

Chicagói Egyetem jogi kar
Chicago Kötelezettségek nélkül

Közjogi és jogelméleti munkadokumentumok

Munkadokumen

tumok

2017

A bírák szerepe a demokráciákban: A realista szemlélet

Brian Leiter

Kövesse ezt és további munkáit a következő címen:

https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory



A [Law Commons](#) része

A Chicago Unbound a cikkek folyamatban lévő munkáit és végleges változatait egyaránt tartalmazza. Kérjük, vegye figyelembe, hogy a cikk egy frissebb változata elérhető lehet a Chicago Unboundon, az SSRN-en vagy máshol.

Ajánlott idézet

Brian Leiter, "A bírák szerepe a demokráciákban: A Realistic View," University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper Series, No. 622 (2017).

Ezt a munkadokumentumot a Chicago Unbound munkadokumentumai ingyenesen és nyíltan hozzáférhetővé teszik. A Chicago Unbound egyik felhatalmazott adminisztrátora fogadta el a Közjogi és jogelméleti munkadokumentumok közé való felvételt. További információért kérjük, forduljon a unbound@law.uchicago.edu címre.

A BÍRÁK SZEREPE A DEMOKRÁCIÁKBAN: REALISTA SZEMLÉLET

Brian Leiter

*bleiter@uchicago.ed

u

*már17,ciusi tervezet 2017
kérjük, ne idézzon vagy idézzon engedély
nélkül*

Mi legyen a bíró szerepe a mai demokráciákban? Ez a témánk, de két fontos összetevője van, amelyeket külön-külön kell megvizsgálnunk: a bíró szerepe és a demokrácia. Kezdjük néhány bevezető szóval az előbbiről.

Az egyik ésszerű nézet szerint, amelyet Leslie Green tömören megfogalmazott, a bírák "a vitákat a már létező normák alkalmazásával rendezik".¹ A már létező normákat nem kell kodifikálni, és nem kell, hogy jogilag mérvadóak legyenek, bár a legtöbbjük az lesz központi gondolat az, hogy egy jogrendszerben a bíróvitatott magatartást egy olyan normához viszonyítva értékeli, amely (általában) megelőzi a magatartást, és így nem a bíró hozta létre. Néha persze az így nevezett bírák visszamenőleges hatályú döntéseket hoznak, és olyan normákhoz kötik a szereplőket, amelyeket akkoriban soha nem ismertek volna el (vagy nem is ismerhettek volna el), és néha a bírák maguk hozzák létre a normát, de ezek nem a bírói szerepkör normál esetei, bár a legfontosabb szerepkörök közé tartozhatnak: a viták tekintélyelvű eldöntése

*Karl. N. Llewellyn jogászprofesszor, University of Chicago Law School. Az esszé legkorábbi változata a "Jogértelmezés" című nemzetközi konferencián tartott vitaindító előadásként hangzott el: The Role of Judges in Contemporary Democracies" című konferencián hangzott el a szerbiai Belgrádi Egyetemen 2016. október 14-én. Hálás vagyok az ez alkalommal tett megjegyzésekért és kérdésekért, különösen Michel Troper részéről. Egy későbbi változatot 2016 decemberében mutattam be a University of Chicago Law School work-in-progress ebédjén, és számos hasznos kérdést és megjegyzést váltott ki; hálával emlékszem vissza Omri Ben-Shahar, Dhammika Dharmapala, Lee Fennell, Todd Henderson, William Hubbard, Jennifer Nou, Eric Posner, Julie Roin és David Weisbach (elnézést kérek azoktól, akiket elfelejtettem). A jelenlegi változatot a Syracuse University College

of Law 2017 februárjában tartott workshopján elhangzott kérdések és észrevételek segítették, mind előtte, mind utána (külön köszönet Keith Bybee-nek, David Driesen-nek és Cora True-Frost-nak, és ismét elnézést kérek azoktól, akiket elfelejtettem). Köszönöm továbbá Taylor Colesnak, a Chicagói Egyetem jogi karának 2018-as évfolyamától az értékes kutatási segítséget. Hálás vagyok a jogi kar Alumni Faculty Fund támogatásáért.

¹ Leslie Green, "Law and the Role of a Judge", in K. Ferzan & S. Morse (szerk.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 324. o.

a polgári béke központi eleme. Mindenesetre nevezzük a döntések meghozatalát a már létező normák szerint a

A bíró *minimális szerepe*.

Green H.L.A. Hart nyomán a bírák három további "kötelezettségét" javasolja:

- (1) "A bírák kötelesek az érvényes jogot alkalmazni a döntések meghozatalakor... és helyes ténymegállapításokat tenni, ismerni a törvényt, naprakészen tartani a jogi ismereteiket...";
- (2) "A bírák kötelessége, hogy a jogot "jogilag jó állapotban tartsák"" (John Finnis-t idézve, és azt jelentve, hogy a bírácoknak fel kell oldaniuk a tisztázatlanságokat és a konfliktusokat);
- (3) "A bírácoknak kötelességük szabályozni saját eljárásaikat és a bíróságaikban tanúsított magatartást, valamint megvédeni a jogállamiságot és a joghatóságuk integritását azoktól, akik azt megtámadnák."²

Ezeket nevezem a *Minimal-Plusz szerepeknek*. Valószínűleg a bírácoknak is meg kellene tenniük mindezeket, bár egyetlen jogpozitívista, beleértve Greent is, sem gondolja úgy, hogy a bírácoknak nem kiváltható erkölcsi kötelességük az érvényes jog alkalmazása (az 1. pont szerint). A bírác demokráciákban betöltött szerepével kapcsolatos nehéz kérdések hármask: mik a bírác kötelezettségei annak meghatározásában, hogy mik az alkalmazandó, már létező normák és azok jelentése; mikor nem alkalmazhatnak érvényes jogot a bírác, a *Minimal-Plusz szerepüknek* megfelelően; és milyen további "kötelezettségei" vannak a bírácoknak a Minimal és Minimal-Plusz szerepeken túl?

A címem által sugallt realista szellemben hadd tisztázzam már az elején, hogy a "kötelezettségek" - *erkölcsi* kötelezettséggként értelmezve - valójában nem léteznek³: amikor erkölcsi "kötelezettségekről" (vagy "jogokról" vagy "kötelességekről") beszélünk, bizonyos, gyakran nagyon intenzív és kitartó attitűdöket fejezünk ki arról, hogy mit kellene vagy nem kellene más embereknek megtenniük.⁴ Az ilyen attitűdök kifejezése központi szerepet játszik az emberi életben: mivel

²Green, p. .

³A jogi kötelezettségek, jogok és kötelességek léteznek: ezek bizonyos típusú társadalmi artefaktumok (mint a "pénz" és a "részvények"), amelyeket a jogrendszerek állítanak elő, és az, hogy léteznek-e vagy sem, attól függ, hogy az adott rendszerben megfelelnek-e az ilyen jogi normák létezési feltételeinek. Vö. a "Jogi pozitivizmus a műtárgyjogról: A

Retrospektív értékelés", in L. Burazin et al. (szerk.), *Law as Artifact* (Oxford: Oxford University Press, megjelenés 2017).

⁴. Lásd különösen Charles Stevenson, *Ethics and Language* (New Haven: Yale University Press, 1944).

Nietzsche úgy fogalmazott, hogy "az egész élet az ízlés és az ízeletés vitája"⁵, és van értéke annak, hogy megkülönböztessük

a különböző ízlesek erőssége és jellege között, ahogyan a "kötelezettségről" való beszéd is szépen teszi. Más emberekhez hasonlóan, akik a felvilágosodás utáni, második világháború utáni konszenzus termékei, az én "ízlésem" az egyéni jogok és szabadság, valamint a jogállamiság felé hajlik, amelyben a bírák döntő szerepet játszhatnak a többi állami szereplő viselkedésének korlátozásában, mivel az ilyen intézményi gyakorlatok látszólag növelik az összesített emberi jólétet.⁶

Az, hogy nincsenek illúzióink a kötelességről szóló beszéddel kapcsolatban, azonban nem egyszerűen filozófiai nyűgösség kérdése: képzeljük el, ha azok az elméletalkotók, akik szerint a bírának "kötelességük", hogy X-et tegyék, azt mondanák, hogy a bírát "Isten kötelezi", hogy X-et tegyék? Felismerve, hogy ez utóbbi hamis - Isten nem létezik, és így, nem meglepő módon semmiről sincs véleménye, nemhogy a bírák kötelezettségeiről - azt jelenti, hogy lehetséges ellentétes attitűdöket kifejezni anélkül, hogy bármilyen erkölcsi vagy racionális normát megsértenénk. A fogalmi és gyakorlati tér nyitva áll az ellentétes ajánlások előtt. Ez szerintem sokkal fontosabb szempont, mint ahogyan azt a legújabb tudományos írásokban általában elismerik. Az *arra vonatkozó* feltevések erőteljes normatív erőt gyakorolnak az emberi viselkedésre és gondolkodásra - néha bizonyára nagyon is jó okkal. Például *az, hogy az a helyzet, hogy az ajtó zárva van és be van zárva*, nagyon erős prudens okot ad arra, hogy ne próbáljak meg egyenesen átvonulni az ajtón. Nevezzük ezt a *tény normativitásának*: az, hogy valamit tényszerűnek vagy valósnak, *igaznak* veszünk, befolyásolja - néha igen mélyen - azt, hogy az emberek mit tartanak lehetségesnek, megengedhetőnek és így tovább.⁷ Néha, mint a zárt ajtók esetében, ez jó dolog, máskor viszont nem. Amikor tehát reális szellemben tagadjuk, hogy az erkölcsi kötelezettségek metafizikai tények lennének, akkor egyszerre teszünk igaz metafizikai állítást (a világ ontológiája nem tartalmaz semmilyen

⁵ *Így szólt Zarathustra*, II:13

⁶Az "ízlésről" való beszéd, akárcsak a közgazdászok "preferenciákról" való beszéde, azzal a veszéllyel jár, hogy elsimítja azokat a fontos különbségeket, amelyek a másokkal kapcsolatos attitűdjeink között vannak. Én "jobban szeretem" a csokoládét, mint a vaníliát, de nem egyszerűen "jobban szeretem" a toleranciát, mint a népirtást: akik a vaníliát "szeretik", nem halálos ellenségeim, akik a népirtást "szeretik", azok igen. ⁷[összefügg azzal, amit a marxisták "reifikációnak" szoktak nevezni, de egyfajta ideológiai tévedéssel is a természetességgel kapcsolatban és a kontingens]

erkölcsi kötelezettségeket⁸, még ha néhány zárt ajtót is tartalmaz), és ugyanakkor legyőzzük a tény normativitását ott, ahol annak normativitásának nincs valódi létjogosultsága.⁹

Amikor az emberek erkölcsi "kötelezettségekről" beszélnek, akkor arról beszélnek, hogy *valójában mit akarnak vagy mit várnak el* bizonyos emberektől, hogy tegyenek, talán *bármilyen áron*. Ez minden bizonnyal árulkodó az ilyen beszédet folytatók érzéseiről, és talán árulkodó a társadalmi és gazdasági körülményeiről is: A náci példának a kötelességekben gondolkodtak tetteikről,¹⁰ akárcsak a sztálinisták,¹¹ és mindkét esetben ez a bírakat is magába foglalta - ami nem meglepő, hiszen, ahogy Hart fél évszázaddal ezelőtt érvelt, ahol van jogrendszer, ott a bírák kötelességüknek tekintik, hogy alkalmazzák az érvényes jogi normákat, még akkor is, ha mások ésszerűen úgy gondolhatják, hogy katasztrofálisan tévednek, ha így érzik.¹² Amire ennek emlékeztetnie kell bennünket, az az, hogy a "kötelezettségről" való beszéd az emberi társadalmi lét fontos jellemzője, de összeegyeztethető az emberi attitűdök radikális felülvizsgálatával is, és így a "kötelezettségeink" mibenlétére vonatkozó másfajta attitűdökkel is. A "kötelezettség" eszméjének megfelelő deflatálása fontos, ha tisztán akarunk gondolkodni a bírák szerepéről: például még azokban az esetekben is, amikor a bírák esküvel "ígérik", hogy bizonyos dolgokat megtesznek, előfordulhat, hogy néha másként kellene cselekedniük.¹³ Erre a kérdésre is visszatérünk az alábbiakban.

Általánosíthatunk tehát a "bírák szerepéről a demokráciákban"? Igen, bár bizonyos korlátozásokkal, mivel úgy tűnik, hogy a bírák és a demokráciák különböző dimenziókban különböznek egymástól. Például vannak "közszolgálati" bírói rendszerek, ahol a kinevezés és az előléptetés más bírák értékelésétől függ, mint Nagy-Britanniában; vannak "politikai" bírói rendszerek, ahol a kinevezés politikai döntéseken múlik.

⁸Lásd Brian Leiter, "Normativity for Naturalists", *Philosophical Issues: A Supplement to Nous* 25 (2015): 64-79 és Brian Leiter, "Moral Facts and Best Explanations," *Social Philosophy & Policy* (182001): 79-101.

⁹Természetesen maga az "igazolás" normatív, de a normativitásnak akkor van "igazolása" az én lefokozott értelemben, amikor az olyan instrumentális vágyakkal áll összhangban, mint például az, hogy nem megyünk be zárt ajtókon.

¹⁰Lásd Herline Pauer-Studer & J. David Velleman, *Konrad Morgen: The Conscience of a Nazi Judge* (London: Palgrave Macmillan, 2015).

