

Melyik demokrácia? Jeremy Waldron hozzájárulása a neokonstitucionalizmus bírói protagonizmusának kritikájához¹

Melyik demokrácia? Jeremy Waldron hozzájárulása a neokonstitucionalizmus bírói protagonizmusának kritikájához

Melissa Mendes de Novais²  és Alexia de Melo Miguel³ 

² Santa Catarina Szövetségi Egyetem (UFSC), jogi doktorandusz, e-mail: melissamendes91@gmail.com.

³ Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), joghallgató, e-mail: alexiamiguel13@gmail.com

ÖSSZEFOGLALÓ

Az igazságszolgáltatás és a demokrácia kapcsolata a mai korban releváns téma, mivel ajoghatósági szféra felerősödése a demokratikus térben a társadalomban betöltött alárendelt szerepét hajlamos háttérbe szorítani. Az igazságszolgáltatás központi szerepe, amit Oscar Vilhena Vieira "szupremáciának" nevez, egy másik narratíva, amely kiveszi a népszuverenitás köréből a döntési jogkört. Ebben az értelemben a bírói testületnek a jog neokonstitucionalista vagy posztpozitivisták álláspontján alapuló tevékenységét meg kell kérdőjelezni. A neokonstitucionalizmussal szembeni kritika nem mind ugyanabból az elméleti modellből származik, de elfogadott referenciát Jeremy Waldroné lesz, aki az önkormányzatiságnak és a demokrácia többségi szemléletének tekintélyt ad. Ezért a hegemon alkotmányelméletet, amely az alkotmányossági ellenőrzésen keresztül megszilárdítja a bírói hatalmat, meg kell vizsgálni annak elméleti és gyakorlati problémáit és korlátait, figyelembe véve a brazil igazságszolgáltatás valóságát. Így kívánunk választ adni a következő kérdésekre: milyen demokráciáról beszélünk, amikor az igazságszolgáltatásról esik szó? Mi tükrözi a brazil bíróságok által elfogadott neokonstitucionalista vagy posztpozitivisták jogi álláspontot? Hogyan járul hozzá Jeremy Waldron kritikája az igazságszolgáltatás működési modelljének újragondolásához és a demokratikus struktúrák megerősítéséhez? Ennek érdekében az eljárás mód monografikus, a kutatási technikák pedig bibliográfiai és dokumentációs jellegűek.

Kulcsszavak: igazságszolgáltatás. Demokrácia. Neokonstitucionalizmus. Igazságügyi ellenőrzés. Jeremy Waldron.

ABSZTRAKT

Az igazságszolgáltatási hatalom és a demokrácia közötti kapcsolat napjainkban releváns téma, mivel a joghatósági szféra növekedése a demokratikus terekbe hajlamos visszaszorítani a társadalomban betöltött mellékszerepet. Az igazságszolgáltatás központi szerepe, amit Oscar Vilhena Vieira "szupremáciának" nevez, egy másik narratíva, amely kivonja a döntéshozatali hatalmat a népszuverenitás köréből. Ebben az értelemben meg kell kérdőjelezni az igazságszolgáltatás teljesítményét, amely a jog neokonstitucionalista vagy posztpozitivisták álláspontján alapul. A neokonstitucionalizmus kritikái nem mind ugyanabból az elméleti modellből származnak, de az elfogadott keret Jeremy Waldroné lesz, aki tiszteli az önkormányzatiságot és a demokrácia többségi perspektíváját. Ezért az alkotmányosság ellenőrzésén keresztül a bírói hatalmat megszilárdító hegemon alkotmányelméletet a brazil igazságszolgáltatás valóságát tekintve ki kell emelni annak elméleti és gyakorlati problémáiból és korlátaiból. Így a következő kérdésekre kíván választ adni: milyen demokráciáról beszélnek, amikor az igazságszolgáltatásról van szó? Mi tükrözi a brazil bíróságok által elfogadott neokonstitucionalista vagy posztpozitivisták jogi álláspontot? Hogyan járul hozzá Jeremy Waldron kritikája az igazságszolgáltatás működési modelljének újragondolásához és a demokratikus struktúrák megerősítéséhez? Ezért az eljárás módszere monografikus, a kutatási technikák pedig bibliográfiai és dokumentációs jellegűek.

Descritores: Poder judicial. Demokrácia. Neokonstitucionalizmus. Igazságügyi ellenőrzés. Jeremy Waldron.

¹A Santa Catarina Alkotmány 170. cikke szerinti kutatási ösztöndíjprogram keretében megvalósított cikk.

1 BEVEZETÉS

Az igazságszolgáltatás és a demokrácia közötti kapcsolat témája a brazil igazságszolgáltatás felerősödésével összefüggésben mutatja meg relevanciáját, mind a költségek, mind a társadalomnak a bírák hatásköréről alkotott véleménye, a politika igazságszolgáltatássá válása, az igazságszolgáltatás aktív szerepvállalása a közpolitika kialakításában, valamint az értelmezési és érvelési szabadságra építő elméletek sokasága, amelyek egyre nagyobb teret biztosítanak az igazságszolgáltatásnak a brazil politikai színtéren. Az igazságszolgáltatás által betöltött szerep azonban nem kritika nélkül szilárdult meg.

A főbb politikai és erkölcsi kérdéseket az igazságszolgáltatás, különösen a Legfelsőbb Szövetségi Bíróság (STF) határozza meg. A probléma az, hogy a jog és a politika terén az utolsó szót egy olyan, nem választott miniszterekből álló intézménynek adjuk, amely nem egy hitelesen deliberatív modell alapján dönti el ezeket a fontos kérdéseket, ami a neokonstitucionalizmus által kidolgozott demokráciamodel újragondolását szolgálja.

A szavazatok összegzésével történő döntés, a döntés eredményének megváltoztatása a bíróság összetételének megváltozása miatt, az érvelési koherenciát figyelembe vevő precedensstruktúra hiánya, a döntések személyeskedése stb. olyan problémák, amelyek elgondolkodtatásra készítenek arról, hogy valóban az igazságszolgáltatás a legjobb hely-e a társadalom erkölcsi nézeteltéréseinek meghatározására. Más problémákat is fel lehetne vetni, de a legfontosabb ebben az összefüggésben a képviselő, a legitimitás, az elszámoltathatóság, az átláthatóság és a részvétel hiánya, amelyet az uralkodó modell feltételez.

Így várhatóan megérti és azonosítja a bírói teljesítmény jellemzőit, amely főként a posztpozitivistá és neokonstitucionalista jogelméleteken alapul. Továbbá a brazil igazságszolgáltatás² és a demokrácia azon típusa közötti kapcsolatokat kívánja elemezni, amelyet a jogelmélet és a bírói gyakorlat támogat, azzal a céllal, hogy elemezze a jogalkotói tevékenység feletti bírói ellenőrzés szükségességéről szóló érvet. Ennek fényében ez a tanulmány több momentumra épül, mint például: az igazságszolgáltatás és a demokrácia közötti kapcsolat; a demokrácia a neokonstitucionalizmussal szemben; a posztpozitivismus irányába mutató tendencia és annak visszahatása a brazil környezetben; a neokonstitucionalista megközelítések törekvése; a politika judicializálására való hajlam és Jeremy Waldron kritikája a bírósági ellenőrzéssel kapcsolatban.

²Érdemes megjegyezni, hogy ez a cikk - mint az igazságszolgáltatás reprezentatív instanciája - elsősorban a Legfelsőbb Bíróság (LB) teljesítményére összpontosít. Szintén a tanulmány elkészítését lehetővé tevő intézkedésként, mivel a brazil igazságszolgáltatás olyan nagy kiterjedésű terület, amelynek elemzése nem merülhet ki egyetlen cikkben, úgy döntöttek, hogy az STF áll a megértés középpontjában.

Applied Social Sciences in Review, v. 20, n. 38, p. 203-237, félévenként, 2020. január-június.

a jogalkotási tevékenységről.

A szóban forgó tanulmány az első pillanatban leíró jellegű képet kíván nyújtani az igazságszolgáltatás tevékenységéről, a demokráciához való viszonyáról, és Waldron hivatkozása alapján lehetséges kritikákat fogalmaz meg. Ily módon nem az a célja, hogy megoldást kínáljon a felvetett problémára, hanem inkább az, hogy teret biztosítson a brazil igazságszolgáltatás által jelenleg követelt szerepről és a jogalkotási tevékenységre gyakorolt hatásról folytatott vitának.

A javasolt célok elérése érdekében a deduktív megközelítési módszert alkalmazzuk. Az eljárás módszere monografikus, a kutatási technikák pedig bibliográfiai és dokumentációs jellegűek.

2 AZ IGAZSÁGSZOLGÁLTATÁS ÉS A DEMOKRÁCIA

Odüsszeusz története és a sellőkkel kapcsolatos epizódja jól ismert, csakúgy, mint az Odüsszeia e szakaszának az Alkotó Eredeti Hatalom tevékenységével való összekapcsolása. Ez a Spinoza által megfogalmazott (SPINOZA, 1994), majd Elster (ELSTER, 1989) és Holmes (HOLMES, 1988b) által megmentett kép Brazíliában jól elterjedt (BARRETO; OLIVEIRA; STRECK, 2009). A metafora az alkotmánynak mint előzetes kötelezettségvállalásnak és önkorlátozásnak a perspektíváját jelzi, amely egy konkrét történelmi pillanat gyümölcse, amelyben az alkotmány a hatalom korlátozására szolgáló mechanizmusként jelenik meg. Holmes koncepciója esetében ez a korlátozás a demokráciára vonatkozik, tehát a népszuverenitást az alapvető jogok védelme érdekében korlátozni kell.

Pietro Costa szerint (COSTA, 2010, 93. o.) "történelmileg visszatérő követelmény, hogy a hatalmat olyan szabályoknak kell alávetni, amelyek korlátozzák és fegyelmezik annak gyakorlását". A korlátozás igénye a különböző történelmi pillanatokban és a hatalom szerveződésének különböző formáiban többféle formában jelent meg. A szerző bemutatja a szuverenitás, a képviselő és a demokrácia eszméinek fejlődését a jogi gondolkodás történetében a középkor óta.

A demokrácia a jelenlegi és a múltbeli politikai diskurzus egyik "nagy szava", "szemantikai spektruma széles és összetett, fogalomtörténeti fejlődésének vonala megcikkos, sőt töredékes" (COSTA, 2010, 211. o.). Más szóval, a jogi diskurzus és intézményei kísérik a társadalmi átalakulásokat. Ezért az igazságszolgáltatásnak általában tulajdonított ellen-többségi funkció az abszolút hatalom és az egyéni jogok összeegyeztetésére tett kísérlet eredménye, amelynek feszültségét a felkelő jogállamiság új paradigmája ellensúlyozta (COSTA, 2010).

Az első fogalmi eszköz, amely a demokrácia és a jogok szintézisét elgondolhatóvá teszi.

Applied Social Sciences in Review, v. 20, n. 38, p. 203-237, félévenként, 2020. január-június.

szintézist - egy sokáig lehetetlennek tartott szintézist - Kelsen fogalmazta meg. Az a lehetőség, hogy a demokrácia egybeesik az alapvető jogok védelmével, abból a felfogásból eredt, hogy mind a közigazgatási, mind a jogalkotási tevékenységet "egy megfelelő bírói testület ellenőrizheti" (COSTA, 2010, 253. o.). Kelsen számára a kisebbségek védelme az alapjogok alapvető funkciója, és a kisebbség-kisebbség kompromisszum, a demokrácia magjának alapvető elemét képezi (KELSEN, 2000).

Így rajzolódik ki "az alkotmányos jogállam" hipotézise: egy olyan állapot, amelyben mind a közigazgatási tevékenység, mind a jogalkotó munkája megfelelő joghatósági szervek által ellenőrizhető" (COSTA, 2010, 95. o.). Ez az állammodell azonban csak a második, háború utáni időszakban ~~kezd~~ kibővíteni, és a demokráciát tette az alapjává. Az alkotmányosság fejlődésében azonban a joghatósági szervek kiemelkedő szerephez juttatása problémákat vet fel.

Ha tehát a bíró nem egy diaforikus "technikai ész" szerve, hanem az egyre szélesebb körű és egyre élesebb *politikák* főszereplője, akkor a részvétel és a konszenzus logikájából való kivonása egyrészt problematikusá teszi legitimitását, másrészt pedig csökkenti a demokráciából megmaradt területet [...] (COSTA, 2010, 168. o.).

Ebben az értelemben Ingeborg Maus német jogász rámutat az igazságszolgáltatás felértékelődésére az európai kontinensen, különösen Németországban, a két világháború közötti időszakot követően. Megjegyzik "az igazságszolgáltatás funkcióinak objektív bővülését, az értelmezési jogkör növekedésével, a pereskedési hajlandóság növekedésével vagy különösen a törvényhozás feletti joghatósági ellenőrzés megszilárdulásával" (MAUS, 2000, 185. o.).

Az "Igazságosság" szinte vallásos tisztelete a lakosság körében Maus szerint a biográfizmusra való hajlamban nyilvánul meg. Vagyis a bírák abban a - tudatos vagy nem tudatos - igényességben írják történeteiket, hogy hősként vagy istenként emlékezzenek rájuk. Ez a hozzáállás megérteti, hogy a "tisztességesnek" tekintett döntések kidolgozása a bíró személyiségétől függ, ezért nem az alkotmányos szövegnek, az igazságszolgáltatás alapjának és tárgyának való megfelelés számít, hanem a bírák megfelelése egy társadalmilag elfogadott - néha moralizmussá alakuló - erkölcsi elképzelésnek (MAUS, 2000).

