



2003

Tom Paine alkotmánya

Robin West

Georgetown University Law Center, west@law.georgetown.edu

Georgetown Közjog és jogelmélet 11-07. sz. kutatási dokumentum

Ez a dokumentum ingyenesen letölthető a
következő honlapról:

<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/283>

<http://ssrn.com/abstract=1738495>.

Copyright 2003 a Virginia Law Review Association által; újranyomtatás a Virginia Law Review Association engedélyével.

89 Va. L. Rev. 1413-1461 (2003)

Ezt a nyílt hozzáférésű cikket a Georgetown Law Library bocsátja rendelkezésükre. A szerző engedélyével jelent meg.

Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=1738495>

TOM PAINE ALKOTMÁNYA

*Robin West**

BEVEZETÉS

Lösszefoglalónkban Tom Paine pamfletíró híres kijelentette, hogy "Amerikában a törvény a király".¹ Ezt az érzést azóta is ismételtetjük hazafias és jogászai szertartásokban. Meglepően kevés figyelmet szenteltek azonban akár az alkotmánytudományban, akár a jogtudományban annak, hogy Paine mit érthetett ez alatt, túl azon, hogy de sire demitologizálta és lázadt a monarchikus előjogok ellen.

Pontosan mi az a "törvény", amelyről Paine kijelentette, hogy trónfosztotta a királyt?

Vajon ez a mondat, amelyet nemcsak a mi forradalmunk, hanem az emberi jogok szószólója írt mindenütt², előrevetíti-e a jogokon alapuló alkotmányosság modern gyakorlatát?³ A "jog" által

• A Georgetown Egyetem Jogi Központjának jogászprofesszora. Köszönet Louise Weinbergnek a bátorításért, az észrevételekért és az írás korai vázlataival kapcsolatos kritikáikért.

¹ Thomas Paine, *Common Sense*, in *Collected Writings* (5, Eric Foner szerk., 1995). (kiemelés kihagyva).

² Lásd Thomas Paine, *Az ember jogai: Being an Answer to Mr. Burke's Attack on the French Revolution, 1791*, in *Collected Writings*, supra note 1, 433. o. [a továbbiakban Paine, *Rights of Man*, Part I.]; Thomas Paine, *Rights of Man Part the Second: Combining Principle and Practice*, 1792, in *Collected Writings*, supra note 1, 541. o. [a továbbiakban Paine, *Rights of Man*, Part Two].

³ Paul Kahn professzor provokatívan, ha közvetve is, de erre utal a *Marbury kontra Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) ügy mesteri filozófiai exegézisében, amikor Paine híres megjegyzését használja az ügyről szóló könyve bevezető fejezetének címeként. Paul W. Kahn, *A jog uralma: Marbury kontra Madison és Amerika felépítése* (1997). Amint e cikkből kiderül, úgy gondolom, hogy Kahn professzor elemzése a *Marbury* filozófiai és történelmi jelentése nagyrészt meggyőző, de nem hiszem, hogy Paine-t be lehet vonni az alkotmányosság ügyének előmozdítására, ahogyan azt Marshall az említett ügyben, vagy a mai Rehnquist, Warren vagy Burger bíróságok képviselik. Robert Ferguson professzor kissé tágabb, de hasonló módon használja Paine aforizmáját az alapításkori amerikai jogfelfogásról szóló rendkívüli könyve első fejezetének címeként. Robert Ferguson, *Law and Letters in American Culture* 11 (1984). Ferguson professzor aztán azt sugallja a szövegben, hogy Paine szenvedélyes felkarolása a jog világi eszméjének, a jogtudománynak, visszhangozza a természetjog erősen eszményi, gazdagon humanista, klasszikusan képzett Jefferson-féle felfogását, amelyet a keretezők közül sokan képviseltek. Id. at 16. Ismétlem, bár Ferguson professzor leírása a legalizmus klasszikus és természetjogi felfogásáról a

azaz királyként, Paine talán egy olyan *alkotmányos* joganyagra gondolt, amely Paine szeretett "emberi jogaira" hivatkozva korlátozza a törvényhozók politikai hatalmát, ahogyan egy jól működő monarchiában a király Isten segítő kezével és alattvalói érdekében jóságosan eljárva korlátozza a pusztán halandó parlamenti képviselők politikai hatalmát? Ez kellemes előrelátást és történelmi szimmetriát kölcsönözne a nyilatkozatnak: A királyt alkotmányos joggal helyettesítjük, majd ennek a jognak adjuk a hatalmat, az erényt és a majdnem megdönthetetlen erkölcsi tekintélyt, amelyet hagyományosan a királyokhoz társítanak. Továbbá, ennek megfelelően nemcsak engedelmességgel, hanem tisztelettel is jutalmazzuk. A tisztelet azonban egy méltó címzetre irányul - az észszerű, elvszerű, alkotmányos törvényre -, nem pedig egy méltatlanra - szeszélyes királyfiakra, akiket retorikailag megáld a nap sugarai, de valójában önnön nagyravágyás, uralomvágy vagy birodalomvágy, vagy még rosszabb. Paine-t idézve, Amerikában az alkotmány törvénye, amely erkölcsi elvekből áll és magából a népből ered, korlátozza a pillanatnyilag felhatalmazott, önérdékű képviselők szeszélyeit. Amerikában nem az ember, hanem az alkotmányos jog a király.

Ez az olvasat - Amerikában az alkotmányjog a király - Paine-t a bírósági felülvizsgálat korai barátjává is teheti, mivel kétségtelenül az Egyesült Államok alkotmányosságának barátja volt, mind a szövetségi, mind az állami alkotmányosságé. Valójában, ha a Paine nyilatkozatában királyként szereplő "törvényt" úgy értelmezzük, mint a politikát korlátozó és az emberi jogokat védő alkotmányos elvek összességét, Paine kiáltványa úgy olvasható, mintha előre látta volna modern, bíróságközpontú alkotmányos tudatunk kibontakozását: Az ész által levezetett erkölcsi elvek összessége védi jogainkat, és a bíróságok *törvényként* érvényesítik azokat a politikai hatalommal szemben. Ezeket az erkölcsi elveket - ellentétben az általa kiszorított monarchikus hatalmi és erkölcsi igényekkel - az alkotmány azon igénye szentesíti, hogy a nép nevében és érdekében szólaljon meg. Ebben az olvasatban az amerikai jog és az angol monarchia közötti lényeges különbség az, hogy Amerikában a jog, vagyis az alkotmányos jog, és nem a király tölti be ezt a politikaellenes, erkölcsi és elvi funkciót. A közös pont,

azonban ugyanolyan fontos. Amerikában, akárcsak Angliában, a politika túlkapásait az erkölcsi elvek nevében korlátozzák vagy fékezik: Angliában a király jóindulatú keze; Amerikában, sokkal szerencsésebb módon, a törvények és a bíróságok szilárd bölcsessége, amelyek egyszerre kényszerülnek és felhatalmazást kapnak arra, hogy azt fenntartsák.

Bármennyire is tetszetős, sőt természetes lehet egy ilyen értelmezés, az első állításom ebben a cikkben egyszerűen az, hogy ez Tom Paine filozófiájának tarthatatlan olvasata. Sem Paine, sem híres kijelentése nem vonható be tisztességesen a bírói felülvizsgálat vagy általánosabban a bíróság-központú alkotmányosság ügyébe. Inkább Paine összegyűjtött írásai alapján úgy gondolom, hogy megkockáztatható, hogy Paine a mai, jogokon alapuló, bírák által létrehozott alkotmányjogunkat azon az egyszerű alapon kifogásolta volna, hogy az alapvetően antidemokratikus. A bizonyíték erre részben negatív; Paine sehol (amit én találok) kifejezetten nem hirdeti a bírósági központú bírói felülvizsgálatot. Bár Paine többször jellemezte az alkotmányt "törvényként"⁴, sehol sem tette egyenlővé, sőt sehol sem jellemezte az alkotmányt *bíróságok által* érvényesítendő törvények összességéként. További - közvetett, de annál meggyőzőbb - támogatást nyújt Paine-nek a bírói hatalomhoz való hozzáállása, amely nem volt kifejezetten ellenséges. Amint alább bemutatom, amikor Paine a bíróságokról, a szokásjogról, a precedensjogról, a szokásjogi bírákról, sőt még az ügyvédekről is beszélt, éppoly megvető és lenéző volt, mint amikor a királyról beszélt.⁵ Végül, Paine hite a korlátlan képviselői demokráciában szintén szilárd és megalkuvást nem ismerő volt; szenvedélyesen hitt abban, hogy minket, vagyis minden egyes generációt a saját képviselőinknek kell irányítaniuk, nem pedig az őseinknek. Éppúgy ellenezte az élők halottak általi uralmának gondolatát, mint a monarchiát, és Edmund Burke-vel ellentétben számos összefüggésben úgy érvelt, hogy a demokrácia és a demokratikus uralom lényege éppen az, hogy ellensúlyozza, nem pedig megőrzi a túlságosan nagyra törő

⁴ Paine, Rights of Man, Első rész, 2. lábjegyzet, 468. o.; Paine, Rights of Man, Második rész, 2. lábjegyzet, 468. o.; Paine, Rights of Man, Második rész, 2. lábjegyzet, 468. o. 2,574.

⁵ Paine, Az ember jogai, második rész, fentebb 2,582-84. o.

⁶ Paine az ember jogairól szóló első esszéjét "Válasz Burke úrnak a francia

forradalom elleni támadására" alcímmel illette. Paine, Rights of Man, Part One, Supra note 2, 433. o., 433. o. A *franciaországi forradalomról szóló elmékedéseiben* Edmund Burke a monarchikus hatalom és kiváltságok erőteljes védelmét ajánlotta a jog és az állam tradicionalista igazolásának részeként. Edmund Burke, Reflections on the Revolution in France (Reflections on the Revolution in France) (J. C. D. Clark szerk., 2001).

a hagyományok súlya.⁷ A kortárs demokráciába vetett szilárd hitét alátámasztó emberkép ugyanolyan optimista volt, mint amilyen abszolút a demokráciába vetett hite. Azt a "republikánus" nézetet vallotta, hogy a kormányzóknak az összes ember közjójának szellemében és érdekében kell törvényt alkotniuk,⁸ és azt a "demokratikus" nézetet vallotta, hogy a képviseleti demokrácia a legjobb módja annak, hogy ezt biztosítsák. Paine úgy vélte, hogy maguk a teljes jogú emberek, és nem pedig azok, akik azt állítják, hogy a nevükben (akár álnokul, akár nem álnokul) cselekednek, a legjobban képesek felismerni ezt a jót.⁹ Viharos politikai élete során mindvégig ragaszkodott ahhoz a reményhez, hogy a viszonylag korlátlan kereskedelem, amelyet enyhén szabályoznak a törvényhozók, akik (1) a szavazati joggal felruházott emberek képviselői, és (2) a köz érdekében cselekszenek, növelni fogja mind az egyenlőséget, mind a szabadságot, és korrigálja a javak groteszk eloszlását, amely Paine szerint teljes mértékben a több generáción át tartó, ellenőrizetlen monarchikus és oligarchikus kiváltságok függvénye volt.¹⁰ Az a "törvény", amelyről Paine azt remélte, hogy a király helyébe lép, az a választott, képviseleti hatalom által deklarált törvény volt, amely a nép érdekében és felhatalmazásával jár el. Az a törvény, amelynek Paine közérthető kijelentése szerint a király helyébe kellene lépnie, nem a bírák által kihirdetett szokásjog, nem egy olyan természeti törvény, amely bármely halandó uralkodónál magasabb tekintélyből ered, és nem is a bíróságok által megtervezett vagy megjósolt és a demokratikus, politikai ágakkal szemben érvényesített erkölcsi-alkotmányos elvek összessége volt. Sokkal inkább a nép akaratát teljesítő és mindenki érdekében eljáró képviselők által kifejezett jog volt. Röviden, az újonnan alakult Egyesült Államokban kialakuló jogi-politikai kultúra iránti szenvedélye ellenére Paine elsősorban a népi törvényhozás felsőbbrendűségének radikális angol politikai hagyományán belül írt, és ettől soha nem tért el igazán.

Ugyanilyen nyilvánvaló azonban, hogy a történet ennél bonyolultabb lehet. A meg nem alkuvó republikánus-demokrata Thomas Paine ugyanolyan híres volt a jogok szenvedélyes védelméről, mint az un...

⁷ Lásd Paine, *Rights of Man*, Part I, *Supra* note at 2,438-39; Paine, *Rights of Man*, Part II, *Supra* note at 2,594-95.

⁸ Paine, Rights of Man, második rész, fenti jegyzet, 2,565-71. o.

⁹ Lásd id. 567-68. o.

¹⁰ Paine politikai filozófiájának és érdekérvényesítésének legjobb feldolgozása Eric Foner: Tom Paine and Revolutionary America (1976).

alkotmányosság iránti megalázó szeretetét, mint a demokrácia pártolása és a királyok elítélése miatt. Továbbá, mind *Az ember jogai első részében*, mind *Az ember jogai második részében* Paine az alkotmányra, és különösen a pennsylvaniai alkotmányra, amelyért aktívan kampányolt, "törvényként" hivatkozik.¹¹ Egyértelműen úgy képzelte el bármely alkotmány szerepét és értelmét egy demokratikus társadalomban, mint a kormányzókat kormányzó törvényt, amely törvényszerűen diktálja, hogy mit lehet és mit nem lehet, mit kell és mit nem szabad tenni a kormánynak a népért és a nép nevében. Így az *Emberi jogok első részének* egyik korai, a konstitucionalizmus témájának szentelt szakaszában Paine meghatározza az alkotmány fogalmát:

Az alkotmány ... egy kormány számára az, ami a kormány által a gyámság után hozott törvények egy bíróság számára. A bíróság nem alkotja a törvényeket, és nem is változtathatja meg azokat; csak a meghozott törvényeknek megfelelően cselekszik; és a kormányt is hasonlóképpen az alkotmány irányítja.¹²

Más szóval Paine azt támogatta, amit ma egyesek "jogi" alkotmánynak neveznének, szemben a "politikai", "populista" vagy "törekvő" alkotmánnyal.¹³ Az alkotmány valóban jog, nem pedig politika. Ez kormányozza, ellenőrzi, korlátozza és visszafogja a kormányzókat. Paine számára ebből a megkülönböztetésből nem következett az, ami ma a legtöbbünk számára látszólag következik - hogy mivel az alkotmány "törvény", ezért azt bíróságoknak kell érvényesíteniük vagy értelmezniük. Paine soha nem beszél "alkotmányos törvényről" vagy "alkotmányos törvényről", amelyet *bíróságok hajtanak végre, és amely* korlátozza a nép képviselőinek hatalmát, és így az alkotmánnyal összhangban, de a nép akarata ellenében jár el. Paine sehol sem párosítja az alkotmányosság és az emberi jogok iránti szenvedélyét az alkotmányosság és az emberi jogok támogatására irányuló utalással.

