

Kontinentális alkotmányosság, rendszerszintű legitimitás és bírói felülvizsgálat

Marisa Iglesias Vila

(A tervezet végleges változata a The Global Journal of Comparative Law című folyóiratban jelenik meg.)

1. Bevezetés

Az alkotmányos ellenőrzés vagy felülvizsgálat legitimitásáról szóló vitáknak hosszú hagyománya van. A kontinentális Európában ez a hagyomány tükrözi az alapvető jogok védelmére szolgáló rendszerek fejlődését mind nemzeti, mind regionális szinten. Nagyjából összefoglalva és figyelmen kívül hagyva az egyes kontinentális európai jogi kontextusok sajátosságait, alkotmányos modellünk két különböző szakaszból származik. A második világháborúig a kontinentális Európában a demokratikus jog uralkodó formalista felfogása a bírói hatalmat a törvénykönyvek lelkiismeretes alkalmazására korlátozta. A törvénykönyveket az állam szuverén hatalmának középpontjában álló demokratikus akarat valódi kifejeződésének tekintették, így az alkotmányok általában nem rendelkeztek normatív erővel. Kelsen elképzelése a független bírói testület által gyakorolt alkotmányos ellenőrzésről, bár csak a háború után vált széles körben elterjedtté, nem szakított a jogalkotó központi szerepére és a demokratikus törvényhozás alkotói szabadságára vonatkozó korábbi hagyománnyal. Kelsen olyan alkotmánybírátságot képzelt el, amely érdemben nem merészkedett bele az alapjogok meghatározásába és hatókörébe. Az általa elképzelt bíróságnak csak negatív hatalma lenne a törvényhozó felett, és célja a normatív hierarchia lezárása lenne egy részletes, organikus alkotmány keretében.¹

Amikor azonban a náci rezsim alatt elkövetett borzalmakra fény derült, és az 1948-as Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatát követően az alkotmányok másfajta felfogása érvényesült. Az új alkotmányok olyan tartalmi, kötelező erejű normákat foglaltak magukban, amelyek a kormányzati hatalom anyagi korlátait az alapvető jogok széles körű felsorolásának és

merev mechanizmusoknak a formájában foglalták magukban.

¹Lásd H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)" *Revue du droit public* (1928) 197; A. Ruiz Miguel, "Constitucionalismo y democracia", *Isonomía* 21 (2004) 51; V. Ferreres, *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective* (New Haven : Yale University Press, 2009) 1. fejezet.

az alkotmányos reformért.² Ez az elmozdulás a szilárdabb alkotmányos jogrendszerek elterjedéséhez és a Kelsen által szorgalmazottól eltérően az alkotmánybíróságok megszilárdulásához vezetett, amelyeknek az állampolgárok alapvető jogainak meghatározásában és védelmében a végső szót kell kimondaniuk. Európa nagy részén ezeket kiegészítették a regionális szinten az Emberi Jogok Európai Bírósága és az Európai Unió Bírósága által meghatározott korlátok.

Ennek az átalakulásnak az egyik eredménye az a tendencia, hogy a kontinentális európai alkotmányosság az alkotmányossági felülvizsgálat erőteljes formáját alkalmazza.³ Bármilyen robusztus is volt, a kontinentális európai modell meglehetősen különbözött az Egyesült Államok robusztus alkotmányosságától. A kettőt nemcsak az alkotmányos kérdésekre szakosodott bíróság jelenléte különbözteti meg, hanem az arányosság elvének fontossága is, amikor egy alapjog intézményes korlátozásának alkotmányosságát értékelik. Európában az alkotmánybíróságok általában, ha nem is ösztönösen, de alkalmazzák az arányossági tesztet (a jogkorlátozó intézkedések megfelelőségének, szükségességének és a szoros értelemben vett arányosságának értékelésére). Az Egyesült Államokban ez nem így van, legalábbis a szigorú értelemben vett arányosság alkalmazása tekintetében nem. Az Egyesült Államok alkotmányos hagyománya ellenállt az alkotmányelmélet eme fejlődésének, talán azért, mert ez annak értékelését feltételezi, hogy a megtámadott norma vagy intézkedés figyelembe vette-e az azzal járó jogok és kollektív érdekek feláldozásának vagy kielégítésének relatív mértékét.⁴ Sok európai alkotmánnyal ellentétben az Egyesült Államok alkotmányát a korlátozó záradékokat nem tartalmazó normák által megállapított negatív jogok szűk listája jellemzi. Az alapvető jogoknak ez az erős jellege, amelyet gyakran aduázként vagy mellékkorlátozásként fogalmazznak meg⁵ az Egyesült Államok fékek és ellensúlyok rendszerével együtt megnehezíti az egyéni jogok és a demokratikus jogalkotó által követett kollektív célok közötti egyensúly megteremtését.

Az alkotmányossági felülvizsgálat robusztus formáinak legitimitása a demokratikus pluralizmus keretében az alkotmányfilozófia és az antipodális válaszok állandó kérdése volt az alkotmányfilozófia és a

² Ezek nagy általánosítások, de e cikkhez elegendők. A kontinentális Európa jogrendszereiben jelentős eltéréseket találunk a felsorolt jogok, az alkotmányos merevség mértéke és az alkotmányossági felülvizsgálatra kialakított rendszer tekintetében. Ezekről az eltérésekről bővebben lásd: A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2000).

³A bírósági felülvizsgálat tekintetében is jelentős eltéréseket találunk a kontinentális Európában. Az egyik leghírhedtebb kivétel Hollandia, ahol a holland alkotmány megtiltja, hogy a bíróságok felülvizsgálják a parlamenti törvények alkotmányosságát. Svédország például a skála másik végén helyezkedik el, mivel bármely svéd bíróság vagy közigazgatási hatóság kimondhatja, hogy egy jogalkotási aktus sérti az alkotmányt.

⁴ Lásd A. Barak, *Proporcionalitás. Alkotmányos jogok és korlátaik* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 9. fejezet; M. Cohen-Eliya és I. Porat, "Proportionality and the Culture of Justification", *The American Journal of Comparative Law* 59 (2) (2000) 463.

⁵ A jogokról mint aduászokról lásd: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977) 198-199. A jogokról mint mellékes korlátokról lásd R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (New York: Basic Books, 1974) 28-33.

A problémás kérdés könnyen megtalálható. Jó példa az egyikre Jeremy Waldron elmélete,⁶ amelyet Európában az alkotmányos igazságszolgáltatás legitimitásának tagadására védekeztek, mivel az alkotmányos igazságszolgáltatás többségellenes jellege miatt. Az ő megközelítését összefoglaló maximája az, hogy az állampolgárokat érintő ügyekben, amelyek közé tartozik jogaik meghatározása és terjedelme, demokratikus fórumon kell dönten. A külső alkotmányossági ellenőrzés tehát illegitim, mert a nem választott bírák beavatkozása aláássa az állampolgári önkormányzatiságot. Az ellenkező oldalon az alkotmányosság bírói felülvizsgálata mellett szóló érvek azon az elméleten alapulnak, hogy a jogok egy belső köre a jogalkotó számára tabu, vagy a "meg nem határozható szférába" tartozik.⁷ Ez a belső szentély indokolná a szilárd alkotmányos ellenőrzést, hogy megakadályozza, hogy a "többség zsarnoksága" potenciálisan eltiporja az egyéneket és a bebetonozott kisebbségeket.