Brazíliaiban a Legfelsőbb Szövetségi Bíróságot, a bírói hatalom legfőbb szervét egykor istenítették. Ma az STF-et a lakosság részéről súlyos kritikák érik. Történetesen e kritikák jelentős része nem a demokrácia elmélyítésének igényén, hanem annak elfojtásán alapul. Az STF bezárását vagy a miniszterek megtámadását célzó tekintélyelvű kirohanások

A végrehajtó és a törvényhozó hatalom képviselőitől kezdve a lakosság egyes csoportjaiig.

Másrészt a miniszterek azt állítják, hogy "meghallják az utca hangját" - Luis Roberto Barroso miniszter kifejezésével élve -, anélkül, hogy tisztáznák, hogy mik ezek a hangok, ki szólalhat meg és hallható meg, hogyan azonosítható ez a "hang". Ezen állítás miatt a liberálisok és demokraták is kritizálják az STF-nek ezt a teljesítményét, amely túlzásba viszi az ellen-többségi szerepét. Bár ez a kutatás az STF-re összpontosít, fontos megemlíteni a Lavajato szerepét is az alkotmányos demokrácia romlásában az igazságszolgáltatásnak a jogi normák rovására történő politikai felhasználása révén.

Röviden, a bírói tevékenységgel szembeni kritikában ma sincs hiány, de van autoriter alapokon nyugvó kritika, liberális-demokratikus kritika és szocialista-demokratikus jellegű kritika. Ez a cikk a liberális-demokratikus kritikára összpontosít, mivel ez az a paradigma, amely az 1988-as alkotmány megalkotásakor alapul szolgált.

Globális szinten a huszadik század közepe óta az igazságszolgáltatás egy önkényesen meghatározott értékrendet használ arra, hogy olyan kérdésekben ítélkezzen és döntsön, amelyek azt tükrözik, ahogyan az emberek elfoglalják az eredetileg számukra legitim társadalmi tereket. Ennek fényében Maus azt állítja, hogy még a törvényhozás is a bírói aktivizmus miatt cselekszik, ami a döntéshozatalt demokratikus eszközökkel megvalósíthatatlanná teszi, mivel az "új" joghatósági funkciónak a kongresszus/parlament általi átvétele a törvényhozás tehetetlenségi hullámát hozza létre. Míg a törvényhozás bizonyos értelemben a bírói moralizmussal összejátszik, addig a bírói hatalom diszkvalifikálja a társadalmi bázist - magát a népet -, a demokratikus jogállam alapját és végét (MAUS, 2000).

Az igazságszolgáltatás felhatalmazásának diagnózisát Hirschl is felállította (HIRSCHL, 2004), aki számára a bírói expanzió tovább szélesítette annak tárgyát, így nemcsak a jogokkal kapcsolatos döntések, hanem a demokrácia szempontjából központi jelentőségű kérdések tömeges átadása is megtörténik, olyannyira, hogy a politikai konfliktusokat alkotmányos kérdésként kezelik. Az erkölcsi vagy politikai kérdések előbb-utóbb jogi problémává válnak. Ehhez járul még az a tendencia, hogy a képviseleti intézményekből kivonják a döntéshozatal legitimitását.

Ha a legtöbb vitában e tekintetben mindig a demokráciáról folyik a diskurzus, akkor mit jelent ma a demokrácia, és milyen a demokrácia és az alkotmányosság jelenlegi viszonya? Más dimenziókat is figyelembe kell venni, ami a bírák funkcióját illeti a hatályos jogban, különösen a legitimációs hivatkozások cseréje tekintetében. A

a demokratikus legitimitáció, amely általában a képviseleti értelemben vett képviseleten alapul, kezd átkonfigurálódni azzal az új értelemmel, amelyet szintén a demokráciának tulajdonítanak, és amely inkább alkotmányos, mintsem többségi irányultságú. A végrehajtó és a törvényhozó hatalomnak tulajdonított legitimitációs válság a legitimitás értelmezésének újraszabályozását tette szükségessé, és a bírák a társadalmi átalakulás elsődleges szereplőiként kezdtek működni. Az alkotmányos állam tehát a bírák államához vezet.

3 DEMOKRÁCIA A GAZDASÁGI GLOBALIZÁCIÓ NEOKONSTITUCIONALIZMUSÁVAL SZEMBEN

José Eduardo Faria (FARIA, 2002) rámutat, hogy a gazdasági globalizáció megvalósítási szakaszának lezárultával a jogi hatások kezelésének szakasza következik. A nemzet, az állam és a szuverenitás mint a modern jog kialakításának elemi fogalmi újratervezésre kerülnek. A szerző kifejti továbbá, hogy ezek a változások paradigmátikus kimerülést okoznak, olyannyira, hogy a jogelmélet által biztosított fogalmi térkép nehezen találja magát szembenézni az aktuális problémákkal, és képtelennek mutatkozik arra, hogy megfeleljen azok összetettségének.

Az egész intézményi gépezetet féken tartják, olyannyira, hogy a gazdaság ráerőlteti magát a nyilvános vitára és az országok kormányára, egyesekből többet, mint másokból. Az állam továbbra is gyakorolja hatalmát területi határain belül, de csak formálisan, mivel sok ország nem rendelkezik hatékony feltételekkel ahhoz, hogy céljait önállóan, hiteles döntéshozatali autonómia nélkül valósítsa meg (FARIA, 2002). Nem mintha a szuverenitás megsemmisült volna, de az alapjaiban veszélyeztetve van.

Konfrontáció alakulna ki a gazdasági szektorok között, amelyek "a piacok deregulációját, privatizációs programok elfogadását, a munkaügyi jogszabályok "rugalmasítását", valamint a "törvénytelenítés" és "dekonstitucionalizáció" egyéb projektjeinek megvalósítását" követelnék (FARIA, 2002, 25-26. o.), másrészt a technológiailag elmaradott vagy a technológia élvonalában lévő ágazatok, amelyek nagyobb állami fellépésre szorulnak.

Ez arra készíti őt, hogy megkérdőjelezze az irányadó alkotmány szerepét, ahogyan azt az 1988-as alkotmány állítja magáról. A brazil alkotmányt a gazdasági zavarok időszakában írták. Brazíliában José Eduardo Faria (FARIA, 2010) szerint az alkotmányozás nemcsak a demokratizálódás és a politikai átmenet keretein belül zajlik, hanem egy olyan alkotmány keretében, amely a társadalmi és alkotmányos jogokat és garanciákat egy olyan alkotmányban

foglalja magában, amely

Ez a gazdasági stabilizáció időszak. Mindezek a társadalmi és politikai körülmények megkérdőjelezzik a jogok hatékonyságát.

Ezen túlmenően, ha ma irányelvi alkotmányról beszélünk anélkül, hogy figyelmet fordítanánk arra a jelenségre, amelyet Bercovici fordított irányelvi alkotmánynak nevez, és amelyet a magántőke és a makrogazdasági egyensúly garantálását célzó pénzügyi alkotmány elsőbbsége közötti különbségtétel határoz meg a gazdasági alkotmány megvalósulásának rovására. A 95/2016-os alkotmánymódosítás egy fordított irányelvi alkotmány valóságát tárja fel. Arról van szó, hogy a pénzügyi alkotmányt a gazdasági alkotmány fölé helyezzük. Ebben a forgatókönyvben az látható, hogy a népszuverenitás által képviselt demokráciától való félelem még mindig kíséri a bírói protagonizmust támogató beszédeket.

Végül is a neoliberálisok számára a kormányozhatatlanságot a demokrácia túlsúlya okozza. Az államhoz hasonlóan az alkotmány is egyre nagyobb belső gyengeséget mutat, egyre kevésbé képes szabályozni a politikát és a gazdaságot. Az alkotmány, amelynek a gazdasági hatalom politikai ellenőrzését kellene jelentenie, azt látja, hogy az általa ellenőrizendő hatalom rejtve és elérhetetlenül marad. Az állam gazdasági semlegesítésének és a gazdasági intézmények fokozott alkotmányos védelmének ezt a jelenségét, amely a demokratikus politikai beavatkozástól védetté teszi őket, "gazdasági neokonstitucionalizmusnak" vagy "gazdasági alkotmányosságnak" nevezik. [...] A bíróságok kiterjesztett aktivizmusa sokkal inkább a piaci rend megőrzését és az állami fellépés hatalmának korlátozását szolgálta, mint az alapvető jogok biztosítását vagy kiterjesztését (BERCOVICI, 2008, 335. o.).

Ehhez jön még az a tény, hogy a jogok érvényesülése nagyobb mértékben függ az igazságszolgáltatástól. Ez nemcsak az igazságszolgáltatásban virágzó követelések korporativizmusa miatt van így, hanem az igazságszolgáltatáshoz való hozzáférés egyenlőtlensége miatt is, amely az igazságszolgáltatáshoz való hozzáférés egyenlőtlenségétől kezdve azon lehetőségen át, hogy bizonyos jogok ténylegesen eljuthatnak az igazságszolgáltatáshoz a kevés pénzügyi és kulturális erőforrással rendelkező emberek számára, egészen addig a pillanatig, amikor a hozzáférés olyan mértékben veszélyeztetett, hogy a bírósági követelés sikerében meghatározó szerepet játszó külsődleges változók, mint az idő és a pénz, olyan elemek, amelyekhez való hozzáférés egyenlőtlen.

3.1 A POSZTPOZITIVIZMUS IRÁNYÁBA MUTATÓ TENDENCIA

A posztpozitivizmus³ pontosan ebben a kontextusban jelenik meg a brazil jogi szintéren.

³ Fontos kiemelni, hogy ebben a cikkben gyakorlati okokból, mivel e fogalmak megkülönböztetése az alkalmazott *Applied Social Sciences in Review*, v. 20, n. 38, p. 203-237, félévenként, 2020. január-június.

elméleti kerettől függően eltérő, a "neokonstitucionalizmus" és a "posztpozitivizmus" szinonimaként fogjuk használni.

gazdasági globalizáció. Dimoulis szerint jelenleg két tendencia figyelhető meg. Az első idealista álláspontot képvisel, azaz a jusnaturalizmus hatásait érzékeli, és kapcsolatot kíván teremteni a jog és az olyan eszmék között, mint a "közjó", az "igazságosság" és az "erkölcs". A második, szociológiai jellegű irányzat azt az elképzelést kívánja megalapozni, hogy a jognak alkalmazkodnia kell a jelenlegi társadalom paramétereire. Ezért nagyobb mérlegelési jogkört biztosít a bírák számára a szabályok rugalmasabb értelmezésére, néha a jogszabály szövegével szemben és azon túl is. E két irányzatot gyakran összekapcsolják a "posztpozitivizmus" kifejezéssel, amelyet a juspositivizmus kritikusai állítanak (DIMOULIS, 2006).

Dimoulis megjegyzi, hogy a "posztpozitivizmus" kifejezést a brazil környezetben kívül kevesen használják. A német jogtudósok között van néhány idézet, akik a jog strukturáló elméletét alkotják, amelynek képviselője Friedrich Müller. Ez az elmélet a jog posztpozitivista módszertanát követeli, amelynek lényege, hogy a jogi szabályok konkretizálásakor a történelmi és társadalmi szempontokat is figyelembe kell venni. A jogi szöveg értelmezőjének tehát aktív szerepet kell vállalnia ahhoz, hogy a jogi szabályt értelmezni tudja. Müller azonban elismeri az állami jogi szabályok nélkülözhetetlen kötelező erejét, és ebben az értelemben elutasítja az antipozitivista megközelítést, amely "(...) a végrehajtót "rejtett jogalkotóvá" kívánja átalakítani" (DIMOULIS^{2006, p. 48}). Vagyis élesen bírálja az úgynevezett posztpozitivista elméletekben jelen lévő moralizmust.

Braziliában a széles körben elterjedt posztpozitivizmus az olyan szerzők által képviselt álláspontok fúzióját jelenti, mint Robert Alexy és Ronald Dworkin. Ebben az értelemben a brazil szerzők számos úgynevezett posztpozitivista megközelítésében megfigyelhető a moralista és idealista szempontok jelenléte. A szerzők - például Dworkin - posztpozitivistaként való meghatározása azonban a szubsztanciális nézőpont alapján nem lesz megfelelő. Így az "antipozitivista" kifejezés jobban megfelel a brazil jogászok által elfogadott nézőpontok tartalmának. Továbbá a "posztpozitivizmus" kronológiai kritériumon alapuló használata sem fenntartható, mivel a jogi pozitivizmus számos kritikája megelőzi a jelenleg uralkodó pozitivista megfogalmazásokat (DIMOULIS²⁰⁰⁶).

A posztpozitivista megközelítések Braziliában olyan elemekre összpontosítanak, mint az "igazságosság", az "igazság", az "erkölcs", az "emberi méltóság" - kifejezések, amelyeket magas értékterhelés jellemez, és amelyek széles mérlegelési lehetőséget biztosítanak a bírónak a jogi norma alkalmazása során. Ebben az értelemben az elméletet támogató szerzők azt állítják, hogy folyamatosan szem előtt kell tartani az igazságosság iránti elkötelezettséget, még akkor is, ha ez az érvényes szabályok figyelmen kívül hagyásával és a jogbiztonság aláásával jár. Azonban

nincs utalás azokra a módszerekre, amelyek lehetővé teszik az egyes esetek méltányos megoldásának megtalálását.

Ezért a főszerep a bíráké, mivel az "igazságosság" relatív fogalom. Az erkölcs vagy etika szerinti igazságosság mérlegelése ebben a szemléletben a norma értelmezőjétől függően változik, így a jogi szövegek, amelyek célja az lenne, hogy garanciaként szolgáljanak az egyének számára, már nem így kerülnek betartásra (DIMOULIS²⁰⁰⁶).

