

AZ ORIGINALIZMUS MINT A JOGI VÁLTOZÁS ELMÉLETE

STEPHEN E. SACHS*

BEVEZETÉS.....	818
I. ORIGINALIZMUS ÉS POZITÍV JOG	822
A. Az originalizmusnormatív védelme.....	823
1. Az originalizmus mint jó	ötlet 825
2. Az originalizmus mint	jogreform 827
B. Az originalizmusfogalmi védelme.....	828
1. Amire a tolmácsolás nem képes	829
2. Jogértelmezés..... és jogelméletek.....	833
C. Pozitív érvek	az originalizmusmellett..... 835
II. AZ ORIGINALIZMUS MINT AZ ALAPÍTÓK TÖRVÉNYE	838
A. Kétféle	jogi változás 839
1. Engedélyezett változás.....	839
2. Jogosulatlan	módosítás 842
3. A	kettőkombinálása 843
B. Originalizmus és jogi	változás 844
1. A szabályok az	alapításkor 846

* docens, Duke University School of Law. A tanácsokért és megjegyzésekért hálás vagyok Matthew Adlernek, Larry Alexandernek, Nicholas Barbernek, Randy Barnettnek, Mikołaj Barczentewicznek, William Baude-nak, Mitchell Bernanek, Joseph Blochernek, James Boyle-nak, Curtis Bradleynek, Samuel Braynek, Vincent Buccolának, Jessica Bulman-Pozennek, Josh Chafetznek, Nathan Chapmannek, Andrew Coannak, Richard Ekingsnek, Richard Fallonnak, Christopher Greennek, Kathryn Huddlestonnak, John Inazunak, Andrew Jennings, Fred Kameny, Randy Kozel, Kurt Lash, Margaret Lemos, Marin Levy, John McGinnis, Dina Mish- ra, Jennifer Nou, John Ohlendorf, Scot Peterson, Jefferson Powell, David Pozen, Jedediah Purdy, Michael Ramsey, Michael Rappaport, Martin Redish, Amanda Schwoerke, Neil Siegel, Lawrence Solum, Benjamin Spagnolo, John Stinneford, Gregg Strauss, Kevin Walsh, John Witt és Ernest Young. Hálás vagyok továbbá a Carolina Junior Scholar Series, a Columbia Legal Theory Workshop, a Federalist Society Junior Scholars Colloquium, a Federalist Society and Liberty Fund's Colloquium on the Current State of Originalism, az Inazu Colloquium, a Northwestern Public Law Colloquium résztvevőinek, az Oxford Jurisprudence Discussion Group, a University of Chicago Constitutional Law Workshop, a University of San Diego Originalism Works-in-Progress Conference, a Duke Law kari workshop, a Duke Originalism and Its Discontents című szeminárium, valamint a Federalist Society hallgatói csoportjai a Yale-en és az Arizonai Egyetemen. Köszönet Ethan Mann-nak és Zach Lloydnak a kiváló kutatási segítségért.

a.	A múltbeli	jogbeépítése	
		846	
b.	Az alapítók	törvényénekbeépítése	849
2.	Változások az	alapítás óta	852
a.	Szabályok és	eredmények	852
b.	Az alapítók	változtatásiszabályai	855
c.	A	doktrínákmeghonosítása.....	858
d.	Stare	Decisis	860
3.	Az originalizmus mint kizárólagos	jog	864
a.	A jogi	érveléselőfeltevései	865
b.	Az	alternatívák kezelése	868
i.	Többszörös	alapítás.	868
ii.	Több	forrás	871
III.	AZ EREDETI JOG ORIGINALIZMUSA		874
A.	Eredeti törvény és eredeti	jelentés	875
1.	Értelmezés és jogi	szabályok	877
2.	Az értelmezési	szabályoktartalma	879
3.	Amiről az originalisták nem értenek egyet .		
881 B.	Az ellenvetések	kezelése	883
1.	Volt-e	törvény?	883
2.	Az alapítók törvénye és	korlátozása	885
IV.	ORIGINALIZMUS ÉS TÖRTÉNELEM		887
	KÖVETKEZTETÉS.....		888

BEVEZETÉS

Az originalizmust általában értelmezéseméletnek, a szövegek olvasásának egy bizonyos módjának nevezik. A legjobban értelmezve azonban az originalizmus ennél sokkal több. Ez a jogunk elmélete: egy sajátos módja annak, hogy megértsük, honnan származik a jogunk, mit követel meg, és hogyan lehet megváltoztatni.

Ez a nézet a jogrendszerek egyik általános feltételezéséből indul ki, miszerint a törvény addig marad ugyanaz, amíg jogszerűen meg nem változtatják. Egy több száz éves jogszabály még ma is lehet jó törvény, egyszerűen azért, mert valamikor korábban szabályosan hozták, és soha nem módosították vagy helyezték hatályon kívül. Ha egy régi törvénykönyvből indulunk ki, és hozzáadunk mindent, ami azóta hatályba lépett, akkor a végeredmény a ma hatályos törvénykönyv lesz.

Az eredetiség hívei szerint ami igaz a régi törvényekre, az igaz a régi alkotmányunkra is, és általában a régi jogunkra is.

Bármilyen jogi szabályaink voltak az alapításkor, azok ma is megvannak, hacsak nem történt valami jogilag releváns dolog, ami megváltoztatta őket. *A mi* törvényeink történetesen *az ő* törvényeikből, az Alapítók törvényeiből állnak, beleértve az időközben bekövetkezett törvényes változásokat is. Az Alapítók szavainak értelmének megőrzése fontos, de nem öncélú. Ez csak egy eszköz az Alapítók törvénye tartalmának megőrzéséhez.

Természetesen nem mindenki ért egyet ezzel a képpel, még az "eredetiség hívei" sem. Az emberek sokféleképpen használják az "originalizmus" szót. De ha az originalizmust a jogról szóló állításként kezeljük, nem csak értelmezésként, akkor túlléphetünk néhány vitán, amely a területet eddig is foglalkoztatta - és ez segít meglátni az utat a megállapodás gyümölcsözőbb területei felé.

Jelenleg az originalizmus legtöbb védelmezője két táborba sorolható, amelyeket "normatívnak" és "konceptuálisnak" nevezhetünk. A normatív védekezések bizonyos értelmezési módszereket jó ötletnek állítanak be (mert korlátozzák a bírákat, elősegítik a demokráciát, és így tovább). Ezek a védekezések lehetnek helyesek vagy helytelenek; ami még fontosabb, hogy az általuk védett jó eszmék nem feltétlenül tükröződnek a jogunkban. Lehet, hogy az amerikai jog, ahogyan jelenleg létezik, nem korlátozza annyira a bírákat vagy nem támogatja a demokráciát, amennyire kellene. Ha az originalizmus csak egy jogreform-projekt, akkor sokat veszít retorikai erejéből. Ezzel szemben a koncepcionális védekezés vitathatatlan jogi feltételezésekből indul ki (mondjuk, hogy az alkotmány törvény). Ezután filozófiai alapon azzal érvelnek, hogy az Alkotmány értelme éppen az eredeti jelentése (szándék, nem- értés, nyilvános jelentés stb.). De a jognak éppúgy nem kell tükröznie a jó filozófiát, mint a jó politikát. Tehát lehet, hogy a mi jogrendszerünk, akár csak a kanadai vagy a francia, másképp értelmezi alkotmányunk szövegét, vagy más jogforrásokat is beépít.

Más szóval, ahhoz, hogy tudjuk, mit kell kezdenünk ezekkel a védekezésekkel, tudnunk kell, hogy az eredetiség az amerikai jog kész része-e (és milyen mértékben). Ez a vizsgálat megmutatja az utat afelé, amit "pozitív" védekezésnek nevezhetnénk - olyan állítások felé, amelyek szerint az originalizmust, mint társadalmi tényét és joggyakorlatot, pozitív jogunk ténylegesen támogatja. Akadémiai körökben a pozitív védekezések viszonylag ritkák, sőt, szinte hallatlanok. Egy prominens eredetiségkutató nemrégiben azt állította, hogy "[eddig] senki sem állította, hogy

meggyőző érveket hozott fel annak megállapítására, hogy az eredeti jelentés a törvény" - vagy "még csak meg sem próbálta [ezt] egy hosszabb cikkben".¹

Ez a cikk ezt a hiányt próbálja pótolni. A modern originalizmus talán a mindennapi joggyakorlat kritikájával, nem pedig megerősítésével indult. Ezek a kritikák azonban az amerikai alkotmányjog mélyebb jellemzőin alapultak - ezért vádolták a bírákat és más tisztviselőket azzal, hogy inkább eltérnek a törvénytől, mint követik azt. A jog megértése szempontjából nem csupán a mindennapi gyakorlat számít, hanem a jogi érveinkben implicit módon megjelenő premisszák, a jogunk szerkezetére vonatkozó állítások, amelyeket hajlandóak vagyunk nyilvánosan elfogadni és megvédeni. Ezen a szinten a jogi gondolkodásunkban van egy egyértelmű eredetiségpárti irányzat, amelyet a legjobban úgy lehet megragadni, ha az eredetiséget a jogi változás elméletének tekintjük.

Az amerikai alkotmányjog törődik a genealógiával. Az alkotmányossági kifogás természetének megismerésére az egyik hasznos módszer, ha megkérdezzük a kifogásolt gyakorlatról, hogy "Őn szerint mikor vált alkotmányellenesnek?"² - az elfogadható válaszok köre az alapítástól egészen a tegnapig terjed. Ha a törvény az alapításkor X volt, de ma Y-nak kellene lennie, akkor a természetes kérdés az, hogy mi történt a kettő között - és *hogy* bármi is történt (módosítás, törvény, a szokások vagy a szokások változása), *miért* volt jogilag alkalmas arra, hogy ezt a változást előidézzék. Majdnem minden jogrendszer megkülönbözteti az ilyen felhatalmazott változásokat a felhatalmazás nélküli változásoktól, amelyek akkor következnek be, amikor a társadalom egyszerűen elhagyja vagy elszakad valamilyen korábban létező jogszabálytól. Az amerikai jogrendszer egyik sajátossága azonban az, hogy egy bizonyos kezdő időpontot - egy *eredetet*, egy Alapítást - határoz meg, amely elválasztja a jogi felhatalmazást nem igénylő változásokat azoktól, amelyekhez jogi felhatalmazás szükséges. Az amerikaiak nem úgy gondolják, hogy egy Ötödik Köztársaságban élünk, mint a franciák, hanem inkább abban a Köztársaságban, amelyből indultunk.

Ez az intuíció a jogi változások elméletének tekintett originalizmus lényege. Az originalizmus a jogi változásoktól azt követeli meg, hogy

1. Mike Rappaport, *Az originalizmus a törvény?: The Law Reform Criticism*, LIBR. L. & LIBERTY (2014. május 30.), <http://www.libertylawsite.org/2014/05/30/is-originalism-the-law-the-law-reform-criticism/> [<http://perma.cc/S9VA-B7SH>]. Néhány lépést ebbe az irányba lásd Stephen E. Sachs, *The "Constitution in Exile" as a Problem for Legal Theory*, 89 NOTRE DAME L. REV. 2253 (2014); William Baude, *Is Originalism Our Law?*, 116 COLUM. L. REV. (megjelenés: 2015); lásd még Lawrence B. Solum, *Seman- tic Originalism* 134-49 (Ill. Pub. Law & Legal Theory Research Papers Series No. 07- 200824), <http://ssrn.com/id=1120244> [<http://perma.cc/9ZAZ-PFVE>].

2. Transcript of Oral Argument at 39, *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013) (kiemelés hozzáadva).

legyen, nos, *törvényes*; hogy törvényes legyen, hogy a törvény szerint történjen. Ez egy eljárási követelmény, nem pedig tartalmi. Ez teszi az originalizmust "nagy sátorrá", amely potenciálisan lehetővé teszi a legkülönbözőbb jogi változásokat (bírói precedensek, gyakorlat általi felszámolás stb.) attól függően, hogy a jog hogyan állt az adott időben. Az originalista állítás az, hogy az alapítás óta a jogunkban bekövetkezett minden egyes változásnak jogi, nem csak társadalmi vagy politikai értelemben vett indoklásra van szüksége. Másképpen fogalmazva, az originalisták úgy vélik, hogy az amerikai jogrendszer még nem tért el (még egy kicsit sem) az Alapítók jogától úgy, ahogyan a gyarmatok ledobták magukról a brit igát, vagy ahogyan az államok megszabadultak a Konföderációs cikkelyektől. Ha ez valószínűtlenül hangzik az Ön számára, akkor ez egy tökéletesen jó ok lehet arra, hogy ne legyen az eredetiség híve. De ez a cikk azt sugallja, hogy ez talán hihetőbb, mint gondolná.

Ez az elmélet az originalizmusnak egy olyan változatát is létrehozza, amely különösen vonzó lehet azok számára, akik már most is originalistáknak tartják magukat. Az 1788-as alkotmánnyal kapcsolatban nem az a fontos, hogy mit *mondott*, hanem az, hogy mit *tett*: a jogi szabályok, amelyeket hozzáadott az amerikai corpus jurishoz, a hozzájárulás (Mark Greenberg kifejezésével élve), amelyet a már meglévő joganyaghoz tett.³ Bármit is tett hozzá az Alkotmány a joghoz, azt a megalkotásakor tette hozzá. Ahhoz, hogy kiderítsük, milyen jogot alkotott az Alkotmány, a dokumentum szövegét a korabeli jogi és egyéb szabályok szerint kellene olvasni, amelyek szerint az elfogadott szöveget joggá kell alakítani. Ha ennek a változatnak címke kell, nevezhetjük "eredeti jogi originalizmusnak": az a nézet, hogy az Alkotmányt az *eredeti jogi tartalma* szerint kell olvasni, bármi is volt az. (Mi másért néznénk a szöveget, ha nem azért, hogy megtaláljuk az abban foglalt törvényt? Miért kellene "eredetibbnek" lenni, mint az alapítók, vagy katolikusabbnak, mint a pápa?) Ebből a szempontból nézve az originalisták és a nem originalisták közötti viták valójában pozitív viták a jelenlegi jogunk forrásairól; az originalisták különböző iskolái közötti viták valójában történelmi viták a jog tartalmáról az alapításkor.

Ha így gondolkodunk az eredetiségről, az segít újraértelmezni a jog és a történelem közötti kapcsolatot. Ha az originalizmus a jogi változásokra vonatkozó szabályainkon alapul, akkor nem csupán az ősi szövegek jelentésének helyreállításáról van szó, ami a filológusok és történészek projektje.

3. . Mark Greenberg, *Jogalkotás mint kommunikáció? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF LANGUAGE IN THE LAW (217, Andrei219 Marmor & Scott Soames szerk., 2011).

ans. Ehelyett arról van szó, hogy *ma* részben az alapító korszak tanainak visszaszerzésével határozzuk meg a jogunk tartalmát. Ez azt jelenti, hogy meg kell tanulnunk a történelmet, de azt is jelenti, hogy jogi ítélőképességet kell gyakorolnunk, olyat, amiért ügyvédek alkalmazunk. (Ugyanígy, ha meg akarjuk ismerni egy idegen ország jogát, akkor a megfelelő szakértelemmel rendelkező jogászokat kérdezzük meg, nem csak néprajzosokat vagy szociológusokat). Az eredetiségkutatás speciális technikákat igényel, de ugyanígy a régi jogcímek felkutatása is. Mint a jogi változások elmélete, az originalizmus csak hétköznapi ügyvédi munka.

Ez a cikk nem az originalizmus egyszer és mindenkorra történő védelmére szolgál, még kevésbé annak eredeti jogi változatára. Ehelyett a cél csupán az, hogy tisztázzunk néhány elméleti kérdést, felvázoljuk a különböző álláspontokat, és remélhetőleg a viták termékenyebb területei felé tereljük a tudósokat. Mind az eredetiség híveinek, mind a nem eredetiség híveinek meg kell mutatniuk a jogtudományi kártyáikat. A mi jogunk valóban az alapítók joga? Ha nem, miben különbözik? Mikor tért el a kettő, és elfogadjuk-e ezt az eltérést végig? E cikk szerint nem-originalistának lenni annyi, mint azt mondani egy új szabályról: "Lehet, hogy az X. szabályt *nem* jogszerűen fogadták el; lehet, hogy *nem* lehet megvédeni a már létező jog alapján; de nekem ez így van rendjén, és Amerikának is". Az originalisták ezt magáról az Alkotmányról mondhatják, de semmiről, amit azóta kitaláltak, nem. *Te* miről mondod ezt, és miért gondolod, hogy ez igaz?

Az amerikai jog lehet, hogy eredeti jellegű, de az is lehet, hogy nem. Az, hogy melyik nézet a helyes, a mai társadalom tényeitől függ, nem pedig a kétszáz évvel ezelőttiaktől. Ez a cikk csupán azt állítja, hogy ha igaz, akkor az az állítás, hogy ragaszkodunk az alapítók jogához, a legjobb ok arra, hogy originalisták legyünk - ha pedig hamis, akkor a legjobb ok arra, hogy ne legyünk.

I. ORIGINALIZMUS ÉS POZITÍV JOG

Az "eredetiség" sok embernek sok mindent jelent.^{4A} legtöbb ember számára azonban az originalizmus egy elmélet arról, hogyan kell értelmezni az Alkotmány szövegét, és⁵ ezt kétféleképpen védik. Néhányan

4. Lásd Lawrence B. Solum, *Mi az originalizmus? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, in THE CHALLENGE OF ORIGINALISM: THEORIES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (12, Grant 32 Huscroft & Bradley W. Miller szerk., 2011).

5. Lásd pl. Keith E. Whittington, *On Pluralism Within Originalism*, in THE CHALLENGE OF ORIGINALISM, *Supra* note 4, 70. o., in: THE CHALLENGE OF ORIGINALISM, *Supra* note 4, 70. o., 71.

az eredetvédők széleskörű normatív érvekre támaszkodnak, olyan értékekre hivatkozva, mint a népszuverenitás, a 'szabadság' vagy a közjólét.⁸ Ha ezeket az értékeket jobban tudjuk szolgálni, ha az Alkotmány eredeti jelentését érvényesítjük, szemben valamilyen más jelentéssel, akkor ezt kell tennünk. Mások úgy vélik, hogy az eredetiség a jogi dokumentumok - vagy akár általában az írott szövegek - helyes olvasásának fogalmi igazságaiból következik. Ha például az írott szövegek mindig azt jelentik, amit a szerzők szándéka szerint jelentenek, akkor ugyanez igaz az Alkotmányra is; minden más olvasat egyszerűen téves.⁹

Egyik védekezés sem teljesen meggyőző. Mindegyik olyan feltételezésektől függ, amelyek valójában nem az értékekről vagy jelentésekről szólnak, hanem a jogunk tartalmáról. Bármilyen értelmezési módszert is preferáljunk politikailag, tudnunk kell, hogy a bírák és a tisztviselők cselekedhetnek-e e preferencia szerint, vagy jogi kötelezettségeik más irányba mutatnak. És bármi legyen is az értelmezéssel kapcsolatos filozófiai elkötelezettségünk, tudnunk kell, hogy az általunk értelmezett dokumentum jogilag mérvadó-e (és milyen mértékben).

Más szóval, a törvény tartalmával mindenképpen foglalkoznunk kell. Ha ez így van, akkor talán *csak ezzel kellene* foglalkoznunk - az eredetiséget nem normatív vagy fogalmi kérdésként, hanem jogi kérdésként kellene kezelnünk.

A. *Az originalizmus normatív védelme*

Az eredetiség védelmének egyik gyakori módja az, hogy azzal érvelnek, hogy az eredetiség valamilyen normatív célt ér el. Az első modern eredetvédők

6. *Lásd pl.* KEITH E. WHITTINGTON, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: TEXTUAL MEANING, ORIGINAL INTENT, AND JUDICIAL REVIEW (1541999); Kurt T. Lash, *Originalism, Popular Sovereignty, and Reverse Stare Decisis*, 93 VA. L. REV. 1437, 1444-46 (2007).

7. *Lásd pl.*, RANDY E. BARNETT, RESTORING THE LOST CONSTITUTION: THE PRESUMPTION OF LIBERTY 89-119 (rev. ed. 2014). Barnett a közérdekű eredetiség fogalmi védelmét is előállítja, *lásd id.* at 391-94, amely a legitímációs elméletével párhuzamosan fut, *lásd id.* at 119.

8. *Lásd pl.* JOHN O. MCGINNIS & MICHAEL B. RAPPAPORT, ORIGINALISM AND THE JÓ ALKOTMÁNY (22013).

9. *Lásd pl.* Larry Alexander & Saikrishna Prakash, "Is that English You're Speaking?": Why Intention Free Interpretation Is an Impossibility, 41 SAN DIEGO L. REV. 967, 969 (2004); Larry Alexander, *Originalism, the Why and the What*, 82 FORDHAM L. REV. 539, 539-40 (2013); Larry Alexander, *Simple-Minded Originalism, in THE CHALLENGE OF ORIGINALISM, supra note 4, at 87*; Larry Alexander, *Telepathic Law*, 27 CONST. COMMENT. 139, 139-40 (2010); Paul F. Campos, *A Text Is Just A Text*, 19 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 327, 327 (1996); Stanley Fish, *The Intentionalist Thesis Once More, in THE CHALLENGE OF ORIGINALISM, supra note 4, at 99,101.*

gyakran úgy mutatták be elméletüket, mint a bírói felülvizsgálat és a demokrácia összeegyeztetésének egyetlen módját.¹⁰ Egyes modern eredetiségvédők ugyanezt teszik,¹¹ míg mások a népszuverenítésre,¹² az egyéni szabadságra,¹³ vagy általában a közjólétre összpontosítanak.¹⁴ Ha nekik van igazuk, akkor amennyiben ezeket a dolgokat értékeljük, akkor nekünk is originalistáknak kellene lennünk. Túlságosan leegyszerűsítve a normatív védekezést a következőképpen fogalmazhatnánk meg:

(N1) Ha valami jó ötlet lenne, akkor meg kellene tennünk.

(N2) Az Alkotmány eredeti értelmét követve jó ötlet lenne.

(N3) Az Alkotmány eredeti értelmét kell követnünk.

Sok nem-originalista elutasítja ezt az érvet a második lépésnél. Lehet, hogy az eredeti jelentés nem jó ötlet; lehet, hogy valójában pocsék.¹⁵ Vagy talán bizonyos szempontból jobb, más szempontból pedig rosszabb, ami azt jelenti, hogy különböző normatív célok között kell döntenünk.

Az eredetiségvédők számára az igazi probléma azonban az első lépésnél van. Rengeteg jó ötlet van a világon, például az egészségügy reformja vagy az adótörvénykönyv javítása. De attól, hogy ezek jó ötletek, még nem válnak a törvény részévé - vagy attól, hogy a bírák és a tisztviselők egy másik jó ötletté, hogy a saját hatáskörükben valósítsák meg őket. Ugyanez vonatkozik az eredetiségre is. Ha ezek a normatív érvek valóban a törvény *megváltoztatására* szólítanak fel, az aláásná számos olyan intuíciót, amelyre az eredetiségvédők általában támaszkodnak. Az originalisták általában nem úgy jellemzik magukat, mint akik jogreformot hajtanak végre, vagy mint egy újabb érdekcsoport tagjai, akik a bíróságokon keresztül próbálják megvalósítani a saját programjukat. (Ha valami, akkor az originalista retorika egyik fő jellemzője, hogy elítéli a "törvényhozást a bírói székből".) Az originalizmus mint politikai program, még ha igazán jó is, nem az, amit sok originalista keres.

10. *Lásd pl.* Robert H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L.J. 1, 4 (1971); William H. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 54 TEX. L. REV. 693, 705 (1976); Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CINN. L. REV. 849, 854 (1989).

11. *Lásd pl.* Steven D. Smith, *That Old-Time Originalism*, in THE CHALLENGE OF ORIGINALIZMUS, *fentebb* 4,232-33223. o.

12. *Lásd* WHITTINGTON, 6. lábjegyzet; Lash, 6. lábjegyzet. 6.

13. *Lásd* BARNETT, *fenti* megjegyzés 7.

14. *Lásd* MCGINNIS & RAPPAPORT, *fenti* megjegyzés. 8.

15. *Lásd általában* Richard A. Posner, *Bork and Beethoven*, 42 STAN. L. REV. 1365 (1990) (az originalista érvek kritikája).

1. *Originalizmus mint jó ötlet*

Tegyük fel, hogy az ön kedvenc normatív elmélete alapján van egy kiütéses érv, miszerint az eredetiség a legjobb módja az Alkotmány szövegének olvasására. Egy ilyen érvelés, a szöveg "legjobb olvasási módjának" azonosítása azzal a haszonnal jár, hogy bizonyos jogi eredményekre vezethet: van-e az elnöknek eltávolítási joga,¹⁶ van-e egyéni jog a fegyvertartáshoz,¹⁷ és így tovább. De a való életben innen nem lehet eljutni oda. Az a tény, hogy egy módszer normatív szempontból jobb, mint mások, nem jelenti azt, hogy az adott módszer által előállított szabályok ténylegesen a jogunk részét képezik.¹⁸

Amint Brian Leiter megjegyzi, a legtöbb jogelméleti szakember egyetért abban - különösen a "jogi pozitivisták" néven ismertek -, hogy "az, hogy mi a jog és hogy a jognak milyennek kellene lennie, különálló kérdések."¹⁹ Ha tudni akarjuk, mi a jog, akár egy külföldi országban, akár az Egyesült Államokban, akkor látnunk kell, hogyan működik az adott társadalom; "hogyan számít jognak egy társadalomban, az alapvetően társadalmi tények kérdése."²⁰ A szakértők nem értenek egyet abban, hogy mely tények számítanak valójában - mely emberek egy társadalomban milyen szokásokat, konvenciókat, jogokat, normákat és így tovább, hogy valami jog legyen.²¹ (Függ-e a jog a hivatalnokok gyakorlatától, a bírói kar és az ügyvédi kar felfogásától, a hétköznapi emberek konvencióitól, ?)

Ha azonban a társadalmi tények számítanak, akkor egy dolog, ami valószínűleg nem számít, az egy javasolt szabály (vagy a szabályok felfedezésének módszere) jósága - kivéve, ha talán a társadalmi tények azt mondják, hogy

16. *Lásd* Myers kontra Egyesült Államok, USA272 (1926)52.

17. *Lásd* District of Columbia kontra Heller, USA (5545702008).

18. Ez a cikk a "szabályokat" nagyon tág értelemben használja, és olyan megfontolásokra utal, amelyek "kiszűrhetnek olyan tényezőket a döntéshozó elől, amelyeket egy érzékeny döntéshozó egyébként figyelembe venne". Frederick Schauer, *Formalism*, 97 YALE L.J. 509, 510 (1988). Ide tartoznak a pontos parancsok, a rugalmas normák, az értékalapú elvek, az elnéző iránymutatások, a parancsok, a normák, a tervek és minden másfajta utasítás, amelyet a jog potenciálisan közvetíthet.

19. Brian Leiter, *Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis*, in HART'S POSTSCRIPT: ESSAYS ON THE POSTSCRIPT TO THE CONCEPT OF LAW (355, Jules Coleman szerk., 2001).

20. *Id.* 356. o.; *accord* Leslie Green, *Introduction to H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW*, at xv (3d ed. 2012); Matthew D. Adler, *Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law?*, NW100. U. L. REV. 719, 726 (2006).

21. *Vö. pl.* HART, *supra* note 20 (egy bizonyos nézetet képvisel), és SCOTT J. SHAPIRO, *LEGALITY* (2011) (egy másik nézetet képvisel). *Lásd általában* Adler, *Supra* note 20 (a vita leírása).

kellene.²² Lehet, hogy a jogunk, empirikusan nézve, kevésbé demokrácia-ösztönző, szabadság-védő vagy jólét-növelő, mint szeretnénk. Kanadáról és sok más országról azt mondják, hogy nem eredetiek.²³ Honnan tudjuk, hogy nem vagyunk olyanok, mint ők?

Az originalizmus általában helyreállító projektként jelenik meg, amely megmenti az igazi törvényt a későbbi fejleményektől, amelyek elhomályosították azt. Ez jelentheti egy-egy tévesen meghozott precedens visszafordítását, de csak azért, hogy a tényleges jogot alkalmazzuk helyette. Ez a kép azt feltételezi, hogy az eredetiség által generált szabályok (az eltávolítási hatáskörökről, a fegyverviselési jogról és így tovább) bizonyos értelemben már a jog - hogy a látszat ellenére még mindig van itt valami, amit meg kell védeni. A normatív érvek megmutathatják, hogy miért fontos a kérdés, de a jogi ügyet már megnyertük.²⁴

Ha azonban az amerikai jog, akárcsak a kanadai jog, *valóban* nem eredeti, akkor az eredetiség mellett szóló normatív érvek valójában a jog reformja mellett szóló érvek - a mai jogtól való eltérésre szólítanak fel, nem pedig annak alkalmazására. Attól, hogy az eltérés hasonlíthat valamilyen múltbeli állapotra, még nem lesz kevésbé eltérés. (Bármilyen jó normatív érvei is vannak, egy mai tory, aki a brit uralom visszaállításában reménykedik, az amerikai jog megváltoztatását tervezné, nem pedig végrehajtását.)

