Mourik, "The Parliamentary Legitimacy of the European Union: The Role of the States General within the European Union", (2012) 8 *Utrecht Law Review*, no. 1, <http://doi.org/10.18352/ulr.179>, pp. 28-50) szintén elfogadja, hogy az alkotmány élő eszköz, és "az alkotmánynak az időn belül kell működnie, nem pedig azon túl. Értelmezésének ezt figyelembe kell vennie". Kérdéses, hogy "az alkotmánybíróóságban ülő bírák hivatali ideje jobb kilátásokat biztosít-e, mint a törvényhozás tagjainak" (33. o.). Ez azonban a Besselink által védett "kelsen-i" modellben a bírói szupremácia demokratikus legitimitációja ellen is hat, amelyben az végső soron a "népszuverenitásból" "származik". Az élénk liberális-demokratikus "politikai kultúra" és a "törvényhozás iránti tisztelet" (33. o.) feltételei között ez a "feszültség a törvényhozás és a bírói hatalom között" valóban enyhülhet, de ezt elvi kérdésként el kell ismerni, mielőtt az alternatív intézményi keretek összehasonlító vitáiba bocsátkoznánk, amelyek valóban "kényes egyensúlyt igényelnek" (35. o.). Lásd még kritikusan: Dzyenhaus, supra note, 37, valamint Fallon, supra note a 2, "demokratikus legitimitásról".

57 Még mindig látható Kumm "szókratészi vetélkedés" "racionális normáiban" (Kumm 2009, 6. lábjegyzet, 15. és azt követő oldalak). Itt kifejezetten nem értek egyet a Waldron, supra note 5-ben található "dworkiniánus" maradványokkal, valamint R. Bellamy, *Defending Sovereignty: A European Republic of States* (2015) kiadatlan ms. Fejezet A konszenzus3. még ideális körülmények között is elérhetetlen: minél ideálisabb, annál több ésszerű disszenzusra számíthatunk. Valós körülmények között a konszenzus a társadalmi dimenzióban a normatív elvárások általánosítási mechanizmusaként működik, konzervatív vagy akár elnyomó következményekkel (ez Luhmann Habermas-kritikájának döntő felismerése).

58 Lásd B. Barber, *The Conquest of Politics* (1989); J. Tully, *Strange multiplicity* (1995); J. Tully, *Public philosophy in a new key* (2008); A. Wiener, *A Theory of Contestation* (2008). Ez nyilvánvalóan nem a megfelelő hely arra, hogy részletekbe menjünk. Véleményem szerint a "mérsékelt agonista ésszerű kompromisszum" újraértékelése is szükséges: lásd Bader supra2007, note 179-85. o39.,; V. Bader, "Secularism, Public Reason or Moderately Agonistic Democracy?", in G. Levey & T. Modood (szerk.), *Secularism, Religion, and Multicultural Citizenship* (2008), 110-135. o., 131-35. o., valamint V. Bader, 'Crisis of political parties and representative democracies', (2014) *CRISPP*17, sz. pp3., és 360köv, p. Lásd 370.még J. Horton, "Modus Vivendi and Religious Conflict", in: M. Mookherjee (szerk.),

- Democracy, Religious Pluralism and the Liberal Dilemma of Accommodation* (2010), 121-136. o.; A. Klinke & O. Renn, "Expertise and experience", (2014) *Innovation* 27, 442-465. o4.,, sz. F. Wendt, *Kompromisszum, béke és nyilvános igazolás* (2016).
- 59 Hogg & Bushell, *Supra* note 34, Kanadából az Egyesült Államokba terjedő terjedés: Hogg & Thornton, *supra* note 34; Hogg et al., *supra* note 28; Roach, *supra* note 34; K. Roach, "Dialogic Judicial Review and its Critics", (2004) 23 *Supreme Court Law Review* (2nd), pp. 49-104; Hiebert, *supra* note 34; Bateup, *supra* note 11; Bateup, *supra* note 27.
- 60 Bateup, fentebbi lábjegyzet11., idézi60 B. Friedman.

a bíróságok, a bíróságok és a jogalkotók (parlamentek, albizottságok stb.), a kormány és a végrehajtó bizottságok, valamint a "nem bírósági szereplők" és a "polgárok" vagy a szélesebb értelemben vett politikai, társadalmi és kulturális szereplők (társadalmi mozgalmi szervezetek, nem kormányzati szervezetek, politikai pártok stb.) és hálózatok között.⁶¹ (iv) *Szintek: az államoktól/országoktól* a szövetségi államhatárokon át az államhatárokon felüli joghatóságokig és poliszokig. (v) *Idő: rövid-, közép-, hosszú távú.* (vi) *Vitatható hatásai: a* szimbolikus kirakatrendezéstől (akár a bírói, akár a parlamenti szupremáciát favorizálva) a fontos jogi, politikai és szociokulturális hatásokig az alkotmányok értelmezésében és módosításában, valamint az alkotmányossági felülvizsgálatban. E viták rövid áttekintése is messze meghaladja e cikk kereteit.⁶² Ehelyett bemutatok néhány *ígéretes lehetőséget, amelyek az alkotmányos párbeszéd tényleges tapasztalataiból és elméleti vitáiból származnak.*

(1) A bírák *demokratikus szokásai és a döntések gondos érvelése és indoklása* (pl. az ésszerű mérlegelés és az arányossági tesztek révén)⁶³ sokat hozzájárulhat az érdemi legitimitás növeléséhez, de a fő belső magágyat az *eltérő vélemények tolerálása és virágzása* jelentheti (először az Egyesült Államokban, később Németországban, Spanyolországban, Portugáliában és Görögországban, valamint az EJEB által). E hagyomány fő előnyei a következők:⁶⁴ (i) a különvéleményt megfogalmazó bírák arra kényszerítik a bírák többségét, hogy alaposan érveljenek és indokolják álláspontjukat. Fontos belső ellenőrzési mechanizmusként szolgál. (ii) hozzájárul a "*rechtsvorminghoz*" (a jog fejlődéséhez), mivel az eltérő vélemények domináns vagy többségi véleményekké válhatnak. (iii) Növelheti a döntések társadalmi és politikai elfogadottságát, mert a vesztes felek érvei ki vannak fejtve. Az eltérő vélemények és a szavazati arányok közzététele távolról sem ássa alá az alkotmánybíróságok tekintélyét, hanem valójában hozzájárulhat a döntés minőségének és meggyőző erejének, és ezáltal az alkotmányossági felülvizsgálat érdemi legitimitásának növeléséhez.⁶⁵ Emellett megkönnyíti a rejtett politikai ítéletek és elfogultságok (pl. osztály-, nemi, etnikai, faji, vallási) felszínre hozatalát, ami sebezhetővé teszi azokat a nyilvános és politikai vitában, és növeli a "másságérzékenységet". Mindent egybevetve, ez segíthet növelni az (érdeklődő) nyilvánosság jogi műveltségét, és hozzájárulhat a liberális-demokratikus alkotmányok nyitott, rugalmas, plurális jellegének megismeréséhez, a nézőpontok mély sokféleségének legitimitásának elismeréséhez és az ésszerű kompromisszumok megtalálásához. Ez az egyik legfontosabb *belső* eszköz az elszigetelt, túlságosan rámenős és merev bíróságok és a domináns bírói kar kasztszerű önelszigetelődési stratégiái elleni küzdelemben, vagy éppen ellenkezőleg, a "passzív erények" erősítésében.⁶⁶

(2) *A több joghatóság közötti verseny/együttműködés,* ⁶⁷különösen a "horizontálisabb összekapcsolódás", a kevésbé egyértelmű vagy vitatott "hierarchia" vagy a kifejezett "heterarchia" feltételei között, ⁶⁸valójában hozzájárul ahhoz, hogy a bírák⁶⁹ és a bíróságok jogi szakértői között ésszerű, mély nézeteltérések alakuljanak ki,

61 Hogg és Bushell-Thornton (34. lábjegyzet) a bíróságokra és a törvényhozókra összpontosít; Hiebert, 34. lábjegyzet, a bíróságokra és a végrehajtó hatalomra; az úgynevezett "egyensúlyelméletek" (lásd Bateup, 11. lábjegyzet, 57. és azt követő oldalak Barry Friedman és Robert Post/Reva Siegel esetében) az "igazságszolgáltatás, a politikai ágak és a nép közötti intézményes kölcsönhatásokra" összpontosítanak (34. lábjegyzet, 57. lábjegyzet). 57. o.), hangsúlyozva a közvélemény, a "társadalom egészére kiterjedő párbeszéd" és a kulturális párbeszéd "alkotmányos kultúrában való megalapozottságát" (63. o.), de "alulértékeli az alkotmányos párbeszéd intézményi aspektusait" (69. o.); a "partnerségi elméletek" a különböző helyzetben lévő kormányzati ágak eltérő hozzájárulásait emelik ki" oly módon, hogy nem részesítik előnyben a bírói szerepet (70. o.). A "legerősebb normatív beszámoló a bírói felülvizsgálat szerepéről (...) akkor jelenik meg, amikor a párbeszéd egyensúlyi és partnerségi felfogását kombinálják" (76. o.), egy "dinamikus fúzió" révén (76-83. o., utalva a "dinamikus fúzióra").

K. Whittington, "Extrajudicial Constitutional Interpretation", (2002) N80.C.L. Review).

62 A. Meuwese & M. Snel, "Alkotmányos párbeszéd": An Overview", (2013) 9 *Utrecht Law Review*, no. 2, <http://doi.org/10.18352/ulr.231>, 123-140. o., a definíciók és elméletek kiváló tárgyalása. Munkadefiníciójuk hasznos: "két vagy több szereplő közötti, implicit vagy explicit módon alakított oda-vissza kommunikáció folytatása, amelyet egy domináns szereplő hiánya - vagy legalábbis a dominancia zárójelbe tétele - jellemez, azzal a közös szándékkal, hogy javítsák az alkotmányok értelmezésének, felülvizsgálatának, megírásának vagy módosításának gyakorlatát" (126. o.), mert nyitott és nem túl "harmonikus" (bár egyértelműen kevesebb vitát enged meg, mint az én megközelitésem), és ugyanez érvényes az elméletek megkülönböztetésére, amelyet Bateup inspirált (lásd összefoglalóként: táblázat 134. o1.,).

63 Lásd: Kumm, fenti2009, lábjegyzet, pp6., et3,9 seq.; M. Klatt, "Positive rights: Ki dönt? Judicial review in balance", (2015) *International Journal of Constitutional Law*, 2. szám, 354-382. o., pp. 354-382.

64 Lásd Van Dommelen, *Supra* note, pp46., et199 seq.

65 Lásd a 40Fallon kontra Waldron ügyben tett fenti megjegyzést.

66 A. Bickel, *Az utolsó veszélyes ág* (1962).

- 67 B. Schotel, "A jogvédelem mint joghatósági verseny", (2015) nem publikált tanulmány. Lásd Meuwese & Snel, supra note pp62., et130 seq. a Rosas-szal az ilyen bíróságok közötti igazságügyi párbeszéd öt különböző kategóriájáról.
- 68 A "horizontális összekapcsolódás" és a "heterarchia" jól ismert fogalmak a szervezetszociológiában (lásd H.A. Simon, "The Organization of Complex Systems", in H.H. Pattee (szerk.), *Hierarchy Theory. The Challenge of Complex Systems* (1973), 1-27. o.) és a politikaelméletben. Lásd Halberstam, Supra 26. lábjegyzet, 2. és azt követő oldalak: a "konkrét intézményi és kormányközi vitákból eredő konfliktusok az alkotmányos rendszereken belüli végső joghatósággal kapcsolatos mély nézeteltérések idején".
- 69 Lásd Wendel és2013 a fenti2014, jegyzetet az 4,igazságügyi nyilvánosságról.

parlamenti bizottságok, a jogi szakma általában és az emberi jogi nem kormányzati szervezetek. Kedvező feltételek mellett a közvélemény és a politika tudatosságának növelését is elősegítheti (lásd az 5. szakaszt).

(3) *A nem igazságügyi, politikai intézményekkel, különösen a jogalkotókkal folytatott párbeszéd/kontestáció és együttdöntés* formáinak megnyitása kulcsfontosságú a bírói szupremácia elleni küzdelem, a bírói tisztelet hagyományainak és gyakorlatának növelése, sőt megerősítése az alkotmánybíróságokban, valamint a tartalmi demokratikus legitimitáció növelése érdekében (lásd a 2.3.1. szakaszt). Különösen "nem ideális" körülmények között nem az alkotmányossági felülvizsgálat valamennyi formájának helyettesítésére, hanem kiegészítésére szolgálnak,⁷⁰ mivel egyértelmű szükség van a parlamenti szuverenitás vagy szupremácia három jól ismert veszélyének elhárítására. Az első veszély az, hogy a törvények minőségét nem ellenőrzi egy független szerv a jogállamiság normái szempontjából. A második veszély az, hogy a polgárok (és a lakosok) jogait és szabadságait a törvényhozó testület nem védi hatékonyan.⁷¹ A harmadik veszély az, hogy az egyszerű törvényhozói többség sebezhető, amikor a kisebbségi jogok felülírásáról van szó.

(4) *A társadalmi, politikai és kulturális szereplők szélesebb köre* (például társadalmi mozgalmi szervezetek, civil társadalmi szervezetek, nem kormányzati szervezetek, politikai pártok és az adott kérdéskörökben érdekelt különböző érdekeltek,⁷² a különböző médiumok és a nagyközönség) által *folytatott párbeszéd* és vitatkozás formáinak megnyitása segíthet a joghatóság tájékozott és kritikus demokratikus politizálásának kialakításában és ösztönzésében.