¹¹[idézi az életrajzot _____]

¹²[*A jog fogalma*, pp. -]

¹³Az ígéretről azt gondolhatjuk, hogy egy intézményi szerepkörben bizonyos funkciók betöltésére vonatkozó *erkölcsi kötelezettséget* generál.

Az, hogy ezek a funkciók a szereppel járó kötelezettségek-e, független attól a kérdéstől, hogy van-e valódi erkölcsi kötelesség e funkciók teljesítésére pusztán egy ígéret miatt.

kapcsolatok és hovatartozás, mint az Egyesült Államokban; és vannak vegyes modellek, amelyekben például a bírák állítólagos "szakértői" értékelését a kinevezés és előléptetés során valójában a politikai pártállás befolyásolja (úgy tudom, Olaszország ilyen eset). A demokráciák is különböznek egymástól: vannak demokráciának álcázott plutokráciák (például az Egyesült Államok); vannak demokráciának álcázott, kezdődő tekintélyelvű társadalmak (például Magyarország és Lengyelország); és vannak hagyományosabb képviseleti demokráciák, az osztálykonfliktusok és politikai személyiségek minden patológiájával együtt (például a jelenlegi Egyesült Királyság).

A bírák demokráciákban betöltött szerepéről szóló komoly vitának *reálisnak kell lennie* mind a bírák, mind a demokráciák tekintetében. El kell ismernie, hogy a bírák valójában mit csinálnak, és hogyan működnek a demokráciák, és világosan kell látnia, hogy a bírák mit tudnak tenni ezekkel a háttérrel szemben. Világosan meg kell fogalmaznia normatív törekvéseinket és eszményeinket is (és azt is, hogy a bírák képesek-e megvalósítani azokat).

A normatív törekvések és eszmék rendszerint elnagyoltak és nem teljesen következetesek, bár nagy vonalakban általában világosak: végül is senkinek sincs szüksége erkölcsi *elméletre* ahhoz, hogy tudja, ellenzi-e a rasszizmust vagy támogatja a faji egyenlőséget, ellenzi-e a rabszolgaságot vagy támogatja az emberi szabadságot, ellenzi-e a kegyetlenséget vagy támogatja az emberekkel való méltó bánásmódot, ellenzi-e az emberi nyomort vagy támogatja az emberi boldogságot. (A magyarországi Jobbik, a franciaországi Nemzeti Front vagy az amerikai Donald Trump akadémikus barátaival végül is nem az a baj, hogy nem értékelték a helyes erkölcselméletet! ¹⁴⁾ Feltételezem, hogy a bírának, akárcsak a többi rendes, felvilágosodás utáni embernek, valamilyen ésszerű felfogás alapján meg kell próbálniuk előmozdítani az emberi jólétet (a létező elméletek közötti elméleti különbségek ritkán számítanak, tekintettel a bírói hatalomra a gyakorlatban kirótt korlátokra) - bár a bírák szerepe az emberi jólét előmozdításában meglehetősen eltérő lesz a bírói testület jellegétől és a(z)

¹⁴Ne feledjük, hogy a normatív elmélet nem ad határozott következtetéseket arról, hogy mit kellene tenni, mivel "intuitív" kiindulópontok foglya, amelyek önmagukban soha nem védhetők meg. Lásd általában: Brian Leiter, "The Paradoxes of Public Philosophy", *Indian Journal of Legal Theory* (2016): 51-64.

a demokrácia jellege. Fő témám az lesz, hogy milyen reális variációk és korlátok vannak e bírói szerepkör gyakorlására. Remélem tehát, hogy ez az esszé hozzájárul a realista politika- és jogelmélet folyamatban lévő megújulásához, szemben a moralizáló fantáziákkal, amelyek az elmúlt fél évszázadban oly sok akadémiai írást jellemeztek ezekről a kérdésekről.¹⁵ Az *elmélet* fontos szerepet játszik majd a következőkben - például a demokráciák választási magatartására vonatkozó empirikus elméletek, valamint a jog természetére vonatkozó filozófiai állítások -, de a *normatív* elmélet nem.¹⁶

A demokráciák reális szemléletével kezdem, majd rátérek a bírákra.

A demokrácia reális szemlélete

A demokráciáknak jellemzően két közös jellemzője van: az egyéneknek *joguk van szavazni a* politikai hatalom birtokosainak egy részére, és *bizonyos egyéni szabadságjogokat* is élveznek. Tehát egyrészt a demokráciákban olyan választásokat tartanak, amelyeken az állampolgárok egy jelentős része szavazhat a jelöltek vagy pártok bizonyos körére (talán kettő, három vagy négy), a választások tisztességesek, és a hivatalban lévőknek ténylegesen lehet szavazni a hivatalukból: ez a lényege a demokratikus eszménynek, miszerint "a nép uralkodik". Másfelől a demokráciák jellemzően a második világháború utáni korszakban is védelmet nyújtanak bizonyos számú

¹⁵A realista újjáélesztés példáit lásd Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999); Richard Posner, *How Judges Think* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999); Richard Posner, *How Judges Think* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 20); Raymond Geuss, *Philosophy and Real Politics* (Princeton: Princeton University Press, 2008); talán Bernard Williams, "Realism and Moralism in Political Theory", in: *In the Beginning was the Deed* (Princeton: Princeton University Press, 2005); valamint Brian Leiter, "In Praise of Realism (and Against 'Nonsense' Jurisprudence)", *Georgetown Law Journal* 100 (2012): 865-893; Brian Leiter, "Why Marxism Still Does Not Need Normative Theory", *Analyse und Kritik* (372015): 23-50.

¹⁶A realisták tagadják, hogy az erkölcsi igazságról szóló elméletalkotás elsőbbséget élvezne azzal szemben, hogy a politikai és jogi szereplők hogyan viselkedjenek, vagyis tagadják, hogy a politikai és jogi elméletet egyszerűen "alkalmazott etikaként" kellene kezelnünk, tekintet nélkül az egyes területekre jellemző stratégiai kérdésekre. A központi gondolat az, hogy a realistáknak "elméletet kell alkotniuk azokról a megkülönböztető erőkről, amelyek a valós politikát" és a jogi viselkedést alakítják. Enzo Rossi & Matt Sleat, "Realism in Normative Political Theory", *Philosophy Compass* 9/10 (2014): 689-701, 689. o., 689. o. A realizmus ebben az értelemben részben a megvalósíthatósági korlátokra való odafigyelésről szól (*id.* 690-691. o.), bár nem teljesen. (A realista megvalósíthatósági korlátok működésére példa a moralista Stephen Gardiner és a realista David

Weisbach vitája a *Debating Climate Ethics* című könyvben [Oxford: Oxford University Press, 2016]) A megvalósíthatóság azonban nem meríti ki a realista megközelítést azokban a kérdésekben, hogy mit kellene tenniük a politikai és jogi szereplőknek. Mind a politikai, mind a jogi területnek vannak sajátos normatív megfontolásai: az előbbi esetében a stabilitás és a biztonság, az utóbbi esetében a bármely emberi közösségben felmerülő viták tekintélyelvű megoldása.

az egyéni jogok - a véleménynyilvánításhoz, a magánélethez és a tisztességes jogi eljáráshoz való jog -, bár szintén különböző mértékben.¹⁷ Nevezzük a választójogok és az egyéni szabadságjogok kombinációját

"Demokratikus értékek". A demokráciákban a jogszabályok bírósági felülvizsgálatának szerepéről szóló viták jellemzően a választási szempontra összpontosítanak, és arra, hogy ez hogyan egyeztethető össze a jogszabályok bírósági érvénytelenítésével, ha azok egyéni jogokat sértenek: az Egyesült Államokban ezt "ellentöbbségi" nehézségnek nevezik,¹⁸

bár a parlamentáris rendszerekben ezt "antidemokratikus" nehézségnek is nevezhetnénk, mivel a bírák ismét szembemennek a demokratikus - bár ritkábban többségi - törvényhozás akaratával.¹⁹ A demokrácia reális szemléletének segítenie kell abban, hogy belássuk, miért alaptalan ez utóbbi aggodalom, és miért az a valódi kérdés a "demokratikus értékeket" valló bírák számára, hogy a törvények valóban védik-e az egyéni jogokat, amelyek ugyancsak központi szerepet játszanak a demokratikus értékekben.²⁰

Azért nem kell foglalkoznunk a feltételezett többségellenes vagy antidemokratikus nehézséggel, mert szinte soha nincs olyan hihető értelemben, hogy a törvényhozás által elfogadott konkrét törvények a választópolgárok véleményét képviselnék, akiknek az akaratát aztán megghiúsítják. Az, hogy a törvények a választók véleményét tükrözik, csak akkor lenne igaz, ha két további állítás is igaz lenne:

- (1) A jogalkotó többsége a X. cél elérésére szánta a jogszabályt.
- (2) A törvényhozást megválasztó emberek (a "választók") többsége (vagy többsége) azt akarta, hogy olyan jogszabályokat fogadjanak el, amelyek elérik az X célt.

¹⁷Az egyéni szabadságjogok védelme jellemzően az "uralom" családjához való hűségtől függ. a "jog" erényei, mint például a független igazságszolgáltatás, az az elv, hogy senki sem állhat a törvények felett, a hasonló esetek egyenlő elbírálásának követelménye, a jogi normák nyilvánossága stb. Ez nem teljesen függő - contra Lon Fuller és más anti-pozitivisták-, mivel a jog *anyagi tartalma* döntő fontosságú, még akkor is, ha az összes többi erényt tiszteletben tartják.

¹⁸ [idézi Bickel et al]

¹⁹Az Egyesült Államok kongresszusa sem többségi intézmény - a szenátus nyilvánvalóan nem az, és a képviselőház sem az, a gerrymandering miatt. Az Egyesült Királyság különleges eset, mivel a bíróságok nem érvényteleníthetik a parlament aktusait az egyéni jogok megsértése miatt, de kimondhatják, hogy azok összeegyeztethetetlenek az ilyen jogokkal, és így a törvényhozás újraértékelésére készíthetők.

²⁰ Többek között Mill-lel együtt feltételezem, hogy az egyéni jogok védelme általában véve elősegíti az emberi boldogulást és jólétet.

Az első állítást a közgazdászok és a közválasztás-elméleti szakemberek többféle kritikával illették, akik hangsúlyozzák, hogy a kollektív szándékosság a törvényhozásban fikció, méghozzá félrevezető.²¹ A komolyabb problémák azonban a második állítással kapcsolatban merülnek fel, amely feltételez valami kétséges dolgot: azt, hogy a törvényhozókat azért választják meg, mert elkötelezték magukat arra, hogy bizonyos célok elérése érdekében bizonyos típusú jogszabályokat fogadnak el. Még a leghihetőbb formájában is, amelyet az empirikus politikatudományi szakirodalomban "a szavazás térbeli elméletének" neveznek, ez csak azt feltételezi, hogy az emberek arra a pártra szavaznak, amelyik a legközelebb áll (ideológiai térben, mivel volt) ideológiai "preferenciáiknak". De még ha a választók valóban így is tennének, ez ritkán engedné meg azt a következtetést, hogy egy adott jogszabály, amely elérte X célt, a választók akaratát tükrözi. Természetesen vannak alapvető elméleti nehézségek ezzel a nézettel az Arrow-tétel miatt,²² de a térbeli elmélet számára még aggasztóbbak azok az elsősorú bizonyítékok, amelyek szerint a választóknak nincsenek egyértelmű ideológiáik. Például az 1980-as években - a reakciós Reagan-korszak csúcspontján az Egyesült Államokban, amikor a szociális jóléti államot folyamatos támadás érte - az amerikaiak közel 65%-a gondolta úgy, hogy a kormány túl keveset költ "a szegények támogatására", ugyanakkor csak 25% gondolta úgy, hogy túl keveset költenek a "jólétre",²³ egy olyan kifejezésre, amelyet Reagan démonizált, noha a szó jelentése "a szegények támogatása"!²⁴ Ez azt mutatja, hogy az állítólagos "ideológia" kifejeződései a

²¹ [idézem Easterbrookot, de lásd a Grinsell kritikáját, valamint R. Elkins könyvét is; de még a szándék védelmében megfogalmazott vélemények sem állapítják meg igazán a szándék olyan szintű specifikusságát, amely értelmet adna az ellen-többségi nehézségnek].

²² Christopher Achen & Larry Bartels, *Democracy for Realists*: (Princeton: Princeton University Press, 2016), - [(2. fejezet)] Achen & Bartels új bizonyítékokkal alátámasztva újra előveszik azokat az érveket, amelyeket először 1960-ban Elmer Schattschneider fogalmazott meg a *The Semisovereign People* című könyvében: *A Realist's View of Democracy in America ("Egy realista nézete az amerikai demokráciáról")*. _____, 1960). A térbeli szavazás teoretikusai az elmúlt évtizedben új bizonyítékokkal álltak elő, hogy megpróbáljanak ellenállni a realista következtetéseknek. Fontos példa erre Stephen A. Jessee, "Spatial Voting in the 2004 Elnökválasztás", *American Political Science Review* 103 (2009): 59-81. A probléma ezzel a szakirodalommal az, hogy eredményei összeegyeztethetők a realista hipotézisekkel a csoportidentitás szerepéről a pártidentifikáció irányításában, és arról, hogy a választók inkább a pártvezetőkhez igazítják nézeteiket, mint fordítva. Elismerem,

hogy a dolgozat érvelése a realista kép megalapozottságának túsza, de mivel a realizmus minden általam ismert területen - nemzetközi kapcsolatok, politikaelmélet, jogelmélet, történelmi magyarázat - mindig a magyarázó szempontból legsikeresebb megközelítés, hajlandó vagyok az Achen & Bartels-féle változatra támaszkodni. Lásd a "Klasszikus realizmus" című írásomat, *Filozófiai kérdések*.