Ezek a kérdések nem csak a jogi ragaszkodóknak szólnak; ezek olyan problémák, amelyeket az eredetiség normatív védelmezői nem hagyhatnak figyelmen kívül. Ha az amerikai jog ma nem originalista (vagy nem olyan teljesen originalista, mint amilyennek szeretné), akkor az, hogy az originalizmus elvontan jó ötlet, nem sokat mond nekünk. Ez olyan, mintha tudnánk, hogy az adókulcsoknak másnak kellene lenniük, mint amilyenek most vannak; ez nem jelenti azt, hogy a Legfelsőbb

22. Lásd Green, *Supra* 20. lábjegyzet, xxxix. o. (az e kérdéssel kapcsolatos vita leírása, amelyről ez a cikk nem foglal állást).

23. Lásd Jamal Greene, *On the Origins of Originalism*, 88 TEX. L. REV. 1, 3 (2009) (arra utalva, hogy az originalizmust "a legtöbb vezető jogász Kanadában, Dél-Afrikában, Indiában, Izraelben és Európa nagy részében is fújja"); lásd még Bradley W. Miller, *Origin Myth: The Persons Case, the Living Tree, and the New Originalism*, in THE CHALLENGE OF ORIGINALISM, *supra* note at (4,120,Kanada121); Michel Rosenfeld, *Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts*, 2 INT'L J. CONST. L. 633, 656 & n.83 (2004) (Európa). De lásd Yvonne Tew, *Originalism at Home and Abroad*, 52 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 780 (2014) (az originalista gyakorlatok azonosítása Malajziában és Szingapúrban). Lásd általában David Fontana, *Comparative Originalism*, 88 TEX. L. REV. 189 (2010); lásd még Baude, *supra* note 1 (kézirat 43-45. o.).

24. Lásd *pl.*, Solum, *Supra* note 4, 12. o. ("Az originalisták egyetértenek abban, hogy alkotmányos gyakorlatunk (ha tökéletlenül is) elkötelezett az elv mellett, hogy az alkotmány eredeti értelme korlátozza a bírói gyakorlatot.").

A bíróságnak új díjszabásokat kell előírnia. Bármilyenek is legyenek a legjobb szabályok, az egyes tisztviselőknek külön erkölcsi okuk lehet arra, hogy a törvényt úgy érvényesítsék, ahogy van, akár különleges szerepvállalási kötelezettségként, akár csak a rossz következmények elkerülésének eszközeként.

Ezért lehet veszélyes az eredetiségvédők számára, ha elméleteiket túl szorosan kötik a politikai legitimáció elméleteihez.²⁵ Az, hogy a törvény mikor érdemel engedelmességet, etikai és politikai kérdés, amelyet már jóval az Alkotmány megalkotása előtt is vitattak.²⁶ Ha nem tudjuk megoldani a kereskedelmi záradékkal kapcsolatos nézeteltéréseinket anélkül, hogy előbb megoldanánk a politikai kötelezettség problémáját, akkor a helyzetünk nem javult. És még ha az originalizmus lenne is az egyetlen legitim módja az Alkotmány olvasásának, jogrendszerünkről kiderülhet, hogy csak részben legitim - ahogyan az is kiderülhet, hogy csak részben originalista. Hogy ebben az esetben mik lennének a kötelességeink, az egy újabb nehéz etikai és politikai kérdés. Lehet, hogy még mindig ismernünk kell a törvényt, mielőtt definitive meg tudnánk mondani, hogy mit kellene tennünk.

2. *Az originalizmus mint jogreform*

Mindez nem mutatja, hogy a normatív érvek *tévesek lennének*. Ha az originalizmus jó ötlet, akkor jó ötlet; ezt érdemes tudni.

De ez nem minden, amit érdemes tudni. Ha az originalizmus valóban egy jogreform-projekt, akkor a normatív érvek túl soknak bizonyulhatnak. Bátoríthatnánk a bírákat és a tisztviselőket, hogy rengeteg olyan okból térjenek el a hatályos jogtól, amelyek közül egyiknek sincs semmi köze az originalizmushoz: a kormányzati adminisztráció modernizálása, a környezetvédelem vagy az emberi jogok védelme, a háború megelőzése és így tovább. Ha a Legfelsőbb Bíróság sikeresen megvalósíthatná az ön kedvenc normatív célját nem-originalista eszközökkel - alkotmányellenesnek nyilvánítaná az atomfegyvereket, de-krétával létrehozná a libertárius paradicsomot -, miért állna az eredetiség az útjába?

A legtöbb eredetvédelmis hajlamos ellenezni az ilyen érveket, függetlenül a kérdéses okoktól, és anélkül, hogy vitatkoznának arról, hogy mely okok érdemesebbek másoknál. Az originalisták nem akarnak megfelelni a kritikusaik által leírt sztereotípiának, amely szerint a

25. Lásd pl. BARNETT, *fenti jegyzet*, 7,2. o.; Lash, *fenti jegyzet*, 6,1442-43. o.

26. Lásd Andrei Marmor, *Jogi konvencionálizmus*, in HART'S POSTSCRIPT, *fenti* 19,193., 215. lábjegyzet.

politikai érdekcsoport, amely a bíróságokon próbálja keresztülvinni a politikáját.²⁷ Semleges nézőpontból akarják azt állítani, hogy nézeteik megfelelnek azoknak a jogi szabályoknak, amelyeket a bírának és a tisztviselőknak már kötelező alkalmazniuk.²⁸ Amikor például az eredetvédők amicus beadványokat írnak a megfizethető egészségügyi ellátásról szóló törvény egyéni mandátumát²⁹ ellenezve, általában olyanokat mondanak, mint "a mandátum alkotmányellenes"³⁰, nem pedig "a mandátumnak alkotmányellenesnek kellene lennie", vagy "a Legfelsőbb Bíróság jobbá tehetné a világot, ha úgy értelmezné az Alkotmányt, hogy megtiltaná a mandátumot".³¹

Ez a fajta megfogalmazás nem csak ügyvédi beszéd, vagy rosszhiszeműség, vagy akár az eredetiséggel kapcsolatos projekt természetével kapcsolatos zavarodottság. Ahogy Matt Adler megjegyzi, az eredetiség hívei és a nem-eredetiség hívei egyaránt tesznek ilyen állításokat - és úgy tűnik, hogy el is hiszik őket - anélkül, hogy különösebb figyelmet fordítanának a mögöttes jogi elméletekre.³² Ez nem meglepő, mert bár viszonylag kevesen gondolkodtak sokat a jogtudományról, sokan (hivatalnokok, bírák, ügyvédek, lelkiismeretes polgárok) szeretnék tudni, hogy mi a jog, nem csak azt, hogy minek kellene lennie. Ha az originalizmus normatív indoklásai nem tudnak semmit mondani az ilyen embereknek, akkor ez az indoklással van probléma, és valami jobbat kellene keresnünk.

B. Az originalizmus fogalmi védelme

Ha az originalizmus védelmének az amerikai jogban kell gyökereznie, akkor hogyan nézhet ki ez a védelem? A koncepcionális védelem a jogi érvek és a jelentéssel és értelmezéssel kapcsolatos filozófiai állítások összekapcsolásával indul el ezen az úton. Úgy tűnik például, hogy mindenki úgy gondolja, hogy az Alkotmány értelme fontos a jogunk szempontjából. És ha egy szöveg értelme mindig és minden esetben

27. Lásd pl. Robert Post & Reva Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, 75 *FORDHAM L. REV.* 546,560 (2006).

28. *Vö. rólunk*, *FEDERALIST SOC'Y FOR L. & PUB. POL'Y STUD.*, <http://www.fed-soc.org/aboutus/> [<http://perma.cc/9Q8T-5FD7>] (utolsó látogatás 2014. augusztus 14.) ("[I]t emphatically the province and duty of the judiciary to say what the law is, not what it should be").

29. Lásd *U26.S.C. § 5000A(a)-(b)* (2012).

30. *A The Origins of the Necessary and Proper Clause* szerzőinek és az Independence Institute-nak mint *Amici Curiae*-nak a válaszadók támogatására készített rövid levele (4. o.), *Dep't of Health & Human Servs. v. Florida* (No. 11-398), *sub nom.* *NFIB v. Sebelius*, 513 *U.S.* 398 (2012).

31. *Vö.* Rappaport, *Supra* note 1 (azzal érvelve, hogy a normatív érvek lehetnek ap-propriate, ha a jog még nem oldja meg a kérdést).

32. Lásd általában Matthew D. Adler, *Interpretive Contestation and Legal Correctness*, *WM53. & MARY L. REV.* 1115 (2012).

Ha az Alkotmány jelentése mindenhol az "eredeti" tényektől függ - hogy a szerzője eredetileg mit akart jelenteni,³³ mit értett volna alatta egy ésszerű olvasó a történelmi kontextusban,³⁴ és így tovább -, akkor az Alkotmány jelentése is ezektől az "eredeti" tényektől függ. A fogalmi védekezést - ismét túlságosan leegyszerűsítve - a következőképpen vázolhatnánk fel:

- (C1) Alkotmányjogunkat a dokumentum szövegének értelme határozza meg.
- (C2) Egy szöveg jelentése az eredeti jelentése.
- (C3) Alkotmányjogunkat a dokumentum szövegének eredeti jelentése határozza meg.

A legtöbb vita itt is a második lépésre összpontosított. A szöveg egyetlen igaz jelentésének rengeteg ellentmondásos jelöltje van (a beszélő szándéka, az olvasók értelmezése és így tovább); még az eredetvédők sem értenek egyet abban, hogy melyiket kell használni.³⁵ De mint korábban, az érvelés igazi problémája az első lépésnél van: Még ha feltételezzük is, hogy minden filozofálgatásunk után az egyik jelentéstípus fog győzedelmeskedni, akkor is marad egy probléma. Alkotmányjogunk ugyanis a dokumentum szövegének jelentésénél többet is tartalmazhat. Az "értelmezéssel" kapcsolatos valódi viták valójában egyáltalán nem értelmezési jellegűek; ezek a jogunk forrásairól és tartalmáról szólnak, amelyek a mai társadalmunkra vonatkozó tényektől függnnek, nem pedig az alapításkor. Nem számít, hogy milyen értelmezési módszert használunk, az a módszer irreleváns vagy elavulttá válhat attól függően, hogy mi van még a törvényben.

1. *Amire a tolmácsolás nem képes*

Az "alkotmányértelmezésről" folytatott vitákat részben az teszi olyan frusztrálóvá, hogy a résztvevőknek gyakran eltérő fogalmak jutnak eszükbe. Tegyük fel, hogy az önök kedvenc értelmezési módszere szerint az eredeti alkotmányt úgy olvassák, hogy az X. Valaki, mint például Bruce Ackerman, azt mondaná: "Persze, az alkotmány szövege eredetileg X-et mondott, de mi Y-ra módosítottuk.

33. Lásd a fenti megjegyzést 9.

34. Lásd Gary Lawson & Guy Seidman, *Originalism as a Legal Enterprise*, 23 CONST. COMMENT. 47, 48 (2006); lásd még Jeffrey Goldsworthy, *The Case for Originalism, in THE CHALLENGE OF ORIGINALISM*, fenti 4,42. lábjegyzet, 48.

35. Lásd Mitchell N. Berman, *Originalism Is Bunk*, 84 N.Y.U. L. REV. 1, 43-47, 53-55 (2009).

a rekonstrukció, a New Deal és/vagy a polgárjogi korszak alatt. "36 Igaz, ezek a "módosítások" nem követték az V. cikk (eredeti) megkötéseit. De ez nem jelent problémát Ackerman számára, aki egyszerűen azt mondhatja, hogy jogrendszerünk történetesen megenged bizonyos informális vagy alkotmányon kívüli módosításokat: Az V. cikk a módosítások egyik módja, de vannak más módok is.³⁷

Hasonlóképpen, valaki, mint Philip Bobbitt (vagy David Strauss, Richard Fallon, vagy Mitch Berman és Kevin Toh) azt mondhatná: "Persze, az alkotmány szövege eredetileg *X-et* mondott, de a szöveg nem az alkotmányjog kizárólagos forrása. Az alkotmányjog a bírói precedensekből, fontos törvényekből, a közösségi jogértelmezésből, a régóta fennálló hagyományokból és gyakorlatból, Amerika ethoszából, az óvatosság normáiból és talán még néhány más dologból is származik."³⁸ Kanada alkotmányáról például azt mondják, hogy nemcsak bizonyos írott eszközöket tartalmaz, "hanem "szokást és konvenciót" is", valamint "alkotmányos doktrínát - az írott alkotmányból levezetett elveket és szabályokat".³⁹ Honnan tudjuk, hogy a miénk más?

Az ilyen vitákról általában úgy beszélünk, mint amelyek az "alkotmányértelmezésről" szólnak: Egyesek úgy gondolják, hogy a prece- dent számít az értelmezésben, mondjuk, mások meg nem. De ha így beszélünk, az csak zavart okoz. Ahogy Timothy Endicott rámutat, az "értelmezés" - abban az értelemben, ahogyan a fogalomvédelem használja a szót - arról szól, hogy hogyan kell valamit helyesen olvasni; "akkor kerül a képbe, amikor vitára van lehetőség [egy szöveg] jelentését illetően".⁴⁰ Ha már elég jól ismerjük a kommunikációs kontextumot, ha már "nem kérdéses, hogyan kell érteni egy személyt",⁴¹ akkor végeztünk az értelmezéssel. De lehet, hogy még mindig nem végeztünk a törvény megfejtésével; lehetnek ex-

36. *Lásd* 3 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION 8-9 (2014) (Polgárjogi korszak); 2 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS 7-13 (1998) (Reconstruction and New Deal).

37. *Lásd* ACKERMAN, CIVIL RIGHTS REVOLUTION, *Supra* note 36, 329. o.; ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *Supra* note, 36,15-17. o.

38. *Lásd pl.*, PHILIP BOBBITT, CONSTITUTIONAL FATE 7-8, 93 (1982); DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION 3 (2010); Mitchell N. Berman & Kevin Toh, *Pluralistic Nonoriginalism and the Combinability Problem*, 91 TEX. L. REV. 1739, 1751 (2013); Richard H. Fallon, Jr., *Constitutional Precedent Viewed Through the Lens of Hartian Positivist Jurisprudence*, 86 C. L. REV. 1107, 1122-23 (2008).

39. Miller, *Supra* note at 23,132.

40. Timothy Endicott, *Jogi értelmezés*, in: THE ROUTLEDGE COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW (109, Andrei112 Marmor szerk., 2012).

41. *Id.* 121.

tratextuális jogforrásokot kell figyelembe venni (precedens, régi hagyomány, az amerikai ethosz stb.). Ezeket nem zárhatjuk ki azzal, hogy jobban értelmezzük a szöveget; a lényeg az, hogy *szövegen kívüliek*, és így más alapon kell őket védeni vagy elutasítani.

Gondoljunk például az alkotmányos vitákra az Egyesült Királyságban, amelynek nincs írott alkotmánya. Azt, hogy az Egyesült Királyság valóban az Európai Unió részévé vált-e, és hogy az uniós jog felülírja-e az Egyesült Királyság jogát, függetlenül attól, hogy mit mond a Parlament, nem lehet egyszerűen a különböző parlamenti aktusok értelmezésével eldönteni. Az Egyesült Királyság parlamentje bármikor kijelentheti, hogy ez az ő hatáskörébe tartozik, de az Európai Parlament is mindig ellenkezhethet. Hasonlóképpen, hogy a jelenlegi Parlament kötelezheti-e a jövőbeli Parlamentet - a hagyományos válasz nem⁴² - nem olyan kérdés, amelyet a törvények eldönthetnek; új törvényeket lehetne írni, amelyek bármelyik oldalt képviselik, és akkor is el kellene döntenünk, hogy melyiknek van igaza.

Ugyanezek az érvek vonatkoznak az Egyesült Államokra is. Még ha az Alkotmány szövegének egy része egy bizonyos értelmezési módszert követel is,⁴³ ezt a rendelkezést a gyakorlat ugyanúgy felülírhatta volna, mint bármely másikat. Azt, hogy a gyakorlat megelőzte-e a szöveget, a szöveg önmagában nem tudja eldönteni.⁴⁴ Mondhatnánk, hogy ezek a harcok még mindig a jogi gyakorlatunk "értelmezéséről" szólnak, de ez a kifejezés nem szokványos használata. Ami világos, az az, hogy ezek a harcok nem arról szólnak, hogyan kell *olvasni* egy adott szöveget, hanem inkább arról a jogi tekintélyről, amelyet ez a szöveg gyakorol.

Valójában az esetek többségében senki sem vitatkozik az értelmezéssel kapcsolatban. A legtöbb ember elfogadja, hogy az eredeti jelentés valamilyen formában néha jogilag releváns; az egyetlen élő vita az, hogy milyen eredeti jelentésről van szó, mennyire járul hozzá, és hogy más források érvényesen támogathatják-e és ha igen, akkor mikor.

42. Lásd 1 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES *90 ("A parlament törvényei, amelyek eltérnek a későbbi parlamentek hatáskörétől, nem kötnek.").

43. Lásd pl. Christopher R. Green, "Ez az alkotmány": *Constitutional Indexicals as the Basis for Textualist Semi-Originalism*, 84 NOTRE DAME L. REV. 1607 (2009) (érvelés, hogy igen); Michael Stokes Paulsen, *Does the Constitution Prescribe Rules for its Own Interpretation*, NW103. U. L. REV. 857 (2009) (ugyanaz).

44. Vö. Stefan Sciaraffa, *The Ineliminability of Hartian Social Rules*, 31 OXFORD J. LEGAL STUD. 603, 620 (2011) (megjegyezve, hogy "az, hogy egy írott alkotmány élő vagy halott betű-e, fokozatosan jön létre", mivel a hivatalos vagy népi szokások "hivatkozhatnak az alkotmány egyes rendelkezéseire, másokat pedig figyelmen kívül hagyhatnak"); Baude, *supra* note (1kézirat 13.) ("[E]ven those who would not go so far to say that document itself has been superseded might say that our legal rules for understanding that document have been superseded.").

kiegészíti vagy helyettesíti ezt a jelentést.⁴⁵ A tudósoknak csak egy kis csoportja érvel (akár elméleti, akár gyakorlati okokból) amellet, hogy az alkotmány szavainak jelenlegi jelentése köt bennünket, bármi is volt az eredeti jelentésük.⁴⁶ Azokat az érveket, amelyek szerint az eredeti jelentés helyett néha a bírói előítéletet, a hagyományokat vagy az amerikai ethoszt kellene használnunk, csak ritkán szánják a *nyelv* jelentésére vonatkozó komoly állításnak. (Hogyan változtathatná meg egy bírósági döntés vagy változó normatív aggályok egy írott dokumentum kommunikációs tartalmát? Miért nem változnak más jogi dokumentumok, például a soha hatályba nem lépett alkotmánytervezetek is ilyen módon az idők során?)⁴⁷ Ehelyett a precedensre és a hagyományra vonatkozó ilyen állításokat általában a jog különböző forrásairól szóló állításoknak szánják, vagy olyan különböző tényezőknél, amelyeket a hivatalos döntéshozóknak figyelembe kellene venniük; vagy ha nem így szánják, akkor nagy veszteség nélkül át lehet őket így írni.

Általánosabban fogalmazva, ha tudjuk, hogyan kell olvasni az Alkotmány szövegét, az még nem mondja meg, miért érdekel minket, hogy mit mond.⁴⁸ Bármi legyen is a helyes értelmezési módszer, azt mindenféle dokumentumra alkalmazhatjuk - egy régi újságcikkre,⁴⁹ egy éttermi rendelésre,⁵⁰ egy sült csirke⁵¹ receptjére - anélkül, hogy bármelyikük is a jogunk része lenne. A fogalmi érvek egyik vonzereje az, hogy sokféle dokumentum értelmezésének mindennapi módszereire hivatkoznak.⁵² Ez a széles körű alkalmazás azonban

45. Lásd Berman, *Supra* note 35, at 10 & n.21 (azzal érvelve, hogy kevés tudós tagadja, hogy az eredetiséget "az értelmezők által relevánsnak tekintett adatok közé kell sorolni"); lásd még H. Jefferson Powell, *On Not Being "Not an Originalist,"* 7 U. ST. THOMAS L.J. 259, 265 (2010) (az "eredeti jelentéssel kapcsolatos érveket" egyszerűen az érvek egyik módjaként a sok közül).

46. Lásd *pl.* ALEXANDER MEIKLEJOHN, *POLITICAL FREEDOM* 6-7 (1960); Tom W. Bell, *The Constitution as if Consent Mattered*, 16 CHAP. L. REV. 269, 271 (2013); Martin H. Redish & Matthew B. Arnould, *Judicial Review, Constitutional Interpretation, and the Democratic Dilemma: Proposing a "Controlled Activism" Alternative*, 64 FLA. L. REV. 1485 (2012); vö. T. Alexander Aleinikoff, *Updating Statutory Interpretation*, 87 MICH. L. REV. 20, (491988) (hasonló javaslatot tesz a jogszabályokra vonatkozóan).

47. Lásd Saikrishna B. Prakash, *The Misunderstood Relationship Between Originalism and Popular Sovereignty*, 31 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 488-89485, (2008).

48. Lásd általában Andrew B. Coan, *The Irrelevance of Writtenness in Constitutional Interpretation*, 158 U. PENN. L. REV. 1025 (2010).

49. Lásd Prakash, *Supra* note at 47,487.

50. Lásd Alexander & Prakash, *supra* note at 9,975.

51. Lásd Gary Lawson, *On Reading Recipes . . . and Constitutions*, 85 GEO. L.J. 1823, (18251997).

52. Lásd Prakash, *fenti* jegyzet, 47,487-89. o.

azt is, hogy a fogalmi védelemnek miért van szüksége az első premisszára - arra, hogy a dokumentum szövege számunkra mérvadó, hogy a legfelsőbb jogunk végső forrása.⁵³ És ennek a premisszának a védelmében a nyelvfilozófiának nincs mondanivalója.

2. Jogértelmezés és jogelméletek

A fogalmi védelem első lépése nem egy értelmezési állítás, hanem amit "jogtudományi" állításnak nevezhetnénk - egy állítás a jogunk forrásairól és tartalmáról. A probléma ily módon történő megfogalmazása a vita nagyjából érthetővé teszi számunkra: Az originalista és a pluralista egyszerűen nem ért egyet abban, hogy mely források számítanak.⁵⁴ Ez a nézeteltérés mindaddig többnyire implicit volt, ami megnehezítette a feloldását.⁵⁵ De még mindig lehetséges, hogy végül a társadalmi tények adják meg a választ, és ez a válasz az originalista nézetet támogatja (Például lehet, hogy a társadalom valóban az Alkotmány szövegének tulajdonít kiemelkedő tekintélyt, ezért van az, hogy ezek a többi forrás - a cél, a precedens, a hagyomány, stb.)

A kifinomult fogalmi eredetvédők már régóta védik nézeteiket, amelyek nemcsak a jelentéselméleteken, hanem a jogi tekintély elméletein is alapulnak. Az érvelés szerint az alkotmány megalkotására megbízni néhány embert, azt jelenti, hogy az ő utasításait tekintélyesnek tekintjük. Amikor tehát a munkájukat értelmezzük, meg kell keresnünk azokat az utasításokat, amelyeket közvetíteni akartak. Mi másért konzultálnánk azzal, amit írtak, ha nem az utasítások miatt, amelyeket mi kértünk tőlük?⁵⁶

Az érvelés ilyen megfogalmazása azonban új problémákat is felvet. Ha maguk a fogalmi védekezések az amerikai jog kontingens jellemzőitől függenek - ha nem csupán a nyelvfilozófia termékei -, akkor ugyanezek a kontingens jellemzők visszavonhatják őket. Még ha félretesszük is az olyan különálló jogforrásokat, mint a precedens, az alkotmányos szöveg helyes értelmezési módját maga is meghatározhatja a társadalmi tények.

53. Lásd: Alexander, *Simple-Minded Originalism*, *supra* note at 9,94.

54. Lásd Berman & Toh, *Supra* note 38; lásd még Mitchell N. Berman & Kevin Toh, *On What Distinguishes New Originalism from Old: A Jurisprudential Take*, 82 *FORD-HAM L. REV.* 545 (2013).

55. Lásd Matthew D. Adler, *Social Facts, Constitutional Interpretation, and the Rule of Recognition*, in *THE RULE OF RECOGNITION AND THE U.S. CONSTITUTION* 193, 193 (Matthew D. Adler & Kenneth Einar Himma szerk., 2009); Adler, *supra* note. 32.

56. Lásd Alexander, *Originalism, the Why and the What*, 9,539-41. o., *fentebbi* jegyzet.

Tegyük fel például, hogy az *A* értelmezési módszer az egyetlen filozófiailag helyes, de a francia jogrendszer valójában a *B* módszerrel értelmezi az alkotmányt (ami lehet, hogy nem eredeti, vagy nem *a* megfelelő eredeti, vagy ...). A francia jogászok ismerik a filozófiai vitákat, de elkötelezettek a saját hagyományos módszerük mellett; mindvégig elkötelezettek, elvben és gyakorlatban egyaránt. Egy originalista kritizálhatja ezt a választást politikai okokból, vagy esetleg koncepcionális okokból (ők "rosszul olvassák") - de jogi okokból nem, legalábbis nem a pozitívizmus feladása nélkül. Hogyan lehetséges, hogy az egész társadalom a saját jogát téveszti el, egészen a végsőig? Az egy dolog lenne, ha a francia törvények explicit módon megkövetelnék a filozófiai korrektséget, és a jogászok tévesen azt hinnék, hogy megfelelnek ennek. Ebben az esetben a kollektív tévedés könnyen megmagyarázható lenne.⁵⁷ De ha a francia gyakorlat az, hogy figyelmen kívül hagyják a filozófusokat, és a saját alkotmányuk sajátos módon történő olvasásával vezetik le a jogi szabályokat, hogyan mondhatjuk, hogy ez a társadalmi gyakorlat jogilag "helytelen"?

Más szóval, a helyes értelmezési módszer nem csak filozófiai kérdés; a témában lehet, hogy van törvény is. Mindenféle törvény valamilyen téves érvelésen alapul - dohánytámogatás, lakbérszabályozás stb. -, de ez nem akadályozza meg, hogy törvények legyenek. Hasonlóképpen, egy jogi rendszer használhat filozófiailag hibás bizonyítási szabályokat vagy a közvetlen ok-okozati összefüggést, ha akarja; az, hogy mi a törvény és minek kellene lennie, különböző dolgok. Ahogy Frank Easterbrook bíró egyszer fogalmazott, a nem-originalista értelmezésben hinni olyan, mint a gyermekkereszttségben hinni: "A pokolba is, láttam már ilyet!"⁵⁸

Tekintettel arra, hogy számos jogrendszer nem eredeti módon értelmezi írott alkotmányát⁵⁹, nehéz elhinni azt az állítást, hogy az eredetiséget szükségszerűen vagy fogalmilag megköveteli az írott alkotmány.⁶⁰ És ha az eredetiség más országokban a társadalmi tényektől függ, akkor feltehetően itt is a társadalmi tényektől függ. Honnan tudjuk, hogy Amerika valójában nem olyan, mint Franciaország? Ez egy empirikus kérdés, amelyet nem lehet a szövegek értelmezéséről szóló fogalmi fejtegetésekkel eldönteni. És még

57. Lásd Sachs, *Supra* note, 1,2268-72. o. (a "globális hiba" jogi szabályozásának tárgyalása).

58. Frank H. Easterbrook, *Alternatives to Originalism?*, 19 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 479, 479 (1996).

59. Lásd a fenti megjegyzést 23.

60. Lásd általában Coan, *Supra* note 48.

ha az amerikai jog originalista, akkor lehet, hogy rossz fajta originalista: lehet, hogy az olvasó megértésére összpontosít, nem pedig a beszélő szándékára, vagy fordítva. Végző soron az Egyetlen Igaz Értelem felfedezésével nem jutunk messzire; az originalizmus tényleges védelmének más alapokon kell nyugodnia.

C. *Pozitív érvek az originalizmus mellett*

A mi törvényünk originalista vagy sem? Az originalistáknak szembe kellene nézniük a kérdéssel. A felszínen a törvény talán nem tűnik nagyon originalistának; de mélyebb jellemzői vannak, amelyek egy másik nézetet támogathatnak. Ez a cikk csak egy durva vázlatot nyújt arról, hogyan nézhet ki az originalizmus pozitív védelme; de ez a vázlat, ha ígéretesnek tűnik, idővel kiegészíthető.

Hogy (ismét) nagyon leegyszerűsítsem, az eredetiség pozitív védelme valahogy így nézhet ki:

(P1) Ami a megfelelő társadalmi tényekkel alátámasztott, az a jogunk része.

(P2) Az originalizmust a megfelelő társadalmi tények támasztják alá.

(P3) Az originalizmus a jogunk része.

Első pillantásra ez az érv elég gyengének tűnik. Az első lépést a pozitivisták széles körben elfogadják, de csak azért, mert kihagyja a kulcsfontosságú részleteket: mely társadalmi tények a "megfelelők", hogyan "támasztják alá" a jogi állításokat, mi számít "a jogunk részének", vagy akár azt, hogy mit is jelent az "eredetiség". E részletek némelyike szükségszerűen kimarad. Például még a szakértők sem értenek egyet abban, hogy pontosan mely társadalmi körülmények tesznek valamit joggá.⁶¹ A nagy vonalakat mindenki elfogadja: Az amerikaiak úgy tekintenek az amerikai törvénykönyvre, ahogy a svédek nem, és így tovább. De a vitatott kérdésekben a részletek számítanak. Mielőtt értékelni tudnánk egy pozitív védekezést, tudnunk kell, hogy ezek a részletek támogatják-e az originalizmust.

