

GEORGETOWN LAW

Kar munkadokumentumok



Július 2008

Ennobling Politika

a oldalon.

JOG ÉS DEMOKRÁCIA AZ ERŐ BIRODALMÁBAN
(H. Jefferson Powell & James Boyd White szerk.,
Ann Arbor, Mich.: Univ. of Michigan Press,
megjelenés előtt).

Robin West

A Georgetown Law
jogászprofesszora
west@law.georgetown.edu

Ez a tanulmány ingyenesen letölthető a következő
honlapról: BePress:
<http://lsr.nellco.org/georgetown/fwps/papers/72/>

SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1172204>

A szerző engedélyével közölve

Ennobling Politika

Robin West

Az elmúlt fél évszázadban mi, amerikai jogászok veleszületetten aggódtunk, néha megijedtünk, és időnként halálra rémültünk a demokratikus politika kísértetétől, mind a saját, mind másokétól: a hamis demokráciáktól, amelyek a globális fasizmust, kommunizmust és terrorizmust szülhetik, az biztos, de a mi hazai és legalábbis némileg valódi többségi tanácskozásainktól is. Ez az ügyvédi aggodalom nem volt alaptalan. Az elmúlt évszázadban a demokratikus tanácskozások hírhedten tükrözték és meg is erősítették azt az ördögi fajgyűlöletet, amely megmérgezte az amerikaiak nemzedékeinek hazai életét, és amelynek gyógyítása nem a demokratikus folyamatok, hanem a Legfelsőbb Bíróság fellépése révén kezdődött.¹ És csak az új évszázad első évtizedében a demokratikus tanácskozások eredményezték a "Hazafias Törvényt",² a Katonai Bizottsági Törvényt³ és a különböző megfigyelési törvények⁴ módosításait, amelyek együttesen megfosztanak mindannyiunkat az egyéni jogoktól, előkészítették az utat a szerencsétlen és átgondolatlan külpolitikának,⁵ olyan szenteskedő gyakorlatokra ösztönöztek, amelyek indokolatlanul sértik a vallási és a vallási közösséget.

¹ Brown v. Board of Education, Egyesült Államok (4831954).

² Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001 ([Public Law 107-56](#)), ismert mint az USA PATRIOT Act vagy egyszerűen a *Patriot Act*; USA Patriot and Reauthorization Act of 2005, Pub. L. No. 109-177, 120 Stat. 192 (2006. március 9.).

³ Az Egyesült Államok 2006. évi katonai bizottságokról szóló törvénye, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006. október 17.).

⁴ Foreign Intelligence Surveillance Act, U.S.C. §§ et1801 seq.

⁵ Az Irak elleni katonai erő alkalmazásának engedélyezéséről szóló 2002. évi határozat,

Pub. L. No. 107-243, Stat116. 1497-1502 (200211,. október).

kisebbségeket vagy nem hívőket,⁶ kegyetlenül meghosszabbították egy súlyosan fogyatékos és régóta eszméletlen ember életét minden földi ok nélkül,⁷ és értékes forrásokat költöttek olyan ostoba projektekre, amelyek sehová sem vezetnek, és amelyek senkinek a közjóról alkotott elképzelését sem segítik elő.⁸ Mi, jogászok attól tartunk, hogy még a demokratikusan érintetlen politikai akarat is fanatizmusban, kapzsiságban, dühben vagy kiszámított önérdékben gyökerezhet, népirtásnak bizonyuló klánhűségeket ébreszthet, a közösség és a közös identitás olyan családi érzéseit vetheti el, amelyek a fasizmus alapanyagának bizonyulnak, olyan állítólagos nagylelkűségnek adhat hangot, amely tekintélyelvűséget takar, a jólét iránti aggodalom alakját öltheti, amely valójában az egyén önrendelkezésének megvetése. Az elmúlt fél évszázad amerikai jogászai nem azt a problémát jelentik a hétköznapi "csináld, amit akarsz" demokráciával - olvasható az elmúlt fél évszázad amerikai jogászainak kollektív kijelentéseként -, amire John S. Mill és a többségi demokrácia más szimpatikus liberális kritikusai figyelmeztettek: a megkülönböztetés nélküli tömeg elméjének középszerűségét.⁹ A probléma - ahogyan azt az alkotmányos dogma, amelyet a múlt századból ebbe a századba is magunkkal cipelünk, egyre inkább evangéliumnak tekint - az, hogy maga a politika egy lealacsonyított, nemtelen vállalkozás, amely a legrosszabb ösztöneinket váltja ki belőlünk. A bennünk élő politikai állatot meg kell állítani.

És így hát megállítjuk, vagy megpróbáljuk megállítani. Alkotmányunk alkotói köztudottan aggódtak a politikai állat miatt is, és egy jól ismert politikai struktúrát alakítottak ki, amit ők

⁶ 2002-ben, miután a kilencedik kerületi bíróság egy ügyben megállapította, hogy az "Isten alatt" kifejezést tartalmazó hűségeskü a vallás alkotmányellenes támogatásának minősül, a képviselőház mintegy 150 tagja a szenátus lépcsőjén állt fel, hogy elmondja az esküt, és a hangsúly kedvéért az "Isten alatt" kifejezést kiabálta. A szenátus egyhangúlag megszavazta a fogadalmat támogató határozatot. [Lásd: http://archives.cnn.com/2002/LAW06/26/pledge.allegiance/index.htm](http://archives.cnn.com/2002/LAW06/26/pledge.allegiance/index.htm)

⁷ Lásd Charles Babington és Mike Allen, Congress Passes Schiavo Measure; Bush Signs Bill Giving U.S. Courts Jurisdiction In Case of Fla. Woman, THE WASHINGTON POST, 2005. március 21., hétfő; A01. oldal.

⁸ Michael Grunwald, *A 'Bridge to Nowhere' (Híd a semmibe) Egy túlszűfolt autópálya-törvénytervezet Egy teáskannamúzeum; Pork by Any Other Name (Sertéshús bármely más néven)*, THE WASHINGTON POST, április. 30,2006

⁹John Stuart Mill, *A szabadságról.* (New Haven: Yale University Press 2003).

azt hitte, hogy megszelídülhet.¹⁰ Az államok egyenlő képviselője a szenátusban ellentétbe hozná ezt az intézményt a rangon aluli többséggel; a végrehajtó és a törvényhozó hatalom szétválasztása a becsvágyat a becsvágydal ellensúlyozná; az állami és nemzeti kormányzók között megosztott, szétszórt, korlátozott és megosztott hatalom olyan politikai versenyeket teremtene, amelyek végső soron a közjót szolgálnák. Az alkotmányjogászok azonban nem elégedtek meg ezekkel a furcsa módon keményen bedrótolt politikai biztosítékokkal, hanem még egyet tettek Madison és a Társaság javára: az *alkotmányjog* teljes erejével és retorikájával megállítjuk a politikai állatot. Ez egészen más dolog. Az alkotmány, ahogyan azt az amerikai jogászok és bíróságok Marshall bíró korától kezdve egészen napjainkig alkalmazzák és alkalmazzák, nem egyszerűen a jó kormányzás tervezete egy olyan nemzet számára, amely óvatos a politikai ambíciókkal szemben.

Az Alkotmány sokkal inkább jogforrás, amelynek lényege éppen az, hogy a politikai impulzust jogi impulzussal ellensúlyozza, és időnként a politika gyümölcsét egy jogi kijelentés erejével negligálja.

A rosszindulatú politika megállítása jóindulatú joggal - a veszélyes ágak túlkapasainak megfékezése a legkevésbé veszélyes ágak szavaival, közös gondolkodásával, kollektív bölcsességével és bírói józan ítélőképességével - az amerikai jogászok számára régóta úgy tűnik, hogy ez a legmegfelelőbb módja annak, hogy tiszteletben tartsák Simone Weil szellemét,¹¹ és most már

¹⁰ James Madison, *The Federalist Papers*, no 47, 10. fejezet, 323-31, 30 Jan. 1788; (a hatalmi ágak szétválasztásáról); James Madison, *The Federalist Papers*, No. 51 (a kétkamaráságról); James Madison, *The Federalist Papers*, No. 22 és 17 (föderalizmus).

¹¹ "Senki sem szerethet és lehet igazságos, aki nem érti az erő birodalmát, és nem tudja, hogyan ne tisztelje azt." Simone Weil, "L'illiade, ou le poeme de la force", először megjelent a *Cahiers du Sud*-ban (1940. december - 1941. január). A fordítás J. B. White fordítása. Az idézet Jim White legújabb és némileg meglepő könyvének, J. B. WHITE, *LIVING SPEECH, RESISTING THE EMPIRE OF FORCE*, (Princeton, New Jersey: Princeton University Press 2006).

Jim White professzor ¹²sürgető erkölcsi követelése: ha szeretettel és igazságosan akarunk élni, akkor meg kell találnunk a módját, hogy ne tiszteljük a világ erőszakos birodalmainak pusztító ösztöneit és katasztrofális politikáját, beleértve azt is, amelyben mindannyian élünk és dolgozunk. Itt Amerikában, a jogászok közösen válaszolnak Weilnek és White-nak, az "erő birodalmával" szemben bírósági úton létrehozott alkotmányos joggal lépünk fel. Nem csak a nagyravágyás ellen lépünk fel nagyravágyással -

- Inkább az egész zűrzavart ésszerű joggal ellensúlyozzuk. Amikor a jogászok aggodalmuknak adnak hangot az Erő Birodalmára adott jogi válaszuk megfelelősége miatt, akkor valószínűleg amiatt aggódnak, hogy - különböző okokból - alkotmányos válaszuk nem elég erős ahhoz, hogy megfeleljen a túlságosan kiterjedt, veszélyes, mohó politikai államáltal jelentett veszélyeknek. Lehet, hogy

aBíróságot politikailag kooptálták, és elvesztette semlegességre való igényét .talán maguk az alkotmány jogi parancsai nem elég egyértelműek. Talán a körülmények úgy megváltoztak, hogy módosításokra van szükség; talán a jogi apparátus, amellyel a politika ellen fellépünk, megroggyant vagy működésképtelenné vált. Ezen okok bármelyike és még számos más ok miatt előfordulhat, hogy az állam túlhatalmas, tolakodó, romboló politikai hajlamaira adott jogi, alkotmányos, ésszerű válasz nem megfelelő. És ha ez így van, akkor veszélyes egyensúlytalansághoz érkeztünk az erő és az ész, a politika és a jog, a politikai és az ítélkező állapot viszonyában, mind kormányzati alkotmányunkban, mind emberi lelkünkben.

igaz, akkor nekünk, jogászoknak azonnalveszélyesen túlburjánzó politikai állam felé kell fordítanunk a figyelmünket.Ennek legjobb módja, talán az egyetlen módja, vagy mindenesetre az, amit az amerikai jogászok ösztönösen felfedeznek, alkotmányos

kultúránk újraélesztése. Az e konferenciára készült előadások nagyrészt éppen erre törekedtek.

¹² J. B. WHITE, LIVING SPEECH, *fenti* 11 jegyzet.

Nem akarok White-tal és Weil-lel nem egyetérteni abban, hogy joggal félünk attól, amit ők az erő birodalmának neveznek, vagy hogy feltétlenül meg kell tanulnunk, hogyan ne tiszteljük azt, ha szeretettel és igazságosan akarunk élni. Nem akarok egyetérteni a jogi egyetemeken tanuló liberális kollégáim majdnem egyhangú konszenzusával sem, miszerint az erő birodalma ellen az alkotmányjog eszközeivel való küzdelem az egyik módja annak, hogy pontosan ezt tegyék. Én azonban szeretném bonyolítani ezt a képet. Az elmúlt évtizedben - és különösen a Katrina pusztítása óta eltelt két év alatt - polgártársaink egyre inkább más aggodalmaknak adtak hangot demokratikus politikánk jelenlegi állapotával kapcsolatban, mint amit a jogi közösség Weil és White által megfogalmazott erkölcsi vádra adott válasza sugall. A jog által megzabolázatlan politikai leviatán - az erő birodalma - valóban ijesztő látvány. Másfelől azonban egy túlságosan *összecsugorodott* állam - amely túl keveset tesz, amely nem cselekszik, amely látszólag impotens, vagy amely szándékosan elhanyagolja politikai feladatát - *szintén* elszegényít és életeket veszélyeztet. A bennünk élő politikai állat hiperaktívvá, vakmerővé és pusztítóvá válhat. De lehet trehány, hanyag és szórakozott is, és amikor ez így van, a következmények ugyanolyan halálosak lehetnek.

Az amerikai állampolgárok egyre gyakrabban hangoztatott aggodalma, különösen a Katrina katasztrófa nyomán, az, hogy belpolitikánk és az állam, amely annak terméke, túlságosan *sovány*, nem pedig túlságosan falánk lett, miközben külpolitikánk is szörnyen túlméretezetté vált. A mi zsugorodott államunk, amely képtelen felkészülni egy hurrikánra, vagy megfelelő választ adni rá, képtelen megjavítani a romló hidakat vagy az omladozó iskolákat, képtelen reagálni a közegészségügyi válságokra vagy a veszélyesen felmelegedő éghajlatra, sok polgártársunk számára úgy tűnik, hogy megszegi a legalapvetőbb, alapvető kötelességeket, amelyek gyakorlatilag

minden társadalmi szerződés ésszerű értelmezésének középpontjában állnak. Így, ahol a jogászok a mi

kormányt, és látják az "erő birodalmát", amelyről Weil beszélt, és amely számos alkotmányos normát sért, sok polgártársunk a legjobb esetben is lustaságot lát - egy olyan birodalmat, amely nem képes vagy szándékosan nem hajlandó eleget tenni legalapvetőbb kötelezettségeinek.¹³ Ez az aggodalom *szintén* nem alaptalan. Törvényhozóink, akik ilyen rendkívüli összegeket költenek arra, hogy megválasszák őket, az elmúlt évtizedben - mint megtudtuk - évente csak néhány "hetet" "dolgoztak", a "hetet" pedig keddtől csütörtökig tartó hétnek tekintjük. A kézfegyverek elszaporodnak a városok utcáin és a vidéki városokban egyaránt, és sokakat nem az alkotmány által megzabolázhatatlan államtól, hanem a törvény által korlátlan drogbirodalomtól félnek. A szelíd decemberi, januári, februári és márciusi napok aggasztóan emlékeztetnek a fenyegető és nagyrészt kezeletlen környezeti válságra, nem pedig édes kegyelem a változatlanul hideg tél után. Az egészségügyi költségek bizarr költségvetési alkalmazkodásra és kompromisszumokra kényszerítik a munkásosztály egyes háztartásait: a fogorvosi látogatásokat feláldozzák a lakbérfizetésért, az új ruhákról lemondanak a heti ételkészítésért. A szegény, munkásosztálybeli és középosztálybeli családok nagy része számára a kockázat elleni védelem, amely a leviatán *létfogosultsága*, ahogyan azt a liberális államelméletek Hobbes-tól Rawlsig állítják, sehol sincs a láthatáron. A kormány - vagy legalábbis a törvényhozás első ága - megtörtnek¹⁴ tűnik - nem sok mindenre képes a birodalom. A társadalmi szerződés látszólag megszűnt.

