

Az alkotmányos normák elmélete

120 Mich. L. Rev. (megjelenés 2022)

Ashraf Ahmed*

Az elmúlt évtized politikai megrázkódtatásai heves érdeklődést váltottak ki az alkotmányos normák vagy "konvenciók" iránt. Az intenzív tudományos figyelem ellenére a meglévő beszámolók hiányosak, és három fő kérdés közül legalább egyre vagy többre nem adnak választ: (1) Mit kell tennie minden alkotmányos normának? (2) Mi teszi őket konvencionálissá? (3) És miért alkotmányosak?

Ez a cikk az alkotmányos normák eredeti elméletét fejt ki, amely választ ad ezekre a kérdésekre. Először is definiálja őket, és megmagyarázza általános jellegüket: normatív, esetleges és önkényes gyakorlatok, amelyek az alkotmány szövegét és elvét valósítják meg. A legtöbb tudós lemondott annak vizsgálatáról, hogy a normák miként konvencionálisak, vagy a viselkedés koordinálására szorította őket, mint például a szabályokat, amelyek megkövetelik a sofőröktől, hogy az út egyik oldalán maradjanak. Ezzel szemben ez a cikk amellet érvel, hogy az alkotmányos normák konstitutív konvenciók, amelyek az értékeket gyakorlatokká konstitúálják; hasonlítanak az etikett konvencióihoz, amelyek olyan fogalmakat konkretizálnak, mint az "udvariasság". Az alkotmányos normák absztrakt elveket, mint például a hatalmi ágak szétválasztása, vagy határozatlan szöveget, mint például a "tanácsadás és beleegyezés", konkrét viselkedéssé és cselekvéssé alakítanak.

Az alkotmányos normák alkotmányos konvencióként való értelmezésével ez a cikk megmagyarázza a normák legfőbb jellemzőit, alapvető funkcióit és az alkotmányhoz való viszonyát. A normák azért normatívok, mert tiszteletet és hűséget parancsolnak. Kontingensek, mert kialakulásuk és fennmaradásuk politikai, társadalmi és szellemi feltételektől függ. Tetszőlegesek, mert az alkotmányszöveg és az alkotmányos elvek megvalósításának egyik lehetséges módját képviselik. És alkotmányosak, mert az általuk megvalósított értékek magából az alkotmányból erednek. Ez a cikk három alkotmányos norma esettanulmányain keresztül eleveníti fel elméletét: a kék cédulák, a bírósági csomagolás elleni norma és a végrehajtó hatalomnak a bűnüldözésbe való be nem avatkozása. Azzal zárul, hogy megkérdőjelezi a történelmi gyakorlat felhasználását az alkotmányértelmezésben. Azt sugallja, hogy amikor a tudósok és a bírók olyan normákra támaszkodnak, amelyek eredendően esetlegesek és önkényesek, akkor kimondatlan normatív feltételezéseket ágyaznak be a múltból és arról, hogy annak hogyan kellene korlátoznia a jövőt.

*Akadémiai ösztöndíjas és jogi előadó, Columbia Law School. Hálás vagyok Dhruv Aggarwal, Akhil Amar, Kate Andrias, Anya Bernstein, Josh Chafetz, Richard Friedman, Jonathan Gould, Maeve Glass, Jamal Greene, David Grewal, Michael Heller, Daniel Hornung, Jeremy Kessler, Issa Kohler-Hausmann, Michael Heller, Richard Friedman, Jonathan Gould és Anya Bernstein észrevételeiért, Jane Manners, Lev Menand, Samuel Moyn, David Pozen, Arjun Ramamurti, Aziz Rana, Daphna Renan, Daniel Richman, Cristina Rodríguez, Ganesh Sitaraman, Oren

Tervezet 2021.
július 6-i dátummal

Tamir, Karen Tani, John Witt, Josh Zoffer és a Columbia Academic Fellows Workshop résztvevői.

I.	NORMÁK MEGÉRTÉSE: JELENLEGI MEGKÖZELÍTÉSEK	9
A.	<i>Normák ösztöndíj: Múlt és jelen</i>	10
1.	Stratégiai	me
	gközelítések.....	11
2.	Demokratikus	rio
	gatás	13
3.	Vastag intézményi	leír
	ás	15
B.	<i>Egy általános elmélet</i>	szü
	kségessége16	
II.	MITŐL LESZ EGY NORMA HAGYOMÁNYOS	?
	18
A.	<i>Koordináció</i>	19
B.	<i>Alkotmány</i>	21
C.	<i>Normativitás</i>	25
D.	<i>Váratlan események</i>	26
E.	<i>Önkényesség</i>	27
III.	ALKOTMÁNYOS NORMÁK	28
A.	<i>Mikor alkotmányos</i>	egy
	norma?29	
B.	<i>Alkotmányos normák vs. törvény</i>	32
IV.	NORMÁK A MUNKÁBAN.....	34
A.	<i>Kék cédulák a bírójelölésekhez</i>	35
B.	<i>Anti Court-Packing</i>	39
C.	<i>A végrehajtó hatalom be nem avatkozása az Igazságügyi Minisztériumban</i>	44
V.	KÖVETKEZTETÉS.....	47

BEVEZETÉS

Az elmúlt évtized politikai megrázkódtatásai élénk érdeklődést váltottak ki az alkotmányos normák iránt. Az "egyezmények" vagy "szokások" néven is ismert alkotmányos normák közösek és felismerhetők. Például 1937-től napjainkig egyik politikai ág sem kísérelte meg a Legfelsőbb Bíróság méretének kilenc bírónál nagyobbra növelését. Hasonlóképpen, az elnökök az alapítás

2021. március 3-i

tervezet

óta a szenátus ülészakon belüli és ülészakok közötti szünetekben is kineveztek főtisztviselőket, és egészen a közelmúltig nem avatkoztak bele az ügynökségek ítélkezési gyakorlatába, és nem irányítottak büntetőeljárásokat a Fehér Házból. E gyakorlatok mindegyike korlátozza a kormánytisztviselőket, de a legjobb esetben is csak sekélyes szöveges alapokon nyugszik. Kiemelkedő szerepük arra utal, hogy a hatályos Alkotmányt nem csak a hatályos törvények alkotják és tartják fenn. Más szóval a normák az "alkotmányos rend" központi részét képezik: az "alkotmányos rend": a politikai döntéshozatalt strukturáló szabályok, doktrínák és gyakorlatok tágabb "halmazát".¹

¹ SANFORD LEVINSON & JACK M. BALKIN, DEMOCRACY AND DYSFUNCTION (212019).

A normák eróziója felgyorsult Trump elnöksége alatt, és a demokrácia jövőjével kapcsolatos nyilvános riadalom rutinszerűvé vált.² Bár gyakran a politikai és jogi liberálisokkal hozzák összefüggésbe, ezek az aggodalmak konzervatív jellegűek, mivel a status quo iránti elkötelezettséget és meggyőződést tükröznek azzal kapcsolatban, hogy milyen legyen a szakmaközi komilitás vagy a jogállamiság.³ Ugyanez a megőrzési ösztön hajtja az értelmező elméleteket, amelyek a történelmi gyakorlatot alkotmányjoggá alakítják.⁴ És csak az elmúlt ciklusban négy különböző ügyben, az ügynökségi struktúráról⁵ és a választási kollégiumtól⁶ kezdve az állami⁷ és kongresszusi idézések alkotmányosságáig,⁸ a Legfelsőbb Bíróság pontosan ilyen módon támaszkodott a múltbeli gyakorlatra.

Az ilyen intenzív figyelem még különösebbé teszi, hogy hiányzik az alkotmányos normák általános ismertetése. Ez nem azt jelenti, hogy nincsenek definíciók; sok definíció van. Nézzünk meg néhány vezető definíciót:

- A "konvenciók" olyan "maximák, meggyőzések és elvek, amelyek a tisztviselőket a politikai mérlegelés gyakorlásában irányítják".⁹
- A "strukturális normák" olyan "íratlan vagy informális szabályok, amelyek a politikai viselkedést szabályozzák", amelyek "bizonyos típusú döntéseket bizonyos típusú szereplőktől elszigetelnek; korlátozzák az öntevékenységet vagy

² Lásd pl. Emily Bazelon, *How Do We Contend With Trump's Defiance of 'Norms'?*, N.Y. TIMES, július <https://www.nytimes.com/2017/07/11/magazine/how-do-we-contend-with-trumps-defiance-of-norms.html> (11,2017,"Trump normák semmibe vétele ... elnökségének meghatározó jellemzőjévé vált. Útja során olyan hibákat tárt fel az amerikai kormányzás szerkezetében, amelyek a modern időkben nem kerültek felszínre, főként azért, mert egyetlen más elnök sem szondázta őket"); Tom McCarthy, *Donald Trump and the Erosion of Democratic Norms in America*, GUARDIAN (jún. 182,2018,:24) <https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/02/trump-department-of-justice-robert-mueller-crisis> (baloldaltól kérdezi, hogy Trumpnak az igazságügyi minisztérium függetlenségének semmibe vétele "valamiféle alkotmányos válságot vagy akár a jogállamiság erózióját" jelenti-e); Michael S. Winters, *Trump Threatens Norms That Make the Constitution Work*, NationalCatholic Reporter,Nov.6,2017,"Talán a legnagyobb kár, amit az alkotmánynak idén okoztak, kevésbé a jogállamiság bármilyen konkrét semmibe vételével kapcsolatos, mint az elnök általános semmibe vételével e szabály, valamint a jogállamiságot lehetővé tevő alkotmányos és demokratikus normák iránt"). Számtalan példa van, de ezek a politikai spektrumon átívelnek.

³ Kevés, de fontos ellenvélemény hangzott el. Lásd Jedediah Purdy, *Normcore*, DISSENT (2018 nyár), <https://www.dissentmagazine.org/article/normcore-trump-resistance-books-crisis-of-democracy> (kritizálva a legújabb tudományosságot a normákhoz való ragaszkodás és az ideológia összehasonlító elhanyagolása miatt); Corey Robin, *Democracy is Norm Erosion*, JACOBIN (2018), <https://www.jacobinmag.com/2018/01/democracy-trump-authoritarianism-levitsky-zillblatt-norms> (kritizálva a normakutatókat, amiért a stabilitást a demokráciával szemben előnyben részesítik).

⁴ Lásd az V. részt.

⁵ A Bíróság 5-4 arányban osztozott abban, hogy a Consumer Financial Protection Bureau egyetlen igazgatói struktúrája alkotmányellenesnek minősül-e. A Bíróság 5-4 arányban osztozott abban, hogy az ügynökség "történelmi anomália". Seila Law LLC

v. Consumer Financial Protection Bureau, U591.S. (2020) (slip op., 21. pont).

⁶ A bíróság egyhangúlag hangsúlyozta, hogy a független electorok csak történelmi "anomáliák", és úgy ítélte meg, hogy az államok büntethetik azokat az electorokat, akik megszegik fogadalmukat, és nem arra az elnökjelöltre szavaznak, aki megnyerte az állam népszavazását. Chiafalo kontra Washington, 591 U.S. (2020) (slip op., 16. pont).

⁷ A többség "200 éves precedensre hivatkozva, amely szerint az elnökök és hivatalos kommunikációjuk bírósági eljárás tárgyát képezi", elutasította az elnök azon állítását, hogy a II. cikk és a szupremáciai klauzula kizárja vagy megköveteli az állami idézések szigorúbb előírásait. Trump kontra Vance, U591.S. (2020) (slip op., 3. pont).

2021. március 3-i

tervezet

⁸ "[A] történelmi gyakorlattól való jelentős eltérés" arra készítette a többséget, hogy a kongresszusi idézések bírósági felülvizsgálatának új, négy részből álló szabványát alkossa meg. *Trump kontra Mazars*, 591 U.S. (2020) (slip op., 10. pont).

⁹ Keith Whittington, *The Status of Unwritten Constitutional Conventions in the United States*, 2013 U. ILL. L. REV. 1847, 1860-61 (2013).

korruptió...; strukturálja a döntéshozatalt, hogy az kevésbé legyen önkényes; ossza el a hatásköröket a különböző ágak között. ; strukturálja a politika szerepét a kormányzásban."¹⁰

- "A konvenciók alapvetően a politikai szereplők és intézmények közötti kölcsönös elvárások egyensúlyi állapotai".¹¹
- Az alkotmányos normák "szankciókon alapuló" gyakorlatok, amelyek "szabályozzák a fő hatalmi ágak közötti kapcsolatot, előjogaikat és hatáskörüket korlátait".¹²

Ezek a meghatározások hiányosak és nem megfelelőek. Három fő kérdés közül legalább egyre vagy többre nem adnak választ. Először is, ha a normák vagy konvenciók ennyi különböző szerepet játszanak az alkotmányos rendben, van-e valami, amit mindnek teljesítenie kell? Másodsor, mi teszi őket - az informalitástól eltekintve - konvencionálissá? Vagy csak gyűjtőfogalmak a nem jogi szabályok számára? Harmadszor, mi teszi ezeket a gyakorlatokat alkotmányossá?

Ez a cikk az alkotmányos normák eredeti elméletét fejti ki, amely választ ad ezekre a kérdésekre. Meghatározza őket, és megmagyarázza általános jellegüket: normatív, esetleges és önkényes gyakorlatok, amelyek az alkotmányszöveget és az alkotmányos elvet valósítják meg. Ez a definíció egyszerű, de erőteljes. Meghatározza az alkotmányos norma legfőbb jellemzőit, alapvető funkcióját és az alkotmányhoz való viszonyát. Továbbá kibővíti és kiragadja azokat az intuíciókat, amelyek hiányoznak vagy jelen vannak, de a meglévő beszámolóban nem jelennek meg. E definícióra támaszkodva ez a cikk nemcsak az alkotmányos rend egy alapvető aspektusát tisztázza, hanem mély feszültségeket is feltár a történeti gyakorlat alkotmányértelmezésben való felhasználásában.

A cikk a következőképpen folytatódik. Az I. részben az alkotmányos normákról szóló legújabb szakirodalmat kritizálja. A jogtudomány számos területén már régóta elismerik a normák fontosságát. A magánjogi kutatók például hangsúlyozták, hogy a normák (vagy ahogy a magánjogi tudományban gyakrabban nevezik, a konvenciók) miként segítik a magatartás koordinálását a szerződések, a családjog és a büntetőjog terén.¹³ A jogi pozitivisták - a kortárs jogtudomány uralkodó iskolája - számára pedig maga a jog is a konvenciókon alapul. H. L. A. Hart híres módon a konvenciókat helyezte a modern jogrendszerek középpontjába,¹⁴ és utódai közül sokan ugyanezen konvencionális megközelítés mellett maradtak elkötelezettek.¹⁵ Az amerikai alkotmányjogtudomány ezzel szemben csak szórványosan foglalkozott a konvenciókkal. Míg A. V. Dicey brit jogász közel százötven évvel ezelőtt megállapította, hogy a konvenciók az írott és íratlan alkotmányokat egyaránt kísérik, a normák vagy konvenciók létezésé - ahogy Adrian Vermeule ironikusan megjegyezte - "kinyilatkoztatás", amely "berobban a

¹⁰ Daphna Renan, *Presidential Norms and Article II*, HARV131. L. REV. 2187,2195 (2018)

¹¹ Adrian Vermeule, *Conventions of Agency Independence*, COLUM113. L. REV. n. 1163,1193127. (2013).

¹² Jon Elster, Íratlan alkotmányos normák (21,43 dátum nélkül) (kiadatlan kézirat) [<https://perma.cc/YPN8-764G>].

¹³ *Lásd pl.* ROBERT ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES (1991); ERIC A. POSNER, LAW AND SOCIAL NORMS 72, 89 (2000) (a családi és büntetőjog logikájának magyarázata az informális játékelmélet segítségével); Richard H. McAdams, *Beyond the Prisoner's Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law*, S82. CAL.

L. REV. 209 (2009) (a tudósokat az együttműködési játékok jogi elemzésben való alkalmazására ösztönzi); Ian Ayres, *Playing Games with the Law*, STAN42. L. REV. 1291 (1990) (ERIC RASMUSSEN, GAMES AND INFORMATION: AN INTRODUCTION TO GAME THEORY (1989) áttekintése).

2021. március 3-i

tervezet

¹⁴ H.L.A. HART, A JOG FOGALMA (1961).

¹⁵ JOSEPH RAZ, A JOGRENSZER FOGALMA (1970); JOSEPH RAZ, PRAKTIKAI INDOKOK ÉS NORMÁK (1990); Gerald Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, 11 J. LEG. STUD. 165 (1982). A jogi pozitivizmus konvencionalista jogképének legfontosabb kritikája a RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986) negyedik fejezete. Bár Dworkin kritikája generatív volt, nem szorította ki a jogi pozitivizmust mint a jog uralkodó elméletét.

2021. március 3-i
tervezet

Az amerikai alkotmánytudósok körülbelül minden második generációban, és a következő generációban elveszik."¹⁶

Az I. rész szerint a normakutatás jelenlegi reneszánsza három formát ölt: a stratégiai megközelítést, a demokratikus riadalmat és a vastag intézményi leírást. Mindegyiknek megvannak a maga jellegzetes korlátai. A stratégiai megközelítések az alkotmányos normák játékelméleti szemléletét követik, amely túlhangsúlyozza szerepüket a kormányzati szereplők viselkedésének koordinálásában. A demokratikus riogató a normák szükségességét védi, de gyakran történelmietlenül és a politikai és az alkotmányos normák közötti határok megjelölése nélkül. A sűrű leírók pedig gazdag beszámolót nyújtanak az egyes ágazatokon belüli normákról, de megállnak a szélesebb körű meghatározás előtt. Ennek eredményeképpen a meglévő szakirodalomból hiányzik a normák általános elmélete, amely megmagyarázza funkcióikat, jellemzőiket és az alkotmányhoz való viszonyukat.

Ez a cikk ezeket a kérdéseket a jelenlegi megközelítésektől eltérő stratégiával kezeli. Míg a legújabb munkák egységesen induktívak - a normák példáinak leírásával kezdődnek, majd megpróbálják kiolvasni azok lényegét -, ez a cikk elsősorban deduktív. A "mi az alkotmányos norma" kérdést két különálló kérdésként kezeli. Először is, mi tesz egy alkotmányos normát vagy egyezményt (sőt, bármilyen társadalmi gyakorlatot) konvencionálissá?¹⁷ Másodsorban, mitől lesz alkotmányos? Ennek a stratégiának fontos előnyei vannak az induktívabb megközelítéssel szemben. Az egyes példákra való összpontosítás elhomályosíthatja, hogy mi a közös bennük a konvenciókkal általában; az induktív megközelítés így az alkotmányos normák kivételességének kockázatát hordozza magában, eltúlozva különlegességüket, és riadalmat keltve, ha azok változni vagy elhalványulni kezdenek. Ezzel szemben az induktív megközelítésből hiányoznak a konkrét kritériumok annak megállapítására, hogy egy norma mikor alkotmányos. Ez a probléma a konvencionálissal kapcsolatos zavarosságból ered. Ha megmagyarázzuk, hogy egy alkotmányos norma vagy egyezmény miért konvencionális, az alkotmányosságot megelőző fogalmi keretet biztosít, amelyben az alkotmányosságot elhelyezhetjük. E nézet szerint az alkotmányos egyezmény elsősorban egyezmény, és csak másodsorban alkotmányos.

A II. rész elmagyarázza, hogy mitől lesz egy norma vagy egy egyezmény hagyományos. A társadalmi konvenciók filozófiájára támaszkodva ez a rész meghatározza, hogy mit tesznek a konvenciók, és melyek a közös jellemzőik. A konvenciók általában két kategóriába sorolhatók: vagy a cselekvést koordinálják, vagy az értékeket gyakorlatokká konstituálják. A koordináló konvenciók híresek; ismerős példa erre az a szabály, amely előírja, hogy az autósok az út egyik oldalán maradjanak. Eddig a tudósok vagy azt feltételezték, hogy az alkotmányos normák koordináló konvenciók, vagy lemondtak arról a kérdésről, hogy mitől válnak egyáltalán konvencióvá.¹⁸ Mindkettő

¹⁶ Adrian Vermeule, *Egyezmények a bíróságon*, DUBLIN38 L.J. (283,2015285).

¹⁷ A "norma" és az "egyezmény" kifejezések ebben a cikkben felváltva használhatók. A félreértések elkerülése végett elsősorban a "norma" szót használom, mivel a "konvenciót" - legalábbis az amerikai alkotmányjogban - gyakran az 1787-es eseményekkel vagy az alkotmányozás formális folyamatával hozzák összefüggésbe. Mivel a társadalmi konvenciók filozófiája és az alkotmányelmélet közötti kapcsolatot kívánom felszínre hozni és feltérképezni, a "konvenciók" és a "konvencionális" kifejezést csak filozófiai értelemben használom. A szakirodalomban sincs szisztematikus megkülönböztetés a "norma" és a "konvenció" között. A tudósok vagy tökéletes helyettesítőként használják őket, vagy szemantikai okokból választják az egyiket. *Lásd pl.* , Josh Chafetz & David E. Pozen, *How Constitutional Norms Break Down*, 65 U.C.L.A. L. REV. 1430, 1434 n.14 (2018) ("[N]omi

2021. március 3-i

tervezet

fontos függ az alkotmányos normák és az alkotmányos konvenciók közötti különbségtételen (amennyiben léteznek)); Renan, *supra* note at n102196.35 (a "normát" használja a "glossza" és a "konvenció" helyett, mert "a tudósok néha [az utóbbi két kifejezést] arra használták, hogy megkülönböztessék a jogilag kikényszeríthető normákat a jogon kívüli normáktól"). Amint ez a cikk mutatja, az "egyezmény" kifejezés elutasítása egyben a fogalom által nyújtott filozófiai belátás elvesztését is jelenti. Továbbá a "glosszát" és a "történelmi gyakorlatra" támaszkodó értelmező elméleteket gondosan meg kell különböztetni maguktól a gyakorlatoktól. Az előbbieket olyan jelentőséggel ruházzák fel az utóbbiakat, amellyel azok önállóan nem rendelkeznek.

¹⁸ Lásd az *alábbi* I. részt.

megközelítések tévesek. Az alkotmányos normák mindig konstitutív egyezmények. Ahogyan az etikett konvenciói konkretizálják az "udvariasság" fogalmát, úgy az alkotmányos normák az egyébként elvont elveket, mint a hatalmi ágak szétválasztása, vagy a meghatározatlan szöveget, mint a "tanácsadás és beleegyezés", konkrét gyakorlatba ültetik át. A normák az alkotmányos szót tettekre fordítják. A konstitutív konvenciók teljes hiánya a legújabb munkákban ezért figyelemre méltó, mivel az alkotmányozás - sokkal inkább, mint a koordináció - segít értelmet adni annak, hogy mit tesznek a normák az alkotmányos politikában, és miért vált ki zűrzavart a változás. Az "alkotmánynak" ez az értelme, mint ígérek és nem főnévnek, egy elveszett történelmi jelentést is tükröz. Az alkotmányos gondolkodás az amerikai forradalomig gyakran egy társadalmi rend lényegére utalt, nem csupán formális jogi szabályok összességére.¹⁹ A korábbi gondolkodók úgy képzeltek el a jogrendeket, mint amelyek gyakorlatok révén jönnek létre.²⁰ Azzal, hogy a hangsúlyt a szövegről a gyakorlatra helyezük át, a cikk visszanyeri az "alkotmány" e tágabb és gazdagabb felfogását.²¹

A normák működésének megértése - az értékek gyakorlatokká alakítása - megvilágítja a normák legfontosabb jellemzőit. Először is, ezek a gyakorlatok - ahogy nevük is sugallja - *normatívak*. Az alkotmányszöveg és az alkotmányos elvek operacionalizálásával a normák tiszteletet és hűséget parancsolnak. És mivel az alkotmányos normák konstitutív konvenciók, a koordináló konvencióknál *sűrűbb* értelemben normatívak; a normák nem, vagy nem csupán funkcionális szükségleteket kielégítő szabályok, hanem inkább az alkotmányos erkölcs terepét megteremtő gyakorlatok.²² Egy adott korszak alkotmányos normái azt tükrözik, hogy az emberek szerint hogyan *kellene* működnie az alkotmányszövegnek vagy az alkotmányos elveknek.

Másodszor, a normák *feltételesek*. Az, hogy egy norma megjelenik-e, és ha igen, mikor, és meddig marad fenn, számos történelmi erőtől függ. Ahogy mások is megfigyelték, "az alkotmányos normák folyamatosan változnak".²³ Mivel egyrészt gyengébbek a jognál, másrészt túlélésük különböző szellemi, politikai és társadalmi feltételektől függ, az alkotmányos normák természetüknél fogva ideiglenesek.

Harmadszor, és ez a legfontosabb, az alkotmányos normák *önkényesek*. Egy adott norma csak az egyik lehetséges módja annak, hogy egy elvet gyakorlatba ültessenek. Az önkényesség közvetlenül az alkotmányszöveg és az alkotmányos elvek meghatározatlanságából következik. Nem véletlen például, hogy a hatalommegosztás tudományát a normákról való beszéd uralja. A fogalmilag amorfi²⁴, gyenge szöveges alapokon nyugvó hatalmi ágak²⁵ elválasztásának elvei hihetően, ha vitathatóan is, de különböző normákkal valósíthatók meg. A normatív, de mégis esetleges és önkényes jellemzőknek ez a konstellációja arra is utal, hogy az alkotmányos normák miért keltik az alkotmányos normák iránti vonzalmat és miért váltják ki az alkotmányos jogállamiságot.

¹⁹ Graham Maddox, "Constitution", in POLITIKAI INNOVÁCIÓ ÉS KONCEPTUÁLIS VÁLTOZÁS 50 (Terence Ball, James Farr & Russell L. Hanson szerk., 1989). *Lásd még:* Hannah Fenichel Pitkin, *The Idea of a Constitution*, 37 J. LEG. ED. 167, 168 (1987) ("[O]ur alkotmányunk nem olyasmi, amink van, és nem is olyasmi, amik vagyunk, hanem olyasmi, amit teszünk - vagy legalábbis tehetünk"). *Vö.* David Singh Grewal & Jedidiah Purdy, *The Original Theory of Constitutionalism*, YALE 127 L.J. 6-181, (2018) (RICHARD TUCK, THE SLEEPING SOVEREIGN: THE INVENTION OF MODERN

DEMOKRÁCIA (2018)) (az alkotmányosság modern elméletének felvázolása).

²⁰ LARRY D. KRAMER, MAGUK AZ EMBEREK: 9-13 (2004).

(e nézetnek az angol jogi kultúrában az amerikai forradalom előestéjén való fennmaradását tárgyalja).

2021. március 3-i

tervezet

²¹ Amit ez a cikk fogalmi elemzéssel ér el, azt mások gondos történeti munkával érték el. *Lásd például*, JONATHAN GIENAPP, THE SECOND CREATION: FIXING THE AMERICAN CONSTITUTION IN THE FOUNDING ERA (2018).

²² Egy alkotmányos norma is *képes* koordinálni a cselekvést, de az értékeket gyakorlatba *kell* átültetnie.

²³ Chafetz & Pozen, *Supra* note. 17.

²⁴ *Lásd pl.* Peter Strauss, *Az ügynökségek helye a kormányzatban: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 COLUM. L. REV. 573, 577-78 (1984) (a hatalmi ágak szétválasztásának három különböző modelljét tárgyalja).²⁵ John F. Manning, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, 124 HARV. L. REV. 139 (2011) (kiemelve a világos szövegbeli útmutatás hiányát a hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos kérdések számos területén).

riasztás. Hogyan lehet az alkotmányos rend ilyen átható része eredendően önkényes? Ezt a kérdést és annak az alkotmányértelmezésre vonatkozó következményeit a következtetésre halasztom.

A III. rész kifejti, hogy az alkotmányos normák hogyan alkotmányosak. Az előző részben felépített fogalmi struktúrát használja fel az alkotmányos normák meghatározásához. Ezek olyan normatív, kontingens és önkényes gyakorlatok, amelyek az alkotmány szövegét és elvét valósítják meg. A definíció második fele megmutatja, hogy ezek a normák hogyan alkotmányosak: az általuk megtestesített sajátos értékek révén. Például egy olyan norma, amely megkövetelné az elnököktől, hogy tiszteletet tanúsítsanak a politikai ellenfelek iránt, e cikk elmélete szerint nem számítana *alkotmányos* normának. Még ha a norma irányítja is az alkotmányos szereplő - az elnök - viselkedését, kevésbé kapcsolódik az alkotmányhoz. Azok az elméletek pedig, amelyek egy norma alkotmányosságát az általa korlátozott szereplők identitásához kötik, a túlzott befogadás kockázatát hordozzák magukban, mivel nem tesznek különbséget a politikai és az alkotmányos normák között.²⁶ Ezzel szemben e cikk elmélete *gyakorlat-centrikus*. Az alkotmányosság magának a gyakorlatnak a természetéből fakad, nem pedig azokból, akiket irányít. Tehát míg minden alkotmányos norma egy alkotmányos szereplő viselkedését irányítja, nem minden norma, amelyet ezek a szereplők követnek, alkotmányos. Csak akkor alkotmányos norma, ha maga a gyakorlat úgy értelmezhető, hogy az alkotmányos szöveget és elvet valósít meg. A III. rész ezután röviden megvizsgálja az alkotmányos jog és a norma közötti különbségtétel lehetséges kihívását. A konvencionalista jogelméletek szerint a jog maga is egyfajta konvenció; miért kell akkor egyáltalán megtartani az alkotmányos jog és a norma közötti különbséget? Annak ellenére, hogy ez a probléma az összes közelmúltbeli munkán, így ezen a cikkben is áthatja, a III. rész szerényen megvédi a megkülönböztetést. Először is, még ha a jog alapvetően konvencionális is, az alkotmányos normától eltérő típusú konvencióról van szó. A jog egy paradigmikus "mély" konvenció, amely analóg az olyan gyakorlatokkal, mint a nyelv és a művészet. Az alkotmányos normák "felszíni" konvenciók, mint az egyes nyelvek vagy a különleges művészeti stílusok. A "mély" konvenciók teszik lehetővé a "felszíni" konvenciókat. Másodszor, és ami még gyakorlatiasabb, a különbségtétel segít tükrözni a végrehajtásbeli különbségeket. Ha a törvényeket megszegik, a törvényszegők fegyelmezésére és megbüntetésére jól meghatározott módok állnak rendelkezésre. A normák megszegésekor a szankciók többértelműek és bizonytalanabbak. Bár tehát a cikk stratégiája ironikus módon aláássa a törvény-egyezmény megkülönböztetés elméleti alapját, vannak koncepcionális és gyakorlati okai a megkülönböztetés megtartásának.