Még rosszabb, hogy a mindennapi gyakorlatunkban sok az eredetiség hiánya. Bármelyik társadalmi tény határozza is meg valójában a jogot, egy re-sonábilis elmélet a bírák és hivatalnokok cselekedeteire, a tanokra, amelyeket a hallgatókkal megtanítatunk a jogi órákon vagy az ügyvédi vizsgára, és így tovább. Ahogy Fallon érvel, az alkotmányjognak ez a mindennapi gyakorlata "néha megengedi az eltérést a

61. Lásd általában Adler, *Supra* note 20.

eredeti értelmezéstől, sőt még a [szöveg] felszínesen egyértelmű értelmétől is. "62 A modern originalizmus a bíróságok tevékenységének kritikájaként indult, nem pedig viselkedésük összefoglalójaként.⁶³ Több évtizeddel később a bírák, tisztviselők és jogászprofesszorok között még mindig kisebbségben vannak az önazonos eredetiségvédők.⁶⁴ Hogyan lehet a jogunk originalista, ha a gyakorlatunk és a személyzetünk nem az?

Mindezek mellett az eredetiség híveinek is van okuk a reménykedésre. Anélkül, hogy az egész jogtudományt megoldottuk volna, hihető találgatásokba bocsátkozhatunk arról, hogy mely társadalmi tények számítanak - elég hihetőek ahhoz, hogy a hétköznapi jogászok rutinszerűen pontos jogi ítéleteket hozzanak. És anélkül, hogy szociológiai tanulmányokat vagy közvélemény-kutatásokat végeznénk,⁶⁵ rengeteg jogi gyakorlat eléggé ismerős ahhoz, hogy a karosszékből is láthassuk, és ezek közül néhány alátámaszthatja az originalista állításokat. (Példának okáért a nyelv is bonyolult módon alakul ki a társadalmi gyakorlatból - de általában nincs szükség közvélemény-kutatásokra ahhoz, hogy megmondják, hogyan kell beszélni.)

És a mindennapi gyakorlat nem az egyetlen fajta gyakorlat, ami érdekel minket. Amint azt más munkáimban hosszasan kifejtettem - és ami most következik, az szükségszerűen rövidített formában -, a jog jobban függ jogi érvelésünk közös alapjaitól, mint az általunk levont konkrét következtetésektől vagy tettektől. A szülői szerephez hasonlóan a jog is nagyrészt a "tedd, amit mondunk, ne pedig azt, amit teszünk"⁶⁶. Egy éles szemű szociológus leírhatná, hogy az ügyvédek és bírák a mindennapok szabályait nagyon eltérő módon követik, mint amit mindannyian úgy gondolunk, hogy a jog valójában előír: "elferdítik az első- vagy másodlagos ügyeket, előmozdítják a politikai programokat, kiszolgálják az elit véleményét vagy az *amour-propre*-t, nem veszik figyelembe az etnikai vagy vallási kisebbségek követeléseit" stb. Ez a külső megfigyelő, akárcsak a holmesi "rossz ember", talán csak azokkal a szabályokkal törődik, amelyek megjósolják, hogy a tisztviselők hogyan

62. Fallon, *Supra* note at 38,1117.

63. *Lásd a fenti* megjegyzést 10.

64. *Lásd* Jamal Greene, *Selling Originalism*, GEO97. L.J. (2009)657,667

65. Néhányan megpróbálták. *Lásd pl.* Donald L. Drakeman, *What's the Point of Original-ism?*, 37 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 1123, 1133 & n.42, 1134-35 (2014) (megjegyezve, hogy az amerikaiak kis többsége jobban szereti, ha a Legfelsőbb Bíróság a döntéseket "annak megértésére alapozza, hogy mit jelentett az amerikai alkotmány az eredeti megírásakor", mint "annak megértésére, hogy mit jelent az amerikai alkotmány napjainkban", és hogy még az utóbbi táborba tartozók is úgy gondolják, hogy az eredeti jelentés "egyike a különböző figyelembe veendő tényezőknél"). *De lásd* HART, *supra* note 20, 117. o. (azzal érvelve, hogy a tisztviselők gyakorlata határozza meg a jogot, nem pedig az általuk szolgált közönség meggyőződése).

66. Sachs, *Supra* note at 1,2266.

cselekedni fog - de ez félrevezető képet ad a törvény egészéről.⁶⁷ A törvény teljes megértése azt jelenti, hogy a rendszer hűséges résztvevőjének "belső" perspektívájával próbálkozunk.⁶⁸ Ismernünk kell azokat a társadalmi tényeket, hogy ezek a résztvevők hogyan indokolják konvencionálisan jogi álláspontjukat, milyen érveket hajlandóak elfogadni és nyilvánosan megvédeni, és mely jogi szabályokat vallják más szabályokból levezetni vagy saját maguknak tartani.⁶⁹

Néha az elfogadott érveink és az elfogadott meggyőződéseink eltérő irányba mutatnak. Vagyis konfliktus állhat fenn az általános jogi elveink és az egyes szabályokkal kapcsolatos, feltehetően származtatott meggyőződésünk között. Képzelnék el, hogy egy törvényről, amelyre régóta támaszkodunk, kiderül, hogy sok évtizeddel ezelőtt hatályon kívül helyezték;⁷⁰ képzelnék el, hogy ez egy büntető törvény volt, és hogy a régmúltbeli hatályon kívül helyezés elismerése azt jelentené, hogy sok embert kiengednénk a börtönből. Talán ez a törvény olyan fontos lenne, vagy a bűncselekmény, amelyre vonatkozik, olyan szörnyű, hogy nem hagynánk elmenni, miután a hatályon kívül helyezés ismertté vált. Talán mégis rácsok mögött tartanánk a rabokat, új jogi indoklásokat találva ki, hogy a mindennapi joggyakorlatunkat érintetlenül megőrizzük. Ha azonban ez megtörténne, az egyértelműen a jogunk megváltoztatását jelentené, nem pedig a jelenlegi szabályainak tükrözését néhány váratlan tényre alkalmazva. A törvényeink nem jósolják meg, hogy mit fogunk tenni, ha a kényszerhelyzet bekövetkezik, mint ahogyan azt sem, hogy a bíróságok mit fognak tenni hétköznapi körülmények között. A jogunk az, amit jelenleg megkövetelnek azok a magasabb rendű elvek, amelyeket jelenleg elfogadunk és védelmezünk.⁷¹

Ha ezeket a magasabb rendű elveket nézzük, az eredetiség mellett szóló érvek sokkal erősebbek. Az originalista állítások a jogi gyakorlatunk standard jellemzői - amit a nem-originalisták (megdőbbenésükre) már többször elismertek.⁷² Ahogy William Baude

67. Vö. O.W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 459-61 (1897), és HART, *Supra* note 20, 88-91, 136-38. o.

68. HART, *Supra* note at 20,89.

69. Lásd Sachs, *fenti* megjegyzés, 1,2265-68. o.

70. Vö. U.S. Nat'l Bank of Or. v. Indep. Ins. Agents of Am., Inc., 508 U.S. 439 (1993) (az ellenkező forgatókönyv bemutatása, amelyben egy törvényt *nem* helyeztek hatályon kívül, annak ellenére, hogy az amerikai törvénykönyv összeállítói évtizedekig úgy gondolták, hogy igen).

71. Az ezzel kapcsolatos részletes érvelésért lásd Sachs, *Supra* note 1, 2273-76. o.

72. Lásd *pl.* ACKERMAN, CIVIL RIGHTS REVOLUTION, *supra* note 36, at 32-33 ("Amerikában ma a hivatalos kánon az 1787-es alkotmányból és annak későbbi hivatalos módosításaiból áll."); STRAUSS, *supra* note at (38,29)panaszkodva a

meggyőzően érvelve, a bíróságok és a tisztviselők nagy erőfeszítéseket tesznek, hogy elkerüljenek mindent, ami nyílt lázadásnak tűnik a szöveg vagy annak eredeti jelentése ellen, bárhogyan is értelmezzük.⁷³ Ehelyett lekicsinylik a potenciális konfliktusokat a történelmi kétértelműségekre való hivatkozással,⁷⁴ a régi szabályok új tényekre való alkalmazásával,⁷⁵ és így tovább. Lehet, hogy ez a fajta gyakorlat - az eredeti értelmet a jog más forrásainak korlátjaként értelmezni, anélkül, hogy feltétlenül megmagyarázná, honnan származnak ezek a más források - elégséges a pozitív védelem alátámasztásához. Ez a cikk azonban ennél tovább próbál menni, túllépve az eredetiséggel mint korlátozással kapcsolatos negatív elképzelésen, egy olyan pozitív elképzelés felé, amely szintetizálja az eredeti történelemre való támaszkodásunkat más jogi elkötelezettségeinkkel. Ha gyakorlatunknak ez a képe eléggé ismerősnek tűnik, akkor alátámaszthatja azt a meggyőződést, hogy - a látszat ellenére - az eredetiség valójában a mi jogunk.

II. AZ ORIGINALIZMUS MINT AZ ALAPÍTÓK TÖRVÉNYE

Ha az originalizmus valóban a jogunk elmélete, akkor milyen elmélet az? Ez a cikk az originalizmust mint a jogi változások elméletét mutatja be: A jogunk még mindig az alapítók joga, ahogyan azt jogilag megváltoztatták.

A motiváció egyszerű. A koncepcionális védelem egyik problémája az volt, hogy még ha tudtuk is, hogy mit jelentett a szöveg az alapításkor, ez a jelentés azóta már módosulhatott. Ez az elmélet ezt az alapvető problémát veszi alapul és általánosítja. Még ha tudtuk is, *hogyan mi volt a törvény az Alapításkor*, a szöveg jelentése vagy bármi más alapján, ez a törvény azóta felülíródhatott. Az originalizmus alapvető, leglényegesebb állítása az, *hogyan az Alapítók törvénye nem lépett a helyébe* - *hogyan az "origó-*

hogyan rendszerünkben "[a]z alkotmányjognak az írott szöveg értelmezéséből kell állnia", szemben a precedensekből való common-law érveléssel).

73. Lásd Baude, *Supra* note 1 (kézirat 20-32. o.); lásd még pl. Goldsworthy, *Supra* note 34, 56. o. ("Még ha a bírák nem felsorolt, szupra- posztuláltan hallgatólagos elvek érvényesítésére törekszenek is, mindig azt állítják, hogy ezeket az elveket az alkotmányban fedezték fel, nem pedig hozzáadták."); Kent Greenawalt, *Constitutional and Statutory Interpretation, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW* 268, 301 n.36. (Jules Coleman & Scott Shapiro szerk., 2002) ("A dolgok némileg bonyolultabbá válnak, ha azt gondoljuk, hogy a bíróságok következetesen olyan originalista retorikát alkalmaznak, amely meggyőzi a polgárokat, akik nem egészen ismerik el, hogy számos, nekik tetsző döntés megbukik az originalista álláspont alapján."); Sachs, *supra* note 1, 2282-84. o.); Sachs, *supra* note 1, 2282-84. o. (lásd még 1. o.).

74. Lásd pl. *NLRB v. Noel Canning*, S134. CT. 2550, 2567-682561, (2014).

75. Lásd pl. *Harper v. Va. Bd. of Elections*, 383 U.S. 663, 666 (1966); *Home Bldg. & Loan Ass'n v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934); lásd még Sachs, *supra* note 1, 2283. o. (ezen esetek tárgyalása).

inális" törvény, bármi is volt az, ma is törvény számunkra. Lehet, hogy idővel megváltoztattuk, de csak azért, mert maga a törvény biztosította a változtatás lehetőségét.

Mindenki tudja, hogy a jogrendszerek idővel változnak. Néha ezek a változások megfelelnek a rendszer saját jogalkotásra vonatkozó szabályainak, néha pedig nem. Bármely adott időpontban azonban egy jogrendszer egyes múltbeli változások gyakorlati elfogadását egyesíti a jog jövőbeni változásaival kapcsolatos korlátozásokkal. Az amerikai jogrendszer például mindenféle, az alkotmány elfogadása előtt bekövetkezett változást elfogad. Ezzel szemben az alapítás óta bekövetkezett állítólagos változásokat nem fogadják el pusztán történelmi tényekként; ezekhez valamilyen jogi indoklásra van szükség. Még kétszáz év elteltével is közös bennünk az, amit egyes tudósok "alkotmányos alkotmányosságnak" neveznek az Alapítóval.⁷⁶

Mint minden másnak a jogban, ennek az igénynek is megalapozott társadalmi tényeken kell alapulnia. Nem minden jogrendszernek kell így működni, és sokan nem is így működnek. A mi rendszerünkben azonban annak magyarázata, *hogyan* vált valami jogszabállyá, fontos része annak megállapításának, *hogyan* vált jogszabállyá, és ezáltal annak bizonyításának, *hogyan* jogszabállyá vált. Ez a gyakorlat, és az, hogy az Alapítást választottuk egyedülálló kiindulópontnak, hihetővé teszi, hogy az originalizmus a jogunk része.

A. Kétféle jogi változás

1. Engedélyezett változás

A jogrendszerek jellemzően kétféle szabályt tartalmaznak. Vannak olyanok, amelyeket "anyagi jogi szabályoknak" nevezhetünk, mint például a "ne lopj" vagy a "ne ölj". Mások viszont "változtatási szabályok", amelyek a rendszer meglévő szabályainak módosítását vagy kiegészítését írják elő. Az V. cikkely módosítása klasszikus példa erre; ugyanígy a törvények, szerződések, az elismert szokások és szokások változása, és így tovább.⁷⁷

76. Lásd Joseph Raz, *Két nézet a jogelmélet természetéről: A Partial Comparison*, in HART'S POSTSCRIPT, *supra* 19. lábjegyzet, 1., 11. sz. 21-22. o. (Hans Kelsen munkásságának tárgyalása). Lásd általában B. J. Spagnolo, Kelsen és Raz a jogrendszerek folytonosságáról: *Applying the Accounts in an Australian Context* (2013) (kiadatlan D Phil disszertáció, University of Oxford) (a szerzőnél van).

77. Vö. J. M. Finnis, *Revolutions and Continuity of Law*, in OXFORD ESSAYS IN JURIS-PRUDENCE (2d ser.) 44, 48 (A.W.B. Simpson szerk., 1973) (a "rules of succession of rules" tárgyalása).

A változtatási szabályok egyik fontos következménye, hogy amíg nem történik valami, ami kiváltja ezeket a szabályokat, addig mindennek, ami már a rendszerben van, változatlanul kell maradnia. Ezt jelenti a változtatási szabályok megléte: ha a szabályok nem teljesülnek, akkor nincs változás. Rendszeresen törvényként kezeljük például a hatályon kívül nem helyezett jogszabályokat, függetlenül attól, hogy azokat egy évszázaddal ezelőtt vagy a legutóbbi törvényhozási ülészen fogadták el.⁷⁸ Lehet, hogy egy alkotmány vagy egy szerződés hatályon kívül helyezi őket; lehet, hogy megszüntetik őket a lejáratú záradékok vagy az olyan doktrínák, mint a *desuetude*;⁷⁹ de hacsak a jogban nem történik valami más, ami megszabadul tőlük, akkor csendben megmaradnak. (H.L.A. Hart "festői példájában" egy nőt "Angliában vád alá helyeztek és elítéltek", "1944mert az 1735-ös boszorkánytörvényt megsértve jósoltt"⁸⁰.) Amikor új törvényeket fogadunk el, a hagyományos értelmezési szabályokat alkalmazzuk - például azt, hogy a hallgatóságos visszautalásokat nem kedveljük, vagy hogy a közjogtól eltérő törvényeket szűken értelmezzük⁸¹ -, hogy illeszkedjenek a még nem hatályon kívül helyezett, hatályos társaikhoz.⁸² A *last-in-time* szabály, miszerint az új törvény felülírja a régi törvényt, fel sem merülne bennünk, ha nem lenne előzetes feltételezés, hogy a régi törvény egyébként érvényben marad.⁸³ Newton első mozgástörvényét idézve: egy nyugalmi állapotban lévő törvény hajlamos nyugalomban maradni, hacsak nem hat rá külső erő.

Ugyanez igaz minden más jogi tárgyra is. Valaki, aki egy évvel ezelőtt birtokolta *Blackacre*-t, feltehetően ma is birtokolja, hacsak időközben nem történt valami jogilag érdekes dolog (eladás, hagyaték, kisajátítás stb.). A szerződések szerződések maradnak, a szabálysértések pedig szabálysértések maradnak, hacsak nincs valami szabály, ami mást mondana nekünk. Ahogy John Finnis leírja, ez a fajta stabilitás "a munka...

78. Lásd 2 NORMAN J. SINGER & J.D. SHAMBIE SINGER, *STATUTES AND STATUTORY CONSTRUCTION* § 34.1, at 31-32 (7th ed. 2009) (a "jog azon alapelveinek ... leírása, miszerint, hacsak nem rendelkezik kifejezetten az ellenkezőjéről, a törvények mindaddig hatályban maradnak, amíg a jogalkotó későbbi intézkedése meg nem szünteti őket"); Jack M. Balkin, *Must We Be Faithful to Original Meaning?*, 7 *JERUZSÁLEMI REV. LEGAL STUD.* 57, 59 (2013) (megjegyezve, hogy "a törvények, még az ősi törvények is, hatályban maradnak ... amíg nem módosítják vagy hatályon kívül nem helyezik őket").

79. Vö. jegyzet, *Desuetude*, 119 *HARV. L. REV.* 2209, 2209 (2006) (sajnálattal állapítja meg, hogy az Egyesült Államokon belül a *desuetude* "jelenleg Nyugat-Virginia bíróságain élvez elismerést, de sehol máshol").

80. HART, *fenti* megjegyzés 20, (61idézi: R v. Duncan, (1944) K1.B. 713).

81. Lásd David L. Shapiro, *Continuity and Change in Statutory Interpretation*, 67 *N.Y.U. L. REV.* 921, 936-37 (1992); lásd még Sachs, *fenti* megjegyzés, 110, 1840-41. o.

82. Vö. HART, *Supra* note 20, 64. o. (megjegyezve, hogy "a viktoriánus kori statútumok és a királynő által a parlamentben elfogadott statútumok a mai Angliában bizonyára pontosan ugyanolyan jogi státusszal rendelkeznek").

83. Ezt a pontot Jessica Bulman-Pozennek köszönhetem.

A jogi gondolkodás egyik "olyan alapvető posztulátuma, amelyet alig-alig azonosítanak és vitatnak meg".⁸⁴

Lehet, hogy a társadalmaknak és a jogrendszereknek nem kell így működniük, de van néhány kiváló ok, amiért mégis így van. Azért alkotunk törvényeket, hogy a jövő dolgokat szabályozzuk, nem pedig a dolgokat, ahogyan vannak. "Legalábbis amíg nem találunk ki időgépeket" - jegyezte meg egyszer a D.C. Circuit - "egy változásnak csak a jövőben lehet hatása."⁸⁵ Ez a jövőre vonatkozó jogalkotás nem működik, ahogy Easterbrook bíró rámutat, hacsak a "tegnapi törvényhozók döntései" nem rendelkeznek folyamatos jogi erővel: "Ahelyett, hogy a Kongresszus minden új ülészakon újra feltalálná a kereket, a meglévő törvényeinket addig tekintjük érvényesnek, amíg valami nem hivatkozik a változtatásra vonatkozó szabályainkra. Ha a törvényt ily módon érvényben hagyjuk, az emberek megtudhatják, hogy mi az, és elkerülhető, hogy a törvényhozóknak mozgó célpontot kelljen állítaniuk.

A jogállamiság fenntartása érdekében nagyban hozzájárul a jogi szabályok érvényben tartása is, amíg azokat jogszerűen meg nem változtatják. A változtatásra vonatkozó szabályaink, akár csak más jogi szabályok, lehetnek általánosak vagy konkrétak, homályosak vagy pontosak; lehetnek jogosan nehéz kérdések azzal kapcsolatban, hogy egy adott változtatás engedélyezett-e vagy sem. De minden olyan jogrendszerben, amely méltó a nevéhez, a változtatás szabályainak rendelkezniük kell bizonyos fokú kizárólagossággal vagy zártsággal. Nem lehetnek általánosságban agnosztikusak a jog megváltoztatásának más módszereivel szemben, legalábbis anélkül nem, hogy a rendszerben minden mást kétségbe ne vonnának. (Vajon az a lágy szellő vagy elvonuló felhő éppen most helyezte hatályon kívül az adótörvénykönyvet? Honnan tudhatnánk, ha nem lenne szabály, hogy így vagy úgy)? Elképzelhetünk egy olyan jogrendszert, amelynek szabályai *nem* engedik meg a *változtatásokat*, de egy olyan jogrendszer, amelynek *nincsenek változtatási szabályai*, inkább a Kálvinlabdára hasonlít.⁸⁷

Más szóval, mindenki, aki valóban törvényt akar, a változás szabályait is akarja, olyan szabályokat, amelyek többnyire a dolgok változatlanul hagyásával járnak el. (Aki mást állít, az hazudik.

84. JOHN FINNIS, *TERMÉSZETES JOG ÉS TERMÉSZETES JOGOK* (2681980).

85. Bergerco Canada kontra OFAC, F129.3d (D189,192.C. Cir. 1997) (Williams, J.); JED RUBENFELD, *FREEDOM AND TIME* (262001).

86. Frank H. Easterbrook, *Textualism and the Dead Hand*, 66 GEO. WASH. L. REV. 1119, 1120 (1998).

87. *Lásd Calvinball*, THE CALVIN & HOBBS WIKI, <http://calvinandhobbes.wikia.com/wiki/Calvinball> (utolsó látogatás 2014. aug.) [<http://perma.cc/PE35-GMVX>] ("A Calvinball egy Calvin által kitalált játék, amelyben az ember menet közben találja ki a szabályokat.").

valamilyen törvényt akarnak.) A "halott kézzel" kapcsolatos panaszok, ha komolyan akarjuk venni őket, nem lehetnek csak panaszok arra vonatkozóan, hogy még mindig a régebbi jog irányít bennünket - ez a jogrendszerek alapvető jellemzője, és ez az, ami nélkül egyetlen értelmes ember sem szeretne élni. A valódi panasz az, hogy a változtatásra vonatkozó szabályaink nem olyan demokratikusak és nem olyan könnyen használhatóak, mint amilyeneknek lenniük kellene. De az, hogy mi a jog és minek kellene lennie, különböző dolgok, és a meglévő jogunk tartalmazza a saját jogváltoztatási szabályait.

2. Jogosulatlan módosítás

Ha a törvénynek változatlanul kell maradnia, amíg törvényesen meg nem változtatják, akkor ezt a funkciót a jelenlegi szabályok tesztjeként használhatjuk. Ha egy szabályról azt mondják, hogy ma a törvény része, akkor megkérdezhetjük, hogyan került oda, és cserébe elvárhatunk egy bizonyos fajta történetet. Gondoljunk csak a tulajdonláncokra: ha Blackacre-t akarjuk követelni, be kell mutatnunk, hogyan jutottunk hozzá (pl. *C-től*, aki *B-től* kapta, aki *A-től*,), és csak bizonyos magyarázatok jók. Elképzelhetjük tehát, hogy a következő történetet meséljük el a jogi szabályokról: Valami akkor és csak akkor a törvény része, ha jogszerűen került bele (*t-nélz*, ami *t-tőlz* megváltoztatta a törvényt,), és minden egyes lépés a törvény érvényes, engedélyezett, alkotmányosan folyamatos változását jelenti.

A probléma ezzel a történettel azonban az, hogy az engedélyezett változások nem az egyetlenek. A jogcímek láncolata nem nyúlik vissza egészen a múltba, és a jogi indoklás láncolata sem. (Ellenkező esetben végtelen regresszussal állnánk szemben: Honnan származnak a változás szabályai? Milyen szabályok alapján kerültek a jogba? stb.) Mivel a jog a társadalmi tényektől függ, a társadalom fejlődésével együtt fejlődik; de a társadalmaknak nem *kell* bizonyos szabályok szerint fejlődniük, és általában nem is fejlődnek. Nemzeteket szállnak meg, kormányokat buktatnak meg, tökéletesen érvényes szabályokat hagynak el vagy felejtnek el, és így tovább. Abszurd lenne ragaszkodni a jogkövetéshez egészen a múltig - mondjuk, arra a következtetésre jutni, hogy a mai törvényeink érvénytelenek, mert az Alkotmány nem engedelmeskedett a Konföderációs cikkelyeknek, a forradalom nem engedelmeskedett a brit törvényeknek, a gyarmatosítók nem engedelmeskedtek az indiánok törvényeinek, és így tovább, egészen a normann hódításig és azon túl. Más szóval, csak azért, mert a dolgok *jogilag* csak bizonyos módon változhatnak, nem jelenti azt, hogy valóban így is van. A jogi szabályoknak azokat a módosításait, amelyek társadalmi tényként ténylegesen bekövetkeznek, és amelyek nem engedelmeskednek az előzetesen létező szabályoknak, a jog jogosulatlan módosításainak nevezhetjük.

3. *A kettő kombinálása*

Bármely valós jogrendszerben a jog az engedélyezett és a nem engedélyezett változtatások terméke. Úgy tűnhet, hogy ez a két fajta nem áll összhangban egymással. Egyes tudósok még azt is felvetették, hogy összeegyeztethetetlenek, hogy minden egyes nem engedélyezett változtatás megöli a meglévő jogrendszert (mint egy aprócska államcsíny), és egy másikkal váltja fel.⁸⁸ Mások számára ez kissé drasztikusnak tűnik Joseph Raz szerint az angol jog 1966-ban ment át egy jogosulatlan változáson, amikor a Lordok Háza felhatalmazást kapott a precedensek felülbírlására;⁸⁹ furcsa lenne azt mondani, hogy 1966 az általunk ismert angol jogrendszer pusztulását jelentette.⁹⁰ De hogyan lehet egy jogrendszerben valóban egyszerre mindkét fajta változás? Hogyan lehetnek változtatási szabályai, ha a gyakorlatban valójában nem kell követnie azokat?

Valójában folyamatosan sikerül felismernünk és betartanunk mind az engedélyezett, mind a nem engedélyezett változásokat. Egy konkrét példával élve, tegyük fel, hogy az elnök holnap bejelenti, hogy "minden állami és helyi szabálytalan gyalogos-átkelős törvényt ezennel hatályon kívül helyezünk". Ez nem olyasmi, amit a jelenlegi változtatási szabályaink szerint az elnök ténylegesen megtehetne. Egy hozzáértő amerikai jogásznak tehát azt kellene mondania, hogy a rendelet jogilag érvénytelen - ugyanúgy, ahogy a *Marbury kontra Madison ügyben hozott* ítélet szerint "a törvényhozás alkotmányba ütköző törvénye érvénytelen".⁹¹

De ettől a jogi következtetéstől függetlenül mindig lehetséges, hogy az elnök gambitja *beválk*. Tegyük fel, hogy a hivatalnokok úgy kezdenek el viselkedni, mintha a szabálytalanul közlekedőkre vonatkozó törvényeket hatályon kívül helyezték volna, hogy a kodifikátorok elkezdik törölni azokat a törvénykönyvekből, és így tovább. Ha elég sokan - és a megfelelő emberek - kezdenék el elfogadni a rendeletet érvényesnek, egészen lefelé, akkor valamikor

88. *Lásd* HANS KELSEN, *GENERAL THEORY OF LAW AND STATE* 219-20 (Anders Wed-berg trans., 1945); *id.* 368-69. o. ("[T]he State and its legal order remain the same only while the constitution is intact or changed according to its own provisions."); *vö.* Michael Steven Green, *Legal Revolutions: Six Mistakes About Discontinuity in the Legal Order*, 83 N.C. L. REV. 331, 332-33 (2005) (a jogrend folytonosságában bekövetkező bármilyen "törést", legyen az bármilyen kicsi, "jogi forradalomnak" nevez).

89. *Lásd* Raz, *Supra* 76. lábjegyzet, 11 n.22. pont (a Gyakorlati nyilatkozat (bírói precedens), [1966] 1 W.L.R. (1234H.L.)).

90. *Lásd* HART, *Supra* note 20, 123. o. ("[T]he expression 'the same legal system' is too broad and elastic to allow unified official consensus on *all* the original criteria of legal validity to be a necessary condition of the legal system remains 'the same.'"); Raz, *Supra* note at (76,11kritizálva Kelsen nézetét); *lásd még* Finnis, *Supra* note (77ugyanott).

91.5 U.S. (1 Cranch) (1803)137.,177

pontban egy pozitivistának azt kellene mondania, hogy az amerikai jog jogosulatlan változáson ment keresztül, és hogy a tilosban áthaladásról szóló törvényeket valóban hatályon kívül helyezték.⁹²

Mindenki hallgatólagosan elfogadja ezeket a jogosulatlan változtatásokat. A mi jogrendszerünk nem aggódik amiatt, hogy az Alkotmányt a cikkelyek engedélyezték-e, mint ahogy nem aggódunk a forradalom, a gyarmatosítás vagy a normann hódítás jogszerűsége miatt sem. Ez nem jelenti azt, hogy lemondunk a változtatás szabályainak gondolatáról - hogy felemeljük a kezünket, és azt mondjuk: "a törvény az, ami ma van", vagy "a törvény az, amit a társadalom jelenleg elfogad". Ezek a válaszok tautologikusak, legalábbis egy pozitivista számára; nem mondanak semmi olyat, amit ne tudtunk volna már eddig is. Bármely adott időpontban a jognak, *ahogyan az van*, van néhány tartalmas anyagi jogi szabálya és néhány értelmes korlátozás arra vonatkozóan, hogy ezek a szabályok hogyan változhatnak. (E korlátozások nélkül az anyagi jogi szabályok elveszítenék tartalmukat; ez a probléma a Kálvinyóval.) Törvényünk egyszerre követeli meg tőlünk, hogy nézzük el a múltbeli jogsértéseket, és kötelezzük el magunkat arra, hogy a jövőben a szabályok szerint járjunk el; hogy menjünk el, és többé ne vétkezzünk.

