

# A "Mason Court forradalom" újraértelmezése: Az ausztrál alkotmányos átalakulás bíró által vezérelt történeti intézményesített beszámolója

Theunis Roux\*

## Absztrakt

Ausztráliában a bírák által irányított alkotmányos átalakulásnak két nagy korszaka volt. Az első az 1901-es, erősen föderalista alkotmánynak a múlt század folyamán a Legfelsőbb Bíróság által sikeresen átalakított, gyengén föderalista alkotmánnyá történő átalakítása volt. A második az általánosan elfogadott "Mason Bíróság forradalma" volt, amely nem teljes mértékben sikerült: a bíróság 1987-1995 között arra tett kísérletet, hogy az alkotmányt az alapvető ausztrál politikai értékek érvényesítésének eszközeként alakítsa át. Mi magyarázza ezeket a különböző eredményeket? Ez a tanulmány a jog és a politika alkotmánybíráskodás során megvalósuló kölcsönhatásának történeti intézményesített értelmezésén alapuló választ javasol erre a kérdésre. Röviden, az érvelés szerint a *mérvő* döntés egy olyan önerősítő intézményi fejlődési pályát indított el, amely a múlt század közepére stabil politikai-jogi egyensúlyhoz vezetett. Az erősen föderalista alkotmány gyengén föderalista alkotmánnyá való átalakulása inkább ennek a pályának a mellékhatása volt, mint egy szándékos politikai stratégia eredménye. A második átalakítási kísérletért felelős bírák igyekeztek kitörni a század közepén kialakult politikai-jogi egyensúlyból, hogy a Bíróság hatékonyabban tudjon reagálni a változó társadalmi nyomásra. A rendszert ért jelentős exogén sokk hiányában azonban a fennálló egyensúlyhoz kapcsolódó korlátok strukturálták és korlátozták a bírák tevékenységét. Úgy tűnik, a "Mason Court forradalma" nem volt teljesen sikeres, és pedig nagyjából ugyanabból az okból, amiért a közgazdászok szerint a jobb technológiáknak néha nem sikerül megvetniük a lábukat a versenypiacokon: mert a meglévő technológiák jelentős akadályokat emeltek a piacra lépés elé.

## 1. Bevezetés

Az ausztrál igazságügyi politika területe 1987-ben indult el Brian Galligan *Politics of the High Court című könyvének* megjelenésével.<sup>1</sup> Az elsődleges és másodlagos források széles skáláját felhasználva Galligan azzal érvelt, hogy a bírósági felülvizsgálat 1901 utáni sikeres intézményesülése a Legfelsőbb Bíróságnak a legalizmus politikailag stratégiai jelentőségű felvállalásának tulajdonítható. Az 1920-as *mérvő* ügytől az 1983-as vitatott *tasmániai gátak* ügyéig a bírák egymást követő csoportjai tudatosan hivatkoztak a jog politikától való elválasztásának szigorú koncepciójára, hogy érvényt szerezzenek tekintélyüknek, és az Ausztrál Munkáspártot a liberális alkotmánypártiak körébe vonják. E folyamat során, és e stratégia kulcsfontosságú elemeként, az eredetileg erősen föderalista alkotmányt gyengén föderalista alkotmánnyá alakították át.

Amióta Galligan megírta könyvét, két nagyobb tanulmány is megjelent, amelyek az ausztráliai bírósági felülvizsgálat politikájának történetét onnan folytatták, ahol ő abbahagyta - Sir Anthony Mason 1987-1995 közötti főbírói időszakából.<sup>2</sup> A tanulmányok szerint ebben az időszakban a Legfelsőbb Bíróságon a Sir Anthony által vezetett bírák többsége megpróbálta átalakítani a bírói jogrendet.

---

\* Jogászprofesszor, UNSW Ausztrália.

<sup>1</sup> Brian Galligan, *A legfelsőbb bíróság politikája: A Study of the Judicial Branch of Government in Australia* (University of Queensland Press, 1987).

<sup>2</sup> Haig Patapan, *A demokrácia megítélése: The New Politics of the High Court of Australia* (Cambridge University Press, 2000); Jason L. Pierce, *Inside the Mason Court Revolution: The High Court of Australia Transformed* (Carolina Academic

Press, 2006). Lásd még David Solomon, *The Political High Court* (Allen & Unwin, 1999).

Alkotmányt másodszor is, ezúttal az alapvető ausztrál politikai értékek hatékonyabb kifejezőeszközévé. Ez a második átalakítási kísérlet azonban nem volt olyan sikeres, mint az első, főként azért, mert a bírói kar és a jogi szakma szélesebb köre ellenállt a szükséges új érvelési módszereknek.

A két későbbi tanulmány tovább mélyítette a Legfelsőbb Bíróság ausztrál politikai rendszerben betöltött szerepének megértését. Sajnos azonban egyik sem foglalkozik nagymértékben Galligan érvelésével.<sup>3</sup> Munkáját csak futólag említik, de aztán más módszerekkel és más céllal vizsgálják a Mason Court korszakát. Ennek eredményeképpen az ausztráliai bírósági felülvizsgálat politikájával foglalkozó szakirodalom némileg töredezett és hiányos. Különösen egy lényeges kérdésre kell még választ adni: ha mind a Galligan által tárgyalt időszakot, mind a Mason Court korszakát helyesen jellemzik a bíró által irányított alkotmányos átalakulás példaként, akkor miért volt az első átalakulás olyan látványosan sikeres, a második pedig csak tökéletlenül valósult meg?

E tanulmány célja, hogy az ausztrál szakirodalom e hiányosságát pótolja, és egyúttal érveljen amellett, hogy a Legfelsőbb Bíróság politikájával kapcsolatos kutatásokat hogyan lehet újra megélnéskíteni és integrálni a szélesebb körű összehasonlító igazságügyi politikai szakirodalomba.<sup>4</sup> A tanulmány ezt a megközelítések egy sajátos kombinációjának felhasználásával teszi: a *történeti institucionalizmus*, amely az elmúlt 30 évben a politikatudományban még mindig uralkodó racionális választási modellekre adott válaszként alakult ki, valamint a *kiegyensúlyozott jogi realizmus* - a jog viszonylagos meghatározottságának és a politikától való autonómiájának az amerikai jogi realista, Karl Llewellyn munkásságából származó nézete. Az érvelés szerint a megközelítéseknek ez a kombinációja magyarázza meg a legjobban az ausztráliai alkotmányos átalakulás két fő bírói irányítású korszaka közötti folytonosságokat és különbségeket. Ez a legjobb esélyt nyújtja a Legfelsőbb Bírósággal kapcsolatos politikatudományi és jogtudományi kutatások közötti szakadék áthidalására is.

A tanulmány Galligan beszámolójának összefoglalásával kezdődik a bírósági felülvizsgálat kialakulásáról és fokozatos intézményesítéséről. E szakasz célja nem pusztán az, hogy összefoglalja érvelését, hanem az is, hogy bemutassa, miért nem sikerült megnyernie a jogi akadémiát. A következő szakasz a Mason Court-korszakról eddig készült két nagyobb tanulmányt mutatja be. Ezek a tanulmányok a jogtudósok számára vonzóbb fogalmi kereteket és módszertant használnak, és így egy újraéledő, interdiszciplináris terület felé mutatnak utat. Részben emiatt azonban kevés figyelmet szentelnek Galligan érvelésének, és így megoldatlanul hagyják a két alkotmányos átalakítás eltérő sikerének rejtélyét. A tanulmány ezután ismerteti a javasolt interdiszciplináris megközelítés alapjául szolgáló szakirodalmat, és kifejti a jog és a politika közötti kapcsolatról alkotott felfogást, amelyen Galligan érvelésének kritikája alapul. Az utolsó fejezet újraértelmezi a Mason Court-korszakot, bemutatva, hogy az itt használt keret jobban képes összekapcsolni azt a korábbi establishment-korszakkal. Azáltal, hogy segítette stabilizálni egy olyan politikai-jogi egyensúlyt, amelyben a Bíróság folyamatos legitimitását a legalista értelmezési módszerekhez való ragaszkodás feltételezte, az ausztráliai alkotmányos átalakulás első, bíró által irányított epizódja alakította és végül korlátozta a későbbi átalakulást. A tanulmány következtetése szerint a "Mason Court forradalma" nem volt teljesen sikeres, és pedig nagyjából ugyanabból az okból, amiért a közgazdászok szerint a jobb technológiáknak néha nehéz megvetniük a lábukat a verseny piacokon: mert a meglévő technológiák jelentős akadályokat emeltek a piacra lépés elé.

<sup>3</sup> Lásd az alábbi szakaszokat 2.3

<sup>4</sup> A terület legjobb általános bevezetője Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen és Gregory A. Caldeira (szerk.): *The*

*Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford University Press, 2010).

## 2. Galligan tanulmányának fegyelmi korlátai

Galligan többször hangsúlyozta központi tézise<sup>5</sup>, hogy a bírósági felülvizsgálat intézményesítését Ausztráliában leginkább az 1901-es alkotmány alapvetően liberális elkötelezettségei és az Ausztrál Munkáspárt szocializációs programja közötti eltérés fenyegette. Az ALP - emlékeztet - nem volt jelentős szereplője az 1890-es években tartott különböző alkotmányozó gyűléseknek (hiszen csak most alakult meg).<sup>6</sup> Az ALP jelentős befolyásának hiánya azt jelentette, hogy az 1901-es alkotmány főként a XIX. századi laissez-faire meggyőződéseket tükrözte, a frakcióktól való madisoni félelemmel együtt.<sup>7</sup> Galligan szerint ez a hatás kimutatható abban, hogy az alkotmány a politikai hatalom szétesztására összpontosít, ami Ausztráliában a föderalizmus, a szenátus létrehozása és a Legfelsőbb Bíróság létrehozása révén valósult meg.<sup>8</sup> Ahogy a huszadik század elején kialakult, az ALP politikai programja alapvetően ellentétben állt ezzel az alkotmányos stílussal - a szövetségi munkaügyi kapcsolatok és a szociális jóléti törvények bevezetésére irányuló célja ellentmondott annak, hogy az alkotmány ezeket a kérdéseket látszólag állami szintre helyezte.<sup>9</sup> Ezzel szemben a Liberális Párt és elődpártjai mind az Alkotmány természetes szövetségesei voltak, programjaik inkább az alkotmányos kerékvágással, mint azzal szemben működtek.

Tekintettel az ALP és az alkotmány közötti alapvető ellentétre, Galligan szerint a múlt század első felében a Legfelsőbb Bíróság előtt álló legnagyobb kihívás az volt, hogy az ALP-t az alkotmányos keretek közé terelje. E cél elérésének fő stratégiája az volt, hogy a legalizmust mint irányadó filozófiát és értelmezési módszertant népszerűsítette. A legalizmus szépsége és ereje abban rejlett, hogy politikailag semleges értelmezési módszerként lehetett feltüntetni, miközben valójában a Bíróság politikai programját szolgálta. Ez azért volt így, mert amennyiben a legalizmus a Commonwealth hatáskörének nagyvonalú értelmezését támogatta, e módszer elfogadása idővel természetes módon csökkentette az alkotmány és a Labor politikai programja közötti feszültséget.

Így történt, hogy az 1940-es években, az ALP első tartós kormányzati időszakában<sup>10</sup> a Legfelsőbb Bíróság képes volt megakadályozni az ALP által a légitársaságok és a bankszektor államosítására tett kísérletet anélkül, hogy végzetes támadást indított volna ellene.<sup>11</sup> Galligan szerint az ALP elfogadta ezeket a kudarcokat, mert a Legfelsőbb Bíróság centralizáló alkotmányértelmezése eléggé megadta neki azt, amit akart - a nagy iparágak államosítása csak a legradikálisabb, és viszonylag könnyen elvethető aspektusa volt politikai programjának.<sup>12</sup> Nem sokkal később, az 1952-es *Kommunista* Párt-ügyben<sup>13</sup> a Legfelsőbb Bíróság szembeszállt az alkotmányt ért legkitartóbb támadással a politikai spektrum jobboldaláról. Ennek eredményeképpen az 1950-es évek közepére a Legfelsőbb Bíróság sikeresen megalapozta a magas szintű politikai konfliktusok semleges, harmadik félként eljáró döntőbírájaként való elismertségét. A következő harminc évben - az 1975-ös alkotmányos válság kivételével -<sup>14</sup> Robert Menzies miniszterelnöksége és liberális párti koalíció utódai alatt nyugodt, eseménytelen időszak következett.

<sup>5</sup> Galligan, fenti 1. sz. 4., 26-30., 37., 9772., 119. sz.

<sup>6</sup> Galligan, fenti 1. o., 24. o.

<sup>7</sup> Galligan, fentebb 1. o., 23. o. Megjegyzendő, hogy Stephen Gageler, "Beyond the Text: A Vision of the Structure and Function of the Constitution" (2009) *Australian Bar Review* éppen az ellenkezőjét állítja, hogy az alkotmányt ... az ausztrál nép általi önkormányzatiság megerősítésének eszközeként fogalmazták meg".

<sup>8</sup> Galligan, fenti 1. o., 48-65. o.

<sup>9</sup> Galligan (1. sz.), 26-30. o.

<sup>10</sup> 1941-1949 között, a Curtin és Chifley kormányok alatt.

<sup>11</sup> *Australian National Airways Pty Ltd kontra Commonwealth* (1945) CLR71 29; *Bank of New South Wales kontra Commonwealth*

(1948) CLR76 1; *Commonwealth kontra Bank of New South Wales* [1950] AC 235.

<sup>12</sup> Galligan, fentebb 118-1831., o., 252. o.

<sup>13</sup> *Ausztrál Kommunista Párt kontra Commonwealth* (1951) CLR 831.

<sup>14</sup> Galligan, fenti n. (az 1972-75 közötti Whitlam-kormányt "a viharos politika rövid interregnumaként" 2,jellemezte184).