A IV. rész három esettanulmányon keresztül mutatja be a cikk elméletét a gyakorlatban: a kék cédulák, a bíróságok összepakolása elleni norma (amit "anti court-packing"-nek nevezek) és a végrehajtó hatalomnak a bűnüldözésbe való be nem avatkozása. E normák mindegyike az alkotmány szövegét és elvét valósítja meg, a szenátori "tanácsadástól és beleegyezéstől" (blue slips) a bírói függetlenségen át (anti court-packing) az elnök azon kötelességéig, hogy "gondoskodjon a törvények hű végrehajtásáról" (a végrehajtó hatalom be nem avatkozása). Amint az esettanulmányok mutatják, mindegyik normatív, esetleges és önkényes. És mindegyikre nagy nyomás nehezedik. A IV. rész nyomon követi e normák útját - eredetüktől a jelenlegi válságaikig -, hogy feltárja hagyományos jellegüket. Ez a történeti megközelítés két okból is hasznos. Először is, ezek a példák megelevenítik a cikk elméletét; konkrétan bemutatják, hogy a normák az időbeli változások nyomon követésével mennyire esetlegesek és önkényesek. Másodszor, az esettanulmányok illusztrálják a normák esetleges volta és önkényessége közötti

2021. március 3-i

tervezet

kapcsolatot. Mivel a norma mögöttes szövege és elve meghatározhatatlan, a kialakuló gyakorlatok a kontextustól függenek. A politikai események, az ideológia és a pusztán véletlen alakítja az alkotmányos normák alakulását.²⁷ Ahogy a körülmények változnak, úgy változnak a normák is. Amikor

²⁶ Lásd az alábbi III. részt.

²⁷ Amint Richard Primus felvetette, az alkotmányos ügyek gyakorlati tétje irányíthatja az értelmezést. Richard Primus, *The Cost of the Text*, CORNELL102 L. REV. 1651 (2017).

egy norma átalakul vagy összeomlik, akkor a korábbi megállapodások önkényessége derül ki: olyan alternatívák, amelyeket korábban elutasítottunk vagy nem vettünk figyelembe, most elképzelhetővé vagy akár kényszerítő erejűvé válnak.

Az V. rész a cikknek a történeti gyakorlat alkotmányértelmezésben való felhasználására vonatkozó következményeinek rövid mérlegelésével zárul. A gyakorlatalapú elméletek azt feltételezik, hogy egy gyakorlatnak a konvencionális jogállása alapján jogi státuszt kell élveznie. Az "építési zónában" lévő originalizmustól²⁸ a "felszámoláson"²⁹ és a "történelmi glosszán" át az "íratlan"³⁰ alkotmányosságig³¹ ezek az elméletek mind osztoznak ebben az alapstruktúrában; az intézményi "van"-tól az alkotmányos "kellene"-ig haladnak. És ahogy az etikában, úgy az alkotmányjogban is kétesélyes az "van"-ról a "kellene"-ra való áttérés, és két kritikus kérdést vet fel.

- **A leíró kérdés:** Mitől válik egy alkotmányos norma vagy egyezmény konvencionálissá?
- **A normatív kérdés:** Miért kellene egy gyakorlatot a hagyományos státuszának alkotmányossá tennie?

Ez a cikk a leíró kérdésre ad választ, megalapozva ezzel a normatív kérdés megválaszolását. Ez egy vitathatatlan feltevésből következik: egy potenciális jogforrás jellege alakítja a joghasználatunkat. Ez a feltevés áll például a nyelvfilozófia felé fordulás háttérében, hogy megértsük a törvényi és alkotmányos szövegek jellegét.³² Mivel a jelenlegi munka lemondott arról a kérdéstről, hogy mi tesz egy normát konvencionálissá, a gyakorlaton alapuló elméletek úgy szaporodtak el, hogy nem volt világos rálátásuk a jogi anyagukra. E cikk filozófiai vizsgálata egyszerre tölti ki ezt a hiányt és terjed túl a tudományos vitán. Amint a Bíróság elmúlt ciklusa megmutatta, a Trump-korszak politikai csatái gyakran vezettek olyan peres ügyekhez, amelyek bírósági megoldást igényeltek. Még ha a konfliktus egy új elnök alatt csökken is, egy olyan világban, ahol a bíróságok rutinszerűen konzultálnak a múltbeli gyakorlattal, a normák feletti viták jogi csatározásokká alakulhatnak.

E cikk elmélete azt sugallja, hogy amikor a tudósok és a bírák a történelmi gyakorlatra támaszkodnak, elméleteiket és döntéseiket nehezen megalapozott alapokra építik. Amint felismerjük, hogy az alkotmányos normák önkényesek és esetlegesek, rájövünk, hogy a gyakorlatot előnyben részesítő értelmező elméletek ezt a gyakorlaton túlmutató okokból teszik. Akár a bírák alkalmaznak "történelmi glosszát", akár a tudósok keresik a "likvidált" jelentéseket, mindegyikük implicit módon a jogi normativitás független elméleteire támaszkodik állításaik megalapozásához. Az alkotmányjogban és az alkotmányelméletben valami más, mint egy

²⁸ *Lásd pl.* KEITH WHITTINGTON, CONSTITUTIONAL CONSTRUCTION: DIVIDED POWERS AND CONSTITUTIONAL MEANING (1999); Randy E. Barnett, HARV. L. & PUB. POLY' 65-72 (2011); Lawrence B. Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, 82 FORDHAM L. REV. 453 (2013).

²⁹ William Baude, *Constitutional Liquidation*, 71 STAN. L. REV. 1 (2019).

³⁰ Curtis A. Bradley & Trevor Morrison, *Historical Gloss and the Separation of Powers*, 126 HARV. L. REV. 412 (2012); Curtis A. Bradley & Neil Siegel, *Historical Gloss, Constitutional Liquidation, and the Originalism Debate*, VA106. L. REV. 1 (2020).

³¹ AKHIL AMAR, AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION (2012); CHARLES BLACK, STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN ALKOTMÁNYJOG (1985); DAVID A. STRAUSS, AZ ÉLŐ ALKOTMÁNY (2010); LAURENCE H. TRIBE, A LÁTHATATLAN ALKOTMÁNY (2008).

³² *Lásd pl.* Christopher Green, *Originalism and the Sense-Reference Distinction*, 50 ST. LOUIS U.L.J. 555 (2006) (Gottlob Frege megkülönböztetését használva a szavak "értelme" és "referenciája" között); John Mikhail, *The Constitution and the Philosophy of Language: Entailment, Implicature, and Implied Powers*, 101 VA. L. REV. 1063 (2015) (a grice-i nyelvfilozófia alkalmazása az alkotmányelméletre); Lawrence B. Solum, *Semantic Originalism*,

2021. március 3-i

tervezet

(Illinois Pub. Law Research, Paper No. 07-24, 2008), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244
[<https://perma.cc/AFJ2-L57G>] (az alkotmány szemantikai tartalmára vonatkozó tézisek sorát fejt ki). Valójában a nyelvfilozófia relevanciája olyannyira elfogadott, hogy egy nemrégiben hozott bírósági határozatban a VII. cím "társalgási konvencióiról" folyt vita. Bostock kontra Clayton County, U590.S. (2020) (slip op., 16. pont).

maga a gyakorlat szükséges ahhoz, hogy igazolja a jogszabályá emelését. Végül is, hogyan fordulhatnánk megbízhatóan olyan gyakorlatokhoz, amelyek maguk is történelmileg esetlegesek és fogalmilag önkényesek? Miután ez a cikk felvetette ezt az aggályt, a teljesebb számvetést a jövőbeli munkára hagyja.³³

I. NORMÁK MEGÉRTÉSE: JELENLEGI MEGKÖZELÍTÉSEK

A közelmúltban a normákkal foglalkozó jogtudományt a hangulat és a módszer sokfélesége jellemzi. Három elsődleges modalitás létezik: játékelmélet, demokratikus riogatás és vastag intézményi leírás.³⁴ Ez a rész először is feltérképezi ezt a tudományos terepet, kontextusba helyezve a normák iránti érdeklődés jelenlegi fellángolását, és leírja e három módozat különböző megközelítéseit és prioritásait. Ezután kifejti a jelenlegi munka két fő hiányosságát: (a) a hiányos elmélet és (b) a történelmileg elvakult aggodalom a hagyományos változásokkal kapcsolatban. Bár ezek a problémák egyenlőtlenül merülnek fel, mégis összefüggnek: az általános elmélet hiánya megnehezíti mind a konvencionális változás, mind az azt kísérő reakciók magyarázatát.

³³ Ezekkel a kérdésekkel egy külön projektben foglalkozunk hosszasan, amely az itt végzett elméleti munkára épül. Ashraf Ahmed, *Historical Practice and the Hydraulics of Discretion* (kézirat a szerzőnél).

³⁴ Van két olyan tudományág, amelyet különböző okokból nem veszek itt figyelembe: Az amerikai politikai fejlődés (APD) irodalma a normákról, valamint a történelmi glosszával és az alkotmányértelmezéssel foglalkozó jogtudomány. Az első csoport hatalmas, és jobban érthető a politikatudomány részhalmazaként. E cikk szempontjából a műfaj legrelevánsabb tudósai sok közös vonást mutatnak a thick descriptivistákkal. Az APD gazdag leíró és elméletileg megalapozott munkát tartalmaz az egyes kormányzati ágakról. Példaértékű munkákért lásd JOSH CHAFETZ, CONGRESS'S CONSTITUTION: LEGISLATIVE AUTHORITY AND THE SEPARATION OF POWERS (2017) (a Kongresszus különböző "kemény" és "puha" hatásköreit, valamint azt vizsgálja, hogy e hatáskörök sikeres gyakorlása hogyan erősíti meg intézményes hatalmát a többi ággal szemben); JOSH CHAFETZ, DEMOCRACY'S PRIVILEGED FEW: LEGISLATIVE PRIVILEGE AND DEMOCRATIC NORMS IN THE BRITISH AND AMERICAN CONSTITUTIONS (2007) (a brit és amerikai törvényhozók különleges jogköreinek és kiváltságainak összehasonlítása); Keith Whittington, *Partisanship, Norms, and Federal Judicial Appointments*, 16 GEO. J.L. & PUB. POL'Y 521 (2018) (a bírói kinevezésekkel kapcsolatos eszkalálódó csatározások nyomán követése és lehetséges megoldások felajánlása a folyamatos polarizációra való tekintettel). *Lásd még:* Julia Azari & Jennifer Smith, *Íratlan szabályok: Informal Institutions in Established Democracies*, 10 PERSP. ON POL. (2012) (kifejtve, hogy az "informális intézmények" kiegészítik, párhuzamosítják vagy koordinálják egymást). Fontosságuk ellenére ezt a munkát nagyrészt a hangsúlyok különbözősége miatt zárom ki. Az itteni projekt szinte teljes egészében elméleti, és eredményei közvetlenül az alkotmányértelmezési módokra vonatkoznak. Még Smith és Azari munkája is, amely fontos módon kiemeli, hogy az informális gyakorlatok "kitölthetik a hézagokat", nem fordít figyelmet a konvenciók normativitására és önkényességére, valamint az alkotmányelméletre gyakorolt hatásokra. Ez egy fontos közönségbeli különbség eredménye. Politológusokhoz szólnak, és elemzésük a racionális választáselmélet nyelvezetével van átítva. Engem egy kapcsolódó, de eltérő kérdés érdekel: milyen gyakorlat az alkotmányos konvenció, és hogyan hatnak a konvenciók jellemzői és funkciói az alkotmányelméletre. A második kizárt csoport - a történelmi glossza és az íratlan alkotmányosság - klasszikus és újabb munkákat egyaránt tartalmaz. Az íratlan alkotmányosság klasszikusaihoz lásd AMAR, *Supra* note 30; BLACK, *Supra* note 30; STRAUSS, *Supra* note 30; TRIBE, *Supra* note 30. A történelmi glosszával kapcsolatos legújabb munkákról lásd Baude, *supra* 28. lábjegyzet; Bradley & Morrison, *supra* 29. lábjegyzet; Bradley & Siegel, *supra* 29. lábjegyzet; Stephen Griffin, *Against Historical Practice: Facing Up to the Challenge of Informal Constitutional Change*, CONST35. COMMENT. 79 (2020); Alison L. LaCroix, *Historical Gloss: A Primer*, HARV126.

L. REV. F. 75 (2012); Samuel Issacharoff & Trevor Morrison, *Constitution by Convention*, 109 CAL. L. REV. 1913 (2020); Kate Shaw, *Conventions in the Trenches*, CAL109. L. REV. 1955 (2020); Daphna Renan, *The President's Two Bodies*, COLUM120. L. REV (2020)1119. A normatív elemzést átláthatóan végző, gyakorlatalapú értelmezésre lásd Jonathan S. Gould, *Condensing Constitutional Norms*, 109 GEO. L.J. (megjelenés: 2021). A következtetésben

2021. március 3-i

tervezet

szereplő rövid értekezésen kívül a történeti gyakorlat és az alkotmányértelmezés kapcsolatát más munkára hagyom. *Lásd* Ahmed, 32. lábjegyzet. E tudományosság nagy része a bíróságokra és arra összpontosít, hogy miként kellene kezelniük a történelmi, nem jogi precedenst. Ez gyakran megkerülheti - Baude talán kizárja -, hogy mi az alkotmányos norma.

A. Normák ösztöndíj: Múlt és jelen

A tágabb angolszász világban a normák iránti tudományos érdeklődés régóta tart. Dicey adta az első nagyobb beszámolót klasszikusában, az *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* című művében. Dicey különbséget tesz "az alkotmány joga" és "az alkotmány konvenciói" között.³⁵ Az előbbiek - magyarázza - "a legszigorúbb értelemben törvények, mivel olyan szabályok, amelyeket akár írott, akár íratlan, akár törvény által elfogadott, akár a tömegből vagy a szokások, hagyományok vagy a bírák által alkotott, Common Law néven ismert axiómák tömegéből származó szabályok, a bíróságok érvényesítik".³⁶ Ezzel szemben az alkotmányos konvenciók "olyan megértéseket, szokásokat vagy gyakorlatokat foglalnak magukban, amelyek, bár szabályozhatják a szuverén hatalom több tagjának, a minisztériumnak vagy más tisztviselőknak a magatartását, valójában egyáltalán nem törvények, mivel azokat a bíróságok nem hajtják végre".³⁷ Egy híres brit példa: "A királynak bele kell egyeznie, vagy (ahogyan ezt pontatlanul kifejezik) nem "vétózhatja meg" a parlament két háza által elfogadott törvényjavaslatot".³⁸ Ennek a szabálynak nincs kifejezett szöveges alapja.

Dicey számára "sajnálatos [volt], hogy ezeket a maximákat "hagyományosnak" kell nevezni, mert a szó a jelentéktelenség vagy a valószerűtlenség fogalmát sugallja".³⁹ Bár e konvenciók némelyike "triviális" lehet, sok közülük "olyan fontos, mint bármelyik törvény", és alkotják azt, amit ő "alkotmányos erkölcsnek" nevez.⁴⁰ A konvenciók, folytatja Dicey, ugyanolyan erősek egy olyan írott alkotmányban, mint az amerikai, ahol "a szigorú konvencionális szabályok, amelyeket egyetlen bíróság sem venne észre, a gyakorlatban majdnem a törvény erejével bírnak".⁴¹ Amint azt a II. rész rövidesen megmutatja, Dicey kifejezése - "alkotmányos erkölcs" - sokatmondó. Ez ipse dixit, a konvenciók normativitását mondja ki.

Dicey munkája nem maradt észrevétlen. Az Atlanti-óceán mindkét partján élő kortársak - Woodrow Wilson⁴² és James Bryce - osztották⁴³ Dicey meggyőződését, hogy a normák központi szerepet játszanak az amerikai kormányzatban. És nem kisebb tekintély, mint James Thayer idézte Dicey-t a bírói felülvizsgálat kritikájához.⁴⁴ De a konvencióknak és fontosságuknak ez a korai tudatossága nem volt tartós. A következő évszázadban a normák nagyrészt elhalványultak a jogtudatból.⁴⁵

³⁵ DICEY, INTRODUCTION TO THE LAW OF THE CONSTITUTION (235. KIADÁS, 1897).

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.* at Dicey 25. más gyakorlatokat is felsorol a példák között, többek között azt, hogy "a Lordok Háza nem kezdeményez semmilyen pénztörvényt" és "a miniszterek lemondanak hivatalukról, amikor már nem élvezik az alsóház bizalmát". *Id.* at 25-26.

³⁹ *Id.* 27.

⁴⁰ *Id.* 23.

⁴¹ *Id.* 28. pont. Az ilyen normák példái közé tartoztak azok a hagyományok, amelyek szerint az elnökök a huszonkettedik módosítás elfogadása előtt nem indulhattak harmadik ciklusra, és az állam választói az adott állam népszavazásának győztesére adták le szavazatukat. Ez utóbbi egyezményről természetesen a *Chiafalo kontra Washington*, U591.S. (2020) ügyben volt szó.

⁴² WOODROW WILSON, ALKOTMÁNYOS KORMÁNYZAT AZ EGYESÜLT ÁLLAMOKBAN (221908).

⁴³ James Kirby, *A.V. Dicey and English Constitutionalism*, J49. HIST. EUROPEAN IDEAS 4233, (2019).

⁴⁴ James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 130 (1893).

⁴⁵ A lehetséges kivételek közé tartozik néhány cikk az 1970-es és 1980-as évek közepéről, amelyek az "íratlan

2021. március 3-i

tervezet

alkotmány" gondolatát vizsgálják. *Lásd pl.* Thomas C. Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, 27 STAN. L. REV. 703 (1975); Lawrence G. Sager, *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*, HARV 91. L. REV. 1216 (1978); Thomas C. Grey, *The Constitution as Scripture*, 37 STAN. L. REV. 1 (1984); Thomas C. Grey, *The Uses of an Unwritten Constitution*, CH164.-KENT L. REV. 211 (1988); Suzanna Sherry, *The Founders' Unwritten Constitution*, U54. CHI. L. REV. 1127 (1987); Michael S. Moore, *Do We Have an Unwritten Constitution*, 63 S. CAL. L. REV. 107

A tudósok most lelkesen tértek vissza a normákhoz. Mark Tushnet 2004-es cikkében, az "Alkotmányos kemény labda" című cikkében előre jelezte a közelmúlt érdeklődését. "Az alkotmányos hardball" - magyarázza Tushnet - olyan gyakorlatok, "amelyek minden kétséget kizáróan a meglévő alkotmányos doktrína és gyakorlat határain belül vannak, de mindazonáltal bizonyos feszültséget jelentenek a meglévő, alkotmány előtti felfogással szemben".⁴⁶ Tushnet beavatkozását a 2000-es évek elején a demokraták és a republikánusok közötti politikai csatározások váltották ki, mind az állami, mind a szövetségi kormányzatban, amelyek eltértek a bevett gyakorlattól.⁴⁷ Ezek az epizódok - érvelt - egészen *Marburyig* vezethetők vissza. *v. Madison*.⁴⁸ A konfliktus e hagyományának feltárása során Tushnet egy előzetes hipotézist állított fel: az alkotmányos keménykedés "az alkotmányos rendet irányító feltevésekben bekövetkező elmozdulás lehetőségének tünete".⁴⁹ A normák eróziója, más szóval, politikai görcsöket kísért. Ez az elképzelés előrevetítette a későbbi munkák kulcsfontosságú témáit: a játékok nyelvét, a konvenciók történetiségét és a politikai ösztönzők erejét.

Tushnet műve óta a szakirodalom csak lassan fejlődött, és nagy része ebben az évtizedben jelent meg. Az időzítés - az Obama-kormányzat végétől a jelenlegi Trump-kormányzatig - sokatmondó: a tudományos érdeklődés a politikai konfliktusok és a hozzájuk kapcsolódó hagyományos összeomlás felerősödését követte. A tudományos reakció átgondolt és programszerűtlen volt. A tudósok a konyhai mosogatót dobták egy olyan jelenségre, amely pontosan a jog és a politika metszéspontjában helyezkedik el, dacolva mindkét kategóriával. Az így született munkák három fő irányzatra oszthatók: játékelméleti ihletésű munkák, sűrű intézményi leírás és demokratikus riadalomkeltés.⁵⁰

1. Stratégiai megközelítések

Az alkotmányos normák stratégiai kezelésének közös előfeltevése az ágensek viselkedése. Bár az ebben az irányban író tudósok egyike sem használ kifejezetten modellt, munkájukat a játékelmélet alapozza meg. Először is, mindannyian a játékelmélet nyelvezetét kölcsönzik. Másodsor, a stratégia hangsúlyozásával kizárólag a konvenciók koordinálására összpontosítanak, amit a II. részben részletesebben is megvizsgálunk.

A stratégiai szemlélet szerint az alkotmányos szereplők leginkább hasznosságmaximalizálóként értelmezhetők. Egymással való kölcsönhatásaik egy játékhoz hasonlítanak. A normák azért léteznek, mert minden érintett számára előnyösek. A megváltozott ösztönzők miatt felbomlanak. Ezek a tudósok általában a következőkre összpontosítanak

(1989). Ezek a cikkek az alkotmányértelmezésről szóló élénk vita részét képezték a Due Process Revolution nyomán. Az originalizmussal párhuzamosan keletkeztek, és később közvetlenül az originalizmusra reagáltak. Kifejezetten az első rendű értelmezési kérdésekre összpontosítottak, mint például az alkotmányban rejlő implicit normatív elvek létezésére vagy azokra a forrásokra, amelyeket a bírák megengedhetően figyelembe vehetnek egy alkotmányos ügy eldöntése során. Ezek kapcsolódó, de eltérő kérdések attól, amire én itt összpontosítok, és amit Dicey és mások egy évszázaddal ezelőtt vizsgáltak: hogyan kell megérteni az alkotmányos kormányzás régóta fennálló gyakorlatát. A történelmi gyakorlat és az alkotmányértelmezés közötti kapcsolat megítélésem szerint először az előbbit kell rendezni. *Lásd* Ahmed, *Supra* note. 32.

⁴⁶ Mark Tushnet, *Constitutional Hardball*, J37. MARSHALL L. REV. 523 (2004).

⁴⁷ Tushnet két példája a szenátusi demokratáknak George W. Bush elnök 2002-03-as bírójelöléseinek késleltetése, valamint Colorado és Texas két népszámlálás közötti újrarajzolási kísérlete. *Id.* 524,526.

⁴⁸ *Id.* 538-543.

2021. március 3-i

tervezet

⁴⁹ *Id.* 544.

⁵⁰ Ezek a címkék nem egy adott tengely mentén követik a különbségeket. A játékelméleti ihletésű cikkek közös nyelvet használnak, míg a vastag intézményi leírások a hasonló tárgyak tanulmányozásának módszerét osztják meg, a riogatókat pedig az érzékenység köti össze. Mindazonáltal a kategóriák közös témákat követnek, és segítenek rendszerezni az egyébként rendezetlen területet.

az alkotmányos csatározások, ahol az érintett szereplők, a konvenciók és a politikai indítékok viszonylag világosak. Az ebben a stílusban készült legtöbb munka a normák egyértelműségét a normák laposításával kényszeríti ki. Nincs szükség annak bizonyítására, hogy egy adott helyzet koordinációs játék, nem is beszélve arról, hogy a konvenció valami mást csinál-e, mint egy játék megoldását. Az eredmény gyakran teljesen funkcionalista: a normák csak azért léteznek és maradnak fenn, mert az ágensek hasznosnak tartják őket.

Ebben a táborban sokszínűség van. Egyes tudósok sokat köszönhetnek a játékelméletnek, míg mások megjegyzik annak magyarázó határait. Három példa illusztrálja a keretrendszer közös feltevéseit és családi különbségeit. Először is Adrian Vermeule munkája. Vermeule egy írásában²⁰⁰⁵ az 1937-es bírósági csomagolási csatát dolgozza fel újra, hogy megmagyarázza, miért olyan nehéz a Legfelsőbb Bíróság reformja.⁵¹ Elemzése a játékelmélet nyelvezetével van átítatva, mivel FDR kudarcát a bíróság összepakolásában annak tulajdonítja, hogy "széles körben elterjedt az a felfogás, hogy a bíróság-csomagolási terv egy álságos javaslat volt", és levonja azt a tágabb tanulságot, hogy "minden olyan politikai szereplő, aki a játék közepén akarja megváltoztatni a szabályokat, megbízhatatlan, feltételezhetően pártpolitikai előnyök vagy a kontrollálatlan hatalom iránti vágy motiválja".⁵² Vermeule későbbi tudományos munkássága hasonló üzenetet közvetít, kezdve az "alkotmányos leszámolások" társszerzőként írt elméletétől az egyezmények bírósági érvényesítésének összehasonlító⁵³ tanulmányáig, itthon és külföldön.⁵⁴

Másodszor, David Fontana az Obama-elnökség alatti igazságügyi politikáról szóló munkájában követi Vermeule-t, bár kevésbé átfogóan. Az Obama által kinevezett bírák viszonylagos mérsékletességét és Obama elszalasztott lehetőségét a bíróságok átalakítására a stratégiai cselekvés kudarcával magyarázza: "túlzott együttműködés olyan politikai erővel, amelyek nem ugyanazokat a viselkedési mintákat mutatják az együttműködésben".⁵⁵ Az Obama-kormányzat és a szenátusi republikánusok egyszerűen két különböző játékot játszottak, ezt az össze nem illést az utóbbiak kihasználták. Fontana azonban jócskán megáll Vermeule mellett, amikor elemzését egy konkrét kontextusra korlátozza; nincs, és nem is állítja, hogy szélesebb körű normaelmélete lenne.

Harmadszor, Josh Chafetz, Joey Fishkin és David Pozen a stratégiai stílus óvatos használatát kínálja. Hozzájárulásaikban a Fontanánál nagyobb általánosságban, de Vermeule-nál kevesebb önfeledtséggel veszik figyelembe a normákat. Chafetz és Pozen például egy nemrégiben megjelent cikkében megállapítja, hogy az alkotmányos normák meghibásodnak, "[a]z intézményi környezetben, a tágabb világban vagy a nyilvánosság releváns szegmenseinek nézeteiben bekövetkező változások növelik a normához való ragaszkodás várható költségeit, az ilyen körülmények nagyobb gyakorisággal fordulhatnak elő, és ezáltal gyengíthetik a norma szabályozó erejét".⁵⁶ Miközben stratégiai regisztert használnak, a hagyományos bontás normatív bizonytalanságát is megjegyzik: "Végül is az a tény, hogy egy közösség tagjai megfelelnek bizonyos viselkedésbeli

⁵¹ Adrian Vermeule, *Political Constraints on Supreme Court Reform* (University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, No. 2005108.), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=836864.

⁵² *Id.* 8.

⁵³ Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Constitutional Showdowns*, U156. PA. L. REV. 991,1033 (2008) ("Általában a hatékony szokás kialakulásának legvalószínűbb esete a szimmetria és a kölcsönösség feltételével jár, amelyekben a

2021. március 3-i

tervezet

szereplők tudják, hogy idővel hasonló tranzakciók mindkét oldalán lesznek, és így ösztönözve vannak arra, hogy azt a szabályt kövessék, amely az összes érintett számára maximalizálja az összesített jólétet.").

⁵⁴ Adrian Vermeule, *Supra* note 11.

⁵⁵ David Fontana, *Cooperative Judicial Nominations During the Obama Administration*, WIS. L. REV. 286, 288 (2017).

⁵⁶ Josh Chafetz & David E. Pozen, *fenti* megjegyzés. 17.

szabályszerűségek ... nem teszik ezeket a viselkedési szabályszerűségeket *jóvá*.⁵⁷ Amint azt a II. részben bemutatom, ez a fajta állítás csak akkor lehetséges, ha túllépünk a pusztán koordinációs konvenciókon.

Fishkin és Pozen hasonló gondossággal végzi munkáját. Egyrészt kiterjesztik Tushnet alkotmányos keményvonalas alkotmányos elképzelését a jelenre. Azt állítják, hogy a politikai polarizáció elmélyülésével a hardballnak pártpolitikai billenése lett, a republikánusok nagyobb valószínűséggel "játszanak keményen", mint a demokraták.⁵⁸ És amikor azt magyarázzák, hogy a demokratáknak miért kellene elkerülniük a republikánus taktikák viszonzását, "két alapvető játékelméleti modellhez" fordulnak, amelyek közül az egyik azt jósolja, hogy "[a]z alkotmányos keménykedés ... veszélyes játék, ha hosszabb időn keresztül játsszák".⁵⁹ Másrészt bölcsen megjegyzi, hogy "[a] játékelmélet önmagában nem tudja megválaszolni, hogy melyik modell" - az egyik az eskaláció mellett, a másik ellene - "a hihetőbb".⁶⁰ Ezek a tudósok tehát a játékelméletben fogalmazzák meg állításait, miközben hangsúlyozzák annak analitikus és leíró korlátait. Engedményeik rávilágítanak a stratégiai szemlélet korlátaira.