¹¹ Paine, Rights of Man, Part I, Supra note 2, 467-68. o.; Paine, Rights of Man, Part II, Supra note 2, 467-68. o.; Paine, Rights of Man, Part II, Supra note 2, 467-68. o. 2,574.

¹² Paine, Rights of Man, első rész, fenti jegyzet2, at 468.

¹³ Ellentétben a Mark Tushnet által leírt és hirdett "vékony", aspirációs és populista alkotmánnyal. Mark Tushnet, Taking the Constitution Away from the Courts 9-14, 50-52, 62-67, 106-13, 123-28, 166-68 (1999). Lásd még Hendrik Hartog, The Constitution of Aspiration and "The Rights that Belong to Us All", 74 J. Am. Hist.

1013 (1987) (a politikai retorikaként használt alkotmányos jogok történetének leírása); Robin West, *The Aspirational Constitution*, 88 Nw. U. L. Rev. 241 (1993) (az alkotmányos jóléti jogok bíróságokon kívüli, szélesebb körű alkalmazása mellett érvel).

A bírói felülvizsgálat, akár abban a korlátozott *Marbury kontra Madison* értelemben¹⁴, ahogyan azt élete vége felé használta, akár abban az erőteljesebb, "jogorientált" formában, amelyet ma a hívei védelmeznek, illetve a kritikusai támadnak.¹⁵ Paine tehát olyan nézeteket vallott, amelyek ma összeegyeztethetetlennek tűnnek A demokrácia leglelkesebb szószólója a jogi alkotmányosságot és a jogok iránti szenvedélyt hirdette, miközben fenntartotta a bíróságok iránti gyűlöletet, a precedensek megvetését, az élők halottak általi uralmának abszolút antagonizmusát, a demokratikusan választott képviselők jóakarátába és intelligenciájába vetett ugyanilyen abszolút hitet, és a bírói felülvizsgálat kérdésében terhes hallgatást tanúsított. Ez a kíváncsiság sugallja az első kérdéscsoportot, amelyet ebben a cikkben megvizsgálok: Ha nem az általunk ismert alkotmányt és a hozzá tartozó egyéni jogokat az apolitikus bíróságoknak kell érvényesíteniük a politikai hatalmi ágakkal szemben, akkor mi volt az alkotmány Tom Paine számára? Mi volt az ő felfogása az alkotmányjogról? Az emberi jogokról? És ami a legfontosabb: mit gondolt Paine, forradalmunk lelkes híve, a jog természetéről? Miben különbözött Paine alkotmánya és jogtudománya a John Marshall főbíró által elképzelt alkotmánytól és jogtudománytól? Milyen közös alapjuk volt, ha volt egyáltalán? E cikk első része megkísérli megválaszolni ezeket a kérdéseket.

A cikk második részében ezt az ellentétet vetítem ki a jelenre. Ha nem Marshall alkotmányához, hanem Paine alkotmányához közelebb álló alkotmány lett volna az első lépés alkotmányos utunkon, hogyan térhetett volna el ez az út attól, amit valójában követtünk? Hogyan különbözhetne ma alkotmányos gyakorlatunk, ha Marshall a *Marbury-ügyben* érvényesített, majd később a *McCulloch kontra Maryland*^{ügyben}¹⁶ kifejtett alkotmányt inkább a Paine által elképzelt irányvonalak mentén tekintette volna? A II. részben felvázolom a Paine alkotmánya és a modern alkotmányosság közötti ellentétet.

¹⁴5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). *Marburyben* Marshall elismerte a bírósági felülvizsgálat érvényességét a végrehajtó hatalom tagjainak miniszteri feladatainak korlátozott összefüggésében, és valószínűleg csak a pozitív jog és az alkotmányszöveg közötti egyértelmű ellentmondás esetén kívánta alkalmazni. Id. Annak teljes érvelését, hogy Marshall a bírói felülvizsgálat joghatósága alatt csak ezekre a korlátozott esetekre korlátozódott, lásd: Sylvia Snowiss, Text and Principle in John Marshall's Constitutional Law: The Cases of *Marbury* and *McCulloch*, 333.

Marshall L. Rev. 981-88973, (2000).

¹⁵ A jogalapú bírói felülvizsgálat ma már klasszikusnak számító védelmezője Ronald Dworkin, *Taking Ri hts Seriously* (1977).

¹⁷ U.S. (4 Wheat.) (316,4071819).

A harmadik részben felvetem, hogy mit veszíthettünk el azzal, hogy hátat fordítottunk Paine alternatív alkotmányos víziójának. Először is, elvesztettük az alkotmánynak mint a képviselői demokrácia megteremtőjének, védelmezőjének és garanciájának a megbecsülését. Másodsor, elvesztettük annak a jellemének és politikai erényének a megbecsülését, amit leginkább "alkotmányos törvényhozónak" nevezhetnénk - annak a törvényhozónak, aki a törvényekkel, különösen az alkotmányos joggal összhangban történő törvényhozást a munkájának tekinti. Végül pedig elvesztettük pozitív jogi alkotmányunk megértését és minden bizonnyal megbecsülését - vagyis annak megértését, hogy az Alkotmány mit *követel meg* a jogalkotótól, ahelyett, hogy egyszerűen azt tenné lehetővé. Az olvasóra bízom a kérdést, hogy a jogalapú, bírósági alkotmányjog lángja megérte-e azt a gyertyát, amelyet felemésztett.

I. PAINE ÉS MARSHALL FŐBÍRÓ CONSTITÚCIÓI : EGY ELLENÁLLÁS

Az ideális alkotmányt, amelyet Paine elképzelt, és amelyet (tévesen) a korai amerikai alkotmányos gyakorlatban és alkotmányozásban vélt látni, leginkább úgy lehetne jellemezni, hogy egyszerre jogi és népszerű. Először is, amint azt kifejezetten kijelentette, az alkotmánynak "a kormány... számára törvénynek kell lennie." ¹¹ Ezzel a kifejezéssel látszólag azt értette, hogy az alkotmány által felhatalmazott kormánynak nem lehet hatalma az alkotmány megváltoztatására. ¹⁸ E kormány számára az alkotmány "törvény" volt - ez Paine alkotmányos legalizmusa. Ebből azonban az következett, hogy mivel az alkotmány "törvény" volt, azt a bíróságoknak kellett volna végrehajtaniuk, értelmezniük vagy alkalmazniuk? Úgy tűnik, hogy nem, mivel Paine sehol sem támogatja, sőt, még csak nem is említi, hogy a bíróságok szerepet játszanának az alkotmány érvényesítésében. Inkább az alkotmánynak, ahogy Paine az *Emberi jogok* különböző részeiben javasolta, olyan törvénynek kellett lennie, amelyet a folyamatos, rendszeres, demokratikus korrekció folyamata kényszerített ki, a népi viták, a törvényhozói hűség és a törvényhozás által...

¹⁷ Paine, Rights of Man, Part Two, Supra note 2, 574. o.; lásd még id. (megállapítva, hogy az alkotmány "a kormányzat ellenőrző törvényként [sic] szolgál").

¹⁸ Lásd Paine, Rights of Man, Part I, Supra note 2, 469. o.; Paine, Rights of Man, Part II, Supra note, 2,574-75. o, 578.

terpretáció.¹⁹ Ezt nevezhetjük Paine alkotmányos populizmusának. Ez a populizmus ugyanolyan központi szerepet játszott az alkotmányos értékekről alkotott felfogásában, mint a legalizmus: Paine úgy vélte, hogy az alkotmányok azért és olyan mértékben értékesek, mert és amilyen mértékben fokozzák a nép részvételét a politikai folyamatokban, és megerősítik a jelenlévő kormányzók döntései és a jelenlévő kormányzottak érdekei közötti köteléket.²⁰ Ennek megfelelően Paine számára adott lehetett, hogy az alkotmányoknak demokratikus és politikai eszközökkel kell érvényt szerezni.

Így, miután leírta a pennsylvaniai alkotmányt - az alkotmányt, amellyel a legszorosabban azonosítják, és amelynek támogatására jelentős politikai tőkét²¹ fordított -, Paine nemcsak legalista jellege, hanem demokrata, népi jellege miatt is dicséri azt:

Itt egy szabályos folyamatot látunk - egy kormányt, amely egy alkotmányból ered, amelyet a nép alkotott meg eredeti jellegében; és ez az alkotmány nemcsak tekintélyként, hanem a kormányt ellenőrző törvényként is szolgál. Ez volt az állam politikai bibliája. Alig volt család, amelyik ne rendelkezett volna vele. A kormány minden tagjának volt egy példánya; és semmi sem volt gyakoribb, amikor egy törvényjavaslat elvéről vagy a hatalom bármely fajtájának terjedelméről vita alakult ki, mint hogy a tagok elővették zsebükből a kinyomtatott alkotmányt, és elolvasták azt a fejezetet, amelyhez a vita tárgyát képező kérdés kapcsolódott.²²

Érdemes hangsúlyozni, hogy bár a Paine által dicsért alkotmány egy törvény volt, ez egy olyan törvény volt, amelyet a családok magánlakásaiban tartottak, amelyet "politikai bibliának" tekintettek, és amelyet "[a] kormány minden tagja birtokolt, és amelyre támaszkodott".²³ Figyelemre méltó, hogy hiányzik belőle minden utalás a bírósági felülvizsgálatra, vagy egyáltalán a bíróságok bármilyen szerepe az alkotmányos korlátok érvényesítésében az ellenszegülő vagy túlkapásokba bocsátkozó politikai szereplőkkel szemben. Ehelyett, hogy visszatérjünk Paine definíciójához és felerősítsük azt, hogy

¹⁹ Paine, *Rights of Man*, Part One, *Supra* note 2, at 469; Paine, *Rights of Man*, Part Two, *Supra* note 2, at 573-74, 576-78, 594-95.

²⁰ Lásd Paine, *Rights of Man*, Part Two, *supra* note 2, 594-95. o.

²¹ Lásd általában Foner, supra note 10, 141-44. o. (részletesen ismertette Paine-nek a pennsylvaniai alkotmány melletti kiállítását).

²² Paine, Az ember jogai, második rész, lásd a2, fenti jegyzetet. 574.

² Id.

alkotmányossága a fentebb idézett alkotmányosságot, alkotmánya a törvényhozásra (és nem a bíróságokra) irányul, pontosan ugyanúgy, ahogyan a törvények a bíróságokra irányulnak. Modern kifejezésekkel Paine látszólag inkább a *törvényhozás*, mint a bíróságok figyelmét irigyelte az alkotmányos korlátozásokra és a javasolt törvények követelményeire. Ahogyan a bíróságoknak felül kell vizsgálniuk a rendes jogot, hogy azt az eléjük kerülő ügyekben alkalmazzák, úgy a törvényhozóknak is úgy kell értelmezniük az alkotmányt, hogy annak megfelelően alkossanak jogszabályokat.

Sőt, az alkotmányt nemcsak a törvényhozói hűség folyamatán keresztül kell érvényesíteni, hanem folyamatos, népi újrafogalmazás, felülvizsgálat, újraszövegezés és módosítás folyamatán keresztül kell naprakészen tartani. Paine leghosszabb, az alkotmányokról szóló vitájában lelkesen dicsérte mind az amerikai államok alkotmányát, mind a francia alkotmányt, éppen azért, mert szerinte ezeket a nemzedék népe folyamatosan felülvizsgálhatta és átdolgozhatta:

Az alkotmányos szabadság örökös biztonsága és fejlődése érdekében tett egyik legnagyobb előrelépés az a rendelkezés, amelyet az új alkotmányok az időnkénti felülvizsgálatra, módosításra és kiegészítésre tesznek.

Amerika és Franciaország alkotmánya is meghatározta a felülvizsgálat határidejét, vagy meghatározta a javítások módját. Talán lehetetlen olyan dolgot létrehozni, amely elveket, véleményeket és gyakorlatot egyesít, és amelyet a körülmények alakulása az évek során ne változtatna meg valamilyen mértékben, vagy ne tenne ellentmondásossá Az ember jogai az emberek minden nemzedékének jogai, és nem monopolizálhatóak egyik által sem. Amit érdemes követni, azt követni fogják az értéke miatt; és ebben rejlik a biztonsága, nem pedig bármilyen feltételben, amellyel esetleg megterhelik. *Amikor az ember örökséget hagy az örökösére, nem köti azt ahhoz a kötelezettséghez, hogy ők azt elfogadják. Miért kellene tehát másképp cselekednünk az alkotmányok tekintetében?*²⁴

4d. 594-95. o. (kiemelés hozzáadva).

Paine hasonló módon dicsérte a pennsylvaniai alkotmányt, éppen azért, mert az hétévente újraszövegezte azt:

Miután ez a [pennsylvaniai] gyűlés, amelynek Benjamin Franklin volt az elnöke, összeült és tanácskozott, és megállapodott egy alkotmányról, elrendelte, hogy azt köztégyék, de nem mint egy megállapított dolgot, hanem az egész nép megfontolására, jóváhagyására vagy elutasítására, majd egy meghatározott időpontra elnapolták. Amikor az elnapolás ideje lejárt, a gyűlés újra összeült; és mivel ekkor már ismert volt a nép általános véleménye az alkotmány jóváhagyásáról, az alkotmányt aláírták, lepecsételték és a *nép felhatalmazása* alapján kihirdették, az eredeti dokumentumot pedig közokiratként letétbe helyezték.....

Az alkotmány egyetlen cikkelyét sem lehetett megváltoztatni vagy megsérteni a következő kormány belátása szerint. Ez a kormány számára törvény volt. Mivel azonban nem lett volna bölcs dolog kizárni a tapasztalatok hasznát, és annak érdekében, hogy megakadályozzák a hibák felhalmozódását, ha ilyeneket találnának, és hogy a kormányzat mindenkor összhangban maradjon az állam körülményeivel, az alkotmány úgy rendelkezett, hogy hétévente egy konventet kell választani, amelynek kifejezett célja az alkotmány felülvizsgálata, és az alkotmány módosítása, kiegészítése vagy eltörlése, ha szükségesnek találják.²¹

Úgy tűnik, hogy a témáról szóló legmegfontoltabb írásának idejére Paine az alkotmányosság dicsérete teljes mértékben attól függött, hogy megértette-e, hogy az alkotmányok egyenes hangot adnak az alattuk élő emberek nemzedékének - ezáltal erősítik, nem pedig korlátozzák a kortárs, képviseleti politikát.²⁶ Bizonyosan nem mutatott preferenciát a képviseleti ágak munkáját korlátozó, indoklással ellátott, bírói döntéseken alapuló szokásjog kidolgozása iránt. Valójában, amennyiben a bíróságok

"- Id. 573-74.

²⁶ Lásd id. 594-95. o.

meghiúsította a törvényhozás munkáját, ami Paine szerint meg is történt. a precedensekre való támaszkodásuk révén a bírói közreműködés kritikusaként állt ki.²⁷ Alapvetően Paine az állami alkotmányt dicsérte, és az állami alkotmányosságot dicsérte.

