

A BÍRÓI FÜGGETLENSÉG, MINT AZ ALKOTMÁNYOSSÁGI ELJÁRÁSOKBAN A BÍRÓI AKTIVIZMUS ELŐFELTÉTELE*

César Augusto Molina Molina
Saldarriaga♦

Bevezetés A

bírói aktivizmus és a bírósági döntések hatékonysága a bírói függetlenség feltételezésén alapul. Ez negatív értelemben arra utal, hogy az igazságszolgáltatásba nem avatkozhatnak be az állam más közhatalmi és egyéb szervei, az eljárás alanyai és az igazságszolgáltatáshoz kapcsolódó egyéb társadalmi szereplők.

A funkciók átruházása, amely végső soron a bírói döntésekbe való más hatalmi szervek általi be nem avatkozás igazolását és a joghatósági ellenőrzési funkciók kiterjesztését jelenti, mint a szabály pusztá alkalmazási körét, vagy alkotmányosan rögzített hozzárendeléssel, vagy funkcióik bíróságok általi széles körű értelmezésével történhet; ez utóbbi, amely a nagyobb bírói aktivizmus tünetét jelenti.

A bírói függetlenség az egyik fő probléma, amellyel a latin-amerikai bíróságok szembesülnek. Bármelyik formális vagy tartalmi aspektusából, mint intézményi vagy szubjektív függetlenség, ez a döntéshozatali autonómia előfeltétele, amely véget vet az igazságszolgáltatási apparátusban megszólaló szubjektív konfliktusoknak. A relatív vagy abszolút függetlenség lehetőségei meghatározzák a bírói aktivizmus lehetőségeit a végrehajtó és a törvényhozó hatalom számára érzékeny gazdaságpolitikai döntésekkel járó jogok védelmében, a felülvizsgálat a politikák szociálpolitikák hogy a címen. ellátási jogosultságok és beavatkozás a belső vagy külső biztonságpolitikai intézkedésekbe.

• Ez a tanulmány a "Bírói függetlenség, bírói aktivizmus, a demokrácia és az egyenlőség garanciája. Un análisis a la relación entre política, función judicial y consolidación de la democracia en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991", amelyet az Universidad Pontificia Bolivariana finanszírozott.

♦ A medellíni egyetem jogásza. A medellíni Universidad Pontificia Bolivariana közigazgatási jogi szakjogásza. Kutatóprofesszor és a jogi kutatócsoport tagja az Universidad Pontificia Bolivariana egyetemen, valamint az Aburrá-völgyi metropolisztérség más egyetemeinek professzora.

Ezekben a témákban folytak a legnagyobb viták a bíróságok és a bírák azon képességéről, hogy magas politikai, gazdasági és társadalmi tartalmú döntéseket hozzanak, a bírói aktivizmus nagyobb vagy kisebb képességének elemzése során.

A szöveg célja, hogy fogalmi megközelítést adjon a bírói függetlenség és a bírói aktivizmus kérdéséhez, és ezt a köztársasági bírák alkotmányossági ellenőrzési és jogvédelmi hatásköréhez kapcsolja.

Mindenekelőtt a bírói függetlenség és a bírói aktivizmus fogalmát ismertetjük, hogy kapcsolatot teremtsünk az utóbbi és az előbbi között; kísérletet teszünk arra, hogy megállapítsuk a bírói funkcióba való beavatkozás korlátait, valamint annak szükségességét, hogy olyan intézményi és szubjektív garanciákat biztosítsunk, amelyek lehetővé teszik a bíróságok és a bírák számára, hogy a közhatalom más ágainak beavatkozásától mentesen működjenek.

Ezt követően összefüggést állapítunk meg e két előfeltevés, valamint a végrehajtó és a törvényhozó hatalom döntései feletti bírói ellenőrzés funkciója és a jogok alkotmányos intézkedésekkel történő védelmére vonatkozó hatáskör között.

Igazságügyi függetlenség. Elméleti keret az igazságszolgáltatás munkájának elemzéséhez.

alkotmánybíró. A

bírói függetlenség a mai jogállamok alkotmányai által előírt helyzetre utal. Az egyszerű, leíró módon megfogalmazott formula - az igazságszolgáltatás független, ahogyan azt a kolumbiai politikai alkotmány 228. cikke előírja - nem több, mint egy előíró formula kifejezése, amelynek értelmében a bírónak függetlennek kell lennie.

Amint *fentebb* említettük, a bírói függetlenség azt jelenti, hogy a végrehajtó és a törvényhozó hatalom, az állam más szervei és a társadalmi élet szereplői nem avatkoznak be indokolatlanul az igazságszolgáltatás sajátos funkciójába (VARGAS VIANCOS, 2002). Ezt a modern demokráciák közös jellemzője, az igazságosság fontossága indokolja, amelyet az állam és a társadalom közötti új kapcsolat motivál, amely megkérdőjelezte a hagyományos *laissez-faire-t*. (Lásd GUARNIERI és PEDERZOLI, 1999, 15).

A bírói függetlenség a közhatalmak megosztásának klasszikus liberális formulájában gyökerezik, amelyek autonóm módon és egymással harmonikusan együttműködve járnak el. Ez a fogalom annyiban indokolt, hogy kettős funkciót tölt be: a hatalom önkényes gyakorlásának korlátjaként és az egyének jogainak garanciájaként szolgál. Ezt a nézőpontot azonban Luigi Ferrajoli vitatja, amint azt az alábbiakban bemutatjuk. (FERRAJOLI, 2008)

A bírói funkció, különösen az alkotmánybíróságok progresszív jelensége válasz arra a jelenségre, amely a diktatúrák által sújtott évszázad után, amikor az igazságszolgáltatás a végrehajtó hatalom segédje volt, a latin-amerikai igazságszolgáltatást is átvette.

Több mint egy évszázad után az igazságszolgáltatás az egyik legfontosabb átalakulás előtt áll, amely intézményesülését és professzionalizálódását szolgálja, és amely remélhetőleg hatással lesz függetlenségi szintjére; mindezt a demokrácia új hulláma, a piac új logikája és az állam és a társadalom közötti kapcsolat által támasztott igények kísérik, amelyek új főszerepet adnak az igazságszolgáltatási rendszernek. (Lásd BURGOS SILVA et al., 2003).

A függetlenség a modern nyugati liberális államokban a jogállamiság létezésének és fejlődésének, a társadalmi jogállamiságnak és a jogállamnak az egyik alappillére, valamint népeik társadalmi, politikai, gazdasági és kulturális fejlődésének garanciája.

A bírói függetlenség szubjektív és objektív elemekből áll, amennyiben egy szubjektum, az igazságszolgáltatási apparátus és a bírák alkotják, szemben egy meghatározott objektummal, amelyet a közhatalom más szervei, különösen a végrehajtó hatalom és a társadalmi élet szereplői alkotnak.

Így Kolumbia politikai alkotmányának 113. cikke kimondja, hogy a közhatalomnak három ága van: a törvényhozó, a végrehajtó és a bírói hatalom. Azt is előírja, hogy az állam egyéb funkcióinak ellátására az említett ágakon kívül más szervek is léteznek; és ezt azzal zárja, hogy megerősíti, hogy az állam minden egyes szerve különálló funkciókkal rendelkezik, de harmonikusan együttműködik az állam céljainak megvalósítása érdekében.

Ebben az értelemben az igazságszolgáltatás az úgynevezett bírói függetlenség egyik szubjektív eleme. Így az Alkotmány 116. cikke kimondja, hogy az e hatalmat alkotó szervek gyakorolják az igazságszolgáltatást. Az Alkotmány 228. cikke a maga részéről kimondja, hogy az igazságszolgáltatás közfeladat, és hogy döntései függetlenek. Végül az Alkotmány 230. cikke kimondja, hogy a bírák döntéseikben kizárólag a jogállamiságnak vannak alárendelve.

A kolumbiai jogrendszer így ismeri el a bírói függetlenséget és annak szubjektív elemeit az alkotmányos rendelkezésekből. Ami pedig a bírói függetlenség célját illeti, elég, ha emlékeztetünk az Alkotmány 113. cikkének rendelkezéseire, annak utolsó bekezdésére, amennyiben elismeri, hogy a szervek különálló feladatokat látnak el, de harmonikusan együttműködnek az állam céljainak megvalósításában. Ez nem más, mint annak megtiltása, hogy más állami szervek beavatkozzanak az igazságszolgáltatás feladataiba és hatásköreibe.

