

Régi alkotmányok és originalizmus: A nagy vita normatív alapjainak újbóli vizsgálata

Alexander Loehndorf, BA, MA

Absztrakt

Ez az írás az originalizmus filozófiai elemzésén alapul egy olyan kontextusban, amely eddig nem kapott kellő figyelmet: a régi alkotmányos rendszerek kontextusában. Ezt a háttérrel szem előtt tartva amellet érvelek, hogy az originalizmus alapelveihez jellemzően társított normatív indokok némelyike hosszú időn keresztül, az alkotmányok évtizedek, sőt évszázadok során történő öregedésével csökkenhet az értékük. Ha ez igaz, akkor az originalista módszertannak klasszikusan tulajdonított normatív legitimitáció destabilizálódhat, mivel a régi alkotmányok természete folyamatosan próbára teszi az originalizmus normatív előírásainak értékét. A demokratikus legitimitáció és az indokolt bírói felülvizsgálat eltérő felfogására van tehát szükség ahhoz, hogy értelmet nyerjen a régi alkotmányok normatív tájképe. A rövideg kedvéért elemzésem nagy részét különösen egy originalista elméletre alapozom: Laurence Solum beszámolója a nyilvános értelmű originalizmusról. Végző soron arról igyekszem meggyőzni az olvasót, hogy a régi alkotmányok és azok jellemzői által a bírói filozófia számára jelentett kihívások fényében az eredetiségelvű elmélet alapjául szolgáló normatív elvek alááshatók, néha súlyosan.

Tartalomjegyzék

Első rész

.....	Bevezetés	1
Filozófiai általánosság és	amerikai alkotmányosság	3
.....	A régi alkotmányoknégy	
.....	jellemzője	6
Az originalista	családfa	9
Solum a közjogi	értelemben vett originalizmusról	11
Solum a történelmi tényekről és a közjogi értelemben vett	originalizmusról	14
Solum az értelmezés-konstrukció	megkülönböztetéséről	18

Második rész

Az originalizmus viszonya a <i>Stare Decisis</i> hez	22	
Originalizmus és demokratikus legitimitáció: A Short General	Account	25
Solum az originalista demokratikus	legitimációról	26
Solum a	precedens problémájáról	29
Félelmetes <i>Stare Decisis</i> : A régi	alkotmányoktörténelmi	
.....	jelentősége	32
A demokratikus	legitimitás újjáélesztése	37
Balkin az alkotmányos hitről és	tekintélyről	41
Demokratikus legitimitás és alkotmányozó	hatalom	44
Régi alkotmányok és	szuperprecedensek	46
Solum	a szuperprecedensekről	54
Az originalizmus szükségszerű feltétele: Reconstruction	Amendments	56
Solum a formális	módosítások legitimitásáról	61
Az originalizmus ostobasága: Az idealista	törvényhozás	63
Raz az alkotmányos hibákról és az innovatív	értelmezésről	68
.....	Következtetés	75

Bevezetés

Az amerikai alkotmányosság eredetiségéről szóló nagy vita már több mint négy évtizede tart. Ez alatt az idő alatt még néhány kritikus is elismerte, hogy "az originalizmus egy zsonglőr. Átjárja alkotmányos diskurzusunkat, és az alkotmányos legitimitás erődjévé és fontjává vált".¹ És mégis, az originalizmus felemelkedését alapvetően egy kolosszális és éles vita jellemezte maguk az originalisták és kritikusaik között, amelynek intenzitása aligha csökkent. Hol tart most az originalizmus? Erre a látszólag egyszerű kérdésre nem lehet értelmes választ adni egy tucat másakra való hivatkozás nélkül, amelyek mindegyike sokkal bonyolultabb. Itt csak néhányat említek. Lehet-e koherens módon elkülöníteni az eredetiségelvű elmélet egy-egy irányzatát (a tucatnyi, esetleg száz létező közül), és rámutatni arra, hogy ez az elmélet kifejezetten és azonosíthatóan befolyásolja a bírák döntéseit az alkotmánybíráskodásban?² Vagy az originalizmus elméletileg koherens, de a gyakorlatban túlságosan zavaros fogalmakkal rendelkezik ehhez? Más szóval, az originalizmus bármelyik elmélete kínál-e olyan beszámolót, amelynek pontos alapja van a való világban? Vagy lehetetlenné vált az a kihívás, hogy rámutassunk az originalista és a nem-originalista álláspontok számos mérsékelt formája közötti releváns különbségekre? Bár e kérdések mélysége és terjedelme lenyűgöző, itt nem ezekre fogunk összpontosítani.

Egy másik kérdésre gondolok, amely arra irányul, hogy az eredetiséget új megvilágításban vizsgáljam; egy olyan megvilágításban, amely (kis részben) magyarázatot ad arra az örökös kritikára, amelyet az elmélet azóta elszenvedett, hogy

¹ Guha Krishnamurthi, *Hamis pozitívizmus: The Failure of the Newest Originalism*, 46 *BYU L.Rev.* 401, 403 (2021). ² Részletesebben lásd Mitchell Berman, *Originalism is Bunk*, 84 *NYU L.Rev.* 1, 14-16. o. (2009), ahol Berman alátámasztja azt az állítást, hogy 72-1000 különböző originalista tézis létezik, attól függően, hogy ki mennyire támogatja a fixitást, a kényszer és a törvény minimális tartalma tézisek elvét, amelyek mindegyike az

alkotmányértelmezés originalista alapú elméletének fogalmi összetevője.

teremtés. Felteszem a kérdést, hogy az originalizmus miért ütközik olyan jelentős kihívásokba normatív életképessége mint értelmezési módszertan tekintetében a régi alkotmányok körülményei között. E munka középpontjában ezért egy sajátos alkotmánytípus áll, amelynek keretében az originalizmus előnyeit és hátrányait vizsgálhatjuk: a régi és elhasználadott alkotmányok, amelyek olyan államokban találhatók, amelyek az idők során a gyorsan változó világra reagálva nagymértékben átalakultak. Elemzésem kulcsfontosságú része tehát a régi alkotmányos keretek azon egyedi jellemzőinek jellemzése, amelyek hátrányosan befolyásolják az originalizmus normatív vonzerejét. Ezt az elemzést követően remélem, sikeresen érvelhetek amellet, hogy a régi alkotmányok jellemzői aláássák az originalista elmélet számos szokásos normatív indoklását. Ahhoz, hogy ezt az összetett érvelést megalapozhassam, a dolgozatot két részre osztom. Az első rész a régi alkotmányok négy jellemzőjét állapítja meg, mielőtt megállapítanám az originalizmus alapdefinícióját. Az originalista elmélet általános elképzelését szem előtt tartva ismertetem a nyilvános értelmű originalizmust (a továbbiakban röviden PMO), amely az ebben a cikkben középpontba állított originalista elmélet lesz.

A második részben kifejtem az originalizmus és a *stare decisis* kapcsolatát, amely olyan fogalmi tüskének bizonyult, amellyel az originalizmusnak szembe kell néznie. Ebből kiindulva azt az érvet fejtem ki, hogy a régi alkotmányok körülményei megnehezítik az originalizmus számára a precedens problémájának leküzdését anélkül, hogy normatív szempontból nem kívánatos következményekkel járna, amelyek rávilágítanak az elmélet normatív igazolhatóságának súlyosbodó hiányára. Ezt követően amellet érvelek, hogy az originalizmusnak a demokratikus legitimitációhoz való viszonyát súlyosan alááshatják a régi alkotmányok jellemzői és az azokból fakadó következmények. Végül felhívom a figyelmet egy fontos megfigyelésre az originalista elmélet elméleti premisszáiról és a törvényhozó hatalomhoz való kapcsolatáról. Ha a PMO nem tudja megvédeni magát az általam itt felvetett állításokkal

szemben, akkor az a következtetés, hogy az originalizmus és a régi alkotmányok (egy bizonyos pontig) normatív értelemben kölcsönösen kizárják egymást, egyre inkább válik

hihető. A dolgozat fő célja tehát mindenekelőtt az, hogy meggyőzően érveljen amellett, hogy a régi alkotmányok jellemzői negatívan alááshatják az originalizmus normatív alapjait.

Filozófiai általánosság és amerikai alkotmányosság

Itt a régi alkotmányokra összpontosítunk, és az amerikai alkotmány a régi alkotmányok kvintesszenciális formáját képviseli. Ráadásul, ha az originalizmust fogom vizsgálni, nincs értelme elkerülni, hogy némileg kötődöm az amerikai alkotmányossághoz az egyszerű tény miatt, hogy az elmélet egy egyedülállóan amerikai kontextusban alakult ki és kapott hangsúlyt. Vitatható, hogy az amerikai alkotmány nem egyszerűen csak régi, hanem ősi - olyan dokumentum, amely kifejezetten az amerikai alkotmányos köztársaság megalapításához kötődik. Az 1787-ben hivatalosan ratifikált amerikai alkotmány 2021-ben 234 éves, és ezzel a világ legrégebbi hatályos írott alkotmánya. Összehasonlításképpen a mexikói alkotmány 113 éves, ami viszonylag régi alkotmány. Az eredeti kanadai alkotmányt 1867-ben (147 évvel ezelőtt) a brit Észak-Amerikai Törvény hozta létre, de 1982-ben patriarchálták, hogy sok más mellett a jogok chartáját is tartalmazza. Kanada új alkotmánya tehát viszonylag fiatal (mindössze 39 éves), bár némileg egyedi esetet képvisel. A brazil alkotmányt (a hét alkotmány közül a legújabbat) 32 évvel ezelőtt ratifikálták, és jó példa arra, hogy nem minden alkotmány válik öreggé.³ De a lényeg itt az, hogy egyik alkotmány sem közelíti meg az amerikai alkotmány korát - az amerikai alkotmány ebben az értelemben szinte antediluvianus.

³ És valójában a régi alkotmányok rendkívül ritkák. Nagyjából 900 alkotmányt hoztak létre 1788 óta, és mindössze 1,5%-uk tartott ki több mint 100 évig. Tom Ginsburg és James Melton, *Norvégia tartós alkotmánya: Implications for Countries in Transition*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance 14 (2014).

Ebben az összefüggésben, az amerikai alkotmányossághoz szükséges szemüvegen keresztül vizsgáljuk a régi alkotmányokat: azért, hogy az originalizmusra vonatkozó következményeket vonjuk le az adott körülmények között. Egy ilyen projektnek azonban nagyon is reális veszélyei vannak, és ezekkel foglalkozni kell, mielőtt továbblépnénk. A jogfilozófia kellően általános és absztrakt megközelítést igényel, olyat, amely nem az egyes államokra vonatkozó, kontextusfüggő körülményekre alapoz, nehogy az egyes államokra jellemző sajátos részletekben elmerüljön, és így ne tudjon kellő szintű általánosságot nyújtani. Joseph Raz tekintélyes módon emlékeztet erre a *Between Authority and Interpretation (A tekintély és az értelmezés között)* című könyvében:

Egy csábító javaslat szerint a hatalom elméletének és a (vastag) alkotmány helyes értelmezésének megalkotásához az a mód, hogy tovább vizsgáljuk az azt indokoló társadalmi, kulturális és gazdasági feltételeket. Bizonyára ezek tartalmazzák a kulcsokat az alkotmány természetének és funkciójának, és így tekintélyének és értelmezésének megértéséhez. A felvetés azonban téves. Kétségtelen, hogy egy ilyen vizsgálat nagyon értékes lesz. Nem fogja azonban meghozni a remélt eredményeket. Feltételezi, hogy a jog, legalábbis az alkotmányjog, kizárólag annak az országnak a viszonylag stabil társadalmi viszonyaira reagálva fejlődik, amelyre vonatkozik.⁴

Az amerikai alkotmányosság különösen jól tükrözi Raz gondolatának érdemeit. Az amerikai alkotmányosság egyedi vonásai számosabbak, mint általános társaik, és ezeket az egyedi vonásokat kétségtelenül az országot meghatározó társadalmi, kulturális és gazdasági körülmények éltetik. Az originalizmus általánosabb elemzése ebben az összefüggésben enyhén szólva is trükkös, de elvégezhető, ha kellő hangsúlyt fektetünk a régi alkotmányok absztrakt jellemzőire. Más szóval, az itt alkalmazott lencse az originalizmust és a régi alkotmányok jellemzőit vizsgálja általánosságban, és bár elsősorban az amerikai

⁴ Joseph Raz, A tekintély és az értelmezés között: A jog és a gyakorlati ész elméletéről 326 (2009).

alkotmányosság, nem kötődik *kifejezetten* ezekhez az egyedi feltételekhez, hogy komolyan vehessük Raz figyelmeztetését.⁵

Mindezek után az amerikai alkotmányosságra összpontosítok, mert a fogalmi tisztánlátás érdekében célszerű egy példát választani, és ahhoz ragaszkodni. Ennek során azonban óvatosságra van szükség, és az árnyalt jellemzések megrajzolása óvatosan kell, hogy történjen. Itt különösen fontos az a gondolat, hogy "Mindig óvatosnak kell lenni, hogy ne keverjük össze azt, ami X egy adott példányára jellemző, azzal, ami X lényegi vagy jellemzője".

- Nem kívánom kiemelni az amerikai alkotmányosság sajátosságait.⁶ Remélem, hogy az itt kifejtett gondolataim elég általánosak és elvontak ahhoz, hogy bármely nyugati liberális alkotmányos demokráciára vonatkozzanak, amelyiknek a játéktéren felmerülnek azok a kihívások, amelyeket az öregedő alkotmányos keretekkel együtt járó kihívások jelentenek. Az amerikai alkotmányosságot meglevenítő számos abnormális körülmény ellenére az öreg alkotmányos keretek vizsgálatából számos általános tanulság vonható le, amelyek alapvetően megváltoztatják az originalizmus azon képességét, hogy normatívan legitím módon bevethető legyen. Egy utolsó figyelmeztetés a folytatás előtt. Az "originalizmus" kifejezés so számomra sokféle dolgot jelent különböző embereknek. E tanulmány középpontjában az akadémiai jogelméletben védett eredetiség áll, nem pedig az eredetiség, ahogyan az a politikai megtestesüléseiben (néha "népszerű eredetiségnek" nevezik) megjelenik. Ha indokolatlanul nagy figyelmet fordítunk a népszerű eredetiségre, az csak visszavezet bennünket azokhoz az egyedülállóan amerikai társadalmi, gazdasági és

⁵ Már a kezdetektől fogva világossá kell tenni, hogy ez a vállalkozás milyen nehézségekbe ütközik. Felmerülhet a kérdés, hogy fogalmilag hogyan lehetséges az alkotmányértelmezés elméletének általános és absztrakt módon történő megvitatása, amikor ez az elmélet az amerikai alkotmányosság egyedi kontextusában keletkezett. Mint említettem, némileg kötődünk az amerikai alkotmányossághoz - de ez nem jelenti azt, hogy e projekt keretében minden megfigyelésnek, elemzésnek és érvelésnek ehhez a kontextushoz kell ragaszkodnia. Ez egy finom

különbségtétel, de el kell ismerni. Az itt felhasznált irodalom nagy része az amerikai alkotmányosságra épül. Ettől függetlenül célokom, hogy amikor csak lehetséges, elvonatkoztassak az amerikai esettől, és a nyugati liberális alkotmányos demokráciák régi alkotmányainak jellemzőire összpontosítsak.

⁶ Wil Waluchow, A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree 12 (2006).

kulturális körülményeket, amelyek megelevenítik, és így nem lenne hasznos a régi alkotmányok az originalizmus normatív alapjaira gyakorolt hatásáról szóló általánosabb megfigyelések összegyűjtésében.

A régi alkotmányok négy jellemzője

Mi az öreg alkotmány, szemben a fiatal vagy középkorú alkotmánnyal? Milyen értelmes különbségek vannak a háttérben? Hogyan lehet jól körülhatárolni az alkotmányok e különböző fajtáinak határait? Ezek mind fontos kérdések, de engem inkább a régi alkotmányok egyértelmű példái és következményeik érdekelnek, és kevésbé érdekel a fiatal, középkorú és régi alkotmányok pontos vagy precíz megkülönböztetése. Céloom végül is az, hogy megvizsgáljam az olyan alkotmányok természetét, amelyek jelentős kora számos olyan problémát vetett fel, amelyek az originalizmus normatív igazolhatóságának és legitimitásának alapjául szolgálnak. De hogyan lehet ezt megtenni, ha nincs határozott értelemben meghatározva, hogy mitől lesz egy alkotmány öreg? Egy négy részből álló definíciót kínálok, amely a megkülönböztetés elsajátítását hivatott elősegíteni.⁷ Először is, az elöregedett alkotmányok olyan alkotmányok, amelyekről széles körben nem érzékelik, hogy kifejezett kötődések fűzik őket szerzőikhez, amelyek erkölcsi tekintélyüket és legitimitásukat érvényesítik - az öreg alkotmányok hosszú élettartamuk során túlnőnek az ilyen kötődéseken. Fontos, hogy ez az állítás nem jelenti azt, hogy a szerzők teljesen irrelevánsak az öreg alkotmányok erkölcsi tekintélye szempontjából; az állítás egyszerűen arról szól, hogy a szerzőket már nem tekintik e tekintély elsődleges vagy közvetlen forrásának. E széles körben elterjedt felfogás miatt a régi alkotmányokat az állampolgárok nem tekintik erkölcsileg legitimnek, *kizárólag* annak a demokratikus konszenzusnak köszönhetően, hogy

⁷ Ez a négy jellemző talán a régi alkotmányok természetét el tudja indítani, de ez minden, amit tesznek. Nem áll szándékomban, hogy az olvasó azt higgye, hogy ez a négy jellemző önmagában tesz egy alkotmányt régivé, vagy hogy ezek a jellemzők teljes mértékben megragadják a régi alkotmányok természetét. Ez a rövid és lényegre törő felsorolás nem kíván különösen átfogó vagy teljes lenni. A régi alkotmányok hihetetlenül összetett dolgok - én csupán rámutatok néhány alapvető jellemzőre, amelyek a nyugati liberális alkotmányos demokráciák kontextusában azonosítják őket.

megerősítette létrehozásukat. Ezek az állampolgárok jellemzően úgy vélik, hogy saját demokratikus cselekvőképességük (azaz a módosítási és változtatási képességük) legitimálja az alkotmány tekintélyét.

Másképp fogalmazva, egy régi alkotmány erkölcsileg legitim és mérvadó, mert az alkotmány feletti ellenőrzést az emberek - most - látják, és nem azért, mert egy múltbeli szupertöbbség ratifikálta az alkotmányt.

Másodszor, és az első jellemzőből eredően, a régi alkotmányok elég idősek ahhoz, hogy a nemzedék, amely tanúja volt a létrehozásának, eltűnt - más szóval, az akkori nép már nem létezik, és az alkotmány hatálya alatt a mai nép alkotja az állampolgárokat. A mostani népnek tehát nincs *közvetlen* demokratikus kapcsolata az alkotmány eredetével; nem volt részese annak a választási folyamatnak, amelynek során megalakult a kormány, amely később ratifikálta az alkotmányt. Ezt az állapotot bonyolítja az alkotmánymódosítás jelensége, mivel egyes módosítások képesek átalakítani az alkotmány lelkét. Amikor ez megtörténik, az alkotmányt aktívan alakítja a nép - most, ami azt jelenti, hogy a módosítás és a meglévő szöveg között demokratikus kapcsolat van.

Mindazonáltal itt most az alkotmány teljes létrehozásával vagy ratifikálásával foglalkozunk, és kevésbé a módosításokkal, amelyek gyakran kisebb változtatásokat eszközölnek az alkotmány keretein. A harmadik jellemző azokra a társadalmi, gazdasági, politikai, jogi és kulturális feltételekre vonatkozik, amelyek hajlamosak radikális átalakulásra, amikor egy alkotmány előregszik. Azt állítja, hogy az ilyen változások gyakran olyanok, amelyeket az alkotmány szerzői vagy ratifikálói ésszerűen nem láthattak előre. Radikális változás alatt olyan változásokat értek, amelyek az iparosodást, a globalizációt, a technológizálódást és általában a kultúra és az erkölcs nagy korszellemváltásait kísérik, amelyek az idők során újra és újra bekövetkeznek. Végtelenül sok példa van az ilyen jellegű változásokra, amelyek egy alkotmányt kibillentenek a

szinkronból az általa irányított állammal és polgársággal.

amelyek mindegyike alakítja az életünket befolyásoló társadalmi, gazdasági, politikai, jogi és kulturális valóságot. Az előregedett alkotmányok tehát olyan alkotmányok, amelyek bebetonozódása, bármilyen mértékben is van jelen a bebetonozódás, nem csupán az akkori és a mostani emberek közötti értékek és elvek szétválását vonja maga után, hanem radikálisan más világképet mutat - egy fontos értelemben alapvetően eltávolodnak az idő múlásától és annak hatásaitól.

A régi alkotmányok negyedik jellemzője az alkotmányos szokásjog fokozatos fejlődése.⁸ Az alkotmányos szokásjog a bírói testület által eldöntött alkotmányos jogesetek gyűjteményét jelenti. Az alkotmányos szokásjogot az különbözteti meg a rendes szokásjogtól, hogy az előbbi kifejezetten olyan precedenseket foglal magában, amelyek alkotmányos rendelkezéseket és jogokat érintenek - az ilyen ügyek jogkövetkezményei ezeket az alkotmányos jelenségeket hordozzák magukban. Az alkotmányos szokásjog tehát a bírói véleményeken keresztül artikulált, mérföldkönek számító jogi döntések gyűjteménye, amelyek az alkotmányos rendelkezések szövegéből *erednek*, de azért *jöttek létre*, hogy ott *működjenek*, ahol a szövegnek nem volt meghatározó vagy életképes alkalmazása.⁹ Mivel a régi alkotmányok gazdag történelmet halmoznak fel, jellemzően gazdag alkotmányos szokásjogi rendszerrel is rendelkeznek. E rendszerek tanulmányozása feltárja, hogyan változik a jog az idők során a harmadik jellemzőben rejlő változásokra adott válaszként. Egy állam jogtörténete részben nyomon követhető a mérföldkönek számító alkotmányos döntéseken és a bírói doktrínán keresztül,

⁸ Természetesen meg kell jegyezni, hogy nem minden alkotmány található common law jogrendszerben, és ezért nem lehet alkotmányos common law rendszer. Polgári jogrendszerben általános konszenzus, hogy bírói jog nem létezik; ezekben a rendszerekben a bírák a kiterjedt és részletes polgári és büntető törvénykönyvekben található jogot alkalmazzák (ezt az állítást azonban számos tudós vitatja). Ennek megfelelően e negyedik jellemző középpontjában nem igazán mondható a régi alkotmányok általános jellemzőjének. E dolgozat céljaira tehát elemzésemet azokra a régi alkotmányokra korlátozom, amelyek a common law jogrendszeren alapulnak, ahogyan az a nyugati liberális demokráciák többségében a norma.

⁹ Az alkotmányos szokásjog fokozatos fejlődése olyan bonyolult jelenség, amelynek az én alapvető meghatározásom nem felel meg. Ezt a jellemzőt a második részben részletesebben fogjuk vizsgálni, de a jelenség

bevezető jellegű megértéséhez, valamint ahhoz, hogy az alkotmányos common law jellemzően hogyan működik az írott alkotmány tekintetében, lásd David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 U Chi L Rev 877 (1996).

az idővel kialakuló tesztek, szabványok, elvek és konvenciók kiegyensúlyozása.¹⁰ A régóta fennálló alkotmányos szokásjog gazdag története tehát egyedülálló abban a tekintetben, hogy időbeli fejlődése (jellemzően, de nem mindig) a jogállam átalakuló politikai erkölcsiségének egy olyan, kanonikus esetjogon keresztül létrehozott beszámolóját írja le, amely választ ad a legalapvetőbb - és gyakran megosztó - kérdésekre, hogy hogyan vagy hogyan ne rendezzük magatartásunkat. A négy jellemző megállapításával az originalista elmélet vázlatos képét foglaljuk össze, mielőtt a PMO sajátosságaival foglalkoznánk.

Az originalista családfa

Az originalizmus az alkotmányértelmezés filozófiája, amelyet az a nézet jellemez, hogy a bíró számára a szöveg értelmezésének egyetlen legitim módja az, hogy szigorúan hű maradjon ahhoz az eredeti jelentéshez, amelyet az alkotmány megírásának és/vagy ratifikálásának idején hordozott. Az originalizmus tehát egyszerre igazságügyi filozófia és alkotmányértelmezési filozófia, amely viszonylag rövid élete során széles körű reformokon ment keresztül. Az 1970-es években az Amerikai Egyesült Államokban az originalizmus megteremtéséért felelős koalíció (az originalisták) az alábbiakat tenné

¹⁰ A bírói doktrínák és tesztek a bíró eszköztárának eszközei, olyan eszközök, amelyeket a bíró a jogszerűségi kérdések eldöntésére, kiegyensúlyozására és eldöntésére használ. Az ilyen jellegű doktrínákat és teszteket jellemzően (de nem mindig) szabályok és normák alkotják. "A szabályok olyan szigorú követelmények, amelyek meghatározzák a jogvita megválaszolását, miután az előzménytények megállapításra kerültek. Egy szabály olyasmi, mint például 'egy másik védjegyének bármely későbbi és jogosulatlan használata védjegybitorlásnak minősül'. A szabványok ezzel szemben a jogviták megoldásának amorfabb útmutatásai, amelyek gyakran felsorolják a figyelembe veendő és mérlegelendő tényezők sorát." A bírói eszköztár e két jellemzője közötti különbségtételről és arról, hogy ezek hogyan járulnak hozzá a bírói doktrínához általánosabban, lásd Emerson H. Hiller és Frank B. Cross, *What is Legal Doctrine*, 100 NULR (2006). Az alkotmányos egyezmények másként vannak: ezek nem tartoznak pontosan a bírói eszköztárhoz. Ehelyett olyan jelenségekként kellene értelmeznünk őket, amelyek hatással lehetnek és befolyásolhatják az alkotmányjogot, ugyanakkor az alkotmányjogon kívül is léteznek. Pontosabban: "Ezek [az alkotmányos egyezmények] valójában olyan társadalmi szabályok, amelyek a *politikai* közösség gyakorlatában keletkeznek, és amelyek fontos, de *nem jogi* korlátokat szabnak a kormányzati hatásköröknek". Az alkotmányos konvenciók természetéről bővebben lásd Wil Waluchow, "Constitutionalism,"

The Stanford Encyclopedia of Philosophy (*Spring 2018 Edition*), Edward N. Zalta (szerk.),
<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/constitutionalism/>.

nehezen ismerik fel az originalista elmélet számos ma létező formáját. Az originalista megközelítésre jellemző volt az a tisztelet, amelyet az olyan állami és szövetségi jogszabályoknak adtak, amelyek nem sértették egyértelműen és kirívóan az alkotmány szövegének követelményeit, Alexander Hamilton híres megkülönböztetése alapján eljárva, miszerint a bírói testületnek sem akaratra, sem erőre, csak ítélkezésre van képessége.¹¹ Ez a vezérelv távol áll attól a valóságtól, amelyben az originalizmus napjainkban működik.