és végül az amerikai szövetségi alkotmányok, valamint a Franciaországot is, mert szerinte ezek a nép kezébe adták a kormányzás hatalmát, és ezzel megszakították a kapcsolatot a zsarnokokkal, uralkodókkal, hódítókkal és másokkal, akik a zsarnokok, uralkodók, hódítók és mások által uralkodnak. erő.²⁸ Dicsérte az alkotmányosságot, amikor és mert az en a képviseleti demokráciát nem korlátozta, hanem elősegítette.

Hogyan egyeztethető össze Paine alkotmányosságról alkotott felfogása, ahogyan azt az *Emberi jogok* című művében kifejtette, John Marshalléval, ahogyan azt a nagyjából egy időben született *Marbury kontra Madison ügyben kifejtette?* Kevésbé áll fenn közvetlen konfliktus, mint azt elsőre gondolnánk, tekintve, hogy az ügy jelentését és jelentőségét ma már értjük. Mindkét férfi az alkotmányról mint törvényről beszél, ahogyan mi is. Érdekes módon azonban mindketten gondosan szembeállítják az "alkotmányos jogot" az "általános joggal", amelyet a bíróságok alkalmaznak. Sem az *Emberi jogok*, sem a *Marbury-ügyben nem* használják a "törvény" szót arra, hogy megkülönböztetve jelöljék akár a "rendes jogot", akár az "alkotmányos jogot". Sőt, úgy tűnik, mind Marshall, mind Paine a "törvény" dísztelen szó alatt olyasmit értett, amit a kellő pontosság érdekében módosítani kell. Egyrészt a "törvény" utalhat a rendi

nary law, amelyet a jogalkotók hoznak létre, és amelyet Paine szerint a bíróságok²⁹ nem hozhatnak létre, és nem is módosíthatnak - Marshall kifejezésével élve a "törvényhozói aktus".³⁰ Másrészt, a "törvény" szóval a legfőbb, alapvető vagy legfelsőbb törvényre utalnak a Constitution.³¹

Paine számára ennek a megkülönböztetésnek a funkcionális jelentése világos volt: a rendes jogot a törvényhozók alkották meg, majd "irányították".

és a bíróságok alkalmazzák, míg az alkotmányjogot az emberek alkották meg, majd a kormánynak címezték.³² A lényeg gyakran

²⁷ Id. 583-84.

²⁸ Id. 573-76., 594-95. o.

²⁹ Paine, Rights of Man, Part One, supra note at 2,468.

³⁰ *Marbury*, U.S. (1 Cranch) at 177.

³¹ *Id.*; Paine, Rights of Man, Part I, Supra note 2, 468. o. (kimondja, hogy az alkotmány a nép aktusa, nem pedig a kormány aktusa, amelyet a kormány nem ellenőrizhet vagy módosíthat); Paine, Rights of Man, Part II, Supra note, 468. o2,, 468. o.; Paine, Rights of Man, Part II. 574.

³² Paine, Rights of Man, Part One, supra note at 2,468.

Marbury vitáiban elveszett, de Marshall fenntartja ugyanazt a szemantikai megkülönböztetést. Amikor Marshall az alkotmányról mint "törvényről" beszél, akkor ezt a megfogalmazást minősíti: Az alkotmányjogról mint "legfőbb törvényről",³³ mint "alapvető" törvényről,³⁴ és magát az Alkotmány VI. cikkelyét idézve, mint "legfőbb törvényről" beszél.³⁵ Egyébként óvatosan szembeállítja egyrészt az Alkotmányt, másrészt a közönséges jogot.

A rendes jog és a legfőbb jog közötti különbségtétel, valamint e különbségtétel jelentése és jelentősége fontos, de gyakran elvész a John Marshallról, *Marbury*-ról és a bírósági felülvizsgálatról folytatott poszt-realista beszélgetéseinkben. Véleményében Marshall sehol sem hivatkozik az alkotmányra egyszerű, közönséges jogként, amelyet a bíróságoknak a jogértelmezési szerepükkel összhangban kell értelmezniük és érvényesíteniük. Sehol sem hozza fel azt a kvázi jogi realista érvet, hogy a bíróságoknak rendelkezniük kell a bírói felülvizsgálat jogával, mert szillogisztikusan a bíróságok feladata a jog értelmezése, az Alkotmány a jog, és ezért a bíróságoknak kell értelmezniük az Alkotmányt. Amikor Marshall inkább azt állítja, hogy "hangsúlyozottan a bírói kar hatáskörébe és kötelességébe tartozik megmondani, hogy mi a törvény[]"³⁶, akkor a szövegkörnyezetből³⁷ (és ahogyan azt számos történészek most kimutatták, a történelmi feljegyzésekből³⁸, hogy a "törvény" referenciája ebben a mondatban a közönséges jog. Az igazságszolgáltatás feladata és kötelessége, hogy megmondja, mi a rendes jog, és Marshall szerint ennek a feladatnak része az is, hogy az Alkotmányt vizsgálja meg, hogy a rendes jog nem ellentétes-e azzal, és ezért semmis.

³³*Marbury*, 5 U.S. (1 Cranch) 177. o.

³⁴Id.

³⁵Id. 180.

³⁶Id. 177.

³⁷Az a bekezdés, amelyben ez a kijelentés megjelenik, azt a feladatot tárgyalja, amellyel a bíróságoknak szembe kell nézniük, amikor két, egymásnak ellentmondó, nem alkotmányos jogi irányelvvel kell foglalkozniuk. A következő bekezdés ezután azt a feladatot tárgyalja, amellyel a bíróságoknak szembe kell nézniük, amikor a nem alkotmányos jog és az Alkotmány közötti konfliktussal kell foglalkozniuk. Marshall ezeket a helyzeteket analógnak, de nem azonosnak találta. Lásd id. 177-78. o.

³⁸Lásd pl. Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison*, Judicial Review, and Constitutional Supremacy in the Nineteenth Century, in *Marbury Versus Madison*, Documents and Commentary 73 (Mark A. Graber & Michael Perhac szerk., 2002);

Nem kevésbé, mint Paine, Marshall tehát végig fenntartja *Marbury* a rendes jog és az alkotmány közötti különbséget. Valójában Marshall következetesen szembeállítja, nem pedig összeolvasztja a két kategóriát, hogy a bírósági felülvizsgálat mellett szóló érveit felépítse. Ez sehol sem olyan egyértelmű, mint abban a három bekezdésben, amely a legtisztábban meghatározza a törvény és az alkotmány közötti hiérarchikus kapcsolatot, valamint a bíróságok kötelességeit mindkettővel kapcsolatban:

Ha tehát egy törvény ellentétes az alkotmánnyal; ha egy adott ügyre mind a törvény, mind az alkotmány alkalmazandó, úgyhogy a bíróságnak vagy a törvénynek megfelelően, az alkotmányt figyelmen kívül hagyva, vagy az alkotmánynak megfelelően, a törvényt figyelmen kívül hagyva kell döntenie az ügyben; a bíróságnak meg kell határoznia, hogy ezen ellentétes szabályok közül melyik irányadó az ügyben. Ez a bírói kötelesség lényege.

Ha tehát a bíróságoknak az alkotmányt kell figyelembe venniük, és az alkotmány magasabb rendű, mint a törvényhozás bármely rendes törvénye, akkor az alkotmánynak, és nem az ilyen rendes törvénynek kell irányadónak lennie abban az esetben, amelyre mindkettő vonatkozik.

*Azok tehát, akik vitatják azt az elvet, hogy az alkotmányt a bíróságon mint legfőbb törvényt kell figyelembe venni, kénytelenek azt állítani, hogy a bíróságoknak szemet kell hunyniuk az alkotmány felett, és csak a törvényt kell látniuk.*³⁹

Más szóval, Marshall a bírói felülvizsgálat mellett érvel, de sehol sem hozza fel azt a szillogisztikus érvet a bírói értelmezési szupremácia mellett, amelyet neki tulajdonítanak, legalábbis a *Cooper kontra Aaron* ügy óta.⁴⁰ A hiba a második premisszában rejlik, miszerint a bíróságok feladata, hogy megmondják, mi a törvény. Marshall egyértelműen kijelenti, hogy a bíróságok kötelessége megmondani, mi a törvény, és hogy az alkotmány a legfőbb törvény. De a "törvény" nem "legfőbb törvény", így nem feltétlenül következik belőle, hogy a bíróságok kötelessége megmondani, mi a legfőbb törvény. Inkább azt mondja Marshall a *Marbury-ügyben* - és minden, amit mond -, hogy ez a bíróságok kötelessége,

³⁹ *Marbury, U.S.* (1 Cranch) at (178kiemelés hozzáadva) .

⁴⁰ 358 U. S. 1, 18 (1958) ("[Marbury] kimondta azt az alapelvet, hogy a szövetségi igazságszolgáltatás a legfőbb az alkotmányos jog kifejtésében, és ezt az elvet azóta is tiszteletben tartja ez a Bíróság és az ország, mint alkotmányos rendszerünk állandó és nélkülözhetetlen jellemzőjét").

amikor megmondja, hogy mi a rendes jog, az Alkotmányra kell tekintenie annak megállapítása érdekében, hogy a rendes jog semmis-e vagy sem. Marshall sohasem mondja, hogy a bíróságoknak hangsúlyozottan kötelessége megmondani, mi az alkotmányos törvény.

Továbbá, a *Marbury-ügyben* Marshall sehol sem tagadja a törvényhozás felelősségére vonatkozó különböző különbségeket a javasolt törvény alkotmányossága tekintetében, amelyeket Paine a rendes jog és az alkotmányjog közötti különbségtételből vont le. Marshall nem tagadja, hogy a törvényhozónak úgymond a zsebében kellene hordania az alkotmányt, hogy az alkotmánynak a törvényhozási viták részét kellene képeznie, vagy hogy az alkotmánynak a családi Biblia mellett kellene helyet foglalnia az amerikai polgárok kandallópárkányán.⁴¹ Marshall sehol sem utal arra - legalábbis a *Marbury*-véleményében -, hogy a Kongresszusnak vagy a népnek nincs vagy csak korlátozott szerepe van az Alkotmány értelmezésében, sem arra, hogy a törvényhozónak nem lenne helyes az Alkotmányra hivatkoznia, amikor egy törvényjavaslatot szorgalmaz, sem arra, hogy ez a bírói hatalom valamiféle bitorlását jelentené. Marshall még csak nem is utal arra, hogy a bírói értelmezésnek tekintélyt parancsoló pozíciót kellene betöltenie az egyenrangú hatalmi ágak által adott értelmezésekkel szemben. Az az állítás, hogy a bírói hatalom hatáskörébe tartozik annak eldöntése, hogy mi a (rendes) törvény, semmiképpen sem ássa alá azt a feltételezést, hogy a jogalkotó hatáskörébe tartozik annak eldöntése, hogy mi legyen a rendes törvény, és hogy az egyes intézmények feladatainak megfelelően mindkettőnek kötelessége, hogy az alkotmányt konzultálja, amikor saját intézményi feladatait végzi. Valójában a *Marbury-ügyben folytatott* vita defenzív stílusa éppen az ellenkezőjét sugallja. Marshall érvelése, miszerint a bíróságoknak az Alkotmányt kell megnézniük ahhoz, hogy megtudják, hogy a rendes jog törvény-e, a legtermészetesebben úgy értelmezhető, hogy azon a ki nem mondott feltételezésen alapul, hogy a Kongresszus természetesen az Alkotmány legfőbb törvényét értelmezi és alkalmazza, amikor arról dönt, hogy mi legyen a rendes jog. A főbíró által tárgyalt egyetlen kérdés tehát az, hogy a bíróságoknak is így kell-e eljárniuk, amikor arról döntenek, hogy mi a rendes jog. Más szóval, a *Marbury-ügyben felmerült kérdést* úgy lehet megfogalmazni, hogy a bíróságoknak, a törvény kifejtőjeként betöltött szerepük miatt, az alkotmányos hatósággal való

konzultáció kötelezettségét is vállalniuk kell-e, amikor arról döntenek, hogy mi a rendes jog (azaz a saját

⁴¹ Lásd Paine, Rights of Man , Part Two, Supra note at2, (mindezek mellett 574érvvel).

tartomány és kötelesség), nem kevésbé, mint a jogalkotóknak kell konzultálniuk az alkotmányos hatósággal, amikor arról döntenek, hogy mi legyen a rendes jog.⁴²

Hadd foglaljam össze így: Marshall, legalábbis a *Marbury-ügyben*, kifejezetten támogatja a bírói felülvizsgálatot, de hallgat a törvényhozói felülvizsgálat legitimitásáról és a kettő közötti kapcsolatáról, és valószínű, hogy nem látta őket ellentétben. *Marbury legalábbis* úgy értelmezhető, hogy Marshall úgy döntött, hogy a bíróságoknak konzultálniuk kell az alkotmánnyal, amikor arról döntenek, hogy mi a rendes jog - ez a bírói kar speciális hatáskörébe tartozik -, ahogyan a jogalkotónak is konzultálnia kell az alkotmánnyal, amikor arról dönt, hogy mi legyen a rendes jog - ez végül is a jogalkotó hatáskörébe tartozik.⁴³ Az *Emberi jogok* című művében Paine hallgat a bírói felülvizsgálatról, de kifejezetten támogatja a törvényhozói felülvizsgálatot - ha a "felülvizsgálat" alatt egyszerűen az alkotmányos normák törvényhozói konzultációját és értelmezését értjük.⁴⁴ Nincs tehát okunk azt gondolni, hogy helytelenítette volna a *Marbury-ügy* viszonylag szűkszavú végeredményét, bár - mint majd mutatom - meglegedett volna a retorikai dicta nélkül is. Az átfedés a következő: Sem Marshall, sem Paine nem tagadja az alkotmányos normák aktív, folyamatos, jogalkotói értelmezésének és alkalmazásának legitimitását, szükségességét, koherenciáját vagy kívánatos voltát. Egyikük sem tagadja a bírói értelmezés legitimitását. Marshall az utóbbi szükségessége mellett érvel, míg Paine legalábbis bizonyos mértékig kifejezetten támogatja az előbbi kívánatos voltát. Egyikük sem ír úgy, mintha az egyik kizárná a másikat.

Mindazonáltal e nagyjából egy időben keletkezett dokumentumokból kitűnik egy alapvető különbség az alkotmányjog és a szokásjog két felfogása között. Ahol Marshall alkotmányosságról alkotott felfogása radikálisan eltér Paine-étől, az az alkotmányos normák állandóságának, vagy legalábbis stabilitásának hangsúlyozása. Paine az alkotmányt a törvényhozást irányító, és ezért a törvényhozás által megváltoztathatatlan törvényként képzelte el.

⁴² Marshall azzal a sokatmondó megállapítással zárja, hogy "az alkotmány alkotói ezt az eszközt a *bíróságok*, valamint a törvényhozás kormányzásának szabályaként tervezték". *Marbury*, *U5.S.* (1 Cranch), 179-80. o.