2. Demokratikus riogatás

Ha a stratégiák a teljesség rovására vásárolják meg az egyértelműséget, a demokratikus riogatók az alkotmányos normákról adnak korlátok nélküli beszámolót. Közös nyelv helyett a demokratikus riogatókat egy közös érzékenység köti össze: a hazai és globális populizmus térnyerése által táplált sürgősség. Az e táborba tartozó szerzők számára az alkotmányos normák összeomlása nemcsak a politikai kultúra megváltozását jelenti, hanem magát a demokráciát is veszélyezteti. Amikor például Mitch McConnell többségi vezető és a szenátus republikánusai megtagadták, hogy meghallgatásokat tartsanak Merrick Garland legfelsőbb bírósági jelölésével kapcsolatban, ezek a tudósok a hatalommegosztás, a jog és a politika közötti különbségtétel és a jog egységessége elleni támadást láttak. A demokrata riogatók állnak tehát a legközelebb az újságírói regiszterhez, mivel a jelenlegi elnökséget történelmi és elméleti szempontból is megpróbálják értelmezni. Eközben azonban hajlamosak eltekinteni az alkotmányos normák és a tágabb értelemben vett politikai normák közötti különbségtől.

Az alkotmányjogászok közül Neil Siegel ennek a nézetnek az elsődleges képviselője. Egy pár nemrégiben megjelent cikkében Siegel azzal érvelt, hogy az elnök következetesen semmibe veszi a normákat, ami rávilágított azok fontosságára és bizonytalanságára.⁶¹ Siegel számára ugyanis a "[a] politikai normák és alkotmányos egyezmények jelöltek és választott tisztségviselők általi növekvő figyelmen kívül hagyása" a Trump-korszakban "az egyik jele annak, hogy eltévedtünk, és ha kitaláljuk, hogyan ösztönözhetnénk nagyobb tiszteletüket, az segíthet visszatalálni a helyes útra".⁶² Siegel nemcsak diagnosztizálja jelenlegi bajainkat, hanem orvoslást is előír. Egyik cikkében kidolgozza az "alkotmányos szerepmorált", az etikai elvek egy csoportját.

⁵⁷ *Id.* 1443. Valójában ez az egész szakasz - "A normák instabilitásának néhány normatív következménye" - egyike azon kevés példának a szakirodalomban, ahol a konvencionális összeomlás normatív következményeinek általános szemléletét vizsgálják. Az én projektem itt lényegesen más; engem az érdekel, hogyan válik egy konvenció egyáltalán normatívúvá. Más szóval, hogyan alkotja egy norma az alkotmányos erkölcsünket? *Lásd az alábbi II.A.3. részt.*

⁵⁸ Joseph Fishkin & David E. Pozen, *Asymmetric Constitutional Hardball*, COLUMIA 18. L. REV. 915 (2018).

2021. március 3-i

tervezet

⁵⁹ *Id.* 980.

⁶⁰ *Id.* n980.261.

⁶¹ Neil S. Siegel, *Political Norms, Constitutional Conventions, and President Donald Trump*, 93 IND. L.J. 177 (2018); Neil S. Siegel, *After the Trump Era: A Constitutional Role Morality for Presidents and Members of Congress*, 107 GEO. L.J. 109 (2018).

⁶² *Id.* 179.

2021. március 3-i
tervezet

a választott tisztségviselők magatartásának irányítására és korlátozására. Ezek az elvek különböző forrásokból merítenek; Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Edmund Burke, James Madison és Robert Post mind az alkotmányos demokrácia ügyét szolgálják.⁶³ Siegel számára mind e különböző szerzők munkássága, mind maga az alkotmány bizonyos elveket testesít meg: "a demokrácia mint kollektív önkormányzás" és a "jól működő szövetségi kormányzatra" való törekvés.⁶⁴

Más riogatók osztják Siegel diagnózisát, de globálisabb szemléletet képviselnek. Steven Levitsky és Daniel Ziblatt összehasonlító politológusok a legprovokatívabb beszámolót nyújtják a *How Democracies Die*. Levitsky és Ziblatt a huszadik századi Latin-Amerikából és Nyugat-Európából (saját szakterületükről) származó esettanulmányokra támaszkodva arra a következtetésre jut, hogy az amerikai demokrácia "a demokratikus normák eróziója" miatt van veszélyben.⁶⁵ Azt állítják, hogy különösen két norma, a "kölcsonös tolerancia" és az "elnézés" tartotta fenn a demokráciát Amerikában a kezdetek óta, és hogy éppen ezek a normák a leginkább veszélyeztetettek a jelenlegi helyzetben. Becsületükre legyen mondva, hogy ezeket a normákat nem kifejezetten alkotmányosnak mutatják be. Ehelyett azzal érvelnek, hogy ezek a politikai erkölcs alapelvei, és Trump megválasztása felgyorsította hanyatlásukat.⁶⁶ Ahogy hanyatlásuk politikai okokra vezethető vissza, úgy helyreállításuknak is politikai jellegűnek kell lennie, amihez az elit együttműködésére és a nép mozgósítására egyaránt szükség van. Aziz Huq és Tom Ginsburg hasonló riadót fújnak. Miközben a normák erózióját kifejezetten "alkotmányos visszafejlődésként" írják le,⁶⁷ők is az "elitek és a polgárok interszubjektív értelmezésében" és az amerikai "intézményi pluralizmusban" helyezik el e normák újjáélesztését.⁶⁸

A riogatók diagnózisa és előírásai tehát eltérőek. Levitsky és Ziblatt, talán éppen diszciplináris hajlamuk miatt, *politikai* problémát azonosítanak *politikai* megoldásokkal. Siegel vagy Huq és Ginsburg ehelyett a jelenlegi pillanatot *alkotmányos* válságként értelmezik, amely *politikai* elméletet és cselekvést igényel. Ezek a különbségek fontosak. Azt mutatják, hogy nincs következetes módszerünk arra, hogy különbséget tegyünk az alkotmányos normák és a kívánatos politikai gyakorlatok között általában véve. Az egyértelműség hiánya miatt nehéz megmondani, hogy egy adott válság az alkotmányos struktúra repedéseiről vagy csupán politikai felfordulásról és átmenetről árulkodik-e, mivel a hivatkozott bizonyíték - a hagyományos összeomlás - maga is meghatározatlan.

A riogatók ugyanakkor a konvenciókkal kapcsolatban valami sürgető dolgot sugallnak: a konvenciók normativitását. Számukra a normák alakítják azt, hogy az embereknek hogyan kellene viselkedniük, amit számos stratégiai megközelítés figyelmen kívül hagy vagy zárójelbe tesz. Mivel azonban a riogatók annyira aggódnak a jelenlegi válságok megoldásának kialakítása miatt, alig vizsgálják, hogy ezek a gyakorlatok miért és hogyan érdemelnek tiszteletet, és mi köztük van az Alkotmányhoz. A normativitást és az alkotmányosságot feltételezik, de nem magyarázzák meg. Ezek az aggodalmak különböznek attól a kérdéstől, hogy aggasztó-e az egyes normák összeomlása. Az utóbbi kérdés konkrétabb és prezentatívabb, mint az előbbi, és csak aláhúzza egy erőteljesebb általános elmélet szükségességét.

⁶³ Siegel, *Constitutional Role Morality*, 127-137. pont.

⁶⁴ *Id.* 127-144. Az, hogy ezen elvek bármelyike mit is jelent, meglehetősen fejletlen mind az elméletben, mind a gyakorlatban, és Siegel elismeri a végrehajtással kapcsolatos aggályokat. Mindazonáltal hangsúlyozza projektjének sürgősségét, mivel "egy mélyen polarizált országban, ahol a magas tisztséget betöltő politikusok túl gyakran úgy viselkednek, mintha nem jogi korlátok nem léteznének, a közvetlen feladat magának a jövőképeknek a kidolgozása".

2021. március 3-i

tervezet

Id. 170.

⁶⁵ STEVEN LEVITSKY & DANIEL ZIBLATT, *HOW DEMOCRACIES DIE* (2018).

⁶⁶ *Id.* 8.

⁶⁷ Aziz Huq & Tom Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 U.C.L.A. L. REV. 78,96 (2018).

⁶⁸ *Id.* 166-67.

3. Vastag intézményi leírás

A harmadik és egyben utolsó csoport külön áll. A sűrű leírók nem kívánják diagnosztizálni a demokrácia jelenkori válságát, és nem kínálnak általános normaelméletet. Ehelyett egy közös módszert alkalmaznak - az egyes epizódok vagy ágak normáinak közeli tanulmányozását -, amely feltárja azok mindenütt jelenvalóságát. Ezek a tudósok induktív módon járnak el, mivel e műfaj szinte minden darabja bizonyos szereplők viselkedésére összpontosít, hogy nagyobb, előzetes következtetéseket vonjanak le a hatalmi ágak szétválasztásáról vagy az alkotmányról tágabb értelemben. És mivel induktív módon dolgoznak, ez a csoport a három közül a leginkább történelmileg gondolkodó. Azzal, hogy figyelmet fordítanak az időbeli változásokra, érzékeltetik, ha nem is egyenesen kijelentik a normák esetlegességét és önkényességét.

A sűrű leírók mindhárom koordinációs ágat tanulmányozták, vizsgálva mind a bennük lévő szereplőket, mind a köztük lévő kölcsönhatásokat. Az eredmény egy gazdag és széleskörű munka, amely mélyre merül a korábban homályos terepeken, és újból megvizsgálja a jól bejáratos terepet. Több tudós nyitott ablakot például a korábban átláthatatlan Jogtanácsosi Hivatalra (OLC), bemutatva, hogy a végrehajtó hatalom jogászai hogyan értelmezik intézményi szerepüket, és hogyan értelmezik az alkotmányos és törvényi kérdéseket az elnök számára.⁶⁹ Mások az igazságszolgáltatáson belüli és kívüli normákat tanulmányozták, a politikai korlátozástól a joghatóságok megszüntetésén⁷⁰ át a bírói függetlenséget aláátmasztó gyakorlatokig.⁷¹ Legutóbb pedig Daphna Renan írt úttörő munkát a modern elnökséget irányító normákról.⁷²

Grove professzor legutóbbi munkája a bírói függetlenség normáiról jól mutatja e megközelítés jellegzetes erősségeit és korlátait. A szakmaközi konfliktusok fontos epizódjait áttekintve megmutatja, hogy "még akkor is, amikor az alkotmány szövege és szerkezete nem védi egyértelműen a bírói testületet egy bíróságot korlátozó intézkedéstől, egy politikai norma töltötte ki a rést".⁷³ Mindazonáltal figyelmeztet arra, hogy "döntő fontosságú felismerni ezeknek az egyezményeknek a történelmileg esetleges jellegét".⁷⁴ Történeti projektje azt az elképzelést mutatja be, hogy a konvenciók változhatnak. Ha az ő empirikus

⁶⁹ *Lásd pl. Curtis A. Bradley & Trevor W. Morrison, Presidential Power, Historical Practice, and Legal Constraint*, COLUM113. L. REV. 1097 (2013) (a végrehajtó hatalomnak a jogi diskurzus nyilvánossága és a történelmi gyakorlat elismerése által korlátozottnak tekintett nézetének védelme); Trevor W. Morrison, *Stare Decisis in the Office of the Legal Counsel*, 110 COLUM. L. REV. 1448 (2010) (a stare decisis OLC-ben való alkalmazásának katalogizálása és érvelése a stare decisis hatékony, de korlátozott szerepe mellett a végrehajtó hatalom jogértelmezésében); Trevor W. Morrison, *Constitutional Avoidance in the Executive Branch*, 106 COLUM. L. REV. 1189 (2006) (az alkotmánykerülés kánonjának végrehajtó hatalom általi alkalmazását alakító normatív alapok és empirikus körülmények leírása); Cornelia T. Pillard, *The Unfulfilled Promise of the Constitution in Executive Hands*, 103 MICH. L. REV. 676 (2005) (az OLC és a Solicitor General's Office erőteljes értelmező szerepe mellett érvelve a "végrehajtó alkotmányosság" kialakításában, tekintettel a végrehajtó hatalomban betöltött különleges szerepükre); Cornelia T. Pillard & T. Alexander Aleinikoff, *Skeptical Scrutiny of Plenary Power: Executive Branch Decisionmaking in Miller v. Albright*, 1 SUP. CT. REV. 1 (1998) (a bevándorlási jogban a Solicitor General's Office által a polgári jogoknak a bevándorlási jogban való alulértékelésének történetét kritizálva); Daphna Renan, *The Law Presidents Make*, 103 VA. L. REV. 805 (2017) (azzal érvelve, hogy az elnöki ellenőrzés alakítja az OLC jogi kultúráját és gyakorlatát).

⁷⁰ Tara Leigh Grove, *Article III in the Political Branches*, NOTRE90 DAME L. REV. 1835 (2015).

⁷¹ Tara Leigh Grove, *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*, VAND71. L. REV. 465 (2018).

2021. március 3-i

tervezet

⁷² Daphna Renan, *Supra* note *Lásd 10.még* Renan, *Supra* note. 33.

⁷³ Grove, *Supra* 70. lábjegyzet, 490. lábjegyzet. Figyelemre méltó a nyelvi hasonlóság - "kitöltötte a rést" - Azari és Smith nyelvezetével. Azari & Smith, *Supra* 33. lábjegyzet, a következő helyen. 41.

⁷⁴ *Id.*

állítás igaz - hogy a normák esetlegesek -, akkor még mindig meg kell válaszolnunk azt a kérdést, hogy miért esetlegesek? És ha azok, akkor hogyan tartható fenn egy alkotmányos rend e kontingencia mellett?

A cikk további része kiegészíti a sűrű leíró munkát, és választ ad a játékelméleti teoretikusok és a riasztók által egyaránt felvetett és megoldatlanul hagyott elméleti kérdésekre. Olyan fogalmi beszámolót nyújt, amely megmagyarázza a vastag leírók által indexált normák szerkezetét és jellegét. A feltárt elmélet és gyakorlat kéz a kézben jár. Az elmélet megvilágítja a konvencionális változásokat mozgató erőket, az empirikus munka pedig rávilágít a normák mindenütt jelenlétére és fontosságára alkotmányos rendünkben.

B. Egy általános elmélet szükségessége

A jelenlegi megközelítéseknek két jelentős korlátja van. Először is, hiányos elméletet kínálnak a normákról. Másodsor, a normákat ahistorikusan szemlélik, és így a konvencionális változásokra mély aggodalommal tekintenek. Ezek a problémák csipőből adódnak. Ha a rendelkezésünkre álló elméletek nem tudnak teljes képet adni a normák természetéről és funkciójáról, akkor teljesen kiszámítható, hogy amikor a konvenciók változnak, akkor megijedünk. Ez a rész részletesebben vizsgálja ezeket a problémákat; a következő rész foglalkozik velük.

Az első probléma a hiányosság. Tekintsük a stratégiai megközelítések és a riasztók közötti eltérést. Amikor az utóbbiak aggódnak, hogy a normák eróziója a válság jele, az előbbieket a megváltozott ösztönzőkre való hivatkozással válaszolnak. A probléma az, hogy annak leírása, hogy a kontextus hogyan alakítja egy norma életét, nem teszi érthetővé a normák halála miatti aggodalmat. Sőt, ha cinikusan nézzük a dolgot, a normák pusztán a költségek és hasznok szempontjából történő magyarázata naivnak vagy álságosnak tűnik a pusztulásukkal kapcsolatos aggodalom.⁷⁵

A befejezetlenség problémájának egy másik megközelítési módja az, hogy a jelenlegi elméleteket arra kényszerítjük, hogy magyarázzák meg, milyen problémákat oldanak meg a normák. Ez a kérdés különösen nehéz a játékelméleti ihletésű munkák számára, amelyek az instrumentális ész nyelvére támaszkodnak. Adrian Vermeule ennek az érvelésnek a legerősebb változatát hozza, amikor azt állítja, hogy "[a]zoknak mindig van egy koordinációs komponensük". "Ha azt követeljük meg, hogy "a szabálynak oka legyen" - magyarázza Vermeule -, akkor "a jó okokkal kapcsolatos nézeteltérés problémáját feltételezzük, amely eleve szükségessé teszi a szabályalapú koordinációt".⁷⁶ Lényegében a normatív érvekre való összpontosítás legfeljebb járulékos, mivel a norma lényege a viselkedés koordinálása.

De mit is jelentenek pontosan a normák koordinálása? Bár egyes normák valóban megoldják az úgynevezett koordinációs problémákat,⁷⁷ a számunkra érdekes normák közül sok esetben nehéz azonosítani a vonatkozó problémát.

⁷⁵ Az itt megfogalmazott kritikám párhuzamba áll Bernard Williams kritikájával az evolúciós pszichológusokkal és az etika láthatatlan kézzel kapcsolatos magyarázataival szemben. Egyszerűen fogalmazva, a funkcionális

2021. március 3-i

tervezet

magyarázatok, amelyek az erkölcsöt a faj túlélési mechanizmusaként magyarázzák, két fő szempontból korlátozottak: nem tudják megmagyarázni a sok különböző erkölcsi szabály fennmaradását, amelyek látszólag semmilyen kapcsolatban nincsenek a túléléssel, és nem tudnak számot adni arról, hogy maguk az emberek hogyan értelmezik az általuk követett normákat. BERNARD WILLIAMS, TRUTH AND TRUTHFULNESS 27-35 (2004).

⁷⁶ Vermeule, *Supra* note at 11,289.

⁷⁷ A cikk későbbi részében egy olyan egyezményt - a kék cédulákat - tárgyalom, amely valószínűleg megoldotta a koordinációs problémákat, legalábbis a kezdetekben.

vagy játék. Vegyük például a bírósági pakolás elleni normát.⁷⁸ Amikor Franklin Delano Rooseveltnél elnök a Bíróság drasztikus kibővítését javasolta, az ebből fakadó vitának semmi köze nem volt a játékhoz. Ehelyett a kritikusok azzal vádolták, hogy magát az alkotmányt támadja, annak ellenére, hogy szilárd jogi alapokon állt. Ráadásul a leszámolásról és annak tanulságairól szóló történelmi emlékezetünk kifejezetten normatív. Az epizódot az elnöki "túlhatalom" példájaként tanítják,⁷⁹ és olyan pillanatként, amely veszélyeztette, de végül megerősítette a bírói függetlenséget.⁸⁰ Vagy vegyük például a Merrick Garland bírósági kinevezése körüli csatát. Mitch McConnell fellépése országos vitát váltott ki a megerősítési eljárás szerepéről és természetéről.⁸¹

Ezek a példák azért fontosak, mert rávilágítanak minden olyan megközelítés korlátaira, amely a normák középpontjába az ösztönzőket és a stratégiát helyezi. Amikor a normák kiépítése vagy lebontása zajlik, a szereplők az alkotmányos értékekre hivatkoznak. Ezek az értékek az alkotmányszöveghez való közelségükben változhatnak, a kinevezési záradék⁸² jelentésével kapcsolatos nézeteltérésektől kezdve az olyan strukturális fogalmakig, mint a bírói függetlenség, de felismerhetően alkotmányosak maradnak. Az alkotmányos értékek szerepét nem magyarázó beszámolók azt kockáztatják, hogy a normákról folytatott vitákat kabuki színházzá degradálják. A szereplők érveiket alkotmányos nyelvezetbe foglalhatják, de elsősorban a párt⁸³ vagy az ágazat politikai haszna motiválja őket. Ezzel szemben ez a cikk komolyan veszi a szereplők normatív álláspontját. Ugyanakkor elismerhetjük, hogy a "rosszhiszemű"⁸⁴ intézkedések politikai szempontból kevésbé valószínű, hogy sikeresek lesznek, és hogy a gyakorlatról folytatott normatív vita redukálhatatlanul normatív. Olyan elméletre van szükségünk, amely összekapcsolja a normák szerkezetét az emberek által védelmükben megfogalmazott állításokkal.

A második probléma a jelenlegi munkában az, hogy a változáshoz való hozzáállást nem lehet szem előtt tartani. A történelem, illetve annak hiánya elméleti és empirikus problémákat vet fel a jelenlegi megközelítések számára. Elméleti szempontból különösen kemény kérdéseket tehetünk fel a demokratikus riogatóknak. Vajon a normák változásának ténye az, ami miatt aggódnunk kellene? Vagy egy adott norma összeomlása miatt kellene aggódnunk? Ha az előbbi, akkor magyarázatra van szükségünk arra, hogy a konvencionális változás miért rossz dolog, vagy legalábbis valamilyen módon deviáns. Ha az utóbbi, akkor szükségünk van mind a szóban forgó konkrét norma konkrét védelmére, mind pedig arra, hogy miért rosszabb a konvenció utóhatása, mint a status quo. Legalábbis nem lesz elég egy általános kijelentés, miszerint a normaerózió vagy idegen, vagy ellenséges a demokráciával szemben.

A probléma gyakorlati jellegű is. Amint láttuk, az olyan tudósok, mint Siegel, Levitsky és Ziblatt élesen jelenlevők. Amennyiben az alkotmányos pánikkeltők a történelemhez fordulnak, azt a szerintük sivár jelen szolgálatában teszik.⁸⁵ Bár ez a történelem használatának gyakori módja, nem veszik figyelembe

⁷⁸ A példa egyik fontos csavarja, hogy a bíróságok összepakolása elleni egyezmény a jelek szerint nem volt érvényben az esemény idején. Természetesen az akkori résztvevők a korábbi történelmi gyakorlatra hivatkoztak az egyezmény bizonyítékaként, de ha egy bizonyos X gyakorlat hiánya szükségszerűen azt jelenti, hogy létezik egy egyezmény, *amely tiltja X-et*, akkor ez azzal fenyeget, hogy túlságosan szétfeszíti az egyezmény gondolatát. Ehelyett az elnézés konvencióit gyakran aktívan kovácsolják, nem pedig születnek. *Lásd a IV. rész B-C. részét.*

⁷⁹ Lana Ulrich, *Tracking the Controversy over Judge Garland's Nomination*, NAT'L CONST. CENTER (2016. május 27.), <https://constitutioncenter.org/blog/tracking-the-controversy-over-judge-garlands-nomination>.

⁸⁰ John Yoo & Robert Delahunty, *The Foolish Court-Packing Craze*, Nat'l Rev. (Jul. 201819),

2021. március 3-i

tervezet

<https://www.nationalreview.com/2018/07/court-packing-ideas-threaten-judicial-independence>.

⁸¹ Ulrich, *fenti* megjegyzés 78.

⁸² U.S. Const., art. II, §2, cl. 2.

⁸³ Daryl J. Levinson & Rick H. Pildes, *Separation of Parties, Not Powers*, HARV119. L. REV. 2311 (2006).

⁸⁴ David E. Pozen, *Constitutional Bad Faith*, HARV129. L. REV. 885 (2016).

⁸⁵ Lásd Joshua Chafetz, *Példátlan? Judicial Confirmation Battles and the Search for a Usable Past*, HARV131. L. REV. 96 (2017) (kifejtve az értelmes történelmi analógiák kialakításának kihívásait).

a történelmi kutatás fontos tanulsága - az esetlegesség. Az általuk védett normák megszabadulnak eredetüktől, és alkotmányos rendünk állandó jellemzőivé válnak. És amikor ezek a gyakorlatok erodálódnak, azt mondják nekünk, hogy ez a szélesebb körű hanyatlás tünete.⁸⁶

Az ahistorizmus problémája azonban nem korlátozódik az alkotmányos pánikkeltőkre. A stratégiai megközelítést alkalmazók közül csak Chafetz és Pozen foglalkozott közvetlenül a konvencionális változással.⁸⁷ Vizsgálatuk átgondoltan vázolja fel a normaerózió különböző formáit ("pusztulás" és "bomlás"), és leírja a változás feltételeit.⁸⁸ És joggal bátorítják a jövőbeli normatív és történelmi munkát éppen az ilyen normák "eredendő instabilitása" miatt.⁸⁹ Mindazonáltal még az ő cikkük is nagyrészt funkcionális szempontból magyarázza a változást. Az, hogy az értékek milyen kapcsolatban állhatnak-e és milyen kapcsolatban állhatnak-e a hagyományos változásokkal, továbbra is nyitott kérdés marad.

A normák megértésében mutatkozó hiányosságok nem korlátozódnak az egyetemen belüli tudományos vitákra. A következmények messzebbre nyúlnak. Tudjuk, hogy a történelmi gyakorlat mennyire átható, és van érzékünk arra, hogy mennyire fontosak. Valójában Larry Tribe leírása, miszerint bizonyos szabályok és elvek az Alkotmány "sötét anyagát" képezik, a normákra is érvényes.⁹⁰ A sötét anyaghoz hasonlóan a normák is áthatóak. A következő rész megkezdi a számukra vonatkozó beszámoló kidolgozását.

II. MITŐL LESZ EGY NORMA HAGYOMÁNYOS?

Ez a rész elmagyarázza, hogy mitől lesz egy gyakorlat hagyományos.⁹¹ A legújabb szakirodalom megkerüli ezt a kérdést, és közvetlenül az alkotmányos normák elméletéhez fordul. Ez a rész ezzel szemben komolyan veszi azt a gondolatot, hogy egy alkotmányos norma először is *konvenció*. A konvencionális megértése megteremti az alapot annak magyarázatához, hogy a normák hogyan *alkotmányosak*.

Ez a stratégia azt is segít megmutatni, hogy a normákat miért értékelik a hasznosságukon túlmutató okokból. Ezt a konstitutív konvenció fogalmának bevezetésével teszi: az elveket *konstituáló* gyakorlatok. A jelenlegi munkák vagy azt feltételezik, hogy az alkotmányos normák koordinálják a cselekvést, vagy teljesen figyelmen kívül hagyják konvencionáliságukat. Az előbbi a normativitásukat a koordinációs problémák megoldására redukálja. Az utóbbi elfedi, hogy az alkotmányos normák továbbra is esetlegesek és önkényesek maradnak.

A filozófiát használom e kérdések megközelítéséhez. Míg a tudósok néha más tudományágakból, például a közgazdaságtanból vagy a történelemből merítettek egy adott norma megvitatásához, addig a filozófiát nem használták ki. Ez jelentős mulasztás. A filozófusok már régóta ismerik a konvenciókat⁹² és a

⁸⁶ Jack Balkin, *Constitutional Rot and Constitutional Crisis*, BALKINIZATION (2017. május), <https://balkin.blogspot.com/2017/05/constitutional-rot-and-constitutional.html>.

⁸⁷ Josh Chafetz & David E. Pozen, 17. lábjegyzet. *Lásd még* Oren Tamir, *Constitutional Norm Entrepreneurship*, 80 MD. L. REV. (megjelenés: 2021). Egy hamarosan megjelenő fontos cikkében Tamir kiterjeszti Chafetz és Pozen munkáját a normák változásának különböző módjairól, és saját beszámolót nyújt az ellene való fellépésről. Tamirral a konvenció és a jog közötti analógiát illetően elválnak útjaim a harti modellben. *Lásd az alábbi* III.B. részt.

⁸⁸ *Id.* 1441.

2021. március 3-i

tervezet

⁸⁹ *Id.* 1459.

⁹⁰ LAURENCE H. TRIBE, A LÁTHATATLAN ALKOTMÁNY (382008).

⁹¹ A visszahívási normák konvenciók. Csak azért ragaszkodom a norma kifejezéshez, hogy elkerüljem a zavart, amit az alkotmányos egyezmény kifejezés okozhat.

⁹² David Hume már 1738-ban a tulajdont és az igazságosságot is hagyományos fogalmakkal magyarázta. Megjegyezte, hogy mindkettő "a közös érdek általános érzéséből ered, amelyet a társadalom minden tagja kifejez egymás felé, és amely arra készíti őket, hogy viselkedésüket bizonyos szabályok szerint szabályozzák. . . És ezt méltán nevezhetjük

tisztázták fogalmi struktúrájukat. Míg ez a jogtudomány más területein talán nem számít - nem kell minden alkalommal, amikor a tizennegyedik módosításról beszélünk, újra felidézni Hartot a jog természetéről -, a fogalmi tisztánlátás hiánya a normák esetében problémát jelent. A normák filozófiai kezelése megoldja ezt a problémát. Ha megértjük egy egyezmény alapvető szerkezetét, könnyebben meg tudjuk magyarázni a normák látszólag zavaros vagy megmagyarázhatatlan aspektusait.

Ez a rész öt részből áll. Először a koordinációs konvenciókat - a cselekvés összehangolását segítő gyakorlatokat - és azok elemzési korlátait tárgyalja. Ezután bemutatja a konstitutív konvenció gondolatát, vagyis az elvek *konstituálás*át segítő gyakorlatokat. Ezután azt vizsgálja meg, hogy a konstitutív konvenciók hogyan lehetnek *normatívak* a pusztán hasznosságánál sűrűbb módon. Negyedszer megmutatja, hogy a konvenciók hogyan *kontingensek*. Azzal zárul, hogy elmagyarázza, hogyan *önkéntesek* a konvenciók.

A. Koordináció

Az első dolog, amit a konvenciók tesznek, a viselkedés *összehangolása*. Ez a funkció olyannyira uralja a róluk alkotott képünket, hogy David Lewis alapműve, a *Convention (Konvenciók)* teljes egészében ennek a funkciónak van szentelve.⁹³ Szerinte a konvenciók kizárólag koordinációs játékokat oldanak meg. Ez utóbbiak "két vagy több ágens egymástól függő döntési helyzetei, amelyekben az érdekek egybeesése dominál, és amelyekben két vagy több megfelelő koordinációs egyensúly létezik".⁹⁴ Egyszerűbben fogalmazva, a koordinációs problémák akkor merülnek fel, amikor a szereplőknek közös érdekük, hogy azonos módon cselekedjenek. Ez a meghatározás szándékosan tág. Ugyanolyan jól leírja az olyan hétköznapi helyzeteket, mint például egy pár döntése arról, hogyan töltsön el egy estét⁹⁵, vagy hogyan evezzenek egy kétszemélyes csónakban⁹⁶, mint az olyan összetettebb társadalmi problémákat, mint például a közös valuta vagy nyelv kiválasztása.

A koordinációs egyezmények megoldják ezeket a játékokat, és lehetővé teszik az együttműködést. Ezek "koordinációs egyensúlyok" - nem kimerítő megoldások olyan helyzetekre, ahol a felek jobban profitálnak az együttműködésből, mint az egymás elleni együttműködésből. A klasszikus példa az út jobb oldalán való vezetés egyezménye. A bal oldalon való vezetés, amennyiben mindenki ezt teszi, ugyanolyan jól működne. A konvenciók tehát olyan problémákat oldanak meg, amelyek többféle megoldást tesznek lehetővé. És nem is kell minden megoldásnak

egyezmény vagy megállapodás közöttünk, bár ígéret közbeiktatása nélkül. DAVID HUME, A TREATISE OF AZ EMBERI TERMÉSZET 314-15 (1738).