2.4. Záró megjegyzések

Hadd fejezzem be azzal, hogy összefoglalom fő általános következtetéseimet. Először is, az alkotmányos kérdésekben nincs és nem is lehet "egyetlen", legjobb, optimális és végső értelmezés és döntés. Másodsor, a legkevésbé fejlett országokban senki - sem az igazságszolgáltatás, sem a politikusok, sem más szakértők - nem mondhatja ki az "utolsó szót", és minden monopol- vagy szupremáciai igényt el kell utasítani, akár a legfelsőbb bíróságok, akár a parlamentek részéről. Harmadsor, a döntések és az intézményi megállapodások a kontextustól függenek. Nincs egyetlen legjobb vagy optimális megoldás, sem a demokrácia általánosabb⁷³ értelemben, sem az alkotmányos felülvizsgálat és módosítás tekintetében. Ez is a - rendszerint idealizált - "modellek" exportja/importja ellen szól, de nem akadályozza meg az összehasonlítást, a szerény tanulságok iránymutatásként való felhasználását és az egymástól való tanulást. Negyedsor, a legfontosabb az elszigetelődés és a bezárkózás ellen tenni a széleskörű igazságügyi, politikai és társadalmi párbeszéd/kontestáció megnyitásával, ösztönzésével és intézményes lehorgonyzásával. Ötödször, ebben a tekintetben a hasonló, egymást átfedő hatáskörrel rendelkező intézmények - például több joghatóság, de több jogalkotási intézmény átfedése - közötti versenyt újra kell gondolni vagy újra kell értékelni. Végül a fő probléma az, hogy miként lehet a kontradiktórius párbeszédet, együttműködést és versenyt világosabban összpontosítani, tájékozottabbá és ésszerűbbé tenni: hogyan és ki által lehet ezt megszervezni és megszervezni?

3. A kanadai záradék tanulságai

Amint láttuk, az erős és kiterjedt vagy korlátlan bírói felülvizsgálat intézményei és hagyományai nagyon megnehezítik a jogalkotó szervekkel folytatott érdemi párbeszédet vagy a jogalkotó szervek általi ellenőrzést, és a bírói felsőbbrendűség ideológiái/gyakorlata nem teszi ezt lehetővé. Ebben az értelemben az alkotmánybíróságok és a parlamentek teljesen aszimmetrikusak, és a legfelsőbb bíróságok döntései megfellebbezhetetlenek. A törvényhozást kötik a bírósági döntések, nem pedig fordítva. Ebben a fejezetben a nemzetállamokon belüli alkotmányossági felülvizsgálattal foglalkozom, és a kanadai notwithstanding clause-t tárgyalom, amely úgy tűnik, lehetőséget nyújt a patthelyzet elkerülésére és a parlament és a legfelsőbb bíróság közötti érdemi kommunikáció megnyitására. Ez tekinthető "köztes formának" vagy "félúton lévő háznak" a bírói és a parlamenti szupremácia vagy szuverenitás, illetve az erős és kiterjedt bírói felülvizsgálat (mint az Egyesült Államokban vagy Németországban) és a gyenge vagy akár nem létező bírói felülvizsgálat⁷⁴ között. A következőkkel kezdem

- 70 Sajnos ezt sem Bellamy (Supra note), sem⁵⁷, Waldron (Supra note) és Kramer (Supra note) nem fejt ki elég világosan, bár³, mindegyikük a bírói szupremácia ellen irányítja támadását, és egyértelművé teszi, hogy a gyengébb bírói felülvizsgálat különböző formáira lehet szükség.
- 71 Lásd Ewing & Tham, fenti jegyzet, a³⁶, "jogállamiság gyenge gyakorlati felfogásáról" és "az emberi jogok lényege iránti ennek megfelelően gyenge elkötelezettségről" (688. o.), valamint az Egyesült Királyságban a "parlamentari szuverenitás" iránti igen erős bírói tiszteletéről a tárgyalás nélküli fogva tartás eseteiben.
- 72 Lásd V. Bader, "Eurosphere(s)?", (2008) *munkadokumentum: WP Eurosphere1*. Lásd Meuwese & Snel, supra note, az 62, "új kormányzási elméletekről" és a "nem bírósági szereplőkről" (lásd a 132következő oldalakat).
- 73 A közvetlen és/vagy képviseleti demokrácia; a parlamenti vagy elnöki demokrácia; az arányos és/vagy többségi választási rendszerek stb. formái. Lásd V. Bader & M. Maussen, *Renewing Democracy* (2015) könyvprojekt.
- 74 Hogg et al., Supra note p28., 29.

minimális bevezető megjegyzések (3.1), érvek a záradék ellen (3.2) és mellett (3.3), valamint néhány felülvizsgálati és javítási javaslat (3.4), mielőtt felvázolnánk néhány előzetes tanulságot.

3.1. A kanadai fenntartási záradék

Az alábbiakban Johansen és Rosen rövid, mértékadó összefoglalóját olvashatják a felülvizsgált Kanadai Jogok és Szabadságok Chartájának (1982) szakaszában⁷⁵ található kanadai "notwithstanding clause" vagy "override clause" (felülbírálati záradék) témaköréről:⁷⁵

"A 33. szakasz (1) bekezdése lehetővé teszi a Parlament vagy a tartományi törvényhozás számára, hogy olyan jogszabályokat fogadjon el, amelyek felülírják a Charta 2. szakaszát (amely olyan alapvető jogokat tartalmaz, mint a véleménynyilvánítás szabadsága, a lelkiismereti szabadság, az egyesülési szabadság és a gyülekezési szabadság) és a Charta 7-15. szakaszát (amely tartalmazza az élethez, a szabadsághoz és a személyi biztonsághoz való jogot, az indokolatlan házkutatástól és lefoglalástól való mentességet, az önkényes letartóztatástól vagy fogva tartástól való mentességet, számos más törvényes jogot és az egyenlőséghez való jogot). A jogorvoslati hatáskör ilyen jellegű alkalmazásának törvényben kell szerepelnie, nem pedig alárendelt jogszabályban, és inkább kifejezetten, mint hallgatólagosnak kell lennie. A 33. szakasz (2) bekezdése szerint (...) a felülíró jogszabály a vonatkozó chartás jogot vagy jogokat "nem rögzíti" az adott jogszabály alkalmazásában. Valójában a parlamenti szuverenitás a felülbírálati jognak az adott jogalkotási összefüggésben történő gyakorlásával újjáéled. A 33. szakasz (3) bekezdése előírja, hogy a felülbírálati hatáskör minden egyes gyakorlása legfeljebb öt évig tart, és ezt követően hatályát veszti, kivéve, ha a Parlament vagy a jogalkotó a 33. szakasz (4) bekezdése alapján újabb legfeljebb ötéves időtartamra újra hatályba lépteti azt. A Chartában rögzített számos jogra nem lehet a szakaszra hivatkozni Ezek 33. a demokratikus jogok (a Charta 3-5. szakasza), a mobilitási jogok (6. szakasz), a nyelvi jogok (16-22. szakasz), a kisebbségi nyelvoktatási jogok (23. szakasz), valamint a férfiak és nők garantált egyenlősége (28. szakasz). Szintén nem tartoznak ide (...) a 24. szakasz (a Charta végrehajtása), a 27. szakasz (multikulturális örökség) és a 29. szakasz (felekezeti iskolák) - ezek a rendelkezések szigorúan véve nem garantálnak jogokat.

A Chartában meghatározott valamennyi jog és szabadság biztosított, az 1. szakasz szerinti ésszerű korlátozásokkal. Ez a Charta 32. szakaszával (amely a Chartát kötelezővé teszi a Parlamentre és a törvényhozókra nézve) és az 1982. évi alkotmánytörvény 52. szakaszával (amely az alkotmányt, amelynek a Charta része, Kanada legfőbb törvényévé teszi) együttesen a Chartában meghatározott jogok és szabadságok megerősítését eredményezi. A szakasz és 33. különösen a 33. szakasz (2) bekezdésére való hivatkozás áttöri az alkotmányos rögzítés falát, és bizonyos körülmények között feltámasztja a parlament vagy a törvényhozás szuverenitását. Következésképpen a Charta a jogok és szabadságok egyedülálló kombinációja, amelyek közül egyesek teljes mértékben be vannak rögzítve, mások pedig be vannak rögzítve, hacsak a Parlament vagy egy törvényhozó nem írja felül őket.

A záradék létrehozása "egyedülállóan kanadai fejlemény, amelynek nincs megfelelője sem a nemzetközi emberi jogi dokumentumokban, sem a nyugati demokratikus emberi jogi nyilatkozatokban".⁷⁶ Ennek ellenére számos kanadai jogalkotási precedens található a Kanadai Jogok Törvénykönyvében, a Saskatchewan Emberi Jogi Törvénykönyvben, az Albertai Jogok Törvénykönyvében és a Québeci Emberi Jogok és Szabadságok Chartájában.⁷⁷ Ezen kívül van néhány későbbi hasonló záradék, például Izraelben (a munkához való jogra 1992korlátozva) és Ausztráliában 2006a Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities Act felülvizsgált Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities Act, Section Johansen és Rosen szerint:³¹

"Az eddigi tapasztalatok legalább három olyan helyzetet mutattak, amikor a 33. szakaszt olyan módon használták, amelyet sem az első 1981 miniszterek konferenciáján részt vevők, sem a kommentátorok nem láttak előre: a 33. szakasz mindenre kiterjedő, rutinszerű alkalmazása a Québeci Nemzetgyűlés által 1982 és 1985 között; a 33. szakasz megelőző alkalmazása Saskatchewanban a munkába való visszatérésre vonatkozó jogszabályokkal kapcsolatban; és a 178. törvénytervezet elfogadása a Québeci Nemzetgyűlés által a Kanadai Legfelsőbb Bíróság decemberi 15., *Ford* és *Devine* ügyekben hozott döntéseit követően".⁷⁸

75 D. Johansen & P. Rosen, "The Notwithstanding Clause of the Charter", (2012) *Library of Parliament Research Publications* <

<http://www.lop.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/bp194-e.pdf>> (utolsó látogatás 232016 szeptemberében).

76 Ibid., p. 2

77 A 33. szakasz "eredetéről" és az élénk és ellentmondásos vitáról lásd: *ibid.*

78 Ibid., "Section Invocation33"; lásd még T. Kahana, "The notwithstanding mechanism and public discussion: Lessons from the ignored practice of section of 33the Charter", (2001) *Canadian44 Public Administration*, no. <http://doi.org/10.1111/j.1754-7121.2001.tb00891.x>, pp. 255-391. Lásd Kuo, *supra* 6. lábjegyzet, 14. és azt követő oldalakat "a bíróság és a jogalkotó közötti interakció nyilvánvaló csökkenéséről az elmúlt években": 1983 és 1996 között 66 esetben az 1. szakasz megsértését állapították meg a Charta megsértésével kapcsolatban, és körülbelül 80%-ban született valamilyen jogalkotói válasz; 1996 és 2006 között ez az arány 61%-ra csökkent. A 33. szakasz (notwithstanding clause) ritkaságszámba ment: tartományi szinten soha nem, 2000 óta pedig egyáltalán nem, gyakorlatilag "elsorvadt" vagy "alkotmányos sorvadás". Lásd Hogg et al., fenti jegyzet 51-54. o28.,; Bateup, fenti jegyzet 53. o27.,; Roach 2001a, fenti jegyzet 487. o34.,.: normatív értelemben "ezért csak kivételes körülmények között szabadna alkalmazni".