E két pólus között számos köztes alternatíva született a demokratikus uralom és az alkotmányos igazságosság közötti feszültség feloldására vagy feloldására. Például a jogok egy szűkebb vagy tágabb területének kizárólagos bírói védelmét úgy fogalmazták meg, mint magának a demokraciának az előfeltételeinek a biztosítását.⁸ Mások a bírói önkorlátozás különböző formái mellett érveltek, hogy minősítsék azokat a feltételeket, amelyek mellett a törvények alkotmányos felülvizsgálata összeegyeztethető a demokratikus értékekkel.⁹ Figyelemre méltó a gyenge vagy dialogikus alkotmányosságra vonatkozó javaslatok bőséges irodalma is, amelyek azt keresik, hogyan kerülhető meg, hogy a bíróság mondja ki az utolsó szót az állampolgárok jogai tekintetében, és ugyanakkor a bírósági felülvizsgálatot a demokratikus mérlegelés javítása felé orientálják át.¹⁰

Nem áll szándékomban áttekinteni a témával kapcsolatos irodalom óceánját, ami végtelen utazásnak bizonyulhatna, vagy akár a vitákban elfoglalt különböző álláspontok panorámáját is nyomon követni. Ami engem érdekel, az az alkotmányos igazságszolgáltatás legitimitásának kérdésének újragondolása a demokratikus pluralizmus kontextusában, és ebből kiindulva néhány gondolat felvázolása az alkotmányossági felülvizsgálat egy gyenge formájáról, amelyet "kooperatív alkotmányosságnak" nevezek. Miután megvédtem, hogy a bírói

⁶ Lásd J. Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999); J. Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review" *The Yale Law Journal* 115 (2006) 1346.

⁷ E. Garzón Valdés, "Representación y democracia" *Doxa* 6 (1989) 143; L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti* (San Casciano Val di Pesa: Laterza, 2013).

⁸ J. Ely, *Demokrácia és bizalmatlanság: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1980); R. Dworkin, "Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court", *Alberta Law Review* 28(2) (1990) 324; C. Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven: Yale University Press, 1996).

⁹ Lásd C. Sunstein, *Egyszerre csak egy ügy: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999).

¹⁰ Lásd R. Gargarella, "'Mi, a nép' az alkotmányon kívül. The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances", *Current Legal Problems* 61(1) (2014) 1; M. Tushnet, "Dialogic judicial review", *Arkansas Law Review* 61 (2008) 205; J. C. Bayón, "Derechos, democracia y constitución", *Discusiones* 1 (2000) 65.

a demokratikus legitimitás helyett a rendszerszintű legitimitás szempontjából kell értékelni a felülvizsgálat kialakítását és működését, a cikkben a kooperatív alkotmányosság három fő szempontját dolgozom ki, amelyek hozzájárulnak ahhoz, hogy a bírósági felülvizsgálat legitimitása az együttműködő morálhoz és a védelmi hatékonysághoz kapcsolódjon: a demokratikus igazolási kultúra fogalma, az alapjogoknak mint minősített kötelező céloknak a felfogása, valamint az arányossági teszt rendszerszintű megközelítése. Amellett érvelek, hogy ez a modell, miközben távolságot tart mind a fékek és ellensúlyok köré épülő amerikai modelltől, mind az Új Nemzetközösség alkotmányossága által megtestesített modelltől, a polgári jogi kultúra és hagyomány számára a bírósági felülvizsgálat legmegfelelőbb megközelítése, amely nem hagyja figyelmen kívül az alkotmányos garanciáknak a második világháborút követően Európában tulajdonított jelentőséget.

2. Rendszeres legitimitás és alkotmányos államok

Már említettem, hogy az alkotmánybíráskodás központi problémája a demokratikus legitimitáció hiánya.¹¹ Meg kell jegyezmem azt is, hogy a demokráciaelmélet kutatói ragaszkodnak számos demokrácia képviseleti rendszerének hiányosságaihoz. Egyesek a képviselet válságára figyelmeztettek, amely a kormányban lévő képviselők és választóköriük közötti kritikus szakadékot jelzi, ami súlyosan aláássa a meghozott jogszabályok demokratikus legitimitását.¹² Ez a kritika némileg hasonlít azokra a vádakra, amelyeket a bíróságok döntéshozó hatalmával szemben fogalmaznak meg, amelyek nagyrészt olyan elitekből állnak, amelyek nincsenek kapcsolatban az átlagpolgárok és a kiszolgáltatott csoportok valóságával, akiknek a jogait védeniük kell.

Ezek az értékelések sokkal összetettebbé és problematikusabbá teszik a többségi ellenvetést, mivel szuboptimális körülmények között a reprezentációs szakadás delegitimáló következményei nagyon mélyre nyúlhatnak. Ezért döntöttem úgy, hogy érvelésünk középpontjába egy másik elemzési irányvonalat állítok, amelyet Waldron a bírósági felülvizsgálat kritikájában vesz fel, ahol megkérdőjelezi azt a feltételezést, hogy a bíróságok jobban képesek a jogok védelmére, mint a jogalkotók. Nem lát okot arra, hogy a bírák hatékonyabban védik a jogokat, mint a jogalkotók. Bár én nem jutok Waldron következtetéseire, én is úgy vélem, hogy érdemes megközelíteni a bírói felülvizsgálat kérdését.

¹¹ Lásd Waldron, *Law and Disagreement* (6. sz.); R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Barcelona: Ariel, 1996); R. Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).

¹²Lásd S. Tormey, "The Contemporary Crisis of Representative Democracy", *Democratic Theory* 1(2) (2014) 104; H. Landemore, *Nyílt demokrácia: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century* (Princeton: Princeton University Press, 2020).

a relatív hatékonyság szempontjából.¹³ Nem tagadva, hogy a demokratikus értékek és a kollektív önkormányzat alapvető eszményei minden alkotmányos demokráciának, úgy gondoltam, hasznos lehet, ha az alkotmányos ellenőrzés legitimitásának értékelését a védelmi hatékonyság kérdésére összpontosítjuk.

Először is, engedjék meg, hogy egy pillanatra megálljak a legitimitás fogalmánál, amelyet általánosságban úgy értelmeznék, mint egy intézmény erkölcsi tekintélyét, hogy kötelező érvényű döntéseket hozzon. A legitimitás egy olyan értékelési keretben ölt testet, amely az igazságosság elvont kérdéseitől eltérően időbeli és térbeli szempontokat vesz figyelembe, amikor egy intézményt és annak konkrét döntéseit igazolja. Allen Buchanant követve, a¹⁴ a legitimitás értékelése egy olyan értékelési gyakorlaton belül működik, amely kompromisszumot keres az optimális intézményi teljesítmény és az intézménynek az e funkciók ellátásához szükséges támogatás mennyisége között, anélkül, hogy túlzott költségeket kellene viselnie. A legitimitás tehát, amely az intézményeknek erkölcsi tekintélyt kölcsönöz azáltal, hogy tiszteletre és támogatásra érdemesnek ítéli őket, nem azt jelenti, hogy az intézményektől mindig igazságos döntéseket követelünk, sem pedig azt, hogy megelégszünk olyan intézményekkel, amelyek nem jelentenek sokat, de jobbak, mint a nem intézményi alternatíva.¹⁵ A legitimitásnak ez az általános elképzelése nem kényszerít bennünket arra, hogy a bírói erkölcsi tekintélyt összekapcsoljuk demokratikus származásának felülvizsgálata. Bár egy intézmény demokratikus hitele fontos lehet annak meghatározásában, hogy hol kell kompromisszumot kötni a teljesítmény és a támogatás között, az alkotmányos demokrácia kontextusában, ahol különböző intézmények járulnak hozzá egy közös eredményhez, a folyamatban részt vevő különböző szereplők legitimitásának értékelése sokkal összetettebb megközelítést igényel.