Másképp fogalmazva: a jelenlegi törvényeinkhez való ragaszkodás egy hívő résztvevő belső szemszögéből nézve azt jelenti, hogy elfogadjuk a múltbeli változásokat, amelyeket elfogad, bárhol is jöttek. De azt is jelenti, hogy *mostantól kezdve* csak azokat a jövőbeli változásokat ismeri el, amelyeket a változásra vonatkozó szabályaink engedélyeznek. Persze a történelem olvasásából tudjuk, hogy jogunk nem úgy keletkezett tisztán, mint a tengerből kiemelkedő Vénusz - és hogy a jövőben jogellenesen módosulhat, ha a társadalom elutasítja a korlátokat. Ekkor, mint a jakobiták a dicsőséges forradalom után, lehet, hogy felül kell vizsgálnunk belső elkötelezettségeinket, legalábbis ha úgy döntünk, hogy hűségesek leszünk a társadalom új szabályaihoz. De *amíg* ez nem történik meg, addig szilárd jogi okunk van arra, hogy elutasítsuk az engedély nélküli változtatási kísérleteket.

B. Originalizmus és jogi változás

Most láthatjuk, hogyan lehet az originalizmust a jogi változások elméleteként megfogalmazni. Ha egy adott törvénycsomag hatályban van, akkor feltételezzük, hogy ezek a törvények csak a törvény által szabályozott módon változhatnak, egy jogi

92. Valójában az elnökök már próbálkoztak ilyesmivel, amikor azt állították, hogy felmondják a szerződéseket - egy olyan hatalmat, amelyről egykor úgy gondolták, hogy kizárólag a Kongresszus, vagy talán az elnök és a szenátus hatáskörébe tartozik, de amelyre a végrehajtó hatalom többször is igényt tartott, kevés hatékony ellenállással. *Lásd általában* Curtis A. Bradley, *Treaty Termination and Historical Gloss*, 92 TEX. L. REV. 773 (2014).

minden egyes új lépés indoklása. De valahol el kell kezdenünk. Az originalizmus azzal kezdődik, hogy a jogrendszernek *eredetét*, nevezetesen az Alapítást jelöli ki. Ez azt jelenti, hogy elfogadja a jogot úgy, ahogyan az az Alapításkor volt, függetlenül attól, hogy hogyan vált azzá. De az Alapítástól kezdve megköveteli, hogy a változások törvényesek legyenek - vagyis a változtatásokra olyan szabályok szerint kerüljön sor, amelyek már akkor is törvényesek voltak, függetlenül attól, hogy ezek a szabályok már az Alapításkor is megvoltak, vagy azóta törvényesen hozzáadták őket.

Ha ez a kép helyes, akkor nagyjából (és rekurzív módon) úgy definiálhatjuk az originalizmust, hogy az Egyesült Államok jogáról a következő három állítást fogalmazza meg:

- (1) Minden olyan szabály, amely az Alapításkor érvényes volt, idővel is érvényes marad, kivéve, ha törvényesen megváltoztatják.
- (2) A módosítás akkor és csak akkor volt jogszerű, ha azt az (1) bekezdés szerinti időpontban érvényes módosítási szabály alapján hajtották végre.
- (3) Az (1) és (2) bekezdések kivételével egyetlen szabály sem érvényes.

Ez a rekurzív meghatározás furcsán hangozhat, de általában így gondolkodunk az Alkotmány szövegéről.⁹³ Általában akkor tekintünk valamit a "szöveg" részének, ha az az eredeti alkotmányban szerepel, vagy az V. cikkely módosítása révén került bele. De ha egy V. cikkely szerinti módosítással új módosítási eljárást hoznánk létre (mondjuk a népszavazás általi ratifikációt), akkor a szöveget ezen az eljáráson keresztül is hozzáadhatnánk a szöveghez. Tehát a szöveg másik leírási módja az, hogy rekurzív módon határozzuk meg, mint ami az eredeti alkotmányban szerepelt, plusz amit egy akkor már érvényben lévő módosítási eljárás révén hozzáadtunk.

Ez a megközelítés az alapítói törvény egészét tekintve is értelmes. A mi rendszerünkben az Alapítók jogi szabályait egyfajta *prima facie* érvényességgel rendelkezőnek tekintjük; különösen nem nézünk mögéjük, hogy megállapítsuk, vajon jogszerűen, valamilyen korábbi kor normái szerint alkották-e meg *őket*. Az Alapítók szabályainak tartalmától való sokféle eltérést is elfogadunk, ha hihető módon tudunk beszámolni arról, hogy ezek a de- viációk ténylegesen jogszerűek voltak, amikor bekövetkeztek. A legfontosabb állítás - és a legvitatottabb - az utolsó: hogy - legalábbis a magasabb rendű elkötelezettségeink szintjén - csak akkor fogadjuk el a változásra vonatkozó állításokat, ha azok végső soron az Alapítók törvényében gyökereznek.

93. Ezt a pontot John McGinnisnek köszönhetem.

1. A szabályok az alapításkor

Az, hogy ragaszkodunk-e az alapítók jogához, a mai jogunkkal kapcsolatos állítás, amelyet a mai társadalmi tényekre kell alapozni. Ez a mai jog azonban bizonyos szempontból még mindig magában foglalhatja egy korábbi korszak jogát. Történetesen a mi gyakorlatunk az, hogy az Alapítók jogát úgy vesszük át, ahogyan az volt, anélkül, hogy azon aggódnánk, hogyan vált azzá.

a. A múltbeli jog beépítése

Más jogi szabályok hivatkozással történő átvétele rendkívül gyakori a jogrendszerekben. A jogválasztási doktrínák például rendszeresen arra utasítanak minket, hogy más társadalmak jogát vegyük át. Ahogy Alexander Hamilton emlékeztette New York-i polgártársait *A föderalista című* művében, "Japán törvényei nem kevésbé, mint New Yorkéi a mi bíróságaink számára a jogi vita tárgyát képezhetik".⁹⁴ A japán jog meghatározásához a mi jogrendszerünk általában csak azt mondja (vagy a nemzetközi magánjog szabályait veszi át, amelyek ezt mondják), hogy derítsük ki, hogy Japánban valójában milyen jog alkalmazandó, a szokásos pozitivisták eszköztárunkkal.⁹⁵ A mi szemszögünkéből nézve a japán jog nem alkotott, hanem talált dolog; Leslie Green egyik kijelentését kölcsönvéve, az amerikai tisztviselők "eldönthetik, hogy alkalmazzák-e vagy sem" a japán jogot, de "sem megváltoztatni, sem hatályon kívül helyezni nem tudják, és [a] létezésének és tartalmának legjobb magyarázata nem utal [az amerikai] társadalomra vagy annak politikai rendszerére."⁹⁶ A mi jogunk úgy kezeli a japán jogot, ahogyan "a logikát, a matematikát, a statisztikai következtetés elveit vagy az angol nyelvtant" kezeli, amelyek mindegyike "megfelelően alkalmazható az ügyekben", még ha nem is mi alkottuk őket.⁹⁷

Ugyanezt a megközelítést alkalmazzuk a múlt törvénye esetében is. (Végül is "[a] múlt egy idegen ország: Ott másképp csinálják a dolgokat."⁹⁸) Gondoljunk egy bonyolult tulajdonjogi láncolatot tartalmazó ingatlanügyre. A hagyományos *nemo dat quod non habet*-one maximája szerint *nemo dat quod non habet*-one

94. THE FEDERALIST NO. at (82,555 Alexander Hamilton) (Jacob E. Cooke szerk., 1961).

95. *Lásd pl.*, RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS LAW §§ 205201,(3) (1986); accord RESTATEMENT (SECOND) OF FOREIGN RELATIONS LAW §§ (101,1962).113

96. Leslie Green, *Legal Positivism*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Spring 2015), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/legal-positivism/> [<http://perma.cc/R584-HZ2R>] (a mexikói jog kanadai alkalmazásáról értekezik).

97. *Id.*

98. L.P. HARTLEY, A KÖZÉP (17N.Y. Review Books 2002) (1953).

nem adhat olyasmit, amivel nem rendelkezik⁹⁹ - egy jelenlegi tulajdonjog függhet egy régi átruházás érvényességétől, ami viszont függhet az adott időpontban hatályos jogtól.¹⁰⁰ Tehát lehet, hogy ismernünk kell egy korábbi korszak jogát ahhoz, hogy megtudjuk, kié ma Blackacre. Nem azért alkalmazzuk ezt a szabályt, mert erre kényszerülünk (valamilyen holtbiztos értelemben) vagy az őseink iránti szolgálai odaadásból. Ehelyett a *nemo dat a* jelenlegi jogunk része, amelyről a jelenlegi társadalmi tények miatt tudjuk, hogy törvény, és amelyet jelenleg úgy döntöttünk, hogy bizonyos esetekben felfüggesztünk, másokban pedig nem.¹⁰¹ A szabály tartalma csak véletlenül tartalmaz egy korábbi korszak jogára való kereszthivatkozást; a jogunk *azt mondja*, hogy nézzünk utána a múltbeli jognak, tehát így teszünk.

Az alapítók törvényének betartása nagyjából ugyanígy működik. Modern jogi szabályainkat a modern társadalmi tények határozzák meg, de mégis arra utasítanak bennünket, hogy egy korábbi kor jogát alkalmazzuk.¹⁰² Ez nem teszi ezt könnyűvé. Ahhoz, hogy megtaláljuk ezt a jogot, számos nehéz történelmi ítéletet kell hoznunk - még azután is, hogy a pozitivisták elmélet alapján eldöntöttük, milyen történelmi bizonyítékoknak kellene számítania. De pontosan ugyanilyen nehézségekkel szembesülhetünk, ha egy idegen ország jogát akarjuk kitalálni, vagy ha valamilyen régi adásvételi szerződés érvényességét akarjuk meghatározni. Lehet, hogy a mi jogunk éppen ezt követeli meg; lehet, hogy a múltbeli jogi szabályok beépítése az, amit mi, ma, konvencionálisan teszünk.

Valójában ma is ragaszkodhatunk az alapítók törvényeihez, még akkor is, ha nem mindig így tettünk, és még akkor is, ha időnként megszakadtak a törvények az út során. A jogválasztási kontextusban a diplomatikus elismerés felülírhatja a pozitivisták elméletet: amikor az Egyesült Államok megtagadta a Kínai Népköztársaság elismerését, bíróságainknak (néhány kivételtől eltekintve) azt kellett feltételezniük, hogy

99. *Lásd* Henry E. Smith, *On the Economy of Concepts in Property*, 160 U. PA. L. REV. 2097, 2120 (2012).

100. *Lásd pl.* Mitchell v. Hawley, 83 U.S. (16 Wall.) 544, 547 (1872) (a későbbi licencavevő jogainak meghatározása "a korábbi szabadalmi törvény alapján").

101. *Lásd pl.* U.C.C. § 2-403 (1951) (1972-ben módosított) (bizonyos jóhiszemű vásárlók védelme); *id.* § 3-305 (az átruházható értékpapírokra vonatkozó "holder-in-due-course" szabály meghatározása); *lásd általában* Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Rethinking the Laws of Good Faith Purchase*, COLUMBIA L. REV. 1332, 1335 (2011).

102. *De lásd* MEIKLEJOHN, *Supra* Note 46, 3-4, 6-7. o. (azzal érvelve, hogy a jelenbeli akceptancia jelenközpontú értelmezési módokat igényel); STRAUSS, *Supra* Note 38, 36-38. o. (azt sugallva, hogy az originalizmus nincs összhangban a hagyományos határozati elmélettel).

a szárazföldi Kínát valójában Tajvanról kormányozták.¹⁰³ Ugyanez történhet a múlttal is: A jogunk megkövetelheti, hogy figyelmen kívül hagyjuk, mi volt a múltbeli jog valójában, annak javára, amit most mondunk, hogy az volt. Egy őszinte pozitivistá az 1650-es évek közepén Angliában azt mondaná, hogy a monarchiát eltörölték; de amikor a restauráció bekövetkezett, az angol jog 1660, hivatalos álláspontja az volt, hogy II. Károly volt a király az elmúlt tizenkét évben.¹⁰⁴ Hasonlóan, a *Texas kontra White* ügyben a Legfelsőbb Bíróság elismerte azt a "történelmi tényt", hogy a texasi konföderációs kormány, amikor "az állam teljes ellenőrzése alatt állt, az állam egyetlen tényleges kormánya volt".¹⁰⁵ De mivel ez a kormány "az Egyesült Államok alkotmányával szemben ellenségesen jött létre", az amerikai bíróságok kötelesek voltak "cselekedeteit nem tekinthették törvényes cselekedeteknek",¹⁰⁶ kivéve, ha azt a de facto kormány doktrína lehetővé tette.¹⁰⁷

Más szóval, számos amerikai állam már átesett a forradalom és az interregnum időszakán, amit a restauráció utáni jog szemüvegén keresztül értünk meg. Ha ők képesek erre, akkor a nemzet egésze is képes lehet rá.¹⁰⁸ Bármilyen volt is a jogunk korábban - mondjuk a New Deal idején vagy a Warren Court mámoros napjaiban -, amit jelenleg kötelesek vagyunk fenntartani a jog és a társadalmi gyakorlat tekintetében, az nem feltétlenül az, amit már

103. *Lásd pl.* Bank of China v. Wells Fargo Bank & Union Trust Co., 104 F. Supp. 59, 66 & n.11 (N.D. Cal. 1952); *vö.* HART, *supra* note 20, at 119-20 (egy olyan hipotetikus brit törvényt tárgyalva, amely a cári törvényeket Oroszországban még mindig hatályosnak nyilvánítja).

104. *Lásd a* bredai nyilatkozatot (1660. április), *in* H11.L. JOUR. (1660) 7-8 (U.K.). 105. 74 U.S. (7 Wall.) 700, 733 (1869).

106. *Id.* 732-33.

107. *Id.* 733.

108. Valójában az Egyesült Államok akkor is lehet eredetiségpárti, ha egyes államok nem azok. Az ebben a cikkben használt "amerikai jog" vagy "az Egyesült Államok joga" az egész országra alkalmazandó jogot jelenti, nem csak egy államra. Az egyes államok, akár csak a külföldi országok, eltérő joggyakorlattal rendelkezhetnek, és egyesek határozottan elszakadtak a korábbi joguktól. *Lásd* AKHIL REED AMAR, AMERICA'S CONSTITUTION: A BIOGRAPHY 296 & n.19, 297 & n.21 (2005); Baude, *supra* note 1 (manuscript at 42-43). Ez nem ássa alá az originalizmust általában véve, mivel az amerikai jog nagyrészt hivatkozással veszi át az állami jogot. *Lásd pl.*, Rules of Decision Act, 28 U.S.C. § 1652 (2012). Szövetségi szempontból, ha meg akarjuk ismerni Észak-Karolina jogát, akkor meg kell néznünk, és ugyanazt a pozitivistá eszköztárat kell használnunk, amelyet Mexikó vagy Japán esetében is használnánk. A szövetségi tisztviselők felülbírálnak az állami törvényt, vagy dönthetnek úgy, hogy "nem alkalmazzák", de "nem változtathatják meg és nem is helyezhetik hatályon kívül"; az amerikai törvény nem az észak-karolinai törvény forrása, bár feltehetően felruházhat bizonyos korlátokat, mint például az egyenlő védelem vagy a köztársasági államforma. Green, *Supra* note 96; *accord* Kent Greenawalt, *The Rule of Recognition and the Constitution*, *in* THE RULE OF RECOGNITION AND THE U.S. CONSTITUTION, *supra* note at 55,23-251. Ennek eredményeképpen az egyes államok joga nem eredeti módon változhat, és a szövetségi bíróságon is alkalmazható anélkül, hogy az Egyesült Államok joga is nem eredeti módon változna.

a múltban fenntartott. Ahogyan a jelenlegi gyakorlat is könnyen elvetheti az alapítói törvényt, és helyette más törvényt fogadhat el, ugyanúgy *elfogadhatja* az alapítói törvényt is, annak ellenére, hogy a korábbi eltérések nem állnak fenn. Joggyakorlatunk legjobb olvasata az lehet, hogy *ma is* ragaszkodunk az alapítói joghoz, bármit is mutatna a történelem szokatlan alakulása.

b. Az alapítók törvényének beépítése

A múltbeli jogra való hivatkozás aligha szokatlan. Az amerikai gyakorlat különlegessége azonban az, hogy az *alapító jogra* támaszkodik. A jogrendszerünket és a jogi változásokra vonatkozó követelményeinket az Alkotmány elfogadásától datáljuk. Ha ez így van, akkor az Alkotmány rendkívül különleges helyet foglal el az amerikai jogban, még inkább, mint azt általában gondolnánk. A legfontosabb állítás nem az, hogy az Alkotmány felülmúl minden kisebb jelentőségű jogszabályt - bár ez is igaz lehet, és nagyon fontos. A jelenlegi célokból a legfontosabb állítás az, hogy az Alkotmány egy időbeli határt jelent, amely elválasztja a jelenlegi jogrendszerünket a régebbi rendszerektől, amelyeket már elvetettünk.

Amikor bíróságaink az alapító korszak törvényeit tárgyalják, akkor azok egyfajta *prima facie* érvényességet biztosítanak, amely később módosítható. Ez nem csak az alkotmányszöveggel kapcsolatos történelmi érvekre korlátozódik. A Legfelsőbb Bíróság az állami szuverén immunitást nem az alkotmányszöveg alkotásaként írja le, hanem "annak a szuverenitásnak az alapvető aspektusaként, amelyet az államok az Alkotmány ratifikálása előtt élveztek, és amelyet ma is megtartanak, kivéve, ha azt a Konven-
ció terve megváltoztatja.

vagy egyes alkotmánymódosítások".¹⁰⁹ Más szóval, az alapítóknak volt törvényük a témában, és az ő törvényük addig marad érvényben, amíg nem teszünk ellene valamit. Nem mindenki ért egyet a Bírósággal a szuverén immunitással kapcsolatban; de egyetértünk vagy sem, a képnek csak akkor van értelme, ha az Alapítók korabeli jog - akár megjelenik a szövegben, akár nem - továbbra is érvényben maradhat.¹¹⁰

Az alapítás előtti jog azonban nem mindig részesül ugyanilyen bánásmódban. Amikor a Bíróság közvetlenül alkalmazza az íratlan jog hagyományos szabályait, mint például a tengerészeti ügyekben vagy az államhatárokkal kapcsolatos vitás ügyekben, a szabályokat akár Blackstone-ig is visszavezetheti, de ritkábban

109. Alden kontra Maine, Egyesült Államok (706,1999).713

110. Lásd Stephen E. Sachs, *Constitutional Backdrops*, GEO80. WASH. L. REV. 1813, 1868-75 (2012).

sokkal tovább.¹¹¹ Ami számít, az az, hogy hogyan állt a doktrína, amikor átkelt az Atlanti-óceánon, és aztán hogyan fejlődött a tónak ezen az oldalán. Az, hogy a gyarmati korszak jogi szabályai kiszorították-e a régebbi, még hosszabb ideig fennálló szabályokat, egyszerűen nem számít a mai státuszuk szempontjából.¹¹²

Amennyiben az Alapító elszakadt a már létező törvényektől, nem hagyjuk, hogy ez az utunkba álljon. Az alkotmányt elfogadó kilenc állami konvenció megfelelt 1788 a VII. cikkelynek,¹¹³ de megsértették a Konföderációs cikkelyeket, amelyeket tizenhárom törvényhozás beleegyezése nélkül nem lehetett módosítani vagy felülbírálni.¹¹⁴ Sőt, azzal, hogy elfogadtak egy új "legfőbb törvényt"¹¹⁵, a konvenciók megsérthették saját állami alkotmányaikat is, amelyek nem feltétlenül engedték meg a módosításokat ilyen módon.¹¹⁶

Más szóval, ha a rendszerünket a cikkelyek (vagy az azt megelőző) álláspontja alapján kellene megítélni, akkor magát az alkotmányt is érvénytelennek kellene elvetnünk.¹¹⁷ De a mi jogrendszerünkben, ha megpróbáljuk értékelni a jogállamiságot.

111. *Lásd pl.*, Atl. Sounding Co. v. Townsend, 557 U.S. 404, 409-10 (2009) (egy tengeri ügyben megjegyezve az angol gyakorlatot "[j]uszt az Alkotmány ratifikálása előtt", valamint az amerikai gyakorlatot "legalább 1784 óta"); New York v. New Jersey, U523.S. (767,1998784) (az akkrécio és az avulzió államhatárookra gyakorolt hatásának megvitatása).

112. *Lásd pl.* Sprint Comm'ns Co. v. APCC Servs., Inc., 554 U.S. 269, 277 (2008) ("[B]y amikor Blackstone 1766-ban megjelentette Commentaries II. kötetét, a 'régí szokásjog' tilalmát, miszerint a kereseti követelések átruházása 'finomság ... most már figyelmen kívül hagyott'"). (kihagyás az eredetiben) (idézi WILLIAM2 BLACKSTONE, COMMENTARIES *442)); Phillips Petrol. Co. v. Mississippi, 484 U.S. 469, 478 (1988) (a szokásjogot úgy írja le, mint ami meghatározza, hogy "az árapály befolyása alatt lévő vizek alatti földek milyen "földeket kaptak az államok az unióba való felvételükkor"); *id.* 486. o. (O'Connor, J., különvéleményt nyilvánítva) (kísérletet tesz "a király jogainak mértékének megállapítására az angol szokásjog alapján", és különösen a "18. század végi és a 19. század eleji angol esetek" hiányát fájlalja).

113. *Vö.* Gary Lawson & Guy Seidman, *When Did the Constitution Become Law?*, 77 NOTRE DAME L. REV. 1, 5-31 (2001) (tárgyalja, hogy az Alkotmány miért 1788-ban vált törvénné, és nem 1787-ben, 1789-ben vagy más évben).

114. *Lásd a* CIKKELYEK SZERZŐDÉSÉRŐL szóló cikket 1781. XIII. cikk; *lásd még* ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *fenti* 36,34-36. pont.

115. U.S. CONST. art. VI, § 2.

116. *Lásd* ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *Supra* 36. lábjegyzet, 36-39. o.; AKHIL REED AMAR, AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION: THE PRECEDENTS AND PRINCIPLES WE LIVE BY 58-60 (2012).

117. Néhány akadémikus megpróbálta ezt megmagyarázni. Ackerman elméletének egyik átdolgozása például azt írja le, hogy a ratifikáció jogilag engedélyezett, mivel ez a valódi népszuverenitás aktusa volt, és az ilyen aktusokat - amelyek általában ötfázisú alkotmányos pillanatokban fordulnak elő - mindig is megengedték a változás szabályai. *Lásd:* ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *Supra* note 36, 66-68. o. Akhil Amar mellett érvelt, hogy a cikkek széles körű megsértése a nemzetközi jog szerint nem tette őket kötelezővé, *lásd* AMAR, *supra* 108. lábjegyzet, 29-33. o.; *lásd még* THE FEDERALIST NO. 43, *supra* note 94, at 297-98 (James Madison), és hogy az állami konvenciók a népszuverenitás példaképei voltak a korban, *lásd* AMAR, *supra* note at 108,10-18, 308-11; AMAR, *supra* note at 116,60-63.

Az Alkotmánynak a már létező jog szempontjából történő datálása nem hasznos és szükségtelen. Még ha sikerülne is, ez csak még hátrébb tolná a problémát, és azt igényelné, hogy döntsünk a forradalom, a gyarmatosítás, a normann hódítás stb. jogi státuszáról. A mai jogi célokra egyszerűen nem érdekel bennünket. Ezzel szemben ma jogilag releváns, hogy egy bizonyos kongresszusi törvény, állami jogszabály vagy bírói döntés összhangban van-e az 1788-as alkotmánnyal - még akkor is, ha más, alább tárgyalt jogi okaink is vannak arra, hogy néhány következetességet a helyén hagyjunk. Amennyiben a jog társadalmi konvenció kérdése, az Alapítók jogával való alapos egyetértésünk (függetlenül attól, hogy mi történt korábban) az Alapítást teszi jogunk kiindulópontjává.

Ez az alapítólevélre való támaszkodás nem csupán az amerikai kultúra vagy a gyermeki jámborság kérdése, ahogyan azt sok nem-eredetiség hívei leírják.¹¹⁸ Sok amerikai valóban tiszteli az Alapítókat, de a társadalmak mély jogi gyakorlatát általában több ok is alátámasztja. Az Egyesült Királyságban a parlamenti szupremácia, ahogy Leslie Green megjegyzi, "nemcsak azon a közös gyakorlaton alapulhat, hogy [a törvényeket] legfelsőbbként kezelik, hanem azon a meggyőződésen is, hogy ez a gyakorlat demokratikus vagy a kultúránk központi eleme."¹¹⁹ Ezek a kulturális meggyőzések inkább kiegészítik, mint kiszorítják a jogi gyakorlatunkat alkotó konkrét konvenciókat. Az amerikai társadalom nem Newt Gingrich és a 104. kongresszusban ülő társai iránti gyermeki jámborságból¹²⁰ fogadja el a távközlési törvényt, nemhogy egy olyan alapító nemzedékkel szemben, amely még csak nem is hallott az internetről. Azért fogadjuk el, mert a Kongresszus elfogadta, és soha nem helyezték hatályon kívül. Ugyanígy az a gyakorlatunk, hogy ragaszkodunk az alapítók törvényeihez, ahogyan azokat törvényesen megváltoztatták. Függetlenül attól, hogy osztjuk-e az erkölcsi és po...

De az új alkotmány lehetett demokratikusan legitim, engedelmességet érdemlő és így tovább, anélkül, hogy a fennálló szabályok szerint ténylegesen törvényes lett volna. Lásd Stephen E. Sachs, *The "Unwritten Constitution" and Unwritten Law*, 2013 U. ILL. L. REV. 1797, 1825-28 (ennek a lehetőségnek a tárgyalása); lásd még THE FEDERALIST NO. 40, 94. sz. jegyzet, 264-67. o. (James Madison); THE FEDERALIST NO. 43, jegyzet, 94, 264-67. o. (James Madison). 297.

118. Lásd pl. Jamal Greene, *The Case for Original Intent*, 80 GEO. WASH. L. REV. 1683, 1697 (2012); Andrew Koppelman, *Originalism, Abortion, and the Thirteenth Amendment*, 112 COLUM. L. REV. 1917, 1920 & nn.10-15 (2012) (forrásgyűjtemény); Henry Paul Monaghan, *Supremacy Clause Textualism*, COLUM. L. REV. 731, 790 n.289 (2010); David A. Strauss, *Common Law, Common Ground, and Jefferson's Principle*, 112 YALE L.J. 1717, 1719 (2003).

119. Green, 20. lábjegyzet, xxiii. o.

120. Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56.

az alapítók jogi hagyományait, mi egy olyan jogi hagyományt folytatunk, amely az alapításkor kezdődött, és amelyet azóta sem hagytunk el.¹²¹

2. Változások az alapítás óta

Az alapítók szabályai nem borostyánba voltak rögzítve. Számptalan módon módosítottuk őket, még az alapítói kérdésekben is. Joggyakorlatunkban azonban e változtatások védelmének egyik megbízható módja az, hogy azokat felhatalmazottnak, nem pedig felhatalmazás nélkülinek - az alapítók jogának folytatásaként, nem pedig eltéréseként - találjuk. Más szóval, magasabb rendű jogi szabályaink része, hogy azt fogadjuk el törvényként, amit az Alapítók szabályai szerint jogszerűen teszünk.

Gyakran úgy magyarázzuk a jogunkban bekövetkezett fontos fejleményeket, hogy azokat változatlan szabályok változó tényekre történő alkalmazásaként írjuk le. Amikor ezt nem tudjuk megtenni, mert lehetetlen tagadni, hogy a jog változott, akkor a változásokat a változás törvényes *szabályai* alapján védjük, akár az alapítás korában gyökerezik, akár azóta kerültek bele. És amikor ez sem működik, mert a törvényt egyértelműen megsértették, akkor a törvényben máshol található különböző doktrínákra támaszkodunk, hogy orvosoljuk a jogsértéseket, vagy megakadályozzuk, hogy még több bajt okozzanak. Még a *stare decisis*, a nonoriginalisták legismertebb nyílvezzője is általában az egyik ilyen "honosító doktrínaként" működik - és általában az alapítás korabeli forrásokban gyökerezik. A lényeg nem az, vagy legalábbis még nem az, hogy csak ilyen érveket hozhatunk fel. A lényeg az, hogy ezeket az érveket részben az Alapítók jogához való kapcsolódásuk miatt tartják sikeresnek.

a. Szabályok és eredmények

A jogi szabályok egyik ismert jellemzője, hogy ugyanaz a szabály idővel változó eredményeket hozhat. A szabályok általában a világ különböző tényeit veszik figyelembe; amikor a tények változnak, az eredmények is változnak.¹²² Ennek eredményeként, amikor megpróbáljuk megmagyarázni

121. Vö. Balkin, *supra* note at (78,68" Az amerikaiak nem úgy értelmezik magukat, mint akik részben vagy egészben lemondtak alkotmányukról."); David Couzens Hoy, *A Hermeneutical Critique of the Originalism/Nonoriginalism Distinction*, 15 N. KY. L. REV. 479, 497 (1988) ("Az, hogy úgy érezzük, hogy az alkotmányos rendelkezések még mindig nagyon is *jelen lévő* jognak számítanak, arra utal, hogy úgy értelmezzük magunkat, mint akiknek egyetlen hagyományuk van (bármilyen összetett és sokrétű is), amely visszanyúlik és magában foglalja azt a kontextust, amelyben a rendelkezéseket először leírták és ratifikálták.")