3.1.1 Neokonstitucionalizmus a brazil földeken

A posztpozitivizmus brazil elfogadásának magyarázataként Luis Roberto Barroso megfontolásai említhetők. Barroso szerint a neokonstitucionalizmus a második világháború utáni időszak jellemző alkotmányosságából ered, amelyben olyan országok, mint Németország és Olaszország termékeny talajként mutatkoznak be a "demokratikus jogállam" protagonizmusa számára (BARROSO, 2012).

Ez a pillanat nemzeti szinten a katonai diktatúra önkényuralmi időszakát követő brazil újrademokratizálódásnak felel meg, amelyet elsősorban a Brazil Szövetségi Köztársaság 1988-as alkotmányának kihirdetése szimbolizált. Barroso úgy véli, hogy a CRFB/1988 volt az az eszköz, amelynek révén a leghosszabb ideig tartó brazil demokratikus stabilitás valósulhatott meg. E dokumentum kihirdetésével az alkotmányjog magasabb szintre emelkedett a brazil jogrendszer hierarchiájában. Az 1988-as alkotmány a Barroso által "alkotmányos érzelmeknek" nevezett érzést keltette az emberekben, amely a korábban elérhetetlen célok elérésének reményében nyilvánult meg (BARROSO, 2012). Itt hívjuk fel a figyelmet arra a posztpozitivista irányzatra, amely az érzelmeket kiváltó és a célközönség katarziszt kiváltó kifejezések használatának vizsgálatára irányul.

Barroso szerint a posztpozitivizmus a jusnaturalizmus és a szigorú pozitivizmus metszéspontjában található, amennyiben nem veti meg a jogot, hanem olyan értékkategóriákhoz folyamosodik, mint az erkölcs. A neokonstitucionalizmus tehát ebben a filozófiai perspektívában a jogot és az erkölcsöt közelíti egymáshoz, és az emberi méltóságon alapuló igazságosság és alapvető jogok elméletét igyekszik kidolgozni (BARROSO, 2012).

Elméleti szempontból az új alkotmányjogot három különböző mozzanat alakítja. Az első ezek közül az alkotmányos előírások normatív erejének elismerése a 20. században.⁴ Ahogy az alkotmányos előírások imperatív jellege nyilvánvalóvá vált.

⁴ Kritika fogalmazható meg az alkotmányos előírások normatív erejének a posztpozitivizmus általi elismerésére vonatkozó állítással kapcsolatban. Valójában már a tizenkilencedik században, pontosabban az Európában és Latin-Amerikában kialakult alkotmányokkal kapcsolatban is megjelent az alkotmányok felsőbbrendűségének felfogása a rendes jogalkotáshoz képest (NOVAIS, 2016).

Applied Social Sciences in Review, v. 20, n. 38, p. 203-237, félévenként, 2020. január-június.

alkotmányos normák, megfigyelhető a saját kényszerítő mechanizmusaik jelenléte a be nem tartás esetén. Barroso azt állítja, hogy az 1980-as évekig a brazil alkotmányok inkább ígéretes gyűjteményei voltak, mint valódi demokratikus kötelezettségvállalások az emberek felé (BARROSO, 2012).

Az alkotmányjog elméleti keretének második momentuma éppen a joghatóságának kiterjesztése volt Európában az 1940-es években, amelyet nagyrészt az alkotmány szupremáciája és az alkotmánybíróságok létrehozása jelentett. Brazíliában az alkotmányos joghatóságnak ez a kiterjesztése a CRFB/1988-assal történik, az indítványozási jog kiterjesztése mellett olyan mechanizmusok létrehozásával, mint az alkotmányossági kereset és az alapvető jogelv megsértésére vonatkozó jogalap (BARROSO, 2012).

Harmadik mozzanatként a jogi hermeneutikát nagyban befolyásolja az alkotmányos szemlélet. Néhány alkotmányértelmezési alapelv: "az Alkotmány elsőbbsége, a közhatalom szabályainak és aktusainak alkotmányossági véelme, az alkotmánnyal összhangban lévő értelmezés, az egységesség, az ésszerűség és a hatékonyság" (BARROSO, 2012, 8. o.). Ezen elvek közül kiemelkedik az alkotmány egységének és az alkotmánnyal összhangban történő értelmezésnek az elve, amennyiben ezek az alkotmányon belüli és az alkotmány köré épülő rendszerszerűsége, valamint az alkotmányos szabályok közötti, illetve az alkotmányos és az alkotmányon kívüli szabályok közötti összeegyeztethetőségre irányulnak.

Ily módon egy új alkotmányértelmezés merül fel, amelyet két fontos szempont jellemez: a szabály és a bíró szerepe. Barroso szerint (BARROSO, 2012), ami a szabályt illeti, a tényállási problémák megoldását nem mindig fogja tartalmazni az alkotmányos szabály, így a normaszövegen túl kellene lépni. A bíró szerepe ebben az értelemben annyiban módosul, hogy társjogalkotóvá válik azáltal, hogy értékeli az átfogó szabályokat, és a lehetséges megoldások közül azt választja ki, amelyik szerinte a konkrét esetnek jobban megfelel. Barroso az új értelmezés keretében több fontos fogalmat is meghatároz, mint például: általános rendelkezések, elvek, alkotmányos szabályok ütközése, súlyozás és érvelés.

A posztpozitivizmus egyik jellemzője a szabály és az elv közötti különbség, amelyet Robert Alexy tovább vizsgál. Barroso szerint tehát: "az elvek nem olyanok, mint a szabályok, nem olyan parancsok, amelyek közvetlenül konkrét magatartást írnak le, hanem olyan normák, amelyek bizonyos értékeket szentelnek fel, vagy különböző eszközökkel elérendő közcélokat jelölnek meg" (BARROSO, 2012). Az elveknek mint "optimalizálási parancsoknak" ezen meghatározása alapján, hogy Alexiosz kifejezésével éljek, a bírónak nagyobb szabadsága lenne cselekedeteiben, mivel az elvek nagyobb szabadságot biztosítanak a

diszkréció (ALEXY, 2017). A posztpozitivizmus által terjesztett megkülönböztetéssel kapcsolatban itt egy releváns kritika kerül beillesztésre, amennyiben megkérdőjeleződik, hogy egy szabály elvként való megadóztatása nem lenne-e az alapvető jogok és garanciák relativizálásának mesterkedése.

Barroso megállapítja, hogy a normáknak mint olyan nemzetségnek az elismerésével, amelynek a szabályok és az elvek is részei, elkerülhetetlenné vált az alkotmányos szabályok közötti ütközés, amelyet a jogi antinómiák feloldásának hagyományos módszereivel nem lehet megoldani. Ebben a környezetben a súlyozás tűnik a legmegfelelőbb kritériumnak az ilyen ütközések feloldására. A súlyozás megteremti az egymással ellentétes alkotmányos normák egyensúlyát, és meghatározza, hogy a kölcsönös engedmények dinamikájából a konkrét esetben melyik fog kiemelkedni (BARROSO, 2012). Az STF egyik legkifejezőbb álláspontja például szorosán kapcsolódik ehhez a konfliktusmegoldási technikához, nevezetesen a lehetséges tartalék és az egzisztenciális minimum közötti dialektikához.

Neokonstitucionalista szempontból a nehéz ügyekben - tehát azokban, amelyekben több lehetséges megoldás is felmerül - a bírónak mindenekelőtt alaposan meg kell indokolnia a döntését. Ebben az értelemben az elfogadott határozatnak a jogrendszer valamelyik alkotóelemére való hivatkozása alapvető fontosságúvá válik. A bírák alkotótevékenységének növekedése ebben az időszakban tehát tagadhatatlan. Ugyanakkor, amikor a bírák olyan normát keresnek, amely a döntéseikhez vezérli őket, néha alkotmányos mutációkban horgonyoznak le (a jogpozitivizmus szempontjából problematikus szempontból megfigyelhető stratégiák).

Barroso amellett is érvel, hogy a posztpozitivizmus szférájában a jogalkalmazói döntéseknek ragaszkodniuk kell azokhoz a következményekhez, amelyeket a tények világában generálnak. Így a bírónak a funkciója gyakorlása során a joghatóságot a döntései lehetséges gyakorlati eredményeinek megfelelően kellene gyakorolnia (BARROSO, 2012). Megkérdőjelezhető azonban, hogy az igazságszolgáltatás rendelkezik-e azokkal az eszközökkel és feltételekkel, amelyekkel értékelni tudja döntései társadalmi következményeit. Valami, amit még a szociológusok, antropológusok és más társadalomtudósok is nehezen tudnak felmérni. A bíróságok és a bírói kar kialakítása és felépítése már önmagában is azt hivatott biztosítani, hogy megfeleljen a jogtechnikai kritériumoknak.

Barroso megfontolásaiból látható, hogy a brazil neokonstitucionalizmus a posztpozitivizmus egy olyan változatán alapul, amely egyesíti pragmatikus és moralista nézeteit. Sőt, elméleteit a jogi pozitivizmus támadásával próbálja korlátozni, mivel az "elavult" lenne.

3.2 A POSZTPOZITIVIZMUS LEGITIMÁCIÓJÁNAK TÖRÉKENYSÉGE

A posztpozitivisták elméletének legitímálása érdekében a jogi pozitívizmus kritikusai megpróbálják annak karikatúráját megalkotni. A pozitívizmus olyan módon kerül bemutatásra, amely nem felel meg a különböző juspositivisták szerzők által a század során létrehozott jogi produkció tartalmának.

XX. Legtöbbször a 19. századi exegetikai pozitívizmus leírásához folyamodik, amelyet jelenleg egyetlen pozitivisták áramlat sem véd. Az efféle mesterkéeltség, vagyis a "madárijesztő" kidolgozása már a brazil posztpozitívizmust fenntartó alap törekvéséjét jelzi (DIMOULIS, 2006).

Az antipozitivisták által felállított érvelés három premisszán nyugszik. Az első az, hogy a pozitivisták mechanikusan alkalmazzák a jogot. E szerint az álláspont szerint a pozitívizmus korlátozza a bíró tevékenységét, mivel csak arra kap felhatalmazást, hogy a szabályt logikai levezetés útján alkalmazza az esetre. Ez a bíró funkcióját pusztán a jog végrehajtójává redukálja, és nincs összhangban a jogi pozitívizmus legfontosabb műveinek téziseivel, mint például Hans Kelsen "A jog tiszta elmélete" (KELSEN, 2009).

Kelsen szerint a hagyományos értelmezésemélet szerint az értelmezésnek amellet, hogy meg kell adnia az alkalmazandó jog kereteit, egyetlen "helyes megoldást" kell meghatározatnia a meghatározatatlanság eseteire. A szerző szerint azonban nincsenek olyan értelmezési módszerek, amelyek egyetlen "helyes megoldáshoz" vezetnének, ahogyan olyan kritériumok sem, amelyek meghatározzák, hogy az egyik értelmezési módot előnyben kell-e részesíteni a másikkal szemben, vagy hogy milyen körülmények között kell alkalmazni őket. Így az alkalmazandó jog meghatározhatatlanságával szembesülve azt lehet tenni, hogy a keretben szereplő lehetőségek közül választunk egyet, mivel a pozitív jog szempontjából mindegyiknek ugyanaz a jogi értéke (KELSEN, 2009).

Ennek fényében a jogtudós azt állítja, hogy a jog értelmezése a jogalkalmazó szervek által egy ismereti és egy akarati aktusból áll. Vagyis amikor a jogalkalmazó szerv a kognitív értelmezésből kiindulva meghatározza az alkalmazandó jog kereteit, akkor tudatosulnak benne az elemzett meghatározatatlanság különböző megoldási lehetőségei. Ebben az értelemben az értelmezés a pozitív jog megismerésének aktusát tükrözte. Az alkalmazó szervnek azonban a keretben található különböző lehetőségek közül is ki kell választania az ügy megoldását. Így egy opció kiválasztásakor az alkalmazó szerv egy akarati aktust hajt végre, amellyel egy alacsonyabb normát fog előállítani, vagy egy szankciót fog végrehajtani (KELSEN, 2009).

Kelsen megállapítja, hogy a törvénynek az azt alkalmazó testület általi értelmezése mindig jogot teremt, mivel az hiteles. Ezért a bíró a juspositivista elméletben is alkotó tevékenységet végez. Olyannyira, hogy a jogász elismeri annak lehetőségét, hogy a jogi kereteken kívüli döntések is létezhetnek (KELSEN, 2009).

Ugyanezen gondolatmenet mentén más pozitivista jogászok a következőképpen helyezkednek el

H. L. A. Hart, akinek elemzése a törvény nyitott szerkezetéről a szabály végrehajtójának különböző tág mérlegelési tereit érzékeli. Joseph Raz elismeri továbbá a bírák törvényes lehetőségét arra, hogy jogot alkossanak, ha nincs kifejezett jogszabályi rendelkezés (DIMOULIS, 2006).

A posztpozitivisták által a jogi pozitivizmus lebutítása érdekében felvetett második előfeltevés az, hogy a posztpozitivizmus mindenekelőtt a szabály érvényességét hirdeti. Egy szabály annyiban tekinthető tisztességesnek, amennyiben érvényes, anélkül, hogy tartalmát elemeznék. Dimoulis azonban azt állítja, hogy nagyon kevés olyan úgynevezett pozitivista szerző van, aki az érvényesség és a legitimitás egyenlőségének álláspontját képviseli. Ráadásul e néhány szerző esetében megkérdőjeleződik a pozitivista áramlathoz való tartozásuk (DIMOULIS, 2006).