⁴³ Vö. Waldron, supra note 38, 191. o. (Marshallt úgy értelmezve, hogy csak a bírói felülvizsgálat ezen egyenlő hatáskörét támogatja: "Marshall valójában amellet érvel, hogy az alkotmánnyal kapcsolatos kötelezettségeik nem kisebbek, mint a törvényhozóké, nem pedig amellet, hogy eredendően szuperebbek"). (kiemelés kihagyva).

⁴⁴ Paine, Az ember jogai, második rész, lásd a2, fenti jegyzetet. 574.

törvényhozás, ⁴⁵hanem olyan, amely folyamatos népi, demokratikus felülvizsgálat tárgyát képezné. Paine szerint a jövő nemzedékek nem kötelesek jobban elfogadni az alkotmányjogot, mint ahogyan egy örökös sem köteles elfogadni az örökséget. ⁴⁶ Ez egy olyan törvény, amelyet természeténél fogva minden egyes nemzedéknek, amelyet érint, aktív, részvételi és alapvetően politikai folyamat keretében kell magáénak éreznie, jóváhagynia és értékelnie.⁴⁷ Paine az alkotmányt olyan jogként képzelte el, amely a politikából *fakad*, miközben korlátozza a politikát.

Marshall ezzel szemben egy állandó, stabil alkotmányt támogatott, amelyet, ha már egyszer létrehozta, nem lehet és nem is szabad megváltoztatni. Az ellentét ennél teljesebb nem is lehetne. Hallgassa meg Marshallt a témában:

Az, hogy a népnek eredeti joga, hogy olyan elveket alakítson ki kormánya számára, amelyek véleménye szerint a legjobban szolgálják saját boldogságát, az az alap, amelyre az egész amerikai államszerkezet épült. Ennek az eredeti jognak a gyakorlása nagyon nagy erőfeszítés; nem lehet és nem is kell gyakran megismételni. Az így megállapított elvek ezért alapvetőnek tekintendők. És mivel az a hatóság, amelyből ezek erednek, a legfelsőbb, és ritkán tud cselekedni, ezért *állandónak kell lenniük*.⁴⁸

Itt van a Paine-i és a Marshall-féle alkotmány közötti konfliktus lényege - nem annyira az intézményi felelősség kérdése, hanem inkább az alkotmányos stabilitás politikai kérdése. Marshall számára az, hogy az embereknek "eredeti joguk van arra, hogy jövőbeli kormányuk számára ⁴⁹alkotmányos elveket határozzanak meg", amelyek a boldogságukat szabályozzák, maga a szövet, amelyből az amerikai társadalom szövetét varrják. Paine számára nem túl erős az a kijelentés, hogy egy ilyen jog, ha létezne, tönkretenné az amerikai fabrikát.⁵⁰ Mint fentebb bemutattuk, Paine lelkesen hitt abban, hogy egyetlen nemzedéknek sem kötelessége elfogadni a másik által lefektetett alkotmányos elveket, mint ahogyan egy örökösnek sem kötelessége elfogadni a

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Id. 594-95.

⁴⁷ Id. 578.

⁴⁸ *Marbury*, U5.S. (1 Cranch) at (176kiemelés hozzáadva).

⁴⁹ Id.

Lásd Paine, Rights of Man, második rész, fenti 2,594-95. o.

egy ős által meghatározott örökség.⁵¹ Marshall számára az alkotmányozás olyan "nagy erőfeszítés", hogy azt soha nem szabadna megismételni;⁵² Paine számára, bármennyire is nagy erőfeszítésről van szó, azt valóban meg kell ismételni - alkalmanként, rendszeresen, vagy ha kell, gyakran.⁵³ Marshall számára ezeknek az alapelveknek állandónak kell lenniük. Paine számára ezek az elvek alapvetőek, de semmiképpen sem állandóak. Marshall számára a Kongresszusra vonatkozó alkotmányos korlátozás az így korlátozott Kongresszustól teljesen független forrásból származik: egy korábbi, generatív és egyszeri alkotmányos pillanatból, amikor a jogalkotó hatáskörének korlátai örökre rögzítve voltak. Paine számára a Kongresszusra vagy az állami törvényhozásokra rótt alkotmányos korlátozás a képviselőkkel azonos nemzedékű néptől származik.

Ez a különbség a két embernek az alkotmányok természetéről - és így a kormányzókra irányadó alaptörvény természetéről - alkotott felfogása között mélyreható. Ez nem egyszerűen a bírósági felülvizsgálat és a jogalkotói felülvizsgálat közötti különbségtétel. Paine alkotmányjoga, akárcsak Marshallé, a kormány korlátozására irányult. A csőcselékdemokrata Paine azt⁵⁴ akarta, hogy a jogalkotás egy rendezett, a jog által korlátozott alkotmányos folyamatból származzon, amelynek az Alkotmány volt a forrása. Paine támogatta a választójog minden, a korábban javasolt kiterjesztését, és még néhányat a saját számításaiból is hozzátett.⁵⁵

Ebből azonban nem következik, hogy Paine idealizálta volna a csőcselék korlátlan uralmát. Az alkotmánynak a kormányzók számára törvénynek kellett volna lennie; az alkotmánynak kötnie kellett volna a cselekedeteiket. Az alkotmányosság iránti vonzalma azonban korántsem a politikával, a részvételi demokráciával, a néppel (még a többséggel sem) vagy a Paine-rel szembeni bizalmatlanságból fakadt.

⁵¹ Id. 574.

⁵² *Marbury*, U.S. (1 Cranch) at 176.

⁵³ Paine, *Rights of Man*, második rész, fentebbi 2,574-75., 594-95. o.

⁵⁴ Lásd általában Foner, *supra* note 10, 107-44. o. (Paine filozófiai radikalizmusának és egalitarizmusának, valamint az 1770-es évek elején

Philadelphiában folytatott politikai aktivizmusának leírása)

⁵⁵Lásd Foner, supra note 10, 142-44. o. (megjegyezve, hogy Paine a tulajdonjog mint a szavazás feltételének eltörlését támogatta, és azt szorgalmazta, hogy a választójog "olyan általános legyen, mint az adózás").

képviselőik.⁵⁶ Az alkotmányjogot maga is a politikai folyamat termékének tekintette, de hosszabb és mélyebb hullámban egy alkotmányosan alkotó pillanatnak, amelyet viszonylag gyorsan vagy der követ a jogalkotás, amelyet viszont az alkotmányos felhatalmazás korlátoz és irányít. Ebben a tekintetben Paine alkotmánya, amely a képviseleti politika révén rendszeresen újrakonstituálódik, és amelyet egyetlen nemzedék sem köteles elfogadni - messze áll a Marshall által a *Marbury-ügyben* (némileg) kifejtett alkotmánytól. Marshall olyan változatlan alkotmányt támogatott, amely a politikai eredményeket azáltal korlátozza, hogy az egyes generációk lehetőségeit a feltételezett, valamikor a múltban kialakult generációk közötti konszenzus által korlátozza. Akárcsak az egyes amerikai alkotmányok, amelyek szerinte közel álltak ahhoz, hogy ezt megtestesítsék, Paine alkotmányos eszménye - törvényes, de populista, alapvető, de bizonytalan - ebben a tekintetben a Marshall által leírt stabil, nemzedékek közötti dokumentum ellentéte volt.

Fontos azonban hangsúlyozni, hogy Paine alkotmánya nem egyszerűen a Marshall-féle formalista dualizmus elutasított alternatívája: egy "közönséges törvényhozási aktus[], és mint más aktusok, ... megváltoztatható, amikor a törvényhozás módosítani kívánja." ⁵⁷Ez a konstrukció kihagyja azt a fogalmi teret, amelyet Paine populista alkotmányjogról alkotott hármass koncepciója foglal el: egy olyan joganyag, amely valóban korlátozza a politikát, de amely a politikából ered, és amelyet a politika révén hajtanak végre. Mindhárom pont központi jelentőségű Paine alkotmányosságában. Először is, Paine alkotmánya, nem kevésbé, mint Marshallé, a kormányzók cselekedeteit irányító alaptörvény, amely a kormányzás korlátja, nem pedig kiterjesztése. Ez nem "rendes jogalkotási aktus". ⁵⁸Ez azonban nem jelenti azt, hogy nem politikai vagy akár törvényhozási aktus; az. Ami viszont nem az, az a *rendes* jogalkotási aktus. Egyszerre jogalkotási és rendkívüli: az emberek és képviselőik alkotmányos, de teljes mértékben politikai jogalkotási pillanatokban hozták létre. ⁵⁹Másodszor, éppen azért, mert törvényhozási aktus, bár nem közönséges, az alkotmánynak ema-

⁵⁶ Éppen ellenkezőleg, Paine éppen azért csodálta annyira az alkotmányokat, mert azok közvetlenül a nép akaratából erednek. Paine, *Rights of Man*, Part Two, *Supra* note at 2,572-75.

⁵⁷ *Marbury*, U.S. (1 Cranch) at 177.

⁵⁸ Paine, *Rights of Man*, Part One, *Supra* note 2, 467-68. o.

⁵⁹ Paine, Az ember jogai, második rész, 2. lábjegyzet, 594-95574., o.

Eredeti célja és folyamatos funkciója, hogy inkább szorosabbra fűzze, mint lazítsa azokat a kötelékeket, amelyek a törvényhozókat azokhoz az emberekhez kötik, akiknek a nevében törvényt hoznak. Eredetét tekintve a nép demokratikus hatalmának megteremtésére tett kísérlet volt, nem pedig annak korlátozására, ellenőrzésére, szétválasztására, szétválasztására vagy ellensúlyozására, és folyamatos funkciójának ugyanennek kellene lennie. Harmadszor, a törvényhozás közreműködésével és a mandátumának megfelelő cselekvéssel kell érvényt szerezni neki.⁶¹ A jogalkotóknak az alkotmányt kötelező érvényűnek kell tekinteniük, hivatkozniuk kell rá, és a jogalkotói érvelésben alkalmazniuk kell, amikor arról döntenek, hogy mi legyen a törvény, ahogy Marshall esetében a bíróságoknak is hozzá kell fordulniuk, hogy eldöntsék, mi legyen a törvény. Erre a harmadik pontra, amely a mai célok szempontjából a legkövetkezetesebb, az alábbiakban még visszatérek és bővebben kifejtem.

Hadd fejezzem be ezt a részt azzal, hogy röviden visszatérek Paine híres kijelentésére. Mít értett azon a kijelentésén, hogy Amerikában a törvény a király? Azt állítottam, hogy Paine *nem* úgy értette, hogy Amerikában a jog - vagy az alkotmányos jog, vagy a jogállamiság - korlátozza a politikát, ahogyan egy jól működő monarchiában a király. Ehelyett Paine úgy értette, hogy Amerikában az önrendelkezés uralkodik, mind a köztársasági, mind a demokratikus értelemben: Az a törvény, amelyet más helyeken a monarchiáknak kijáró tisztelettel kell kezelni, az a törvény, amelyet az egész nép érdekében eljáró képviseleti törvényhozás hoz létre. A törvény, amely király, nem olyan törvény, sem alkotmányos, sem más, amely korlátozza a politikát. Sokkal inkább az a törvény, amelyet politikai folyamatok révén, az általa érintett emberek érdekében és kérésére hoznak létre.

A tiszta, képviseleti, többségi demokrácia ilyen fenntartások nélküli támogatása ellentmondásra ad okot a jogok, az alkotmányok és az alkotmányjog lelkes védelmezőjének szájából? Szerintem nem, de hogy miért, ahhoz félre kell tennünk a jogról és az alkotmányokról alkotott modern elképzeléseket. A "jog" Paine idejében nem feltétlenül jelentette azt, hogy "amit a bíróságok alkalmaznak". "A jog lehetett⁶² inkább rendkívüli vagy közönséges, alapvető vagy törvényes, a kormányra vagy a bíróságokra irányuló. És míg az utóbbiak értelmezése és alkalmazása az igazságszolgáltatás feladata volt,

⁶⁰ Id. 594.

⁶¹ Id. 574.

⁶² Természetesen ez pontosan az a beszámoló, amelyet Paine adott a rendes jogról. Paine, *Rights of Man, Part One*, supra note at 2,468.

ugyanez nem volt igaz az előbbiekre. Ezért az alkotmányjog Paine számára, ellentétben a közönséges joggal, lehetett "törvény" anélkül, hogy olyan dolog lett volna, amely bírói értelmezést, alkalmazást vagy felügyeletet igényel. Lehetett jog, és mindazonáltal a törvényhozókra irányulhatott, értelmezheték és alkalmazhatták - néha korlátozva, máskor pedig megbízva vagy irányítva a cselekvésüket.

De akkor milyen értelemben "jog" az alkotmányjog? Mi a közös benne a közönséges joggal, ha nem az, hogy "a bíróságok által alkalmazott jog"? Paine szerint az alkotmányjogot éppen az a tulajdonság teszi a jog egyfajta különlegességévé, amely a jogot - az uralkodókkal ellentétben - tiszteletre méltóvá teszi: A közönséges joghoz hasonlóan az alkotmányos jog is a politikából ered (bár inkább rendkívüli, mint közönséges pillanatokban), az általa kormányzott nép akaratát tükrözi, és az érdekeik megőrzésére és jólétük biztosítására irányul. Más szóval az alkotmányjog és a szokványos jog közös jellemzője, hogy mindkettő a politika terméke. Mindkettő a képviseleti demokratikus aktusok eredménye.

Itt Paine nézeteinek kontrasztja nemcsak Marshalléval, hanem a modern alkotmányos érzékenységgel is majdnem teljes. A modernista számára az alkotmányjog osztozik a közönséges joggal abban a realista tulajdonságban, hogy a bírósági alkalmazás tárgya; az alkotmányjog, akárcsak a közönséges jog, az, amit a bíróságok alkalmaznak, felfedeznek és értelmeznek. A jog e realista definíciójának széles körű elfogadása az oka annak, hogy Marshallnak a bírói felülvizsgálat mellett szóló utolsó érvét, miszerint a bíróságok hatáskörébe tartozik megmondani, mi a jog, állandóan félreértelmezik. A modern olvasó számára, beleértve a század közepén a *Cooper kontra Aaron* ügyben eljáró bíróságot is,⁶³ a "törvény" szó ebben a mondatban az alkotmányban foglalt törvényre utal, és mivel az alkotmány törvény, ezért a bíróság feladata kell, hogy legyen, hogy megmondja, mi a törvény.⁶⁴ Ismétlem, mi az, amiben az alkotmányjog osztozik a közönséges joggal,

⁶³358 USA (1,195818).

