

**"HOLT KÉZ" SZABÁLY VAGY ALKOTMÁNYOS GYÁM: ÖSSZEHASONLÍTÓ
ELEMZÉS
FORMÁLALKOTMÁNYMÓDOSÍTÁS BÍRÓSÁGI ÚTON BEVEZETETT
KORLÁTAINAK ELEMZÉSE INDIÁBAN, BANGLADESBEN ÉS
IZRAELBEN¹**

-Anubhav Khamroi

TARTALOMJEGYZÉK

BEVEZETÉS	2	
I. INDIA: AZ ALAPSZERKEZETI DOKTRÍNA		
SZÜLETÉSE⁴		
A. 1970 ELŐTTI KORSZAK: A BSD		
ALAPJAINAK MEGTEREMTÉSE ⁵		
B. 1970s: EGY ÚJ KEZDET	7	
C. 1970 UTÁNI KORSZAK: A STRATÉGIAI "BÍRÓSÁGI ELKERÜLÉS" ÉS AZ ALAPVETŐ JURIZ MEGTALÁLÁSA ⁸		
II. A BSD ELMÉLETI ALAPJAINAK MEGÉRTÉSE ÉS AZ ALKALMAZÁSÁVAL KAPCSOLATOS ELLENVETÉSEK ÉS KIHÍVÁSOK KEZELESE¹¹		
A. A MÓDOSÍTÓ HATALOM HATÁLYÁRA ÉS TERMÉSZETÉRE VONATKOZÓ ELMÉLETEK ALAPVETŐ SEMEN		
ALKOTÓERŐ	11	
(1) Derivált elmélet	12	
(2) Belső és külső elmélet	14	
B. SZÖVEGES KIHÍVÁS A BSD-NEK	15	
(1) A "módosítás" kifejezés értelmezése: Klasszikus poliszémia	15	
(2) Az indiai 368alkotmány paragrafusainak és1,25 cikkeinek értelmezése ¹⁶		
III. BANGLADES: ALAPBÓL AZ ÖRÖKKÉVALÓSÁGIG.....		17
A. A BSD ELFOGADÁSA A BANGLADESI LEGFELSŐBB BÍRÓSÁG ÁLTAL ¹⁷		
B. MÓD HATÁSKÖR KIFEJEZETT ÉS HALLGATÓLAGOS KORLÁTOZÁSÁNAK EGYIDEJŰ FENNÁLLÁSÁNAK KÜLÖNÖS ESETE ¹⁸		
IV. IZRAEL KÜLÖNÖS ESETE: FOLYAMATBAN		
LÉVŐ MUNKA¹⁹		
A. HÁTTÉR: AZ IZRAELI ALKOTMÁNYOS RENDSZER		
SAJÁTOS JELLEGE ¹⁹		
B. VAN MÁR VALAMI ALAPVETŐ?	20	

¹ A szerző a Jindal Global Law Schoolban szerezte meg az LL.B.(Hons.) diplomáját. Ez a cikk kizárólag a szerző személyes véleményét tükrözi, és a kifejtett nézetek nem tulajdoníthatók egyetlen intézménynek sem. Hálás vagyok Amartya Ashish Sharan úrnak, a New York-i Egyetem LL.M.-jelöltjének és Shourya Bari úrnak, a Samvad Partners munkatársának értékes hozzájárulásukért. A kifejtett gondolatokért és/vagy az esetleges hibákért azonban kizárólag én vagyok felelős.

"Az Alkotmány a nép törvénye, és teljes egészében meg kell maradnia... ha az egészet el akarjuk pusztítani,
és

új alkotmányt hozunk létre, eltüntetjük az alapot, amelyre építeni akarunk"

-Roger Sherman²

BEVEZETÉS

Roger Sherman úr, az Egyesült Államok egyik alapító atyjának fent említett mondata tömören megfogalmazza az alapszerkezeti doktrína alap gondolatát. Minden alkotmányos dokumentum az "állandóságra" való törekvést testesíti meg, és magában foglal egy sor olyan elvet és normát, amelyek az állam valamennyi szervének működését irányítják.³ *Ilyen például a német *ewigkeitsgarantie* vagy "örökkévalóság" fogalma,*⁴ amely a német Alaptörvény állandó és legfőbb jellegét erősíti meg. Egyetlen nemzedék sem szeretné azonban, ha egy elavult alkotmány irányítaná, amely nem felel meg a mai társadalmi igényeknek. A változás, ahogy a mondás tartja, az egyetlen állandó. Ezért az alkotmányokat időről időre módosítani kell, hogy a változó politikai és társadalmi erkölcsökhöz igazodjanak.

Ebben a tekintetben az alkotmányok általában kétféle módosításnak vagy alkotmánymódosításnak vannak kitéve. *Először is, az alkotmánymódosítás formális módja az alkotmány négy sarkában kifejezetten meghatározott módosítási eljárás.* Ennek megfelelően az alkotmány formális módosítását csak az "alkotmányozó hatóság" *(például a parlament, az elnök stb.)* hajthatja végre, akit az alkotmány kifejezetten felruházott ezzel a hatáskörrel.⁵ Ezzel szemben az informális alkotmánymódosítások az alkotmányszöveg jelentésében bekövetkező módosítások, amelyeket a *"civil társadalom, a piac, a média, a fegyveres ellenzéki lázadó csoportok és más nem állami szereplők"* hoznak létre,⁶ beleértve az állam alkotmánybíróságait is. Az alkotmánymódosítás ilyen formája az alkotmányos rendelkezés "végrehajtható értelmének" bármilyen megváltozásakor következik be, a rendelkezés szövege azonban változatlan marad.⁷ Ez a fejezet csak az alkotmánymódosítás előbbi módjára, azaz a formális módosítási eljárásra összpontosít.

²Annals of Congress, House of Representatives, 1st Congress, 1st Session (1789), augusztus, a 755, <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collid=llac&fileName=001/llac001.db&recNum=369> oldalon.

³Schmitt, Carl, *Constitutional Theory* (Duke University Press, 2008); Ashok Tanwar v State of HP, AIR SC 2005614.

⁴Kokott, Juliane, "From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization - with Special Reference to the German Basic Law", *Constitutionalism, Universalism, and Democracy: A Comparative Analysis* (Christian Strack szerk., Nomos Verlagsgesell, 1999), 71.

⁵Az 368 indiai alkotmány cikke; a 142 bangladesi alkotmány cikke.

⁶Baxi, Upendra. "Demosprudence, kontra jogtudomány: Az indiai bírói tapasztalat az összehasonlító alkotmánytudományok kontextusában." *Macquarie LJ* 14 (2014): 3, 6.

⁷Richard Albert, *How Unwritten Constitutional Norms Change Written Constitutions*, DUBLIN 38 U. L. J. 388-89387,.

Az Alkotmánytól elvárják, hogy minden alattvalójának jogait és szabadságát védje,⁸ ezért a védelmet meg kell védeni a politikai többség szeszélyeitől. Ellenkező esetben a polgári szabadságjogok egyik napról a másikra eltűnhetnek a könyvekből. Az indiai alkotmány szerint például a parlamentet felhatalmazzák arra, hogy az alkotmányt a parlament mindkét házában egyszerű többséggel módosítsa, amennyiben a parlament kétharmados határozatképességgel rendelkezik. Ez a módosítási eljárás más jogrendszerekkel összehasonlítva rendkívül alacsony küszöböt szab meg a hivatalos módosításhoz,⁹ ami jelentősen megnöveli annak kockázatát, hogy a kormányok az állam legfőbb dokumentumát közönséges jogszabályként kezelik.¹⁰ Ezért égető szükség van a parlament módosító hatalmának korlátozására és a "Mi, a nép" felsőbbrendűségének megőrzésére.

Ennek megfelelően az összehasonlító jogban a Parlament módosító hatáskörének¹¹ kétféle korlátozása létezik: (1) kifejezett és (2) hallgatólagos korlátozások, amelyek mind anyagi, mind eljárási jellegűek lehetnek. Például a német alkotmány 79. cikkének (3) bekezdése, az¹³⁹ olasz alkotmány cikke, a japán alkotmány 97.¹² cikke, a brazil alkotmány 60.¹³ cikkének (4) bekezdése¹⁴ és a bangladesi alkotmány 7B. cikke¹⁵ felsorolja a módosító hatalom anyagi jogi kifejezett korlátait. Ezeket "örökkévalósági záradékoknak" is nevezik.

Ezzel szemben az indiai alkotmány nem tartalmaz örökkévalósági záradékot. Az indiai alkotmányosságnak a Legfelsőbb Bíróságra kellett támaszkodnia, hogy az "Alapszerkezeti doktrína" ("BSD")¹⁶ formájában "érdemi *hallgatólagos* korlátozást" állapítson meg a parlament formális módosításokra vonatkozó hatáskörére vonatkozóan. A fejezet **I.** részében a BSD indiai születését és fejlődését tárgyalom. Az olvasó könnyebbé érdekében az események idővonalát is felvázolom, hogy jobban bemutassam a BSD fokozatos fejlődését és létrehozását. Röviden szólva, a következők szerint

⁸ Az "alattvalók" alatt mind az állampolgárokat, mind a nem állampolgárokat értem.