²³ [Achen & Bartels, 30]

²⁴Nem tudjuk persze, hogy a feltételek tisztázása hogyan változtatta volna meg a preferenciákat, de könnyen elképzelhető, hogy ez mindkét irányba mehetett volna: a jóléti rendszer ellenzői közül néhányan rájöttek volna, hogy

népszerűség néha semmi ilyesmi, hacsak az "ideológia" alatt nem azt értjük, hogy a választók valójában mit hisznek a konkrét politikai kérdésekről!

Ez persze meglepő az egyetemi professzorok számára, akik aránytalanul nagy arányban "ideológusok" abban az értelemben, ahogyan azt Philip Converse amerikai politológus 1964-ben meghatározta, vagyis olyanok, akiknek jól meghatározott nézeteik vannak a politikai kérdésekről (például, hogy felismerik, hogy a "szegények segítése" a "szegényeknek nyújtott támogatás". ugyanaz, mint a "jólét", és mindkettőt vagy támogatják, vagy ellenzik). Converse tanulmányában ezek az "ideológusok" a lakosság 3%-át tették ki, míg a választópolgárok 85%-a "úgy tűnt, hogy a pártokról és a jelöltekről a csoportérdekek vagy az "idők természete" alapján gondolkodik, vagy olyan módon, amely "a politikának egy fikarcnyit sem" közvetíti. bármilyen jelentőséggel bír."²⁵ Ironikus módon, az akadémiai érdeklődés az Egyesült Államokban az "ellen- a jogszabályok bírósági felülvizsgálatával kapcsolatos "többségi" nehézségek éppen a Converse professzor által vizsgált időszak után virágoztak.

Ha a szavazás térbeli elmélete rosszul mutatja meg, hogy miért kell aggódnunk az egyéni jogokat sértő, demokratikusan elfogadott törvények bírósági érvénytelenítése miatt, akkor az alternatívák még rosszabbul teljesítenek.

rosszabb. A demokrácia "visszamenőleges elmélete" azt sugallja, hogy a választók a szavazók által támogatott (vagy ellene szavazó) személyek múltbeli teljesítményéről alkotott ítéletüket fejezik ki. Ez némileg ígéretesen hangzik, de valójában a választók elsősorban csak a választást²⁶ megelőző néhány hónapban reagálnak a gazdasági eseményekre, és ami még fontosabb, nem tesznek különbséget az olyan események között, amelyekért a választott tisztségviselők valamilyen valószínűsíthető ok-okozati felelősséget viselnek, és az olyan események között, amelyek alapvetően természeti katasztrófák: áradások, aszályok, sőt (egy alkalommal) még cápatámadások is befolyásolták a szavazókat a múltbeli választásokon.²⁷ Egyszerűen fogalmazva: ha a szavazók

A "szegénységély" a jóléti rendszer összes állítólagosan rossz aspektusát magában foglalta; hasonlóképpen, a "szegénységélyt" támogatók közül néhányan elborzadhattak volna, ha megtudják, hogy az általuk támogatott rendszer valóban a jóléti rendszer állítólagos rossz aspektusait tartalmazza. És persze elképzelhetjük a fordítottját is.

²⁵[Achen & Bartels, 32] [check: a Converse frissítése?]

²⁶ [Achen & Bartels, -]

²⁷ [Achen & Bartels, -]. A cápatámadásra vonatkozó állításukat Anthony Fowler & Andrew B. Hall széles körben terjesztett munkadokumentuma, a Do Shark Attacks Influence Presidential Elections? Reassessing a Kiemelkedő megállapítás a választói kompetenciáról" (201611.,. novemberi tervezet). A Fowler & Harris első fele irreleváns,

a választások előtti hónapokban, gyakran a nyomorúság okától függetlenül,²⁸ általában a választási magatartásukban vezetik le boldogtalanságukat.²⁹ Ha az egyéni jogok és az emberi jólét iránt elkötelezett bírácoknak van is oka arra, hogy habozzanak az ilyen eljárással létrehozott jogszabályok érvénytelenítésében, ezeknek az okoknak semmi közük nem lehet a demokratikus szavazás erkölcsi jelentőségéhez.

Itt meg kell állnom, hogy hangsúlyozzam, hogy a bírácoknak más okai is lehetnek a tétovázásra.³⁰

A legfontosabb, hogy a bevett jog bevett elvárásokat teremt, és ezek megingatása olyan költségekkel jár, amelyeket a bírácoknak mérlegelniük kell. Ezen túlmenően, és amint arra alább még visszatérünk, a jogszabályok érvénytelenítése hatással lehet a

mivel egy olyan hipotézist tesztel, amelyet Achen és Bartels nem véd, nevezetesen, hogy a cápatámadások befolyásolják az elnökválasztást. Achen & Bartels egy meglehetősen egyedülálló esetre összpontosít - a New Jersey partjainál 1916-ban történt többszörös cápatámadásra, amely országos és nemzetközi figyelmet keltett, és amely teljesen példátlan volt. Megállapításuk az volt, hogy a széles körben ismertett támadások helyszínéhez legközelebb eső part menti megyékben Woodrow Wilson aránya szavazatainak aránya jelentősen csökkent mind az ő eredményeihez 1912, mind a távolabbi New Jersey-i megyékben elért eredményeihez képest.

A Fowler és Harris kritikájának releváns része Achen és Bartels különböző összehasonlító osztályokra vonatkozó döntéseinek vitatására összpontosít, és e kritikák többsége egyszerűen azt mutatja, hogy ha átrajzoljuk az összehasonlító osztályokat, a cápatámadások választási eredményekre gyakorolt statisztikai hatása csökken. A "statisztikai A "szignifikancia" episztemikailag enyhén szólva is zavaros, de ami hiányzik a Fowler és Harris kritikájából, az a "mechanizmus" kérdésének, vagyis azoknak az oksági folyamatoknak a komoly vizsgálata, amelyek révén egy bizonyos X esemény Y eredményt eredményezett. Csak a mechanizmusról szóló hihető történettel tudjuk valóban kizárni a "statisztikailag szignifikáns" vagy "statisztikailag nem szignifikáns" összefüggéseket (mivel a 95%-nál nagyobb P-érték önkényes és nagyrészt értelmetlen: lásd David Colquhoun, "An investigation of the false discovery rate and the misinterpretation".

of *p-values*," *Royal Society Open Science* (Nov. 2014): <http://rsos.royalsocietypublishing.org/content/1/3/140216>. Az alapvető probléma az, hogy a 95%-os bizonyosság, hogy egy hatás nem véletlenszerű a nullhipotézishez képest, nem garantálja, hogy *valódi* hatásról [valódi ok-okozati kapcsolatról] van szó. Amit *ezen felül* tudnunk kell, az az, hogy a tesztünk mennyire jó a *valós hatások* kimutatására, és hogy a vizsgált mintában hány valós hatás van (ez utóbbit természetesen nehéz megbecsülni). De gondoljunk csak bele: még a statisztikai szignifikancia standard $p=0.05$ szabványa mellett is, ha a méréseink csak a *valós hatások* 80%-át ragadják meg, és a valós hatások a mintáknak csak 10%-át teszik ki, akkor a pozitív eredményeink egyharmada még a standard P-értékkel is hamis pozitívnek fog bizonyulni: vö. *id.* 4-5.).

Achen és Bartels tisztában vannak azzal, hogy szükség van egy történetre az ok-okozati mechanizmusokról (lásd a narratívákról szóló vitájukat a -), és a cápatámadás esete, bár szórakoztató és emlékezetes, csak egy kis adatpont az általános hipotézisükhöz, miszerint a szavazók szörnyűek az őket hátrányosan érintő események okozati felelősségének megállapításában. Ha a magyarázó történetük mögöttes oksági mechanizmusa az, hogy a hétköznapi szavazók kevéssé értik az oksági felelősséget, és mégis a káros tapasztalatok befolyásolják a szavazási

magatartásukat, akkor olyan történetük van a mechanizmusról, amely Fowlernek és Harrisnek hiányzik.

²⁸ [Achen & Bartels, 122-137] [megjegyzés: néha a szavazóknak szükségük van egy narratívára, mielőtt hibáztatják őket, pl. a spanyolnátha esetében].

²⁹ [összhangban Nietzsche megfigyelésével, miszerint minden szenvedő azt akarja, hogy valaki hibáztassa a szenvedéséért!

Idézet a GM-től]

³⁰Ezt azért fontos hangsúlyozni, mert számos végső ajánlásom más hivatalos szereplőkre is vonatkozhat, bár némileg eltérő feltételekkel. Vannak azonban az intézményi szerepek és a közvélemény elvárásainak olyan aspektusai, amelyek minden esetben óvatosságra intenek, beleértve az igazságszolgáltatást is, de ezek az intézményi szerepkörök szerint változnak.

a bíróságok legitimitását, és a többi kormányzati ág részéről is visszahatást válthat ki. Fontos azonban megjegyezni, hogy a bírói visszafogottság e két okának semmi köze a lakosság szavazásának erkölcsi jelentőségéhez.

A szavazási magatartás alternatívája, amelyet a közelmúltban a demokrácia "realistáinak" nevezett Christopher Achen és Larry Bartels védett a leghevesebben, nem tesz semmit a demokratikus szavazás erkölcsi jelentőségének helyreállítása érdekében. Szerintük a "csoportidentitás" az, ami a legjobban magyarázza a szavazási magatartást a demokráciákban.³¹ A csoportidentitás alatt az emberek számára fontos vallási, faji, etnikai, foglalkozási és kulturális identitást³² értik: röviden a "törzseiket". A "politika csoportelmélete" szerint...

az emberek erőteljes hajlama arra, hogy csoportokat alkossanak, az ebből következő "mi" és "ők" konstruálása, és az érzelmek erőteljes szerepe a csoporttevékenység irányításában, nem pedig az értelemé" - "a csoportkötődések könnyen létrejönnek és mélyen átélhetők" (215).³³ Achen és Bartels amellet érvel, hogy a csoportidentitás nagymértékben magyarázza azt a politikai pártot, amellyel az egyének azonosulnak, és tudjuk, hogy - ahogy Converse professzor fogalmazott - "a pártidentitás kifejezései sokkal stabilabbak voltak" az idők folyamán, mint az ideológiai meggyőződések.³⁴ Más szóval, a legtöbb szavazó esetében a *törzsi lojalitásuk* határozza meg a pártidentifikációt, a pártidentifikáció pedig a választói magatartást.³⁵

Az amerikai politikai folyamatokról szóló népszerű kommentárok bizonyos mértékig regisztrálták ezt a tényt: mindannyian tudjuk, hogy az afroamerikaiak elsöprő többségben szavaznak a demokratákra, a fehérek pedig nem. De ez egy másik fontos empirikus megállapítást is megmagyaráz, nevezetesen azt, hogy a szavazók jellemzően

³¹ Figyelmeztetés: a bizonyítékok nagyrészt, de nem kizárólag az Egyesült Államokból származnak.

³² A "kulturális" identitások gyakran földrajzilag korlátozottak: vö. Achen & Bartels, - .

³³ Megjegyzendő, hogy nincs ok arra, hogy a saját csoportidentitásnak megfelelően szavazni azt jelenti, hogy

szavazni

az egyén "érdekeinek" vagy jólétének megfelelően. Achen & Bartels nem állítja ennek ellenkezőjét. Az emberi érdekek vagy jólét bármely hihető nézete szerint az Achen & Bartels által leírt módon történő szavazás csak véletlenszerű kapcsolatban állna a szavazók érdekeivel vagy jólétével.

³⁴ [Achen & Bartels, 34]

³⁵ A törzsi lojalitás nem a pártideológián alapuló pártidentifikációt irányítja, kivéve a árrés.

nézeteiket a pártjuk (vagy annak leglátványosabb képviselői) ideológiájához igazítsák, ahelyett, hogy a pártokat aszerint választanák, hogy azok mennyire illeszkednek a választópolgár saját nézeteihez!³⁶ Ez a tény segít értelmet adni a Trump-jelenség sajátosságának az Egyesült Államokban, mivel ő valójában elutasította a

a "republikánus márkát" az 1980-as évek Reagan-forradalma óta, bár végül a republikánus szavazók elsöprő százalékát megnyerte (Trumpra alább még visszatérek).

Egy párt ideológiája persze számíthat a periférián: egy bizonyos "törzs" egy bizonyos ponton regisztrálja, hogy egy adott párt egyértelműen barátságos vagy ellenséges a törzssel szemben. Az afroamerikaiak az Egyesült Államokban sokáig a republikánusokat támogatták (legalábbis amikor még szavazhattak), hiszen végül is egy republikánus elnök volt az, aki felszabadította őket a rabszolgaságból. (Nem meglepő, hogy egy rabszolgaságból felszabadult csoport észrevette ezt a tényt.) De aztán egy demokrata elnök, Lyndon Johnson volt az, aki az 1960-as években véget vetett a *de jure* szegregációnak Amerikában, és azóta az afroamerikaiak túlnyomó többségben a demokratákra szavaznak (bár, mint Achen és Bartels dokumentálja, a déli fehérek meglepő módon már az 1960-as³⁷ évek előtt a republikánusok felé mozdultak el). Az ideológiai megfontolások azonban csak eddig terjednek. Az afroamerikaiak továbbra is a demokratákat támogatták, beleértve Clintonékat (Billt és Hillaryt), annak ellenére, hogy bizonyítottan nem tettek túl jót az afroamerikai közösségnek.³⁸ Persze tisztességesen meg kell jegyezni, hogy Clintonék mindig is kevésbé voltak ellenségesek az afroamerikai közösség érdekeivel szemben, mint a republikánusok, de még így is aligha magyarázza, hogy az afroamerikaiak miért nem álltak össze Bernie Sanders szenátor, egy roosevelt-i New Dealer mellett a 2016-os demokrata előválasztásokon. A reflexszerű lojalitás igenis magyarázatnak tűnik.