⁹³ A KONVENCIO a filozófia ur-szövege. A nyelvfilozófia egy rendkívül technikai jellegű vitájába való beavatkozásként indult. A központi kérdés az volt, hogy maga a nyelv konvencionális-e. Válaszul W. V. Quine filozófus híres naturalista magyarázatot adott. Quine érvei megalapozták Lewis monográfiáját, amely elutasította Quine megközelítését, és a nyelv konvencionalista felfogását terjesztette elő. Lewis érvelése először definiálja a konvenciókat, majd megmagyarázza, hogy a nyelv hogyan működik a konvenciók egyik típusaként. Én csak Lewis érvelésének első felére koncentrálok, amely a definícióját tartalmazza. W. V. Quine, *Előszó* DAVID LEWIS, CONVENTION xi (1969). *Lásd még* THOMAS SCHELLING, THE STRATEGY OF CONFLICT (1960) (a fókuszpontok klasszikus ismertetése, amelyből Lewis merített); DAVID SINGH GREWAL, NETWORK POWER: THE SOCIAL

2021. március 3-i

tervezet

DYNAMICS OF GLOBALIZATION 59-62 (2008) (a GLOBALIZÁCIÓ TÁRSADALMI DYNAMIKÁJA 59-62 (2008) (a

Schellingre és Lewisra, hogy megmagyarázza a globalizáció differencia-gyakorlatainak konvencionális voltát).

⁹⁴ DAVID LEWIS, KONVENCIÓ (241969).

⁹⁵ Ez a kanonikus "Battle of the Sexes" koordinációs játékra utal, amelyben két játékos (egy pár) próbálja eldönteni, hogyan töltsön el egy estét. Bár mindkét partner más-más tevékenységet részesít előnyben, mindketten inkább együtt töltik az időt, mint külön-külön. R. Cooper, D.V. DeJong, R. Forsythe & T.W. Rust, *Communication in the Battle of the Sexes Game: Néhány kísérleti eredmény*. 20 RAND J. ECON. 568 (1989).

⁹⁶ HUME, *Supra* note at 91,490.

egyformán hatékonyak kell lennie ahhoz, hogy egyezmény legyen; ehelyett az egyensúlynak "csak annyira kell elég jónak lennie, hogy mindenki kész legyen a maga részét tenni, ha a többiek is megteszik".⁹⁷

A koordinációs egyezmény általános definíciója két részből áll: egyrészt annak leírásából, hogy mit csinálnak, másrészt pedig abból, hogy milyen feltételek mellett jönnek létre. Eszerint a konvenció egy olyan közösség tagjainak rendszeres viselkedése, akik között köztudott, hogy egy bizonyos típusú, visszatérő helyzetben az emberek általában követik a konvenciót.⁹⁸ Továbbá egy konvenció *azért* marad fenn, *mert* az emberek elvárják egymástól, hogy kövessék. Ha ez az elvárás megszűnne, vagy az emberek más gyakorlatot követnének, a konvenció nem létezne tovább.

E négy feltétel - preferenciák, kölcsönös elvárások, viselkedési szabályszerűségek és közös tudás - mindegyike szükséges a konvenció létezéséhez. Először is, az ágenseknek preferenciákkal kell rendelkezniük. Ez az a vitathatatlan elképzelés, hogy a koordinációs problémával szembesülő ágensek bizonyos kimeneteket jobbnak tartanak másoknál. Másodsor, a konvenciók megkövetelik, hogy az ágensek kölcsönösen osztozzanak a viselkedésükkel kapcsolatos elvárásokban. Csak ha egy szereplő kellően biztos abban, hogy mások egy bizonyos módon fognak viselkedni, akkor fogja a saját viselkedését is igazítani. Míg egy stilizált gazdasági modell pontosan meg tudja határozni, hogy az ágenseknek milyen szintű bizalomra van szükségük ahhoz, hogy egy egyezményt alakítsanak ki, a valós világ koordinációs problémái gyakran túl összetettek ahhoz, hogy konkrét küszöbértékeket adjanak meg. Ehelyett az egyezményhez szükséges bizonyosság szintje az ágensek előtt álló helyzet típusától függően változik.

A viselkedés rendszeressége és a közös tudás - a harmadik és negyedik feltétel - a precedens gondolatával magyarázható.⁹⁹ Amikor az ágensek precedens útján jutnak el egy egyezményhez, akkor arra a közös tudatosságukra támaszkodnak, hogy az összehangolt viselkedés egy korábbi formája elérte a kívánt eredményt. Ebből a közös tudatosságból kiindulva a jövőben hasonló helyzettel szembesülő ágensek hasonlóan viselkednek, ha a tudás kellően elterjedt.¹⁰⁰ A harmadik és a negyedik feltétel együttesen a következőket tanítja nekünk: kellően hosszú időn keresztül az ágensek megfigyelik a szabályszerűségeket.

⁹⁷ LEWIS, *Supra* note at 93,50.

⁹⁸ *Id.* at Lewis78. hivatalos meghatározása a következő:

Egy P populáció tagjainak viselkedésében egy R szabályszerűség, amikor az S ismétlődő szituációban szereplő ágensek, akkor és csak akkor *konvenció*, ha igaz, és P -ben közismert, hogy a P tagjai között az S szinte bármelyik esetére érvényes,

szinte mindenki megfelel az R -nek;

szinte mindenki elvárja, hogy mindenki más is megfeleljen az R -nek;

majdnem mindenkinek megközelítőleg ugyanazok a preferenciái a cselekvések összes lehetséges kombinációját illetően;

majdnem mindenki azt részesíti előnyben, hogy bárki más megfeleljen az R -nek, azzal a feltétellel, hogy majdnem mindenki megfeleljen az R -nek;

majdnem mindenki jobban szeretné, ha még egyvalaki megfelelné R -nek, azzal a feltétellel, hogy

majdnem mindenki megfeleljen R -nek; és

ahol R' a P tagjainak viselkedésében az S -en belüli viselkedés valamilyen lehetséges szabályossága, olyannyira, hogy a P tagjai közül szinte senki sem felelhet meg az S szinte bármelyik példányában

2021. március 3-i
tervezet

az R' és az R szabályosságnak.

⁹⁹ A precedens itt egy korábbi, megfigyelt viselkedési mintát jelent. Ez eltér a szó jogi jelentésétől.

¹⁰⁰ *Id.* at 41 ("[A precedens általi koordináció a] koordináció elérése a koordináció elérését szabályozó szabályszerűséggel való közös megismerés révén a múltbeli ügyek egy olyan csoportjában, amelyek bizonyos feltűnő analógiát mutatnak egymással és a mi jelenlegi koordinációs problémánkkal. E szabályszerűséggel való ismeretségünk néhány, nem feltétlenül mindenki számára azonos esettel kapcsolatos tapasztalatunkból származik... Általános, időben nem korlátozott meggyőződésre teszünk szert arról, hogy egy bizonyos populáció tagjai egy bizonyos fajta visszatérő koordinációs problémában a koordináció érdekében megfelelnek egy bizonyos szabályszerűségnek").").

2021. március 3-i
tervezet

viselkedés, amely hasonló jövőbeli helyzetekben engedélyezi az analóg gondolkodást, és a közösségben a "közös tudás" részévé válik, hogy Y típusú helyzetekben X-et tesz. ¹⁰¹

A jogtudomány, akárcsak az I. részben tárgyalt játékelméleti megközelítések, nagy figyelmet fordít a koordinációs konvenciókra, és ez így van rendjén. A koordináció létfontosságú a társadalmi rendezéshez, beleértve a jogot is. A társadalmi élet tele van olyan problémákkal, amelyek "elég jó", ha nem is tökéletes megoldásokat igényelnek. Ezekben a helyzetekben fontosabb, hogy mindenki megegyezzen egy megoldásban, mint az, hogy a megoldás minden szempontból optimális legyen. ¹⁰²

A koordináció azonban minden magyarázó értéke ellenére sem meríti ki a konvenciókkal kapcsolatos ismereteinket. Még mindig nincs magyarázatunk arra, hogy az értékek hogyan kapcsolódnak a konvenciókhoz. Lewis is elismeri ezt: "A konvencióra adott definícióm nem tartalmazott normatív kifejezéseket "[C]onvenció maga, az én elemzésem szerint, nem normatív fogalom [C]onvenciók *lehetnek* a normák egy fajtája: olyan szabályszerűségek, amelyekhez szerintünk igazodni kellene". ¹⁰³ E nézet szerint egy konvenció azért maradhat fenn, mert az emberek úgy gondolják, hogy *be kellene* tartaniuk, de ez a normativitásának a mértéke.

Ahogy ez a nézet az alkotmányos területen hiányos, úgy általános szinten is hiányos. ¹⁰⁴ A társadalmi élet tele van olyan gyakorlatokkal, amelyeket az általuk nyújtott kényelmi szempontokon túl értelmetlennek találunk. Miközben lehet, hogy nem érdekel bennünket, hogy az út melyik oldalán vezetünk, értéket tulajdonítunk a hagyományos gyakorlatoknak olyan területeken, mint a művészet és az etikett. És különösen az alkotmányelmélet esetében egy általános elméletnek értelmet kell adnia annak a jellegzetes riadalomnak, amelyet a normaerőzítő kivált. Ez különösen fontos, mivel kevés alkotmányos norma hasonlít a koordinációs játék megoldására; a közigazgatási bíráskodásba való be nem avatkozás a végrehajtó hatalom részéről nem ugyanolyan típusú szabály, mint az út jobb oldalán való közlekedés. Ezek a gyakorlatok gyakran különböznek attól, hogy megválasszuk, az út melyik oldalán vezetünk. Szerencsére Marmor munkája segít kitölteni számlánk másik felét.

B. Alkotmány

¹⁰¹ *Id.* 57. o. ("A precedensek is alapját képezik annak a közös tudásnak, hogy mindenki megteszi a maga részét a koordinációs egyensúlyból; és különösen a konvenciónak való korábbi megfelelés alapját képezi annak a közös tudásnak, hogy az ember hajlamos továbbra is megfelelni.").

¹⁰² Valójában a káros konvenciók a megfelelésfüggőség miatt akkor is fennmaradhatnak, ha az emberek úgy gondolják, hogy egy másik gyakorlat jobb lenne. Leonardo Bursztyn et al., *Misperceived Social Norms: Women Working Outside the Home in Saudi Arabia*, AM. ECON REV. (megjelenés 2020) (kísérleti és felmérési adatokkal szolgál, amelyek azt mutatják, hogy a nők szaúdi munkaerőpiacon való részvétele azért korlátozott, mert férjeik tévesen úgy vélik, hogy a többi férfi helyteleníti a nők házon kívüli munkáját).

¹⁰³ Lewis, 93. lábjegyzet, a 97.

¹⁰⁴ Lewis elmélete különböző reakciókat váltott ki filozófiai körökben. Margaret Gilbert például támadta Lewis elméletének minimalizmusát, és helyette egy alternatív konvencióelméletet terjesztett elő, amely nagymértékben merített a huszadik század eleji szociológiából. Gilbert sokkal nagyobb szerepet képzelt el a konvencióknak: ezek voltak azok az eszközök, amelyek révén az egyes ágensek "kollektivitást alkotnak[]". MARGARET GILBERT, ON SOCIAL FACT 315-367 (1989). Gilbert valóban a csoportos cselekvés természetét igyekezett összekapcsolni a konvenciók fogalmával. Sem Lewis, sem Marmor nézetei nem köteleznek bennünket arra, hogy állást foglaljunk az ügynöki tevékenység és a konvenciók közötti kapcsolatáról. Munkájuk és annak alkotmányos kontextusra való alkalmazása csupán feltételezi, hogy a konvenciók közösek és fontosak. Ez utóbbi előfeltevést implicit vagy explicit

2021. március 3-i

tervezet

módon mindenki osztja, aki a témában ír. A mi céljainkhoz - az alkotmányos konvenciók megértéséhez - nincs szükségünk valami olyan ambiciózusra, mint Gilbert nézete, mivel az jelentős saját teherrel jár. Michael Rosen, *Gilbert, Margaret: Social Facts*, 99 MIND 309 (1990) (kritizálja Gilbertet, amiért nem magyarázza meg, hogy a csoportokon belül az egyének hogyan értelmezhetik egymás viselkedését normatív jelentőségűnek és ezért a csoport "kultúráját" alkotónak).

Az egyezmények nem csak a viselkedést koordinálják, hanem az elvek gyakorlatba ültetését is *jelentik*. Ezek a funkciók nem zárják ki egymást.¹⁰⁵ Elképzelhető, hogy egy egyezmény mindkettőre képes. A mi céljaink szempontjából azonban különösen fontos az elvek gyakorlatba való átültetése. Andrei Marmor Lewisra reagálva fejti ki ezt a gondolatot.¹⁰⁶ Az ő elmélete jobban nyomon követi, hogy a konvenciók mit tesznek a mindennapi életben, és hogyan értelmezik őket az emberek. És, ráirányítja figyelmünket a konvenciók alkotmányelmélet szempontjából kiemelkedő jellemzőire.

Az alkotmány szorosan kapcsolódik a normativitáshoz. A konstitutív konvenciók olyan gyakorlatok, amelyekről felismerjük, hogy követnünk *kell őket*. A lényeges kérdés itt az, hogy honnan származik ez a "*kellene*". Mit tesz egy konvenció az együttműködés lehetővé tételén túl, ami tiszteletet parancsol nekünk?

Az Alkotmány a gyakorlatok és a mögöttes értékek közötti kapcsolat kiemelésével válaszol erre a kérdésre. A konstitutív konvenciók a konstitutív szabály egy fajtája: olyan¹⁰⁷ szabályok, amelyek egy bizonyos fajta tevékenységet vagy társadalmi gyakorlatot alkotnak. A konstitutív szabályok mindenütt jelen vannak: a sakk szabályai, egy görög tragédia szerkezete vagy egy írott alkotmány paragrafusai.¹⁰⁸ Mindazonáltal mind ugyanazt a szerepet játsszák: egy bizonyos típusú gyakorlatot hoznak létre és tesznek érthetővé. Ezt úgy teszik, hogy összekapcsolnak egy mögöttes elvet és egy megfelelő gyakorlatot. Vegyük például az etikett vagy udvariasság fogalmát. Ha valakinek azt mondjuk, hogy legyen udvarias, az önmagában homályos és haszontalan. Ehelyett vannak olyan gyakorlatok, amelyek megtestesítik a másik személy iránti tisztelet gondolatát. Ezek alkotják az etikett konvencióit. Ezek a gyakorlatok gyakran jelentősen eltérnek egymástól. Az egyik kultúrában az etikett megkövetelheti, hogy levegyük a cipőnket, mielőtt belépünk egy házba, míg egy másikban a lábbeli levétele udvariatlanságnak és zavarba ejtőnek tűnhet. Mindkét kontextusban azonban a konvenció szerkezete ugyanaz marad: a konvenció alkotja a mögöttes értéket.

¹⁰⁵ Lásd az alábbi IV.A. részt.

¹⁰⁶ Marmor valóban egy lényegében Lewis-féle definícióval kezdi: a konvenció olyan társadalmi szabály, amelyet az ágensek egy adott körülmények között, egy adott okokból követnek, és van legalább egy alternatív szabály, amelyet ugyanabban a helyzetben, ugyanezen okokból követhetnének. Formálisabban:

Egy R szabály akkor és csak akkor hagyományos, ha a következő feltételek mindegyike teljesül:

Van egy embercsoport, a P populáció, amely C körülmények között általában R-t követi.

Van egy ok, vagy okok kombinációja, nevezzük A-nak, amiért P tagjai C körülmények között követik R-t.

Van legalább egy másik lehetséges szabály, az S, amelyet ha a P tagjai a C körülmények között ténylegesen követtek volna, akkor A-nak elegendő oka lenne arra, hogy a P tagjai a C körülmények között R helyett S-t kövessék, és legalábbis részben azért, mert az S az a szabály, amelyet általában követnek R helyett. Az R és az S olyan szabályok, hogy a C körülmények között lehetetlen (vagy értelmetlen) mindkettőt egyidejűleg betartani.

ANDREI MARMOR, TÁRSADALMI KONVENCÍÓK: (2009)2.

¹⁰⁷ John Searle filozófus volt az első kortárs filozófus, aki a SPEECH ACTS (1969) című könyvében használta a konstitutív szabály fogalmát. Lásd még John Searle, *Constitutive Rules*, 4 ARGUMENTA 51 (2018) ("A konstitutív szabályok a valóság új formáit hozzák létre, új hatalmakkal, jellemzően nyelvet igényelnek, és az emberi civilizáció alapját képezik.")

¹⁰⁸ Stephen Holmes fontos megjegyezte, hogy az alkotmányok maguk is a demokrácia alkotó szabályai. Az alkotmányosság uralkodó elméleteivel szemben, amelyek ezeket a dokumentumokat pusztán a cselekvés korlátozásának tekintik, Holmes amellet érvel, hogy az alkotmányok lehetővé tevő eszközök. STEPHEN HOLMES, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, in: *A demokrácia paradoxona*.

2021. március 3-i

tervezet

= SZENVEDÉLYEK ÉS KÉNYSZER 134 (1995). Az a gondolat, hogy a jog lehetővé teszi a szabadságot, és nem pusztán korlátozza azt, régi és jeles gondolat. JOHN LOCKE, *The Second Treatise of Government* § 57, in TWO TREATISES OF GOVERNMENT (265, Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press 1988) ("[T]hat ill megérdemli a korlátozás nevet, amely csak a mocsaraktól és a szakadékoktól véd minket.").

Fontos tisztázni, hogy mit jelent az "alkotó" kifejezés. Ez nem azt az erős ontológiai állítást jelenti, hogy ezek a szabályok "létrehoznak" bizonyos cselekvéseket vagy viselkedést. Táncolhatunk keringőt anélkül, hogy tudnánk róla. Inkább a konstitutív szabályok hozzák létre a "szóban forgó cselekvés sajátos társadalmi jelentését vagy jelentőségét".¹⁰⁹ Más szóval, ha nincs meg a keringő társadalmi konvenciója, akkor a táncunkat nem lehet *keringőként* értelmezni. A konstitutív szabályok tehát a társadalmi viselkedésformákat teszik értelmessé. Ezek a szabályok sem csak elszigetelten léteznek. A legtöbb társadalmi tevékenység sok különböző konstitutív szabályból áll, amelyek együttesen alkotják "a szabályvezérelt tevékenység struktúráját".¹¹⁰ Ez, mint látni fogjuk, fontos az alkotmányos rendben, ahol a különféle konvenciók együttesen irányítják és korlátozzák a viselkedést. Az alkotmányos konvenciókat követő szereplők alkotmányos szempontból értelmezik és védik meg cselekedeteiket.

Az alkotmányos egyezmények különböznek az intézményi szabályoktól, és ez a különbségtétel nagyon fontos az alkotmányos egyezmények esetében. Az előbbiek közé tartoznak "a strukturált hagyományos játékok (mint a sakk, a tenisz, a foci), a művészeti formák, az etikett gyakorlatai, a társadalmi szertartások és rituálék", míg az utóbbiak közé "a jogi intézmények (mint a törvényhozás, a bíróságok, a közigazgatási szervek), a kvázi-jogi intézmények (mint a politikai pártok, a sportligák) és a vallási intézmények (mint az egyház)".¹¹¹ Mindkettő értelmes társadalmi tevékenységet jelent, de erejüket tekintve eltérnek egymástól.

A kettő közötti határvonal porózus. Az egyezmények helyébe, ha az illetékes intézmények elismerik őket, intézményi gyakorlatok lépnek.¹¹² Amikor ez megtörténik, az egyezmény elveszíti jellegzetes informalitását (és rugalmasságát), és tekintélyelvű szabállyá alakul át. Példaként tekintsük a Bíróság *NLRB kontra Noel Canning* ügyben hozott döntését.¹¹³ Ebben a Bíróság, miután felmérte a korábbi elnökök gyakorlatát, úgy döntött, hogy a Recess Appointments Clause mind az ülésszakok közötti, mind az ülésszakon belüli kinevezéseket magában foglalja. A határozat az intézményi kodifikáció példája. Egy jogintézmény, a Legfelsőbb Bíróság, amely jognyilatkozatot tehet, a korábbi gyakorlatot döntő szabállyá alakítja.¹¹⁴ Ezt a szabályt aztán az illetékes hatóságok: a jogalkalmazók és a bíróságok érvényesítik. Egy egyezmény így válik jogszabállyá.

Az intézményi szabályokkal ellentétben a konvenciók informálisak. Hiányzik belőlük az intézményi szabályok pedigereje, ezért gyengébb, bizonytalanabb tekintélyt követelnek maguknak. Még ha a konvenciók széleskörű engedelmisséget és tiszteletet is követelnek, nem tudunk rámutatni egy konkrét hatalmi vagy eljárási helyre, amely egy konvenciót kötelezővé tesz.¹¹⁵ Az alkotmánypolitikában az egyezmények és az intézményi szabályok közötti különbség nagyjából megegyezik az egyezmények és a jog közötti különbséggel. Alkotmányos rendünkben a konstitutív szabályok konvenciókra és törvényekre oszlanak, az utóbbiakat a

¹⁰⁹ Marmor, *Supra* note at 105,34.

¹¹⁰ *Id.* 35.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.* at (35"[S]omet conventional practices are replaced by institutional codification and thus they may become institutional practices").

¹¹³ 573 USA (5132014).

¹¹⁴ *Id.* 50-51. o. A szokásjog elméletében is központi helyet foglal el az egyezmény joggá való átalakulása. Oliver Wendell Holmes éppen ezt az érvet hozta fel a szerződési jog történetének elbeszélésekor a *The Common Law* című művében. OLIVER WENDELL HOLMES, *THE COMMON LAW* 223-260 (Harvard Univ. Press 2009) (1881).

2021. március 3-i

tervezet

Köszönöm Lev Menandnak ezt az észrevételt.

¹¹⁵ Ez a tény természetesen összhangban van a konvenciók egyik legfontosabb jellemzőjével: a megfelelésfüggőséggel, amelyet az önkényesség későbbi tárgyalása során veszek sorra. Az egyetlen alkotmánytudós, aki Marmor munkáját idézi, Keith Whittington, és csak a megfelelésfüggőség gondolata miatt. Keith Whittington, *supra* note at 91865.

tipikus szereplők (bíróóságok, jogalkotók, ügynökségek) a tipikus módon (bíróági határozatok, jogszabályok, rendeletek).

Tekintettel arra, hogy a konstitutív konvenciók mennyire gyakoriak, és milyen központi szerepet játszanak a társadalmi életben, könnyen elveszíthetjük a fonalat, hogy "mitől konvencionálisak egyáltalán az ilyen szabályok".¹¹⁶ A koordináló és a konstitutív konvenciók tevékenysége közötti hatalmas különbség miatt nehéz észrevenni, mi a közös bennük. Pedig a konvenciókat, funkciójuktól függetlenül, egy közös tulajdonság köti össze: a "megfelelésfüggőség".¹¹⁷ Egy konvenció azért megfelelésfüggő, mert többek között azért követjük, mert mások is követik.¹¹⁸ Vegyünk ismét egy példát egy koordináló konvencióra: az út jobb oldalán való közlekedés. Ebben az esetben egy másik szabály - a bal oldalon való közlekedés - ugyanúgy megoldhatná a koordinációs problémát. Azért vezetünk a jobb oldalon, mert mindenki más is ezt teszi. Egy tiszta koordinációs egyezmény értéke tehát teljes mértékben az általa megoldott problémához kapcsolódik. Ugyanez csak részben érvényes a konstitutív konvenciókra, ha kevésbé nyilvánvalóan is. Számos oka lehet annak, hogy miért követünk egy illemszabályt, de az egyik fő ok az, hogy a szabályt mások is követik.

A megfelelés-függőség a konvenciók önkényességének megértéséhez is fontos, mivel megmagyarázza a szabály és a szabály követésének okai közötti kapcsolat természetét. Erre rövidesen rátérek. Most azonban elég annyit megjegyezni, hogy a megfelelésfüggőség világossá teszi, miért van az, hogy egy szabály miatt érvényesül más kielégítő szabályokkal szemben. A sikeres szabály egyszerűen elegendő támogatást élvez ahhoz, hogy önfenntartóvá váljon.

Végül, a konstitutív konvenció fogalma számos fontos megfigyelést hordoz magában azzal kapcsolatban, hogy hogyan alakulnak ki a konvenciók, és hogyan rugalmasak az idők során. Először is, az emberek nem mindig gyakorolnak egyenlő befolyást a konvenciók kialakulására. Egyes szereplők társadalmi helyzetüknél fogva jobb helyzetben vannak a konvenciók kialakításában és alakításában. Vegyük a jogot: "Azok a konvenciók, amelyek meghatározzák, hogy mi számít jognak az adott jogrendszerben, elsősorban a bírák konvenciói, különösen a felsőbb bíróságokon [Más jogi tisztviselők is különböző szerepet játszhatnak az ilyen konvenciók tartalmának meghatározásában]."¹¹⁹ Ezek a más szereplők közé tartoznak az ügynökségek, a rendőrök és hasonlók, és együttesen "munkamegosztásra" utalnak a konvenciók kialakításában. Ily módon a konstitutív konvenciók, akárcsak a koordinációs konvenciók, mindkettő különböző, néha hasonló helyzetben lévő, de gyakran nem hasonló helyzetben lévő szereplők kölcsönhatásából jön létre.

A "munkamegosztás" e felfogása az alkotmányos kontextusban is jól alkalmazható. Az alkotmányos egyezmények megalkotásáért felelős szereplők széles köre van. Ez nemcsak a nyilvánvaló szereplőkre - a Legfelsőbb Bíróságra, az elnökre és a Kongresszusra - terjed ki, hanem az egyes ágakon belüli és kívüli egyéb szereplőkre is. Ezek az OLC-től és a sajtótól kezdve a nagyhatalmú

¹¹⁶ *Id.* 41.

¹¹⁷ Marmor, *Supra* 105. lábjegyzet, 11-12. o.

¹¹⁸ A megfelelési függőség formális definíciója a következő:

Az R szabály követésének oka akkor és csak akkor függ a betartástól, ha egy P populáció számára a C körülmények között van egy olyan ok az R követésére, amely egyben egy másik, legalább egy alternatív szabály, az S követésének oka is, és az S helyett az R követésének oka (a C körülmények között) részben

2021. március 3-i

tervezet

abban áll, hogy az R az a szabály, amelyet a P legtöbb tagja ténylegesen követ a C körülmények között. Más szóval, van egy ok az R követésére, ha az R-t általában betartják, és ugyanez az ok egy alternatív szabály követésének oka, ha ez az alternatíva az általánosan betartott szabály. *Id.*

¹¹⁹ *Id.* 47.

intézmények, mint például a jogi egyetemek, és azok tanszékei.¹²⁰ Valójában a közelmúltban született számos tanulmány úgy is felfogható, mint a jogtudósok aktív kísérlete a normák erejének és jelentésének befolyásolására. Az alkotmányos normák kiemelésével és védelmezésével egyes tudósok - változó sikerrel - megpróbálták fenntartani a múltbeli gyakorlat tekintélyét, és rögzíteni egy változóban lévő alkotmányos rendet. A normák politikája szerves része az alkotmányos politikának.

C. Normativitás

A konvenciók normatívak. Olyan magatartást írnak elő, amelyet "az érintett lakosságnak kötelezőnek kell tekintenie".¹²¹ Ez egyaránt igaz a koordináló és a konstitutív egyezményekre. Bár nem tulajdonítunk különösebb értéket az út jobb oldalán való vezetésnek, mégis úgy gondoljuk, hogy ezt a szabályt követnünk kell, még ha csak azért is, mert mindenki más ezt teszi. Hasonlóképpen, amikor az ágensek tiszteletben tartanak egy konstitutív konvenciót, akkor ezt részben azért teszik, mert úgy gondolják, hogy a viselkedés társadalmilag megkövetelt. Ez megmagyarázza például, hogy miért viselünk öltönyt egy állásinterjúra: az ilyen alkalmakra csak úgy szokás. Mindkét példa rávilágít a megfelelésfüggőség korábbi gondolatára, arra a tényre, hogy az egyik ok, amiért követünk egy konvenciót, az az elvárás, hogy mások is így tesznek.

A megfelelés-függőség azonban csak a normativitás vékony fogalmát adja. Ha az egyetlen ok, amiért egy egyezményt követünk, a másoktól elvárt megfelelés lenne, akkor a koordináció és a konstitúció aligha lenne elválasztható egymástól. Még ha egy konvenció bármelyik dolgot is tenné, az emberek *ugyanezen* okok miatt tisztelnék azt. Így a konvenciókról ugyanaz a nézet maradna, mint a stratégiai megközelítések esetében: az érték teljes mértékben a funkciótól függ. Ez a nézet azt jelenti, hogy az alkotmányos konvenciók összeomlásával kapcsolatos aggodalmak csupán kézzérítélet.

Szerencsére a konvenciók élvezik a normativitás vastag eszméjét. Ez a sűrű nézet segít értelmet adni az alkotmányos riadalomkeltők aggodalmának. Emlékezzünk vissza a konvenciók kizárólag koordináló jellegű beszámolójának egyik központi problémájára: a releváns játék megtalálására. Bár a konvenciók koordinációs játékok megoldásaként szolgálhatnak, "[f]agy sok ismerős konvenciótípus esetében ennek a történetnek nincs értelme", mivel "nincs olyan koordinációs probléma, amelyet azonosítani tudnánk".¹²² És még azokban az esetekben is, amikor egy konvenció kialakulását egy történelmi koordinációs problémára tudjuk visszavezetni, ha a konvenció egyszer már a helyén van, olyan okokból fennmaradhat, "amelyek teljesen függetlenek attól a történettől, hogy miért és hogyan alakult ki a játék ...".¹²³ Pontosan ez a probléma készítette Marmort arra, hogy az alkotmányt külön funkcióként hozzáadja. A konstitúció segít megmagyarázni a konvenció és az alapérték közötti kapcsolatot: az előbbi a gyakorlatban megtestesíti az utóbbit.