122. Lásd Christopher R. Green, *Originalism and the Sense-Reference Distinction*, 50 ST. LOUIS U. L.J. (5552006); lásd még JACK M. BALKIN, *LIVING ORIGINALISM* (62011).

az alapító korszaktól eltérő jogi fejleményt, akkor általában jó érvek tekintik azt az érvelést, hogy egyszerűen az alkalmazás megváltozásáról van szó, még akkor is, ha az eredmény eltér az alapító nemzedék konkrét terveitől vagy szándékaitól.

A jogi szabályok számos különböző dolgot vehetnek alapul (vagy tartalmazhatnak hivatkozással): empirikus tényeket a világról, matematikát, társadalmi szokásokat, más jogrendszerek szabályait, esetleg erkölcsi ítéleteket és így tovább.¹²³ Megkockáztatva, hogy a nyilvánvalót erősítem - bár ez néhány tudóst zavarba¹²⁴ ejtett -, ha ezek a dolgok idővel fejlődnek, akkor a jog is fejlődik. Azokban az államokban, amelyek elfogadták az Egységes Kereskedelmi Törvénykönyvet, például a szavatossági kötelezettségek a "kereskedelmi szokásokból" erednek;¹²⁵ ahogy a kereskedelmi szokások fejlődnek, úgy fejlődnek a vevők és az eladók jogi kötelezettségei is. Az Alkotmány tiltja a habeas felfüggesztését, "kivéve, ha lázadás vagy invázió esetén a közbiztonság megkívánja";¹²⁶ a közbiztonság megkívánhatja a felfüggesztést *t1* időpontban, de *t2* időpontban nem, majd újra *t3* időpontban. És amikor az államhatárokon átnyúló kereskedelem mennyisége az alapítók álmaikat meghaladó mértékben bővül, akkor a kereskedelmi záradék által biztosított hatalom jelentősége is meg fog változni,¹²⁷ még akkor is, ha e hatalom hatálya vagy jellege teljesen változatlan marad. Ezek a tendenciák nagyon messzire eltávolodhatnak az Alapítóktól, de ez csak azért van így, mert az Alapítók úgy döntöttek, hogy az adott bemeneteknek jelentőséget tulajdonítanak. Christopher Greent parafrázálva, az egyik jogi szabály választása egy másik helyett "egy választás arról, hogy milyen változtatásoknak kell különbséget tenniük".¹²⁸

Ami még fontosabb, hogy amikor ezt a megkülönböztetést alkotmányos érvekben kínálják fel, az nagymértékben hozzájárul ahhoz, hogy a változsról egy le- gálisan elfogadható beszámolót adjunk. A New Deal védelmében Franklin Rooseveltt például azzal érvelt, hogy a keretszabályozók bizonyos célokra "konkrét nyelvezetet", másokra pedig "általánosságot, implikációt és pusztán célok kijelentését" használták - lehetővé téve a törvénynek, hogy "az alkotmányon belül [alkalmazkodjon] az időhöz és a körülményekhez".

123. *Lásd a fenti* 96-97. lábjegyzeteket és a kísérő szöveget; *lásd még* Green, *fenti* lábjegyzet, 20,xxxix. lábjegyzet (az erkölcsi ítéletekkel kapcsolatos vita leírása).

124. *Lásd pl.* Green, *Supra* note, 122,579-90. o. (Raoul Berger és Jed Rubinfeld tárgyalása).

125. U.C.C. § 2-314(3).

126. U.S. CONST. art. I, § cl9., 2.

127. U.S. CONST. art. I, § cl8., 3.

128. Green, *fentebb*, 122,583. lábjegyzet; *vö.* SHAPIRO, *fentebb*, lábjegyzet21, (egy adott terv "bizalomgazdaságosságának" 335leírása).

stance. ¹²⁹Roosevelt szerint a kereskedelem, az adók és a kiadások tekintetében a keretalkotók szándékosan "széles és általános nyelvezetet" választottak, amely "képes megfelelni az evolúciónak és a változásoknak". ¹³⁰Rooseveltnek nem kellett volna ezt az érvet hoznia; mondhatta volna, ahogyan sok progresszív tette, hogy a meglévő törvények korlátozóak és elavultak, és esetleg félre kell őket tenni. ¹³¹Ez azonban láthatóan ellentétes lett volna a meglévő jogi normákkal, oly módon, ahogyan a meglévő jog új tényekre való alkalmazása nem.

Egy másik kiemelkedő példa erre a *Brown v. Board of Education*.¹³² Egyesek a *Brown* azon kijelentését, miszerint "[i]n approach- ing this problem, we cannot turn the clock back to 1868"¹³³ a korábbi törvények hivatalos elutasításaként kezelik a Bíróság részéről. ¹³⁴Ez a kijelentés azonban csupán az oktatással kapcsolatos jelenlegi tényeket írja le, mint az egyenlőségre vonatkozó szabály bemeneti adatait "[E]z a probléma" "magának a szegregációnak a közoktatásra gyakorolt hatása", ¹³⁵és ennek megoldása során a Bíróságnak egészen nyilvánvalóan "a közoktatást teljes fejlődésének és az amerikai életben elfoglalt jelenlegi helyének fényében kell vizsgálnia".¹³⁶

Ez a fajta magyarázat a vitás ügyekben hozott határozatok szokásos jellemzője. Amikor a Bíróság a szerződési klauzula alapján helyt adott egy állami adósságkönnyítési törvénynek, nem érvényesített semmilyen új vészhelyzeti hatáskört a nagy gazdasági világválságra való reagálás érdekében. Ehelyett azt állította, hogy a törvényben már meglévő implicit korlátozásokat alkalmazza.

129. Franklin Delano Roosevelt, az Egyesült Államok elnöke, beszéd az alkotmány napján (1937. szeptember), The American Presidency Project, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15459> [<http://perma.cc/HR8S-6RS8>].

130. *Id.*

131. *Lásd pl.* WOODROW WILSON, CONSTITUTIONAL GOVERNMENT IN THE UNITED STATES 193-94 (1908).

132. 347 U.S. 483 (1954).

133. *Id.* 492.

134. *Lásd pl.* Alexander M. Bickel, *The Original Understanding and the Segregation Decision*, 69 HARV. L. REV. 1, 1-2 (1955); Miguel Schor, *Előszó: Contextualizing the Debate Between Originalism and the Living Constitution*, 59 DRAKE L. REV. 961, 967 (2011); Jeffrey M. Shaman, *The End of Originalism*, 47 SAN DIEGO L. REV. 83, 88 (2010); vö. Pamela S. Karlan, *What Can Brown® Do for You? Neutral Principles and the Struggle over the Equal Protection Clause*, DUKE 58 L.J. (1049,20091052) ("[W]hatever originalism means with respect to other constitutional issues, when it comes to the Equal Protection Clause and its application to questions of race-conscious government action, the Court seldom looks back beyond *Brown*.").

135. *Brown*, 347 U.S. at 492.

136. *Id.* A *Brown* és az originalista elmélet közötti kapcsolatról lásd Sachs, *supra* megjegyzés, 1,2276-77. o.; Baude, *fenti* megjegyzés (1kézirat, 27-28. o.).

Clause, amelynek "tilalma nem abszolút".¹³⁷ Amikor a Bíróság kiterjesztette a szavazási adók tilalmát az állami választásokra, azt állította, hogy az egyenlő védelem változatlan követelményét alkalmazza, tekintettel az "[n]otions of what constitutes equal treatment", amelyek "do change".¹³⁸ Jelen esetben kevésbé fontos, hogy az e két ügyben megfogalmazott állítások igazak - vagy akár őszinték - voltak-e, mint az a tény, hogy megtették őket. Sőt, pozitivista szempontból még relevánsabb lehet, ha *nem voltak őszinték, mert* egy hagyományos norma által érzett nyomást mutatnak, hogy ne térjenek el a már létező szabályoktól.¹³⁹

b. Az alapítók változtatási szabályai

Ha egyértelmű, hogy a jog valóban megváltozott, az alkalmazások változásán túlmenően, gyakorlatunk része, hogy elfogadjuk és elhárítjuk ezeket a változásokat a változás törvényes szabályai alapján. Az Alapítók talán nem tervezték a rabszolgaság eltörlését, a jövedelemadót vagy a nők választójogát,¹⁴⁰ de belefoglaltak egy V. cikkelyt, amely lehetővé tette ezeket a dolgokat. Lehet, hogy idegenkedtek az állandó hadsereg gondolatától, de amíg a költségvetést két évente újra jóváhagyják, az Alkotmányban semmi sem áll az útjába.¹⁴¹ Ezek a jogi változások teljesen hagyományos eszközei, de borzasztó sok mindent sikerült elérni általuk.

Az Alapítás óta a potenciálisan jogszerű változások köre még szélesebb lehet, mint amihez a legtöbb eredetiségkutató hozzászólt. Ahhoz, hogy kiderítsük az Alapítók jogát, pozitivista eszköztárunkat a múltira vonatkozó tényekre kell alkalmaznunk. Ahhoz, hogy kiderítsük a változtatásokra vonatkozó szabályait, és hogy milyen változtatásokat hajtottak végre ezek alapján, meg kell néznünk és meg kell látnunk. Ez azt jelenti, hogy a változtatási szabályok - és a végrehajtott törvényes változtatások fajtái - a történettudománytól, nem pedig az alkotmányelmélettől függenek, és felboríthatják az originalizmus egyes konvencionális nézeteit.

Egyesek például azzal érvelnek, hogy az alapítók törvénye szerint "a rendszeres gyakorlat" (ahogy James Madison fogalmazott) végül "felszámolja és rendezzi a jelentését" a homályos pro-

137. Home Bldg. & Loan Ass'n kontra Blaisdell. 290 U.S. (398,1934428) (értelmezve a U.S. CONST. art. I, § c10., 1); lásd még: Sachs, *Supra* note at 1,2283.

138. Harper v. Va. Bd. of Elections, U383.S. (663,1966669).

139. Lásd Sachs, *Supra* note, 1,2283. o.; Baude, *Supra* note (1kézirát 32-34. o.).

140. U.S. CONST. amends. XIII, XVI, XIX.

141. Lásd: U.S. CONST. art. I, § c8., 12.

az Alkotmány szövegében szereplő elképzelések.¹⁴² Ha a pozitivisták eszköztárunk szerint a megfelelő emberek a megfelelő módon osztották ezt a meggyőződést, akkor az egy tényleges alapításkori jogi szabályt tükrözhetett, és lehetővé tette, hogy bizonyos alapítás utáni magatartások meghatározzák az Alkotmány jogi tartalmát. Ez ellentétesnek tűnhet az originalizmussal, amelyet gyakran úgy ábrázolnak, mint amely lézerszerűen az alapító pillanatra összpontosít.¹⁴³ Ez az elemzés azonban az Alapítás pillanatára összpontosít; a kérdés az, hogy mi volt akkor a jog. Az egyetlen ok, amiért a felszámolás jogszerű lehet, ezen a képen az, hogy az már az Alapításkori jog része volt, vagy jogszerűen hozzáadódott valami, ami az volt.

Ez a fajta originalizmus volt látható az *NLRB kontra Noel Canning* ügyben,¹⁴⁴ amikor a Bíróság szembesült az alkotmányos szöveg és az alapítás utáni gyakorlat közötti lehetséges konfliktussal. A szóbeli vitában a főtanácsnok azt javasolta, hogy a gyakorlat felülírhatja az egyértelmű alkotmányos szöveget.¹⁴⁵ Egyetlen bíró sem osztotta ezt a nézetet. Valójában, bár a Bíróság többsége kétértelműnek találta a szöveget, nem mondta ki egyszerűen¹⁴⁶, hogy a hagyomány, mint független jogforrás, irányadó lehet helyette. A Bíróság inkább arra törekedett, hogy hangsúlyozza, hogy az alapítás korában a hagyományt támogatta, hogy a hagyomány játssza ezt a kiegészítő szerepet - hivatkozva Madisonra a felszámolásról, John Marshallra a kormányzati gyakorlatról, és a *Stuart kontra Laird* ügyhöz kapcsolódó precedensekre.¹⁴⁷ Más szóval, a Bíróság hajlandó volt az alapítás utáni hagyományt jogforrásként kezelni, mivel ezt az Alapításkor már készen engedélyezték.

142. *NLRB v. Noel Canning*, 134 S. Ct. 2550, 2560 (2014) (idézi James Madison, Letter to Spencer Roane (Sept. 2, 1819), in 8 WRITINGS OF JAMES MADISON (450G. Hunt ed. 1908)); lásd még THE FEDERALIST NO. 37, 94. sz. jegyzet, 183. o. (James Madison). A felszámolásról bővebben lásd Caleb Nelson, *Originalism and Interpretive Conventions*, 70 U. CHI. L. REV. 519, 527-29 (2003); H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 HARV. L. REV. 885, 910-11 (1985); lásd még William Baude, *Rethinking the Federal Eminent Domain Power*, 122 YALE L.J. 1738, 1811- (122013); Sachs, *supra* note at 110, 1806-08.

143. *Lásd pl.*, Jack N. Rakove, *The Madisonian Moment*, 55 U. CHI. L. REV. 473, 502 (1988) (kritizálva, hogy "mesterséges" az "eredeti megértés valamilyen érintetlen pillanatának keresése").

144. 134 S. Ct. (2014) 2550.

145. Transcript of Oral Argument at 6-8, *Noel Canning*, 134 S. Ct. 2550 (No. 12-1281); *vö.* Baude, *supra* note (1kézirat 21-22. pont) (e szóváltás tárgyalása).

146. 134 S. Ct. at 2561, 2568.

147. *Id.* at 2559-60 (idézve a *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 401 (1819); *Stuart v. Laird*, 5 U.S. (1 Cranch) (2991803); Madison, *supra* note 143).

Ez a nyitottság az Alapítás korabeli változtatási szabályok iránt fontos aspektusa a jogi gyakorlatunknak, mert lehetővé teszi, hogy a különböző módszertani elkötelezettségű emberek az Alapításban keressenek menedéket. Stephen Griffin például meglehetősen rossz véleménnyel van a modern eredetiségről, de azt is állítja, hogy "minden egyes kortárs értelmezési módszer egy olyan hagyomány eredménye, amely legalább az Alkotmány elfogadásáig nyúlik vissza"; az általa preferált "pluralista elméleteket" úgy írja le, hogy az értelmezési módszerek sokaságát az "Alkotmányt megelőző jogforrások, például a törvények és a szokásjog" alapján igazolja, amelyeket "jogrendszerünkben legitimnek tekintünk".¹⁴⁸ Mások néha hasonló intuíciókra támaszkodva azzal érvelnek, hogy az alapítók elismertek egy V. cikkén kívüli módosítási eljárást,¹⁴⁹ hogy volt egy szokásjogi alkotmányuk,¹⁵⁰ hogy elfogadták az "aktív szabadságot" mint alkotmányos elvet,¹⁵¹ és így tovább.

E cikk szempontjából ezek mindegyike lehet originalista érv.¹⁵² Ha azzal akar érvelni, hogy a jogváltoztatás valamilyen újszerű módszere az alapítók jogának része volt, csak rajta; az originalizmus nagy sátor. De az érvelésednek csak akkor van jelentősége, ha *igaz*. Annak, aki egy szokatlan alapításkori szabályt próbál érvényesíteni, készen kell állnia arra, hogy megmutassa, hogy az akkoriban valóban *jog* volt, nem csak politikai elmélet vagy társadalmi szokás,¹⁵³ oly módon, hogy az kielégítse egy pozitivista igényeit. Az alapítók talán nagyon szerették az ak- cím szabadságot, de az is lehet, hogy szerették az esőcseppeket a rózsákon és a bajuszkákat a cicákon; tudnunk kell, hogy mi volt a joguk része. És az egyik ok, amiért a modern eredetvédők általában szkeptikusak ezekkel az újszerű módszerekkel szemben, az az, hogy történeti szempontból a pozitív ügyet általában nehéz megnyerni.

Ez az ökumenikus megközelítés furcsának tűnhet. Talán még a modern eredetvédőket is meggyőzné arról, hogy utasítsák el az alapítók törvényét, hogy olyan nagyra növeljék a sátrat, hogy *kiűzzék* őket, nehogy meg kelljen osztoznuk az összes aktív-szabadságpárti típusal. Mentségükre szóljon, hogy a mi

148. Stephen M. Griffin, *Rebooting Originalism*, U2008. ILL. L. REV. 1185, 1195-96.

149. *Lásd* AMAR, *fenti* megjegyzés, 108,295-99. o.

150. *Lásd* STRAUSS, *supra* note, at 38,123.

151. *Lásd* STEPHEN BREYER, ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION 21, 27-28, 33 (2005).

152. *Lásd* John Harrison, *Enumerated Federal Power and the Necessary and Proper Clause*, 78 U. CHI. L. REV. 1101, 1131 (2011).

153. *Lásd* HART, *Supra* note at (20,109a templomban a kalap levételének példájával); Sachs, *Supra* note at 117,1825-26 (a jog és a politikai elmélet megkülönböztetése).

A társadalmi konvencióknak nem kell azonosnak lenniük az alapítókéval; elképzelhető, hogy ma más jogrendszerrel rendelkezünk, mint ők, és csak a Framerek elvárásai, determinált szabályai stb. érdekelnek bennünket. De ha az Alapításkor a jog valójában nem ezt írta elő, akkor meglehetősen furcsa lenne, ha a keretezők és a Rat- ifierek kijelentéseinek még nagyobb joghatást tulajdonítanánk, mint kortársaik tettek.¹⁵⁴ Ez azt jelentené, hogy a modern Amerikának - nem kevesebb, mint az originalizmus nevében - számos olyan jogi szabályt tulajdonítanánk, amelyek az Alapításkor *soha nem voltak* törvények, és csak azóta találták ki őket.

Az alapítók szabályai közül válogatva, egyes tanításaiknak engedelmessé és másokat felváltva, végül egy olyan megállapodást hozhat létre, amely normatív szempontból jobb, mint ami az övék volt. De egy fontos értelemben ez nem lenne túl eredeti. Az Alkotmány és az Alapítók jogrendszere egészében csak annyira volt éles és határozott, amennyire az valójában volt.¹⁵⁵ Ahogy fentebb említettük, miért kellene megpróbálnunk eredetibbnek lenni, mint az Alapítók, vagy katolikusabbnak, mint a pápa? Mivel nincs egyértelmű modern konszenzus e nézet mellett, a jelenlegi konvencióinknak jobban megfelel, ha az eredeti jogunkra és a változás szabályaira - pontos vagy rugalmas - tekintünk, amelyeket az ténylegesen tartalmazott.

c. *A doktrínák meghonosítása*

Bármennyire is rugalmasak voltak az alapítók szabályai, azokat nem tartották be sérthetetlenül. A törvényhozók alkotmányellenes törvényeket hoztak, a bíróságok téves döntéseket hoztak, hétköznapi emberek bűncselekményeket követtek el, és így tovább. Ha ragaszkodunk az Alapítók jogához, akkor a természetes válasz az, hogy ezek a törvénytelen, téves vagy érvénytelen cselekedetek nem okoztak változást a jogi szabályainkban. Ez a gyakorlatunkban is tükröződik; ezért nevezzük "semmissnek" az alkotmányellenes törvényt, a joghatóság nélküli ítéletet vagy a csalárd átruházást.

De ez a válasz túlságosan szélsőségesnek tűnhet. Természetesen jogi szabályaink nem tiszták egészen a múltig;¹⁵⁶ de még az sem egyértelmű, hogy az alapításig nyúlnak vissza. Vajon minden nem originalista precedens a vágóhídra kerül, annál jobb.

154. *Vö. Powell, Supra note, 142,887-88. o. (hasonló érvelés).*

155. *Lásd Steven G. Calabresi & Gary Lawson, The Rule of Law as a Law of Law, NOTRE90 DAME L. REV. 483 (2014).*

156. *Lásd fentebb a II.A.2. részt.*

hogy visszaállítsák az alapítók törvényének tisztaságát? És ha igen, hogyan egyeztetjük össze az alapítók törvényét a jelenlegi gyakorlatunkkal?

E kérdések megválaszolásához fontos felismerni, hogy hasonló problémákkal már most is nap mint nap foglalkozunk, a magán- és a közjog számos területén. Mint minden kifinomult jogi rendszerben, itt is rengeteg doktrinális eszköz áll rendelkezésünkre a jogellenes cselekmények ratifikálására, amelyek így ténylegesen érvényessé válnak, még akkor is, ha *eredetileg* nem voltak érvényesek. A hátrányos birtoklás egyszerű példa: ami birtokháborításként kezdődik, az kellő idő elteltével és a megfelelő feltételek mellett végül jó tulajdonjoggá alakulhat.¹⁵⁷ A doktrína elkerüli, hogy a régi megállapodásokat fel kelljen roncsolni azért, hogy a még régebbiek sértetlenül megmaradjanak; bár a kezdeti birtokbavétel jogellenes volt, a későbbi tulajdonváltást *jogszerű* változásnak fogadjuk el egy olyan szabály miatt, amely már a tulajdonjog átvételekor is része volt jogunknak.

Egyes honosítási doktrínák, mint például a hátrányos birtoklás, valójában a jogi hibákat orvosolják a mögöttes jogosultságok megváltoztatásával. Más doktrínák nem annyira gyógyítják a hibákat, mint inkább kiegyeztetik azokat, és megakadályozzák, hogy a fertőzés a rendszerben terjedjen. Amikor például egy bíróság tévesen úgy ítéli meg, hogy *A* jobb jogcímmel rendelkezik Blackacre-re, mint *B*, a kizárási doktrínák megkövetelik, hogy *úgy* járjunk el, *mintha* a bíróságnak igaza lett volna.¹⁵⁸ Ugyanakkor az *A* és *B* közötti ítélet nem kötelezi a harmadik feleket,¹⁵⁹ csalás miatt hatályon kívül helyezhető,¹⁶⁰ fellebbezés esetén megfordítható, és így tovább - mindezek közül egyiknek sem lenne értelme, ha *A* *valóban* jobb tulajdonjoggal rendelkezne Blackacre-re, amint az ítélet megszületett. A bíróság ítélete a joggyakorlatot állapítja meg, de nem a törvényt.

Jogunk tele van olyan tanításokkal, amelyek ilyen "mintha" módon működnek. Az elévülés nem szünteti meg az alapjául szolgáló jogot; csak megfosztja a felperest az adott joghatóságban a jogorvoslati lehetőségtől.¹⁶¹ A de facto tisztviselői doktrína nem ruházza fel a tisztviselőket olyan hatalommal, amellyel nem rendelkeznek; csak megakadályozza a cselekedeteikkel szembeni későbbi járulékos támadásokat.¹⁶² És így tovább.

157. *Lásd pl.* N.C. GEN. STAT. § 1-40 (2014) (tulajdonjog megadása 20 év ad-verse birtoklás után "ismert és látható vonalak és határok alatt"). *Lásd általában* Richard A. Epstein, *Múlt és jövő: The Temporal Dimension in the Law of Property*, WASH64. U. L.Q. 667 (1986).

158. *Lásd* William Baude, *The Judgment Power*, GEO96. L.J. 1826-271807, (2008).

159. *Lásd* Taylor v. Sturgell, 553 U.S. 880, 892-93 (2008) (az esetek összegyűjtése). 160. Fed. R. Civ. P. 60(b)(3), (d)(3).

161. *Lásd pl.* Ferens v. John Deere Co., U494.S. 518-21516,, 531-33 (1990).

162. *Lásd* Ryder kontra Egyesült Államok, USA515 182-83177, (1995).

Az ismeretlenek számára ezek a doktrínák ügyvédi trükköknek tűnhetnek. Hogyan követelhet a gyakorlatunk törvényes változtatásokat, ha olyan sok olyan változtatást fogadnak el, amelyekről *tudjuk*, hogy törvénytelenek voltak? De ezek nem trükkök, ahogyan a preklúzió vagy a hátrányos birtoklás sem. Jó okunk van arra, hogy ne nézzünk az esküdszék ítélete vagy a háborítatlan birtokbavétel mögé, sőt, törvényünk azt mondja, hogy ne tegyük. Ezek a doktrínák folyamatos joggyakorlatunk jellemzői, nem pedig kivételek. És pontosan azért engedjük meg, hogy olyan dolgokat honosítsanak meg, amelyeket egyébként jogi tévedésnek tekintenénk, mert magukat a doktrínákat nemcsak jó ötleteknek tekintjük, hanem úgy is, hogy saját jó jogcímük van a jogi érvényességre a rendszerünkben.

Sőt, az a tény, hogy *szükségünk van* ilyen tanokra, valami fontosat mutat a gyakorlatunkról. Amikor szembesülünk a múltbeli jogi hibákkal (szabálysértések, téves ítéletek, felhatalmazás nélkül eljáró tisztviselők), nem csak megvonjuk a vállunkat és nem veszünk róluk tudomást, vagy rámutatunk a jogkorrekciót támogató és ellenző politikai okokra. A társadalmak éppen azért alakítanak ki domesztikációs doktrínákat, mert törvényeik jogi magyarázatokat, és nem csupán politikai érveket követelnek a múltbeli jogsértések - még a régen történt jogsértések - figyelmen kívül hagyására. A honosítási doktrínáink önmagukban is erőteljes bizonyítékai a jogszerű változás iránt elkötelezett jogrendszernek.

d. *Stare Decisis*

Ez az elemzés hasznos módot ad arra, hogy elgondolkodjunk a *stare decisi*-ről egy originalista rendszerben. Bizonyára igaz, hogy sok nem-originalista precedens van érvényben, hogy a precedens a jelenlegi joggyakorlatunk kiemelkedő része,¹⁶³ és hogy ez a helyzet széles körben úgy gondolják, hogy ellentétes az originalizmussal.¹⁶⁴ Az originalizmus és a precedens összeegyeztetése egyfajta háziiparrá vált.¹⁶⁵

163. *Lásd pl.* Fallon, *supra* note 38, 1122-23; Monaghan, *supra* note 118, 793; Matthew Steilen, *Reason, the Common Law, and the Living Constitution*, 17 LEGAL THEORY 279, 285 (2011).

164. *Lásd pl.* Gary Lawson, *Leginkább alkotmányellenes: The Case Against Precedent Revisited*, 5 AVE MARIA L. REV. 1 (2007); Michael Stokes Paulsen, *The Intrinsicly Corrupting Influence of Precedent*, CONST22. COMMENT. 289 (2005).

165. *Lásd pl.*, Kurt T. Lash, *Originalism, Popular Sovereignty, and Reverse Stare Decisis*, 93 VA. L. REV. 1437 (2007); Randy J. Kozel, *Settled Versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent*, 91 TEX. L. REV. 1843 (2013); John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Reconciling Originalism and Precedent*, 103 NW. U. L. REV. 803 (2009).

A *stare decisis* mint honosító doktrína azonban nem tűnik nagyon fenyegetőnek az alapítók jogára nézve. Sőt, úgy tűnik, mintha bizonyíték lenne mellette. Aligha szokatlan, hogy egy jó igényt, még egy jó alkotmányos igényt is eltilthatnak olyan szabályok, mint a késedelem, a lemondás vagy az estoppel; ezekben az esetekben *úgy* járhatunk el, *mintha* az anyagi jog a felperes ellen szólna, még akkor is, ha valójában mást tudunk. Ugyanígy a *stare decisis* jelenlegi gyakorlata is megkövetelheti, hogy *úgy* járjunk el, *mintha* egy korábbi bírósági döntés helyes lenne, még akkor is, ha gyanítjuk, hogy nem az. Ami az előzetesen elküldött célok szempontjából számít, az az, hogy elfogadjuk-e és megvédjük-e ezt a doktrínát a saját történelmi gyökerei szempontjából - és történetesen így is van.

A *stare decisis*-nek ezt a képét a legkönnyebb az alsóbb fokú bíróságoknál megmagyarázni. Amikor egy három bíróból álló fellebbviteli testület döntést hoz, az a kör törvényét határozza meg, és megköveteli a kerületi bíróságoktól (és talán a jövőbeli testületektől is), hogy *úgy* döntsenek az ügyekben, *mintha* a testület véleménye jól megalapozott lenne.¹⁶⁶ Mindez persze nem jelenti azt, hogy a testület döntése a *jog szerint helyes*: Más körzeti bírák kérhetik en banc felülvizsgálatát, a felek kérhetik a Legfelsőbb Bíróság felülbírálatát, és így tovább. Lehet, hogy egy adott házkutatási és lefoglalási határozatról úgy beszélünk, mint "a Negyedik Körzet törvényéről", de valójában nem gondoljuk, hogy a Negyedik Módosítás mást követel meg Marylandben, mint Delaware-ben. Csak arra gondolunk, hogy ha egy bizonyos fajta érvelést hozunk fel Maryland körzetében, akkor valószínűleg veszíteni fogunk az elsőfokú bíróság és a fellebbviteli bíróság előtt, és meg kell próbálnunk a certiorari-ügyet. Ez mind nagyon fontos a jogi tervezésünk szempontjából (és talán a minősített mentesség¹⁶⁷ szempontjából is), de a jog végső lényegét nem érinti.