Tehát, a hiperaktív állam helyett egy zsugorodó állam kockázatával szemben - egy olyan állam, amely a közéletünket csökkentve hagyja, amely az egészségünket, a biztonságunkat és az öregségünket veszélyben hagyja, amely a gátakat megépítetlenül és a községi iskolákat romokban hagyja - mit tesz az alkotmányosság?

¹³ Köszönet Lisa Heinzerlingnek a "lustaság birodalma" kifejezés felvetéséért. ¹⁴
ORENSTEIN AND MANN, THE BROKEN BRANCH: HOW CONGRESS IS FAILING AMERICA
AND HOW TO GET IT BACK ON TRACK (New York: Oxford Press 2005).

a birodalom veszélyeire mindig éberem figyelő jogászok határozottan állítják? Igazából semmit. Néhányan közülünk sajnálják. A változásra szavazunk. De gyakorlatilag senki sem állítja közülünk, hogy az alkotmányosságnak - és így az alkotmányjogászoknak is - szakmai, fegyelmezett szerepe lenne abban a *tikkun* munkában, amely szükséges ahhoz, hogy kormányunk első, elromlott ágát megjavítsuk.

Van tehát ez a mély aszimmetria amerikai alkotmányos kultúránkban. Az alkotmányjogot, az alkotmányjogászokat és természetesen magát az alkotmányosságot állítjuk szembe a tévelygő, túlterjeszkedő, veszélyesen romboló leviatánnal. Ebben a közös erőfeszítésben gyakorlatilag egyedek vagyunk. Szinte senki sem állítja azonban, hogy még csak elméleti, nemhogy végrehajtható alkotmánysértésről lenne szó, amikor az alkotmány által alkotott állam nem cselekszik. Alkotmányos jogunk, közösen feltételezzük, egyszerűen nem érinti vagy sérti az állam passzivitása. Mindennek az a következménye saját identitásunk szempontjából, hogy mi, jogászok fokozott jogi kötelezettséget - *alkotmányos* kötelezettséget - érzünk arra, hogy visszaszorítsuk a bestiális, agresszív politikai állatot, amikor ámokfutásba kezd, és ezt a jogban megnyilvánuló édes ész meggyőző erejével tegyük. Mégis, nem ismerünk el semmilyen szakmai alkotmányos kötelezettséget arra, hogy ugyanezt a politikai állatot megbökjük, amikor az lustaságból gyilkol. Nincs magasabb rendű törvény - vagy legalábbis nincs olyan magasabb rendű törvény, amelyet mi ismerünk -, amelyet a cselekvést elmulasztó állam megszegne. Ez csak politika. Nem a jog dolga.

Ez az élesen kirajzolódó ellentét a rosszhiszemű állam elleni küzdelemre vonatkozó alkotmányos kötelezettségünk és a nem rosszhiszemű állammal szemben a saját felelősségünk teljes hiányához való ragaszkodásunk között, amely szakmai jogi kultúránk középpontjában áll, érdemes elgondolkodni, ha aggódunk - ahogy Jim White

helyesen mondja, hogy aggódnunk kellene - jogunk és demokráciánk jelenlegi állapota miatt. A túlterjeszkedő, beavatkozó állammal és az azt mozgató politikai állattal szemben az alkotmányjogászok egy Felsőbbrendű

A jog és annak minden alkotóeleme: maga az Alkotmány, a Bill of Rights, a Legfelsőbb Bíróság, a szövetségi bírói testület, a jogállamiság, a precedensek uralma, a *stare decisis*, a bírósági felülvizsgálat, a szigorú ellenőrzés, az anyagi jogi eljárás, az eljárási eljárás, a politikát "felülmúló" egyéni jogok, a felsorolást kiegészítő félkörös jogok, semleges elvek, alapvető érdekek, szabadságérdekek, mérlegelési tesztek, formális egyenlőség, és így tovább, és így tovább, és így tovább, és így tovább, és így tovább. Ez egy elég nagy arzenál. A hanyag, figyelmetlen, passzív, tétlen állam és annak olykor halálos közönye ellen csak megvonjuk a vállunkat. A Bíróság újra és újra elmondja nekünk, hogy az államnak nincs alkotmányos kötelessége pozitívan *cselekedni*, vagy ha van is ilyen kötelessége, az nem érvényesíthető.¹⁵ Egyszerűen nincs jogorvoslati lehetőség e valószínűleg nem létező kötelezettségek állítólagos megszegésére, amikor az állam hagyja, hogy a gátak összeomljanak, vagy nem szállítja az időseket, gyengéket és szegényeket magaslatokra, amikor a víz megemelkedik, vagy nem finanszírozza az iskolákat, vagy nem javítja az idősek otthonát és a veterán kórházakat, vagy nem foglalkozik a romló környezettel, vagy nem biztosít egy szegény gyereknek fogorvost, aki megakadályozhatja, hogy egy tályogos fogból származó fertőzés az agyába jusson és megölje, és így tovább, és így tovább.

A bíróságok szerint a polgároknak nincs "pozitív joguk" mindezekhez, és a törvényhozóknak sincs pozitív kötelességük, hogy megvédjék az embereket a bűnözéstől, a fegyverektől és az erőszaktól, vagy kártérítést nyújtsanak a jogtalan sérelmekért, vagy hogy közoktatást biztosítsanak, még kevésbé, hogy élelmet vagy menedéket biztosítsanak a szegényeknek, vagy hogy az embereket eltávolítsák a hurrikán útjából. Az állam egyszerűen felhagyhatna mindezen funkciók teljes körű ellátásával, és ezzel nem sértene alkotmányos kötelezettséget. Ha az emberek úgy döntenek, hogy választott vezetőiken

keresztül hagyják, hogy az iskoláik mosdói elrohadjanak, az infrastruktúrájuk leromoljon,
a gátak pedig leomoljanak.

¹⁵ *Lásd pl.* DeShaney kontra Winnebago County Social Services, U489.S. (1891989).

a gyermek meghal és a föld megbetegszik, akkor ez az ő döntésük; ez a politika. Nem a jognak a helye és nem az ügyvédek feladata felébreszteni az álmos állatot. A választók megtehetik, és meg is teszik, ha úgy döntenek. Ismétlem, ez csak nem a jog dolga.

Ez az esszé először is amellett érvel, hogy az alkotmány *ígérete*, ahogyan azt a jogászok értik - hogy az alkotmányjog, ahogyan azt a bírák értelmezik, értelmes fék a kirívó politikával szemben - és annak *korlátai* - hogy az alkotmány, ahogyan azt így értik, egyáltalán nem jelent választ az állami lustaságra - mélyen és talán elválaszthatatlanul összefüggnek egymással. Az alábbi első részben mindkettő az alkotmány egy sajátos felfogásában és a demokráciában betöltött szerepének egy sajátos értelmezésében gyökerezik: egy olyan felfogásban, amely az alkotmány legalista jellegét, valamint a bírói jogérvényesítés és értelmezés iránti fogékonyságát hangsúlyozza. Az alkotmányosságnak ezt a felfogását itt és másutt is "megítélt alkotmánynak" nevezem. Amikor a jogászok az "alkotmányban" bíznak, mint a rosszhiszemű állam ellenőrzésében, és amikor a jogászok kollektíven azt állítják, hogy nincs alkotmány sértés, amikor a nem rosszhiszemű állam nem cselekszik, akkor a jogászok jellemzően a bíróságok által értelmezett alkotmányra hivatkoznak. Az ügyvédek tehát, hogy finomítsunk a lényegen, óriási bizalommal vannak a "megítélt alkotmány" iránt, mint az erőszak birodalmára adott válasz, de nem látnak szerepet benne, amikor az állam a tétlenségével kárt okoz. Ezt a kissé bonyolult hitet - a bíróságok által érvényesített alkotmányba vetett hitet - úgy vélem, túlzásba viszik. Nem logikátlan vagy összefüggéstelen, vagy belsőleg ellentmondásos. Egyszerűen csak túlzásba viszik. Az esszé harmadik és legfontosabb része egyszerűen rávilágít néhány erkölcsi és pragmatikus költségre, amelyekkel jár, ha erre az ígéretre hagyatkozunk - és ha belenyugszunk annak korlátok közé szorításába.

Ezután egy másfajta alkotmányos választ kínálok White és Weil vádjára, mint amit alkotmányos közösségünk jelenleg elfogad. A lényeg a

White-nak és Weilnek az a válaszom, hogy az alkotmányjogászoknak legalább meg kellene próbálniuk tehetségüket úgy használni, hogy a politikát nemesítsék, ahelyett, hogy olyan könnyörtelenül próbálnák megállítani, ha úgy akarjuk az erő birodalmát semmibe venni, hogy az lehetővé teszi számunkra, hogy szeretettel és igazságosan éljünk. A jogászok, azt javaslom, sokat tehetnek a közös erőfeszítésért, hogy a jogalkotás folyamatát a társadalmi igazságossággal jobban összhangban lévő irányba erősítsük, ahogyan a múltban is sokat tettünk közösen azért, hogy a bíraskodást a jogi igazságosság érzésével erősítsük meg.

Ezen túlmenően semmiképpen sem szabad hátat fordítanunk az Alkotmánynak, miközben részt veszünk ebben az erőfeszítésben. Nem állítom tehát, hogy maga az Alkotmány akadályozza a politika nemesítésének munkáját. Talán nem kellene azonban olyan erősen támaszkodnunk a *megítélt* alkotmányra, mint ahogyan azt a múltban tettük. Ez nem egy olyan erőfeszítés, amelyre az ítélezés retorikai eszközeit, hatáskörét és érényeit rá lehet tenni. Ez azonban mégiscsak alkotmányos erőfeszítés, amelynek szükségességére és sürgősségére a bíraskodáshoz való túlzott ragaszkodásunk talán vakká tett bennünket.

Az esszé utolsó részében felvázolok néhány olyan tudományos és intézményi projektet, amelyek elősegíthetik ezeket a célokat.

Az alkotmányosság ígérete és korlátai

Miért hallgatnak az alkotmányjogászok, akik mindig éberem figyelik az állami mulasztások veszélyeit, az állami mulasztásokkal kapcsolatban? Miért vannak a jogászok olyannyira meggyőződve arról, hogy az Alkotmánynak nincs mondanivalója az állami mulasztásokról? Bármi is legyen a doktrína tanulsága, *politikai* elméleti kérdésként ez

egyszerűen különösnek tűnik. Az alkotmány - bármilyen alkotmány - végül is kormányt hoz létre, hogy az tegye a dolgát.

dolgok. Valójában mind az eredeti alkotmányunk, mind pedig a Bellum utáni újjáépítési módosítások abból a meggyőződésből fakadtak, hogy a szövetségi kormánynak jóval többet kellene tennie, mint amit az alkotmány megalkotását megelőző időszakban tett. Az alkotmány valóban egyáltalán nem ír elő törvényhozóink számára pozitív kötelezettségeket az általános jólét előmozdítására?

Sem az amerikai alkotmány szövege, sem története nem ad teljes magyarázatot arra a jogi szakmán belüli mai konszenzusos nézetre, amely szerint az alkotmány doktrinális alkotmányjogi kérdésként "csak negatív jogokról" szól, és nem szól az állami nemteljesítésről. Először is, és amint arra az elmúlt negyedszázadban számos tudós ismételtén rámutatott, maga az Alkotmány nem csupán néhány olyan passzust tartalmaz, amely pozitív kötelezettségek létezésére utal, mind az egyes államok, mind a szövetségi kormányzat számára.¹⁶ Maga az Alkotmányt - már az első mondata szerint - részben azért "rendelték el és hozták létre", hogy "biztosítsa a belső nyugalmat" és "előmozdítsa az általános jólétet".¹⁷ Ezek úgy hangzanak, mintha a szövetségi kormány feladata lenne. A tizennegyedik kiegészítés első szakasza továbbá előírja az államok számára, hogy biztosítsák mind a tisztességes eljárást, mind a törvények egyenlő védelmét - az, hogy "egyetlen állam sem tagadhatja meg" ezeket a jogokat, ha kivesszük a kettős tagadást, úgy tűnik, azt jelenti, hogy minden államnak biztosítania kell ezeket.¹⁸ A szövegből nem derül ki egyértelműen, hogy *mitől* kell megvédeni bennünket, de a mondat szintaktikája és nyelvtana eléggé egyértelműnek tűnik.

¹⁶ *Lásd pl.* Susan Bandes, *The Negative Constitution: A Critique*, MICH88. L. REV. 2271-2331 (1990); CHARLES L. BLACK, JR, A SZABADSÁG ÚJJÁSZÜLETÉSE: EMBERI NEVESÍTETT ÉS NEM NEVESÍTETT JOGOK. (New York: Grosset/Putnam, 1997).

¹⁷ Az Amerikai Egyesült Államok Alkotmányának preambuluma.