A harmadik előfeltevés az, hogy a jól ismert pozitivista szerzők elemzése nem lennének koherensek, ha a jusnaturalizmushoz tartozó elemeket vennék át. Ezt az állítólagos inkoherenciát a posztpozitivisták a pozitivizmus diszkvalifikálására hozzák fel. Az olyan jogtudósokat, mint Hart, Kelsen és Ross, ilyen inkoherenciával vádolják, Dimoulis (DIMOULIS, 2006) azonban azt állítja, hogy ilyen vádakról talán csak Hart kapcsán lehetne beszélni, mivel Kelsen és Ross műveikben kifejezetten elutasítják a jusnaturalizmus paramétereit.

A jogi pozitivizmussal szemben megfogalmazott másik kritika a princípiumelmélet el nem fogadását érinti. Az elvek és a szabályok megkülönböztetése, amely a brazil környezetben igen elterjedt, azt állítja, hogy az elvek "elvontak és homályosak" lennének, és pusztán programalkotási célokat szolgálnának. E tézis alapján ismét megkérdőjelezhető, hogy egy szabály elvként való megadóztatása nem lenne-e az alapvető jogok és garanciák relativizálásának mesterkedése. Dimoulis (DIMOULIS, 2006) ezért úgy véli, hogy a szabály és az elv közötti különbség csak mennyiségi, amennyiben az utóbbiban a végrehajtó nagyobb mérlegelési jogkörrel rendelkezik, amelynek azonban az adott jog megvalósítására kell irányulnia.

A brazíliai posztpozitivista állításokból az derül ki, hogy sokkal inkább a bírák mérlegelésének ürügyeként szolgálnak, mintsem az általuk követett értékelő kifejezések

megvalósításához. Ez tehát kísérlet arra, hogy a tolmácsokat megszabadítsa a törvény által meghatározott korlátoktól. A döntés, amelyet ez az álláspont fog eredményezni

vagy nem tekinthető összeegyeztethetőnek. Ez utóbbi esetben egy ilyen cselekmény következményei néha megkérdőjelezhetik a jogállamiság struktúráit.

Maus szerint továbbá a neokonstitucionalizmus életképességének két akadálya van: a "morális optika szélsőséges általánossága a jogi normákkal szemben [...]" és "[...] a jognak tulajdonított morál és a társadalom empirikus morális meggyőződései közötti meghatározhatatlan viszony" (MAUS, 2000, 186. o.). E problémák orvoslása érdekében a bírácoknak a "közösség erkölcsét" kell szűrniük, a pártatlan döntés látszatát keltve. Azonban maguk a bírácok határozzák meg a nekik megfelelő erkölcsöt. Az igazságszolgáltatás így erkölcsi instanciává alakul át, ami azt jelenti, hogy az igazságszolgáltatást nem ellenőrzi társadalmi kontroll, és következésképpen a demokrácia veszélybe kerül (MAUS, 2000).

Így a bírói kar felerősödésével a korábban nyújtott garanciák bizonytalanná válnak, mivel a bírói döntéseken és a bírácok személyeskedésén múlnak. Valójában a tiltott dolgok köre növekszik, és következésképpen az egyéni szabadság hangneme torzul. A neokonstitucionális irányzat ezen a vonalon lehetővé teszi, hogy a döntések elszakadjanak a jogszerűségtől. Az alkotmányszöveg elvonatkoztatása azonban Maus szerint a nép bizalmával van bevonva, amely az infantilizmussal határos tisztelet érzésétől áthatva hisz az igazságszolgáltatás semlegességében és pártatlanságában (MAUS, 2000).

Magától értetődik tehát, hogy Maus szövege, valamint Dimoulis megfigyelései azért relevánsak, mert amellet, hogy a legtöbb olyan szövegben, amely a neokonstitucionalizmus kontextusában lehetővé vált bírói moralizmus kritikáját mutatja be, a népszuverenitást is reflexiójának középpontjába helyezi. Az alkotmányos joghatósággal kapcsolatos megfontolások a demokratikus paraméterekből indulnak ki, de hogy itt milyen demokráciát védünk, az az elem, amely a kutatásban a reflexiót irányítja.

3.3 A POLITIKA IGAZSÁGSZOLGÁLTATÁSRA VALÓ HAJLAM

Doktrinális különbségtétel van a bírácokodás és a bírói aktivizmus között. A széleskörű politikai és társadalmi kihatással bíró kérdésekben való döntésnek az igazságszolgáltatás hatáskörébe való áthelyezését nevezzük igazságszolgáltatássá válásnak. Az érvelés formájában, a nyelvezetben és a politikai részvétel dinamikájában változások következnek be, amikor a demokratikus instanciák - például a törvényhozó hatalom - helyett a bírói testület az, amely az ilyen követelésekről dönt. Ez a jelenség az elfogadott alkotmányos modellből adódik. Mivel valamit szabályoznak a

Alkotmányt, olyan igazságszolgáltatási igény merül fel, amely alól a bírói kar nem vonhatja ki magát. Az igazságszolgáltatás tehát nem a politikai akarat tudatos gyakorlását jelenti. Magának az alkotónak az akaratából fakad, és így lehetővé teszi, hogy a társadalom számára a bírósági intézkedéseken keresztül emelkedett politikai és erkölcsi hatókörű viták jelenjenek meg (BARRROSO, 2012).

Másrészt a bírói aktivizmus a bírói testület beavatkozóbb magatartására irányul, amely beavatkozik a többi államhatalmi ág szférájába. Ez háromféleképpen történhet: az alkotmányos szabályok közvetlen alkalmazásával a rendes törvényhozás által kifejezetten nem szabályozott esetekre; a jogalkotó hatalom normatív aktusainak alkotmányellenességének kevésbé merev kritériumok alapján történő kimondásával; valamint a közhatalomnak a közpolitikák végrehajtásával kapcsolatos magatartás vagy mulasztás előírásával.

Az aktivizmussal szemben áll a bírói önkorlátozás, amelynek tartalma a bírói testületnek a többi hatalom cselekvési területére vonatkozó, sokkal kevésbé beavatkozó álláspontját tükrözi. Így három iránymutatás strukturálja a joghatósági tevékenységet ebben az esetben: nincs közvetlen alkotmányos alkalmazás olyan ügyekben, amelyekről a jogalkotó nem rendelkezett kifejezetten; szigorúbb kritériumokat alkalmaznak egy törvény alkotmányellenességének kimondására, és nem avatkozik be a közpolitikák megvalósításába vagy szervezésébe.⁵

Figyelmet kell fordítani a politika igazságszolgáltatásra való áttérésére is. Valójában a bírói cselekvés agglomerációs konjunktúrája, az axiológiai tartalommal megtöltött normák növekvő létezésével, amelyek alkotják azt a normatív apparátust, amely a bírónak bőséges lehetőséget ad arra, hogy a hermeneutikai korlátok között (vagy azokon kívül) cselekedjen, a politika judicializálódásának paradigmájához vezet, amely a keret relativizálódásának keretei között nehezen különbözteti meg a judicializálódást az aktivizmustól.

Vianna, Burgos és Sales (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007) szerint elmondható, hogy az igazságszolgáltatás funkcióinak a politikai vita tipikus területeire való kiterjesztése a II. világháború utáni időszakban kezdődött, amikor az államok alkotmányaiba dogmatikus és értékelő szövegek beillesztését az államok képviselőinek tevékenységét feltételező módszernek tekintették. A *jóléti állam* befolyása nagyobb szabadságot biztosított a bíró számára, olyannyira, hogy "hallgatólagos jogalkotóvá" vált. A szerzők úgy vélik, hogy a jóléti állam, ha azt a következőképpen határozzák meg

⁵ Ezzel a megkülönböztetéssel kapcsolatban azonban néhány fenntartást kell megfogalmazni. A doktrína által a bíráskodás és az aktivizmus között tett különbségek nem rendelkeznek szilárd elméleti alapokkal, mivel nincsenek paraméterek meghatározva annak elemzésére, hogy mi minősülne bíráskodásnak és mi aktivizmusnak. E két jelenség közötti határok nagyon vékonyak, és a doktrína gyakorlatilag nem képes megmagyarázni, hogy mi az, ami lehetővé

Applied Social Sciences in Review, v. 20, n. 38, p. 203-237, félévenként, 2020. január-június.

tenné az esetek besorolását az egyik vagy a másik kifejeződésésként. Érdemes továbbá megjegyezni, hogy Dimoulis és Lunardi szerint nincs egységes történelmi definíció arra vonatkozóan, hogy mi lenne a bírói aktivizmus, a fogalmat különböző kritériumok szerint használják, attól függően, hogy ki használja.

az alapelvek alkotmányszövegbe való beemelésével a jogalkalmazói tevékenységre ruházza azt a feladatot, hogy meghatározza azokat az elvont fogalmakat, amelyeket az alkotmányban kifejezett jogok és garanciák hordoznának.

Történetesen az igazságszolgáltatás legnagyobb fellépése a jóléti állam válságával és a neoliberalizmus megjelenésével történik az 1970-es évek környékén: a piac erőteljes deregulációjával és az alkotmányok szociális magjának kiüresítésével. Miközben az alapvető jogokat és garanciákat a jogalkotás területén visszavonták, a lakosság az igazságszolgáltatást keresi, mint a jogaik megerősítésének utolsó és egyetlen lehetőségét (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

Brazíliában az 1930-as években lezajlott, főként a közigazgatási jogban támogatott modernizáció tükrében az újraderokratizálás nem egy új jogi projektre, hanem a régi brazil köztársasági hagyomány megreformálásának gondolatára számít. Így az 1988-as alkotmányszövegből eltávolították a tekintélyelvű elemeket, és az alapvető jogok első dimenziójára, a liberalizmus kifejeződésére jellemző állampolgári jogokra és garanciákra helyezték a hangsúlyt (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

A jogok fő garanciájaként is keresett igazságszolgáltatás Brazíliában a politikai kisebbségek védelmének legfontosabb eszközévé válik, elsősorban az alkotmányosság ellenőrzése révén. A közvetlen alkotmányellenes cselekmények Vianna, Burgos és Sales szerint a kormány előjogai lettek. Ezeket az eszközöket az 1988 óta eltelt időszak alapján a politika nélkülözhetetlen eszközöként használják. Ebben az értelemben figyelhetjük meg a politika igazságszolgáltatássá válását Brazíliában (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

A szerzők szerint (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007) az ADI-kat a társadalom különböző szektorai használják, és annyira beépültek a nemzeti politikai kultúrába, hogy hiányában az ország kormányozhatatlanná válik. Az 1988 és 2005 közötti mintegy 3648 ADI elemzése során kiderült, hogy a közigazgatással kapcsolatos intézkedések száma igen nagy (az összes intézkedés közel 60%-a). Ezekben az akciókon keresztül a brazil történelmet körülvevő centralizáló tendencia ösztönzése figyelhető meg.

Ebből a szempontból az alkotmányosság ellenőrzése segít homogenizálni az állami jogalkotási termelést, és az Uniót az államok érdekei fölé helyezi, ami árt a föderatív paktumnak, mivel egyik entitás sem áll hierarchikusan fölötte. Az Unió és a föderáció közötti alávetettségi viszony, amely a politikai és közigazgatási centralizációra jellemző, és amely az ország minden autoriter korszakában jelen volt, olyan reformok ösztönzésére szolgál, amelyek célja, hogy

egy olyan "nemzeti politikai akarattal" való igazolás, amely valójában nem létezik. Vianna, Burgos és Sales ebben az értelemben azt állítják, hogy:

Az ország 1985-ös demokratizálódása - amely nagyrészt a katonai rezsimegységes és centralizáló kormányzatával szemben fellépő föderatív erőknek köszönhető - paradox módon a centralizáló stílus visszatérésének tendenciáit vonta maga után, amelyet már nem lehet figyelmen kívül hagyni (VIANNA;BURGOS;SALLES, 2007, 45. o.).

A szerzők által végzett kutatás azt mutatja, hogy a javasolt ADI-intézkedések száma és szerzői jelentősen változnak a szövetségi szintű kormányok politikai irányultságának függvényében. Megfigyelhető, hogy a jobboldali kormányok idején, például Fernando Henrique Cardoso idején, az akciókat többnyire baloldalinak tartott politikai pártok és egyesületek terjesztették elő. Ezzel szemben a Lula-kormányok idején a kormányzó és az ügyészek, többségben a jobboldali politikai pártok által végrehajtott akciókat (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

A szerzők ezért úgy vélik, hogy az alkotmányossági ellenőrzés rendszerének alkalmazása intézményesült gyakorlattá vált mind a baloldali pártok és a munkásszervezetek által gyakorolt politikában, mind a kormányzók és az ügyészek tevékenységében (VIANNA;BURGOS;SALLES, 2007). Annak ellenére, hogy a jobboldali politikai pártok is alkalmaznak alkotmányellenes intézkedéseket, Vianna, Burgos és Sales azt állítják, hogy ez a baloldali pártok állandó jellemzője. Továbbra is kérdéses, hogy az ilyen típusú mechanizmusok alkalmazása nem a brazil baloldal kudarcá-e, mivel a társadalmi mozgósítás hiányát az igazságszolgáltatáshoz való folyamodással próbálja leküzdeni.