Napjainkban és korunkban az originalizmus az elméletek családja, számos népszerű módszerrel, de nincs egyedileg mérvadó vagy paradigmaticus megközelítés. A legismertebb elméletek közé tartozik a közjogi értelemben vett originalizmus, a régi originalizmus, az új originalizmus, a keret-originalizmus, az eredeti módszerek originalizmusa, az eredeti elvárások originalizmusa, a szigorú-szöveges originalizmus, a gyengeelméjű originalizmus, az eredeti jog originalizmusa és a népszerű originalizmus.¹² Szeretném hangsúlyozni, hogy ez a rövid felsorolás egyáltalán nem mutatja megfelelően az originalista elmélet családfáját alkotó eredetiségelméleti ágak kiterjedtségét. Emlékezzünk vissza, hogy a bevezetőben megjegyeztem, hogy teljesen lehetséges, hogy az originalizmusnak több száz fajtája létezik. Valójában a családfa olyan hatalmasra nőtt, hogy most már "...azokat az embereket is magában foglalja, akiket egyes originalisták a főellenségükként azonosítanak".¹³ Ez a mélységes sokféleség lehetővé teszi az originalizmus hívei számára, hogy ügyesen kikerüljék a kritikákat, amelyek a

¹¹ Hamilton, Madison és Jay. *The Federalist Papers* no. 78. Május 28.th, 1788. Az eredeti originalisták átfogó bemutatását lásd Eric J. Segall, *Originalism as Faith* at 56-81 (2018).

¹² A régi és az új originalizmus megkülönböztetéséről lásd Keith Wittington, *The New Originalism* 22 *Geo. J.L. & Pub. Pol'y* (2004). A keret eredetiségről lásd Jack M. Balkin, *Living Originalism* (2011). Az eredeti módszerek originalizmusáról lásd John O. McGinnis és Michael B Rappaport, *Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction* 103 *Nw. U. L. Rev* (2009). Az eredeti elvárások originalizmusához lásd Mark Graber *Original Expectations* *Conn Law Rev* (2020). A szigorú szövegalapú originalizmusához lásd Steven F. Hayward "Two Kinds of Originalism" című írását. A gyenge szívű originalizmusához lásd Randy E. Barnett, *Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted" Originalism* 75 *Cin. L. Rev* (2006). Az eredeti jog originalizmusához lásd William Baude és Stephen Sachs, *Grounding Originalism* 113 *Nw. U. L. Rev.* (2019). A politikai originalizmusához lásd Calvin Terbeek, *"Clocks Must Always be Turned Back": Brown v. Board and the Racial Origins of Constitutional Originalism* 115 *American Political Science Review* (2021). Ez a lista nem tartalmazza a hibrid elméleteket, amelyek közül néhányat azonosít és definiál Lawrence B.

Solum, *Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate*, 113 NULR. 1282-1288. (2019).

¹³ Jeremy D.A. Telman, *Originalizmus*: OhioNorthUnivLawRev. 1, 25 (2016).

elméletet általánosságban azzal, hogy azt állítják, hogy "ez nem az *én* originalizmusom, az *én* originalizmusom más..." Az ilyen jellegű érvelési manőverek nagy részét az originalista elméletek pusztán változatossága és az egyes elméletek gyakran egyedi elkötelezettségei teszik ki. Az *én* céljaimhoz azonban az originalizmus változatosságának ez a korlátozott példája elegendő ahhoz, hogy megértsük, miért veszélyesek az originalizmusra vonatkozó általánosítások. Végül is nehéz általános kijelentéseket tenni egy olyan elméletgyűjteményről, amely ilyen rövid idő alatt ilyen nagymértékben átalakult.

Solum a közérdekű eredetiségről

Ezt szem előtt tartva, bár gondolataim időnként általánosabban is foglalkoznak majd az eredetiséggel, e tanulmány középpontjában egyetlen elmélet áll: Lawrence Solum PMO-jára. Solumot széles körben az originalizmus egyik filozófiailag legkifinomultabb képviselőjének tartják, és mint ilyen, az ő munkája a legjobb kiindulópont az elemzésemhez - a jóhiszemű filozófiai érvelésnek mindig a legerősebb példát kell keresnie, és a PMO három évtizede az originalista gondolkodás egyik domináns irányvonala.¹⁴ Következésképpen azt kívánom bemutatni, hogy még a legerősebb érv is, amelyet az originalizmus mellett fel lehet hozni, kritizálható, és hogy a régi alkotmányok körülményei között még az originalizmus legjobban védett beszámolóit is elkerülhetetlenül elhalványulnak normatív indoklásukban és vonzerejükben. Továbbá, mivel Solum filozófiai védekezései az originalizmusról a legerősebbek közé tartoznak, ha be tudom mutatni, hogy hiányosságok vannak az elméleteiben, akkor

¹⁴ Solum, Lawrence B., Surprising Originalism (2018. május 8.). CONLAWNOW, 2018, Elérhető a következő címen SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3175412> vagy <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3175412>, 286. A *Surprising*

Originalism a nagy vita jelenlegi állásával foglalkozik, és célja, hogy megszólítsa azokat, akik korábbi tévhitek alapján elutasították az originalizmust. Annak bemutatására, hogy ezek a tévhitek mennyire súlyosak lehetnek, Solum a tanulmány nagy részét annak bemutatására szenteli, hogy a PMO hogyan vezethet meglepő eredményekre azok számára, akik kedvezőtlenül tekintenek az originalizmusra. A tárgyalt témák között szerepel a korpusznyelvészet és annak a PMO számára kínáló lehetőségei, a PMO mögöttes konzervatív ideológiájának mítoszromboló mítoszai, valamint néhány kísérleti példa arra, hogy a PMO progresszív eredményeket produkál többek között a tizennegyedik és a nyolcadik módosítással kapcsolatban. Ez tehát egy fontos tanulmány, amelyet érdemes elolvasni, ha érdekli az ilyesmi.

okkal feltételezhető, hogy az originalizmus számos más formája is ugyanilyen vagy még nagyobb hiányosságokkal rendelkezik.¹⁵ Kezdjük az originalizmus általános definíciójával, amely a Solum által megadott négy feltételt tartalmazza. Ez szilárd viszonyítási alapnak fog bizonyulni, amelytől a PMO-t meg lehet különböztetni. Az alkotmányértelmezés egy elmélete akkor originalista jellegű, ha:

- 1) Elfogadja a rögzítési tézist, vagyis azt az elképzelést, hogy az alkotmány szövegének jelentése a ratifikáció időpontjában rögzült.
- 2) Elfogadja - legalábbis - a korlátozási elv minimalista változatát, vagyis azt az elképzelést, hogy az alkotmányértelmezésnek a lehető legjobban meg kell felelnie a szöveg eredeti jelentésének kommunikációs tartalmának.
- 3) Elfogadja, hogy léteznek koherens és alkalmas értelmezési vizsgálati módszerek, amelyek az eredeti jelentés/szándék/megértés hihető beszámolóit eredményezik.
- 4) Elfogadja az alkotmányos meghatározottság olyan szintjét, amely legalább annyi meghatározottságot ismer el (a szöveg kommunikatív tartalmának), hogy a konstrukciónak értelmes hatása legyen.¹⁶

Sok múlik azon, hogyan értelmezzük a fixitás és a korlátozás kettős téziséhez való hűséget. Az originalizmus elmélete az alkotmányossági felülvizsgálat során a bírák által alkalmazott megfelelő módszerre vonatkozó puha vagy kemény nézetet igazol.¹⁷ Nagyon egyszerűen fogalmazva, a puha nézet az originalizmust úgy értelmezi, hogy az egy

¹⁵ Még ezt a viszonylag enyhe állítást is mérsékelni kell annak elismerésével, hogy mivel az eredetiségnek nagyon sokféle fajtája létezik, ugyanolyan sokféle megközelítés, védekezés, indoklás és felhasználás is létezik. Ez azt jelenti, hogy az originalizmus ugyanazon kritikái az elmélet egyes formáira vonatkozhatnak, másokra viszont nem. Sok más kiemelkedő kortárs originalista például jelentősen eltérő megközelítéseket kínál az originalizmushoz, ha a PMO-val szembeállítjuk őket. Ezek közé az originalisták közé tartozik Mike Ramsey, Michael Paulsen, Steve Smith, John McGinnis és Michael Rappaport, hogy csak néhányat említsünk. Ráadásul mivel a PMO az originalista megközelítés domináns változata, a PMO-nak ma már több változata is létezik, amelyeket érdemes megkülönböztetni egymástól - de én ebben a tanulmányban kizárólag Solum PMO-hoz fűződő megközelítésével foglalkozom.

¹⁶ Lawrence B. Solum, *A korlátozási elv*: SSRN (2018) 12. ¹⁷ Ebben a tanulmányban néha az alkotmányossági felülvizsgálat kifejezést fogom használni, mivel a bírósági felülvizsgálat gyakran nem alkotmányos kontextusban helyezkedik el, és minket a bírósági felülvizsgálat az originalizmushoz, pontosabban az originalizmushoz és az alkotmányjogi kérdésekhez kapcsolódóan érdekel.

eszköz az eszköztárban, amelyhez a bírák hozzáférhetnek és felhasználhatják nehéz esetekben, vagy olyan esetekben, amelyek nem kínálnak meghatározó vagy egyértelmű értelmezési irányelvet. Ezzel szemben a kemény nézet megérti, hogy az originalizmus az eszköztár. A bármelyik nézet mellett felhozható érvek száma óriási. Ezen érvek közé tartozik például az az állítás, hogy az originalizmus a jobb választás, mivel értéksemleges értelmezési módszer, és hogy kategorikusan nem eredményorientált jogtudomány. Más érvek azon az állításon alapulnak, hogy az originalizmus az egyetlen elmélet, amely összhangban van az írott alkotmány eszméjével, illetve a jogállamiságot és a hatalmi ágak szétválasztását tiszteletben tartó alkotmánnyal.

Solum PMO-jának számos további jellemzője van, amelyek túlmutatnak azon az általános értelmezésen, amit az originalizmus magában foglal. Ezek egyike a nyilvános jelentés tézisének támogatása, amely szerint a nyilvános jelentés legkoherensebb és legműködőképesebb beszámolója az alkotmányszöveg nyilvános jelentése, amelyet akkor értettek, amikor a szöveget vagy rendelkezést kidolgozták és ratifikálták.¹⁸ Ez a nyilvános jelentés, nos, nyilvános - arra utal, hogy a nyilvánosság egy átlagos és hozzáértő felnőtt tagja hogyan értelmezte volna a szóban forgó kifejezést vagy szöveget a ratifikáció idején. Annak, hogy ez a felnőtt személy hogyan tájékozódott az adott kifejezésről vagy szövegről, nem feltétlenül magából az alkotmány elolvasásából kell származnia. Tekintsük meg, mit mond Solum erről a kérdéstről itt:

Az originalizmusnak ez a formája a források széles körére összpontosítja figyelmünket. Ha tudni akarjuk, hogy mit jelentett a kereskedelem szó, akkor megnézhetjük az újságokat és naplókat, amelyekben ezt a szót használták - még akkor is, ha a tárgy nem az alkotmány volt. Mivel olyan használati mintákat keresünk, amelyek a hagyományos szemantikai jelentéstartalmakról árulkodnak, a legjobb bizonyítékot a szavak és kifejezések hétköznapi írott és beszélt angol nyelvben való használatának nagyszabású empirikus vizsgálata szolgáltatná.¹⁹

Ennek elismerése miatt fontos hangsúlyozni, hogy az eredeti köznapi jelentés nem a szöveg szó szerinti jelentése - Solum szerint a szemantikai és nyelvi tényezőkre való támaszkodás a

¹⁸ Lawrence B. Solum, *Originalista elmélet és precedens: A Public Meaning Approach*, 33 *Constitutional Commentary*. 451, 455 (2018).

¹⁹ Robert W. Bennett és Lawrence B. Solum, *Alkotmányos originalizmus: A Debate* 10 (2011).

a ratifikáció időpontja önmagában nem bizonyul elegendőnek. Az alkotmányszöveg kommunikatív tartalmára összpontosít, és ezt a tartalmat két tényező határozza meg. Az első a szöveg nyelvi szemantikája. Solum ezt a tényezőt kombinálja azzal, amit ő kontextuális gazdagításnak nevez, olyan kontextusnak, amely a szó szoros értelmében gazdagítja és elmélyíti a szóban forgó nyelvi meghatározás jelentését.

A gazdagított kontextus olyan információkkal foglalkozik, amelyek a nagyközönség számára elérhetőek lettek volna, és amelyek az alkotmány ratifikálásához vezető körülményekre vonatkozó információkkal kapcsolatosak (Solum egyik példája az állampolgárok ismerete az Egyesült Államok egész területén hatályos common law jogrendszer alapfogalmáról).²⁰ A kommunikatív tartalom ezt az ikertényezőt burkolja be értelmezési módszertanába. Egy mondatban ez az ikertényező az, ami ahhoz szükséges, hogy a bíró a PMO-t felhasználva olyan döntésre jusson, amely összhangban van a rögzítés és a korlátozás elvével. A PMO (mivel az új originalizmus egy formája) az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés működését is megköveteli. Ezt a megkülönböztetést hamarosan részletesen tárgyaljuk, de röviden összefoglalva, a megkülönböztetés az értelmezés, vagyis egy kifejezés vagy szöveg jelentésének feltárása, és a konstrukció, vagyis az értelmezés jogi hatásának új tényekre és helyzetekre való alkalmazása közötti döntő különbséget jelöli ki. A PMO-ról még egy utolsó jellemzőt kell megemlíteni. Amint fentebb említettük, nagy eltérés van abban a tekintetben, hogy az originalisták hogyan értelmezik az alkotmányszöveg meghatározottságát (vagy annak hiányát). A PMO abból a feltételezésből indul ki, hogy a nyelvi aluldetermináltság mérsékelt mértékű, ezért olyan fontos a kommunikatív tartalom értékelésének második tényezője (a kontextuális gazdagítás). Az elképzelés szerint a szöveg nyelvi kontextusának gazdagítása megfelelő szintű determináltságot biztosít az originalizmus céljainak igazolásához.

²⁰ Lawrence B. Solum, *A rögzítési tézis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*, 91, Notre Dame L

Rev. 1, 21 (2015).

Solum a történelmi tényekről és a közjogi értelemben vett originalizmusról

Solum nagyon részletesen írt a történelmi tények és a PMO kapcsolatáról, a legátfogóbban "A történelmi tények szerepe az eredeti jelentésben" című cikkében. Ez a cikk nagyrészt annak a két pillérnek az egyikére összpontosít, amely az originalista családfát egyesíti: a rögzítési tézisre. Az első részben az originalizmus általános definícióját, valamint a rögzítési tézis minimalista meghatározását adtuk meg. Ennek a tézisnek a részletesebb kifejtése elvezet Solumnak a történelmi tények és az originalizmus közötti kapcsolatról szóló gondolatainak árnyalataihoz. Solum a következőképpen határozza meg a rögzítési tézist: "Az alkotmányértelmezés tárgya az alkotmányszöveg kommunikatív tartalma, és ez a tartalom már az egyes rendelkezések megfogalmazásakor és/vagy ratifikálásakor rögzítve volt".²¹ Az a mód, ahogyan Solum itt a "jelentést" használja, nagyon specifikus: az alkotmányszöveg kommunikatív értelmére utal, nem pedig a célzatos (a jelentés *motívuma* egy meghatározott kontextusban) vagy az applikatív (a jelentés lehetséges *következményei*) értelmére. A kommunikatív jelentés a szó nyelvi konnotációjára vonatkozik - arra, hogy mit jelent a szó *megidézése*.²²

A korlátozási elv (az originalista családfa második fő elve) más: ez az az állítás, hogy az alkotmányos doktrínák és döntések tartalmának összhangban és harmóniában kell lennie az alkotmányszöveg eredeti jelentésével. A "következetes" kifejezés itt a korlátozással kapcsolatos fokozatok kérdését jelenti: a különböző originalista elméletek

²¹ *Id.* 15.

²² Solum megkülönböztetését e három fogalom közötti különbségről lásd *id.* 20-21. Egy leegyszerűsített példának világossá kellene tennie ezt a megkülönböztetést. Vegyük a "A parkban tilos az autók használata" mondatot. Az "autó" szó kommunikatív értelme itt egyszerűen az autó mindannyiunk által ismert gondolatát idézi. Az "autó" szó célzatos értelme azt jelenti, hogy a parkban jelenlévő vagy közlekedő járművekről beszélünk. Végül az applikatív értelem egy sor lehetséges következményre utal - például, hogy az "autók" kifejezés itt teherautókra is vonatkozik-

e? Vonatkozik-e a furgonokra is? Mi a helyzet a játékautókkal?

a következetesség különböző szintjeit írja elő. A rögzítési tézis tehát magára az alkotmányszövegre vonatkozik, a kényszerelv pedig a bírói ítékezésre. Egy mondatban mindkét tézissel kapcsolatban az az alapgondolat, hogy ha a szöveg determinált, akkor ebből az következik, hogy rögzített és kötelező. De mi itt a fixációs téziszre összpontosítunk, és nem a kötöttségi elvre - így ez a sajnálatosan egyszerű bevezetés egyelőre megteszi.²³ Fontos, hogy a rögzítési tézis nem követeli meg, hogy a kifejezések és szövegek rögzített jelentését *pontosan úgy* alkalmazzuk, ahogyan azt a jelentésük előírja, és itt jön a képbe az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés. Ennek a megkülönböztetésnek a hatását nem lehet eléggé hangsúlyozni; ez az a forgótű, amely az egyik legnagyobb átalakulásért felelős, amely az originalizmusra annak megalkotása óta hatással volt: az új originalizmus felemelkedéséért az 1990-es években.²⁴ Egyszerűen fogalmazva, a különbségtétel lényege, hogy az alkotmányszöveg értelmezése az alkotmány szövegének *értelmét* keresi, az alkotmányszöveg szerkesztése pedig ennek az értelemnek a jogi *hatását* irányítja.²⁵ Tehát míg a rögzítési tézis azt követeli meg, hogy a szöveg kommunikatív tartalma rögzített, addig "a tények, amelyekre a szöveg alkalmazható, idővel változnak".²⁶ A gyakorlatban ez azt jelenti, hogy a PMO történelmi tényekre támaszkodik a la nyelvészeti tények, hogy meghatározza egy kifejezés vagy szöveg eredeti köznapi jelentésének kommunikatív tartalmát.

Ezek a nyelvi tények viszont a rögzítési tézisnek megfelelően szemantikai rögzítettségnek vannak alávetve.²⁷ De ezek a nyelvi tények nem az egyetlen meghatározó tényezők. Egy második tényezőt is felhasznál a PMO: a gazdagított kontextust, vagyis a nyilvános kontextust a keretezés vagy ratifikáció

²³ A korlátozás elvének rendkívül átfogó ismertetését lásd a 16. lábjegyzetben.

²⁴ Lásd Solum 2010-es cikkét: "Az értelmezés és a konstrukció megkülönböztetéséről". Az új originalizmus általános címkéjét, amely magában foglalja Solum PMO-ját is, az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés felvállalása jellemzi. Az új originalizmus alapos és csodálatosan világos áttekintését lásd: Keith Wittington,

The New Originalism 22 Geo. J.L. & Pub. Pol'y (2004).

²⁵ Más szóval, a joghatás egy ügy konkrét kimenetelét jelenti, egy bírósági határozat által megállapított eredményt.

²⁶ *Lásd a* 20. lábjegyzet 21. pontját.

²⁷ *Id.* 28. (A szemantikai rögzítettséget itt a Solum által a szóban forgó kifejezés "használati szabályszerűségének" nevezett fogalmak határozzák meg).

alkotmányos szöveg. Ez a kontextus lehetővé teszi a PMO számára, hogy olyan információkat is figyelembe vegyen, amelyek kívül esnek magán a szövegen, és így az értelmezés-konstrukciónak nagyobb mozgástere van. Amint azt korábban megjegyeztük, ezek az információk olyan kontextust tartalmaznak, amely a nyilvánosság számára is elérhető lett volna. Más szóval, az információ bizonyíték az alkotmány ratifikálásához vezető körülményekről. Solum itt részletezi, hogy milyen lehet ez a kontextus:

A tényeket csak bizonyítékok alapján lehet megállapítani, de valószínűnek tűnik, hogy a nyilvánosságnak hozzáférése volt az amerikai forradalomra vonatkozó tényekhez, a Konföderációs cikkelyek alatti tapasztalatokhoz, valamint az Egyesült Államokban érvényben lévő szokásjogi jogi rendszer általános formájához (és talán tudatában volt a rendszeren belüli regionális eltéréseknek).²⁸

Az elképzelés az, hogy amikor a tisztán szemantikai elemzés elégtelennek vagy aluldeterminálnak bizonyul, a kontextuális gazdagítás megerősítésként működhet, amely megerősíti egy történelmi kifejezés vagy szöveg jelentésének meghatározottságát.²⁹ A nyelvi tények és a feldúsított kontextus (a fent leírt nyilvános kontextus) együttesen alkotják Solum gondolatainak magját a PMO által használt történelmi elemzés megfelelő szerepéről. Önmagában a rögzítési tézis nem különösebben radikális. Az originalizmussal szemben a múltban általánosságban megfogalmazott kritikák nagy része tévesen azt feltételezi, hogy ez a tézisre is hatással van, de ez nem helytálló. A legtöbb alkotmánytudós egyetért abban, hogy valamilyen szintű rögzítettségnek kell lennie - egyszerűen csak metaszinten nem értenek egyet abban, hogy milyen mértékben van rögzült jelentés. A rögzítettség mértékével kapcsolatos nézeteltérést az a nézeteltérés okozza, hogy az alkotmányszöveg milyen mértékben homályos, nyílt szövegű vagy redukálhatatlanul kétértelmű. De az a kérdés, hogy ez a rögzített jelentés (eltekintve attól, hogy az

²⁸ *Id.* 28-29.

²⁹ Egy másik példával élve, képzeljük el, hogy az eredetiség hívei azzal akarnak érvelni, hogy az eredeti amerikai alkotmányoszveg egy bizonyos eredeti jelentése meghatározó, és olyan bizonyítékokkal rendelkeznek, amelyeket egy sikeres elemzés a la korpusznyelvészlet alapján szolgáltat, és amelyek a szöveg többféle jelentésére utalnak. Az elképzelés az, hogy a gazdagított kontextus (ebben az esetben az, hogy az amerikai közvélemény hogyan értelmezte ezt az eredeti jelentést a Philadelphiai Konvenció végén), a meghatározottság további mértékét biztosíthatja azáltal, hogy olyan bizonyítékot szolgáltat, amely az egyik jelentést a többivel szemben a történelmileg pontos (és ezért legitim) jelentésként igazolja.

meghatározó tényezőnek kellene lennie az alkotmánybíráskodásban, az a kényszer elvének a területe. E rövid vizsgálat célja az volt, hogy meghatározzuk, hogyan viszonyul egymáshoz a PMO és a történeti elemzés, és a válasz az, hogy a PMO az alkotmányszöveg gazdagított kontextusával párosított nyelvi tényeken alapuló történeti elemzést igényel. Annak megállapításához, hogy ez a kommunikatív tartalom hogyan járul hozzá a bírói döntéshozatalhoz, be kell vezetni az értelmezés-konstrukció megkülönböztetést.

Solum az értelmezés-konstrukció megkülönböztetéséről

Az előző részben felvázoltuk, hogy a rögzítési tézis szerint hogyan kell értelmezni egy adott szöveget a PMO számára. Ahhoz, hogy megértsük, hogyan működik az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés (és hogy megértsük, hogy az eredetvédők szerint ez a megkülönböztetés hogyan támasztja alá az álláspontjukat), a konstrukció szerepét hasonlóképpen kell leírni. A konstrukció olyan esetekben fordul elő, amikor az értelmezés nem meghatározó; de amikor a bírának ennek ellenére egy szöveg szemantikai jelentését kell átvenniük, és azt a szóban forgó jogi eljárásra okot adó ügy konkrét kontextusában joghatással kell felruházniuk. Gyakran előfordul, hogy új, korábban nem vizsgált tények és helyzetek teszik szükségessé a konstrukciót. A bírák a common law alkotmányos rendszerben ezt jellemzően a doktrínára, mérlegelési tesztekre és/vagy a bírót a döntés meghozatalában segítő esetjogra támaszkodva teszik. Lényeges, hogy ez olyan bírói tevékenységet foglal magában, amely túllép a pusztán fordításon, ahogyan azt Solum itt megjegyzi: "Az aluldetermináltságnak azt a zónáját, amelyben az alkalmazáshoz konstrukcióra (amely túlmutat a szemantikai tartalom közvetlen lefordításán jogi tartalomra) van szükség, "konstrukciós zónának" nevezhetjük".³⁰ A konstrukciós zóna funkciója (a PMO számára) az, hogy a bírakat irányító konstrukciós kánonokat hasznosítani

tudja.

³⁰ Lawrence B. Solum, *The Interpretation-Construction Distinction*, 33 Constitutional Commentary. 95, 108 (2010).

megítélésükben oly módon, hogy az eredeti jelentéssel való kapcsolat megmaradjon.³¹ Solum ezt a folyamatot itt részletezi:

Nyilvánvalónak tűnik, hogy a szöveg nyelvi jelentése (legalábbis) fontos szempont az alkotmányos doktrína kialakításában. Mindaddig, amíg a jogi szövegek szemantikai tartalma (valamilyen nem triviális módon) hozzájárul a jogi tartalomhoz, és ezáltal különbséget tesz a szövegek jogi hatása között, az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel legalábbis releváns a jogi gyakorlat szempontjából.³²

Ez a lépés *első látásra* úgy tűnik, hogy aláássa a rögzítés tézisé, de ahogy korábban megjegyeztem, ez nem így van; az építés a kényszer, nem pedig a rögzítés leple alatt történik. Fontos, hogy mivel az értelmezett szöveg rögzítettsége ugyanaz marad, de az alkalmazás megváltozik, a konstrukciót alkalmazó eredetiség tudatos bírák nem állíthatják, hogy *valóban* eredménysemleges álláspontot képviselnek.

Ez a common law jogrendszerekben minden bíróra igaz: legalábbis bizonyos minimális értelemben az ügy eredménye attól függ, hogy az adott bíró milyen jogkövetkezményt tart a legmegfelelőbbnek vagy legjogszerűnek, és ez viszont attól függ, hogy a bíró hogyan ítéli meg, hogy milyen konstrukciós kánont kell alkalmazni. Solum, mint sok új originalista, ezt egyenesen elismeri:

Mivel az értelmezés célja a nyelvi jelentés visszanyerése, a nyelvi tények - a nyelvhasználati mintákra vonatkozó tények - vezérlik. Ezért mondhatjuk, hogy az értelmezés "értéksemleges", vagy csak "vékonyan normatív". Az értelmezés helyessége nem függ attól, hogy milyen normatív elméleteink vannak arról, hogy milyen legyen a jog. A konstrukció azonban ebben a tekintetben nem olyan, mint az értelmezés - a jogi szabályok előállítása nem lehet "értéksemleges", mert nem tudjuk megmondani, hogy egy konstrukció helyes vagy helytelen-e a jogi normák igénybevétele nélkül. Magukat a jogi normákat pedig csak valamilyen normatív érveléssel lehet igazolni.³³

³¹ Az értelmezési/konstruálási kánonok (amelyeket néha modalitásoknak is neveznek) különböző igazolások arra, hogy egy alkotmányos szöveget vagy kifejezést egy bizonyos fényben vagy lencsében olvassanak. A kánonok ezen indoklások megközelítésében különböznek egymástól. Például a textualizmus kánonja különbözik az erkölcsi olvasat kánonjától, ahogyan a nemzeti ethosz modalitás is különbözik a kitüntetett tekintély modalitásától. Az értelmezési modalitásokkal/kánonokkal kapcsolatos bevezetőért lásd Jack Balkin "Arguing about the Constitution:

Az alkotmányértelmezés témakörei" című cikkében.