A központi magyarázó gondolat ebben a beszámolóban a legalizmus, amelyet Galligan az ausztrál jogi szakma kultúráján belüli ideológiaként és a hozzá kapcsolódó érvelési módszerek összességéként értelmez.<sup>15</sup> Ideológiaként a legalizmus központi állítása az, hogy a jog elkülönül a politikától (mind normatív, mind bizonyos esetekben leíró jellegű), és hogy a bírák és más jogi szakemberek képesek jogi következtetéseket levonni anélkül, hogy olyan tényezők, mint személyes politikai preferenciáik vagy pártpolitikai lojalitásuk jelentős befolyást gyakorolnának rájuk. Ebben a formában a legalizmus Galligan érvelésében a bírák által kritikus jogi-kulturális pillanatokban - például Sir Owen Dixon 1952-es főbírói eskütetelekor - felvett retorikai álláspontként jelenik meg.<sup>16</sup> Ugyanakkor a legalizmus az érvelési módszerek egy különálló csoportját is jelenti, amely a bírának a jog és a politika szétválaszthatósága iránti elkötelezettségét hivatott érvényre juttatni. Ebben a második felállásban a legalizmus (Galligan véleménye szerint) elsősorban a Legfelsőbb Bíróság "értelmező" érvelési módszerek (azaz olyan módszerek, amelyek "az alkotmányból elveket és értékeket vonnak le, és azokat fokozatosan alkalmazzák a felmerülő ügyekre") előnyben részesítik.<sup>17</sup> Az ilyen értelemben vett legalizmus - érvel Galligan - szerves részét képezte mind a *Bank Nationalisation*-ügynek, ahol a Privy Council erőteljesen támogatta,<sup>18</sup> mind az *első egységes adóügynek*,<sup>19</sup> ahol ez indokolta a Bíróság azon döntését, hogy a jogszabályi rendszer minden egyes elemének alkotmányosságát vizsgálta, nem pedig a rendszer egészének érdemi politikai hatását. Míg Dixon a jogkultúra szintjén a legalizmus vádját vezette, Galligan elismeri, saját érvelési módszerei nem mindig feleltek meg annak előírásainak, és valójában Dixon volt a felelős az érdemibb jogi érvelési módszerek részleges rehabilitációjáért a *Melbourne Corporation*-ügyben.<sup>20</sup>

A bírósági felülvizsgálat ausztráliai intézményesítésének ezt a kifinomult beszámolóját joggal nevezték "úttörőnek".<sup>21</sup> Galligan írása előtt Ausztráliában nagyon kevés érdeklődés mutatkozott az igazságügyi politika iránt, és könyve sokat tett azért, hogy ez megváltozzon.<sup>22</sup> Ami azonban az akadémiai jogászokat illeti, Galligan érvelésével mindig is számos probléma volt. A legfőbb nehézség az, hogy a jogásztudomány politikai stratégiai bevetéséről szóló beszámolója a jog és a politika kapcsolatának némileg gyarmatosító felfogása miatt torznak tűnik. Könyve bevezetőjének legelső bekezdésében Galligan így egyszerűen azt állítja, hogy "a politikai rendszer magában foglalja a jogi világot mint specializált alrendszert".<sup>23</sup> Természetesen a politikai szereplők - és velük együtt sok politológus - valóban így látják a jogot *sajátos területükről*, és ezzel elvileg nincs is semmi baj, feltéve, hogy ezt a külső nézőpontot fenntartják.

Galligan felfogása a jog és a politika közötti kapcsolatról azonban problematikusává válik, amikor olyan érvelésben használják, amelynek meggyőző ereje létfontosságúan függ a jogi szereplők belső motivációinak pontos ábrázolásától.<sup>24</sup> Ha ez a magyarázó cél, akkor a jognak a politika alrendszereként való felfogása torzítóvá válik, mert hajlamos a jogi szereplők motivációinak olyan szemléletet ráhúzni a jogi szereplőkre, amely módszertani alapértelmezés szerint politikai, és - legalábbis a jogtudósok számára - teljesen valószínűtlen. Így amikor Galligan négy oldallal később úgy foglalja össze érvelését, hogy a Legfelsőbb Bíróság jogászai felkarolása tudatos politikai "stratégia" volt, akkor ez a következő

---

<sup>15</sup> Galligan, lásd a 38-411. pontot.

<sup>16</sup> Galligan, lásd a 30-311. pontot.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> *Bank of NSW kontra Commonwealth* (1948) CLR76 1; *Commonwealth Bank kontra Bank of NSW* (1949) CLR 79497.

<sup>19</sup> *Dél-Ausztrália kontra Commonwealth* (1942) CLR (65373) lásd Galligan, 131-341. o.).

<sup>20</sup> *Melbourne Corporation kontra Commonwealth* CLR19477431 (lásd: Galligan, fenti 1. sz., 163-69. o.).

<sup>21</sup> Patapan, a fenti n 2,3.

<sup>22</sup> Lásd például az *Australian Journal of Political Science* című folyóiratban a Legfelsőbb Bíróságról szóló éves áttekintő

esszéket.

<sup>23</sup> Galligan, a fenti n 1,1.

<sup>24</sup> Lásd Jeffrey Goldsworthy, "Realism about the High Court" (1989) *Federal Law Review* 32-3627,.



"munkájának megkönnyítése és határozatainak legitimálása érdekében",<sup>25</sup> a jogtudós olvasó azonnal gyanút fog. Amint arra Jeffrey Goldsworthy Galligan könyvének egyik korai recenziójában rámutatott, az ehhez az állítólagos politikai stratégiához kapcsolódó adatok és események ugyanúgy betudhatók a bírák őszinte elkötelezettségének a legalizmus mint megfelelő igazságszolgáltatási filozófia és érvelési módszer mellett.<sup>26</sup> Valamilyen ilyen elkötelezettség ugyanis a legtöbb érett jogrendszerben szerves részét képezi a bírói funkció legitimációjának.<sup>27</sup> És így a legalista attitűdök, ésszerűen feltételezhető, jóval az állítólagos politikai döntés előtt kialakultak, hogy a *mélnököknél* alkalmazzák őket.<sup>28</sup>

Az, hogy Galligan nem foglalkozik ezzel az alternatív magyarázattal, számos anomáliát okoz a beszámolójában. A *Bíróság Melbourne Corporation ügyben* hozott döntésének tárgyalásakor<sup>29</sup> Galligan például megjegyzi, hogy a többségnek el kellett térnie a bevált legalista módszertől, hogy az alkotmány szövegéből és szerkezetéből levezessen egy érdemi politikai elvet (a nemzetközösségi jogalkotás föderalista korlátozása). Galligan szerint a többség azért volt kénytelen ezt megtenni, mert az ALP programjának radikálisabb aspektusait ilyen esetekben blokkoló szokásos eszköz - az Alkotmány 92. szakaszának legalizmusfüggő, egyéni jogokra épülő értelmezése - nem állt rendelkezésére.<sup>30</sup> Ez az értelmezés doktrinális okokból megkérdőjelezhető.<sup>31</sup> Még ha a Bíróságra ható doktrinális korlátok pontosan le is vannak írva, miért volt azonban az, hogy a Bíróság ebben az esetben képes volt megúszni az Alkotmány nyíltan politikai értelmezését, más esetekben pedig nem? Ha a bírák tudatos, politikai stratégiai törekvése a legalizmusra jelentéktelennek magyarázható, amikor az esetpélda nem felel meg a hipotézisnek, akkor milyen értéke van valójában a hipotézisnek?

A kutatási eredményeknek a tudományág-specifikus feltételezések általi torzítása - gondolhatjuk - minden társadalomtudományi kutatás elkerülhetetlen sorsa; a lényeg nem a torzítás elkerülése, hanem egy korlátozott igazság hirdetése az alkalmazott tudományág feltételezésein belül. Galligan egyik kifejezett célja könyvének megírásával azonban az volt, hogy a politológusok és az alkotmányjogászok között a Legfelsőbb Bíróság politikájáról folytatott beszélgetés során kialakult szakadékot kezelje.<sup>32</sup> Teljesen érthető okokból úgy próbálta ezt megtenni, hogy ezt a szakadékot a politikatudományi oldalról közelítette meg, és ezáltal az ausztrálokat a legfelsőbb bíróságuk vizsgálatának egy értékes módjával ismertette meg. Azzal azonban, hogy Galligan nem tudta úgy megfogalmazni az érvelést, hogy az legalább az alkotmányjogászok számára hihető legyen, aláásta beszélgetésindító célját. A politológusok és a jogtudósok közötti szakadék megfelelő áthidalásához nem elég, ha a bírósági felülvizsgálat politikájának kérdését a politikatudomány vagy a jogtudomány oldaláról közelítjük meg. Inkább valamilyen átfogó koncepciót kell elfogadni, amely közvetíti e két tudományág aggályait.

---

<sup>25</sup> Galligan, a fenti n 1,4.

<sup>26</sup> Lásd a fenti Goldsworthy-t. Lásd 24,34.még Cheryl Saunders "Book Review" (1988) *Publius* 18134.

<sup>27</sup> Erre utal Martin Chanock: *The Making of South African Legal Culture 1902-1936: Fear, Favourice and Prejudice* (Cambridge University Press, 2001) 25.

<sup>28</sup> Az igazsághoz tartozik, hogy Galligan a *Engineers-ügy* tárgyalása során azt mondja, hogy egyes bírák jogtechnikai okokból az angolosabb stílusú jogszabály-értelmezés mellett dönthettek (Galligan, fenti 1. sz. 102. o.). Ez az alternatív magyarázat azonban ezt követően eltűnik az elemzéséből, így Galligan beszámolójának többi része lényegében kérdéses a bírák tényleges motivációinak központi kérdését illetően. Végül is lehetetlen biztosan megmondani, és az érintett bírák közül valószínűleg sokan tagadták volna, hogy a legalizmus csak egy politikailag kényelmes eszköz volt a Bíróság erőteljes szerepének érvényesítésére. Legalább ennyire valószínű, hogy a legalizmus a jogászszakmai szocializáció tudattalan, nem szándékos folyamata révén gyakorolta befolyását.

<sup>29</sup> Galligan, lásd a 168-691.,. pontot.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Goldsworthy, lásd fentebb a 34-3524,. pontot.

<sup>32</sup> Galligan, lásd a 2-31,. pontot.

E dokumentum 4. szakasza megkísérel egy ilyen átfogó koncepciót megfogalmazni. Mielőtt erre rátérnénk, a következő szakasz az ausztráliai alkotmányos átalakítási kísérlet második fő példájával - a Mason Court korszakában bevezetett újításokkal - foglalkozó szakirodalommal foglalkozik. Mint látni fogjuk, a szóban forgó két tanulmány sokkal melegebb fogadtatásra talált a jogtudósok körében, mint Galligan tanulmánya. Ez legalábbis azt jelzi, hogy Galligan beszélgetésindító célja elérhető lehet, feltéve, hogy a megfelelő kereteket fogadják el. E tanulmányoknak azonban van egy nagy hátránya, mégpedig az, hogy nem kapcsolódnak vissza Galligan tanulmányához, hogy a Legfelsőbb Bíróság fejlődő politikájáról integráltan számot adjanak.

### 3. A Mason Court forradalom szakirodalmának hiányosságai

Az 1980-as évek végétől az 1990-es évek végéig a Legfelsőbb Bíróság bíráinak egy csoportja Sir Anthony Mason vezetésével megpróbálta átalakítani mind a Legfelsőbb Bíróságnak az ausztrál politikai rendszerben betöltött intézményi szerepét, mind pedig a döntések alátámasztására használt érvelési módszereket.<sup>33</sup> Ezt megelőzően a Bíróság intézményi szerepe a föderalizmus kérdéseire korlátozódott. A Mason-bíróság ezt úgy próbálta megváltoztatni, hogy számos alapvető ausztrál politikai értéket tett igazságszolgáltatóvá. Ennek során olyan doktrínákat dolgoztak ki, amelyek mind eredeti levezetésük, mind pedig folyamatos alkalmazásuk tekintetében a jogi érvelés új, lényegre törőbb stílusától függték, amely minőségileg különbözött a korábbi "szigorú és teljes legalizmustól".<sup>34</sup> Mindez nem feltétlenül számított volna, ha a Bíróság számos döntése, amellet, hogy az új érvelési módszerekre támaszkodott, ellentmondásos politikai következményekkel is járt volna. Ezek közül a legismertebb a bennszülöttek földtulajdonjogáról szóló Mabo-döntés,<sup>35</sup> de számos más döntés is született, amelyek egyrészt felhárították a befolyásos politikai szereplőket, másrészt úgy tekintettek rájuk, mint amelyek eltértek a Bíróság megfelelő szerepétől.<sup>36</sup> A Bíróság ennek következtében legitimitási válságba került, amelyből csak az 1990-es évek végén, a tradicionálisabban gondolkodó Murray Gleeson főbíróvá történő kinevezésével tudott kilábalni.<sup>37</sup>

Ennyi többé-kevésbé vitathatatlan. A történet főbb vonalait Haig Patapan beszámolója arról, hogy a Mason Court hogyan próbálta magát az ausztrál demokrácia "bírájaként" újrapozicionálni,<sup>38</sup> valamint Jason Pierce "a Mason Court forradalmáról" szóló, azonos című tanulmánya meséli el.<sup>39</sup> A Galligan könyvének kissé langyos fogadtatásával ellentétben mindkét tanulmány kedvező fogadtatásra talált a jogi tudományokban.<sup>40</sup> Pierce tanulmánya különösen pozitív fogadtatásban részesült.<sup>41</sup> Ez részben annak köszönhető, hogy interjút készített számos kulcsfontosságú jogász-szakmai szereplővel egy olyan ügyben, amely nyilvánvalóan egy

<sup>33</sup> Ez a bekezdés a fenti Patapan, n. o. és 2Pierce, n. o., 2. o. érvek általános összefoglalása. Az érvekre vonatkozó részletes hivatkozások az alábbiakban találhatóak.

<sup>34</sup> "Szigorú és teljes legalizmus" - ezt a kifejezést használta Sir Owen Dixon a főbírói eskütétele alkalmából tartott beszédében, amelyet 1952. az 1952. évi 85 CLR xi. számában közöltek.

<sup>35</sup> *Mabo kontra Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1.

<sup>36</sup> Például a *Wik Peoples kontra Queensland* (1996) CLR187 (nem sokkal azután 1született ítélet, hogy Sir Anthony főbíró nyugdíjba vonult).

<sup>37</sup> Murray Gleesont 1998-ban nevezték ki főbírónak. Ortodox jogászként való hírneve részben az Ausztrál Ügyvédi Kamara New York-i konferenciáján júliusban tartott előadásában tett kijelentésein alapul Lásd: 2000.Murray Gleeson, "Judicial Legitimacy" (2000) 20 *Australian Bar Review* 4, 9.

<sup>38</sup> Patapan, a fenti n 2.

<sup>39</sup> Pierce, a fenti n 2.

<sup>40</sup> A fenti 2. szakaszban tárgyalt, Galligan könyvéről szóló kritikai kritikákat állítsa szembe Haig Patapan és Jason Pierce

könyveinek nagyrészt elismerő fogadtatásával Andrew Lynch, "The High Court - Legitimacy and Change: Review Essay: Haig Patapan, Judging Democracy - The New Politics of the High Court of Australia" (2001) 29 *Federal Law Review* 295; és Andrew Lynch, "The Once and Future Court? Jason L Pierce, *Inside the Mason Court Revolution: The High Court of Australia Transformed*" (2007) 35 *Federal Law Review*. 145.

<sup>41</sup> Például Lynch, "The Once and Future Court" fentebb n "figyelemre méltó hozzájárulásnak" nevezi<sup>40</sup>,147.

kimerítő kutatás.<sup>42</sup> Pierce tanulmányának vonzereje azonban az általa elfogadott koncepcionális kerethez is köthető - a "bírói szerepfelfogással" kapcsolatos munkákhoz, amelyek az amerikai igazságügyi politika történeti intézményesítő iskolájához kapcsolódnak.<sup>43</sup> Amint azt az alábbiakban kifejtjük, ez az iskola a jogról olyan módon gondolkodik, amely nem különbözik az ausztráliai jogász-szakmai koncepcióktól. Így a legjobb esélye van arra, hogy áthidalja a politológusok és az akadémiai jogászok közötti szakadékot.