⁶⁴ John Harrison professzor egyébként erős cikke, amely rekonstruálja Marshall érvét a bírói felülvizsgálat mellett, véleményem szerint ebben a hibában szenved. Harrison professzor rekonstrukciója szerint a szöveg kizárja a kongresszusi felülvizsgálatot, mivel a kongresszus feladata a "törvény megalkotása", nem pedig az

értelmezés, és a bíróságok jogerőre való igénye szintén az alkotmány törvényi státuszából következik. John Harrison, *The Constitutional Origins and Implications of Judicial Review*, 84 Va. L. Rev. 333, 367-68 (1998). Egy olyan érvelésért, amely szerint Marshall valójában a Jefferson-féle felfogáshoz közelebb álló nézeteket vallott, beleértve a bírói véglegesség elutasítását, az egyidejű alkotmányossági felülvizsgálat és vita lehetőségére való nyitottságot, valamint a végső bírói felülvizsgálat konkrét esetekre, nem pedig kérdésekre való korlátozását.

a modern alkotmányjogász számára az a tulajdonság, hogy az, amit a bíróságok alkalmaznak, amikor azt a munkát végzik, hogy kimondják, mi a törvény. Paine számára azonban a jog lényege összetettebb volt; a bíróságok által alkalmazott minőség csupán a közönséges jog, nem pedig a jog önmagában meghatározó tulajdonsága volt.⁶⁵ Az alkotmányjog ezzel szemben a kormányzatra irányult.⁶⁶ A jog közös lényege tehát nem az volt, hogy mindkettőt a bíróságok alkalmazzák és így értelmezik.

Az alkotmányjog és a szokásjog közös jellemzője inkább az, hogy a képviselői, demokratikus politikából erednek. És éppen azért, mert az alkotmányjog tartalma a politika terméke és egyben korlátja is, az élők, nem pedig a holtak akaratát tükrözi, a demokráciát követeli, nem pedig kompromittálja vagy ellenőrzi, megérdemli tiszteletünket és joggal követeli engedelmisségünket. Az alkotmányjognak a közönséges joggal közös vonásai miatt - köztársasági törekvése és demokratikus eredete - megéri azt a forradalmat, amelyért kivívták. Mivel az alkotmányos jog, mint minden jog, a politikában részesedik, az általuk létrehozott és annak része, Amerikában király.

II. A PAINEI ALKOTMÁNY ÉS A MODERN ALKOTMÁNYOSSÁG: EGY KONTRASZT

Paine populista-jogi alkotmánya nyilvánvalóan elveszett számunkra az idők folyamán. Az alkotmányosság történetét alkotó joggyakorlatban először is elfogadtuk a törvényhozás alkotmányosságának bírói felülvizsgálatának szükségességét, amelyet Marshall a *Marbury kontra Madison* ügyben terjesztett elő.⁶⁷ Másodszor, elfogadtuk az alkotmányértelmezés bírói felsőbbrendűségének gyakorlatát, amennyiben a bíróságok alkotmányértelmezése ütközik más politikai szereplőkével, amit a Warren-bíróság több mint száz évvel *Marbury* után a *Cooper kontra Aaron* ügyben erőteljesen megerősített.⁶⁸ Végül, elfogadtuk a bírói kizárólagosság szokását, amely a Rehnquist Bíróság de-

tásokról, lásd David E. Engdahl, John Marshall's "Jeffersonian" Concept of Judicial Review, Duke 42 L.J. (2791992).

⁶⁵ Paine, Rights of Man, Part One, Supra note 2, 467-68. o.

⁶⁶ Id.

⁶⁷ *Marbury*, U.S. (1 Cranch) 137.

⁶⁸ 358 U.S. (1,195818).

és máshol, hogy nemcsak a bírósági felülvizsgálat szükséges és konfliktus esetén szükségszerűen mérvadó, hanem a bírósági értelmezésnek *kizárólagosnak* kell lennie. Ez az érv azt állítja, hogy egyetlen más hatalmi ágának, különösen a Kongresszusnak sincs hatásköre arra, hogy saját alkotmányértelmezést kockáztasson és cselekedjen.⁶⁹ Inkább úgy tűnik, hogy a Bíróság felfogása szerint csak a bíróságok, mint a törvény ex-pozitátorai mondhatják meg nekünk az Alkotmány jelentését.⁷⁰

-- Lásd pl. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 536 (1997), ahol Ken- nedy bíró azt írja:

Amikor a Bíróság értelmezte az Alkotmányt, akkor a bírói hatalom hatáskörében járt el, amely magában foglalja azt a feladatot, hogy kimondja, mi a törvény. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch, 177. o. Amikor a politikai hatalmi ágak az alkotmány már kiadott bírói értelmezésének háttérében cselekszenek, meg kell érteni, hogy a későbbi ügyekben és vitákban a Bíróság a precedenseit a bevett elvek szerint - beleértve a *stare decisis-t* is - megillető tisztelettel fogja kezelni, és az ezzel ellentétes várakozásoknak csalódást kell okozniuk. [A vallásszabadság helyreállításáról szóló törvényt] úgy tervezték, hogy ellenőrizze az olyan eseteket és vitákat, mint az előttünk fekvő; de mivel az itt hivatkozott szövetségi törvény rendelkezései túlmutatnak a kongresszus hatáskörén, a Bíróság precedensének, nem pedig az RFRA-nak kell irányítania.

A City of Boerne óta a Bíróság megszigorította az alkotmányértelmezés feletti ellenőrzését.

A Bíróság a tizennegyedik módosítás alapján a Kongresszus 5. § szerinti hatáskörét például olyan jogszabályokra korlátozza, amelyek összhangban vannak mind a Bíróságnak a módosítás értelmezésével, mind a Bíróság módszerével annak megállapítására, hogy az államok mikor sértik meg azt. Ez az érvelési módszer érdekes módon abból a felismerésből ered, hogy a bírói testület viszonylag rosszul alkalmas a tényfeltárára. Lásd Larry D. Kramer, *Előszó: We the Court*, 115 Harv. L. Rev. 4, 145-52 (2001) (a Kongresszus 5. §-ának és a kereskedelmi klauzulának a hatáskörét korlátozó modern esetekről, különösen az *Alabama Egyetem Kuratóriuma kontra Garrett*, 531 U.S. 356 (2001), és a *Kimel kontra Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000)). Azzal az érveléssel kapcsolatban, hogy csak a Kongresszusnak nincs végső értelmezési jogköre az alkotmányos kérdésekben, mivel a Kongresszus hatáskörébe tartozik a törvényalkotás, nem pedig a jogértelmezés, lásd Harrison, *Supra note*, 64,367-68. o. (lásd Harrison, *Supra note*, 367-68. o.).

⁷⁰ A két legfontosabb eset, amely e kizárólagos hatáskör magvát érvényesíti, amelyet legalább egy kommentátor a "bírói szuverenitás" doktrínájának nevez, lásd például, Kramer, *supra note* 69, 14. o., valószínűleg a *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), amelyben a Bíróság érvénytelenítette a Gun-Free School Zones Act-et, amely szövetségi bűncselekménynek minősítette a lőfegyver birtoklását iskola közelében, mivel az sértette a kereskedelmi záradék szerinti kongresszusi hatáskör "bíróilag kikényszeríthető külső határait", id. id. 566. o., és a *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598. o. (2000), amelyben a Bíróság megsemmisítette a nők elleni erőszakról szóló törvény egyes részeit, mivel a Kongresszus által összegyűjtött bizonyítékok, amelyek az államközi kereskedelemre gyakorolt hatást bizonyították, nem voltak elégségesek. A *Morrison-ügyben* a Bíróság kimondta, hogy "[a]z, hogy a kongresszus megállapíthatja, hogy egy adott tevékenység lényegesen befolyásolja az

államközi kereskedelmet, nem feltétlenül jelenti azt, hogy ez így is van.
a Kongresszus alkotmányos hatáskörébe tartozik-e a szabályozásuk, végső soron
inkább bírósági, mint jogalkotási kérdés, és csak ez a bíróság dönthet véglegesen.

Az eszmék e fejlődésén keresztül az alkotmány, amelyet Paine az amerikai példában vélt látni - egy alkotmány a kormányzat számára és számára -, a bíróságok számára és számára alkotmánnyá vált. E fejlődés révén a népi jogász alkotmány, amely olyan egyértelműen Paine dicséretének és csodálatának tárgya volt, teljesen eltűnt. A bírósági felülvizsgálat mai gyakorlata, amelynek során a bíróságok a precedenst, az eredeti jelentést, az alapvető értékeket vagy a semleges elveket használják fel az állami cselekvés korlátozására és az egyéni vagy vállalati szabadság kiterjesztésére, függetlenül annak érdemeiről vagy hátrányairól, még csak nem is visszhangja Tom Paine közérthető kijelentéseinek forradalmi és demokratikus következményeinek.

Tom Paine alkotmányának elvesztése sajnálatos; ez olyan alkotmányos elvekbe és gyakorlatokba került, amelyek talán hasznosnak bizonyultak volna. E cikk következő részében megpróbálom elmagyarázni, hogy mik lehetnek ezek. Előtte azonban érdemes megjegyezni, hogy Paine elképzelt alkotmánya eltűnésének elsődleges ára egyszerűen logikus: egy kellemetlen és hamis dilemma szarvára feszített minket. Ezt a dilemmát Marshall a *Marbury kontra Madison* ügyben híres módon írta le, és talán meg is teremtette, és alkotmányos gyakorlatunkat azóta is ez vezeti félre. Íme Marshall beszámolója alkotmányos lehetőségeinkről:

Az alkotmány vagy egy felsőbbrendű, mindenek felett álló törvény, amely rendes eszközökkel nem változtatható meg, vagy pedig a rendes törvényhozási aktusok szintjén áll, és a többi törvényhez hasonlóan megváltoztatható, ha a törvényhozás módosítani kívánja.

Ha az alternatíva első része igaz, akkor az alkotmánnyal ellentétes törvényhozási aktus nem törvény: ha a második rész igaz, akkor az írott alkotmányok abszurd kísérletek a nép részéről egy olyan hatalom korlátozására, amely természeténél fogva korlátlan.

Bíróság." Id. 614. o. (idézetek kihagyva). Itt a Kongresszus nem tudta bizonyítani ezt, mert a Kongresszus "olyan erősen támaszkodott egy olyan érvelési módszerre, amelyet már elvetettünk, mint amely nem működőképes, ha fenn akarjuk tartani az Alkotmányban foglalt enu merációs hatásköröket". Id. at 615. A Bíróságnak a fenti és más ügyekben alkalmazott preemptoriális alkotmányosságának erőteljes kritikáját

lásd: Kramer, Supra note 69; Victoria Nourse, Toward a New Constitutional Anatomy (2003. március 26.) (nem publikált kézirat, a Virginia Law Review Association-nél van).

Természetesen mindazok, akik írott alkotmányt alkottak, úgy tekintik azt, mint a nemzet alapvető és legfőbb törvényét, és következésképpen minden ilyen kormányzás elmélete az kell legyen, hogy a törvényhozás alkotmányba ütköző törvénye semmis.

Ez az elmélet alapvetően az írott alkotmányhoz kapcsolódik, és következésképpen a bíróságnak társadalmunk egyik alapelvének kell tekintenie.⁷¹

Ezek az alternatívák visszatekintve nemkívánatosnak és tarthatatlannak tűnnek. A Marshall által elvetett lehetőséget - miszerint az alkotmánnyal ellentétes és ezért nem törvényes jogalkotási aktusok mégis arra kötelezhetik a bíróságokat, hogy érvényt szerezzenek nekik - az Egyesült Államokban még soha nem próbálták ki. Marshall döntésének hatása az volt, hogy megszüntette annak lehetséges értelmezését, hogy mit jelenthet az írott alkotmány. Nehéz egy kipróbálatlan programot kudarcnak nyilvánítani. Sőt, lehet, hogy - ahogyan azt számos kortárs alkotmánytudós, aki kételkedik a bírói felülvizsgálat bölcsességében, ma már rendszeresen állítja -¹² Marshall túl gyorsan elvetette ezt a lehetőséget. A rendes jogalkotási eszközökkel kikényszerített, értelmezett és módosított alkotmányok nem biztos, hogy olyan teljesen értelmetlenek, mint ahogyan azt Marshall feltételezi. A bíróságoknak minden, a törvényhozás által elfogadott törvényt végre kellene hajtaniuk, de ez nem tenné szükségszerűen értelmetlenné az alkotmányt; egy jogszabály esetleges alkotmányellenessége továbbra is a politikai folyamat feladata maradna. Ha egy törvényhozó kitarzana az alkotmányellenes jogszabályok megszavazása mellett, a választói egyszerűen leszavazhatnák őt hivatalából, nem kevésbé, mintha kitarzana a széles körben bölcsnek tartott jogszabályok megszavazása mellett.

Mindazonáltal Marshall elutasítása azzal a lehetőséggel kapcsolatban, hogy a bíróságoknak alkotmányellenes törvényeket kellene végrehajtaniuk, összhangban van a józan ésszel és a közös tapasztalattal, és kiállta az idő próbáját. Az alkotmányosság minden barátja számára nehéz elképzelni az alkotmányjogot bármiféle bírói felülvizsgálat nélkül, és ez így van a

⁷¹ *Marbury, U.S.* (1 Cranch) at 177.

⁷² Lásd pl. Mark Tushnet, sup:-a note at13, (azzal 56érvelve, hogy "[a] Legfelsőbb Bíróság a legjobb esetben egyértelműen sokkal jobb, mint a Kongresszus a legrosszabb esetben[, de a Kongresszus a legjobb esetben jobb, mint a Bíróság a legrosszabb esetben", és példákat hoz fel a kongresszusi alkotmányértelmezésre, amelyek tartósabbnak és ambiciózusabbnak bizonyultak, mint a bírósági alkotmányértelmezés); lásd még a fentebb említett hatóságokat. 13.

Marshall végül is ezt indokolta: Ez azt a nem elfogadható felelősséget róná a bíróságokra, hogy egyszerűen figyelmen kívül hagyják a törvény lehetséges vagy talán megcáfolhatatlan alkotmányellenességét, amelyet alkalmazniuk kell. A bírósági felülvizsgálat *nélküli* alkotmányossággal nem az a probléma, ahogy Marshall néhány vitathatóbb érve látszólag sugallja, hogy az alkotmánynak nem lenne ereje egy ilyen világban; az alkotmánynak mint nagy politikai jelentőségű dokumentumnak nyilvánvalóan még mindig lehetne ereje. Az igazi probléma egy olyan alkotmányos világgal, amelyben a bírák nem játszanak szerepet, a bírói szerepkör kialakításában rejlik: Nehéz elképzelni, hogyan folytatódhat a munkájuk, ha nem vizsgálhatnak alkotmányos kérdéseket. A bírói felülvizsgálat valamilyen formája lehet, hogy nélkülözhetetlen ahhoz, hogy az Alkotmányt mint korlátozó törvényt, ne pedig mint a politikai törekvések pusztá kinyilatkoztatását értsük, de a bíróságok mint jogértelmezők megértéséhez egyértelműen nélkülözhetetlen. Marshall dilemmájának első szarva ugyanolyan tarthatatlan, mint amilyenek ő maga sugallta.