¹⁸ Amerikai alkotmány, XIV. módosítás, első szakasz.

az államok kötelessége, hogy a polgárokat megvédjék a különböző kockázatokkal szemben, mégpedig egyenlő mértékben.¹⁹ A Kongresszus az ötödik szakasz felhatalmazza őket, hogy reagáljanak, ha ezt elmulasztják.²⁰ Az államok és a kongresszus ugyanezen módosítás szerint egyaránt kötelesek az Egyesült Államok területén született személyeknek a teljes jogú állampolgársággal járó valamennyi jogot, kiváltságot és mentességet biztosítani.²¹ Nem tudjuk, hogy mik lehetnek ezek az állampolgársággal járó kiváltságok és mentességek, de ez azért van, mert a Legfelsőbb Bíróság nagyrészt elzárkózott a vizsgálódástól, nem pedig azért, mert olyan nehéz lenne meghatározni, hogy a keretalkotók mit értettek ez alatt. Politikai történelmünk hasonlóképpen tele van példákkal arra, hogy mind az egyes hazafiak, mind a nagy politikai mozgalmak az alkotmány nyelvezetét és retorikáját arra használják, hogy azt sürgetik, hogy az államok kötelesek a társadalmi igazságosság követelményeinek megfelelően cselekedni. Tom Paine az Egyesült Államok alkotmányában és a különböző államok alkotmányaiban kísérletet látott arra, hogy megfogalmazza az ember alapvető jogait; olyan jogokat, amelyeknek szerinte tartalmazniuk kellene azt, amit ma jóléti jogoknak²² neveznénk; egyes abolicionisták az eredeti alkotmányban a szabadsághoz, boldogsághoz és egyenlőséghez való pozitív jogokat láttak, amelyek kizárták a rabszolgaságnak²³ ugyanezen alkotmányból eredő hallgatóságos támogatását;

¹⁹ Máshol már érveltem amellett, hogy az egyenlő védelemről szóló záradék legtermészetesebb értelmezése megköveteli az államoktól, hogy pozitív intézkedéseket hozzanak annak érdekében, hogy minden polgárt megvédjenek bizonyos kockázatokkal szemben, beleértve a legfontosabbnak a magánéleti erőszak kockázatát. *Lásd* ROBIN WEST, PROGRESSIVE CONSTITUTIONALISM: RECONSTRUCTING THE FOURTEENTH AMENDMENT (PROGRESSIVE CONSTITUTIONALISM: RECONSTRUCTING THE FOURTEENTH AMENDMENT) (Durham, N.C.: Duke Univ. Press 1994), 9-45. o. *Lásd általában:* JACOBUS TENBROEK, THE ANTISLAVERY ORIGINS OF THE FOURTEENTH AMENDMENT (Berkeley: Univ of Cal

press 1951), *újrakiadás*: EQUAL UNDER LAW (Berkeley: Univ of Cal Press 1965).

²⁰ Amerikai alkotmány, XIV. módosítás, ötödik szakasz.

²¹ Amerikai alkotmány, XIV. módosítás, első szakasz.

²² Lásd Thomas Paine, *Agrarian Justice*, a THE LIVE AND WORKS OF THOMAS PAINE, Patriot's Edition, Thomas Paine National Historical Association, New Rochelle, New York, 1925, William Van der Weyde, szerkesztő, és Thomas Paine, *The Rights of Man* (Dover: Dover Publishing 1999). *Lásd általában* Robin West, *Tom Paine's Constitution*, VIRGINIA89 LAW REVIEW, (Okt., 2003), 1413-1461. o.

²³ *Lásd* Lysander Spooner, *The Unconstitutionality of Slavery* (1845), újranyomtatva a THE4 COLLECTED WORKS OF LYSANDER SPOONER (Charles Shively szerk., 1971).

a közvetlenül a Bellum utáni korszak számos kiemelkedő államférfija a különböző újjáépítési módosításokban az állam alkotmányos kötelezettségét látta, hogy az újonnan felszabadult polgárok számára segílyt nyújtson, valamint a törvények védelmét a fehér csőcselék erőszakosságával szemben.²⁴ Franklin Rooseveltt híresen sürgette a második alkotmánytörvényt, amely kifejezetten tartalmazta volna a "jóléti jogok" biztosításának kötelezettségét²⁵; a XIX. század végi és a XX. század eleji szakszervezeti aktivisták, szüfraszőrök és feministák mindannyian a munkajogok,²⁶ a nők választójogának és egyenjogúságának, valamint a rabszolgaságért való jóvátételnek a megerősítését látták az alkotmányban; és a kortárs tudósok és aktivisták jelentős része az alkotmány általános megfogalmazásaiban több mint elegendő szöveges támogatást talál arra az állításra, hogy az alkotmány megköveteli a nemzeti és állami kormányoktól, hogy gondoskodjanak a szegény polgárok alapvető jóléti szükségleteiről.²⁷ A szöveg és a történelem bizonyítékaival szemben honnan származik ez a kitartó bírói állítás - ez a bizonyosság -, hogy az Alkotmány "csak negatív jogokról szól"? Mi a magyarázata ennek a vonzerejének?

²⁴ Lásd Akhil Amar, *Negyven hold és egy öszvér: A Minimal Entitlements republikánus elmélete*, 13 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 37-43 (1990).

²⁵ Lásd általában CASS SUNSTEIN, *THE SECOND BILL OF RIGHTS* (New York: Basic Books, 2004).

²⁶ Lásd WILLIAM FORBATH, *LAW AND THE SHAPING OF THE AMERICAN LABOR MOVEMENT* (New Haven: Yale Univ. Press, 1991) és Forbath, *Constitutional Welfare Rights*: 2004 HARV. LAW REVIEW 1821-1887 (2001). Lásd CHARLES BLACK, megjegyzés *supra*, Mark Tushnet és Gary Peller, *State Action and a New Birth of Freedom*, 92 GEO. L.J. 779-817 (2004); Peter Edelman, *Where Is FDR When We Need Him?*, 93 GEO. L.J. 1681-1692 (2005). Peter Edelman, *Where Race Meets Class: The 21st Century Civil Rights Agenda*, Geo12. J. on Poverty L. & Pol'y 1-11 (2005). Edelman, *Welfare and the Politics of Race: Same Tune, New Lyrics*, Geo11. J. on Poverty L. & Pol'y 389-403 (2004).

Az egyik lehetséges magyarázat ennek az állításnak a széles körű elfogadására, amely véleményem szerint még a vele szemben leginkább kritikus kortárs tudományban is viszonylag kevésbé kutatott, annak a "jognak" a természetére vonatkozik, amely az alkotmányos "jog" természetévé vált.

Az alkotmányjogászok jellemzően úgy tekintenek az Alkotmányra, mint a teljesen hétköznapi, pozitív, bírói (vagy "ítélkezési") jog forrására, és jellemzően nem is tekintenek másra. Másképpen fogalmazva, e felfogás szerint országunk alkotmányos alapelvei - beleértve a jogok, kötelességek, kötelezettségek, kötelezettségek, törekvések, hatáskörök és azok korlátainak teljes tárházát - a rendes bírói módszerrel megfelelően felismerhetők, megfogalmazhatók, kihímezhetők, megszépíthetők, megnyirbálhatók, megdönthetők vagy elhagyhatók. Az Alkotmányból eredő "jog" ezért az eljárás, a *stare decisis* és bármilyen szakmai kultúra szokásos bírói korlátjainak van alávetve, amely az adott időben korlátozza az értelmezési túlkapasokat. Az alkotmányos tartalmat a bírói észérvek alapján állapítják meg. Az alkotmány ereje, retorikája és érvelése mind a szereplők akaratának korlátozásában merül fel, módon, amely minden bírói alkotmányos jogra jellemző. Az alkotmányjog tehát nem meglepő módon osztozik annak az általános osztálynak a tulajdonságaiban, amelynek tagja. Lehet, hogy egy *alkotmányt* fejtegetnek, még hozzá egy rendkívüli alkotmányt, de azt bírák, bírák és ügyvédek fejtegetik rendes bíróságokon, és egészen rendes jogi módokon. Azt az állítást, hogy ez az Alkotmány megfelelő értelmezése és funkciója a mi kormányzati rendszerünkben, értem a "bírói alkotmányosság" kifejezés alatt. Az Alkotmány "törvény" - ezt természetesen maga az Alkotmány mondja ki -, és ebből az következik - az amerikai jogászok gyakorlatilag mind úgy gondolják -, hogy a "törvényt", amely az Alkotmány "van", a kormányzat igazságszolgáltatási ága hozza létre, értelmezi és hajtja végre.

Mit számít ez? Mi az alkotmányos jog, azáltal, hogy bíró által alkotott? Milyen közös vonásai lehetnek az alkotmányjognak a bíró által alkotott joggal, azáltal, hogy ebbe az osztályba tartozik? Úgy gondolom, hogy több is van, de a legfontosabb e célból csak ez: a bírói jog gyakorlatilag minden ága, beleértve a bírói alkotmányjogot is, a rendellenes, alkalmi, rossz cselekedeteket célozza, nem pedig a rendszerszintű társadalmi igazságtalanságokat. A bírói jog arra figyel, ami pusztítást okoz: a szándékos diszkriminálóra, a gyilkos gyilkosra, a gondatlan, gondatlan vagy szándékosan rosszhiszemű cselekvőre, a rosszhiszeműen eljáró rendőrré. Sokkal lassabban reagál - ha egyáltalán reagál - a kegyetlen status quo gyengékre gyakorolt káros hatásaira, a tudatosan gyilkos vállalati igazgatótanácsra, a rendőrré, aki rosszhiszeműen vagy nem rosszhiszeműen követi az invazív és diszkriminatív társadalmi forgatókönyvet, és így tovább. Alapvetően minél aberráltabb vagy alkalmi a rossz, annál könnyebben és könnyebben reagál az ítélkezési jog. A mérleg másik oldalán viszont minél rendszerszintűbb, hétköznapiabb vagy áthatóbb az igazságtalanság, annál kevésbé.

Gondoljunk egy pillanatra az ítélkezési jog más területeire. A kártérítési jog - a klasszikus -- a társadalmi rendet megzavaró testi sértést érzékeli és arra reagál - nem pedig az alárendeltségre és a társadalmi rendet *alkotó* kicsinyes vagy tömeges elnyomásra. Ha valakit észrevehető ok nélkül kirúgnak egy munkahelyről, akkor nem történt jogilag elismert sérelem - ez az élet fehér zajának része. Ha valakit észrevehető *jogtalan* okból rúgtak ki - akkor talán. A munkahelyi szexuális zaklatás lehet kártérítési vagy polgári jogi jogsérelem, ha az olyan rendkívüli módon furcsa, hogy feltűnő, mint egy fájó hüvelykujj. A hétköznapi, mindennapi, *nem szexuális* zaklatás - és a "hétköznapi" szexuális zaklatás jó része is - egyszerűen a munka része. És persze az otthoni szexuális zaklatás az, amit családi életnek nevezünk. Ha valakit megütnek

és egy gondatlan járművezető által megsérült, lehet, hogy megtérül; az asztmás gyermek, aki a légszennyező anyagoktól szenved, vagy egész nyáron bent marad, hogy elkerülje az általuk okozott veszélyes külső környezetet, valószínűleg nem. Ismétlem - minél hétköznapibb és szélesebb körben elterjedt a támadó magatartás, annál kevésbé valószínű, hogy azt deliktuálisnak tekintik vagy kártérítést nyújtanak érte. Mindenféle zsargonisztikus kifejezésekkel rendelkezünk a megkülönböztetések ezen egész osztályára. A kártérítési jogban a rosszindulatú cselekményt minősítjük deliktuálisnak, de a nem rosszindulatú cselekményt nem, a büntetőjogban, ahogyan azt a bírák kidolgozták, bár nem ők írták, a rossz cselekedetet szankcionáljuk, de a rossz mulasztást nem, a polgári jogban, ahogyan azt a bírák kidolgozták, a diszkriminatív állami cselekvést kompenzáljuk, amely keveseket károsít, de az állami tétlenséget nem, amely sokakat hátrányosan érint. A kártérítési oldalon ugyanígy, a magán- és közjogi bírói jogban kártalanítjuk az egyéni romboló cselekmények áldozatait. A széles körben elterjedt korrupció, uralom vagy igazságtalanság áldozatait ritkán veszik észre, és sokkal ritkábban kártalanítják.

Ezek a megkülönböztetések alapvető fontosságúak a bírói jog természetét és céljait illetően. Az ítélkezési jog a status quo helyreállítására törekszik; arra törekszik, hogy helyreállítsa a rosszul működő egyensúlyt. Arra törekszik, hogy megőrizze a társadalmi rendet a felbomlással szemben. Ez az általa keresett "jogi igazságosság" természete, amely mellett elkötelezi magát. Csak rendszertelenül és csak ritkán törekszik sikeresen a status quo felborítására vagy az abba beágyazott igazságtalanság kikézelésére. Közhely, hogy egy ember gyilkosa életfogytiglani vagy még rosszabb büntetést kap, míg ezrek gyilkosa csak a történelem ítéletét szenvedni el. Az ítélkezési jog tekintetében ez aligha rejtélyes, sőt, még csak nem is ironikus: az ilyen jog látja,

regisztrálja, észreveszi, elrettenti és kompenzálja a kivételeseket és a tévelygőket. A király békéjét megsértő cselekvőre reagál, nem pedig magára a király békéjének igazságtalanságára. Kevésbé metaforikusan: nem látja, nem riasztja el és nem kompenzálja a norma által okozott igazságtalanságokat. Az ítélkezési jog -

a bíróságaink által alkotott jog - nagyrészt azért létezik, hogy megőrizze a normát; nagyon konkrét értelemben az ilyen jog *a* norma. Az élet normalitásának és hétköznapiságának legalábbis egy része - jelentős része - az, amit a jog az azt fenyegető deliktuális vagy bűncselekményt követően igyekszik helyreállítani. Az igazságtalan társadalmi alárendeltség, amely a normális része, annak a részévé válik, amit az ilyen jog véd. Soha nem lesz a célpontja.