Ez egy rendkívül gyakori módja a jogbizonytalanság kezelésének egy hierarchikus rendszerben. A kormányzat számos területén, ahogy Kent Greenawalt megjegyzi, a kisebb hivatalnokok "azt követik, amit a főnökeik mondanak nekik a jogról"; a "rendőrök az utcán" nem "próbálják maguk kitalálni a jogot", hanem arra hagyatkoznak, "amit a feletteseik mondanak nekik, hogy jogilag megengedett és jogilag szükséges".¹⁶⁸ Egyes rendőröknek a legtöbb esetben még jogi kötelességük is lehet elfogadni,

166. Lásd John Harrison, *The Power of Congress over the Rules of Precedent*, 50 DUKE L.J. 508, 511 & n.23, 530 & n.88 (2000).

167. Lásd *Ashcroft v. Al-Kidd*, 131 S. Ct. 2074, 2086 (2011) (Kennedy, J., concurring).

168. Kent Greenawalt, *How to Understand the Rule of Recognition and the American Constitution*, in *THE RULE OF RECOGNITION AND THE U.S. CONSTITUTION*, *supra* note at 55,145,153.

felettesük jogi ítélete helyett a sajátjukat - ahogyan a A U.S. Marshallok törvényesen kötelesek "minden törvényes végzést végrehajtani", függetlenül attól, hogy az alapul szolgáló bírósági határozatok helyesek voltak-e vagy sem.¹⁶⁹

Ugyanez az elemzés vonatkozik a Legfelsőbb Bíróságra is. Az alsóbb szintű bíróságoknak *úgy* kell eljárniuk, *mintha* a Bíróság véleménye helyesen állapítaná meg a jogot - ami megint csak rendkívül fontos a jogi tervezésünk szempontjából (és valós jogi hatással bír a habeas-ügyekben).¹⁷⁰ Gyakorlati szempontból tehát arról beszélünk, hogy a Legfelsőbb Bíróság határozza meg "a jogot", ahogyan "a negyedik kerület jogáról" is beszélünk.¹⁷¹ De bár az alsóbb szintű bíróságoknak engedelmeskedniük kell a Bíróságnak, nem kell egyetérteniük vele, és senki másnak sem. Ahogy Caleb Nelson megjegyzi, minden modern jogász megérti, mit jelent azt mondani, hogy "[a]z Alkotmány egyértelműen az X szabályt állapítja meg, de a Legfelsőbb Bíróság úgy értelmezte, hogy helyette az Y szabályt állapítja meg, és a Bíróság nem fogja felülbírálni ezt az értelmezést".¹⁷²

Valójában még a bírák sem tekintik úgy a precedenst, hogy az teljes mértékben helyettesíti az alapul szolgáló jogot. Ezért lehetséges például, hogy a *stare decisis*-t "politikai elvként" és "nem kérlelhetetlen parancsként" írják le.¹⁷³ Az amerikai jog nyelvén belül ezért beszélhetünk értelmesen arról, hogy a Bíróság "felülbírál" még olyan alapvető ügyeket is, mint a *Marbury* vagy¹⁷⁴ a *M'Culloch v. Maryland*¹⁷⁵ v. *Maryland* - olyan ügyekről, amelyeket valamilyen külső mérce szerint "helyesnek" vagy "helytelenek" lehet ítélni - úgy, ahogyan nem beszélhetünk arról, hogy a Bíróság "felülbírálja", mondjuk, a Született állampolgárságról szóló klauzulát.¹⁷⁶ A lényeg nem az, hogy az alkotmány szövege élvez elsőbbséget, hanem az, hogy a külső jogi szabályok - olyan szabályok, amelyeket a bíróságok feladata helyesen alkalmazni, még akkor is, ha azok néha elesnek

169.28 U.S.C. § 566(c) (2012).

170. *Lásd* U28.S.C. §§ 2244(b)(2)(A), (d)(1)(C), 2254(d)(1), (e)(2)(A)(i), 2255(f)(3), (h)(2) (2012).

171. *Lásd* Greenawalt, *fenti* megjegyzés, 168,153-57. o.

172. Caleb Nelson, *A Critical Guide to Erie Railroad Co. v. Tompkins*, WM54. & MARY L. REV. 921, 937 (2013).

173. *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 828 (1991) (idézi *Helvering v. Hallock*, 309 U.S. 106, 119 (1940)); *lásd még* *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 563, 578 (2003) (megállapítva, hogy a *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), "nem volt helyes, amikor döntöttek, és ma sem helyes", bár időközben precedensként teljesen "authoritatív" volt).

174.5 U.S. (1 Cranch) (1803)137.

175.17 U.S. (4 Wheat.) (1591819).

176. U.S. CONST. art. II, § 1, cl. 5; *lásd* David A. Strauss, *Legitimacy, "Constitutional Patriotism," and the Common Law Constitution*, HARV125. L. REV. F. (2012)50,50

rövid. (A Bíróság gyakran hivatkozik viszonylag alacsony státuszú jogforrásokra - mondjuk a nemzetközi jogra a határviták eldöntéséhez,¹⁷⁷ de ez nem jelenti azt, hogy ezeket a szabályokat úgy "értelmezheti újra", ahogy akarja, vagy politikai okokból átrajzolhatja az összes térképünket).

A *stare decisis* valódi eredetiséggel kapcsolatos kérdése tehát nem az, hogy eredményei néha eltérnek-e az egyébként helyes válaszoktól (természetesen eltérnek), vagy azokat újakkal helyettesítik-e (természetesen nem). Az igazi kérdés az, hogy ez a doktrína, mint honosító doktrína, rendelkezik-e saját jó jogcímmel arra, hogy jogunk része legyen - része volt-e a jognak az alapításkor, vagy azóta jogszerűen került bele. És mint kiderült, az erre vonatkozó érvek légióban vannak. Az emberek azt mondják, hogy a "bírói hatalom" szükségszerűen megköveteli a precedens doktrínáját,¹⁷⁸ hogy az Alkotmány a szövetségi bírakat teszi annak legfőbb kifejtőivé,¹⁷⁹ hogy a *stare decisis* a common law heurisztikája volt a bírói bizonytalanság eseteire, hogy a common ¹⁸⁰law szerinti döntéshozatal, ahogy Strauss érvel, "kezdetől fogva központi eleme volt az amerikai jogrendszernek"¹⁸¹ és így tovább. Hogy ezen érvek bármelyike *helyes-e*, az történelmi kérdés; de az a tény, hogy felhozzák őket, összhangban van azzal a konvencionális gyakorlatunkkal, hogy megköveteljük az alapítók jogának betartását.

Ha ez az elemzés helyes, akkor ugyanez a történelmi megközelítés kellene, hogy meghatározza, hogy *milyen* *stare decisis* van. Egy precedens felülbírálásához elegendő, ha a precedens "bizonyíthatóan téves"¹⁸², vagy szükség van "valamilyen különleges okra, amely túlmutat azon a meggyőződésen, hogy egy korábbi ügyet tévesen döntöttek"?¹⁸³ Kötelez-e egy precedens más kormányzati szereplőket saját alkotmányos feladataik gyakorlása során, vagy szabadon ellenkezhetnek?¹⁸⁴ A kongresszus hatályon kívül helyezheti vagy megváltoztathatja a *stare decisis*-t, vagy a

177. *Lásd pl.* New York kontra New Jersey, USA (523767,1998).784

178. U.S. Const. art. III, § 1; *lásd* Anastasoff v. United States, F223.3d 899-898,900, *reh'g en banc*, F235.3d (10548th Cir. 2000).

179. Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 18 (1958) (idézi a Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803) határozatot).

180. *Lásd* Caleb Nelson, *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, VA87. L. REV. 1 (2001); *vö.* Sachs, *supra* note at 110,1863-66 (e beszámoló ismertetése).

181. David A. Strauss, *Van-e élő alkotmányunk?*, DRAKE59 L. REV. 973,977 (2011).

182. Nelson, *Supra* note at 180,1.

183. Tervezett szülőség a Se. Pa. kontra Casey, USA505 (1992)833,864

184. *Hasonlítsuk össze pl.* Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 18 (1958) (amely szerint "a szövetségi bírói testület az alkotmányos jog kifejtésében a legfőbb"), és Michael Stokes Paulsen, *The Irrepressible Myth of Marbury*, 101 MICH. L. REV. 2706 (2003) (e nézetet kritizálva).

teljes egészében az igazságszolgáltatás hatáskörébe tartozik?¹⁸⁵ Gyakran a Bíróságtól várjuk a válaszokat ezekre a kérdésekre, de ez csak a szokásos *stare decisis*; még mindig szükségünk van egy beszámolóra arról, hogy a Bíróságnak honnan kellene választ kapnia a kérdésekre. Ha az alapítók törvénye egy bizonyos módon válaszolt ezekre a kérdésekre, akkor ma is ugyanezek a válaszok irányadók - hacsak nem történt valami a kettő között.

Ismétlem, ez a következtetés ellentétesnek tűnhet a legtöbb modern eredetiséggel. De bizonyos értelemben nehéz belátni, hogy egy originalista miért jöhetne ki másképp. Ha az alapítók törvénye valóban a Bíróságot tette az Alkotmány legfőbb értelmezőjévé, akkor mikor vesztették el ezt a hatalmat? És ha az alapítói jog *nem* adta meg nekik ezt a hatalmat, akkor mikor és hogyan kapták meg? Mielőtt arra a következtetésre jutnánk, hogy az originalizmus automatikusan feloldja az évtizedes precedenseket, először is meg kell néznünk, hogy az eredeti jogunk valójában mit ír elő.

3. *Az originalizmus mint kizárólagos jog*

Mindez azt sugallja, hogy az alapítók törvénye a törvényes változtatásokkal együtt legalább egy részét képezi mai törvényünknek - hogy valamiféle *prima facie* érvényességet biztosítunk neki. Ezt az enyhe állítást az eredetiség gyenge formájának nevezhetnénk, bár olyannyira felhígítottnak, hogy aligha érdemli meg ezt a nevet.¹⁸⁶ E cikk szerint az originalizmus legjobb értelmezése a fenti meghatározásban szereplő sokkal erősebb álláspont: hogy egyetlen szabály sem érvényes, hacsak nem gyökerezik az alapítók jogában. Az állítás nem csupán arról szól, hogy az alapítók joga (ha meg tudjuk határozni, hogy mi az) elsőbbséget élvez más, önállóan kialakult joggal szemben. Az állítás az, hogy nincs más jog - hogy más jogi szabályok valójában nem részei jogrendszerünknek.¹⁸⁷

Ez a cikk nem fogja teljes körűen megvédeni ezt az állítást. Ahhoz, hogy teljes legyen, ehhez a védelemhez sokkal részletesebb pozitívista elméletre lenne szükség - hogy mely társadalmi konvenciók határozzák meg a jogot, kinek kell ezeket megtartania, hogyan azonosítjuk őket, és így tovább. Ehelyett ez a cikk csupán - a szociológia karosszékén keresztül - felvet néhány okot arra, hogy az állítást hihetőnek találjuk.

185. Lásd általában John Harrison, *The Power of Congress over the Rules of Precedent*, 50 DUKE L.J. 503 (2000); McGinnis & Rappaport, *supra* note 165; Michael Stokes Paulsen, *Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?*, YALE 109 L.J. (15352000).

186. Lásd Berman, *fenti* jegyzet, 35,17-2310. o.

187. Vö. Baude, *supra* note 1 (kézirat 6, 10-12, 45-50) (a "kizáró" és "befogadó" originalizmus és a mérsékelt álláspontok szembeállítása).

Ennél is fontosabb, hogy ennek a cikknek nem az a célja, hogy meggyőzze önöket arról, hogy még mindig ragaszkodunk az alapítók törvényeihez. Sőt, ha az elolvasás után meggyőződve távozik, hogy *nem így van*, akkor ez már sikerrel járt. A cél az, hogy megmutassuk, miért ez a helyes kérdés, ha valóban tudni akarjuk, hogy az originalizmus a törvény (vagy milyen mértékben).

a. A jogi érvelés előfeltevései

Jogi praxisunknak fontos a történelem. Az, hogy egy szabály rendelkezik-e a megfelelő történelmi származással, sokat számít, hogy az a jogunk része-e. Valójában gyakran innen merítik retorikai erejüket az eredetiséggel kapcsolatos érvek. A *Hol- lingsworth kontra Perry* ügyben tartott szóbeli vitában Scalia bíró többször is megkérdezte az alperesek ügyvédjét, hogy mikor változott a törvény az azonos neműek házasságával kapcsolatban: "Ön szerint mikor vált alkotmányellenessé?"¹⁸⁸ Ha nem tudjuk megmondani, *hogyan* mikor változtak meg a dolgok, akkor nehezebb megmagyarázni, *hogyan* változtak meg, ami miatt kevésbé leszünk biztosak *abban*, hogy megváltoztak. Nem mindig van szükségünk egy konkrét hónapra vagy évre; a tanácsos válasza, miszerint a kérdés attól függ, hogy "mikor mi, mint egy kultúra meghatározza[], hogy a szexuális irányultság az egyének olyan jellemzője, amelyet nem tudnak befolyásolni"¹⁸⁹,^a változó tények miatt megváltozott eredményekre vonatkozó állítás. De szükségünk van egy okra, és ennek az oknak általában van egy durva időbeli helye. Ha nem tudjuk azonosítani az időt, akkor valami nem stimmel, és az érvelésünk inkább tűnik jogreformnak, mint jognak.

Sok tudós, aki nem nevezi magát originalistának, elismeri gyakorlatunknak ezt a jellegzetességét. Lawrence Lessig szerint például, amikor az amerikaiak szembesülnek a New Deal előtti és utáni alkotmányos értelmezések változásával, jellemzően arra a következtetésre jutnak, hogy vagy a New Deal előtti értelmezés volt rossz, vagy a New Deal utáni értelmezés rossz, vagy "hogyan valamilyen politikai aktus elegendő volt ahhoz, hogy felhatalmazza ezt a bírósági átalakítást."¹⁹⁰ Más szóval, az amerikai jogrendszerben nem mindegy, hogyan jutottunk el innen ide. A történelmi származás keresésének csak akkor van értelme, ha van okunk arra, hogy találjunk egyet, vagyis ha a jogi szabályainknak a korábbi jogban kell gyökerezniük.

188. A szóbeli érvelés jegyzőkönyve, *fenti* jegyzet, hivatkozás:2, (2). 39.

189. *Id.* 40.

190. *Lásd* Lawrence Lessig, *Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory*, 47 STAN. L. REV. 395, 400 (1995) (megjegyzí ezt a választ, de kritizálja, mint hamis választást).

Ez a követelmény korlátozza az általunk elfogadható jogi érvek körét. Vegyük például a *Reynolds kontra Sims* ügyet, amelyben az alkotmány előírja, hogy az állami törvényhozási körzeteknek nagyjából egyenlő számú emberből kell állniuk.¹⁹¹ Az originalizmus, ahogyan azt ez a cikk meghatározza, elképzelhető, hogy többféleképpen is érvelhetünk e következtetés mellett. Lehet, hogy az egyenlő elosztás már az alapításkor is része volt az amerikai jognak (ezt az érvet nehéz megnyerni). Talán akkor 1868, vált a jogunk részévé, amikor a tizennegyedik módosítás egyenlő jogvédelemről szóló záradékát érvényesen elfogadták.¹⁹² Talán egy későbbi időpontban vált a jogunk részévé, amikor az egyenlő védelem absztrakt követelményét a változó tényekre alkalmazták, vagy amikor a kerületek közötti népességkülönbségek annyira szembetűnővé váltak, hogy valamilyen látens alkotmányos szabályt váltottak ki. Lehet, hogy csak akkor vált a jogunk részévé, amikor a Legfelsőbb Bíróság a *Reynolds* ügyben 1964, valamilyen elmélet alapján döntött, amely alapján a Bíróságnak hatalma van ilyen dolgokra (és ez a hatalom maga is rendelkezik a megfelelő történelmi törzskönyvvel, és így tovább).¹⁹³ Vagy talán a Bíróság egyszerűen tévedett a *Reynoldsban* vagy az általa idézett esetekben,¹⁹⁴ de most úgy vagyunk kötelesek eljárni, *mintha* azok az esetek helyesek lennének, a *stare decisis* valamilyen doktrínája alapján, amely valóban a jogunk része. És így tovább.

E cikk szerint elméletileg mindezek az érvek lehetségesek, és csak a történelem dönthet közöttük. De most nézzük meg, hogy mit vonhat maga után ennek a nézetnek az elutasítása. Tegyük fel, hogy valaki a *Reynolds*-szabály mellett akar érvelni, miközben szisztematikusan *tagadja a fenti állítások mindegyikét*. Tegyük fel, hogy elismeri, hogy az egyenlő arányosítás *nem volt* az alapításkori törvény, hogy 1868-ban *nem* érvényesen fogadták el, hogy *nem* következik a szabályok változó tényekre való alkalmazásából, hogy a Bíróság *nem* volt felhatalmazva arra, hogy a szabályt saját maga vezesse be, hogy a döntése *nem* érdemel újbóli figyelmet a *stare decisis* (vagy bármely más, az alapításkorban gyökerező doktrína) alapján, és így tovább. Egyszerűen úgy gondolják, mindezek ellenére, hogy a *Reynolds* még mindig a törvény.

191.377 USA (533,1964579).

192. Úgy tűnik, hogy a Bíróság így érvelt. *Lásd id.* 568.

193. Például a más alkotmányos követelmények érvényesítésére szolgáló végrehajtási doktrínák létrehozására vonatkozó hatáskör, *lásd pl.* Mitchell N. Berman, *Aspirational Rights and the Two-Output Thesis*, 119 HARV. L. REV. F. 220 (2006); *lásd még* AMAR, *supra* note 116, 192-94, 223-30, 261 n.* (a *Reynolds* védelmében, mint a köztársasági kormányzati klauzula érvényesítése).

194. *Lásd* 377 U.S., 557-61. o. (idézi a *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1 (1964); *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963)).

Bármilyen mást is mondhatna erről az álláspontról, ez nem originalista. Valójában ez a nonoriginalizmus desztillációja: az állítás, hogy valami, aminek *nincsenek* gyökerei az alapítók törvényében, ma már nem a mi törvényünk. Ennél is fontosabb, hogy nagyon különbözik attól, ahogyan általában jogi kontextusban beszélünk és érvelünk - olyannyira, hogy szinte nem is hangzik *jogi* érveknek. Persze, rengeteg érv szól a *Reynolds-szabály* mellett, akár politikai elméleten,¹⁹⁵ tiszta erkölcsön, bizonyítékon vagy bármi másan alapulnak; néha ügyvédek ilyen érveket hoznak fel és nyernek. Ugyanakkor azonban mindenki elismeri, hogy az, hogy mi a törvény és minek kellene lennie, különböző dolgok - és ugyanez vonatkozik arra is, hogy mit mondanak az ügyvédek és mit kellene mondaniuk. Az ügyvédek gyakran nyernek ügyeket az előítéleteinkre játszva, és mégsem nevezzük ezeket jogforrásnak.¹⁹⁶

Egy ilyen nem-originalista állítás pozitív értelemben még mindig *igaz lehet*. Egyetlen jogrendszer sem tudja magát elszigetelni a társadalmi tényektől. De a jog minden adott pillanatban a "a jog az, ami" tautologikus megadásán túlmenően a változás bizonyos szabályait is kikényszeríti. És hihető, hogy az általunk jelenleg elfogadott magasabb rendű elvek, azok, amelyek fontos munkát végeznek jogunk tartalmának meghatározásában, megkövetelnek valamiféle hivatkozást az Alapításra.

Ha ez igaz, akkor megérthetjük, hogy az eredeti jog eredetisége miért tart igényt a kizárólagosságra - ahelyett, hogy csak elsőbbséget élvezne más forrásokkal szemben, amelyek kétértelműség vagy bizonytalanság esetén működhetnének. A mai jogban sok minden bizonytalan, és a tegnapi jog sem volt más. Még ha biztosak is lennének az alapítók anyagi jogában, akkor sem lennének biztosak a változtatási szabályaikban, a változásokat kiváltó történelmi eseményekben, abban, hogy ezek a történelmi események mekkora változást eredményeztek, vagy hogy az új (így módosított) szabályokat hogyan kell alkalmazni a jelenlegi tényekre. Történetesen rengeteg jogi technikánk van a bizonytalanság csökkentésére, amelyek itt is alkalmazhatók.¹⁹⁷ De még a *redukálhatatlan* bizonytalanság sem mindig ad

195. *Vö. id.* 565. o. ("Logikusan, egy olyan társadalomban, amely látszólag a képviseleti kormányzáson alapul, ésszerűnek tűnik, hogy egy állam lakosságának többsége megválaszthatja az állam törvényhozóinak többségét.").

196. *Lásd* Sachs, *Supra* note at 1,2266.

197. Pl. olyan zárószabályok, mint "minden, ami nem tilos, az megengedett" vagy "a felperes viseli a meggyőzés terhét". A kilencedik és a tizedik módosítás vitathatóan ilyen zárószabályként szolgál; minden alkotmányos hatáskör vagy meg van adva, vagy fenn van tartva. *Lásd pl.*, Kurt T. Lash, *A Textual-Historical Theory of the Ninth*

engedélyt kapunk arra, hogy új jogforrásokat hozzunk be; gyakran csak bizonytalanságban hagy bennünket. A gyermek "elhanyagolását" büntető törvény sok helyzetben lehet, hogy feloldhatatlanul homályos; ¹⁹⁸ egy bíró, aki megpróbálja alkalmazni, teljesen tanácstalanul érezheti magát; de az a bíró, aki a japán jogot kezdené alkalmazni helyette, arra hivatkozva, hogy az amerikai jog egyszerűen kifutott, felhatalmazás nélkül cselekedne. Bármit is használnak e hézagok kitöltésére - még a bíró saját mérlegelését is -, annak a mi jogrendszerünk szabályai szerint saját jogi igazolásra van szüksége. És ennek az igazolásnak, ha a fenti érvelés helyes, az alapítók jogában kell gyökereznie.

b. Az alternatívák kezelése

Az, hogy betartjuk-e az alapítók törvényét, nem olyan kérdés, amelyre elszigetelten tudunk válaszolni. Amit valójában tudni akarunk, az az, hogy jogunknak ez a beszámolója jobb-e, mint a versenytársaié. Lehet, hogy *többnyire* ragaszkodunk az Alapítók törvényéhez, de elfogadunk néhány, azután bekövetkezett, nem engedélyezett változtatást is, például a Re-építés vagy a New Deal során. Vagy talán nem ragaszkodunk *egyetlen* korszak jogához sem; talán csak az egyes jogforrásokhoz kötődünk, anélkül, hogy aggódnánk amiatt, hogy ezek a források mikor keletkeztek.

i. Többszörös alapítványok

Az alapítók törvényének elutasításának egyik módja az, hogy elfogadunk bizonyos változtatásokat, amelyeket az ő törvényük nem engedélyezett. Bruce Ackerman elméletének egyik továbbgondolása szerint például az Egyesült Államokban olyan jogrendszerek se- ríese volt, mint a számozott francia köztársaságokban. Mindegyik rendszer egy nem engedélyezett változtatással kezdődött, egy "alkotmányos pillanattal", amikor a szuverén nép megváltoztatta a jogát. Ackerman például azt állítja, hogy a tizennegyedik alkotmánymódosítást nem érvényesen fogadták el az V. cikkely alapján;¹⁹⁹ ahogyan azt elfogadtuk.

Módosítás, 60 STAN. L. REV. 895 (2008). Az originalizmusról és a bizonytalanságról általában lásd: Gary Lawson, *No History, No Certainty, No Legitimacy No Problem: Original-ism and the Limits of Legal Theory*, 64 FLA. L. REV. 1551 (2012); Gary Lawson, *Proving the Law*, 86 NW. U. L. REV. 859 (1992).

198. Lásd Timothy Endicott, *The Value of Vagueness*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF LANGUAGE IN THE LAW, *Supra* note 3, 14, 24-28. o.

199. Lásd ACKERMAN, *TRANSFORMATIONS*, *Supra* 36. lábjegyzet, 99-119. pont. De lásd AMAR, *supra* note, 108,364-80; John Harrison, *The Lawfulness of the Reconstruction Amendments*, 68 U. CHI. L. REV. 375 (2001); Michael Stokes Paulsen, *A General Theory of Article V: The Constitutional Lessons of the Twenty seventh Amendment*, YALE 103

L.J. 709-12677, (1993); Christopher R. Green, *Loyal Denominatorism and the North-*

Ez egyébként is azt mutatja, hogy nem az alapítók törvényét vesszük alapul a sajátunkhoz. Ehelyett minden egyes új pillanat (a rekonstrukció, a New Deal, a polgárjogi korszak) egy új mini-alapításként szolgált, amely megköveteli az aktuális rendszer törvényeinek vasszigorú betartását, de nem feltétlenül követel meg bármit, ami régebbre nyúlik vissza.²⁰⁰

Mit gondoljunk erről a beszámolóról? Ackerman pillanatai egyértelműen vízválasztók voltak az amerikai történelemben. De pozitív értelemben, a magasabb rendű jogi elveket tekintve, amelyeket általában elfogadunk és védelmezünk, nem igazán tekintjük őket jogunk átalakításának, vagy a második, harmadik és negyedik köztársaságok kezdetének. A fotelszociológus számára úgy tűnik, hogy a legtöbb ember - nem csak a hétköznapi emberek, hanem a jogászok és a hivatalnokok is - ezeket az eseményeket a folyamatos jogrendszeren belüli jogszerű változásokként kategorizálják. Valóban, Ackerman is elismeri ezt, aggódva amiatt, hogy "[szinte mindenki] tévesen azt feltételezi, hogy a hivatalos szöveg tartalmazza a teljes alkotmányos kánont".²⁰¹

Talán az amerikaiak csak azért érzik így, mert nem vesznek tudomást a történelmi vitákról.²⁰² De talán azért is, mert az eseményekre vonatkozó uralkodó jogi magyarázataink - összhangban az akkoriban adott magyarázatokkal - inkább a folytonosságon, mint a szakadáson alapulnak. A Federalist szerzői némi hezitálással hajlandóak voltak elismerni, hogy a cikkelyeket megsértették, és a jogsértést igazoltan védték.

ern szerzője a tizennegyedik módosítás: *Reconstruction History* (201328, aug.), <http://ssrn.com/id=2317471> [<http://perma.cc/V6TZ-GHRG>].

200. Lásd ACKERMAN, CIVIL RIGHTS REVOLUTION, *Supra* 36. lábjegyzet, 218. o. (az 1968-as választásokat az alkotmánymódosítás népi ratifikációjaként írja le); *id.* at 317 (érvelve amellett, hogy a bírának "nincs alkotmányos felhatalmazásuk arra, hogy eltöröljék a We the People megfontolt ítéleteit" (kiemelés kihagyva)); ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *supra* note 36, at 409; 1 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS 139 (1991) (a bíró kötelességét úgy írja le, mint "a népszuverenitás vívmányainak megőrzését a közéletünk hosszú időszakaiban, amikor a polgárokat nem mozgósítják a nagy alkotmányos vívmányok érdekében").

201. Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1737, 1754-55 (2007); accord ACKERMAN, THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION, *supra* note at 36,32-33.

202. Larry Alexander & Frederick Schauer, *Rules of Recognition, Constitutional Controversies, and the Dizzying Dependence of Law on Acceptance*, in THE RULE OF RECOGNITION AND THE U.S. CONSTITUTION, *supra* note 55, at 175, 186-87 (arra utalva, hogy az amerikaiak feltételezik, "hogy a Legfelsőbb Bíróság bírái és más tisztviselők jóhiszeműen betartják a játékszabályokat, bármi is legyen az", és "más szervekre - a jogi szakma, a választott tisztviselők, a sajtó stb. - hagyatkoznak, hogy tájékoztassák őket bármilyen alkotmányos puccsról").

fied.²⁰³ Ezzel szemben a tizennegyedik módosítás támogatói részletes és megalapozott jogi elméletekkel rendelkeztek arra vonatkozóan, hogy a ratifikációs folyamat miért volt megfelelő a meglévő szabályok szerint.²⁰⁴ Az újkereskedők nem azt állították, hogy az eredeti alaptörvényt valami jobbal helyettesítik, hanem az alkotmányt védték meg a konzervatív bíróság téves olvasatai ellen.²⁰⁵ A Warren-bíróság deszegregációs döntéseit pedig sokáig úgy védték, mint amelyek a tényleges tizennegyedik módosítást mentesítik a *Plessy kontra Ferguson* tévedéseitől.²⁰⁶ Az amerikai jog hivatalos története, más szóval, elutasítja az egynél több Alapítás gondolatát. Az a tény, hogy ez a hivatalos történet, amelyből más jogi következtetéseket általában levezetnek, erős bizonyítékává teszi annak, hogy mit követel meg a jogunk valójában.²⁰⁷

A hivatalos történeteken túlmutatóan a jogászok és akadémikusok hozzáállásában is láthatjuk ezeket a felfogásokat tükröződni. Például továbbra is fennmaradt a kellemetlen érzés, és a tudományban is elég sokan foglalkoznak azzal a felvetéssel, hogy a tizennegyedik módosítás,²⁰⁸ a New Deal²⁰⁹ vagy a polgárjogi korszak²¹⁰ eltért a korábbi szabályoktól. Az efféle aggodalmak talán szükségtelenek, de szinte teljesen hiányoznak, amikor mondjuk a mi de-

203. Lásd például , THE FEDERALIST NO. 43, *supra* 94. lábjegyzet, 279. o. (megjegyezve, hogy "a társadalom biztonságának és boldogságának" érdekében "az eset abszolút szükségszerűségére" alapozva "az intézményeket fel kell áldozni" - és csak utólag hozzátéve, hogy "LEHETŐSÉGES", hogy az államok korábbi cikkelyszegései érvénytelenné tették a szerződést).