De mi a helyzet a dilemma második szarvával, Marshall előrevetített alternatívájával? Tartható vagy kívánatos? Kezdjük azzal, hogy tartható-e vagy sem. Egyértelműnek tűnik, hogy Marshall megfogalmazása az "alkotmány ... [mint] egy felsőbbrendű, legfelsőbbrendű, hétköznapi eszközökkel megváltoztathatatlan törvény" a gyakorlatban nem ⁷³bizonyult megalapozottnak, függetlenül attól, hogy a szónoklatban továbbra is a szánkat jártatjuk-e érte. Nekünk nincs felsőbbrendű, legfelsőbbrendű, hétköznapi eszközökkel megváltoztathatatlan törvényünk. Inkább a politikai szereplők szabadságát korlátozó alkotmányos jogunk van, amely a rendes *bírói* eszközökkel teljesen megváltoztatható; nevezetesen a jogilag kötelező precedensek indoklással ellátott, bírói kidolgozásának hagyományos, szokásjogi módszereivel. Az alkotmányjogunkban nem az a furcsa, hogy a szokásjog testeként tekintve megváltoztathatatlan. Valójában nem kevésbé változékony, mint a szerződési jog vagy a kártérítési jog, sőt, talán még változékonyabb is. Az alkotmányjognak ezt a szokásjogi testületét sok mindenre lehetne méltatni. Egy ilyen gyakorlat révén a bíróságok az általuk alapvetőnek tartott elvekhez kötik a lakosságot, olyan elvekhez, amelyek végül is nagyon is jók lehetnek. Azok az elvek, amelyek alapján a *Brown kontra oktatási*⁷⁴

*tanács és a Roe kontra Wade*⁷³ ügyek

⁷³ *Marbury*, U.S. (1 Cranch) at 177.

⁷⁴ 347 USA (4831954).

⁷⁵ 410 USA (1131973).

A rossz elvek, amelyek alapján a rossz ügyeket - *Red Scott v. Sandford*,¹⁶ *Plessy v. Ferguson*,⁷⁷ *Lochner v. New York*⁷⁸ - eldöntötték, szerencsére a jelenlegi bírák elvetik. Lehet, hogy szerencsénk volt: Az elvek, amelyek ezt a nem demokratikus és politikaellenes joganyagot feloldják, és amelyek a demokráciánk és politikánk feltételeit diktálják, legalábbis jelenleg alapvetően jók és tisztességesek. Továbbá, az alkotmányos szokásjog gyakorlata némileg hozzájárulhat ahhoz, hogy a peres felek számára formális egyenlőséget biztosítson. A precedensjog, a *stare decisis* és hasonló szabályok, amelyek a bírák által alkotott jogot szabályozzák, szükségesek annak biztosításához, hogy a hasonló ügyeket egyformán kezeljék, oly módon, hogy mind a jog integritása megmaradjon, mind pedig az igazságosság általános felfogásának megfeleljen. Végül pedig a precedensekhez való hűség és az alkotmánybíráskodás inkább evolúciós, mint görcsös megközelítése segít biztosítani, hogy a Bíróság továbbra is kivívja a szükséges tiszteletet ahhoz, hogy a polgárok és a tisztviselők bizonyos fokú önkéntes engedelmességet tanúsítsanak döntései iránt.

Úgy tűnik tehát, hogy az alkotmányos common law módszerünknek van néhány előnye: néhány jó kormányzási elv, a peres felek bizonyos fokú formális egyenlősége, és egy olyan bíróság, amely kiérdemelte a tiszteletet, amelyre szüksége van ahhoz, hogy ítéleteit végrehajtsák. A common law alkotmányossági gyakorlatunk egy dologra azonban nyilvánvalóan nem képes, mégpedig arra, hogy megvédje vagy érvényesítse azt, amit *Marshall* az Alkotmányban látott: egy "eredeti és legfőbb akarat" aktusát, amely egyetlen nagy, ritkán megismételhető erőfeszítésben fejeződött ki, és amely örökre szóló alapelveket fogalmazott meg.⁷⁹ A fejlődő alkotmány, amelyet a szokásjogi alkotmányosság berögzült gyakorlata feltételez, éppúgy távol áll attól, amelyet *Marshall* metaforikus eredeti és legfőbb akarata hozott létre, amely egyszerre kötelező és meghatározó a jövőre nézve, mint *Paine* metaforikus végrendeleti hagyatékától, amely nem kötelez semmilyen konkrét címzettet, és amelyet a kedvezményezettek csak olyan mértékben fogadnak el, amilyen mértékben csak elfogadhatónak találják.⁸⁰

⁷⁶60 U.S. (19 How.) (3931856).

⁷⁷137 U.S. (1891) 504.

⁷⁸198 U.S. (1905) 45.

⁷⁹100 U.S. (1879) 339.

⁸⁰100 U.S. (1879) 339.

¹⁸ 198 U.S. (451905).

¹⁹ *Marbury, U.S.* (1 Cranch), 176-77. o.

⁸¹ Ezt egyetlen ügy sem teszi egyértelműbbé, mint a *Planned Parenthood kontra Casey, U505.S.* (8331992) O'Connor bíró híres diktuma ebben a határozatban ("A szabadság nem talál menedéket a

Vajon kívánatos lenne-e Marshall alkotmányos "ösrobbanása", még akkor is, ha ez alkotmányos gyakorlatunk tartható leírása lenne? Maga a *Marbury-ügy* nagyon keveset mondott, ami ezt ajánlja. A *Marburyben* a kormányzati elv, amely Marshall "állandó", "rendi eszközökkel megváltoztathatatlan" alkotmányos joganyagot preferál, az, ⁸¹hogy "a népnek eredeti joga, hogy jövőbeli kormánya számára olyan elveket állapítson meg, amelyek véleménye szerint a leginkább hozzájárulnak saját boldogságához". ⁸² Továbbá, "[a]z így megállapított elvek" következőképpen "állandónak vannak tervezve". ⁸³ A népnek tehát "eredeti joga", hogy olyan állandó elveket határozzon meg, amelyek véleménye szerint a leginkább hozzájárulnak a boldogsághoz. De ez az érv eléggé gyenge. Ha Marshall álláspontja az lett volna, hogy a népnek joga van ahhoz, hogy saját kormánya számára a saját boldogságát szolgáló elveket állapítson meg, akkor az érv támadhatatlan lett volna, amíg van értelme azt gondolni, hogy megfontolt, hosszú távú alkotmányos ítéleteink javulást jelenthetnek rövid távú politikai döntéseinkhez képest Gust, ahogy egyesek szerint rövid távú politikai döntéseink javulást jelenthetnek rövid távú fogyasztási döntéseinkhez képest⁸⁴). De az az elképzelés, hogy egy korszak embereinek "eredeti joga", hogy olyan elvekről döntsenek, amelyek szerintük a leginkább hozzájárulnak az emberek boldogságához.

a kétségek joggyakorlatát.", id. 844. o.), és a tartalma egyenesen a Bíróságnak a precedensértékű alkotmányos múlttal való összhang fenntartásának szükségességén nyugodott, nem pedig az "eredeti és legfőbb akaraton". Id. 854-55. o. A *Casey-ügyben* a kérdést úgy fogalmazta meg, hogy a Bíróságnak meg kell-e szegnie a *Roe kontra Wade*, 410 U.S. 113 (1973) által biztosított elvárásokat, nem pedig úgy, hogy a Bíróságnak meg kell-e szegnie az "eredeti és legfőbb akaratot". *Ca sey*, 505 U. S. at 854-61. O'Connor úgy vélte, hogy a Bíróság nem sértheti meg a *Roe* által biztosított jogokat ugyanazokból az okokból, amelyek miatt a bíróságok általában ragaszkodnak a stare decisishez: az ítélkezés következetességének szükségessége és a döntési szabadság függése az előre megszabott bírói kijelentésektől. Az eredmény nem egy változatlan alkotmányos generatív pillanathoz való hűség, hanem a közelmúltbeli ítélkezési gyakorlathoz való hűség, amely nem változtatható meg jogalkotási eszközökkel.

A *The Washington Post* arról számolt be, hogy a vitatott Miguel Estrada, amikor a Kongresszus előtt tanúskodott az Egyesült Államok Fellebbviteli Bíróságának (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit) tagságának megerősítése érdekében, többször is kijelentette, hogy hajlandó "követni a prece dentet" és alkalmazni a *Roe v. Wade* ítéletet, mert *Roe* "a törvény". Benjamin Wittes, *Silence Is Honorable*, Wash. Post, 2003. február 25., A23. o. A törvény, más szóval, a Legfelsőbb Bíróság precedense, nem pedig maga az alkotmány.

⁸¹ *Marbury*, U5.S. (1 Cranch) at177 .

⁸² Id. at 176 .

⁸³ Id.

⁸⁴ Lásd pl. Mark Sagoff, *We Have Met the Enemy and He Is Us or Conflict and Contradiction in Environmental Law*, *Envtl* 12. L. 284-86283, (1982).

a jövő nemzedékek számára, és hogy ez a jog az az alap, amelyre "az egész amerikai struktúra épült", eléggé kétséges.⁸⁵ Hogyan lehetne egy demokráciában egy nemzedéknek "eredeti joga" arra, hogy a jövő polgárai számára a kormányzás alapvető elveiről döntsön? Mi lenne ennek az eredeti jognak a forrása? Vagy az "eredeti" jelző azt jelenti, hogy nincs eredete, de minden más jog forrása? De ha nincs eredete, akkor mi az érv a létezésére? És ha nincs eredete, és ha ez valóban egy olyan jog, amely a jövő nemzedékek boldogságát szabályozó elveket állapít meg, amelyek felett nincs politikai kontroll, akkor miben különbözik ez a jog az uralkodók "eredeti jogától", hogy ugyanezt tegyék?

Tom Paine, bármi is volt a bírósági felülvizsgálatról vallott ki nem mondott nézetei, egyértelműen bírálta azt, amit Marshall "állandó alkotmányosságának" nevezhetnénk. Az alkotmányosság eszméivel és gyakorlatával való foglalkozása során Paine következetesen bírálta azt a nézetet, amely Marshall felfogásában éppúgy központi helyet foglal el, mint maga a bírói felülvizsgálat, miszerint az alkotmányoknak változatlanok, elveiknek pedig állandónak kell lenniük. Részben, és amint azt fentebb tárgyaltuk, Paine ellenvetése egyszerűen az volt, hogy egy túlságosan szilárdan rögzült alkotmány soha nem profitálhat a felhalmozott tapasztalatok bölcsességéből.⁸⁶ De volt egy konkrétabb ellenvetése is. A XVIII. század végének sajátos alkotmányai szerinte nagy előrelépést jelentettek az emberi megértésben, de egy olyan történelmi pillanatban születtek, amely megőrizte a politikai élet korábbi, demokrácia előtti és alkotmány előtti felfogásának "barbárságát".⁸⁷ Attól tartott, hogy az alkotmányosság befagyasztása ezeket a barbár felfogásokat fagyasztaná be.

⁸⁵ *Marbury*, U.S. (1 Cranch) at 176.

⁸⁶ Paine, *Rights of Man*, második rész, 2. lábjegyzet, 574., 594-95. o. Paine az állandó alkotmányosságot is a burke-i politikai elmélethez tartozónak és már csak emiatt is kifogásolhatónak tekintette. Az *Emberi jogok második* részében kifejezetten összekapcsolta a kettőt:

Az egyik legnagyobb előrelépés, amelyet az alkotmányos szabadság örökös biztonsága és fejlődése érdekében tettek, az a rendelkezés, amelyet az új alkotmányok az időnkénti felülvizsgálatra, módosításra és kiegészítésre tesznek.

Az az elv, amelyre Burke úr politikai hitvallását alapozta, hogy "az utókort az idők végezetéig köti és ellenzi, és az utókor jogairól örökre lemond és lemond", mára már túlságosan utálatos lett ahhoz, hogy vita tárgyává tegyük; ezért nem teszek róla más megjegyzést, mint hogy leleplezem.

Id. 594.

⁸⁷ Paine, *Az ember jogai*, második rész, lásd a2, fenti jegyzetet. 595.

Az Emberi jogok második részének ez a passzusa, amely egy olyan jövő felé mutat, amikor az alkotmányosság maga is a jogok kozmopolita és univerzalista, nem pedig nacionalista és partikuláris értelmezését vallja:

A legjobb alkotmány, amelyet most ki lehet találni, és amely összhangban van a jelen pillanat állapotával, messze elmaradhat attól a kiválóságtól, amelyet néhány év múlva lehet majd elérni. A kormányzás témájában az értelem olyan reggele ébredt fel az emberekben, amely korábban még nem jelent meg. Ahogy a jelenlegi régi kormányok barbársága megszűnik, a nemzetek egymáshoz viszonyított erkölcsi állapota is megváltozik. Az ember nem fog abban a vad eszmében nevelkedni, hogy fajtát ellenségének tekinti, mert a születés véletlenje miatt az egyének különböző nevekkkel megkülönböztetett országokban élnek; és mivel az alkotmányoknak mindig van valamilyen kapcsolatuk a külső és a hazai körülményekkel, minden alkotmánynak részét kell képeznie annak az eszköznek, hogy minden változásból, legyen az külföldi vagy hazai, hasznot húzzanak.

A kormányzásnak éppúgy nyitottnak kellene lennie a fejlődésre, mint bármely más, az emberhez tartozó dolognak, ehelyett azonban korról korra a legtudatlanabb és legelvetemültebb emberi faj monopolizálta.⁸⁸

Hadd nézzem meg most az alkotmányosság két lehetséges értelmezését, amelyet Marshall dualizmusa elhallgat (lehet, hogy van más is). Az első az általunk ténylegesen elfogadott alkotmányos gyakorlat, amely ugyanolyan távol áll Marshall "eredeti és saját akaratahoz" való ragaszkodásától, mint az általa kifejezetten elutasított szándékos bírói lemondás rendszere. Ez a gyakorlat az Alkotmányt a szokásjog egy olyan testületének tekinti, amely, mint minden szokásjog, rendes bírói intézkedésekkel megváltoztatható, de amely, más szokásjoggal ellentétben, nem változtatható meg jogalkotási eszközökkel. Hogyan kell értékelnünk jelenlegi gyakorlatunkat? Bár széles körben elfogadott alkotmányos dogmaként, a kortárs szokásjog szemszögéből nézve ez az alkotmányos gyakorlat - a szokásjog egy olyan testületének bírói kidolgozása, amely biztosítékot nyújt az alkotmányos jogra.



a jogalkotói beavatkozás és korrekció ellenében - furcsa. Az alkotmányjogi kontextuson kívül a bíró által alkotott jogról általában azt gondoljuk, hogy demokratikusan elfogadható, éppen azért, mert az interstitiális és mindig a jogalkotó korrekciójának tárgya. A törvényhozói beavatkozás lehetősége nélkül lényegében precedens általi kormányzásról van szó, nem pedig törvény általi kormányzásról. Ez akár a "törvény" alatt a törvényhozók által a rendes politikai folyamatok során létrehozott törvényt, akár az "eredeti és legfőbb akarat" által létrehozott rendkívüli törvényt értjük.