³² Lawrence B. Solum, *The Interpretation-Construction Distinction*, 115.

³³ *Id.* 104.

A mérlegelésre vonatkozó állítások leküzdése érdekében számos új eredetiség-tani elmélet elismeri, hogy a konstrukció normatív mérlegelést igényel, de azt állítja, hogy léteznek olyan meghatározott kényszerítő módszerek, amelyeket a bírák felhasználhatnak arra, hogy a konstrukciókat a szöveg eredeti nyilvános jelentésének kommunikatív tartalmához kössék.³⁴ Ezáltal ezek az eredetvédők elfogadják, hogy az értelmezés a szöveg meghatározatlansága miatt nem elegendő, de azt állítják, hogy e meghatározatlanság *puszta létezése* még csak közel sem jelenti az eredetelvű megközelítés kárhóztató tulajdonságát.³⁵

Még ha van is mérsékelt alkotmányos aluldetermináltság és ezáltal jelentős konstrukciós zónák, ebből nem következik, hogy az originalistáknak el kell fogadniuk a szabadelvű, élő alkotmányosság valamilyen formáját a konstrukciós zónában. Az alkotmánykonstrukció különböző megközelítései csökkenthetik a mérlegelés szerepét és a bírák ideológiáját olyan esetekben, amikor az alkotmányos szöveg nem teljesen determinált.³⁶

Más szóval, a meghatározatlanság önmagában nem jelenti azt, hogy a mérlegelés irányítja a konstrukciót - lehetnek olyan egyszerű utak, amelyeken az A eredeti közjogi értelem A újszerű joghatáshoz vezet a B vagy C újszerű hatás helyett, és ez az a fajta indokolt korlátozás, amelyet a PMO megkövetel. Ez megalapozza a PMO alapelvét. Sokkal többet is lehetne mondani, de az alapok megértése elegendő. A PMO ezen alapvető megértésével a kezembem elkezdhetem kifejteni, hogy a normatív játéktér hogyan kezdhet eltolódni az originalizmus ellen a régi alkotmányok kontextusában.

második rész

³⁴ Christopher Green például kifejtette az originalizmus egy formáját, amelyet az eredeti értelem elméletének neveznek. Lásd Christopher R. Green, *Originalism and the Sense-Reference Distinction*, 50, St. Louis U. L.J. 555, (2006) (ahol Green a nyelvfilozófia régi és alapvető tanulságait (leginkább Gottlob Frege gondolatait az értelem-referencia megkülönböztetéséről) veszi át, és felhasználja azokat egy olyan originalista megközelítés igazolására, amely jelentősen kifinomítja az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés elméleti igazolását).

³⁵ Solum megvizsgálja azokat az érveket is, amelyek megpróbálják aláásni az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés fogalmi életképességét: az ariditási érvet és a redukcionista érvet, amelyekkel itt foglalkozunk

Solum, B. Lawrence, *Originalism and Constitutional Construction*, 82 *FordhamLR.* 453, 408-409, 477 (2013).

³⁶ Solum, *Originalizmus kontra élő alkotmányosság: The Conceptual Structure of the Great Debate*, 12.

lábjegyzet, 1243. és 1279. pont. (Lásd még 1279-1280, ahol Solum három ilyen utat azonosít: alapértelmezett szabályok, eredeti funkciók és célok, valamint szigorú *stare decisis*).

Az originalizmus és a *stare decisis* közötti kapcsolat vitatott. Egyrészt az originalizmus *prima facie* fogalmilag ellentétesnek tűnik azzal az alkotmányos precedenssel, amely implicit vagy explicit módon eltér az alkotmány szövegének eredeti jelentésétől. Másrészt az originalizmusnak olyan sokféle formája létezik, amelyek mind különböznek a rögzítéshez és a kényszerhez való hűségükben, hogy a *stare decisis* és a precedens összeegyeztethetlenségének feltételezése csak feltételezés. Természetesen engem itt Solum PMO-ja érdekel. Ennek ellenére érdemes röviden áttekinteni, hogy az originalista elmélet különböző fajtái hogyan szembesülnek a precedens problémájával, és előtte szükséges a precedens alapvető megértése az alkotmányos common law jogrendszerben. Először azonban szeretném nagyjából felvázolni a céljaimat. A második rész három részből áll. Az első részben kifejtem az originalizmus és a *stare decisis* közötti kapcsolatot. Ezt követően egy tömör általános beszámolót dolgozok ki arról, hogy az originalizmus elvei miért utasítják el a nem-originalista precedenst a demokratikus legitimitációra hivatkozva. Ennek megalapozásával a beszámolóra építve összefoglalom Solumnak a demokratikus legitimitással kapcsolatos gondolatait. Ez megnyitja az utat annak megértéséhez, hogy Solum hogyan néz szembe a precedens problémájával. A második szakaszban a régi alkotmányok első szakaszban megállapított jellemzőire támaszkodva teszem meg az első lépést annak bemutatására, hogy az általános számvetés alapjául szolgáló normatív indoklások a régi alkotmányok körülményei között hogyan buknak meg. Ezt úgy teszem, hogy a demokratikus legitimitás fogalmát új megvilágításba helyezem, amely a régi alkotmányok jellemzőiből merít ihletet. A demokratikus legitimitás ezen új értelmezésével a kezemben a szuperprecedensek fogalmára támaszkodom, hogy tovább ássuk alá a PMO normatív legitimitását. A harmadik szakaszban egy végső kritikát dolgozok ki, amely azon a gondolaton alapul, hogy az originalizmus hűsége a demokratikus legitimitáshoz egy olyan felfogáson alapul, amely a

a jogalkotó ágat, amely túlságosan idealisztikus ahhoz, hogy az elmélet megőrizze azt a fajta életképességet, amely a nem ideális körülmények között történő hatékony alkalmazáshoz szükséges, és amelyben az alkotmányjog megmerítkezik.

Az originalizmus viszonya a Stare Decisishez

A precedens problémája abból ered, hogy a bíróságok különböző erősséget tulajdonítanak a *stare decisis* jogi elvének. A precedens és a *stare decisis* között árnyalt különbségtétel van; a fogalmak nem teljesen felcserélhetők egymással. A *stare decisis*-t leggyakrabban jogi doktrínaként értelmezik. Központi elve szerint a bíróságokat kötik azok a korábbi jogi döntések, amelyek az adott jogi kérdéshez hasonló jellegű kérdésekkel foglalkoznak. A precedensek ennek az elvnek a megtestesülése, amely konkrét jogeseteken keresztül válik kézzelfoghatóvá. A precedensnek két fajtája van, és a köztük lévő különbségtételről itt meggyőzően beszélünk:

A vertikális *stare decisis* megköveteli, hogy az alsóbb szintű bíróságok kövessék a felsőbb szintű bíróságok döntéseit. A horizontális *stare decisis* megköveteli, hogy a bíróság a saját precedenseit kövesse. A vertikális *stare decisis* kevésbé titokzatos, mint a horizontális. Az alsóbb bíróságok által a felsőbb bíróságoknak tanúsított tisztelet megkönnyíti a bírák közötti koordinációt, és javíthatja a bírói döntéshozatalt, amennyiben a felsőbb bíróságok bírái nagyobb szakértelemmel rendelkeznek, mint az alsóbb bíróságok bírái. *Sem a koordináció, sem a szakértelem nem magyarázza azonban azt a gyakorlatot, hogy a bíróságok saját precedenseikhez kötöttnek tekintik magukat.*³⁷

A Hershovitz által felvetett rejtély jól emlékeztet arra, hogy a legfelsőbb bíróságokat nem köti sem a vertikális, sem a horizontális *stare decisis*.³⁸ Az originalizmus a legfelsőbb bíróságokkal összefüggésben lesz tehát itt a középpontban, mert függetlenül attól, hogy egy jogrendszer puha vagy kemény bírói felülvizsgálatot alkalmaz-e, ezek a bíróságok a legkevésbé korlátozottak, és így sokkal inkább képesek arra, hogy felülbíráljanak

³⁷ Scott Hershovitz, *Integrity and Stare Decisis*, in *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin* (szerk. Scott Hershovitz, 103 2006). Kiemelés tőlem.

³⁸ A legfelsőbb bíróságok az igazságszolgáltatási rendszer legfelsőbb hatóságai, így a vertikális *stare decisis* nem vonatkozik rájuk. De a horizontális *stare decisis* sem köti őket. Igaz, gyakran az ezeket a bíróságokat kompromittáló bírák számos okból kifolyólag betartják a horizontális *stare decisis* követelményeit - de a lényeg az, hogy a Legfelsőbb Bíróság bírájának nem szükséges feltétele, hogy kövesse a precedenst.

az alkotmányos precedenst originalista alapon, amikor a Bíróság többsége indokoltnak látja ezt.³⁹

Ha elméletileg egyáltalán nincsenek korlátozva, akkor a nyugati liberális alkotmányos demokráciák legfelsőbb bíróságai miért közelítik meg gyakran a horizontális precedensek fenntartásának szükségességét kevésbé kötelező szabályként, mint inkább puha normaként? Erre a kérdésre számos válasz adható, de a bizalmi érdekek védelme az alkotmányos jogok szintjén az egyik legjelentősebb ok, ezért erre fogok összpontosítani. A bizalmi érdekek a polgároknak a jogi döntések (beleértve a bevett precedenseket is) folyamatosságához fűződő érdekei.

Egyszerűen fogalmazva, a gondolat az, hogy a polgároknak tudniuk kell, mi a jog, hogy magatartásukat e jog alapján rendezhessék. A fontos alkotmányos precedensek tiszteletben tartása (kivéve olyan nyilvánvaló vagy kirívó helyzetet, amelyben a precedenst meg kellett volna dönteni vagy módosítani kellett volna) bizonyos fokú stabilitást kölcsönöz ezeknek a döntéseknek, és ezáltal azoknak az állampolgároknak az életébe, akik arra támaszkodnak, hogy ezekre támaszkodva irányítsák és vezessék viselkedésüket. A legfelsőbb bíróságok precedenskezelésének módja tehát fontos szerepet játszik a bizalmi érdekek védelmében.

Vegyük például az alábbi idézetet Owen Roberts bíró különvéleményéből, amely a bizalmi érdekek fontosságáról szól:

Aggodalmam oka az, hogy a mostani határozat, amely felülbírálja a kilenc évvel ezelőtt kihirdetett határozatot, arra törekszik, hogy e bíróság ítéleteit ugyanabba az osztályba sorolja, mint a korlátozott vasúti jegyeket, amelyek csak erre a napra és vonatra érvényesek. A jelenlegi döntések fényében nincs biztosítékom arra, hogy a ma bejelentett véleményt nem utasítják el és nem helyezik hatályon kívül rövidesen olyan bírák, akik úgy vélik, hogy új megvilágításba került a téma.⁴⁰

³⁹ A bírósági felülvizsgálat tekintetében a véglegességnek többféle mércéje létezik. A nyugati liberális alkotmányos demokráciákban a két legismertebb a puha és a kemény (vagy alternatívaként gyenge és erős) bírói felülvizsgálat. A puha bírói felülvizsgálat lehetővé teszi, hogy a bírói testület megsemmisítse az alkotmánnyal összeegyeztethetetlennek vagy alkotmánysértőnek ítélt jogszabályokat, de azt is lehetővé teszi, hogy a jogalkotó elutasítsa ezt a kifogást, és egyszerűen felülbírálja a bírói testületet azáltal, hogy ismét törvényerőre emeli az adott jogszabályt. A kemény bírói felülvizsgálat megszünteti ezt a jogalkotói ellenkezést: az alkotmányjogi kérdésekben a bírói testületet teszi a végső hatósággá (kivéve, ha a jogalkotói szupertöbbség létrejön, amely az adott kérdésben

alkotmánymódosításhoz vezet). A gyenge bírói felülvizsgálat olyan formái is léteznek, amelyek *nem* ruházzák fel a bírói hatalmat a jogszabályok megsemmisítésére. A gyenge bírói felülvizsgálat ezen formái ehelyett a kérdéses jogszabályokat vagy végrehajtó intézkedéseket összeegyeztethetetlennek vagy összeegyeztethetetlennek nyilvánítják az adott ország jogtörvényével vagy chartájával. Azokban az államokban, amelyek nem nyugati liberális alkotmányos demokráciák, a bírósági felülvizsgálat szerepe jelentősen eltér.

⁴⁰ Smith kontra Allwright, 321 U.S. 649 (1944).

Ez csak az egyik fontos oka annak, hogy a legfelsőbb bíróságok miért vonakodhatnak az alkotmányos precedensek felborításától egyértelmű hibaalap nélkül.⁴¹ A megbízhatósági érdekek tehát leginkább a bírói ítélkezéshez kapcsolódó jogállami értékek (következetesség, kiszámíthatóság, stabilitás stb.) implikációjaként értelmezhetők. Bár ez csak az egyik aspektusa annak, ami a precedenst az igazságszolgáltatási rendszer szerves részévé teszi, az, hogy az originalizmus elmélete hogyan értelmezi a precedens jelentőségét, igen sokatmondó.

Emlékezzünk vissza, hogy az első részben röviden bemutatam az originalista családfa eltéréseit, és az ezekből a különbségekből eredő, egymástól jelentősen eltérő értelmezési megközelítéseket. Ez hajlamos eltántorítani attól a feltételezéstől, hogy a horizontális precedens mindig az originalizmus egy adott elméletével áll szemben - néha a dolog olyan egyszerű, mint az "originalista keményvonal" támogatása, amely a precedens feltétel nélküli felülbírálatát írja elő az alkotmányszöveg eredeti jelentése javára.⁴² A legtöbb elmélet azonban úgy tekinti a precedens problémáját, hogy az originalista módszertan koherens és következetes alkalmazása szempontjából nagyobb koncepcionális kérdést vet fel. Antonin Scalia bíró például meglehetősen híres módon megjegyezte, hogy "a stare decisis nem része az én originalista filozófiámnak; ez egy pragmatikus kivétel".⁴³ Erre a megjegyzésre építve Jack Balkin azt írta, hogy a régi alkotmányokkal összefüggésben "a pragmatikus kivétel végül elnyeli az originalista szabályt...".⁴⁴ Az originalizmus egy másik neves híve, Randy Barnett,

⁴¹ Az alkotmányos szokásjoggal kapcsolatos egyértelmű tévedési alap szükségszerűen a szóban forgó alkotmánytól függ, de az amerikai példa jó példákat ad az antikánon, az alkotmányos szokásjogi esetek formájában, amelyek egyszerűen csak rosszul értelmezik az alkotmányt, egyszerűen fogalmazva. Ahogy Jamal Greene alkotmányjogász írta: "Az amerikai jogi hagyományon belül bizonyos esetek, mint például a *Brown*, híresen helyesek: senkit sem lehetett kinevezni amerikai bíróságra, aki azt mondta, hogy a Brownt rosszul döntötték el. Más döntések köztudottan *tévesek*, az esetek "antikánonját" alkotják, amelyet minden mainstream jogásznak el kell utasítania. Az Egyesült Államokban az antikánonban három eset szerepel minden más eset felett: *Dred Scott v. Sandford*, *Plessy v. Ferguson* és *Lochner v. New York*". Jamal Greene, *How Rights Went Wrong: Why Are Obsession with Rights is Tearing America Apart* 34 (2021).

⁴² Lásd Solum, *Originalista elmélet és precedens: A Public Meaning Approach*, *supra* note 18, 451. és 458. o., a precedens problémájára adott originalista válaszok változatosságának bemutatásához, beleértve az originalista

kemény vonalat is. ⁴³ Antonin Scalia, Az értelmezés kérdése: Federal Courts and the Law 139-140 (Amy Gutmann szerk., 2018).

⁴⁴ Jack M. Balkin, Living Originalism 111 (2011).

azt az elvet védi, hogy a precedens soha nem írhatja felül az alkotmány eredeti értelmét, kivéve rendkívül ritka esetekben. Barnett tehát a lehető legközelebb áll a fent említett eredetiségpárti keményvonalhoz anélkül, hogy a nem eredetiségpárti precedenst teljesen és teljesen kizárná - kivételek nélkül.⁴⁵

Originalizmus és demokratikus legitimitás: A Short General Account

Az originalizmus osztozik az igazságügyi filozófia és az alkotmányértelmezés elméletének jellemzőiben (és a legújabb munkák megpróbálták jogelméletként konceptualizálni).⁴⁶ Az originalizmus e három kapcsolódó értelmezésének lényege, hogy az originalizmus alapvetően a jogi legitimitás elmélete. E jogi legitimitás alapja részben a demokratikus legitimitásból ered; az alkotmányszöveget ratifikáló többségi demokratikus folyamatokból ered. Az originalizmus demokratikus legitimitációja tehát a demokratikus polgárság akaratának megfelelő eljárási ratifikációjára összpontosul. E nézet szerint az originalista bírácoknak nincs beleszólásuk - amikor belépnek az alkotmányozási zónába, a választópolgárok akaratát követik azon politikai és jogi kötelezettségvállalásokon keresztül, amelyeket a választópolgárok egy adott időpontban az alkotmányszövegben rögzítettek. Az originalizmustól való eltérés tehát olyan lenne, mintha azt állítanánk, hogy a Legfelsőbb Bíróság szerepe nem a bíróké, akik egyszerűen csak labdákat és ütéseket mondanak, hanem a játékban aktívan részt vevő játékosoké. Ez a bírói testületet kvázi törvényhozó testületté, "örökös alkotmányozó gyűléssé" tenné, amely a bíróság belátása szerint átírhatná az alkotmányt.⁴⁷

⁴⁵ Randy E. Barnett, *Ez egy madár, ez egy repülőgép, nem, ez egy szuper precedens: A Response to Farber and Gerhardt*, 90, *Minn L.Rev.* 1232. 1232-1235, (2006).

⁴⁶ Az originalizmus mint jogelmélet értelmezésének bemutatásához lásd William Baude "Is Originalism our Law" és Stephen E. Sachs "Originalism as a Theory of Legal Change" című írásait.

⁴⁷ Lawrence B. Solum, a Georgetown University Law Center Carmack Waterhouse jogi professzorának nyilatkozata. "Hearings on the Nomination of the Honorable Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States." (Meghallgatások Neil M. Gorsuch kinevezéséről az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának társbírájává). Közzétette az Egyesült Államok Szenátusának igazságügyi bizottsága, 2017, 7. o.

Ez a precedens problémája az originalizmus számára: az olyan precedens, amely nincs összhangban az alkotmányszöveg eredeti jelentésével, nem igazolható a kényszerelv alapján, és így nem lehet normatívan indokolt vagy legitim - az alkotmányos szokásjogon keresztül folyamatosan fejlődő nem-originalista precedens ellentétes a kényszerelvvvel. Ez a fajta gondolkodásmód összhangban van az originalista gondolkodás alapvető tételeivel. Az originalizmus több alapgondolaton nyugszik. Az egyik ilyen gondolat az, hogy a bírák nem jogalkotók, és hogy a törvényhozó hatalom (a nép akarata alapján eljárva) az egyetlen olyan kormányzati intézmény, amely rendelkezik az alkotmány módosításához és módosításához szükséges demokratikus legitimációs küszöbvel. Azok a bírák, akik az alkotmányos rendelkezéseket és jogokat a kényszerelv által megszabott korlátokon kívül módosítják, korlátozzák vagy bővítik, ezért demokratikusan illegitim módon járnak el. Ez a lényege. Sokkal többet is lehetne mondani, de elég egy rövid magyarázat arra, hogy az originalizmus hogyan támaszkodik a demokratikus legitimitásra normatív előírásainak legitimitását igazolandó. Engem jobban érdekelnek Solum gondolatai a PMO és a demokratikus legitimitás kapcsolatáról. Amint ezt feltárjuk, világosabbá válik, hogy Solum hogyan néz szembe a precedens problémájával.

Solum a demokratikus legitimitásról

Az első dolog, amit Solum demokratikus legitimitásról alkotott nézetével kapcsolatban meg kell jegyezni, az a fogalom alapvető értelmezése. Mint minden munkájára jellemző, Solum megközelítése a demokratikus legitimitással kapcsolatban is alaposan átgondolt. Dolgozzunk az alapoktól kezdve, és kezdjük a legitimitással. Solum (helyesen) úgy véli, hogy a legitimitás fogalma összetett. A legitimitást például meg kell különböztetni az igazságosságtól vagy a helyességtől: bár fogalmilag rokonok, ezek a kifejezések

nem felcserélhetők.⁴⁸ Solum úgy véli, hogy a legitimitás egy folyamatérték, nem pedig objektív elv. A demokratikus legitimitás tehát egy demokratikus folyamat értéke, ahol az érték attól függ, hogy ez a folyamat mennyire demokratikus jellegű. Erről a pontról Solum azt írja, hogy "a demokratikus legitimitás egy skála, nem pedig egy bináris érték. A releváns kérdés tehát az, hogy az originalizmus nagyobb fokú demokratikus legitimitációt biztosít-e, mint az élő alkotmányosság".^{49,50} E felfogás alapján teljesen világossá válik, hogy Solum szerint miért gondolja úgy, hogy a PMO biztosítja a demokratikus legitimitásnak ezt a nagyobb fokát; a PMO kizárólag a szupermajori demokratikus eljárásokra támaszkodik.

Az alapgondolat az, hogy minél nagyobb a demokratikus legitimitáció mértéke, annál nagyobb az igazságügyi filozófia normatív legitimitása. Solum felhívja a figyelmet a legitimitás mint demokratikus folyamat és a legitimitás mint jogi tekintély közötti fontos különbségtételre is. A legitimitás mint demokratikus folyamat nyilvánvalóan fontos az originalista álláspont számára, de a legitimitás mint jogi tekintély a legitimitás és a jogszerűség közötti kapcsolatot hangsúlyozza, ahol "a jogilag nem engedélyezett cselekedeteket gyakran "illegitimnek" nevezik, míg a jogszerű cselekedeteket néha éppen ezért legitimnek tekintik".⁵¹

A kulcs annak megértéséhez, hogy Solum miért emeli ki ezt a megkülönböztetést, az, hogy az originalizmus összehozza a legitimitás e két különálló felfogását: az alkotmányértelmezés kontextusában, ha a legitimitás mint demokratikus folyamat jelen van (ahol a legitimitás mint demokratikus

⁴⁸ Lawrence B. Solum, "Jogelméleti lexikon: Az originalizmus mellett érvelő ügy, hatodik rész: The Argument for Originalism from Legitimacy," Legal Theory Blog, április 10.th, 2017. április 10.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Az "élő alkotmányosság" kifejezés az elméletek egy olyan családjára utal, amelyet sokan az originalizmussal szöges ellentétben állónak tartanak. Az élő alkotmányvédők számos olyan igazságügyi filozófiát támogatnak, amelyek lehetővé teszik, és bizonyos esetekben ösztönzik az innovatív értelmezést, részben azon az elképzelésen alapulva, hogy az olyan értelmezési elméletek, mint az originalizmus és a textualizmus, néha elégtelenek, merevek vagy korlátozottak. Az élő alkotmányosság másik központi eleme az alkotmányok természetével kapcsolatos meggyőződés: az a meggyőződés, hogy az alkotmányok nem merev és halott dokumentumok. Ehelyett az alkotmányokat dinamikus entitásokként kell értelmezni, amelyek képesek indokolt rugalmasságra, ami lehetővé

teszi számukra, hogy reagáljanak a változó körülményekre. Az élő alkotmányosságnak számos neves képviselője van, köztük Ronald Dworkin, Wil Waluchow, David Strauss, Phillip Bobbitt és Michael Gerhardt.

⁵¹ Lawrence B. Solum, "Jogelméleti lexikon: Jogelméleti blog, 2018. május 20.th , 2018. május 20.

folyamat = a többségi követelmény), mint a legitimitás mint jogi hatóság (a többségi akaratot érvényesítő bíró legitimitása) is jelen van. Lényegében mindkét értelmezés normatív - mindkettő valamilyen cselekvés vagy intézmény normatív mércéjének (azaz helyességének vagy helytelenségének) valamely aspektusára utal. Ezzel kapcsolatban Solum részletesen megvilágította, hogy az originalizmus normatív vonzerejét hogyan erősíti a demokratikus legitimitáshoz való kiegészítő viszonya. A Neil Gorsuchnak az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságára történő jelöléséről szóló 2017-es meghallgatáson Solum lefektette ennek a kapcsolatnak az alapvető értelmezését. Bár ez alapvető, itt azért támaszkodom rá, mert mindig is úgy véltem, hogy amikor a tudósoknak le kell szűkíteniük összetett és árnyalt álláspontjaikat, hogy azok egy kezdetlegesebb változatát nyújtsák, akkor az álláspontjuk lényegét alkotó érvek desztillált változata jön ki. Úgy vélem, hogy ez itt a Solumra is igaz. Hosszan idézem őt, hogy bemutassam ezt a desztillált összefoglalót.

Van egy második ok is, amiért az originalizmust előnyben kell részesíteni az élő alkotmányossággal szemben. Ez az ok a demokratikus legitimitáció eszméjében gyökerezik. Az Egyesült Államok alkotmányának minden egyes rendelkezését szupertöbbségi eljárással ratifikálták. Az eredeti alkotmányt a "Mi, a nép" képviselői ratifikálták a gyűlésen. A módosításokat a szenátus és a képviselőház kétharmadának kell javasolnia, és az állami törvényhozások háromötödének kell ratifikálnia. Ez a többségi eljárás demokratikus legitimitációval ruházza fel az alkotmány rendelkezéseit. Fontos elismerni, hogy ez a folyamat nem volt tökéletes. A XVIII. század végén a nők, rabszolgák és mások nem rendelkeztek szavazati joggal. De az alkotmány demokratikus legitimitását össze kell hasonlítani valamilyen alternatívával. A Legfelsőbb Bíróság kilenc nőből és férfiből áll. Őket nem választják. Életfogytiglanra nevezik ki őket. Elméletileg a képviselőház felmentheti őket, és a szenátus bíróság elé állíthatja őket, de nehéz elképzelni, hogy bármelyik legfelsőbb bírósági bírót ilyen módon eltávolítanák azon az alapon, hogy élő alkotmányos joggyakorlatuk nem egyezik a közvéleménnyel. Ha választanunk kell az originalizmus és a "Mi, a nép" képviselője által ratifikált alkotmány szöveg, valamint egy kilencfős bizottság többségi szavazatával ratifikált élő alkotmányos alkotmány között, akkor számomra nem férhet kétség ahhoz, hogy melyik alkotmány a demokratikusabb.⁵²

⁵² Lawrence B. Solum, a Georgetown University Law Center Carmack Waterhouse jogi professzorának nyilatkozata.