A québeci nyelvtörvényen kívül a záradékot csak háromszor használták. Az első ilyen felhasználás a Yukon földtervezési és fejlesztési törvényében történt 1982-ben, a második pedig Saskatchewanban a munkába való visszatérésre vonatkozó törvény védelmében, amelyet a Fellebbviteli Bíróság a Charta 2. szakaszának d) pontjában foglalt egyesülési szabadsággal ellentétesnek nyilvánított. A harmadik felhasználás Albertában történt, ahol a konzervatív tartományi kormány fontolóra vette a "notwithstanding clause" alkalmazását a kanadai Legfelsőbb Bíróság 1998 áprilisában a *Delwin Vriend kontra Alberta* ügyben hozott ítélete ellen. Vriendet 1991-ben a keresztény King's College azért bocsátotta el, mert meleg volt, és az albertai emberi jogi bizottság fellebbezett. A Legfelsőbb Bíróság végül Vriend javára döntött, és kimondta, hogy az albertai emberi jogi törvényben foglalt egyenlőséghez való jognak védenie kell a szexuális irányultságon alapuló megkülönböztetés ellen. A közvélemény nyomására azonban a Ralph Klein miniszterelnök által vezetett albertai kormány nem élt a záradékkal. Végül Alberta tartomány törvényt vezetett be, amely lehetővé tette, hogy a törvényhozó gyűlésben vétót emelhessenek a záradék alkalmazása ellen, és népszavazást írjon elő annak alkalmazásához.⁷⁹

3.2. A záradék elleni érvek

A záradék bevezetéséről és kanadai alkalmazásáról szóló viták története során a bírói szupremácia abszolutistái és a parlamenti szupremácia abszolutistái a régi és jól ismert érveket hozták fel mellette és ellene.⁸⁰

A kritikusok azzal érveltek, hogy a záradék nincs összhangban az emberi jogok és szabadságok megerősítésével, legegyszerűbben azzal, hogy "a jogok jogokat jelentenek". (i) A jogok valóban bírói értelmezés tárgyát képezik, "de meg kell védeni őket a *jogalkotói áthágásokkal szemben*". (ii) Általában a kormányok és a törvényhozó gyűlések nem sértik meg "a jogokat a közvéleményt semmibe véve; sőt, éppen akkor van szükség alkotmányos korlátozásokra, amikor a közvélemény többsége támogatja, vagy legalábbis nem ellenzi *egy kisebbség jogainak korlátozását vagy megszüntetését*". (iii) "A Charta nem teremt abszolút jogokat és szabadságokat, amelyeket szó szerint kell alkalmazni; a Charta 1. szakasza úgy rendelkezik, hogy a garantált jogok és szabadságok "a törvény által előírt olyan ésszerű korlátok közé tartoznak, amelyek egy szabad és demokratikus társadalomban bizonyíthatóan igazolhatóak". Ennek (...) *elegendő rugalmasságot kell biztosítania a bíróságok számára ahhoz, hogy alkalmazkodjanak a garantált jogot vagy szabadságot sértő jogalkotási célokhoz*". (iv) A záradék "a jogok hierarchiáját teremti meg", "mivel a jogalkotói felülbírálat csak az alapvető szabadságjogokra, valamint a törvényes és egyenlőségi jogokra alkalmazható". (v) A záradék kérdéseket vet fel a *fennmaradó szabadság* jellegével kapcsolatban, mivel "a felülbíráható jogok és szabadságok olyan jelentősek".⁸¹ (vi) A felülbírálati jog *puszta létezése is arra csábíthatja a kormányokat, hogy éljenek vele*.⁸² (vii) A záradékot *olyan esetekben lehet alkalmazni, amikor a jogok és szabadságok a leginkább védelemre szorulnak*.⁸³

3.3. A záradék mellett szóló érvek

A záradék *mellett* szóló legfontosabb érvek a következők voltak:⁸⁴

Azok, akik a szakasz mellett érvelnek, 33nem látják, hogy a szakasz ellentétes lenne a bevett jogokkal és szabadságjogokkal, és azt állítják, hogy i) olyan mechanizmust biztosít, amelynek révén kivételes körülmények között a *választott törvényhozó* hatalmi ág fontos politikai döntéseket hozhat, és *elszigetelheti azokat a nem választott bírói hatalmi ág általi felülvizsgálattól*. (ii) azzal érvelnek, hogy az *egyéni jogokat nem fenyegeti nagy veszély, mert nincs*

79 Lásd Van Dommelen, Supra note 205. o46.,; Hogg et al., Supra note pp28., et 8seq.; extensively: Bateup, supra note 49-53. o27.,

80 Johansen & Rosen, Supra note 75; az én számozásom és dőlt betűs írásmódom.

81 "Ha a lelkiismereti vagy vallásszabadságunkat elvehetik egy olyan törvénnyel, amely a Charta ellenére működik, ha az élethez vagy a szabadsághoz való jogunkat nem az alapvető igazságosság elveivel összhangban vehetik el, akkor milyen szabadságunk van?". (Morris Manning, idézi Johansen & Rosen, 75. lábjegyzet).

82 "A Kanadai Ügyvédi Kamara azzal érvelt, hogy a Charta 1. szakasza elegendő védelmet nyújt a törvényhozó hatalom számára, ezért a 33. szakasz hatályon kívül helyezését javasolta. A "nyitott horizont" veszélyeit sem szabad alábecsülni, mert az "öt év" könnyen állandósulhat.

83 1985-ben Herbert Marx - a québeci liberális ellenzék igazságügyi kritika - kijelentette, hogy "a "nemtörődömségi záradék" veszélye akkor fog megmutatkozni, amikor a legnagyobb szükségünk lesz a védelemre", utalva az októberi válságra, amikor 1970, a szövetségi kormány a közrendről szóló törvény (ideiglenes intézkedések) elfogadásával félretette a Kanadai Jogok Törvénykönyvét. Nyilvánvaló

tehát, hogy a szövetségi és tartományi törvényhozóknak igen széleskörű jogköröket ad arra, hogy saját belátásuk szerint korlátozzák vagy megtagadják ezeket a jogokat és szabadságokat. Talán egyik törvényhozónk sem fogja többé alkalmazni a "notwithstanding clause" (a rendelkezés ellenére) záradékot. De ott van. És ha ezt a tört feldobják, a bíróságok ugyanolyan tehetetlenek lesznek jogaink védelmében, mint a jogok chartája előtt voltak.

84 Johansen & Rosen, supra note 75, számozásom és dőlt betűvel szedve.

ötéves korlátot szabnak a jogorvoslati jog alkalmazásának. (iii) Bármely ilyen jogszabályi felülbírálatot nyilvános vitának kell alávetni az első hatályba léptetéskor és bármely későbbi újbóli hatályba léptetéskor. (iv) Arra is rámutatnak, hogy csak néhány, nem pedig minden jogra vonatkozik a lehetséges jogalkotói felülbírálat. (v) (Ők) fenntartják, hogy bár hasznos, sőt nagyon is értékes, hogy a bíróságok szerepet játszanak a kanadaiak által élvezendő jogok és szabadságok kidolgozásában, nem helyénvaló, hogy jogalkotóként járjanak el. A bírák kinevezésük után sok évvel is hivatalban maradhatnak, még jóval azután is, hogy az őket kinevező kormány már távozott. Az, hogy ezt most is így teszik, nem kérdőjeleződik meg; ha azonban nagyobb "politikai" szerepük lenne, a választók felé való elszámoltathatóságuk hiánya viták forrása lehetne. (vi) Ehhez szorosan kapcsolódik az az állítás, hogy a politikai szerepvállalás veszélyeztetné a bíróságok függetlenségét és pártatlanságát, és felgyorsítaná politizálódásukat. Ezért azzal lehet érvelni, hogy a jogalkotói felülbírálat - azáltal, hogy a végső politikai döntéseket a választott képviselők hozzadják meg - enyhíti a bíróságok politizálódását.

(vii) Szorosan kapcsolódik ahhoz az állításhoz, hogy a jogalkotóknak, és nem a bírácoknak kellene a közpolitikai kérdésekben a végső szót kimondaniuk, a "biztonsági szelep" vagy a "nem szándékolt következmények" érve. Egyszerűen fogalmazva, ez azt sugallja, hogy a fenntartási záradékokra akkor van szükség, ha a Charta garanciáin alapuló bírói döntés fontos társadalmi értékek vagy célok veszélyeztetését eredményezheti. Mivel a Charta jogai és szabadságai általánosan megfogalmazottak és különböző értelmezésekre és értelmezésekre hajlamosak, a bíróságok olyan ítéleteket hozhatnak, amelyekre a szövegezők nem számítottak ("nem szándékolt következmények").

Röviden, a 33. szakaszt azzal indokolták, hogy megőrzi a "parlamentari szuverenitás" elvét. A törvényhozók, a bírácokkal ellentétben, a választóknak tartoznak elszámolással. A szakasz azt is lehetővé teszi, hogy a Parlament vagy a tartományi törvényhozás korrigálja a Charta szerencsétlen bírói értelmezését.

Még ezen érvek ilyen rövid áttekintése is azt mutatja, ahogyan az várható volt, hogy komoly kérdésekkel kell foglalkoznunk, és hogy meglehetősen nehéz olyan intézményi rendszert találni, amely jobb vagy "ésszerűbb egyensúlyt" ígér.

3.4. Néhány javaslat

A szakasz elleni legsúlyosabb ellenvetések közül néhányat a következő javaslatokkal 33-lehetne kezelni. Eljárási javaslatokkal kezdem, mielőtt az LDC nyitott, pluralista és változó jellegével foglalkoznék, valamint néhány megjegyzéssel a jogok hierarchiájáról, ha van ilyen.

3.4.1. Eljárási javaslatok

A záradék konstrukciójának súlyos hibája, hogy a törvényeket akkor is érvényesnek nyilvánítják, ha azok bizonyos alapjogokat sértenek.⁸⁵ Ezt orvosolni lehetne, és az alapjogok védelmét jelentősen erősítené a Van Dommelen által kidolgozott két változtatás: (1) a felülbírálati záradékot nem az Alkotmánybíróság ítélete előtt, hanem csak azt követően lehetne alkalmazni,⁸⁶ és (2) kifejezetten ki kellene mondani, hogy a parlament nem függeszthet fel bizonyos alapjogi kategóriákat (kivéve nyilvánvaló szükséghelyzet esetén),⁸⁷ hanem csak az Alkotmánybíróság ítéleteiben szereplő jogértelmezéseket és jogmérlegelést írhatja felül (Van Dommelen első javaslata). Ez azt a benyomást is korrigálná, hogy csak a bírák, de a jogalkotók nem tartják fontosnak az alaptörvényi jogokat.⁸⁸

85 Van Dommelen, Supra note p46., 204.

86 Van Dommelen harmadik javaslata; lásd Bateup, supra note p11., 74Hiebert: "csak egy döntést követően kellene alkalmazni"; Bateup, supra note p27., "13csak egy bírósági döntést követően", nem pedig "megelőzően" (lásd még Kahana, supra note és78 Roach és 20012001a, supra note 34.). Ennek fontosságáról lásd: D. Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!", (2015) *German Law Journal*, 105-46. sz. sz.1,

87 A jogok felfüggesztése a klauzula által különbözik és sokkal erősebb, mint a sürgősségi esetek és rendeletek, bár a "közrendre" való gyakori hivatkozás (lásd Marx, 83. lábjegyzet) mutatja a hasonlóságot. A vészhelyzet jelentősége a jogok felülbírálatában sokkal ismertebb és elterjedtebb, vö. az alábbiakban, a 4.3"vészhelyzet és a végrehajtó föderalizmus" szakasza az EU-ban.

88 Lásd még Waldron választát Goldsworthy felvetésére, miszerint a notwithstanding clause "elegendő választ ad azoknak, akik

demokratikus okokból aggódnak az erős bírói felülvizsgálat gyakorlata miatt" (J. Goldsworthy, "Judicial Review, Legislative Override, and Democracy", (2003) *Wake Forest Law Review*, 451. o.): "Úgy vélem, hogy az igazi probléma az, hogy a szakasz megköveteli a jogalkotótól, hogy félremagyarázza a jogokkal kapcsolatos álláspontját. A Charta ellenére törvényt alkotni egyfajta módja annak, hogy azt mondjuk, hogy nem gondoljuk, hogy a Chartában foglalt jogok olyan fontosak, mint amilyen fontosak a Charta szerint". (Waldron, *Supra* 5. lábjegyzet, 1357. o.). Második javaslatom egyértelműen foglalkozik ezzel a problémával és megoldja azt.

Van Dommelen változtatásai mellett egy harmadik változtatás lehetne, hogy a parlamentnek nem kellene megengedni, hogy a bírósági döntést egyszerű többséggel, hanem *csak minősített többséggel*, pl. 60%-os *többséggel felülbírálhassa*, méghozzá korlátozott időtartamra, például három vagy öt évre és korlátozott számú fordulóra, a "próbálkozás, próbálkozás, újra" helyett. Ez megerősítené a kisebbségi jogokat⁸⁹ az egyszerű többségi döntések szeszélyeivel szemben.

Egy negyedik változás az lehetne, hogy ha - az eljárás⁹⁰ által ösztönzött intenzív nyilvános vita után - az alkotmánybíróságok (Nagykamara, utolsó fokon) mégis alkotmányellenesnek nyilvánítanak a vonatkozó vagy megfelelően módosított törvényt, akkor egy ilyen ítéletet csak részletes eljárások (második és harmadik olvasat, időkeret) után lehetne felülbírálni, az alkotmánymódosítás alkotmányos követelményeihez hasonló, *még szigorúbb QMV-vel*, vagy alternatívaként az alkotmány közvetlen módosításával.

Az ötödik változás az lehetne, hogy ha az ilyen döntések demokratikus legitimitációjának *népszavazással* történő megerősítését fontolgatnánk (mint Albertában), akkor ezek és az azt megelőző nyilvános vita az alkotmány átfogó módosításaihoz képest célzottabb és részletesebb⁹¹ lehetne. A *vétő azonban* közös döntési csapdákat hozna létre, és általában a status quo javára hatna.

3.4.2. A liberális-demokratikus alkotmányok nyitott, pluralista és változó jellege

A kritikusok joggal mutatnak rá arra, hogy a jogok nem abszolút jogok, hanem "ésszerű korlátok között" (a Charta 1. szakasza, amelyet a 3.1. szakaszban idéztünk), de az az állításuk, hogy a bíróságoknak elegendő rugalmasságuk lenne ahhoz, hogy a változó társadalmi körülményekkel és értékelésekkel összhangban értelmezzék a bennük rejlő konfliktusokat, feszültségeket más jogokkal és a közös érdekekkel/javakkal, egyértelműen túlzottan optimista *petitio principii*. A záradék védelmezőinek legerősebb érvei a "nem szándékolt következmények és előre nem látható változások" érvek kombinációjából, a demokratikus legitimitáció hiányával és az implicit politizálási érvekkel való érvelésből fakadnak. A bíróságok a jogok egymás elleni mérlegelésében és kiegyensúlyozásában, a szigorú vizsgálaton alapuló tesztjeikben és a "közjót" célzó politikák/politikák értelmezésében (a kontextuálisan "mindent figyelembe véve" ítéletek során) egyrészt meta-jogi és meta-alkotmányos másodrendű elvektől, másrészt pedig társadalmi és kulturális értékektől függenek. Mindkettő többé-kevésbé gyorsan változik. Ha nincs az eltérő véleményeknek és tágabb értelemben a bírósági és nyilvános politikai vitáknak élénk hagyománya, a bíróságok - egyébként azonos feltételek mellett - általában elszigeteltek és mereven konzervatívak (a bírák élethosszig tartó kinevezése esetén még inkább). Egy megfelelően finomra hangolt felülbírálati záradék arra kényszeríti őket, hogy meghallgassák, megnyíljanak a párbeszédre és tanuljanak.⁹² Ez próbára teszi hallgatolagos politikai elfogultságukat, és megmutatja a "teljesen független", "pártatlan" és "tisztán jogi/jogi" ítéletek lehetetlenségét. *Politizálásra* van szükség a "kapcsolati semlegesség", a "beágyazott pártatlanság" és a "másságérzékenység"⁹³ szolgálatában, és a parlamentek, más demokratikusan elszámoltatható intézmények mellett, jobban képesek erre.