Patapan fő érve, hogy a két tanulmány közül a korábbiakkal kezdjük, az, hogy a nyolcvanas évek közepén számos olyan tényező találkozott, amely arra készítette a Legfelsőbb Bíróságot, hogy újrafogalmazza intézményi szerepét. E tényezők közé tartozott az Ausztrália-törvények 1986-os elfogadása, amelynek értelmében a Bíróságot először azonosították egyértelműen Ausztrália végső fellebbviteli bíróságaként,<sup>44</sup> a megváltozott globális környezet, amelyben egyre inkább elfogadták a jogok chartáit,<sup>45</sup> valamint az, hogy a Legfelsőbb Bíróság bírái Julius Stone sydney-i jogászprofesszor tanításai révén szociológiai, politikaorientáltabb jogi érvelési stílusnak voltak kitéve.<sup>46</sup> E változásokra válaszul - érvel Patapan - a Bíróság egy sor olyan doktrínát dolgozott ki, amelyek arra törekedtek, hogy a föderalizmus felülvizsgálati szerepét kiegészítsék az ausztrál demokrácia minőségének bírói szerepével. Ezek közül a politikai kommunikáció addig ismeretlen hallgatóságos szabadságának a Bíróság általi érvényesítése volt a legnyilvánvalóbb,<sup>47</sup> de Patapan meggyőzően mutatja be, hogy ez a fejlődés csak egy szélesebb trend része volt. A bíróság olyan különböző jogterületeken, mint a bírói hatalom<sup>48</sup> szétválasztása és az őslakosok földtulajdonjogai,<sup>49</sup> bíróságilag kikényszeríthető korlátokat állított fel az addig alkotmányosan alulszabályozottnak hitt ausztrál demokráciának.

A Mason Court-korszak átalakulása ebből a szempontból minőségileg különbözött a Galligan által leírt korábbi átalakulástól. Míg a korábbi átalakulás lényegében a Bíróság legalista legitimációs stratégiájának mellékhatása volt, addig itt a Mason Court többségének az volt a hajtóereje, hogy a Bíróságnak az ausztrál politikai rendszerben betöltött szerepét bizonyos exogén változásokhoz kell igazítani. Más szóval a második átalakulás középpontjában a Mason Bíróság többségének az az őszinte meggyőződése állt, hogy a legalizmus nem felel meg annak az új intézményi szerepnek, amelynek betöltésére a Bíróságot a külső események kényszerítették. Nemcsak nem megfelelő, hanem el is homályosította, abban az értelemben, hogy a legalizmus elfedte azokat a politikai megfontolásokat, amelyeket a Bíróság a múltban mindig elhallgatott, most azonban egyre inkább meg kellett határozni.<sup>50</sup> A Mason Court forradalmának fő motivációja e nézet szerint nem az volt, hogy a Bíróság úgy gondolta, hogy a legalizmus *mint politikai stratégia* már nem életképes, hanem az, hogy a legalizmus *mint ítélkezési elmélet* már nem szolgált megfelelő indoklással a Bíróság változó szerepére az ausztrál demokráciában.

A Mason Court-korszak reformjainak mozgatórugóinak elemzése könnyen áthidalja a politikatudomány és a jogtudomány közötti diszciplináris szakadékot. Ahelyett, hogy tudatos politikai programot tulajdonítana a Bíróságnak, Patapan úgy mutatja be a Bíróságot, mint akit a változó intézményi környezet, a múltbeli doktrinális döntések és az aktuális politikai kontextus összetett kölcsönhatása befolyásolt. A oldalon

---

<sup>42</sup> Pierce, fenti 2. pont, fejezetek és 3,45.

<sup>43</sup> Pierce, fenti 6-92. pont. Amint arra az alábbi3 szakaszban rámutatunk, Pierce nem helyezi tanulmányát kifejezetten a történeti institucionalizmuson belülre, bár a bevezetőben később megemlíti ezt az iskolát (lásd Pierce, fentebb 2. sz., 20-21).

<sup>44</sup> Patapan, a fenti n 2,18.

<sup>45</sup> Patapan, a fenti n 2,19.

<sup>46</sup> Patapan, lásd a 20-242. pontot.

<sup>47</sup> Patapan, fenti n. alc2,ím 3.

<sup>48</sup> Patapan, fenti n. alc2,ím 6.

<sup>49</sup> Patapan, fenti n. alc2,ím 5.

<sup>50</sup> Egy híres előadásában, amelyet 1986-ban tartott, közvetlenül azelőtt, hogy átvette a főbírói tisztséget, Sir Anthony a legalizmust "a nyilvánosságra nem hozott és nem azonosított politikai értékek álcájának" nevezte. Lásd Sir Anthony Mason, "Az alkotmánybíróság szerepe a föderációban: A Comparison of the Australian and the United States Experience" (1986) 16 *Federal Law Review* 1, 5 (idézi: Patapan, fenti 232., o.).

e tényezők hangsúlyozásával Patapan tanulmánya hasznos mintát nyújt a jövőbeli ausztráliai igazságügyi politikai kutatásokhoz. Mindazonáltal a jelen cikkben feltett konkrét kérdés szempontjából a tanulmány két szempontból is korlátozott. Először is, mivel még azelőtt írta, hogy a Mason Court reformjaival szembeni reakció teljes mértéke nyilvánvalóvá vált volna, Patapan nem foglalkozik a reformok részleges visszavágásának okaival.<sup>51</sup> Másodsor, mivel beszámolója a bíró által irányított alkotmányos átalakulás második esetének magyarázatára összpontosít, Patapan nem foglalkozik Galligan korábbi átalakulásról szóló beszámolójával, sem azzal a kérdéssel, hogy saját fogalmi kerete hogyan tenné szükségessé e beszámoló felülvizsgálatát.<sup>52</sup> Az embernek az az érzése, hogy Patapan úgy gondolja, hogy a Legfelsőbb Bíróság legalizmusra való áttérése a *mérnökök esetében* a törvényértelmezés régebbi, angol stílusához való visszatérés volt.<sup>53</sup> Patapan projektjének azonban nem része, hogy részletes magyarázatot adjon erre a döntésre, vagy megvizsgálja, hogy a Bíróság már a huszadik század közepén elkezdett-e visszavonulni ettől.<sup>54</sup> Így nem kapunk teljes képet arról, hogy a *mérnökök* milyen módon indíthatták el a Bíróságot egy olyan pályára, amely továbbra is strukturálta a Patapan által leírt események nagy részét.

Pierce tanulmánya nagyrészt támogatja Patapan elemzését, de más fogalmi keretre támaszkodik, és más módszereket használ. Mint említettük, Pierce a tanulmányát a bírói szerepfelfogással kapcsolatos amerikai szakirodalomban helyezi el. Ez nem jelenti azt, hogy figyelmen kívül hagyja a Patapan által azonosított külső mozgatórugókat.<sup>55</sup> Csupán arról van szó, hogy Pierce a főszereplőkkel készített kimerítő interjúkra támaszkodik, ami természetesen arra készíti, hogy a bírói motivációk szerepét hangsúlyozza egy kedvező intézményi környezetben. Pierce könyvének nagy részét tehát annak szenteli, hogy a Bíróság szerepének "ortodox" felfogását tematizálja, és azt, hogy ez Sir Anthony Mason alatt hogyan változott.<sup>56</sup> Mindez rendkívül jól sikerült, és Pierce finom és árnyaltan magyarázza a Mason-féle bírósági forradalom közvetlen okait. Patapanhoz hasonlóan ő is a jogi szereplők belső motivációit hangsúlyozza, és a Mason Court forradalmát nem valamilyen nyíltan politikai stratégiának, hanem a bírák őszinte jogi és szakmai meggyőződésének tulajdonítja.

Pierce tanulmányának másik jellegzetes aspektusa, hogy - mivel időben később készült, mint Patapané - túlmutat a Mason Court forradalmának időszakán, és azt vizsgálja, hogy miért volt csak részben sikeres. Így Pierce az elemzését egy nagyon átgondolt, "A politizált szereptől való közelmúltbeli visszavonulás" című fejezettel zárja, amelyben a Murray Gleeson főbírósa alatt a legalizmusra való részleges visszatérés érzékelt okainak sorát tárgyalja.<sup>57</sup> E fejezet során Pierce megerősíti, hogy az olyan magyarázatokat részesíti előnyben, amelyek több ok-okozati tényezőt vesznek figyelembe, beleértve az "egyéni, intézményi és politikai változókat".<sup>58</sup> E megközelítés alapján Pierce arra a következtetésre jut, hogy a legalizmusra való visszatérés részben azzal függött össze, hogy a Mason Court módszerei bizonytalan támogatást élveztek a bírói kar és a jogi szakma szélesebb köreiből, részben az általa kiváltott politikai visszahatással, részben a

---

<sup>51</sup> Patapan a *McGinty kontra Nyugat-Ausztrália* (1996) 186 CLR 140. sz. ügyben tárgyalja a reakció kezdeteit (Patapan, fenti 2. sz. 86-105. o.), de könyve túl korán jelent meg ahhoz, hogy a reakció teljes mértékét figyelembe lehessen venni. Ezzel kapcsolatban lásd Pierce, fentebb 2. n., 7. fejezet és Michael Kirby, *Judicial Activism: Authority, Principle and Policy in the Judicial Method* (Sweet & Maxwell, 2004) 43-60. Leslie Zines ("Legalism, Realism and Judicial Rhetoric in Constitutional Law" (2002) 5 *Constitutional Law and Policy Review* 21) vitatja, hogy "a Bíróság érvelési módszereiben bármilyen általános minta vagy irányvonal felfedezhető".

<sup>52</sup> Galligan tanulmányára csak egy futó utalás történik (Patapan, fenti 32. pont).

<sup>53</sup> Lásd Patapan, lásd a 13-142. o.

<sup>54</sup> Lásd Lynch, "The High Court - Legitimitás és változás", lásd fentebb 299-30040. o.

<sup>55</sup> Lásd Pierce, fenti n. fejezet 2,6.

<sup>56</sup> Pierce, fenti 2. sz. alatt, 3-6. fejezet.

<sup>57</sup> Pierce, fentebb 245-842., o.

<sup>58</sup> Pierce, a fenti n 2,247.



a forradalmat nem támogató padosorok megváltoztatásával, részben pedig a támogató "alkotmányos infrastruktúra" hiányával.<sup>59</sup>

Az ok-okozati hatások azonosításának ez az ökumenikus megközelítése általánosságban üdvözlendő. Az olyan összetett társadalmi folyamatoknak, mint a Mason Court forradalma, ritkán van egyszerű magyarázata, és a tudósok ezért joggal óvatosak, ha óvatosnak kell lenniük. Ebben az esetben azonban Pierce talán túlságosan is az óvatosság oldalára tévedt. A redukcionizmus kis kockázata mellett tanulmányának talán jót tett volna, ha megpróbálta volna megállapításait általános összehasonlító tanulságok formájában összefoglalni a bírák alkotmányos változásokat ösztönző képességéről. Végül is az ausztrál legfelsőbb bíróság rendelkezik a világon az egyik leghosszabb, töretlen bírósági felülvizsgálati hagyományokkal. Ez olyan jellegű longitudinális kutatást tesz lehetővé, amely az újabb, 1989 utáni alkotmánybíróságokkal kapcsolatban még nem lehetséges, de amely egyre fontosabbá válik, amint ezek az alkotmánybíróságok túljutnak a kezdeti alapítási fázisokon. Kár lenne, ha pusztán túlzott óvatosságból nem ragadnánk meg a lehetőséget, hogy levonjuk az ausztrál tapasztalatok tanulságait.

Pierce tanulmányának másik korlátja, hogy Patapanhoz hasonlóan ő sem foglalkozik nagymértékben Galligan munkásságával.<sup>60</sup> A Legfelsőbb Bíróság szerepének ortodox felfogását magyarázva Pierce így nem gondolkodik azon, hogy ezt a felfogást hogyan alakíthatta ki a Galligan által leírt legitimációs stratégia, vagy hogy - saját koncepcionális keretével összhangban - nem inkább az intézményi és politikai tényezők összetett keverékének termékeként írható-e le. Ehelyett interjúalanyaira támaszkodik, hogy kimerítő (és nagyon érdekes) elemzést adjon arról, hogy mi a Legfelsőbb Bíróság szerepének ortodox felfogása.<sup>61</sup> Bár ez a Pierce tanulmányának ez a jellemzője nem végzetes a saját projektje szempontjából, azt jelenti, hogy nem foglalkozik azzal, ami talán a legérdekesebb kérdés, amely a Mason Court-korszakkal kapcsolatban felmerült: hogy a Bíróságnak a felülvizsgált szerepének teljes körű támogatásának elmaradása milyen mértékben tulajdonítható a Galligan által elemzett, a létrehozás időszakában hozott döntések hatásainak. Ezzel a kérdéssel érdemes foglalkozni, nemcsak azért, mert az ausztrál legfelsőbb bíróság tanulmányozói számára érdekes, hanem azért is, mert általános tanulságokat vonhat le a bírák máshol tapasztalható azon képességéről, hogy jelentős alkotmányos változásokat hajtsanak végre.

#### **4. Történelmi institucionalizmus, kiegyensúlyozott jogi realizmus és bíró által vezérelt alkotmányos átalakítás**

A bírói döntéshozatalra vonatkozó valamennyi politikatudományi kutatás szükségszerűen elfogadja a jog meghatározottságának valamilyen koncepcióját, még akkor is, ha ez a koncepció implicit marad. Az amerikai igazságügyi politikával kapcsolatos korai behaviorista munkákban a mögöttes felfogás általában a jogi realizmus egy meglehetősen nyers változata volt. Ez abból következett, hogy a terület a jogi realista felhívásokból indult ki, amelyek a bírói döntéshozatal tudományára irányultak.<sup>62</sup> A realistáknak a jogi szabályok determináltságával kapcsolatos kritikájából kiindulva a behaviorista tudósok azt akarták bebizonyítani, hogy a bírói vélemények az ideológiailag vezérelt döntéshozatal valóságát leplezik. Azt, hogy a jogi realisták soha nem állították pontosan ezt az állítást, és valójában elsősorban a jog racionális alkalmazása a társadalmilag hasznos célok érdekében érdekelte őket, figyelmen kívül hagyták. Egy egész terület

<sup>59</sup> Pierce, a fenti n 2,247.

<sup>60</sup> Pierce a bevezetőben hivatkozik Galligan könyvére (Pierce, fenti 2. sz., 16-18), és azt mondja, hogy a későbbi

fejezetekben mind Galligan, mind Patapan munkájából merít, de ezt követően sem Galligan, sem Patapan munkájára nem történik további hivatkozás.

<sup>61</sup> Pierce, fenti n. fejezet 2,3.

<sup>62</sup> Lásd Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging* (Princeton University Press, 2009) 11-15.

A tanulmányt tehát egy olyan jogfelfogás alapján indították el, amelyet még az Egyesült Államokban is kevés jogtudós tartott hihetőnek.