4 JEREMY WALDRON HOZZÁJÁRULÁSA

"A törvényhozás méltósága" című könyvében Waldron azt igyekszik bemutatni, hogy bár az alkotmányelmélet általában kedvezőtlen képet fest a törvényhozásról, azok a problémák és eltérések, amelyeknek tagjai ki vannak téve, a bírói testületet is érintik. "Megalkotjuk tehát a bíraskodás idealizált portréját, és a törvényhozás dicstelen portréja mellé keretezzük" (WALDRON, 2003, 2. o.). A jogalkotás szegényes és alulelméletezett elméletével szembesülve Waldron olyan elméletet dolgoz ki, amely méltóságteljessé teszi a törvények szándékos módosítására szervezett és kialakított intézmény által gyakorolt jogalkotói funkciót.

Waldron hozzájárulása különösen fontos a brazil kontextusban, mivel a törvényhozás soha nem tudta magát központi szerepben érvényesíteni. A jogállamiság eszméje, amely a törvényhozást helyezi a középpontba, soha nem érvényesült ilyen simán Brazíliában, mivel nálunk az erős végrehajtó hatalom és az aktivista bírói kar dominált.

Waldron (WALDRON, 2003) megkérdőjelezi, hogy miért van az a tendencia, hogy a jogalkotói tevékenységüket tagadó vagy elrejtő intézményeket helyezik előtérbe, mintha a politikában gyanakvás lenne az explicit és a szándékos iránt, ami gyengíti a jogalkotás átláthatóságát. Ráadásul a bíróságokat apolitikusnak és technikai jellegűnek tekintik, mintha a bölcsek terepét képeznék. Brazíliában van egy Legfelsőbb Bíróság, amely jogalkotóként jár el anélkül, hogy ezt kifejezetten kimondaná, és amely a törvényhozás egyfajta revíziós házaként jelenik meg, amely egy nem túl racionalizáltnak mutakozó hatalom téveszméit csillapítja.

Ahhoz, hogy elgondolkodjunk ezeken a kérdéseken, fontos, hogy újra felvállaljuk és megkérdőjelezzük az alkotmánynak mint előzetes kötelezettségvállalásnak a szemléletét. Az alkotmányról, az emberekről és a demokráciáról szóló néhány feltételezésből indul ki, amelyeket el kell mélyíteni és újra kell helyezni. Jeremy Waldron a nép absztrakt entitásként felfogott diakronikus felfogásához egy szinkronikus felfogást is hozzáad. Ez azt jelenti, hogy fel kell ismerni a nép eszméjének pluralitását, amely megérti a sokféleségét, sőt a nézeteltéréseit is. Ami az alkotmányt illeti, olyan meghatározást javasol, amely túlmutat az alkotmány által előírt korlátozásokon, mivel az alkotmány szerepe inkább a demokrácia erősítése, mint korlátozása lenne. Végül a demokráciával kapcsolatban azzal érvel, hogy ha az emberek jogtulajdonosok, akkor autonómok is a döntéshozatalban és az öngazgatásban.

Waldron szerint el kell ismerni a valódi nézeteltérések létezését, amikor összetett erkölcsi kérdésekkel szembesülünk: ez a modern társadalmak jellemzője. Ez a felismerés vezet ahhoz a vitához, hogy hogyan kellene ezeket megoldani. Ebben az összefüggésben az embereket jogalanyként felfogni annyit jelent, mint elismerni a jogkéességüket, ez abból a "meggyőződésből fakad, hogy a férfiak és nők teljes mértékben képesek felelősségteljesen részt venni társadalmuk kormányzásában" (WALDRON, 2003, 251. o.).

Waldron (2016) általánosságban problematizálni kívánja az alkotmányosságot támogató vita bizonyos feltételezéseit, például a politikai konszenzus eszméjét. Ha a jogok az alkotmányokban rögzülnek, a politikai vita kikerül a nyilvános térből. Waldron ezért védelmébe veszi a politika konfliktusként való felismerését. Azt az általános felfogást is felülvizsgálja, amely általában a közvetlen demokráciát ismeri el valódi demokráciának, így a képviselői demokrácia eltérés vagy kellemetlenség lenne. Éppen ellenkezőleg, megvédi a demokráciát

A reprezentativitásra törekedni kell. A brazil politikai-képviselési modell válságára vonatkozó érv támogatta, hogy a bírói testületet a politikai forgatókönyv főszereplőjévé emeljék, és történetesen a képviselési intézményekkel szemben megfogalmazott kritika, amely lehetővé teszi a bírói testület felemelkedését, bizonyos fogalmakon alapul, amelyeket Waldron dekonstruál.

A fogalmak finomítása, ahogyan azt a vizsgálat tárgya megkívánja, az analitikai-fogalmi tisztánlátás javulását jelentené. Ebben az értelemben Waldron politikai elmélete fontos hivatkozási alap. Nem azért, hogy a más kontextusokban és valóságokban folytatott vitákat átültessük és Brazíliában alkalmazzuk, hanem azért, hogy a brazil valóság és a vonatkozó problémák átgondolásához párbeszéd forrásaként szolgáljon.

4.1 A JOGALKOTÓ HATALMI ÁG TEVÉKENYSÉGE FELETTI BÍRÓI ELLENŐRZÉS (SZÜKSÉGTELENSÉGE)

Egy másik esszéjében Jeremy Waldron, amikor az Egyesült Államokban az igazságszolgáltatás teljesítményét elemzi - különösen a Legfelsőbb Bíróság által a jogalkotásra gyakorolt *bírói felülvizsgálat* gyakorlatát illetően - rámutat arra, hogy a bíróságok által a jogalkotói funkció gyakorlása felett gyakorolt ellenőrzés összeegyeztethetetlen a szabad és demokratikus társadalommal. A szerző néhány előfeltevés alapján bemutatja, hogy szükségtelen a bírói protagonizmus szükségessége olyan döntések tekintetében, amelyeket demokratikus úton lehetne és kellene előkészíteni, akár a törvényhozásban, akár más eszközökkel, amelyek összhangban vannak az állam alapját és célját képező népszuverenitás tiszteletben tartásával (Waldon, 2010).

Kezdetben elmondható, hogy a *bírósági felülvizsgálat* támogatása konkrét döntésekhez kapcsolódik (például a homofóbia és transzfóbia közelmúltbeli kriminalizálása a brazil legfelsőbb bíróság által). Így gyakori, hogy az emberek a szóban forgó határozatok tartalma alapján alkotnak véleményt az igazságszolgáltatás tevékenységéről. Az elért eredményt értékítéletnek tekintjük, azonban a *bírósági felülvizsgálat* legitimitásának megkérdőjelezésekor az annak eléréséhez használt eljárások számítanak (Waldon, 2010).

A posztpozitivistáknak a kezeléséhez szükséges vizsgálat az, hogy a bírósági felülvizsgálat valóban a probléma lényegét tárgyalja-e. Waldron úgy véli, hogy a bírósági viták a gyámság alá vont jogok valódi konfliktusát érintik. A szerző számára a *bírósági felülvizsgálat* eltávolodik a demokratikus mezőtől a polgárokat (a demokrácia alanyait) közvetlenül érintő kérdések megoldásától azáltal, hogy a precedensekkel kapcsolatos szempontokra összpontosít - a

doktrína és értelmezés, az emberek mindennapi életétől távoli elemek. Az egyének alapvető jogairól való döntés kisszámú, nem megválasztott és nem elszámoltatható személyekre történő átruházása demokratikus szempontból "politikailag illegitim" (Waldon, 2010, 98. o.).

Ennek fényében a szerző négy feltételezést állít fel a *bírósági felülvizsgálat* ellen szóló érvelés alátámasztására, mivel ez feltételes, azaz a premisszák teljesülésétől függ.⁶ Waldron szerint tehát a következő feltételezéseknek kell teljesülniük:

[...(1) ésszerűen jól működő demokratikus intézmények, beleértve az általános felnőtt választójog alapján megválasztott képviseleti törvényhozást; (2) egy sor, szintén jól működő, nem képviseleti alapon létrehozott igazságszolgáltatási intézmény, amelyek az egyéni perek elbírálására, a viták rendezésére és a jogállamiság fenntartására szolgálnak (3) a társadalom legtöbb tagjának és a legtöbb hatóságnak az egyéni és kisebbségi jogok eszméje melletti elkötelezettsége; és (4) a jogokról (vagyis arról, hogy a jogok melletti elkötelezettség valójában mit jelent és milyen következményei vannak) fennálló, jelentős és jóhiszemű nézeteltérés a társadalom azon tagjai között, akik elkötelezték a jogok eszméje mellett (WALDRON, 2010, p. 106).

Ami az első feltételezést illeti, egy demokratikus társadalomra kell gondolni, amelyben a törvényeket és a közpolitikákat az emberek részvételével, közvetlenül vagy közvetve - választott képviselőktől - határozzák meg. Egy ilyen társadalom politikai rendszerének több területen demokratikusnak kell lennie, általános felnőtt választójoggal, amelyet időszakos, pártatlan választásokon gyakorolnak a képviseleti törvényhozás létrehozása érdekében. Ami a parlamentet illeti, annak egy sok emberből álló, tanácskozó testületnek kell lennie, amely megvitatja és megszavazza a szociálpolitikát érintő fontos kérdéseket (Waldon, 2010).

A jogalkotó ág⁷, ebben az összefüggésben rendelkezik bizonyos garanciákkal a jó teljesítmény fenntartására, mint például a parlamenti bizottságok és a kétkamarás rendszer. Ebből a szempontból a képviselők néha a választók valódi képviselőinek tekintik magukat, és véleményüket - bár általánosságban - a választókat érintő törvények kidolgozásának paramétereinek tekintik.

⁶ Érdeemes rámutatni, hogy bár Waldron kritikája univerzalista jellegű, a kontextus, amelyben kidolgozta, egy *common law-ra* épülő jog, így el kell gondolkodni azon, hogy mennyiben felel meg a brazil jogi panorámában állandónak számító *polgári jogi* paramétereknek.

⁷ Fontos hangsúlyozni, hogy az igazságszolgáltatás és a törvényhozás közötti kapcsolat csak az egyik lehetséges elemzési fókusz. Általánosságban a végrehajtó és a törvényhozó hatalom közötti kapcsolatot emelik ki a koalíciós elnöki rendszerről szóló vitákból. Bár nem ez a tanulmány tárgya, a végrehajtó és a törvényhozó hatalom közötti kapcsolat szintén fontos, különösen figyelembe véve a végrehajtó hatalom által támogatott jogalkotási napirend meghatározását, amely mintegy 85%-os: "Az 1985 óta elfogadott összes jogszabály több mint 85%-a a végrehajtó hatalomtól származik" (POWER, 2015, 19. o.).

közvetlenül a polgárok érdekeit. A párthovatartozás továbbá elengedhetetlen a törvényhozók politikai pozíciójának meghatározásához, amellet, hogy egységesebb módon mutatja be azokat a különböző irányokat, amelyeket a választók követhetnek, amikor élnek szavazati jogukkal (Waldon, 2010).

Ezért feltételezzük, hogy az olyan demokratikus intézmények, mint a képviselőház és a szövetségi szenátus, legalábbis elfogadhatóan jól működnek. Ez a feltételezés nem jelenti azt, hogy az intézmények tökéletesek. Lehetséges, hogy egy bizonyos ponton veszélybe kerülhet a képviseleti egyenlőség, de a parlamentnek/kongresszusnak rendelkeznie kell a politikai egyenlőség megőrzésére irányuló stratégiákkal, ami a *bírósági felülvizsgálat* elleni érv alkalmazásának alapelve. Bár a demokratikus intézmények jól működnek, ez az előfeltevés nem kerül bele a jogszabályok tartalmába, ezért mindenki a saját értékítéletét fogja meghozni a megalkotott törvényekről (WALDRON, 2010). Waldron szerint tehát a politikai elméletnek a jogállamot alkotó demokratikus struktúrák és intézmények szervezeti formájával és működésével kell foglalkoznia (WALDRON, 2016).

Az első feltételezésből arra lehet következtetni, hogy nincs értelme olyan bírósági ellenőrzésnek, amely felülvizsgálja a választott képviselők vagy közvetlenül a választók által demokratikusan hozott döntéseket. Kizárólag a demokratikus intézmények megfelelő működése szempontjából nem lenne fenntartható az igazságszolgáltatás beavatkozása a demokratikus terekben megvitatott helyzetek szélsőséges mértékű megsemmisítése értelmében (Waldon, 2010).

A második feltételezés az, hogy az adott társadalom igazságszolgáltatási intézményeinek is ésszerűen működőnek, azaz strukturálnak és politikailag függetlennek kell lenniük⁸. Ezen a ponton a bíróságoknak a jogviták rendezése és a jogállamiság fenntartása érdekében kell eljárniuk, és jogosultak a végrehajtó hatalom intézkedéseinek - autonóm rendeletek, ideiglenes intézkedések és felhatalmazáson alapuló törvények - *bírósági felülvizsgálatára* is (Waldon, 2010).

Brazíliában az egyének kétféleképpen válnak bírökká: nyílt versenyvizsga vagy kinevezés útján, így a bíróságok nem reprezentatív intézmények, mivel nem választott személyekből állnak. A bírák nem kötődnek politikai álláspontokhoz, vagy legalábbis nem kellene, hogy kötődjenek, mivel nem a választókat képviselik. Waldron megjegyzi, hogy néhány államban a bírákat választják, de még ott sem.

⁸ Egyáltalán nem egyértelmű, hogy ez a feltételezés a brazil valóságban teljesül-e. E követelmény kompromittálódásának legegységesebb jele a Lava Jato művelet volt, amelynek során letartóztatták azt a személyt, aki a 2018-as elnökválasztáson az összes felmérésben az élen végzett. A műveletet irányító bíró később igazságügyi miniszter lett annak a kormányában, aki az említett letartóztatás fő haszonélvezője volt.