E tárgyi elemmel kapcsolatban szükséges pontosítani, hogy az észjog és a felvilágosodás győzelme az abszolutista joghatósági elmélet felett a birodalmi és kabinetjog által hozott ítéletek átalakulását jelentette, amelynek eredete az uralkodó abszolút hatalma volt - elvileg az alattvalók javára és javára (!) - az igazságszolgáltatás objektív függetlenségének biztosítására és garantálására törekedve. (Lásd SIMON, 1985, 5)

Maga a kolumbiai politikai alkotmány a végrehajtó és a törvényhozó hatalomnak, valamint az egyéneknek bizonyos igazságszolgáltatási funkciókat biztosít; másrészt a végrehajtó és a törvényhozó hatalmat bizonyos funkciókkal ruházza fel az igazságszolgáltatással kapcsolatban, ami nem jelenti az utóbbiak alárendelését az előbbieknek. Így az Alkotmány 150. cikke a Köztársasági Kongresszusra ruházza a törvények értelmezését, reformját és hatályon kívül helyezését; a törvénykönyvek kiadását a jogalkotás valamennyi ágában és azok rendelkezéseinek reformját, valamint a közfeladatok ellátását és a közszolgáltatások nyújtását szabályozó törvények kiadását.

Ami a végrehajtó hatalmat illeti, az Alkotmány 201. cikke úgy rendelkezik, hogy a kormány az igazságszolgáltatással kapcsolatban felelős az igazságszolgáltatás szolgáltatásainak biztosításáért.

az igazságügyi tisztviselők utasításainak hatékony végrehajtásához szükséges segítségnyújtás, valamint a kegyelem megadása.

Meg kell tehát jegyezni, hogy az Alkotmány kifejezett szabályokat állapít meg az állam más szerveinek hatáskörére vonatkozóan az igazságszolgáltatás hatáskörével és feladataival szemben.

Ami a függetlenség típusait illeti, a tanítás nem volt egységes az egyes típusoknak adható megnevezésekben. Ez azonban nem jelentett problémát, amikor a függetlenség alapvető szempontjainak értelmezéséről volt szó. Dieter Simon (1985) így fogalmaz:

A bírói függetlenség klasszikus alapkérdése azonban a mai napig ismert formában már akkor megfogalmazódhatott elméletként, amikor a restauráció kora után megújult liberalizmus a függetlenség érvényesülését tűzte ki célul, az anyagi függetlenséget és a személyi függetlenséget a bírói függetlenség egyenértékű aspektusainak tekintve. (SIMON, 1985, 6)

Simon (ibid.) a továbbiakban megállapítja, hogy a függetlenséget objektív és személyes szempontból is meg lehet érteni. Az első aspektusból a "törvényes bíró" garanciájára és a bírónak a törvényhez való kötöttségére utal. Személyi szempontból a bíró felügyeletére utal, azaz a bírói tisztviselők hozzáférési vagy kapcsolattartási mechanizmusaira és a hierarchikus felügyeletre. (Lásd Ibid.)

Másrészt a függetlenség vonatkozhat magára a bírói funkciót gyakorló tisztviselőkre vagy magára az intézményre, azaz utalhat *szubjektív* vagy *személyes bírói* függetlenségre, valamint *intézményi*, belső és külső *bírói függetlenségre*, a bíró személyes függetlenségére és a bírói autonómiára. (Lásd FRANCO, Andrés, 1997).

E megkülönböztetéssel szemben az alapvető, a dinamikus, a tartalmi, a strukturális, a belső és a külső függetlenség fogalmait konstruálják (Ibid.). Az alapvető függetlenség a külső függetlenségi kritériumoknak magára a tárgyra gyakorolt közvetlen hatására utal, azaz a tárgy függetlenségét befolyásoló külső tényezők meghatározásában.

Dinamikus függetlenség a vizsgálati alany funkciójával kapcsolatban, azaz a vizsgálati alany funkcióját tevékenységének gyakorlása során befolyásoló külső tényezők meghatározásából ered. Ez utóbbi magában foglalja a jogi terület egyéb szereplőit¹, a peres feleket, az igazságügyi közpolitika tervezőit, az érdekcsoportokat, és többek között a döntéshozatal pártatlanságára utal. Az anyagi függetlenség, amely arra utal, hogy az igazságszolgáltatás képes a többi hatalmi ág megfontolásaitól függetlenül véleményt nyilvánítani és döntéseket hozni; és a strukturális függetlenség, amelyet a többi hatalmi ággal a jogalkotás és az igazságügyi közpolitika végrehajtása során kötött intézményi megállapodások alapján állapítanak meg, amelyek garantálják az érdemi függetlenséget.

Végül a külső függetlenség, amelyet a pénzügyi autonómia, a logisztika és a stabilitás garantálása határoz meg, ami lehetővé teszi, hogy a bíróságok saját szempontjaik alapján hozzanak döntéseket; és a belső függetlenség, amely az alsóbb szintű bíróságok autonómiájára utal, hogy a hierarchikusan feljebb álló szervek vagy a bürokratikus igazgatási és végrehajtási egységek nyomásától mentesen hozhatnak döntéseket és nyilváníthatnak véleményt.

A szubjektív függetlenség alatt a bírák és bírónők azon képességét értjük, hogy döntéseiket beavatkozás nélkül, azaz külső nyomástól mentesen hozzák meg.

"(...) [S]ubjektív vagy funkcionális függetlenség a bírói funkció lényege, amennyiben ez a többi hatalmi ág beavatkozásától való mentességet jelenti" (chaires zaragoza, 2004). (ZARAGOZAI SZÉK, 2004)

Ezek a szubjektív garanciák elsősorban azzal a lehetőséggel szilárdulnak meg, hogy a bíró jogilag dönthet, vagyis hogy döntése a lehető legnagyobb mértékben eléri a jogrendnek az érvelés folyamatából eredő, strukturális jellegű garanciákon alapuló elismerését. "Ezek a garanciák a bíró kizárólagos alávetettségétől kezdve a törvénynek való

¹ A jogi területről lásd: BOURDIEU, Pierre. *A jogszociológia elemei*. In: *La Fuerza del Derecho*. Ediciones UNIANDES, Bogotá, 2000. pp. 153-220.

a bírói pályához való hozzáférés, kinevezések, mozdulatlanág, gazdasági garanciák stb.". (Ibid.)

A bíró szubjektív függetlenségének megszilárdítása felé vezető első lépés a bírói életpálya kialakítása, amely lehetővé teszi a rendszer megtisztítását és a bírói tisztségekbe intellektuálisan és erkölcsileg megfelelő személyek kinevezését, vagyis a bírói pályára való belépésért és előléptetésért folyó verseny struktúrájával a bírói testület konfigurációjában, amely megvédi azt a bírói funkciót gyakorló személyek személyes eltéréseitől és a jogi terület más szereplőinek beavatkozásától.

A bírói karrier kialakítását viszont a végrehajtó és a törvényhozó hatalom, valamint az igazságügyi bürokrácia beavatkozásán kívül kell vizsgálni a bírák és bírák kiválasztásában és előléptetésében, mint a klientelista és korporatista érdekek korlátját.

"(...) [I]tt a demokratikus jogállamiság megbocsáthatatlan előfeltétele olyan igazságszolgáltatási rendszerek létrehozása, amelyekben biztosított a függetlenség elve, amelynek szolgálatában a törvényesség, a megfellebbezhetetlenség és a díjazás elvei állnak, e függetlenség ellenpólusa a bírák felelősségének elve, és a helyes meghatározás elemei a bírósági intézkedések átláthatósága és a polgárok megfelelő tájékoztatási rendszere" (Chaires Zaragossa, 2004). (ZARAGOZAI SZÉK, 2004)

Másrészt az intézményi függetlenséget a kormányzati ágak közötti és az igazságszolgáltatáson belüli szerves kapcsolathoz hasonlítják, és úgy határozzák meg, hogy a többi kormányzati ág nem avatkozik be indokolatlanul az igazságszolgáltatás igazgatásába és szervezetébe.