Az érdemi alkotmányok, és különösen azok, amelyek széles, széles körű joglistákat tartalmaznak, mint például számos európai alkotmány, a politikai közösség orientációjának gyakorlati különbségét jelzik. Az alapvető jogokat a kormányzat feladatainak középpontjába helyezik, oly módon, hogy a kormányzat minden ágát bevonják (egyelőre figyelmen kívül hagyva, hogy melyik intézményi rendszer a legalkalmasabb a központi szerepük biztosítására). Ilyen módon megfogalmazva az egyes érintett intézmények legitimitásának kérdése rendszerszintű jelleget ölt.¹⁶ A legitimitásnak ezt a megközelítését fogom használni arra, hogy néhány vonással felvázoljam, hogyan lehetne a bírósági felülvizsgálat dinamikáját úgy alakítani, hogy az megfeleljen a kontinentális európai alkotmányosságának. Ennek során adottnak veszek

egy

¹³ Lásd Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review" (6. pont).

¹⁴ Lásd A. Buchanan, *The Heart of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2013) 5. fejezet.

¹⁵ *Ibid.* 193.

¹⁶ Bár én a "rendszerszintű legitimitás" elnevezést használom, kiindulópontom Buchanan javaslata, hogy a legitimitást "ökológiai" kérdésként értelmezzük egy emberi jogi rendszerben (*Ibid.*, 5. fejezet).

a széles joglistákkal és merev módosítási mechanizmusokkal rendelkező alkotmányok koncentrált ellenőrzési rendszere, és az alkotmánybíróságok joghatósági hatáskörének gyakorlására fogok összpontosítani.

3. Bírósági felülvizsgálat a kooperatív alkotmányosságban

A rendszerszintű legitimitás szempontjából, amely engem orientál, úgy vélem, hogy az alkotmányos ellenőrzés értékelésének az elsődleges érintett szerveket kell összekapcsolnia. Feltesszük magunknak a kérdést, hogy mi lehet a leghatékonyabb formája a kormány jogalkotási és szabályozási funkciói és a bírósági felülvizsgálat közötti kölcsönhatásnak, amikor az alapvető jogok védelmének közös céljában való sikerhez együttműködésre és kölcsönös elismerésre van szükség. Bemutatom, hogy ez a kapcsolati megközelítés hogyan különül el az Egyesült Államok fékek és egyensúlyok megközelítését alkalmazó modellek robusztus bírósági felülvizsgálati formájától. Bár a fékek és ellensúlyok rendszere elutasítja a francia forradalmi alkotmányosság által javasolt szigorú hatalommegosztást, mégis - ahogyan azt Roberto Gargarella kimutatta - a kölcsönös ellenőrzés és beavatkozás rendszerét hozza létre, amelyet a hatalommal való visszaéléstől való félelem, a hatalmi ágak közötti bizalmatlanság és a demokratikus uralomba vetett bizalom hiánya inspirál,¹⁷ .

Az én relációs megközelitésem közelebb áll az alkotmányos ellenőrzés gyengébb formáihoz, például azokhoz, amelyek a Nagy-Britanniában, Kanadában és Új-Zélandon gyakran "az alkotmányosság új nemzetközösségi modelljének" nevezett alkotmányosságot követik.¹⁸ Ez a modell olyan mechanizmusokat foglal magában, amelyek arra törekednek, hogy a bíróságok ne mondassák ki az utolsó szót alkotmányos kérdésekben, olyan formulák révén, amelyek elősegítik a képviselőtestületek önellenőrzését a törvényhozás alkotmányossága felett. Annak ellenére, hogy viszonylag közel állok ehhez a modellhez, az a nézőpont, amelyet a következőkben kifejtek, nem a demokratikus legitimitáció logikáján vagy annak elméletén alapul, hogy kié legyen az utolsó szó az alkotmányértelmezésben - mindkettő olyan tényező, amely központi szerepet játszik az új Nemzetközösségi modellben. Érdeklődésem középpontjában egy olyan bírósági felülvizsgálati rendszer kidolgozása áll, amely maximalizálja a jogvédelem hatékonyságát, de ez a megközelítés azt is feltételezi, hogy a maximális hatékonyság csak intézményi együttműködéssel lehetséges. Ez nemcsak az alkotmányos ellenőrzés legoptimálisabb megközelítésének tűnik számomra, hanem azt is hiszem, hogy

¹⁷Lásd Gargarella, "'Mi, a nép' az alkotmányon kívül. Az alkotmányosság párbeszédese modellje és a rendszer Ellenőrzések és egyensúlyok" (47. sz.).

¹⁸Lásd S. Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *The American Journal of Comparative Law* 49(4) (2011) 707; S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2013). E modell általános ismertetését lásd: M. Melero de la Torre, *Legalidad como razón pública. Una teoría del constitucionalismo desde el modelo "Commonwealth"* (Madrid: CEPC, 2020).

hogy engedelmeskedik a második világháborút követően a kontinentális európai alkotmányosságba bevezetett alkotmányozói mandátumnak.

3.1 A kooperatív alkotmánybírászkodás néhány dimenziója

Általánosságban az alkotmányossági felülvizsgálat együttműködő értelmezése három fő, egymással összefüggő tengely körül forog: a) a demokratikus igazolási kultúra fogalma; b) az alapvető jogok mint minősített kötelező célok felfogása és c) az arányossági teszt rendszerszintű megközelítése. Amint látni fogjuk, mindezek az elemek hozzájárulnak ahhoz, hogy az alkotmányos ellenőrzés legitimitása összekapcsolódjon a kooperatív erkölcsiséggel és a védelmi hatékonysággal. E három tengely alapvető szempontjait a következő alfejezetekben ismertetjük.

3.1.1 Az igazolás demokratikus kultúrája

Az a gondolat, hogy a demokratikus igazolási kultúra a modern alkotmányosság központi eleme, egyre inkább elfogadott a tudósok körében, és segít megérteni azt az intézményi dinamikát, amelyet az együttműködési modell támogat. Ahogy David Dyzenhaus fogalmaz:

Az igazolás kultúrája nemcsak az, amelyben a parlamenti képviselők politikai igazolással szolgálnak a választóknak a törvényeikért, hanem az is, amelyben jogi igazolással szolgálnak a törvényjavaslatban meghatározott értékek tekintetében. Ez egyfajta politikai igazolás. Ez azonban több, mint annak igazolása, hogy miért jobb az egyik politika a másiknál, mivel annak igazolása is, hogy a politika miért áll összhangban azok jogilag védett jogaival, akiket érint. Ráadásul nemcsak az állampolgárok, hanem a bíróságok számára is igazolás, ami a jogok törvénytervezetének szerkezetéből fakadóan lehetővé teszi a jogok korlátozását.¹⁹

Míg a hatalom kultúrája azzal foglalkozik, hogy megállapítsa, kié az utolsó szó, addig az igazolás kultúrája azt feltételezi, hogy a közhatalom magára vállalja az alapvető jogok védelmét és garantálását.²⁰ Ez olyan elkötelezettséget feltételez, amely túlmutat annak elfogadásán, hogy a különböző kormányzati szervek különböző területeken rendelkeznek hatáskörrel (a hatalmi ágak szétválasztásának elve), valamint a jogállamiságnak való alávetettségén. Túlmutat továbbá a jogok politikai korlátként való felfogásán.

¹⁹Lásd D. Dyzenhaus, "What is a Democratic Culture of Justification?" in M. Hunt, H. Hooper and P. Yowell (szerk.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit* (Oxford: Hart, 2015) 425, 425-426. o.