Mindez nem számított a terület fejlődésének korai szakaszában, mert az igazságügyi politikával foglalkozó tudósok és a jogtudósok nagyrészt külön utakon jártak. Az elmúlt mintegy harminc évben azonban az Egyesült Államokban egyre több párbeszéd alakult ki a jogtudósok és a bírósági döntéshozatal iránt érdeklődő politológusok között. Ma már nem ritkák a közös jogi és politikatudományi kinevezések,<sup>63</sup> és a jogtudományi kutatások általános diverzifikációjával összhangban az akadémiai jogászok is megismerkednek a politikatudományi kutatási módszerekkel.<sup>64</sup> Mindez előre láthatóan a jogtudósok részéről némi ellenállást váltott ki a jogdurva behaviorista felfogása ellen: Frank Cross,<sup>65</sup> Barry Friedman<sup>66</sup> és Brian Tamanaha<sup>67</sup> mindannyian így vagy úgy, de tiltakoztak az ellen, hogy a behavioristák szerintük nem értik a jog és a bírói döntéshozatal valódi természetét.

Ugyanakkor az igazságügyi politika területén belül is volt egy reakció a behaviorizmus feltevéseivel és módszereivel szemben, és a terület először a racionális választási megközelítések, majd a történeti institucionalizmus felé nyitott.<sup>68</sup> Mindkét megközelítés elutasítja a behaviorizmushoz kapcsolódó, a jog determináltságának radikálisan szkeptikus felfogását, és ehelyett a bíraskodás különféle intézményi korlátait hangsúlyozza - leginkább nyilvánvalóan a más bírói nézetek többtagú bíróságokra vonatkozó korlátait,<sup>69</sup> de a bírák munkájának intézményi és politikai környezetéből fakadó korlátokat is. A két megközelítés közötti fő különbség az, hogy a racionális választási institucionalizmus a stratégiai bírói döntések formális modellezésére összpontosít egy versengő politikai környezetben, míg a történeti institucionalizmus a bírói felülvizsgálat mint a nemzeti politika kulcsfontosságú intézményének hosszú távú intézményi fejlődésével foglalkozik.<sup>70</sup>

A két megközelítés közül a történeti institucionalizmus az, amelyik nyilvánvalóan alkalmasabb az interdiszciplináris kutatásra, különösen Ausztráliában. Míg a racionális választási elméleteket vallók még mindig úgy gondolják, hogy a bírákat elsősorban politikai preferenciáik motiválják, a történeti institucionalisták elismerik, hogy a helyes törvényalkotás iránti vágy erős, független motiváció a bírói döntéshozatalban. A tudósok e csoportja számára a jog így leginkább az érvelés intézményesített hagyományának tekinthető, amelynek viszonylagos meghatározottsága a történelmileg kialakult normák és jogrendszeri értékek konstitutív és korlátozó erejéből fakad. E felfogás utóbbi része - miszerint a jogi érvelés intézményesült normái és a jogrendszeri értékek a bírói preferenciák *konstituálása mellett korlátozhatják* is azokat - még mindig meglehetősen ellentmondásos az Egyesült Államokban, ahol a fellebbviteli bírósági döntéshozatalnak a két rivális ideológia közötti feloldhatatlan konfliktusként való felfogásával kapcsolatos CLS-kritika még mindig visszhangra talál.<sup>71</sup> Ausztráliában azonban az az elképzelés, hogy a bírói döntéshozatalt korlátozhatja a

<sup>63</sup> Ez igaz például a Yale, a Pennsylvániai Egyetem és a Washington Egyetem jogi karaira.

<sup>64</sup> Lásd például Cass R. Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman és Andres Sawicki, *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary* (Brookings Institution Press, 2006).

<sup>65</sup> Frank B Cross, "A politikatudomány és az új jogi realizmus: A szerencsétlen interdiszciplináris tudatlanság esete" (1997) 92 *Northwestern University Law Review* 251.

<sup>66</sup> Barry Friedman, "Taking Law Seriously" (2006) *Perspectives on Politics* (A jog komolyan vétele). 261.

<sup>67</sup> Tamanaha, 62. o., 111-31. o.

<sup>68</sup> A racionális választás intézményrendszerének felemelkedéséről szól Lee Epstein és Jack Knight, "Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, a Look Ahead" (2000) 53 *Political Research Quarterly* 625. Lásd még Keith E Whittington, "Once More unto the Breach: PostBehavioralist Approaches to Judicial Politics" (2000) 25 *Law & Social Inquiry*

601.

<sup>69</sup> Lásd például Walter Murphy, *Elements of Judicial Strategy* (University of Chicago Press, 1964).

<sup>70</sup> Lásd Elizabeth Sanders, "Historical Institutionalism" in *The Oxford Handbook of Political Institutions* (Sarah A. Binder, R. A. W. Rhodes és Bert A. Rockman szerk., 2008).

<sup>71</sup> Lásd Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (Fin de Siècle)* (Harvard University Press, 1998).

a jogi érvelés intézményesített normái és a jogrendszeri értékek összeegyeztethetőek a főáramú jogász-szakmai nézettel, legalábbis ez a szakasz ezt állítja.

Az igazságügyi politika sajátos megközelítése, a történeti institucionalizmus általában úgy értelmezik, hogy a Howard Gillman és Cornell Clayton által szerkesztett két antológia 1999-es megjelenése indította el.<sup>72</sup> E két személyen kívül Mark Graber,<sup>73</sup> Keith Whittington<sup>74</sup> és Rogers M. Smith is jelentős közreműködők voltak a területen.<sup>75</sup> E tudósok szerint a bírák személyes ideológiai és külső politikai kényszerek mellett a bírói döntéshozatalról szóló beszámolóknak figyelmet kell fordítaniuk a doktrinális konstrukciókra és a szocializált szerepfelfogásokra is. Ahogy Rogers Smith fogalmazott: bár "kétségtelenül értékes lehet tudni, hogy ... a mérsékelt bírák szavazatai a házkutatási és lefoglalási ügyekben jelentősen korrelálnak olyan tényekkel, mint például a lefoglalás helye", hasznos lehet tudni valamit a "bevett rendőrségi gyakorlatról vagy az örökölt értékekről, amelyek arra készítik a bírákat, hogy bizonyos helyeken a házkutatást problematikusabbnak tartsák".<sup>76</sup>

Annak ellenére, hogy<sup>77</sup> Pierce az intézményi szerepkoncepciókra összpontosít, tanulmányát nem helyezi kifejezetten a történeti institucionalizmuson belülre. Talán éppen ezért nem tárgyalja az ebben az iskolában (mind az igazságügyi politikában, mind máshol) folyó kutatások módszertanilag legszigorúbb formáját, az úgynevezett "útfüggőségi elméletet".<sup>78</sup> E megközelítés szerint a "véletlenszerű" (a "véletlen" értelmében) események olyan intézményi pályákat indíthatnak el, amelyek mérsékelt determinisztikus tulajdonságokkal rendelkeznek. A kulcsfogalom a "kritikus pont" gondolata - egy ésszerűen tömörített időszak, jellemzően egy "exogén sokkot" követően,<sup>79</sup> amikor egy adott döntést vagy eseményt a meglévő intézményi hagyományok viszonylag kevésbé határoznak meg.<sup>80</sup> Ez a választás vagy esemény meghatározhat egy olyan intézményi pályát, amely teljesen másképp alakult volna, ha más esemény vagy választás történik. Az elmélet szerint ugyanúgy, ahogyan egy adott technológia véletlenszerű választása növelheti annak esélyét, hogy a technológia piaci dominanciát érjen el, még a hatékonyabb technológiák rovására is,<sup>81</sup> ugyanúgy egy adott társadalmi gyakorlat véletlenszerű választása is növelheti annak esélyét, hogy a gyakorlatot elfogadják, még akkor is, ha erkölcsi vagy következményes politikai szempontból nem mondható, hogy objektíven jobb lett volna.<sup>82</sup> Az ilyen jellegű "növekvő hozamú" folyamatok végül "egyensúlyi állapotokhoz" vezethetnek - viszonylag stabil gazdasági vagy társadalmi mintákhoz, amelyek "rögzítik" és jutalmaznak a viselkedés bizonyos típusait, így azok nehezen változtathatók meg, hacsak nem éri újabb exogén sokk a rendszert, amely után a folyamat újra kezdődhet.

---

<sup>72</sup> Cornell W. Clayton & Howard Gillman (szerk.), *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* (University of Chicago Press, 1999); Howard Gillman & Cornell W. Clayton (szerk.), *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations* (University Press of Kansas, 1999).

<sup>73</sup> Lásd például Mark Graber, *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil* (Cambridge University Press, 2006).

<sup>74</sup> Keith E. Whittington, *A bírói szupremácia politikai alapjai: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History* (Princeton University Press, 2007).

<sup>75</sup> Rogers M. Smith, "Az újjáépítés legitímálása: (1999) *Yale Law Journal*: A legalizmus korlátai. 2039.

<sup>76</sup> Rogers M. Smith, "Political Jurisprudence, the 'New Institutionalism', and the Future of Public Law" (1988) *American Political Science Review* 89, 95.

<sup>77</sup> Pierce, lásd a 20-212., pontot.

<sup>78</sup> Általános vitát lásd Mahoney: "Path Dependence in Historical Sociology" (2000) 29 *Theory and Society* 507; Paul Pierson: "Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics" (2000) 94 *American Political Science Review* E megközelítés 251. kritikájához lásd Herman Schwartz: "Down the Wrong Path?". Path Dependence, Increasing Returns, and Historical Institutionalism" (nem publikált tanulmány, elérhető a <http://people.virginia.edu/~hms2f/Path.pdf> címen).

<sup>79</sup> Mahoney, a fenti n 78, 521.

<sup>80</sup> Giovanni Cappocia & R. Daniel Kelemen, "The Study of Critical Junctures: Theory, Narrative, and Counterfactuals in Historical Institutionalism" (2007) 59 *World Politics* 341, 348.

<sup>81</sup> Az a tény, hogy a hatékonyság nem játszik szerepet, azért fontos, mert a piaci erőfölény egyébként magyarázható lenne ezen az alapon.

<sup>82</sup> W. Brian Arthur, *Increasing Returns and Path Dependence in the Economy* (University of Michigan Press, 1994) 6-7.

E megközelítés szociológiai alkalmazásai szerint a növekvő hozamú folyamatok egyik legfontosabb mechanizmusa a múltbeli, esetleges döntések legitimálása azáltal, hogy a közvélemény és a jelentős társadalmi szereplők elfogadják azokat. E nézet szerint egy adott intézmény feltételes választását megerősítheti az intézmény megfelelőségének vagy erkölcsi helyességének kialakuló érzése, ami viszont növeli az adott intézménynek megfelelő bármely jövőbeli magatartás legitimitását.<sup>83</sup> A legitimáció önmegerősítő folyamatai nyilvánvalóan nagy jelentőséggel bírnak a bírói döntéshozatal tanulmányozása szempontjából, mivel magyarázatot adhatnak arra, hogy a véletlenszerűen elfogadott jogi normák idővel hogyan nyerik el nagyobb legitimitásukat. Karen Orren tanulmánya például az úr és szolga jogának meglepően késői amerikai megszűnéséről azt állította, hogy ez a jogterület az európai feudalizmus maradványa volt, amelyet a 18. században hoztak át az Egyesült Államokba, majd ismételt bírói végrehajtás révén legitimálódott.<sup>84</sup>

A történeti institucionalizmus az igazságügyi politikában való alkalmazása során még nem kötődik egyetlen konkrét jogelméleti iskolához sem. A jog intézményesített érvelési hagyományként való ábrázolása azonban bizonyos hasonlóságokat mutat azzal, ahogyan a jogot Karl Llewellyn,<sup>85</sup> Ronald Dworkin<sup>86</sup> és legutóbb Brian Tamanaha munkássága felfogja.<sup>87</sup> Ez a három teoretikus természetesen a jognak a kiskereskedelem szintjén eltérő felfogását vallja. Mindazonáltal egyesíti őket annak a jogpozitivisták elképzelésnek a közös elutasítása, hogy a jog "kifuthat" - hogy egy bizonyos ponton, amikor a formális jogi normák nem adnak egyértelmű választ, a bírák a jogon kívülre, a "hétköznapi értékelő érveléshez" folyamodnak, hogy igazolják az eredményt.<sup>88</sup> Ezzel szemben ezek az elméletalkotók azt állítják, hogy még akkor is, amikor a formális jogi normák nem adnak kész választ, a jog továbbra is befolyásolja a bírákat azáltal, hogy befolyásolja a bírák gondolkodását a feltett kérdésekről. E nézet szerint a fejlett jogi hagyományok olyan jellegzetesen jogi érvelési technikákat és intézményesített értékeket kínálnak, amelyek a bírákat bizonyos válaszok felé "húzzák", még ha nem is határozzák meg teljesen ezeket a válaszokat.<sup>89</sup>

Amerikai eredete ellenére a bíraskodásnak ez a "kiegyensúlyozott jogi realista"<sup>90</sup> beszámolója összeegyeztethető az ausztráliai jogi szakma főáramú jogfelfogásával. Amint a Mason Court-korszak megmutatta, az ausztrál jogászok meglehetősen ellenállnak annak az elképzelésnek, hogy a fellebbviteli bíróságok bírónak, amikor olyan esettel szembesülnek, amelyre a formális jogi normák nem adnak kész választ, kénytelenek következményelvű politikai érvelőkké válni. Fontos, hogy ez az ellenállás nem azon a naiv formalista hiten alapul, hogy a jogi szabályok képesek az ügyek kimenetelét irányítani. Inkább a jog determináltságának kifinomultabb megértésén alapul, ami olyasmira, mint Llewellyn "számonkérhetőség" elgondolása - az a felfogás, hogy a jog azáltal fejt ki korlátozó erejét, hogy a bírákat bizonyos jogi stílusokban és módozatokban szocializálja.

---

<sup>83</sup> Mahoney, 523-2478,. o.

<sup>84</sup> Karen Orren, *Késői feudalizmus: Labor, the Law, and Liberal Development in the United States* (Cambridge University Press, 1991). (Ez az összefoglaló a Mahoney, fentebb 524-2578,. o., hosszabb összefoglalóján alapul). A pályafüggetlen elméletének egyéb, kifejezetten jogi alkalmazásai közé tartozik az "alkotmányos pillanatok" - a rendkívüli politikai időszakok, amelyekben az alkotmányos rendszer újradefiniálható - tanulmányozására való felhasználása. Lásd Walter Dean Burnham, "Constitutional Moments and Punctuated Equilibria: A Political Scientist Confronts Bruce Ackerman's *We the People*" (1999) 108 *Yale Law Journal* Az útfüggettség 2237. elméletét a dél-afrikai demokráciára való viszonylag békés átmenet magyarázatára is felhasználták. Lásd Jens Meierhenrich, *The Legacies of Law: Long-Run Consequences of Legal Development in South Africa, 1652-2000* (Cambridge University Press, 2008).