"(...) [Ez] tökéletesen integrálható a hatalmak együttműködésével, azaz objektív aspektusával, míg a funkcionális függetlenség szubjektív aspektusában nem engedi meg az ilyen együttműködést, mert ebben az esetben a bírói funkció lényegi függőségéről beszélhetnénk". (Ibid.)

Ez a fajta függetlenség azt feltételezi, hogy a többi hatalmi ág megérti az igazságszolgáltatás szerepét, azaz elismeri az igazságszolgáltatás mint hatalmi ág legitim munkáját.

független és a közjogok és szabadságok garantálásában meghatározó szerepet játszik. (Lásd CARRILLO FLÓREZ, 1998).

A bírói függetlenség magában foglalja a bíró személyes hozzáállását is az állam szerkezetében betöltött szerepével és a peres helyzetek meghatározásával kapcsolatban. A bírói függetlenséget objektív vagy szubjektív szempontból lehetővé tevő jogi struktúra meglétével párhuzamosan a bíró személyes hozzáállása is alapvető fontosságú a bírói függetlenség megszilárdításához. Intézményi és szubjektív garanciákat lehet rögzíteni egy jogrendszerben az igazságszolgáltatási apparátus függetlenségének biztosítása érdekében, de ha a bíró nem erkölcsileg független, akkor nem lehet elérni a kívánt függetlenséget. A függetlenség előfeltétele az igazságszolgáltatásra vonatkozó kizárólagos hatáskör és a joghatóság egységének megléte. Vagyis a törvény vagy az alkotmány által korábban meghatározott eljárások létezése, amelyek alapján a bírák a jogvitákat rendezik, és hogy ezek az eljárások és az igazságszolgáltatás által kezelt ügyek kizárólag rájuk tartoznak. Másrészt a joghatósági egység feltételezi a joghatósági funkciót ellátó egyetlen intézmény létezését, ami a különleges joghatóságok eltűnését, valamint az állam monopóliumát a bírói funkció gyakorlása terén, ami a magánjog mint konfliktusmegoldó eszköz nem létezését feltételezi.

A kizárólagosság organikus szempontból van jelen, amennyiben a többi közhatalom korlátai. A végrehajtó hatalomtól, válaszul a napóleoni formulára, amely szerint a bírói funkció az állam közigazgatási struktúrájához tartozik. Szemben a jogalkotó hatalommal, amelyet a jogállamiság fogalma határoz meg, ahol a bíró a jog alkalmazására korlátozódik. E tekintetben Juan Enrique Vargas Viancos professzor (2002) más véleményen van. A bírósági rendszerek működésének a joghatósági apparátus monopóliuma miatti ellenőrzésének bonyolultsága által generált vitában úgy véli, hogy "a jogvédelem más formáit kell ösztönözni azokon a területeken, ahol ez lehetséges. Alternatív konfliktusmegoldó mechanizmusok (például közvetítés és választottbíráskodás) telepítése (...)" (VARGAS VIANCOS, 2002). Vargas Viancos professzor szerint a bírák és bíróságok teljesítményének értékelésére szolgáló egyik mechanizmus a következőkkel való összehasonlítás.

alternatív igazságszolgáltatás, és ebben az értelemben a rendszer hatékonyságának biztosításához ösztönözni kell az ilyen mechanizmusok létrehozását és használatát.

A fenti megfontolások felvetik azt a kérdést, hogy miként biztosítható, hogy a függetlenség a bírák és a bírák tevékenységének garanciájaként jelenjen meg, és ne az igazságszolgáltatási rendszer intézményes korporatizmusának eszközeként. Más szóval, ha a független igazságszolgáltatási rendszer kialakítása, azaz az intézményi függetlenség nem garantálja a valódi szubjektív függetlenséget, hogyan biztosíthatjuk, hogy a függetlenség a szubjektív függetlenség garanciájává váljon, amivel e tanulmányban nem foglalkozunk, de fontos kérdéseket vet fel.

Igazságügyi aktivizmus. A jogok védelmének szükségessége a a demokráciánkat.

Bár a vita hagyományosan az alkotmánybíróságok megfelelő funkciói körül forog, és ezért az azonosított források száma is ezzel a témával foglalkozik, a bírói aktivizmus bírói funkcióban rejlő elemeivel általánosságban kell foglalkozni. Ezért, bár a felhasznált források az alkotmánybíróságok vagy törvényszékek bírói aktivitására utalnak, a bírói funkcióra absztrakt módon hivatkozunk. A nyugati országok diktatúrai után a jogba, mint az új rendszerek kiépítésének és fenntartásának mechanizmusába, vagyis mint az alkotmányok - törekvő értelemben vett - létrehozójába (lásd GARCÍA VILLEGAS, 2006), valamint mint a demokratikus, liberális és egyenlőségi jellegű politikai és társadalmi dinamika ösztönzőjébe vetett alapvető bizalom.

Mindezek alapján megállapítható, hogy az igazságszolgáltatás alapvető szerepe a jognak mint a hatalom szabályozásának technikájának, és különösen az alkotmányos alapokmányoknak mint olyan jogi-politikai dokumentumoknak a figyelembevételében tükröződik, amelyek a jogok széles körét ismerik el, az úgynevezett alapvető jogoktól kezdve a technológiai és információs jogokig, valamint a gazdasági, szociális és kulturális jogokig.

Esteban Restrepo megerősíti,

A legtöbb esetben az új alkotmányos alapokmányok kiadását alkotmánybíróságok vagy törvényszékek létrehozása kísérte, amelyek feladata az alkotmányos rend fenntartása és védelme volt.

újonnan létrehozott alkotmányos rendszer. Ennek érdekében az új alkotmány a bíróságok hatáskörébe utalja az alkotmányba ütköző jogi normák alkotmányellenesnek nyilvánítását, és ezen túlmenően létrehozza az alkotmányos keresetek és eljárások rendszerét, amelyek kifejezetten az alapvető jogok gyors és hatékony védelmét célozzák. Az új alkotmányos rendszer által létrehozott alkotmányos ellenőrzési rendszerek általában a bírói aktivizmus fokozódását eredményezik, amelyet az alkotmányos értékek, elvek és jogok kiterjesztése jellemez a társadalmi és politikai élet nem várt területeire.

A joghatósági ellenőrzés létezésének jelentősége az állam létezésének új felfogásában rejlik, amely olyan előjogok garantálásához kapcsolódik, amelyek nem tartoznak a szabadság és a magántulajdon hagyományos liberális elveihez. Ez a szociális, gazdasági és kulturális jogok, valamint a kollektív jogok vagy diffúz érdekek alkotmányba iktatása. E jogok és védelmük garanciáinak megléte a bírói munka új dimenzióját igényli, amely nemcsak az alkotmánybíróságok, hanem az egész igazságszolgáltatás feladata.

Ebben az értelemben a vita arról folyik, hogy kinek kell garantálnia e jogok hatékony megvalósulását, hogy ezek a közhatalom más ágainak, a végrehajtó és a törvényhozó hatalomnak a feladatai-e, vagy olyan feladatok, amelyeket a bírák a jogvédelmi és vitarendezési funkciójukból eredően maguknak tulajdoníthatnak. Ami pedig a bírói funkciót illeti, hogy az aktivista vagy önkorlátozó magatartást tanúsít-e a jogok garantálására való törekvés során, és hogy ez a magatartás mennyire kedvező a társadalmi jogállamiság és a demokrácia számára.

A bírói aktivizmus fogalmával kapcsolatban két álláspont létezik. Az első szerint a bírói tevékenység az állam, különösen a jogrendszer és különösen az alkotmányos posztulátumok céljainak, elveinek és célkitűzéseinek megvalósítására irányul, ami szigorúan véve nem tekinthető valódi bírói aktivizmusnak. Vagyis a bírák megfelelő tevékenysége, különösen alkotmányos funkciójukban, az alkotmányos posztulátumok hatékony őrzése és védelme, és ebben az értelemben helyesen nem a bírák és a bíróságok bírói aktivizmusa lenne, hanem inkább

Az alkotmányosan tulajdonított aktivizmus fogalmát a továbbiakban alkotmányosan tulajdonított aktivizmusnak nevezzük. Ezt a fogalmat *alkotmányosan tulajdonított aktivizmusnak* nevezzük.