Ilyen körülmények között a bíróságok reprezentatív szervként jelennek meg, és a törvényhozás intézményeihez hasonlóan választási elszámoltathatóság alá tartoznak (Waldon, 2010).

Waldron szerint a bíróságok az itt vizsgált társadalomban bizonyos paraméterek szerint járnak el: A bíróságok az egyének által előterjesztett igényeknek megfelelően járnak el - akiknek az a céljuk, hogy jogukat a joghatóság védje -, ezért a bíróságok nem saját kezdeményezésükre vagy absztrakt módon gyakorolják hatáskörüket; a bírák, a kollégiumok tagjai, a hozzájuk benyújtott igényekhez kötődnek - bináris és vitatott módon; a bíróságok hivatkoznak az ugyanazon intézmény által korábban hozott határozatokra azzal a céllal, hogy hasonlóságok esetén alkalmazzák azokat a tárgyalta ügyre azzal a céllal, hogy lehetőség szerint tökéletesítsék azokat, mivel a szóban forgó jogvitának megfelelésre van szükség. Végül, a bíróról feltételezhető, hogy a társadalomban bizonyos *státuszú* emberek, és a társadalom részeseiként elkötelezettek az egyéni és kisebbségi jogok elismerése mellett. Ez az előfeltevés azonban nem zárja ki azt a tényt, hogy a bírói pozíciót betöltő személyek nem értenek egyet e szabadságjogok tartalmát és hatásait illetően (Waldon, 2010).

A harmadik előfeltétel, amelynek lényege a bírói tevékenység gyakorlásához kapcsolódik - amint azt már kifejtettük -, az állampolgárok többsége által vállalt elkötelezettség az egyéni és kisebbségi jogok iránt. Ez a rész úgy véli, hogy a kisebbségeknek bizonyos fokú támogatással elismert jogokkal kell rendelkezniük. Ebben az értelemben egyetértés van az emberi jogok fontosságát illetően. Másrészt vannak olyan emberek, akik nem osztják az elkötelezettségnek ezt a nézetét, ez azonban nem elterjedt álláspont. Ennek az elkötelezettségnek a létezését az bizonyítja, hogy egy ilyen társadalom - sok más társadalomhoz hasonlóan - elfogadott egy jognyilatkozatot, amely alkotmányt alkot, akár írott, akár íratlan alkotmányt (Waldon, 2010).

Ez egy másik megkérdőjelezhető feltételezés a brazil valósággal összehasonlítva. Nem lehet azt mondani, hogy konszenzus van az emberi jogok fontosságát illetően, és még azt sem lehet kategorikusan kijelenteni, hogy ez a többségi álláspont. A brazil társadalom jelentős része ellenséges az emberi jogokkal szemben, mindenekelött az intézményes politika olyan fontos szereplői, mint a köztársasági elnök, miniszterek, képviselők és szenátorok. Ebben az értelemben az igazságszolgáltatás még mindig olyan térré válik, talán az utolsóként, ahol az alapvető jogok aduásként működhetnek.

A negyedik és egyben utolsó feltételezés az, hogy a vizsgált társadalomban a lakosság többségének a jogok melletti elkötelezettsége ellenére nézeteltérések vannak arról, hogy mely jogokat kell megőrizni. Ez a kérdés következőképpen a következőkhöz vezet

politikai szempontok. Ez bizonyos mértékig meghatározza, hogy milyen típusú állammal van dolgunk - inkább piacorientált, liberális vagy a szociális jólétre vonatkozó paramétereket betartó állammal. Waldron néhány példát hoz olyan helyzetekre, amikor a jogok tekintetében eltérések vannak:

(...) abortusz, pozitív diszkriminációs intézkedések a kisebbségi megkülönböztetés ellen, a kormányzati újraelosztás vagy a piacba való beavatkozás legitimitása, a bűncselekmény elkövetésével gyanúsítottak jogai, a vallási tolerancia pontos jelentése [sic], a kisebbségek kulturális jogai, a kampánybeszéd és a kampánykiadások szabályozása és így tovább (WALDRON, 2010, 114. o.).

Az említett esetek ebben a perspektívában - az egyéni és kisebbségi jogok eszméje melletti elkötelezettség ellenére - továbbra is vitás pontok maradnak. Így lehetséges, hogy az egyének komolyan veszik a jogokat, ugyanakkor ugyanezek az egyének nem értenek egyet abban, hogy mely jogokat kellene elismerni és megőrizni. Feltételezhető azonban, hogy ez a nézeteltérés a legtöbbször ésszerűen, a jóhiszeműség elvei alapján történik (WALDRON, 2010). Waldron tanúsítja, hogy számos, a politikai elmélet területéhez tartozó szerzőt jobban érdekel az igazságosság elméleteiről folytatott vita, mint az egyének közötti, az igazságosság értelmével kapcsolatos összecsapás. Ezért figyelmet kell fordítani arra, hogy a különböző társadalmak milyen eszközöket használnak a polgárok közötti nézeteltérések megoldására (Waldron, 2014).

Eközben a szóban forgó társadalom jogtörvénye a jogok eszméje iránt elkötelezett egyének között fennálló nézeteltérések befolyásolásának eszközévé válik. A szerző szerint az írott alkotmányoknak megmarad az a hátrányuk, hogy a jogászok körében az értelmező elméleteket és a merev szöveges formalizmust erősítik (CONSANI, 2014). Waldron megjegyzi, hogy egy olyan környezetben, ahol a *bírósági felülvizsgálat* lehetséges, ez arra fog korlátozódni, hogy megpróbálják meggyőzni, hogy a jogokkal kapcsolatos nézeteltérések pusztán értelmezési kérdések, ahelyett, hogy hatékonyan szembesülnének velük (WALDRON, 2010).

Másrészt úgy véli, hogy az alkotmány a demokrácia megerősítésének eszköze lehet. Ehhez azonban a jognyilatkozatokat úgy kell értelmezni, mint a politikai tanácskozásokat ösztönző tereket, nem pedig a népszuverenitás korlátozásaként. Aszerző szerint meg kell kérdőjelezni, hogy "Meg kell-e vitatni, hogy az alkotmánynak valójában az a lényege, hogy korlátozza a kormányt, nem pedig az, hogy felhatalmazza azt" (WALDRON,

2012)⁹. A liberális alkotmányosságot ebben az értelemben Waldron kritizálja, amennyiben az alkotmányok korlátozó aspektusára összpontosít (CONSANI, 2014).

4.1.1 Az STF fellépése

A brazíliai igazságszolgáltatás tevékenysége, különösen az STF tekintetében, tükrözi a Waldron által kritizált pontokat. A Virgílio Afonso da Silva által a Legfelsőbb Bíróság bírái és volt bírái körében végzett felmérés gyakorlati szempontból is jelzi a bírói mérlegelés kudarcát. Silva szerint az STF azon bíróságok közé tartozik, amelyek a legtöbb eltérő szavazatot teszik közzé, azonban amikor ezeket a tanácskozás előtt megfogalmazzák, akkor végül pusztán különvéleményt fogalmaznak meg, ami az esetek többségét teszi ki.¹⁰ Mi az oka az STF-ben a nagyszámú ellenszavazatnak és az egyetértő szavazatoknak? Sok miniszter úgy véli, hogy az előzetes tanácskozás hiánya az egyik ok, valamint az a gyakorlat, hogy a szavazást tanácskozásra készen veszik fel, ami akadályozza a vitát (SILVA, 2015).

A miniszterek a munka nagy mennyiségére is rámutattak, mint olyan tényezőre, amely növeli az eltérő döntések számát, mivel az időhiány elszegényíti a vitát. A nyilvánosságot, nagyrészt a TV Justice eredményeként, szintén figyelembe vették. Végezetül egy bíró rámutatott, hogy a bírák heterogenitása az oka az STF-ülések nagyfokú eltéréseinek. Silva bemutatja, hogy a bírák heterogenitásának tézise nem állja meg a helyét, hiszen 1988 óta van egy minta, amely alól kevés kivétel van: "(...) a miniszterek férfiak, fehérek, keresztények, házasok (ellenkező neműekkel), felső-középosztálybeliek, beiktatásuk idején 50 és 65 év közöttiek, és mielőtt az STF-be kerültek volna, ügyvédek, ügyészek vagy bírák voltak" (SILVA, 2015, 2014. o.).

Fontos megjegyezni, hogy az a tény, hogy a bírák az előzetes tanácskozás hiányára mutatnak rá, mint a különvélemények számának egyik okára, nem jelenti azt, hogy védik az előzetes vitát. Hasonlóképpen, a bírák nem látnak problémát a különvélemények létezésében, sőt, éppen ellenkezőleg, gazdagítónak tartják, mivel különböző érveket lehet felsorakoztatni. Kevesen voltak azok a bírák, akik kijelentették, hogy probléma van a nagyszámú

⁹ Hogy valóban itt az ideje-e annak, hogy az alkotmány a kormányt inkább korlátozza, mintsem erősítse, azt meg kell vitatni.

¹⁰ Silva különbséget tesz az ellenszavazatok és az ellenszavazatok között. Az előbbiek azok a szavazatok, amelyek eltérnek az eredménytől, és a vitatott pontok bírálatkor párbeszédet igyekeznek kialakítani az álláspontot megalapozó érvekkel. Az utóbbiak viszont eltérnek az eredménytől, de nem próbálnak ilyen párbeszédet kialakítani a győztes állásponttal.

eltérő szavazatok, amelyek elítélnék a tanácskozás téves módját (SILVA, 2015).

A bírának feltett kérdések egyike az volt, hogy az STF eltérő szavazatai nem voltak-e valójában csupán már leadott szavazatok, mivel azok készen, írásban érkeztek az ülésre. A bírák megosztottak voltak, néhányan rámutattak arra, hogy a különvélemények az ülés után és a közzététel előtt végrehajtott korrekciókkal eltérhetnek egymástól. Egy másik lehetőség a szavazás átdolgozása lenne a vizsgálat kérése után. Azonban éppen azok a miniszterek, akik ezeket a véleményeket kifejtették, rámutattak azok korlátaira. A későbbi kiigazítások tekintetében elismerik, hogy ez ritkán fordul elő. A vizsgálat iránti kérelmekkel kapcsolatban pedig azzal érvelnek, hogy a bíró nem kérhet vizsgálatot olyan ügyekben, amelyekben a közvélemény nyomására (például homoaffektív kapcsolatok) (SILVA, 2015).

A kisebbség elismerte, hogy az STF határozataiban nincsenek ellenszavazatok, csak ellenszavazatok. Az utolsó kérdés az volt, hogy vannak-e olyan okok, amelyek miatt egy miniszter, még ha másképp is érti a dolgot, ne tegye közzé a különvéleményét. A legtöbben megértették, hogy az eltérő véleményeket mindig nyilvánosságra kell hozni. Kevesen indokolták az ellenvélemény kifejezésének elmaradását abíróság kollegialitásával vagy intézményességével, amit Silva ellentmondásosnak tart, mivel az STF egyre inkább széttöredezett és individualista. Így a bírák túlnyomó többsége nem látott összefüggést az STF individualizmusa és az egyéni szavazatok száma között. A miniszterek közül csak egy maradt meggyőződve arról, hogy nem ért egyet az érvényben lévő modellel: "Ez a rendszer, ez van, ahogy mondtam, ez a rendszer nem ad teret a gondolkodásra, hogy megtegye-e vagy sem [a különvéleményt], ő [a miniszter] kitette az álláspontját, vagy készen vette, vége, ez az, ami így lesz rögzítve". (SILVA, 2015, 223. o.).

4.2 A JOGALKOTÓ HATALOM TEVÉKENYSÉGE

Figyelembe véve az STF-ben hozott kollégiumi határozatok sajátosságait, és látva Waldron feltételes feltevéseit, szükséges elgondolkodni a jogalkotó által megfogalmazott rendelkezéseken. A szerző által feltett kérdés az, hogy a parlamentből/kongresszusból származó határozatok véglegessé válnak-e, és hogy az igazságszolgáltatásnak újra meg kell-e vizsgálnia őket.

Bár a társadalom tagjai nem értenek egyet a létező jogokkal kapcsolatban, konszenzusra kell jutniuk a felmerülő nézeteltérések kiegyenlítése érdekében bevezetendő legitim döntéshozatali folyamatot illetően. A döntéshozatali folyamat legitimitásának fenntartása érdekében tehát pártatlanságra, véleménynyilvánításra és részvételre van szükség (Waldon, 2010).

Fontos azonban tisztában lenni azzal, hogy nincs tökéletes döntéshozatali folyamat. Így akár olyan környezetben, ahol a jogalkotó döntését nem vizsgálják felül, akár a *bírósági felülvizsgálat* által áthatott helyzetekben, egyes döntések "rossz" eredményt hozhatnak, amennyiben jogokat szüntetnek meg ahelyett, hogy megőriznék azokat. Ez a helyzet elkerülhetetlen, mivel a fent feltételezett nézeteltérés lehetővé teszi annak értékelését, hogy a "rossz" és a "helyes" relatív fogalmak, attól függően, hogy ki használja őket (Waldon, 2010).

Abból kiindulva, hogy nincs tökéletes eljárás, mindegyik kritikával illethető, amely "az eredményhez kapcsolódó" és "a folyamathoz kapcsolódó" okokra osztható, amelyek elemzése alapján meghatározható, hogy a konfliktusmegoldás melyik módszere felel meg jobban a felállított feltételezéseknek. A folyamathoz kapcsolódó indokok nem attól függenek, hogy az elfogadott álláspont milyen eredményt hozhat, hanem inkább a döntés meghozatalának eszközeivel foglalkoznak. Az eredményhez kapcsolódó okok viszont pontosan a kívánt célra vetülnek. Így azt az eljárást keressük, amely az adott eredmény elérésére irányul, és amelynek értékelése (helyes, helytelen, igazságos vagy igazságtalan döntés) fontossá válik (Waldon, 2010).