²⁰Lásd E. Mureinik, "A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights", *South African Journal on Human Rights* 10

(1994) 31.

hatalom. Az alapvető jogok tiszteletben tartásáért való felelősségvállalás magában foglalja a pozitív elkötelezettséget annak igazolására, hogy a politikák és a jogi eszközök hogyan járulnak hozzá a jogok megszilárdításához. Az indokolási kultúra követelményeit Németországban és más európai országokban, valamint a Brit Nemzetközösségben (21) is megvalósították, ahol az alkotmányos ellenőrzésben központi szerepet játszanak az olyan elvek, mint az arányosság és az ésszerűség.²²

Normatív-elméleti szinten az igazolási kultúra gondolata az alkotmányos ellenőrzés legitimitására vonatkozó számos megállapítással társult. Egyfelől az elképzelést arra használták, hogy megvédjék az arányossági tesztnek a jogok és a kollektív érdekek közötti konfliktusok feloldásában játszott vezető szerepét, amit egyes tudósok az "alkotmányjog adminisztrációjának" egy formájaként jellemeztek.²³ Moshe Cohen-Eliya és Iddo Porat amellet érvelnek, hogy nagyobb figyelmet kell fordítani a megtámadott jogalkotási aktus érdemi indokolhatóságához kapcsolódó elvekre és értékekre, mint az alkotmányszöveg értelmezésére.²⁴ Ezen túlmenően az igazolási kultúra gondolatára hivatkoznak, hogy támogassák az arányossági teszt és a jogalkotó bizonyos fokú tiszteletének kombinációját.²⁵ Végül a tudósok arra az elképzelésre hivatkoztak, hogy az alkotmányossági felülvizsgálatot az eljárási racionalitás elemzése felé orientálják.²⁶ Az alkotmányossági ellenőrzésnek ez a formája, amelyet az alkotmányosság érdemi felülvizsgálatának helyettesítőjeként vagy kiegészítéseként védelmeztek, azt elemzi, hogy a jogalkotói tevékenység széleskörű és mély érvelési erőfeszítéssel járt-e. A bírósági felülvizsgálat az alapvető jogok korlátozását célzó jogalkotási folyamatok deliberatív minőségét vizsgálná, nagyobb jelentőséget tulajdonítva annak, hogy az intézkedés hogyan született, mint annak tényleges tartalmának.

Egyes szerzők a többségi ellenvetésre úgy hivatkoznak, mint a megigazulás kultúrájának követelményeire, amelyekre szükség alapra.²⁷ Mások ezzel szemben elutasítják azt a felfogást, hogy a

²¹ Lásd: K. Möller, "Justifying the Culture of Justification", *International Journal of Constitutional Law* 17(2) (2019) 1078, 1979. o. ²² Az arányossági teszt és az ésszerűségi teszt közötti különbségekről és hasonlóságokról lásd például A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) 9. fejezet. Ebben a tanulmányban nem teszünk különbséget az arányosság és az ésszerűség között, és nem térek ki arra a kérdésre, hogy az előbbi a helyességhez kapcsolódik-e, míg az utóbbi nem.

²³ Lásd Cohen-Eliya és Porat, "Proportionality and the Culture of Justification" (4. o.) 467. o.

²⁴ *Ibid.* 479.

²⁵ Lásd D. Dyzenhaus, "Proportionality and Deference in a Culture of Justification" in G. Huscroft, B. Miller and G. Webber (szerk.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014) 234; A. Kavanagh, "Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication" in G. Huscroft (szerk.), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008) 184; M. Hunt, "Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of 'Due Deference'", in N. Bamforth és P. Leyland (szerk.), *Public Law in a Multi-layered Constitution* (Oxford: Hart Publishing, 2003) 337.

²⁶ Lásd T. Hickman, *Public Law After the Human Rights Act* (Oxford: Hart Publishing, 2010); P. Popelier és C. Van De Heyning, "Eljárási racionalitás: *European Constitutional Law Review* 9(2) (2013) 230.

²⁷ Popelier és Van De Heyning, "Procedural Rationality: (26. sz.): "Giving Teeth to the Proportionality Analysis".

a demokratikus akaratnak az alkotmányossági felülvizsgálat központi értékének kellene lennie, az igazoláshoz való erkölcsi jogot javasolták sarokpontként.²⁸ Véleményem szerint Kai Möller helyesen állítja, hogy "a kormányzat legitimitását cselekedeteinek érdemi igazolhatóságából eredezteti, szemben a kizárólag vagy elsősorban - különösen a demokratikus hitvallására vonatkozó - megfontolásokkal".²⁹ A kooperatív alkotmányosság fogalma, hogy világos legyen, nem követeli meg az igazoláshoz való jogot ahhoz, hogy az igazolási kultúra erkölcsi jelentőséggel bírjon. Ha a rendszerszintű legitimitáció a mi gondunk, a bírósági felülvizsgálatnak hozzá kellene járulnia a nagyobb védelmi hatékonysághoz a kormányzati ágak összehangolt beavatkozásának keretében.³⁰ Ennek megfelelően az igazolási kultúra értéke instrumentális jellegű. Amellett, hogy a jogalkotói együttműködési szándékot tükrözi, sőt, a jogok védelmében az együttműködés egy formáját képviseli, az érvelési erőfeszítés az intézményi megbízhatóságot is növeli. Idővel ez a megbízhatóság vezet el ahhoz a kölcsönös elismeréshez, amelyre a hatékony, hosszú távú együttműködésnek szüksége van.

Az igazolási kultúra védelmezőinek gyakori következtetésével ellentétben azonban az együttműködő alkotmányosság többet követel a bírói felülvizsgálattól, mint a jogalkotási aktusok arányosságának értékelése, az arányosság és a tisztelet kombinálása vagy az eljárási racionalitás elemzésének előtérbe helyezése. Az alkotmányos ellenőrzésről alkotott elképzelésben az igazolási kultúra eszméje nem pusztán a közérdek körül forog, hanem magában foglalja az alkotmányos közérdek kultúráját is. Ezért úgy vélem, hogy az olyan vizsgálatok, mint az arányossági teszt vagy a deliberatív minőség, elveszítik alkotmányos jellegüket, ha nem biztosítják a jogok elsőbbségét más közérdekekkel szemben: az alapvető jogok nem csak egy újabb mérlegelendő ok. Javaslatom szerint ezt az elsőbbséget az alapjogok egy sajátos felfogásán keresztül rögzítem, amelyet a következő alfejezetben fejtek ki.

3.1.2 Az alapvető jogok mint minősített kötelező célok

Az együttműködési modellnek az alkotmányossági felülvizsgálatot olyan dinamika felé kell átállítania, amely kevésbé foglalkozik azzal, hogy ki mondja ki az utolsó szót alkotmányos kérdésekben, és inkább a védelmi hatékonyságra összpontosít. Az alapjogok megfelelő felfogása jó szolgálatot tehetne ebben a törekvésben. Amint azt már jeleztem, a második világháború utáni európai alkotmányozás egyik jellemzője a jogok széles körű katalógusának kialakulása, amelybe gyakran beillesztettek bizonyos szociális jogokat. A

²⁸ Möller, "A megigazulás kultúrájának igazolása" (21. sz.).

²⁹ *Ibid.* 1078-1079.

³⁰ És természetesen a polgárok által is, de én nem fogok ezzel a kérdéssel foglalkozni.

Ugyanakkor az európai alkotmánybíróságok joggyakorlata hajlamos volt arra, hogy a hagyományosan negatív jogoknak tekintett szabadságokból pozitív kötelezettségeket vonjon le, és az alapvető jogokat és szabadságokat tágabb értelemben értelmezze. Egy paradigmátikus eset Németországban történt, ahol a Szövetségi Alkotmánybíróság a német alkotmányból levezette mind a szabadsághoz való általános jogot, mind az egyenlőséghez való általános jogot.³¹ Ebben a jogi kontextusban a jogokat nem aduásként vagy mellékes korlátozásokként, hanem nagyon súlyos indokokként fogják fel, amelyeket más közérdekekkel együtt mégis alá lehet vetni az arányossági tesztnek. Engem most azonban az érdekel, hogy a jogok mint a kollektív érdekek fölött álló aduászok felfogása mennyire megfelelő a kooperatív alkotmányosság számára.