Egy másik felfogás a bírói aktivizmust a bírák és bíróságok progresszív tevékenységeként határozza meg az alkotmányos jellemzés szerint nem alapvető jogok védelmében, új értelmezési kritériumok megfogalmazásaként, amelyek megreformálják a régi bírói értelmezési sémákat, ami ennek következtében új, a régiakkal szakító bírói precedensek javaslatához vezet.

A bírói aktivizmus kérdésének kezelésére két olyan megítélési vagy elemzési szempontot találunk, amelyek ideológiai-politikai és jogtechnikai magyarázatot kívánnak adni; az egyik a bírói aktivizmus és az *önkorlátozás* hívei közötti vita elemeinek meghatározására irányul; a másik a bírói értelmezés módszereivel foglalkozik. (Lásd PISARELLO, 1997).

A két analitikus megközelítés úgy kapcsolódik egymáshoz, hogy az ideológiai-politikai okok magyarázata elválaszthatatlanul kapcsolódik a technikai-jogi vagy értelmezési szemponthoz, és ez utóbbi a magyarázatot kereső dogmatikus ideológiai-politikai álláspontjában találja meg a magyarázatát.

A vita célja ezután az, hogy a két javasolt elemzési megközelítés alapján meghatározzuk az alkotmányos normatív tételek egy-, több- vagy egyenrangúságának felfogását és értelmezésük kritériumait.

Az értelmezési kritériumok tekintetében a bírói aktivizmusnak kétféle jellemzése létezik, az *interpretivista* és a *nem-interpretivista*, mindkettő a bírói aktivizmus mellett és ellen szóló modulációkkal (lásd PISARELLO, 1997).

Az interpretivisták számára az alkotmányos posztulátumok és az alapjogok egyértelmű jelentéssel bírnak, amelyet a bírói testület nem normatív források igénybevétele nélkül is meg tud fejteni. A nem értelmezők számára az alkotmány pontos és egyértelmű előírásokat tartalmaz, illetve olyan előírásokat, amelyekkel szemben a bírának több értelmezési lehetőségük van, mint például az alapjogok.

Az aktivizmus kritikája a *szigorú interpretivizmus* vagy a *originalisták* és *mérsékelt nem-interpretivisták*. Az első értelemben a meghatározás

az alkotmányos normák hatályát magában az alkotmányszövegben kell keresni, és az ortodox értelmezési kritériumok és módszerek alkalmazásával meg lehet fejteni a jelentésüket. Ha ez nem lehetséges, mint a *mérsékelt nem-interpretivisták*, az úgynevezett *bírói különbségtétel* hívei esetében, a bírácoknak a jogalkotóhoz kell fordulniuk a végső válasszal. Ez egy ellen-többségi ellenvetés a bírácokkal szemben, akiket nem demokratikusan választanak meg, és nem is tartoznak elszámolással a választóknak.

A *mérsékelt nem-interpretativizmus* e doktrinális megfontolásai alapján a kiterjedt bírói tevékenység lehetőségét tagadják. A bírói hatalom ellen-többségi kritikája a demokráciaelmélet korlátozott értelmezéséből kiindulva úgy véli, hogy a bírácoknak, mivel nem demokratikusan választott személyek, a fogalmi korlátok és a normatív rendelkezések tartalmának meghatározását a közhatalom demokratikusan választott szerveinek kell átadniuk. A társadalmi és gazdasági fenntarthatóság közpolitikáinak meghatározását a demokratikusan megválasztott végrehajtó intézmények és megbízottjaik politikai kormányprogramjaiban kell megfogalmazni, a normatív, jogalkotási és szabályozási irányelvek meghatározását pedig a normateremtés formális folyamatainak kimerítésével kell elvégezni, ami kizárólag a törvényhozás vagy a végrehajtó hatalom rendkívüli hatáskörének gyakorlása.

A bírói aktivizmus védelmében *mérsékelt interpretativizmust* és *szigorú nem-interpretativizmust* találunk. Az előbbi esetében Dworkin megkülönbözteti a *fogalmakat* és a *konceptiókat*. A *konceptiók* a konstituens egyértelmű választásai, és ezért a normaszöveg szó szerinti értelmezésével alkalmazhatók. A *fogalmak* viszont nyitottak és homályosak, és értelmezési problémát jelentenek, mivel a politikai erkölcsről alkotott, egymással versengő elképzeléseket tartalmaznak. Ez utóbbit illetően, az alkotmány egyértelmő értelmezése miatt a bírónak erkölcsileg jobb felfogása lenne az alkotmányos fogalmak pontosításához, mint a jogalkotónak (Hercules bíró).

A *szigorú nem-interpretativizmus* számára, tekintettel arra, hogy az alkotmányos előírások nem léteznek egyértelmű jelentéssel, minden nemzedéknek meg kell ítélnie az élő alkotmányt, és ebben a sorrendben az alkotmánybíróságok feladata nem a bírói értelmezés, hanem a politikai alkotás. Az igazságszolgáltatási funkció

A cél a normatív rendelkezések alkalmazási korlátainak és lehetőségeinek meghatározása. Ezek nem kész, még kevésbé egyértelmű kifejezések; szemantikai tartalmuk homályossága miatt szükség van a rendelkezés megfogalmazásával elérni kívánt jelentések aktualizálására. Ebben az értelemben a bírák képesek és jogosultak arra, hogy olyan fogalmaknak adjanak érvrendszert, amelyek az anakronizmus miatt használaton kívülre kerültek. A normatív tartalom a bírói értelemalkotás révén általánossá válik, szinkronba hozva azt, ami mostanra használaton kívülre került, újra fel kell venni. A bíró értelemteremtő képessége új jelentőséget kap.

A mai alkotmányok nem minden normatív rendelkezése világos és egyértelmű, még kevésbé az emberi jogok konkrét tartalmának és hatályának meghatározása; Ezért van szükség e normák tartalmának és hatályának körülhatárolására, és ebből arra lehet következtetni, hogy a dogmatikán belül a harc azon folyik, hogy ki határozza meg az alkotmányos normák határait és jelentését, azaz, hogy a jogalkotó és a végrehajtó hatalom vagy a bírák illetékesek-e e normák hatályának körülhatárolására, és hogy az e problémával kapcsolatos döntéseik mennyiben garantálják a jog hatékonyságát vagy nem hatékonyságát.

Bourdieu (2000) megfontolásaihoz, az *Elemek a jogi mező szociológiájához* című esszéjében, ebben a

(...) harc alakul ki a jogot kimondani a jogot, vagyis a jó elosztás (nomosz) vagy a jó rend megállapításának monopóliumáért. Egy olyan küzdelem, amelyben a társadalmi és technikai kompetenciával rendelkező, egymástól elválaszthatatlanul szociális és technikai kompetenciával rendelkező ágensek, akik lényegében a társadalmi világ legitim, helyes látásmódját rögzítő szövegek (többé-kevésbé szabad és engedélyezett) értelmezésének társadalmilag elismert képességéből állnak, egymással szemben.

Bourdieu fentebb idézett munkája alapján az igazságügyi tisztviselők megfelelő funkciója - a jog szimbolikus hatékonysága révén, Bourdieu kifejezésével élve - szigorúan véve nem a jog *értelmezése*, hanem a jog megalkotása.

Ebben az értelemben a bírói aktivizmust többek között azért kritizálják, mert beavatkozik a közhatalom más szerveinek funkcióiba, például a közpolitikák meghatározásába és a politikai jellegű normák kiadásába.

A bírói funkció túlmutat a negatív jogalkotói tevékenységen, amelyet a gazdasági, szociális és kulturális jogok (ESCR) hatékony garantálására és védelmére irányuló törvények alkotmányosságának ellenőrzésén keresztül gyakorol. A bírói funkció túllépi határait, amikor döntései révén e jogok alkalmazására és garantálására törekszik, és ebben az értelemben aktivista. Így az ESCR védelme nem lehetséges a bírák tevékenységén keresztül, alkotmányos mechanizmusok segítségével, mivel ezek programszerű jogok, és nem azonnal alkalmazhatóak, ami a bírálók szerint a jogalkotók és nem a bírói testület feladata.