3.4.3. Jogok hierarchiája?

A kritikusok vagy azzal érveltek, hogy a záradék lehetővé teszi a jogok rossz kategóriáinak (a Charta 2. szakasza és 7-15. szakasza) felülbírálását,⁹⁴ vagy általánosabban, hogy az alapvető jogok között nem lehet hierarchia.

89 Lásd a fenti szakaszt, és 2.3.4 lásd 3.2, még Eugene Forsey-t (idézi Johansen & Rosen, 75. lábjegyzet).

90 Ez a közös magja az "alkotmányos párbeszéd elméleteinek" valamennyi fent említett változatának, lásd Hogg & Bushell, Supra note 79-81. o34., "a kétirányú csere katalizátora"; Bateup, Supra note 11. o., 58. és azt követő o.); a bíróságok mint "az alkotmányos értékekről folytatott társadalmi szintű vita alakítói és elősegítői", "csatornák és előmozdítók"; "az alkotmányos párbeszédben való kölcsönös függőségük révén a bírósági és nem bírósági szereplők hogyan tanulnak, vitatkoznak és igazítják vagy módosítják nézeteiket" (60. o.).

91 Itt nem osztom Van Dommelen optimizmusát, aki ezeket az intézkedéseket "a klauzula fontos korrekciójaként" (...) támogatja a nyilvános vitára gyakorolt pozitív következmények miatt (Van Dommelen, fenti jegyzet 205. o46.,). Az EU alkotmány szerződéséről szóló népszavazások egyértelműen e remény ellenében szólnak.

92 Lásd a fenti megjegyzést a 86Bateuppal. Ironikus módon azt mondhatnánk, hogy a felülbírálati záradék és a kritikus nyilvános vita a jogok értelmezését, azok mérlegelését és kiegyensúlyozását, valamint a közjó politikájának értelmezését "szigorú ellenőrzés" teszt alá helyezi.

93 Lásd Bader fentebb2007, jegyzet fejezet 39,Ez2. a stratégia, mint már fentebb jeleztük, különbözik a politikai decisionizmustól - Schmitt-től Ungerig (lásd V. Bader "A felhatalmazott demokrácia alkotmánya: Dream or Nightmare?", in R. Lange & K. Raes (szerk.),

Plural Legalties (1991), 6-22. o.) - és a relativizmustól.

- 94 Lásd még Manning, supra note 81, és Van Dommelen, supra note 46, 204. o. (második korrekciója), amely a deliberatív demokrácia szemszögéből érvel a politikai kommunikáció szabadságának különleges védelme mellett, vagy lásd a mérsékelt agonista demokrácia szemszögéből érvelő érveimet (V. Bader, "Free Speech or Non-Discrimination as Trump?", (2014) *JEMS*40, 320-338. o2,.). Fallonnak (2. sz. jegyzet, 1713. o.) igaza van abban, hogy bizonyos "liberális" egyéni jogok a maghoz tartoznak, de téved, amikor bizonyos "demokratikus" jogokat lebuktat.

jogokat. Az én nézőpontomból (a KKE mint konfliktusos történelmi, fejlődő kompromisszum két pillérrel) a "liberális" jogok (nagyjából: jogállamiság, bírói jogok, élet és szabadság) vagy a "demokratikus jogok" (egyenlő aktív és passzív választójog, politikai kommunikációs szabadságok) elsőbbségéről szóló régi konfliktusok, vagy a jogok szigorú, kontextusfüggetlen hierarchiájának vagy lexikális rendjének elképzelése nem ígéretes, hanem inkább félrevezető. Mintha egy ilyen sorrendben konszenzusra lehetne jutni, mintha egy ilyen sorrend mentes lenne a kontextusoktól és a változásoktól, mintha informatív lenne a konkrét esetek eldöntéséhez. Ehelyett együtt kell élnünk a folyamatos konszenzushiánnyal, még az alapvető kérdésekben is, és emelnünk kell a mércét, valamint fejlesztenünk kell az ésszerű viták (tanácskozás és tárgyalás), az ésszerű mérlegelés, az arányosság és az összes jogsértés vagy korlátozás szigorú vizsgálata, valamint a kontextusfüggő, "mindent figyelembe vevő" döntések művészetét. A felülvizsgált felülbírálati záradék éppen ezt ígérheti.⁹⁵

3.5. Néhány lecke

Hadd fejezzem be néhány előzetes általános tanulság felvázolásával. Ha, mint már említettük, a "konszenzus" elérhetetlen, ha komoly feszültségeket és konfliktusokat kell elismerni, ha a jogbiztonság és a hatékony jogvédelem (amelyet a bíróságok és az alkotmányos felülvizsgálat jobban garantál) feszültségben áll a törvényalkotás és a törvénymódosítás demokratikus legitimitásával (amelyet a demokratikusan választott és elszámoltatható intézmények jobban garantálnak), ha az alkotmánybíróságok és a parlamentek összefonódó intézményeinek együttműködését nem lehet produktívan szabályozni egyszerű "szupremáciával", akkor sok múlik az okos intézményi tervezésen. Sajnos a klauzula nagyon korlátozott alkalmazása azt is jelenti, hogy a gyakorlatból eddig nem sok tanulság vonható le. Amint az mostanra már világosnak kell lennie, nem egy intézményi modell illik minden körülményre, és nincsenek olyan legjobb vagy optimális gyakorlatok, amelyeket exportálni lehetne, de összehasonlíthatunk és tanulhatunk. A tanulást a spektrum egyik végéről lehet kezdeni, mint az Egyesült Királyságban az alkotmányos felülvizsgálat gyenge formáinak hozzáadásával, vagy a másik végéről, mint Kanadában, a "parlamenti szuverenitás" elemeinek az amerikai hagyományból származó erősebb alkotmányos felülvizsgálathoz való hozzáadásával. Ugyanakkor ebben az esetben is nyilvánvaló, hogy a "notwithstanding clause" nem exportálható és nem is szabad exportálni - nem csak, de különösen a kulturális kisebbségekre és a nyelvi jogokra való összpontosítása és az alapvető polgári jogokra fordított gyenge figyelem miatt, ami az erős alkotmányos felülvizsgálat védelmezői részéről kiváltotta a várható kritikát, miszerint gyengíti a chartás jogokat és aláássa a bírák/bíróságok tekintélyét. Mégis, az alkotmánybíróságok és a parlamentek közötti verseny és együttműködés révén utat nyit a tájékozott és ésszerű, kontradiktórius párbeszédnek, különösen, ha a javasolt módosítások némelyikét komolyan vennék.⁹⁶ Az érdemi demokratikus legitimitás növelését célzó *belső* mechanizmusokkal (mint például az eltérő vélemények, valamint az állami bíróságok és a szövetségi bíróságok közötti verseny/párbeszéd, amelyek az Egyesült Államokban és Kanadában jelen vannak) összehasonlítva a Legfelsőbb Bíróság és a Parlament közötti párbeszéd, verseny és együttműködés mint a *külső* demokratikus legitimitás növelésének egyik módja meglehetősen új ebben az összefüggésben.⁹⁷ Véleményem szerint ez a párbeszéd nagyon ígéretes, mert az alkotmányos vitákat és a bírósági párbeszédet a szélesebb politikai és társadalmi nyilvánosság és az érintett érdekelt felek számára is megnyithatja, ami⁹⁸ egy olyan állítás, amely nehezen állítható.

95 Peter Hoggal és másokkal összhangban; lásd még J. Koshan, "Peter Lougheed and the Constitution, Notwithstanding", *University of Calgary Faculty of Law Blog* (2012) pp. 4-5: "A 33. szakaszt arra is használták (...), hogy illusztrálják a bíróságok és a jogalkotók közötti párbeszéd fogalmát. Például a Vriend-ügyben Iacobucci bíró kijelentette, hogy: "a bírósági felülvizsgálat és az ágak közötti párbeszéd nagy értéke, hogy az egyes ágak valamelyest elszámoltathatóvá válnak a másik előtt. A törvényhozás munkáját a bíróságok felülvizsgálják, és a bíróság döntéseiben kifejtett munkájára a törvényhozás új jogszabályok (vagy akár átfogó törvények) elfogadásával reagálhat a 33Charta s. alapján. Az egyes ágak közötti párbeszéd és az egyes ágak elszámoltathatósága a demokratikus folyamatot erősíti, nem pedig megtagadja." Lásd a Hogg et al. és Bateup (59. lábjegyzet) című átfogó vitát.

96 Az EU EJE-hez való csatlakozásáról szóló heves vitában Besselink egy olyan jegyzőkönyv aláírását javasolta, amely kijelenti, hogy a csatlakozásra "az Európai Unióról szóló szerződés 6. cikkének (2) bekezdése, az EUSZ 6. cikkének (2) bekezdésére vonatkozó 8. cikkének (2) bekezdése" (L. Besselink "Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13" (2014), < <http://verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213-2/> (utolsó látogatás 2016. szeptember 23.), de nemrégiben újragondolta ezt a javaslatot, és a notwithstanding jegyzőkönyvet a megfelelő módosítás értelmében az Art. 48 EUSZ (L. Besselink, "The EU's Accession to the ECHR - a "NO" from the ECJ", (2015) *Common 52Market Law Review*, 1-15. o1.,., 14. o.), lásd Halberstam, supra note. 26.

- 97 "Az elnök, a Kongresszus és a Legfelsőbb Bíróság közötti kapcsolat rendezetlen jellegét" az Egyesült Államokban Halberstam (Supra note) joggal elemezte, mint²⁶ ami "fontosabb, mint a "föderalizmus" vita, bár szinte teljesen elhanyagolt vagy egységesen figyelmen kívül hagyott" (de lásd Hiebert és Bateup, Supra note 59).
- 98 Az "érdekelt felek" bevonása különösen fontos az olyan mélyreható kulturális változások esetében, mint a családi és házassági kapcsolatok forradalma (lásd Hogg et al., Supra note, 43. o.28. és 9köv. o.; lásd bővebben Bateup, Supra note, 43. o.27., és 3 V. rész: "Pozitív alkotmányos párbeszéd a gyakorlatban": Gay Rights and Same-Sex Marriage in Canada" (53-65. o.) az állami és szövetségi szintű bírósági döntésekről és a parlamenti vitákról). Lásd V. Bader, "Jogi pluralizmus és differenciált erkölcs: Shari'a in Ontario?", in R. Grillo et al. (szerk.),

a kanadai esetek korlátozott száma és jellege miatt nem lehet empirikusan tesztelni. Ez azonban nem lehet ok arra, hogy alábecsüljük egy ilyen intézményesített párbeszéd "puszta létezését"⁹⁹, mert annak puszta létezése, még ha nem is használják, sokkal könnyebbé teszi az újjáélesztést. Ezt az alábecsülést két érv motíválja: egyrészt az uralkodó "kortárs politikai-jogi kultúrára" vonatkozó sommás kijelentések, másrészt pedig az "alkotmányos politika és a "jogalkotás" judicializálásának" és ezáltal a "bírói szupremáciának" (a tanszékiesség vagy a bírói párbeszéd helyett) az egész világon tapasztalható általános tendenciájára vonatkozó sommás kijelentések.¹⁰⁰ Az állami alkotmánybíróságok és a szövetségi alkotmánybíróságok közötti verseny/együttműködés Kanadában és az Egyesült Államokban - mint a bírói és politikai párbeszéd fokozásának talán leghatékonyabb módja¹⁰¹ - azonban meglehetősen gyenge az Európai Unióhoz képest, a szétszórta és decentralizált alkotmánybíráskodás feltételei között, amely az egymást átfedő és versengő joghatóságok laboratóriuma és melegágya, amint azt a következő szakaszban jelzem.

4. Az együttműködés és a verseny új formái a parlamentek és az EU-tagállamok legfelsőbb vagy legfelsőbb bíróságai, az Európai Bíróság és az EJEB között.