És mi a helyzet a "precedenskormányzással"? Néhány előnyét fentebb már említettük: a forradalmi változásokkal szemben az evolúció, az egyenlő igazságszolgáltatás garantálása a peres felek számára, és a jó kormányzás tisztességes elveinek biztosítása. A költségek számbavételéhez azonban hadd térjek vissza Paine-hoz. A precedens szerinti kormányzás, szorgalmazta Paine, a precedenst az elvek elé helyezi, a jelenlegi és jövőbeli szükségszerűségekkel szembeni lusta tiszteletlenséget szítja, a valódi és törvényes jog veszélyes hiányát mutatja, a kiváltságok és a gazdagság védelmét szolgálja, a múlt babonás tiszteletét erősíti, és a gyakorlatban nem jobb, mint a monarchikus arrogancia, szeszélyesség és elszámoltathatatlanság, sőt, nem is különbözik tőle.⁸⁹ Úgy vélte, ez az egyik "legaljasabb rendszer, amit fel lehet állítani"⁹⁰ - ami súlyos kritika, tekintve a monarchia iránti megvetését -, és úgy vélte, hogy a precedensek tisztelete hamarosan a múlté lesz, akárcsak a szerzetesek fokozott tisztelete az "ösi ereklyék" iránt. "⁹¹Ironikus módon, a dolgok alakulását tekintve, Paine úgy vélte, hogy ez azért fog bekövetkezni, mert a "precedens szerinti kormányzást" - nem kevésbé, mint a monarchiát - az amerikai forradalom által a demokráciának adott új lendület fenyegeti.⁹² Valóban, mivel a precedensnek nincs meg a demokratikusan levezetett törvényhozás legitimitása, kritikai reflexiója vagy intelligenciája, Paine szembeállította azt az "igazi törvénnyel".⁹³ A precedens volt minden, ami a jog nem volt; egészen nyilvánvalóan nem az volt, aminek Amerikában királynak kellene lennie. Nézzük meg a következő passzust *Az ember jogai második részéből*:

⁸⁹ Id. 583-84.

⁹⁰ Id. at 583 .

⁹¹ Id.

⁹² Id.

⁹³ Id. 584.

Ma már szinte minden esetet valamilyen előzmény alapján kell eldönteni, legyen az jó vagy rossz, illetve, hogy megfelelően alkalmazzák-e vagy sem; és a gyakorlat olyan általános lett, hogy gyanítható, hogy mélyebb politikából indul ki, mint ahogy az első látásra látszik.

Az amerikai forradalom óta ez a prédikáció a dok.

A precedensek sora, amelyek az említett eseményeket megelőző időkből és körülményekből származnak, az angol kormány bevett gyakorlata volt. E precedensek nagy része olyan elveken és véleményeken alapul, amelyek éppen az ellenkezőjét mutatják, mint amilyennek kellene; és minél nagyobb időbeli távolságból származnak, annál inkább gyanúsak. De azért, hogy ezeket a precedenseket az ősi dolgok su perstitious tiszteletével társítsák, mint a szerzetesek a rel icseket, és szentnek nevezik őket, az emberiség nagy részét megtévesztik a tervvel. A kormányok most úgy cselekszenek, mintha félnének attól, hogy egyetlen gondolatot is felébresztenek az emberben. Lágyan a precedensek sírjához vezetik őt, hogy eltompítsák képességeit, és eltereljék figyelmét a forradalmak színhelyéről. Úgy érzik, hogy az ember gyorsabban jut el a tudáshoz, mint ahogyan ők szeretnék, és az előzményekre vonatkozó politikájuk félelmeik barométere. Ennek a politikai pápaságnak, akár csak a régi egyházi pápaságnak, eljött a napja, és siet a távozás felé. A rongyos ereklye és az elavult precedens, a szerzetes és az uralkodó együtt fog megrohadni.

A precedens szerinti kormányzás, a precedens elvének semmiféle figyelembevétel nélkül, az egyik legaljasabb rendszer, amelyet fel lehet állítani. Számos esetben a precedensnek figyelmeztetésként és nem példaként kellene működnie, és utánzás helyett kerülni kellene; de ehelyett a precedenseket egy csomóba veszik, és egyszerre alkotmánynak és törvénynek tekintik.

A precedensek tanítása vagy politika, hogy az embert a tudatlanság állapotában tartsa, vagy pedig gyakorlati vallomás arról, hogy a bölcsesség a kormányokban a kormányok korának növekedésével együtt nő, és csak a precedensek gólyalábain és mankóin tudnak bicegni. Hogyan lehetséges, hogy ugyanazok a személyek, akiket büszkén tartanak bölcsőbbnek elődeiknél, ugyanakkor csak az eltűnt bölcsesség szellemeiként jelennek meg?

Milyen furcsa, hogy az ókor

kezelt! Egyesek szerint a sötétség és a tudatlanság idejét jelenti, mások szerint pedig a világ világosságát.⁹⁴

Egy másik lehetőség, amelyet Marshall alkotmányos dilemmánkról szóló megfogalmazásában figyelmen kívül hagyott, az alkotmányosságnak az a víziója, amelyet maga Paine képviselt: egy olyan alkotmány, amely "a kormányzat törvényeként" működik, nemcsak azért, mert a kormányzat korlátjaként működik, hanem azért is, mert - mint minden törvény - a politikából ered, azaz a nép és képviselőik szabályos folyamatában, hogy biztosítsa, hogy az alkotmány annak a népnek az "eredeti és legfőbb akaratát" képviselje, amelynek jogait védeni hivatott. Az alkotmánynak Paine és Marshall szerint is úgy kell működnie, mint a törvényhozók értelmes korlátja. Paine, Marshall és a modern alkotmányjogászok is úgy vélték, hogy az alkotmánynak *törvénynek* kell lennie. Paine azonban másképp látta a jog lényegét, mint Marshall és a modern alkotmányozók. Paine számára az alkotmánynak, éppen azért, mert jog, demokratikus folyamatok eredményeként kell létrejönnie, és a közjót kell szolgálnia. Egy ilyen alkotmányt a törvényhozók akkor kérdeznének ki, és szükségszerűen értelmeznének, amikor meghatározzák, hogy mi legyen a törvény, nem kevésbé, mint ahogy a bírák is kikérik a véleményüket a törvények meghatározásának folyamatában. Paine megfogalmazása szerint a törvényhozóknak kötelességük megkérdezni, hogy mit ír elő az alkotmány, és milyen ajánlatokért. Egy adott jogalkotó értelmezése arról, hogy mit követel meg az alkotmány, ezután politikai és bírói ellenőrzésnek is alávethető lenne. Paine ideális alkotmánya pedig - amely valós időben helyezkedik el és valós emberek által jön létre, nem pedig egy eredeti és *su preme* bármi terméke - mindig demokratikus felülvizsgálat tárgyát képezné. Az így értelmezett alkotmány a kormányzat számára törvényként működne, de olyan törvényként, amely maga is a politika terméke, nem pedig annak korlátja. Mint minden törvényt, ezt az alkotmányt is éppen demokratikus eredete és köztársasági törekvései miatt tisztelnék.

III. ELVESZETT NÉPI ALKOTMÁNYUNK

Mi az ára annak, hogy a Paine által látszólag elképzelt populista-jogi alkotmány eltűnt a mai igazságügyi tudatból? Bár analitikusan talán triviális, a

A legnyilvánvalóbb az, hogy a dokumentumról mint a képviseleti demokrácia és a köztársasági törekvés konstruktív és alkotó eleméről, és ezért megfelelő tárgyaról való kollektív emlékezet elvesztése. Ehelyett úgy gondolunk az Alkotmányra, mint ami a köztársaságellenes egyéni jogok nevében a képviseleti demokrácia korlátozásának konstruktív és konstitutív eleme. Az Alkotmány, szó szerint és cikkelyenként olvasva, természetesen nagyrészt a képviseleti demokrácia struktúráiról szól.⁹⁵ Szerzői és közönsége a "nép". " A saját módosítási mechanizmusait tartalmazza.⁹⁶ Meghatározza a képviseleti politika⁹ feltételeit.⁷ A Paine által elképzelt világtól eltérően azonban az alkotmányos világban, amelyben élünk, az Alkotmány által meghatározott kormányzati feltételek nem maguk a politika tárgyai - képviseleti, populista, demokratikus, köztársasági vagy más módon. A demokrácia feltételeit meghatározó mandátumok maguk nem demokratikus döntések, és mi nem is így éljük meg őket. Az alkotmánytörténészek által visszamenőleg megjegyzett "alkotmányos pillanatoknak" nincs népi érzete, függetlenül⁹⁸ attól, hogy az elnökök, a legfelsőbb bírósági bírák és a tábornokok munkája és cselszövései végül azt mutatják, hogy átéltünk egyet.⁹⁹ Nem a Paine által elképzelt demokrácia hullámain éljük: az alkotmányosság rendszeres, népi felülvizsgálata, amelyet a nép akarata szerinti alkotmány szerinti rendes törvényhozás időszakai követnek. Ez a szakadék a demokratikus politikánkban - az alkotmányosság mint a demokrácia tárgyának hiánya - a demokráciák és az alkotmányos

⁹⁵ Az alkotmány struktúráinak teljes és fontos értelmezését, amely a képviseletet és a kapcsolatokat az alkotmányos projekt középpontjába helyezi, nem pedig a perifériára, lásd Nourse, *Supra* note 70.

⁹⁶ U.S. Const. art. V.

⁹⁷ Id. art. I. cikk, 2-5. §; id. art. II, 1. §; id. amends. XII, XIV, XV2., §, XVII, XIX, XXII, XXIII, XXIV, XXVI, XXVI.

⁹⁸ Lásd pl. Bruce Ackerman, *We the People: Transformations* 40-41 (1998).

⁹⁹ Ha az "alkotmányos pillanat" olyan időszakot jelent, amikor az alkotmányos hatalommegosztás alapvetően megváltozik, akkor valószínűleg most élünk egy ilyen pillanatban. A háborús döntések meghozatalára vonatkozó hatáskör eltolódott a Kongresszustól, ahol az I. cikk 8. szakaszának 11. pontja szerint található; a tizenegyedik módosítás érvényesítésére vonatkozó hatáskör a Kongresszustól, ahol az említett módosítás ötödik szakasza szerint található, a Bírósághoz került; és az alkotmány értelmezésére vonatkozó hatáskör valamennyi politikai szereplőtől a Bírósághoz került. Mégis, ha az "alkotmányos pillanat" a mélyen politikai kormányzási kérdésekkel kapcsolatos fokozott tudatosság idejét jelenti, akkor egyértelműen nem ilyen pillanatban élünk. Lehet, hogy - oximoronikusan szólva - egy alkotmányos

a rasszizmus olyannyira része az amerikai politikai élet fehér zajának, hogy többnyire észre sem vesszük. Az alkotmányos újraszövegezésnek valóban vannak időnként görcsös pillanatai, mint például a rekonstrukciós módosításokat eredményező korszak, és tapasztaltunk olyan peremmozgalmakat, mint a mai, szerencsére egyre fogyatkozó milícia mozgalmak, amelyek komolyan veszik az alkotmányosság gondolatát, mint olyasvalamit, aminek a politika tárgyává kellene válnia.¹⁰⁰ Máskülönben nem tudatosul az alkotmányosság, mint olyan dolog, amely rendszeres demokratikus változás tárgya lehet és kell, hogy legyen, és nem is mozdulnak olyan mechanizmusok létrehozása érdekében, amelyek az ilyen változásokat valósággá tennék. És nincs olyan érzés, hogy mindez problematikus lenne.

Mindazonáltal ez problematikus. A probléma nem egyszerűen az, hogy a bírósági felülvizsgálat révén a bírósági felülvizsgálat örökös témái - például az abortusztilalmak alkotmányossága, a fegyvertartás ellenőrzése, a faji szegregáció mintái, a pozitív diszkrimináció, a feltételezett terroristák nyílt tárgyalása stb. - lekerültek a politikai asztalról. A probléma az, hogy az alkotmányosság és így a demokrácia feltételei is kikerültek a politika tárgyai közül. Miért nincs például egy városi alapú mozgalom, amely felszámolná az ország ritkán lakott részeinek az egyenlőtlen képviselő két kamarás rendszeréből fakadó fokozott képviselőtét? Miért tűri "mi, a nép" csendben a választási kollégiumot alig két évvel egy olyan választás után, amely egy szavazatvesztőt juttatott elnöknek? Miért nem indult meg az a mozgalom, hogy a módosítási folyamatot felhasználva biztosítsuk az alkotmány szövegében a kampányfinanszírozás értelmes szabályozását? Miért csak egy maroknyi kiemelkedő alkotmánytudós érdeklődik az egykor "gyanús csoportoknak" nevezett csoportok strukturálisan aránytalan képviselőtétnek problémája iránt, miközben tudósok¹⁰¹ sokaságát érdekli e csoportok védelmének lehetősége a még groteszkebb aránytalanságú bírósági eljárásokon keresztül?

¹⁰⁰ Leanora Minai, Hickory Farms manager led double life, authorities say, St. Petersburg Times, Dec. at10,1999, 1B.

¹⁰¹ Ebbe a maroknyi csoportba tartozik Mary Becker, *Towards a Progressive Politics and a Progressive Constitution*, 69 Fordham L. Rev. 2007 (2001); Lani Guinier, *Supreme Democracy: Bush v. Gore Redux*, 34 Loy. U. Chi. L.J. 23 (2002); és Nourse,

supra note. 70.

ág?¹⁰² Azokat az alkotmányos rendelkezéseket, amelyek nem érintik közvetlenül a képviseleti demokrácia feltételeit, szintén a demokratikus diskurzus tárgyának, nem pedig korlátjának tekinthetjük. Miért nincs mozgalom egyszerűen a második alkotmánymódosítás hatályon kívül helyezésére, ha igaz, ami valószínűnek tűnik, hogy a fegyver kultúra akadályozza a politikai részvételt?¹⁰³ Az amerikai zászló elégetését bűncselekménnyé nyilvánító módosításokat fontolgatunk; miért nem fontolgatjuk a reprodukív választás⁰⁴ védelmét vagy a *Washington kontra Davis*¹⁰⁵ és a *Bowers kontra Hardwick*, "(K) visszafordítását célzó módosításokat is, amelyek a demokrácia gyakorlását hatalmas számú polgár számára értelmesebbé tehetnék? Miért hiszi oly sok liberális alkotmányelméletíró, hogy a "Amendmentitis"-nek nevezett betegség,¹⁰¹ nem az ab-

¹⁰² Ez az ösztöndíj a *United States v. Carolene Products Co.* negyedik lábjegyzetében gyökerezik, 304 U.S. 144, 152 n.4. (1938), amely arra utal, hogy a különálló és elszigetelt kisebbségeket érintő jogszabályokat fokozottan kell vizsgálni, mivel ezek a kisebbségek esetleg nem képesek számuknak megfelelő mértékben befolyásolni a jogalkotási folyamatot. Az alkotmányos felülvizsgálatról mint a kisebbségek védelmének eszközéről szóló tudományos irodalom túlságosan terjedelmes ahhoz, hogy idézni lehessen, de talán a legerősebb, valamint a legkövetkezetesebb és legbefolyásosabb ilyen elmélet a John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (Democracy and Distrust) című könyvében kifejtett képviselet-erősítési modell: *A Theory of Judicial Review* 87-104 (1980).