Egyesek azonban a bírói aktivizmus védelmét politikai és nem szigorúan jogi szempontból javasolták, mivel ez a demokrácia és a jogállamiság védelmének forгатókönyve. Javier Couso professzor (2004) így érvel: "(...) Akárhogy is van, és tekintettel az igazságszolgáltatás politikai hatására, nélkülözhetetlenné vált, hogy az igazságügyi változót beépítsük egy adott ország politikai fejlődésének többé-kevésbé szisztematikus elemzésére irányuló kísérletbe".

A politikai elemzésnek ez a perspektívája azért fontos, mert a demokrácia megszilárdítása és a végrehajtó és törvényhozó hatalom gyakorlása során elkövetett túlkapások korlátozásának módja átkerült a bírósági szintésre, mint az egyének jogainak garantálására és a hagyományosan kirekesztett kisebbségek részvételének előmozdítására szolgáló mechanizmusra.

Ez az elemzési változó magában foglalja azt a szempontot, hogy a feltörekvő vagy a konszolidált demokráciákban az igazságszolgáltatás szerepe. Ennek oka, hogy a konszolidált demokráciákban az igazságszolgáltatás szerepe az intézményesített *állapotok* megőrzésére irányul, azaz az egyes közhatalmi szervek, köztük az igazságszolgáltatás által vállalt szerepek megőrzésére.

A maga részéről a feltörekvő vagy kialakulóban lévő demokráciákban, amelyek törekvő alkotmányokon alapulnak (lásd GARCÍA VILLEGAS, 2006), a bírói hatalom szerepe a hatalomgyakorlással kapcsolatos túlkapások megfékezésére és a politikai és demokratikus játékból hagyományosan kizárt lakossági rétegek részvételének előmozdítására irányul.

Couso professzor (2004) szavaival élve, a fent említett cikk munkahipotéziseként azt kell elemezni, hogy a bírói hatalom aktív szerepe a következőkben

a politikai forgatókönyv végül meghiúsíthatja vagy megsemmisítheti a bírói függetlenséget, mint a demokratikus jogállamiság létének előfeltételét.

E célból olyan fogalmi elemeket kell figyelembe venni, mint a demokratikus minimalizmus és a demokratikus részvétel előmozdítását garantáló, erősen aktivista igazságszolgáltatás szükségessége. Couso (2004) O'Donnellre (1999) és Huntingtonra (1996) hivatkozva azt állítja, hogy

"Az ilyen "autoriter demokráciákban" a demokratikusan megválasztott kormányok a lakosság nagy részét - általában a szegényeket, a vidéki lakosságot és az etnikai kisebbségek tagjait - olyan módon kezelik, amely nem különbözik a múltbeli autoriter rezsimek által alkalmazottaktól. A hasonlóságok közé tartozik az emberi jogok rendőrségi megsértése, az igazságszolgáltatáshoz való hozzáférés hiánya, valamint a korrupstisztviselők - különösen a végrehajtó hatalomhoz kapcsolódó tisztviselők - önkényes bánásmódja.

Couso (2004) a továbbiakban azzal érvel, hogy a minimalista demokráciák helyett a jól bevált demokráciák paradigmatis eseteinek lényeges jellemzőivel kell foglalkozni, ami lehetőséget teremt olyan elemek azonosítására, amelyeket eddig keveset tanulmányoztak azok, akik a demokrácia és a bírói aktivizmus kérdésének szentelték magukat. Ezekben olyan elemek azonosíthatók, mint a liberális intézmények megléte, például a jogállamiság, a hatalmi ágak szétválasztása, az igazságszolgáltatás függetlensége és a polgárok alapvető emberi jogainak tiszteletben tartása.

Most, a fent említett elemek szempontjából újszerű kérdésként javasolja, hogy a törvény alkotmányosságának ellenőrzésére irányuló bírói funkció a demokrácia és a jogállamiság megszilárdításának folyamatával van összefüggésben. E célból a "névleges bírászkodás" és a "tényleges bírászkodás" elemzését javasolja, mint a bírói aktivizmus előfeltételeit. (COUSO, 2004)

Olyan mutatók kidolgozását javasolja, amelyek segítenek megkülönböztetni a bírói ellenőrzés hatékony gyakorlását azoktól, amelyek pusztán névleges kijelentések, amelyek pusztán retorikai kérdéssé teszik azt; körülhatárol néhány akadályt a bírói aktivizmus mértékének meghatározásához; azonosítja a

az aktivizmus mérésének kritériumait, és meghatározza a bírói aktivizmus meglétének feltételeit.

Az akadályok közül az első "(...) abból ered, hogy a bíróságok csupán reagálnak az állam "politikai" ágainak, a végrehajtó és a törvényhozó hatalomnak az intézkedéseire" (COUSO, 2004). (COUSO, 2004) Másodszor, "(...) a legitimitásukat hosszú távon megszilárdítani igyekvő bíróságok gyakori stratégiája, amely abban áll, hogy egy aktivista időszakot követően átmenetileg alárendelt magatartást tanúsítanak a politikai hatalommal szemben, azzal a céllal, hogy elegendő legitimációs tartalékot halmozzanak fel, amely lehetővé teszi számukra, hogy később visszatérjenek az aktivista magatartáshoz" (Ibidem). Végül Couso harmadik nehézségként javasolja, hogy "(...) a bírói aktivizmus szintjének megállapítása egy adott országban (...) megköveteli a megfigyelőtől, hogy belső nézőpontot vegyen fel, azaz figyeljen a szóban forgó jogi doktrína és joggyakorlat tartalmára". (Ibid.)

Ami a bírói aktivizmus mérésének kritériumait illeti, Epp (1998) nyomán Couso a bírói aktivizmus definícióját feltételezi: "(...) az a folyamat, amelynek révén az alkotmánybíróság "megteremti vagy kiterjeszti az alkotmányos jogok számát". Végül pedig a bírósági aktivizmust, illetve a politika bírósági jellegűvé válását lehetővé tevő tényezők vagy feltételek tekintetében Neal Tate-et idézve tényezőként sorolja fel a demokratikus rendszer meglétét, a hatalommegosztás rendszerét, a jogok kultúráját, a gyenge politikai pártokat vagy törékeny kormánykoalíciókat, amelyek akadályozzák a közpolitika kialakítását és végrehajtását, valamint a bíróságoknak a közpolitika bizonyos területein történő döntéshozatalra való felhatalmazását. Couso ezeket a tényezőket intézményi tényezőkre és kulturális tényezőkre különbözteti meg, attól függően, hogy az előbbi tényezők a szervezeti, logisztikai és politikai tényezőkre, az utóbbiak pedig a kulturális és szimbolikus tényezőkre vezethetők vissza.

Couso leírja a bírói aktivizmus folyamatainak elemzéséhez szükséges elemeket, különösen a kialakulóban lévő vagy nem konszolidált demokráciákban. Ennek érdekében Nonet és Selznick (1978) alapján az alkotmányos állam három aspektusát írja le. A

a "jog elnyomó dimenziója", amely a tekintélyelvű államokra jellemző, ahol a jogrendszer az állam elnyomó hatalmának szolgálatában áll, és amelyet a társadalmi ellenőrzés és rend hangsúlyozása, az *ad hoc* jogi érvelés alkalmazása, a kényszer széles körű alkalmazása és a jog politikai hatalomnak való alárendelése jellemez; a "jog autonóm dimenziója", amely a jogállamiságra jellemző, és amelyet az eljárási igazságosság hangsúlyozása, a törvényhez ragaszkodó bírói érvelés, a kényszer ellenőrzött alkalmazása és az igazságszolgáltatás függetlensége a többi hatalmi ágtól jellemez.

Végül utal egy utolsó dimenzió, az úgynevezett "érdemi dimenzió" létezésére, ahol az érdemi igazságszolgáltatásra, a kevésbé formalista jogi érvelésre, valamint a jogi és politikai törekvések integrálására helyezik a hangsúlyt a bírói ítélkezési gyakorlatban.