A jogok aduásként való felfogása azt feltételezi, hogy az alapvető jogok csak egy irányban mérlegelhetők. Ronald Dworkin terminológiájával élve a szigorú értelemben vett³² elveket foglalják magukban, amelyeket más szigorú értelemben vett elvekkel szemben kell mérlegelni az alkalmazási feltételeik lezárása érdekében. Az alkalmazási feltételek azonosítása után azonban az elv szabályként, tehát az alkalmazási feltételeinek zárt konfigurációjával rendelkező normaként viselkedik.³³ Ez kizárja a kollektív érdekekhez kapcsolódó politikákkal való egyensúlyozását. Egyes tudósok szerint ez az egyetlen lehetőség az alkotmányos jogok erkölcsi jelentésének megőrzésére. Jürgén Habermas (³⁴), hogy csak az egyik kontinentális gondolkodót vegyük, aki ezt a nézetet képviselte, elutasítja a jogok mérlegelhető jellegét, mert szerinte a jogok mérlegelése más szempontokkal szemben - amellet, hogy megakadályozza, hogy a jogok a kollektív érdekekkel szembeni tűzfalként töltsék be funkciójukat - olyan közpolitikák melletti érvelést eredményez, amelyek nem értékelhetők objektív kritériumok alapján. Az arányosságot a jogok elleni támadásként is bírálták, mert nem tartja tiszteletben a jogok sérthetetlen lényegi tartalmát, és a jogsértés intenzitásának összehasonlítására korlátozódik oly módon, hogy szem elől téveszti, hogy mit mivel szemben mérlegelnek, mintha ez egy olyan művelet lenne, amely nem tartalmaz erkölcsi érvelést.³⁵

³¹ Lásd R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: *A Theory of Constitutional Rights*): Oxford University Press, 2002; M. Kumm, "Az alkotmányos jogok mint elvek: Az alkotmányos igazságszolgáltatás szerkezetéről és területéről. A review essay on *A Theory of Constitutional Rights*", *International Journal of Constitutional Law* 2(3) (2004) 574; Cohen-Eliya és Porat, "Proportionality" (4. sz.).

³² Lásd: Dworkin, *Taking Rights Seriously* (5. o.) 198-199.

³³ Az alkalmazási feltételek és a szabályok és elvek megkülönböztetése közötti kapcsolatról lásd: M. Atienza és J. Ruiz Manero, *A Theory of Legal Sentences* (Dordrecht: Springer, 1998) 27-29.

³⁴ Lásd J. Habermas, *Tények és normák között: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge, Mass.:

The MIT Press, 1996).

³⁵Lásd S. Tsakyrakis, "Proporcionalitás: *International Journal of Constitutional Law* 7(3) (2009) 468.

Frederich Schauer egy teljesen más nézőpontból azt állította, hogy a jogok közelítése a szabályok logikájához egyre természetesebbé válik, ahogy egy adott alkotmányos rendszer érik.³⁶ Cohen-Eliya és Porat így foglalja össze Schauer álláspontját:

A jogfejlődés e korai szakaszában a standard alapú doktrínák, mint például az arányosság, megfelelőbbek, mint a kategorikus doktrínák, mivel lehetővé teszik a doktrína természetes fejlődését, és nem korlátozzák azt előre. Idővel, az esetjog növekedésével finomabb megkülönböztetések fognak kialakulni, és az arányosság standard alapú doktrínáját doktrinális és szabályalapú tesztek fogják felváltani.³⁷

Robert Alexy az alapjogok e szubsztantív elképzelésétől eltávolodva egy olyan strukturális felfogást alkalmaz, amely az alapjogokat elvekként fogja fel.³⁸ A német alkotmányos gyakorlatot átdolgozva Alexy úgy tekint rájuk, mint optimalizálási parancsokra, amelyek megvalósítása fokozatos és más elvekkel szemben kiegyensúlyozott, amelyek között lehetnek más alapjogokra vagy kollektív érdekekre utaló elvek is. A mérlegelés az arányossági teszt segítségével történik.

A kooperatív alkotmányosság távolságot tart mindkét jogfelfogástól.³⁹ Ahhoz, hogy az igazolás kultúrája mellett érveljünk, nem kell olyan messzire mennünk, hogy a jogok abszolút elsőbbségét más társadalmi célokkal szemben úgy állapítsuk meg, ahogyan azt a jogok mint aduászok koncepciója teszi, de biztosítanunk kell, hogy a jogok nagyobb prioritást kapjanak, mint amelyet Alexy strukturális felfogása biztosít számukra. Azt javaslom, hogy az alapvető jogokat általánosságban olyan minősített kötelező célokként értelmezhetjük, amelyek vegyes normatív struktúrával rendelkeznek, amely a cselekvési normák és a célnormák elemeit ötvözi.⁴⁰ Egyfelől ezek az alkotmányos normák nem szabályként működnek, mert nem azzal van dolgunk, amit Joseph Raz "védett okoknak" nevezett.⁴¹ Ehelyett "megerősített okokként" értelmezhetjük azt, amivel szemben állunk. A védett okokként értelmezett szabályok a cselekvés elsőrendű okát kombinálják egy másodrendű okkal, hogy ne cselekedjünk olyan megfontolásokból, amelyeket a szabály nem vár el. A legtöbb alapjog azonban első rendű parancsokat kombinál másodrendű okokkal

³⁶Lásd F. Schauer, "A véleménynyilvánítás szabadságának megítélése Európában és az Egyesült Államokban: A case study in comparative constitutional architecture" in G. Nolte (szerk.), *European and US Constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) 49.

³⁷Cohen-Eliya és Porat, "Proporcionalitás és az igazolás kultúrája" (4. sz.) 468.

³⁸Alexy, *Az alkotmányos jogok elmélete* (31. o.).

³⁹ Ebben a cikkben csak az alapvető jogok és a kollektív javak közötti konfliktusokkal foglalkozom. Nem foglalkozom a jogok horizontális hatásáról szóló vitával sem.

⁴⁰ Attól függően, hogy a deontikusan modalizált dolog cselekvés vagy állapot, cselekvési normákról vagy célnormákról beszélünk. Erről a megkülönböztetésről lásd például Atienza és Ruiz Manero, *A jogi mondatok elmélete* (33. sz.).

⁴¹ Lásd J. Raz, *Practical Reason and Norms* (Princeton: Princeton University Press, 1975).

absztrakt kategorikus súlyukhoz képest, vagyis ahhoz az erkölcsi értékhez képest, amellyel a jogok mint jogok rendelkeznek. Ez különbözteti meg őket a szabályoktól, mert egy alapjogi norma nem tartalmaz olyan indokot, amely kizárja a cselekvés más tényezőinek figyelembevételét. Az, hogy egy jog, jogként való minőségében, megerősített indokot tartalmaz, csak azt jelenti, hogy soha nem tudnánk, hogy alapjoggal van dolgunk, ha nem értjük meg annak tartalmi relevanciáját.⁴²

Másfelől az alkotmányos jogok többdimenziósak. Először is szem előtt kell tartanunk, hogy ezek nem elvont erkölcsi jogok, hanem politikai erkölcsi jogok. Ezért nem redukálhatjuk őket olyan egyetemes jogokra, amelyekkel az emberek pusztán emberi mivoltuknál fogva rendelkeznek. Ezeknek a jogoknak a konfigurációja egy politikai közösség erkölcsi elkötelezettségétől és azoktól a feltételektől függ, amelyek az egyenlők közösségében a hatalom használatát indokolják. Másodsorban, az alapvető jogok erkölcsi ereje nem ér véget azzal a megbízatással, hogy a hatóságok tartózkodjanak az olyan magatartástól, amely árt az alapjogok élvezetének. Ez az erkölcsi erő azt a megbízatást is igazolja, hogy minden olyan intézkedést meg kell tenni, amely szükséges a jogok élvezetének maximalizálásához szükséges állapotok eléréséhez. E megfontolások figyelembevételével az alapvető jog hatékony védelme nem követeli meg, hogy tartózkodjunk a jogok és más érdekek közötti egyensúlyozásától. Amire szükségünk van, az az aduászok logikájának és az egymással versengő okok mérlegelésének dinamikájának összekapcsolása.⁴³