Mi történik tehát, ha az "alkotmányjogot", mondhatni, *teljes egészében a* bíróságok kezébe adjuk? Idővel - természetesen figyelemre méltó kivételektől eltekintve - az Alkotmány elveszíti átalakító jelentőségét, és megőrző jelentései megszilárdulnak. Miért? *Nem* az Alkotmány természete miatt, amely nyilvánvalóan rendelkezik mind megőrző, mind átalakító potenciállal, és nem a jog természete miatt, beleértve azt a "jogot", amelyet az Alkotmány a szupremáciai klauzulában önmagát "jognak" nyilvánít - egy olyan kifejezés, amelynek a megalkotásakor számos jelentése lehetett, és bizonyára volt is. Maga a "szöveg" miatt sem - amelynek nagy része látszólag inkább az állami fellépést tanácsolja vagy követeli meg, mint a visszafogottságot -, és bizonyára nem a használatának története miatt. Nem is az értelmezésével megbízott egyes bírák vagy bírák politikai irányultsága miatt. Az alkotmányjog inkább azért rendelkezik mélyen konzervatív formával és tartalommal, beleértve a pozitív jogok vagy állami kötelezettségek létezésétől való vonakodását is, mert hétköznapi időkben, vagyis az idő nagy részében, a bírák által alkotott szokásjogról van szó. Nem volt mindig ilyen, és nem is kell mindig annak lennie, de azzá vált, és ennek eredményeként a tartalma úgy alakult, hogy illeszkedjen e jogforma mélységes premisszáihoz. Mint minden ilyen jog, a bíró által alkotott alkotmányos szokásjog is úgy reagál az azonosított szereplők alkalmi, aberrált vétségeire, hogy kártalanítja, visszaadja és helyreállítja a rendet az áldozatok

számára. Az alanyai természetesen állami szereplők, nem pedig egyéni szereplők.

bűnözők vagy kárt okozók - ez a különbségtétel. De a jogtudományi álláspontja ezekkel a bűnelkövetőkkel szemben nem különbözik a jognak ezen a területén, mint bármely más területen. Az alkotmányjog a furcsán, aberránsan rosszindulatú, betolakodó állammal foglalkozik, ahogyan a büntetőjog a furcsán, aberránsan rosszindulatú bűnözővel, aki megzavarja a király békéjét, a kártérítési jog pedig a felelőtlen állampolgárral, aki megsérti a polgártársak rendes jogait.

Az ítélkezési joghoz hasonlóan tehát általában véve az alkotmányjog is viszonylag vak - akár szándékosan, akár nem - a társadalmi rendet átható rendszerszintű igazságtalanságokkal szemben. Bizonyos tekintetben és bizonyos időszakokban még vakabb, vagy lényegesen kevésbé vak, mint a bírói jog más formái, mégpedig olyan okokból, amelyek valóban eléggé jellemzőek rá. A bírói úton alkotott jog többi részével ellentétben az alkotmányjogot nem lehet politikailag könnyen megváltoztatni. Már ez a tény önmagában is lényegesen nagyobb nyomást gyakorol mind megőrző, mind átalakító funkciójára. Időnként, és ha a bírói politika megfelelő, a bírói úton létrehozott alkotmányos szokásjog viszonylagos állandósága olyan erkölcsi imperatívuszt teremt a bírák számára, hogy tulajdonképpen egyesítsék funkcióikat a törvényhozással, és az átható igazságtalanságra az alkotmányjogon keresztül reagáljanak. Máskor, a politikai korszellemre való tekintettel, ugyanez a beágyazottság látszólag az ellenkezőjét sugallja maguknak a bírácoknak és sokunknak: az alkotmányjognak a bírák által alkotott jog más területeivel ellentétben fennálló állandósága azt sugallja, hogy a bírácoknak féltékenyebben kellene őrizniük megőrző funkcióját. De ezek a különbségek nagy időszakokra kiterjednek, és ezek a különbségek a periférián jelentkeznek; az ítélkezési jog más formáival való összhang sokkal szembetűnőbb, mint az alkalmi eltérések. Mint az ítélkezési jog általában véve, az alkotmányjog is figyel a visszaélésekre, de nem

figyel oda a visszaélésekre. Észreveszi, elrettenti és kártalanítja a jogellenes cselekményeket, de a mulasztásból eredő jogtalanságokat nem.

cselekménye, éberem figyel a túlműködő államok által jelentett veszélyekre, de figyelmetlen az államok és az állami szereplők passzivitása vagy hanyagsága által okozott károkkal szemben. Mindezt a doktrínában rögzítjük, itt is, mint máshol: az alkotmányjogban különbséget teszünk a "közsféra" között, amely az alkotmányjog által megcélozható, és a magánszféra között, amely nem lehet az, határozott határvonalat húzunk a *de jure* alkotmányellenes és a *de facto alkotmányellenes cselekmények* között, amelyek nagyrészt nem azok, az állami cselekvés között, amely kompenzálható, és az állami tétlenség között, amely nagyrészt nem az, és így tovább. Mindezek a megkülönböztetések az alkotmányjogban biztosítják, hogy a bírói tekintet a kivételesre összpontosuljon, miközben megőrzi a társadalmi, kulturális, magán- és jogi normát. Az állam, amely mulasztással öl vagy okoz sérülést, tehát felmentést kap alkotmánybíráinktól, csakúgy, mint a kártérítési és büntetőjog közmondásos idegenje, aki könnyedén elsétál a pocsolyában fuldokló csecsemő mellett. Bármi is igaz magára az Alkotmányra, a bírói alkotmányjog hallgat a mulasztó állammal szemben, ahogyan a büntetőjog és a kártérítési jog is hallgat a hasonlóan cselekvő állampolgárral szemben.

Másrészt az ítélkezési jog - *éppen azért, mert ítélkezési jog* - reagálhat és reagál is a status quo-t megzavaró rossz cselekedetre és rossz szereplőre, és ez alól az alkotmányjog sem kivétel. A bírói jog hatékonyan reagál az egyéni aberrációkra - az élesen körülhatárolt, egyedi, alkalmi rossz cselekedetekre. Nézzük csak meg a kártérítési és büntetőjogot: szinte semmi más nem alkotja őket, mint ennek az általános normának az egyedi alkalmazásai. A szándékosan, gondatlanul és gondatlanságból kárt okozó egyéneknek a szemére vetik a dolgot, míg az újszerű doktrínák bármelyik területen, amelyek látszólag ellentétesek ezzel a szemlélettel - mint például a kártérítési felelősség szigorú felelősségi normái vagy a büntetőjogban a "szindróma" típusú

védekezés - gyakorlatilag eleve a perifériára szorúlnak,

és mindig fennáll a veszélye, hogy teljesen eltűnik. Ebben a tekintetben az alkotmányjognak a bírói jog más műfajaival szemben csak az a sajátossága, hogy az állami szereplők politikai vétkei, nem pedig az állampolgárok egyéni vétkei váltják ki a legalista választ. De ez valóban elég sokat mond: lehetővé teszi azokat az értékeket, amelyeket jellemzően a "jogállamisággal" társítunk. Így a jognak *ezen a területén a jog a rosszul cselekvő állam*, a rosszul cselekvő állami szereplő, és esetenként a rosszul cselekvő állami cselekvés terméke - a törvényes jog - az, amire a jog reagál. Inkább a hibázó leviatán, mint a hibázó magánember váltja ki a jog aggodalmát és figyelmét. Az alkotmányjog - a jogállami alkotmány szívében rejlő ígéret az, hogy a rendellenes magatartás joggal való ellensúlyozására irányuló rendes bírói és jogi ösztönzést kiterjeszti a rendellenes politikai szereplő, vezető és végrehajtó hatalom birodalmára - magára a szuverénre, az erő birodalmára.

Az alkotmányos jog lényege tehát egy nagyra törő ígéret és egy hallgatólagos korlát. Az ítélt alkotmány ígérete az, hogy valóban képes megfékezni a visszaélészerű "erőszak birodalmát", nem kevésbé, mint az egyének által elkövetett bűnös erőszakkal való visszaélést.

Az aberrált politikai magatartás - egészen a szuverének aberrált magatartásáig - nem kevésbé, mint az aberrált egyéni magatartás, a bírói jog parancsa alá tartozhat. Még a királyok és az elnökök is nagymértékben hozzáigazítják viselkedésüket ezekhez az előzetesen létező magatartási normákhoz. Mi itt a törvények társadalma vagyunk, nem az embereké; itt a törvény a király; a "szuverén mentelmi jog" szakadt monarchikus doktrínája itt nem legitim (legalábbis néhányan közülünk így gondolták). A bírák által alkotott, megítélt alkotmányos jog hatékony fékje az erőszak birodalmának - nemcsak azért, mert alkotmányos jog, hanem ugyanilyen fontos, hogy *megítélt*. Nem csak az,

hogy a bírói hatalom

"külön." Inkább az alkotmányosság révén az ítélkezési jog legmélyebb és leguniverzálisabb ösztöneit - a status quo-t fenyegető aberráns és destruktív egyéni késztetések ellenőrzését, korlátozását, elrettentését és kompenzálását - egészen általánosságban alkalmazhatjuk az állami szereplők aberráns, destruktív késztetéseire. Ez a liberalizmus számára jelentős előrelépés, és joggal tartják ezt jelentős előrelépésnek, és nagyrészt ez magyarázza a jogállamiság központi szerepét a liberális politikai elméletben. Az így értelmezett, megítélt alkotmányjog homogenizálja az állampolgár és az állami szereplő elvárásait és kötelezettségeit - *a törvények betartására*. Mind az állampolgárnak, mind a szuverénnek ezután összhangban kell cselekednie, magatartását összhangba kell hoznia a normával, magatartását a "közös" jog - a mindenkire érvényes jog - szigorához és követelményeihez kell igazítania.

A megítélt alkotmány *korlátja* - miszerint az Alkotmány "csak negatív jogokból áll", nincsenek pozitív alkotmányos jogok, és nincsenek alkotmányosan előírt törvényhozói köteleességek" - ennek a saját maga által tett pozitív ígéretnek a hallgatóságos negatív feltétele. Mindaddig, amíg az alkotmányjog a bíróságok hatáskörébe tartozik - amíg az alkotmánybírálok alkotmányt fejtegetjük -, addig a mindent átható társadalmi igazságtalanság és az azt elősegítő állami tétlenség nem lesz a tárgya, és nem lesz célja a megváltoztatása. A társadalmi konszenzus megőrzése - beleértve az e konszenzus részévé vált igazságtalanságot is - az egyes rossz szereplőkkel - beleértve az állami szereplőket is - szemben lesz a cél. Ez egy jelentős ígéret - a rosszul cselekvő állam lehet egy egész kormányzat, vagy egy egész kormányzati ág, vagy egy egész háború vagy külpolitika, vagy egy egész apartheid állam.

De ez közvetlenül magában foglal egy lényeges korlátot is: a megítélt alkotmány egyáltalán nem lesz válasz a lusta államra. Hogy miért? Nem azért, mert ez egy *alkotmány*,

amelyet a Bíróság magyaráz, és nem azért, mert *ez az* alkotmány, amelyet a Bíróság magyaráz, és nem azért, mert

mert mi a *jogot* magyarázzuk, hanem inkább azért, mert a bíróságok magyarázzák. Az állami cselekvés, amely a bírói tekintet célpontja lehet, és az állami tétlenség, amely nem lesz az, közötti különbségtétel egyszerűen a doktrinális magyarázata a bírói jognak ennek az egészen alapvető és jogtudományi - nem alkotmányos - jellemzőjének. Az alkotmányjog korlátozott képessége az állami mulasztások korrigálására vagy akár csak észrevételezésére ugyanabból a gyökérből ered, mint az erőszak birodalmának (talán korlátozott) fékező ereje. Az alkotmányjog korlátja és ígérete az erőszak birodalmának túlkapásaival vagy kudarcaival *szemben* egyaránt a bíraskodás természetében és lényegében gyökerezik.

A megítélt alkotmány egyes költségei

Az alkotmányjogászok kifejezetten romantikus viszonyt ápolnak a megítélt alkotmánnyal. Látják az erényét és a szépségét. A jog képes és köteles visszaszorítani az erő birodalmát, és a megítélt alkotmányjog ennek az impulzusnak a legmagasabb szintű kifejeződése. Nem olyan jók abban, hogy lássák a költségeit, amelyek közül a legnagyobb kétségtelenül a benne rejlő kifejezés: az ítélt jog rendet tesz az aberráltak ellen, és ezért az alkotmányjog rendet tesz az aberrált állam ellen, de nem látja és nem reagál az inaktív, nem reagáló államra. Ennek következménye a cselekvést elmulasztó, hanyag állam nagymértékű politikai és erkölcsi legitimációja - valójában a társadalmi szerződés egészen alapvető megsértésének alkotmányos legitimációja.

Természetesen a "csak negatív jogok - pozitív jogok nélkül" doktrínának nyilvánvaló és sokat emlegetett társadalmi jóléti költségei vannak. Legalábbis részben emiatt nincs általános egészségügyi ellátásunk, vagy gyermekgondozásunk, vagy tisztességes közoktatásunk, vagy garantált munkahelyünk, vagy szilárd biztonsági

hálónk, és így tovább. Vannak azonban kevésbé észrevehető költségek is.

is. Nézzük meg, mi történik, ha alkotmányjogunknak ezt az igazságát - miszerint nincsenek pozitív alkotmányos jogok, és így nincsenek jogalkotói cselekvési kötelezettségek - összekapcsoljuk alkotmányos kultúránk egy másik sarokkövével, nevezetesen - Ronald Dworkin híres megfogalmazását idézve - azzal, hogy az amerikai kormányzati rendszerben politikai erkölcsünk teljes mértékben az idealizált - és bizonyos mértékig megvalósított - alkotmányos jogban fejeződik ki.²⁸ A megítélt alkotmány - érvelt Dworkin, jól tükrözve a huszadik század végi alkotmányos gondolkodást - tartalmazza erkölcsi jogaink és kötelezéseink teljes artikulációját, ahogyan azok a kormányzásra vonatkoznak. Ez a híd - tanította mindannyiunknak - a természetjog és a pozitív jog között. Ez a politikai erkölcs pozitívvá tett politikai erkölcs. Nos, ha ez igaz - lehet, hogy így van, lehet, hogy nem, de minden bizonnyal széles körben hisznek benne - , akkor ez a jogi közösségben oly sokak által osztott bizonyosság - miszerint a törvényhozóknak nincs alkotmányos köteletségük a szegények alapvető jólétének biztosítására, a gyermekek megfelelő oktatására, a lakosság egészségügyi szükségleteinek kielégítésére és így tovább - tragikus végkifejlettel jár: ahogy az alkotmányos kötelezettségek, úgy az erkölcsi kötelezettségek is megszűnnek. A megítélt alkotmányunk végül is nemcsak a jog, hanem a politikai erkölcsiség kódexe is. Ez egy szerencsétlen szillogizmushoz vezet: Ha nincs alkotmányos köteletség a közjó érdekében történő jogalkotásra, és ha az alkotmányosság kimeríti politikai erkölcsünket, akkor nincsenek erkölcsi kötelezések sem.