⁹ DONALD LUTZ, AZ ALKOTMÁNYOS TERVEZÉS ELVEI (170,2006).

¹⁰ SAJÓ ANDRÁS, KORMÁNYKORLÁTOZÁS: (1999).

¹¹ Yaniv Roznai, Alkotmányellenes alkotmánymódosítások: The Limits of Amendment Powers (Oxford University Press, 2017).

¹² Megszilárdítja a köztársasági államformát, és megakadályozza, hogy az alkotmánymódosítás tárgyát képezze. ¹³ **Lásd az Alkotmány 13.** cikkét. A japán alkotmány 97. cikkét. ("Az alapvető emberi jogok, amelyeket ez az alkotmány Japán népe számára garantál, az emberiség szabadságaért folytatott évszázados küzdelmének gyümölcsei; túlélték a sokszoros próbatételeket a tartósságát, és a jelen és a jövő nemzedékekre ruházzák át, hogy örökre sérthetetlenek maradjanak.")

¹⁴ Art. A brazil alkotmány 60. cikkének (4) bekezdése. ("Nem vehető figyelembe olyan alkotmánymódosítási javaslat, amely a következők eltorlaszolására irányul: I. a nemzeti kormány föderalista formája; II. a közvetlen, titkos, általános és időszakos választójog; III. a hatalmi ágak szétválasztása; IV. az egyeni jogok és garanciák.")

¹⁵ Az Alkotmány (tizenötödik módosítás) törvény (2011. évi XIV. 2011törvény).

¹⁶ Kesavananda Bharati kontra Kerala állam, AIR SC 19731461.

a fent említett doktrína, minden olyan alkotmánymódosítás, amely korlátozza vagy sérti bármely alapvető vagy

az Alkotmány lényeges elemét alkotmányellenesnek kell nyilvánítani.

Ebben az esetben azzal érvelhetünk, hogy az alkotmány részét képező alkotmánymódosítás alkotmányellenesnek nyilvánításának gondolata *prima facie* biztosan ellentmond az intuíciónak. Ezért a fejezet **II. részében** elmélyedek a BSD elméleti alapjaiban, hogy megfelelően értékelni lehessen a BSD célját és követelményét a modern politika kontextusában. A BSD-vel kapcsolatban számos ellenvetés merül fel, amelyek közül sokan igen érdelemesek, és ezért éles elméleti elemzést igényelnek, mint például az elsődleges vs. másodlagos/derivatív alkotmányozó hatalom közötti vita. Azt is értékelni fogom, hogy a Parlament módosító hatalmának bírósági úton érvényesített korlátozásai "holtkéz-szabályt" hoznak-e létre, ¹⁷vagy valóban őrzik az alkotmány érdemi tartalmát.

Az indiai BSD-t fokozatosan az egész világra exportálták. A fejezet **III. részében** a bangladesi BSD által felvett formára összpontosítok, és megvizsgálom az ezzel a formával kapcsolatos előnyöket és ellenérveket. Végül a **IV. rész** Izraelnek lesz szentelve. Összehasonlító elemzésemhez kifejezetten Indiát, Bangladesht és Izraelt választottam, alkotmányos kereteik sajátos különbözőségei és eltérései miatt. Megpróbálok megérteni a BSD hatását alkotmányos rendjükre, és rávilágítok arra, hogy a bírósági úton létrehozott és kikényszerített BSD hogyan hozott mindegyikük számára erőteljes alkotmányos pillanatokat.

I. INDIA: AZ ALAPSZERKEZETI DOKTRÍNA SZÜLETÉSE

A BSD ötlete Indiában, a vészhelyzet zavaros időszakában és a feszült politikai helyzet kontextusában öltött formát. Kezdjük azzal, hogy egy kicsit visszatekerjük az órát. A függetlenség elnyerése után az indiai kormány számos agrár- és földreformintézkedést vezetett be, amelyek hamarosan az igazságszolgáltatás ellenőrzése alá kerültek. Ezeket a földeket az állam esszerű és méltányos kártalanítás nélkül szerezte meg, megsértve ezzel a földtulajdonosok tulajdonhoz való alapvető jogát.¹⁸ Ezt követően a Legfelsőbb Bíróságok sorozatosan döntöttek a földreformtörvények és -rendeletek érvényességéről és az azokban előírt földszerzési módokról. Így például a Patnai Legfelsőbb Bíróság a darbhangi maharadzsza beadványa ¹⁹alapján megsemmisítette a bihari földreformról szóló törvényt.

¹⁷ Lásd Ely JH (1980) *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, USA, 11. o.; Samaha AM (2008) *Dead hand arguments and constitutional interpretation*, *Columbia Law Rev* 108, 606. o.; McConnell MW (1998) *Textualism and the dead hand of the past*, *Geo Wash Law Rev* 1127-1128. o.60.,).

¹⁸ MERRILLAT H. C. L., "THE INDIAN CONSTITUTION: PROPERTY RIGHTS AND SOCIAL REFORM", *OHIO ST. L.J.* (1960)21, 616.

¹⁹ Kameshwar kontra Bihar állam, AIR Pat 195191.

törvény, és 1950 a Calcutta High Court a nyugat-bengáli földtörvény bizonyos rendelkezéseit Fejlesztési és Tervezési Törvény, 1948 alkotmányellenes.²⁰ Az indiai kormány azonnali reakciója az 1951. évi alkotmánytörvény (első módosítás) formájában érkezett,²¹ azonban ezt egy teljes kontextus előzte meg.

A közelmúltbeli fejleményeket követően Dr. Ambedkart, az akkori jogi minisztert felkérték, hogy készítse el egy alkotmánymódosítást. Azt tanácsolta, hogy a "kártérítés" kérdését tegyék ki a bírósági felülvizsgálat alól, ha a tulajdonszerzésre elnöki jóváhagyással kerül sor.²² Eközben V. K. Thiruvengkatachari madrasai főügyész levelet küldött a jogi miniszternek, amelyben javasolta, hogy az Alkotmányt egészítsék ki egy új jegyzékkel, amely az összes hatályos földreformtörvényt felsorolja.²³ Ezek a törvények az elnöki jóváhagyással rendelkezének, és bíróság előtt nem lehetne megtámadni őket az alkotmány bármely rendelkezésének megsértése vagy akár bármely alapvető jog korlátozása miatt.²⁴ A bírósági felülvizsgálat jogkörét állítólag el akarták venni a bíróságoktól. Ebben az összefüggésben kezdődött a BSD epizód.

A BSD útja lebilincselő történet. Ahhoz, hogy megfelelően megértsük a doktrína fejlődését, osszuk fel az elbeszélést részekre - az 1970 előtti, az 1970-es és az 1970 utáni korból.

A. 1970 ELŐTTI KORSZAK: A BSD ALAPJAINAK MEGTEREMTÉSE

Az Alkotmány "alapvető jellemzőinek" doktrínáját először a *Sajjan Singh* ügyben két eltérő véleményen levő bíró -²⁵ Hidayatullah bíró és Mudholkar bíró - érintette. Kiemelték az Alkotmányozó Gyűlés lehetséges szándékát, hogy az "alkotmány alapvető jellemzőinek" állandóságot biztosítson.²⁶ Azonban nem mentek el olyan messzire, hogy jogi doktrínát határozzanak meg a Parlament módosító hatalmának érdemi korlátozására.

Mudholkar bíró egyetértő véleményében érdekes vitát kezdeményezett azzal, hogy kiemelte az Alkotmány alapvető jellemzőinek erejét és hatását az Alkotmány egyéb rendelkezéseivel szemben:

²⁰ Bela Banerjee kontra Nyugat-Bengáli Állam, AIR Cal 1952554.

²¹ AZ ALKOTMÁNYRÓL SZÓLÓ TÖRVÉNY (ELSŐ MÓDOSÍTÁS), 1951.

²² DATAR, ARVIND P. - "AZ ALKOTMÁNYUNK ÉS AZ ÖNMAGÁN ESETT SEBEK" [2007] INJLCONLAW 4; ~~INDIAN~~ INDIAN JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 92.

²³ Ibid.

²⁴ *Ram Kissen kontra Divisional Forest Officer* AIR SC 1965625; *Jeejeebhoy kontra Asstt. Collector*, AIR SC (1965)1096. "A IX. jegyzékben szereplő törvény nem támadható meg semmilyen alapjog alapján".

²⁵ Sajjan Singh kontra Rajasthan állam, AIR SC 1965845.

²⁶ Sajjan Singh kontra Rajasthan állam, AIR SC [1965]84561].