Ha az értékek központi szerepét szem előtt tartjuk, az általános következtetés az, hogy a konvenciók a pusztán megfelelési függőségen túlmenően redukálhatatlanul normatívak. A konstitutív konvenciók sűrűn normatívak. Azért követjük őket, mert fontosságot tulajdonítunk nekik azon túl, hogy lehetővé teszik az együttműködést. Egy konvenció nem követése tehát nem (vagy nem csak) rossz stratégia, vagy "ostobaság vagy tévedés". Ez egyben áthágásként is értelmezhető. Mivel "a konvenciók viselkedési szabályok, és mint ilyenek normatív jelentőséggel bírnak", amikor nem követjük őket - mondjuk pizsamában megyünk el egy

2021. március 3-i
tervezet

¹²⁰ Liora Lazarus, *Constitutional Scholars as Constitutional Actors*, FED. L. REV. (megjelenés 2020).

¹²¹ *Id.* 4.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.* 24.

2021. március 3-i
tervezet

temetés - megbántunk.¹²⁴ A konvencióknak ez a tágabb felfogása jobban értelmezi a "sokféle társadalmi funkciót", amelyet szolgálnak, beleértve, de nem kizárólagosan a koordinációt.¹²⁵ Így a pizsamában egy temetésre járás nemcsak irracionálisról tanúskodik (miért önszabotázs?), hanem elítélést is érdemel (az öltözéked tiszteletlenség volt).

Az a gondolat, hogy az egyezmények sűrű normatívák, azt is megmagyarázza, hogy az alkotmányos riogatók miért reagáltak olyan hevesen a régóta fennálló gyakorlatok összeomlására. Ha az alkotmányos normák csak a cselekvést koordinálják, akkor a riogatók egy funkcionális rendszer elvesztését siratják, és semmi többet. Ha azonban az alkotmányos normák konstitutívák, akkor a riogatók egy gyakorlat és annak alapértékének összeomlása miatt aggódnak. A széles körű normaerőzítő tehát az alkotmányos erkölcs egy sajátos formájának összeomlását tükrözi.

D. Váratlan események

Az egyezmények *függőek*, mert létezésük és fennmaradásuk a világ állapotától függ.¹²⁶ Ahogy a világ változik, úgy változnak a konvenciók is. Ez megmagyarázza, hogy a konvenciók változása miért lehetséges és miért normális. Ez a legtisztább egy tisztán koordináló konvenció esetében. Ha az ágensek normatív értelemben nem kötődnek egy konvencióhoz - kevesen találnak értelmet abban, hogy az út jobb oldalán vezessenek -, akkor könnyebb megváltoztatni a viselkedésüket. A tiszta koordinációs konvenciók nem "ragadnak" tovább, mint amennyi idő alatt egy közösség megtanulja, hogy az emberek másképp viselkednek.

A koordinációs játékok a való világban nem statikusak. Képzeljünk el egy meleg időjárású társadalmat, ahol kialakul a délutáni szunyókálás konvenciója.¹²⁷ Ha az éghajlat hűlni kezd, és néhány szereplő rájön, hogy lemondhat a délutáni szundikálásról, és több üzletet folytathat, mások is követhetik, és a szundikálási konvenció összeomlik. Amikor egy konvenció felbomlik, lehet, hogy helyébe egy másik lép, de az is lehet, hogy nem. Ez minden esetben attól függ, és sok esetben időbe telhet, amíg kialakul az új egyezményhez szükséges közös tudás és kölcsönös elvárások.¹²⁸ De az alaptézis továbbra is fennáll: a konvenciók azért esetlegesek, mert a világ is az.

¹²⁴ *Id.* at Amint12. azt rövidesen látni fogjuk, az alkotmányos normák azért normatívák, mert alkotmányos értékeket valósítanak meg; ezek a mögöttes értékek a gyakorlatot normativitással ruházzák fel. Míg az amerikai alkotmányelméleti szakemberek nem ismerték fel az alkotmányos normák koordinációs egyezményeinek korlátait, az összehasonlító jogtudomány tudósai észrevették a korlátokat, anélkül, hogy alternatívát dolgoztak volna ki. Joseph Jaconelli, *The Nature of Constitutional Convention*, 19 LEGAL STUD. 24, 44 (1999) ("Ha egy pillanatra megvizsgáljuk a konvencióra vonatkozó példákat, amelyeket David Lewis, ... [i] azt lehet érvelni ... hogy az ilyen típusú konvenciók - ahol a mögöttes ok eleme nélkülözhetetlen - jellemzően nem találhatók meg az alkotmányos ügyekben").

¹²⁵ *Id.* 25.

¹²⁶ Az esetlegesség azt sugallhatja, hogy az Alkotmánynak teljes belső értelme van, az értékek örök és rögzítettek, de ki vannak téve a szeszélyes és elvtelen való világ szeszélyeinek. Én elutasítom az ilyen alkotmányos platonizmust, és nem is akarom ezt sugallni (és nem is gondolom, hogy ezek a többi szerző platonista nézetet vallana). Ehelyett az én beszámolóim az elveket konkrét gyakorlatokhoz köti. Ez a kapcsolat tagadja, hogy az elvek tisztán megkülönböztethetők az őket megtestesítő gyakorlatoktól; amennyiben ezek az elvek rögzítettek, üresek. Más szóval, a "hatalommegosztás" és a föderalizmus egyszerűen azok a gyakorlatok, amelyek egy adott időpontban meghatározzák őket.

¹²⁷ A szieszta a római eredet óta fejlődött, amikor a nagy nappali hőség és az elsősorban mezőgazdasági gazdaság miatt hasznos gyakorlat volt. Jessica Jones, *It's Time To Put the Tired Spanish Siesta Stereotype to Bed*, BBC (2017).

2021. március 3-i

tervezet

június 12.), <http://www.bbc.com/capital/story/20170609-its-time-to-put-the-tired-spanish-siesta-stereotype-to-bed>.

¹²⁸ A kiemelkedően fontos események megzavarhatják az emberek általános ismereteit, és felboríthatják a korábbi konvenciókat. Leonardo Bursztyn et al., *From Extreme to Mainstream: A társadalmi normák eróziója*, AM. ECON. REV. (megjelenés 2020) (kísérleti alátámasztása annak az állításnak, hogy Donald Trump megválasztása lazította a korábbi konvenciókhoz való ragaszkodást az idegengyűlölő nézetek nyilvános kifejezésével szemben).

Ez ugyanúgy érvényes az alkotmányos politikára is, ahol a konstitutív konvenciók bőségesen vannak. Egy adott gyakorlat, mondjuk a végrehajtó hatalom mellőzése az Igazságügyi Minisztériumban, lehet normatív szempontból fontos, de fennmaradása függhet politikai ösztönzőktől is. Amikor ezek az ösztönzők megváltoznak - az elnök rájön, hogy büntetlenül semmibe veheti őket -, a gyakorlat is erodálódhat. Amikor a világ megváltozik, elkezdjük megkérdőjelezni a korábbi gyakorlatokat, és könnyebben tudunk újakat elképzelni.

E. Önkényesség

A konvenciók két okból *önkéntesek*. Először is, a koordináló és konstitutív konvenciók azért önkényesek, mert megfelelésfüggők. A megfelelésfüggőség arra a tényre utal, hogy egy konvenciót többek között azért követünk, mert mások is követik.¹²⁹ Leírja a kapcsolatot a gyakorlat követésének okai és maga a gyakorlat között. Az út egyik oldalán való vezetésben vagy az öltöny viselésében nincs semmi olyan, ami az út egyik oldalán való vezetésben vagy az öltöny viselésében rejlik, ami azt az irányadó gyakorlatként jelölné ki.

Másodszor, a konstitutív konvenciók önkényesek a mögöttes értékek természete és a gyakorlatban való beváltásuk miatt. Ezek a "szükségletek, funkciók vagy értékek . . radikálisan *aluldeterminálják* a vonatkozó társadalmi gyakorlatot alkotó szabályok tartalmát".¹³⁰ Míg bizonyos "racionálitási normák és alapvető erkölcsi normák" nem minősülnek konvenciónak, mivel "nem engednek meg alternatívákat", addig sok más érték és elv sokféle módon megvalósítható.¹³¹ A társadalmi konvenciók az értékeket érthető cselekvésben valósítják meg. Visszatérve egy korábbi példához, az "udvariasság" alapvető normája gyakorolható kézfogás vagy szemkontaktus révén. Mint tudjuk, az etikett azonban kultúránként nagyon eltérő, és az udvariasság máshol akár lefelé fordított tekintetet is jelenthet. Az "udvariasság" tehát túlságosan elvont ahhoz, hogy meghatározzuk az elvárt viselkedés típusát.

Az önkényesség azonban nem jelenti azt, hogy az elv és a gyakorlat közötti kapcsolat egyirányú lenne. Ehelyett az emberek az elveket bizonyos gyakorlatokban érvényesítik, majd az elvet ugyanezen gyakorlatok fényében értelmezik. A kapcsolat dialektikus. Ahogy Marmor fogalmaz, "a konstitutív konvenciók általában az értelmezés és újraértelmezés állandó folyamatában vannak, amelyet részben külső értékek befolyásolnak, részben pedig ugyanezek az értékek, amelyeket maga a konvencionális gyakorlat konstituál".¹³² Ráadásul a konvenciók hosszú időn keresztül fejlődnek, még akkor is, ha - mint az alkotmányos politikában - azonosítani tudjuk azokat a diszkrét időpillanatokat, amikor egy korábbi konvenciót feladtak, vagy amikor egy jövőbeli konvenciót először fogadtak el.

Mivel a konstitutív konvenciók kialakulásához időre van szükség, jellemzően "előzményekkel rendelkeznek, és ez a történelem általában társadalmilag jelentős".¹³³ Nem meglepő tehát, hogy a történelemből származó érvek

¹²⁹ *Lásd fentebb a II.B. részt.*

¹³⁰ Marmor, *Supra* note at 105,41 .

¹³¹ *Id.*

¹³² Marmor, *Supra* note at 105, Ironikus48. módon a konvencióknak ez a nézete erősen hasonlít Dworkin értelmező

2021. március 3-i

tervezet

fogalmakra vonatkozó elméletére. DWORKIN, 15. lábjegyzet, 45-86. o.

¹³³ *Id.* 49.

az alkotmányos változások pillanataiban kiemelkedő szerepet játszanak. A régóta követett konvenciókat megkérdőjelező szereplők általában a status quo védelmezőinek ellenállásába ütköznek. Az előbbieket gyakran ragaszkodnak ahhoz, hogy változtatásaik teljes mértékben összhangban vannak a jelenlegi gyakorlattal, míg az utóbbiak a status quo és a vonatkozó alkotmányos elv közötti szükséges kapcsolatot állítják. Ez a minta a IV. részben vizsgált példákban is megjelent.

Az önkényesség különösen fontos az alkotmányos gyakorlatok esetében, ahol a mögöttes értékek többszörösen megvalósíthatók. A hatalmi ágak szétválasztásának gondolata például sokféleképpen megvalósítható. Az elv meghatározhatatlanságára utal az a tény, hogy a közelmúltban az egyezményekkel foglalkozó kutatások nagy része erre a területre koncentrált, valamint a hatalom kemény és gyors elosztása és a funkcionalizmus közötti örökös szakadék.¹³⁴ A konvenciók olyan gyakorlatok, amelyek ezt a meghatározhatatlanságot anélkül kezelik, hogy feloldanák azt. Az önkényesség és a normativitás együttesen valami fontosat sugall a konvenciókkal, és különösen az alkotmányos normákkal kapcsolatban: sok olyan norma van, amelyet a szereplők azért követnek, mert helyesnek tartják, anélkül, hogy felismernék, hogy alternatív gyakorlatok ugyanolyan jól, ha nem jobban működhetnének.

Az, hogy a konvenciók egyszerre önkényesek és normatívak, problémának tűnhet. Az önkényesség gyakran negatív normatív értékkel bír. Ez valószínűleg abból fakad, hogy az erkölcsöt a matematikával analóg módon tekintjük: elfogadott normatív premisszákból indulunk ki, és érvényes következtetési lépésekkel jutunk el a helyes következtetéshez. Az önkényesség ezt a képet rombolja le. Azt sugallja, hogy egy aktuális gyakorlat, érték vagy szabály lehet másképp is. Ám attól, hogy másképp is csinálhatnánk a dolgokat, még nem jelenti azt, hogy a jelenlegi szabály nem értékes. Az önkényesség inkább azt jelenti, hogy normatív képzeletünket nem kötheti a status quo. Egy konvenció védelme nem alapulhat egyszerűen azon, hogy eddig is így csináltuk a dolgokat. Amikor a riogatók a normák eróziójára figyelmeztetnek bennünket, nem veszik észre, hogy egy adott alkotmányos erkölcs mindig partikuláris és nem kimerítő, mert egyszerre a történelem terméke és a befogadható értékek egyetlen kifejeződése.

III. ALKOTMÁNYOS NORMÁK

Ez a rész egy második kérdésre is választ ad: mikor alkotmányos egy norma? A válasz abban rejlik, hogy az alkotmányos normák egyfajta konstitutív egyezményt jelentenek. Ezek a konvenciók az értékeket gyakorlattá alakítják. Az alkotmányos normák normatív, kontingens és önkényes gyakorlatok, amelyek az alkotmányos szöveget és az alkotmányos elvet valósítják¹³⁵ meg. És azért élvezik a kormányzaton belüli és kívüli szereplők tiszteletét, mert alkotmányosnak ismerik el őket. Miközben tehát ugyanazokkal a jellemzőkkel rendelkeznek, mint minden más konvenció, az alkotmányos konvenciók mégis különböznek, mert az általuk konkretizált dolgok alkotmányosak.

¹³⁴ Lásd Aziz Z. Huq & Jon D. Michaels, *The Cycles of Separation-of-Powers Jurisprudence*, YALE126 L. J. (3462016) (nyomon követve a szabályok és normák közötti "cikkakkozást" a hatalmi ágak szétválasztására vonatkozó jogban); David E. Pozen, *Self-Help and the Separation of Powers*, YALE124 L. J. (22014) (megjegyezve az alkotmányos szöveg korlátait a hatalommegosztás dinamikájának megértéséhez). Lásd még John F. Manning,

2021. március 3-i

tervezet

Separation of Powers as Ordinary Interpretation, HARV124. L. REV. 139 (2011) (kiemelve a hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos kérdések számos területén az alapvonal hiányát).

¹³⁵ Mivel az alkotmányos konvenciókat konstitutív konvencióként definiáltam, a "megvalósítani" szót használom a "létrehozni" helyett. Bár az alkotmányos egyezmények a gyakorlatban *valóban* alkotmányos szöveget és elvet konstituálnak, ez a megfogalmazás nyilvánvaló okokból nehézkes.

Miután elmagyarázta, hogy mitől lesz egy norma alkotmányos, ez a rész az alkotmányos norma és a jog közötti különbségtétel védelmével zárul. A mindennapi alkotmányos gyakorlatban betöltött jelentőségük ellenére a normák olyan tiszteletet élveznek, amely elmarad az egyének által a jognak tanúsított engedelmességtől. A nem szokványos viselkedés éppen azért gyakoribb, mint a törvényszegés, mert a nem szokványos cselekedetek nem törvénytelenek. Amikor pedig a konvencionális változásokat akarjuk megfékezni, gyakran a joghoz fordulunk. A különbségtétel mind fogalmi, mind gyakorlati okokból továbbra is fontos.

A. Mikor alkotmányos egy norma?

A II. rész kifejtette, hogy a gyakorlatok akkor konvencionálisak, ha normatívak, kontingensek és önkényesek, és vagy koordinálnak, vagy konstituálnak. Amint azt mindvégig megjegyeztem, a koordináció rosszul illeszkedik az alkotmányos normákhoz. Ritkán, vagy egyáltalán nem tudunk olyan koordinációs problémát azonosítani, amelyet a gyakorlat megold. Ehelyett az alkotmányos normák konstitutívak. Összekötik az elvet és a gyakorlatot. Mi teszi tehát ezeket a normákat alkotmányossá?

Két lehetséges válasz létezik: szereplő- és gyakorlat-központú. A *szereplő-központú* nézet szerint egy adott norma akkor alkotmányos, ha alkotmányosan azonosítható, alkotmányos szerepet betöltő szereplőket érint. Tekintettel a széleskörűségére, a szereplő-központú nézet potenciálisan a kormányzat nagy részét lefedi. Például a végrehajtó hatalom jogászainak¹³⁶ szabályai és gyakorlata alkotmányos normák, mivel ezek alakítják az elnökséget. Hasonlóképpen, egy szövegszerűen meghatározott szereplő - a szenátus - magatartása egy bizonyos szövegbeli feladat - a szerződésekhöz való tanácsadás és hozzájárulás - teljesítése során alkotmányos normának minősül, különösen alkalmazandó jog hiányában.¹³⁷ Ez a meghatározás azt is lehetővé teszi a tudósok számára, hogy a gyakorlatok csoportjait egy adott ág "normáinak" nevezzék, ahogyan Daphna Renan tette az elnökséggel kapcsolatban.¹³⁸ Így történt az elmozdulás a "keretezők ... normájától", miszerint az elnök¹³⁹ nem beszélhet közvetlenül a nyilvánossághoz, a mai "retorikus elnökséghez".¹⁴⁰

A *gyakorlat-központú* nézet inkább magára a normára összpontosít. Eszerint egy norma akkor alkotmányos, ha alkotmányos elvet vagy szöveget valósít meg. Az alkotmányos normák konstitutívak. Ezek a konvenciók értékeket konstituálnak, ahogyan a kézfogás megtestesíti az udvariasságot. Az alkotmányos normák alkotmányos elveket testesítenek meg. Például a végrehajtó hatalomnak a közigazgatási bírászkodásba való be nem vonása legalább két különböző elvet - a tisztességes eljárást és a bírói függetlenséget - tiszteletben tart.¹⁴¹ Az elsőnek kifejezett szöveges alapja van;¹⁴² az utóbbi az alkotmányos értékek azon kategóriájába tartozik, amelyet Charles Black strukturális elveknek nevezett.¹⁴³

Amint az előző példa is mutatja, az alkotmányos normáknak és a mögöttes elveknek nem kell egy az egyben megfelelniük egymásnak. Egy adott gyakorlat több alkotmányos értéket is megvalósíthat. Az egyezmények általában ugyanígy működnek. Az a konvenció, hogy egy előadóművész a taps után meghajol a közönség előtt, egyszerre több különböző elvet is képviselhet:

¹³⁶ Lásd az alábbi megjegyzést 113.

¹³⁷ Lásd pl. AMAR, *Supra* note, 30310-18. o.; Whittington, *Supra* note, 9, 310-18. o. 1860.

2021. március 3-i

tervezet

¹³⁸ Renan, *Supra* note 10.

¹³⁹ *Id.* 2231.

¹⁴⁰ JEFFREY TULIS, A RETORIKAI ELNÖKSÉG (1987).

¹⁴¹ Adrian Vermeule, *supra* note *Lásd* 11.még William Baude, *Adjudication Outside Article III*, Harv133. L. Rev. (15112020) (hangsúlyozva, hogy a végrehajtó hatalom ítélkezése a Due Process korlátok hatálya alá tartozik).

¹⁴² U.S. CONST. amend. V.

¹⁴³ BLACK, *fenti* megjegyzés 30.

a hálaadás etikettje, a mecénás és a művész hierarchiájának megbecsülése, valamint az előadás hagyományának tisztelete. Mivel a konvenciók egyszerre általánosak és létfontosságúak a normatív cselekvés lehetővé tételében, elvárható a többértékűségük. Hétköznapi életünk tele van olyan gyakorlatokkal, amelyek egyszerre többféleképpen is normatív jelentőséggel bírnak. A mi céljainkra nézve ez azt jelenti, hogy sok norma olyan összetett gyakorlat, amely változatos alkotmányos jelentést hordozhat.

Az alkotmányos normák meghatározásának két módja - a szereplő- és a gyakorlat-központú - nem zárja ki egymást, de én három okból az utóbbit használom.¹⁴⁴ Először is, a szereplő-központú szemlélet azzal a kockázattal jár, hogy túlságosan tágan értelmezi, és a vonatkozó gyakorlatot túl magas absztrakciós szinten határozza meg. Nehéz behatárolni, hogy ki számít "alkotmányos szereplőnek", és mi minősül kötelesség teljesítésének. Vegyük például a "retorikai elnökségre" való áttérést. Az elnök nyilvánvalóan alkotmányos szereplő.¹⁴⁵ De mi az a releváns alkotmányos kötelesség, amelyet teljesít? A Take Care Clause¹⁴⁶ egy lehetséges, de egyben igen tágas lehetőség. Ha a retorikai elnökség alkotmányos konvenció, mivel egy alkotmányos szereplő, az elnök, a Take Care Clause szerinti alkotmányos kötelességének tesz eleget, akkor egy egész kormányzási stílus egy norma. Ez nem jelent döntő problémát e definíció szempontjából, hiszen a normák elméletét a politika működésében bekövetkező elmozdulások megragadására is kívánhatjuk. Végül is az "alkotmányos rend" fogalma tág. A terjedelem azonban a pontosság rovására megy; ha egy gyakorlatot túlságosan tágan definiálunk, akkor nehéz átlátni, hogy mit is jelent valójában a gyakorlat.

Másodszor, a gyakorlat-központú szemlélet a normák szerkezetére irányítja figyelmünket. Amint a II. részben kifejtettem, a konstitutív konvencióknak - melyekre az alkotmányos normák egy példa - két része van: egy gyakorlat és az alapjául szolgáló érték, amelyet alkot. A gyakorlat-központú nézet a norma alkotmányos státuszát a szóban forgó érték természetétől teszi függővé. Ha az alapul szolgáló érték vagy egy felismerhető alkotmányos elv, mint például a föderalizmus vagy a hatalommegosztás, vagy alkotmányos szöveg, akkor a gyakorlat alkotmányos norma. A gyakorlat-központú nézet a következő intuíciót fejezi ki: egy norma akkor alkotmányos, ha egy ésszerű szemlélő a gyakorlatot látva úgy gondolja, hogy azt az alkotmány megköveteli.¹⁴⁷ Az alkotmányos normák azért élvezik ezt a tiszteletet az ésszerű szemlélők részéről, mert egy adott korszak alkotmányos erkölcsének részét képezik. A gyakorlat-centrikus

¹⁴⁴ Az alkotmányozó gyűlés tágabb és szűkebb meghatározása közötti választás analóg azokkal a döntésekkel, amelyeket a közigazgatási alkotmányosság különböző kutatói hoztak e fogalom tág vagy szűk körű meghatározása során. A spektrum egyik végén Sophia Lee áll, aki a közigazgatási alkotmányosságot úgy határozza meg, hogy az "csak az Egyesült Államok alkotmányának ügynökségek általi értelmezését és végrehajtását foglalja magában". Sophia Z. Lee, *From the History to the Theory of Administrative Constitutionalism*, in ADMINISTRATIVE LAW FROM THE INSIDE OUT: ESSAYS ON THEMES IN THE WORK OF JERRY L. MASHAW 109-33 (Nicholas R. Parrillo szerk., 2019). Mások sokkal tágabb nézeteket vallottak. *Lásd például*, WILLIAM N. ESKRIDGE & JOHN FERREJOHN, A REPUBLIC OF STATUTES: THE NEW AMERICAN CONSTITUTION (332010) (az "alkotmányelemzésen" túlmenően kiterjeszti a hatókörét a bürokraták gyakorlatára is "Amerika alapvető normatív kötelezettségvállalásainak" kialakításában); JERRY L. MASHAW, CREATING THE ADMINISTRATIVE CONSTITUTION: THE LOST ONE HUNDRED YEARS OF AMERICAN ADMINISTRATIVE LAW vii (2012) (a kifejezéssel azt a folyamatot jelölte, amellyel az amerikai közigazgatási állam legitimálta magát); Gillian Metzger, *Administrative Constitutionalism*, 91 TEX. L. REV. 1897, 1899 (2013) (kiterjesztve a fogalmat "a modern közigazgatási állam létrehozó és irányító jogszabályokra és jogi követelményekre"). Lee-hez hasonlóan én is a szűkebb meghatározás mellett döntök. Ez hasznosabb a történelmi gyakorlatból kiinduló érvelés által felvetett értelmezési kérdések megragadásához.

2021. március 3-i

tervezet

¹⁴⁵ Ebben az esetben az elnök kényelmesen ül a szabály "magjában". H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV (1958)593,.607

¹⁴⁶ "[Ő] gondoskodik arról, hogy a törvényeket híven hajtsák végre." U.S. CONST. art. II, §3, cl. 5.

¹⁴⁷ Köszönöm Arjun Ramamurtinak ezt a megfogalmazást.

nézetnek tehát megvan az az erénye, hogy megmutatja, hogyan követik az alkotmányos normák a konvenciók szerkezetét általában.

A gyakorlat-központú nézet mellett szóló utolsó érv az alkotmányértelmezéssel kapcsolatos. Néha a bíróságoknak el kell dönteniük, hogy egy normának kell-e a döntéseik alapjául szolgálnia. A gyakorlat-központú nézet arra összpontosítja a figyelmünket, hogy ez mivel jár: a bírák a normákat jogforrásként használják. Ez az ok ismét nem döntő. Ha az a cél, hogy gazdag beszámolót adjunk arról, hogyan működik az alkotmányos rend, akkor a szereplő-központú nézet szociológiailag vonzó. Ha azonban a normák jogként való használatának értelmezési következményei érdekelnek minket, akkor a gyakorlat-centrikus modellnek van több értelme. Ez a gyakorlatot egy alkotmányos elvhez vagy szöveghez köti, és azt a kérdést teszi fel, hogy ez a kapcsolat hogyan befolyásolja a jogi érvelést.¹⁴⁸

A két nézet közötti különbségtétel nem egyértelmű, mivel az alkalmazás és a korlátok átfedik egymást. A gyakorlat-központú nézet szerinti bármely norma megfelel a szereplő-központú nézetnek is. És sok szereplő-központú norma gyakorlat-központúnak számít. Ez azt jelenti, hogy egyes alkotmányos normák mindkét irányban megfogalmazhatók. Az Igazságügyi Minisztériumba való elnöki be nem avatkozás egy példa erre. Ez a norma azért alkotmányos, mert olyan fontos alkotmányos elveket és szöveget alkot, mint a tisztességes eljárás, az¹⁴⁹egyenlő védelem, ¹⁵⁰valamint a szólás- és egyesülési¹⁵¹ szabadság, és mert ez határozza meg, hogy az elnök hogyan hajtja végre a szövetségi törvényeket.

A gyakorlat-központú szemlélet még mindig sebezhető a túlzott absztrakció vádjával, bár kevésbé, mint a szereplő-központú szemlélet. Az alkotmányos normák, még ha gyakorlat-centrikus módon azonosítjuk is őket, normatív és gyakorlati összetettségükben eltérőek lehetnek. Egy norma lehet olyan prózai dologtól kezdve, mint egy cédula csatolása egy jelöléshez, egészen olyan nagyszabásúig, mint a koordinációs ág szerkezetének és hatásköreinek tiszteletben tartása. Ráadásul ezek a normák *egymásba ágyazhatók*: egy viszonylag széleskörű egyezmény kisebb, alkotórészekből álló egyezményekből állhat. A normákat tehát az absztrakció különböző szintjein határozhatjuk meg. Ez az elemzés több tényezőtől függ, például az érintett szereplők összetettségétől (egy adott hivatal egy ágon belül vagy maga az ág), a vonatkozó funkciótól (koordináció vagy alkotmányozás), valamint a gyakorlat történetétől és fejlődésétől.¹⁵² A gyakorlat-központú szemlélet - ellentétben a másik szemlélettel - megköveteli, hogy azonosítsuk az adott gyakorlat mögöttes alkotmányos szövegét vagy elvét. Ha erre nem vagyunk képesek (vagy a gyakorlat és az elv közötti kapcsolat nagyon gyenge), akkor ez ellene szól annak alkotmányosnak minősítésének. Tehát bár a "retorikai elnökség" felé való elmozdulás nagyon fontos, a gyakorlatot jobb politikai normaként, nem pedig alkotmányos normaként értelmezni.

¹⁴⁸ E megközelítés értelmezési következményeivel csak a tanulmány utolsó részében foglalkozunk. *Lásd alább* Következtetés. Az értelmezéssel kapcsolatos jelentőségét máshol teljes mértékben kifejtem. *Lásd* Ahmed, *Supra* note. 21.

¹⁴⁹ U.S. CONST. amend. V.

¹⁵⁰ U.S. CONST. amend. XIV.

¹⁵¹ U.S. CONST. amend. I. Mindegyik módosítás hihető szöveges horgot jelent az egyezmény számára. *No 'Absolute Right to Control DOJ: Constitutional Limits on White House Interference with Law Enforcement Matters*, PROTECT DEMOCRACY (2018. március), <https://protectdemocracy.org/resource-library/document/no-absolute-right-control-doj>. Történelmileg azonban az egyezményt figyelemmel kísérik a Take Care Clause-hoz kapcsolták. *Lásd az alábbi*

2021. március 3-i

tervezet

IV.C. részt.

¹⁵² Ez a dokumentum nem ad teljes körű áttekintést arról, hogy mitől lesz egy alkotmányozó gyűlés összetett vagy egyszerű. Céljainkhoz elegendő az alkotmányozó nemzetgyűlések összetettségének megfigyelése, a vonatkozó példák ismertetése, és ezek jellegének összekapcsolása az alkotmányozó nemzetgyűlések általános jellegével.