³⁶ [Achen & Bartels, - _____]. Ez Hitler esetében is igaz volt: a könyv egyik leghátborzongatóbb vitáját lásd

a 314-316. oldalon, amely szerint a náci 1932-es választási sikere szinte kizárólag annak volt köszönhető, hogy a protestáns szavazók a hagyományos protestáns pártoktól (amelyeket az 1929-ben kezdődő kapitalizmus válsága lejáratott) a nemzetiszocialistákhoz pártoltak át, míg a katolikusok továbbra is a korábbiak szerint szavaztak. Ahogy Achen és Bartels megjegyzi, a nemzetiszocialisták egyáltalán nem hangsúlyozták az antiszemitizmust a kampányban¹⁹³².

³⁷[cite]

³⁸[vö. Michelle Alexander, mások]

Ironikus módon végül az, hogy nem volt a törzsükből való tag a jelöltek között, magyarázatot ad arra is, hogy az afroamerikaiak részvételi aránya a 2016-os elnökválasztáson alacsony volt ahhoz képest, mint amikor Obama volt a jelölt³⁹: az afroamerikaiak, akik nagyon motiváltak voltak, hogy elmenjenek szavazni, amikor a sajátjaik közül valaki jelölt volt, közel sem voltak olyan lelkesek, hogy egy fehér nőre és egy fehér férfira szavazzanak 2016-ban. Ugyanakkor néhány szerény számú fehér munkásosztálybeli szavazó (a három döntő fontosságú államban, Pennsylvániában, Michiganban és Wisconsinban nem több mint 100 000), akik közül néhányan 2012-ben Obamát támogatták, 2016-ban átpártoltak Trumphoz.⁴⁰ Ez azt jelzi, hogy a kifejezett ideológia legalábbis néhány igen markáns része releváns egyes szavazók számára (Achens & Bartels nem tagadja ezt, de fogalmilag hanyagul fogalmazzák, ami jellemző erre a szakirodalomra - de *de facto* elismerik a lényegét azzal a végtelen feddéssel, hogy mi magyarázza "többnyire" vagy "gyakran" a szavazói magatartást). Ahogyan azt Michael Moore, a csőcselékfilmes megfigyelte, ⁴¹amikor Trump eljött Detroitba, és megfenyegette az autóiipari vezetőket, hogy jobb, ha nem költöztetik ki az üzemeket az USA-ból, *különben* olyasmit tett, amit az USA két uralkodó osztálypártjának egyetlen más jelöltje sem tett meg emberemlékezet óta. A "szabadkereskedelem" az uralkodó osztály és az olyan értelmiségi apológétái, mint Paul Krugman mantrája lett Amerikában, de amikor egy elnökjelölt olyan maffiózó módon utasította el, ahogyan azt Trump tette, a választók egy része felfigyelt rá, ami talán hozzájárult a győzelméhez azokban az államokban, ahol sok ipari munkásosztálybeli szavazó él, mint például Pennsylvania, Michigan és Ohio.⁴² És mégis, ez az eredmény még mindig megerősíti a demokrácia realista elméletének fő mondanivalóját. A Trumpra átpártoló munkásosztálybeli szavazók nagyrészt szakszervezeti tagok voltak, ⁴³a szakszervezeti tagság által meghatározott osztályukhoz való hűségük (ami egyre kevésbé jellemző Amerikában) hatással volt a szavazatukra. Ha realisták vagyunk a demokráciával kapcsolatban, akkor a következőkre van szükségünk

³⁹<http://www.nytimes.com/2016/12/23/upshot/how-the-obama-coalition-crumbled-leaving-an-opening-for-trump.html> (2016. december). Megjegyzendő, hogy az afroamerikaiak részvételi arányának csökkenése

konzisztens volt azokban az államokban, amelyek új választóelnyomó szabályokat léptettek életbe, és azokban, amelyek nem.

⁴⁰*Id.*

⁴¹[cite]

⁴²

[cite]

[cite]

⁴³[cite]

elismerik, ahogyan Achen és Bartels dokumentálja, hogy a törzsi lojalitás ijesztően sok mindent megmagyaráz a választói magatartásról, míg az erkölcsi vagy ideológiai elkötelezettség általában nem, kivéve a szélsőséges eseteket vagy a választók egy kis szegmensét.⁴⁴

Érdemes hosszan idézni Achen és Bartels saját összefoglalóját, mivel világossá teszi, hogy a demokrácia népszerű és elméleti elképzelései milyen kevéssé kapcsolódnak a valósághoz. Az alábbi összefoglalójukban feltételezik, hogy a pártidentifikáció határozza meg a legtöbb választói magatartást, majd az amerikai kontextusban a "tisztá" független szavazók⁴⁵ esetére összpontosítanak, vagyis azokra, akik nem hajlanak sem a demokraták, sem a republikánusok felé:

Noha nekik is vannak csoportkapcsolataik és társadalmi identitásuk, gyakran nincsenek tisztában azzal, hogy melyik csoport melyik pártba "tartozik". Jellemzően kevésbé tájékozottak, ezért nem feltétlenül értik, hogy mi a tétje annak, hogy az egyik vagy a másik pártot választják, és még kevésbé, hogy mi az általános érdekük. Így gyakran magával ragadja őket a hivatalban lévő párt ismertsége, az új kihívó karizmája, vagy az az érzés, hogy "itt az ideje a változásnak", még akkor is, ha a kormány nem okozta a jelenlegi elégtelen helyzetet, és nem is tud nagymértékben változtatni rajta. Amikor a pártegyensúly szoros... a választások kimenetele azon múlik, hogy ezek a "lengő szavazók" történetesen hogyan érzik magukat, amikor elmennek szavazni. Ahogy Philip Converse [idézet kihagyva] fogalmazott: "Nemcsak a választók összességében meglehetősen tájékozatlanok, de

⁴⁴Achen és Bartels különösen kritikusan viszonyul "a részvételi vagy *deliberatív* demokrácia erősen idealista modelljeihez" (301). Ezt írják: "Ezek a demokráciamodellek a racionalitást, a kölcsönös mérlegelést és az egyes politikák támogatásának nyilvánosan indokolt indokainak türelmes cseréjét hangsúlyozzák - sőt, gyakran egyszerűen feltételezik -. Így lényegében ugyanazokon az irreális elvárásokon nyugszanak az emberi természetről, amelyeket a népi elmélet [a demokráciáról] megtestesít" (301). Bár szerintem Achen és Bartels joggal utasítja el a *deliberatív* demokráciaelméleteket, az "emberi természet" újraértelmezése nem maradhat megkérdőjelezhetetlen: egyik bizonyíték sem támasztja alá azt az állítást, hogy a *deliberatív* demokrácia irreális jellegének bármi köze lenne az emberre vonatkozó alapvető biológiai és pszichológiai tényekhez. Az általuk felhozott bizonyítékok csupán azt a nézetet támasztják alá, hogy *a legtöbb ember életkörülményei között* sem ideje, sem érdeke nincs arra, hogy *deliberatív* demokrácia-képzelmékkel foglalkozzon.

⁴⁵Itt a "függetleneket" akarják kizárni, akik valójában - további kérdésekre válaszolva - az egyik vagy a

másik párt felé hajlanak. Egy általuk nem említett kategóriát, nevezetesen az "akadémikusokat" is egyértelműen kizárják. függetlenek", akiknek ideológusokként olyan jól meghatározott nézeteik vannak a politikai kérdésekben, hogy egyetlen létező párt sem felel meg az ő kínosan "árnyalt" elképzelésüknek arról, hogy mit kellene tenni. Ahogy Nietzsche mondaná: "A szabály fontosabb, mint a kivétel" [cite].

úgy tűnik, hogy a választópolgárok közül a legkevésbé tájékozottak tartják kezükben a kritikus hatalmi egyensúlyt, abban az értelemben, hogy a kormánypárti váltások aránytalanul nagymértékben függenek az ő hangulatuk változásától."

Az eredmény az, hogy a kormányzati reprezentativitás és elszámoltathatóság szempontjából a választási eredmények lényegében véletlenszerű választások a rendelkezésre álló pártok-zenekarok között. A "csöveseket kidobó" választások jellemzően nem eredményeznek valódi politikai mandátumot, még akkor sem, ha földcsuszamlásszerűek. *Egyszerűen csak egy másik elitkoalíciót juttatnak a hatalomba* [kiemelés hozzáadva]. Ez a vértelen kormányváltás sokkal jobb, mint a véres forradalom, de ez nem szándékos politikai változás. A pártoknak vannak politikai nézeteik, és ezeket hajtják végre, amikor hivatalban vannak, de a legtöbb választó nem figyel, vagy egyszerűen csak azt gondolja, amit a pártja mond nekik, hogy gondolniuk kellene. Így néz ki a választási demokrácia őszinte szemlélete.⁴⁶

Az Achen és Bartels által nem tárgyalt téma az a mechanizmus, amelynek révén egy bizonyos "elitkoalíció" alakul ki a "zenélő székek" választási folyamatából. Marxnak volt egy beszámolója arról, hogyan alakul ki az elitkonszenzus, de egy adott "elitkoalíció" kialakulásának megfelelő beszámolója kétségtelenül azoktól a mechanizmusoktól függne, amelyekkel a meglévő politikai pártok feletti irányítást meg lehet ragadni. Erről Achen és Bartels hallgat, pedig ez az igazán döntő kutatási kérdés, amelyet a demokráciával kapcsolatos realizmusuk sugall.

De visszatérve a fő témánkhoz: a demokráciákkal kapcsolatos realizmust figyelembe véve, mit jelent az, hogy - ahogy korábban mondtam - egyes demokráciák csupán "álcázzák" magukat, és a valóságban plutokráciákat vagy kezdődő tekintélyelvű társadalmakat takarnak? A válasz, úgy vélem, bizonyos értelemben meglehetősen egyszerű. Azt jelenti, hogy a törzsi lojalítások úgy működnek, hogy a tényleges politikai döntéseket vagy a) a gazdaságilag domináns csoportok hozzák meg az ő érdekeiknek megfelelően, nem pedig a törzsi csoportok érdekeinek megfelelően, amelyek

⁴⁶Achen & Bartels, 312.

támogatják őket; vagy b) tekintélyelvű csoportok, amelyek saját érdekeikkel összhangban vannak, és nem az őket támogató törzsi csoportok érdekeivel.⁴⁷ Az 1990-es évek Clinton-kormányára az előbbi volt igaz, és a kezdődő Trump-kormányzat már most kezd mindkét modellnek megfelelni, hiszen a gazdagok adócsökkentése és a jogosultsági programok kizsigerezése már napirenden van, valamint a kisebbségek démonizálása a "nemzetbiztonság" nevében. Hogy ez hogyan alakult így az Egyesült Államokban, az a nehéz kérdés, de meghaladja e tanulmány kereteit.⁴⁸ A leíró általánosítás azonban továbbra is áll.

Ha tehát a választási demokrácia, ahogyan a realisták ábrázolják, a törzsi lojalitás kérdése, amely pártidentitássá alakul, majd olyan képviselőket választanak, akik vagy képviselik, vagy nem is képviselik az őket megválasztó törzsek nézeteit, akkor ez hogyan befolyásolja a bírák szerepéről alkotott elképzelésünket?

A bírói szerep reális megítélése

A bíráktól mindenütt - összhangban azzal, amit korábban a jól ismert "Minimális szerepüknek" neveztem - elvárják, hogy már létező normákat alkalmazzanak, ami általában "a törvényt" jelenti, bár ahogy a bírói eskütételből kiderül, néha többet várnak el tőlük, és gyakran olyan feltételek mellett, amelyek nyilvánvalóan nem állnak összhangban a Minimális szereppel. Az, hogy a bírácoknak be kell-e tartaniuk ezeket az ígéreteket, nyitott kérdés, de mielőtt erre rátérnénk, nézzük meg, hogy a különböző modern jogrendszerekben milyen ígéreteket kérnek tőlük hivatalba lépésükkor. Ezek az ígérek feltűnő kétértelműségeket mutatnak, és azt is feltárják, hogy még a bírói ígérek is milyen mértékben hagyják nyitva a bíró szerepének nagy részét.

Szerbiában például a bírák a következő (meglehetősen tipikus) esküt teszik: "Ünnepélyesen esküszöm becsületemre, hogy feladataimat az Alkotmány és a törvények betartásával, a törvényeknek megfelelően fogom végezni.

⁴⁷A tekintélyelvű elitek érdekei gyakran követik a gazdasági elitek érdekeit, de nem mindig.