"71. Mielőtt az ügytől megválnék, szeretném tisztázni, hogy amit ebben az ügyben mondtam, az

Az ítélet nem a végleges véleményem kifejezése, hanem csupán bizonyos kétségek kifejezése, amelyek egy olyan kérdéssel kapcsolatban támadtak bennem, amely országunk polgárai számára kiemelkedő fontosságú: tudni kell, hogy **az Alkotmány alapvető jellemzői, amelyben élünk és amelyhez hűséggel tartozunk, ők fennmaradnak-e.**

- vagy legalábbis belátható időn belül - **vagy pedig nem tartósabbak, mint az Alkotmány végrehajtási és alárendelt rendelkezései**". [Kiemelés hozzáadva]

A "BSD mint hallgatólagos korlátozás" érvelést először a *Golaknath kontra Punjab* ügyben hozták fel.²⁷ Az indítványozók ügyvédjei, élükön a kiváló Nambiar úrral, megpróbálták következetesen alapuló érvelést hozni annak érdekében, hogy kifejezett korlátozások hiányában hatékonyan előhozzák a Parlament módosító hataskörének korlátozásának szükségességét. Azzal érveltek, hogy:

"A parlament e korlátlan hatalom keretében mindenféle olyan dolgot megtehet, amit soha nem is akartak, és például eltörölheti a választott törvényhozást, eltörölheti az elnököt, vagy a jelenlegi kormányformát az Egyesült Államok alkotmányához hasonló elnöki típusúvá változtathatja, vagy teljesen eltörölheti a szövetségi struktúrát."²⁸ [Kiemelés hozzáadva]

Az érvelést azonban kellő megfontolás nélkül elutasították. K. N. Wanchoo bíró például különvéleményében "félelem érvének" nevezte a BSD alapjául szolgáló következményelvű racionalitást. Elutasította a módosítási jogkör bármilyen hallgatólagos korlátozásának létezését, és álláspontját az indiai alkotmány 368. cikkének szövegére hivatkozva indokolta. Megjegyezte:

"116. Alaposan megfontoltuk azt az érvet, hogy alkotmányunk bizonyos alapvető elemei nem módosíthatók az Art. 368. cikk szerinti módosítási jogkörre vonatkozóan, és arra a következtetésre jutottunk, hogy nem lehet és nem is szabad korlátozni a módosítási jogkört a 368. cikk alapján. 368... A Parlament így soha nem tudhatná, hogy milyen módosításokat eszközölhet az Alkotmányban, és melyeket nem; ugyanis amíg nem áll rendelkezésre az Alkotmány alapvető jellemzőinek teljes katalógusa.... A módosítási jogkör, amely alkotmányozó hatalom, véleményünk szerint ezekből az okokból kifolyólag nem tekinthető az alkotmánymódosításra vonatkozó hallgatólagos korlátozások tárgyának azon az alapon, hogy az alkotmány bizonyos alapvető jellemzői

²⁷ Golaknath kontra Punjab állam, AIR SC 19671643.

²⁸ Golaknath kontra Punjab állam, AIR SC1967 1643, (K.N. Wanchoo J.), 94., 137-139. pont.

Az Alkotmány nem módosítható....A cikk egyértelmű szavai szerint, amely 368kimondja, hogy

az Alkotmány módosítására, ami az Alkotmány bármely rendelkezését jelenti, nem következethetünk semmilyen hallgatóságos korlátozásra az Alkotmány bármely rendelkezésének módosítására vonatkozó hatáskörre, legyen az alapvető vagy egyéb rendelkezés. Következtetésünk az, hogy az alkotmányozó hatalom, mint ahogyan az a cikkelyben foglalt alkotmányozó hatalom is. 368, csak kifejezett korlátozasoknak lehet alávetve, és nem lehet semmilyen hallgatóságos korlátozásnak alávetve, ami a módosítások tartalmát illeti." **[Kiemelés hozzáadvá].**

B. 1970s: EGY ÚJ KEZDET

Végül a *Sajjan Singh-ügyben a Sajjan Singh-ügyben* megfogalmazott eltérő vélemények által meghatározott alapot a *Kesavananda Bharati kontra Kerala állam* ügyben egy 13 bíróból álló bírói testület alakította ki a BSD jelenlegi formájában.²⁹ A *Kesavananda* továbbra is az indiai jogtörténet legfontosabb ítélete. Tizenegy bíró több ezer oldalas különvéleményt írt. Az azonban, hogy pontosan mi a *Kesavananda-ítélet* aránya, továbbra is heves vita tárgya a jogtudósok között.³⁰

Mindenesetre a későbbi ítéletek értelmezése szerint a BSD a *Kesavananda-ügyben* 7:6 arányban hozott ítéletében a Parlament módosító hatalmának érdemi, hallgatóságos korlátozását írta elő. Más szóval, kimondták, hogy bár a 368. cikk szerinti módosító hatalom az Alkotmány minden részére kiterjedhet, a Parlament nem "módosíthatja, semmisítheti meg vagy semmisítheti meg az Alkotmány alapvető szerkezetét". Érdekes módon a Legfelsőbb Bíróság nem tudott többségi következtetésre jutni az indiai alkotmány "alapvető vagy lényeges jellemzőinek" kimerítő felsorolása tekintetében. Ezért a BSD lassú, de fokozatos fejlődésnek volt tanúja a Legfelsőbb Bíróság számos precedensén keresztül.³¹

Mellékesen megjegyzem, hogy a Legfelsőbb Bíróság a *Kesavananda-ügyben* végül elfogadta a Nambyar úr által a *Golaknath-ügyben* előterjesztett érveket. Soli Sorabjee úr, amikor Nambyar úrnak az indiai alkotmányjoghoz való hozzájárulásáról írt, egyszer azt mondta:

"Nambyar legjelentősebb hozzájárulása az alkotmányjog és az alapvető jogok területén a Golaknath.... ügyben kifejtett érvelése volt. A Nambyar által elfogadott álláspont és érvelése azon túl, hogy mélyreható kutatásait, tanulmányait és

²⁹ Kesavananda Bharati kontra Kerala állam, AIR SC 19731461.

³⁰ Andhvarujina TR (2011) The Kesavananda Bharati case: the untold story of struggle for supremacy by supreme court and parliament, Universal Law Publishing, pp. 63-67; Seervai HM, (1996), CONSTITUTIONAL LAW OF INDIA, 4th edn. N.M. Tripathi, 3114. o.

³¹ Raghunathrao Ganpatrao kontra Indiai Unió, AIR SC1993 1267.

tanultsága bizonyítja előrelátását. Elmondható, hogy szinte a Legfelsőbb Bíróság 1973 Kesavananda Bharati-ügyben hozott ítéletének prófétai látomása, amelyben elfogadták a hallgatólagos korlátozás doktrínáját.³² [Kiemelés hozzáadva]

C. **1970 UTÁNI KORSZAK: A STRATÉGIAI "BÍRÓSÁGI ELKERÜLÉS" ÉS AZ**

TULAJDONSÁGOK

Elöljáróban el kell ismernünk, hogy a hallgatólagos korlátozás fogalma eredendően kétértelmű. Az alapvető jellemzők indikatív listájának vagy az azonosításukra szolgáló objektív képletnek a hiánya fokozatosan ad-hoc bírálati folyamatá teheti az "alapvető szerkezet felülvizsgálatát". Amint Roznai megjegyezte, az Alkotmány lényeges vagy alapvető jellemzői "*nem különíthetők el tudományos pontossággal*".³³ Az évek során a Legfelsőbb Bíróság az indiai alkotmány különböző alkotóelemeit alapvetőnek, és így az "alapszerkezet" részét képezőnek minősítette. Az ilyen alkotóelemek nem kimerítő listája a következő:

Az	Az adott alkotóelemet a közhatározatoknak nyilvánító határozatok az "Alapstruktúra" részét képezi.
indiánok összetétele	
Alkotmány	
Parlamenti demokrácia ³⁴	Kihoto Hollohon, AIR SC 1993412
Harmónia és egyensúly között	Minerva Mills Ltd. kontra Indiai Unió, (1980) SCC 3625
alapotvető jogok és irányadó elvek ³⁵	
Az igazságszolgáltatás függetlensége ³⁶	Legfelsőbb Bíróság Advocates on Record Association v. Union of India, (1993) SCC4 441; S.P. Gupta v. Union of India, AIR 1982 SC 149

³² Sorabjee, Soli J., "Gopalantól Golaknathig és azon túl: M K Nambyar tiszteletére" (2007) Indian 1J. Const. L. 20.

³³ Yaniv Roznai, Alkotmányellenes alkotmánymódosítások: The Limits of Amendment Powers (Oxford University Press, 2017), p. 196.

³⁴ Kihoto Hollohon, AIR SC 1993412.

³⁵ Minerva Mills Ltd. kontra Indiai Unió, (1980) SCC 3625.

³⁶ Supreme Court Advocates on Record Association v. Union of India, (1993) SCC4 441; S.P. Gupta v. Union of India, AIR 1982 SC 149., State of Bihar v. Bal Mukund Sah, (2000) 4 SCC 640.