204. Lásd *pl.* AMAR, *fenti* 108,364-80. o.; Harrison, *fenti* 199. o.; Green, *a fenti* jegyzetben 199.

205. Lásd *pl.* Franklin Delano Roosevelt, A "Fireside Chat" *Discussing the Plan for Reorganization of the Judiciary* (1937. március 9.), in PUBLIC PAPERS AND ADDRESSES, *supra* 129. lábjegyzet, 122., 126. o. (bírált a Bíróságot, amiért "a bírói hatalom önkényes gyakorlásával - bírói szóval - módosítja az Alkotmányt", és felszólította, hogy a Bíróság a New Deal intézkedéseit "az Alkotmány írásba foglalásának betartásával" támogassa).

206. 163 U.S. 537 (1896); lásd *pl.* , Charles L. Black, Jr., *The Lawfulness of the Segregation Decisions*, YALE69 L.J. 421, 422-24 (1960).

207. Lásd a 65-75. lábjegyzeteket és a kíséző szöveget.

208. Hasonlítsa össze *pl.* ACKERMAN, 199. sz. jegyzet, 99-119. o., az AMAR, 108. sz. jegyzet, 364-80. o.; Harrison, 199. sz. jegyzet, Paulsen199,, 199. sz. jegyzet és199, Green, 108. sz. jegyzet, 364-80. o. 199.

209. *Vö. pl.* Jack M. Balkin, *Commerce*, MICH109. L. REV. 1 (2010), Randy E. Barnett, *Jack Balkin's Interaction Theory of "Commerce"*, 2012U. ILL. L. REV. 623.

210. *Vö. pl.* Michael J. Klarman, Response, Brown, *Originalism, and Constitutional Theory: A Response to Professor McConnell*, 81 VA. L. REV. 1881 (1995), Michael W. McConnell, *The Originalist Case for Brown v. Board of Education*, 19 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 457 (1996), Michael W. McConnell, *Originalism and the Desegregation Decisions*, 81 VA. L. REV. 947 (1995), és David R. Upham, *Interracial Marriage and the Original Understanding of the Privileges or Immunities Clause*, 42 HASTINGS CONST. L.Q. 213 (2015).

a brit jogból vagy a Konföderációs cikkekből származó részek. És ami a legfontosabb: ha egy alkotmányos ügyben bemész a bíróságra, és azt mondd, hogy "nos, bíró úr, az eredeti alkotmány ellenünk van, de mi egy 1937-es nem hivatalos módosítással felülírtuk", *akkor veszíteni fogsz*. Ez az amerikai jogrendszer fontos jellemzője, és ezt nem szabadna figyelmen kívül hagyni a joggyakorlatunk egyetlen komoly elemzésének sem.

ii. Több forrás

Nem minden jogrendszer tartalmazza egy adott kor jogát. Vannak, akik elutasítják az originalizmust, de nem azért, mert valamilyen későbbi időpontot részesítenének előnyben az alapítással szemben, hanem mert úgy látják, hogy jogi szabályaink egyáltalán nem függnék semmilyen dátumtól. Társadalmi tény, hogy a különböző jogforrások iránt válogatott elkötelezettségünk lehet, anélkül, hogy különösebb figyelmet fordítanánk arra, hogy ezek az elkötelezettségek mikor vagy hogyan keletkeztek.²¹¹ (Robert Nozick megkülönböztetését kölcsönözve, ezeket a jog "végállapot-elveknek" nevezhetnénk, szemben a "történeti elvekkel", amelyek arra összpontosítanak, hogy az egyes szabályok hogyan jöttek létre).²¹²

Az ilyen forrásalapú elmélet példaként tegyük fel, hogy az Egyesült Királyság jogában valóban történt egy nem engedélyezett változás 1966-ban, amikor a Lordok Háza a precedensek felülbírálására vonatkozó jogkört követelt magának.²¹³ Lehet, hogy valójában minden azóta bekövetkezett változás engedélyezett változás volt - tehát a mai brit jog valóban az, ami 1966-ban volt, plusz a törvényes változások. De a briteket "1966-originalistáknak" nevezni félrevezető lenne, ha ott senkit sem érdekel, általánosságban véve, 1966 konkrétan. Ami a brit jogászokat érdekli, azok az egyes jogforrások (törvények, alkotmányos egyezmények, szokásjog stb.), mégpedig úgy, ahogyan azok most vannak, és amelyek véletlenül egybeeshetnek azzal, ahogyan 1966-ban voltak.

Ugyanígy talán az amerikai jog is bizonyos forrásokra (szöveg, precedens, hagyomány stb.) támaszkodik, úgy, ahogyan most elfogadjuk őket, nem törődve azzal, hogy ezek az alapítóktól származnak-e, vagy később alakultak ki. Egy ilyen elméletnek nem *kell*, hogy nonoriginalista legyen; véletlenül éppen azokat a jogforrásokat sorolhatná fel, amelyeket az Alapítók is elismertek. De különösen jól illik a nem-originalizmushoz, mert a nem-originalista elméletek hihetőbbek, ha ismerős források sorozatán alapulnak.

211. *Lásd pl.* Berman & Toh, *Supra* note at 38,1754-551751.

212. ROBERT NOZICK, *ANARCHY, STATE & UTOPIA* (1952d ed. 2013).

213. *Lásd* Raz, *fenti* megjegyzés,76, 22. pont.11

mint az 1966-os évhez hasonló önkényes dátumokra vonatkozó kötelezettségvállalások. Lehet, *hogy mi* egy bizonyos módon kezeljük az Alkotmányt (vagy a régóta fennálló hagyományt, vagy a *stare decisis*-t), és jobban elköteleztünk vagyunk amellet, hogy ez a mi módszereink szerint történjen, mint amilyeneket az alapítók tettek.

Ez egy empirikus vita összetett társadalmi tényekről. Ha végig olyan jogforrásokat fogadunk el, amelyek nem az alapító okiratban gyökereznek, akkor az egy igazi csapás lenne az originalizmus ellen, legalábbis abban a formában, ahogyan ez a cikk bemutatja. De nem egyértelmű, hogy elfogadjunk-e ilyen tanokat, legalábbis nem egészen lefelé.

Gondoljunk csak arra, hogy miként fogadjuk el magát az Alkotmányt. Amint arra a nem-originalisták helyesen rámutattak, egy alkotmányos szöveget többféleképpen is el lehet fogadni. Ha úgy döntünk, használhatjuk "a jogi koordináció fókuszpontjaként ... ; a szokásjog kidolgozásának rugalmas keretként; egy virágzó alkotmányos kultúrában a normatív diskurzus helyszínéül; vagy az alkotmányos bíraskodás pluralista gyakorlatának egyik legitim összetevőjeként a sok közül."²¹⁴ Valaki, aki e nézetek valamelyikét vallja, még mindig tisztelheti a szöveget, vagy osztozhat Jack Balkin azon szándékában, hogy "hűségesek legyünk az írott alkotmányhoz mint törvényhez", és "elfogadjuk azt mint a kormányzásunk keretét";²¹⁵ csak másként kezelné ezeket a törvényeket és kereteket.²¹⁶

Az eredetvédők válasza nem az, hogy ezek a dolgok lehetetlenek vagy abszurdak (nem azok), hanem inkább az, hogy nem azt tesszük, amit szokás szerint teszünk. Az alkotmány szövegére mint kötelező érvényű jogszabályra támaszkodunk, nem pedig mint a diskurzus helyére; az általa megállapított jogi szabályokat tekintjük a sajátunknak, amíg azokat a szabályokat törvényesen meg nem változtatják. Ami még fontosabb, az egyik hivatalos *ok*, *amiért* ezt tesszük, az az, hogy az Alkotmányt erre tervezték: *Marbury* híres sorát idézve: "A törvényhozás hatáskörét meghatározzák és korlátozzák; és hogy ezeket a határokat ne lehessen tévesen vagy elfelejteni, az alkotmányt megírták."²¹⁷ Azért tartjuk meg ma is törvényként, mert az alkotmányt törvényként fogadták el, és nem csak irányelvek vagy ösztönző mondatok halmazaként.

Ez az oka annak is, hogy a mi gyakorlatainkban azok, akik külső forrásokra, mint a *precedens* és a hagyomány, hivatkoznak, jellemzően hangsúlyozzák az Alapított-

214. Coan, *Supra* note at 48,1047.

215. BALKIN, *Supra* note at 122,38.

216. Lásd Michael C. Dorf, *The Undead Constitution*, HARV125. L. REV. 2011, 2040- (432012).

217.5 U.S. (1 Cranch) (1803)137.,176

korabeli gyökerek. Ha Fallon szavaival élve csak az "elfogadás kortárs gyakorlata"²¹⁸ érdekelne minket, akkor a *Noel Canning* ügyben a Bíróságnak nem lett volna oka arra, hogy a felszámolás alapítás-kori elméleteire pazarolja a tintát;²¹⁹ és a *stare de cisis* tudósai sem tölténének időt azzal, hogy megvitassák, hogy a doktrína "alkotmányos gyakorlatunk központi, széles körben elfogadott jellemzője volt-e szinte a kezdetektől fogva",²²⁰ hogy "az alapítás-kori kommentátorok általában feltételezték-e, hogy az alkotmányos precedenseket tekintélyelvűként fogják kezelni"²²¹ és így tovább. De ezek a dolgok nem mindegyek, mert jogi szabályainknak jó jogcímláncokra van szükségük. Ha holnap kiderülne, hogy a *stare decisis* nem létezett az alapításkor, és hogy azt Burger főbíró találta ki a semmiből,²²² az bizonyára sok amerikai jogász és akadémikus számára aggasztó lenne - oly módon, ahogyan a brit jogi kultúra számára talán nem számítana a gyakorlati 1966 nyilatkozat eredete.

Az is fontos, hogy felismerjük, miért *lenne* egyáltalán konfliktus a történelmünk és az ismert forrásaink közötti konfliktus. A történettől függően az originalizmus olyan következtetéseket eredményezhet, amelyek egyszerűen túlságosan furcsák ahhoz, hogy az amerikai nép elfogadja őket. Elméletileg az, hogy Nyugat-Virginia alkotmányellenes-e, végső soron azon múlik, hogy az Alkotmány megengedte-e Virginia kettéosztását, ami viszont a IV. cikkelyben szereplő egy bizonyos pontosvessző relevanciájától függ.²²³ Talán igaz, mint az amerikai társadalomra vonatkozó jóslat, hogy soha nem szabadulnánk meg Nyugat-Virginiától - még a pontosvesszőkről szóló koppintásos történelmi érvelés ellenére sem. Ehelyett *nagyon is* keményen keresnénk egy olyan domesztikációs doktrínát, amely lehetővé tenné, hogy megtartsuk az államot; és ha minden más nem sikerülne, akkor figyelmen kívül hagynánk a pontosvesszőt, és megőriznénk a megszokott megállapodásokat. De az ok, amiért itt bármilyen konfliktus van, az ok, amiért

218. Fallon, *Supra* note at 38,1117.

219. *Lásd a kísérő megjegyzés szövegét* 147.

220. Fallon, *Supra* note at 38,221

.1129. *Id.* at 1129 n.81.

222. *Vö.* Sachs, *Supra* note at 1, (egy hasonló hipotetikus esetet 2281 tárgyalva).

223. *Lásd:* U.S. CONST. art. IV. cikk, 3. bekezdés, 1. pont ("A Kongresszus új államokat vehet fel az Unióba; de új államot nem lehet létrehozni vagy felállítani más államok joghatósága alatt; és két vagy több állam vagy államrész egyesítésével sem lehet államot létrehozni az érintett államok törvényhozásának és a Kongresszusnak a hozzájárulása nélkül."); Virginia kontra Nyugat-Virginia, U78.S.

39 (1870) (az állam létének fenntartása); Vasan Kesavan & Michael Stokes Paulsen, *Is West Virginia Unconstitutional?*, CALIF90. L. REV. 291 (2002).

hogy egyáltalán szükségünk van a megoldásokon való *gondolkodásra*, az az, hogy az eredeti szabályt (bármilyen is volt az) már intuitíve elfogadjuk a számunkra értékesnek - ezért lehet, hogy meg kell változtatnunk, hogy elkerüljünk egy kellemetlen következményt. És még ha el is térnénk az alapítói törvénytől, ha tényleg szükség lenne rá, tény, hogy *még nem tettük meg*. Magasabb rendű elkötelezettségeink még mindig az Alapítóhoz kötődnek; nem mondtunk le az Alapítói jogról, még az ismerős jogforrásaink javára sem.

A jelenlegi jogunkról szóló, az ismert joggyakorlatban tükröződő beszámoló lehet, hogy meggyőzően hangzik az Ön számára, de az is lehet, hogy nem. Ha téved, akkor téved, és a rendszerünk nem teljesen originalista. De még így is lehet, hogy a jogunk majdnem teljesen vagy nagyrészt originalista, és az Alapítók jogától való függőségünk segít megmutatni, hogy mennyire és miért. Ismétlem, ennek a cikknek nem az a célja, hogy egyszer s mindenkorra bebizonyítsa, hogy jogunk originalista. Inkább azt akarja sugallni, hogy jogunk akkor és annyiban lehet eredetiségelvű, ha - és *pontosan annyiban, amennyiben* - *magunkévá* tesszük az Alapítók törvényét, ahogyan azt törvényesen megváltoztatták.

III. AZ EREDETI JOG ORIGINALIZMUSA

Ez a cikk az eredetiségnek - az alapítók törvényéhez való ragaszkodásnak - egy olyan változatát mutatja be, amely jogunk leírásaként hihetően igaz. Ennek a változatnak azonban van egy jelentős mellékhatása, hogy vonzó lehet azok számára, akik már most is originalistáknak tartják magukat. Azáltal, hogy a hangsúlyt az értelmezésről a jogi változásra helyezi át, segít megmagyarázni néhány gyakori eredetiségpárti intuíciót, és segíthet megoldani az originalizmus néhány nehezen megoldható belső vitáját.

Ezen elmélet alapján a mai törvényeink az alapítók törvényei, ahogyan azokat törvényesen megváltoztatták. Ha ez igaz, akkor az Alkotmány által ma megállapított jogi szabályok azok, amelyeket az Alkotmány az Alapításkor megállapított, plusz minden törvényes módosítás. Az Alkotmányból nem azt keressük, hogy a kedvenc értelmezési elméletünk szerint mit *mondott* eredetileg a szöveg, hanem azt, hogy mit *tett* eredetileg a törvényhozás, mint az alapításkori jog. És amennyiben ez a joghatás attól függött, hogy mit jelentett a szöveg akkoriban, akkor ez a keresés elvezethet minket a szöveg eredeti értelméhez.

Az értelem megőrzése a törvény megőrzése érdekében az eredetiségvédők körében szokásos lépés. Az alapítók törvénye iránti elkötelezettség azonban sokkal szélesebb körű következményekkel jár. Minden olyan jogrendszer, amely írott

szövegeknek van néhány jogi szabálya - nevezzük őket "értelmezési szabályoknak" -, amelyekkel e szövegek jogga alakíthatók.²²⁴ Ha tudni akarjuk, hogy az eredeti Alkotmány elfogadásakor milyen jogot alkottak, akkor az akkoriban használt értelmezési szabályokat kell használnunk, azokat, amelyek az alapítók jogának részét képezték. És ugyanezt kell tennünk az egyes módosítások esetében is, figyelembe véve az értelmezési szabályokban azóta bekövetkezett esetleges törvényes változásokat. Az ezen időpontok bármelyikében hatályos szabályok nagyon is eltérhettek azoktól, amelyeket a modern eredetvédők ma támogatnak, de az is lehet, hogy nem. Ez egy történelmi kérdés, nem pedig olyan, amelyre pusztán elmélettel lehet válaszolni.

Ennek eredményeképpen ez az "eredeti jogi originalizmus" - az "eredeti módszerek originalizmusa"²²⁵ néven ismert változat - új forrásokat kínál az originalisták közötti régóta tartó viták átdolgozásához és remélhetőleg megoldásához. Az originalistáknak számos iskolája létezik, amelyek mindegyike a szövegek különböző jellemzőit hangsúlyozza: a szerzők szándékait, a várható alkalmazásokat, a nyilvános jelentéstartalmat és így tovább. Amennyiben nem csak normatív vagy fogalmi, hanem jogi állításokat is megfogalmaznak, a különböző iskoláknak a kortárs jogban kellene megegyezniük: az alapítók jogának jelenlegi tekintélyében, abban, ami megkülönbözteti őket a nem-originalistáktól. Ezzel szemben az originalistáknak a történelemben kellene egyet nem érteniük: mely értelmezési szabályok szerepeltek az alapítók jogában, és melyeket (ha egyáltalán) adtak hozzá azóta. Ezek a történelmi kérdések nagyon bonyolultak lehetnek, de legalább valódi témát nyújtanak a nézeteltérésre, és olyan témát, amelyben végül is előrelépést érhetünk el.

A. *Eredeti törvény és eredeti jelentés*

Tegyük fel, hogy az amerikai jog ma ugyanaz, mint ami az alapításkor volt, plusz a törvényes változások. Az alapításkori jog egy része az 1788-as alkotmány terméke, amely számos fontos szabállyal egészítette ki az amerikai jogrendszert. Ezek a szabályok ma is törvények maradnak, kivéve, ha törvényesen megváltoztatták őket. Tehát az eredeti alkotmány mai jogi tartalma - a corpus jurishoz való hozzájárulása, az amerikai jogi szabályok általános állományához való hozzájárulása - még mindig az

224. Lásd általában Nelson, *Supra* note 142.

225. MCGINNIS & RAPPAPORT, *supra* note 8, at 116-38; John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction*, 103 NW. U. L. REV. 751 (2009).

az alapításkor tett hozzájárulása, valamint az azóta bekövetkezett törvényes változások. És amennyiben ez az eredeti hozzájárulás a szöveg eredeti jelentésétől függött, a jog megőrzése általában ennek a jelentésnek a megőrzését is magában foglalja.

Képzeljük el, hogy az I. cikk felhatalmazza a Kongresszust, hogy "szabályozza a kukoricatermesztést". És tegyük fel, hogy a tizenharmadik századi Amerikában a "kukorica" általános kifejezés volt minden gabonafélére (gondoljunk csak a brit "Corn Laws"-ra), nem csak a kukoricára. Bárki, aki megpróbálja megállapítani az amerikai jog alapításkori tartalmát, arra a következtetésre jutna - hacsak nincs valami különleges ok, ami ellene szólna -, hogy az Első Kongresszusnak volt hatásköre a gabonafélék, például a búza és az árpa szabályozására. Ha ma megtagadnánk ezt a hatáskört a 114. kongresszustól, csak azért, mert a "kukoricára" vonatkozó nyelvi gyakorlatunk az idők során megváltozott, az a jogi szabályaink megváltoztatását jelentené. És ha meg akarjuk őrizni az alapítók jogi szabályait, akkor rendszerint meg kell őriznünk a nyelvük jelentését.

Ez az originalizmus intuitív jellemzője, és ezt sok más tudós is felismerte.²²⁶ Ahogy *Marbury* kérdezte: "Milyen céllal korlátozzák a hatalmat, és milyen céllal rögzítik írásban ezt a korlátozást, ha ezeket a korlátokat bármikor áthághatják azok, akiket korlátozni szándékoznak?"²²⁷ A korlátok megőrzése a fontos rész; az írás csak azért van, hogy biztosítsa, hogy a korlátokat idővel ne "tévésszék el, vagy ne felejtsek el".²²⁸

Viszonylag kevés tudós foglalkozott azonban e megközelítés teljes körű következményeivel - inkább normatív vagy fogalmi alapokon támasztották alá értelmezési elméleteiket. Amint fentebb említettük, az, hogy mi a jog és minek kellene lennie, különbözik egymástól; bármi is lenne a normatív szempontból legjobb vagy filozófiailag helyes módja a dolgok elvégzésének, egy jogrendszerben társadalmi tényként előfordulhat, hogy a gyakorlatban valami mást csinálnak. Az eredeti jog eredetisége mögött az az intuíció áll, hogy a jog állást foglalhatott abban a kérdésben, hogy mely értelmezési szabályok alkalmazandók - és ha igen, akkor ezeknek a szabályoknak kellene irányítaniuk.

226 . Lásd Jack M. Balkin, *Original Meaning and Constitutional Redemption*, CONST24. COMMENT. 427, 429-30 (azzal érvelve, hogy fontos "az időbeli jelentés megőrzése", mert a "törvény az idő múlásával mindaddig hatályban marad, amíg nem módosítják vagy hatályon kívül nem helyezik", hacsak nincs közben egy "tudatos jogalkotói aktus"); accord. e.g. , BALKIN, *supra* note 122, at 36-37; Randy E. Barnett, *Welcome to the New Originalism: A Comment on Jack Balkin's Living Originalism*, 7 JERUSALEM REV. LEGAL STUD. 42, 46 (2013); Goldsworthy, *supra* note 34, at 42; Grégoire C.N. Webber, *Originalism's Constitution, in THE CHALLENGE OF ORIGINALISM*, *supra* note 4, at 147, 151; Whittington, *supra* note 5, at 73-74.

227.5 U.S. (1 Cranch) (1803)137,176

228. *Id.*

1. *Értelmezés és jogi szabályok*

Az értelmezést szabályozó jogi szabályok gondolata elsősorban furcsán hangozhat. Nem csak kitaláljuk, hogyan kell helyesen olvasni egy jogi szöveget, és aztán azt tesszük, amit az mond? A probléma az, hogy az, hogy mit mond egy jogszabály (a kommunikatív tartalma) és az, hogy jogilag mire kötelez minket (a jogi tartalma), valójában nem ugyanaz. Erről a témáról még sokat lehetne beszélni,²²⁹ de egy rövid ismertetésnek elegendőnek kell lennie.

Amikor egy jogi eszköz (szerződés, végrendelet, jogszabály stb.) "jelentéséről" beszélünk, gyakran inkább annak jogi tartalmára utalunk: a jogok, kötelezettségek, felelőségek stb. konkrét átruházására, amelyet az eszköz jóváhagy vagy a jog részévé tesz.²³⁰ Ahogy Raz megjegyzi, a jogi eszközöket nem kell ilyen hohfeldi fogalmakkal írni.²³¹ Csak arra van szükségünk, hogy némi elemzés után képesek legyünk megérteni az általuk jóváhagyott szabályokat.²³² (Gondoljunk csak egy olyan végrendelet bonyolult jogi következményeire, amelyben ez áll: "Mindent a feleségnek"²³³.)

Ez az elemzés gyakran más jogi szabályoktól függ. Ahogy Endicott írja, "maga a jog rendelkezik technikákkal a [normatív szöveg] hatásának meghatározására".²³⁴ A szokásos példák közé tartozik a Dictionary Act, a hatályon kívül helyezés-felújítás szabálya vagy az általános megtakarítási törvény.²³⁵ Lehet, hogy az emberek nem értenek egyet ezeknek a statútumoknak a jogrendszerünkben betöltött szerepéről,²³⁶ de az biztos, hogy egy jogrendszernek lehetnek olyan jogi szabályai, amelyek meghatározzák a szövegek hatását. Gondoljunk csak arra az ismert kánonra, hogy a különös szabályozza az általánosat.²³⁷ Ennek a kánonnak egyetlen szerepe az, hogy megváltoztassa a végeredményt olyan ügyekben, amelyek már

229. *Lásd pl.*, Lawrence B. Solum, *Communicative Content and Legal Content*, 89 NOTRE DAME L. REV. 479 (2014); *lásd még* William Baude & Stephen E. Sachs, *The Law of Interpretation* (folyamatban lévő munka).

230. *Lásd* Raz, *fenti megjegyzés*, 76, 41. pont.²⁹

231. *Lásd általában* Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (1913) (a jogi jogok taxonómiájának bemutatása).

232. *Id.*

233. *Lásd* Diane J. Klein, *How To Do Things with Wills*, 32 WHITTIER L. REV. 455, 42. o.462. (2011) (a világ legrövidebb végrendeletének leírása).

234. Endicott, *Supra* 198.

lábjegyzet, 15. pont. 235.1 U.S.C.

§§ 1, 108, 109 (2012).

236. *Lásd* Larry Alexander & Saikrishna Prakash, *Mother May I? Imposing Mandatory Prospective Rules of Statutory Interpretation*, 20 CONST. COMMENT. 97 (2003) (azzal érvelve, hogy az ilyen törvények nem kötelezhetik a jövőbeli kongresszusokat).

237. *Lásd pl.* Radzanower v. Touche Ross & Co., 426 U.S. 148, 153 (1976); Morton v. Mancari, 417 U.S. 535, 550-51 (1974); ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, READZANOWER v. Touche Ross & Co: A JOGI SZÖVEGEK ÉRTELMEZÉSE (1862012).

egy újabb, általánosabb jogszabály hatálya alá tartoznak. Például a VII. cím bárki számára biztosít kereseti alapot, aki megfelel bizonyos kritériumoknak, de az összes ilyen kritériumnak megfelelő személyt még mindig kizárhatja a keresetindításból egy 200 éves, a követelés-előtakarékosságról szóló jogszabály.²³⁸ A probléma itt nem az, hogy a felperes nem tartozik a VII. cím hatálya alá; nem tartozik, különben már elvesztette volna valamilyen más okból. A probléma az, hogy a felperes egy másik jogszabály értelmén is *kívül esik, és jogi szabályra* van szükségünk - *nem* csupán a szövegek jelentésének ismeretére -, amely megmondja, hogy mit tegyünk, ha a kettő ütközik.

Ha az Alkotmány eredeti jogi tartalma érdekel minket, és nem csak az eredeti jelentése, akkor ezt a tartalmat úgy kell meghatározni, hogy a szöveget az akkor hatályos jogi szabályokon keresztül dolgozzuk fel. Analógia gyanánt gondoljunk arra, hogy mi történik, amikor ma létrehozunk egy jogi szöveget. Mint szöveg, mint jelek a papíron, sokféle jelentéssel bírhat; olvashatjuk javaslatként, paródiaként vagy prózaversként, polgári identitásunk kinyilvánításaként vagy személyes ihletforrásként, és így tovább.²³⁹ De amikor jogi tartalmát - a jogban bekövetkező változást, az amerikai jogi szabályok általános állományához való hozzájárulását - határozzuk meg, az értelmezés jogi szabályaira, a szövegek szöveggé tételének és joggá alakításának folyamatára támaszkodunk.

Ezek a szabályok többféle stratégiát is követhetnek. Hivatkozással beépíthetik a legjobb filozófiai jelentéselméletet, és ennyiben hagyhatják. Beépíthetik az angol nyelvi konvenciókat, vagy a jogi nyelvezetet, vagy a középkori francia jog nyelvét. Beépíthetik a hivatalnokok nem jogi szokásait, olyan dolgokat, amelyek hasznos útmutatók a hivatalos gyakorlatban, de amelyeket nem tekintünk a jog részének. (Ilyen például a kizárólagos listák írása, egy olyan szokás, amely megalapozza az *expressio unius* vélelmét, de nem bír a törvény erejével). Vagy lehetnek kifejezetten jogi szabályok, mint például az irányadó törvények, konkrét kom- monjogi doktrínák²⁴⁰ vagy íratlan értelmezési elvek (például

238. Lásd *Kremer v. Chem. Constr. Corp.*, U456.S. 470-72461,, (4761982) (a VII. cím, valamint a 28 U.S.C. § 1738 alkalmazása).

239. Lásd Sachs, *fenti* megjegyzés, 110,1825-28. o.

240. Lásd Caleb Nelson, *State and Federal Models of the Interaction Between Statutes and Unwritten Law*, 80 U. CHI. L. REV. 657 (2013); Sachs, *Supra* note. 110.

mint a szöveg és a cél viszonylagos tekintélye²⁴¹ vagy a jelentés idővel történő felszámolásának érvényessége²⁴²).

Az a gondolat, hogy egy jogszabály joghatását "szabályok" alapján határozzuk meg, túlságosan tiszta képet sugallhat. Ez a cikk a "szabályt" nagyon tág értelemben használja, ²⁴³és ostobaság azt gondolni, hogy az amerikai jog valaha is - az alapításkor vagy ma - egy kész algoritmust kínált volna a nyelv mechanikus átalakítására joggá. De még mindig vannak jobb és rosszabb módszerek arra, hogy jogi tartalmat nyerjünk az egyes írásos eszközökből. A philadelphiai küldöttek rengeteg vitába keveredtek, és a lobbisták ma is rengeteg pénzt költenek arra, hogy befolyásolják a jogi eszközök nyelvezetét; mindez értelmetlen lenne, ha nem lenne valamilyen megbízható eszköz arra, hogy ezeket a szövegeket jogi szabályokká alakítsák át. A lényeg itt csupán az, hogy bármilyen módszereket írnak is elő a törvények, *azokat kell* használnunk. Ha nem használnánk őket, az jogi hiba lenne, és téves ítéleteket eredményezhetne arról, hogy egy jogszabály mit tesz a joggal.