"Hearings on the Nomination of the Honorable Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States." (Meghallgatások Neil M. Gorsuch kinevezéséről az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának társbírájává). Közzétette az Egyesült Államok Szenátusának igazságügyi bizottsága, 2017, 7-8.

Vegyük észre, hogy Solum rendkívül világossá teszi, hogy a többségi eljárás (függetlenül attól, hogy annak idején milyen erkölcsileg visszataszító tulajdonságokkal rendelkezett) az a funkció, amely szerinte demokratikus legitimitást kölcsönöz az amerikai alkotmánynak. Arra is rámutat, hogy ennek az alkotmánynak a demokratikus legitimitását valami máshoz viszonyítva kell érteni, és Solum itt a Legfelsőbb Bíróság kilenc bírójának az élő alkotmányossággal foglalkozó legitimitásához hasonlítja. Ez a fajta relatív összehasonlítás vezet el bennünket ahhoz az alaphoz, hogy a nem-originalista precedens (és a precedenssel foglalkozó és azt elősegítő bírák) normatívan miért nem igazolható a PMO számára. Itt az ideje, hogy ezt részletesen megvizsgáljuk, hogy gazdagabb képet kapjunk Solum álláspontjáról mind a demokratikus legitimitással, mind a *stare decisis* kapcsolatban.

Solum és a precedens problémája

Emlékezzünk vissza a kétféle legitimitáció közötti különbségtételre, és arra, hogy az originalizmus hogyan egyesíti őket a demokratikus legitimitáció stílusában. Ez az áthidalás az, amiért a precedens problémája a Solum számára a demokratikus folyamat és a jogi tekintély problémája is. Másrészt Solum hajlandó elismerni, hogy a precedens az originalizmus számára is problémákat vet fel. Különösen a precedens problémájának két általános aspektusát határozza meg: a gyakorlati problémát és a normativitás problémáját. A gyakorlati probléma az az állítás, hogy tekintettel arra a pragmatikus szerepre, amelyet a precedens az alkotmányjog gyakorlatának irányításában és befolyásolásában játszott és fog továbbra is játszani, az originalizmus gyakran nem lesz meggyőző lehetőség a bíró számára, ha a szóban forgó ítéletet befolyásoló kontextuális tényezőkre tekintettel azt követi. Ennélfogva még egy elkötelezett eredetiségpártinak is több mint valószínű, hogy tartózkodnia kell az

eredetiségpárti eredmények követésétől minden esetben.

időben és a lehető legerősebben.⁵³ Az originalizmus precedensének gyakorlati problémája megerősíti, hogy - ahogy Jonathon Adler meggyőzően fogalmazott - "Nem minden originalista eredmény van még az asztalon".⁵⁴ Adler állítása különösen igaz a régi alkotmányok körülményei között, bár az állítás pontosabban úgy hangzana, hogy "Nem minden originalista kimenetel van még mindig az asztalon, ha a bírói testület el akarja kerülni a normatív szempontból katasztrofális kimeneteleket".⁵⁵ A normativitási probléma az az állítás, hogy még a gyakorlati problémát leszámítva is megkérdőjelezhető az originalizmus folyamatos alkalmazásának normatív kívánatossága. A normativitási probléma olyan tényezőkre mutat rá, mint a jogállamiság tiszteletben tartása, a bizalmi érdekek fenntartásának szükségessége, valamint a precedensnek az eredeti jelentéshez képest nagyobb normatív vonzereje.⁵⁶ Ez utóbbi megfontolás tűnik a legnagyobb problémának, amely közvetlenül kapcsolódik a *stare decisis*hez. A precedens gyakorlati problémája egy állítás arról, hogy a bírák hogyan kezelhetik az eredetiséget, és nem magára az eredetiségre mért csapás. A normativitási probléma viszont éppen ilyen jellegű: a gyakorlati problémákat félretéve nincs garancia arra, hogy normatív szempontból kívánatos lenne felülbírálni az ilyen precedenst a PMO javára.

Ezek a problémák együttesen elméleti akadályt jelentenek a precedens problémájával küzdő eredetvédők számára. Ez azonban nem biztos, hogy így van; egyes precedensek teljes mértékben összhangban lehetnek az eredeti köznapi jelentés originalista értelmezésével, és az eredeti köznapi jelentés

⁵³ Lásd a 18. lábjegyzet 457. pontját.

⁵⁴ Legfelsőbb mítoszok, 3. rész, "A Legfelsőbb Bíróság legutóbbi ülészakának áttekintése", Eric J. Segall & Jonathan Adler. Aired 14th, July 14th, 2020. <https://podbay.fm/p/supreme-myths/e/1594771200>.

⁵⁵ Lásd a 18. lábjegyzet 465. pontját ("Egy kollegiális bíróságon az eredetiséget valló bírácoknak szükségük lehet arra, hogy a bírósági ügyek elvégzéséhez szükséges adok-kapok részeként nem eredetiséget valló véleményeket írjanak, sőt, hogy korlátozzák azoknak az alkalmaknak a számát, amikor kiterjedt eredetiséget valló

egyetértéseket és különvéleményeket írnak."). Egy originalista bíró talán azt a taktikai döntést hozza, hogy egy precedensalapú döntés, amely a jogot az eredeti jelentés irányába mozdítja el, jobb, mint egy olyan döntést kísérő különvélemény vagy egyetértés, amely a jogot az ellenkező irányba mozdítja el.").

⁵⁶ *Id.*

egyáltalán nincs probléma: teljesen harmonikusan működnének együtt a PMO-val.⁵⁷ Ez a harmónia önmagában attól függ, hogy az originalista szerint hogyan kellene alkalmazni a korlátozó tézist, és mint ilyen, az originalizmus különböző elméletei között nézeteltérésnek van kitéve. Amikor a korlátozó elv alkotmányos precedensre való alkalmazásáról van szó, a Solum egyfajta középutat foglal el, szemben az originalista keményvonalasokkal. Solum középútjának jellege *átmeneti*. Ideális elméletként úgy gondolja, hogy a precedensnek meg kellene felelnie az alkotmányszöveg eredeti, nyilvános jelentésének, de azt is megjegyzi, hogy az amerikai alkotmányjogban nyilvánvalóan nem ez a helyzet. Ennek a nem ideális kontextusnak a fényében Solum úgy véli, hogy egy teljesen originalista bíróság ragaszkodhatna a precedenshez az originalista alkotmány átalakításának korai szakaszában. Miért van ez így? Solum úgy véli, hogy a demokratikus legitimitáció egy ilyen átmenet során az originalista álláspont mellett szól. Más szóval a demokratikus legitimitáció Solum számára a bírák által hozott alkotmányos döntések korlátozásának legitimitáson alapuló indoklása. A demokratikus legitimitás, amely az eredeti jelentést tekintélyével ruházza fel (a PMO számára), azt jelenti, hogy az originalizmusra való áttérés az alkotmányos gyakorlatot a demokratikus legitimitással komplementer viszonyba hozza. Ha azonban ez egyik napról a másikra történne, ez a komplementer kapcsolat nagymértékben sérülne.⁵⁸ Az összes nem-originalista elv hirtelen, ilyen hirtelen feladása túl nagy káoszt okozna. De ami a demokratikus legitimitáshoz fűződő érdekünk szempontjából még óvatosabb, túl sok bizalmi érdeknek okozna csalódást. A Solum a fokozatos átmenetet részesítené előnyben, amely enyhítené ezeket a problémákat. De úgy gondolja, hogy "ha egyszer az originalizmus teljes mértékben megvalósul,

⁵⁷ *Lásd a 18. lábjegyzet 462-463. pontját.* (A Solum által ebben a cikkben hozott példa a nem-originalista precedensek a választójoggal összefüggésben, precedensek, amelyek "összhangban lehetnek az originalizmus

mögöttes demokratikus legitimációs érveivel").

⁵⁸ *Id.* 462. (Az originalizmus egyik napról a másikra történő elméleti megvalósításának ártalmairól lásd Solum gondolatait az originalista big bang gondolat kísérletről 461. oldalon).

azonban a precedensek alkalmazását összhangba kell hozni az alkotmányszöveg eredeti jelentésével".⁵⁹

Emlékezzünk vissza, hogy Solum szerint a demokratikus legitimitás nem bináris, hanem skálaértékű. Ebben Solum és én teljesen egyetértünk. Még odáig is hajlandó vagyok elmenni, hogy azt mondjam, Solumnak igaza van, amikor azt állítja, hogy az originalizmus nagyobb fokú demokratikus legitimitációval rendelkezik, mint az élő alkotmányosság - *egy fiatal alkotmány körülményei között*.⁶⁰ De ez az írás nem a fiatal alkotmányok körülményeiről szól. Hanem a régi alkotmányok körülményeiről, és a régi alkotmányok radikálisan átalakítják azt a normatív játékeret, amelyben az originalizmus általában előnyben van. Tekintettel erre az újrakonfigurálásra, a következőkben alaposan megkérdőjelezem Solum demokratikus legitimitásról alkotott elképzelését. Ennek során az a célom, hogy összehasonlítsam a nép akkori szupernagyhatalmi politikai kötelezettségvállalásait (a PMO által mérvadónak és kötelezőnek tekintett politikai kötelezettségvállalásokat) a nép mostani demokratikus mandátumával és politikai erkölcsével, amelyet az alkotmányos szokásjog támogat. Meg kívánom mutatni, hogy az előbbi lehetőséghez való hűség a régi alkotmányok körülményei között hiba: normatívan illegitim cél. A demokratikus legitimitás originalista felfogása hibás, amikor a régi alkotmányok körülményei között helyezkedik el. Ezek a körülmények megkövetelik a demokratikus legitimitás új megvilágításban való megértését, egy olyan lencsén keresztül, amely azt sugallja, hogy a nem-originalizmus lehet a demokratikus legitimitás nagyobb fokú birtokosa. Most rátérek annak kifejtésére, hogy miért érdemes ezt az állítást komolyan megfontolni.

⁵⁹ *Id.* 463.

⁶⁰ Lehetséges, hogy sok élő alkotmányjogász egyetértene ezzel. Az igazságügyi konzervativizmus egyes hívei méltánytalanul azt állítják, hogy az élő alkotmányosság egyáltalán nem tartalmaz igazságügyi korlátozást (ezt az állítást az élő alkotmányosság hívei a legkülönbözőbb módokon határozottan ellenzik). Az ilyen retorika jellemzően az élő alkotmányvédők azon állítását veszi alapul, hogy "az alkotmányok változhatnak és változnia

kell", és abszurdba redukálja: arra az elképzelésre, hogy "az alkotmányok minden lehetséges esetben változhatnak és változnia kell". Ez pontatlan. Az élő alkotmányjogászok nagyrészt egyetértenek abban, hogy a bírói korlátozás fontos tényező az alkotmányjogban; egyszerűen csak abban nem értenek egyet, hogy mi jelenti a megfelelő korlátozást.

Térjünk vissza a régi alkotmányok első részben megállapított negyedik jellemzőjéhez. Az öreg alkotmányok hihetetlenül gazdag történetre tesznek szert. Ezt a történelmet nem lehet alábecsülni; "Az alkotmány végül is, akárcsak egy regény, kitalálja és elmeséli egy hely és egy nép történetét".⁶¹ Ez a történet magában foglalja az alkotmányos szokásjog egészét, az e szokásjog köré és általa kialakított bírói doktrínákat és teszteket, valamint a mindenféle bírói és alkotmányos konvenciókat irányító normákat.⁶² Az első dolog, amit a régi alkotmányokkal és a *stare decisis*-szel kapcsolatban meg kell jegyeznünk, az az, hogy ez a gazdag történelem hosszú időn keresztül fokozatosan hozzáadja és átalakítja az alkotmány lelkét olyan módon, amelyet a szöveg eredeti értelme nem szankcionál. Vegyük például, hogy "Thomas Grey szavaival élve, "vitathatatlan történelmi tény", hogy az idők során a Bíróság az alkotmányos doktrína nagy részét alakította ki, amely nem a dokumentum eredeti értelmezéséből származik".⁶³ Ilyen környezetben a fontos és régóta fennálló precedenseket egyes alkotmánytudósok úgy tekintik, hogy azok hasonló tekintélyt kapnak, mint maga az alkotmányszöveg. David Strauss ennek a nézetnek az egyik jelentős képviselője.

⁶¹ Linda Colley, *A fegyver, a hajó és a toll: Warfare, Constitutions, and the Making of the Modern World* 12 (2021).

⁶² Az eredetiségpártiak azt válaszolhatják, hogy a régi alkotmányok leírása itt megkérdőjelezi a kérdést; hogy a negyedik jellemző olyan tulajdonságokat feltételez a régi alkotmányokról, amelyeknek igaznak kell lenniük ahhoz, hogy az érvelésem működőképes legyen. Itt fontos megjegyezni, hogy határozott különbség van aközött, amit az originalisták szerint egy legitim alkotmányon kellene érteni, és a régi alkotmányos keretek által mutatott empirikus valóság között. A tipikus originalista úgy véli, hogy a legitim alkotmány csak az alkotmány szavai és azok eredeti jelentése. Ez azonban normatív meggyőződés, a negyedik jellemzőm pedig nem normatív állítás, hanem empirikus. A tanulmány 12. oldalán fogalmi szükségszerűségből a nyugati alkotmányos demokráciákra és azok common law jogrendszerére korlátozom elemzésemet. Az egy dolog, ha egy eredetiségpárti azt a normatív meggyőződést állítja, hogy az alkotmányos szokásjog nem ütheti át az alkotmányszöveg eredeti jelentését. Egészen más dolog, ha egy originalista tagadja, hogy egy szokásjogi jogrendszerben az alkotmányos szokásjog (és az e szokásjogban rejlő bírói tesztek, doktrínák, normák és konvenciók) nem befolyásolják rendszeresen és visszatérően az alkotmányjogot. A negyedik jellemző nem a kérdést feszegeti - a nyugati alkotmányos demokráciák empirikusan ellenőrizhető jellemzőire mutat rá, és ennek az empirikus ellenőrizhetőségnek semmi köze ahhoz, hogy az ember mit tart normatívan legitímnek. Ezzel kapcsolatban lásd Thomas Grey idézetét ezen az oldalon.

⁶³ Jeffery M. Shaman, *The End of Originalism*, 47, SanDiegoLRev. 83, 87 (2010).

úgy véli, hogy az amerikai alkotmányszöveg jelentősen eltávolodott az alkotmányjog mai gyakorlatától. Strauss itt fejt ki ezt a nézetet:

Az ügyvédek tudják, hogy mi mozgatja meg a Bíróságot. A beadványok tele vannak a precedensek elemzésével és azzal kapcsolatos érvekkel, hogy melyik eredménynek van értelme a politika vagy a méltányosság szempontjából. A bírósági szóbeli viták ugyanígy működnek. Az alkotmány szövegét szinte soha nem említik. Ez az a szokatlan eset, amikor az eredeti értelmezés nagy figyelmet kap. Alkotmányos ügyekben a szóbeli viták során a Bíróság korábbi döntéseiről és gyakran hipotetikus kérdésekről folyik a vita, amelyek célja annak tesztelése, hogy egy adott értelmezés olyan eredményre vezet-e, amely a józan ész alapján nem valószínűsíthető.⁶⁴

Strauss következőképpen megkülönbözteti az alkotmány két értelmét: a "nagy C" alkotmányt, vagyis az alkotmány írott szövegét, és a "kis C" alkotmányt, amely a bíróságok tényleges gyakorlatára utal, amikor alkotmányjogi kérdésekkel foglalkoznak. Ha az alkotmányjog gyakorlatát csak a "nagy c" alkotmányra hivatkozva próbáljuk megérteni, az - mint Strauss itt elmondja - e gyakorlat leíró gúnyolódása: "...ha azt hiszi, hogy az alkotmány csak az a dokumentum, amely a Nemzeti Levéltárban üveg alatt van, akkor nem fogja elkezdni megérteni az amerikai alkotmányjogot."⁶⁵

Ennek a beismerésnek az az eredménye, hogy az alkotmányos precedens befolyása folyamatosan erősödik, és ez mindenekelőtt azt jelenti, hogy Adlernek igaza van abban az elképzelésben, hogy nem minden originalista eredmény még mindig ésszerű eredmény. Az ilyen jellegű közvetlen következménye

⁶⁴ David Strauss, *Az élő alkotmány* 34 (2010).

⁶⁵ *Id.* Ez kétszeresen is igaz, ha a régi alkotmányok gazdag története kerül a képbe. Strauss állításának helyességét jól példázza az a bírói doktrína és esetjog, amely az Első Alkotmánymódosítás körül felhalmozódott. Gondoljunk csak arra, amit Kim Wehle mond erről itt: "Az első dolog, amit észre kell venni az Első Alkotmánymódosítással kapcsolatban, hogy bár viszonylag rövid, mégis nagyot szól. Joggal várhatnánk, hogy egy ilyen alapvető dolog meglehetősen könnyen érthető és alkalmazható. Mégis, ha a Legfelsőbb Bíróság azon eseteinek számával mérjük, amelyekben elmagyarázzák, hogy mit jelent a nyelvezet, az első módosítási jog hatalmas. A bíróság döntései bonyolultak, többszintűek, nagymértékben függenek az adott tényállástól, tele vannak gyatra politikai megfontolásokkal, és időnként még ellentmondásosak is. Mivel a joghoz nem kell más, mint egy algoritmikus folyamatra egy pillantásra, még a legjobb ügyvédek sem tudnak sok kérdésre válaszolni az Első Alkotmánymódosítás alapján anélkül, hogy előbb jelentős kutatást végeznének. Bizonyára tehát az utca emberének

nincs érdemi elképzelése arról, hogy az Első Alkotmánymódosítás valójában mit tesz érte. Mindezzel azt akarom mondani: Mi a fene folyik itt?" Kim Whele, Hogyan olvassuk az alkotmányt és miért 120 (2019).

elismerése az, hogy a régi alkotmányok alapvető értelemben megtagadják az originalista módszertan szabad érvényesülését olyan okokból, amelyek messze túlmutatnak azokon a szokásos kihívásokon, amelyekkel az originalizmus a fiatal és középkorú alkotmányokban szembesül. Vizsgáljuk meg ezt alaposabban. A régóta fennálló alkotmányos szokásjog gazdag története egyedülálló abban, hogy időbeli fejlődése (jellemzően, de nem mindig) az erkölcsi fejlődés és a politikai erkölcs átalakulásának történetét írja le egy változó polgárságon belül. A nép - akkor az alkotmány elvi szövegében rögzítette bizonyos politikai és erkölcsi meggyőződéseit, és a nép - most ezen elvek előírásai szerint él, amelyeket az alkotmányos szokásjog menet közben módosított és átalakított. Az, ahogyan ez a történet módosult és átalakult, valamint az alakja és formája mélyen befolyásolja a történet egészét. Azzal, hogy kizárólag a visszafelé tekintésnek szenteli magát, az originalizmus megtagadja ennek a történelemnek a fejlődését (kivéve a formális alkotmánymódosítások létezését, és csak a formális módosításokat). Ez normatív problémát jelent, mivel ennek a gazdag történelemnek az összege a nép - most a bírói testület által képviselve -, amely az alkotmányos szokásjogon keresztül hozzáadódik ehhez a történelemhez.⁶⁶ Következésképpen, ha a szokásjogi alkotmányt pusztán a formális módosítások szempontjából értelmeznénk, az olyan történetet eredményezne, amelyből hiányoznak az önmagában rejlő létfontosságú cselekménypontok.

Mivel az originalizmus azon az állításon alapul, hogy az alkotmány demokratikus megváltoztatásának egyetlen legitim formája a formális módosítás, az originalizmus legtöbb formája nem tudja elfogadni azt a formáló szerepet, amelyet az alkotmányos szokásjog mint a legitim demokratikus alkotmánymódosítás eszköze játszik. Más szóval, az originalizmus mindig megkérdőjelezi a bíróságok demokratikus legitimitását, mint olyan kormányzati intézményt, amely képes módosítani az alkotmányt.

⁶⁶ Lásd Strauss, *The Living Constitution*, *Supra* 64. lábjegyzet, 36-39. o., annak leírását, hogy az alkotmányos szokásjogot követő bírák nem kizárólag a meglévő precedensek alapján ítélik, hanem olyan szokásjogi értékek alapján is, mint a méltányosság, a szociálpolitika figyelembevétele és általánosabban a társadalom jóléte. Lásd még a 43-46. pontokat Strauss kifejtését a common law megközelítés felsőbbrendűségéről az originalista állásponhoz képest (érdemes megemlíteni, hogy ha elfogadjuk a régi alkotmányok négy jellemzőjét, amelyet az első részben állapítottam meg, akkor ebből következik, hogy a Strauss által megadott négy tényező mindegyike kétszeresen igaz a régi alkotmányokkal összefüggésben).

és hozzáadva a történethez, amely egy régi alkotmány szokásjogi rendszere. De ha tagadjuk az igazságszolgáltatás szerepét ebben a tekintetben, az azt jelenti, hogy tagadjuk, hogy az alkotmányokat egyáltalán ki kell fejteni: az alkotmányok nem olyan rendkívül részletes és alapos dokumentumok, mint a polgári vagy büntető törvénykönyvek, és nem is lehet őket ilyenként kezelni; ez a tény különösen igaz az előregedett alkotmányos keretekre.⁶⁷ Amikor tehát az originalizmust arra használják fel, hogy a precedenssel szemben visszatérjenek az alkotmányszöveg eredeti értelméhez, akkor ez a döntés valójában az alkotmányos szokásjog generációk fejlődésének elvetését eredményezi. Az originalizmus bevezetése és a kis c alkotmány évtizedek és talán évszázadok növekedése után az emberek bizalmi érdekeit pusztíthatja el - most. Ez a tényező önmagában is jelentős figyelmet érdemel.⁶⁸ Minden olyan ügynek, amely hozzájárul az alkotmányos precedenshez, van egy története - egy jogalap, egy felperes és egy alperes.

Ezek a történetek esetjoggá válnak, és részben a kis c alkotmányt alkotják - és ebbe a kis c alkotmányba jelentős bizalmi érdekek épülnek be.

Az alkotmányos szokásjog olyan jelenség, amelyre az állampolgárok támaszkodnak, hogy magatartásukat elrendezzék. Ez nem kis dolog: azok az egyének, akiknek életvezetési döntései ennek a bíró által alkotott jognak a joghatására támaszkodnak, vagy azokat befolyásolja, valóban alakítják a körülöttük zajló cselekvéseket (gondoljunk például az *Obergefell kontra Hodges* ügynek az LMBTQ+ emberek számára gyakorolt hatására). Az itt elhelyezett originalizmus az alkotmányos hatalom visszavonását jelenti a nép-jelen (amelyet az alkotmányos szokásjogot betartó és továbbfejlesztő bírák gyakorolnak) a nép-jelen felé.

⁶⁷ Egy lenyűgöző beszámoló arról, hogyan nézhetne ki egy alkotmány, ha polgári törvénykönyvként működhetne, és így igazán az eredetiség megtestesítője (egy erősen idealizált eredetiség, de mégiscsak eredetiség) lásd Grégoire Webber, *Az originalizmus alkotmánya a The Challenge of Originalism című könyvben: Theories of Constitutional*

Interpretation (Grant Huscroft, Bradley W. Miller szerk., 2011).

⁶⁸ Eltekintve attól, hogy a régi alkotmányok kontextusában a nép - most a nép - demokratikus legitimitásához kapcsolódóan a bizalmi érdekekre összpontosítottam, meg kell jegyezni, hogy a bizalmi érdekek fontosságát sok más módon is meg lehet közelíteni. Ennek egyik kiemelkedő módja, hogy a törvényeket (és azok végrehajtását) a társadalmi tervezés egyik útjaként értelmezzük, ahol a polgárok a törvényekre (és különösen a törvény által létrehozott struktúrára és koordinációra) támaszkodnak annak érdekében, hogy a törvények tartalma köré sikeresen megtervezzék cselekedeteiket. Ennek az elképzelésnek a kidolgozását lásd Scott Shapiro *Legality* című könyvében.

akkor (azok az emberek, akik a szóban forgó módosítás vagy alkotmányoszöveg ratifikálásához szükséges szupertöbbséget alkották). Ennek ismeretében a régi alkotmányok jellemzői szükségessé teszik, hogy az eredeti köznapi jelentéshez való hűséget egyensúlyba kell hozni a demokratikus mandátumokkal és az emberek - mostani - politikai erkölcsével. Azok az alkotmányos megfontolások, amelyek nem hagynak teret a népek-mostnak, sokkal inkább aláássák a demokrácia természetét, mint az élő alkotmányosság.⁶⁹ Szeretném fenntartani, hogy ez a gondolatmenet nem áll feszültségben az alkotmányjog megszilárdításának céljával. Amikor egy alkotmányt létrehoznak, az alkotmánynak éppen az a funkciója, hogy megvédje az intézményi szerepeket, a kormányzati szabályokat és az egyéni jogokra vonatkozó rendelkezéseket a mindennapi politikai és jogi mérlegelés befolyása alól - hogy írásba foglalja azoknak az eszméknek a megerősítését, amelyek az alkotmánynak mint az állam alaptörvényének a célja szempontjából alapvető fontosságúak. De a bírák megtehetik ezt anélkül, hogy kifejezetten antidemokratikus tevékenységet folytatnának a nép ellen - most. Döntő fontosságú, hogy óriási különbség van az olyan bírói döntések között, amelyek megvédik az alkotmány *világos és azonosítható* törvényeit és korlátait, és az olyan bírói döntések között, amelyek fojtogatják a bírakat annak érdekében, hogy az alkotmány - ahogy Scalia bíró kijelentette - "halott, halott, halott!" maradjon.⁷⁰

A demokratikus legitimitás újjáélesztése

Itt álljunk meg, és vegyük számba a helyzetet. A második rész eddigi részében a demokratikus legitimitás originalista felfogását foglaltuk össze. Onnan kiindulva megállapítottuk, hogy a PMO hogyan birkózik meg a *stare decisis*szel. Végül megpróbáltam bemutatni, hogy az alkotmányos szokásjog nem csak a régi alkotmányok gazdag történelméhez

kötődik szervesen, hanem azt is, hogy ez a kapcsolat miért lehet

⁶⁹ Természetesen a formai módosítás megnehezíti ezt a gondolatmenetet. A formális módosítással rövidesen foglalkozunk.

⁷⁰ Ushma Patel, "Scalia Favors 'Enduring,' Not Living, Constitution," News at Princeton, Princeton University, December 11.th 2012, <https://www.princeton.edu/news/2012/12/11/scalia-favors-enduring-not-living-constitution>.

megakadályozzák, hogy az originalizmus ugyanolyan normatív legitimitással nyilvánuljon meg, mint amilyennel egyébként rendelkezne. Ahhoz azonban, hogy jobban igazolni tudjuk ezt az állítást, és hogy megmutassuk, miért utasíthatja el egy gazdag alkotmányos szokásjogi rendszer az originalizmus normatív elveit, pontosan ki kell fejtenünk, *hogyan* az előbbi *miért* zavarja meg az utóbbi normatív státuszát. Más szóval, a demokratikus legitimitás olyan beszámolójára van szükség, amely értelmet ad a régi alkotmányok által lakott normatív tájnak. Egy figyelmeztetés, amely ezt a beszámolót építi: ne feledjük, hogy Solum szerint szembe kell állítanunk az originalizmus demokratikus legitimitációjának szintjét az élő alkotmányosságot támogató kilenc nem választott bíróéval. Azt szeretném sugallni, hogy ez a régi alkotmányok kontextusában tévedés.