Waldron szerint a legitim döntéshozatali eljárás meghatározásának célja az, hogy az alkalmas legyen a jogokkal kapcsolatos nézeteltérések rendezésére. Ennek fényében nem megvalósítható, hogy az eredményhez kapcsolódó okok elemzési paraméterként szerepeljenek, mivel a tervezett eredmények értékelését tekintve ellentmondásos döntések meghozatalára irányulnak. A folyamathoz kapcsolódó okok viszont megfelelőbb paramétereket mutatnak be az eljárások elemzéséhez. Ez nem jelenti azt, hogy az eredmények nem fontos szempontok a döntéshozatalban, azonban az okok nem szolgálnak semmilyen döntéshozatali folyamat fenntartására, még a *bírósági felülvizsgálatnak* kedvezőtlen esetben sem (Waldon, 2010).

Az eredménnyel kapcsolatos egyes pontok általában a *bírósági felülvizsgálat* mellett szólnak. Nevezetesen: az a tény, hogy a jogkérdések partikuláris peres eljárások útján kerülnek bíróság elé; a bírák teljesítménye a Jogok Törvénykönyvére irányul, és az érvelésnek és az indokolásnak nagy jelentősége van a bírói jogvédelem alkalmazásában (Waldon, 2010).

Az első ponttal kapcsolatban felvethető az a kritika, hogy amint egy ügy a fellebbezés legmagasabb szintjére kerül, eltűnnek a peres felek azon jellemzői, amelyek a benyújtott követelést konkretizálják. Így, bár kezdetben a jogokkal kapcsolatos konfliktusok valós helyzetek formájában jelennek meg a bíróságokon, a vitatott kérdés a

absztrakt, amikor a felsőbb bíróságok elemzik (WALDRON, 2010). (STF, STJ, TSE, TST és STM).¹¹

Amikor arról beszélünk, hogy a bíróságok egy hierarchikusan felettes normaszövegnek megfelelően járnak el, elismerjük az igazságszolgáltatás által végzett ellenőrzés problematikus legitimitását. A bírák a bírói protagonizmus e környezetében folyamatosan a jognyilatkozatokra hivatkoznak döntéseikben, hogy meggyőződésüket legitimálják, és néha saját "jogi kereteket" hoznak létre, túllépve az alkotmányos korlátokon. Ezen túlmenően a bírósági tanácskozások gyakran elrugaszkodnak a tárgyalt kérdéstől azáltal, hogy érvelésükben eltúlzott jelentőséget tulajdonítanak a másodlagos szempontoknak, és ezzel kétségbeesett kísérletet tesznek a legitimitás megteremtésére (WALDRON, 2010).

Ugyanez az elemzés használható a *bírósági felülvizsgálat mellett* általában felhozott utolsó érveléssel szemben. Az a tény, hogy a bírák szavazatai indokoltak, semmit sem árul el a bírósági felülvizsgálat megfelelőségéről. A törvényhozás, tipikus feladatai gyakorlása során, a vita során a döntését is megindokolja. Az igazságszolgáltatás és a jogalkotó szervek által szolgáltatott érvelés azonban minőségileg különbözik egymástól. Míg a bírák azzal foglalkoznak, hogy érvényesítsék legitimitásukat egy ilyen ügy eldöntésére, addig a parlament/kongresszus a kérdés érdemi részét vitatja meg (WALDRON, 2010).

Az eljáráshoz kapcsolódó okok, ahogyan azt korábban bemutattuk, alkalmasabbak az elfogadandó döntéshozatali eljárás elemzésére, mivel mind a *bírósági felülvizsgálat* ellen, mind pedig mellette szólnak. Az igazságszolgáltatás által gyakorolt ellenőrzés mellett szóló érvek azonban lényegesen gyengébbek, és nem könnyen tarthatók fenn (WALDRON, 2010).

E logika alapján két kérdésre lehet rámutatni, mint problémás kérdésre, amikor a határozatokat a jogalkotó ág fogadja el. Először is, "miért fogad el egy kiváltságos csoport (a szövetségi törvényhozás esetében 513 szövetségi képviselő és 81 szenátor) egy határozatot? A demokráciák azonban ésszerű válaszokat adnak ezekre a kérdésekre. Először is fel lehet vetni a pártatlan választások elméletét, amelynek tartalma arra vonatkozik, hogy a választópolgárokat a parlament/kongresszus összetétele szempontjából egyenlő bánásmódban részesítették. A második kérdésre a következőkre való hivatkozással lehet válaszolni

¹¹ Figyelemre méltó, hogy Brazília alkotmányossági rendszere vegyes: diffúz, konkrét és koncentrált, absztrakt rendszerek alkotják. Az absztrakt alkotmányossági ellenőrzés nem konkrét eseteken alapul. Így az az érvelés, hogy ahogy a valós helyzeteken alapuló perek a bírói instanciáig emelkednek, úgy válnak absztrakttá, ebből a szempontból nem támogatható, mivel a perek már eredetileg is absztrakt követeléseken alapulnak.

a többségi döntés elve. Waldron szerint a különböző módszerek kombinációja, amelyekkel a DM elvének alkalmazása - a parlament/kongresszus összetételében és a jogalkotási folyamatokban - az elmélet kielégítő alkalmazását tükrözi (WALDRON, 2010).

Ugyanezeket a kérdéseket fel lehet tenni a *bírósági felülvizsgálat kapcsán* is: "miért csak tizenegy személy (az STF esetében) dönthet olyan kérdésekben, amelyek emberek millióinak életét befolyásolják?", és "miért nem adnak a bírák nagyobb súlyt egy adott állampolgárnak erre vagy arra az álláspontjára?". A válaszok azonban nem annyira meggyőzőek, ha a bírósági felülvizsgálathoz kötődnek (Waldon, 2010).

Az első kérdésre a felsőbb bíróságok elemzésekor a bírákat kinevező szervek legitimitása alapján lehetne válaszolni. Ez azonban csak egy hatalmi érv lenne, amely a közvetett legitimitás paraméterén alapulna - mivel eredetileg nem a néptől, az alkotmányozó hatalom birtokosától származik - és korlátozott. Ami a második kérdést illeti, a DM elvét indokolatlanul alkalmazzák a bírói tanácskozásokra. Az igazságszolgáltatásban a döntéseket többségi szavazással hozzák meg, a bírák azonban nem az egyének képviselői. Így nincs okunk feltételezni, hogy a bírák a DM-et a döntéshozatali eljárásokban való egyenlőség érdekében igénylik, mivel az azokban való részvétel a funkciójukhoz tartozó előjog. Waldron ebben az értelemben azt állítja: "(...) a DM bírósági alkalmazása mellett nincs olyan további pártatlansági érv, mint a törvényhozásban való alkalmazása mellett". (WALDRON, 2010, p. 142). Ez Rodriguez (RODRIGUEZ, 2013) kritikája is, mivel a szerző megkérdőjelezi a valódi mérlegelés hiányát a kollégiumi ítéletekben. A szavazatok okait nem vitatják meg teljes körűen, ami lehetővé tenné az érvelési és meggyőzési képességek nagyobb teljesítményét. Éppen ellenkezőleg, a szavazatok készen érkeznek, és nincs hely a változtatásra.

Ráadásul Brazíliában az alkotmánymódosítási eljárás mindkét törvényhozó házban minősített többséget igényel a jóváhagyáshoz. A bíróságokon viszont - a kereset és a határozat jellegétől függően - a korlátozott számú bíróból álló testületekben egyszerű többségi határozatokkal jelentős változtatásokat lehet elérni.

A fentiek alapján Waldron tehát úgy értelmezi, hogy bár a bírákat választott hatóságok nevezik ki (akikre a nép delegálta a hatalmat), a bírák demokratikus megbízólevelei viszonylag alacsonyabb rendűek, mint a törvényhozáséi. A jogalkotók közvetlen kapcsolatban állnak a polgárok akaratának kinyilvánításával.¹² Teljesítmény

¹² WALDRON, Jeremy. A bírósági felülvizsgálat ellenzésének lényege. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz.

A törvényhozás tehát egy olyan intézmény, amelyet a jogalkotás céljára - tipikusan a jogalkotás funkciójára - hoztak létre. Szerkezetét úgy alakították ki, hogy a lakosság számára a lehető legnagyobb átláthatóságot biztosítsa. Az igazságszolgáltatást viszont, annak ellenére, hogy a jogalkotás atipikus funkciója, nem erre a célra szervezték és tervezték. Emiatt a bírói jogalkotás gyakorlásának gyakran hiányzik az átláthatóság és a legitimitás, ami a bírák ilyen típusú tevékenységének strukturális problémáit mutatja.

Végezetül a *bírósági felülvizsgálat* védelmezői által felhozott érv a társadalmon belül az aktuális kisebbségek által elszenvedett negatív előítéletekre vonatkozik. A védők szerint csak az igazságszolgáltatás által gyakorolt ellenőrzés ismerheti el és őrizheti meg a kisebbségekhez tartozó jogokat, különösen azokban az esetekben, amikor a döntési és az aktuális kisebbségek találkoznak. Széles körben elterjedt az a feltételezés, hogy a kisebbségi csoportok ügyeinek támogatása vagy szimpátiája jobban jelen van a politikai elithez tartozók körében, mint az átlagemberek körében. És ha összehasonlítjuk a törvényhozást alkotó elit szimpatizánsait és a bírói testületet alkotó elit szimpatizánsait, akkor az érv az, hogy az utóbbiak jobban képesek biztosítani ezeket a jogokat. Ugyanakkor nincs okunk feltételezni, hogy a kisebbségi jogok támogatása a politikai elitben koncentrálódik, ez pontosan a népi autonómiától való történelmi félelemre, vagy Waldron szavaival élve "a demokratikus döntéshozattal kapcsolatos régi előítéletekre" vezethető vissza (WALDRON, 2010, 156). A szerző úgy véli, hogy a törvényhozás több ellenőrzési és népi részvételi mechanizmussal rendelkezik, mint az igazságszolgáltatás. Ennek fényében úgy tekinthető, hogy Waldron egyértelmű álláspontot képvisel a társadalom magatartásával kapcsolatban. Megérti, hogy az alkotmányok által deklarált demokratikus eszmény megőrzése érdekében szükséges, hogy a demokráciát a konfrontáció tereként ismerjék el. Ebben az értelemben az önkormányzatisághoz elengedhetetlen a politikai részvétel, közvetlenül vagy közvetve a képviselők révén (COSANI, 2014).

Más szerzőkkel ellentétben ,
akik képviseleti demokráciát a közvetlen demokráciával szemben alacsonyabb rendűnek tartják, Waldron egy a modern társadalmakban kívánatosnak tartott képviseleti demokrácia védelme.

5 ZÁRÓ MEGJEGYZÉSEK

Ez a cikk az igazságszolgáltatás és a demokrácia kapcsolatának aspektusait kívánja
Applied Social Sciences in Review, v. 20, n. 38, p. 203-237, félévenként, 2020. január-június.

megvitatni, különös tekintettel Jeremy Waldron hozzájárulására a bírói ellenőrzés jelenlegi rendszerének elemzéséhez - amelyet a posztpozitivizmus/neokonstitucionalizmus és a jogi pozitivizmus közötti diskurzus vitái hatnak át.

Az első témakörben megkérdőjeleződött az alkotmányok mint előzetes kötelezettségvállalások gondolata, amelyek a "féktelen" népszuverenitás korlátozására szolgálnak. Ebben az értelemben rámutattak az igazságszolgáltatás felértékelődésére, különösen akkor, amikor ez az intézmény bitorolja a jogalkotás feladatát, ami az eredetileg politikai funkcióra szervezett demokratikus terek megszűnését jelenti.

A 2. téma első pillanatban a demokrácia helyzetével foglalkozott a gazdasági globalizációra jellemző neokonstitucionalizmussal szemben. Egyes jelenségek ebben a helyzetben érzékelhetőek, mint például a jogfosztás és a dekonstitucionalizáció egy olyan folyamat eredményeként, amelyben a gazdaság kiszorítja a nyilvános vitát. Itt az értékek megfordulása érzékelhető, olyan mértékben, hogy a pénzügyi érdekek túlzott méreteket öltenek, olyannyira, hogy fordított vezető alkotmányról beszélhetünk. Az alkotmány mint előzetes kötelezettségvállalás alapjai a neoliberális foratókönyvben olyan mértékben erodálódtak, hogy megkérdőjelezhető, vajon lehetséges-e még elfogadni ezt a paradigmát ténylegesen létezőként vagy pusztán érvelési céllal kezelt elméleti feltételezésként.

Megfigyelhető továbbá a posztpozitivizmus irányába mutató tendencia, amely a magas erkölcsiséggel bíró elemek igényéhez kapcsolódik, és amely széles jogköröket biztosít a bírácoknak, és lehetővé teszi, hogy döntéseik elszakadjanak az alkotmány szövegétől. Ezt követően feltártuk a Brazíliában elfogadott neokonstitucionalizmus paramétereit, amelyek tartalmukban ötvözik a mozgalom pragmatikus és moralista változatát. Ezután nyomon lehetett követni azokat az érveket, amelyek megkérdőjelezzik a posztpozitivizmus elfogadását, és rámutattak annak törekenységére, mivel az elsősorban egy olyan jogi pozitivizmus elleni támadásokra épül, amely semmiképpen sem felel meg a valóságnak.