⁴⁸Ennek a ténynek hasznos dokumentációja a Martin Gilens & Benjamin I. Page, "Testing Az amerikai politika elméletei: *Perspectives on Politics* (2014): - Elites, interest Groups, and Average Citizens (Elitek, érdekcsoportok és átlagpolgárok)," *Perspectives on Politics* (2014): -

. A kapitalizmusban az államról - mint az uralkodó osztály ügyeit szervező bizottságról - szóló standard marxista elmélet ugyanezt jósolta volna. Az amerikai eset két sajátos tényezője az ország hatalmas mérete, ami kedvez azoknak, akik rendelkeznek erőforrásokkal és hozzáférnek a tömegmédiához, valamint a vallásosság magas szintje, amelyet a kapitalizmus általában hatékonyabban pusztít el, mint az Egyesült Államokban.

legjobb tudásom és képességeim szerint, és kizárólag az igazság és az igazságosság szolgálatában."⁴⁹ A szerbiai bírák ígérete megtestesíti a sok ilyen ígéletben rejlő kétértelműséget: nevezetesen a törvényhez való hűség, majd az "igazsághoz és az igazságossághoz" való hűség között. De hogyan szolgálja valaki az "igazságot és az igazságosságot", ha olyan törvényeket kell betartania, amelyek igazságtalanok vagy tényleges valótlanosságokat tartalmaznak? A szerb esküből ez nem derül ki, bár ez az eskü ebben a tekintetben aligha atipikus.

A⁵⁰ német bírói törvény szerinti német eskü hasonló: "Esküszöm, hogy a bírói hivatalt a Német Szövetségi Köztársaság Alaptörvényének és a törvényeknek megfelelően gyakorlom, legjobb tudásom és meggyőződésem szerint, személyi különbségtétel nélkül ítélek, és kizárólag az igazság és az igazságosság ügyét szolgálom - Isten engem úgy segítse". A német jogászok, akik talán a legtöbbször jobban tudják, hogy Isten nem létezik, a végén kihagyhatják az "Isten engem úgy segítse" részt. A német eskü még egy érdekes, az Alaptörvényben nem szereplő követelményt is hozzáad, nevezetesen, hogy az ítékezés "anélkül, hogy személyi megkülönböztetés", de ez is talán Németország múlt századi sajátos történetét tükrözi. A szerb eskühöz hasonlóan ez is azt a rejtélyt veti fel, hogy a hamis vagy igazságtalan törvényekhez való hűség hogyan egyeztethető össze azzal, hogy csak "az igazság és az igazságosság ügyét" szolgáljuk.

Egy egyiptomi bírónak meg kell esküdnie, hogy "a Mindenható Istenre, hogy az emberek között az igazságosság és a törvények tiszteletben tartása szerint fogok ítélni",⁵¹ ami ugyanazt a rejtélyt veti fel, hogy hogyan oldjuk meg az igazságosság és a pozitív törvényhez való hűség közötti konfliktusokat (hacsak az igazságosság nem csak egy másik módja annak, hogy azt mondjuk, hogy "hűség a pozitív törvényhez").

törvény", ebben az esetben a törvény nem alkalmazható). Izraelben a bírónak "hűséget kell fogadniuk Izrael Államnak és törvényeinek", és meg kell esküdniük, hogy "igaz igazságot szolgáltatnak,

és nem ferdítik el a törvényt, és nem tesznek szívességet".⁵² Ez az ígéret

vitathatóan azt sugallja, hogy ha "valódi igazságosság" a tét, akkor a pozitív jog figyelmen kívül hagyása nem lenne "perverzió".

⁴⁹ A bírákról szóló törvény, a Szerb Köztársaság Hivatalos Közlönye, No. Art116,2008,. 54.

⁵⁰ Deutsches Richtergesetz [német bírói törvény], ápr. BGBL.19,1972, I., 713módosított szöveg.

⁵¹ Lásd Alaa Shahine, *Egypt women sworn in as judges despite opposition* Reuters (2007), <http://uk.reuters.com/article/uk-egypt-women-judges-idUKL1047186020070410> (utolsó látogatás 2017. január 28.), ahol bizonyítékot találunk az eskü letételére.

⁵² S. Afr. Const., sched. 2 A 2001. évi hatodik módosító törvény 18. §-ával módosított 6. § (2) bekezdés.

törvény, hanem követelmény. Dél-Afrikában az Alkotmánybíróság és a Legfelsőbb Bíróság bírái ígéretet tesznek arra, hogy "hűségesek lesznek a Dél-afrikai Köztársasághoz", valamint "fenntartják és védik az alkotmányt és az abban rögzített emberi jogokat, és az alkotmánnyal és a törvénnyel összhangban félelem, kivételezés és előítélet nélkül igazságot szolgáltatnak minden személynek egyformán".⁵³ Ez az eskü tartalmaz egy érdekes további kétértelműséget: a bírák kötelessége-e a *tényleges* emberi jogok védelme, vagy csak az "alkotmányban rögzített" emberi jogoké? Az utóbbi a természetesebb olvasat, ugyanakkor furcsa eskünek tűnne, ha úgy írnák át, hogy ez kifejezetten így legyen ("ígérem, hogy fenntartom és megvédem az Alkotmányt és csak az abban elismert emberi jogokat, de más emberi jogok - nos, azok nem kapnak védelmet").⁵⁴

Az általam vizsgált esküök közül talán a legérdekesebb a magyarországi eskü:

⁵³ S. Afr. Const., sched. 2 A 2001. évi hatodik módosító törvény 18. §-ával módosított 6. § (2) bekezdés.

⁵⁴A dél-afrikai bírák gyakran döntenek arról, hogy egy adott törvény vagy gyakorlat összhangban van-e az "emberi jogokkal", az alkotmány alapelveire hivatkozva. Az S kontra Makwanyane és társai (CCT 3/94) például a halálbüntetés alkalmazását a dél-afrikai alkotmányban foglalt emberi jogok iránti elkötelezettséggel összeegyeztethetetlennek minősítette. (Köszönet Cora True-Frostnak, hogy felhívta a figyelmemet erre az ügyre.) A dél-afrikai alkotmány ugyanis minősítés nélkül hivatkozik az "emberi jogokra", noha a dél-afrikai alkotmányban foglalt emberi jogi követelmények nem egyeznek meg a nemzetközi emberi jogi jogszabályok követelményeivel. Az S kontra Makwanyane ítélet ezt egyenesen kimondja, mivel megállapítja, hogy a nemzetközi emberi jogi jog nem tiltja a halálbüntetést, de úgy véli, hogy a dél-afrikai alkotmány mást ír elő. Ahogy a Bíróság megállapította:

"Alkotmányunk korlátlan formában fejezi ki az élethez való jogot, és előírja azokat a kritériumokat, amelyeknek meg kell felelni a biztosított jogok korlátozásához, beleértve az olyan jogszabályok tilalmát, amelyek egy biztosított jog lényeges tartalmát tagadják. Az összehasonlító joggal való foglalkozás során szem előtt kell tartanunk, hogy a dél-afrikai alkotmányt kell értelmeznünk, nem pedig egy nemzetközi okmányt vagy egy idegen ország alkotmányát, és hogy ezt a mi jogrendszerünk, történelmünk és körülményeink, valamint saját alkotmányunk szerkezetének és nyelvezetének kellő figyelembevételével kell megtennünk. A nemzetközi közjogról és a külföldi ítélkezési gyakorlatból segítséget meríthetünk, de semmiképpen sem vagyunk kötelesek követni azt".

S kontra Makwanyane és társai (CCT 3/94), <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html> szakasz.39.

Ezennel ünnepélyesen esküszöm, hogy a rám bízott ügyeket tisztességes eljárásban, elfogulatlanul, lelkiismeretesen, kizárólag a jogszabályok szerint fogom elbírálni; feladataim ellátása során az igazság és a méltányosság fenntartásának vágya vezérel.⁵⁵

Magyarországon a bírói hűség nem az országhoz, annak alkotmányához vagy jogrendszeréhez, hanem az ítékezés pártatlanságához, "a jog szabályai szerint", valamint az "igazságossághoz és méltányossághoz" fűződik. Úgy tűnik, ez bőséges indokot adna egy magyar bírónak arra, hogy túllépjen a pozitív jogon - feltéve, hogy megvan benne az "igazságosság és egyenlőség fenntartására" való törekvés -, amit Orbán Viktor alatt valószínűleg nem is igényel ez a törekvés, nemhogy a Jobbik alatt.

Amint az előző példából világosan kiderül, a bírói eskü bizonytalanságot hagy abban, hogy a bírónak hogyan kell feloldaniuk a pozitív jog, az igazság és az igazságosság közötti konfliktusokat. De most, hogy ismét felvettük a realista kalapunkat, emlékeznünk kell arra, hogy az az elképzelés, hogy az ígéret *ténylegesen köteleznek*, ugyanolyan státuszú, mint az elképzelés, hogy "kötelezettség" általában: bizonyára sokan, különösen azok, akik túl sokat olvastak Kantot, nagyon erősen úgy érzik, hogy az ígéret kötelező erkölcsi kötelezettségeket teremtenek. De a bírák ígéretei, mint a fenti példák is mutatják, sokfélék és időnként homályosak a bírói kötelezettségek, valamint az igazságosságra és az igazságosságra vonatkozó kötelezettségek közötti kapcsolatot illetően. Úgy kellene érezni, hogy az ígéreti kötelezettségek legyőzik az igazságosságra vonatkozó általános "kötelezettségeket", különösen azokban az esetekben, amikor az ígéret nem egyértelmű az igazságosság és a jog közötti konfliktus feloldásának módját illetően? A jogfilozófusok jellemzően megjegyzik, hogy a bírák is emberek,⁵⁶ és amennyiben úgy érezzük, hogy az embereknek erkölcsösen kellene viselkedniük, akkor a bírónak is ezt kellene tenniük. Ebből az következik, ahogyan azt minden általam ismert jogpozitivistá gondolja, hogy a törvény betartására tett ígéret ellenére a bírónak néha azt kellene tennie, ami "erkölcsileg helyes", még akkor is, ha ez sérti a Minimális és a

⁵⁵ Lásd a *bírák jogállásáról és javadalmazásáról szóló 2011. évi CLXII. törvényről és a bíróságok szervezetéről és igazgatásáról szóló 2011. évi CLXI. törvényről szóló véleményt*, a Jogon keresztül a demokráciáért felelős európai bizottság, vélemény (2012. 66március 19.).

⁵⁶A nézet legszélsőségeesebb kifejtéséhez lásd Jerome Frank, "Are Judges Human?", *University of Pennsylvania Law Review* (1931)..... Az egyszerűbb elképzeléshez, miszerint a bírácnak, másokhoz hasonlóan, erkölcsi kötelességük helyesen cselekedni, lásd [Raz idézi].

Minimal-Plusz bírói szerepek. Ha eszünkbe jut, hogy milyen is valójában a demokrácia, akkor kevésbé tűnik aggasztónak, hogy a bírának néha ezt kellene tenniük (bár ez természetesen a bírói karon múlik, amire alább még visszatérünk).

A bírói szerepekről való gondolkodás központi elméleti korlátja magának a jognak a természetéhez kapcsolódik, mivel máskülönben nem tudnánk, hogyan értelmezzük a "törvény" alkalmazására vagy követésére vonatkozó parancsot, amely a különböző bírói eskük központi eleme. Létezik egy felszínes, bár népszerű nézet, amely szerint a jogot a jogalkotók alkotják, a bírák pedig pusztán mechanikus alkalmazói a jognak. Akár tekintélyelvű, akár demokratikus társadalomról van szó, ez a nézet durva leegyszerűsítés, amint azt minden jogász és tudós tudja. Még ha egyetértünk is azzal, hogy a normák csak forrásuk (pl. törvényhozói vagy bírói jogalkotás) alapján jogilag érvényesek, és még ha egyetértünk is azzal, hogy ahol van jogrendszer, ott létezik a kelsen *Grundnorm* Hart által naturalizált változata, nevezetesen a tisztviselők azon gyakorlata, hogy bizonyos kritériumokat a jogi érvényesség kötelező kritériumaként kezelnek, ez még mindig nem mondja meg a bíró szerepét, még akkor sem, ha abból indulunk ki, hogy a bírának "alkalmazniuk kell a jogot". A jognyilatkozatokat, akár a törvényhozók, akár a bíróságok vagy bármely más jogalkalmazó teszi, úgy kell *értelmezni*, hogy azok jelentősége az adott tényállás tekintetében egyértelmű legyen. Minden komoly tudós, aki az elmúlt évszázadban a jogértelmezésről írt - az amerikai Karl Llewellyntől kezdve az angol H.L.A. Harton át az olasz Riccardo Guastiniig, sok más⁵⁷ mellett - elismerte, hogy egy adott jogrendszer értelmezési normái a bírának mozgásteret, talán nagy mozgásteret biztosítanak abban, hogy megmondják, mi a törvény. Még a múlt század jogfilozófiájának legfantasztikusabb szofistája és moralistája, Ronald Dworkin is elismerte, hogy senki sem *tudhatja* igazán, mi a helyes jogértelmezés (bár ő természetesen úgy vélte, hogy van ilyen, és történetesen tudja, mi az). Dworkin fő fókuszában ironikus módon az amerikai alkotmányos rend állt, amelyben a legfelsőbb bíróság meglehetősen egyértelműen--

⁵⁷ [idézi M. Troper [francia realizmus], Max Radin [amerikai], P. Chiassoni [olasz realizmus] stb.]

a realisták számára - egy szuper-legisztenciális törvényhozás.⁵⁸ Ez természetesen azt jelenti, hogy a pozitív jog egyéb forrásait értelmező bírói döntések maguk is a jogilag érvényes normák kulcsfontosságú forrásai lehetnek - és nem csak a bíróság előtt álló felek számára, legalábbis minden olyan jogrendszerben, amely a bírói precedenst érvényes jogforrásként kezeli.