A jog "autonóm dimenziójának" előretörése a kialakulóban lévő demokráciákban, amelyet a "tekintélyelvű dimenzióból" az "anyagi dimenzióba" való hirtelen átmenet alakít ki, amennyiben a bírói ítélkezés politikai törekvésekkel való összekapcsolása anélkül, hogy az autonómia forgatókönyvén túljutottunk volna, ellentétes lehet az aktivista igazságszolgáltatáshoz, mint a demokrácia megszilárdításának tényezőjéhez fűzött reményekkel.

Az alkotmányossági per. Negatív törvényhozó, bitorló

alkotmányos hatáskörök és jogok.

Kolumbia politikai alkotmánya elismeri a hatalmi ágak szétválasztását és harmonikus együttműködését. A 113. cikk szerint a közhatalomnak három ága van: a törvényhozó, a végrehajtó és a bírói hatalom. Elismeri továbbá az egyéb közfeladatok ellátására szolgáló egyéb szervek létezését, amelyek mindegyike különálló feladatkörrel rendelkezik, és harmonikusan együttműködik az állam céljainak elérése érdekében.

Az egyes kormányzati ágak és egyéb szervek hatáskörének általános kereteit az Alkotmány határozza meg. A 114. cikk kimondja, hogy a Köztársaság Kongresszusa felelős az alkotmány reformjáért, a törvényhozásért, valamint a kormány és a közigazgatás politikai ellenőrzéséért. A végrehajtó hatalom feladat- és hatáskörét a maga részéről az organikus rendelkezések egész sora határozza meg.

alkotmányos rendelkezések, amelyek meghatározzák az elnök, a kormány, a kormányzók és polgármesterek, valamint más közigazgatási hatóságok feladatait.

Másrészt, ami az igazságszolgáltatást illeti, az Alkotmány előírja, hogy az igazságszolgáltatásért felelős, hogy ez közfeladat, és hogy az általa hozott döntések függetlenek; továbbá elosztja a különböző joghatóságok alkotmányos hatáskörét, meghatározza többek között összetételüket (lásd az Alkotmány VIII. címének 228-257. cikkeit).

Ami a törvények ellenőrzésének funkcióját illeti, amely végül is az a kérdés volt, amely a bírói hatalmat mint negatív jogalkotót vitára bocsátotta, a politikai alkotmány ezt a hatáskört az Alkotmánybíróságra ruházta. A 241. cikk e tekintetben előírja:

Az Alkotmánybíróság feladata az Alkotmány integritásának és felsőbbrendűségének védelme, e cikk szigorú és pontos értelmében. E célból a következő feladatokat látja el:

1. Döntsön az alkotmányt megreformáló törvények ellen benyújtott alkotmányellenességi panaszokról, függetlenül azok eredetétől, kizárólag a megalkotásuk során elkövetett eljárási hibák miatt.
2. A népszavazás vagy az Alkotmányt megreformáló Alkotmányozó Gyűlés összehívásának alkotmányosságáról a népszavazás vagy az Alkotmányt megreformáló Alkotmányozó Gyűlés összehívása előtt csak az alkotmány megalkotásának eljárási hibáira hivatkozva döntsenek.
3. Döntsön a törvényekről szóló népszavazások, valamint a nemzeti szintű népi konzultációk és népszavazások alkotmányosságáról. Ez utóbbiak csak az összehívásuk és megtartásuk eljárási hibái miatt.
4. Dönt a polgárok által a törvények ellen benyújtott alkotmányellenességi panaszokról, mind azok anyagi tartalma, mind a megalkotásuk során elkövetett eljárási hibák miatt.
5. Dönt a polgárok által a kormány által az Alkotmány 150. cikkének 10. pontja és 341. cikke alapján kiadott törvényerejű rendeletek ellen benyújtott alkotmányellenességi panaszokról, amelyek anyagi tartalmuk vagy a megalkotásuk során elkövetett eljárási hibák miatt merülnek fel.

(...) 7. Határozzon véglegesen a Kormány által az Alkotmány 212., 213. és 215. cikke alapján kiadott törvényerejű rendeletek alkotmányosságáról.

8. Döntson véglegesen a kormány által alkotmányellenesnek minősített törvénytervezetek, valamint a jogszabálytervezetek alkotmányosságáról, mind anyagi tartalmuk, mind a megalkotásuk során tapasztalt eljárási hibák miatt.

(...) 10. Határozzon véglegesen a nemzetközi szerződések és az azokat jóváhagyó törvények végrehajthatóságáról.

(...) SZAKASZ: Ha a Bíróság az ellenőrzése alá tartozó jogi aktus megalkotásakor orvosolható eljárási hibákat állapít meg, elrendeli annak visszaküldését az azt kibocsátó hatóságnak, hogy az - amennyiben lehetséges - a tapasztalt hibát javítsa. A hiányosság orvoslását követően dönt a jogszabály alkotmányosságáról.

E forgatókönyv keretében és Luigi Ferrajoli professzor (2008) tézisei alapján a következő megfontolások kerülnek bemutatásra.

A nyugati államok modern struktúrájában két döntési forgatókönyv különböztethető meg, amelyek a közhatalmak közötti viszonyok, hatáskörök és funkciók újraértékelését teszik szükségessé, és meghatározzák a kötelező döntési forgatókönyvet. A eldönthető és a meg nem dönthető szférák olyan forgatókönyvek, amelyeket Ferrajoli professzor a politikai-jogi játék új forgatókönyveiként ír le, amelyek az alkotmányjog keretein belül érzékenyebbek.

Egyfelől a megdönthetetlen szférája azon elvek összességére utal, amelyek a modern demokráciák keretein belül a többség és képviseleti szerveik döntési jogköréből kivonásra kerülnek. (Lásd FERRAJOLI, 2008). A korlátozásnak ebben a forgatókönyvében a közhatalomnak a liberális állam kialakulása óta indokolt korlátai vannak.

Ez a megdönthetlenség, Ferrajoli megkülönbözteti (Ibidem), lehet abszolút vagy relatív. Az első a merev alkotmányok rendszereiben fordul elő, ahol az alkotmányreform minden lehetősége kizárt; a második azokban az alkotmányos rendszerekben fordul elő, ahol többé-kevésbé súlyosbított eljárások vannak az alkotmányreformra és az alkotmányok helyettesítésére, vagyis ahol rugalmas alkotmányok vannak.

Ami a döntés kötelező terének tekintett területet illeti, azt úgy kell érteni, hogy ami eldönthetetlen, az a negatív szabadságjogokkal, az alkotmányos védelem azon területeivel lesz összefüggésben és körülhatárolva, amelyek korlátokat szabnak a közhatalom gyakorlásának. Másrészt, ami eldönthető, azt úgy kell érteni, mint ami a pozitív szabadságjogokhoz kapcsolódik, vagyis azt az alkotmányos forgatókönyvet, ahol a hatóságok számára cselekvési kötelezettségeket írnak elő azzal a céllal, hogy biztosítsák az egyének számára az anyagi létfeltételeket. Azt is meg kell határozni, hogy ezek a kötelezettségek a magánjog területére is kiterjednek, korlátokat szabva a piacnak és a tőke logikájának, mivel a szociális jogállamban egyik szereplőnek sincs abszolút hatalma - legalábbis formálisan.

A fenti két szféra szimmetrikusnak mondható, amennyiben arra szolgál, hogy meghatározza a politikai mérlegelés szféráját, azaz a kormányzati funkciók és intézmények szféráját, valamint a közhatalmi jogrendnek való alávetettség szféráját, vagyis azt, amit a garancia funkcióinak és intézményeinek neveztek. A funkciók és cselekvési szférák fenti osztályozása megkérdőjelezte a Montesquieu és Locke által javasolt klasszikus hatalommegosztási modell megfelelését, mivel ez az osztályozás nem magyarázza meg a közhatalom dinamikáját és viszonyait a mai nyugati demokráciákban.