A 2. témakörben is szó esett a politika igazságszolgáltatásra való hajlamáról, különös tekintettel az alkotmányellenesség közvetlen fellépésének mint nélkülözhetetlen politikai eszköznek a használatára. A kérdés az, hogy nincsenek-e megfelelőbb eszközök a politikai cselekvés elérésére, amelyek a nép részvételét támogatják.

Végül a harmadik témakörben külön figyelmet kaptak Jeremy Waldron hozzászólásai a jelenleg érvényben lévő igazságügyi ellenőrzési rendszer megkérdőjelezéséről, a demokrácia mint a konfrontáció terepének állandó elutasításáról és a nép szinkron fogalmának felfogásáról. Waldron kritikája a bírói ellenőrzés rendszerének feltételezett szükségességéről két részre oszlott: a bírói tevékenység és a törvényhozás tevékenységének megértésére.

Waldron négy feltételezést állít fel a *bíróági felülvizsgálat* szükségtelenségére vonatkozó érvelés fenntartásához. A nehézséget az jelentette, hogy megértsük, milyen mértékben teljesülnek ezek a feltételezések a brazil társadalomban.

Az első feltételezés az, hogy a demokratikus intézmények meglehetősen jól működnek. Csak ebből a feltevésből kiindulva válna a jogszabályok bíróági felülvizsgálata kevésbé használható eszközzé, hiszen ha a döntések demokratikus térben - a nép részvételével - születnek, akkor mi értelme van annak, hogy a bírói testület bármilyen döntést hozzon annak tartalmáról?

A második feltételezés magának az igazságszolgáltatásnak a működésére vonatkozik, amelynek szintén ésszerű módon kell működnie. Ebben az értelemben Waldron leír néhány olyan jellemzőt, amelyekkel az igazságszolgáltatás rendelkezne egy olyan társadalomban, amely az általa kifejtett premisszáknak van alávetve. A szerző független bíróságokat képzel el, amelyek bírái nem kötődnek politikai pozíciókhoz.

Egy harmadik pillanatban a feltételezés az, hogy az ilyen társadalmat alkotó egyének többsége bizonyos mértékig elkötelezett a kisebbségek jogainak védelmének gondolata mellett. Más szóval, a lakosság körében konszenzus van abban, hogy a politikailag marginalizált csoportok jogait támogatni kell. Ez azonban nem jelenti azt, hogy minden ember egyetért abban, hogy mely jogokat kell megőrizni, és melyeket nem, és ez a negyedik előfeltevés, amely a demokráciát a konfrontáció tereként ismeri el, amelyben az emberek nem értenek egyet bizonyos kérdésekben, de megvannak az eszközeik arra, hogy ezeket a különbségeket közvetítsék, hogy az adott társadalom számára legmegfelelőbb megoldás szülessen.

Waldron szemszögéből továbbá megfigyelhető volt, hogy a demokratikus jogállamiság által biztosított népszuverenitáson alapuló demokrácia és a vonatkozó döntéseknek az igazságszolgáltatás keretein belül történő végrehajtása között ellentmondás van. A demokrácia a bírói kar aktív szerepe közepette szembesül egy olyan joghatósági elit létezésével, amely nem úgy jelenik meg, mint amely képes tükrözni a népet alkotó sokféle identitást. Ezért szükségessé válik, hogy a népi cselekvésnek presztízst adó stratégiákat a pluralitások összességéként gondoljuk el. Végül soron itt a jog definíciójáról és a demokrácia megerősítésében betöltött szerepéről van szó.

Ebben az értelemben a szövegben végig problematizálható volt a nép állandó eltávolítása a döntés helyéről. Ha a nép a demokratikus jogállam alapja, akkor semmi mással nem függ össze, mint hogy közvetlenül és/vagy képviselői útján gyakorolja a tanácskozó funkciót.

olyan kérdésekről, amelyek nagy hatással vannak arra, ahogyan ugyanezek az egyének a társadalmi tereket elfoglalják.

Köztudott, hogy válság idején a demokratikus intézmények próbára kerülnek, és néha megkérdőjeleződik a működésük. Az 1988-as köztársasági alkotmány deklarálja a hatalmak kölcsönös függőségét és autonómiáját, azonban ma a funkciók felforgatása érzékelhető. A populizmus megváltását tükrözve az igazságszolgáltatás megpróbálja az alkotmány szövegét az "utca hangja" szerint alakítani.

Az igazságszolgáltatás döntéshozatala, különösen a Legfelsőbb Bíróság tevékenységét illetően, közel áll a neokonstitucionalista irányzathoz, amely az olyan országokban, mint Brazília, az alkotmányos garanciák gyengülésének kiváltó oka lehet.

Másrészt a legfelsőbb bíróság ellen-többségi funkciójának eleget téve az STF olyan fontos társadalmi kérdésekben lép előre, mint például a homoszexuálisok egyesülésének elismerése. Az igazságszolgáltatásnak a társadalom fejlődésére adott válaszából függetlenül meg kell kérdőjelezni, hogy az ilyen döntéseket nem lehetne-e az emberek részvételével előkészíteni. Ha a demokrácia feltételezi a hangok egybehangzásának terét, miért hagyjuk kizárólag a nem választott emberekre a polgárok egészét érintő kérdések megvitatását? Ebben az értelemben a nép részvételét előnyben részesítő döntéshozatalt védik, ami a jogalkotási tevékenységben még nyilvánvalóbb. Magától értetődik tehát, hogy a bírói ellenőrzés szükségtelenné válik, ha a törvényhozás a demokráciát a hangok egyidejűségékként tükrözi.

Az elmondottak alapján úgy gondolhatjuk, hogy a politikai vita, az eszmék ütköztetésének megtagadása egyenértékű a demokrácia megcáfolásával, amelyet meg akarnak őrizni. Ezért lényeges, hogy megvitassuk, melyek a legjobb modellek a népi részvétel presztízsének megadására, hogy elkerüljük az abszolút paraméterekbe való belesüllyedést.

Ezen túlmenően a Waldron elméletének fejlődéséhez szükséges feltételezések nem tekinthetők teljes mértékben teljesítettnek a brazil valóságban. Társadalmunk strukturális problémái mellett, mint például a mély társadalmi egyenlőtlenség, amely a demokráciáról szóló vitát egy másik szintre emeli, ott vannak a tekintélyelvű tendenciák konjunkturális problémái is, amelyek még összetettebbé teszik a demokráciáról szóló vitát.

Fontos megjegyezni, hogy a jogvesztés és a demokratikus intézmények gyengülése közepette az igazságszolgáltatás lett az utolsó és egyetlen hely, ahol a követelések érvényesíthetők. Ráadásul az igazságszolgáltatással szemben megfogalmazott jogos kritikát a tekintélyelvű szektorok kisajátították annak érdekében, hogy

a kisebbségek jogainak garantálására szolgáló utolsó terület hatályon kívül helyezése. Csak az igazságszolgáltatás olyan kritikája elfogadható, amely a demokrácia elmélyítését és nem kizorítását célozza.

A demokrácia itt használt értelme a demokrácia liberális/formális értelme, amely képes elismerni, hogy a pártok pluralitása, az időszakos választások, a hatalom váltakozása és az intézmények működése elegendő feltétel lenne a demokrácia létezésének igazolására, még akkor is, ha a társadalmi egyenlőtlenség a világ forgatókönyvében rendkívüli szinten marad, ha a lakosság jelentős része továbbra sem rendelkezik az alapvető jogok gyakorlásának alapvető anyagi feltételeivel, és ha a fekete és periférián élő lakosság kiirtásának politikája továbbra is folyamatban van.

Waldron kritikája olyan feltételezésekre támaszkodik, amelyek ha nem is léteznek, de gyengülnek társadalmunkban, így tevékenységének kiterjesztése egyben a demokráciánk problémáinak eredménye - és nem csak oka - is. Ebben az összefüggésben a bírói aktivizmust egyszer már kritizálók azzal az ellentmondásos helyzettel szembesülnek, hogy meg kell védeniük az igazságszolgáltatást abban a formában, ahogyan az a funkcióit gyakorolja. Ez azért van, mert az intézmények jogos kritikáját - ami miatt az ilyen álláspontok ragaszkodást nyernek - cinikusan kisajátítják a tekintélyelvű és neofasiszta projektek védelmének alapjául.

A kutatás során azonosított néhány pont, mint például az igazságszolgáltatás igénybevétele a népi mozgósítás rovására, a politika konfliktusként való meghatározása, a nép szinkronikus felfogása és a demokrácia két, az intézményességre összpontosító - jogalkotási vagy joghatósági - jelentése felvetette a demokrácia egyéb paramétereinek kérdését. Ha a demokráciáról olyan intézményekben gondolkodunk, amelyek nem hagyják el teljesen az elitizmust az olyan periférikus országokban, mint Brazília, amely a világ egyik legegyenlőtlenebb országa, az a demokrácia szemantikai hatókörének leszűkítését jelenti. Bár Jeremy Waldron hozzájárulása fontos a neokonstitucionalizmusban feltételezett demokrácia korlátainak és ellentmondásainak azonosításához, nem mentes a saját korlátaitól. Ez a munka azonban nem javasolta, hogy szembenézzon a demokrácia intézményes/burzsoá felfogásának ellentmondásaival, de nem azért, mert kevésbé releváns, hanem elméleti elhatárolódás miatt.

HIVATKOZÁSOK

ALEXY, R. **Jogi érvelélmélet:** a racionális diskurzus elmélete mint a jogi érvelés elmélete. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BARRETO, V.; OLIVEIRA, R. de; STRECK, L. S. Ulisses és a szirének dala: a bírói *Applied Social Sciences in Review*, v. 20, n. 38, p. 203-237, félévenként, 2020. január-június.

aktivizmusról és a harmadik alkotmányozó kör bevezetésének veszélyeiről. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo: UNISINOS. Júl.-dec. 2009. p. 253.

BARROSO, L. R. Judicialization, Judicial Activism and Democratic Legitimacy. **(syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 5, p.23-32, jun. 2012. június.

BERCOVICI, Gilberto. **Szuverenitás és alkotmány**: Az alkotmányosság kritikája felé. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

CONSANI, C. F. Jeremy Waldron kritikája a kortárs alkotmányossághoz. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, v. 2, n. 59, p.143-173, aug. 2014.

COSTA, P. "Democracia Política e Estado Constitucional". In: COSTA, Pietro. **Szuverenitás, képviselő, demokrácia**: esszék a jogi gondolkodás történetéből. Curitiba: Juruá, 2010. 241-274. o. 93. o.

DIMOULIS, D. **Jogi pozitivizmus**: Bevezetés a jogelméletbe és a jogi-politikai pragmatizmus védelmére. São Paulo: Método, 2006.

ELSTER, J. **Ulises y las Sirenas**: estudios sobre la racionalidad y irrationalidad. Traducción de Juan José Utrilla. Mexikó: Fondo de Cultura Económica, 1989.

FARIA, J. E. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, J. E. (org.) **Jog és gazdasági globalizáció**: következmények és perspektívák. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FARIA, J. E. **O direito na economia globalizada**. Malheiros, 2002.

HIRSCHL, R. **A jogállam felé**: Az új alkotmányosság eredete és következményei. Harvard: Harvard University Press, 2004.

HOLMES, S. Az előzetes kötelezettségvállalás és a demokrácia paradoxona. In: J. Elster/ R. Slagstad (Orgs.), **Alkotmányosság és demokrácia**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988b. p. 195-240.

KELSEN, H. **Demokrácia**. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla és Vera Barkow fordítása. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, H. **A jog tiszta elmélete**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

MAUS, I. Az igazságszolgáltatás mint a társadalom szuperegója: a jogász tevékenység szerepe az "árva társadalomban". **Novos Estudos Cebrap**, Brazília, 58. szám, 183-202. o., 2000. nov. 185. o.

NOVAIS, M. M. de. A hősök tógát viselnek: norma, jog és kivétel a brazil jogelméletben. 304 f. Mesteri disszertáció. Posztgraduális jogi program. Santa Catarina Szövetségi Egyetem, Florianópolis, 2016.

POWER, T. Presidencialismo de Coalização e o design institucional no Brasil: o que sabemos até agora? In: SATHLER, A.; BRAGA, R. J. (szerk.). **Legislativo Pós-1988**: Reflexões e Perspectivas. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

RODRIGUEZ, J. R. Existe direito no Brasil? a cabrocha e o magistrado. In. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SILVA, V. A. da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, 2015.

SPINOZA, B. de. **Politikai értekezés.** Hagyományos. N. de Paula Lima. São Pulo: Ícone, 1994.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Tizenhét év a politika igazságszolgáltatásra való átállásából. **Revista de Sociologia da Usp**, São Paulo, v. 2, n. 19, p.39-85, nov. 2007. november.

VIEIRA, O. V. "Supremocracia". **Revistas Direito GV**, São Paulo. Vol .4 n.2. jul/dec 2008, pp. 441-464.

WALDRON, J. **A jogalkotás méltósága.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, J. A bírósági felülvizsgálattal szembeni ellenállás lényege. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Az alkotmányos joghatóság legitimitása.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

WALDRON, J. Alkotmányosság: szkeptikus szemlélet. **NYU School of Law, Public Law Research Paper** n. 10-87, 2012.

WALDRON, J. **Jog és nézeteltérés.** New York: Oxford University Press, 1999

WALDRON, J. **Politikai politikai elmélet.** Cambridge: Harvard University Press, 2016.