Jogállamiság és bírósági felülvizsgálat ³⁷	L Chandra Kumar kontra Indiai Unió és társai, (1997) 3 SCC 261; Waman Rao kontra Indiai Unió, (1981) 2 SCC 362; S.P. Sampath Kumar kontra Indiai Unió (1987) 1 SCC 124.
Föderalizmus ³⁸	S.R. Bommai kontra Indiai Unió, AIR SC 19941918
Az igazságszolgáltatáshoz való hatékony hozzáférés ³⁹	Central Coal Fields Ltd. kontra Jaiswal Coal co. Supp.1980 SCC 471
Szekularizmus ⁴⁰	Valsamma Paul kontra Cochin Egyetem, AIR SC1996 1011; S.R. Bommai kontra Indiai Unió, AIR SC 19941918
A hatalom szétválasztása ⁴¹	Bihar állam kontra Balmukund Sah, AIR SC 20001296
Társadalmi és gazdasági igazságosság ⁴²	Maharao Sahib Shri Bhim Singhji Ors. v. Union of India, AIR SC 1981234
A bírói elsőbbség az igazságügyi kinevezések ⁴³	Supreme Court Advocates-on-Record Association v Union of India, (2016) SCC 41

Úgy vélem, bizonyos fokú "igazságügyi stratégia" rejlik abban, hogy nem adunk ki kimerítő listát az Alkotmány alapvető jellemzőiről. Az összehasonlító jogban az alkotmánybíróság ilyen stratégiai hallgatását "bírói kerülésnek" is nevezik, amely egy kiszámított intézkedés az ítéleti funkcionális hatékonyságának biztosítása és az intézményi biztonság megőrzése érdekében.⁴⁴ Ebben az összefüggésben

³⁷ L Chandra Kumar kontra India Unió és társai, (1997) 3 SCC 261; Waman Rao kontra India Unió, (1981) 2 SCC 362; S.P. Sampath Kumar kontra Indiai Unió (1987) SCC1 124; P. Sambamurthy kontra Andhra Pradesh állam (1987) SCC 124. 362.

³⁸ S.R. Bommai kontra Indiai Unió, AIR SC 19941918.

³⁹ Central Coal Fields Ltd. kontra Jaiswal Coal co. Supp1980 SCC 471.

⁴⁰ Valsamma Paul v. Cochin University, AIR SC 19961011; S.R. Bommai v. Union of India, AIR SC 19941918.

⁴¹ Bihar állam kontra Balmukund Sah, AIR SC 20001296.

⁴² Maharao Sahib Shri Bhim Singhji Ors. kontra India Unió (UOI) és társai, AIR SC 1981234.

⁴³ Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India, (2016) SCC 41.

⁴⁴ Lásd Delaney, E.F., 2016, Az elkerülés elemzése: igazságügyi stratégia összehasonlító perspektívában. Duke LJ, 66, 1. o. Lásd még Vincént Blasi, A stratégiai érvelés szerepe az alkotmányértelmezésben: In Defense of the Pathological

lehet azzal érvelni, hogy a "bírói megkerülés" biztosítja, hogy a BSD hatályát nem korlátozza a korábbi bírói döntések, és folyamatosan ellenőrizni lehetne a Parlament önkényes módosítási jogkörének gyakorlását. Továbbá a transzformatív alkotmányosság korában az alkotmány "alapstruktúrája" nem lehet stagnálásnak kitéve, és idővel fejlődnie kell.

A közelmúltban az "alapszerkezet felülvizsgálata" az indiai Legfelsőbb Bíróság elismert joghatósági kategóriájává vált.⁴⁵ Bizonyos esetekben a módosítási folyamaton túl is kiterjesztették, és a végrehajtó hatalom intézkedéseinek jogszerűségét is felülvizsgálják. Például az S.R. Bommai ügyben⁴⁶ a Legfelsőbb Bíróság a doktrínát arra használta, hogy felülvizsgálja az elnöknek az alkotmányosan megválasztott állami törvényhozások feloszlására vonatkozó hatáskörét a cikk hatálya alatt.⁴⁷

Jelenleg két, egymással versengő elképzelés létezik a BSD összetevőinek azonosításáról - az ~~gt~~ Mathews bíró az *Indira Nehru Gandhi ügyben* hozott határozatban,⁴⁸ a másikat pedig V. R. Krishna Iyer bíró a *Shri Bhim Singhji ügyben* hozott határozatban.⁴⁹ Mathews bíró szerint az Alkotmány alapvető vagy megalapozó jellemzőinek az alkotmányos rendelkezések egy csoportján kell alapulniuk, mivel nem absztrakt, alkotmányon kívüli elveken alapulnak. Elmélete a BSD textualista ~~szó~~ sorolható. Míg Krishna Iyer bíró szerint a BSD összetevői nem alapozhatók az alkotmány egyetlen konkrét rendelkezésén vagy részén sem, mivel az alkotmányt jogrendszerünk bizonyos átfogó elvei "alapozzák meg". Ahogyan Rohinton Nariman bíró egyszer megfogalmazta:

"az Alapstruktúra elemei valószínűleg ott helyezkednek el, ahol az Elefánt hat vak emberrel van, mindegyikük a saját szemszögéből írja le, de némi fény és látás kell ahhoz, hogy végül meglássuk az Elefántot".⁵⁰

Perspective, DUKE1986 L.J. 697696; Neal Kumar Katyal & Thomas P. Schmidt, Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change, 128 HARV. L. REV. 2109, 2112 (2015).

⁴⁵ Krishnaswamy, Sudhir, *Demokrácia és alkotmányosság Indiában: A Study of the Basic Structure Doctrine* (Oxford University Press, 2010).

⁴⁶ S R Bommai kontra Indiai Unió, [1994] 3 SCC 1.

⁴⁷ Baxi, Upendra. "Demosprudence kontra jogtudomány: Az indiai bírói tapasztalat az összehasonlító alkotmánytudományok kontextusában." *Macquarie LJ* 14 (2014): p3, 15.

⁴⁸ Indira Nehru Gandhi kontra Raj Narain, AIR SC 19752299.

⁴⁹ Maharao Sahib Shri Bhim Singhji Ors. kontra India Unió (UOI) és társai, AIR SC 1981234.

⁵⁰ **Lásd** Nariman bíró előadását a <https://www.youtube.com/watch?v=LUWeDjsV7u8> címen.

ELMÉLETI ALAPJAINAK MEGÉRTÉSE.

A

KÉRELEMMELELKAPCSOLATOS KIFOGÁSOK ÉS KIHÍVÁSOK KEZELÉSEA. A MÓDOSÍTÓ HATALOM HATÁLYÁRA ÉS TERMÉSZETÉRE VONATKOZÓ ELMÉLETEK AKÖRÉKRESEMENALKOTÓERŐ

A Legfelsőbb Bíróság *Golaknath kontra Punjab állam* ügyben hozott ítéletét követően a ⁵¹Parlament alkotmánymódosítást fogadott el²⁴, amely az indiai alkotmány cikkét 368 a következő záradékkal egészítette ki: "*A Parlament alkotmányozó hatalmának gyakorlása során kiegészítéssel, módosítással vagy hatályon kívül helyezéssel módosíthatja az alkotmány bármely rendelkezését...*".⁵² Ez a konkrét kiegészítés két nagyon lényeges kérdést vet fel a 368. cikk szerinti módosítási hatáskörök terjedelmével és tartalmával kapcsolatban:

1. Miért érezte szükségesnek a Parlament, hogy az "alkotmányozó hatalom" kifejezést hozzáadja, és milyen indítékai voltak a kiegészítésnek?
2. A 368. cikk fent említett kiegészítése adott-e a Parlament számára olyan további hatáskört, amely a módosítás²⁴ előtt nem állt fenn?

Mielőtt belemerülnénk a fent említett kérdésekbe, meg kell kérdeznünk, hogy mit jelent az "alkotmányozó hatalom". Miben különbözik ez a Parlament módosító hatalmától? Röviden szólva, az "alkotmányozó hatalom" a szuverén hatalom legmagasabb formája, amelyet az alkotmány megalkotására, és következésképpen az állam alkotmányos rendjének megteremtésére gyakorolnak.⁵³ Ezt egy olyan testület gyakorolja, amelynek hatalma teljes körű, közvetlenül a "nép" akaratából ered,⁵⁴ és nincs külső korlátozásoknak alávetve. *Például* India Alkotmányozó Gyűlése az Alkotmány kidolgozása és elfogadása során alkotmányozó hatalmat gyakorolt. Végső soron autonómiával rendelkező alkotmányunk szerkezetének és tartalmának az általa megfelelőnek ítélt módon történő meghatározásában. Ezt követően, amint az alkotmányozó hatalom gyakorlása révén az alkotmányt életbe léptetik, minden állami törvény, rendelet,

⁵¹ Golaknath kontra Punjab állam, AIR SC 19671643.

⁵² Alkotmány (huszonnegyedik módosítás), s1971., 3.

⁵³ "Nem kellene az emberek beleegyezését kérni? On the Nexus between the Procedures of Adoption and Amendment of Israel's Constitution", 10 *Mishpat U'Mimshal* (2007), 449; Carl Joachim Friedrich, *Constitutional Government and Politics, Nature and Development*, 113 (Friedrich Press, 2007); Samuel Freeman, *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*, *LAW AND PHILOSOPHY* (32/1990-1991); Suber, Peter, "Amendment", *Philosophy of Law: An Encyclopaedia I* (Christopher B. Gray szerk., Garland Pub. Co, 1999), 31.