Milyen jogi korlátok vannak tehát az értelmezésre? Itt kevés általános jellegű dolgot tudunk mondani, mivel a jogértelmezési normák ugyanúgy változnak a jogrendszerekben, mint a harti elismerési szabályok. Mivel az elismerési szabályok a Hart-i értelemben vett társadalmi szabályok - vagyis a bírák tényleges értelmezési gyakorlatából eredő pszichoszociális műtermékek, amelyeket a bírák belső nézőpontból helyeznek -, ebből következik, hogy az értelmezési normák fejlődhetnek és változnak az igazságszolgáltatás jellegétől és értelmezési gyakorlatától függően: például a közszolgálati rendszerek, ahol a bírakat szakértői értékeléssel léptetik elő, nagyobb nyomást gyakorolnak az uralkodó értelmezési normák betartására, míg az olyan rendszerek, mint az amerikai, amelyek politikai jellegűek, nem.⁵⁹ Ha vannak is általánosítások az értelmezési normák életképes voltáról, gyanítom, hogy ezek inkább a szociológiai tényekből erednek, hogy a jog hogyan lép kölcsönhatásba a társadalommal és az emberi érdekekkel, valamint az értelmezési gyakorlatot érintő gyakorlati korlátokból, mintsem a jog természetéről szóló valódi filozófiai tézisekből. Csak egy példát veszek figyelembe.

Az Egyesült Államokban néhány bíró és még több jogtudós amellet érvel, hogy az Alkotmányt annak "eredeti" jelentése szerint kell értelmezni. Ne feledjük, hogy az amerikai alkotmányt 1789-ben írták, bár jelentős részben a polgárháború után, az 1860-as években módosították. Az originalizmusnak Amerikában két fajtája létezik. Az egyik változat szerint az alkotmányos rendelkezéseket azok *szándékainak megfelelően* kell értelmezni, akik a rendelkezéseket írták. A másik változat, amelyet különösen a Legfelsőbb Bíróság néhai bírójá, Antonin Scalia népszerűsített, az, hogy az alkotmányos

⁵⁸Brian Leiter, "Alkotmányjog, erkölcsi ítélőképesség és a Legfelsőbb Bíróság mint szupertörvényhozó

testület".

Hastings Law Journal (662015): 1601-1616.

⁵⁹[G. megjegyzés. Gilmore "magyarázata" a realizmusról 1960 körül; továbbá R. Posner az amerikai vs. brit igazságszolgáltatásról].

a rendelkezéseket a rendelkezések eredeti "közkeletű jelentése" szerint kell értelmezni, amelyet nem a rendelkezések alkotóinak szándékainak történeti vizsgálata, hanem a régi szótárak és a történelmi bizonyítékok alapján kell meghatározni, hogy a rendelkezés milyen körülményekre és problémákra reagált.⁶⁰

Az originalizmus első változata híres módon szembesült azzal a problémával, hogy a kollektív szervek értelmes *szándékait* azonosítani kell, különösen olyan ügyekben, amelyeket soha nem láthattak előre.⁶¹ A második verziót is sújtották a viták arról, hogy miként lehet rögzíteni az eredeti "nyilvános" jelentést.⁶² Van azonban egy mélyebb gyakorlati probléma, amely mindkét verziót sújtja: a valódi probléma *nem az*, hogy soha nincs tény egy alkotmányos rendelkezés eredeti szándékáról vagy jelentéséről (néha van), hanem az, hogy az eredeti szándékok vagy jelentések iránti komoly elkötelezettség elkerülhetetlenül aláássa *az alkotmányosságot, vagyis azt az elképzelést, hogy a politikai hatalmat olyan jogszabályokkal kell korlátozni, amelyek meghozatalában senki élő nem vett részt, és amelyeket nem lehet hatályon kívül helyezni vagy felülbírálni a rendes jogalkotás módján.* Az "originalizmus" jó retorika, de általában borzalmas politika, amit az Egyesült Államokban minden jogász elismer, akár kifejezetten, akár nem.⁶³ Nevezük ezt az *alkotmányértelmezés valódi problémájának.*

⁶⁰ [pl. Scalia eredetiségvédő véleménye a *Crawford-ügyben*, majd az azt aláásván szándékozó reakció, különösen a *Crawford-ügyben*.

Sotomayor véleménye a *Davis* ügyben]

⁶¹Vö. [Brest és mások tanulmányai]. Az Egyesült Államokban a Keith Whittington munkássága által inspirált új originalista irodalom ezt a problémát az "értelmezés" (a rendelkezés szokásos, kommunikatív jelentésének meghatározása) és a "konstrukció" (a jogi hatás meghatározása) megkülönböztetésével igyekszik megkerülni. A megkülönböztetés kétes, mivel minden általam ismert joghatóságban léteznek olyan jogértelmezési szabályok, amelyek a szokásos, kommunikatív jelentést irrelevánssá teszik. (Vegyük az Egyesült Államokat: "kegyetlen és szokatlan", és így alkotmányellenes a fiatakorúak kivégzése? A hétköznapi értelemben ki tudja? De az USA-ban a jogértelmezés szabályai alapján most már egyértelműen alkotmányellenes) A megkülönböztetés hívei természetesen úgy gondolják, hogy az értelmezést így *kellene* folytatni, de legtöbbjük nem tud normatív okot megfogalmazni erre; kivételt képez Randy Barnett, aki szerint az *eredeti* alkotmány erkölcsi és politikai szempontból erkölcsileg jobb. Lásd Barnett,

_____. Ha ez távolról is hihető lenne, akkor ez egy jó érv lenne.

⁶²[szokásos Scalia kritikák]

⁶³Természetesen lehetnek olyan körülmények, amikor a progresszívek az eredeti retorikát részesítik előnyben, és ezt nem szabad szem elől téveszteni. (Köszönöm William Hubbardnak, hogy sürgetett ebben a kérdésben.)

A valódi probléma az, hogy az alkotmányos korlátozások, amelyek arra vonatkoznak, amit az aktuális politika akar tenni, mindig mélységesen boldogtalanná teszik a jelenlegi politikát. Most ne feledjük, hogy a demokrácia realizmusát tekintve ez nem ugyanaz, mintha azt mondanánk, hogy az alkotmányos korlátozások a demokratikus többség korlátozásai. Ez hamis, mivel a választott tisztségviselők, akiket az alkotmány korlátozhat, nem képviselik a jelenlegi demokratikus többség erkölcsi és politikai nézeteit (kivéve néha véletlenül), a már tárgyalt okok miatt. Ettől függetlenül van egy határ, ameddig a politikai elit és talán még a választók is eltűrik, hogy céljaikat egy régi jogszabály, azaz az alkotmány megghiúsítsa.⁶⁴ Az alkotmányok pedig, mint tudjuk, nem mások, mint régi jogszabályok, amelyeknek a későbbi jogalkotók általi hatályon kívül helyezésére vonatkozó különleges tilalmakkal, gyakran a politikai törekvések bizonyos fokú általánosságával és egy bizonyos pozitív erkölcsi értékkel vannak ellátva. Nem kell történelmi materialistának lenni ahhoz, hogy felismerjük, hogy a világ folyamatosan változik, ahogy a gazdasági és termelőerő fejlődik, és hogy ezek a változások hatással vannak az emberek és politikai társulásaik értékeire, törekvéseire és céljaira.⁶⁵ (A történelmi materialistáknak megvan az az elméleti előnyük, hogy ezt megmagyarázzák!) Ez persze azt jelenti, hogy a komoly originalizmus - bármelyik változat (intencionalista vagy közjogi értelemben vett) - veszélyezteti az alkotmányosság eszméjét, a régi jogszabályokhoz való kötöttség vonzerejét.

Az alkotmányosság mint eszme csak azért marad fenn, mert a bíróságok által végrehajtott fokozatos alkotmánymódosítások minden általam ismert joghatóságban lehetségesek, és így a rég halott emberek - néha meglehetősen kellemetlen, rég halott emberek - akaratához való kötöttség legellenszenvesebb aspektusai megszűnnek vagy enyhülnek.

⁶⁴Trump korában azt várhatnánk, hogy a határ nagyon gyorsan elérkezik!

⁶⁵ Vö. nemcsak Marx korpuszát, hanem újabban Ian Morris, *Forages, Farmers, and Fossil Fuels: How Human Values Evolve* (Princeton University Press, 2015) és, valamivel régebben, Marvin Harris, *Cows, Pigs, Wars and Witches* (Vintage, 1968). Míg Marx a társadalom termelőerőinek fejlettségi szintjét kezelte a társadalom egészének döntő magyarázó változójaként, addig Morris (klasszikus archeológus) kifejezetten a természetből való energiakitermelés mértékére koncentrált, míg Harris (antropológus) a rövid távú anyagi ösztönzőket vizsgálja, például azt, hogy legyen elég élelem az előttünk álló évben. Morris és Harris úgymond "mikro"-marxisták, akik

elfogadják a marxista alaptézist, miszerint az, hogy az emberek hogyan állítják elő anyagi létük feltételeit, meghatározza a meggyőződésüket, de kitöltik azokat a mikro-mechanizmusokat, amelyek megmagyarázzák az általunk talált mintákat. Harris ebben a tekintetben jobb, mint Morris, mivel Harris jobban odafigyel arra, hogy mi motiválhatja az egyéneket arra, hogy úgy cselekedjenek, ahogyan cselekednek, míg Morris nagyrészt a feltűnő összefüggések szintjén operál, anélkül, hogy kellő figyelmet fordítana a pszichológiai mechanizmusokra.

Lehet, hogy az alkotmányosságnak nincs értéke, bár a rendelkezésünkre álló korlátozott bizonyítékok alapján (végül is csak az Egyesült Államoknak és Svédországnak van négy évszázadon átívelő alkotmánya) úgy tűnik, hogy az alkotmányok az emberi jólétet maximalizáló korlátot jelenthetnek a jelenlegi politikai rendszerekre.

Kanada, hazám európai orientációjú szomszédja, érdekes esettanulmány e tekintetben. A Kanadai Chartát, vagyis az "alkotmányt" csak az idén fogadták el, de 1982, a bíróságok gyorsan elvetették azt az elképzelést, hogy az alkotók szándékai irányítják az értelmezését. 1985-ben a kanadai Legfelsőbb Bíróság a *Re B.C. Motor Vehicle Act*⁶⁶ ügyben világossá tette, hogy az alkotók szándéka nem irányítja az "alapvető igazságosság elveinek" értelmezését. Fontos egy kis reális kontextus. Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága mintegy kétszáz évvel ezelőtt magának követelte a végső hatalmat az amerikai alkotmány értelmének eldöntésére, és⁶⁷ ez a pont nem maradhatott ki a kanadai Legfelsőbb Bíróságból. Az sem vezett el számukra, hogy az 1982-es kanadai charta alkotói még igencsak éltek, és még sokáig fognak élni. Annak érdekében, hogy ne bitorolják tekintélyét, fontos volt világossá tenni, mégpedig gyorsan, hogy miután megírták a Chartát, a szerzők végeztek. Az, hogy mit jelent a Charta, most már a bíróságok és a társadalom kezében van. Ez azonban nem egyszerűen "hatalomátvétel" volt, hanem az "alkotmányosság" alapvető tényének világos felismerése: nevezetesen, hogy egy közösség (pl. a politikai elit) nem tűri el, hogy (legalábbis valamelyest) kössék a saját elődök, hacsak nincs jelentős kiigazítási lehetőség. Ez az oka annak, hogy Amerika leghírhedtebb eredetiségvédője, a néhai Antonin Scalia bíró közel negyven éven át szinte egyetlen bíró követőjét sem vonzotta radikális eredetisége. A legtöbb amerikai ügyvéd és bíró hallgatólagos realista, függetlenül attól, hogy milyen nyilvános ideológiát vallanak.

⁶⁶ [cite]

⁶⁷ [cite]

A bírák szerepe a demokráciákban

Ha tehát reálisan látjuk a demokráciákat és a bírakat, milyen következtetéseket vonhatunk le az előző megfigyelésekből?⁶⁸ Engem nem érdekelnek a banális "kötelezettségek", amelyeket részben a *Minimal* és a *Minimal-Plus* nézetek is megragadnak. Csak a korábban említett kulcskérdésekre szeretnék összpontosítani: milyen kötelezettségei vannak a bírának a már létező normák létezésének és jelentésének meghatározásában, ha az elismerési szabályon belül van mozgásterük arra, hogy ezt hogyan határozzák meg; és milyen kötelezettségei vannak a bírának, ha a már létező normák jelentése determinált? Mivel a bírói szerep reális felfogása szerint az eredendően erkölcsi és politikai ítélekezést foglal magában,⁶⁹ nem látok módot arra, hogy ezekre a kérdésekre választ adjunk. a bírák "kötelezettségeire" vonatkozó kérdések, tekintet nélkül erkölcsi és politikai nézeteikre.

Hadd mutassak be néhány kategóriát, amelyek segítenek a lehetőségek fogalmának meghatározásában. A kategóriák bevallottan durvák, de durvaságuk rávilágíthat arra, hogy mi a tét. A "progresszív" kifejezést használom.

A továbbiakban a "reakciós" és a "status quo" kifejezéseket leíró értelemben használom, bár a kifejezéseknek gyakran van erkölcsi értékük. A "progresszív" a három közül talán a legkevésbé leírónak tűnik, de én itt abban a leíró értelemben használom, amit leíró "hegeli értelemnek" nevezhetünk.

Hegel, egy mélyen keresztény filozófus, úgy⁷⁰ gondolta, hogy az emberiség története az Isten teremtésével kapcsolatos szándékainak felismerése (természetesen a hegeli filozófia segítségével). Az isteni szándékokat félretéve, ami feltűnő volt, és amit Hegel észrevett, hogy az emberi történelemben általános tendencia volt a "szabadság" területének kiterjesztése.⁷¹ Gondoljunk csak a demokratikus választójogra Amerikában: először csak a birtokos fehér férfiak kaptak választójogot; aztán a férfiak

⁶⁸Úgy vélem, hogy az általam alább képviselt nézet nem áll olyan távol attól a nézettől, amelyet Posner bíró eredetileg Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory* [Harvard University Press, 1999] című könyvében fogalmazott meg, bár kerülöm a "pragmatizmusról" szóló terminológiáját, amely többet takar, mint amennyit megmagyaráz.