Mivel ezek drasztikusan megváltoztatják azt a normatív környezetet, amelyen belül az alkotmányértelmezés elméletei alapulnak, a demokratikus legitimitás skálája is változik a környezettel együtt. Amikor egy régi alkotmányos keretben a precedensek megsemmisítéséről beszélünk (vagy egyébként a PMO alkalmazásáról az alkotmányossági felülvizsgálatban), Solum összehasonlítása hibásnak tűnik. Amikor régi alkotmányokról gondolkodunk, akkor az eredetiséget kellene összehasonlítanunk azzal a demokratikus legitimitással, amely az alkotmányos szokásjog által létrehozott joghatásokba épített bizalmi érdekekben rejlik.

Ahhoz, hogy ezt figyelembe vegyünk, a demokratikus legitimitációról szóló beszámolómnak azzal kell érvelnie, hogy az alkotmányos szokásjog olyan hídként működhet, amely összeköti a szokásjogra építő bírakat azokkal az emberekkel, akikre a szokásjog vonatkozik - a mostani emberekkel. Ha ezt a szemüveget alkalmazzuk, elutasítjuk Solum összehasonlítását, és a helyzet drasztikusan megváltozik - a nonoriginalizmus most már vitathatatlanul a két értelmezési filozófia közül a demokratikusan legitimebb.

Fontos, hogy a régi alkotmányok mind a négy jellemzője rendelkezik olyan

tulajdonságokkal, amelyek támogatják ezt az új szemléletet, amelyen keresztül a demokratikus legitimitás újjáéleszthető. Az első jellemző azt állítja, hogy a régi alkotmányok mérsékelten vagy teljesen elszakadtak az erkölcsi befolyástól.

eredeti szerzők és ratifikátorok. Egy régi alkotmány erkölcsi tekintélye és legitimitása inkább azoktól az emberektől származik, akik jelenleg az alkotmány joghatóságának hatálya alatt élnek. Hasonlóképpen, a második jellemző azt állapítja meg, hogy a régi alkotmányok eléggé régiek ahhoz, hogy a létrehozásáért felelős nemzedék eltűnt - más szóval, az akkori nép már teljesen eltűnt, és a mostani nép alkotja az alkotmány hatályos hatálya alá tartozó polgárokat. A legitimitást mint demokratikus folyamatot - amely Solum demokratikus legitimitásról szóló beszámolójának egyik fontos eleme - tehát aláássa a pusztán idő múlása; az a tény, hogy az a népesség, amely a többségi demokratikus folyamatot használta az alkotmány ratifikálására, már régen elhagyta ezt a világot. A régi alkotmányok első két jellemzője hangsúlyozza ezt a felismerést, és felvet egy fontos kérdést: mennyi demokratikus érték rejlik a demokratikus legitimitás ilyen merev értelmezésében? Ugye, a nép demokratikus mandátumai ma már több normatív megfontolást érdemelnek, mint egy több mint egy évszázaddal a jelenlegi polgárság születése előtt létrejött szupertöbbségi koalíció?

A régi alkotmányok harmadik jellemzője a társadalmi, gazdasági, politikai, jogi és kulturális feltételek radikális átalakulása, amely az adott alkotmányos keret alapjául szolgál. Ez a jellemző nem befolyásolja a demokratikus legitimitást abban az értelemben, mint az első és a második jellemző. Ehelyett a harmadik jellemző magát a legitimitás eszméjét ássa alá, mivel a társadalmi, gazdasági, politikai, jogi és kulturális feltételek radikális változása új felfogásokat eredményez arról, hogy mi tekinthető legitimnek és mi nem. Emlékezzünk például a legitimitás második formájára, amelyet Solum leír: a legitimitás mint jogi tekintély. Az, hogy mit tartanak törvényesnek és törvénytelennek, egy régi alkotmány élettartama alatt alaposan meg fog változni a különböző helyeken és időkben a "legitim" fogalmára vonatkozó erkölcsi következtetések ingadozásának hatására. Ily módon a harmadik jellemző hozzájárul ahhoz, hogy a demokratikus demokráciáról új jelentést kell készíteni.

legitimitás: a koncepciónak rugalmasnak kell lennie a változó körülményekhez való alkalmazkodáshoz is. Végül a negyedik jellemző: az alkotmányos szokásjog, amely hidat képez az akkori és a mai nép között. E szokásjogi keret fokozatos fejlesztése képes arra, hogy az alkotmányszöveg értelmezését lassan és óvatosan összhangba hozza a nép-most politikai erkölcsével. Az első három jellemző implicit módon rámutat arra, hogy újra kell alakítani a demokratikus legitimitás értelmezését, de a negyedik jellemző azt mutatja, hogy a demokratikus legitimitás skálája jelentősen eltolódhat: az alkotmányos szokásjogi megfontolások jobban igényelhetik, hogy demokratikusan legitim eredmények legyenek.

Hogy világos legyen, egy fiatal alkotmányos rendszer körülményei között ez nem így van, mert nem kérdés, hogy melyik fél (az akkori vagy a mostani nép) tart nagyobb igényt a demokratikus legitimitációra - természetesen az akkori nép, mert egy fiatal alkotmányos rendszerben nincsenek mostani népek. Ugyanez nem mondható el a hatalmas generációs szakadékokról, amelyek a régi alkotmányok hosszú élettartama alatt nőhetnek. Részben így kényszerítik ki a régi alkotmányok a demokratikus legitimitás skálaváltását. A rögzítéshez és a kényszerhez való hűség minden más megfontolás fölött olyan koncepció, amely nagyobb értéket tulajdonít a többségi fölötti folyamatnak, mint a nép-most legitim demokratikus mandátumainak. Itt más hangsúlyra van szükség, hiszen az, hogy mit követel meg a demokratikus legitimitás, éppoly drasztikusan átalakulhatott, mint maga az alkotmányos állam, mire egy alkotmány előregszik. A demokratikus legitimitásnak az a magyarázata, amely a demokratikus polgárok többségi kötelezettségvállalásainak megfelelő eljárási ratifikációjára összpontosít, túlságosan merev, és ez a merevség nem állja meg a helyét, amikor egy régi alkotmány kontextusában áll, amely időnként új értelmezésekre szorul az új körülmények kezeléséhez. A régi alkotmányok megváltoztatják a játék alakját - megértést igényelnek.

a demokratikus legitimációnak a természetüket tükröző formája. Ironikus módon ennek az új felfogásnak az egyik kulcseleme egy eredetiségelvű elméletből táplálkozik: Jack Balkin eredeti keretrendszerét.

Balkin az alkotmányos hitről és tekintélyről

Megpróbálom a demokratikus legitimitás olyan értelmezését kidolgozni, amely értelmet ad annak a normatív tájnak, amelyet a régi alkotmányok elfoglálnak. Ezt a beszámolót nagyban inspirálja majd Balkin, akinek a témával kapcsolatos munkái sokkal kifinomultabbak, mint amit én itt nyújtani tudok.⁷¹ A keret-originalizmus a PMO-hoz képest jelentősen eltér a demokratikus legitimitás megközelítésétől, annak ellenére, hogy a keret-originalizmus megtartja az általános originalista beszámoló néhány jellemzőjét, például az eljárási legitimitás értelmes szintjét.⁷² Balkin elmélete azonban többek között abban különbözik a PMO-tól, hogy Balkin elkötelezett az alkotmányszerkesztés generációs ciklusai mellett, amelyek ténylegesen módosítják (de csak akkor és ott, ahol szükséges) az alkotmányszöveg eredeti jelentését. A nem-originalista bírói konstrukciók tehát kulcsfontosságúak a nép most demokratikus kötelezettségvállalásainak megvalósításához. Ezáltal az alkotmány örökké visszanyeri a demokratikus legitimitás egy bizonyos mértékét, mivel az alkotmányos szokásjog időnként közelebb tolja az alkotmányt a mai állam valóságához.⁷³ Tekintettel arra, hogy fókuszunk a régi alkotmányokra irányul, ez bizonyos értelemben elkerülhetetlennek tekinthető. A legfelsőbb bíróságok által évtizedenként tárgyalt ügyek pusztán száma és az újszerű jogi kérdések sok esetben felvetik az eredeti értelem által szentesített konstrukcióktól való szükséges eltérések valószínűségét. Balkin itt fejt ki ezt az érzést:

⁷¹ Lásd Jack Balkin, Living Originalism, 24. lábjegyzet.

⁷² *Id.* 65

⁷³ *Id.* 69

Valójában minél tovább tart az alkotmányos rendszer, és minél tovább építenek az emberek a meglévő, nem eredetelvű precedensekre (és még több precedenst hoznak létre), annál inkább el fog térni a gyakorlatban alkalmazott alkotmány az eredeti jelentés konzervatív változatán alapuló alkotmánytól. A pragmatikus kivétel végül követi az originalista szabályt, és egyre nehezebbé válik a jelenlegi gyakorlatot az originalizmus demokratikus legitimációs elméletén alapuló magyarázata vagy védelme.⁷⁴

A fokozatos és kimért innovatív értelmezések az emberek - most és a politikai erkölcs széles körben népszerű eszméinek képviselőire irányuló közös erőfeszítéseik - melléktermékei lehetnek és kell, hogy legyenek. Amikor ezek az értelmezések bekövetkeznek, közelebb hozzák az alkotmányt az emberek megélt valóságához - most, ezáltal "...egy ősi dokumentumot minden egyes amerikai generáció számára újból legitimálttá tesznek" - ezért keretes eredetiségelvűség elkerüli azokat a normatív buktatókat, amelyeknek sok más eredetiségelvű elmélet ki van téve.⁷⁵

Balkin megközelítése mind a négy jellemző aspektusát tükrözi, és különösen a régi alkotmányok első és második jellemzőjével foglalkozik. A demokratikus legitimitás keret-eredetiségének beszámolója tehát más tekintélyre hivatkozik, mint az alkotmány ratifikálásáért vagy szerzőségéért felelős nemzedékre. Ehelyett elismeri, hogy "az alkotmányról szóló nyilvános viták, amelyek az alkotmányozás egymást követő hullámaiban valósulnak meg, adják a gyakorlatban lévő alkotmánynak az érvényben lévő tekintélyt".⁷⁶ E megközelítés és az originalizmus számos más formája, köztük a PMO között az a különbség, hogy az utóbbi elutasítja a demokratikus legitimitásról szóló alkotmányozói beszámolót ebben a tekintetben.⁷⁷ A PMO-ról nem tudok beszélni a fiatal és középkorú alkotmányok esetében. De egy régi alkotmány körülményei között ez hiba.

Balkin felismeri e megközelítés merevségét. A keret eredetiségét arra tervezték, hogy kezelje

⁷⁴ *Id.* 110-111.

⁷⁵ *Id.* 70

⁷⁶ *Id.* 70

⁷⁷ Ez nem teljesen pontos. A dolgozat egy későbbi részében összefoglalom Solum válaszát a PMO

szuperprecedensek problémájára, ahol kitér a szuperprecedensek témájára, és tesz egy olyan engedményt, amely érinti ezt az állítást.

a régi alkotmányok kihívásaival. Balkin így teret enged egy másik útnak, amelyen keresztül az eljárási legitimitás jelentős része elérhető: a bírák és az alkotmányos szokásjog. A polgároknak választaniuk kell - hangsúlyozza Balkin - az alkotmányos apátia és az aktivizmus között:

Az alkotmány demokratikus legitimitása attól függ, hogy az emberek hisznek-e abban, hogy alkotmányuk és kormányuk az övék, így ha idővel felszólalnak, tiltakoznak és ismertetik nézeteiket, akkor a bíróságok és a politikai ágak alkotmányos konstrukciói végül az ő politikai értékeikre és az őket leginkább foglalkoztató kérdésekre fognak reagálni.⁷⁸

A bírák segíthetnek legitimálni ezt a hitet. Ahol erős érvek szólnak amellett, hogy normatív szempontból kívánatos a nem-originalizmus első és az originalizmus második helyen való figyelembevétele, a bírák a gyakorlatban alkalmazott alkotmányt az alkotmánnyal összehangolhatják.⁷⁹ A demokratikus legitimitás valóban egy skála. Tehát össze kell hasonlítanunk egy originalista Legfelsőbb Bíróság demokratikus legitimitását egy olyan Legfelsőbb Bíróság demokratikus legitimitásával, amely elősegíti, nem pedig gyengíti a nép most már az alkotmányhoz való kötődését. A nagy viták normatív alapjai megváltoztak. Formális módosítások hiányában ez az eljárási legitimitás abból eredhet, hogy a bírák a jogértelmezés során a népet és demokratikus megbízatását az originalista megfontolások fölé helyezik.

Ahogy Balkin érvel: "Amíg az emberek hisznek a meggyőzés és a javulás lehetőségében (a saját politikai nézőpontjukból), addig elfogadhatják az Alkotmány tekintélyét - a gyakorlatban -, és dolgozhatnak azon, hogy az emberek nézeteit megváltoztassák a meglévő politikai keretek között, bármilyen hibás legyen is ez a keret". A meggyőződés tehát szükséges feltétele annak, hogy egy régi alkotmány megőrizze tekintélyét; a hit abban, hogy a változás többéves és generációkon átívelő alapon megvalósítható. Vegyük észre, hogy mind Balkin, mind az én megközelitésem a demokratikus legitimitásról implicit módon feltételez egy dolgot: hogy lesznek olyan idők és helyek, amikor a bíráknak többet kell tenniük

⁷⁸ *Id.* 72.

⁷⁹ Strauss-hoz hasonlóan Balkin is különbséget tesz az alkotmány, vagyis a létező alkotmányszöveg és a gyakorlatban lévő alkotmány között, amely magában foglalja a szöveget, de az alkotmányos szokásjogban rejlő jelenségek összességét is.

mint amennyire egyébként az igazságszolgáltatásnak szüksége lenne. A demokratikus legitimitás átirányítása a törvényhozás helyett a bírói hatalomból való átirányítása ezt követeli meg, nem azért, mert ez normatívan kívánatos, függetlenül a kontextustól, hanem azért, mert döntéseket kell hozni, joghatásokat kell konstruálni, és az alkotmányjog gyakorlatának folytatódnia kell. Az, hogy az igazságszolgáltatásra támaszkodunk, hogy ne rontsunk a helyzeten, messze nem tökéletes - de ez egy előre vezető út a visszalépés helyett.

Demokratikus legitimitás és alkotmányozó hatalom

A demokratikus legitimitás skálája itt eltolódott. Az alkotmányosságával romlik annak az érvelésnek az értéke, hogy a formális módosítás az alkotmánymódosítás egyetlen demokratikusan legitim módszere - különösen, ha a formális módosítások ritkák és ritkák. A demokratikus legitimitációnak máshonnan kell erednie, részben a népből és annak demokratikus mandátumából. Végül is ez a nép az, amelynek demokratikus döntéshozatali képessége legitim: közösen rendelkeznek azzal a hatalommal, hogy hangjukkal és szavazataikkal megkérdőjelezzék, megváltoztassák vagy a játékszabályok betartása mellett döntsenek. A demokratikus legitimitás megfelelő megközelítése tehát elismeri a fogalom eljárási aspektusának fontosságát és szükségességét, de rámutat arra, hogy az eljárási aspektus értéke nagyon keveset jelent, ha az az eszköz, amellyel a legitim alkotmányos változás bekövetkezik, kivételesen igényes és nagy valószínűséggel nem következik be. A demokratikus legitimitásnak a régi alkotmányok természetét figyelembe vevő beszámolójának képesnek kell lennie arra, hogy ezt leküzdje. Joel Colon-Rios jogtudós kidolgozott egy olyan beszámolót, amely ebben a tekintetben hasznosnak bizonyul:

A demokratikus legitimitás e cikkben kifejtett koncepciója azt vizsgálja, hogy miként lehet megváltoztatni egy alkotmányos rendszert - hogy mennyire fogékony a

demokratikus változtatásra. Másképpen fogalmazva, azt a kérdést teszi fel, hogy az alkotmány összhangban van-e a nép részvételének és a demokratikus nyitottságnak az eszméjével, nyitva hagyja-e az utat az új alkotmányok számára.

alkotó ereje időről időre megnyilvánul. E felfogás szerint a demokratikus legitimitás nem az alkotmány által a jogalkotás számára megállapított eljárásról szól, hanem az alkotmány által a saját átalakulására megállapított eljárásokról; ez egy olyan felfogás, amely erősen az alkotmányozó hatalom és annak demokratikus következményei által informált.⁸⁰

Rios beszámolója kiválóan alkalmas arra, hogy kiegészítse azt, amit itt próbálok felépíteni. Ha a hivatalos módosítás elérésének esélye szinte lehetetlen, akkor a nép demokratikus akaratát most csak olyan bírák ismerhetik el, akik hajlandóak elfogadni a nem-originalista eredményeket.

Ha a módosítás nem lehetséges, idővel lesznek olyan alkotmányos kérdések és ügyek, amelyek döntést igényelnek. Ezek az ügyek hozzájárulnak egyfajta alkotmányos fenntartáshoz, amelyre akkor van szükség, amikor új jogi kérdések merülnek fel, és azokat meg kell ítélni. Gyakran lesz kitöltendő űr, és az élő alkotmányosság a jog javításával próbálja kitölteni azt.

Rios beszámolójának ez az aspektusa elég fontos ahhoz, hogy a régi alkotmányok összefüggésében a demokratikus legitimitásról szóló beszámoló szükséges feltételének tekintsem. Ilyen módon megközelítve a demokratikus legitimitás virágozhat - támogathatja az alkotmányos szokásjog progresszív fejlődését. Bizonyos feltételek mellett a bírácoknak morálisan megkövetelhető, hogy az alkotmányt az emberek politikai erkölcsiségét szem előtt tartva értelmezzék az alkotmányt. Ez nem jelenti azt, hogy minden alkotmányos szokásjogi precedens szükséges vagy jó lesz. És mégis, ha választani kellene, ésszerűnek tűnik az alkotmányos szokásjogot és az általa felvethető különböző megfontolásokat előnyben részesíteni. Igaz, egy originalista érvelhet azzal, hogy az említett bizalmi érdekek illegitimek, mert nem magából az alkotmány szövegéből származnak - így azt állíthatják, hogy ezek az elvárások nem indokoltak. Rámutatnék erre az eredetvédőkre, hogy az átlagpolgárt nagyon kevésbé érdekli az eredeti köznapi jelentéshez való hűség, különösen, ha ez a hűség

⁸⁰ Joel Colon-Rios, *A jogszerűség törvényessége*: 48 Osgoode Hall Law J. 199, 214 (2010).

felborítja azokat a törvényeket, amelyekre az adott állampolgár támaszkodott, hogy rendezze az életét.⁸¹ Valószínűbb, hogy az originalizmus alkalmazása egy régi alkotmányban tönkretenné az emberek bizalmi érdekeit - most; a bizalmi érdekeket, amelyek az alkotmányos szokásjogban rejlenek. Ezek az érdekek megsemmisülnének - és mi javára? Az archaikus és elavult eredeti közértelmezéseknek, amelyeket a régi alkotmányok természete meghatározhatatlanná és összetetté tehet?⁸²⁸³ A PMO normatív előírásai mélyreható demokratikus deficitet okozhatnak.⁸⁴

Hol van ebben a normatív vonzerő?

Régi alkotmányok és superprecedensek

⁸¹ A Rights-Talk jelensége például talán még soha nem érintette ilyen súlyosan az Egyesült Államokat. A témáról bővebben lásd: Mary Ann Glendon, Rights Talk: A politikai diskurzus elszegényedése (1991). Jamal Greene hasonló témában írva megjegyezte, hogy más nyugati liberális alkotmányos demokráciáknál jobban, "az amerikaiak a jogokat nemzeti örökségünknek tekintik", és "A jog létjogosultsága, az amerikaiak ma úgy vélik, éppen az, hogy a jogtulajdonost mentesítse a törvény hatálya alól". Greene, *Supra* 41. lábjegyzet, 7. és 10. pont.

⁸² Lásd Alex Sinha, *Original(ism) Sin* 95 St. John's Law Review (megjelenés előtt 2021-2022) című, az originalista bírói ítélkezés által eredményezhető problematikus normatív előírásokon alapuló, élelátó cikkét. Az originalizmussal szembeni teljes igazságosság érdekében azonban egyre több alkotmánytudós igyekszik bebizonyítani, hogy az originalizmus kedvezően és kifejezetten az originalizmusra mint progresszív igazságszolgáltatási filozófiára helyezve a hangsúlyt. Ezek a szószólók úgy vélik, hogy az elméletet megalkotása óta egyszerűen helytelenül és rosszhiszeműen használták, most azonban potenciálisan képes egy progresszívebb menetrend érdekében működni. Erről a gondolatmenetről bővebben az Alkotmányos Elszámoltathatósági Központ elnöke, Elizabeth B Wydra által írt hírlevélben olvashat, melynek címe: "Originalism Watch: Az Alkotmány visszaszerzése, a "Fauxoriginalism" leleplezése".

⁸³ Ez általában véve igaz lehet az originalizmus egyes formáira, az adott elmélettől és annak a rögzítés és a korlátozás iránti elkötelezettségétől függően. Solumra és az ő PMO-jára azonban (valószínűleg) nem pontos. Lásd Solum *supra* 12. lábjegyzet 1269. pontnál: "A rögzített eredeti köznapi jelentés a tényekről alkotott változó meggyőződések miatt különböző eredményeket eredményezhet. A korlátozás elve nem követeli meg az alkotmányos szereplőktől, hogy ragaszkodjanak a szövegezők, a keretezők, a ratifikátorok vagy a nyilvánosság által vallott téves ténybeli meggyőződésekhez." Azt mondom, hogy valószínűleg nem pontos, mert Solum csupán azt állítja, hogy a korlátozó elv elfogadása a PMO esetében nem vonja maga után olyan eredmények elfogadását, amelyeket az elv szigorú betartása eredményezne, ha ezek az eredmények hamis hiedelmek. Ezt azért fontos kiemelni, hogy jótékonyan részletezzük az álláspontját, de valójában nagyon keveset jelent. Egy dolog azt állítani, hogy a korlátozó elv nem követeli meg, hogy téves ténybeli meggyőződések alapján cselekedjünk, de teljesen más dolog eldönteni, hogy mely meggyőződések számítanak tévesnek.

⁸⁴ Fontos megerősíteni azt a tényt, hogy olyan kifejezéseket használok, mint a "lehet", "lehet" és "valószínűleg", mert nincs garancia arra, hogy a PMO ezt igényli. Lásd a 14. sz. jegyzet 252. pontját, ahol Solum megvizsgálja annak lehetőségét, hogy az az állítás, miszerint az originalizmus semleges elmélet, csak felszínesen igaz egy régi alkotmány kontextusában, mivel a szöveghűség természetesen kiegészíti a konzervatív ideológiai menetrendet. Becsületére legyen mondva, Soum elismeri, hogy ez *valószínűleg részben igaz* - "...az originalizmus azért szerzett politikai támogatást, mert olyan alkotmányos szöveget fogadott el, amely az originalizmus korai hívei számára

ésszerűnek tűnt. De vajon igaz-e, hogy az alkotmányunk gyökerestől konzervatív?"

Tágítsuk tovább ezt az érvelést. Eddig azt próbáltam bemutatni, hogy miért van jelentősége az alkotmányos szokásjognak a régi alkotmányos keretek (és különösen a kis c alkotmány) számára. Van egy különösen fontos jelenség, amely bizonyítja az értékét; egy olyan precedensfajta, amely a régi alkotmányos rendszerekben gyökeret ereszt, és kulcsszerepet játszik az alkotmányos common law továbbélésében: a szuperprecedensek. A régi alkotmányok gazdag történetének kritikusan fontos részét képezik azok a régóta fennálló precedensek, amelyek meghatározzák azt az átalakító fejlődést, amelyet egy alkotmány common law története az idők során szerez. Néhány ilyen precedens különösen kritikus szerepet játszik ebben a történelmi történetben - kiemelkednek az alkotmányos szokásjogra gyakorolt hatásuk szempontjából. Az ilyen típusú precedenseket egyes jogtudósok szuperprecedenseknek nevezik, vagy olyan precedenseknek, amelyek olyan fontosak lettek az alkotmányos szokásjog struktúrája szempontjából, hogy beépültek az alkotmányos keretbe. Ha elfogadjuk Strauss érveit a common law alkotmányosságáról, akkor azt állíthatjuk, hogy a szuperprecedensek olyan tekintélyt parancsoló státuszt kapnak, amely szinte magához az alkotmányszöveghez hasonló. Másképpen fogalmazva (John McGinnis és Michael Rappaport szerint) a szuperprecedensek olyan precedensek, amelyek érvényességét a bírák döntései a későbbi bírósági véleményekben - néha többször is - megerősítették.⁸⁵ McGinnis és Rappaport azt is megjegyezte az általuk "beágyazott precedensnek" nevezett, szorosan kapcsolódó témával kapcsolatban, hogy az ilyen típusú precedensek olyan kedvező és támogatott státuszra tesznek szert, hogy a megdöntésük a

⁸⁵ Michael B. Rappaport és John McGinnis, *Reconciling Originalism and Precedent*, 103, Nw. U. L. Rev. 1, 38-39 (2009). Természetesen az, hogy egy szokásjogi jogrendszeren belül bírák sokasága erősíti meg az ilyen precedenseket, *önmagában* még nem jelenti e precedensek normatív érvényességét. A számos megerősítés azonban arról árulkodik, hogy a szóban forgó precedenst különböző bírák (akik kétségtelenül különböző bírói filozófiát vallanak, és így az elfogadás és elutasítás különböző kritériumai alapján) ésszerűen elfogadhatónak ítélték. A szuperprecedens normatív érvényessége tehát talán nem is az igazi kérdés - pusztán az a tény, hogy létezik és több bírói kontextusban ésszerűen elfogadott, az a tényező, ami számít e precedensek státusza szempontjából. Ezek a számos megerősítés bebetonozza ezt a precedenst az alkotmányos szokásjog kánonjába, és mint láttuk, meggyőző okok szólnak mellett, hogy az alkotmányos szokásjog mérvadó szerepet játszik a régi alkotmányok

kis c aspektusában.

az alkotmányossági felülvizsgálat az alkotmány formális módosítását eredményezheti annak érdekében, hogy a vonatkozó precedens joghatása törvényerőre emelkedjen.⁸⁶

Ezt a gondolatmenetet követve Michael Gerhardt a szuperprecedenseket olyan jelenségként írta le, amely kifejezetten szembemegy azzal az elképzeléssel, hogy a legfelsőbb bíróságoknak a *stare decisis* megkérdőjelezésére való képessége valamit jelent a kötelező szabály és a puha norma között. E nézet szerint a szuperprecedensek kategorikusan kívül esnek a bírói kritikán; olyan döntések, "amelyek helyessége már nem életszerű kérdés a bíróságok számára...".⁸⁷ Ez a státusz úgy tűnik, hogy az alkotmányossági felülvizsgálat alóli mentességhez közeli immunitást jelent - más szóval, az ilyen precedensek megdöntése nemcsak az erősen beágyazott bizalmi érdekeket sértene, hanem aláásná a társadalomban végbemenő korszellemi változásokat is, amelyek a precedenst szuperprecedenssé tették. Azt szeretném sugallni, hogy ha ez a helyzet, akkor a szuperprecedensek megdöntése az alkotmányszöveg eredeti, nyilvános értelméhez való visszatérés érdekében elveti azt a demokratikus legitimitást, amelyet az alkotmányos köznév az emberekre ruházott.