⁵⁴ Upendra Baxi, "A New Theory About Constituent Power?", *Indian Journal of Constitutional & Administrative Law* (Indiai alkotmányjogi és közigazgatási jogi folyóirat).

(2018), p.9.

kiáltványok, az alkotmányos hivatalok az Alkotmányból merítik tekintélyüket és legitimitásukat.⁵⁵

Ilyen hatalom csak az állam "népének" van.

Most pedig értsük meg a Parlament módosító hatalmának terjedelmét és körvonalait, és azt, hogy ez a hatalom egyenértékű-e az alkotmányozó hatalommal. Tisztázzuk, hogy a módosító hatalom a parlament azon hatáskörét jelenti, hogy az alkotmányban előírt módszerrel összhangban formálisan változtatásokat eszközöljön az alkotmányban. Ezért a módosító hatalom az alkotmányozó hatalom alárendeltje, a különbségtétel teljesen egyértelmű. Ahogyan Upendra Baxi professzor megfogalmazta - " *ezt a megkülönböztetést többféleképpen lehet megfogalmazni (alkotmányozó vs. alkotmányos, eredeti vs. származtatott, kivétel vs. normális, alapító vs. időrendi stb.).*"⁵⁶ A Kesavananda-ügyben a fejezet I. részében tárgyalt kérdés az volt, hogy az indiai alkotmány 368. cikke szerinti módosító hatalom tartalmilag korlátlan-e? Ezzel összefüggésben két elméletet fogok megvilágítani, amelyek a módosító hatalom korlátozott jellegét igazolják:

(I) Derivált elmélet

A *Dodge v. Woolsey* ügyben az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága kimondta, hogy a parlament módosítási jogköre az alkotmány értelmében átruházott hatáskör, az "alkotmányozó hatalom" előzetes gyakorlása révén.⁵⁷ Ez a határozat jó kiindulópont a módosítási hatáskör "származékos elméletének" megvitatásához. A "származtatott elmélet" azt állítja, hogy a Parlament alkotmánymódosítási jogköre, amely az Alkotmány egy konkrét rendelkezéséből ered, nem gyakorolható az Alkotmány hatályon kívül helyezésére vagy alapvető megváltoztatására (anyaforrás), amelyből saját jogkörét eredezteti. Eszerint az alkotmányozó hatalom, az alkotmányozó hatalom különbözik a módosító hatalomtól, az alkotmány módosítására és a szükséges változtatásokra vonatkozó, de nem alkotmánymódosító hatalomtól. Ezt a különbséget az indiai Legfelsőbb Bíróság jól magyarázta az *I.R. Coelho (halott) by L.Rs. kontra Tamil Nadu állam* ügyben,⁵⁸ amelyben kimondta:

"A szerző különbséget tesz az Alkotmány alkotmányozó gyűlés általi alkotása között, amelyet semmilyen külső hatóság nem korlátozhatott, mint teljes körű törvényhozói hatalmat, és az Alkotmány módosítására vonatkozó hatalom között, amely egy származékos hatalom - amely az Alkotmányból származik, és az Alkotmány által előírt korlátozásoknak van alárendelve." [Kiemelés hozzáadva]

⁵⁵ Srinivasan, N. "AZ ÁLLAMGYŰLÉS ELMÉLETÉNEK ELMÉLETE.", The Indian Journal of Political Science, vol. no. 1,4, 1940, pp. 376-392.

⁵⁶ Upendra Baxi, "A New Theory About Constituent Power?", Indian Journal of Constitutional & Administrative Law (Indiai alkotmányjogi és közigazgatási jogi folyóirat) (2018), p.9.

⁵⁷ *Dodge v. Woolsey*, U59.S. (18 How.) 347-348331, (1885).

⁵⁸ *I.R. Coelho (halott) by L.Rs. kontra Tamil Nadu állam és társai*, AIR SC2007 ¶29861.

Ebben a tekintetben célszerű lenne a "Mi, a nép" végső tekintélyét úgy nevezni, hogy "elsődleges alkotmányozó hatalom" és a Parlament módosító hatalma "származékos alkotmányozó hatalom". Az utóbbi pedig mindig az előbbi alatt állna az alkotmányos keretek között.

Miközben belemerülünk ebbe az érdekes vitába, kellő figyelmet kell fordítanunk Yaniv Roznai könyvére,⁵⁹ amely egy csodálatos kommentár a témáról. Roznai ezzel kapcsolatban felteszi a kérdést - ha a módosító hatalmat az alkotmányozó hatalommal egyenértékűnek tekintjük, akkor miért kell egyáltalán különbséget tenni az Alkotmányozó Gyűlés és a Parlament között? Véleménye szerint, mivel a módosító hatalom egy bizonyos alkotmányos rendelkezésből ered, azt az eredeti alkotmány átfogó azonossága és feltételei korlátozzák.⁶⁰

Dietrich Conrad professzor, egy német jogtudós munkája volt az egyik elsődleges forrása a BSD indiai fejlesztésének.⁶¹ Nambyar úr a *Golaknath-ügyben* való érvelés során felhasználta Conrad professzor egyik előadásának kéziratát. Prof. Conrad szerint az alkotmánymódosító hatalom az eredeti alkotmányból ered, és - "*bármennyire is korlátlan a hatalma*" - nem rombolhatja le vagy helyezheti hatályon kívül az alkotmány alapszerkezetét és lényeges elemeit, mivel ez az anyahatalom megsemmisítését eredményezné, amelyből a saját hatalmát eredezteti.⁶²

Összefoglalva, egy testület alkotmányon felüli/alkotmányon kívüli, minden külső korlátozástól és korlátozástól mentes alkotmányozó hatalma az "*elsődleges alkotmányozó hatalom*" kategóriájába sorolható. Ez a hatalom egy állam alkotmányos rendjének megteremtésére irányuló demokratikus folyamatból ered, és egyébként csak "rendkívüli alkotmányos pillanatokban" lép életbe.⁶³ Míg a Parlament módosító hatalma az eredeti alkotmányból származik, amelyet "*Mi, a nép*"

⁵⁹ Yaniv Roznai, *Alkotmányellenes alkotmánymódosítások: The Limits of Amendment Powers* (Oxford, Oxford University Press, 2017), pp. 113-122.

⁶⁰ Yaniv Roznai, *Alkotmányellenes alkotmánymódosítások: The Limits of Amendment Powers* (Oxford, Oxford University Press, 2017), 113, o.; **Lásd még:** Claude Klein, "After the Mizrahi Bank Case- The Constituent Power as Seen by the Supreme Court" (1997) 28 *Mishpatim* 341, 356 [Heb.].

⁶¹ Anil B. Divan, "Néhány személyes pillantás" in: Nilendra Kumar vezérőrnagy (szerk.), Nani Palkhivala: *Palkhilla Palkhilla: A Role Model: A Role Model* (Universal Law Publishing 2009) 67,70.

⁶² Dietrich Conrad, "Alkotmányozó hatalom, alkotmánymódosítás és az alkotmány alapvető szerkezete: (1977- 8), 6-7 *Delhi L. Rev.* 17, 379, o.; Noorani, A.G., "Behind the Basic Structure" *Doctrine- India's debt to a German Jurist*, Professor Dietrich Conrad", *Frontline*, Volume 18, Issue (09,2001).

⁶³ **Lásd** Prateek Satya, "A ma ígérete, a holnap alkotmánya: "Basic Structure" Constitutional Transformations, and The Future of Political Progress in India", *LNUTS L. Rev.* (2008), 417. (Az alkotmányozó hatalom legitimitása a kollektív hatalom vitathatatlannal magasabb rendű természetén alapul, amelyet akkor gyakorolnak, amikor a "nép" egésze részt vesz a politikai döntéshozatalban. Ez a hatalom az újalakítás, az alapos átstrukturálás és annak újragondolása, hogy maga az alkotmányos forma milyen irányt vehet a jövőben.).

a saját magukra ruházott "származtatott alkotóelemek" közé sorolhatók, amelyek természetüknél fogva korlátozottak.

tartalmát tekintve.⁶⁴

(2) **Belső és külső elmélet**

Kemal Gözler a módosító hatalom "belül és kívül" elméletét képviseli, amely egy másik, ugyancsak meggyőző indoklást ad a módosító hatalom korlátozott jellegére.⁶⁵

Az elméletnek két összetevője van:

- ❖ **"Külső" hatóság:** Az Alkotmány megalkotására vonatkozó alkotmányozó hatalmat, amelyet nem korlátoz semmilyen, az állam jogrendszerén belüli felhatalmazás, "külső" hatalomnak nevezzük. Ez azért van így, mert ez a hatalom az állam meglévő jogi keretein kívül keletkezik, és természeténél fogva jog- és alkotmányfeletti. "Jogi vákuumban" működik, mind az alkotmány létrehozására, mind a meglévő alkotmány hatályon kívül helyezésére. Ez a hatalom a "nép" kezében van, amely közösen gyakorolhatja ezt a hatalmat az alkotmány létrehozására vagy hatályon kívül helyezésére.
- ❖ **"Belső" hatóság:** A meglévő alkotmányos rendet befolyásoló, de az állam keretein belül egy már meglévő felhatalmazás (az eredeti alkotmány) által korlátozott hatalmat nevezzük "belső" hatalomnak. Ez azért van így, mert az ilyen hatalom az állam meglévő alkotmányos keretein belül keletkezik, és ezért az eredeti alkotmány korlátaiban belül kell működnie.⁶⁶

Végezetül következőkben válaszolok az e bekezdésében felvetett két kérdésre:

Az indiai alkotmány 24th. módosítása a Parlament szándékos és színlelt kísérlete volt arra, hogy "származékos alkotmányozó hatalmát" korlátlan alkotmánymódosító hatalommá alakítsa át. A fenti vita fényében azonban az "alkotmányozó hatalom" kifejezés pusztán hozzáadása nem ruházhatott fel semmilyen további vagy korlátlan hatalmat az indiai parlamentre. Ez az álláspont a Legfelsőbb Bíróság *Minerva Mills Ltd. kontra Indiai Unió* ügyben hozott határozatában is alátámasztást nyer, amelyben a Parlamentet a "származtatott alkotmányos jog" vagyongkezelőjének tekintették.