<sup>85</sup> Lásd például Karl N Llewellyn, *The Common Law Tradition*: Little, Brown, 1960). Brian Leiter amellett érvelt, hogy a jogi realisták alapvetően jogpozitivisták irányultságúak voltak. Lásd Brian Leiter, "Positivism, Formalism, Realism" (1999) 99 *Columbia Law Review* Bár 1138. ez általános állításként igaz lehet, Llewellyn későbbi munkásságát nem ragadja meg pontosan.

<sup>86</sup> Lásd például Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press, 1986).

<sup>87</sup> Lásd Tamanaha, fenti n 62.

<sup>88</sup> Joseph Raz, "Postema a jog autonómiájáról és a nyilvános gyakorlati okokról: A Critical Comment" (1998) 4 *Jogelmélet* 5.

<sup>89</sup> Tamanaha, 62. o., 119. o.

<sup>90</sup> Tamanaha, 62. o., 6. pont.



érvelés.<sup>91</sup> Így a Engineers-ügy a legalizmus elfogadásával nem a szó szerinti értelmezéshez,<sup>92</sup> hanem egy olyan értelmezési módszerhez való visszatérést támogatott, amelyet a többség szerint a korábbi ügyek helytelenül hagytak el. Ennek az ausztrál jogi kultúrában továbbra is nagy befolyással bíró gondolatnak a lényege az, hogy bár a jog *végül* elfogyhat, döntő különbség van aközött, hogy egy szöveg jelentésének kibontása érdekében kimerítünk minden rendelkezésre álló érvelési technikát, vagy pedig elsietünk a kétértelműség kijelentésére, mint a szubjektív bírói értékek behatolásának igazolására szolgáló eszközre. A jog és a politika szétválaszthatósága e nézet szerint a jog azon képességéből fakad, hogy a bírák miként közelítik meg a rájuk bízott problémákat.<sup>93</sup> Bár a Legfelsőbb Bíróság legbefolyásosabb főbírája, Sir Owen Dixon sokat tett a *mérnökök* által preferált *sajátos* értelmezési módszer megkérdőjelezéséért,<sup>94</sup> nem kérdőjelezte meg - sőt, támogatta - ezt az alapvető jogászai állítást.<sup>95</sup>

A kiegyensúlyozott jogi realizmus mindenestre elég közel áll az ausztrálai jogról alkotott általános felfogáshoz ahhoz, hogy támogassa az igazságügyi politika történeti intézményesített kutatását. A megközelítéseknek ez a kombinációja alkalmas arra is, hogy megválaszolja az ebben a cikkben feltett konkrét kérdést. Még ha az alkotmány szövege és a múltbeli döntések soha nem is határozhatják meg teljes mértékben a bírói döntéseket, ez a nézőpont azt sugallja, hogy a múltbeli döntések korlátozhatják az alkotmánybírák alkotmánymódosító képességét azáltal, hogy a bíróságuk folyamatos legitimitásának feltételeként az érvelési módszerek egy bizonyos csoportjába zárják őket. Ez különösen igaz az érett demokráciákban működő alkotmánybíróóságokra, ahol a szerep legitimitációjának korábbi pályái szükségszerűen megszilárdították a megfelelő bírói szerep és az annak betöltésére legalkalmasabb érvelési módszerek bizonyos felfogását.

A következő szakasz ezt a felismerést használja fel arra, hogy új magyarázatot adjon arra, hogy a Mason Court többsége miért nem tudta teljes mértékben elérni céljait. A szakasz azzal kezdődik, hogy Galligan a Legfelsőbb Bíróság korai legitimitációs stratégiájáról szóló beszámolóját a pályafüggőség szempontjából újrafogalmazza. Ezt követően megvizsgálja, hogy a *mérnökök* által preferált módszer miként eredményezett stabil összhangot a jog és a politika között a múlt század közepén. Végül a szakasz kifejti, hogy a *Engineers* által elindított, útfüggő pálya hogyan strukturálta és korlátozta a Mason Court többsége által elérni kívánt átalakulást.

## 5. A Mason Court forradalmának újragondolása

### 5.1 A *mérnökök* kritikus pontja

A Galligan érvelésének útfüggő átfogalmazásának első lépése annak megállapítása, hogy a Engineers-ügyben az e megközelítés által megkövetelt "kritikus ponton" született döntés - egy ésszerűen sűrített időszak, amely során két eltérő intézményi pálya nyílt meg, amelyek közül egyiket sem a meglévő jogi hagyomány határozta meg. Ez nem egyszerű kérdés. Igaz, Galligan ábrázolása, miszerint a *mérnökök* a Legfelsőbb Bíróság legitimitációs stratégiájának nyitógambitját jelentik, a korábban említett okok miatt nem meggyőző. Amint azonban elutasítjuk ezt a magyarázatot, a

<sup>91</sup> Llewellyn, fentebb n Ennek a gondolatnak a 85. legközelebbi ausztrál megfelelője Martin Krygier, "Thinking like a Lawyer" in Wojciech Sadurski (szerk.), *Ethical Dimensions of Legal Theory* (Rodopi, 1991) 67. o., található.

<sup>92</sup> Lásd Goldsworthy, lásd fentebb a 28-3224. pontot.

<sup>93</sup> Lásd Krygier, 91. o.; Martin Krygier és Arthur Glass, "Shaky Premises: Values, Attitudes and the Law" (1995). 17

*Sydney Law Review* 385.

<sup>94</sup> Goldsworthy, fent n 24.

<sup>95</sup> Így egyeztethető össze Sir Owen eskütételén a legalizmus nyilvános támogatása (lásd Dixon, fentebb 37. o.) a *mérnököknek a legitim értelmezési módszerekről* alkotott elképzeléseinek kiszélesítésére tett erőfeszítéseivel.

nem az a jobb magyarázat a történekről, hogy a Bíróság egyszerűen visszatért a régebbi, angol törvényértelmezési stílushoz? E nézet szerint a *mérnökök* valódi oka a *Dr. Bonham-ügyig* visszanyúló intézményi hagyomány,<sup>96</sup> valamint az angol bírúk által azután kidolgozott módszerek voltak, amelyekkel a parlamenti szuverenitás és a bírói függetlenség közötti megfelelő egyensúlyt igyekeztek megtalálni. Ezek a módszerek 1788 után Ausztráliába vándoroltak, és az önkormányzati gyarmatokon továbbfejlesztették őket. Amikor a többség ezeket a módszereket hívta segítségül a *Engineers-ügyben* hozott határozatához, egyszerűen egy jól bevált formulát alkalmazott intézményi szerepének igazolására.

Bár nem teljesen valószínűtlen, a probléma ezzel a beszámolóval az, hogy kihagyja a történet legfontosabb fejezetét: az ausztrál alkotmány 1901-es elfogadását. Ezt megelőzően valóban elképzelhető egyfajta töretlen hagyomány, amely egészen 1788-ig és azon túl is visszanyúlik. De mindez 1901-ben megváltozott. Bármilyen nagy is volt az adóssága Westminster felé, az ausztrál alkotmány egy minőségileg eltérő kormányzati formát vezetett be, amely egyesítette a brit és az amerikai rendszer egyes aspektusait.<sup>97</sup> A legfelsőbb jog, a föderalizmus elemének hozzáadása elméletileg megkövetelte a Legfelsőbb Bíróságtól, hogy a meglévő törvényértelmezési módszereket hozzáigazítsa ahhoz a nagyon eltérő intézményi funkcióhoz, amelynek betöltésére felkérték. Bizonyos, hogy e módszerek némelyike egyszerűen átültethető volt. De nem mindegyik volt megfelelő, tekintettel mind a Legfelsőbb Bíróságnak mint az Alkotmány végső értelmezőjének megnövekedett státuszára, mind pedig magának a dokumentumnak a nyitottabb szerkezetű, tartósnak szánt jellegére. A jogszabály-értelmezés különböző vélelmei például, bár továbbra is relevánsak maradtak az érvényes nemzetközösségi jogszabályok értelmezése szempontjából, nyilvánvalóan nem voltak alkalmazhatók a korábbi jellemzési folyamatra. Új módszereket kellett kidolgozni a homályos törvényi megfogalmazás tartalommal való megtöltésére is. Az 1901-es alkotmány tehát közismerten hiányos,<sup>98</sup> egyszerűen feltételezi a korábbi gyarmatok alkotmányainak ismeretét, az államok továbbra is fennálló hatáskörét és a felelős kormányzás rendszerének működését az új szövetségi rendszerben. Egyáltalán nem volt nyilvánvaló, hogy a Bíróságnak milyen módszerekkel kellett kitöltenie ezeket az alkotmányos hiányosságokat.

Mindezek fényében az Alkotmány 1901-es elfogadását közvetlenül követő időszakot valóban találóan nevezhetjük kritikus pontnak - egy olyan időszaknak, amikor a Legfelsőbb Bíróságnak - a korábbi hagyományok által *befolyásolt, de nem meghatározott* módon - ki kellett alakítania az új intézményi szerepének megfelelő érvelési módszereket. Két fő lehetőség kínálkozott: (1) az a lehetőség, amelyet a Bíróság a *Engineers* előtt választott, és amely szerint az érdemi politikai érvelés amerikai stílusát alkalmazta, amely a bírúk személyes ismereteit használta fel az 1901-es alkotmány céljairól, hogy kitöltse a szövegbeli üres helyeket;<sup>99</sup> és (2) a végül a *Engineers* ügyben elfogadott lehetőség,<sup>100</sup> amely szerint az alkotmányt többé-kevésbé közönséges törvényként kezelték, és a Bíróság értelmezését inkább a szavak egyszerű jelentése, mint az alkotmány átfogó politikai céljaira vonatkozó elméletek irányították. Egyik módszerről sem mondható el, hogy a jogi érvelés meglévő hagyománya határozta volna meg.<sup>101</sup> Az (1) lehetőség volt az a módszer, amely nyilvánvalóan megfelelőbb volt az alábbiakhoz

---

<sup>96</sup> (1610) 8 Co. Rep. 107a; ER77 638.

<sup>97</sup> A kérdés legismertebb feldolgozása Elaine Thompson: "The "Washminster" Mutation" in Patrick Weller and Dean Jaensch (szerk.), *Responsible Government in Australia* (1980) 32-40.

<sup>98</sup> Lásd Helen Irving, *Five Things to Know about the Australian Constitution (Öt dolog, amit az ausztrál alkotmányról tudni kell)* (Cambridge University Press, 2004).

<sup>99</sup> A Griffith Bíróság módszerének rekonstrukcióját lásd Nicholas Aroney, "Constitutional Choice in the *Work Choices* Case, or What Exactly is Wrong with the Reserved Powers Doctrine?" (Alkotmányos választás a *Work Choices* ügyben,

avagy mi a baj a fenntartott hatáskörök doktrínájával? (2008) 32 *Melbourne University Law Review Amalgamated* 1.<sup>100</sup>  
*Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd* (1920) 28 CLR 129.

<sup>101</sup> Számos szakirodalom foglalkozik azzal a kérdéssel, hogy a *mérnöki* döntés jogilag előnyösebb volt-e, mint az Alkotmány értelmezésének addigi megközelítése. Lásd például: Aroney, 99. o. (azzal érvelve, hogy az *Engineers* előtti megközelítés védhető és jogilag előnyösebb volt), valamint Jeffrey Goldsworthy, "Justice Windeyer on the *Engineers Case*" (2009) *Federal Law Review* (azzal 363érvelve, hogy az *Engineersben* a hallgatóságos jogkövetkezmények levezetésére vonatkozó megközelítés

egy olyan alkotmány értelmezése, amely - legalábbis a föderalizmusra vonatkozó rendelkezései tekintetében - sokat köszönhet az amerikai kormányzati rendszernek. Ennek az értelmezési módszernek azonban Ausztráliában nem volt igazi törzskönyve, és ennek megfelelően ki volt téve annak a vádnak, hogy idegen importról van szó.<sup>102</sup> A (2) lehetőségnek az volt az előnye, hogy a jogszabály-értelmezésnek az 1919 előtti, angol stílusával volt összhangban. Az is tagadhatatlan, hogy az Alkotmány jogi formában a birodalmi parlament törvényhozása volt.<sup>103</sup> De egyik pont sem volt meggyőző az Alkotmány nyílt szövegezésű nyelvezetével és különleges státuszával szemben, mint legfelsőbb törvény, amelyet ésszerű ideig tartó fennmaradásra szántak.

Mi határozta meg tehát, hogy végül a (2) lehetőséget választottuk az (1) lehetőséggel szemben? Amint azt Galligan is elismeri,<sup>104</sup> nincs elegendő bizonyíték annak megállapítására, hogy a választás politikai döntés volt. Bár a mérnökbírák közül néhányan talán azért döntöttek a legalizmus mellett, mert úgy gondolták, hogy ez szolgálja a központosító programjukat, ez nem mondható el mindegyikükről.<sup>105</sup> Mindössze annyit lehet mondani, hogy a Bíróság (2.) választása, *ha egyszer már meghozta*, nagyon stabilnak és tartósnak bizonyult. Ez természetesen azzal a Galligan és mások által is hangsúlyozott ténnyel függött össze, <sup>106</sup>hogy a legalizmus a Nemzetközösség hatáskörének olyan kiterjesztő felfogását támogatta, amely összhangban volt az összes nagyobb politikai párt preferenciáival és az ausztrálok növekvő nemzeti érzésével. Az első világháború különösen az ausztrálok nemzetenként fogta össze, és megmutatta az erős centralizált hatalom hasznosságát.<sup>107</sup> Ez azonban döntően különbözik attól, hogy a *mérnökök* döntését a többség tudatos tudatosságának és e tényezők manipulálásának tulajdonítsuk. Ezek a tényezők inkább a politikai kontextus olyan aspektusai voltak, amelyek történetesen támogatták a többség döntését, ezáltal legitimálták azt, és elindították az intézményi fejlődés önerősítő pályáját. E nézet szerint a bíróságot irányított alkotmányos átalakulás első ausztráliai epizódja nem egy tudatosan követett bírói stratégia közvetlen hatása volt, hanem annak az intézményi pályának a közvetett hatása, amelyet az indított el, hogy a Bíróság egy bizonyos értelmezési módszert választott a *Mérnökökben*.

Eltekintve attól, hogy a jogtudósok számára valószínűleg vonzóbb, ez az alternatív olvasat még a saját feltételei alapján is felülmúlja Galligan magyarázatát. Galligan érvelésének egyik legkellemetlenebb aspektusa tehát az, hogy azt kéri tőlünk, hogy fogadjuk el, hogy egy többnyire konzervatív bírói testületnek olyan értelmezési módszert kellett volna elfogadnia, amely az ALP-nek sok mindent megad abból, amit akart. Ezen a nézeten Galligan azzal próbálja áthidalni ezt a problémát, hogy a Bíróságnak a Commonwealth jogalkotási hatáskörének kiterjesztő értelmezése volt az ára annak, hogy a Munkáspártot be kellett vonni az alkotmányos keretek közé.<sup>108</sup> A történetek kevésbé feszült értelmezése azonban az, hogy az Engineers-döntés egy pozitív visszacsatolási hurkot indított el, amely szerint a Bíróságnak a Commonwealth törvényhozói hatáskörének a legalizmushoz kapcsolódó kiterjesztése fokozatosan csökkentette a Labor igényét az alkotmány módosítására vagy más módon történő kijátszására. Ennek a szükségletnek a csökkenése viszont a legalizmust, mint az előnyben részesített értelmezési módot erősítette meg.