Mindkét megközelítés azonban elismeri, hogy az alkotmányos normák alapvetően konstitutív egyezmények. Az alkotmánytudomány számára az a kérdés, hogy a normativitás és az önkényesség nem fér meg egymás mellett. Az alkotmányjogászok - érthető módon - gyakran olyan kérdésekre összpontosítanak, amelyekre egyértelmű és használható válaszok adhatók. Ilyen például a "vád alá helyezhető-e egy hivatalban lévő elnök?"¹⁵³ vagy "alkotmányellenes-e Nyugat-Virginia?"¹⁵⁴ A jogászprofesszorok pedig viszonylagos előnnyel rendelkeznek e kérdések megválaszolásában. A kérdések kifejezetten jogi jellegűek, és a hagyományos elemzési formákat hívják elő, amelyek a jól ismert forrásokból merítenek: alkotmányszöveg, doktrína, törvények és rendeletek. A normativitás kérdése vagy beépül a kérdésbe - ami normatív, az alkotmányos -, vagy zárójelbe kerül, és külön tárgyalják - mi az alkotmányos és mi a kívánatos? Ezzel szemben én azt állítom, hogy az önkényesség a normatívnak maradó gyakorlatok velejárója. Csak azért, mert egy norma alapvető értelemben önkényes, még nem jelenti azt, hogy abba kellene hagynunk a tiszteletét. Ehelyett az alkotmányos egyezmények arra hívnak fel bennünket, hogy együtt éljünk az esetlegességgel és a bizonytalansággal mint alkotmányos rendünk tényeivel. Ezeket nem lehet elvitatni.

B. Alkotmányos normák vs. törvény

Ez a szakasz az alkotmányos norma és a törvény közötti különbséget vizsgálja. A határvonal több okból is fontos. Először is, ez az egyik kevés egységes szál a normakutatásban. A sokféleség ellenére az összes újabb keletű tudós vagy elismeri, vagy feltételezi, hogy a normák különböznek a jogtól. Ha ez a feltételezés nem megalapozott, akkor nem elemzünk semmi különöset. Másodszor, ennek a megkülönböztetésnek meg kell maradnia a történeti gyakorlat és az alkotmányértelmezés közötti kapcsolat bármilyen mérlegeléséhez. Ha a normák - a történelmi gyakorlat egy formája - nem különböznek lényegesen a törvényektől, akkor nincs semmi különleges a történelmi gyakorlatból való érvelésben. Harmadszor, a megkülönböztetés a konvenciók és az intézményi szabályok közötti különbséghez kötődik.¹⁵⁵ A konvenciók azért különböznek az intézményi szabályoktól, mert az utóbbiakat tekintélyes intézmények ratifikálják. Ha az intézményi imprimatur nem számít, akkor nehéz megmagyarázni, hogy a normákat miért lehet szabályos szankciók nélkül megszegni, a törvényeket viszont nem.

A konvencionalista jogelméletek azonban nyomást gyakorolnak a norma és a jog közötti határra. Könnyű belátni a problémát Hart elismerési szabályával kapcsolatban. Bármely adott jogrendszerben az elismerési szabály úgy oldja meg azt a problémát, hogy mi számít jognak, hogy "meghatároz[hat] valamilyen jellemzőt vagy jellemzőket, amelyek birtoklása egy javasolt szabály által meggyőzően megerősítő jelnek tekintendő, hogy az a csoport szabálya, amelyet az általa gyakorolt társadalmi nyomás támogat".¹⁵⁶ Egyszerűen fogalmazva, egy jogrendszer elismerési szabálya megmondja, hogyan lehet egy törvényt jogként azonosítani.¹⁵⁷ Annak kiszűrése, hogy mi az elismerési szabály egy adott jogrendszerben, nehéz feladat, mert ezek a szabályok "a legkülönbözőbb lehetőségek bármelyikét felvehetik".

¹⁵³ Laurence H. Tribe, *Yes, the Constitution Allows Indictment of the President*, LAWFARE (Dec. 201820.), <https://www.lawfareblog.com/yes-constitution-allows-indictment-president>.

¹⁵⁴ Vasan Kesavan & Michael Stokes Paulson, *Is West Virginia Constitutional?*, CALIF90. L. REV. 291 (2002).

¹⁵⁵ *Lásd fentebb a II.B. részt.*

¹⁵⁶ *Id.*

2021. március 3-i

tervezet

¹⁵⁷ Scott Shapiro egy egyszerű példát kínál a felismerési szabályra. Vegyünk egy falusi társadalmat, amelynek van jogrendszere. Egy ilyen társadalomban "Ha kétség merül fel, mondjuk, hogy hány pár elfogadható, az elismerési szabály a feleket a főtéren lévő sziklán lévő, tekintélyes szabálylistához, a falu öregjének múltbeli kijelentéseihez, más falvak gyakorlatához és így tovább, a válasz meghatározásához irányíthatja". Scott J. Shapiro, *Mi az elismerési szabály (és létezik-e)?* 3 (Yale Public Law & Legal Theory Research Paper Series No. 2009181,), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1304645.

formák, egyszerű vagy összetett", de Hart fenntartja, hogy minden jogrendszerben lesz egy elismerési szabály.¹⁵⁸

A probléma az, hogy sok jogpozitivistáknak szerint maga az elismerés szabálya hagyományos. Érvelésük különböző formákat ölt, különbözőképpen hangsúlyozva az elismerési szabályok koordináló,¹⁵⁹ episztemikus¹⁶⁰ és konstitutív¹⁶¹ funkcióit. Bármelyik nézetet is választjuk, az ebből eredő kihívás ugyanaz: ha egy jogrendszer alapja maga a konvenció, akkor értelmesebben különbséget tehetünk-e jog és norma között?

Négyféleképpen válaszolhatunk. Először is, a jog lehet hagyományos, de az különleges módon. Hart saját tárgyalása a jog előtti és a joghoz kötött társadalmakról azt sugallja, hogy a társadalmi rendezésnek vannak a joghoz képest alternatív formái.¹⁶² De a konvenciók sem monolitikusak. Marmor maga is különbséget tesz "mély" és "felszíni" konvenciók között. Az előbbieket közé tartoznak a társadalmi élet olyan alapvető részei, mint a nyelv, a művészet és a játékok, az utóbbiak pedig olyan konkrét példák, mint az angol, a Bauhaus és a sakk.¹⁶³ A mély konvenciók teszik lehetővé a felszíni konvenciókat, és "a felszíni konvenciók követésével az ember, ha közvetve is, de követi az azt megalapozó mély konvenciókat is".¹⁶⁴

Ha elfogadjuk ezt a nézetet, akkor az alkotmányos normák és a jog közötti viszonyt a következményes viszonyként magyarázza: amikor egy alkotmányos normát gyakorolunk, akkor - enyhített értelemben - egy alkotmánynak és egy törvénynek engedelmessé válunk. Mindazonáltal az alkotmányos normáknak és a jognak, még ha alapvetően konvencionálisak is, eltérő a származásuk: a törvényeket tekintélyelvű intézmények hozzák létre, a normák gyakran organikusan keletkeznek. Ez a különbség magyarázza eltérő társadalmi erejüket. Amikor tehát a törvény-norma megkülönböztetést alkalmazzuk, nem kötelezzük el magunkat semmilyen határozott álláspont mellett a jog természetével kapcsolatban. És ha a jog valójában konvencionális, akkor a megkülönböztetés csupán a mély és a felszíni konvenciók közötti különbség rövidítése.

Másodszor, ha a megkülönböztetés nem helyes, akkor ez a probléma az összes jogtudományra egyaránt vonatkozik. Az alkotmányos normák minden kutatója függ ettől a megkülönböztetéstől. Enélkül a bírósági határozatok és a jogszabályok a bírósági összevonás elleni normával válnak egyenlővé. Ez az eredmény egyáltalán nem felel meg a hétköznapi tapasztalatainknak. Tudjuk, hogy határozott különbségek vannak abban, hogyan azonosítjuk az olyan dolgokat, mint a törvények és bírósági határozatok, amelyeknek meghatározott intézményi körvonalaik vannak, és hogyan választjuk ki a normákat, amelyek körvonalaik sokkal kevésbé egyértelműek.

—Negyedszer, a törvény-norma megkülönböztetés elhagyása megfoszt minket attól a lehetőségtől, hogy finomabb képet alkossunk alkotmányos rendünkről. A különbségtétel bevezetésének lényege éppen az, hogy az alkotmányos politikában olyan mintákat és szabályszerűségeket mutassunk ki, amelyeket olyan szabályok szabályoznak, amelyek

¹⁵⁸ A tudósok már régóta próbálják azonosítani az amerikai jogrendszerben az elismerés szabályát. Sőt, maga Hart is állítja mellékesen, hogy az amerikai jogrendszer "természetesen tartalmaz egy végső elismerési szabályt, és alkotmányának klauzuláiban az érvényesség legfőbb kritériumát". HART, *supra* note 14, 106. o., 106. o. Mások követték Hart felvetését, és komplex leírásokat kínáltak az amerikai elismerési szabályról. *Lásd* Kent Greenawalt, *The Rule of Recognition and the Constitution*, MICH85. L. REV. 621 (1987).

2021. március 3-i

tervezet

¹⁵⁹ MARMOR, *fenti megjegyzés*, 105, 17. pont 162.

¹⁶⁰ HART, *Supra* note at 14, 267.

¹⁶¹ MARMOR, *Supra* note at 105, 165.

¹⁶² HART, *fenti megjegyzés*, 14, 90-93. o.

¹⁶³ *Id.* 58-87.

¹⁶⁴ *Id.* 63.

nem törvények. Az alkotmányos norma fogalmára van szükségünk, amely különbözik a jogtól, hogy megmagyarázzuk ezeket a gyakorlatokat.

Végül pedig a jog egyike azon kevés eszközeinknek, amelyekkel megállíthatjuk a normák erózióját, és a kettő közötti különbségtétel feloldása elhomályosíthatja ezt. Ez a cikk nem ad módot a "jó", "rossz" vagy "semleges" hagyományos bontás közötti válogatásra. A válasz mindig attól függ. Az eddig kidolgozott elmélet azonban adottnak veszi a konvencionális változást. Kifinomult elemzők mellett érveltek, hogy a káros konvencionális változásra adott egyik hatékony válasz a "anti-hardball", amely a normát jogba burkolja.¹⁶⁵ Ahhoz, hogy ez a válasz működjön, a jognak és a normának értelmesen különbözőnek kell lennie. Még ha ez nem is fajta, hanem fokozati különbség, az a tény, hogy a törvény megszegése rendszeres és hatékony büntetést von maga után, míg a norma semmibe vétele nem, az előírási célokat tekintve jelentőséggel bír.¹⁶⁶ Ezen - filozófiai és gyakorlati - okok miatt fenntartom a megkülönböztetést.

IV. NORMÁK A MUNKÁBAN

Eddig az érvelésem elméleti jellegű volt. Most az elméletet a gyakorlatba ültetem. Ez a rész három esettanulmányon keresztül eleveníti fel az alkotmányos normákat: a kék cédulák, a bíróságok összehajlása elleni egyezmény (anti court-packing) és az igazságügyi minisztériumba való elnöki be nem avatkozás. A látszólagos különbségek ellenére mindegyiknek ugyanaz a mögöttes jellege: ezek normatív, kontingens és önkényes gyakorlatok, amelyek az alkotmány szövegét és elvét valósítják meg.

Három további észrevétel. Először is, ha egy egyezmény alkotmányos, akkor normatív is.¹⁶⁷ Ez az alkotmányelmélet egyik előfeltevése: ha úgy gondoljuk, hogy az alkotmány megkövetel tőlünk valamit, akkor azt szerintünk meg is kell tennünk. Amint az alábbi példák mindegyike mutatja, az alkotmányos normákat követő szereplők alkotmányos szempontból védik a gyakorlatot. Ha egy széles körben tiszteletben tartott gyakorlatot alkotmányos nyelven indokolnak, akkor ez jó bizonyíték arra, hogy a gyakorlat normának tekinthető.¹⁶⁸

Másodszor, az alkotmányos normáknak, mint minden egyezménynek, szabálytalan "életciklusa" van. Szervesen kialakulhatnak viszonylag nyugodt politikai időszakokban vagy politikai felfordulások idején. Hosszú ideig zavartalanul fennmaradhatnak, vagy kisebb változásokon mehetnek keresztül, miközben a tágabb értelemben vett gyakorlatot érintetlenül hagyják. És a normák megszűnhetnek. Kihalhatnak, vagy intézményi gyakorlattá alakulhatnak át, alakíthatóságukat nagyobb tartósságra és tekintélyre cserélve.

Harmadszor, a norma esetleges volta és önkényessége történelmi szemléletet igényel. Az esetlegesség esetében ez nyilvánvaló. Ha egy norma idővel változik, akkor egyértelműen esetleges. Az önkényességet azonban nehezebb észrevenni. Elméletileg képesnek kellene lennünk látni, hogy egy gyakorlat önkényes, mivel a belső önkényesség

¹⁶⁵ Fishkin & Pozen, *fenti* 981-82. o57.,.

¹⁶⁶ *Lásd* Tamir, *Supra* 86. lábjegyzet, 7-8., 70. pont (a formális jog és a konvenciók közötti analógia megfigyelése, és az utóbbiak tisztázzák az előbbieket). Tamirral osztozom abban, hogy mi az, amire a jog és a konvenciók összehasonlításában hangsúlyt kell fektetni. Ahol ő a hasonlóságot hangsúlyozza, ott én a különbséget

2021. március 3-i

tervezet

hangsúlyozom.

¹⁶⁷ A fordítottja természetesen nem igaz.

¹⁶⁸ Ez nem elégséges feltétel, és nem is mindig igaz. Például még 35soha nem lett elnök kiskorú ember. Ez nem egy egyezmény. Ehelyett az emberek egy egyértelmű jogi szabályt követnek. U.S. CONST. art. II, § c11,. (5[Senki sem lehet jogosult erre a tisztségre, aki nem töltötte be a harmincötödik életévét).

az elv és a gyakorlat közötti tisztán fogalmi kapcsolat. Az önkényesség azonban nem mindig nyilvánvaló, mivel egy adott időszakban az egyezmény gyakran tükrözi az uralkodó bölcsességet arról, hogyan *kell* működni az alkotmányos kormányzásnak.

Szerencsére egy norma esetlegessége felfedi annak önkényességét. Amikor a normák nyomás alá kerülnek, az elv és a gyakorlat közötti kapcsolat felbomlik. Ez többféle, de egymással összefüggő módon történhet. Először is, egy mögöttes értéket úgy értelmezhetnek újra, hogy az elválik a korábbi gyakorlattól. Másodsor, alternatív normát javasolhatnak, amely állítólag jobban megfelel az alapértéknek. Harmadszor, megváltozhat az a politikai világ, amely nemcsak megfelelővé, hanem vonzóvá is tette a szabálykövetést, ami a szereplők számára a gyakorlat elvetését ösztönzi. Bármelyik módon is erodálódik egy norma, az ebből eredő felismerés ugyanaz: a norma nem áll szükségszerűen kapcsolatban a mögöttes értékkel, és az alkotmányos szöveg vagy gyakorlat megvalósításának más módjai is lehetségesek.

A. Kék cédulák a bírójelöltek számára

A szenátori kék cédula olyan alkotmányos norma, amely a huszadik század eleje óta megvalósítja a Tanácskozási és egyetértési klauzulát¹⁶⁹, valamint a hatalommegosztás és a föderalizmus értékeit. A szenátus igazságügyi bizottságának gyakorlatáról van szó, amellyel a hazai szenátorok befolyást gyakorolnak a szövetségi bírák kiválasztására.¹⁷⁰ Amikor a szenátus igazságügyi bizottsága egy bírójelöltet mérlegel akár egy körzeti, akár egy kerületi bírósági posztra, a saját állam szenátorai kék cédulákat kapnak, amelyekon jelezhetik jóváhagyásukat vagy elutasításukat. Ez a gyakorlat a szenátus "informális szokása"¹⁷¹, és nincs kodifikálva a szenátus szabályzatában.¹⁷² Az alapvető eljárás - a kék cédula használata a saját állam szenátorai által - az egész feljegyzett fennállása alatt érintetlen maradt. Ennek hatása a bizottság döntésére, hogy a jelöltet a szenátus teljes körű szavazásra bocsátja-e, azonban a különböző bizottsági elnökök esetében változott.

A kék cédula eredete homályos. A kevés levéltári tanulmány a gyakorlatot olyan régre datálja, hogy 1913, az első megerősített kék cédula a kongresszusban^{65th} jelent meg a The 1917.¹⁷³ best

¹⁶⁹ "Az elnök . . . a szenátus tanácsára és beleegyezésével... a Legfelsőbb Bíróság bíráit és az Egyesült Államok minden más tisztségviselőjét." U.S. CONST. art. II, § cl2., 2.

¹⁷⁰ A szenátusi kék szelvények különböznek a képviselőházi kék szelvényektől. A képviselőházi blue-slips az Alkotmány I. cikkének 7. szakaszán alapul - a keletkezési záradékon -, amely kimondja, hogy "Minden bevétel növelésére irányuló törvényjavaslat a képviselőházból származik". James V. Saturno, *The Origination Clause of the U.S. Constitution: Interpretation and Enforcement*, CONG. RES. SERV. 9 (2011. március 15.), <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL31399.pdf>. Az ebben a dokumentumban szereplő kék cédulák - eltérő jelzés hiányában - kizárólag a szenátusra vonatkoznak.

¹⁷¹ A tudósok a "szenátori udvariasság" szélesebb körű hagyományához kapcsolták. Brandon Denning például a kék cédulát "a szenátusi igazságügyi bizottság által a "szenátori udvariasság" intézményesítésének eredményének" nevezte. Brandon Denning, *The 'Blue Slip': Enforcing the Norms of the Judicial Confirmation Process*, 10 WM. & MARY BILL RTS. J. 75, 76 (2001). A szenátori udvariasság olyan informális gyakorlatok összességére utal, amelyek a szenátorok közötti, valamint a szenátus és az elnök közötti interakciókat alakítják. Akár a "blue-slips" a szenátori udvariasság egyik formájának tekinthető - ahol a végrehajtó tisztelete átlépi a pártvonalakat -, akár egy teljesen különálló gyakorlatnak, attól még konvencióknak számítanak.

¹⁷² *Rules of the Senate*, U.S. SENATE, <https://www.rules.senate.gov/rules-of-the-senate> (utolsó hozzáférés: 2019. aug. 10., aug. 10.). ¹⁷³ Lásd Sarah Binder, *Where Do Institutions Come From? Exploring the Origins of the Senate Blue Slip*, Stud21. Am. Dev. 1, 7-8 (2007) (megjegyezve, hogy a 63rd. kongresszus kezdetén, 1913-ban "rutinszerűvé

2021. március 3-i

tervezet

vált" a saját állam szenátorainak megkeresése a bírói kinevezésekkel kapcsolatban); Mitchell Sollenberger, *The History of the Blue Slip in the Senate Committee on the Judiciary, 1917-Present*, CONG. RES. SERV. 5 (200322., október) <https://www.everycrsreport.com/reports/RS21674.html>. Binder 1913-as datálását követem, mivel ő az egyetlen tudós, aki nyomon követte a szenátus igazságügyi bizottságának végrehajtói jegyzékében a hazai szenátorok kérését - és nem csak a kék cédulát mint meghatalmazást. Binder a 7.

Sarah Binder beszámolója azt sugallja, hogy először a szenátusban a bizonytalanság csökkentésére szolgáló eszközként, koordinációs eszközként jelent meg.¹⁷⁴ Az 1910-es évek a kongresszusi munkaterhelés "robusztus intézményesülésének és formalizálásának időszaka volt". A kék cédula párton kívüli volt - a hazai állami szenátorok bármelyik pártból kerülhettek ki -, és illeszkedett az egységes kormány elképzeléséhez, amely megpróbált egy "világos nyilvántartást készíteni a hazai állami szenátorok véleményéről a függőben lévő jelölésekkel kapcsolatban. . a megerősítés megkönnyítése érdekében".¹⁷⁵

Bár a kék cédula talán a jelölési folyamat hatékonyabbá tételére tett kísérletként indult, végül konstitutív normává vált. James Eastland szenátor adta meg a kék cédula modern formáját. Eastland előtt egy negatív kék cédula önmagában nem vezetett a jelölés elvesztéséhez.¹⁷⁶ Amikor azonban Eastland 1956-ban az igazságügyi bizottság elnöke lett, a kék cédulát vétójoggá változtatta: a bizottság nem léphetett tovább a jelölés ügyében, ha mindkét szenátor nem adott pozitív kék cédulát. Eastland okai nem világosak, hogy miért fogadta el ezt a politikát,¹⁷⁷ de utódai

¹⁷⁴ Binder, *Supra* note at 172,1.

¹⁷⁵ *Id.* 10.

¹⁷⁶ Barry J. McMillion, *The Blue Slip-Process for U.S. Circuit and District Court Nominations*, CONG. RES. SERV. 3 (2017. október 2.), <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44975.pdf>. A negatív blue slipok ebben az időszakban még mindig súlyt képviseltek, de nem akadályozták meg, hogy a jelölt a szenátus elé kerüljön. Például 1917-ben Thomas W. Hardwick szenátor kifogásolta U. V. Whipple-nek a Georgia déli körzetébe történő jelölését, mint "személyesen sértő és kifogásolható", és bár Whipple túljutott a bizottságon, a szenátus leszavazta. Alex Seitz-Wald, *The Dubious Century-Old U.S. Senate 'Blue Slip' Custom May Finally End*, NBC NEWS (Oct. 2017), <https://www.nbcnews.com/politics/congress/dubious-century-old-u-s-senate-blue-slip-custom-may-n810571>.

Hasonlóképpen, Paul Douglas szenátor kifogásai Truman elnök - aki szintén demokrata párti volt - két kerületi bírósági kinevezése ellen 1951-ben oda vezettek, hogy a bizottság Douglas mellé állt, de a jelöléseket mégis a szenátus elé terjesztette, ahol szintén elutasították őket. Ez egy különösen figyelemre méltó 1956 előtti példa, mivel Douglas következetesen támogatta Truman elnök törvényhozási programját. SHELDON GOLDMAN, *PICKING FEDERAL JUDGES: LOWER COURT SELECTION FROM ROOSEVELT TO REAGAN (751999)*.

¹⁷⁷ Gyanítom, hogy Eastland a *Brown v. Board of Education* ügy nyomán igyekezett ellenőrizni a bírói kinevezéseket, 347

USA (4831954). Először is, vezető polgárjogi csoportok, köztük a Színes Emberek Előrehaladásáért Országos Szövetség (NAACP) és az Amerikaiak a Demokratikus Akcióért (ADA) közvetlenül kérvényezték Lyndon B. Johnson akkori szenátort, hogy hagyjon fel a szolgálati idő szabályával, amely Eastlandnek adta a bizottság irányítását az előző elnök, Kilgore szenátor halála után. ROBERT CARO, *LYNDON B. JOHNSON ÉVEI: A SENÁTUS URA 783* (2003). Másodszor, Eastland hevesen ellenezte a polgárjogi törvényeket, és eljárási manőverekkel küzdött ellenük a szenátusban. *Id.* at 875842., 903 (dokumentálva Eastland erőfeszítéseit az 1957-es polgárjogi törvény készletelésére és meghiúsítására). *Lásd még Ex-Sen. James Eastland, 81; Longtime Power on Capitol Hill*, SOUTH FLORIDA SUN-SENTINEL (198620., február), <https://www.sun-sentinel.com/news/fl-xpm-1986-02-20-8601110440-story.html> (leírja, hogy Eastland arra használta elnöki tisztségét, hogy "harcoljon a polgárjogi törvényjavaslatok ellen és alkudozzon szövetségi bírói kinevezésekért"); *Former Senator James Eastland Dead At 81*, ASSOC. PRESS (Feb. 19, 1986), <https://www.apnews.com/9fd56f6ae01be90f19d97f4fe264b64c> (kifejtve, hogy "[m]ost of the important civil rights laws were adopted only by parliament maneuvers to get around Eastland's scommittee"); *James O. Eastland Collection*

,Univ.Miss.,<http://clio.lib.olemiss.edu/cdm/landingpage/collection/eastland> (Utolsó látogatás 201912., aug.) (beszámol arról a felfogásról, hogy Eastland igazságügyi elnöki tisztsége miatt a testület "a polgárjogi törvényhozás temetőjeként" vált ismertté). Végül Eastland arra használta elnöki pozícióját, hogy alkudozzon a liberális elnöki adminisztrációkkal a bírói kinevezésekről. Eastland a leghíresebb, hogy ellenezte, hogy Kennedy elnök Thurgood Marshall akkori ügyvédet jelölje a Második Kerületi Bíróságra. Egy korabeli beszámoló szerint Eastland úgy alkudozott Marshall kinevezéséről, hogy azt mondta Robert Kennedy igazságügyi miniszternek: "Mondd meg a bátyádnak, hogy ha nekem adja Coxot, én odaadom neki a ***** címet". Robert Shogan, *Ex-Mississippi szenátor Eastland életkorában 81 elhunyt*. L.A. TIMES (198620., február),

2021. március 3-i

tervezet

<https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1986-02-20-mn-9797-story.html>. Annak ellenére, hogy demokrata volt, Eastland polgárjogi ellenállása miatt "könnyebb volt [számára] támogatni a republikánus elnökök politikáját és kinevezettjeit, mint a liberálisabb demokrata főnökökét". *Id.* Marshallt végül 1962-ben 54-16 arányban megerősítették, de csak "rendkívüli tizenegy hónapos késedelemmel", és Eastland 1967-ben ismét ellenezte Marshallt, amikor a Legfelsőbb Bíróságra jelölték. Linda S. Greene, *The Confirmation of Thurgood Marshall to the United States (Thurgood Marshall megerősítése az Egyesült Államokban)*.

bebetonozta azt. Az elnökök prioritásaiktól és a tágabb ideológiai légkörtől függően kiigazították a gyakorlatot, miközben megtartották annak alapvető formáját. Kennedy szenátor rövid időre visszaállította a kék cédula 1956 előtti erejét¹⁷⁸, hogy a Carter-elnökség idején több kisebbségit, nőt és liberálist juttasson be a szövetségi bírói székbe,¹⁷⁹ de a 100th. kongresszustól a jelenlegi 116.th kongresszusig a kék cédula a szenátusi igazságügyi politika szerves része maradt.

Történelmileg a szenátorok három különböző *alkotmányos* alapra hivatkoztak a norma igazolására: a tanácsadási és egyetértési klauzulára,¹⁸⁰ a hatalmi ágak szétválasztására és a föderalizmusra. Paul Douglas illinois-i szenátor a Truman elnökkel vívott jelölési harc során az egyik legvilágosabb nyilatkozatot adta a kék cédulák és a mögöttes alkotmányos szöveg és elv közötti vélt kapcsolatról. Először is Douglas ragaszkodott ahhoz, hogy az alapításkori viták világossá tették, hogy "a "a szenátus tanácsával és beleegyezésével" kifejezést nem volt szándékában könnyelműen értelmezni".¹⁸¹ Douglas értelmezése szerint a történelem azt mutatta, hogy a Tanácsadás és beleegyezés klauzula egy "viszonylag késői ... kompromisszum" volt, amelyben "a szenátusnak aktív szerepet kellett játszania a szövetségi bírák kiválasztásában".¹⁸² A kék cédula tehát megvalósította az Advice and Consent-et, segítve a Szenátus "aktív szerepét". Későbbi szenátorok ugyanezeket az állításokat próbálták meg. Obama második ciklusa alatt Patrick Leahy szenátor kifejezetten az alkotmány szövegére hivatkozott. Olyan nyelvezetben, amely látszólag szinte megismételte a konstitutív norma meghatározását, Leahy azt állította, hogy a kék cédulák "segít[nek] az alkotmányos 'Advice and Consent' megvalósításában".¹⁸³ Orrin Hatch szenátor pedig gyakorlatilag ugyanebben az időben azt állította, hogy a kék cédula segített "az értelmes 'tanácsadás és beleegyezés' valósággá tételében".¹⁸⁴

Másodszor, Douglas a hatalmi ágak szétválasztására hivatkozva védte a kék cédulát. Tekintettel az igazságszolgáltatásnak a politikai ágak közötti "súlyos és alapvető viták döntőbírájaként" betöltött szerepére, a kék cédula segítette a hatalom megosztását a politikai ágak között.¹⁸⁵ Harmadszor, Douglas és későbbi szenátorok azt szorgalmazták, hogy a

Legfelsőbb Bíróság, 6 HARV. BLACKLETTER J. 27, 49 n. 222 (1989). Végül Eastland támogatót egy 1964-es javaslatot az Ötödik Körzet kettéosztásáról, ami két új bírói posztot adott volna Mississippinek, amelyek felett ő maga gyakorolhatott volna kék vétót. *Split-Court Plan Vexes Judges*, N.Y. TIMES (1964. május), <https://www.nytimes.com/1964/05/16/splitcourt-plan-vexes-us-judges.html>. A terv meghíúsult. Lásd még Mitchel A. Sollenberger, *A kék cédula: A Theory of Unified and Divided Government, 1979-2009*, 37 CONG. & PRESIDENCY (125,2010129) (Eastland életrajzára támaszkodva összekapcsolja a kék csúszást a polgárjogokkal szembeni ellenségességével).

¹⁷⁸ Lásd MITCHEL A. SOLLENBERGER, JUDICIAL APPOINTMENTS AND DEMOCRATIC CONTROLS (1002011).

¹⁷⁹ Ryan C. Black, Anthony J. Madonna & Ryan J. Owens, *Képesítés vagy filozófia? A kék cédulák használata egy polarizált korszakban*, PRESID44. STUD. Q. 294 290,n. 8 (2014). Lásd még Sollenberger, *supra* note at (176,132dokumentálva, hogy Kennedy szenátor Harry Byrd szenátor negatív kék cédulája ellenére továbblépett James E. Sheffield afroamerikai ügyvéd jelölésével egy nyugat-virginiai kerületi bírósági székre).

¹⁸⁰ "Az elnök . . .a szenátus tanácsára és beleegyezésével... a Legfelsőbb Bíróság bíráit és az Egyesült Államok minden más tisztségviselőjét." U.S. CONST. art. II, § c1., 2.