⁶⁴ Sieyès, Emmanuel Joseph, "Mi a harmadik hatalom? [1789], Politikai írások (Hackett Publishing Company, Inc, 2003), 136.

⁶⁵ Kemal Gözler, *Le pouvoir de révision constitutionnelle* (Thèse, Université Montesquieu- Bordeaux IV, 1995) 12- 3; Kemal Gözler, *Pouvoir constituant* (Ekin Press 1999) 10- 28.

⁶⁶ Kemal Gözler, *Le pouvoir de révision constitutionnelle* (Thèse, Université Montesquieu- Bordeaux IV, 1995) 12- 3; Kemal Gözler, *Pouvoir constituant* (Ekin Press 1999) 10- 28.

alkotmányozó hatalom" a "mi, a nép" nevében, és a Parlament nem gyakorolhatja ezt a korlátozott hatalmat.

hatalom, hogy átalakítsa vagy korlátlan hatalommá alakítsa.⁶⁷

B. SZÖVEGES KIHÍVÁS A BSD-NEK

Ebben a részben a BSD szöveges kihívásával foglalkozom. A tudósok vitatták a BSD jogszerűségét és megalapozottságát azzal érvelve, hogy a cikk szövege 368nem ír elő semmilyen érdemi korlátozást. Kemal Gözler érvelése szerint⁶⁸ kifejezett korlátozás nélkül a bíróságok nem hozhatnak létre érdemi korlátozásokat azáltal, hogy pusztán a módosító záradék egyik nyelvtani értelmezését részesítik előnyben a másikkal szemben.

Ugyanakkor azt állítom, hogy a BSD-nek erős alapja van a 368. cikk szövegében, a következő alapokon:

(l) A "módosítás" kifejezés értelmezése: Klasszikus polisziémia

Az Egyesült 1787,Államokban az Alkotmányozó Konvent Stílusbizottsága, miközben az alkotmány hatálya alá tartozó

a "módosítás" kifejezésről úgy vélekedett, hogy-

"a módosítás kifejezés olyan kiegészítést vagy változtatást jelent az eredeti eszköz vonalain belül, amely javulást eredményez, vagy jobban megvalósítja azt a célt, amelyre azt létrehozták".

Yaniv Roznai nemrégiben azt állította, hogy a latin "emendare" kifejezés szó szerinti jelentése "kijavítani a hibákat".⁶⁹ Ennek alapján Murphy helyesen tett különbséget az "alkotmánymódosítás" és az "alkotmánymódosítás" között.⁷⁰ Ennek megfelelően úgy vélem, hogy a "módosítás" minősített kifejezés, és korlátozott és pozitív/javító hatással kell lennie az Alkotmányra. Mindenesetre a módosítás által kezdeményezett "változás" nem lehet teljesen idegen az Alkotmánytól.

⁶⁷ Minerva Mills Ltd. v. Union of India, (1980) 3 SCC 625, (Y.V. Chandrachud, CJ. - "Más szóval, a Parlament a 368. cikk értelmében nem terjesztheti ki módosító hatáskörét oly módon, hogy jogot szerezzen magának az Alkotmány hatalyon kívül helyezése vagy hatalyon kívül helyezése; illetve az Alkotmány alapvető és lényegi jellemzőinek megsemmisítésére. A korlátozott hatalom címzettje a hatalom gyakorlásával nem alakíthatja át a korlátozott hatalmat korlátlan hatalommá.")

⁶⁸ Gözler K (2008) Az alkotmánymódosítások bírósági felülvizsgálata - összehasonlító tanulmány, Ekin, Bursa, 69-71. oldal.

⁶⁹ Yaniv Roznai, (2018). Necrocracy or Democracy? Az alkotmányos megváltoztathatatlansággal szembeni kifogások értékelése 48. o. in: Szerk. Richard Albert; B. E. Oder, AN UNAMENDABLE CONSTITUTION? UNAMENDABILITY IN CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES, Springer (2018).

⁷⁰ Murphy WF (1987) Mészárszék, polgári jogok és az alkotmányos változások korlátai. Am J Juris 12-13. o32.,1,

az állam eredeti alkotmányos rendszere.⁷¹ Ezt az álláspontot több tudományos közlemény is alátámasztja.

indiai⁷³ és bangladesi vélemények⁷² és ítéletek.⁷⁴

Thomas Cooley szerint például a módosítási jogkörnek mindig vannak bizonyos hallgatólagos korlátai, és a szóban forgó módosítás "*nem lehet forradalmi, [annak] összhangban kell lennie az eszköz fő részével*".⁷⁵ Más neves, különböző jogrendszerekből származó tudósok is úgy vélekedtek, hogy egy módosítás nem lehet összeegyeztethetetlen az Alkotmány jellegével és identitásával, és bizonyos hallgatólagos korlátozásoknak kell alávetni.⁷⁶

Végezetül **feltétlenül** meg kell jegyezni, hogy léteznek olyan alkotmányok is, amelyek "teljes felülvizsgálati" záradékkal rendelkeznek, mint például Ausztria (44. cikk), Spanyolország (168. cikk) és Svájc (139. cikk), amelyek nem használják a "módosítás" kifejezést. Az ilyen záradékok felhasználhatók a meglévő alkotmányos keret teljes felülvizsgálatára. Ezért **fordított logika** alapján úgy vélem, hogy azok a joghatóságok vagy államok, amelyek szándékosan előnyben részesítették a "módosítás" kifejezés használatát, nem akarták lehetővé tenni az alkotmány teljes felülvizsgálatát.

(2) Az indiai 368.alkotmány paragrafusainak és 1,25 cikkeinek értelmezése

Sikri főbíró a *Kesavananda-ügyben* azzal⁷⁷ érvelt, hogy a 368. cikk (2) bekezdése kimondja, hogy az Alkotmányt "módosítani *kell*", míg a kikötés szövege így szól: "ha a módosítás célja az Alkotmány *megváltoztatása*". Ez alátámasztja a BSD-nek kedvező értelmezést. Más lett volna az értelmezés, ha a kikötés a "*megváltoztatására*" kifejezést használta volna, vagy elhagyta volna a "*megváltoztatására*" és egyszerűen azt mondta volna, hogy "*megváltoztatására törekszik*".

⁷¹ Levinson, Sanford, "Bevezetés: Levinson: Imperfection and Amendability, Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment (Sanford Levinson szerk., Princeton University Press, 1995), [31995A]; Schwartzberg, Melissa, Democracy and Legal Change (Cambridge University Press, 2009).

⁷² Marbury, William I., "A módosító hatalom korlátai". Harvard Law Review, 33. kötet, 2. szám, 1919, 223-235. o.; Levinson, Sanford, "Bevezetés: Imperfection and Amendability, Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment (Sanford Levinson szerk., Princeton University Press, 1995), 3 [1995A]; Schwartzberg, Melissa, Democracy and Legal Change (Cambridge University Press, 2009).

⁷³ Kesavananda Bharati kontra Kerala állam, AIR SC (1973)1461Khanna J., ¶1426-7).

⁷⁴ Anwar Hossain Chowdhury kontra Banglades, DLR41 App1989. Div. (165)Justice B.H. Chowdhury, ¶196 és Justice Shahabuddin, ¶336, 417).

⁷⁵ Cooley, Thomas M., "Power to Amend the Federal Constitution", *Mich2. L. J.* (1893), 109.

⁷⁶ Calhoun, John C., *A Disquisition on Government and a Discourse on the Constitution and Government of the United States* (A. S. Johnston, 1851); Jessup, Henry Wynans, *The Bill of Rights and its Destruction by Alleged Due Process of Law* (Chicago, 1927); Skinner, D. George, "Intrinsic Limitations on the Power of Constitutional Amendment", *Mich18. L. Rev.* (1919: 1920), 213.

⁷⁷ Kesavananda Bharati kontra Kerala állam, AIR SC1973 1461 [Sikri C.], 53. pont].