A szuperprecedensek ugyanis megtestesíthetik az alkotmány erkölcsi tekintélyét, néha jobban, mint az eredeti jelentés, mivel a társadalmi mozgalmak és más, a régi alkotmányok harmadik jellemzőjével kapcsolatos jelenségek fokozatos hatását képviselik, amelyek befolyásolják a kormányzat politikai és jogi intézményeit.⁸⁸ Természetesen nem minden, és talán nem is sok szuperprecedens származik ilyen jellegű hatásokból (különösen, ha egy alkotmány nagyon régi, és sok szuperprecedens jött létre), de ez nagyon kevésbé ássa alá a mondanivalómat.

⁸⁶ *Id.* 35.

⁸⁷ Michael Gerhard, *Super Precedent*, 90 Minn L.Rev. 1204, 1205-1206 (2006).

⁸⁸ A Brown kontra Oktatási Tanács ügy a legkézenfekvőbb példa, ami eszembe jut. Gondoljunk Warren főbíró kijelentésére: "A probléma megközelítésében nem fordíthatjuk vissza az órát 1868-ig, amikor a módosítást elfogadták, vagy akár 1896-ig, amikor a Plessy kontra Ferguson ügyet megírták. A közoktatást a teljes fejlődésének

fényében kell vizsgálnunk, és az egész nemzet jelenlegi helyét az amerikai életben. Csak így lehet megállapítani, hogy a közoktatási intézményekben történő szegregáció megfosztja-e ezeket a felpereseket a törvények egyenlő védelmétől." *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

A szuperprecedensek megtestesíthetik az erkölcsi tekintélyt, de nem feltétlenül az emberek akkor és most változó politikai erkölcsiségének kifejezett megjelenítései. Jobb, ha a régi alkotmányok élettartamára úgy gondolunk, mint egyfajta történetre. Ez a történet az alkotmány alapító szövegével kezdődik, de még korántsem ér véget. A szuperprecedensek azt az utat képviselik, amelyet ez a történet megtesz, gondoljunk rájuk úgy, mint további fejezetekre. Emiatt az alkotmányos demokrácia mai lakosságának (a népnek - most) nem kell abban az időszakban léteznie, amikor egy adott szuperprecedens létrejött, hogy jogos érdekei legyenek hozzá.

A szuperprecedensek és az alkotmányszöveg ugyanezen megerősítése közötti kritikus különbség az előbbi célzott értékében rejlik - a szuperprecedensek kívül esnek az alkotmányszövegen, és az a céljuk, hogy kitöltsék azokat a lyukakat, amelyeket az eredeti szöveg és a későbbi módosítások szabadon hagytak. A precedensek e fontos fajtái következésképpen eredendően kapcsolódnak a nép-jelen demokratikus legitimitációjának értékéhez - szimbolikusan képviselik azt a fokozatos átalakulást, amelyen egy alkotmányos keretrendszer átesik, és bizonyos mértékig megrögzötnék kell tekinteni őket.

A szuper precedensek témájában írva Amy Comey Barrett bíró hasonló elismerést tett. Barrett azt írja, hogy a szuperprecedensek fogalma nem annyira a *stare decisishez*, mint inkább a demokratikus legitimitásnak az általam itt felépített koncepciójának tiszteletben tartásához kötődik. Ebben a tekintetben Barrett és Gerhardt egyetértenek abban, hogy a szuperprecedenseket motiváló és kontextualizáló társadalmi tények túlmutatnak *minden* olyan igazságügyi filozófián, amely az alkotmányossági felülvizsgálat révén hasznosítható. Hogy ezt a gondolatmenetet konkretizálva lássuk, tekintsük meg a következő, 2013-ban Barrett-től származó idézetet:

Ezeknek az ügyeknek az ereje az emberektől származik, akik levették érvényességüket a Bíróság napirendjéről. A pereskedők nem támadják meg őket. Ha mégis megtették volna, egyetlen alsóbb szintű szövetségi vagy állami bíróság sem venné őket komolyan, legalábbis ha nem lennének arra utaló jelek, hogy a precedenst

támogató széles körű konszenzus megroppant. Amikor egy jogorvoslati

a szuperprecedens biztonsága - például a papírpénz alkotmányossága -, akkor az ennek érvényességét érintő per valószínűleg nem élné túl az elutasítási kérelmet.⁸⁹

El kell mondani, hogy a különböző bírák különböző igazságügyi filozófiával és különböző felfogással rendelkeznek arról, hogy mit jelent az, hogy a precedens a Barrett által leírt módon "összeomlik", ami összetett helyzetet ~~teremt~~ Sajnos a helyzet összetettebb, mint amilyenek elsőre tűnik. Mivel a tudósok nem értenek egyet abban, hogy *pontosan* mi számít szuperprecedensnek, ésszerűnek tűnik azt várni, hogy ebben a kérdésben éppolyan nagy lesz a nézeteltérés, mint magának az originalizmusnak az elveivel kapcsolatban. Az amerikai példában sok alkotmánytudós azt hirdeti, hogy a *Roe kontra Wade* ügy szuperprecedens, és sokan hevesen ellenzik ezt (szinte mintha a politikai erkölcs erősen befolyásolná ezt a nézetet). Ez a szuperprecedenseket körülvevő szubjektivitás levegőjét teremti meg, és az originalizmus híveinek lehetőséget ad arra, hogy azzal érveljenek, hogy azok a precedensek, amelyek nem egyértelmű példái a szuperprecedensnek (ellentétben a fenti idézetben szereplő példával), valójában nem érték el ezt a státuszt, és ezért nem érdemlik meg ugyanazt a normatív megfontolást a kérdésben, hogy el kell-e törölni, vagy más módon minimalizálni vagy fojtani a jogi hatását.

Ezen túlmenően azonban a nem-originalista szuperprecedensek létezése problémákat vet fel az originalizmus normatív legitimitása szempontjából. Ha egy szuperprecedens eltér az alkotmányszöveg eredeti jelentésétől, és elnyeri a Barrett által fentebb leírt státuszt, akkor az originalista elméletnek nehéz harcot kell vívnia a normatív legitimitás megőrzéséért, ha az elmélet megköveteli, hogy a precedenst megdöntsék. Ez nagy valószínűséggel egy olyan harc lesz, amely az idő előrehaladtával, az alkotmányok öregedésével és a kérdéses precedens kulturálisan való további rögzülésével egyre inkább az originalizmusra fog kiéleződni. Egy mondatban: minél több nem-originalista szuperprecedens létezik egy régi alkotmányos kereten belül, annál kevesebb lehetősége van az originalizmusnak arra, hogy biztosítsa magát anélkül,

hogy

⁸⁹ Amy Comey Barrett, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, *Tex. Law Rev.* 91, 1711, 1735, (2013).

ami normatív szempontból katasztrofális eredményekre hívja fel a figyelmet. Sok originalista egyenesen elismeri, hogy a precedens, és különösen a szuperprecedensek normatív szempontból megnehezítik az originalizmus koherens és következetes alkalmazását alkotmányos szinten. Hogy világos legyen, ez a nehézség nem ássa alá az originalizmust mint az alkotmányértelmezésnek az originalizmus elvein alapuló elméletét.

Ami *viszont* aláássa azt a normatív kívánatosságot és legitimitást, amellyel az originalizmus rendelkezhet, ha már kialakult egy olyan alkotmányos szokásjog, amely erősen nem-originalista - és a szokásjogi jogrendszerekben található számos régi alkotmány ilyen szokásjogi történelmet alakított ki. Az Egyesült Államok paradigmaticus eset -gondoljunk Thomas Grey gondolatára. Nem tagadható, hogy az amerikai alkotmány hosszú élete során az alkotmányos doktrína olyan titáni alkotmányos tananyagot fejlesztett ki, amely nem e rövid dokumentum eredeti jelentéséből származik (és gyakran kifejezetten elutasítja). Egyáltalán nem világos, hogy miért akarnánk elvetni a kis c alkotmányban rejlő összes értékes tartalmat és annak jelentőségét. Egy régi alkotmány körülményei között erősen megkérdőjelezhető az a gondolat, hogy az eredetiséghez való visszatérés (az alkotmányos szokásjog gazdag történetének kizsigerelése árán) normatív szempontból kívánatos, igazolható vagy legitim lenne. És ami döntő fontosságú, ez még akkor is igaz, ha az eredetiséghez való visszatérés nem egyszerre történik, hanem óvatosan és idővel. A rögzítés és a korlátozás originalista alapelvei a legkonzervatívabb formájukban csak akkor legitim, első rendű megfontolások, ha olyan szövegre alkalmazzák őket, amely ésszerűen tükrözi az adott alkotmányos állam polgárainak megélt valóságát. Amint a történelmi korszak, amelyből a szöveg származik, eltávolodik ettől a megélt valóságtól, az eredetiséget valló bírák a jogértelmezés során a rossz állampolgári demokratikus elkötelezettségeket helyezhetik előtérbe.

Miért fontos ez a szuperprecedensekről szóló vita kapcsán? Ne feledjük, hogy a

szuperprecedensek a kis c alkotmány pillérei, fejezetek egy könyvben, amelyek az eredeti szöveget

hiányzik. A régi alkotmányok körülményei között a nép-most megélt valósága a superprecedensek által megállapított joghatásoktól függ. Az originalizmus olyan elmélete, amely megköveteli minden nem eredeti precedens megsemmisítését, kárt okoz ezeknek a megélt valóságoknak. A PMO számára az egyetlen lehetőség e vád elkerülésére az, ha elfogadja, hogy időnként szükség van egyfajta gyengébb szívű originalizmusra. Christopher Green mondta a legjobban: "Ha az originalizmust szigorúan úgy határozzuk meg, hogy az alkotmányban semmi sem változhat, akkor senki sem lesz originalista. De ha gyengén határozzuk meg, mintha csupán azt mondanánk, hogy az alkotmány néhány dolga maradjon változatlan, akkor mindenki originalista lesz."⁹⁰ Az alkotmány világos és határozott tételeit és szabályait - a *valóban* világos szabályokat - nem lehet formális módosítás nélkül megtámadni; ez soha nem lehet vitás. A bizonytalanság félárnyékában rejlik az összes probléma, amelyet ebben a tanulmányban felvetek, és a superprecedensek ebből a félárnyékból merítik erejüket és befolyásukat - kitöltik azokat a réseket, amelyeket az alkotmányszöveg nem tartalmaz.⁹¹

Ha ezt a gondolatmenetet komolyan vesszük, a PMO nem tarthat igényt arra, hogy a demokratikus legitimitáció modern beszámolója alapján igazolható legyen, mivel normatív elvei az alkotmányos szokásjog évtizedes és évszázados fejlődésének megszüntetését követelhetik meg. Az originalizmus elméletei

⁹⁰ Christopher R. Green, *Originalism and the Sense-Reference Distinction*, 50, St. Louis U. L.J. 555, 560 (2006).

⁹¹ Az alkotmány szövegének hiányosságai és szürke területei tehát olyan precedensek létrehozására hívják fel a figyelmet, amelyek megpróbálhatnak némi tisztánlátást teremteni a félárnyékban. Ezeket a hézagokat végül is az általános és gyakran elvont nyelvezet, amelyet az alkotmányok elkerülhetetlenné tesznek. A bíróságoknak ezekkel a hiányosságokkal kell megküzdeniük, gyakran úgy, hogy az alkotmány szövegéből csak minimális egyértelmű útmutatást kapnak. David Souter bíró egy 2010-es beszédében különösen szépen fogalmazza meg ezt a pontot: "Ha a ma 21 éves főiskolai diplomások egyike igényt tartana arra, hogy helyet kapjon a szavazólapon az Egyesült Államok egyik idén megüresedő szenátusi helyére, a követelést egyszerűen úgy lehetne elintézni, hogy bemutatjuk az illető életkorát, idézzük azt az alkotmányos rendelkezést, amely szerint a szenátornak legalább 30 évesnek kell lennie, és ezt a követelményt úgy értelmezzük, hogy megtiltjuk a szavazólapon való felkerülést olyasvalakinek, aki megválasztása esetén nem lenne alkalmas a tisztség betöltésére. Senki sem lenne hajlandó azt válaszolni, hogy törvényhozás folyik, vagy azt kifogásolni, hogy az életkori követelmény nem mond semmit a szavazólapokhoz való hozzáféréstről. A tisztességes olvasat modellje nagyjából azt írná le, ami történe. De az *ilyen esetek általában nem kerülnek bíróság*

elé, vagy legalábbis a Legfelsőbb Bíróság elé. És azokban az esetekben, amelyek eljutnak oda, azokban az ügyekben, amelyek hajlamosak megemelni az országos vérnyomást, a fair reading modellnek csak gyenge kapcsolata van a valósággal." Souter ugyanebben a beszédben kifejtette továbbá, hogy "az Alkotmány értékek panteonja, és sok nehéz ügy azért nehéz, mert az Alkotmány nem ad egyszerű döntési szabályt azokra az esetekre, amelyekben az egyik érték valóban ellentétben áll egy másikkal". David Souter, "David Souter bíró beszédének szövege", The Harvard Gazette, 2010. május 27.th, <https://news.harvard.edu/gazette/story/2010/05/text-of-justice-david-souters-speech/>.

amelyek nem adnak teret a kis alkotmány ezen eredendően értékes aspektusainak, valójában egyfajta bírói aktivizmust írnak elő, és feltűnő, hogy ez az állítás teljesen összhangban van annak elismerésével, hogy a szöveg eredeti értelme a megfelelő értelmezési kritérium. A szöveg eredeti értelméhez való (akár fokozatos) visszatérés során a PMO normatív elvei a bírói aktivizmus minden olyan negatív következményét magukra vonhatják, amelyet a bírói tisztelet elméletének el kellene kerülnie - még akkor is, ha ez az aktivizmus szükséges és feltétlenül szükséges lenne a "játéktér kiegyenlítéséhez" és az alkotmányjog "legitimitásának" helyreállításához. Ez az egyik módja annak, hogy a régi alkotmányok eltolják a demokratikus legitimitás skáláját. Az eredeti jelentésnek már nem ugyanaz a szerepe az alkotmánybírói gyakorlatban, mint a szuperprecedenseknek, amelyek státusza vetekedhet az alkotmányszöveg tekintélyével.⁹²

Minél hosszabb idő telik el az alkotmány alapító szövege és az emberek által megélt valóság között, annál inkább küzdhet a PMO a normatív kívánatosság megőrzéséért, ha nincs formális módosítás. A régi alkotmányok témájáról írva Joseph Raz is felvetette ennek valószínűségét: "A későbbiekben ez a jelentés fokozatosan átfedődik értelmező döntések rétegeivel és azzal, ahogyan a vonatkozó rendelkezések az adott ország jogintézményeinek gyakorlatában és a lakosság által értelmezetté váltak".⁹³ Ez bizonyára sok tekintetben igaz az amerikai alkotmányra. Miért követelhetné meg tehát az originalizmus a szuperprecedensek megsemmisítését, ha ezek a kanonikus esetek csupán egy újabb joghatás, amely konstrukciót igényelt? Ha valaki elfogadja, hogy a konstrukció a PMO szükséges feltétele a

⁹² Itt érdemes rámutatni arra, hogy minél gazdagabb egy régi alkotmány alkotmányos szokásjoga, annál kevesebb munkát végez az eredeti jelentés az alkotmánybíráskodásban. Emlékezzünk vissza, mit mond Strauss pontosan erről a kérdéstről: "Az alkotmány szövegét szinte soha nem említik. Ez az a szokatlan eset, amikor az eredeti értelmezések nagy figyelmet kapnak. Alkotmányos ügyekben a szóbeli viták során a Bíróság korábbi döntéseiről és gyakran hipotetikus kérdésekről folyik a vita, amelyek célja annak tesztelése, hogy egy adott értelmezés olyan eredményekhez vezet-e, amelyek a józan ész alapján valószínűtlenek". Strauss, *The Living Constitution* (Az élő alkotmány), 61. sz. jegyzet, 34. pont. Érdemes megemlíteni azt is, hogy a Strauss által említett józan ész szerinti valószínűtlenség érzése a kis alkotmány a munkában.

⁹³ Raz, *Supra* note 4, 365. o.

nehéz esetekben, és elfogadjuk továbbá, hogy mivel a normatív mérlegelési jogkört használni fogják (de remélhetőleg korlátozzák, a gondolat szerint), ebből az következik, hogy bizonyos esetekben még a legelkötelezettebb eredetiséget valló bírácoknak is szükségük lesz a határesetben nem eredeti jogi hatásokra. Az ilyen esetek és a szuper precedensek hasonlítanak egymásra. Mindkettő olyan újszerű joghatás, amelyet konstrukcióval hoztak létre, esetleg bizonyos mértékű bírói mérlegelés révén. Mindkettő vitathatóan nem eredeti jellegű. Mindkettőnek nincs közvetlen kapcsolata a szóban forgó alkotmányos rendelkezés szemantikai szövegével.

Pontosan mi a különbség a kettő között? A legfontosabb különbség az, hogy a szuperprecedensek a kis alkotmány demokratikus legitimitációjának erősítésére törekvő bírák munkáját képviselhetik - akik megpróbálják összhangba hozni azt az emberek megélt valóságával. Nem így az originalizmus esetében. Az eredmény az, hogy most olyan bírák vannak, akik az originalizmust arra használják, hogy a bírói székből törvényt alkossanak, és ami kritikus, nem az emberekért - most -, hanem az emberekért - akkor - törvényhozók.

Solum a szuperprecedensekről

Solum úgy véli, hogy a nem-originalista precedensek, amelyek széles és mély támogatást élveznek, és amelyek a szuperprecedens státuszával járnak, (valahogy) összeegyeztethetők a PMO-val. Az ilyen típusú precedensekkel kapcsolatban Solum úgy érvel, hogy "ilyen esetekben a demokratikus legitimitás értéke önmagában támogathatja az originalizmusra való fokozatos áttérést, oly módon, hogy a demokratikus folyamatok olyan alkotmánymódosításokat hozhatnak létre, amelyek az alkotmányszöveg eredeti jelentését összhangba hozzák a demokratikus konszenzus által preferált eredményekkel".⁹⁴ Más szóval, ha vannak olyan szuperprecedensek, amelyek annyira széles körben népszerűek, hogy a PMO-ra való áttérés (és így a felborulás a

⁹⁴ *Lásd a 18. lábjegyzet 463. pontját.*

e szuperprecedensek) tömegesen meghiúsítanák az e precedensek által beiktatott bizalmi érdekeket, akkor e szuperprecedensek népszerűsége biztosítani fogja joghatásuk alkotmánymódosítással történő megszilárdítását. Némileg hasonló gondolatmenetben Solum azt az állítást is megfogalmazta, hogy:

...erős érvek szólnak egy olyan alkotmányos kompromisszum mellett, amely olyan kanonikus eseteket "nagyapaként" tart számon, mint a *Brown kontra oktatási tanács ügy*. Ezek az ügyek be vannak betonozva az amerikai alkotmányjog szövetébe, és a közvélemény széles és mély konszenzusa támogatja őket. Ezek kiirtása vitathatóan nem egyeztethető össze a jogállamisággal és a demokratikus legitimitással kapcsolatos aggályokkal, amelyek az eredetiség mellett szóló érvelés nagy részét képezik.⁹⁵

Mint tudjuk, az amerikai alkotmányjogban kanonikusnak tekintendő szuperprecedensek listája heves viták tárgyát képezi. Az a kérdés, hogy mely szuperprecedenseket kell megörökíteni, valószínűleg saját vita tárgya lesz, és túl nagy téma ahhoz, hogy itt foglalkozzunk vele. Amit itt tenni szeretnék, az az eredetiségre való fokozatos áttérés gondolata, amely magában foglalja az eredetiséget valló Legfelsőbb Bíróságot, amely a szuperprecedensek eltörlését azzal a feltételezéssel, hogy ezzel elindítaná a formális módosítás folyamatát, hogy az alkotmány szövegének részeként megerősítse ezen esetek tartalmát.

A Solum ezzel kapcsolatos gondolatai azon a feltételezésen alapulnak, hogy az olyan precedensek, amelyeket a PMO alkotmányos felülvizsgálat útján megsemmisítene, olyan politikai támogatottságot élveznek, amely elegendő ahhoz, hogy a törvényhozás szupertöbbséggel rendelkezzen az Egyesült Államok alkotmányának módosítási formulájának alkalmazásához. Egyáltalán nincs garancia arra, hogy ez megvalósul. Egyrészt rendkívül nehéz megtippelni a közvélemény támogatásának pontos mértékét a szóban forgó kérdés intenzív elemzése és közvélemény-kutatás nélkül (és ez a jogalkotók, nem pedig a bírák dolga). Másodszor, nincs garancia arra, hogy a szóban forgó állam törvényhozó képviselői

95 A 12. lábjegyzet 1285. pontjában. (További információk az alkotmányos kompromisszum általánosabb eszméjéről az 1284-1286. pontnál kezdődnek. Lásd még a Jogelméleti lexikon 085. "Kánonjogi és antikánonjogi esetek" című bejegyzését a témával kapcsolatos további információkért).

a módosítást számos, a következő részben kifejtendő ok miatt támogatják. Harmadszor, ez a gondolatmenet abból a feltételezésből indul ki, hogy a szóban forgó alkotmányos demokrácia egészséges, amelyben a módosítási formula szükség esetén sikeresen alkalmazható. Ez a három ok azt jelenti, hogy ha demokratikus legitimitásról beszélünk, akkor a szuperprecedensek helyben hagyása a helyes normatív döntés - ha ugyanis eltávolítják őket, akkor hatalmas csapást mérnek a szuperprecedensekhez fűződő bizalmi érdekekre, amelyek köré az emberek-jelenleg az életüket alakították (az amerikai példában a híres példa a *Brown v. Board of Education*). Ne feledjük, hogy a Solum szerint így vagy úgy, de a precedensek alkalmazását összhangba kell hozni az alkotmányszöveg eredeti jelentésével. Ha a nép-nem akar változtatni az alkotmányszöveg eredeti jelentésén, akkor a nép-nem módosíthatja az alkotmányt, hogy "összhangba hozza az alkotmányszöveg eredeti jelentését a demokratikus konszenzus által preferált eredményekkel".⁹⁶ A helyzet az, hogy egyszerűen nincs garancia arra, hogy azok a jogi realitások, amelyeket ezek a szuper precedensek létrehoztak, formális módosítással vagy törvényhozási intézkedéssel újraéleszthetők lennének. Az originalizmus keményvonalas elméletei, amelyek a nem-originalista szuperprecedensek megsemmisítésére szólítanak fel olyan esetekben, amikor ezek a szuperprecedensek jelentős bizalmi érdekeket hoznak létre, így soha nem fognak rendelkezni az originalizmus mérsékelt formáinak normatív vonzerejével, mint a keret-originalizmus és talán a PMO, amelyek el tudják fogadni, hogy egyes szuperprecedensek túlmutatnak az originalista projekt keretein.

*Az originalizmus szükségszerű feltétele: Reconstruction
Amendments*

⁹⁶ *Lásd a 18. lábjegyzet 451. és 463. pontját.*

Itt szeretnék megállni, és egy rendkívül fontos fenntartásról beszélni, amellyel foglalkozni kell. Ha ez nem így van, akkor az érveim az eredetiséggel szemben álságosak, pont. Gondolataim itt egy olyan alkotmányoszóveg eredeti jelentésének nem vonzó normatív következményeire összpontosítanak, amely hosszú évtizedeket és évszázadokat élt át, és amely nem volt összhangban a jelenlegi lakosság politikai erkölcsével. Ami az amerikai példát illeti, ez az eredeti alkotmány, vagyis az 1787-ben ratifikált konföderációs cikkelyek lennének. De ez egy hiányos kép, és az érveimre adott originalista válasz valahogy így nézhetne ki. A demokratikus szakadék valós a régi alkotmány eredeti szövege és a jelenlegi lakosság társadalmi, jogi, politikai, gazdasági és kulturális gyakorlata és meggyőződése között. Ezt senki sem tagadhatja. De ez közel sem olyan megsemmisítő csapás az eredetiségre, mint amilyennek ön állítja. Egy alkotmány, amely elég idős lett ahhoz, hogy az Ön által felsorolt négy jellemzőt elsajátítsa, bizonyára több tucatszor módosult. Mivel az alkotmánymódosítások a meglévő szöveg kiegészítései, az originalizmus minden egyes alkalommal újjáéled, amikor egy módosítás az alkotmány részévé válik. Abban a pillanatban, amikor ez a módosítás megvalósul, az originalizmus hozzáférést nyer a szöveg teljes kommunikatív tartalmához, ami tulajdonképpen "visszahozhatja" az originalizmust az emberek aktuális politikai erkölcsiségéhez - most.^{97,98}

⁹⁷ Az amerikai példát követve, ennek egy példáját itt részletezzük: "De a rekonstrukció legfontosabb funkciója az volt, hogy lerombolja az eredeti alkotmányban a rabszolgáság infrastruktúráját. Az esetleges tizenharmadik módosítás és az azt követő két másik módosítás együttesen lerombolta Amerika eredeti bűnének fő pilléreit, amelyeket az alkotmányban mindenki számára kodifikáltak: a háromötödös záradékot, a szökevény rabszolgákról szóló záradékot, a migrációs vagy importálási záradékot és az arányos adókról szóló záradékot. A tudósok szerint a rekonstrukció új alkotmányt, új alkotmányos rendet vagy új rendszert hozott létre". Richard Albert, Alkotmánymódosítások: Making, Breaking, and Changing Constitutions 83 (2019).

⁹⁸ A tudomány egyre nagyobb figyelmet fordít erre a témára, az elmúlt években a terület több meghatározó tudósa írt könyvet. Lásd például Christopher Green, Equal Citizenship, Civil Rights, and the Constitution: The Original Sense of the Privileges or Immunities Clause (2016), Ilan Wurman, The Second Founding: An Introduction to the Fourteenth Amendment (2020), Kurt Lash, The Reconstruction Amendments: The Essential Documents Volume 1 (2021), és legutóbb Randy Barnett és Evan Bernick, The Original Meaning of the Fourteenth Amendment: It's Letter and Spirit (2021).