---

alkotmányos feltételei jobbák voltak, mint a korábbiak). Az én véleményem az, hogy egyik megközelítés sem volt doktrinálisan előre elrendelt.

<sup>102</sup> Ez volt természetesen az egyik olyan eszköz, amelyet a *mérnökök* többsége arra használt, hogy delegálja a Griffith Bíróság alkotmányértelmezését. Lásd: *Amalgamated Society of Engineers kontra Adelaide Steamship Co Ltd* (1920) CLR28 129, 146.

<sup>103</sup> *Az Ausztrál Államszövetség alkotmánytörvénye* (1900Imp) s 5.

<sup>104</sup> Galligan, a fenti n 1,102.

<sup>105</sup> Goldsworthy, lásd fentebb 364-65101., o.

<sup>106</sup> E kérdés klasszikus elemzése: RTE Latham, "The Law and the Commonwealth" in WK Hancock, *Survey of British Commonwealth Affairs: Problems of Nationality 1918-1936* (Oxford University press, 1937) 1. kötet 510. (azzal érvelve, hogy az *Engineers-ügyben* hozott határozat "valódi alapja" a többség azon nézete volt, hogy "az alkotmány célja egy nemzet

létrehozása volt") és *Victoria kontra Commonwealth* (1971) 122 CLR 353, 395-97, Windeyer J. (azzal érvelve, hogy az *Engineers-ügyben* alkalmazott megközelítést a többség azon vágya vezérelte, hogy alkotmányos kifejezést adjon az ausztrál nemzetiség kialakulóban lévő érzésének).

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> Galligan, 26-301., o.

módszer legitimációs eszközként való hasznosságának bemutatásával. Az útfüggőségi megközelítés más szóval nem azt magyarázza meg, hogy miért döntöttek úgy a *mérnökök*, ahogyan döntöttek, hanem azt, hogy miért bizonyult ez a döntés olyan befolyásosnak és tartósnak.

## 5.2 A század közepén kialakult politikai-jogi egyensúly

Az előző alfejezet szerint a Legfelsőbb Bíróság legitimitásának az elmúlt évszázad során bekövetkezett növekedésének egyik fő mozgatórugója az volt, hogy a Bíróságnak a Nemzetközösség jogalkotási hatáskörének kiterjesztő értelmezését a külső politikai fejlemények véletlenszerűen támogatták. Ezeket a támogató tényezőket más tudósok is hangsúlyozták. A különbség az, hogy az érvelés itt nem attól függ, hogy a Legfelsőbb Bíróságnak tudatos stratégiát tulajdonítanak-e, mintha egy összetett politikai szereplő lenne. Csak történetesen volt egy támogató politikai kontextus, mondták, ahhoz az értelmezési módszertanhoz, amelyet a többség a *Mérnökökben* alkalmazott. Ez a magyarázat tehát összhangban van az ausztráliai bíráskodásról mint nagyrészt individualista vállalkozásról alkotott általános elképzelésekkel. Ugyanakkor illeszkedik a pályafüggés-elméletnek az önerősítő legitimációs hatások által meghatározott intézményi pályára vonatkozó elképzeléséhez.<sup>109</sup>

Az ausztrál alkotmányosság *Engineers* utáni pályájához hozzájárult az is, hogy az ügyben alkalmazott értelmezési módszer összhangban volt a bírói függetlenség tiszteletben tartásának meglévő politikai hagyományával. 1901-ben ez a hagyomány - amint azt az alkotmányozók azon döntése is mutatja, hogy nem fogadják el jogtörvényt - a bíróságokat a politikai rendszerben nagyrészt alárendelt szerepet játszóknak<sup>110</sup> tekintette. Feladatuk a szokásjog fokozatos fejlesztése és a demokratikusan felhatalmazott jogszabályok értelmezése volt. Politikai kérdésekben a bíróságoktól elvárták, hogy a Parlament akaratának engedelmesséjenek.<sup>111</sup> A *Mérnökökben* elfogadott értelmezési módszer és a bírói függetlenség tiszteletben tartásának meglévő politikai hagyománya közötti megfelelés - ez a szakasz szerint - az ausztrál alkotmányosságot a Legfelsőbb Bíróság és a demokratikus hatalmi ágak közötti sajátos alkalmazkodásra készítette - amely szilárdan azon a megértésen alapult, amely a bíróságok és a Parlament között a korábbi Westminster-rendszerben kialakult, ugyanakkor nem felelt meg teljesen az 1901-ben ténylegesen elfogadott alkotmányos rendszernek.

Nem meglepő, hogy a *mérnökök* módszere megfelelt a bírói függetlenség tiszteletben tartásának meglévő politikai hagyományának. A *Engineers* az e hagyományhoz kapcsolódóan kialakult értelmezési módszerre támaszkodott, és így ebben az értelemben hajlamos volt arra, hogy illeszkedjen hozzá. Ismétlem, a bírák ennek tudatában lehettek, de az is lehet, hogy nem. Nem tudjuk megmondani. Az egyszerűbb magyarázatnak az tűnik, hogy ennek a megfelelésnek az érzete ösztönösen jött létre

- hogy jogi szakmai szocializációjuk arra készítette őket, hogy olyan módszereket részesítsenek előnyben, amelyekről tudják, hogy a múltban jól szolgálták a bíróságokat. A nehézséget az jelentette, ahogyan azt korábban említettük, hogy a körülmények megváltoztak; a dolgok már nem olyanok voltak, mint korábban. Az 1901-es alkotmány arra kérte a bíróságot, hogy más szerepet játsszon, és hogy e célból új értelmezési módszereket dolgozzon ki. Valójában a korai Bíróság is erre tett kísérletet. Így amikor a *mérnökök* többsége felhagyott a korai Bíróság

<sup>109</sup> Schwartz, fentebb n kritizálja<sup>78</sup>, az útfüggőség elméletét, amiért mesterségesen elnyomja a múltbeli hagyományok

szerepét, mint az intézményi változások "állandó okait". Ez a tanulmány megmutatja, hogy ez nem feltétlenül van így.

<sup>110</sup> Mint ismeretes, az ausztrál alkotmányban van néhány kifejezett jog (pl. ss és80 116), de a polgári és politikai jogok teljes körű kimondása nem.

<sup>111</sup> Lásd Mason, fent n 50,4.



módszert, és visszatért az angol törvényértelmezési szabályok kényelmes terepére, bizonyos értelemben túlkorrigált - az amerikai érvelés bizonytalan terepéről visszalendült a megszokottabb angol módszerhez, holott valójában valamilyen hibrid módszer, amely illeszkedik az elfogadott hibrid alkotmányhoz, jobb lett volna. Ez a túlkorrekció, amelyet a meglévő politikai hagyomány erőteljesen támogatott, meghatározta az ausztrál alkotmányosság által követett utat, és mesterségesen megőrizte a bírói szerepnek a hibrid ausztrál rendszerben betöltött angol Westminster-i értelmezését.

Ezt a fejleményt az is támogatta, hogy a *mérnöki* bíróság által elfogadott módszer a Commonwealth hatáskörének kiterjesztő értelmezését támogatta, és így csökkentette a Commonwealth jogszabályainak az Alkotmány 51. cikke szerinti érvénytelenítésének lehetőségét. Ennek részleteit mások már kimerítően kifejtették.<sup>112</sup> A lényeg itt az, hogy a *Engineers-ügyben* előnyben részesített értelmezési módszer - azáltal, hogy csökkentette az 51. szakasz szerinti érvénytelenség valószínűségét - egy természetesen tiszteletreméltó módszer<sup>113</sup> volt, amely ezért megkönnyítette a bíróságok és a Parlament közötti, a Westminster-rendszerben fennálló kapcsolat újratermelését. Ismét felmerül a kérdés, hogy ezt az eredményt mennyire látta előre és manipulálta tudatosan a *mérnöki* többség, és ismét csak nem lehetünk biztosak benne. Annyit azonban elmondhatunk, hogy az *Engineers* összes doktrinális következményét a többség szinte biztosan nem látta előre. Egyszerűen azért, mert ezek viszonylag összetettek voltak, és a huszadik század nagy részét igénybe vette a kidolgozásuk. Így elképzelhetetlen, hogy a többség valamiféle tudatos politikai számítást végzett volna velük kapcsolatban. Inkább arról volt szó, hogy a *mérnökök* esetleges választása ismét egy központosító értelmezést eredményezett, amely az idő múlásával egyre erősebbé vált. Mint láttuk, ezt a folyamatot külső politikai fejlemények támogatták, de a centralizáló *mérnöki* értelmezésnek megvolt a maga belső doktrinális logikája is. A külső legitimációs hatásoktól eltekintve a Bíróság centralizáló értelmezését az elvi jogi érvelés ereje vezérelte.

Ez azért lényeges pont, mert megőrzi a jogtudósoknak azt az érzékét, hogy a jogi normák idővel fejlődnek, és minden egyes új alkalmazással egyre határozottabbá válnak. E nézet szerint, miután a doktrinálisan aluldeterminált választás a *Mérnökökben* megtörtént, az ausztrál alkotmányjog fokozatosan határozottabbá vált. Esetről esetre, ahogy a *Engineersben* szereplő értelmezési módszert különböző helyzetekben alkalmazták, a rendszer általános formája egyre világosabbá vált. Fontos, hogy ez nem jelenti azt, hogy a Bíróság elé kerülő ügyek *önmagukban* határozottabbak lettek volna. A fellebbviteli bírósági perek mindig nagyobb arányban vonzzák a nehéz ügyeket, mert jól ismert okok, amelyek azzal kapcsolatosak, ahogyan ezek az ügyek a bírósági hierarchiában felfelé haladnak.<sup>114</sup> A lényeg inkább az, hogy az alkotmányos rendszer egésze határozottabbá vált abban az értelemben, hogy a Legfelsőbb Bíróságnak a *mérnöki* módszerhez való ragaszkodása, ha egyszer már kiválasztotta, egyre világosabb iránymutatást adott a rendszer szereplőit - az alsóbb fokú bíróságok bírái, a barristerek és a Nemzetközösségi törvények szövegezői - számára arról, hogy valószínűleg hogyan fogja értelmezni az alkotmányt. És ez a növekvő egyértelműség - a 92. §-ban szereplő államközi kereskedelem és kereskedelem szabadságának a Bíróság által adott bizonytalan értelmezését kivéve - határozottan a nemzetközösségi hatáskörök nagyvonalúbb értelmezése irányába<sup>115</sup> mutatott.

---

<sup>112</sup> Lásd például Michael Coper és George Williams (szerk.), *How Many Cheers for Engineers?* (Federation Press, 1997). <sup>113</sup> Ugyanakkor az egyéni jogok értelmezésének támogatásával a legalizmus növelte a 92. szakasz (az államközi kereskedelem és kereskedelem szabadsága) szerinti nemzetközösségi jogszabályok érvénytelenségének valószínűségét. Mint említettük, ez a rendelkezés állt az ALP banki és légitársasági iparágak államosítására vonatkozó törvényének megsemmisítése mögött.

<sup>114</sup> Lásd Frederick Schauer, "Easy Cases" (1985) *Southern California Law Review*. 399.

<sup>115</sup> Lásd a fenti<sup>113</sup> lábjegyzetet.

A *mérnökök* belső doktrinális logikája ily módon megerősítette azt az intézményi pályát, amelynek a külső politikai fejlemények kedveztek. A *Engineers* után mintha az angol Westminster-rendszerben a bíróságok és a parlament között kialakult egyetértés folytatódott volna, csak ezúttal a hibrid ausztrál rendszer kontextusában. Fontos azonban megérteni, hogy ez a látszólag szerencsés helyzet egy kettős torzulás eredménye volt: egy olyan értelmezési módszer elfogadása a *Engineersben*, amely az alkotmányt mesterségesen úgy olvasta, mintha az egy közönséges törvény lenne, és a bírói függetlenség tiszteletben tartásának politikai hagyományának folytatása, amelynek valójában a Legfelsőbb Bíróság új intézményi szerepével összhangban kellett volna megváltoznia. Azáltal, hogy a bírónak bírói felülvizsgálati jogkört biztosít, a legfelsőbb szintű alkotmányról ezért általában úgy gondolják, hogy a bíróságokat a demokratikus hatalmi ágakkal egyenrangúvá emeli. Ez általában megköveteli, hogy a bírói függetlenség tiszteletben tartásának politikai hagyománya, amely a parlamenti szupremácia rendszerében alakult ki, alkalmazkodjon a bírói kar megnövekedett státuszához. Az a tény, hogy ez Ausztráliában nem történt meg - és vitathatóan még mindig nem történt meg -, annak tulajdonítható, hogy az *Engineers*-határozat elkerülte a Legfelsőbb Bíróság függetlensége feltételeinek átfogó újratárgyalásának szükségességét.<sup>116</sup>

Természetesen volt egy fontos választói csoport, amely nem örült a Legfelsőbb Bíróság joggyakorlatának központosító tendenciájának - ez pedig az állami kormányok voltak. De az államoknak, szinte felesleges is mondanom, nagyon kevés hatalmuk volt arra, hogy bármit is tegyenek. Ennek fő oka az, hogy a Legfelsőbb Bíróság kinevezési rendszere sokáig nagyon kevés befolyást biztosított az államoknak.<sup>117</sup> A Nemzetközösség monopóliuma a bírói kinevezési eljárás felett azt jelentette, hogy mindig is a Bíróság fő tárgyalópartnere volt. Természetesen, ha az ausztrál közvélemény tiltakozott volna a Bíróság központosító értelmezése ellen, ez az értelmezés szövetségi választási kérdéssé válhatott volna. Amint azonban megjegyeztük, a Bíróság központosító értelmezése többnyire megfelelt a közvéleménynek, így erre nem került sor.

Ennek megfelelően a *mérnökök* után nem volt valódi politikai korlátja a Commonwealth hatáskörének kiterjesztésének. Ha ez pusztán a politikára lett volna bízva, a pálya talán addig folytatódott volna, amíg egy *de facto* egységes államot nem hoztak létre. Az, hogy ez nem következett be, nem a politika, hanem a jog függvénye volt, és különösen annak a ténynek, hogy a *Engineersben* a szövegalapú értelmezési módszerekre helyezett hangsúly kizárta az alkotmány szövetségi jellegének teljes tagadását. Az Alkotmányt végül is elsősorban azért hozták létre, hogy szövetségi államközösséget hozzanak létre, és valamilyen módon vissza kellett olvasni ezt a célt, mégpedig úgy, hogy az összeegyeztethető legyen a *mérnökök* legalizmus iránti elkötelezettségével. Ennek az útnak a megtalálása és összeegyeztetése a *mérnökökkel* az, amiről Ausztrália ikonikus főbírája, Sir Owen Dixon méltán híres.