Így a megítélt alkotmány egyik legkevésbé észrevett, de legkövetkezetesebb költsége éppen ez: a politikai erkölcsünk alkotmányosítása, először az alkotmány legalizálásával, majd a bírói jog korlátaival kombinálva, idővel olyan politikai ágat eredményez, amely nem kevésbé tekinti sajátos *erkölcsi* kötelezettségeit

²⁸ RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* (Cambridge: Harvard Univ. Press 1977).

mint alkotmányos kötelezettségei, kizárólag mint visszatartási kötelezettségek, és soha nem mint cselekvési kötelezettségek. Annak az ügyvédi ragaszkodásnak, hogy a passzív állam nem sérti meg alkotmányos kötelezettségét, az az ára, hogy az állam letargiája nemcsak jogilag, hanem erkölcsileg és politikailag is teljes mértékben legitimált.

Van egy második, kapcsolódó költség is. A megítélt alkotmány valójában félremagyarázza - mivel elbagatellizálja és minimalizálja - alkotmányos szövegünk és történelmünk mélyebb tanulságait. Ismétlem, a megítélt *alkotmányjogunk* egyik fő pillére, hogy az államoknak nincs pozitív cselekvési kötelezettségük, és csak az a kötelességük, hogy ne cselekedjenek rosszul. Ebből azonban egyszerűen nem következik, hogy maga az Alkotmány is ennyire korlátozott. Az, hogy az Alkotmány "csak negatív jogokból áll", manapság nagyrészt a bírói úton létrehozott szokásjog természetével és korlátaival összefüggésben és azok miatt tűnik "igaznak". A bíróságok, mert bíróságok, és nem azért, mert konzervatív bíróságok, regresszív bíróságok vagy reakciós bíróságok -- tiszteletben tartják a múltat, arra törekednek, hogy a jelenlegi valóságot összehangolják a történelmi igazságokkal, keresik a mintaszerű következetességet, és igyekeznek minimalizálni a felfordulást. Most ugyanolyan rosszul vannak felkészülve, mint ahogy száz évvel ezelőtt nem voltak hajlandóak arra, hogy az állampolgárság vagy a kiváltságok és mentességek jelentését konkretizálják, hogy meghatározzák a társadalmi igazságosság tartalmát.

Hasonlóképpen, modern bíróságaink nem csak rosszul felszereltek, de hasonlóképpen nem is hajlandóak arra, hogy az államokra kötelezzék az összes állampolgár megfelelő színvonalú oktatását, az éhező gyermekek etetését, a nők elleni erőszak büntethetőségét vagy a megfelelő egészségügyi ellátás biztosítását. Ebből azonban nem következik, hogy az Alkotmány nem követeli meg a Kongresszustól, az államoktól vagy az

önkormányzatoktól, hogy valamelyikük vagy mindegyikük pontosan ezeket a feladatokat lássa el. A megítélt alkotmány korlátaiból nem azt a következtetést kell levonni, hogy maga az alkotmány nem tartalmaz arra vonatkozó megbízást, hogy államaink eleget tegyenek a társadalmi igazságosság követelményeinek. A jobb következtetés

egyszerűen arról szól, hogy az Alkotmánynak lehet olyan jelentése, és olyan kötelezettségeket írhat elő, amelyek túlmutatnak azokon, amelyeket a bíróságok törvényként előírhatnak.²⁹

Így a megítélt alkotmány nemcsak az erkölcsi legitimitációt vonja maga után, hanem a passzív, tétlen, hanyag állam *alkotmányos* legitimitációját is, méghozzá meglehetősen perverz módon. Ha vannak is erkölcsi vagy alkotmányos kötelezettségei az állami szereplőknek a társadalmi szerződésnek való megfelelésre, ezeket az alkotmányos jelentés bírósági úton történő megítélése csúnyán elhomályosítja. A megítélt alkotmány nemcsak elhomályosítja - hanem perverz módon semmissé teszi, ahelyett, hogy megerősítené - a társadalmi szerződésből fakadó kötelezettségeket.

Most pedig hadd térjek át a főkönyv másik oldalára. A kérdés nem csak az, hogy a megítélt alkotmányossággal járnak-e ezek a költségek. A kérdés az, hogy megéri-e az árát. A bírói alkotmány *ígérete* az, hogy éppen bírói jellege miatt független, politikamentes, jogi kontrollként működhet az erő birodalmával szemben. Bizonyára lehetséges - sőt valószínű -, hogy ezt az ígéretet nem kaphatjuk meg ingyen. Tehát - mennyire jól teljesíti a bírói alkotmány az alapfunkcióját? Milyen értéket képvisel az ígéret? Ha a bírói alkotmány fantasztikusan jól teljesít ebben, akkor az ára

²⁹ Azt állítom, hogy a bíróságok sem tudják megakadályozni a rendőrállamba való átcsúszást, amitől Jed Rubinfeld tart, ha elfogadnák a negyedik módosítás általa preferált jelentését. A bíróságok, mivel bíróságok, nem képesek erre. A tévelygő rendőrök ellen tudnak rendet tenni; a rendőrállam ellen nem tudnak rendet tenni. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a negyedik módosítás értelmezésére vonatkozó értelmezési állítása téves.

Mi, az emberek megakadályozhatjuk ezt a csúszást, és az Alkotmány talán még sürget is minket, vagy erre ösztönöz minket, de nem, ha a bíróságokra bízunk az értelmezés felelősségét. Az Első Alkotmánymódosítás bizonyára úgy értelmezhető, hogy azt követeli meg, hogy teremtsük meg a szilárd demokratikus diskurzus feltételeit, akár a politikai szólás eszközeihez való hozzáférés megnyitása révén, akár valami más módon - de ezt megint csak nem tehetik meg a bíróságok. Rendörködhetnek az olyan aberrált állami vagy szövetségi törvények ellen, amelyek indokolatlanul szorítanak vissza egy bizonyos felszólalót vagy álláspontot.

Ez azonban nem jelenti azt, hogy nem kellene, vagy nem lehet úgy értelmezni az Alkotmányt, hogy az ilyen tágabb értelemben is értelmezhető. Összefoglalva ezt a pontot, röviden, elveszítjük a "politikai alkotmányt" és az általa hordozott jelentéseket, ha az Alkotmányt csak jogi dokumentumként olvassuk. Ez mélységes veszteség. A politikai alkotmány, amellyel rendelkezünk - vagy rendelkezhetnénk, ha odafigyelnénk rá -, jó alkotmány.

talán megéri: ha a túlterjeszkedő leviatán veszélye ennyivel nagyobb, mint az ellenőrizetlen magánhatalom veszélye, akkor talán nem is olyan rossz üzlet egy olyan igazságügyi alkotmány, amely agresszívan képes az előbbi ellen fellépni, miközben az utóbbit legitimálja. Más szóval, ha a beavatkozó állam veszélye elég nagy, akkor talán el kell viselnünk egy legitimált társadalmi rendet, ha ez az ára a rosszindulatú politika hatékony bírói ellenőrzésének.

Egy kis szkepticizmus az ígélet hatékonyságát illetően talán helyénvaló lenne. Hadd soroljak fel néhány okot. A szkepticizmus egyik oka James Bradley Thayer híres érve volt több mint száz évvel ezelőtt: Thayer szerint az agresszív bírósági felülvizsgálat inkább gátolja, mint ösztönzi az alkotmányos lelkiismeret kialakulását.³⁰ Vegyünk egy durva analógiát. Bizonyára a szülők és az iskolatanácsok mindannyian tisztában vannak azzal, hogy minél inkább a jogra és a legalizmusra támaszkodunk az erkölcs betartásának biztosítása érdekében, annál kevésbé fognak gyermekeink a lelkiismeret vonzására támaszkodni - és annál kevesebb okunk lesz arra, hogy lelkiismeretet neveljünk, vagy hogy megteremtjük azokat a társadalmi feltételeket, amelyek elengedhetetlenek a lelkiismeret kialakulásához. Ez talán nem kevésbé igaz politikai szereplőinkre, mint amennyire egyértelműen igaz serdülőinkre. Thayer híres ellenvetése a túlságosan agresszív bírói felülvizsgálattal és a túlságosan legalizált alkotmánnyal szemben egyszerűen az volt, hogy mindkettőnek az lenne a nemkívánatos következménye, hogy gyengítené a törvényhozóknak az alkotmányos garanciák tiszteletben tartására vonatkozó érzett kötelezettségét, aminek a végeredménye kevesebb, nem pedig több alkotmányhűség lenne. Thayer az elmúlt évszázad, és különösen az elmúlt évtized eseményei bizonyára nem bizonyították *tévesnek*. Még a bírósági felülvizsgálat és egy olyan bíróság ellenére is, amely nem volt túlságosan féltékeny annak alkalmazását illetően,

hazánk még mindig szándékosan megsérti a Genfi Egyezményeket, még mindig a
Bisbee-féle kínzási memorandum szégyenével élünk,

³⁰ James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, HARV. L. REV. 129-156 (1893).

Guantánamo még mindig működik, a rendkívüli kiadatások folytatódnak, a habeas gyakorlatilag továbbra is felfüggesztve van, a végrehajtó hatalom aláírási nyilatkozatai még mindig az asztalon vannak, a Kongresszus továbbra is finanszíroz egy illegális háborút, a polgártársaink magánéletébe még mindig engedély nélkül hatolnak be, és így továbbveszélyes leviatánnal szembeni alkotmányos biztosítékok legalizálása és az igazságszolgáltatásba vetett bizalmunk, hogy felügyelje azt, nem hagyott bennünket egyértelműen egy megfelelően megfenyített, alkotmánytisztelő végrehajtó hatalmat. Egy olyan végrehajtó hatalmat hagyott nekünk, amely hajlandó az alkotmányos kereteket feszegetni, és egy olyan törvényhozó hatalmat, amely mentesült minden olyan érzés alól, hogy az alkotmányos korlátokat be kell tartania, vagy akár csak a finomságokra is ügyelnie kell - részben annak a retorikai bizonyosságnak köszönhetően, hogy minden alkotmányos hiányosság a Bíróság dolga. Ezáltal a politikai ágakat időnként a törvény által ellenőrzött, de sem az alkotmányos lelkiismeret, sem az alkotmányos politika által teljesen ellenőrizetlen politikai ágak maradtak, mivel sem a törvényhozók, sem a kormányzottak nem érzik, illetve nem cselekszenek az alkotmányos mandátumok betartására vonatkozó kötelezettséget.

Vannak más okok is Thayer spekulatív tézisének túl, hogy szkeptikusak legyünk? Talán. A *Brown kontra Oktatási³¹ Tanács* és még inkább a *Roe kontra Wade* ügy óta különösen a ³²liberális alkotmányjogászok, de általában véve mindannyian a bíróságokra támaszkodunk, sokkal inkább, mint azt Thayer előre látta volna, nemcsak a nemzetbiztonság érdekében hozott alkotmányellenes törvényhozói és végrehajtói intézkedések korlátozásában, hanem a társadalmi és erkölcsi célok érdekében hozott alkotmányellenes törvényhozási intézkedések - mint például az abortusz, a

fogamzásgátlás és a homoszexualitás kriminalizálása, az azonos neműek házasságának törvénytelenítése, a fajok elkülönítése az iskolákban, a parkokban és a házasságokban, és így továbbellenőrzésére is. A megítélt alkotmány, ahogyan azt a liberális és

³¹ *Brown v Board of Education*, fentebb, megjegyzés. 1.

³²410 U.S. 113 (1973),

a libertárius alkotmányjogászok célja, hogy megmentsen bennünket ezeknek az alkotmányellenes jogalkotási kalandozásoknak a káros hatásaitól, nem kevésbé, mint a végrehajtó hatalom visszaéléseitől. Most, hogy a Bíróság végzi az alkotmányos érvelést, maguknak a törvényhozóknak - akik mindannyian vakmerő rossz színészek - nem kell. Ez alapvetően Thayer álláspontja, bár a modern körülményekhez igazítva. Bizonyára azonban nemcsak a törvényhozóknak, hanem a polgároknak is aggódniuk kellene azon, hogy a fogamzásgátlás betiltására, az abortusz szabályozására, a zászlóégetés kriminalizálására, az iskolai imádkozásra stb. irányuló erkölcsi és társadalmi hajlamaink összhangban vannak-e a szabadság, az egyenlőség és a szekuláris állam iránti elkötelezettséggel, amelyet a jogászok és a bíróságok az alkotmányos megfogalmazásokban tükrözödnék. Az, hogy ezek a törvények összhangban vannak-e a szabadsággal és az egyenlőséggel, vagy sem, nem kevésbé fontos politikai erkölcsi kérdés, mint az alkotmányosság. Az alkotmányos normáknak az állampolgárok számára egyszerűen azért és olyan mértékben kellene számítani, mert és amilyen mértékben jó kormányzati normák, és nem csak azért, mert alkotmányos követelmények. A bírói felülvizsgálat és az ennek terméke, a megítélt alkotmány azt sugallja, hogy bár ezek a normák nagyon fontosak, a polgárok számára egyáltalán nem kell, hogy fontosak legyenek. Nem kell, hogy részei legyenek a nyilvános tanácskozásoknak.