Ezenkívül a BSD a záradékok és a 5cikk szövegében is megalapozható, amely 368, felhatalmazza a Parlamentet, hogy "kiegészítéssel, módosítással vagy hatályon kívül helyezéssel módosítsa az Alkotmány *"rendelkezéseit"*, és nem ad korlátlan felhatalmazást magának az Alkotmánynak a hatályon kívül helyezésére. Más szóval, a 368. cikk értelmében csak az Alkotmány *"rendelkezéseit"* lehet módosítani, és a módosító hatalom nem terjed ki magának az Alkotmánynak vagy "alapszerkezetének" a hatályon kívül helyezésére.

III. **BANGLADES: ALAPBÓL AZ ÖRÖKKÉVALÓSÁGIG**

"Az alkotmányos eszmék szabad kereskedelmében az indiai Legfelsőbb Bíróság az exportőr szerepét tölti be. "

-Dietrich Conrad⁷⁸

A. **A BSD ELFOGADÁSA A BANGLADESI LEGFELSŐBB BÍRÓSÁG ÁLTAL**

A BSD 1989-ben vándorolt át Bangladesbe, amikor a bangladesi Legfelsőbb Bíróság fellebbviteli osztálya a *Kesavananda-ügyben* lefektetett elvekre⁷⁹ támaszkodva elfogadta a tanítást az *Anwar Hossain Chowdhury kontra Bangladesh ügyben*. Volt néhány érdekes vélemény abban az ítéletben, ahol egyes bírák a "származékos elméletet" részesítették előnyben, míg mások a "belső-külső elméletre" támaszkodtak.

B. H. Chowdhury bíró a módosító hatalom korlátozott jellegét a következőkre hivatkozva fogalmazta meg

A "kívül-belül" elmélet (lásd a **II. részt**). Megfigyelte:

"...a módosító hatalom nem más, mint az Alkotmány által a parlamentnek adott hatalom, magasabb rendű hatalom, mint bármely más, az Alkotmány által a parlamentnek adott hatalom, de mindazonáltal az Alkotmányon belüli és nem azon kívüli hatalom."⁸⁰ **[Kiemelés hozzáadva].**

S. Ahmed bíró azonban érvelésében a "származékos" elméletet részesítette előnyben. Megjegyezte, hogy az alkotmányozó hatalom plenáris jellege nem azonos a Parlament módosító hatalmával, amelyet maga az Alkotmány biztosít, *azaz* a származékos hatalommal.⁸¹ Elemezte továbbá, hogy az Alkotmány mely részei tekinthetők "alapvető jellemzőnek". Ennek megfelelően egy listát tekintett át

⁷⁸ Dietrich Conrad, "Az alkotmány alapvető szerkezete és az alkotmányos elvek", in: S.J. Sorabjee (szerk.), *Law and Igazságosság*: (Delhi, Universal Law Publishing, 2003), 186.

⁷⁹ *Anwar Hossain Chowdhury kontra Bangladesh*, (1989) BLD (Special) (AD) 1; DLR41 App1989. Div. 165.

⁸⁰ *Ibid*, ¶195 (Chowdhury J.).

⁸¹ *Ibid*, 381. pont (Shahabuddin J.).

alkotmányos szempontok, mint például a polgárok szuverenitása, a kormányzat demokratikus jellege,

a hatalmi ágak szétválasztása, az alkotmányos szupremácia, a bírói függetlenség és az alapvető jogok.⁸²

Ezután a BSD fokozatosan helyet kapott a bangladesi tudományos⁸³ életben és a bírósági döntésekben.⁸⁴ A BSD alkalmazásával a bangladesi legfelsőbb bíróság eddig 5 alkotmánymódosítást¹⁶ megsemmisített meg.⁸⁵ Az alkotmánymódosítás¹⁶ megsemmisítése során a *Bangladesi kormány kontra Asaduzzaman Siddiqui* ügyben Surendra Kumar Sinha⁸⁶ főbíró (aki a 7 bíróból álló bírói testület nevében írt) és egy egybehangzó véleményében többször 7 idézte a Kesavananda-döntést, és több mint 50 indiai precedensre hivatkozott. Ennek megfelelően a BSD mélyen beépült a bangladesi alkotmányos joggyakorlatba.⁸⁷

B. A KIFEJEZETT ÉS A HALLGATÓLAGOS KORLÁTOZÁSOK EGYÜTTES FENNÁLLÁSÁNAK

KÜLÖNÖS ESETE A

HATALOMMÓDOSÍTÁS

Érdekes, hogy a bangladesi alkotmány a 15. alkotmánymódosítással²⁰¹¹, egy örökkévalósági záradékot is beépített, amely így szól.

"7B. Az Alkotmány 142. cikkében foglaltaktól függetlenül a preambulum, az I. rész valamennyi cikke, a II. rész valamennyi cikke, a IXA. rész rendelkezéseire is figyelemmel a III. rész valamennyi cikke, valamint az Alkotmány alapszerkezetére vonatkozó cikkei rendelkezései, beleértve a 150 XI. rész cikkét is, nem módosíthatók beillesztéssel, módosítással, helyettesítéssel, hatályon kívül helyezéssel vagy bármely más módon." **[Kiemelés hozzáadva]**

A 7B. cikkel az Alkotmány a preambulomot, az állami politika valamennyi alapelvét és az alapvető jogokat a módosítási hatáskörön kívülre helyezte. Azonban,

⁸² Ibid, 416-417. pont (Shahabuddin J.).

⁸³ Ridwanul Hoque, "The Judicialization of Politics in Bangladesh", Mark Tushnet és Madhav Khosla (szerk.), *UNSTABLE CONSTITUTIONALISM- LAW AND POLITICS IN SOUTH ASIA* (Cambridge University Press, 2015) 278-291, 83; Md. Abdul Malek (2017) Vice and virtue of the Basic Structure Doctrine: a comparative analytic reconsideration of the Indian sub-continent's constitutional practices, *Commonwealth Law Bulletin*, 43:1, 48-74.

⁸⁴ Fazle Rabbi kontra Választási Bizottság, DLR44 (1992) 14; Mashihur Rahman kontra Bangladesh, BLD 199755.

⁸⁵ **Lásd** Bangladesh Italian Marble Works Ltd. kontra Bangladesh, (2006) 14 BLT (Special) (HCD) 1; Khondker Delwar Hossain kontra Bangladesh Italian Marble Works Ltd., (2010) DLR62 (HCD) 278; Siddique Ahmed kontra Bangladesh (2011) DLR65 (HCD) 84; Siddique Ahmed kontra Bangladesh kormánya és mások, (2013) 65 DLR (AD) 84-8.

⁸⁶ 06. sz. polgári fellebbezés Az ítélet időpontja²⁰¹⁷; július 3, 2017.

⁸⁷ Ridwanul Hoque, Örök érvényű rendelkezések Banglades alkotmányában: Egy alkotmány egyszer s mindenkorra? In: Albert R. Oeder B. (szerk.), *AN UNAMENDABLE CONSTITUTION?* (2018), Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, 68. kötet, Springer.

szerencsére a Parlament nem zárta be az összes ajtót a BSD bírósági alkalmazása előtt, azáltal, hogy

a 7B. cikkben szereplő "az *Alkotmány alapvető struktúráira vonatkozó cikkeket*". Más szóval, nyitva maradt annak meghatározása, hogy az Alkotmánynak a 7B. cikkben kifejezetten említett részeken kívül mely részei képezik az "alapszerkezet" részét.

Ez egy sajátos esete annak, hogy az alkotmányos rendszerben a kifejezett és a hallgatólagos korlátozások egymás mellett léteznek. Ezen a ponton egy megfelelő analógia jut eszembe - a Nemzetközi Bíróság *Nicaraguában* hozott ítélete,⁸⁸ amelyben a Nemzetközi Bíróság kimondta, hogy a szerződésen alapuló jog vagy a kodifikált normák nem foglalják magukba a meglévő szokásjogi (nem kodifikált) normákat, és mindkettő önállóan is létezhet egymás mellett. Hasonlóképpen, a BSD egy már létező, nem kodifikált jogelvének tekinthető, a 7B. cikk (az örökkévalósági záradék) pedig e nem kodifikált elv egyszerű kodifikációjának és elismerésének. Ennek megfelelően egyik nem foglalja magában a másikat, és mindkettőnek megvan a maga alkalmazási területe. A joggyakorlat kölcsönös termékenyítésének korában a nemzetközi joggyakorlatból származó analógiák használata nem tekinthető irrelevánsnak. Összefoglalva tehát, a bangladesi parlament módosító hatalmának vannak bizonyos2 korlátai:

1. a 7B. cikk szerinti kifejezett korlátozások; és
2. Az igazságszolgáltatás által érvényesített hallgatólagos korlátozások, amelyeket a 7B. cikk utolsó része ugyancsak támogat.