Sir Owen szerepét ebben a tekintetben mások már részletesen megvizsgálták, így nem szükséges újra elmondani.<sup>118</sup> Itt csupán arról van szó, hogy bemutassuk, hogyan alakította az ő beavatkozása az ausztrál alkotmányosság *Engineers* utáni pályáját. A kiindulópont az, hogy megállapítsuk, hogy *Engineers* nem zárta ki teljes mértékben a szövetségi hatalom hallgatólagos korlátainak meghatározását - csak azokat, amelyeknek a szövegben olyan kevés vételi lehetőségük volt, hogy a bírói szubjektivitás vádjának ki voltak téve.<sup>119</sup> Sir Owen nagyszerű hozzájárulása volt, hogy belátta, ez a minősítés mód adott arra, hogy az ausztrál alkotmányosságot visszahúzzák a teljes föderalista tagadás széléről. Így a *West kontra biztos* ügyben

<sup>116</sup> Ez volt természetesen a határozat erőssége és gyengesége is.

<sup>117</sup> Ma a legfelsőbb bírósági kinevezések előtt konzultálnak az államokkal.

<sup>118</sup> Lásd például Jeremy Kirk, "Alkotmányos következmények (I): Nature, Legitimacy, Classification, Examples" (2000)

*Melbourne24 University Law Review* 645, 675-6; RP Meagher és WMC Gummow, "Sir Owen Dixon's Heresy" (1980) 54 *Australian Law Journal*. 25,29.

<sup>119</sup> Lásd Lynch, "The High Court - Legitimitás és változás", lásd fentebb 299-30040,. o.

of Taxation (NSW),<sup>120</sup> a következőket mondta: "A *Engineers' Case* óta úgy tűnik, elterjedt az a felfogás, hogy az Alkotmány értelmezése során nem lehet következtetéseket levonni. Egy ilyen értelmezési módszer bármely eszköz szándékát megghiúsítaná, de minden eszköz közül az írott alkotmány tűnik a legutolsóknak, amelyre ez alkalmazható."<sup>121</sup> Az idézett passzus úgyes megerősíti az Alkotmány kivételes státuszát, miközben a következtetések levonását teljesen hétköznapi értelmezési módszerként ábrázolja.<sup>122</sup> Ennek az újraolvasásnak a csúcspontja, és a cél, amelyre Sir Owen mindvégig törekedett, az volt, hogy a *Melbourne Corporation Case* ügyben elfogadta a Commonwealth hatalmának hallgatóságos szövetségi korlátait. A <sup>123</sup><sup>124</sup>*Melbourne Corporation* nem egy olyan aberrált döntésként kell értelmezni, amelyben a legalizmust ideiglenesen fel kellett adni egy politikailag kívánatos eredmény elérése érdekében, hanem egy doktrinálisan immanens korrekcióként, amely felé a Bíróság egyik legbefolyásosabb bírója gondosan dolgozott, a mérnöki módszer általános paraméterein belül.

A múlt század közepére az ausztrál alkotmányosság ily módon egy sajátos politikai-jogi egyensúlyba került - egy stabil egyensúlyba a bírák által a pártatlansági igényük alátámasztására alkalmazott jogértelmezési módszerek és a bírói kar megfelelő szerepére vonatkozó politikai-kulturális normák között.<sup>125</sup> Az ausztrál esetben ez az egyensúly jogi oldalról a jog politikától való elkülönítése mellett tartós elkötelezettségből állt, amelyet a bírák nyilvános nyilatkozataikban és bizonyos értelmezési módszerekhez való ragaszkodásukban hirdettek. Politikai oldalról az egyensúly a bírói függetlenség tiszteletben tartásának folyamatos hagyományában nyilvánult meg, amely a bírói kar alárendelt szerepének elfogadásától függött. Az 1901-es alkotmány elfogadása által jelentett potenciálisan mélyreható kihívást nem a Bíróság új hatásköreinek a bírói függetlenség tiszteletben tartásának meglévő hagyományára gyakorolt összes következményének feldolgozásával, hanem a Bíróság 1901-es alkotmány szerinti funkciójának a Westminster-rendszerben a bírói kar által betöltött funkcióval való megfeleltetésével sikerült elnyelni. Az a tény, hogy ez a megoldás nem tükrözte hűen a ténylegesen elfogadott alkotmányos rendszert, nem számított, mivel a viszonylag erőtlen államokon kívül senki sem volt hajlandó ezt felhánytorgatni. Ugyanilyen lényegtelen volt az a tény, hogy a jog esetleg nem volt annyira determinált, mint ahogyan azt a bírák nyilvános nyilatkozataikban állították, ugyanezen okból kifolyólag.

### 5.3 A "Mason Court forradalom" újragondolva

Az 1980-as évekre, ahogy Patapan és Pierce kifejtik,<sup>126</sup> több külső fejlemény kezdte megkérdőjelezni a Legfelsőbb Bíróságnak az ausztrál politikai rendszerben betöltött legitim szerepéről alkotott, a század közepén kialakult felfogást. Ezek a fejlemények közé tartozott Ausztrália teljes alkotmányos különválása az Egyesült Királyságtól (mindazzal, amit ez a Legfelsőbb Bíróság végső fellebbviteli bírósági státuszára nézve jelentett), valamint a jogalapú alkotmányosság növekvő befolyása, amelynek a Legfelsőbb Bíróság bírái elkerülhetetlenül ki voltak téve. Ezek olyan fontos változások voltak, amelyek vitathatatlanul szükségessé tették a

<sup>120</sup> (1937) 56 CLR 657, 681.

<sup>121</sup> Lásd még: *Australian National Airways Pty Ltd kontra Commonwealth* (1945) CLR 7185.

<sup>122</sup> A kérdés másik klasszikus kifejtése a *Victoria kontra The Commonwealth* (1971) CLR122 ügyben megfogalmazott diktátum, amely 353,402 szerint a Legfelsőbb Bíróság "bevallott feladata egyszerűen a már meglévő következmények feltárása vagy feltárása" (Windeyer J.).

<sup>123</sup> *Melbourne Corporation kontra Commonwealth* (1947) CLR 7431.

<sup>124</sup> Galligan, lásd a 168-691.,. pontot.

<sup>125</sup> Lásd Theunis Roux, "Amerikai eszmék külföldön: (2015) 13 *International Journal of Constitutional Law* (megjelenés alatt).

<sup>126</sup> Lásd a fenti2 szakaszt.

A Legfelsőbb Bíróság intézményi szerepe és a hozzá kapcsolódó érvelési módszerek. Bár a legalizmus társadalmilag hasznos volt, mivel elegendő hatalmat adott a Nemzetközösségnek két világháború megvívásához és a nemzetgazdaságba való beavatkozáshoz, nem volt túlságosan alkalmas arra a politikai kontextusra, amelyben a Bíróság az 1980-as években találta magát.

Ez nem csupán azért volt így, mert a jog és a politika szigorú szétválasztása mellett elkötelezett legalizmus ellentétben állt a nemzetközi korszellemmel.<sup>127</sup> Hanem az, hogy az ehhez a filozófiához kapcsolódó érvelési módszerek megakadályozták a Legfelsőbb Bíróságot abban, hogy bármilyen szerepet játsszon Ausztrália sajátos nemzeti identitásának artikulálásában. A legalizmus definíció szerint a politikai folyamatra bízta ennek az identitásnak a megfogalmazását. Az ausztrálok vonakodása még egy törvényben rögzített jogokról szóló törvényjavaslat elfogadásától is azt jelentette, hogy a politikai folyamat ezen a téren nem volt eredményes.<sup>128</sup> Mivel a legalizmus miatt a Legfelsőbb Bíróság nem tudta megmondani, hogy milyen politikai értékek mentén értelmezi az alkotmányt, és mivel a jogtörvénytervezet hiánya megakadályozta, hogy ezen értékek bármilyen politikai nyilatkozatára támaszkodjon, a Legfelsőbb Bíróság nem tudta megmondani, hogy az ausztrál alkotmányban mi az, ami kifejezetten ausztrál.

Ez a probléma talán nem is számított volna, ha nem lenne az a tény, hogy a modern jóléti állam a bírák értékorientált érvelésétől függ az általános jogi normák igazságos és ésszerű alkalmazásának biztosítása érdekében. Ahogy Phillippe Nonet és Philip Selznick érvelt, a <sup>129</sup>liberális-demokratikus államoknak ideális esetben a jog egy "érzékenyebb" formája felé kellene haladniuk, amely lehetővé teszi a bírák számára, hogy a jogi normákat az alkalmazás helyén kiigazítsák. Ezt az érvet az 1980-as években Ausztráliában implicit módon elismerték, amikor a törvények értelmezésének célzatos módszereit a törvényhozás engedélyezte.<sup>130</sup> Az alkotmányértelmezéssel kapcsolatos hasonló lépéshez azonban az egyezményi vitákra való hivatkozásra volt szükség, amelyet a *mérműkökkel* összhangban megtiltottak. Ennek fényében a Bíróságnak a legalizmus iránti elkötelezettsége patológiakusnak tűnt, mivel legitimitását olyan értelmezési módszerekhez kötötte, amelyek nem voltak alkalmasak a jogi és politikai rendszerrel szemben támasztott követelményekhez.

E külső fejlemények mellett újra hangsúlyozni kell a század közepén kialakult politikai-jogi egyensúlyt sújtó belső ellentmondásokat. Ezt az egyensúlyt, mint láttuk, eltorzította az, hogy a *mérműkök* egy olyan értelmezési módszert választottak, amely az 1901-es alkotmány kettős örökségének csak az egyik oldalára támaszkodott. Ez semmilyen értelemben nem volt hiteles egyensúly, mivel nem alapult annak megfelelően kidolgozott megértésén, hogy a bírói függetlenség tiszteletben tartásának meglévő politikai hagyományának milyen módon kellett figyelembe vennie a Legfelsőbb Bíróság 1901-es alkotmány szerinti szerepét. Bár Sir Owen Dixon sokat tett e probléma orvoslása érdekében, nem tudta teljesen kijavítani az összes torzulást, amelyet a *mérműkök* értelmezése okozott.

Ebben a kettős értelemben - külső és belső - az ausztrál alkotmányos rendszerről az 1980-as években azt lehetett mondani, hogy korrekcióra szorult. A Mason Court többségének az alkotmány átalakítására tett kísérletét úgy kell értelmezni, hogy ennek a szükségletnek a mély megértése motiválta. Bármi is legyen Galligan érve a létrehozás időszakára vonatkozóan, a bírák által irányított alkotmányos átalakítás második esetével kapcsolatban nem kérdéses, hogy azt a Bíróság hatalmának növelésére irányuló politikai stratégia vezérelte. A bírák őszintén meg voltak győződve arról, hogy az alkotmányos rendszeren változtatni kell. Ez nyilvánvaló Sir Anthony Mason Menzies-emlékelőadásából 1985, amelyben meghatározta a főbb

<sup>127</sup> Bár ez minden bizonnyal része volt annak, ami történt. Lásd Mason, 50. o., 13. pont.

<sup>128</sup> Az ausztrál jogtörvény elfogadására tett különböző sikertelen kísérleteket Andrew Byrnes, Hilary Charlesworth, Gabrielle McKinnon, *Bills of Rights in Australia (Jogtörvények Ausztráliában) című* könyvében ismertetjük: *History, Politics and Law* (NewSouth Publishing, 2008).

<sup>129</sup> Philippe Nonet és Philip Selznick, *Toward Responsive Law: Law and Society in Transition* (Transaction Publishers, 2001).

<sup>130</sup> *Acts Interpretation Act (1901Cth)*, s 15AA (1981-ben módosított).



a legalizmussal kapcsolatos problémának azt a tendenciáját, hogy megakadályozza a bírákat abban, hogy megfogalmazzák azokat az értékeket, amelyeken a döntéseik alapulnak, és ezáltal megakadályozza a nyilvános vitát és elkötelezettséget ezen értékek iránt. Sir Anthony szerint különösen az alkotmányértelmezésben a bíróságoknak "figyelembe kell venniük a közösségi értékeket" annak érdekében, hogy az alkotmány "általános fogalmait" hozzáigazítsák "az események változó menetéhez".<sup>131</sup>

Sir Anthony és a nézeteivel szimpatizáló többi bíró (Jacobs, Murphy és Deane JJ - és később Kirby J) érvelése során jellemzően azt mondják, hogy Julius Stone hatott rájuk.<sup>132</sup> Nyilvánvalóan azonban nem csupán arról volt szó, hogy Stone karizmatikus tanításának erejével térítette át őket a szociológiai érvelési stílusra.<sup>133</sup> Az alkotmányos érvelési módszerekre gyakorolt hatása nem lett volna olyan nagy, mint amekkora, ha egyszerűen ez lett volna a helyzet. Inkább arról volt szó, hogy Stone olyan eszközöket adott a kőművesbírák kezébe, amelyekkel reagálni tudtak arra, amit ők egymástól függetlenül sürgető társadalmi problémának véltek.

Mindezek alapján a 80-as évek közepén jónak tűnhettek a Legfelsőbb Bíróság szerepének és a hozzá kapcsolódó érvelési módszereknek a sikeres átalakítására vonatkozó kilátások: az átalakítást őszintén motivált, valódi társadalmi igényre reagáló bírák vezették. Miért volt akkor az, hogy a legtöbb kommentátor, sőt még az érintett bírák közül is néhányan úgy vélték, hogy a "Mason Court forradalma" csak részben volt sikeres?<sup>134</sup> A válasz két részből áll. Az első az, hogy bármennyire is súlyosak voltak a külső kihívások és az imént azonosított belső ellentmondások, nem lehetett őket az ausztrál alkotmányos rendszer mélyreható politikai vagy gazdasági átrendeződéshez hasonló, erőteljes, exogén sokknak nevezni. A második ahhoz a tényhez kapcsolódik, hogy a szükséges átalakítás megkísérelte, ahogyan azt meg kellett tennie, a Legfelsőbb Bíróság intézményi szerepét és érvelési módszereit egyaránt kezelni.<sup>135</sup> A döntő jelentőségű Lange-ügyben,<sup>136</sup> amelyben az átalakítás feltételei rendeződtek, a Mason Court többsége kénytelen volt a kívánt szerep átalakításának egyik aspektusa tekintetében elért győzelmet a bevezetni kívánt új érvelési módszerek tekintetében elszenvedett vereséggel felcserélni. Ez a kompromisszum egy kissé összefüggéstelen döntést eredményezett. Ennél is fontosabb azonban, hogy strukturálta az átalakulás menetét, és végül meg is fékezte azt. E szakasz további részei a válasz minden egyes ilyen részét részletesen kifejtik.

Ami a külső politikai fejlemények kérdését illeti, amelyekre a Bíróság reagált, a lényeg egyszerűen az, hogy ezek a fejlemények semmiben sem hasonlítottak ahhoz a külső sokkhoz, amelyet az 1901-es alkotmány jelentett a bírói szerepről alkotott elképzeléseknek. Inkább olyan széleskörű kontextuális változásokról volt szó, amelyek több éven keresztül alakultak ki. Így, bár a különböző *ausztráliai törvények* 1986-os elfogadása egy adott időpontban történt esemény volt, valójában egy fokozatos folyamat betetőzése, amely 1968 óta zajlott, amikor is a szövetségi ügyekben a Legfelsőbb Bíróságon benyújtott fellebbezéseket eltörölték.<sup>137</sup> A globális alkotmányosság felemelkedése szintén fokozatos volt.