Még az úgynevezett "egységes" nemzetállamokban is a jog egységessége, véglegessége, teljessége, koherenciája és következetessége, ahogyan azt a hagyományos jogi monizmus vagy *jogformalizmus* (jogi pozitivizmus) állítja és normatív módon támogatja, többé-kevésbé hatékony mítosz, amely a tényleges jogi pluralizmus különböző fokozatait és fajtáit fedi el.¹⁰² Amint azt mindannyian tudjuk (kellene), hogy tudjuk: nem minden jog írott jog (szokásjog), nem minden írott jogot (differenciált) törvényhozó testületek alkotnak (a bírák alkotják és változtatják meg a jogot azáltal, hogy alkalmazzák azt), és a törvényhozó testületek között verseny van, a legnyilvánvalóbb módon a kifejezetten nem unitárius, föderalista államokban az első és a második kamara között, vagy az elnöki demokráciákban (elnök kontra kongresszus, "*la cohabitation*" Franciaországban). Normatív szempontból a bíróságok versengése és az egymást átfedő, egymással versengő és együttműködő több joghatóság nem feltétlenül jelent rendetlenséget vagy katasztrófát (patthelyzet, közös döntés-csapdák, patthelyzet), hanem bizonyos feltételek mellett produktív lehet. Az EU új, erősen pluralista politikája esetében ez az ősrégi vita új és aktuális aktualitást nyer.

4.1. Többszintű alkotmányosság az EU demokráciájában

Az EU sok tekintetben még mindig egy rejtélyes, új típusú államforma. Ez a legösszetettebb, többszintű politeia, amely nem kormányközi szervezet és nem is új szövetségi állam. Véleményem szerint leginkább "komplex" vagy "összetett demokráciának" vagy "demokráciának" nevezhető,¹⁰³ amelyet többszörös (helyi, tartományi,

Jogi gyakorlat és kulturális sokszínűség (2009), 49-72. o. és V. Bader, "Individual and/or Associational Autonomy?", in D. Borchers & A. Vitikainen (szerk.), *On Exit* (2012), 116-139. o.; a keresztény alapú állami jog "világiasabbá" tételére és az azonos nemű házastársak és élettársak bevonására irányuló ajánlásokért, szemben az élettársi kapcsolatok és az együttélés más formáinak még mindig uralkodó kizárásával.

99 Kuo, *Supra* note pp6., 40,44,III. szakasza által normatív szempontból ellentétes perspektívából. Lásd Hogg et al., *supra* note 42. o28,,: "E jogi hatalom létezése - bármennyire is ritkán gyakorolják - arra kényszeríti a politikusokat, hogy felelősséget vállaljanak döntéseikért".

100 Kuo elemzése a tényleges gyakorlatokról, és különösen a kultúrák, erények, szokások és gyakorlatok fontosságának elméleti hangsúlyozása több mint üdvözlendő, de nem legitimálja a meglévő intézményi struktúrák jelentőségének lebecsülését, nem is beszélve az intézményi alternatívák kidolgozásáról.

101 Azonban ebben a tekintetben is nyilvánvaló, hogy egy ilyen produktív, kontradiktórium bírósági párbeszéd lehetséges a fenntartási záradék intézményi importja nélkül is. Más intézményi megoldások is rendelkezésre állhatnak.

102 Lásd Bader, 93. lábjegyzet. A "szuverén" uralom, a politeia, a rezsim és a nép tekintetében a véglegesség, a szupremácia és a teljesség e pozitívista mítoszai (Bellamy, *Supra* note Ch57., Ch. Section 3szintén1, pp. et20 seq.) csak akkor menthetők meg, ha a szuverenitást fokozatként, korlátozott, delegált, decentralizált kérdésként értelmezzük, egyszóval a pozitívizmus megmentésének régi, már Kelsen és Hart által alkalmazott stratégiáira hivatkozva. Ha a "demokrácia" és a "nemzetállam" közötti belső kapcsolattal párosul - ahogyan Bellamy és Besselink, 6. sz. jegyzet, 32. o. -, akkor a demokratikus intézményi pluralizmus, beleértve az állam feletti szinteket is, elvileg lehetetlenné válik. A "Mi, a nép" mint alkotó hatalom azonban normatív (lásd Kumm 2005, *supra* 6. jegyzet, 275. o.) és empirikusan is kétséges. Ugyanez vonatkozik a "nemzeti alkotmányos szupremácia (NCS)" és az "európai alkotmányos szupremácia (ECS)" szembeállítására is, amelyek osztoznak ebben az "állami jellegben", és kizárják az "államon túli alkotmányosságot (CBS)" (Kumm *ibid.*, pp. et 266seq.; lásd Pernice *supra*2009, note pp4., et 383seq.). Az európai alkotmányos gyakorlat sajátos módon pluralista, és potenciálisan képes elkerülni a konfliktusokat, akár az "alkotmányos tolerancia elvére" (Weiler), akár a "nemzeti és európai jogrendek

kölcsönös kötelezettségvállalásának eljárásaira" (Maduro), akár a "közös alkotmányos elvek (...) és azok intézményközi deliberatív kifejtése" (Kumm *ibid.*...) miatt, 267. o.), amelynek révén - szintén potenciálisan - "a fennmaradó alkotmányos konfliktusok eljárási szempontból a konstruktív deliberatív elkötelezettség mozzanatává alakulnak át" (269. o.), "a politikai erkölcs elvei" (268. o.; lásd Bader, 94. o., 332-334. o.) alapján. Az LDC logikai státuszát illetően lásd Halberstam "az alkotmányosság három elsődleges értéke" című írását (26. lábjegyzet, III. szakasz).

103 A "kormányközi kormányzás" és a "föderalizmus" kizárólagos alternatívái közötti lövészárokharcok átfogó kritikáját, valamint a koncepcionális és elméleti alternatívákat lásd: V. Schmidt, *Democracy in Europe* (2006); S. Fabbrini, "The Euro Crisis and the Constitutional

állami, európai), átfedő, változó és vitatott (jogalkotási, végrehajtó és bírói) hatáskörök és illetékességek. Mindezen hatáskörök átfedését túlnyomórészt negatívnak tekintik (végtelen viszály, intézményi és politikai patthelyzet),¹⁰⁴ de produktívan és átalakítóan is működhet.¹⁰⁵ Mindez azonban messze túlmutat e cikk keretein.

Itt a hangsúly az "alkotmányos pluralizmuson" vagy "többszintű alkotmányosságon" van, mint "a hatáskörök létrehozásának, megosztásának, szervezésének és korlátozásának interaktív folyamatán, amely magában foglalja a nemzeti alkotmányokat és a nemzetek feletti alkotmányos keretet, amelyeket egy olyan jogrendszer két egymástól függő alkotóelemének tekintünk, amelyet hierarchiák helyett alkotmányos pluralizmus irányít";¹⁰⁶ és különösen a tagállamok alkotmánybíróságai és az európai bíróságok által a jogalkotó szervekkel szemben gyakorolt bírósági felülvizsgálat sajátos szerepéről az európai jog és politika fejlődésében általában, pontosabban a közelmúltbeli pénzügyi és euróválság, valamint a végrehajtó föderalizmus megerősödésének körülményei között. Általánosságban két ellentétes, de egymással összefüggő fejleményt láthatunk. Egyrészt a bíróságok közötti *párbeszéd és együttműködés új formáinak kialakulását az 1970-es évektől kezdődően*, amelyet másrészt két közelmúltbeli fejlemény *fenyeget*: a végrehajtó monetáris és fiskális föderalizmusra válaszul felmerülő, *egymással versengő bírói szupremáciai igények*, valamint az EJB bírói szupremáciai igényei az EU EJEE-hez való csatlakozásáról szóló vitában.

4.2. A párbeszéd és az együttműködés kialakulása

Az EU bíróságai közötti összetett kapcsolat általában és különösen az alkotmánybíráskodás tekintetében a kezdetektől fogva vitatott volt, és az európai jog és az európai bíróságok "elsőbbségét" vagy "elsőbbségét" és "közvetlen hatályát" különbözőképpen értelmezték.¹⁰⁷ A globalizáció és különösen az EU hatására a kontinentális Európában uralkodó, centralizált és specializált alkotmánybíróságok mint "végső döntőbírák" által végzett alkotmánybíráskodás kelsenii modellje átadja helyét egy (az amerikai modellhez képest) radikálisan szétszórtabb és decentralizáltabb alkotmánybíráskodásnak. A párbeszéd és a verseny új dinamikája háromféleképpen alakult ki (fordított sorrendben), amint azt az alábbiakban bemutatjuk.

(1) A Simmenthal-ítélet (1978)¹⁰⁸ forradalmasította a nemzeti alkotmányjogot és különösen az alkotmánybíráskodást, mivel elvette a központi alkotmánybíróságok monopóliumát a parlamenti törvények alkotmányosságának felülvizsgálatára. Emellett a nem szakosodott bíróságok és testületek is új alkotmányossági felülvizsgálati funkciókat kaptak a gyenge vagy nem létező alkotmányossági felülvizsgálattal rendelkező európai országokban (Egyesült Királyság, Finnország, Dánia, Svédország, Hollandia), ami a nemzeti alkotmánybíróságok és más bíróságok és tanácsok közötti versenyt eredményezte.

(2) Az európai bíróságok és a nemzeti alkotmánybíróságok közötti verseny. Simmenthal után egyfajta egyensúly alakult ki, "amelyben a nemzeti bíróságok teret engedtek az Európai Bíróságnak az elsőbbségre vonatkozó egyes követeléseivel számára, míg az Európai Bíróság teret engedett a legalapvetőbb és legbecsesebb nemzeti alkotmányos jogok némelyikének.

Disorder of the European Union" (2015) kiadatlan tanulmány (ACCESS Europe); az "összetett demokráciáról" lásd V. Bader, "Building European Institutions", in S. Benhabib & I. Shapiro (szerk.), *Identities, Affiliations, and Allegiances* (2007) pp. 113-135; V. Bader, "Komplexe Bürgerschaft", in S. Zurbuchen (szerk.), *Bürgerschaft und Migration* (2007), pp. 53-90; Bader, supra note 1; lásd D. Innerarity, "What Must Be Democratized?", in D. Innerarity et al. (szerk.), *The Future of Europe* (2014), 171-194. o.; a "demokráciához" lásd K. Nicolaidis, "The New Constitution as European Democracy?", (2004) 7 *CRISP*, 1. sz. 76-93. o.; K. Nicolaidis, 'European Democracy and Its Crisis', (2013) 51 *JCMS*, no. 2, pp. 351-369; F. Schimmelfennig, 'The normative origins of democracy in the European Union', (2010) 2 *European Political Science Review*, no. 2, pp. 211-233; D. Leuffen et al, *Differenciált integráció* (2013); F. Chevenal & F. Schimmelfennig, "The Case of Democracy in the European Union", (2013) 51 *JCMS*, no. 2, pp. 334-350; és J. Beetz, "Stuck on the Rubicon?", (2014) 22 *Journal of European Public Policy*, no. 1, pp. 37-55.

104 Lásd A. Benz, *Politik im Mehrebenensystem* (2009) példákat: nevezetesen a tagállamok végrehajtó hatásköre, minisztertanács (egyhangúság vagy QMV), bizottság, bizottságok.

105 Lásd Schmidt, 103. lábjegyzet, és Leuffen et al., 103. lábjegyzet; S. Kropp, "Federalism and subnational parliaments - a delicate relationship?", in F. Abels & A. Eppler (szerk.), *Subnational parliaments in an EU multi-level parliament system* (2015). A "kormányzásról" és a "komitológiáról" jóval korábban lásd: A. Héritier, "New modes of governance in Europe", in A. Héritier (szerk.), *Common Goods* (2002), 185-206. o.; A. Héritier, "Composite democracy in Europe", (2003) 10 *Journal of European Public Policy*, no. 5, pp. 814-33; P. Schmitter, *How to Democratize the European Union - and Why Bother?* (2000) sokak számára.

- 106 Pernice supra2009, note 372-83. o349,4,.; lásd Pernice supra1999, note 707. o4,.; lásd N. MacCormick, *Questioning Sovereignty* (1999), Kumm a2005, 6. lábjegyzetben; Walker (2002,mind2008,2010 a 6. lábjegyzetben), Wendel a2014, 6. lábjegyzetben. 4.
- 107 Rövid vázlatomban követem Besselinket, idézi6, a 24-27. oldalt.
- 108 A Bíróság márciusi9 ítélete, 1978,106/77. sz. ügy, *Simmenthal*, [1978] ECR ECLI00629;:EU:C:1978:49.

értékek", ugyanakkor a *Winner Wetten*-ítéletben¹⁰⁹ azt sugallják, hogy a *BVerfG* "nem bízik és nem is bízhat az uniós jog védelmében és alkalmazásában".

(3) *Az európai bíróságok közötti verseny* (Bíróság kontra EJEB). Az Európai Bíróság új és példátlan előjogokat követel és próbál érvényesíteni a tárgyalások döntő pillanataiban, "az uniós jog értelmezésének monopóliumát magának követeli az EJEB félreállításával és annak előírásával, hogy a nemzeti alkotmánybíróságoknak az ügyet az Európai Bíróság elé kell terjeszteniük". Az EB attól tart, hogy az EJEB olyan uniós jogi kérdésekbe fog beletaposni, amelyek eldöntésében szerinte korlátlan mérlegelési jogkörrel és teljes autonómiával kellene rendelkeznie, "az EJEB-től mint versenytársától tart egy olyan területen, ahol a joghatóságok átfedése merülhet fel". Ez a verseny új minőséget öltött abban a vitában, hogy az EU ratifikálja-e az EJEE-t.¹¹⁰ A nemzeti vagy az európai alkotmányos szupremácia védelmezőinek vitatott szupremáciai igényei ösztönözhetik, és valóban ösztönzik is a párbeszédet és az ésszerűséget. A nemzeti alkotmánybíróságoknak nemcsak beszélniük kell, hanem meg is hallgatják egymást, és tanulhatnak egymástól,¹¹¹ és az európai bíróságok is ezt tehetik.