A rossz szabályok használatának egyik könnyű módja, ha rossz időszből választjuk ki őket. Ha tudni akarjuk, hogy egy új jogszabály hogyan befolyásolja a mai jogszabályt, akkor a mai értelmezési szabályokat kell megnéznünk. Ha azt akarjuk tudni, hogy az Alkotmány szövegének elfogadása hogyan hatott az alapításkori jogra, akkor az akkori értelmezési szabályokat kell figyelembe vennünk. A modern törvényhozás számára kialakított anakronisztikus szabályok használata félrevezetne bennünket az akkori jogi helyzetet illetően, ahogyan a "kukorica" szó értelmezéséhez is anakronisztikus nyelvi szabályokat használnánk. És ha tudni akarjuk, hogy mit tett a joggal, mondjuk, a tizenhatodik módosítás, akkor azokat az értelmezési szabályokat kell megnéznünk, amelyek már léteztek, amikor 1913-ban elfogadták - beleértve azokat a külső normákat, mint például az akkori angol nyelvhasználatot, amelyeket ezek az értelmezési szabályok hivatkozással beemltek. Az eredeti értelmezési szabályokra tekintünk, mert ezek hozták létre az eredeti törvényt.

2. értelmezési szabályok tartalma

Az eredeti jogi eredetiség az eljárásról szól, nem pedig az állásponttról. Önmagában az elmélet nem mond semmit arról, hogy mit

241. *Lásd* Frank H. Easterbrook, *Abstraction and Authority*, U59. CHI. L. REV. 349, 371-72 (1992).

242. *Lásd* Sachs, *fenti* jegyzet, 110,1806-08; *fenti* jegyzet és 142kísérő szöveg.

243. *Lásd a fenti* megjegyzést 18.

az eredeti értelmezési szabályok tartalma lehetett volna. Ez egy empirikus kérdés; meg kell néznünk és meg kell vizsgálnunk.

Ha elvégeztük a történelmi kutatásokat, a válaszok meglephetnek minket. Lehet, hogy az alapítók valóban a "növekedésre képes nyelvezetet"²⁴⁴ választották, vagy az Alkotmány jogi tartalmának valóban a nyelvezetünk változásaival együtt kellett volna fejlődnie (minden új korszakban új jelentést adva a "kukoricának"). Sok látszólagos nem-originalista - köztük például Breyer bírósági ítélete - a jogforrásokra vagy értelmezési módszerekre vonatkozó állításait az alapítás korabeli bizonyítékokra alapozza.²⁴⁵ Amennyiben elfogadják, hogy a történelem irányít, de úgy gondolják, hogy az más irányba mutat, mint a modern eredetiségvédők, akkor egy közönséges történelmi disz- megállapodással állunk szemben, amelyet empirikus alapon kellene megoldanunk. Az originalistáknak örömmel kellene harcolniuk ezeken az alapokon, és szívesen fogadniuk az ilyen állításokat az "originalista" sátorban. Ismétlem, ha valakinek az az alapja, hogy "nem-originalista" nézetet vall (hogy Amerikának common law alkotmánya van, hogy²⁴⁶ a magasabb szintű jogalkotás alkalmi pillanatait tapasztaljuk,²⁴⁷ hogy a különböző hagyományos forrásoknak és értelmezési megközelítéseknek kell érvényesülniük²⁴⁸), hogy így lett lefektetve, miért 1788-ne nevezhetnénk ezeket a nézeteket inkább "originalistának"? Minden még mindig a történelmen múlik: Ha kiderül, hogy az alapítóknak *nem* volt szokásjogi alkotmányuk, vagy *nem* a növekedésre képes nyelvet választották, és így tovább, akkor ezeket a nézeteket felül kell vizsgálni.

Jelenleg, amikor az emberek leírják, hogy milyen elkötelezettségek szükségesek ahhoz, hogy az eredetiség hívei legyenek, gyakran tesznek ki nem mondott feltételezéseket a történelemmel kapcsolatban. Lawrence Solum híres originalista megfogalmazása szerint, amellyel "a legtöbb vagy majdnem minden originalista egyetért", egy alkotmányos rendelkezés eredeti jelentése "az elfogadásakor rögzült vagy meghatározott volt" (a "rögzítési tézis"),²⁴⁹ és ez az eredeti

244. Bickel, *Supra* note at 134,63.

245. Lásd pl. BREYER, *supra* note at 151,33.

246. Lásd általában STRAUSS, *supra* note 38.

247. Lásd általában ACKERMAN, TRANSFORMÁCIÓK, *fenti* megjegyzés. 36.

248. Lásd általában Powell, *Supra* note 45; H. Jefferson Powell, *Further Reflections on Not Being "Not an Originalist"*, 7 U. ST. THOMAS L.J. 288, 292 (2010) (a pluralista értelmezési gyakorlatot úgy jellemzi, mint "valójában az alkotmányjogot, mint leíró jellegű kérdést, amióta az amerikaiak először kezdtek el foglalkozni az írásos alkotmányok létezésével").

249. Solum, *Supra* note 4, 33. o. (kiemelés elhagyva); lásd még Lawrence B. Solum, *The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning* (2015. február 3.), <http://ssrn.com/id=2559701> [<http://perma.cc/2YVD-9VDH>].

jelentése "jelentősen hozzájárul az alkotmányos doktrína tartalmához" ("hozzájárulási tézis").²⁵⁰ Az eredeti jog eredetiségének hívei számára ezek az állítások esetlegesen, nem pedig a projekt szempontjából elengedhetetlenek. Ha az alapítók értelmezési szabályai *valóban* megkövetelték, hogy a jog minden nyelvi változással együtt frissüljön, akkor egyszerűen nem igaz, hogy az *eredeti* alkotmány *eredeti* értelme bármilyen szubstantilis hozzájárulással bír.

Persze, bár egyes akadémikusok helyeslik ezt a fajta randizást,²⁵¹ kétséges, hogy bármelyik tényleges társadalom valaha is így tett volna. A nyelvi változások általában olyan okokból történnek, amelyeknek semmi közük a törvényhez (pl. "kukorica"), és felboríthatják mindazokat az okokat, amelyek miatt a törvényhozók egyes szavakat mások helyett választottak. Különösen kevés bizonyíték van arra, hogy az alapítók törvénye így működött. Madison például egyenesen elutasította az ötletet:

Ha a szöveg értelmét az azt alkotó szavak változó jelentésében keressük, nyilvánvaló, hogy a kormányzat alakjának és tulajdonságainak is részt kell vennie azokban a változásokban, amelyeknek minden élő nyelv szavai és kifejezései állandóan ki vannak téve. Micsoda metamorfózist eredményezne a törvénykönyvben, ha minden ősi kifejezőmódját a mai értelemben vennénk!²⁵²

3. *Amiről az originalisták nem értenek egyet*

Ezen a ponton láthatjuk az utat a különböző iskolák eredetiség híveinek közös nevezőre jutásához. Az originalisták egyetértenek abban - vagy egyet kellene érteniük -, hogy ragaszkodunk az alapítók törvényeihez, ahogyan azokat törvényesen megváltoztatták. Amiben nem értenek egyet, az a törvény történelmi kontextációja (beleértve annak értelmezési szabályait is), vagy az, hogy azóta hogyan változtattuk meg azt.

Valójában mindegyik iskola számára előnyös lehet, ha érveit az eredeti törvény alapján fogalmazza újra. Az eredeti szándékkal foglalkozó tudósok már elkezdték ezt tenni, azzal érvelve, hogy ha egy bizonyos csoportot felruházunk azzal a hatáskörrel, hogy törvényt alkosson számunkra (a keretezők, a ratifikátorok stb.), akkor azt a törvényt kell keresnünk, amelyet *ők* akartak alkotni.²⁵³ Ha az Alkotmány minden más jogforrást felülír, miért hagynánk, hogy az interpretív szabályok felülírják azokat az embereket, akik az Alkotmányt *írhatják*,

250. Solum, *Supra* note at (4,35kiemelés kihagyva).

251. *Lásd a fentebb* említett forrásokat. 46.

252. James Madison levele Henry Lee-nek (182425., június), in *LETTERS3 AND OTHER WRITINGS OF JAMES MADISON* (441,Phila442., J.B. Lippincott & Co. 1867).

253. *Lásd a fenti* szöveg kísérő megjegyzését 56.

és így olyan szabályokat hozhatnak, amilyeneket akarnak? Az eredeti jogi megközelítés szerint ennek az az oka, hogy a keretalkotók vagy a ratifikátorok az alapításkor nem rendelkezettek ilyen korlátlan hatáskörrel. Talán nem is annyira a *törvényalkotás* volt a feladatuk, mint inkább *egy szöveg megalkotása*, amely aztán a meglévő értelmezési szabályok révén válik törvénné. (Az ilyen korlátozott megbízás egyik oka az, hogy nem olvashatunk a gondolataikban, hogy megtudjuk, milyen törvényt alkottak; ²⁵⁴ csak a szövegeiket olvashatjuk, és így szükségünk lehet az értelmezési szabályokra, hogy segítsenek nekünk.) Akárhogy is, meg kell ismernünk a választ erre a tekintélykérdésre, mielőtt megmondhatnánk, hogy mindig a szerzők szándéka irányít-e.

Hasonló megközelítés vonatkozik a "nyilvános értelmű" eredetiségiekre is, akik azt hangsúlyozzák, hogy a nyilvánosság egy tényleges tagja ²⁵⁵ vagy talán egy "ésszerű ember" az adott helyen és időben ²⁵⁶ - mit gondolt volna a dokumentumról. Ha az érintett olvasó már ismeri a teljes corpus juris-t, beleértve az összes alkalmazandó értelmezési szabályt is, akkor a "nyilvános jelentés" egyszerűen összeomolhat az eredeti joggal. Ha nem, akkor feltehetően van valami okunk arra, hogy megfosszuk őket ettől a tudástól - például az a nézet, hogy "[a]z Alkotmányt azért írták, hogy a választók értsék alatta".²⁵⁷ De ez is az alapítás korabeli értelmezési szabályokra vonatkozó állítás, amely lehet igaz vagy hamis, és amelyről továbbra is heves viták folynak.²⁵⁸ Ha az alapító kori jog *más* jogi tartalmat tulajdonított az Alkotmánynak, mint amit a rendes választópolgár megértett (mondjuk az általa megválasztott képviselők megértését), az demokratikus elméleti vagy legitimitációs problémát jelenthet, de nem jogi problémát.

A népszerű értelmezési módszerek közül az eredeti jogi megközelítés hasonlóan az úgynevezett "eredeti meta-dikai" originalizmushoz,²⁵⁹ amely általában azokat az értelmezési módszereket próbálja alkalmazni, amelyeket az alapítók is használtak volna. Valójában talán az egyetlen valódi különbség a kettő között az, hogy hogyan

254. Vö. Alexander, *Telepathic Law*, fenti jegyzet (egy ilyen hipotetikus esetet 9tárgyalva).

255. Vö. Smith, *Supra* note at11, (e nézet 225ismertetése).

256. *Lásd általában* Lawson & Seidman, *Supra* note. 34.

257. *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 576 (2008) (változtatás az eredetiben) (idézi a *United States v. Sprague*, 282 U.S. 731716, (1931)).

258. *Lásd pl.* Mike Rappaport, *Justice Scalia, Ordinary Meanings, and Legal Meanings*, LIBR. L. & LIBERTY (Aug. 201422.), <http://www.libertylawsite.org/2014/08/22/justice-scalia-ordinary-meanings-and-legal-meanings/> [<http://perma.cc/VA6V-MCC8>] (az originalisták között folyó vita leírása).

259. *Lásd a fentebb* említett forrásokat. 225.

eldönteni, hogy melyik alapítók módszereit kövessük. Például tegyük fel, hogy az Alkotmány laikus olvasója az A módszert használta volna, de egy technikailag képzett elit olvasó a B módszert használta volna. Az "eredeti módszerek" különböző²⁶⁰ változatai különböző eszközöket használhatnak a választáshoz. Az eredeti jogi megközelítésben azonban ezt a kérdést a jogtudománynak kellene megválaszolnia: A legjobb pozitivisták elmélete a jogot a hétköznapi emberek konvencióin keresztül vagy az ügyvédek, bírák és hivatalnokok gyakorlatán keresztül azonosítja? Kinek a szabályai alkották valójában a köztársaság jogát? Amennyiben ezt a szöveget ma jogi következtetések alapjául akarjuk használni, akkor először is meg kell határoznunk a szövegnek az alapítók jogában betöltött szerepét.

B. *A kifogások kezelése*

A beavatatlanok számára mindez szörszálhasogatásnak tűnhet - vagy ami még rosszabb, mintha angyalok táncolnának egy gombostű fejen. Az eredeti jogon alapuló megközelítés azt feltételezi, hogy az alapítóknak készen állt egy teljes értelmezési szabálykészlet, és hogy ezek a szabályok az amerikai jog részét képezték, nem csak az egyes államok törvényei.²⁶¹ De tekintve, hogy az emberek akkoriban mennyire nem értettek egyet, volt-e egyáltalán alkalmazandó jog?²⁶² És ha nem vagyunk biztosak az értelmezési szabályokban, és ha az elmélet ilyen nagy sátor, nem veszik-e el rugalmassága és elméleti absztrakciója miatt azt a kiszámíthatóságot és korlátozást, amelyet az eredetiség ígért? Ezek az ellenvetések fontosak, de végső soron nem hatékonyak. Az Alapításkor már *volt* alkalmazandó jog, és ez a jog önmagában biztosítja az egyetlen olyan korlátozást, amelyre szükségünk van.

1. *Volt-e törvény?*

Az alapítás a rendkívüli forrongás időszaka volt, amikor az amerikaiak mélyen megosztottak voltak a jog és a politika első elveiben. Különösen abban nem értettek egyet, hogy hogyan értelmezzék a

260. Vö. Saul Cornell, *The People's Constitution vs. The Lawyer's Constitution: Popular Constitutionalism and the Original Debate over Originalism*, 23 YALE J.L. & HUMAN RIGHTS 295, 323 (2011) (az alkotmány laikus és elit értelmezése közötti alapításkori megosztottság leírása).

261. *Lásd a fenti megjegyzést* 108.

262. Vö. Cornell, *supra* note 260 (az alapító korszakbeli értelmezési megközelítések sokféleségének leírása); Larry Kramer, *Two (More) Problems with Originalism*, HARV J.L. & PUB. POL'Y 907, 912 (2008) (azzal érvelve, hogy "a köztársaság első éveiben nem volt nagyobb egyetértés abban, hogy mi volt vagy kell lennie az alkotmány "helyes" értelmezésének, mint ma").

Alkotmány. ²⁶³ Ez az új dokumentum inkább egy törvényhez, egy állami alkotmányhoz vagy egy szuverén államokat kötelező szerződéshez hasonlított? Széleskörűen kell-e értelmezni, hogy elérje céljait, vagy szigorúan, hogy megvédje a szerződő feleket? Nekünk, ma, nem kellene meglepődnünk az ilyen jellegű nézeteltéréseken - és nem is várhatjuk el, hogy az akkori emberek jobban egyetértettek volna, mint mi.²⁶⁴

De ez a nézeteltérés nem hagy minket a tengeren. Egyrészt, ha még mindig ragaszkodunk az alapítók törvényeihez, akkor az ő nézeteltéréseik azok, amelyek számítanak. Ha egyes kérdések akkoriban jól eldöntöttek voltak, és csak később váltak zavarossá (mondjuk a nyelvezetben bekövetkezett zavaró változások miatt), akkor az eredeti történelem visszanyerése segíthet a kérdések megoldásában, nem pedig felveti azokat.

Másrészt a nézeteltérés csak a vizsgálat kezdete, nem pedig a vége. *Amikor* jogi kérdésekben nem értünk egyet, nem mindig arra a következtetésre jutunk, hogy nincs helyes válasz; mindannyiunknak megvan a véleménye arról, hogy melyik válasznak van a legtöbb értelme számunkra, és általában sikerül átvergődnünk rajta. Ugyanez igaz lehet az Alapításra is. A Jefferson Powell által idézett bizonyítékok például arra utalnak, hogy a korai értelmezési gyakorlatot a törvényértelmezés *common law* módszerei uralták, és hogy a szerződéses analógia csak a Virginia és a Kentucky-határozat után kapott különös jelentőséget. ²⁶⁵ Ha ez igaz, akkor számos értelmezési kérdést talán elég jól meg tudunk oldani, még akkor is, ha az Alapítók nem rendelkeztek abszolút konszenzussal.

Lehet, hogy az alapításkori radikális és mélyreható nézeteltérés bizonyítéka, amely teljes mértékben aláássa a jogi szabályok alapjául szolgáló társadalmi konvenciókat, lehetetlenné tenné az eredeti jog projektjét. A jog társadalmi tény, és egyes társadalmak egyszerűen nem rendelkeznek azokkal a jellemzőkkel, amelyek egy adott időpontban szükségesek ahhoz, hogy jogi szabályozásokat hozzanak létre. (Mikor, a forradalom idején, a brit jog valóban elvesztette erejét a földön?) De bármennyire is kaotikus volt az Alapítás, nem volt ennyi nézeteltérés. Az Amerikai Egyesült Államok már az Alkotmány elfogadása előtt is független konföderált állam volt, működő kormánnyal, hivatalnokokkal és bíróságokkal. A Konföderáció talán rosszul működött, tekintettel a cikkelyek számos hibájára; de létezett, és jogi szabályokat hozott létre, illetve szabályozták. Ez

263. Lásd általában Nelson, *fentebb*, 240. lábjegyzet; Powell, *fentebb*, 240. lábjegyzet. 142.

264. Lásd Smith, *Supra* note at 11,228.

265. Lásd Powell, *fenti* megjegyzés 142.

Nehéz azt állítani, hogy az alapításkori nézeteltérések *annyira* alapvetőek voltak, hogy kizárják a hatályos jog lehetőségét.

Ugyanígy, az Egyesült Államoknak az Alkotmány előtti létezése mint valódi, élő kormányzat arra utal, hogy léteztek értelmezési szabályok is. Elvégre a jogrendszernek rendelkeznie kellett *valamilyen* eszközzel az olyan jogszabályok értelmezésére, mint a cikkelyek vagy a Konföderációs Kongresszus különböző rendeletei. A tizenhárom állam mindegyike osztozott az angol common law hagyományában, és mindannyian a common law elveire támaszkodtak, mint természetes háttérre, amely alapján a Kongresszus rendeleteit értelmezni lehetett. Sőt, már maga a tény, hogy az emberek vitatkoztak arról, hogy melyik *értelmezési modellt* használják - statútumokat, szerződéseket, szerződéseket stb. -, azt mutatja, hogy bizonyos fokú konszenzust *feltételeztek* az egyes esetekben megfelelően irányadó szabályok tekintetében.

2. *Az alapítók törvénye és korlátozása*

Egy gyakorló jogász, aki az eredetiséggel kapcsolatos vitatkozó iskolákról olvas, elgondolkodhat azon, hogy mindez milyen jelentőséggel bírhat a jog számára. Az első modern eredetiségvédők könnyen érthetőek voltak: Korlátozni akarták a bírakat, reagálva arra, amit ők egy vad és örült Warren-bíróságnak láttak.²⁶⁶ Azóta a korlátozás kevésbé lett fontos az "új originalizmus" számára, de még mindig szerepet játszik az originalista elmélettel kapcsolatos általános intuíciókban.²⁶⁷ Az eredeti jog originalizmusa azonban úgy tűnik, hogy a kényszert kifújja a vízből. A történelmet félretéve, az elmélet potenciálisan összeegyeztethető a módszerek bizarr sokféleségével, Bork-tól Breyerig és Strauszig. Ha végig kell mennünk ezen a bonyolult elméleti apparátuson, és *még mindig* nem tudjuk a válaszokat, amikor végeztünk, akkor mire jó az originalizmus?

A válasz részben az elmélet és a gyakorlat közötti különbségen múlik.²⁶⁸ Egy gyakorló jogász, aki az eredetiségvizsgálók vitatkozó iskoláiról olvas, úgy érezheti magát, mintha egy szakácsot a szerves kémiáról oktatnának ki: "Persze, *valamilyen* szinten ez segíthet megmagyarázni, amit csinálok, de remélhetőleg nem túl gyakran". A legtöbb hétköznapi kérdésben a hihető elméletek skálája a mi

266. *Lásd pl.* Bork, *Supra* note, 10,7. o.; Rehnquist, *Supra* note. 10.

267. *Lásd pl.* Smith, *Supra* note 11; *lásd még* Thomas B. Colby, *The Sacrifice of the New Originalism*, 99 GEO. L.J. 713 (2011).

268. *Lásd általában* William Baude, *Impure Originalism* (2013. július26.) (nem publikált kézirat, a szerzőnél van).

jog - beleértve az alapítók jogát is - viszonylag szűk körű lesz, ebben az esetben az elmélet nem fog sokat ártani a korlátozásnak.

Ahol azonban különbséget tesz, ott az elmélet jobbfajta korlátozást jelenthet, mint amilyenre a kora újkori eredetiségvédők gondoltak. Az egyik régóta fennálló probléma a "kényszerrel" - ahogyan arra már mások is rámutattak korábban -, hogy azt sokféle módon lehet elérni, amelyek többsége egyáltalán nem hasonlít az originalizmusra. A bírák döntéseit számos eljárás korlátozhatja: dobjon fel egy érmét, mindig az alperes javára döntsön, minden módon kövesse a pártja politikai preferenciáit,²⁶⁹ mindig kövesse a francia alkotmány eredeti jelentését (vagy az amerikai alkotmányt az ötödik és tizennegyedik módosítással együtt), és így tovább. Ha az egyetlen cél a determinált eredmények elérése, akkor nincs okunk arra, hogy az originalizmust válasszuk különösebben. És az Alkotmány eredeti jelentése maga is engedélyezheti a bírói mérlegelést - vagy ami még rosszabb, a jelentés visszanyerésének pusztán nehézsége lehetővé teszi a bírák számára, hogy bármilyen eredményt "originalistának" nevezzenek.²⁷⁰

Az alapítók törvényére való összpontosítás azonban segít megmagyarázni az eredetiség és a korlátozás közötti intuitív kapcsolatot. Az érmefeldobással vagy a francia alkotmánnyal nem az a probléma, hogy kevés korlátot szabnak a bírácoknak; a gyakorlatban inkább de- mandálóak lehetnek. A probléma az, hogy a korlátozások megválasztása ennyire kötetlen. Nincs jó magyarázatunk arra, hogy pusztán a kényszer szempontjából miért kellene a bírácoknak az Alkotmány eredeti értelmét követniük, szemben bármely más, ugyancsak determinált szabályrendszerrel, mindaddig, amíg mindannyian ugyanazt alkalmazzák. Az Alapítók törvényéhez való ragaszkodás adja ezt a magyarázatot, mert a kényszer forrása a törvény, bármi legyen is az.

A bírácoknak, mint minden kormánytisztviselőnek, a törvényeknek megfelelően kell eljárniuk. A törvény néha határozott szabályokat, néha rugalmas normákat (mint például az "elhanyagolás") ír elő; mindegyiknek megvannak a maga költségei és előnyei, és mindegyiket más-más módon alkalmazzuk.²⁷¹ Ha a törvény történetesen sok teret ad a bírácoknak a gyors és laza játéokra, az a mi hibánk, nem a bírácóé. A bírácoknak a törvényt kell követniük.

269. Lawson, *No History, No Certainty, No Legitimacy* (*Nincs történelem, nincs bizonyosság, nincs legitimitás*), *fenti jegyzet*:197, (2). 1554.

270. *Lásd* Redish & Arnould, *fenti megjegyzés* (46ezt az érvelést).

271. *Lásd* Calabresi & Lawson, *Supra* note. 155.

Az eredeti jog eredetisége kevés érdemi követelményt támaszt a joggal szemben; sok mindent a történelemre bíz. Lehet, hogy politikai szempontból túl sok mindent engedne meg a bírának.²⁷² De a módszer nem azon áll vagy bukik, hogy korlátozza-e a bírói kreativitást, hanem azon, hogy pontosan kifejti-e a jogunkat. És bizonyos szempontból ez a legfontosabb korlátozás.

IV. ORIGINALIZMUS ÉS TÖRTÉNELEM

Az eredeti jogi eredetiség rendkívül igényes az őstörténet szempontjából. Nagyon sok mindent kell tudnunk. Ugyanakkor azonban új utakat javasol a történészek és a jogászok között folyó viták megoldására.

Az eredetiséggel kapcsolatos egyik gyakori panasz, hogy az arra kényszeríti az ügyvédek és a bírakat, hogy "történezt játsszanak", hogy sokat tanuljanak olyan dolgokról (az alapítók hitéről, politikai tapasztalatáról vagy nyelvi gyakorlatáról), amelyekben nincs valódi szakértelmük. Ez teljesen jogos, amennyire csak lehet. Az originalizmus nagy mennyiségű történelmi tudást igényel, és az ezt a tudást előállító kutatást jól kell végezni.

De ha az originalizmus valóban az alapítók jogán alapul, nem pedig egy adott tizenharmadik századi szöveg jelentésén, akkor a jogászok nem igazán lépnek senki területére. Ehelyett valami kimondottan jogi dolgot csinálnak: meghatározzák, hogy mi a

Az amerikai jog egy adott dátumtól kezdve *volt*. Ez nyilvánvalóan a jogászok feladata, bár a történészek segítségével.²⁷³

Ráadásul ez az a fajta munka, amelyet az ügyvédek állandóan végeznek. A *Nemo dat* talán azt kívánja meg tőlünk, hogy kitaláljuk, hogy *A* vagy *B* birtokolta-e Blackacre-t régen.²⁷⁴ Államhatárviták egy régi államközi szerződés vagy a korona Lord Baltimore-nak adott adományának helyes értelmezésén múlhatnak. ²⁷⁵ Az utólagos tényállásra vonatkozó követelések arra kényszerítik a bíróságokat, hogy meghatározzák, mi volt a törvény akkor, amikor a bűncselekményt elkövették, nem pedig azt, ami ma van.²⁷⁶ És így tovább. Vannak honosító doktrínáink, mint például a hátrányos birtoklás, amelyek segítenek elkerülni a múlt nehéz vizsgálatát; de mi

272. *Lásd* Redish & Arnould, *Supra* note at 46,1495.

273. *Vö.* Lawson & Seidman, *fenti* 34,50-51. o. (hasonló érvelés).

274. *Lásd a* 99-101. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.

275. *Pl.* United States v. Old Dominion Boat Club, F630.3d (D1039,1041.C. Cir. 2011).

276. *Pl.* United States v. Seale, F577.3d (5665th Cir. 2009).

csak azért vannak, mert a múlt vizsgálata *egyébként* a jogi érvelésünk normális része lenne.

Ha a történeti vizsgálatot a hétköznapi joggyakorlat egyik elemének tekintjük, az segít megválaszolni azt a kritikát is, hogy az eredetiséget, különösen az eredeti jog eredetiségét túl nehéz megvalósítani.²⁷⁷ Egy adott korban egy jogrendszerben szokásos értelmezési módszerek kiderítése absztrakt módon nem nehezebb, mint egy korabeli szakmában egy szakkifejezés megértése;²⁷⁸ mindkettő olyan konvenciók ismeretét igényli, amelyek széles körben elterjedtek, ugyanakkor potenciálisan vitatottak. (Valóban, a történelmi dokumentumok fordítói *állandóan* ezt a munkát végzik.) A szövegeket a nyilvánvaló jelentésük miatt olvassuk, és ha valaki azzal akar érvelni, hogy rosszul csináljuk, akkor megvárjuk, amíg meggyőzően teszi ezt. Addig is azt tesszük, ami a rendelkezésünkre álló bizonyítékok alapján helyesnek tűnik.

És mindenesetre lehet, hogy éppen ezt írja elő a törvényünk. Az eredetiség jogi, nem pedig elsősorban történelmi projektként való felfogása nem engedi, hogy a jogászok kérdéseire összpontosítva elkerüljük a történelmi újrakeresést. Inkább megmutatja, hogy a történelmi kérdések miért a jogászok kérdései. Folyamatosan próbálunk válaszolni az olyan típusú kérdésekre, hogy "mi volt a jog X témában Y időpontban?". Az originalizmus pontosan ezt teszi, jóban-rosszban. És pontosan ezt tesszük akkor is, bár a jogi anyagok szélesebb univerzumával, amikor olyan kérdésekre válaszolunk, mint "mi *ma* a jog X témában?" - olyan kérdésekre, amelyekre a jogászoknak tudniuk kellene válaszolni, ha egyáltalán tudnak.

KÖVETKEZTETÉS

Az originalizmus mint az alapítók törvényeihez való ragaszkodás egyszerre bonyolult és egyszerű. Rendkívül bonyolult, mert ismernünk kell az Alapítók törvényének tartalmát a maga teljes pompájában - értelmezési szabályok, kontextus, változtatási szabályok és így tovább. De nagyon egyszerű is, mert nagyon könnyen érthetővé teszi az originalizmus alapját: törvényünk addig marad ugyanaz, amíg törvényesen meg nem változtatják. Ennek kellene lennie az originalisták szlogenjének, mert az originalizmus a jogi változás elmélete.

²⁷⁷ *Lásd pl. Kramer, Supra* note. 262.

²⁷⁸ *Pl. , Frigalimint Importing Co. v. B.N.S. Int'l Sales Corp., F190. Supp. (S116,117.D.N.Y. 1960)* ("A kérdés az, hogy mi a csirke?").