⁶⁹Leiter, "Alkotmányjog, erkölcsi ítélet..."

⁷⁰Frederick Beiser *Hegelről* szóló kötete a *Routledge Philosophers* sorozatomban (London: Routledge, 2005) ezt kellemesen világossá teszi a revizionistákkal és apologétákkal szemben. Hegel kereszténységének sok köze volt ahhoz a káros hatáshoz, amelyet Marxra gyakorolt, aki saját ateizmusa ellenére is hű maradt az olyan ostobaságokhoz, mint a történelem teológiai szerkezete.

⁷¹Vö. a Meador-előadásom, "The Boundaries of the Moral (and Legal) Community", *Alabama Law Review* (642013): 511-531.

tulajdon nélkül, aztán a nők, aztán a nem fehérek, és így tovább. Hegel számára az emberiség története az Isten szabadság kiterjesztésére vonatkozó tervének emberi felismerésének története.⁷² A *progresszív* azt jelenti - rövidítésként, hogy egyértelműen hegeli háttérrel⁷³ kapjon -, hogy a szabadságot élvező emberek körét és/vagy az élvezett szabadság fajtáját növeljük. (Sok "progresszív" persze úgy gondolja, hogy a körnek ki kellene terjednie a nem emberi állatokra, sőt a nem állati természetűre is. Más "progresszívek" - azt hiszem, én is az vagyok - szkeptikusabbak.) Az ilyen szabadság határai vitathatók, de az alapvető minta kristálytiszt: egyre több ember (és talán még a nem-emberek is) jogosultak ugyanarra az erkölcsi aggodalomra és ugyanazokra az erkölcsi jogokra, mint mások. Ez a felvilágosodás utáni modernitás központi ideológiája - amelyet Kant és Marx, valamint Rawls és Hayek is osztott -, és amellyel csak a náciok, fasiszták, reakciósök és mindenféle vallási tradicionalisták állnak szemben.⁷⁴

Természetesen ragaszkodhatunk ahhoz, hogy az igazi

A haladás mérőszáma a "jólét" javulása, de ez összeegyeztethető az imént kifejtettekkel: a szabadság, az itt releváns értelemben, konstitutív kapcsolatban áll a "jóléttel" - nem lehetsz jólétben, ha nem vagy szabad, és fordítva -, ezért a vita megkönnyítése érdekében szigorúan az előbbi fogalmakról fogok beszélni.

A másik két kifejezés ismét leíró tartalmú, bár normatív jelentéssel is bír, attól függően, hogy ki használja a kifejezéseket. Aki a "status quo" mellett van, az nyilvánvalóan a dolgok jelenlegi állapotát részesíti előnyben. Ez pejoratív konnotációval bírhat, ha a status quo a beszélő fényében nem túl vonzó, de nem kell, hogy ilyen konnotációja legyen, hiszen néha a status quo erkölcsileg előnyösebb a rendelkezésre álló alternatíváknál, még a beszélő fényében is. Azok, akik

A "reakciósök" a társadalmat egy korábbi állapothoz szeretnék visszavezetni, különösen a jogi

⁷²Hegel, meglehetősen hírhedt módon, úgy tűnt, hogy ez a terjeszkedés a porosz államkörrel érte el a tökéletességét, de 1820, ez többet mond el a filozófia szűklátókörűségéről, mint a szabadságról.

⁷³Nem látom, hogy a "haladásról" szóló beszédet másképp lehetne megérteni, mint a hegelianus/keresztény háttérrel és annak normatív feltételezéseivel szemben.

⁷⁴[A "tradicionalizmusról" lásd Julius Evola olasz fasiszta filozófust, akit kedvezően idéz 20tha Trump tanácsadója, Stephen Bannon. Nem szeretném eltúlozni Evola jelentőségét. Bannon nyilvánvalóan egy idióta, de egy idióta, aki tud valamit Evoláról, és egy nagyhatalmú tudatlan ember füle van hozzá, nem egy boldog kombináció].

és a polgárok politikai státuszát: a reakciós ellenzi a szabadság kiterjesztését, amit a progresszív pártol.

Fontos megjegyezni, hogy az úgynevezett "konzervatívok" és "liberálisok" közötti számos vita nem feltétlenül az én értelmezésemben reakciósok és progresszívek közötti vita, hanem inkább a hegeli értelemben vett progresszívek közötti belső viták, vagyis azoké, akik nem értenek egyet vagy *az eszközzel*, vagy a szabadság vonatkozó fogalmainak *kiterjesztésével kapcsolatban*. Ez az egyik oka annak, hogy az amerikai tudományos diskurzusban zavarba ejtőnek tűnik a libertáriusokat a jobboldalon ("a konzervatívok") elhelyezni.

A libertáriusok vitatják azt a fajta szabadságot, amely felé a modernitásnak haladnia kellene, és ezért gyakran ellentétben állnak a tényleges reakciósokkal. A baloldali progresszívek szemszögéből a libertáriusok reakciósak, mert naivak az úgynevezett "gazdasági szabadság" gyakorlati működésével kapcsolatban, de természetesen éppen ez az, amit vitatnak. (Az biztos, hogy amennyiben Hegelnek igaza van a modernitás progresszív tendenciájával kapcsolatban, aligha lepődhetünk meg azon, hogy a tényleges reakciósok úgy próbálják elhomályosítani álláspontjukat, hogy retorikai okokból "progresszív" kifejezésekkel keretezik azt).

Amikor a bírák szerepéről beszélek a demokráciákban, azt feltételezem - érvek nélkül, mivel nincs használható érv, amit fel lehetne hozni -, hogy a bírának elő kell segíteniük a fejlődést, ahelyett, hogy reflektálatlanul védik a status quo-t, vagy visszalépünk. Ha az olvasó elfogadja ezt a feltételezést, akkor a bírák demokráciákban betöltött szerepére vonatkozó kérdés világosabbá válik, bár azt a bírói karra és a demokráciára vonatkozó háttértényekkel kell relativizálni. Íme, úgy vélem, a releváns paraméterek.

*A progresszív bírói testület a szabadság kiterjesztésére törekszik, és ezért értelmezési mozgásterét ennek érdekében gyakorolja.*⁷⁵ *A status quo bírói testület* nagyon komolyan veszi a pozitív jog fenntartására tett ígését, és még ott is, ahol értelmezési mozgástér van, azt a status quo javára

értelmezi. A

⁷⁵Megjegyzem, hogy feltételezem, hogy egy progresszív *igazságszolgáltatás* csak intézményi szerepének korlátain belül tudja előmozdítani a szabadságot és az egyenlőséget. Más progresszívek természetesen progresszív célokat fognak követni saját szerepük keretein belül. (Köszönöm Omri Ben-Shaharnak, hogy sürgetett ebben a kérdésben.)

A *reakciós igazságszolgáltatás* haladásellenes, és a szabadságot azokra az elit osztályokra, fajokra vagy szektákra akarja korlátozni, amelyek a múltban kizárólagos előjogokat élveztek.

A *progresszív demokrácia olyan demokrácia, amelyben a törzsi lojalitások a szabadságot kiterjesztő jogszabályokhoz közelednek.* Kanada és Németország ma vitathatatlanul példa erre. A *közepes demokrácia olyan demokrácia, amelyben a törzsi lojalitások olyan status quót rögzítenek, amely sem nem progresszív, sem nem reakciós.* Az Egyesült Államok ma vitathatatlanul példa erre, bár talán éppen egy reakciós korszakba lépünk. Végül, a *reakciós demokrácia olyan demokrácia, amelyben a törzsi lojalitások a szabadságot korlátozó törvényhozás felé közelednek, és amelynek célja, hogy csak a kiválasztott elitnek vagy csoportoknak juttassa előnyeit.* Magyarország és Lengyelország ma vitathatatlanul példa erre.⁷⁶

Végezetül, valamilyen módon jellemeznünk kell a jogszabályok bírósági érvénytelenítésének (vagy újraértelmezésének) hatását a különböző rendszerekben.⁷⁷ Nevezük *bíróközpontú rendszernek* azt a rendszert, amelyben a jogszabályokat érvénytelenítő bírói döntéseket általában elfogadják, és a politikai elitek és a népi választói csoportok kevés ellenállással veszik át. Nevezük *jogalkotó-központú rendszernek* azt a rendszert, amelyben a jogszabályok *prima facie* népi és elit legitimitással rendelkeznek, és az ilyen jogszabályok bírósági érvénytelenítését az elit és esetleg a népi választói csoportok jellemzően szkepticizmussal vagy ellenállással fogadják. A *vegyes rendszerek* olyan rendszerek, amelyekben a jogszabályok bírósági érvénytelenítése néha a bíróközpontú, néha pedig a jogalkotóközpontú rendszerhez hasonlít.

E durva kategorizálások alapján a következőket javaslom: hogyan gondolkodjunk a bírák "kötelezettségeiről" a mai demokráciákban.

⁷⁶ [Lengyelország bonyolultabb, mivel szociáldemokrata állam lett]

⁷⁷ Természetesen vannak olyan jogrendszerek, amelyekben a bíróságoknak hivatalosan nincs hatásköre a jogszabályok *érvénytelenítésére* - Nagy-Britannia, a parlamenti szuverenitás doktrínájával talán a legfontosabb eset, bár egyértelmű hagyománya van annak, hogy a parlament felülvizsgálja a jogszabályokat, amikor a bíróságok "ellentmondást" találnak az alapvető jogokkal.

A progresszív demokráciákban a progresszív bírának minimális értelmezési mozgásteret kell gyakorolniuk a pozitív jog tekintetében, és tiszteletben kell tartaniuk a bírák minimális szerepét, lelkiismeretesen a jogalkotó-központú rendszerekben, mivel ez egyszerre fogja előmozdítani a progresszív célokat, tiszteletben tartja a közvélemény elvárásait és fenntartja a bírói felülvizsgálat legitimitását. A progresszív bírának a közepes demokráciákban élniük kell értelmezési mozgásterükkel annak érdekében, hogy a jogot progresszív irányba mozdítsák el - agresszívan egy bíróközpontú rendszerben, kevésbé agresszívan egy jogalkotóközpontú rendszerben. A reakciós demokráciákban a progresszív bírának agresszívan kell gyakorolniuk értelmezési mozgásterüket, még a jogalkotóközpontú rendszerben is. Az agresszív bírói felülvizsgálat során az igazságszolgáltatás legitimitásvesztése megéri a kockázatot, tekintettel a reakciós demokrácia erkölcsileg hibás jellegére.

Az előbbi bevallottan leegyszerűsíti azt, hogy egy progresszív igazságszolgáltatásnak hogyan kellene gondolkodnia a kötelezettségeiről, különösen a közélet és reakciós demokráciákban. Annak a bírónak, aki úgy gondolja, hogy kötelessége értelmezési szabadságot gyakorolni a haladás szolgálatában (esetleg még azt is, hogy a haladás szolgálatában figyelmen kívül hagyja a bevett jogot), figyelembe kell vennie ennek következményeit is - például annak valószínűségét, hogy egy reakciós törvényhozást arra késztesz, hogy felülvizsgáljon egy olyan kérdést, amelyben a bíró más irányban döntött. A haladásra való törekvésnek természetesen stratégiai jellegűnek kell lennie, azokon a paramétereken belül, amelyeken belül a haladás képviselője működhet... Az a progresszív bíró, aki figyelmen kívül hagyja döntései "visszahatását", nem megbízható barátja a haladásnak.

Ezt a fontos figyelmeztetést szem előtt tartva, rátérhetünk a többi esetre. A status quo bírói karnak tiszteletben kell tartania a pozitív jogot, és minimális értelmezési mozgásteret kell gyakorolnia egy progresszív demokráciában, függetlenül attól, hogy annak kultúrája a jogalkotó- vagy a bíróközpontú. Egy közepes demokráciában a status quo bírói testületnek egy törvényhozás-központú rendszerben valószínűleg hasonlóan kellene eljárnia, mivel nem valószínű, hogy progresszív célok

érdekében értelmezési mozgásteret gyakorolna, és még ha ezt meg is tenné, valószínűleg kevés jót eredményezne. Ha a közéleti demokrácia bíró-központú, akkor a status quo bírói testületnek értelmezési jogkörét kellene gyakorolnia.

szabadságot progresszív irányban, amennyire csak képes erre. Egy reakciós demokráciában a status quo igazságszolgáltatás kötelessége, hogy megpróbálja progresszív lenni!

Az előzőekből következtethetsz arra, hogy a többi esetben hogyan fogok a kötelezettségekről számot adni. Egy esettel azonban hadd foglalkozzam kifejezetten, mégpedig a reakciós demokráciákban működő reakciós bírák esetével. Ezeknek a bírácoknak véleményem szerint egyetlen kötelességük van: lemondani a pozíciójukról, vagy - ami ugyanilyen valószínűtlen - megreformálni erkölcsi nézeteiket.