Ugyanakkor fontos látni, hogy nemcsak a szupremáciai igények versengésének régi játéka zajlik, hanem az is, hogy még a gyengén formalizált szupremácia körülményei között is a *párbeszéd és az együttműködés új formái* alakultak ki maguk a tagállami bíróságok között, valamint az EB és az EJEB között.¹¹² A *horizontális vagy heterarchikus kapcsolatok*, az informális és a formalizált vagy intézményesített bírói és nem bírói párbeszéd új formái az "európai igazságügyi hálózatok" bírái, de a számvevőszékek és az ombudsmanok között is két eredményre vezethetnek. Egyrészt hozzájárulhatnak az alkotmányos és igazságügyi párbeszéd ésszerűségéhez, és "politikai vitát indíthatnak el az európai szintű jogalkotási tevékenységekről".¹¹³ Másrészt pedig megnyitják azt a nem jogi szakértők és az érdeklődő politikusok és más érintettek szélesebb köre előtt is. Ezért a bíróságoknak nemcsak más bíróságokat és jogi szakértőket kell meghallgatniuk és megvitatniuk, anélkül, hogy felsőbbrendűsége tartanáknak igényt, hanem a jogalkotókkal, politikusokkal és más szakértőkkel is.

109 A Bíróság (nagytanács) 2010,409/06. sz. szeptemberi8 ítélete, *Winner Wetten*, ECLI:EU:C:2010:503.

110 Lásd Pernice, fentebb2009., p4., Lásd 393.L. Besselink "Should the European Union Ratify the European Convention for Human Rights?" (Az Európai Uniónak ratifikálnia kell-e az Emberi Jogok Európai Egyezményét?). (2013) < <http://dare.uva.nl/document/2/132373>> (utolsó látogatás 2016. október 5.): a csatlakozás előtt a bíróságok közötti viszony aszimmetrikus volt, az Európai Bíróság egyoldalúan fogadta el az alapjogvédelmi normát, amely a tagállamok közös alkotmányos hagyományainak jogain és az emberi jogi szerződéseken alapul. Ezeket a jogokat az uniós jogba való átültetésükkel, az uniós jog általános elveiként kellett átültetni (EU-Szerződés Maastricht 6. cikk (3) bekezdés). Az Európai Bíróság "az alapjogok elutasításától a teljes körű ellenőrzésig" (2. és azt követő oldalak) fejlődött "a társvalaszadói mechanizmuson" és a "bíróságok közötti komitáson" (20. oldal) keresztül. "Az EJEE-hez való csatlakozás azonban úgy tűnik, hogy egy egészen más dinamikát indított el", amelyben az "alapvető jogok bírói védelmének javítására" irányuló célkitűzés úgy tűnt, mintha szem elől tévesztették volna, és helyébe "magas politikai diplomácia" lépett. "Az EJEB szükségesnek találta, hogy megvédje autonómiáját, vélt egységét és az előjogainak felborulásától való félelmet", meglehetősen féltékeny módon, ami "egyes államoknak az EJEB, majd később az EU-tagállamoknak az EJEB bevezetésével szembeni kvázi szuverenista ellenvetését" visszahangozza egy olyan politikai légkörben, amelyben a bíróság erős félszuverenista kritika tárgyává vált. Besselink 2015 (96. sz. jegyzet, 14. és azt követő oldalak) szerint a bírói hatásköröknek az EB által "az EU-nak az EJEE-hez való csatlakozása rovására történő merev védelme (...) (váratlan) visszahatáshoz vezethet az EB és a tagállamok alkotmánybíróságai közötti viszonyban", amelyek "hajlandóak lehetnek arra, hogy a bírói hatáskörüket (...) az EB-vel szemben az EJEB-vel párhuzamosan védjék, mint az EJEB az EJEB-vel szemben". Teljes mértékben egyetértek Besselink normatív következtetésével (Besselink 2014, Supra 96. lábjegyzet, 22. o.): "az EJEB-nek hasznos szerepet kell játszania abban, hogy emlékeztesse az EU-t és a tagállami hatóságokat (...), hogy a kölcsönös elismerés jótékony hatással lehet az európai integrációra, de nem áshatja alá az alapvető értékeket, amelyekre az EJEE épül: az EJEE-ben foglalt minimális jogok tiszteletben tartását." Az EU-t "ennek való megfelelésre bírni az a sajátos hozzájárulás, amelyet az EJEB-nek az EU-val és annak Bíróságával való érett kölcsönös kapcsolat keretében kell nyújtania". Lásd még Schimmelfennig, 103. sz. jegyzet, 227-229. o.; Nicolaidis, 8. sz.2004,103., jegyzet; Chevenal & Schimmelfennig, 343-346. sz.103. jegyzet. Lásd C. Eekes, "EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation", (2013) 76 *Modern Law Review* 21, pp. 254-285. Az EJEB "külső nyomás" szerepéről az EJEB által a közös európai menekültügyi rendszer kritikájában.

111 Ezt kiválóan elemzi Wendel (2013 és 2014, 4. lábjegyzet) a *nemzeti alkotmánybíróságok legújabb Európa-döntései* kapcsán *transznacionális perspektívában*, amelyek az összehasonlító jogi érvelés részletesebb használatát mutatják, beleértve a külföldi joggyakorlat mélyreható, sőt néha kritikus értékelését a ratio decidendi-ben". Lásd - kiemelkedő példaként - a *BVerfG* cseh alkotmánybíróság általi kritikáját: "a hatáskör-átruházás anyagi korlátai megkövetelik a "visszafogottságot és a bírói minimalizmust, amelyet a bírói hatalom korlátozásának eszközeként értelmeznek a politikai folyamatok javára" (Lisszabon II., 113. pont), valamint azáltal, hogy aktív szerepet vállalnak egy közös alkotmányjog kialakításának uniós szintű folyamatában" (981. o.) az együttműködés vagy a verseny szellemében (1001983., o.).

112 Lásd M. Claes & M. de Visser, "Are you networked yet? On dialogues within European judicial networks", (2012) *Utrecht Law Review*, no. <http://doi.org/10.18352/ulr.197>, pp. 100-114; Harlow, supra note Harlow4, & Rawlings, supra note az 4igazságügyi párbeszédéről általában. A két európai bíróság tagjai közötti rendszeres találkozókról lásd Besselink 2013, supra 110. lábjegyzet, 4. és azt követő oldalak, az 1990-es évektől kezdve az elnökök 2011-es közös közleményéig vagy az Európai Alkotmánybíróságok Konferenciájáig, illetve az Európai Alkotmányjogi Hálózatig (Wendel supra2014, 4. lábjegyzet: az összehasonlító érvelés mint egy valószínűségi "európai alkotmánytudományi térség" "táptalaja"). Ebben a tekintetben az "új deliberatív többszintű parlamenti tér" (lásd B. Crum & J. Fossom, "The Multilevel Parliamentary Field: a framework for theorizing representative democracy in the EU", (2009) 1 *European Political*

Science Review, no. 249-271. o2.) termékenyen összevethető a bírósági párbeszéd többszintű terével.
113 Lásd Pernice, a fenti2009 lábjegyzet p. 4,393.

Összefoglalva, a többszörös és egymást átfedő joghatóságok és a különböző bíróságok közötti verseny nem csak a "liberális" alkotmányosság vagy a jogállamiság elvei és gyakorlata szempontjából lehet pozitív¹¹⁴, hanem - minimálisan értelmezve - a legkevésbé fejlett országok számára is.¹¹⁵ A legfontosabb és mindeddig meglehetősen elhanyagolt kérdés *azoknak a társadalmi, politikai és kulturális feltételeknek a meghatározása, amelyek mellett ezek a negatív vagy pozitív hatások várhatóak* (lásd a következtetések5, című szakaszt).

4.3. Végrehajtó föderalizmus vagy bírói szupremácia?

A közelmúltban bekövetkezett pénzügyi kapitalizmus válsága és az euróválság körülményei között a bíróságok elsőbbségéről szóló vita új minőséget és sürgősséget kapott mind a tagállamokon belül, mind pedig az európai bíróságokkal való kapcsolatukban. A válsághelyzetek és a - deklarált, vélt vagy tényleges - *vészhelyzetek* mindig is a végrehajtó hatalom javára működtek és működnek,¹¹⁶ különösen akkor, ha a jogalkotói hatáskörök gyengék, és ha a jogalkotói és bírósági felügyelet mechanizmusai fejletlenek vagy nem léteznek (ahogy ez az EU-ban még az együttdöntés bevezetése után is így van). Amint az közismert és jól dokumentált, a két, egymással összefüggő válság kevesebb mint öt év alatt "végrehajtó föderalizmushoz", a végrehajtó hatalom "példátlan növekedéséhez és gyakorlásához",¹¹⁷ "merész új kormányzási módokhoz és szabályozási hatáskörökhöz" vezetett a pénzügyi és gazdasági kormányzás új rendszerében. A "GMU új alkotmánya" három összetevőből¹¹⁸ áll, amelyek mindegyike "új hatásköröket biztosít az uniós intézmények számára": (i) *költségvetési korlátozások*, (ii) *pénzügyi stabilizáció*, (iii) *gazdasági kiigazítás*.

Joerges szerint¹¹⁹ ezt az új rendszert "szükségszerűen határozatlan általános záradékok" jellemzik, "szabályozási jellegű, a demokratikus politikán és a jogállamiság által korábban garantált elszámoltathatóságon kívül egy transznacionális végrehajtó gépezetet hoz létre": "a jogállamiság és a jogvédelem követelményeit felfüggesztik". Mindez látszólag összeegyeztethetetlen az EU demokrácia és jogállamiság iránti elkötelezettségével. Ezért "mind nemzeti, mind európai szinten bíróság elé állítják", és ez a joggyakorlat valóban "az alkotmányos gyámság próbája", a bíróságok megpróbálnak szembeszállni ezzel az új végrehajtó föderalizmussal az EU-ban, valamint a tagállami parlamentek és az Európai Bíróság nem létező vagy gyenge ellenőrzésével. Ez a "bírói ellenőrzés" azonban¹²⁰ végül a "joggyakorlat válságához" vezetett.¹²¹

A terjedelmi korlátok miatt nem tudom összefoglalni az öt uniós tagállam (Észtország, Franciaország, Németország, Írország, Portugália) alkotmánybíróságai és az Európai Bíróság eltérő ítéleteinek részletes elemzését.¹²² Fabbrini szerint¹²³ az eredmény egyrészt egy egyértelmű "tendencia, hogy a bíróságok egyre nagyobb szerepet játszanak Európa-szerte", másrészt pedig az, hogy a bíróságok - a portugál alkotmánybíróság legutóbbi döntésének kivételével - érvényesítették a vizsgált jogi intézkedéseket, bár két fenntartással: először is, "nagyobb kényelmetlenséget fejeztek ki a pénzügyi stabilizációs és gazdasági kiigazítási intézkedésekkel szemben", mint a szigorúbb költségvetési megszorításokkal szemben, és másodsor, "az évek során a bíróságok is kimutatták, hogy

114 Amint azt Schotel kiemelte, lásd a 67. lábjegyzetet. Lásd a fenti 2.2.4. szakaszt a minimalista, de erős bírói felülvizsgálat kemény anyagi magjáról. 115 Amint azt Kumm, supra 2005, note p6., kiemeli 303, Halberstam, supra note 26, Leuffen et al., supra note pp103., et 4seq. és mások. Az erkölcsi minimalizmus kemény magjáról vagy lényegéről a liberális-demokratikus erkölcs és az LDC igényesebb fogalmaival kapcsolatban lásd az 53. lábjegyzetet.

116 A kanadai vitát lásd a 83. lábjegyzetben. Lásd általában a Schmitt és Kelsen irodalmát és vitát: M. de Wilde, "Uit nood geboren: Constitutionele veranderingen in tijden van crisis", székfoglaló előadás University of Amsterdam (2013). Lásd W. Scheuermann, 'Crises and Extralegality from Above and from Below', in: P. Kjaer & N. Olson (szerk.), *Critical Theories of Crisis in Europe* (2016), 197-212. o. (angol nyelven).

117 Joerges supra 2014, note p4., lásd 75, K. Dyson, "Sworn to Grim Necessity?", (2013) *Journal 35 of European Integration*, 207-222. o. (2013) 2., Fabbrini, supra note D4., Curtin, "Challenging Executive Dominance in European Democracy", (2014) *Modern Law Review*, no. pp1., 1-33. Lásd még részletesebben: J. Zeitlin, "EU Experimentalist Governance in Times of Crisis", (2015) 39 *West European Politics*, no. 6, pp. 1073-1094.

118 Nézze meg alaposan: Lásd még Joerges 2014, 4. o., 77. o., és C. Joerges "What is Left of the European Economic Constitution", in P. Kjaer & N. Olson (szerk.), *Critical Theories of Crisis in Europe* (2016), 143-160. o., 143-160. o. és 154. köv. a "jog a válságban".

119 Joerges, fenti 2014, megjegyzés, 78-80. o.,

120 Fabbrini, supra note, pp4., et 74 seq.

121 Joerges 2014, supra note 4, 79. és azt követő oldalak. A bíróságok négy valóságos kihívással szembesülnek: (i) a mandátumuk

körülhatárolásának nehézségei; (ii) a jogrendszer határterületein elhelyezkedő kérdések, azaz a költségvetési és gazdaságpolitika, valamint a parlamenti költségvetési autonómia nem rendelkeznek előre meghatározott jogi kontúrokkal; (iii) a válságkezelésre gyakorolt hatásokat illetően a legnagyobb bizonytalanságban való fellépés; (iv) képtelenség arra a fajta jogalkotási iránymutatásra támaszkodni, amelyre a képviseleti demokráciák és a hatalommegosztás eszméi épülnek.