Van még egy harmadik probléma is a megítélt alkotmánynak az erőszak birodalmának ellenőrzésére vonatkozó ígéretével, amelyet Thayer szintén nem vett észre (amennyire meg tudom állapítani). Ahogy Jeremy Waldron az elmúlt évtizedben érvelt, a Bíróságot foglalkoztató alkotmányjogi diskurzus azzal fenyeget, hogy nemcsak mindenki más *alkotmányos* tudatosságát, hanem az e kérdésekkel kapcsolatos *erkölcsi* megfontolásokat is elárasztja.³³ Nézzük csak a legnyilvánvalóbb példát

³³ JEREMY WALDRON, A JOGSZABÁLYZAT MÉLYE (New York: Cambridge University Press 1999), JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (New York: Cambridge University Press 1999), JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (New York: Oxford University Press 1999).

ennek az általános jelenségnek. Az egyik oka annak - lehet, hogy vannak más okok is -, hogy nincs különösebben megalapozott és egymást kölcsönösen tisztelő nyilvános vitánk sem a nők terhességmegszakítással kapcsolatos döntésének erkölcsiségéről, sem az abortusz elleni törvényhozás erkölcsiségéről, bölcsességéről vagy gyakorlatiasságáról, az, hogy a Bíróságon folyó alkotmányos vita gyakorlatilag monopolizálta a vitát, nemcsak az ilyen jogszabályok alkotmányosságáról, hanem erkölcsiségéről és gyakorlatiasságáról is, és nem hagyott mást, mint az irracionalitás maradványait a közvélemény előtt. Waldron szerint a szociális és erkölcsi jogszabályok agresszív bírósági felülvizsgálatának egyik aggasztó következménye, hogy nemcsak a Bíróságon belüli alkotmányos érvelés kerekedik felül a polgárok és a jogalkotók alkotmányos vitáin, hanem ezáltal a nyilvános vita is elmarad az ilyen alkotmányosan gyanús törvények erkölcsösségéről, bölcsességéről vagy ésszerűségéről. Nincs sok értelme vitatkozni arról, hogy egy javasolt intézkedés jó ötlet-e vagy sem, ha valaki más fogja eldönteni, hogy megengedhető-e, méghozzá egészen más indokok alapján. Akár meg is spórolhatjuk a lélegzetünket.

Tehát - ahelyett, hogy az abortusz szabályozásának ésszerűségéről vagy erkölcsösségéről vitatkoznánk, inkább a bíróságokra bizzuk annak megvitatását, hogy *Casey*³⁴ összhangban van-e *Roe-val*, hogy *Roe-t* megköveteli-e *Griswold*, hogy ³⁵*Griswold* következik-e a *Pierce kontra Society of Sistersből*³⁶, hogy az alkotmánymódosításoknak lehetnek-e penumbrai, hogy mit igényel a szabadság, mi az érdemi, ha van egyáltalán, a tisztességes eljárás, és legújabban természetesen, hogy az államok alkotmányosan alárendelhetik-e a nők egészségét saját szükségleteiknek.

³⁴ *Planned Parenthood kontra Casey*, 505 U.S. 893 (1992).

³⁵ *Griswold kontra Connecticut*, Egyesült Államok (4791965).

³⁶ *Pierce kontra Society of Sisters*, U268.S. (1925)510.

a magzati élet iránti szimbolikus tisztelet kifejezésére (megtehetik).³⁷ Ahelyett, hogy a pornográfia ártalmairól beszélnék, inkább hagyjuk a bíróságokra, hogy szabályokról, közösségi normákról, mérlegelési tesztekéről, harci szavakról és állami intézkedésekről vitatkozzanak, hogy az államok alkotmányosan betilthatják-e ezt a cuccot, ahelyett, hogy eldöntenek, hogy kellene-e vagy sem. Ahelyett, hogy az élet végi tanácskozásokról beszélnék, és arról, hogy kinek és hogyan kellene azokat meghoznia, az ügyvédek és a bírák inkább az anyagi jogokat vitatják meg - azt, hogy az államok alkothatnak-e törvényt ezekben a kérdésekben, és nem azt, hogy *kell-e* vagy sem. Ahelyett, hogy nyilvános vitába bocsátkoznának - amennyiben ez indokolt - az azonos neműek szexének értékéről vagy ártalmairól, az ügyvédek és bíróságok a formális egyenlőség korlátairól beszélgetnek - megint csak arról, hogy *az* államok beavatkozhatnak-e ebbe, nem pedig arról, hogy *kellene-e beavatkozniuk* - és így tovább. Ily módon a politikai erkölcsi kérdések alkotmányos kérdésekké válnak, amelyek viszont jogi kérdésekké válnak, amelyeket aztán a bíróságoknak kell eldönteniük. A politikai erkölcs sürgető kérdéseinek - hogyan és miért kellene kormányoznunk magunkat - kongresszusi és nyilvános megvitatása így kétszeresen, sőt háromszorosán csökken a jogi alkotmányosság által: sem e törvények alkotmányossága, sem bölcsességük, sem a tiltani kívánt cselekedetek erkölcsisége nem kerül végső soron meghatározásra, és gyakran még csak meg sem vitatásra a nyilvánosság és a politika színterein. Az állampolgárok magatartásának erkölcsiségéről, az ellene való szabályozás politikai bölcsességéről és az erre irányuló kísérletek alkotmányosságáról szóló vitát a politikai erkölcsiség kérdéseinek az alkotmányossággal való azonosítása, az alkotmányosságnak a törvényességgel, majd a törvényességnek a bírósági ítélezéssel való azonosítása elvonja a nyilvános és jogalkotási fórumokról. Ha ezt erkölcsileg leegyszerűsítjük, mind Thayer, mind Waldron

kifogása az agresszív bírói felülvizsgálat ellen a következő: legalábbis egy
demokráciában a

³⁷ *Gonzales kontra Carhart*, 550 U.S._____(2007).

a megítélt alkotmány nem tűnik túl ígéretes módszernek az erő birodalmának ellenőrzésére. A polgárokat nem ösztönzi, és nem is kötelezi arra, hogy ezt maguk tegyék meg.

Szeretnék javaslatot tenni a megítélt alkotmány egy utolsó és pusztán retorikai költségére, amelyet nem hiszem, hogy jól kifejtettek volna akár a kortárs, akár a régebbi bírói felülvizsgálat kritikáiban. A retorika, amely olyannyira központi szerepet játszik mind abban az ígéletben, hogy a bírói alkotmány képes megfékezni a tévelygő leviatánt, mind pedig az állami tétlenséggel szembeni hallgatásában, csúnyán lealacsonyítja a politikát, ami alatt a többségi demokrácia teljesen hétköznapi, nem alkotmányos, törvényhozási, városházi, szavazással történő csinálás, alkudozzunk meg, kompromisszumkötéses machinációit értem. Az alkotmányjog a mi jogi kultúránkban retorikailag szárnyal. A jog és a jogi retorika csúcspontja az alkotmányos ügy és kérdés, és az ezekről az ügyekről és kérdésekről folytatott vitáinkat megrészesíti ez az erkölcsi céltudatosság.

Az életről, halálról, házasságról, családról, szabadságról és egyenlőségről való beszéd az alkotmányjog kenyere és vaja. Az alkotmányjog - a bíróságokon, a kamarákban és az ügyvédi irodákban - ezekkel az egzisztenciális és mélységesen politikai erkölcsi kérdésekkel foglalkozik. De mi marad a politikának, ha a magát a politika ellenpólusának valló jog sarokba szorítja az erkölcsi mélység, vagy egyszerűen az erkölcsi komolyság piacát? Nem az élet és a halál értelméről szóló, átgondolt tanácskozások, arról, hogy mit követel meg az egyenlőség az államoktól, mit jelent a szabadság az egyének számára, és így tovább. Végül is ez alkotmányos jogunk tartalma - a jog, amely felülmúlja, ellenőrzi és korlátozza a politikát; a jog, amely definíció szerint nem politika, a jog, amely ész, nem szenvedély, és így tovább. Ami a politikából

megmarad, amikor a jog monopolizálja az értelmet és az idealizmust, az lókereskedés,
színjáték,

jogalkotási irrelevancia, ingyenélők, bérlők, a szavazatok piaca és üres ülésteremben tartott beszédek. Ami maradt, az egy olyan politika, amely teljesen nélkülözi az erkölcsi ambíciókat.

Úgy tűnik, a jogalkotóknak sem *kellene* foglalkozniuk a szokásos "tanácskozás" során erkölcsi kérdésekkel - legalábbis a ma már hagyományos jogi és alkotmányos logika szerint. Nézzük meg, mit mondanak nemcsak a public choice teoretikusaink, hanem a morálisan nagyvonalú, Rawls által inspirált, mélyen politikai alkotmányos és liberális teoretikusaink is arról, hogy miből kell állnia a jogalkotási folyamatnak, szemben a bírói eljárással.

A törvényhozók, mondják nekünk, *cselekszenek* - nem gondolkodnak. És amikor cselekszenek, akkor vagy a saját, vagy a választóik preferenciái alapján cselekszenek. Ezek a preferenciák erkölcsileg ugyanolyan önkényesek, mint a tenger árapálya által a homokban kialakított minták. A preferenciákat és az ezek alapján hozott intézkedéseket a szeszély, a szenvedély, az érzelem, a hisztéria, a közvélemény félelmei, a rövid távú vágyak, a diszkriminatív előítéletek, a kicsinyes bigottság és így tovább alkotják. A jogalkotók az alapján cselekszenek, amit *akarnak*, és ezek a vágyak alapvetőek, primitívek, infantilisek és túlmutatnak a vizsgálaton - ezek egyszerűen a létezés tényei. Az ezek alapján hozott intézkedések indokoltak, feltéve, hogy alkotmányosak, mert azok viszont alkotóik ugyancsak infantilis vágyainak megfelelő közelítését jelentik. A politika infantilizálódása a megítélt alkotmányt őrző tyúkketrec retorikai ára.

A jogalkotási folyamatnak ez az infantilizálódása a politika nemességének halálhíre. A csecsemőkben nem lehet és nem is szabad megbízni. Azt sem lehet elvárni tőlük, hogy a saját igényeiken és szükségleteiken túlmenően gondolkodjanak vagy törődjenek. Uralkodó alkotmányos diskurzusunk - a megítélt alkotmány filozófiai,

reflexív háttére - a jogalkotó politikai szférát lényegében infantilisnek jellemzi.

Hosszú-hosszú ideje csináljuk ezt, és most a csirkék hazatérnek, hogy kukorékoljanak.

Ez mély veszteség, bár kulturális és retorikai veszteség. Mi, amerikaiak bizonyos értelemben elvesztettük annak a nagylelkűségnek, toleranciának, felebaráti szeretetnek és együttérzésnek a tudatát, amelynek a hétköznapi politika összetevőjének kell lennie, és a hétköznapi jog jóságát, amely ennek terméke lehet. A tisztességes, pragmatikus, őszinte vita és őszinte kompromisszum a reprodukciós politika, a közegészségügy, a szexualitás, az oktatás és a közterületek használatának nyilvános kérdéseiről az élet értelméről nagyon eltérő nézeteket valló személyek között, egy egészséges adag felebaráti érzést - testvériséget - igényel, és bizonyára meg is szülheti. A hétköznapi politikának nem kell, sőt nem is szabad "alkotmányos" dimenziókra és hangnemekre hivatkoznia ahhoz, hogy rendelkezzen ezzel a nemességgel. Egyszerűen nincs jó és nem kevés rossz okunk arra, hogy eldöntsük, kik vagyunk mi mint nép, mik legyenek a nemzedékek közötti kötelezettségeink, mi az amerikai lényegünk, vagy mi lehet a ragyogó dombok városának erkölcsi tartalma, amikor arról döntünk, milyen törvényeink legyenek az egészségügy, a szaporodás, az oktatás vagy a jólét kérdéseiben. Nekünk azt kell eldöntenünk, hogy ez utóbbiakkal kapcsolatos *politikánknak milyeneknek* kell lennie, mik a szükségleteink, és hogyan lehet ezeket kielégíteni, az egymásnak ellentmondó meggyőződéseink kontextusában. nemzedékek közötti kötelezettségünk, az amerikai lényegünk és minden más ennek a folyamatnak az eredménye kell, hogy legyen .erről való megegyezés nem lehet előfeltétele.

Természetesen szükség van arra, hogy a hétköznapi politikai életen belül a hétköznapi vitákban szembenézzünk a nézetkülönbségeinkkel, beleértve az eltérő erkölcsi nézeteinket is. De szükség van arra is, hogy közösséget hozzunk létre - részben tárgyalások, tanácskozás, konszenzus vagy kompromisszum révén.

- a politikai kérdések megoldása érdekében. Érdemes megjegyezni: ez a fajta, nagyon is hétköznapi politikai csere és az általa létrehozott állam - *nem pedig az elitek közötti alkotmányos tanácskozás a magánterekben a szabadság, egyenlőség, identitás és erény minden időkre szóló jelentéseiről* -

- ez az a politikai érzékenység, amelyet Arisztotelész a legmagasabb kollektív emberi teljesítményként méltatott. A jól végzett hétköznapi politika és az annak terméke, a hétköznapi jog kiérdemli a tiszteletünket. A jól csinált hétköznapi politika valójában a legjobb fék a csak tiszteletlenségre méltó erő birodalma ellen, és ha ez így van, akkor aggódnunk kell amiatt, hogy a bírói alkotmányosság ezt fenyegeti. Az amerikaiak bizonyos értelemben elfelejtették, hogy ez a politikai tevékenység miért központi eleme a tisztességes és közös emberi életnek, és a liberális jogi alkotmányjogászok tulajdonképpen tapsoltak ennek az amnéziának. A politika évtizedekig tartó leépítése a jogi és alkotmányos politika által megtette a hatását.