Azokban az esetekben, amikor a formális módosítás megvalósul, az eredetiség hívei szerint ez egyszerűen azt jelzi, hogy az embereket - most - nem zavarja eléggé az alkotmányszöveg eredeti értelmének jogi következményei és jelenlegi életük politikai realitásai közötti szakadék ahhoz, hogy formálisan módosítani akarják az alkotmányt. Sőt, az eredetiség hívei azt is sugallhatják, hogy az emberek ténylegesen kinyilvánították azt a szándékukat, hogy a dolgokat úgy hagyják, ahogy vannak, az implicit társadalmi szerződés elméletében szereplő hallgatólagos elfogadás gondolatához hasonló módon. Ez egy viszonylag meggyőző érv, amely sokkal több teret érdemel, mint amennyit itt adni tudok neki - de komoly buktatói is vannak. Bár igaz, hogy az originalizmus újjáéled, amikor formális módosítások történnek, ez nem old meg mindent.⁹⁹ Az adott módosítás kommunikációs tartalmának meghatározottságának megállapítása nem azonnali. A helyes válaszok nem teljesen formálódva és harcra készen pattannak elő; évekig tartó történelmi kutatásra lehet szükség ahhoz, hogy ezt az információt a legitim konstrukciókhoz szükséges határozottsággal megállapítsuk.¹⁰⁰ Még ha ez az információ azonnal rendelkezésre is állna, akkor sem veszi figyelembe az alkotmányos szokásjogi megfontolásokat, amelyek rendkívül befolyásosak lehetnek a szóban forgó ügyben jelen lévő jogi kérdésektől függően. Mindez azt feltételezi, amint azt korábban megjegyeztük, hogy a formális módosítás megvalósítható. De nincs garancia - egyáltalán nincs garancia - arra, hogy a módosításokat sikeresen elfogadják. Éppen ellenkezőleg, a régi alkotmányok (és különösen a nyugati liberális

alkotmányos

⁹⁹ Nem minden módosítás lesz zökkenőmentes kiegészítése a meglévő szövegnek. Vegyük például Richard Albert megkülönböztetését a módosítások és a feldarabolások között. Egyes módosítások annyira szétválasztóak és átalakítóak, hogy kárt okozhatnak a meglévő szövegben. Albert szerint ezek nem valódi módosítások, mert nem egy új fejezetet adnak hozzá az alkotmányt jelentő könyvhöz, hanem inkább magát a könyv nagy részét írják át. Az alkotmány feldarabolása tehát sokkal nagyobb következményekkel jár, mint a módosítás - az alkotmány egy központi kötelezettségvállalását helyettesítheti, és ezáltal "...erőszakot tehet a meglévő alkotmányon, akár az alkotmány identitásának átalakításával, akár egy alapjog hatályon kívül helyezésével vagy átdolgozásával, akár az alkotmány egy központi szerkezeti pillérének lerombolásával és újjáépítésével". Richard Albert,

Alkotmánymódosítások: Making, Breaking, and Changing Constitution 78 (2019).

¹⁰⁰ Ez feltételezi, hogy az építési övezetben a korlátozáshoz szükséges meghatározottsági szint egyáltalán elérhető. Az alkotmánytörténet kusza: "A történelmi munka, amely ahhoz szükséges, hogy felismerjük, milyen értelmet fejezett ki egy kifejezés, jelentős lehet - olyan nehéz lehet, mint egy idegen nyelv megtanulása." Christopher R. Green, *Originalism and the Sense-Reference Distinction*, 50 St. Louis U. L.J. 555, 571 (2006).

demokráciák, amelyek itt a középpontban állnak) hosszú időszakok kialakulására hívják fel a figyelmet, amelyekben nem történnek módosítások, amelyekben a társadalmi, jogi, politikai, gazdasági és kulturális körülmények radikálisan átalakulnak. Az ilyen alkotmányok jellemzően súlyosan megrögzöttek, ezért itt nincsenek tiszta mérőszámok.

Egy alkotmányos demokrácia 10 év alatt olyan mértékben megváltozhat e tényezők tekintetében, ami korábban 100 évbe telt; és ennek az ellenkezője is igaz. A többségi politikai koalíciók kialakulását és irányát hasonlóképpen nagyon nehéz pontosan megjósolni, és ez a szubjektivitás és a bizonytalanság rétegeit hívja elő. Egy ország sok polgára élhet hosszú és gyümölcsöző életet anélkül, hogy valaha is felmerülne az alkotmánymódosítás szükségessége. Másfelől viszont sokan nagyon is vágyhatnak olyan változásokra, amelyeket hivatalos módosítással el lehetne érni. Ezek a polgárok évtizedeket tölthetnek életükből azzal, hogy kampányolnak vagy dolgoznak e cél érdekében.

Az alkotmányjog végül is a ciklusokról szól - az emberek és a politika ciklusairól, olyan ciklusokról, amelyek nem rutinszerűek, nem kiszámíthatóak és nem lineárisak. Az a feltételezés, hogy ha az emberek - most - módosítani akarnák az alkotmányt, akkor egyszerűen csak megtennék, az ideális elmélet abszolút csúcspontja.¹⁰¹ Teljesen figyelmen kívül hagyja az alkotmányos demokráciákat átható, ésszerű nézeteltérések rétegeit, és megfojtja a szupertöbbségi koalícióépítés gondolatát. Sőt, a formális módosításra való vakítás - amikor

szupertöbbségre van szükség - azokat kezeli, akik

¹⁰¹ Ez az érvelés azt is feltételezi, hogy az ezeket az embereket képviselő törvényhozók egyetérténeek velük a szóban forgó alkotmánymódosítás részleteiben, és azt is feltételezi, hogy még ha a törvényhozók nem is értenének egyet, akkor is betartanák választókerületük demokratikus felhatalmazását. Mindkét feltételezés a törvényhozók és választókörzetük közötti kapcsolat egyedülálló és merev felfogásán alapul. Más szóval, az érvelés feltételezi, hogy a képviselőlet delegált modellje - és csakis a delegált modell - van érvényben. A valóságban ez egyszerűen nem így van. Egy törvényhozó időnként bizonyosan járhat el delegáltként (olyan törvényhozó, aki egyszerűen betartja választói kívánságait), de járhat megbízottként is (olyan törvényhozó, aki saját elképzelése szerint cselekszik a helyes cselekvési irányról). Leggyakrabban a jogalkotó egyensúlyoz e két mód között, amit néha a képviselőlet politikus

modelljének neveznek (amikor a jogalkotó megpróbál egyensúlyt teremteni saját normatív megfontolásai és választói szempontjai között). Mindez azt jelenti, hogy az originalizmus retorikája ismét túl sokat feltételez és túl keveset igazol. Lásd a Stanford Encyclopedia of Philosophy politikai képviseltről szóló bejegyzését a képviselet mindhárom formájának részletes és átfogó bemutatásáért. Suzanne Dovi, "Political Representation," The Stanford Encyclopedia of Philosophy, (*Fall 2018 Edition*), Edward N. Zalta (szerk.).

a megvetéshez közelítő megfontolások... az elképzelés az, hogy ha *valóban van* ok az alkotmány módosítására, akkor ez az ok nem fog gondot okozni a szupertöbbségi konszenzus támogatásának megszerzésében. Ezt az álláspontot felelőtlenység támogatni. Gondoljunk csak arra, hogy miért olyan gyakran elvont, homályos és rövid az alkotmányos nyelvezet - mert a meghatározottság hiánya megakadályozza a konkrétumokról való nézeteltérést, ami túlságosan gyakran az ésszerű nézeteltérések forrása. Ennek az állításnak egy találó példáját mutatja az amerikai alapító atyák közötti heves nézeteltérés:

Az 1787-es alkotmány számos ravasz elhallgatást tartalmaz, és az alkotmányozók számos olyan döntést hoztak, amelyekben megegyeztek abban, hogy nem értenek egyet. Ezek a kétértelműségek szükségesek voltak a ratifikációhoz, és amint a tinta száradni kezdett a dokumentumon, a kidolgozók és a ratifikálók elkezdtek vitatkozni számos központi jellemzőjéről, köztük a szövetségi kormánynak adott hatáskörök köréről. Például James Madison és Alexander Hamilton, akik mindketten részt vettek a Szövetségi Konventben - és akik a *Federalist Papers*!
- azonnal vitába keveredtek azzal kapcsolatban, hogy a Kongresszus képes-e nemzeti bankot alapítani.¹⁰²

A lényeg az, hogy a szupertöbbségi koalíciók napjainkban és korunkban rendkívül ritkák.

Minden legendás bölcsesség ellenére, amelyért oly sok amerikai jogtudós dicséri az

alkotmányozókat, alig érték el az alkotmány megírásához szükséges minimális

konszenzusszintet - a ratifikáció már egészen más tészta volt. A tanulság az, hogy a formális

módosítás mechanizmusaira való hagyatkozás (ahol a formális módosítás rendkívül nehéz) nem

jó egy olyan értelmezési módszertan számára, amely időről időre kommunikációs tartalommal

való kiegészítést igényel a normatív életképesség megőrzéséhez. A "keressük a nehéz utat a

könnyű út helyett" válasz sem különösen kielégítő, amikor az alkotmányjogi kérdésekben

rendszeresen felmerülnek forró társadalmi-politikai kérdések.

A bírák azért foglalkoznak ezekkel az ügyekkel, mert a jogalkotók számára

alkalmatlanok ezek elemzésére, és nem praktikus, hogy azok alapján cselekedjenek. Ezt a

pontot szeretném még jobban bemutatni azzal, hogy megkérdezek egy

¹⁰² Balkin, Living Originalism, 41. lábjegyzet, 28. o.

az originalizmus alapfeltétele: a törvényhozó hatalom hatékonyságának idealisztikus képe. Mielőtt azonban ezt megtehetnénk, néhány érvet kell felhoznunk annak alátámasztására, hogy miért a törvényhozó hatalom az egyetlen legitim módszer az alkotmány módosítására.

Solum a formális módosítás legitimitásáról

A nem túl távoli múltban Solum részletezte, hogy a törvényhozó hatalom és annak alkotmánymódosító képessége miért fontos része az originalizmus jogi legitimitációs kritériumainak.

A 2016-ban Gorsuch bíró kinevezésének egyik szenátusi megerősítő meghallgatásán Solum kifejezetten összekapcsolja az alkotmánymódosítást mint az originalizmus számára a múlt halott keze problémájának megoldását. Mielőtt azonban megvizsgálánk ezt az idézetet, szükségünk van ennek a kapcsolatnak az alapvető megértésére. A múlt halott keze érv az egyik leggyakrabban hivatkozott probléma, amellyel szemben az originalizmusnak védekeznie kell, és a nagy vitában részt vevők közül sokan állítják, hogy ez az originalizmus legnagyobb hiányossága. Az érvelés a következőképpen hangzik: az originalizmus normatív szempontból nem kívánatos, mert mindenekelőtt azt írja elő, hogy a bírácnak olyan értékeket és szabályokat kell érvényesíteniük, amelyeket olyan emberek és népek alkottak, akik már régen elhagyták ezt a világot.

És mégis, ezeknek az embereknek a halott keze továbbra is hatással van az emberek megélt valóságára - most. Az érvelés arra a következtetésre jut, hogy a holtaknak nincs joguk az élők fölött ellenőrzést gyakorolni - ami kifejezett megerősítése Thomas Jefferson híres kijelentésének, miszerint "a föld az élők haszonélvezeti joga".

Vizsgáljuk meg, hogy Solum szerint hogyan győzik le a múlt halott keze érvet, és

hogyan kerül meg az originalizmus.

Az alkotmánymódosítás nem könnyű; az amerikaiak többségének konszenzusára van szükség. De nem lehetetlen. Ebben a tekintetben fontos emlékezni arra, hogy az élő

alkotmányosság aláássa az alkotmánymódosítás törvényes folyamatát. Manapság, ha egy társadalmi mozgalom alkotmányos változtatásra törekszik, két alternatívája van. Összegyűjthetik erőiket az alkotmánymódosítás érdekében; ez egy nehéz út. Vagy megpróbálhatnak öt szavazatot kicsikarni a Legfelsőbb Bíróságtól, ez a könnyebb út. Aligha meglepő, hogy sokan a könnyű utat választják a nehéz helyett. De ebben az esetben a nehéz út egyben a nagy út is. Az alkotmánymódosítás a módosítási folyamat révén lehetővé teszi "Mi, a nép" számára, hogy a jogállamiság révén legyőzzük a múlt halott kezét.¹⁰³

Figyeljük meg különösen az idézet utolsó mondatát. Azt gondolhatnánk, ahogyan én is gondoltam egyszer, hogy *Solum implicit* módon azt sugallja, hogy a módosítási formula pusztán létezése és felhasználhatósága teljes mértékben legyőzi a múltbeli kifogás halott kezét. Ha az igény elég nagy ahhoz, hogy sikeres módosítási kísérletet indítson el, akkor az megtörténik - és kész. Bármilyen, ami ennél kevesebb, minden bírói aktivizmus, bírói visszaélést jelent: a "könnyű út a nehéz út helyett" megnyilvánulását. Ez nem tisztességes a *Solum*mal szemben. Ne feledjük, hogy ő a PMO felé való fokozatos elmozdulást támogatja, ahol az emberek megélt valósága szempontjából legfontosabb szuper precedensek - most - megmaradhatnak. *Solum* azzal érvel, hogy a fokozatos lépés hozzájárulna a SCOTUS ideológiai ellenőrzése körüli tét csökkentéséhez, és *csak* ezután: "Ahogy nyilvánvalóvá válik, hogy az alkotmányos változás nem érhető el bírói úton kikényszerített alkotmánykonstrukciókkal, amelyek álruhában alkotmánymódosítások, a társadalmi mozgalmak és az alkotmányreformerek energiáikat az alkotmánymódosítási folyamatra összpontosítják újra." A *Solum* szerint a fokozatos lépés hozzájárulna a SCOTUS ideológiai ellenőrzése körüli tét csökkentéséhez.¹⁰⁴ Ennek ellenére még mindig sok baj van azzal, ha kizárólag a formális módosításra hagyatkozunk. Nincs helyem arra, hogy mindezen okok megfelelő érvét kifejtsem, ezért itt most az egyik legerősebbre koncentrálok - arra, hogy *Solum* ezt az egész idézetet, és tulajdonképpen az egész művét kifejezetten előfeltételezi

¹⁰³ Lawrence B. Solum, a Georgetown University Law Center Carmack Waterhouse jogi professzorának nyilatkozata. "Hearings on the Nomination of the Honorable Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States." (Meghallgatások Neil M. Gorsuch kinevezéséről az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának társbírájává). Kiadja az Egyesült Államok szenátusának igazságügyi bizottsága, 2017, 9-10.

¹⁰⁴ Solum, *Surprising Originalism*, 272 *supra* 14. lábjegyzet.

az originalizmus vonzerejét egy olyan törvényhozó ágra, amely végig az ideális elméletben merül el.

Az originalizmus ostobasága: az idealista törvényhozás

Mit mond ez egy olyan igazságügyi filozófiáról, amely implicit módon egy másik kormányzati ág idealista felfogására támaszkodik, hogy fenntartsa mind legitimitási mércéjét, mind normatív indoklását? Ezt a kérdést fogjuk megvizsgálni ebben a szakaszban, és az első válaszom rendkívül szkeptikus. Mielőtt azonban igazán belemennénk, szeretném emlékeztetni az olvasót, hogy a bírói felülvizsgálat koncepciója arra az elképzelésre épül, hogy a törvényhozó ág nemcsak "tévedhet", hanem a bírói ágnak gondosan ellenőriznie kell őket. Vegyük még egyszer az amerikai alkotmányt. Az Egyesült Államok bíróságainak honlapja szerint a bírósági felülvizsgálat "a bíróság azon képességéből áll, hogy a törvényhozás vagy a végrehajtó hatalom aktusát az alkotmányba ütközőnek nyilvánítsa", majd azt állítja, hogy a bíróság "alapvető szerepet játszik annak biztosításában, hogy a kormányzat egyes ágai elismerjék saját hatalmuk határait".¹⁰⁵ Vegyük észre, hogy a bírósági felülvizsgálat mindkét leírása magában foglalja annak szükségességét, hogy a törvényhozó és a végrehajtó hatalmi ágaknak ellentmondjon, amikor azok intézkedései sértik az alkotmányt, vagy túllépik az alkotmányban meghatározott hatáskörüket. Mindig is kissé ironikusnak találtam, hogy az originalizmus (egy olyan igazságügyi filozófia, amely szerint az alkotmánymódosítás egyetlen legitim formája a formális módosítás) azért működik, mert a bírósági felülvizsgálat létezik, és hogy a bírósági felülvizsgálat azon az aggodalmon alapul, hogy a törvényhozó ág esetleg

¹⁰⁵ "About the Supreme Court," United State Courts Website, Hozzáférés: 2021. május 29., szombat, <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/about>

jogellenesen és rosszhiszeműen jár el.¹⁰⁶ Ez vezetett arra, hogy feltegyem a kérdést a szakasz első mondatából. Az originalizmus teljes mértékben függ attól, hogy a törvényhozó hatalmi ágak képesek-e hatékonyan és normatívan kívánatos módon cselekedni; ugyanakkor az elmélet csak azért működhet, mert abból a gondolatból indul ki, hogy a törvényhozók gyakran tévednek, amikor alkotmányosan megalapozott jogalkotási megbízásokat adnak.

Ami az alkotmányos jogok és rendelkezések konkrét témáját illeti (ne feledjük, itt inkább az alkotmányos felülvizsgálatról van szó, és kevésbé a bírósági felülvizsgálat más formáiról), messze nem feltételezhetjük, hogy a nyugati alkotmányos demokráciák törvényhozó ágai idealista intézmények lennének, hanem nem ideális, sőt talán alapvetően nem ideális intézményekként kellene őket értelmezni. Ha ez az állítás helytálló, akkor valószínűnek tűnik, hogy idealista törvényhozó ág nélkül a PMO demokratikus legitimitáshoz való kiegészítő viszonya megkérdőjelezhető.¹⁰⁷ Számos jó okunk van azt hinni, hogy a törvényhozók nem ideális entitások egy olyan igazságügyi filozófia számára, amelyre a jogi legitimitás kritériumát alapozza. A két fő probléma, amelyre gondolok, az, hogy a szükséges számú törvényhozó képtelen átjutni az ésszerű nézeteltérések különböző rétegein, valamint az olyan jellegű polarizáció kialakulása, amely arra ösztönzi a különböző ideológiai frakciókhoz tartozó törvényhozókat, hogy rosszhiszeműen szembeszálljanak egymás mandátumával. Én nem

¹⁰⁶ Ezt a megállapítást nem szabad anélkül tenni, hogy ezt követően ne ismernék el, hogy nem minden nyugati liberális demokrácia követeli meg a törvényhozó hatalomtól a formális módosítást. Vegyük például Kanada esetét, ahol a nemzeti népszavazások bizonyos körülmények között szerepet játszhatnak (de nem feltétlenül szükségesek a formális módosításhoz). A népszavazásokat általában demokratikusabbnak tekintik, mint a törvényhozáson keresztül történő formális módosítást, mivel a népszavazások lényegében a közvetlen demokrácia gyakorlását jelentik. Itt azonban az amerikai példát vizsgáljuk, és a törvényhozás (szövetségi és állami szinten) szükséges eleme az alkotmánymódosításnak.

¹⁰⁷ Könnyű módja ennek a gondolatmenetnek a szalmakalapnak az, hogy azt mondjuk, hogy az állításom azt feltételezi, hogy a törvényhozók következetesen jó vagy rossz módon fognak cselekedni, csak az egyiket vagy a másikat. De ez egyáltalán nem így van. Az állításom az, hogy a törvényhozást távolról sem ideális intézményként kell felfognunk (*olyannyira ideálisként, hogy a bírói értelmezés elmélete támaszkodhat rá normatív elveinek érvényesítésére*), hanem alapvetően nem ideális intézményként kell rájuk gondolnunk, amikor arról beszélünk, hogy képesek-e közvetíteni az alkotmányos jogvitákból eredő vitás kérdésekben. Miközben az ilyen intézmények rendszeresen képesek jogszabályokat elfogadni és politikai megállapodásokat kötni, az alkotmányos kérdésekre

vonatkozó következmények megértése oly gyakran hiányzik belőlük. Ez a hiányosság és az ebből eredő következmények az igazságszolgáltatás fontos funkcióját képezik: annak biztosítása, hogy a jogalkotási célok ne sértsék a jogokat, és az alkotmányos jogokat és rendelkezéseket sértő jogszabályok módosítása vagy megsemmisítése.

ezzel azt akarom sugallni, hogy ezek a törvényhozás velejárái - csupán azt, hogy a nyugati liberális demokráciák törvényhozó testületei (különösen az utóbbi évtizedekben) hajlamosak olyan mértékű hiányosságokra, amelyek gátolják optimális hatékonyságukat - különösen a többségi politikai koalíciók kialakítását illetően.¹⁰⁸ Az olyan alkotmányos demokráciákban, mint például az Egyesült Államok és Kanada, a törvényhozó testületekre nem jellemző a parlamenti egység burkianista felfogása - sokkal inkább hasonlítanak a töredezett és ellenséges tanácskozó testületekhez.¹⁰⁹ Ez egy olyan kijelentés, amellyel kapcsolatban értelmes emberek nem értenek egyet. De amikor a szupertöbbségi politikai koalíciók kialakításához szükséges kohézióról beszélünk, ez utópisztikus hiedelem.

Ha eltávolítjuk azt az ideális elméletet, amelyen keresztül az originalista elmélet gyakran értelmezik, egyre világosabban látjuk, hogy egy ideális esetben sikeres módosítás számos okból kudarcot vallhat. Számos oka van annak (néha elszigetelt, néha egymással összefüggő), hogy a jelentős támogatottságot élvező potenciális módosítások miért nem érik el az alkotmánymódosítási formula követelményei által megkövetelt elegendő küszöböt.¹¹⁰ Ilyen okok lehetnek például a törvényhozók elutasító magatartása, amely veszélyeztetné az újraválasztási esélyeiket, a kérdéses intézményi testület politikai polarizációja, amely rosszhiszeműen cselekvő ideológiai frakciókat eredményez, eltérő/ellentétes ideológiai többségűek...

¹⁰⁸ Egy különösen meggyőző és tömör cikk pontosan erről a témáról Richard Albert "Az alkotmánymódosítás nehézségei Kanadában" című írása. Ez a cikk az összehasonlító alkotmányosság műve, és részben az amerikai és a kanadai alkotmányt állítja szembe egymással, hogy bemutassa, miért beszél sok tudós már nem a formális alkotmánymódosítás nehézségéről ezekben a nyugati liberális demokráciákban - ehelyett a formális módosítás *lehetetlenségéről* beszélnek. Lásd e tanulmány hetedik lábjegyzetében három további forrást, amelyek közvetlenül foglalkoznak ezzel a kérdéssel.

¹⁰⁹ Burke híres arról, hogy azt állította: "A parlament nem különböző és ellenséges érdekek nagyköveteinek kongresszusa, amelyek érdekeit mindegyiküknek ügynökként és szószólóként kell fenntartania más ügynökökkel és szószólókkal szemben; hanem a parlament egy nemzet tanácskozó gyűlése, amelynek egyetlen érdeke van, az egésznek... Valóban választanak egy képviselőt; de ha már megválasztották, nem Bristol tagja, hanem a parlamenté". Suzanne Dovi, "Political Representation," *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Fall 2018 Edition), Edward N. Zalta (szerk.).

¹¹⁰ Vegyük például a következő kontrasztot. Az amerikai alkotmánynak 27 sikeres módosítása van

- 27 a mintegy 11 848 intézkedés közül, amelyeket 1789-től 2019. január 3-ig az alkotmány módosítására javasoltak. "Measures Proposed to Amend the Constitution," United States Senate, január 3.rd 2019, <https://www.senate.gov/legislative/MeasuresProposedToAmendTheConstitution.htm>.

a kétkamarás törvényhozásban, a módosítási formula túlzottan magas követelményei, az állami törvényhozás vagy a polgárok elmulasztása a formula részeként való fellépésben, valamint a szóban forgó módosítás tartalmával és hatásával kapcsolatos egymással versengő igények. E tényezők közül az egyik problémásabbnak tűnik, mint a többi, különösen, ha figyelembe vesszük, hogy a nyugati liberális alkotmányos demokráciákra összpontosítok. Mind Kanadában, mind Amerikában kivételesen szigorúak a módosítási formula követelményei. Az általános szabály az, hogy minél nehezebb a formális módosítás, annál inkább normatív értelemben illegitim lesz valószínűleg az originalizmus - több száz évre elnyúlva, valószínűleg túl kevés formális módosítással ahhoz, hogy megfelelően megújuljon. Joggal érvelhetünk tehát amellett, hogy a második amerikai alapítás sikere ellenére a PMO-nak talán már nincs elég kommunikatív tartalma ahhoz, hogy legitim és korlátozott konstrukciókat alkosson. Ez persze nem igaz az összes originalista elméletre. A keret-originalizmus például teljes mértékben összhangban van a régi alkotmányok jellemzőivel. De hogy igazán szemléltessük a mondanivalómat, gondoljunk az ellenkező lehetőségre - tekintsünk egy olyan régi alkotmányos rendszert, amelyben a PMO megtarthatná minden normatív előnyét. A norvég alkotmányt például 1814-ben ratifikálták, és azóta megdöbbentő háromszázhatvanhat hivatalos módosításon ment keresztül, szemben az amerikai alkotmány mindössze huszonhét sikeres ratifikációjával.¹¹¹ A két alkotmány közötti rugalmasságbeli különbség megdöbbentő, és emlékeztetőül szolgálhat arra, hogy a jogalkotó hatalom hatékonysága szükséges feltétele annak, hogy a PMO megőrizze normatív erejét.

¹¹¹ "A rugalmasság volt talán a legfontosabb változó a norvég alkotmány fennmaradásának magyarázatában. Norvég tudósok 316 különböző alkotmánymódosítást azonosítottak, amelyeket 1814 után 67 különböző évben hajtottak végre. (E ponton végzett elemzésünk az 1814. novemberi változattal kezdődik). Míg az alkotmány korai éveiben ezek ritkák voltak, 1850 óta minden évtizedben legalább három olyan év volt, amikor egy alkotmánymódosítási projektet végrehajtottak (az 1940-es évek háborús éveinek kivételével)." "Norvégia tartós

alkotmánya: Implications for Countries in Transition," *International Institute for Democracy and Electoral Assistance*, (2014): 7.

legitimitás. E nélkül a szükséges feltétel nélkül a korlátokhoz való hűség csak demokratikus deficitet okoz.¹¹²

E pontoktól eltekintve meg kell mondani, hogy a törvényhozók választott politikai tiszttségviselők, és ki vannak téve minden nyomásnak, kísértésnek és hibának, amelyek előfordulhatnak és előfordulnak, amikor az ember állása ismétlődően veszélybe kerül, ha nem a megfelelő lépéseket teszi. És bár a törvényhozók gyakran olyan személyek, akik osztoznak az ilyen nyomás elkerülésének fontosságában, gyakran nem. Mindezzel nem azt akarom sugallni, hogy az alkotmányos demokráciákban a törvényhozóknak valamilyen eredendő hibája van - ezek a megfigyelések csupán azt mutatják, hogy az az eredetiségpárti, aki a formális módosítás *puszta* lehetőségére mutat rá, mint a múlt halott keze érvének biztos ellenérvére, meglehetősen gyenge indoklásra támaszkodik igazságügyi filozófiája normatív céljainak alátámasztására. A törvényhozó testületre támaszkodni az alkotmánymódosítások sikeres meghozatalában, amikor ennyi lehetőség van a jóhiszeműségnél kevésbé jóhiszemű cselekvésre, *első látásra* bizonytalan feltételezésnek tűnik ahhoz, hogy a jogi legitimitás egész kritériumát erre alapozzuk. Az originalizmus kudarca ebben a példában szemtelenül szemtelen: olyan merev próbakövet követel meg (szupertöbbségi módosítás), hogy vak mindazzal szemben, ami nem felel meg ennek a hihetetlenül magas mércének. Emiatt az originalizmus hűsége a demokratikus legitimitás klasszikus beszámolójához inkább úgy értelmezhető, mint annak fojtogatása, amely biztosítja, hogy a bírói döntések ne kerüljék el az alkotmányszöveg eredeti, nyilvános jelentését. A klasszikus felfogás nem számol azzal a ténnyel, hogy az alkotmányok (vagy inkább az alkotmányosságot megelevenítő uralkodó politikai ciklusok) nem biztos, hogy valaha is elérik a szupermegfelelőségi szintet, de ez nem jelenti azt, hogy ezeket a társadalmi mozgalmakat ne hatná át a demokratikus legitimitásnak az a fajtája, amely az általam javasoltak szerint jobban illik az alkotmányos legitimációhoz.