¹⁸¹82 CONG. REC. S12,838 (napi kiadás, 1951., október) (Douglas szenátor nyilatkozata).

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ Patrick Leahy, *"Blue Slips" Help Make Constitutional "Advice and Consent" A Reality*, U.S. SEN. PATRICK LEAHY OF VERMONT (2014. április 7.), <https://www.leahy.senate.gov/press/blue-slips-help-make-constitutional-advice-and-consent-a-reality>.

¹⁸⁴ Orrin Hatch, *Protect the Senate's important 'advice and consent' role*, THE HILL (2014.11. ápr.), <https://thehill.com/opinion/op-ed/203226-protect-the-senates-important-advice-and-consent-role>.

¹⁸⁵ 82 CONG. REC. S12,838 (napi kiadás, 1951. október 9.) (Douglas szenátor nyilatkozata). Richard M. Russell szenátor egy évvel Douglas előtt közel azonos érveket hozott fel, amikor elutasította M. Neil Andrews jelölését egy

2021. március 3-i

tervezet

georgiai kerületi bíróságra. Fenntartotta, hogy a szenátori udvariasság és a kék cédula figyelmen kívül hagyása "az egyes szenátorok jogait és a szenátus mint koordinált kormányzati ág méltóságát sértő intézkedésnek minősül. Ellentétes a szokásokkal, és szembe megy a szenátus alkotmányos hatáskörével". 81 CONG. REC. S12, (108daily ed. Aug. 19509,) (statement of. Sen. Russell).

a kék cédula fontos föderalista értékeket testesít meg. "Bármilyen kiváló is [az elnök] általános ismeretei" - állította Douglas - "[ő] nem rendelkezik olyan részletes ismeretekkel egy adott állam bírúinak képzettségéről, háttéréről és előéletéről... mint az adott állam szenátorai".¹⁸⁶

Douglas után a szenátorok hasonló érveket hoztak fel a föderalizmusból. Kennedy szenátor például még a kék cédulával való bíbelődés közben is elismerte a saját államának szenátorai különleges szerepét a kinevezési folyamatban: "Az [alacsonyabb szövetségi] bíróságokba történő kinevezések az egyes szenátorok számára azért voltak különösen érdekesek, mert a szövetségi bírósági körzeteket az egyes államok határain belül húzzák meg".¹⁸⁷ Ugyanezen a meghallgatáson Paul Laxalt szenátor, aki ellenezte a változtatást, a kék cédulát kevésbé szenátori kiváltsággént, hanem inkább a saját állam szenátorainak "felelősségeként" fogalmazta meg, hogy "államainkon belül kell meghozniuk ezeket a kemény döntéseket".¹⁸⁸

Mivel a kék cédula elavulttá vált, a gyakorlat utolsó árokbeli védekezései ismét a föderalizmusban hangzottak el. A Kaliforniai Kilencedik Körzet egyik jelöltjének ellenzésében Dianne Feinstein és Kamala Harris szenátorok egyaránt hangsúlyozták, hogy a jelölt "nem része Kalifornia jogi közösségének", és hozzátették, hogy "[ő] a keleti parton járt jogi egyetemre, és két szövetségi bírónak volt a hivatalnok". A szenátorok szerint a jelölt "nem ismeri azokat a bonyolult, Kaliforniára jellemző kérdéseket, amelyek rendszeresen a Kilencedik Kerület elé kerülnek".¹⁸⁹

A kék cédula történelmi fejlődése azt mutatja, hogy egyértelműen *kontingens* volt.¹⁹⁰ A kék cédula a kezdeti koordináló konvencióból konstitutív konvencióvá válásától a különböző székek alatti későbbi változatokon át egészen a közelmúltbeli elavulásáig fejlődött. A különböző normavállalkozók¹⁹¹ ideológiáitól és az adott korszak politikai környezetétől függően a kék csúszka ereje változott, amíg a polarizáció tarthatatlanná nem tette.

A kék cédula esetlegességéről az is kiderül, hogy *önkéntes*. A kék céduláról írt különböző nekrológok sokatmondóak, mivel mindkét politikai irányzat kritikusai ünnepelték a halálát. David Lat például kiemelte, hogy több szövetségi bíróra és nagyobb igazságszolgáltatási hatékonyságra van szükség, mivel "a szövetségi bíróságok által tárgyalt ügyek túlnyomó többsége nem politikai jellegű".¹⁹² Kevin Drum pedig a közelmúltbeli fejleményeket a Kongresszusban a határozottabb többségi kormányzás felé vezető "hosszú, görbe út" részének tekintette.¹⁹³

¹⁸⁶82 CONG. REC. S12, (838napi kiadás, 19519., október) (Douglas szenátor nyilatkozata).

¹⁸⁷ *Első ülés a szövetségi bírák kiválasztásáról és megerősítéséről: Meghallgatások az igazságügyi bizottság előtt*, 96. kong. 3 (1979) (Edward M. Kennedy szenátor, az igazságügyi bizottság elnökének nyilatkozata).

¹⁸⁸ *Id. at* (Paul D. Laxalt szenátor 26nyilatkozata).

¹⁸⁹ Dianne Feinstein és Kamala Harris szenátorok, *közös nyilatkozat Daniel Bress kinevezéséről*, UNITED SEN. DIANNE FEINSTEIN Kaliforniai Demokratikus Köztársaságért (2019., jún.), <https://www.feinstein.senate.gov/public/index.cfm/press-releases?id=495F52C1-2247-441F-89A7-A354E0FF9EC1>. A jelöltet, Daniel Bress-t két negatív kék cédula ellenére megerősítették.

¹⁹⁰ Patrick L. Gregory, *Senate Blue Slip Custom 'Essentially Dead,' Feinstein Says*, BLOOMBERG LAW (201928., március), <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/senate-blue-slip-custom-essentially-dead-feinstein-says>.

¹⁹¹ *Lásd Tamir, Supra* note 86.

¹⁹² David Lat, *Good Riddance to Blue-Slips*, N.Y. TIMES (20189., május), <https://www.nytimes.com/2018/05/09/opinion/senate-judicial-nominees-blue-slips.html>.

2021. március 3-i

tervezet

¹⁹³ Kevin Drum, *Blue Slips Are Finally Dead*, MOTHER JONES (2019. február 28.), <https://www.motherjones.com/kevin-drum/2019/02/blue-slips-are-finally-dead>.

Figyelemre méltó, hogy a pozitívumok hangsúlyozása nem jár együtt azzal a feltételezéssel, hogy valami alkotmányos jelentőségű dolog veszett volna el. Ennek a hiánynak van értelme. A kék cédulák csak az "Advice and Consent" klauzula végrehajtásának egyik módját jelentették, és gyenge kapcsolatban álltak a föderalizmus értékeivel. Végül is a fellebbviteli bírák gyakran tárgyalnak különböző államokból származó követeléseket, mivel a körzeti bíróságok több államot foglalnak magukban. A blue slip tehát egy prototipikus alkotmányos norma: egy normatív, esetleges és önkényes gyakorlat, amely az alkotmányos szöveget és elvet valósította meg.

B. Anti Court-Packing

A court-packing-ellenesség nagyjából a normát jelenti a "legfelsőbb bírósági helyek számának manipulálása ellen, elsősorban azért, hogy megváltoztassák a Legfelsőbb Bíróság ideológiai egyensúlyát".¹⁹⁴ A New Deal forradalom tetőpontján született¹⁹⁵ anti court-packing a bírósági függetlenség iránti közel egy évszázados elkötelezettséget valósított meg. Ahogy Grove meggyőzően kimutatta, az anti court-packing egy a számos gyakorlat közül, amely ezt az elvet alkotja.¹⁹⁶ Amikor a politikai ágak tartózkodnak a Bíróság pártpolitikai célú bővítésétől, ezzel a bírói függetlenség iránti tiszteletüket fejezik ki. A bírói függetlenség vitathatatlan alkotmányos elv, még ha pontos tartalma vitatott is. Akár úgy határozzuk meg, mint a politikai hatalmi ágak beavatkozásának tilalmát, akár úgy, hogy a bírói döntéshozatal önmagában politikamentes, ez egyértelműen alkotmányos elv, és kapcsolódik a hatalmi ágak szétválasztásához. A kortársak pedig arra figyelmeztetnek, hogy a norma megsértése "alkotmányellenes" lenne,¹⁹⁷ és egy "félíg-meddig beszennyezett Legfelsőbb Bíróságot" hagyna maga után.¹⁹⁸ A norma védelmezői számára úgy tűnik, hogy a bírói függetlenség a bíróságok felduzzasztásának ellenességét vonja maga után.

A vélt következményesség miatt nehéz belátni, hogy a norma *esetleges és önkényes*. De mint oly sok más norma esetében, az anti court-packing múltja és jelene is tanulságos.¹⁹⁹ Először is, az *esetlegesség*. Az anti court-packing nehezen kivívott, és születése korántsem volt garantált. A konfliktus a

¹⁹⁴ Joshua Braver, *Court-Packing: Egy amerikai hagyomány?* (2020), <https://ssrn.com/abstract=3483927>. Az én beszámolóim itt nem vonja kétségbe Braver tanult érvelését Roosevelt tervének újszerűségéről. A korábbi történelmi epizódok gondos vizsgálatával, amikor a Bíróság méretét megváltoztatták, Braver azt állítja, hogy a "court-packing" hagyománya soha nem létezett. Szembekerül azzal, amit ő a "court-packing standard történelmének" nevez, amely a tizenkilencedik században a court-packing számos esetét emeli ki. *Id.* at 6. Ha Bravernek igaza van, akkor 1937 volt az első alkotmányos összecsapás a court-packinggel kapcsolatban. Ez érintetlenül hagyja azt a koncepcionális érvet, hogy a court-packing-ellenes egyezményt abban a pillanatban kovácsolták össze. Braver ezt elismeri, mivel megjegyzi, hogy Tara Grove érvelése, "miszerint az 1950-es évekig nem volt a court-packing elleni norma ... még mindig érvényes lehet", függetlenül a "sztenderd történelem" hitelességétől. *Id.* at n6. 9.

¹⁹⁵ Alan Brinkley, *Az 1937-es alkotmányos forradalom vitája: Bevezetés*, 110 AM. HIST. REV. 1046 (2005).

¹⁹⁶ Grove, *Supra* note A többi 59.konvenció között szerepel a szövetségi bírósági végzések betartása és a bírói hivatali idő tiszteletben tartása.

¹⁹⁷ Neil Siegel, *The Anti-Constitutionality of Court-Packing*, BALKINIZATION (201926., március), https://balkin.blogspot.com/2019/03/the-anti-constitutionality-of-court_36.html.

¹⁹⁸ Braver, *supra* note at 181,49.

¹⁹⁹ A bírósági válságnak is van egy lenyűgöző másodlagos munkája. Ez a rész elsősorban a válság 1937 kialakulásának és idővonalának négy fő beszámolójából merít. *Lásd:* WILLIAM LEUCHTENBURG, *The Origins of Franklin*

D. Roosevelt "Court-packing" terve, in SUPREME COURT REBORN: THE CONSTITUTIONAL REVOLUTIONAL IN THE AGE

2021. március 3-i

tervezet

OF ROOSEVELT 82 (1995); WILLIAM LEUCHTENBURG, *FDR's "Court-packing" Plan, in* SUPREME COURT REBORN: THE CONSTITUTIONAL REVOLUTIONAL IN THE AGE OF ROOSEVELT 132 (1995); MARIAN C. MCKENNA, FRANKLIN ROOSEVELT ÉS A NAGY ALKOTMÁNYOS HÁBORÚ: THE COURT-PACKING CRISIS OF 1937 (2002); JEFF SHESOL, SUPREME POWER: FRANKLIN ROOSEVELT VS. A LEGFELSŐBB BÍRÓSÁG (2010).

Bíróságnak hosszú távú és közvetlen okai is voltak. Hosszú távon nézve az 1937-es események nem meglepőek. Az igazságszolgáltatás bírálata már az 1890-es években is gyakori volt az amerikai baloldal különböző csoportjaiban.²⁰⁰ A felháborodás e korai fellángolását a munkaügyi reformokat és az újraelosztó törvényeket érvénytelenítő bírósági döntések táplálták.²⁰¹ A hullámzások ellenére²⁰² a szocialista ügyvédől és a sikertelen bírójelölt Louis B. Boudintól²⁰³ kezdve az intézményesült figurákig, mint Roscoe Pound²⁰⁴ és Felix Frankfurter²⁰⁵, mindenki kifejezte csalódottságát a konzervatív bírói karral szemben.

A tudományos kommentárok mellett komoly politikai javaslatok is elhangzottak, amelyeket a munkáspártiak, a populisták és a progresszívek koalíciója támogatott, akik mindannyian bírálták a bíróságokat.²⁰⁶ Ezek a javaslatok magukban foglalták az állami bírák visszahívását,²⁰⁷ a munkaügyi tiltó rendelkezés eltörlését és egy olyan alkotmánymódosítást, amely lehetővé tenné a szövetségi bírák kongresszusi felülbírálását.²⁰⁸ Az 1937-ben összefutó politikai, társadalmi és intellektuális áramlatok tehát egy alternatív narratívát sugallnak, amely akkor alakulhatott volna ki, ha Roosevelt "megnyerte volna" a csatát, a háborúval együtt: a New Deal fontos részeinek felborításával a bíróság túl messzire ment, és egy kellő politikai akarattal felvértezett elnök megvalósított egy fél évszázada készülő álmodat, a demokrácia visszaszerzését a jogászsággal szemben.

Mindenesetre Roosevelt udvarrendezési terve - ha szűken is, de - politikai baklövések, ellenfelei ravasz manőverei és a puszta véletlen miatt megbukott. Az alapvető idővonal a következő.

²⁰⁰ A "baloldal" kifejezést az amerikai politikai spektrum szélesebb skálájának megragadására használom, mint a "progresszív" kifejezést. Amint azt a több mint fél évszázados történettudomány kimutatta, a progresszívek az amerikai társadalom különböző elemeiből származó reformerek sokszínű és gyakran lazán szervezett csoportját alkották, akiket az iparosodás társadalmi, politikai és gazdasági következményei aggasztottak. A mozgalom belső sokszínűsége és a különálló intézményi forma hiánya megnehezíti, hogy hagyományos értelemben "baloldalinak" nevezzük (végül is voltak republikánus progresszívek is), vagy hogy az igazságszolgáltatás-ellenes érzelmek gyűjtőfogalmaként használjuk. Arthur S. Link, *What Happened to the Progressive Movement in the 1920s?* 64 AM. HIST. REV. 833 (1959). *Lásd pl.*, Robert H. Wiebe, *The Search for Order, 1877-1920* (1967) (a progresszíveket az Egyesült Államoknak a lokalizmusból a szervezett, ipari társadalomba való szélesebb körű átalakulásában helyezi el); David M. Kennedy, *Overview: the Progressive Era*, HISTORIAN (374531975); Daniel T. Rodgers, *In Search of Progressivism*, 10 REV. AM. HIST. 113 (1982). A történészek megjegyzték a New Deal számos adósságát a progresszizmusnak. *Lásd pl.* RONALD L. FEINMAN, TWILIGHT OF PROGRESSIVISM: THE WESTERN REPUBLICAN SENATORS AND THE NEW DEAL (1981); RICHARD HOFSTADTER, THE AGE OF REFORM: BRYANTÓL AZ FDR-IG (1955); OTIS GRAHAM, ENCORE FOR REFORM: (1967).

²⁰¹ A bírósági válságok a köztársaság kezdete óta rendszeres jellemzői az amerikai politikának. Stuart S. Nagel, *Court- Curbing Periods in American History*, VAND18. L. REV. 925 (1965). Ami talán megkülönbözteti őket, az 1937a hosszabb előzmény, amelynek során az igazságszolgáltatással szembeni elégedetlenség az ország politikai szótárának részévé vált.

²⁰² *Lásd* Melvin Urofsky, *Mítosz és valóság*: (531983) (megjegyezve, hogy a Fehér Bíróság az 1910-es években vonakodva fogadta el a kormányzat nagy szerepét). ²⁰³ Louis B. Boudin, *Government by Judiciary*, POL26. SCI. Q. (238,1911238,264) (figyelmeztetés, hogy a bírói felülvizsgálat "a "bírói despotizmus" állapotába" taszította a nemzetet).

²⁰⁴ Roscoe Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, 29 A.B.A. REP. 395 (1906) (szorgalmazza, hogy a bírói doktrína nyitottabb legyen, jobban reagálva a közvéleményre).

²⁰⁵ Felix Frankfurter naplóbejegyzése (1911. október 27.), *in* FROM THE DIARIES OF FELIX FRANKFURTER, 113 (Joseph P. Lash szerk., 1975) (a bírói kar "a legaljasabb és legönzőbb erőnek nevezi az igazságos reformoknak való ellenállást és a közvélemény visszaéléseinek fenntartását törvényeink igazgatásában").

2021. március 3-i

tervezet

²⁰⁶ WILLIAM G. ROSS, A MUTED FURY: POPULISTS, PROGRESSIVE, AND LABOUR UNIONS CONFRONT THE COURTS, 1890-1937 28-29 (1994).

²⁰⁷ Stephen Stagner, *The Recall of Judicial Decisions and the Due Process Debate*, 24 AM. J. LEGAL HIST. 257, 258 (1980).

²⁰⁸ *Lásd* DAVID P. THELEN, ROBERT M. LA FOLLETTE AND THE INSURGENT SPIRIT 172-73 (1976); NANCY C. UNGER, BOB LA FOLLETTE HARCA: AZ IGAZSÁGOS REFORMER 289-90 (2000).

ismert.²⁰⁹ A liberális állami és szövetségi jogszabályokat megsemmisítő döntésekre válaszul²¹⁰ Rooseveltt februárban benyújtotta a "bírói eljárások reformjáról szóló törvényjavaslatot", és a harc egészen júliusig tartott, amikor végül engedett, miután Roberts bíró a *West Coast Hotel Co. kontra Parrish* ügyben "váltott".²¹¹ Több tényező is összeesküdött a terv elsüllyesztése érdekében. Először is, Rooseveltt tévedett, amikor a tervet úgy fogalmazta meg, mint a fantom ügyiratok zsúfoltságára adott választ.²¹² Még az elfuserált átadás és a törvényjavaslat motivációinak helyreigazító őszintesége után is a közvélemény egyenlően oszlott meg a törvényjavaslat mellett és ellen.²¹³ Másodszor, Rooseveltt ellenfelei, különösen az igazságszolgáltatásban, többféle módon is ellenezték a tervét. Charles Evans Hughes főbíró, aki maga is kiváló politikus volt, levélben fordult a szenátus igazságügyi bizottságához, amelyben az ügyiratok zsúfoltságát szemfényvesztésnek tüntette fel; Van Devanter²¹⁴ bíró - egy konzervatív bíboros - nyugdíjba vonult,²¹⁵ és végül Roberts bíró csatlakozott a négy liberálishoz a *Parrish* ügyben. Még ezekkel a lépésekkel együtt is életképes volt azonban egy kompromisszumos törvényjavaslat²¹⁶, amely Rooseveltt javára billentette volna a Bíróságot, még a nyár folyamán is. A szöveget a közmondásos koporsóba Joe Robinson szenátusi többségi vezető júliusi halála verte be, aki magával vitte az elfogadás minden esélyét.²¹⁷

Rooseveltt terve tehát a közvélemény és a kongresszus termeiben vesztett, de az elvi fórumon nem. A meggondolatlan döntéstől kezdve, hogy a bíróságok összepakolását egy nem létező probléma megoldásaként állították be, a bírói megszorításokon át Hughes főbíró ügyes politizálásáig, a bíróságok összepakolása az ügyesség és a szerencse keverékének köszönhető születését. És egy szó szerinti isteni tette - Robinson halálára - volt szükség ahhoz, hogy létrejöjjön. A mai normánk, bár tartós és tisztelt, már a kezdetektől fogva *esetleges* volt. És ahogy az gyakran előfordul, egy egyezménynek jobb, ha szerencsés, mint ha jó.

²⁰⁹ *Lásd a fenti megjegyzést 198.*

²¹⁰ Nem egyetlen ügy, hanem inkább egy nagyszámú ügy győzte meg Rooseveltt és főállamügyészét, Homer Cummingsot, hogy bírósági csomagolást folytasson. Ezek közé tartozott a *Panama Refining Co. kontra Ryan*, 293 U.S. 388 (1935); *Norman kontra Baltimore & Ohio Railroad Co.*, 294 U.S. 240 (1935); *Egyesült Államok kontra Bankers Trust Co.*, 294 U.S. 240 (1935); *Nortz kontra Egyesült Államok*, U294.S. (3171935); *Perry kontra Egyesült Államok*, U294.S. (3301935); *A.L.A. Schechter Poultry Corp. kontra Egyesült Államok (1935)*; *A.L.A. Schechter Poultry Corp. kontra Egyesült Államok (1935)*.

States, U295.S. (3301935); *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*, U295.S. (5551935); *Humphrey's Executor v. Egyesült Államok*, U295.S. (6021935); *Egyesült Államok kontra Butler*, U297.S. (11936); *Carter kontra Carter Coal Co.*, U298.S. (2381936); *Morehead kontra New York ex. Rel. Tipaldo*, U298.S. (5871936).

²¹¹ 300 U.S. 379. A vezető történeti beszámolók hangsúlyozzák, hogy Roberts "váltása" 1936 végén történt, a bíróságok összepakolásának tervét megelőző bírói konferencia során. *Lásd pl.* BARRY CUSHMAN, *RETHINKING THE NEW DEAL COURT: THE STRUCTURE OF A CONSTITUTIONAL REVOLUTION* (1998); Richard Friedman, *Switching Time and Other Thought Experiments: The Hughes Court and Constitutional Transformation*, U142. PA. L. REV. 1891,1950 (1994). Felix Frankfurter számára Roberts váltásának időzítése a Bíróság függetlenségének bizonyítéka volt. Felix Frankfurter, *Mr. Justice Roberts*, U104. PA. L. REV. 311 (1955). És a későbbi támadások ellenére Roberts *Tipaldo* és *Parrish* ügyekben hozott döntéseit magyarázó 1945.feljegyzésének hitelessége továbbra is sértetlen. Richard Friedman, *A megerősítés: The Authenticity of the Roberts Memorandum, or Felix the Non-Forger (Justices Felix Frankfurter and Owen J. Roberts)*, 142 U. PA. L. REV. 1985 (1994). E cikk érvelése szempontjából kevésbé fontos az a tény, hogy a "váltás" néhány héttel a bírósági csomagolási terv bejelentése előtt történt, mint az a tény, hogy *Parrish* más eseményekkel együtt aláírta Roosevelttnek a Bíróság reformja melletti érvelését.

²¹² SHESOL, *supra* note at 198,325.

²¹³ *Id.* 330-31.

²¹⁴ JAMES F. SIMON, *FDR & CHIEF JUSTICE HUGHES: AZ ELNÖK, A LEGFELSŐBB BÍRÓSÁG ÉS AZ EPIKUS CSATA AZ ÚJ MEGÁLLAPODÁSÉRT* (3902012).

2021. március 3-i

tervezet

²¹⁵ SHESOL, *Supra note*, 198,446-48.

²¹⁶ *Lásd* William E. Leuchtenburg, *FDR's Court-Packing Plan: A Second Life, A Second Death*, DUKE1985 L. J. (1985)673.

²¹⁷ Robinson valószínűleg már június közepén is rendelkezett a kompromisszumos törvényjavaslathoz szükséges szavazatokkal. SHESOL, *Supra note*, 198,474-76. o.

De vajon a bíróságok ellenes pakolás *önkéntes*? Gyakran ezt a feltételt a legnehezebb teljesíteni, különösen akkor, ha egy gyakorlatot olyan sokáig társítottunk egy elvhez, mint a bíróságok összepakolásának megakadályozását a bírói függetlenséghez. Még inkább így van ez, amikor a kettő közötti határvonal olyan közvetlen, hogy az már-már deduktívnak tűnik. Amint azonban a bíróságok összepakolása melletti reneszánsz érvek mutatják, a változó politikai feltételek segíthetnek megkérdőjelezni a bevett igazságokat. A Garland bíró jelölésével kapcsolatos meghallgatások megtagadásától kezdve a Brett Kavanaugh megerősítése körüli elkeseredett csatáig az igazságügyi reform ismét komolyan foglalkoztatja a jogi liberálisokat. Ez a növekvő érdeklődés különböző formákat öltött, beleértve a Legfelsőbb Bíróság ügyrendjének megváltoztatására, joghatóságának ²¹⁸ megszüntetésére, a hivatali időkorlátok²²⁰ és a szavazási szabályok ²¹⁹ meghatározására,²²¹ sőt a Bíróság kibővítésére irányuló javaslatokat is.²²²

²¹⁸ Lásd pl. Jack Balkin, *Constitutional Rot Reaches the Supreme Court*, BALKINIZATION (Oct. 20186.), <https://balkin.blogspot.com/2018/10/constitutional-rot-reaches-supreme-court.html>; *Reforming the Court*, NEW AMERICA (Oct. 201825.), <https://www.newamerica.org/political-reform/events/reforming-court>.

²¹⁹ Lásd pl. Samuel Moyn, *Resisting the Juristocracy*, BOSTON REVIEW (2018. október 5.), <http://bostonreview.net/law-justice/samuel-moyn-resisting-juristocracy>; Eric Segall, *Yes, It's Time to Reform the Supreme Court-but not for the Wrong Reasons*, SALON (2018. december 4.), <https://www.salon.com/2018/12/04/its-time-to-reform-the-supreme-court-but-not-for-the-wrong-reasons>.

²²⁰ Lásd pl. Bruce Ackerman, *Trust in the Justice of the Supreme Court Is Waning. Here Are Three Ways to Fortify the Court*, L.A. Times (201820., dec.), <https://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-ackerman-supreme-court-reconstruction-20181220-story.html>; Ian Ayres & John Fabian Witt, *Democrats Need a Plan B for the Supreme Court. Here's One's One Option*, WASH. POST (2018. július 27.), https://beta.washingtonpost.com/opinions/democrats-need-a-plan-b-for-the-supreme-court-heres-one-option/2018/07/27/4c77fd4e-91a6-11e8-b769-e3fff17f0689_story.html; Stephen

L.Carter, *The Supreme Court Needs Term Limits*, BLOOMBERGOPINION (6.2018.okt.), <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-10-06/kavanaugh-confirmation-supreme-court-needs-term-limits>; William A. Galston, *A Few Steps Toward a Steadier U.S. Politics*, WALL STREET J. (20182., okt.), <https://www.wsj.com/articles/a-few-steps-toward-a-steadier-u-s-politics-1538519840>; Mehdi Hasan, *Eight Steps to Fix American Democracy*, New Statesman America (2018. nov.), <https://www.wsj.com/articles/a-few-steps-toward-a-steadier-u-s-politics-1538519840>; Mehdi Hasan, *Eight Steps to Fix American Democracy*, New Statesman America (2018. nov.), <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-10-06/kavanaugh-confirmation-supreme-court-needs-term-1,2018>, <https://www.newstatesman.com/world/north-america/2018/11/eight-simple-steps-fix-american-democracy>; Sean Illing, *The Case for Abolishing the Supreme Court*, VOX (12.2018. okt.), <https://www.vox.com/2018/10/12/17950896/supreme-court-brett-kavanaugh-alkotmány>; Michael Klarman, *Why Democrats Should Pack the Supreme Court*, TAKE CARE BLOG (Oct 15, 2018), <https://takecareblog.com/blog/why-democrats-should-pack-the-supreme-court>; Extra Klein, *Ruth Bader Ginsburg and the Case for 18-Year Supreme Court Terms*, VOX (2018. dec.26.), <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/12/26/18155093/ruth-bader-ginsburg-supreme-court-term-limits>; David Leonhardt, *The Supreme Court Needs Term Limits*, N.Y. TIMES (201818., szept.), <https://www.nytimes.com/2018/09/18/opinion/columnists/brett-kavanaugh-supreme-court-term-limits.html>; Melissa Heelan Stanzione, *Kavanaugh Saga Amplifies Call for Supreme Court Term Limits*, BLOOMBERG LAW (201813., okt.), <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/kavanaugh-saga-amplifies-call-for-supreme-court-term-limits>.

²²¹ Lásd pl. Samuel Moyn, *Resisting the Juristocracy*, BOSTON REVIEW (2018. október 5.), <http://bostonreview.net/law-justice/samuel-moyn-resisting-juristocracy>; Jed Shugerman, *Balanced Checks*, SLATE (201220., június), <https://slate.com/news-and-politics/2012/06/supermajority-voting-on-the-supreme-court.html>.

²²² Lásd pl. Ian Ayres & John Fabian Witt, *Democrats Need a Plan B for the Supreme Court. Here's One's One Option*, WASH. POST (2018. július 27.), https://beta.washingtonpost.com/opinions/democrats-need-a-plan-b-for-the-supreme-court-heres-heres-one-option/2018/07/27/4c77fd4e-91a6-11e8-b769-e3fff17f0689_story.html; Jamelle Bouie, *Dühösek Kavanaugh és Gorsuch miatt? The Best Way to Get Even Is to Pack the Court*, N.Y. TIMES (2019. szeptember 17.), <https://www.nytimes.com/2019/09/17/opinion/kavanaugh-trump-packing-court.html>; Zach Carter, *Hey, Democrats: Pack the Court*, HUFFINGTON POST (201827., június), https://www.huffpost.com/entry/hey-democrats-pack-the-court_n_5b33f7a8e4b0b5e692f3f3d4; E.J. Dionne, Jr., *We Need To Stay Angry About Kavanaugh*, WASH. POST (2018. október 7.),

2021. március 3-i

tervezet

https://beta.washingtonpost.com/opinions/we-need-to-stay-angry-about-kavanaugh/2018/10/07/8385ec9e-ca5c-11e8-920f-dd52e1ae4570_story.html?noredirect=on;

Daniel Epps & Ganesh Sitaraman, *How to Save the Supreme Court*, VOX (2018. okt. 10.), <https://www.vox.com/the-big-idea/2018/9/6/17827786/kavanaugh-vote-supreme-court-packing>; Mehdi Hasan, *Pack the Supreme Court*, THE INTERCEPT (2018. szept. 30.), <https://theintercept.com/2018/09/30/pack-the-supreme-court>; Michael Klarman, *Why Democrats Should Pack the Court*, TAKE CARE BLOG (2018. okt.), <https://takecareblog.com/blog/why-democrats-should-pack-the-supreme-court>; Scott Lemieux, *Democrats*: New Republic (május).