IV. IZRAEL KÜLÖNÖS ESETE: FOLYAMATBAN LÉVŐ MUNKA

A. HÁTTÉR: AZ IZRAELI ALKOTMÁNYOS RENDSZER SAJÁTOS JELLEGE

A BSD izraeli alkalmazhatóságának kérdése kényes kérdés. Ennek oka, hogy Izraelben nincs egységes szerkezetbe foglalt, írott alkotmány. Az izraeli függetlenségi nyilatkozat elfogadásakor az alkotmányozó gyűlés, azaz az 1948-as néptanács nem fogadott el alkotmányt, és a Knesszet (izraeli törvényhozás) még ma is "alaptörvényeket" alkot különböző témákban. Ezek az "alaptörvények" különálló alkotmányos dokumentumoknak tekinthetők, amelyek szabályozzák az adott tárgyköröket, mint például az igazságszolgáltatás (1984), az emberi méltóság és szabadság (1992), a megszállás szabadsága (1994). Úgy vélik, hogy miután az összes lehetséges alaptörvényt elfogadták, ezek együttesen alkotják majd az izraeli alkotmányt.

⁸⁸ Katonai és félkatonai tevékenységek Nicaraguában és Nicaragua ellen, ítélet, 1986 I.C.J. Rep. 14,95.

Aharon Barak, az izraeli Legfelsőbb Bíróság korábbi elnöke, aki lelkes támogatója volt a BSD a *Kesavanandában* megfogalmazottak szerint, a tan Izraelben való alkalmazhatóságát tekintette a bíróságon kívüli írásában. Megállapította.⁸⁹

"Az alkotmányos projekt Izraelben még folyamatban van.... Még ha el is fogadjuk azt az alapvető megközelítést, hogy Izraelben korlátozások vonatkoznak az alkotmány létrehozására vagy módosítási jogkörére, véleményem szerint, amíg az alaptörvények megalkotásának projektje még nem fejeződött be, ezek a korlátozások szűkebb keretek között működnek, mint az összehasonlító jogban szokásos." **[Kiemelés hozzáfűzve.]**

Nemrégiben az izraeli Legfelsőbb Bíróság elfogadta ezt a felfogást a *Yousef Jabareen MK kontra Knesszet* ügyben, amelyben Esther Hayut elnök asszony megjegyezte, hogy⁹⁰-

"Egyelőre, és tekintettel arra, hogy az izraeli alkotmányos vállalkozás még befejezetlen szakaszban van, és különösen mivel nincsenek kialakult eljárások az alaptörvények elfogadására és módosítására, nagy nehézséget jelent az alkotmányellenes alkotmánymódosításokra vonatkozó olyan átfogó doktrína elfogadása, mint amelyet az összehasonlító jogban találunk." **[Kiemelés hozzáadva].**

B. VAN MÁR VALAMI ALAPVETŐ?

Izraeli tudományos körökben folyamatos vita folyik a BSD lehetséges alkalmazásáról a Knesszetnek a meglévő alaptörvények módosítására vagy olyan új alaptörvény elfogadására vonatkozó hatáskörére vonatkozóan, amely sérti egy másik meglévő alaptörvényt vagy Izrael demokratikus értékeit.⁹¹

E tekintetben Yaniv Roznai a Jindal Global Law School által a BSD-ről szervezett szimpóziumon azzal érvelt, hogy a Knesszet csak korlátozott másodlagos/származékos alkotmányozói jogkört gyakorol a meglévő alaptörvények módosítása és új alaptörvények elfogadása során.⁹² Ervelése azon a logikán alapul, hogy a Knesszet a Függetlenségi Nyilatkozatból, mint az izraeli alkotmányos rendszer első jogi normájából eredezteti hatáskörét, és ezért származtatott alkotmányozó hatalom, és a

⁸⁹ Aharon Barak, "Alkotmányellenes alkotmánymódosítások" (2011) 44(3) Israel Law Review 321.

⁹⁰ MK Yousef Jabareen kontra Knesszet, HCJ 10214/16 (2018. május 27.), 25. pont.

⁹¹ Claude Klein, "Az alkotmányozó hatalom Izraelben" (1970) Mishpatim (251héberül).

⁹² Roznai Y., *Kesavananda Jeruzsálemben? Jelentés az alkotmányos megváltoztathatatlanságról Izraelben*, szimpózium "Az alapszerkezeti doktrína eredete, vándorlása és hatása" (Jindal Global Law School).

a Függetlenségi Nyilatkozatban megtestesülő értékek korlátozzák.⁹³ Nemrégiben még Barak csatlakozott a Knesszet korlátozott alkotmányozó hatalmával kapcsolatos állásponthoz.⁹⁴

Megpróbálnám azonban világosan megfogalmazni, hogy szerényen nem értek egyet a fent említett állásponttal. A kifejtés érdekében szeretnék összehasonlítást tenni az indiai függetlenségi törvénnyel, amely a törvény 8. szakasza révén 1947.⁹⁵ létrehozta India Alkotmányozó Gyűlését. Roznai logikáját követve az Indiai Alkotmányozó Gyűlés az 1947. évi Indiai Függetlenségi Törvény 8. szakaszából származtatta alkotmányozó hatalmát, és hatalmát az említett törvényben foglalt értékeknek vagy az 1935. évi Indiai Kormányról szóló törvénynek kellett korlátoznia, amely az Indiai Függetlenségi Törvény 8. szakaszának (2) bekezdése szerint az alkotmány elfogadásáig az időközben alkalmazandó jog volt. De mindannyian tudjuk, hogy ez nem így volt. Az Alkotmányozó Gyűlés szuverén testületként működött, és nem vonatkoztak rá anyagi korlátozások. A gyarmati törvények nem támogatták és nem korlátozták. Továbbra is elsődleges alkotmányozó hatalmat gyakorolt, egészen addig, amíg az alkotmányt végül "Mi, az indiai nép" el nem fogadtuk.⁹⁶

Hasonlóképpen, Izrael esetében úgy vélem, hogy a Knesszet továbbra is elsődleges alkotmányozó hatalmat gyakorol a folyamatban lévő alkotmányozási folyamatban, és ez a hatalom tartalmát tekintve korlátlan. Mindaddig, amíg az izraeli alkotmányt a "nép" végül el nem fogadja, a Knesszetnek rendelkeznie kell azzal a hatáskörrel, hogy az állami célok és célkitűzések megvalósítása érdekében az általa megfelelőnek ítélt alapvető törvényeket hozzon és módosítsa. Az alkotmányozó hatalmuk bármilyen korlátozása korlátozná hatáskörüket a meglévő hibák orvoslására és az alaptörvényeknek a meglévő politikai erkölcshez való igazítására.

Ez az álláspont mind a "belső-külső", mind a "származékos elmélet" által támogatott, amint azt a fejezet **II. részében** tárgyaltuk. Izraelben nincs már létező alkotmányos keret, és ezért nincs olyan felhatalmazás, amely a Knesszet alaptörvények elfogadására vagy módosítására vonatkozó hatáskörének gyakorlását szabályozná. A Knesszet hatalma jogi vákuumban működik, és az alaptörvények megalkotása vagy módosítása során korlátlan alkotmányozó hatalmat gyakorol.

⁹³ Ariel Bendor, "The Legal Status of the Basic Laws" in Aharon Barak and Chaim Berenson (szerk.) Berenson Book (Vol. 2., Nevo Publishing, 2000), 119 (heber); Nadav Dishon, "Temporary Constitutional Amendments as a Means to Undermine the Democratic Order - Insights from the Israeli Experience" (2018) 51(3) Israel Law Review 389; Claude Klein, "Is There a Need for an Amending Power Theory?" (1978) 13 Israel Law Review 203; Ariel Bendor, "The Legal Status of the Basic Laws" in Aharon Barak and Chaim Berenson (Vol. Nevo 2., Publishing, 2000), 119.

⁹⁴ Aharon Barak, "A Függetlenségi Nyilatkozat és az Alkotmányozó Gyűlés" (2018) 11 Hukim - Journal on Legislation (heberül).

⁹⁵ **Lásd** http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1947/30/pdfs/ukpga_19470030_en.pdf.

⁹⁶ A "Mi, a nép" kifejezés fontosságáról **lásd**: Swaminathan, Shivprasad, "India jóindulatú alkotmányos forradalma". The Hindu, The Hindu, november <https://www.thehindu.com/opinion/lead/India-3,2016.s-benign-constitutional-revolution/article12318419.ece>.

Ezen a ponton azt is fontos közölni, hogy - bár megértem és elismerem a a Knesszet önkényes alkotmányozó hatalomgyakorlásától való félelem, de ez nem lehet az egyetlen ok a hatalmának korlátozására. Ellenkező esetben egy újonnan megalakuló állam minden alkotmányozó gyűlését is hasonló érvelésnek kell alávetni. Mindenesetre a BSD tartalma minden államban más és más, az ott meglévő alapvető identitástól és társadalmi értékektől függően, nem létezik egy meghatározott nemzetközi szabvány e tekintetben. A BSD nem nemzetközi, hanem tisztán hazai fogalom. Míg például a "szekularizmus" az indiai alkotmány alapstruktúrájának része, addig egy államvallással rendelkező országban nem biztos, hogy hasonló helyet foglal el.

Ezért konszolidált alkotmány hiányában lehetetlen, hogy bármely bírói testület meghatározza azokat az alapvető jellemzőket, amelyek korlátozhatják a Knesszet hatalmát. Amint azonban Izrael alkotmánya létrejön, a Knesszet hatalmát ezentúl az alkotmányban meghatározott értékek fogják korlátozni.