¹¹² Ez a példa mindkét irányban működik. Ha Solumnak igaza van a tét csökkentésével kapcsolatban, akkor az amerikai alkotmány ugyanolyan rugalmas lehet, mint a norvég. Ha ez bekövetkezne, a nagy vita normatív alapjai valóban a PMO javára tolnának el. Ennek ellenére ez az elmozdulás évtizedekig tarthat. Ugyanez igaz az originalista projekt nagy részére is - évekig tartó finomhangolást igényel (különösen a korpusznyelvészet tekintetében).

a régi alkotmányok természetét, vagy hogy nem érdemlik meg, hogy az alkotmányos szokásjog elismerje és esetleg előmozdítsa őket. Ráadásul ezek a politikai és társadalmi változási ciklusok (és annak az esélye, hogy ezek a ciklusok elég nagyok lesznek ahhoz, hogy elérjék a szupertöbbségi szintet) visszafejlődhetnek, és aránytalanul nagy hatással lehetnek rájuk. Gondoljunk arra, amikor az alkotmányos államokban háborús időszakok, világjárványok, intenzív politikai polarizáció, hatástalan törvényhozás, zsarnoki végrehajtó hatalom és hasonló események fordulnak elő, amelyek negatívan befolyásolják a polgárok alkotmánymódosítási képességét és a törvényhozó hatalom szupertöbbség elérésének képességét - még a sürgős társadalmi-politikai cselekvést és változást elérni szándékozó nagy politikai koalíciók idején is.

Raz az alkotmányos hibákról és az innovatív értelmezésről

Ha a jogalkotók nem teljesítenek ideálisan, rövid időn belül nagy mennyiségű alkotmányos karbantartás válhat szükségessé az alkotmányos hiányosságok orvoslása érdekében. Ezért kritikusan fontos, hogy ne feledjük, hogy a kis c alkotmány és az alkotmányos szokásjog normatívan életképes módot biztosít az alkotmányos jogokkal kapcsolatos igények, sérelmek és jogsértések kezelésére.

amely segíthet összehangolni az alkotmányt az emberek politikai és jogi értékeivel - most.¹¹³ Az általam felsorolt események közül néhány a régi alkotmányok hosszú élettartama alatt több mint valószínű, hogy bekövetkezik, mint hogy nem. Amikor az ilyen események bekövetkeznek, a bírói kar "kitölti az űrt" abban az értelemben, hogy az alkotmányjogot olyan módon közelíti meg, amelyet az eredetiségelvű szemlélet nem szankcionál, amikor ez szükséges a normatív szempontból nemkívánatos eredmények elkerülése érdekében. Érzésemet visszhangozza Joseph Raz írása az alkotmányjogról, a folytonosságról és a változásról:

Más szóval, tekintettel arra, hogy az alkotmányos döntések - sok más jogi döntéshez hasonlóan - milyen hatással vannak az emberek életére, csak akkor indokoltak, ha erkölcsileg indokoltak. Mint láttuk, a folyamatossági megfontolásoknak nagy erkölcsi jelentősége van, és ezek az alkotmány folyamatos legitimitását meghatározó elsődleges szempontok. De aligha ezek az egyetlen, egy kérdést érintő erkölcsi megfontolások. Ha nem azok, a bíróságoknak meg kell próbálniuk olyan döntéseket hozniuk, amelyek a lehető legnagyobb mértékben kielégítik az összes releváns megfontolást, és ha nem lehetséges az összeset teljes mértékben kielégíteni, akkor törekedniük kell arra, hogy a lehető legnagyobb mértékben kielégítsék azokat, tekintettel azok relatív fontosságára. Ezért, míg esetenként a folyamatosság kívánatos volta az érintett ügyben minden mással szemben elsőbbséget élvez, gyakran nem ez a helyzet, bár még ha a folyamatosság nem is élvez minden mással szemben elsőbbséget, akkor is a lehető legnagyobb mértékben figyelembe kell venni. Ezért ilyen esetekben, bár a bíróságoknak továbbra is értelmezniük kell az alkotmányt, mivel még mindig jogosan mozgatják őket a folytonossági megfontolások, más erkölcsi megfontolásokat is figyelembe kell venniük. Vagyis értelmezésüknek előremutatónak is kell lennie. *Mindez nem jelenti azt, hogy az alkotmány minden hibája orvosolható lenne leleményes értelmezéssel. Csak azt mondom, hogy néha ez lehetséges.*¹¹⁴

¹¹³ Az alkotmányos szokásjog normatív értelemben életképes - normatív értelemben nem tökéletes. Tökéletes igazságügyi filozófia nem létezik - "Az értelmezés filozófiai tárgyalása végül is csak annyit tehet, hogy elmagyarázza a tevékenység természetét és főbb paramétereit, és segít elkerülni néhány hibát". *Supra* 4. lábjegyzet, 361. o. Itt nem arról van szó, hogy az originalizmusra támaszkodó bírák mindig rosszul, a common law megfontolásokra támaszkodó bírák pedig mindig jól fognak dönteni. Mindössze azt mondom, hogy bizonyos esetekben az alkotmányos szokásjogi megfontolások előnyben részesítése teret adhat a bírának arra, hogy évtizedek, sőt talán évszázadok esetjogát vegyék figyelembe, ami viszont évtizedes bírói doktrínát, elveket és mérlegelési tesztekkel jelent, amelyek többségét vagy mindegyikét nem az alkotmányszöveg eredeti, nyilvános jelentése szentesíti. Ha ez a helyzet, akkor ez a tulajdonság az, ami a common law megfontolásokat normatív szempontból jobbá teszi az originalista megközelítéssel szemben. Mi több, az eredeti alkalmazásához nem kötődő bírák visszafoghatják magukat, és tartózkodhatnak attól, hogy olyan ügyekben döntsenek, amelyeket megítélésük szerint jobb lenne a jogalkotóra bízni, olyan ügyekben, mint a vitatott és megosztó társadalmi-politikai kérdések és kérdések. Ezt azért tehetik meg, mert a szokásjoghoz való ragaszkodás nem állít olyan hihetetlenül magasra a jogi legitimitás mércéjét, amely nem hagy teret más megfontolásoknak. A keményvonalas originalizmus a legitimitás

fekete-fehér szemléletét írja elő. Egy alkotmányos common law bírónak rengeteg szempontot figyelembe vehet. A nyugati liberális alkotmányos demokráciákban, mint Amerika és Kanada, a valóság az, hogy igen - így a semlegesség nem opció, és ha egyik bírói megközelítést kell támogatnom a másik helyett, akkor a common law megközelítés egyértelműen a normatív szempontból kívánatosabb.

¹¹⁴ *Lásd a 4. lábjegyzet 355. pontját. Kiemelés tőlem.*

A régi alkotmányok hosszú élettartama alatt sok lehetőség adódik ennek a lehetőségnek a megvalósítására. Az alkotmányos szokásjog normatív vonzerejéről szóló beszámoló tehát nagymértékben támaszkodik egy olyan megkülönböztetésre, amelyet Raz briliáns tudományától kölcsönzök.

Raz azt írja, hogy "az alkotmányos rendelkezések határozatlansága kedvez az innovatív értelmezéseknek. Mindaddig, amíg csupán meghatározóvá teszik azt, ami aluldeterminált volt, nem sérthetik a stabilitást".¹¹⁵ Fontos, hogy a meghatározatlanná tétel különbözik a meglévő alkotmányszöveg radikális értelmezéseitől. Az amerikai példában, tekintettel az említett alkotmány nyílt szövegű rendelkezéseinek meghatározatlanságára, ésszerű azt feltételezni, hogy az alkotmányos szokásjog hatalmas területei nem a korlátlan élő alkotmányosság példái, hanem olyan esetek, hogy ami meghatározatlan volt, az meghatározatlan. Solum azonban valószínűleg meglehetősen erősen nem értene egyet az értékeléssel, mivel azt írta, hogy az amerikai alkotmány nyílt textúrájú rendelkezéseinek meghatározatlansága túlzó.^{116,117} Én szkeptikus vagyok ezzel a következtetéssel kapcsolatban. Az amerikai alkotmány a második legrövidebb alkotmány a világon (érdekes módon Monacót veri meg).¹¹⁸ Az egyik vagy másik alkotmányos rendelkezés meghatározhatatlanságáról szóló viták soha nem fognak megszűnni, de az alkotmányok általában rövid, homályos és nagyon elvont dokumentumok. Az ilyen jellegű rendelkezések és záradékok alkalmazása a valós világra

¹¹⁵ Id, 365.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ A Solum az alkotmányos kommunikációs tartalom gazdagított kontextusának azon képességére támaszkodik, hogy további korlátokat és meghatározottságot biztosítson. Ez a megközelítés gyakori az új originalisták körében. Tekintsük a következő példát. Evan Bernick és Randy E. Barnett azt állítják, hogy "a látszólag nyílt szövegű rendelkezések eredeti nyilvános jelentése sokkal pontosabbá válhat, amint a kontextussal gazdagított jelentésük szigorú kutatással feltárul", és hogy "a gazdagítás után az alkotmány látszólag homályos vagy kétértelmű nyelvezete eléggé pontosá tehető ahhoz, hogy a bírák sokkal több olyan választ kapjanak az értelmezési kérdésekre, amelyek, ha nem is biztosan helyesek, de valószínűbbek, mint bármely konkurens válasz". Randy E. Barnett és Evan Bernick, *A betű és a szellem: Az originalizmus egységes elmélete*, 107, Geo. L.R. 1, 33-34 (2018) (Az ilyen jellegű megfontolások - a két szerző szerint - lehetővé teszik az originalista bírák számára, hogy belépjenek az építési zónába, és megbízhatóan meghatározzák azokat a válaszokat, amelyek jóhiszemű építést eredményeznek

- az alkotmány szelleméből fakadó válaszok, bár az alkotmány szellemét csak akkor hagyják figyelmen kívül, amikor a szöveg "kifut").

¹¹⁸ *Lásd a 41. lábjegyzet xviii. pontját.*

a jogi kérdéseket végül bizonyos területeken meghatározhatatlanná teszi, függetlenül attól, hogy mennyire jól lehet érvelni a nyelvi meghatározottsága mellett, vagy mennyire lehet erőltetni az értelem-referencia megkülönböztetést.

Kétségtelenül ez az egyik módja az alkotmányos szokásjog kialakulásának - az alkotmány értelmének betartására irányuló jóhiszemű erőfeszítések kudarcot vallanak, amikor a tévedhető emberek bonyolult jogi kérdésekre alkalmazzák azokat. Az így felfogott nem-originalista alkotmányos szokásjog nem jelent radikális eltérést az eredeti közjogi jelentéstől. Arra teszt kísérletet, hogy felkutassa és meghatározza azt, ami korábban meghatározatlan volt, azáltal, hogy a Raz által fentebb leírt értelemben vett előremutató értelmezésekre összpontosít. Azt szeretném javasolni, hogy a régi alkotmányok körülményei között, és amikor a törvényhozó ág nem cselekszik, a bírói ágnak pontosan ebben a tekintetben kell fellépnie. Nem gondolom, hogy a bírácoknak bele kellene szokniuk abba, hogy elfoglalják ezt a tányért - de ha a törvényhozó ág nem ideális körülmények között vergődik, és választani kell az originalizmus és az alkotmányos szokásjog alkalmazása között, akkor egyértelmű a választás, hogy egy régi alkotmány tekintetében normatív szempontból melyik indokolt. Egy olyan törvényhozó ág hiányában, amelynek szokása a tényleges törvényhozás, egy olyan Legfelsőbb Bíróság, amely nem veszi figyelembe az állami alkotmányok, a törvényhozó ág, az alkotmányos bizalmi érdekek vagy a bíróság hitelességének nyilvános megítélése iránti tiszteletet, ténylegesen erős politikaformáló intézménnyé válhat. Ha valaki úgy gondolja, hogy az eredetiség elvei a jogalkotó befolyásolása rossz vagy egyenesen furcsa ötlet, akkor ugyanezt a véleményt kellene képviselnie a bírácokról is, amikor a gyakorlatban arra kényszerülnek, hogy a politikát a konstruált joghatásokon keresztül alakítsák ki.

Mielőtt azonban továbbmennénk, az érem másik oldalát is figyelembe kell venni. A nyugati liberális demokráciákra összpontosítunk, és ezekben a törvényhozó hatalomnak megvan

a lehetősége arra, hogy egyenesen nem ideális legyen. A legtöbb nyugati liberális demokráciában azonban a bírósági felülvizsgálat (valamilyen formában) létezik és továbbra is érvényesülni fog. A kérdés tehát az, hogy hogyan bízhatunk meg olyan bírákban, akik

jellemzően nem választják meg, és élethossziglan szolgálnak? Nem lehet. Az a gondolat, hogy a bírói kar tévedhetetlen őrzője minden alkotmányos dolognak, hogy nem képes nem ideális intézmény lenni, valójában problémásabb, mint a törvényhozó ágak eszmeiségének feltételezése.¹¹⁹ Ez az alapja a jogfilozófia egyik nagy vitájának: annak a vitának, amelynek lényege a következő: "Melyik lehetőséggel járnak jobban a demokrácia polgárai?". Azt akarjuk-e, hogy a döntéseket választott tisztviselők hozzák meg, akiknek a megbízatása korlátozott - olyan tisztviselők, akik elszámoltathatók a hibáikért a nem ideális körülmények között, amelyekkel találkoznak? Vagy azt akarjuk, hogy a döntéseket - szintén nem ideális körülmények között - sokkal kisebb számú ember hozza meg, akiket nem a demokratikus polgárok választanak meg, és nem is tartoznak elszámolással nekik?".¹²⁰ Senki sem tagadhatja, hogy a bírói felülvizsgálatban részt vevő bírák eljárási szempontból kevésbé demokratikusak, mint a jogalkotók a törvényhozás folyamatában. De mérlegelni kell e demokratikus folyamat értékét és magának a demokráciának a természetét. Másképp fogalmazva, fel kell tenni a kérdést, hogy mi a fontosabb: egy demokratikus eljárás, amely potenciálisan nem demokratikus eredményeket hozhat, vagy egy nem demokratikus eljárás, amely potenciálisan képes fenntartani a demokrácia eszméit, amikor azok veszélybe kerülnek. A magam részéről úgy vélem, hogy azok a bírák, akik az alkotmányos szokásjogot használják fel arra, hogy az emberek politikai erkölcsét összehangolják az alkotmányos jogokkal, amelyekre ezek az emberek jogosultak, sokkal előnyösebb, mintha ezt a félelmetes

¹¹⁹ Sokkal problematikusabb, mert a bírói önhittség súlyos veszélyt jelent az alkotmányos demokráciákra. De azt gondolni, hogy az originalizmus elkerüli ezt az önhittséget, míg az alkotmányos szokásjogi megfontolásokat alkalmazó bírák ösztönzik azt, teljesen tévesnek tűnik. Az originalizmus szinte megköveteli, hogy az originalista bírák Dworkin Herkulesévé váljanak... hogy szakértő jogászok, szakértő történészek, sőt még szakértő etikusok is legyenek (abban az értelemben, hogy személyes vagy politikai erkölcsüknek még egy foszlányát sem engedhetik befolyásolni a döntéseiket, és akár tetszik, akár nem, ez *sokkal* nehezebb, mint amilyenek elsőre tűnik). Bizonyára nagyobb önteltség azt hinni, hogy a bírák képesek megfelelni ezeknek a követelményeknek, mint azt mondani, hogy egy bírónak egyszerűen csak bírónak kell lennie.

¹²⁰ A szakirodalom széles skálája foglalkozik ezzel a kérdéssel. A legerősebb érvek a bírósági felülvizsgálatot

ellenző tábor mellett Jeremy Waldron munkásságából származnak. Ahhoz, hogy első képet kapjunk arról, hogy mind a bírói felülvizsgálatról szóló vitában mind a pártolók, mind a kritikusok milyen álláspontot képviselnek, ajánlom Wil Waluchow "Constitutions as Living Trees: Egy idióta védekezik" címmel. A cikk az első néhány oldalon lebontja a vita alapjait és a vitán belül mindkét oldal néhány különböző álláspontját. Ráadásul, mivel a bírói felülvizsgálat kritikusai meglehetősen jóindulatúan vannak képviselve, ez a cikk kiválóan alkalmas arra, hogy a vita mindkét oldalát jól felmérjük. Ha valaki bővebb forrásokat keres, a bírói felülvizsgálat hívei számára lásd Ronald Dworkin, Joseph Rawls és Samuel Freeman irodalmát. A bírói felülvizsgálat kritikusaihoz lásd Waldron, Andrei Marmor és Alexander Bickel munkáit.

a jogalkotó ág felelőssége. Pontosítanom kell, hogy csak akkor támogatom ezt az állítást, ha a szupertöbbségi politikai koalíciók (amilyenek a formális módosításhoz szükségesek) hosszú időn keresztül nem alakulnak ki: ekkor a bírának értékes szerepük van ebben a kontextusban. Ezek a bírák könnyen tévedhetnek; az alkotmányos szokásjog nem egy biztos módja a helyes alkotmányos döntések meghozatalának. De ugyanez igaz a törvényhozó hatalomra és annak képességére, hogy formális módosítást hajtson végre.¹²¹

Az alkotmányossági felülvizsgálat soha nem volt hivatott arra, hogy kizárólagos vagy akár elsődleges tényező legyen az alkotmányos kérdések vagy politikák kezelésében. A jogalkotó ágat mindig is a fenntartás fő forrásának szánták, mivel a demokratikus legitimitás hagyományos értelmezése szerint a törvényhozás sokkal nagyobb igényt támaszt a demokratikus legitimitációra. A kérdés az, hogy mi történik akkor, ha a törvényhozás nem cselekszik (pontosabban nem tud cselekedni) az alkotmány módosítása érdekében, amikor normatív szempontból kívánatos lenne? Az alkotmányossági felülvizsgálatra ez hatalmas terhet ró, hogy úgymond "jól csinálja" - és itt megpróbáltam megmutatni, hogy az originalizmus csak súlyosbítaná ezt a terhet egy régi alkotmányos rendszerben.¹²² Ezért érveltem amellelt, hogy Solum érvelése a módosítási formulával kapcsolatban, amely megoldja a múlt halott keze érvét, félrevezető: nem veszi megfelelően figyelembe azokat az alapvetően nem ideális körülményeket, amelyekben a törvényhozó hatalom találhatja magát. Ennek közvetlen következménye annak beismerése, hogy egészséges törvényhozó ág nélkül az originalizmus elveszíti az elmélethez való hűség egyik legmeggyőzőbb indokát.

¹²¹ Waldron és a bírósági felülvizsgálat ellenes érveit természetesen közel sem lehet ilyen gyorsan elutasítani, és nem szeretném, ha az olvasó azt feltételezné, hogy ez a szörnyen rövid cím elég közel van ahhoz, hogy megfelelően foglalkozzon a Waldron által felvetett pontokkal, de ezeknek a pontoknak a kezelése kívül esik a dokumentum keretein.

¹²² Itt óvatosságnak kell lennünk: az originalista keményvonal feltétlenül rontaná a feszültséget. A PMO-ról való gondolkodás során azonban nem szabad elfelejtenünk, hogy (mint ebben a részben láttuk) a Solum nem ellenzi a precedenshez való ragaszkodástól való fokozatos eltávolodást és a nem-originalista eredmények jóváhagyását. Mint ilyen, a PMO Solum nézete szerint felismerhetné, hogy amikor a bírói felülvizsgálat szempontjából elengedhetetlen,

hogy "jól csináljuk" (pontosabban, olyan esetekben, amikor "vitathatóan összeegyeztethetetlen" lenne a jogállamisággal és a demokratikus legitimitással az originalizmus alkalmazása, Solum megfogalmazásával élve), akkor a PMO nem rontaná a feszültséget. Jogos - de egy olyan igazságügyi filozófia, amelynek egy régi alkotmány körülményei között kerülnie kell normatív elveinek érvényesítését, bizonyára implicit módon azt mutatja, hogy a régi alkotmány nem alkalmas hely arra, hogy e normatív elvek érvényesítését kívánjuk.

Ezt a központi pontot kell hangsúlyozni. Az originalizmusról és az élő alkotmányosságról széles körben azt feltételezik, hogy különböző pénznemekben kereskednek, de egy kritikusan fontos módon pontosabban értelmezve ugyanannak az érmenek a két oldalát. Mindkettő az alkotmányos demokráciában élő emberek politikai erkölcséhez való hűséget vallja. A különbség az, hogy az originalizmus a nép - akkori - többségfeletti megerősített értékeire összpontosít, a common law alkotmányosság pedig felismeri e megközelítés merevségét (és a merevségből fakadó hibát), és ehelyett rugalmas marad. Ezt a gondolatot szem előtt tartva, és tekintettel arra, hogy az alkotmányosság természete a nép akkori politikai elkötelezettségét részesíti előnyben, a bírói hatalomnak a régi alkotmányok körülményei között a nép mostani demokratikus legitimitását kell előnyben részesítenie.¹²³ Ha nem így teszünk, az megduplázza azt az állítást, hogy a bírák antidemokratikus magatartást tanúsítanak; elvégre mi lehetne antidemokratikusabb, mint a nem választott elitek egy kis csoportja, amely politikai konszenzusokat és olyan politikai erkölcsöt támogat, amely egyáltalán nem tükrözi az embereket, akiket ezek a bírák és döntéseik érintenek? Ha ezen a szemüvegen keresztül értelmezzük, a skálaváltás nyilvánvaló: az élő alkotmányosság ma már a demokratikus legitimitás védelmező elmélete. Ez az a radikális hatás, amelyet a régi alkotmányok körülményei az originalizmusra gyakorolhatnak. Az originalizmus egyes hívei valóban úgy vélik, hogy az élő alkotmányosság "a korrozív

¹²³ Ez nem egy olyan nyilatkozat, amely a bírói aktivizmus szabad érvényesülését támogatja, amivel az eredetvédők oly gyakran vádolják az élő alkotmányosságot - távolról sem. Ez inkább annak a következtetésnek az eredménye, hogy a régi alkotmányok többet követelnek meg a bíráiktól. A régi alkotmányoknak a nép politikai erkölcsével való összehangolása - most, amikor ezt az összehangolást a kis alkotmányon keresztül hajtják végre, és egy egészséges adag bírói alázattal és az előzetes útmutatás fontosságának tiszteletben tartásával történik - valódi hűséget mutat a demokratikus legitimitáshoz. A legfontosabb, hogy ez a hűség nem követeli meg a bíráktól, hogy "filozófuskirályok legyenek, akiknek van egy csövezetékük az erkölcsi igazsághoz", hanem azt követeli meg tőlük, hogy két gondolatot vegyenek tudomásul: 1) hogy a régi alkotmányok *többet* követelnek meg a bírói hatalomtól, és hogy 2) annak eldöntése, hogy mi számít "többnek", alázattal kell, hogy történjen, azzal az állandó emlékeztetővel kísérve, hogy a bírák nem jogalkotók. Wil Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree* 226 (2006). Ennek a gondolatmenetnek egy kibővített változatát lásd a következő beszédben, amelyet Waluchow az élő alkotmányosság változatáról tartott, és amelyben kijelenti, hogy "...ha alázattal és az előzetes iránymutatás és a rugalmasság egymással versengő igényeinek kellő tiszteletben tartásával követjük, az élő alkotmányosság

példázhatja a jogállamiság felvilágosult törekvését". Wil Waluchow, "Az élő fa", június 6.th 2020, McMaster University, YouTube, 2:21:16, <https://www.youtube.com/watch?v=qaXFdwti3Y0&t=2839s>.

társadalom", ahogy Rehnquist bíró egyszer erőteljesen megfogalmazta.¹²⁴ Megpróbáltam megmutatni, hogy ez miért téves. Az előregedett alkotmányok, nagyon egyszerűen, többet követelnek meg a bíraktól; megkövetelik, hogy a bírák úgy tekintsék a régi alkotmányokat, mint egy átalakuló és törekvő nép, "egy olyan nép tükörképét, amely hisz a haladásban".¹²⁵ A régi alkotmányokat és azok fejlődését e törekvések megtestesüléseként kell értelmezni.

Következtetés

Az elmúlt hetven oldalon megpróbáltam bebizonyítani, hogy a PMO egy kifinomult és aprólékosan jól védett elmélet. Ugyanakkor e tanulmány nagy részét annak szenteltem, hogy meggyőzzem az olvasót arról, hogy a régi alkotmányok jellemzői képesek komolyan aláásni a PMO normatív alapjait. Ezek az érvek azonban csak akkor érvényesek a PMO-ra, ha az első részben megállapított jellemzők többsége jelen van, és bár az ebben a tanulmányban kifejtett gondolataim nem vonatkoznak az originalizmusra általában, remélem, megmutattam, miért érdemlik meg, hogy komolyan vegyük őket a régi alkotmányos rendszerekkel kapcsolatban. Ebben az összefüggésben az originalizmus mindig értékes és szükséges szempontja lesz az alkotmányjognak. De ugyanígy a nem-originalista megfontolások és az innovatív értelmezés is, egészen addig a pontig, amíg ezek az alkotmány alapelemévé válnak, minél öregebbé válik az alkotmány. Problémák tehát csak akkor merülnek fel, amikor a keményvonalas eredetiségvédők azzal érvelnek, hogy az eredetiségnek van valami, ami megközelíti a szinguláris alkotmányos legitimitást. Megpróbáltam bemutatni, hogy ez az érv miért áll meglehetősen távol a valóságtól a régi alkotmányos rendszerek körülményei között. A régi alkotmányok természete komolyan

¹²⁴ William H. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 29 HarvJL&PubPoly. 401, 415. (1976).

¹²⁵ William J. Brennan, *The great Debate*, Georgetown University Text and Teaching Symposium (1985). Akit érdekel, hogyan lehet a régi alkotmányokat (és konkrétan az amerikai alkotmányt) ilyen módon értelmezni, lásd

Barry Friedman és Scott Smith "The Sedimentary Constitution" című cikkét.

aláássák az eredetiségre törekvő projekt normatív vonzerejét és legitimitását. Az originalizmus helyett a nyugati liberális alkotmányos demokráciákban a nem-originalista megfontolások uradják a régi alkotmányok normatív tájképét.