A politikai alkotmány

Hadd javasoljak egy módot arra, hogy mindezzel szemben, ha csak egy kicsit is, de fordítsunk a kockán. A politikai lealacsonyítása Amerikában mélyen gyökerező nemzeti kulturális tendencia, és ezt nem lehet egy pillanat alatt megfordítani. De a liberális jogászoknak és a liberális jogászprofesszoroknak közük van ahhoz, hogy ez bebetonozódott, és különösen a jogászprofesszorok rendelkeznek némi hatalommal, amelyet a korrekció irányába lehetne fordítani. Nem hiszem, hogy ezt úgy tehetjük meg, hogy a bírói alkotmányos projektet összefüggéstelennek vagy ellentmondásosnak nyilvánítjuk. Nem az.³⁸ És ezt nem tesszük meg az én

³⁸A liberális legalizmus ellentmondásossága iránt érdeklődő különböző kritikus jogtudósok már közel harminc éve kiemelik, hogy szerintük a liberális legalizmus központi ígérete végzetes hibát szenved: azt az ígéretet, hogy az alkotmány, amelyet a bíróságok törvényként hajtanak végre, képes a politikai leviatán értelmes jogi ellenőrzésére. Az ellentmondás éppen ez: a tévelygő politika és a rosszhiszemű állam *terméke végül is* gyakran a jog. Továbbá az a *folyamat*, amelynek során az alkotmányos jog létrejön, akár a bíróságokon, akár azokon kívül, ízig-vérig politikai. Tehát -- a legalista impulzus, amely a jogi alkotmányjogászok azon ígéretének középpontjában áll,

hogy a megítélt alkotmány jóindulatú joggal ellensúlyozhatja a rosszindulatú politikát, abszurditásba torkollik. A megítélt alkotmány nem lehet a politika jogon alapuló ellenőrzése. Ez maga a politika, és az ellenőrzés tárgya maga a jog. Nincs olyan különbségtétel jog és politika között, amely indokolná a kettő szembeállítását.³⁸ A fentiekben összefoglalt, megítélt alkotmányos projekt ígérete tehát - hogy megvédhetjük magunkat egy tévelygő, rosszhiszemű állam ellen a

ésszerű, jóindulatú, bíró által alkotott törvény - teljesen illuzórikus. A jog és a politika két területe között nincs olyan elválasztás, amely súlyt adhatna ennek a liberális ígéretnek a túlhatalmas leviatánnal szembeni védelemre.

Azt hiszem, itt sokkal kevesebbről van szó, mint ami látszik. Valóban ugyanazt a szót - törvény - használjuk egyrészt a Kongresszus, az állami közgyűlések és a városi tanácsok által alkotott törvényekre, törvényjavaslatokra és rendeletekre, másrészt pedig a Legfelsőbb Bíróság bírái és alacsonyabb szintű bírósági kollégáik által őrzött tanokra. De ez csak egy nyelvi tikk; ez nem kiiktatható ellentmondás. Csak éppen nem arról van szó, hogy "a törvény az törvény", ha az előbbi "törvény" alatt ebben a mondatban azt a "törvényt" értjük, amelyet az említett bíróságok alkotnak, az utóbbi alatt pedig a törvényhozók által létrehozott törvényi "törvényt". Tehát, hogy szétválasszuk, van az a "jog", amelyet a hétköznapi, szavazással kapcsolatos politika hoz létre, és van az a "jog", amelyet a bíróságok és a jogászok hoznak létre. A kettő valóban nagyon különböző.

igazságszolgáltatás
által létrehozott "jog"elveket fogalmaz meg a felek közötti formális igazságszolgáltatás érdekében, ami nagyrészt azt jelenti, hogy az ügyeket szabályok alkalmazásával oldják meg oly módon, hogy megőrizték az integritást azzal, ahogyan a múltban hasonló ügyeket megoldottak. A cél az, hogy egy aktuális dilemmára úgy reagáljanak, hogy azt zökkenőmentesen beleszövik a múltbeli döntések szövevényébe - és mindezt úgy teszik, hogy a lehető legkisebb mértékben változtatják meg a korábban létező jogi mintákat. A törvényi "jog" ezzel szemben nem a megőrzés, hanem a már létező status quo megváltoztatása céljából születik. Az új jogszabályt létrehozó politikai folyamat célja, hogy valamilyen változást hozzon létre. A hatályba léptetés után, és ahogy egyre inkább a bírósági mérlegelés tárgyává válik, a bíróságok zökkenőmentes hálójának részévé válik - a status quo részévé, amelynek megőrzésére a bíróságok a bírósági jog révén törekszenek. Magának a jogszabálynak a célja azonban, akárcsak az azt előremozdító politikai akaratnak, a meglévő társadalmi és jogi élet valamely aspektusának megváltoztatása, nem pedig megőrzése.

Ha ezt a megkülönböztetést szem előtt tartjuk, akkor az ítélkezési alkotmányosság középpontjában álló ígéret látszólagos paradoxona vagy ellentmondása egyszerűen eltűnik. A törvényhozó terem törvénye nem azonos a bírói kamara törvényével. Az előbbi a hétköznapi politika terméke, amely egy hétköznapi szavazásban csúcsosodik ki, és amelynek célja, hogy megváltoztasson valamilyen észlelt hiányosságot a létezésünk elfogadott társadalmi rendjében. Az utóbbi a bírósági politika terméke, amely egy olyan szabályban vagy elvben csúcsosodik ki, amely egy adott vitát olyan módon old meg, amelyet már magában foglal - már belekapcsolódik - a már létező jogi szabályok és elvek hálójába. A bennünk lévő "politikai állat", amely az alkotmányos legalizmus célpontja, törvényi jogot termel. A jogászok és bírák ezt a jogot aztán nem még több ugyanolyan jogszabállyal ellenzik - ez valóban önellentmondásos ostobaság lenne -, hanem egy határozottan nem törvényes, bíró által alkotott alkotmányos jogi doktrínával. A "jog", amelybe a jogászok oly sok hitet vetnek, amikor a nem az emberek, hanem a szabályok törvényének erényeit dicsérik, a bíróságok által felfedezett, kihímzett, megváltoztatott, módosított vagy elhagyott jogi elvek összessége - mindez azonban egy olyan elvhalmaz létrehozására és fenntartására irányul, amely megőrzi a status quo-t a nemkívánatos politikai visszaélésekkel szemben. A "jog", amellyel kapcsolatban a jogászok olyan szkeptikusak, amikor mindezt az alkotmányos jogot alkalmazzák, az a jog, amely a városházák, az állami közgyűlések és a kongresszusi albizottságok politikájának terméke.

Talán nem túl jó ötlet ennyire bízni a bírói produktumban és annak a jogalkotás ellenőrzésére szolgáló erejében. Nem hiszem, hogy ez olyan jó ötlet. De nem abszurd, önellentmondásos vagy logikátlan remény. Nem illuzórikus ígéret. A megítélt alkotmány egész lényege valóban az, hogy anti-

a bírói alkotmányosságot és az azt motiváló, az erő birodalmától való félelmet káros, legitimáló vagy korrumpáló hazugságként deklamálja. Ez nem így van. Ami az ítélkező alkotmányosság, amiért hibáztatható, az *hiányos*. Alkotmányos történelmünk hiányos visszaadása. Alkotmányunk sokkal több volt, mint egy jogi dokumentum. Ez alkotmányos eszményeink hiányos számbavétele. Az Alkotmány és alkotmányos hagyományaink minden bizonnyal olyan eszméket tartalmaznak, amelyek túlmutatnak a bíróságok által érvényesített vagy érvényesíthető eszméken. Ez még a puszta szöveg hiányos olvasata is.

Leginkább azonban a politika rossz tulajdonságainak, veszélyeinek, kockázatainak, ígéreteinek és erényeinek hiányos számbavétele - és ezért az állam és az állampolgár közötti társadalmi szerződés hiányos ábrázolása, amelyet magában foglal. Rosszul mutatja be a politika és a jog viszonyát. Azáltal, hogy a jogot ilyen kitartóan erénnyel, a politikát pedig rosszindulattal ruházza fel, arra hajlamosít bennünket, hogy az állam alkotmányosan legitimálja az alapvető politikai felelősségek elhanyagolását. Arra is hajlamosít mindannyiunkat, hogy egyszerűen elhanyagoljuk a politika művészetét és nemességét.

Mit tehetnek tehát a jogászprofesszorok? Úgy gondolom, hogy számos változtatást eszközölhetnénk az alkotmányjog tanításának és tanulmányozásának módjában, amelyek együttesen mind-mind változtathatnak a helyzeten. Először is, és ez a legfontosabb, elkezdhetnénk komolyan venni mind a tanításban, mind a tudományban azt, amit most egyesek "politikai alkotmánynak" neveznek, és egyenlően kezelni a politikai alkotmányt.

politikai éppen ilyen módon: hogy ellenőrizze a hétköznapi törvényhozási politikát és a törvényt, amely annak terméke, valamint a társadalmi status quo változását, amelyet egy ilyen törvény eredményezne, ha azok a politikák, amelyek bestiálissá váltak, és mindezt

egy múltból örökölt törvény nevében teszik. Ismétlem: a törvényhozás és az azt előállító politika lényege, hogy megváltoztassa a dolgokat. Az alkotmányos jog és az azt létrehozó bírói eljárás lényege, hogy megőrizze a társadalmi rendet az éppen e hirtelen politikai változás veszélyével szemben.

úgyszólván számlázni a megítélt alkotmánnyal, amely oly sokáig a szakmai életünk tárgyát képezte. Így -- nemcsak a Bíróság értelmezéseit tanulmányozhatnánk, taníthatnánk és vehetnénk komolyan, hanem az alkotmányos garanciáknak mind a törvényhozás, mind a közterületek értelmezését is, és különösen azokat a garanciákat, amelyek látszólag közvetlenül az állam közjóléti kötelezettségéről szólnak. A társadalombiztosítási törvény³⁹, a polgári jogi törvények⁴⁰, a választójogi törvény⁴¹, az életkor szerinti megkülönböztetésről szóló törvény,⁴² a fogyatékkal élő amerikaiakról szóló törvény,⁴³ a tiszta levegőről és vízről szóló törvények,⁴⁴ a javasolt megkülönböztetésellenes törvény, a ⁴⁵különböző munkavédelmi jogszabályok, valamint az úttörő megélhetési bértörvények⁴⁶ abban az egy államban és abban a maroknyi önkormányzatban, ahol már van ilyen, mind a közjólét, a szabadság és az egyenlőség alkotmányos védelmének központi megtestesülései, nem pedig csak periférikus fényezései, és ekként kellene kezelnünk és tanítanunk őket.

Ezek egy olyan politika megnyilvánulásai, amely nagyon komolyan veszi nemcsak a társadalmi szerződésből eredő kötelezettségeit, hogy az általános jólétre és a belső nyugalom előmozdítására törekedjen, hanem az alkotmányos kötelezettségeit is. Ha ekként kezelnénk, tisztelnénk és tanítanánk őket, akkor melléktermékként tudatosíthatnánk magunkban, diákjainkban és polgártársainkban azokat az alkotmányos hagyományokat - akár a bíróságokon belül, akár azokon kívül -, amelyek

³⁹ Az USC1935,42 szociális biztonsági törvénye 7.

⁴⁰ A 42 U.S.C. Sec. 2000e, *et seq*, más néven az Egyenlő Foglalkoztatási Esélyekről szóló törvény tiltja a foglalkoztatásban történő megkülönböztetést, míg a Fair Housing Act tiltja a lakások eladásában és bérbeadásában történő megkülönböztetést.

⁴¹ 1965. évi szavazati jogról szóló törvény, 42 U.S.C. § 1971 *et seq.*

⁴² Az életkor szerinti megkülönböztetésről szóló törvény, 42 U.S.C. Sec. *et6101 seq.*

⁴³ A fogyatékkal élő amerikaiakról szóló törvény, 42 U.S.C. Sec. 12101 *et seq.*

⁴⁴ Tiszta levegő törvény, U42.S.C. Sec. *et7401, seq.*

⁴⁵ Tiszta víz törvény, 33 U.S.C. Sec. 1254, *et seq.*

⁴⁶ Lásd John Wagner, *Maryland First to Have Living Wage Law*, THE WASHINGTON POST, 2007. május 8.

a politika erőteljes szerepét javasolták a társadalmi igazságosság és az általános boldogság biztosításában, nem kevésbé, mint a jog szerepét, amelynek oly sok figyelmet szentelünk: az egyéni jogok biztosítása a jogon keresztül, a politikailag rosszindulatú célokkal szemben.

Másodsor: ha komolyan vesszük annak lehetőségét, hogy a politikai alkotmány - még ha nem is az ítélezési gyakorlat - megköveteli a törvényhozóktól, hogy a társadalmi igazságosság követelményeit figyelembe vegyék, akkor fel kell tennünk a kérdést, hogy miben állhat ez az igazságosság. A jogászprofesszorok feltehetnék ezt a kérdést, nem csupán a humán tudományoktól kölcsönzött "interdiszciplináris" kérdésként, hanem minden tisztességes jogi oktatás központi és régóta elhanyagolt kérdéseként. A társadalmi igazságosság megköveteli-e a jogalkalmazóktól a benthami szemléletet, amely a jog minden alanyát szigorúan egyenlőnek tekinti a javasolt jogszabályok hasznosságának értékelésében? Vagy a törvényhozóknak a legrosszabb helyzetben lévők jóléte iránti Rawlsi elkötelezettséget kell-e vállalniuk? Az eszközök és célok kantiánus átláthatóságát követeli meg? Olyan államot követel-e meg, amely előmozdítja minden polgár "általános képességeit" vagy alapvető "funkcióit" - a munkához, az intimitáshoz és a családi élethez való képességet, a méltósággal való öregedést, az egészség és az ésszerű élettartam bizonyos mértékét, az otthon és az utcán való biztonságot és így tovább -, amelyek szükségesek a minimálisan jó élethez, ahogyan Armatya Sen, Martha Nussbaum és mostanában egyre több arisztotelészi jóléti filozófus érvel? Szükség van-e mindezek bizonyos mértékére, ha ezek összhangba hozhatók, vagy valami egészenmásra van szükség? Röviden, a politikai alkotmány komoly figyelembevétel megkövetelheti "természetjogi" hagyományunk e régóta elhanyagolt szálának újbóli felidézését, megfogalmazását és újjáélesztését. Az alkotmányosság, a

társadalmi szerződés és a közvetlen erkölcsi kötelesség jegyében nem csak azt kellene megkérdeznünk, vagy újra megkérdeznünk, hogy mit nem szabad tennie egy jó államnak vagy állami szereplőnek, hanem azt is, hogy egy ilyen állam, és mit

egy ilyen állami szereplőnek meg kell tennie. Ez nem csak az alkotmányjog, hanem a jogtudomány jelenlegi felfogásának jelentős kiszélesítését is megkövetelné. A jogtudomány, még ha tágan értelmezve is, nem tett fel kérdéseket az államok politikai erényeiről - és nem az általuk jelentett politikai veszélyekről -.