Számos mechanizmus áll rendelkezésünkre, hogy biztosítsuk az alapvető jogok elsőbbségét, amikor azokat más megfontolásokkal szemben mérlegeljük. Először is, amellet, hogy a szóban forgó érdekeket a megfelelőség és a szükségesség elemzésének vetjük alá, a legitim mérlegelés körét az alapvető jogok és más, az alkotmányban rögzített érdekek közötti konfliktusokra korlátozhatjuk.⁴⁴ Amint arra korábban utaltam, az alkotmányos ellenőrzés nem csupán egy általános igazolási kultúrához, hanem - még inkább és konkrétan - az alkotmányos igazolás (vagy az alkotmányos közérdek) kultúrájához is kapcsolódik, és ez a pontosítás ezt az első korlátozást támogatja.

Másodsorban, ahogy Klatt és Meister emlékeztetnek rá, a jog lényegi magja a lehetséges korlátozások másik korlátozása. Ennek a megfigyelésnek a következménye lehetővé teszi számunkra, hogy elutasítsuk azt az érvet, miszerint az arányosság egy jog feláldozásához vezethet, ha az valamilyen más érdek szempontjából kellően nagy előnyt eredményez. Véleményük szerint nagyon valószínűtlen, hogy egy jog az arányossági teszt révén teljesen

érvényét veszítené, mert egy súlyos jogsértés a

⁴² Természetesen nem érthetjük meg, hogy miért értékes egy jog anélkül, hogy megértenénk, miért értékesek más emberi javak. Nem fogok azonban ebbe a kérdésbe belemenni.

⁴³ Lásd M. Klatt és M. Meister, "Proporcionalitás. A benefit to human rights?", *International Journal of Constitutional Law* 10(3) (2012) 687.

⁴⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (31. o.) 185; Klatt és Meister, "Proportionality. Az emberi jogok előnye? (n 40) 690.

jog "aligha igazolható az igazoló okok súlyának növelésével".⁴⁵ A jog lényegi magja tehát egy olyan kiinduló helyet jelent, ahonnan a mérlegelés során ellenállni lehet a kiegyenlítési kísérleteknek.

Egy másik út hasonló következtetéshez vezet, ha a jog normatív-fogalmi magját úgy gondoljuk el, mint a normatív követelmények azon minimális halmazát, amelynek kielégítése szükséges ahhoz, hogy a jogot cselekvés indokaként kezeljük. Ez a minimum egy padlót határoz meg, amely nem zárható ki a mérlegelésből, és ugyanúgy fejlődhet és mutálódhat, mint az értékeink, de az alkotmányossági felülvizsgálat esetében ez továbbra is korlátozza a bíróságot. Az arányosság a védelem intenzitását igyekszik egyensúlyba hozni a szóban forgó okok között, miután azokat ilyenként azonosították, és ha ez a minimális alsó határ nem teljesül, a jog többé nem minősül mérlegelhető cselekvési oknak. E korlátozás természetének jobb megértéséhez utalhatunk az alapvető jog tartalmi terjedelme és az alapjog mint jog védelmének terjedelme közötti szokásos megkülönböztetésre. Bár mindkét hatókör erkölcsi értékelés és súlyozás eredménye, az előbbi segít abban, hogy a jogot elhelyezzük az okok univerzumában, az utóbbi pedig abban, hogy az adott eset körülményeihez képest mérjük viszonylagos erejét más okokhoz képest. Az alkotmányossági kontroll esetében az előbbi határozza meg azt is, hogy mikor történt alapjogba való beavatkozás, és ennek következtében, hogy a bíróság alkotmányos kérdéssel foglalkozik. Az utóbbi védelmi kör lehetővé teszi a bíróság számára annak megállapítását, hogy az adott ügyben történt-e jogsérelem. Míg az alkotmányossági mérlegelés gyakorlata elmélyítheti mind a jog tartalmi, mind a védelmi körét, az arányossági vizsgálat a védelmi körhöz kapcsolódik.⁴⁶ Az a feltételezés azonban, hogy a jog cselekvési ok, mindkét hatókörhöz kapcsolódik, hiszen az arányossági vizsgálatnak meg kell élnie a jog azon követelményeivel, amelyek nélkül a jog már nem lenne mérlegelhető cselekvési okként kezelhető.

Harmadszor, a jogok iránti elkötelezettség az igazolás kultúráján belül arra is kötelezi a hatóságokat, hogy a közösség mindennapi életében a jogok hatékony védelmét illetően garanciális szerepet vállaljanak. Amikor egy adott konfliktus, amely egy jog korlátozásának alkotmányosságát érinti, bíróság elé kerül, akkor a garanciavállaló pozíció lehetővé teszi a bizonyítási teher megfordítását. Más szóval, a jogba való beavatkozásért felelős szervnek kell

⁴⁵ Klatt és Meister, "Arányosság. Az emberi jogok előnye?" (40. o.) 691.

⁴⁶ Fontos megjegyezni, hogy ez a két terület axiológiailag nem különül el egymástól. Mindkettő ugyanannak a deliberatív vállalkozásnak a része, és visszacsatolási hurkokon keresztül befolyásolják egymást, de a különbségtétel elég stabil ahhoz, hogy azt állíthassuk, hogy egy jogba való beavatkozás nem ugyanaz, mint annak megsértése.

megindokolni, hogy korlátozó intézkedése miért felel meg az aprólékos arányossági vizsgálatnak, mert ellenkező esetben megállapítható, hogy az alkotmányt megsértették.⁴⁷

Végül, a központi mechanizmust, amely az áthidalást és a súlyozást összeegyeztethetővé teszi, Alexiosz saját absztrakt súly fogalmában találjuk meg, amelyet úgy értelmezünk, mint azt a súlyt, amelyet egy elv másokhoz képest a konkrét eset körülményeinek figyelembevételével nélkül visel.⁴⁸ Mind az absztrakt kategorikus súly, mind az egyes konkrét jogok absztrakt súlya meghatározza, hogy mennyire állnak ellen a más alkotmányos elemekkel való kompromisszumnak. Ennek az absztrakt súlynak - amellett, hogy igazolja az alkotmányos keretben a kompromisszumok korlátozását - kevésbé valószínűvé kell tennie, hogy egy adott jog más alkotmányos megfontolások miatt elmaradjon. Más szóval, az arányosság és a jogok mint aduászok közötti látszólagos ellentmondás feloldódik, mivel a jogok továbbra is mérlegelhetők maradnak (az arányossági tesztnek megfelelően), de a kompromisszumokkal szemben is ellenállást tanúsítanak. Az alapjogok mint minősített kötelező célok nem pusztán egy újabb, az arányossági tesztben mérlegelendő elvek, hanem absztrakt súlyukból származó erőt nyernek, amely mindazonáltal nem zárja ki a kollektív érdekekkel való egyensúlyukat. Denise Meyerson kifejezésével élve, ennek az absztrakt súlynak "szisztematikus elfogultságot" kell bevezetnie az alkotmányos ellenőrzésbe a jogok javára.⁴⁹