Az előzőekben csak a jogalkotással kapcsolatos bírói szerepre összpontosítottunk, de hasonló ajánlások szülehetnek a korábbi bírósági határozatok, alkotmányos rendelkezések vagy a közigazgatási szervek rendeleteinek értelmezésében betöltött bírói szerepre is.⁷⁸ Egy progresszív bírói testület általában progresszív precedenseket fog létrehozni, bár a bírói testületek nem egyöntetűek, és természetesen lehetnek kiugró esetek. Ebben az esetben a progresszív bírácoknak ugyanolyan mértékben kell kihasználniuk értelmezési mozgásterüket, mint a nem progresszív jogszabályok esetében. Itt a kockázatok valószínűleg mások lesznek, mint a jogalkotás esetében: vagyis a kockázat nem a jogalkotói visszahatás, hanem a kevésbé progresszív kollégák bírói visszahatása. Ismét ugyanazok a megfontolások érvényesek, mint a jogalkotási ügyben: a progresszív alsóbb szintű bíróságoknak tekintettel kell lenniük a status quo vagy a reakciós felsőbb szintű bíróságokra, és így tovább. Az alapgondolat azonban ugyanaz: a progresszív bírácoknak stratégiai szempontból progresszív eredményekre kell törekedniük, kellő figyelmet fordítva a kontextusra és a végeredményre.⁷⁹

Egyesek számára az előbbiek túlságosan egyszerűnek tűnnek: a bírác *kötelezettségei* bizonyára nem függhetnek erkölcsi nézeteik minőségétől vagy a jogszabályok erkölcsi minőségétől, amelyeket felül kell vizsgálniuk. Igaz, hogy a kérdést jellemzően az ilyen jellegű megkülönböztetések figyelembevétel nélkül közelítik meg, de egy ilyen

⁷⁸Köszönöm Jennifer Nou-nak, hogy nyomást gyakorolt rám ebben a kérdésben.

⁷⁹A progresszív bírák stratégiai gondolkodásának szép példája az 1840-es és 1850-es évek ohioi esetei, amelyekben a bírák azzal a kérdéssel szembesültek, hogy vissza kell-e küldeniük a szökött rabszolgákat a rabszolgatartó amerikai Délre. [Először a comity szempontjai domináltak, de az 1850-es évekre visszaszorultak] (Köszönet Todd Hendersonnak a példaért.)

megközelítés véleményem szerint irreális mind a bírói szereppel, mind a demokráciákkal kapcsolatban. A bírácoknak általában tiszteletben kell tartaniuk *minimális szerepüket*, de nem mindig. *Minimális szerepük* pedig jelentős mozgásteret biztosít számukra, és hogy ezt a mozgásteret hogyan használják ki, az a bírácok minőségétől, azaz erkölcsi és politikai ítélőképességüktől függ. Amennyiben az erkölcsi és politikai ítélőképesség elengedhetetlen a bírói szerep gyakorlásához, különösen a fellebbviteli felülvizsgálat legmagasabb szintjein, és amennyiben a demokráciák erkölcsi és politikai jellegükben különböznek (és ez nyilvánvalóan így van), nem látok módot arra, hogy a bírácok erkölcsi és politikai ítélőképessége és annak a demokráciának a jellege nélkül, amelyben szolgálnak, megvitassuk, mit kellene tenniük a bírácoknak.

A szkeptikusok egy másik fajtája számára a bírói szerepről való gondolkodásnak ez a módja úgy tűnik, hogy feltételezi, hogy valóban tudjuk, milyen döntések védik és bővítik a szabadságot és a jólétet. Nyilvánvalóan nem tudjuk biztosan, hogy a dolgok mely állapota maximalizálná a valódi emberi szabadságot és jólétet. De a tényleges ítélkezés horizontján belül gyakran tudjuk, még ha megengedjük is, hogy lesznek vitatott esetek. Azok a döntések, amelyek védik az egyéni választás szabadságát, a Millian-féle ártalom elvének ésszerű értelmezése által meghatározott határokon belül, és azok a döntések, amelyek támogatják az embereket a szerencsétlenségtől védő és a kapitalista termelési viszonyok között (természetesen a jelenlegi viszonyítási alap) a termelő tevékenységet ösztönző társadalmi-gazdasági politikát, jó döntések. Minden bonyodalmat félretéve, az előzőek alapvetően az elmúlt fél évszázad neoliberális konszenzusát írják le.⁸⁰ Természetesen lehetnek olyan nehéz esetek, ahol ez nem egyértelmű, és így a bírácok kötelezettsége is kevésbé lesz egyértelmű. De a bírói kötelesség egyetlen olyan elmélete, amely elkerüli az ilyen problémákat, morálisan nevetséges lenne (pl. a bírácoknak attól függetlenül engedelmeskedniük kellene annak, amit a törvényhozás vagy a végrehajtó hatalom mond).

Mindenesetre a valóban nehéz esetek - progresszív szempontból - kevesen vannak és nagyon

kevesen. A megfizethető ellátási törvény tiszteletben tartotta a szabadság maximalizálására irányuló hegelianus ösztönzést azáltal, hogy kiterjesztette a

⁸⁰A neoliberális konszenzus lehet, hogy teljesen téves (ahogy szerintem is az), ebben az esetben a "progresszív" stb. kifejezést ennek megfelelően kell értelmezni.

az egészségügyi ellátáshoz való hozzáférést - ami a jólét szempontjából alapvető fontosságú -, és az amerikai Legfelsőbb Bíróság helyesen hagyta jóvá, ⁸¹bár olyan módon, hogy az amerikai politikai élet jelenlegi ideológiai torzulásaihoz igazodjon. Ha van érv az ACA ellen, akkor az az, hogy az eszközei nem feleltek meg a céljának - és amennyiben ez így volt, akkor úgy tűnik, hogy ez a politikai kompromisszum szükségessége miatt történt. Az azonos neműek házasságának legalizálása ⁸²nyilvánvalóan kiterjesztette a szabadságot, az ellene szóló érvek pedig a házasság⁸³ állítólagos "természetéről" szóló vallási és metafizikai fantáziákra támaszkodtak, amelyeknek semmi közük nem volt a házassági köteléknek a kapitalista Nyugaton betöltött szerepéhez. Az amerikai szólásszabadság-doktrína hírhedt erkölcsi katasztrófa, amely úgy ⁸⁴védi a náci szociopatákat és a beteges hazudozókat, ahogyan egyetlen más demokrácia sem teszi. Az, hogy az amerikai Legfelsőbb Bíróság ez utóbbi esetekben, akárcsak a kampányfinanszírozási döntésekben, ennyire elhibázta,⁸⁵ könnyen megmagyarázható az amerikai plutokrácia patológiájával (az olyan emberek, akiknek van elégetni való pénzük, ami felerősíti a hangjukat más polgárokkal szemben, úgy gondolják, hogy ez a felerősítés a szólásszabadság központi eleme).⁸⁶ De a lényeg az, hogy az ilyen jellegű döntések a progresszív bírák szempontjából elég nyilvánvalóan helytelenek. A progresszív bírák és mások, akik nem kifejezetten reakciók, közötti nézeteltérések ezekben a kérdésekben az empirikus tényekkel kapcsolatos viták. Ha a tények másképp lennének, a progresszív bírának természetesen engedniük kellene.

E tekintetben hangsúlyoznom kell, hogy az általam javasolt, a bírói kötelezettségekről való gondolkodásra vonatkozó sablon könnyen alkalmazható az empirikus tényeket vitató jogászok és teoretikusok számára is. Egy libertáriánus - vagyis valaki, aki vitatja a "szabadság" kiterjesztését és különösen az azt maximalizáló állami rezsimekre vonatkozó tényeket - elfogadhatja az előző keretrendszert, de fenntarthatja, hogy például a

⁸¹[cite]

[⁸²cite]

⁸³[idézi Finnis, Girgis stb.]

⁸⁴A kételyekhez lásd: Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2012); Brian Leiter, "The Case Against Free Speech", *Sydney Law Review* 38 (2016): 407-439 (2013 Julius Stone Address in Jurisprudence).

⁸⁵*Citizens United*...

⁸⁶Vö. Leiter, "The Case Against Free Speech", - .

Az ACA-t érvényteleníteni kellett volna, mivel nem *igazán* maximalizálta az emberi jólétet. Ezen értelmezése szerint az ACA érvénytelenítése a "progresszív" döntés, mivel vita van a szabadság természetéről és az alkalmazandó jogszabályokra vonatkozó tényekről. Ez a nézet téves, de legalább most már a megfelelő helyen helyeztük el a vitát, és nem a cselekmény/cselekmény megkülönböztetéssel kapcsolatos ostobaságokban, ahogyan azt az amerikai Legfelsőbb Bíróság tette. Így egy tényleges reakciós is, aki szerint nem számít az emberi szabadság és jólét rangra és státuszra való tekintet nélkül, gondolhatja úgy, hogy az ACA-t is érvényteleníteni kell, mivel *minden* ember szabadságának maximalizálása nem érték - nem azért, mert egy ilyen döntés progresszív, hanem mert egy reakciós döntés jobb. Nyilvánvaló, hogy mindkét esetben kétséges, hogy a bírának biztosított értelmezési mozgástér, még Amerikában is, engedélyezte volna ezt az eredményt az *említett okok miatt*, de ez talán nem számít, ha a legfelsőbb fellebbviteli szinteken a bírák olyan eredményeket választanak, amelyek erkölcsi és politikai nézeteik alapján jogilag megengedhetőek, és a megengedhetőség határai képlékenyek és tágak.⁸⁷

Röviden, úgy gondolom, hogy az én beszámolóim erénye, hogy a vitát a megfelelő helyen helyezi el: nem valamilyen állítólagosan "általános" bírói kötelezettségről van szó, hanem a tényekkel kapcsolatos érdemi viták szintjén arról, hogy az egyes politikák hogyan hatnak az emberekre. Megközelítésem ellen szól azonban az a fikció, hogy a bírák erkölcsileg és politikailag semleges jogalkalmazók. Nem akarom tagadni, hogy ezt a fikciót a demokratikus értékeket tisztelő társadalmak többségében nagyon komolyan veszik, és hogy bizonyos körülmények között kiderülhet, hogy az emberi szabadság és jólét szempontjából döntő fontosságú: a realizmus ezt követeli meg. De nem ismerek olyan jogrendszert, amely valóban tesztelte volna a fikcióval kapcsolatos releváns hipotézist. Ebben a rendszerben a politeia valóban megértené, hogy a már meglévő jogi normák soha nem lehetnek

⁸⁷Szeptikus vagyok, hogy elég szélesek a reakciók számára, de ha Karl Llewellyn-t követve a legitim értelmezés határait egy szociológiai tény - a jogászok és jogászok aktuális véleménye - határozza meg, akkor aligha lehetünk biztosak benne.

megfelelőnek kell lennie a bíróságok által kezelendő problémáknak, és H.L.A. Harttal együtt

lemondana arról a vágyról, hogy ez másképp legyen:

[Még eszményként sem szabadna egy olyan szabály elképzelését dédelgetnünk, amely annyira részletes, hogy a kérdés, hogy egy adott esetre vonatkozik-e vagy sem, mindig előre eldőlt, és a tényleges alkalmazáskor soha nem kell újból választani a nyitott alternatívák között.... [Ennek oka az, hogy az ilyen választás szükségessége azért kényszerül ránk, mert emberek vagyunk, nem istenek. Az emberi (és így a jogalkotói) kényszerhelyzet jellemzője, hogy két, egymással összefüggő hátrányban vagyunk, amikor arra törekszünk, hogy egyértelműen és előre szabályozzuk a magatartás valamely területét olyan általános normák segítségével, amelyeket további hivatalos utasítás nélkül alkalmazunk az egyes alkalmakkor. Az első hátrányt a tényekkel kapcsolatos viszonylagos tudatlanságunk jelenti: a második hátrányt a mi a cél relatív meghatározhatatlansága....[Az emberi jogalkotók nem rendelkezhetnek ilyen ismeretekkel a körülmények minden lehetséges kombinációjáról, amelyet a jövő hozhat. Ez az előrelátásra való képtelenség a cél relatív meghatározhatatlanságát hozza magával. Amikor elég bátrak vagyunk ahhoz, hogy valamilyen általános magatartási szabályt fogalmazzunk meg (például egy olyan szabályt, hogy a parkba nem szabad járművet bevinni), az ebben az összefüggésben használt nyelvezet olyan szükséges feltételeket rögzít, amelyeknek mindennek meg kell felelnie, ha az a hatálya alá tartozik, és bizonyos egyértelmű példák arra, ami biztosan a hatálya alá tartozik, a szemünk előtt lehetnek. Ezek a paradigmaticus, egyértelmű esetek (a gépkocsi, a busz, a motorkerékpár)....Eredetileg azt a kérdést rendeztük el, hogy a parkban a nyugalom és a csend fenntartása mindenképpen ezen dolgok kizárásának árán történik.....[De [mi] nem rendeztük el, mert nem láttuk előre azt a kérdést, amelyet a meg nem ítélt eset fog felvetni, amikor az bekövetkezik....[Amikor [ez]... bekövetkezik, szembesülünk a tétjeivel, és akkor rendezhetjük a kérdést az egymással versengő érdekek között a számunkra

legmegfelelőbb módon történő választással...].⁸⁸

⁸⁸*A jog fogalma*, 128-129.

Ha létezne egy olyan jogrendszer, amely magáévá tenné Hart realizmusát, majd katasztrofális eredményeket hozna az emberi jólét szempontjából, mindannyiunknak meg kellene állnunk. Fogalmazhatunk keményebben is: ha a fikció valóban elengedhetetlen az emberi jólét maximalizálásához, akkor ezt a dolgot el kellene hallgatni. De ha a fikció az, amire én és Hart gyanakszunk, és ennek elismerése üdvös lenne, akkor a demokráciákban a bírásról folytatott nyilvános diskurzusunknak ennek megfelelően meg kell változnia.