---

<sup>131</sup> Mason, a fenti n 50,5.

<sup>132</sup> Lásd például George Williams, Sean Brennan és Andrew Lynch, *Blackshield & Williams Australian Constitutional Law & Theory: Commentary and Materials* 6. kiadás (Federation Press, 2014) 176; Michael Kirby, "Julius Stone and the High Court of Australia" (1997) 20 *University of New South Wales Law Journal (Új-Dél-Wales-i Egyetem jogi folyóirat)*. 239.

<sup>133</sup> Murray Gleeson például szintén Stone tanította, de nem tudott hatni rá. Lásd Michael Pelly, *Murray Gleeson: The Smiler* (Federation Press, 2014). 26.

<sup>134</sup> Pierce tanulmányának már említett fejezetén kívül lásd a Gleeson-ügyet (Gleeson, fent n. o.) (amely 37. kifejezetten újra a "szigorú és teljes legalizmus" mellé állítja a bíróságot); Sir Anthony Mason, "The Centenary of the High Court of Australia" (2003) 5(3) *Constitutional Law and Policy Review* 41, 45 (sajnálataát fejezi ki a Gleeson-ügyben a legalizmushoz való visszatérés miatt); és Kirby, fent n. o. (51. elismeri, hogy a Mason-ügy korszakának újításai "ellenreformációt"

eredményeztek).

<sup>135</sup> Ennek éleslátó értékeléséhez lásd a fenti Mason-tanulmányt (50, amely<sup>2</sup> szerint "[a] bíróság által követett értelmezési módszer szoros kapcsolatban áll a bíróság szerepéről alkotott felfogásával").

<sup>136</sup> *Lange kontra Australian Broadcasting Corporation* (1997) CLR 189520.

<sup>137</sup> Lásd a *Privy Council (Limitation of Appeals) Act (1968Cth)*.

folyamat, amelyben Ausztrália nemzeti identitását pontosan az határozta meg, hogy kivételesen nem volt hajlandó alkotmányos nyilatkozatot tenni a politikai alapértékekről. Végül, Stone hatása, mint láttuk, olyan belső fejlődés jelleggel bírt, amely a Mason Court bírait egy másfajta gondolkodásmódnak tette ki, de önmagában nem *indokolta* a meglévő érvelési módszerek megváltoztatását. Inkább maguknak a bírácoknak kellett elvégezniük az igazolás minden munkáját. Ez a feladat - egyértelmű és azonosítható exogén változás nélkül, amelyre rámutathatnának - igen nehéz feladat volt. Az intézményi hagyományok, amint azt maga Sir Anthony is elismerte, "nehezen halnak meg".<sup>138</sup>

Mint láttuk, még az 1901-es alkotmány elfogadása sem tudta átalakítani a meglévő érvelési módszereket és a bírói szerepről alkotott elképzeléseket. Éppen ellenkezőleg, az 1920 után bekövetkezett átalakulás részben a hagyományos kötöttségek erejével a szöveges alkotmány átalakulása volt. Miközben az 1901-es alkotmány tehát kritikus fordulópontot nyitott, az ausztrál alkotmányozás által követett pályát a külső politikai fejlemények, a bírói döntések és a korábbi hagyományok összetett kölcsönhatása alakította. Ez az átalakulás tehát minőségileg eltérő módon bírói irányítású volt, mint az az átalakulás, amelyet a Mason Court többsége kívánt elérni. Míg az első átalakulás egy esetleges választás és a külső politikai fejlemények legitimáló hatásának mellékhatása volt, addig a második átalakulás a bírácoknak kellett meggyőzniük jogásztársaikat és a közösség egészét arról, hogy létezik olyan társadalmi kihívás, amelyre érdemes reagálni. Ez mindig is nehéz feladat volt, mivel annak az intézményi szerepnek és érvelési módszernek a legitimitását, amely felé a Mason Court bírái megpróbálták elmozdítani a bíróságot, a fennálló politikai-jogi egyensúly feltételei határozták meg.

Sir Owen Dixon, ítélve abból a nagyon óvatos és fokozatos megközelítésből, amelyet a Bíróságnak a *Melbourne Corporation-ügyben* hozott döntéshez vezető következményekre való támaszkodásának legitimitásának rehabilitálásához alkalmazott, megértette ezt a problémát. Vannak arra utaló jelek, hogy a Mason Court többsége is megértette ezt a problémát. Így az *Australian Capital Television* ügyben Mason CJ hosszasan magyarázta, hogy a politikai kommunikáció hallgatóságos szabadságának levezetésére használt módszerek összeegyeztethetők a *mérnöki* ortodoxiával.<sup>139</sup> Hasonlóképpen, Deane és Toohey JJ az egyidejűleg eldöntött *Nationwide News és Wills* ügyben óvatosan vezették be a hallgatóságos szabadságot, mint a III. fejezet szerinti szövetségi struktúrából és a bírói hatalom szétválasztásából már levezetett doktrínák logikusan következő harmadik megfelelőjét.<sup>140</sup> Ezek a gondos erőfeszítések kétségtelenül sokat tettek a hallgatóságos szabadság túlélésének biztosításához a kulcsfontosságú Lange-ügyben.<sup>141</sup> A túlélésének ára ebben az ügyben azonban azoknak a legalista módszereknek a megerősítése volt, amelyeket a Mason Court többsége végül is szem előtt tartott. A *Lange-ügy* tehát nem az ausztrál képviseleti és felelős kormányzás hagyományának a Mason Court többsége által felajánlott, gazdagon elméleti alapon, hanem az alkotmány 7. és 24. szakasza által biztosított szűk és elégtelen szöveges horog alapján tartotta fenn a hallgatóságos szabadságot.<sup>142</sup> A *Lange* tehát olyan döntésként értelmezhető, amelyben a Mason Court többsége megnyerte a csatát a hallgatóságos szabadságért, de elvesztette a háborút a Bíróság érvelési módszereivel kapcsolatban. Mivel ez a két dolog, ahogyan Sir Anthony már kora

---

<sup>138</sup> Mason, fenti n. (50, utalva 11 a "parlamentari felsőbbrendűség fogalmához" való folyamatos ausztrál ragaszkodásra).

<sup>139</sup> *Australian Capital Television Pty Ltd kontra Commonwealth* (1992) CLR177 133-35106,.

<sup>140</sup> *Nationwide News Pty Ltd kontra Wills* (1992) CLR177 1, 69-73.

<sup>141</sup> *Lange kontra Australian Broadcasting Corporation* (1997) CLR 189520.

<sup>142</sup> Lásd például: Adrienne Stone, "The Freedom of Political Communication since *Lange*" in Adrienne Stone and George Williams, *The High Court at the Crossroads: Essays in Constitutional Law* (Federation Press, 2000) 1.

elismerte,<sup>143</sup> szorosan kapcsolódtak egymáshoz, a Bíróság érvelési módszereinek átalakításának elmulasztása végső soron az egész átalakítási kísérletet korlátozta.

A *Lange-ügyben* elért eredmény természetesen tisztán doktrinális szempontból is megmagyarázható. A *Engineers-ügyben* a Bíróság bizonyos érvelési módszerek mellett kötelezte el magát, amelyek azt hangsúlyozták, hogy az alkotmányos doktrínákat az Alkotmány "szövegében és szerkezetében" kell keresni, ahogyan azt a *McGinty*<sup>144</sup> és a *Lange-ügyben* megfogalmazták.<sup>145</sup> Így jogos volt McHugh J. ragaszkodása a *Lange-határozatot* megelőző ügyekben ahhoz, hogy a képviseleti és a felelős kormányzás doktrínái nem "az Alkotmány által átruházott hatáskörök, hatóságok, mentességek és kötelezettségek független forrásai".<sup>146</sup> Az egyetlen probléma - amint arra mások is rámutattak - az<sup>147</sup> volt, hogy a hallgatólagos szabadság terjedelmét ezt követően a *Lange-határozatban* nem korlátozták az alkotmányos alapjának felülvizsgált indoklásával összhangban. Ez némileg összefüggéstelenné tette a hallgatólagos szabadságot övező jogot. Mindez doktrinálisan érthető. Mindazonáltal az itt kínált történeti institucionalista beszámoló segít megmagyarázni, hogy ez miért történt, és tisztázza a *Lange* által a Mason Court többsége által bevezetni kívánt reformok korlátozásában játszott szerepet.

Természetesen nem szabad túlértékelni, hogy ezek a reformok milyen mértékben buktak meg. A politikai kommunikáció hallgatólagos szabadsága ma már állandó doktrína, és valójában a Legfelsőbb Bíróság közelmúltbeli ítélkezési gyakorlatának igen aktív részévé vált.<sup>148</sup> A *Roach-ügyben* hozott, a hallgatólagos választójogot igazoló határozat most már hozzáadható ehhez.<sup>149</sup> A *Cole kontra Whitfield*<sup>150</sup> ügyben a Mason Court orvosolta a 92. cikkel kapcsolatos, régóta fennálló, a legalizmustól függő problémát, és egyúttal engedélyezte a Konvent vitáira való hivatkozást, ami hozzájárult ahhoz, hogy az alkotmányértelmezés célzottabbá, ha nem is értékorientáltabbá váljon. Ennyiben a Mason Bíróság többsége által bevezetni kívánt reformok egy része megmaradt. Talán még az is igaz, ahogy Stephen Gageler érvelt, hogy a Legfelsőbb Bíróság ma "képviselet-erősítő" szerepet játszik a demokratikus politikában a parlament elsődleges jogérvényesítési felelősségének (immár) sajátosan ausztrál értelmezésében.<sup>151</sup> Tény azonban, hogy a bekövetkezett átalakulás nem volt olyan mértékű, mint amilyennek elképzelték, és hogy ennek sok köze volt a század közepén kialakult politikai-jogi egyensúly - ha úgy tetszik - inerciális hatásaihoz.

## 6. Következtetés: általánosítható tanulságok

Ez a dokumentum a jog és a politika kölcsönhatásának általánosítható megértését támogatja a bíró által irányított alkotmányos átalakítási folyamatokban. Amint azt az útfüggőségi elmélet szociológiai alkalmazásai is sugallják, egy adott intézmény - ebben az esetben egy értelmezési módszer - esetleges választása önerősítővé válhat, mivel a módszer alkalmazásának korai esetei olyan eredményeket hoznak, amelyek megfelelnek a főbb politikai szereplők és a közvélemény érdekeinek.

<sup>143</sup> Mason, a fenti n 50,2.

<sup>144</sup> *McGinty kontra Nyugat-Ausztrália* (1996) CLR 186140

<sup>145</sup> *Lange kontra Australian Broadcasting Corporation* (1997) CLR 189520.

<sup>146</sup> *McGinty kontra Nyugat-Ausztrália* (1996) CLR 186232.

<sup>147</sup> Stone, 142. o., 5. o.

<sup>148</sup> Lásd például: *Wotton kontra Queensland* (2012) CLR246 1; *Attorney-General (SA) kontra Corporation of the City of Adelaide*.

(2103) ALR295 197; *Monis kontra The Queen* (2013) ALR295 259,

<sup>149</sup> *Roach kontra választási biztos* (2007) CLR233 Lásd 162.még *Rowe kontra választási biztos* (2010) CLR 2431.

<sup>150</sup> *Cole kontra Whitfield* (1988) CLR 165360.

<sup>151</sup> Gageler, fenti 151-527,. o. (idézi John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980)).

Amennyiben ez megtörténik, pozitív visszacsatolás alakulhat ki, mivel minden egyes olyan döntés, amely tiszteletben tartja a vonatkozó értelmezési módszert, növeli a Bíróság legitimitását, ami viszont megerősíti az adott módszert mint sikeres legitimációs eszközt.

Ebben a felfogásban a legalizmus nem mindenhol kapcsolódik ugyanahhoz a technikákhoz. Sőt, minden jogi hagyomány, amely fenntartja a jog és a politika szétválaszthatósága iránti elkötelezettségét, kidolgozza a maga sajátos technikáit, amelyekkel ezt az elkötelezettséget fenntartja. Az is eltérő lesz, ahogyan ezeket a technikákat a tágabb politikai kultúrában érzékelik, valamint az a különböző történelmi környezet, amelyben ezek a technikák a bírói kar megfelelő szerepére vonatkozó politikai-kulturális normákkal egyesültek. Ahhoz, hogy egy alkotmánybíróság sikeresen megalapozza és fenntartsa függetlenségét, a bírácoknak végül is nem kell mindenkit folyamatosan meggyőzniük arról, hogy érvelési módszereik meghatározóak. Mindössze annyit kell tenniük, hogy tiszteletben tartják azokat a módszereket, amelyeket a jogi közösség és a szélesebb jogi kultúra legitimnek tekint. Ha a bírác ezt megteszik, akkor létrejöhet egy politikai-jogi egyensúly - egy stabil összhang a bírác által a politikai semlegességre vonatkozó igényük alátámasztására használt sajátos jogértelmezési módszerek és a bírói testület megfelelő szerepére vonatkozó politikai-kulturális normák között.

Egy ilyen politikai-jogi egyensúly kialakulása többnyire előnyös az alkotmánybíróság számára, mivel ez biztosítja legitimitásának folyamatos alapját, és lehetővé teszi számára, hogy a nemzeti politika erőteljes szereplőjévé váljon. Mint minden intézményi fejlődési pályának, ennek is lehet azonban árnyoldala. Éppen azért, mert a bizonyos jogi érvelési módszerek iránti elkötelezettségük önerősítő, az alkotmánybírák elveszíthetik azt a képességüket, hogy ezeket a módszereket a szerepük új felfogásának támogatásához igazítsák. Ez persze nem biztos, hogy számít. Ha az alkotmány viszonylag új keletű, akkor a bírác által az alkotmány köré épített intézményi szerep továbbra is szolgálhatja azokat a társadalmi igényeket, amelyek eredetileg támogatták e szerep legitimitációját. A rendkívül stabil, érett alkotmányos rendszerekben azonban elérkezhet az a pont, amikor a bírói szerep átalakítása a társadalom általános érdekeit szolgálja. Ez lehet a helyzet például akkor, ha az országot hosszú időn keresztül mélyreható társadalmi és gazdasági változások érintették. Ebben az esetben az a tény, hogy a bírác esetleg nem tudják érvelési módszereiket úgy átalakítani, hogy kitörjenek abból az egyensúlyi helyzetből, amelybe az alkotmányos rendszer került, bizonyos költségeket jelenthet a társadalom számára. Ugyanez a stagnálás érintheti a politikai szereplőket is, mivel az alkotmányos rendszer megváltoztatásának költségei túl magasak lesznek. Más szóval, ahogyan a korai pályafüggőségi irodalomban a piacokról azt mondták, hogy néha nem képesek kiszorítani a nem hatékony technológiákat, úgy az <sup>152</sup>érett alkotmányos rendszerek sem képesek optimálisan reagálni a fontos társadalmi szükségletekre.

---

<sup>152</sup> Arthur, fenti n82 .