A jogok absztrakt súlyának figyelembevételével, amely ellenállóvá teszi őket a kompromisszumokkal szemben, szintén eltávolít minket a jogok mint elvek strukturális felfogásától. Talán Alexy alapjogokról alkotott elképzelése segíthet megmagyarázni, hogyan működnek hatékonyan az olyan alkotmányos modellek, mint a németországi. Ha a szabadságba vagy egyenlőségbe való bármilyen intézményi beavatkozásnak alkotmányos jelentősége van, az arányossági teszt alkalmazása jó mechanizmust jelenthet a jogok zsarnokságának elkerülésére. A strukturális felfogás azonban, mivel nem feltételez erkölcsi elméletet a jogok értékéről, nem biztosít számukra elsőbbséget más, a kollektív érdekekkel kapcsolatos elvekkel szemben. Mattias Kumm ragaszkodott ahhoz, hogy Alexy strukturális elképzelését ki kell egészíteni a politikai igazságosság olyan elméletével, amely igazolja a jogokkal kapcsolatos elvek elsőbbségét, amikor más elvekkel ütközve arányossági vizsgálatot végzünk.⁵⁰ Ennek az elméletnek választ kell adnia arra a kérdésre, hogy

⁴⁷ Ebben az értelemben nem arról van szó, hogy az intézmény bizonyítja, hogy létezik egy kényszerítő kormányzati érdek, és hogy a korlátozó intézkedés elengedhetetlen annak eléréséhez, ahogyan az az Egyesült Államok modellje szerint a szigorú vizsgálat (strict scrutiny) esetében történne. A bizonyítási teher az arányossághoz kapcsolódik. Emiatt nem foglalkozom azzal, amit "jogok mint pajzsok" néven emlegetnek, egy olyan jogfelfogással, amely azt állítja, hogy kevésbé szigorú, mint a jogok mint

aduászok, de korlátozóbb, mint az Alexiánus elképzelés. A jog mint pajzs felülír minden más közérdeket, kivéve a kényszerítő érdekeket (Schauer 1993). A kategóriák amerikai modellje és az arányosság európai modellje közötti ellentétekről lásd különösen Barak, *Proportionality. Alkotmányos jogok és korlátaik* (4. sz.) 19. fejezet.

⁴⁸ Alexy, *Az alkotmányos jogok elmélete* (31. o.).

⁴⁹ Lásd D. Meyerson, "Why Courts Should Not Balance Rights Against the Public Interest", *Melbourne University Law Review* 31 (2007) 801, 883; Klatt és Meister, "Proportionality. Az emberi jogok előnye?" (40. o.) 690.

⁵⁰ Lásd: M. Kumm, "Mi van az alkotmányos jog birtoklásának jogán? Az arányossági követelmény helyéről és korlátairól", *New York University Law School, Public Law Research Paper* (2006) 6-41.

ezen egyéni jogok belső és instrumentális értékét egy olyan társadalmi szervezetben, amely az azt alkotó egyénekkal egyenlően és méltányosan bánik. Kumm antiperfekcionista, antikollektivista és antikonszekvencialista megfontolásokat javasol, amelyek igazolják, hogy ezen elveknek elsőbbséget kell adni, anélkül, hogy ezzel kizárnák az arányosság igénybevételét.⁵¹ Nem tudom részletesen megvizsgálni ezt az erkölcsi hátteret, amely az egyenlők közösségén belül az instrumentalizáció általános tilalmát jelentheti, és megmagyarázza, hogy a legtöbb alapjog, bár nem a szoros értelemben vett elvekként működik, miért mutat némi hasonlóságot velük. Erkölcsi erejük nagymértékben magyarázza individualizált és egalitárius felróhatóságukat, bár inkább megerősített, mint védett okokként. Ez az erkölcsi háttér magyarázza végső soron az alapjogok absztrakt súlyát is, és ez az oka annak, hogy miért minősülnek inkább kötelező céloknak, mint optimalizációs parancsoknak.

Az alapjogoknak ezt a felfogását kiindulópontként használva a kooperatív alkotmányosságnak nem kellene megelegednie a Schauer által leírt alkotmányos tendenciával, amikor azt állítja, hogy a jogok természetes módon fejlődnek a mérlegelhető elvekből szabályokká. Akár igaz ez a nagyrészt empirikus következtetés, akár nem, a jogok mint minősített kötelező célok nem csupán korlátokat szabnak a hatóságok cselekvési körének, hanem állandó orientációt követelnek meg tőlük az általuk biztosított cél felé. Az érdemi alkotmány életében a jogok tág, többdimenziós jelleget nyernek, amelyek követelményei mind terjedelmük, mind mélységük tekintetében idővel megújulnak. E követelményekhez való alkalmazkodás állandó együttműködési erőfeszítést igényel, és új konfliktusokhoz vezet más közérdekekkel. Ez a dinamika nem illik bele abba az elképzelésbe, hogy az idő ezeket az alkotmányos normákat szabályokká keményíti. A jogok, mint olyanok, továbbra is intézményi reflexióra készítenek az új igények értékéről és igazolásáról, miközben a régieket újrafogalmazzák. Egyrészt éppen ezért az arányossági tesztnek képesnek kell lennie arra, hogy együtt tudjon létezni egy változóban lévő alkotmánnyal és egy olyan alkotmányos közösséggel, amely elismeri a jogokból eredő követelmények dinamikus jellegét. Másrészt az arányossági tesztnek tiszteletben kell tartania az idővel stabil intézményi együttműködés garanciáját. Az együttműködő alkotmányos modell harmadik tengelyéről szóló utolsó alfejezetben visszatérek ezekre a kérdésekre.

⁵¹ Kumm (*Ibid.*) meggyőzően érvel amellett, hogy ezek a megfontolások nem zárják ki, hogy a jogokat olyan elveknek tekintsük, amelyeket a kollektív érdekekkel szemben arányossági teszteknek lehet alávetni. Egyetértek Kummmal abban, hogy a jogok mérlegelhetők, azonban úgy vélem, hogy pontosabb, ha a fejezet elején tárgyalt típusú vegyes normákként kezeljük őket, mint optimalizációs parancsokként.

3.1.3 Az arányossági teszt rendszerszintű megközelítése

Egy kooperatív struktúrában a szereplőknek képesnek kell lenniük arra, hogy saját konkrét funkcióikra is figyeljenek, valamint a struktúra egészének teljesítményét is szem előtt tartsák. Ez a kettős látásmód a rendszerszintű legitimitás feltétele. A jogalkotóval szemben ez a követelmény az önkontroll követelményeiben tükröződik az igazolási kultúrában. A bírói felülvizsgálat gyakorlásának azonban a bíróság elé kerülő alkotmányos konfliktusokra összpontosító szemléletet egy tágabb - mind szinkronikus, mind diakronikus értelemben vett -, a struktúra egészének védelmét felölelő látásmóddal is kombinálnia kell. Eddig amellet érveltem, hogy az alkotmányossági ellenőrzésnek mind az arányossági tesztet, mind a jogok elsőbbségét a kollektív érdekekkel szemben figyelembe kell vennie. Joghatósági jogkörének gyakorlása során azonban a legfelsőbb bíróságnak magának a rendszernek a védelmi hatékonyságára is összpontosítania kell az aggodalmát. A védelmi hatékonyság érdekében az arányossági teszt nem korlátozódhat egy korlátozó norma vagy intézkedés szükségességének, megfelelőségének és szigorú arányosságának értékelésére, amelyek mindegyike egy adott alkotmányos konfliktushoz kapcsolódik. Az arányossági tesztnek a rendszer egészének optimális működéséhez kapcsolódó rendszerszintű megfontolásokat is be kell vonnia az értékelésébe.