Ha a bíróságok összepakolásának ellenzése azért maradt fenn, mert az általa tükrözött ágazatközi alku elviselhető volt, akkor a bíróságok összepakolása melletti érvek újbóli felbukkanása arra utal, hogy a bíróságok összepakolása mellett érvek újbóli felbukkanása arra utal, hogy a kompromisszum kevésbé vonzóvá vált. Ennek a gondolkodásnak az egyik kiemelkedő vonulata nyíltan pártos. Feltételezi, hogy a Bíróság ugyanolyan politikai, mint bármelyik másik ág, és a bíróságok összevonását a konzervatív bírói hatalom korrekciójaként indokolja.²²³ Azzal, hogy a bírói függetlenséget pusztán ideológiaként utasítja el, a bíróságok összevonása ellen irányuló törekvéseket a gyökerénél támadja.

Az önkényesség meglátásához azonban egy második nézőpont sokkal megvilágítóbb. Daniel Epps és Ganesh Sitaraman közelmúltbeli bírósági reformjavaslatai jól példázzák ezt az álláspontot. Mind a "legfelsőbb bírósági lottó", mind a "kiegyensúlyozott bírói szék" - közvetlenül vagy a választható bírák listájának bővítésével bővítené a bíróságot.²²⁴ Terveiket "keménykezű eszközökként" tálalják, amelyek "anti-keménykezű célokat" szolgálnak, és amelyek "csökkentenék a politikai viták hőmérsékletét".²²⁵ A "kiegyensúlyozott bírói testület" megközelítést különösen úgy állítják be, mint egy olyan kísérletet, amely "visszahozza a nem szigorúan pártos Legfelsőbb Bíróság lehetőségét", és olyan bírakat emel fel, akik "a méltányosság, a függetlenség és a centrizmus hírében állnak".²²⁶

Javaslatuk azért érdekesek, mert a Bíróság bővítése érdekében a bírói függetlenségre hivatkoznak. Más szóval, éppen azt az értéket, amelyet a bíróságok összezsúfolását ellenzőnek szánnak, használják fel a bíróság összezsúfolására.²²⁷ Természetesen Epps és Sitaraman javaslata, ha megvalósul, nem biztos, hogy beváltja a hozzá fűzött reményeket. Ez azért történhet meg, mert rosszul ítélik meg a Bíróság bővítésével járó csörték dinamikáját, vagy azért, mert a bírák ahelyett, hogy mérsékelnék nézeteiket, még jobban beleássák magukat a pártállásukba. Állításaik azonban komolyak és érthetőek. És az önkényesség szempontjából ez számít. A bíróságok összepakolásának ellenzése végül hatékonyabbnak bizonyulhat a bírói függetlenség megteremtésében, mint egy finomra szabott

10, 2018), <https://newrepublic.com/article/148358/democrats-prepare-pack-supreme-court>; Ian Millhiser, *In Defense of Court-Packing*, Slate (2015. február 23.), <https://slate.com/news-and-politics/2015/02/fdr-court-packing-plan-obama-and-roosevelts-supreme-court-standoffs.html>; Elie Mystal, *Court Packing is the Way to Save the Court from the U.S. Senate*, ABOVE THE LAW (2017. április 7.), <https://abovethelaw.com/2017/04/court-packing-is-the-way-to-save-the-court-from-the-u-s-senate/>; Jacob Hale Russell, *The Supreme Court Doesn't Need 9 Justices. It needs 27*, TIME (2018. július), <https://time.com/5338689/supreme-court-packing/>; Todd N. Tucker, *In Defense of Court-Packing*, JACOBIN (2018. június 18.), <https://jacobinmag.com/2018/06/supreme-court-packing-fdr-justices-appointments/>; *There is One Way to Fix the Supreme Court*, THE OUTLINE (2018. június 28.), <https://theoutline.com/post/5126/pack-the-court-judicial-appointment-scalia-is-in-hell>.

²²³ Bouie, *Supra* note 221.

²²⁴ Daniel Epps & Ganesh Sitaraman, *How to Save the Supreme Court*, YALE L. J. (1,2019,27). Az alábbi érvelés ugyanígy működhetne egy másik érveléssel is a bíróságok összepakolása mellett a bírói függetlenség szolgálatában. Rivka Weill, *Court Packing as an Antidote*, 42 CARDOZO L. REV. (megjelenés: 2021) (a bírósági csomagolás mellett érvelve, mint a Legfelsőbb Bíróság legitimitásának és függetlenségének védelmének módja). *Lásd még:* Thomas Keck, *The Supreme Court*

Justices Control Whether Court-Packing Ever Happens, WASH. POST (Nov. 19, 2018), <https://www.washingtonpost.com/outlook/2018/11/19/supreme-court-justices-control-whether-court-packing-ever-történik/> (elutasítva azt az elképzelést, hogy a Bíróság méretének "bütykölése" veszélyezteti a bírói függetlenséget); Danielle Root & Sam Berger, *Structural Reforms to the Federal Judiciary*, CTR. AM. PROGRESS (2019. május), <https://www.americanprogress.org/issues/courts/reports/2019/05/08/469504/structural-reforms-federal-judiciary> (hasonlóan lebegtetve azt az elképzelést, hogy egy kibővített Bíróság kevésbé lenne pártos). *Lásd még* Marin K. Levy, *Packing and Unpacking State Courts*, 61 WM. & MARY L. REV. 1121 (2020) (a

2021. március 3-i

tervezet

bíróságok állami bíróságokon történő összepakolásának fontos példáit katalogizálva).

²²⁵ *Id.* 14.

²²⁶ *Id.* 27.

²²⁷ Az önkényesség e fordulatot tekintve hasonlít az ideológiai sodródás jelenségéhez, amikor "egy érv vagy trópus" az idő múlásával egyik politikai értékből a másikba kerül. Mindkét fogalom a politikai és jogi fogalmak meghatározatlanságát mutatja a gyakorlatban. *Lásd pl.* Jack M. Balkin, *Ideological Drift and the Struggle over Meaning*, 25 CONN.

L. REV. 869,870 (1993); David E. Pozen, *Transparency's Ideological Drift*, YALE128 L. J. (1002018).

hangolt bírósági csomagolási javaslat, de egy norma lehet jobb, mint más hihető lehetőségek, és még mindig önkényes. A normák jellemzője, hogy a mögöttes érték értelmezéséhez más - akár ellentétes - plauzibilis módok is léteznek.

C. A végrehajtó hatalom be nem avatkozása az Igazságügyi Minisztériumban

Az Igazságügyi Minisztériumban (DOJ) a végrehajtói beavatkozás tilalma ugyanolyan hagyományos, mint a blue slip vagy az anti court-packing, de összetettebb. Míg az előző két egyezmény egyetlen különálló gyakorlatból állt, a végrehajtó beavatkozás tilalma több gyakorlatot foglal magában. Ez tehát jó példa a *beágyazott* egyezményre.²²⁸ egy viszonylag széles körű egyezmény, amely alkotó gyakorlatokból áll.

A végrehajtó hatalom be nem avatkozása azt jelenti, hogy az elnök régóta tartózkodik a konkrét ügyekben és vizsgálatokban való részvételtől. Ez a norma az elnök azon kötelességét valósítja meg, hogy "gondoskodik a törvények hűségese végrehajtásáról".²²⁹ A be nem avatkozás a Fehér Ház és a bűnüldöző szervek közötti kommunikációt irányító és korlátozó irányelvekből áll. Példaként említhetjük:

- A Fehér Ház csak a szükséges ismeretek alapján szerezhethet tudomást egy bűnügyi nyomozásról, és az "az elnök feladatainak ellátásához" szükséges.
- Csak az Elnöki Tanácsadó Hivatal meghatározott tagjai, az alelnök és maga az elnök léphet kapcsolatba az Igazságügyi Minisztériummal folyamatban lévő büntetőügyekkel kapcsolatban.
- Az Elnöki²³⁰ Hivatalnak nyújtott közvetlen jogi tanácsadást a Jogi Tanácsadó Hivatalon keresztül kell eljuttatni.²³¹
- A Fehér Ház munkatársainak tilos "még csak helyzetjelentést sem [kérni]" az Igazságügyi Minisztériumban "folyamatban lévő ügyekről".²³²

A gyakorlatban ezek az irányelvek azt jelentik, hogy az informális kommunikáció, mint például egy Fehér Házi tisztviselőnek a DOJ-hez intézett, konkrét ügyekről érdeklődő hívása, tilos. Ezek a korlátozások öncélúak és "megelőző jellegűek", és arra szolgálnak, hogy eljárási szabályosságot és formalitást teremtsenek a Fehér Ház és az ország legfőbb bűnüldöző szervei között.²³³ Ezzel szemben a kommunikáció

²²⁸ *Lásd fentebb a III.A. részt.*

²²⁹ U.S. CONST. art. II, §3, cl. 5.

²³⁰ Az Elnöki Végrehajtó Hivatalhoz tartozik a Fehér Ház Irodája, a Politikai Fejlesztési Hivatal, a Végrehajtó Rezidencia, a Közigazgatási Hivatal, a Nemzetbiztonsági Tanács személyzete, a Belbiztonsági Tanács személyzete, a Gazdasági Tanácsadók Tanácsa, a Vezetési és Költségvetési Hivatal, a Nemzeti Kábítószer-ellenőrzési Politikai Hivatal, a Tudományos és Technológiai Politikai Hivatal, az Egyesült Államok Kereskedelmi Képviselőjének Hivatala, a Környezetminőségi Tanács, az Elnöki Külföldi Hírszerzési Tanácsadó Testület, valamint az Adatvédelmi és Polgárjogi Felügyeleti Testület. *Executive Office of the President, WHITE HOUSE* (2016), <https://obamawhitehouse.archives.gov/administration/eop>.

²³¹ *Memorandum a minisztériumi részlegek vezetői és az Egyesült Államok ügyészei számára*, DEP'T JUST. (2006. május 4.), <https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2009/02/10/ag-050406a.pdf>.

²³² ChrisSerf, *TransitionMemo*, Fehér Ház(8,

2021. március 3-i

tervezet

április), <https://clinton.presidentiallibraries.us/items/show/27001>.

²³³ *White House Communications with the DOJ and FBI*, PROTECT DEMOCRACY (20178,. március), <https://protectdemocracy.org/agencycontacts>.

az elnök és az Igazságügyi Minisztérium között az általános politikai kérdésekben, például a végrehajtási prioritásokról, nyílt és informális, ahogyan a végrehajtó hatalom más ügynökségeivel is.²³⁴

A végrehajtó hatalom be nem avatkozását a kezdetektől fogva *alkotmányos* alapon védték. Amikor először fogalmazta meg a normát, Griffin B. Bell igazságügyi miniszter kifejezetten úgy fogalmazta meg, hogy az az elnök gondoskodási kötelezettségeinek teljesítését szolgálja. Megjegyezve, hogy az elnököt "az alkotmány szerint az a kötelessége, hogy "gondoskodjon arról, hogy a törvényeket híven hajtsák végre", Bell összekapcsolta az intézményi munkamegosztással, amelyben "az elnök bizonyos feladatokat a főügyészre ruházott". "Bár a valódi intézményi függetlenség [lehetetlen]", Bell ragaszkodott ahhoz, hogy az elnök "akkor jár a legjobban", ha a kormányzati "jogászok szabadon gyakorolhatják szakmai ítélőképességüket".²³⁵ Az ezt követő főügyészek és fehér házi tanácsadók²³⁶ hasonló érveket hoztak fel. Továbbra is a Take Care Clause-hoz kötik ezeket a politikákat, kifejtve, hogy a beavatkozás mellőzése "elismeri az elnök azon képességét, hogy teljesítse alkotmányos kötelezettségét, hogy "gondoskodjon a törvények hűséges végrehajtásáról", miközben biztosítja a közvélemény bizalmát abban, hogy a törvényeket pártatlanul hajtják végre".²³⁷ És ezt a politikát mind a Fehér Házban, mind az Igazságügyi Minisztériumban nagyon komolyan vették.²³⁸ Más szóval, ezek a normák az elnökség alkotmányos kultúrájának alapvető részét képezik.²³⁹

A be nem avatkozás, mint korának terméke, *feltételes*. A Watergate nyomán kovácsolt és megfogalmazott norma több mint negyven éven át kitartott, a nyomásgyakorlás pillanatai ellenére. Míg a Reagan-, Clinton- és Obama-elnökségek mind korlátozták a kommunikációt az ügynökségek és a Fehér Ház vezető tisztviselőivel, addig a George W. Bush-kormányzat jelentősen enyhített ezen, és sokkal nagyobb hozzáférést biztosított a Fehér Háznak az Igazságügyi Minisztériumhoz. A politikai nyomás a Bush-kormányzat késői időszakában visszatért a normához, de a rövid interregnum árulkodó.²⁴⁰ A kék cédulához hasonlóan tehát a be nem avatkozás is kitartott, de a valódi változások pillanataival.

A normára nehezedő jelenlegi és múltbeli nyomás azt is mutatja, hogy a norma *önkéntes*. Amikor Alberto Gonzales igazságügyi miniszter kiterjesztette a Fehér Házba való bejutást, a lépést azzal védte, hogy a végrehajtó hatalom Antonin Scalia bíró által inspirált expanzív elképzelésére hivatkozott.²⁴¹ Mivel a normát megsértették

²³⁴ *Id.*

²³⁵ *A tiszteletreméltó Griffin B. Bell, az Egyesült Államok főügyészeinek beszéde az Igazságügyi Minisztérium jogászai előtt,* DEP'T JUST. (19786., szeptember), <https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2011/08/23/09-06-1978b.pdf>.

²³⁶ Donald F. McGahn II, *Memorandum az Igazságügyi Minisztérium személyzetével való kommunikáció korlátozásáról,* FEHÉRHÁZ (201727., január), <https://www.politico.com/f/?id=0000015a-dde8-d23c-a7ff-dfef4d530000> (a Trump-kormányzat fehér házi jogtanácsosa megismétli az egyezmény iránti elkötelezettségét, mivel az összhangban van "az elnök azon alkotmányos kötelezettségével, hogy gondoskodjon az Egyesült Államok törvényeinek hűséges végrehajtásáról").

²³⁷ *Memorandum a Fehér Házzal folytatott kommunikációról,* DEP'T JUST. (200719., december), <https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2008/04/15/ag-121907.pdf>.

²³⁸ *Kongresszusi és fehér házi kapcsolatok,* DEP'T JUST. (2019. dec. 19.), <https://www.justice.gov/jm/jm-1-8000-congressional-relations#1-8.600> (megjegyezve, hogy "a minisztérium minden alkalmazottjának alapvető kötelessége biztosítani ezen elvek betartását"); Serf, *supra* note 219 (szorgalmazva, hogy ezeket az irányelveket "szigorúan be kell tartani", egyértelmű iránymutatásokkal arra vonatkozóan, hogy a Fehér Ház munkatársainak mit "kell" vagy "nem szabad" tenniük).

2021. március 3-i

tervezet

²³⁹ Reva Siegel, *Közösség konfliktusban*: 64 U.C.L.A. L. REV. 1728 (2017) (Megjegyezve, hogy "az alkotmányos kultúra ebben az értelemben magában foglalja a cselekvést vezérlő szerepfelfogásokat").

²⁴⁰ Isaac Arnsdorf, *Sessions Faces Decision on Politicizing Justice Department*, POLITICO (2017, január), <https://www.politico.com/story/2017/01/jeff-sessions-attorney-general-justice-233382>.

²⁴¹ *Id.*

a Trump-kormányzatban a ²⁴²kritikusok többször is megpróbálták teljesen delegitimálni a gyakorlatot.²⁴³ Meglátásuk szerint már maga a gondolat, hogy az elnök jogellenesen beavatkozhatna a bűnüldözésbe, még konkrét ügyekben is, egyeduralomnak számít. Ehelyett egy "egységes végrehajtó hatalmat" képzelnek el, ²⁴⁴amelynek mint az alkotmány legfőbb jogalkalmazójának hatalmába beletartozik az a képesség, hogy beavatkozhat konkrét ügyekben és nyomozásokba.

Álláspontjuk, bár korántsem vitathatatlan,²⁴⁵ nem áll távol a jogi közvélekedéstől. Még az ellenzők is elismerik, hogy a be nem avatkozás végső soron konvencionális²⁴⁶, és fenntartása a jogi és politikai kultúrától függ.²⁴⁷ Amikor egy alkotmányos normát kritikusai olyan kifejezésekkel támadnak, amelyeket ellenfeleik is érthetőnek tartanak, ez egyértelmű jele annak, hogy a gyakorlat önkényes. A gyakorlatért még mindig érdemes lehet küzdeni és megvédeni, de nem támaszkodhat az "alkotmányosságára". Az alapul szolgáló szöveg és elvek egyéb glosszái most már határozottan "a falon vannak", ²⁴⁸és a norma végső túlélése a tét.

²⁴² *Protecting Independent Law Enforcement*, PROTECT DEMOCRACY, <https://protectdemocracy.org/protecting-independent-law-enforcement/tracker> (utolsó látogatás: 2020. július 24.) (példák felsorolása a Fehér Ház beavatkozására az Igazságügyi Minisztérium végrehajtási intézkedéseibe a Trump-korszakban).

²⁴³ *Lásd pl.*, Mario Loyola, *Trump's DOJ Interference is Actually Not Crazy*, ATLANTIC (Feb. 2020), <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/02/trumps-doj-unitary-executive/607141>; Carson Holloway, *No Easy Task for a President to 'Abuse' His Authority Over the Justice Department*, THE HILL (Mar. 2018), <https://thehill.com/opinion/white-house/376434-no-easy-task-for-a-president-to-abuse-his-authority-over-the-justice>.

²⁴⁴ Az egységes végrehajtó hatalomról szóló szakirodalom hatalmas, és ma már kiterjed mind az álláspont eredetiséggel kapcsolatos kijelentésekre, mind a történeti áttekintésekre. *Lásd pl.* STEVEN G. CALABRESI & CHRISTOPHER S. YOO, *THE UNITARY EXECUTIVE* (2008); Steven G. Calabresi & Kevin H. Rhodes, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, HARV 105.

L. REV. 1153 (1992). *Lásd még* STEVEN SKOWRONEK, DESMOND KING & JOHN DEARBORN, *PHANTOMS OF A BELEAGUERED REPUBLIC* (megjelenés előtt) (az elmélet történetének felvázolása). *Vö.* Gillian A. Metzger, *The Constitutional Duty to Supervise*, YALE 124 L.J. (a hatékony közigazgatás előmozdítására vonatkozó végrehajtói kötelezettség 1836hangsúlyozása); Zachary S. Price, *Enforcement Discretion and Executive Duty*, VAND 67. L. REV. 671 (2014) (az elnök végrehajtási mérlegelési jogkörének korlátozott értelmezése). Az unitárius végrehajtó hatalom elméletének történelmi alapjait kritizáló közelmúltbeli munkáról lásd Daniel D. Birk, *Interrogating the Historical Basis for a Unitary Executive*, 73 STAN. L. REV. (megjelenés: 2021); Jane Mannes & Lev Menand, *Presidential Removal and the Contours of Agency Independence*, 121 COLUM. L. REV. (megjelenés előtt 2020) (az eltávolítási védelem eredetének visszaszerzése eltávolítási engedélyként); Peter Shane, *The Originalist Myth of the Unitary Executive*, 19 U. PA. J. CONST. L. (2013) 323.

²⁴⁵ Sokan erőteljesen visszavágtak a Trump-kormányzatnak a be nem avatkozás elleni támadása ellen. Az ilyen magatartás jogszerűségét megkérdőjelező tudományos érveket lásd pl. Bruce A. Green & Rebecca Roiphe, *Can the President Control the Department of Justice?*, 70 ALA. L. REV. 1 (2018) (az ügyészi függetlenségre vonatkozó történelmi bizonyítékok összegyűjtése); Daniel J. Hemel & Eric A. Posner, *Presidential Obstruction of Justice*, CALIF 106. L. REV. 1277 (2018) (az igazságszolgáltatás akadályozásáról szóló törvények alkalmazhatóságának védelme az elnökre); Andrew McCance Wright, *The Take Care Clause, Justice Department Independence, and White House Control*, 121 W. VA. L. REV. 100 (2018) (a be nem avatkozási egyezményt az alkotmányellenes magatartás megelőzésével kapcsolja össze). Az ellenzékekben republikánus kormányok korábbi igazságügyi minisztériumi tisztviselői is helyet kaptak. *Statement in Response to Attorney General Barr's Address at Federal Society*, CHECKS & BALANCES (2019), november, <https://checks-and-balances.org/statement-from-co-founders-and-additional-members-of-checks-balances> (elutasítva a "végrehajtó hatalom autokratikus víziójának" történelmi hitelességét).

²⁴⁶ Vikram D. Amar, *Két emlékezetes alkotmányos lecke: VERDICT* (2020. február 18.), <https://verdict.justia.com/2020/02/18/two-constitutional-lessons-worth-remembering> (kifejtve, hogy a be nem avatkozás végső soron nem jogi gyakorlat).

²⁴⁷ Jack Goldsmith, *Independence and Accountability at the Department of Justice*, LAWFARE (2018. január 30.), <https://www.lawfareblog.com/independence-and-accountability-department-justice> (az Igazságügyi Minisztérium

2021. március 3-i

tervezet

függetlenségének különböző nem jogi és kulturális alapjainak ismertetése).

²⁴⁸ Jack M. Balkin, *Constitutional Hardball and Constitutional Crises*, 26 *Quinnipiac L. Rev.* 579 (a "falon kívüli" és a "falon lévő" kifejezések megalkotása az alkotmányos érvek leírására).

V. KÖVETKEZTETÉS

Az alkotmányos normák elmélete nem mond el mindent azok következményeiről. Ez a cikk azonban fontos első lépés. Ahogyan az alkotmányelmélet a nyelvfilozófiához fordult, hogy megértse az alkotmányos szöveg természetét,²⁴⁹ ez a cikk a konvenciók filozófiáját vette igénybe, hogy megragadja az alkotmányos gyakorlat jellegét. Megmagyarázza, hogy a normák normatív, kontingens és önkényes gyakorlatok, amelyek az alkotmányszöveget és az alkotmányos elvet valósítják meg. És bemutatja ezt az elméletet a gyakorlatban, a normák különböző intézményi keretek között történő megelevenítésével. A bírák és tudósok számára, akik egyre inkább a történelmi gyakorlatot tekintik a jog forrásaként, ez a cikk nehéz kérdéseket vet fel.

Először is, a normákból való érvelés azt jelenti, hogy olyan gyakorlatra támaszkodunk, amely önmagában nem az alkotmányos szöveg vagy elv végső szava. Végül is a normák eredendően önkényesek. Arra emlékeztetnek bennünket, hogy csak azért, mert a dolgok mindig is így voltak, nem jelenti azt, hogy így is kell lenniük, és fordítva.²⁵⁰ Amikor tehát a normákról pereskednek, ritkán egyszerű kérdés eldönteni, hogy az adott gyakorlat megengedett-e az Alkotmány szerint. Ehelyett az intézményi szerep számít. Például ott van a kezdeti kérdés, hogy *mikor* lehet peresíteni a konvenciókat. Ez az igazságszolgáltatathatóságon múlik, és olyan tényezőket érint, mint a perindítási jog²⁵¹ (előterjesztheti-e ezt a keresetet egy olyan intézményi szereplő, mint a Kongresszus?) és a politikai kérdés doktrínája (a bíróságok a legalkalmasabbak-e ennek a kérdésnek a megválaszolására?).²⁵²

Ha egy norma bíróság elé kerül, és a bíró jogforrásként hivatkozik rá, akkor az intézményi szerep kulcsfontosságú. A történelem önmagában ritkán döntő, amíg egy bíróság úgy nem ítéli meg. Az olyan határozatok, amelyek egy normát az alkotmány szövegének mérvadó glosszájaként ratifikálnak, a bíróságok jogteremtésének kvintesszenciális példája. Ez azt is jelenti, hogy ilyen esetekben a történelemre való hivatkozás elhomályosíthatja a bírói mérlegelés gyakorlását. E cikk elmélete azt sugallja, hogy a bírák valójában politikai döntéseket hoznak az intézményi felépítéssel és a demokraciálmélettel kapcsolatos aggályok fényében. E mérlegelési jogkör fennmaradásának és az azt vezérlő tényezőknek a tisztázása fontos következő lépés.²⁵³

Másodszor, az elmélet hatással van az alkotmányértelmezés elméleteire. Különösen az originalizmus és az íratlan alkotmányosság²⁵⁴ konzultál a történelmi gyakorlattal a kényes alkotmányos kérdések eldöntése során. Ezt azonban különböző módon és a konzultáció fogalmának eltérő értelmezésével teszik. Az originalizmus számára a történelmi gyakorlat a "konstrukciós zónában" gyakori.²⁵⁵ Az originalisták azonban nem értenek egyet abban, hogy pontosan mi történjen ott.²⁵⁶ Íratlan

²⁴⁹ Lásd a fenti megjegyzést 16.

²⁵⁰ Lásd Leah M. Litman, *Debunking Antinovelty*, 66 DUKE L.J. 1407 (2017) (elutasítja az újdonsággal kapcsolatos bírói szkepticizmust, mivel az vagy azt a "téves madisoni előfeltevést feltételezi, hogy a kongresszus megbízhatóan gyakorolja alkotmányos hatáskörének teljes körét", vagy azt, hogy a törvények megalkotásának korábbi elmulasztása az alkotmányos kétség egyértelmű jele).

²⁵¹ Wilson C. Freeman & Kevin M. Lewis, *Kongresszusi részvétel a peres eljárásokban: Article III and Legislative Standing*, CONG. RES. SERV. (2019. november 8.), <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45636.pdf>.

²⁵² Hasonlítsa össze a *Zivotofsky v. Clinton*, U566.S. (1892012) ügy többségi véleményét és különvéleményét.

²⁵³ Lásd Ahmed, 32. lábjegyzet. Lásd még David E. Pozen & Adam Samaha, *Anti-Modalities*, 119 MICH. L. REV.

2021. március 3-i

tervezet

(megjelenés: 2021) (az alkotmányos érvelés olyan formáit írja le, amelyekkel "egyetlen tekintélyes alkotmányos döntéshozó sem kíván kapcsolatba kerülni").

²⁵⁴ *Lásd a fenti megjegyzést 30.*

²⁵⁵ *Lásd a fenti megjegyzést 27.*

²⁵⁶ ROBERT W. BENNETT & LAWRENCE B. SOLUM, , CONSTITUTIONAL ORIGINALISM: A DEBATE (262011).

az alkotmányjogászok hasonlóan eltérnek az alapelvek tekintetében: az íratlan alkotmány pusztán fogalmi²⁵⁷ jellegű, vagy a történelmi gyakorlatot is magában foglalja?²⁵⁸ Amennyiben mind az originalizmus, mind az íratlan alkotmányosság a normákra támaszkodik, e cikk elmélete mindkét tábor alkotmányos tekintélyre és meghatározottságra vonatkozó erős igényeit megkérdőjelezi.

Harmadszor, ez a cikk hangsúlyozza az ideológia és a politika kölcsönhatását az alkotmányos rendben. A történelmi gyakorlatok tájékoztatják és alakítják az alkotmányos kultúrát, amelyben élnek. A legfontosabb és legszentebb hagyományaink némelyike az alkotmányos elméletektől függ, hogy fenntartsák őket. Amikor a lehetőségük feltételei megváltoznak, ők is megváltoznak. Ahogyan a végrehajtó hatalomnak a bűnüldözésbe való nem beavatkozásával szembeni normák az elnöki hatalommal szembeni szkepticizmus időszakában érlelődtek meg, úgy kerültek veszélybe az unitárius végrehajtó hatalom elméletének felemelkedése miatt. Tehát bár ezek a gyakorlatok normatívak, csak akkor lehetnek azok, ha a szereplők olyan feltételekkel igazolják őket, amelyeket mások is elismerik. Ez azt jelenti, hogy amikor a környező alkotmányos feltevések megváltoznak, ahogyan ez a mi korunkban előfordulhat, a lehetséges válaszok listája is bővül vagy szűkül. Ha az egységes végrehajtó hatalom elmélete győzedelmeskedik, akkor nehéz lesz megmenteni a be nem avatkozás normáját azáltal, hogy megpróbáljuk azt tovább legalizálni. Egy erős unitárius végrehajtó hatalom alatt ugyanis az elnökök nem "avatkozhatnak be" a vizsgálatokba, csak "beavatkozhatnak". Az ideológia és az intézmények közötti kölcsönhatás tehát az alkotmányos rend kulcsfontosságú dinamikája.

A cikk elmélete azt jelenti, hogy az Alkotmány a gyakorlatban mindig egy fejlődő projekt. Ez zavarhatja az alkotmányosság bármely olyan elképzelését, amely az alkotmányosság egyetlen erényét a rögzítettségben és a stabilitásban látja. De azok számára, akik kevésbé ragaszkodnak a formalizmushoz és inkább a pragmatizmushoz, akik úgy értelmezik az Alkotmányt, hogy "arra hivatott, hogy az eljövendő korszakokig fennmaradjon, és következőképpen alkalmazkodjon az emberi ügyek különböző válságaihoz"²⁵⁹, a cikk elmélete új megvilágításba helyez egy régi igazságot.

2021. március 3-i
tervezet

²⁵⁷ Lásd STRAUSS, *Supra.* jegyzet 30.; TRIBE, *Supra.* jegyzet. 30.

²⁵⁸ Lásd AMAR, *fenti* megjegyzés 30.

²⁵⁹ McCulloch kontra Maryland, 17 U.S. (1819)316,.415