122 Lásd Fabbrini, *Supra* note 74-103. o4.,, lásd Joerges *Supra*2014, note 82-84. o4., Pringle-ről.

123 Fabbrini, fentebbi lábjegyzet, 105-113. o4.,.

nagyobb hajlandóság arra, hogy a politikai ágaknak nem engedjük, hogy a saját fejük után menjenek". A bíróságok fokozódó részvétele nagyrészt a "kormányközi megközelítés" következménye, mivel a legtöbb állami jogrendszerben a legfelsőbb vagy alkotmánybíróságok jogosultak a nemzetközi szerződések (például a költségvetési paktum és az európai stabilitási mechanizmus (ESM)) előzetes felülvizsgálatára, de az uniós jogszabályok jogszerűségét nem; csak az Európai Bíróság nyilváníthatja érvénytelennek az uniós jogi aktusokat, ami az oka annak, hogy az ilyen jogszabályok - a "hatos csomag",¹²⁴ a "kettes csomag"¹²⁵ és az európai pénzügyi stabilizációs mechanizmus (EFSM) - "teljes mértékben elkerülte a bírósági felülvizsgálatot". Ezért a "jogalkotásról a szerződésre" való áttérésnek nagy ára volt az igazságszolgáltatásra: "az EU-tagállamok azon döntése, hogy az euróválságra a kormányközi kormányzás stratégiájával és az EU jogrendjén kívüli nemzetközi megállapodások szisztematikus igénybevételével reagálnak, a bíróságok növekvő szerepvállalását eredményezte a költségvetési ügyekben". A *paradox eredmény*: "Az uniós kormányzás kormányközi jellegének egyik központi tétele, hogy a végrehajtó hatalmi ágak (az Európai Tanács keretében eljárva) a törvényhozás és a bíróságok kárára dominálnak a döntéshozatalban.¹²⁶ A kormányközi kormányzás eredménye mégis a bíróságok növekvő részvétele", amely még sokkal nagyobb és erősebb, mint amit "egy olyan országban találunk, mint az Egyesült Államok, amelyet általában a világ egyik legerősebb bírósági felülvizsgálati rendszerének tartanak számon".¹²⁷

4.4. Az erős bírói szerepvállalás következményei

Hadd mutassak rá néhány általánosabb következményére ennek az erős, a bírói felsőbbrendűséghez közelítő bírói szerepvállalásnak a tagállamok és az EU szintjén.

(1) A nemzeti alkotmánybíróságok - különösen a német bíróság - azon törekvése, hogy megvédjék a demokráciát az európai végrehajtó hatalommal és az Európai Bíróság igazságszolgáltatási szupremáciai igényével szemben, arra készíti őket, hogy *túllépjék hatáskörüket, és hajlamosak gyengíteni liberális-demokratikus legitimitásukat* azáltal, hogy a szakértői demokráciát nemzeti jogi demokráciával ellensúlyozzák.¹²⁸

(2) A német bíróság és az Európai Bíróság adó- és gazdaságpolitikai kérdésekben megfogalmazott, egymással versengő szupremáciai követeléseit *érdemben* mindkettőt a *neoliberális ideológia* uralja, amely háttérként szolgál a gazdasági és adóügyi jogszabályok meghatározatlanságának és belső ellentmondásosságának kitöltéséhez - csak a portugál alkotmánybíróság tiltakozott kifejezetten a legutóbbi döntésében.¹²⁹ Ugyanez a "merkelantista"¹³⁰ paradigma szolgált az új EMU-alkotmány hátterül is:

"a "piac logikájának" új felhatalmazása és annak megszorító követelményei" az eredeti maastrichti filozófia nyílt felváltása volt. A bíróságoknak azonban ezekben az esetekben "a jogalkotóhoz kell fordulniuk, és tiszteletben kell tartaniuk annak üzeneteit. Jelen esetben azonban úgy tűnik, hogy a politikai császárnak egyáltalán nincs ruhája. Ígérete, miszerint a válságtörvény a nehéz helyzetben lévő gazdaságokat "visszavezeti a helyes útra", nem hihető. Az európai polgárok nagy számára kiszabott szenvedés lehet, hogy egyszerűen értelmetlen. A jogállamiság és a demokrácia iránti európai elkötelezettségtől való eltérésnek nagy ára van."¹³¹

(3) *Az ilyen abszolutisztikus, a bírósági szupremácia iránti igényt a fiskális és gazdasági területen "erős alkotmányos érvek szólnak emellett, hogy a bíróságok helyett inkább a politikai hatalmi ágakra bizzuk az irányítást,*

124 1173/2011/EU, 1174/2011/EU, 1175/2011/EU, 1176/2011/EU, 1177/2011/EU rendeletek és a Tanács 2011/85/EU irányelve (8HL2011, L 306., 2011.11.23., 1-47. o.).

125 COM(2011) végleges 821 és COM(2011) végleges.819

126 Lásd még Joerges 2014, 4. lábjegyzet, 77. o.: "a jelenlegi válság által vezérelt, erős gazdasági és technokrata kormányzásra való törekvésnek nincs konszolidált alkotmányos formája". Az EP és különösen a Bizottság és a számos végrehajtó szerv demokratikus legitimitációja gyenge vagy nem létezik. Az Európai Bíróság "hivatalosan soha nem lett "alkotmányos szervként" létrehozva", "és a nemzeti alkotmányok nem hajlandók e hatáskör gyakorlását az Európai Bíróságnak alárendelni".

127 Lásd a német *BverfG* esetében Wendel supra 2014, note 263-300. o.,: "szomorú iróniáról az OMT-re való hivatkozással kapcsolatban, hogy a kétségtelenül jó szándékú erőfeszítésben, hogy megvédje a demokrácia elvét az uniós szintű állítólagos hatáskör-túllépéssel szemben, az FCC maga lépi túl a német alkotmányos és uniós jog szerinti bírói hatáskörének határait" (265. o.) az ultra vires felülvizsgálat (271. o. és azt követő oldalak) törvényi tilalmakra való kiterjesztésével, ami "hatáskörének nyilvánvaló megsértéséhez vezet, rendkívüli körülmények között rendkívüli jogvédelemre hivatkozva". Lásd még Joerges 2014, supra note 4, 80-82. o. Besselink, supra note 6.

128 Lásd Kuo, supra note 6, és Hirschl, supra note 38, 33. o.; lásd még Innerarity, supra note 103, 181-192. o. (de rendkívül gyenge, amikor az intézményi alternatívákról van szó!) és R. Bellamy & D. Castiglione, "Three models of democracy, political community and representation in the EU", (2013) 20 *Journal of European Public Policy*, no. 2, 206-223. o., pp. et216 seqq.

129 Lásd Wendel 2013a, 4. lábjegyzet: 3.1. szakasz aa) pont; Joerges, 4. lábjegyzet, p2014,4., 88.

130 Ezt a találó kifejezést Heiner Ganssmann alkotta meg a *Le Monde Diplomatique* 2014. szeptemberi számában megjelent, "Merkelantismus" című cikkében, Joerges2012.131 2014. szeptember, 4. lábjegyzet, p. 86.

alapvető döntések meghozatala".¹³² A hatalommegosztási rendszerekben három fő szempontnak kell vezérelnie a hatáskörök alternatív intézmények közötti elosztását.¹³³ Először is, a *szakértelem tekintetében* a politikai intézmények (kormányok, parlamentek és központi bankok) mind tagállami, mind uniós szinten nagyobb szakértelemmel rendelkeznek a költségvetési területen, mint a bíróságok. Több speciális, szakértői tudást tudnak és tudnak is mozgósítani, nagyobb politikai nyomás és ellenőrzés alatt állnak, és proaktív megközelítéseket alkalmazhatnak. Másodszor, ami a *hangot illeti*, a kormányközi döntéshozatalban kétségtelenül "demokratikus deficit" van, és az Európai Parlament demokratikus legitimitációja - a tagállamok parlamentjeivel összehasonlítva - nem rendelkezik demokratikus legitimitációval.

- még mindig gyengébb, de a bíróságokhoz képest mindkét szinten a politikai ágak nagyobb hangsúllyal rendelkeznek.¹³⁴ Harmadszor, az EU politikai folyamatának demokratikus szempontból jelentős gyengeségeit a *GMU intézményi reformjainak kellene* orvosolniuk, azonban enyhén szólva is kétséges, hogy ezt a hiányosságot a gyenge vagy nem létező demokratikus legitimitáció miatt a bíróságokhoz hasonló intézmények nagyobb mértékű felügyelete orvosolná.¹³⁵ "A kormányközi kormányzási rendszer jelentős legitimitációs hiányosságoktól szenved": "a *politikai folyamatnak kellene megtartania a vezető szerepet a fiskális és gazdasági területen*". Ezért "meg kell reformálni az EU politikai folyamatát a bíróságok nélkül".¹³⁶

(4) Mind a GMU-rendszer, mind a szélsőséges bírói felülvizsgálat destabilizálja az EU még mindig gyenge alkotmányos egyensúlyát¹³⁷, valamint liberális-demokratikus legitimitációját. Ezért *hozzájárulnak* nemcsak az euróövezet, hanem *magának az EU-nak a mély és súlyos válságához is*, amint azt a véget nem érő görög tragédia világosan mutatja.

5. Következtetés: a kontradiktórius párbeszéd intézményesítése. Tanulságok a kritikai pragmatizmusból, a demokratikus kísérletezésből, a demokratikus intézményi pluralizmusból és az asszociatív demokráciából

A vitám eredménye az, hogy a bírói felsőbbrendűség számos okból nem védhető, és hogy a bíróságok/ bírúk nem próbálhatnak és nem is kellene megpróbálni jogi igazságot mondani a politikai hatalomnak, analógia az egyre növekvő felismeréssel, hogy a tudomány nem tud és nem is szabad "igazságot mondani a hatalomnak".¹³⁸ Különösen a komplex társadalmak körülményei között válik nyilvánvalóvá, hogy meg kell küzdenünk a mindenütt jelenlévő ésszerű nézeteltérésekkel, valamint minden kognitív tudás vitathatóságával és bizonytalanságával,¹³⁹ ugyanakkor az objektivista igazságállítások kritikája nem jelent szkepticizmust, decisionizmust, radikális konstruktivizmust vagy "az egész politika". Ehelyett "demokratizálnunk kell a tudományt" (vagy tágabb értelemben a szakértelem minden fajtáját) a "szakértői demokrácia" érdekében. A *tudomány és - analóg módon - a "jog és a jogtudomány" demokratizálásának három fő mechanizmusa* van.¹⁴⁰

(1) *A tudomány demokratikus önszerveződése.* Az igazságkeresés ethosát kulturális, jogi és intézményi biztosítékokkal kell alátámasztani, amelyek biztosítják a szabad kritikát, a pluralizmust és a hatalmi aszimmetriákat ellensúlyozó élénk belső vitát. Az egyének, iskolák, tudományágak és kutatóintézetek közötti rivalizálás és verseny jelentősen segít ellensúlyozni a monopolisztikus igényeket. A tudomány belső szervezésének vagy irányításának egyetlen modellje sem illik minden országra, tudományágra és kérdésre, és a fő probléma a tudomány "kapcsolati autonómiájának" jogi és intézményi garanciáinak átformálása, miközben elismeri a kívülállóak legitím szerepét is (szemben az abszolút autonómiával és elszigeteltséggel).

(2) *A tapasztalatokon alapuló szakértelem, az érdekeltek és szervezeteik, valamint a nem szervezett társadalmi csoportosulások és a média bevonása.*

132 Fabbrini, fentebbi lábjegyzet, 116-118. oldal4,.

133 Lásd Halberstam, Supra note Lásd26. Hogg et al., Supra note Bateup28,, Supra note és11, mások.

134 Az együttdöntés azonban fejlődik, és a Tanács és a Bizottság többéves pénzügyi keretének elutasítása egy alternatíva bemutatásának jele, és ily módon a költségvetési kérdések alapvető döntéseinek átpolitizálása.

135 Fabbrini, Supra note p4., ahol118 megtalálhatók a fentiekben összefoglalt, jól ismert érvek. 1.

136 Ibid., pp. et 119seq. Ez nyilvánvalóan nem a megfelelő hely az ilyen reformok megvitatására (az együttdöntés megerősítése, a Bizottság elnökének közvetlen megválasztása, vagy az egyhangúság szabályának eltörlése és helyette a "szupertöbbség" bevezetése az EU kontextusában (lásd Schmidt, 2. sz. jegyzet, 16. és azt követő oldalak)), nem is beszélve az EU demokratikus intézményi

pluralizmusának alternatív modelljeiről (lásd Bader & Maussen, 73. sz. jegyzet). Besselink (32. o.6.) és Bellamy (54. o.) perspektívái azonban a szuverenizmus és a republikánus állameszme maradványaitól szenvednek.

137 M. Dawson & F. de Witte, "Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis", (2013) *Modern Law Review*, 817-844. o5., (2013).

138 Ezt az analógiát nem gyakran ismerik fel, nemhogy kifejezetten foglalkoznának vele (de lásd Joerges fenti2014, lábjegyzetében4, a kockázatok szabályozásáról és a jogi, tudományos, gazdasági és társadalmi bizonytalanságok összefüggéseiről87).