Ebben a cikkben csak két ilyen rendszerszintű megfontolást fogok tárgyalni. Az első a jogok idővel történő kooperatív védelméhez kapcsolódik. Az alkotmányokat gyakran élő eszközként, az alkotmányos jogokat pedig dinamikaként fogalmazzák meg. Ez a felfogás az oka annak, hogy arra ösztönözzük az alkotmányossági ellenőrzést, hogy az alapvető jogi normák megértése és alkalmazása során szociológiai megközelítést alkalmazzon, amely figyelemmel van a társadalom erkölcsi meggyőződésének társadalmi fejlődésére. Kifinomultabb módon Wil Waluchow az alkotmányokat egy élő fához hasonlította, amely tükrözi az alkotmányos erkölcsöt, amely egy közösség jogi gyakorlatának és interakcióinak összességéből ered.⁵² Waluchow amellet érvel, hogy "az alkotmányos szerepből fakadó korlátokon belül lehetővé kell tenni, hogy növekedjen és alkalmazkodjon az új kortárs körülményekhez és a fejlődő normatív meggyőzésekhez, beleértve az igazságossággal kapcsolatosakat is".⁵³

Az általam javasolt alkotmányos modell többet követel a bírósági felülvizsgálattól. Úgy is mondhatnánk, hogy az alkotmánybíróságnak kettős együttműködési funkciója vagy felelőssége van, amely ismét a védelmi hatékonyság háttérében áll. Felelősségének egy része - az alulról felfelé irányuló logikát követve - az, hogy tükrözze azt, amit "társadalmi javulási

konszenzusnak" nevezhetnénk. Ezt tiszteletben tartva

⁵² Lásd W. Waluchow, *A bírói felülvizsgálat Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) 226-227.

⁵³ *Ibid.* 183.

a felelősség magában foglalja a közösség erkölcsi meggyőződésének alakulására való odafigyelést, amennyiben az tükrözi az alapvető jogok erkölcsi megértésének fejlődését.⁵⁴ E felelősség egy másik része, amely ezúttal egy felülről lefelé irányuló logikát követ, magában foglalja az új javulási konszenzus megszilárdításában való részvételt.⁵⁵ Ez arra kéri a bíróságot, hogy az evolúciós dinamikát ne szociológiai kérdésként, hanem inkább a fokozatos normatív fejlődés szempontjából vizsgálja. Ez a követelmény abban a tézisben foglalható össze, hogy ahogy javulnak a hatékony jogvédelmet biztosító intézményi együttműködés lehetőségei, úgy kell javulniuk a javulással szemben támasztott elvárásoknak és követelményeknek is. Ennek megfelelően egy olyan norma, amely ma még arányosnak ítélnélhető a kollektív érdekek szolgálata és a jogok korlátozása szempontjából, a közeljövőben könnyen alkotmányosértőnek minősülhet, éppen az adott területen folytatott sikeres intézményi együttműködés miatt. A jogok erkölcsi nyomása tehát idővel növekedhet, ami megváltoztathatja mind a tartalmi hatókörüket, mind az arányossági vizsgálatokban betöltött súlyukat.

Ezért azt javaslom, hogy az alkotmányos ellenőrzést úgy képzeljük el, hogy az a kollektív fejlődést fokozatosan irányítsa a jogok megvalósítása felé. Ez a fokozatos dinamika az érdemi javulást a jogbiztonság ésszerű garanciájával ötvözi. Ezen túlmenően az arányossági teszt révén elkerüli a jogok zsarnokságát, amely a jogok és a kollektív érdekek közötti új konfliktusokból eredhet, ahogy ezek az idővel fejlődnek. Összességében úgy vélem, hogy a fokozatos megközelítés hozzájárulna mind a jogok alkotmányának, mind magának a bírósági felülvizsgálatnak a rendszerszintű legitimitásához.

Van egy második rendszerszintű megfontolás, amely a szövetkezeti modell szempontjából fontos, és amelyet szintén szeretnék itt felvetni. Ellentétben más alkotmányos modellekkel, amelyek központi kérdése annak meghatározása, hogy ki mondja ki az utolsó szót alkotmányos kérdésekben, az általam védett modell kifejezetten annak meghatározásával foglalkozik, hogy az adott ügyben melyik szerv van a legjobb helyzetben ahhoz, hogy hatékony jogvédelmet nyújtson, és ezt a meghatározást az arányossági tesztnek is magában kell foglalnia. Vegyünk egy hipotetikus helyzetet, amelyben valamely kormányzati szerv olyan intézkedést fogad el, amely enyhén beavatkozik egy alapvető jogba. Az alkotmánybíróság ekkor megállapítja, hogy a szóban forgó szerv van a legjobb helyzetben ahhoz, hogy felmérje a helyzet körülményeit és releváns tényezőit, és

⁵⁴ Azokban a jogi-politikai kontextusokban, amelyekben az alkotmányos együttműködés lehetséges, nem lenne összhangban

ezzel az együttműködési dinamikával, ha az alkotmánybíróság hasonló módon tükrözné a társadalmi meggyőzésekben bekövetkezett változásokat, amelyek az alapvető jogok elleni visszahatást vagy az agresszió más formáit jelentik.

⁵⁵ Az alulról felfelé és felülről lefelé irányuló logika kombinációjáról az Emberi Jogok Európai Bíróságának érvelésében lásd: T. Kleinlein, "The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution", *International and Comparative Law Quarterly* 68(1) (2019) 91.

hogy a helyzet kellő ismeretének hiánya szuboptimális alkotmányos döntéshez vezethet. Ebben az esetben az alkotmánybíróságnak lenne oka arra, hogy a jogsértő szerv ítélőképességében bízson.⁵⁶

Annak megítélése, hogy melyik intézményi szerv a legalkalmasabb a megfelelő megoldás megtalálására, azonban a szervek együttműködési partnerként való megbízhatóságától is függ. Már utaltam arra, hogy ilyen megbízhatóság nélkül nehéz megszerezni azt a kölcsönös elismerést és tiszteletet, amely lehetővé teszi a hosszú távú együttműködést. Az alapvető jogba beavatkozó szerv megbízhatósága részben az adott ügyben tanúsított, az igazolási kultúra iránti elkötelezettség vizsgálatával mérhető. Ennek érdekében a bíróság megvizsgálhatja a korlátozó norma-hoz vagy intézkedéshez vezető folyamat mérlegelési minőségét. Például egy jogalkotási intézkedés esetében a bíróság megvizsgálhatná, hogy az intézkedés meghozatala előtt a jogalkotó meghallgatta-e valamennyi érintett véleményét, és alaposan mérlegelte-e az összes releváns tényezőt. A megbízhatóságot azonban az is méri, hogy a jogalkotó (vagy az intézkedésért vagy normaért felelős szerv) milyen fokú pártatlanságot tanúsított a jogvédelem értékelése során, az alkotmányos önellenőrzés megléte és az érintett jog általános védelmi szintjének előmozdítására irányuló kezdeményezésének nyilvántartása. E tényezők mindegyike azon szálak egyikét képviseli, amelyek együttesen idővel a kölcsönös elismeréshez és az alkotmányos együttműködéshez vezetnek.

4. Következtetés

Ebben a tanulmányban a bírósági felülvizsgálat rendszerszintű legitimitására összpontosítottam, adottnak tekintve a Nyugat-Európa kontinentális részén már jelen lévő legjelentősebb intézményi konstrukciókat. Bár számos kérdés még nyitott, és számos más tényezőt nem vettem figyelembe, úgy vélem, hogy bemutattam ennek a gondolatmenetnek a lehetőségeit az alkotmányos igazságszolgáltatás legitimitásának értékelésében. Továbbá, míg sok tudós szinte kizárólag a bírói felülvizsgálat ellentöbbségi ellenvetésére összpontosít, megközelítem a következményei nem állnak meg itt. A kooperatív erkölcs szempontjából mért védelmi hatékonyság nem az egyetlen érdek, amely az alkotmányos ellenőrzés gyakorlását igazolja, de különösen szembetűnő.

⁵⁶ Kavanagh, "Tisztelet vagy dac? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication" (25. o.) 197-198.