Ezért úgy vélem, hogy a Montesquieu-ig visszanyúló, klasszikus, tizennyolcadik századi hatalommegosztás ma már nem alkalmas arra, hogy a kortárs demokráciák közsférájának összetettségét figyelembe vegye. Leíró szinten nem megfelelő, mivel ellentmond minden olyan parlamenti politikai rendszernek, amelyben a kormány elnyeri a házak bizalmát, és a végrehajtó és a törvényhozó hatalom közötti kapcsolat ezért nem a szétválasztás, hanem a megosztás viszonya: az előbbinek az utóbbival való konfliktus esetén *soumettre ou se demettre*. De axiológiai szinten is elégtelen, mivel a manapság a közsférához rendelt rengeteg funkció nem teljes egészében a montesquie-i hármas tagolásba sorolható. Különösen a szociális állam kiépítésével kialakult számos közigazgatási funkció valójában nem kormányzati, hanem garanciális funkció, amelyek gyakorlása a szociális államhoz hasonlóan nem kormányzati, hanem garanciális funkció.

a bírói funkcióval, annak jogi előfeltételeinek alkalmazásában áll, és nem függőséget és ellenőrzést, hanem éppen ellenkezőleg, függetlenséget igényel a kormányzati funkcióktól, azaz a végrehajtó hatalomtól, amelyen belül azok minden alkotmányos terven kívül fejlődtek ki. (FERRAJOLI, ibidem).

Végül, a legitimációs források szempontjából Ferrajoli professzor (ibidem) megállapítja, hogy a közhatalomból eredő hatáskörök, funkciók és kapcsolatok köre a végrehajtó és a törvényhozó hatalom esetében a képviseletre korlátozható, amely annak a szférájával foglalkozik, ami eldönthető, vagy ami a demokratikus vitára bízható. Az igazságszolgáltatás számára viszont a legitimáció forrása a jog - amelyet jogrendszerként kell érteni -, amennyiben a megdönthetetlen szférájával foglalkozik, vagyis azzal, amiről a demokráciában még a többség akarata sem rendelkezhet. A fent említett szerző azt állítja:

A fentiekből következik, hogy a döntési jogkör a politikai kormányzati funkciók hatáskörébe tartozik, amelyek a tulajdonképpeni kormányzati funkciók mellett a politikai képviselet által legitimált törvényhozási funkciókat is magukban foglalják, nyilvánvalóan az alkotmánynak megfelelően. Ezzel szemben a megdönthetetlen szférája a hatáskörbe tartozik, és a garanciális funkciók és intézmények szabályozzák, amelyek a bírói funkciók és intézmények mellett a közigazgatási garanciális funkciókat is magukban foglalják, amelyeket ugyanúgy az érdemi alkalmazás, és nem a jog egyszerű tiszteletben tartása legitimál. (FERRAJOLI, ibidem).

Ebben az összefüggésben egyértelmű, hogy az igazságszolgáltatás feladata, hogy meghatározza a végrehajtó és a törvényhozó hatalom hatáskörét és illetékességét bizonyos döntések meghozatalában a meg nem határozható szféra védelme érdekében. Ezen az alapon kritizálják a bírói kar beavatkozását a többi hatalmi ág főbb döntéseibe, sőt, még a bírói karon belül is az instanciák és a felsőbíróságok közötti beavatkozást; ezt nevezik vonatrombolásnak, bírói uralomnak és törvényhozói bitorlásnak.

Ez utóbbi forgatókönyv, a jogalkotói bitorlás, ahol azt állítják, hogy az alkotmánybíráskodás negatív jogalkotóként működik. Foglalkozni fogunk

A probléma az igazságszolgáltatás beavatkozásának igazolása lesz ezen a területen.

Először is, az alkotmánybíráskodás a közhatalom hármass felosztásával kapcsolatban három alapvető funkciót lát el a társadalmi jogállamiság stabilitása szempontjából: a törvények, a politikai normák és a gazdaság ellenőrzését. Ezen ellenőrzések mindegyike beavatkozást jelent a többi kormányzati ág valamelyik fő funkciójába.

Ezen ellenőrzés tekintetében az alkotmánybíráskodás természetét aszerint vitatták meg, hogy az egy politikai vagy egy jogi személy, vagy - ahogyan az itt képviselt álláspontot képviseljük - egy jogi-politikai személy által ellátandó funkció legyen-e. A kérdés, hogy az alkotmánybíráskodást az alkotmánybíráskodást a politikai vagy a jogi személynek kell-e végeznie, nem tartozik az alkotmánybíráskodáshoz. Egyes szerzők még ennél is tovább mennek, és amellet érvelnek, hogy a testületnek autonóm szervnek kellene lennie, amely nem tartozik az igazságszolgáltatáshoz. Diego Fernando Tarapués Sandino (2007) az utóbbi álláspontot képviseli, aki szerint:

Az Alkotmánybíróság jellege a tudományos világban és az alkotmányos rendszerek összehasonlító valóságában még mindig bizonytalan, mivel egyesek szerint politikai intézmény, mások szerint teljesen jogi intézmény, megint mások szerint jogi-politikai keverék. Annak ellenére azonban, hogy nincs egységes kritérium ebben a kérdésben, elismerik az olyan általános, tendenciaszerűen politikai szempontokat, mint a megalakulása, határozatainak hatása, keletkezése, sőt annak szükségessége, hogy a hatályos politikai rendszerekben a közhatalom teljesen autonóm intézménye legyen, hogy hatékonyan tudja ellátni funkcióját, és ne ütközzön akadályokba a demokratikus állam intézményrendszerében.

Az egyik vagy másik álláspont védelme három olyan elem elismerését feltételezi, amelyek egy ilyen elméleti perspektívában egybeesnek: a szerv, a funkció és a cél. A szerv tekintetében az alkotmánybíróságra történik utalás; a funkció az alkotmányos ellenőrzésre vonatkozik a három említett szempont szerint, a cél pedig a politikai alkotmány védelme.

Azok, akik az ellenőrzést mint politikai funkciót védik, azzal érvelnek, hogy a cél egy politikai eszköz - a politikai alkotmány - védelme, és ebben az értelemben a védelemért felelős szervnek politikai hatóságnak kell lennie. Ez a szerv lehet a törvényhozás vagy a végrehajtó hatalom. Azok, akik védik az irányítást

Az előbbi esetében azt állítják, hogy funkciója az *erga omnes* normák megalkotása, a nép legfőbb képviseleti intézménye, és a levezetett alkotóelem - Kolumbia politikai alkotmányának 114. cikke. Azok, akik a végrehajtó hatalom ellenőrzését védik, azzal érvelnek, hogy az elnök az a szerv, amely a legnagyobb népi bizalommal bír, ráadásul ő a nemzet egysége, a legfőbb közigazgatási hatóság, az államfő és a kormányfő - a kolumbiai alkotmány 188. és 189. cikke.

Ferrajoli (2008) elmélete alapján az a nézet, hogy ezt az ellenőrzést az igazságszolgáltatásnak kell gyakorolnia, támogatható. Az érvek alátámaszthatók annak megerősítésével, hogy az igazságszolgáltatás feladata a politikai alkotmány integritásának és elsőbbségének védelme, és ebben az értelemben a többi közhatalom által kibocsátott normák alkotmánynak való megfelelése - Kolumbia politikai alkotmányának 241. cikke.

Ebben a logikában a döntései át kell, hogy hatják a joghatóság többi részét, és ki kell terjedniük a többi közhatalom értelmezési kritériumaira - már megállapítottuk, hogy a kapcsolat már nem a funkciók szétválasztása és a harmonikus együttműködés, hanem a megosztás és az ellenőrzés viszonya -; ez teszi lehetővé a hatalommegosztás logikájából eredő alkotmányos előírások garantálását.

Végezetül a negatív jogalkotó kritikájára - pejoratív változatában "törvényhozási bitorló" - válaszul azzal kell érvelni, hogy az alkotmánybíróság alkotmányos ellenőrzése által javasolt cél elérése érdekében az alkotmánybíróság határozatainak *erga omnes*nek kell lenniük, alkotmányos hierarchiájára - a kolumbiai alkotmány 4. cikke - tekintettel minden más közhatalomra kötelező erővel kell bírniuk, és feltételes döntései indokoltak, ami kiegészítő jogalkotóként helyezi el őket.

Következteté

sek A függetlenség lehetősége biztosítja a bírósági tevékenység számára, hogy a többi közhatalmi szerv beleegyezésén kívül határozhassa meg a döntés alapvető kritériumait. Ez a Burgos Silva (2003) által megfogalmazott célok vagy célkitűzések eszköze, amelyekben normatív értelemben a jogállamiság, az alkotmány védelme és az emberi jogok garantálása a cél, és normatív értelemben a jogállamiság, az alkotmány védelme és az emberi jogok garantálása a cél, és normatív értelemben a jogállamiság, az alkotmány védelme és az emberi jogok garantálása a cél.

pozitív elemzési szint, gazdasági növekedés a fejlődő országokban.