139 Lásd V. Bader, "Sciences, politics, and associative democracy", (2014) *Innovation*27, no. pp4.,. 420-441.

140 Ibid., pp. 430-433.

(3) A *laikus közönségcsoportok* problematikus *bevonása*, amelyek megfelelő intézményi feltételek mellett jótékonyan hozzájárulhatnak a tudomány relációs objektivitásának, valamint a normák és értékek beágyazott pártatlanságának növeléséhez.

Emellett a külső politikai intézményeknek (mind a jogalkotóknak, mind a kormánynak/közigazgatásnak) nyilvánvalóan korlátozott, de fontos és demokratikusan legitim szerepe van a tudomány irányításának kialakításában és a bíróságok általi ellenőrzésben. Itt a kapcsolati autonómia megfelelő egyensúlyának megtalálása még nehezebb probléma. Nyilvánvaló, hogy a tudomány és a jog/joghatóság közötti *analógia* korlátozott vagy *korlátozott*, mivel a tudomány a folyamatos, növekvő konszenzus által virágzik, míg a jognak/joghatóságnak - legalábbis egyelőre és mindent figyelembe véve - meg kell találnia a "helyes döntést". Azonban legalábbis az alkotmányjog esetében ennek a "zártságnak", mint láttuk, együtt kell járnia a nyitottsággal és a folyamatos legitim konszenzussal. Ebben a tekintetben a "*demokrácia szakértővé tételének*"¹⁴¹ néhány *intézkedése* is releváns lehet, mivel hozzájárul a *kölcsönös kapcsolatok és a párbeszéd* kialakításához: a nyilvánosság tudományos és igazságügyi műveltségének növelésére tett kísérletek a "tudósok és bírák nyilvánosságra lépése" révén; a tudományos eredmények és bírósági határozatok bemutatása az általánosan hozzáférhető médiában; széles körű társadalmi és politikai viták mélyen vitatott kérdésekről; a jogalkotó hatalom által szervezett és lebonyolított tudományos - és igazságügyi - meghallgatások, szakértői tanúk a bírósági ügyekben, valamint mindenféle (kognitív és normatív) szakértő és a közigazgatás érintett szereplőinek bevonása a kérdésekbe. meghatározás, a döntéshozatali alternatívák, sőt a döntéshozatalban és a végrehajtásban is.¹⁴²

Fő állításom az, hogy a *demokratikus intézményi pluralizmus*, különösen a kontradiktórius *társulási demokrácia* elvei, intézményi és politikai repertoárja *jobb gyakorlati alternatívákat kínál* a szakértelem demokratizálására és a szakértői demokráciára, mint a "vékony liberális", "erős republikánus", "deliberatív" vagy "részvételi" demokrácia legismertebb konkurens demokráciaelméletei és gyakorlata.¹⁴³ Az *összetett* vagy *összetett, többszintű demokrácia* hatalmas *előnyöket* ígér a politikai demokrácia unitáriusabb formáihoz képest az információ és a releváns tudás magasabb foka, az ésszerű viták és tanácskozások, a megfelelőbb problémameghatározások és megoldások, az érdekelt felek bevonása és a folyamatos, ismétlődő tanulás tekintetében. Az asszociatív demokrácia, mint a demokratikus intézményi pluralizmus egy sajátos változata, egyesíti a nép *által* kormányzást (politikai részvétel és választások révén), a nép *által* kormányzást (képviselőlet révén), a népert kormányzást (hatékony kormányzás/kormányzás révén) és a néppel *való* kormányzást (érdekegyeztetés és az érdekelt képviselőlete révén). Egyesíti a többszintű "politikai" demokráciát a többszintű "társadalmi" demokráciával.¹⁴⁴

Problémái - amelyek jól ismertek a meglévő kormányzási rendszerekkel foglalkozó hatalmas szakirodalomból - a következő vonalak mentén alakulnak: túlságosan bonyolult intézményi struktúrák, átláthatatlanság, erősen szelektív bevonás, a jogi és demokratikus elszámoltathatóság és ellenőrzés hiánya (még a "hierarchia árnyékában" is) és merevség, a közös döntések csapdái és a holtpontok, nagyon időigényes és konfliktusokkal teli.¹⁴⁵ A negatív verseny és a végtelen konfliktusok leküzdésének hagyományos *mechanizmusai* egyrészt az egyes hatáskörök és kompetenciák, valamint azok egymáshoz való viszonyának messzemenő (alkotmányos, jogi, közigazgatási) előzetes meghatározása, másrészt szigorú hierarchikus rendezésük vagy összekapcsolásuk (a "szupremácia" értelmében). Ugyanakkor jól ismert, hogy ezeknek a mechanizmusoknak megvannak a maguk korlátai, amelyek egyre súlyosabbá válnak összetett társadalminkban: a jogi és közigazgatási szabályok robbanásszerű bonyolultsága; merevség, alkalmazhatatlanság; az információ, a tudás és a tanulási és alkalmazkodási képességek komoly korlátai; és a konfliktusok leküzdésére szolgáló szabályok...

141 Ibid., pp. et 433seq.

142 Lásd H. Trute, "Democratizing Science", in H. Novotny et al. (szerk.), *The Public Nature of Science under Assault* (2005), 85-139. o., a közigazgatási jogról és "egy köztes deliberatív szintér" létrehozásának fontosságáról, valamint a reflexív (a szabályozás következményeit előre látó) és iteratív eljárásokról.

143 Bader, *Supra* note p139., *Annak a kérdésnek a részletesebb megvitatásakor* 421., *hogy mely intézményi megállapodások és javasolt reformok ígérnek jobb, produktívabb, ésszerűbb eredményeket*, világosan meg kell különböztetni az empirikus és az elméleti perspektívákat. Az alkotmányos rendelkezések óriási változatosságának *empirikus* összehasonlítása nyilvánvalóan meghaladja e cikk kereteit. Az *elméleti* szempontok lehetnek eljárási vagy tartalmi jellegűek. A több nézőpont, több érdekelt fél, több ember és a

versengő indokok sokaságának *eljárás szempontú* bevonása legalábbis növeli annak az esélyét, hogy jobban tájékozott, hosszú távon orientált és társadalmilag szilárdabb döntések születnek. Ezenkívül szorosan kapcsolódik az érdemi kritériumokhoz (mint például a minimális igazságosság garantálása), amelyek - legalábbis véleményem szerint - egy ilyen többszámú demokratikus folyamattól és döntéshozattól függenek.

144 Schmidt, 2. lábjegyzet; lásd Bader & Maussen, 2. lábjegyzet. 73.

145 Lásd Bader, lásd a fenti2010, jegyzet,1, a "hatáskörök elosztásáról" a többszintű poliszokban, különösen az EU-ban264.

maguk is (politikai, közigazgatási, jogi és alkotmányos) csatározások magágyává válnak. Bár a többszintű politikát, a demokratikus-intézményi pluralizmust és az asszociatív demokráciát nem szabad egyenlővé tenni a romboló hatásköri vitákkal, a merevséggel és a reformképtelenséggel, ezeket a veszélyeket finoman szólva sem könnyű elkerülni, és az érdekvédőknek elég nyíltan fel kellene ismerniük ezeket, ami sajnos gyakran nem történik meg.¹⁴⁶ A méltányosság megköveteli annak kifejezett kimondását, hogy ezek a problémák nem könnyen, vagy egyáltalán nem elkerülhetők. A következtetés azonban nem a megfelelő hely ennek megvitatására.¹⁴⁷

A területi korlátok nem teszik lehetővé azt sem, hogy csak nagyon durván jelezzük, hogy a bíróságok közötti intézményesített verseny milyen *feltételek mellett* hozhat olyan pozitív eredményeket, amelyeket az alkotmányos párbeszéd és az alkotmányos pluralizmus teoretikusai kiemelnek.¹⁴⁸ A kölcsönös bizalom szellemében történő együttműködés nyilvánvalóan sokkal könnyebb a pozitív, mint a nulla vagy negatív összegű játékokban. Az ilyen *gazdasági* és *politikai* feltételek mellett a *társadalmi* és *kulturális feltételek* is döntő fontosságúak: minél szélesebb körben ismerik el az ésszerű nézeteltéréseket még az alapvető alkotmányos kérdésekben is - a bírák, a politikusok és a szélesebb érdeklődő nyilvánosság körében -, annál könnyebb lesz tolerálni és végül tiszteletben tartani a mélyen eltérő nézőpontokat és vitatott döntéseket, és annál könnyebb lesz kialakítani a tolerancia, az udvariasság, az érzékenység és a meghallgatás művészetének, a mérsékelt agonisztikus "párbeszéd és tárgyalás", az ésszerű kompromisszumok keresésének és megtalálásának kulturális gyakorlatait, erőnyeit és szokásait a monopolisztikus felsőbbrendűségi igények ismételtetése és megerősítése helyett.¹⁴⁹

Legalábbis van némi remény arra, hogy tanulhatunk a "kormányzási megállapodások"¹⁵⁰ és a "szociális" demokrácia intézményeinek fejlesztésére irányuló új gyakorlatokból, és hogy a *kísérletező kormányzás*, az ¹⁵¹*asszociatív demokrácia* és a *realista, deliberatív kockázatkezelés*¹⁵² szakirodalma megmutathatja, hogyan lehet a meglévő kemény kompromisszumokat - pl. hatékonyság/eredményesség kontra átláthatóság/elszámoltathatóság és demokratikus legitimitás - puhábbá alakítani, és hogyan lehet ugyanakkor az információs (tény-) és tudásbázist megerősíteni, valamint a gyakorlatok deliberatív és inkluzív minőségét drasztikusan növelni. Ebben a tekintetben az általános *alapkérdések a befogadó és ellentmondásos*, de célzott és határozott *nyilvános, politikai beszélgetés vagy párbeszéd* kialakítására, hangszerelésére vagy megszervezésére vonatkoznak. Ez a *kritikai pragmatizmus*, a *realista deliberáció* és a *mérsékelt agonikus demokrácia* elméleteinek és hagyományainak közös magja. A mi esetünkben a bírósági vagy parlamenti szupremácia versengő igényei helyett a döntő kérdések - amint remélem, hogy bemutattam - az, *hogyan szervezzük meg és hangszereljük az iteratív, kontradiktórius nyilvános, politikai és igazságügyi párbeszédet* a bíróságok, a parlamentek és a szélesebb igazságügyi, politikai és társadalmi nyilvánosság, valamint az érintett érdekelt felek között, hogy növeljük az ésszerű nézőpontok sokféleségét, az információs bázist minden releváns körülményről, különösen a változó társadalmi feltételekről és a társadalmi, politikai és kulturális értékekről és gyakorlatokról. Ki szervezi, illetve kinek kellene szerveznie ezeket a párbeszédet? Kik beszélgethetnek és kiket hallgathatnak meg, illetve kiket hívnak meg? Mikor és kivel? És mennyi ideig kell folytatódnia az ilyen párbeszédnek konkrét esetekben és kérdésekben?

146 Ez a gyengeség jellemzi a jogi és alkotmányos pluralizmus vagy a többszintű alkotmányosság szinte valamennyi általános beszámolóját, ahogyan azt a cikk tárgyalja. Ezen túlmenően legalább meg kell említenem, hogy a kontradiktórius párbeszéd javasolt formái gyakran rendkívül igényesek, időigényesek és irritálóak lehetnek, sőt, gyakran azok is, mivel a szokások megváltoztatását és a meghallgatás, a másokra való odafigyelés stb. új erőnyeinek elsajátítását igénylik, ahogyan azt a "realista" deliberatív demokrácia védelmezői is hangoztatják.

147 Lásd Bader 2010, 1. lábjegyzet, 265. és azt követő oldalakon a problémák és az azok leküzdésére szolgáló mechanizmusok rövid tárgyalását. Lásd általánosabban: A. Benz & J. Sonnicksen, "Patterns of federal democracy: tensions, friction, or balance between two government dimensions", (2015) *European Political Science Review*, 1-23. o.; lásd A. Benz & C. Colino, J. Erk, J. Broschek és J. Bednar hozzájárulásait a (2011) *Regional 21& Federal Studies*, no. 4/5; lásd S. Kropp, "Hogyan vegyünk részt a föderációkban?". (2015), kiadatlan kézirat.

148 A. Bächtiger & D. Hangartner, "When Deliberative Theory Meets Empirical Political Science", (2010) *Political Studies*,

- pp. 609-629: a versengő orientációk - pl. vétójogok mellett - produktívak lehetnek a párbeszéd/tanácskozás szempontjából.
- 149 Túl az intézményi ("a politikai kommunikáció szabadsága") és eljárási feltételeken, amelyeket oly gyakran kizárólag a deliberatív demokrácia védelmezői emelnek ki. Az ilyen mélyen gyökerező erények (*ethoi*) nem csupán a nyílt és ellentmondásos demokratikus beszélgetés eredménye, hanem egy bizonyos minimum egyértelműen annak előfeltétele.
- 150 Számos példát lásd Héritier fenti 2003, jegyzetben.
- 151 Lásd C. Sabel & J. Zeitlin (szerk.), *Experimentalist Governance* (2012).
- 152 Klinke & Renn, 58. lábjegyzet; lásd még: J. Dryzek & S. Niemeyer, "Discursive Representation", (2008) *American Political Science Review*, sz. 481-493. o4., a diskurzus "kamaráiról" és a képviselők kiválasztásáról (pp. et 485seq.).