- nagyon-nagyon hosszú idő óta.

Végezetül, az alkotmány megértésének kiterjesztése, hogy az alkotmány politikai, valamint bírói értelmezéseire és funkcióira is kiterjedjen, lényegesen több szkepticizmust vonhat maga után, mint amennyit eddig sikerült összegyűjtenünk, nem az alkotmányosság koherenciájával kapcsolatban - abból volt már bőven -, hanem inkább annak végső értékével kapcsolatban. Amint itt megpróbáltam érvelni, a jogászoknak és a jogászprofesszoroknak figyelembe kellene venniük annak lehetőségét, hogy még ha a bírói alkotmányunk nem is ösztönzi törvényhozóinkat arra, hogy munkájuk során előmozdítsák a társadalmi igazságosságot, a politikai alkotmány mégis megteszi ezt. Azt a lehetőséget is figyelembe kell vennünk, hogy ha a politikai alkotmány nem követeli meg a jogalkotóktól azt, amit a társadalmi igazságosság megkövetel, akkor ebből az következik, hogy meg kell változtatnunk, vagy legalábbis szkeptikusan kell tekintenünk rá. Ha tehát alkotmányos hagyományaink lehető legtágabb értelmezését vennénk komolyan, nem pedig a legszűkebbet, akkor meg kellene vizsgálnunk annak lehetőségét, hogy maga az amerikai alkotmány morálisan egyszerűen nem megfelelő, méghozzá mély és talán visszafordíthatatlan módon. Ha ilyen következtetésre jutunk, akkor ezt úgy kellene kezelnünk, mint azt a nagyon is valós alkotmányos, erkölcsi és politikai válságot, amely minden bizonnyal bekövetkezik. Ha erre a következtetésre jutunk, nem szabadna a politikánkkal és kormányzásunkkal kapcsolatos erkölcsi törekvéseinket az alkotmányos nap divatjához igazítanunk.

Hadd fejezzem be egy intézményi javaslattal. Ha a jogászprofesszorok komolyan vennék a politikai alkotmányt, akkor a legközvetlenebb következménye a karrierünkben lenne.

tanácsadás. Megfontolhatnánk, hogy néhány végzős joghallgatóknak azt tanácsoljuk, hogy a diploma megszerzése után fontolják meg egy vagy két éves jogalkotási gyakorlat vállalását a nagyon áhított és keresett bírói gyakornoki idő helyett. Vannak idealista, okos diákjaink, akik tele vannak alkotmányos elképzelésekkel arról, hogy mire való a politika, és mit kellene tennie a kormánynak - nem csak azt, hogy mit *nem* szabad tennie a kormánynak, hanem azt is, hogy mit kell tennie.

- mit kell tennie és milyennek kell lennie. A jogalkotó águnk megtört, és szüksége lenne jó jogi tanácsadásra és egy olyan törekvő politikai elképzelésre, amelyet éppen ezek a jogi eszmék tájékoztatnak. Törvényhozóinknak pontosan azokat az erényeket - észérveket, idealizmust, meggyőződést és elveket - kell felmutatniuk, amelyeket annak az ágazatnak a résztvevőitől várunk el, amelyet korábban a legkevésbé veszélyesnek tartottunk. Ezek kétségtelenül jogászai erények, de nem csak jogászai erények - ezek magukban foglalják az egyenlőség, a szabadság és az általános jólét iránti lényegi elvi elkötelezettséget, amelyek a liberális demokrácia szívéét alkotják. Ezeknek az eszméknek kellene tájékoztatniuk és nemesíteniük politikánkat és közösségünket, függetlenül attól, hogy jogunkban is ezek a célok érvényesülnek-e vagy sem. Az ügyvédek képesek, és erkölcsi és alkotmányos kötelességük is kellene, hogy legyen, hogy ezt biztosítsák.

Következtetések

Mi jó származhat mindebből? A politikai alkotmány tisztelete, elismerése, tanulmányozása és talán tanítása hiteles módja az Erő Birodalmának semmibe vételének? Válaszol ez Weil és White vádjára? Bizonyára nem elegendő. De talán egy kicsit hozzájárulhat ahhoz, hogy mind a mi, mind pedig diákjaink alkotmányos szenvedélyét, energiáját, értelmezői kreativitását és gondolkodását arra a projektre

irányítsuk, hogy az államot arra ösztönözzük, hogy teljesítse nagyon is pozitív kötelezettségeit - erkölcsi és morális -, és hogy az alkotmányos jogokat és az alkotmányos jogokat is tiszteletben tartsuk.

alkotmányos mindkettő - a köz érdekében, a közjó érdekében, valamint a társadalmilag igazságos állam megteremtése és fenntartása érdekében törvényhozás. Minimális esetben a politikai alkotmány értelmezése, ellentétben a bírói joggal, nem lenne kötve a bírói jog konvencióihoz, beleértve e jog hagyományos korlátozását arra, hogy inkább a rosszhiszeműséget, mint a nem rosszhiszeműséget kezelje. Tágabb értelemben a politikai alkotmány, jogi testvérével ellentétben, legalább a lusta államot kezelhetné, ahogyan a bírói alkotmány a veszélyes erővel rendelkező birodalmat. Ha ezt kifejlesztjük, akkor megszüntethetnénk a szakadékot az alkotmányról - és arról, hogy mi minősül annak megsértésének - alkotmányos jogászi érzékünk és a társadalmi szerződésről - és arról, hogy mikor sértik meg és mikor nem - alkotmányos érzékünk és a polgártársaink érzéke között.

A politikai alkotmányhoz, valamint az ítélkezési alkotmányhoz való ragaszkodás közvetve még az ítélkezési alkotmánynak azt a jogászok által ma már értelmezett pozitív ígéretét is megerősítheti, hogy a bírák által értelmezett alkotmány az erőszak birodalmának fékje lehet. Emlékezzünk vissza Waldron és Thayer kifogásaira a bírói felülvizsgálat gyakorlatával szemben. Úgy gondolom, hogy mindkettő nagyrészt kiküszöbölhető, ha a bírói alkotmány iránti tiszteletet kiegészítjük - nem pedig felcseréljük - a politikai alkotmány iránt tanúsított tiszteletünkkel. Először is, emlékezzünk vissza Thayer kifogására a bírói felülvizsgálat ellen: hogy az erőteljes felülvizsgálat "elrettent", ahogy ma mondanánk, vagy elriasztja, ahogy ő mondaná, az alkotmányos szuperego kialakulását. Érvelésének természetes következménye azonban nem feltétlenül az, hogy korlátozzuk a bírói felülvizsgálatot - bár ez volt az a következmény, amely mellett érvelt -, hanem inkább az, hogy akár így teszünk, akár nem, fokozzuk az állampolgári nevelést. Ha a jogászprofesszorok a politikai és a bírói

alkotmányt egyaránt tanulmányoznák, vitatnák, figyelembe vennék és tanítanák - és ezt az egész közoktatásban tennék, nem csak a jogi iskolákban...

-- a leendő kormányzóinkba belenevelhetnénk az alkotmányos kötelességtudatot, és így

csökkentve a bírói éberségre való túlzott támaszkodás bénító erejét. Egy kis alkotmányos szuperego sokat segíthetne, különösen a végrehajtó hatalmi ágban.

Másodszor, emlékezzünk vissza Waldron modern érvére a bírósági felülvizsgálat ellen: a bírósági felülvizsgálat akadályozza a különböző állami intézkedések bölcsességéről szóló egyszerű erkölcsi és politikai vitát. Még ha igaz is, ez azonban nem feltétlenül vezet a bírói felülvizsgálat kritikájához - bár Waldron ismét ezt a következtetést vonta le. Úgy is olvasható, hogy ez a politikai alkotmány iránti nagyobb tiszteletet is jelenthetné - a jogalkotók és a polgárok szerepének nagyobb tiszteletben tartását a jó kormányzás különböző jogalkotási rendszereinek bölcsességével és jogszerűségével kapcsolatos erkölcsi érvek kidolgozásában. Így a politikai alkotmányra való összpontosítás a jövőbeni jogalkotókban az erkölcsi és az alkotmányos felelősség érzetét keltheti, hogy úgy cselekedjenek, hogy a közjó valamilyen védhető felfogását előmozdítsák - ahelyett, hogy csak a felelősség érzetét éreznék annak, hogy ne cselekedjenek rosszindulatú módon. Ha a politikai és a bírói alkotmányt is figyelembe vennénk, akkor talán szélesebb körű beszélgetést kezdeményeznénk nemcsak az alkotmányos szükségességről, hanem a közjó előmozdítását célzó szociális jogszabályok politikai bölcsességéről - vagy annak hiányáról - is, az abortuszellenes törvényektől kezdve a házassági törvényeken, az iskolai finanszírozási rendszereken és a pozitív diszkriminációs politikán. Ehhez nem kell kizorítanunk a bírósági felülvizsgálatot. Csak ki kellene egészítenünk.

Végül pedig, ha a politikai alkotmányra is odafigyelnénk, és nem csak a bírói alkotmányra, akkor nemesíthetnénk a politikát, valamint humanizálhatnánk - és ezáltal méltóbbá tehetnénk - az alkotmányosságot. Még itt, Amerikában is, maga a politika, bármennyire is lealacsonyodott, és a helyi szinttől az országos szintig, a jog és csak a

jog helyett, felemelkedhetne, mint egy

hatásos válasz a különböző erőbirodalmak veszélyeire, amelyekkel küzdünk. Ez nem olyan fantáziadús, mint amilyennek elsőre hangzik. Nyilvánvaló, hogy ha a politikai diskurzusba csak egy töredékét tudnánk belevinni annak a látszólagos erkölcsi céltudatosságnak és magasröptű eszméknek, amellyel az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának bírái a szabadság és egyenlőség kérdéseit rendszeresen kezelik döntéseik során - és egy töredékét annak a látszólagos erkölcsi komolyságnak, amellyel ez a testület a saját tanácskozási folyamatait megközelíti -, akkor ez önmagában elmélyíthetné azt az erkölcsi komolyságot, amellyel a jogalkotási, törvényalkotási erőfeszítésekbe belevágunk, megközelítjük vagy kritizáljuk azokat. Még ambiciózusabb, ha a törvényhozókba bele tudnánk oltani az általános jólét előmozdítására, a belső nyugalom biztosítására, valamint az állampolgári jogok, kiváltságok és mentességek védelmére vonatkozó kötelességérzetet, az még messzebbre vezethetne. Az az állam, amely valóban előmozdítja az általános jólétet és biztosítja a belső nyugalmat, nemesebb állam, mint az, amelyik nem teszi ezt. Az, amely legalább megpróbálja ezt megtenni, nemesebb, mint az, amelyik nem érzi kötelességének, hogy még csak meg is próbálja.

És mi történne az alkotmányossággal, az alkotmányjoggal és az alkotmányos tudattal, ha azt a hétköznapi, szavazással kapcsolatos politikával alkimizálnánk, az iskolai tanácsoktól a városházákon át a Kongresszusig? Nekem úgy tűnik, hogy az alkotmányos diskurzus, amely szerepet játszhatna a nyíltan politikai fórumainkon, talán földhözragadtabb és kevésbé éteri, inkább alacsony és középszintű, mint könnyörtelenül magasröptű, inkább normális és hétköznapi, mint könnyörtelenül kivételes lenne. Retorikailag inkább adhatna tanácsot az egyes viták vagy kérdések megoldásához, mintsem az egyetemes kimondásra törekedne. És úgy tűnik nekem, hogy mindez inkább jó dolog lehet. Talán, ha egy kicsit fellazítanánk és nagyvonalúbban terjesztenénk, egy

politizált "alkotmányjog" - a "kormányzók törvénye", ahogy Tom Paine mondta.

metaforikusan értelmezve a kifejezést - inkább megkönnyíthetné, mintsem korlátozná a politikai párbeszédet, a politikai kompromisszumot és a politikai képzelőerőt, és mindezt nem bírósági utasítás, hanem lelkiismeret és kötelességtudat révén tenné.

Ez összességében jó lenne magának az alkotmányosságnak? Nos - az alkotmányjog és a retorika egyaránt kevésbé tekintélyelvűvé válhat, és normatív tekintélye legalább némileg, néha horizontálisan terjedhet - és használható - a közösségen keresztül, ahelyett, hogy ráerőltetnék. Az alkotmányosság, általánosságban, úgy gondolom, inspiráló és törekvő maradhatna - de mindemellett változékony, alakítható és teljesen emberi, nem kötődne annyira az időtlen igazságok csengő kijelentéseéhez, nem függne annyira az átfogó kijelentésektől, hogy mit jelent és mit nem jelent amerikainak lenni, vagy szabadnak lenni, vagy egyenlőnek lenni, vagy szabadságot élvezni, és így tovább. Egy inkább többségi, mint kevésbé demokratikus, lokalizáló, normalizáló és hétköznapi alkotmányos tudatosság talán valóban kölcsönözhetne alkotmányos párbeszédünknek valamit abból a méltóságból, amelyet a népből és a nép által való létezésnek kellene adnia. Ha ez így van, akkor ha másért nem is, de ezért érdemes lenne megfontolnunk alkotmányjogunknak ezt a meglehetősen eltérő útját. Az utóbbi időben a bírói alkotmányosság egyre inkább elszigetelt nagyképűsége, túlhajtott identitarizmusa és az amerikai kivételesség eltorzult érzése összeesküdütt, hogy alkotmányunk egy kicsit giccsesnek tűnjön.