A bírói függetlenség második célja normatív szempontból az alkotmány garantálása, felügyelete és szupremáciája, és ebben az értelemben harmadik célként az emberi jogok jobb biztosítása. Ahogy Burgos Silva (2003) a fent említett cikkében megállapítja, a latin-amerikai országokban a bírói függetlenséget lehetővé tevő feltételek keretében az egyik olyan intézmény, amely a jelenséggel együtt a leginkább fejlődött, az alkotmánybíróságok vagy törvényszékek voltak, amelyek nagyobb ellenőrzést kaptak a végrehajtó és a törvényhozó hatalom felett. "Különösen a végrehajtó hatalom ellenőrzése és az emberi jogok jobb biztosítása fejezi ki az igazságszolgáltatás függetlenségét, amely - bár országonként eltérő módon - függetlenebbé vált". (Ibid.)

A többi hatalom döntései feletti joghatósági ellenőrzés lehetősége a vitát a hatalommegosztás és a harmonikus együttműködés kritériumainak elemzése felé irányítja. Ezeket a kritériumokat a modern politikai elmélet vitái felváltották, és a jogállam létezésének előfeltételeiként jelölték meg őket. Most ahelyett, hogy a közhatalmi ágak funkcióit megkurtítanánk, azok a konfliktuselméleten belül kerülnek átültetésre; vagyis a joghatósági funkció, különösen a többi közhatalmi ág döntései feletti alkotmányos ellenőrzés funkciója nem a hatalommegosztás és a harmonikus együttműködés irányelvein belül, hanem a hatalmak harcán belül, az alkotmányelmélet vitáit és megközelítéseit meghaladva kerül megfelelő keretbe.

A bírói függetlenség, amely több mint a hatalommegosztás és a harmonikus együttműködés elméleti fogalmának következménye, az állami politikák meghatározásában részt vevő különböző közszereplők közötti küzdelemre reagál; akár a végrehajtó hatalom döntései révén válnak közpolitikává, akár az elnöki vagy törvényhozói hatalomból származó jogalkotási vagy alkotmányos reformok révén alakulnak ki, a bírói hatalom ellenőrzési lehetősége olyan feszültségeket generál, amelyeket

megkérdőjelezi a közhatalom felsőbbrendűségét és hierarchiáját.

Ebben a vitában bontakozik ki a bírói függetlenségről szóló vita és az ebből következő, a közhatalom ezen ágának aktivizmusára vonatkozó felvilágosítás, és erre épül a *bírák kormányának* és a *törvényhozás bitorlójának* megbélyegzése, mint annak lehetősége, hogy a legfontosabb politikai, gazdasági és társadalmi jelentőségű döntések egyetlen hatalom kezébe kerüljenek, tekintettel az általa magának tulajdonított túlburjánzó hatáskörökre.

Ezt a függetlenséget nem lehet elszigetelődésként vagy korporatizmusként értelmezni. A bírói függetlenséget magasabb célok követése indokolja; a bíró funkciójában nem tudja magát elszigetelni a normatív, jogi és alkotmányos, társadalmi és politikai kontextustól; és még kevésbé védhet alkotmányellenes érdekeket a felelősségen és ellenőrzésen kívül. Ez utóbbiak a közfeladat súlyozásának játékában, amelyet a jogalkotó határoz meg, és amely magának a bírói tevékenységnek a korlátozását eredményezi.

A bírói függetlenséget szociológiai, kulturális és gazdasági jellegű elemekkel kell értékelni, amelyeket azok a struktúrák vagy játékterek határoznak meg, amelyekben a jogi terület fejlődik. A bírói függetlenség formális struktúráinak megléte nem elégséges, ha ezt a funkciót olyan külső strukturális elemek akadályozzák meg a hatékony működésben, még a közhatalom más ágainak politikai játékán kívül is, amelyek lehetetlenné teszik, hogy a bíróságon hozott döntések hatékonyak legyenek. A gazdasági struktúrával való megfelelés, a kollektív ideológiák vagy képzetek, a sokféleség és a multikulturalizmus elismerése stb. szükséges feltételei annak, hogy a joghatósági szerv által elfogadott határozatok - legalábbis bizonyos fogalmaikban - hatékonyak legyenek.

Bibliográfia

BOURDIEU, Pierre. *A jogszociológia elemei*. In: La Fuerza del Derecho. Ediciones UNIANDES, Bogotá, 2000. pp. 153-220.

BURGOS SILVA, Germán, et al. (2003) *Independencia judicial en América Latina: de quién? para qué? cómo?* BURGOS SILVA, Germán (szerkesztő), Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, Bogotá.

CARRILLO FLÓREZ, Fernando. (1998) *Az amerikai kontinens legfelsőbb bíróságainak szervezete: a bírói függetlenség és annak kapcsolata az Európai Unióval*

jogalkotó szervek. Amerika-közi Fejlesztési Bank. Washington, D.C. online:
<http://www.iadb.org/sds/doc/sgc-Doc45-S.pdf>

COUSO, Javier. Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política. In: Revista de Ciencia Política, XXIV. évfolyam, 002. szám. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago - Chile, pp. 29-48.

ELNÖK ZARAGOZA, Jorge. (2004) La Independencia del Poder Judicial. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N°. 110, 2004, pp. 523-545. Online:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/110/art/art4.pdf>

EPP, Charles. (1998) A jogok forradalma: jogászok, aktivisták és legfelsőbb bíróságok összehasonlító perspektívában. Chicago és London: University of Chicago Press.

FERRAJOLI, Luigi. (2008) La esfera de lo indecible y la división de poderes. In: Estudios Constitucionales, año 6, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 337-343. (Miguel Carbonell fordítása)

FRANCO, Andrés. (1997) Independencia Judicial y Política en Colombia. A Latin-Amerikai Tanulmányok Egyesületének 1997-es ülésén bemutatott tanulmány, Guadalajara, Mexikó. A címen.
online: lasa.international.pitt.edu/LASA97/franco.pdf

GUARNIERI, Carlo és PEDERZOLI, Patrizia. (1999) Bírák és politika. Poder Judicial y democracia. Grupo Santillana de Ediciones, S.A., Madrid.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; RODRIGUEZ GARAVITO, César és UPRIMNY, Rodrigo (2006) Igazságot mindenkinek? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Grupo editorial Norma, Kolumbia.

HUNGTINGTON, Samuel. (1996) "Demokrácia hosszú távra". In: A demokrácia globális újjáéledése, szerkesztette Larry Diamond és Marc Platter. Baltimore & London: The Johns Hopkins University Press.

NONET, Philippe és SELZNICK, Philip. (1978) Law and Society in Transition: Toward Responsive Law. New York: Harper Torch Boock.

O'DONELL, Guillermo; MÉNDEZ, Juan és PINHEIRO, Paulo. (1999). A (nem) jogállamiság és a hátrányos helyzetűek Latin-Amerikában. Notre Dame: University of Notre Dame Press.

PISARELLO, Gerardo. (1997) Comentarios a DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, Cuadernos "Bartolomé de Las Casas", núm. 3, 1997, 148 pp. Online:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/rb/rb15.htm>

RESTREPO, Esteban. Reforma Alkotmányos reform y
Progress Fejlődés: Alkotmányozás a a Élet
Élet" a a címen. Kolumbia. A címen.
online: islandia.law.yale.edu/sela/restrepos.pdf

TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando. (2007) El tribunal constitucional como poder autónomo en el sistema político colombiano. In: Criterio Jurídico, 7. kötet, pp. 163-183.

SIMON, Dieter. A bíró függetlensége. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1985.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. (2002) Függetlenség kontra az igazságszolgáltatás ellenőrzése. In: Revista Sistemas Judiciales, 2. szám, 2002. december. A címen. online:

http://www.cejamericas.org/sistemas-judiciales/tema_central.php?revista=4&idioma=espanol&secc=144&TemaNiv2=144