¹⁰ Owens örnagy képviselő (D-N.Y.) a módosítás hatályon kívül helyezését kezdeményezte, de javaslata nem jutott tovább. Lásd Andrew D. Herz, *Gun Crazy: Constitutional False Consciousness and Dereliction of Dialogic Responsibility*, 75 B.U. L. Rev. 57, 111-12 (1995).

¹⁰⁴ Ezt említi mellékesen Rachael N. Pine & Sylvia A. Law, *Envisioning a Future for Reproductive Liberty: Strategies for Making the Rights Real*, 27 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 407, 247. o.462. (1992).

¹⁰⁵ 426 U.S. 229 (1976) (megállapítva, hogy egy arculatilag semleges törvényt nem alkalmaztak úgy, hogy faji alapon hátrányos megkülönböztetést alkalmazzanak a rendőrségi újoncokkal szemben). A *Davis-t* megfordító alkotmánymódosítás valójában arra kötelezné a kongresszust, hogy vegye figyelembe a faji kisebbségekre gyakorolt aránytalan és hátrányos hatását a faji szempontból semleges jogszabályoknak. Ez jelentős előrelépést eredményezhetne a faji egyenlőség terén.

¹⁰⁶ 478 U.S. 186, 190-91 (1986) (a szodómiát büntető állami törvény alkotmányosságának fenntartása, mivel a tizennegyedik módosítás Due Process Clause-ját nem tekintették úgy, hogy az alapvető jogot teremtené a homoszexuális szodómiához, akár magánlakásban is, a beleegyezésen alapuló homoszexuális kapcsolatra). E cikk szerkesztése alatt a *Lawrence kontra Texas* ügyben hozott ítéletben (123 S. Ct. 2472, 2003) a *Bowers-t* hatályon kívül helyezték. Hogy ez a bírói aktus egy új polgárjogi korszak kezdetének bizonyul-e, vagy egy pirruszi győzelem, amely a "bírói aktivizmus" és az azonos neműek házassága elleni visszahatásra készlet, az még nagyon is nyitott kérdés. Egy népszerű alkotmányos megközelítés, bár

politikailag nehéz, de győzelem esetén nem hordozta volna magában a népi visszahatás kockázatát.

¹⁰⁷ A szó Kathleen Sullivan dékáné, amellyel az alkotmány módosításának egészségtelen vágyára utal. Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Amendmentitis*, Am. Prospect, Fall at 1995, Sullivan professzor érvelésének kritikájáért²⁰. és egy cri-

A demokráciánk alkotmányos feltételeiről folytatott komoly politikai viták hiánya megnyomorítja a mai Amerikát?

Másodszor, a paine-i populista-jogi alkotmány elvesztése azt eredményezte, hogy nem értékelik eléggé az általam alkotmányos törvényhozónak nevezett személyiséget és erényt - annak a törvényhozónak, akinek a törvényhozás politikai munkájának megértését a jog és az alkotmány megértése strukturálja, alakítja és irányítja. Az ilyen jogalkotó hiánya a mai alkotmányos tudatunkból még inkább szembetűnő, ha figyelembe vesszük, hogy fokozottan tudatában vagyunk bírói megfelelőjének, a politikailag gondolkodó bírónak. A realisták idejétől kezdve a kritikai jogi tanulmányok mozgalmának megjelenéséig és távozásáig hozzászoktunk a "törvényhozó bíróhoz": a bíróhoz, akinek az ítékezés megértését a politika, a közpolitika, vagy lazábban a bírói döntéshozatal kvázi törvényhozási következményei strukturálják. Mióta Holmes bíró először fejtette ki ezt a pontot, közhelyszerűvé vált,¹⁰⁸ hogy a bírót a "közpolitika" befolyásolja, és jelentős befolyást gyakorol rá, és "kvázi jogalkotói" érvelést folytat; ez következetesen következik abból, hogy lehetetlen határozott különbséget tenni a jog és a politika között. Furcsa módon azonban a jog és a politika közötti szivárgás határozottan egyirányú utca volt. Nem alakult ki bennünk a politikára és a törvényhozásra vonatkozó elméleti és tényleges *jogi* korlátok érzékelése, még kevésbé a politika és a törvényhozás elméleti és tényleges politikai korlátainak megbecsülése, ami párhuzamos lenne a jogra és a bírákra vonatkozó elméleti és tényleges politikai korlátok megbecsülésével. Azaz, miközben ma már elfogadjuk, hogy a bírának a bíraskodás során figyelembe kell venniük a közpolitikát, elvesztettük, vagy valójában soha nem is alakítottuk ki azt az érzést, hogy mit jelent az, hogy a jogalkotónak a jogalkotás során figyelembe kell vennie a jog diktátumát vagy követelményeit.

Ez a veszteség kezdetben nem tűnik jelentősnek, különösen, ha komolyan vesszük - ahogyan azt javasoltam - Paine Burke-ellenes, a közös jog ellenes szélsőségeit. Nem elég, hogy bíránk túlzottan kötődnek a múlthoz? Mindent összevetve, vajon

a populista alkotmányjogtól való liberális félelemről általában, lásd Tushnet, *Supra* note, 13, 175-81. o.

¹⁰⁸ Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 465-66 (1897) (beszéd a Bostoni Egyetem jogi karának új csarnokának felavatásán 1897.,

januárjában), *újra*nyomtatva a Harv110. L. Rev. 997-98991, (1997).

nem feltétlenül jó dolog-e, hogy a jogalkotók elkötelezettek a jelen és a jövő iránt, figyelemmel kísérik a döntéshozatal következményeit, és a jog által megalkotandó közösség víziójára hangolódnak, nem pedig a múlt közösségének emlékezetére, amelyet a jog által kell megőrizni? Nem kellene-e a politikának és a jogalkotásnak - a jogalkotás munkájának - a hagyományok, köztük a jogi hagyományok megőrzése helyett a változásról szólnia?

Az alkotmányos felelősség ilyen elosztása jól hangzik, de csak akkor, ha szilárdan figyelmen kívül hagyjuk azt, amit más alkotmányos szövegekben is hangsúlyozunk: alkotmányjogunk erkölcsi és politikai dimenzióját. Ha elismerjük, ahogyan azt kell, legalista alkotmányunk morális, elvi és politikai tartalmát, majd a "politika" és a "jog" felosztásában a jog oldalára állítjuk erkölcsileg gazdag alkotmányunkat, akkor világossá kell válnia, hogy mély társadalmi költségek származnak abból, hogy a jogalkotók nem tartoznak hűséggel a joghoz, különösen az alkotmányjoghoz, amikor a jövőnk irányát megváltoztató törvényhozásról van szó. Az alkotmányjogunk kiemelkedő alkotóelemévé vált "erkölcs" nem hétköznapi erkölcs; ez politikai erkölcs. Következésképpen a mi jogelví alkotmányunk, sokkal inkább, mint a jog általában, a morálisan legérettebb és morálisan leggazdagabb politikai párbeszédünk tárházává vált. Ha elolvassuk az elmúlt ötven év bármelyik jelentős legfelsőbb bírósági ügyét, amely az alkotmányt értelmezi, rájövünk, hogy a szokásjognak ez a teste, ellentétben a szokásjog más testeivel, a mi némileg mitikus és történelmi, és mindig idealizált közösségi önelbeszélésünk rögzítése. Ez egy jogi alkotmány - a bíróságok által az ellenszegülő jogalkotókra kényszerített pozitív normák összessége -, de egyben a nemzet jogi és politikai történetének erkölcsi története is. Ebben rejlik a legjobb politikánk, amelyet úgy értelmezünk, mint az erkölcsileg védhető módon való dörzsölésre irányuló törekvést.

Ahogy jogi alkotmányunk egyre inkább a bírák, ügyvédek, pereskedők és kommentátorok kizárólagos hatáskörébe kerül, ezek a szereplők lesznek az igazi politikusaink. Ők a mi erkölcsi történészeink, a politikai és erkölcsi narratíva megalkotói arról, hogy kik vagyunk és kiknek kellene lennünk. Ugyanakkor, ha továbbra is elfogadjuk azt az állítást, hogy az alkotmányos párbeszéd kizárólag a bíróságok hatáskörébe tartozik - mert végül is ez a jog, nem pedig a politika -, a reprezentatív politikánk és a

reprezentatív politikai birodalmunk kevésbé lesz politikai, ha a politikát az erkölcsi kormányzás területeként értelmezzük.

Más szóval, ha az Alkotmányt azonosítjuk a legmagasabb szintű politikánk helyszíneként, és a bíróságokat az alkotmányos értékek megfelelő kifejezőiként, akkor az igazi politikai párbeszéd csak a bíróságokon zajlik. A törvényhozás ezzel szemben az érdekcsoportok alkudozásának tartománya lesz, nem pedig a politikaé.

Ezt több példa is szemlélteti. Bizonyára politikai kérdés, hogy az államoknak engedélyezni kell-e az abortusz kriminalizálását, ahogyan az is, hogy az abortuszok erkölcsileg valaha is igazolhatóak-e, vagy néha erkölcsileg kötelezőek-e, erkölcsi kérdés. De mivel ez a kérdés egyben alkotmányos - és így jogi - kérdés is, a Bíróság foglalkozott vele, még hozzá erőteljesen és nem mindig kiválóan. Amint a kérdést kizárólag a szövetségi bíróságok hatáskörébe tartozó jogi kérdésként azonosították, a kérdés - hogy az államoknak engedélyezni kell-e az abortusz kriminalizálását - kikerült a közbeszédből. A bármilyen erkölcsi dimenzióval rendelkező politikai kérdéseket alkotmányos kérdésként azonosítják, és ennek megfelelően kizárólag a szövetségi igazságszolgáltatás hatáskörébe tartozó kérdéssé válnak.

Az, hogy egy államnak kriminalizálnia kell-e a családon belüli erőszakot, rendőrséget kell-e működtetnie ellene, és büntetőeljárás alá kell-e vonnia, szintén politikai kérdésnek tűnik. Tartoznak-e az államok a polgároknak ezzel a védelemmel, vagy nem? Engedélyezni kell-e az államnak, hogy a családtagok egymást erőszakos uralom alá vessék? De ha ezek a kérdések alkotmányos kérdések is - hogy sérti-e a tizennegyedik kiegészítést, ha egy állam nem kriminalizálja a családon belüli erőszakot, és ha igen, akkor a Kongresszus hatáskörébe és kötelességébe tartozik-e a kiegészítés ötödik szakasza alapján, hogy tegyen valamit ez ellen -, akkor ezek a politikai kérdések olyan kérdésekké válnak, amelyekre csak a bíróságok, nem pedig a jogalkotók vagy a nyilvánosság adhatnak választ. Formálisabban fogalmazva, ha a Bíróság a "jog" döntőbírája, az alkotmány a "jog" része, a politikai erkölcs pedig az alkotmány része - mindezek viszonylag megkérdőjelezhetetlen előfeltételek -, akkor a Bíróság nemcsak a törvényeink erkölcsi döntőbírája, hanem a törvényeink *egyetlen* erkölcsi döntőbírája is, és ezért az egyetlen valóban politikai kormányzati ág. Az erkölcsileg gazdagított politikai diskurzus csak a bírák és bírák, huszonöt éves hivatalnokaik, néhány alkotmányjogász és a *New York Times* néhány kommentátora számára válik pregatívá. Tehát annak a nagy és viszonylag észrevétlen ára, hogy dekonstitucionalizáltuk a jogalkotói

Az elvesztett lehetőségek egy másik következmény. Az alkotmányos törvényhozónak, aki úgy érezte, hogy a jogalkotás során jogilag kötelessége az alkotmányt tanulmányozni, jogászként és törvényhozóként is gondolkodnia kellene. Ez az ideál - a "törvényhozó ügyvéd" - nyilvánvaló költségekkel jár, mivel két kifejezetten népszerűtlen szakma potenciális hátrányait egyesíti. Ideális esetben azonban - és a gyakorlatban is - az alkotmányos jogalkotó magáévá tehetné az ügyvédi létmóddal járó erények (és nem csak a rossz tulajdonságok) egy részét. Jogásznak lenni gyakorlatilag definíciószerűen megköveteli bizonyos jogi erények iránti figyelmet és lojalitást. Az "alkotmányos jogalkotó" - vagy fordítva, a "jogalkotó alkotmányos jogász", ha ez nem kevésbé a jogászkodás, mint a jogalkotás módjaként ismerik el - olyan jogi erények jelentését hozhatja létre, amelyek inkább a jogalkotást, mint a bírói színteret informálhatják. Ezek az erények valóban méltóak lehetnek.

Egy példa, amelyet máshol már kifejtettem, segíthet ennek a különbségtételnek a megértésében.¹⁰⁹ Bár számos lehetséges értelmezésnek van helye, a "formális egyenlőség" tiszteletben tartása - vagyis az a ragaszkodás, hogy a hasonló eseteket egyformán kell kezelni - ma már jellemzően úgy értelmezhető a bírói kontextusban, mint ami két erkölcsi alap egyikén vagy mindkettőn nyugszik. Az első az a liberális vagy libertariánus intuíció, amely szerint a bíróságok az ügyek ilyen módon történő eldöntésével maximalizálják az egyéni szabadságot azáltal, hogy biztosabbá teszik a jogot. A második alap az a konzervatív intuíció, amely szerint a bíróságok az ügyek ilyen módon történő eldöntésével aktívan megőrzik a közösség jogi hagyományait azáltal, hogy fenntartják a múltbeli szabályokkal és intézményekkel való folytonosságot.

A formális igazságosság vagy a formális egyenlőség eszményének azonban nem csak ezeken az alapokon kell nyugodnia. A jogi jus tice általánosan érezhető vonzása - a ragaszkodás ahhoz, hogy a hasonló eseteket egyformán kezeljék, és hogy a hasonló csoportokat egyformán kezeljék - azon a humanista és közösségi erkölcsi intuíción is nyugodhat, hogy az emberek eredendően egyenlők. Más szóval, a hasonló esetek egyformán kezelése nemcsak a jog biztonságának és a hagyományok megőrzésének megbízatása lehet, hanem az is, hogy minden emberi lénynek megadjuk azt a méltóságot és tiszteletet, amellyel emberi mivoltából adódóan tartozik. Így értelmezve, a

formális igazságosság megbízatása nem támaszkodhat sem a libertariánus, sem a tradicionalista

"" Lásd Robin West, Is the Rule of Law Cosmopolitan?, Quinnipiac 19 L. Rev. 259 (2000).

impulzusok. Ehelyett az alapja az a kozmopolita és egyetemes meggyőződés lehet, hogy mivel közös az emberségünk, egyenlő méltóságra és tiszteletre vagyunk jogosultak azoktól, akik törvényes hatalommal rendelkeznek felettünk. A formális igazságosság eszméjének ez a "kozmosopolita" értelmezése egyértelműen értelmet ad ennek a megbízatásnak a jogalkotás, de nem kevésbé a bírói ítélezés terén is. A képviselőt, akár csak a bírót, a minden emberrel való egyenlő bánásmód projektjére kötelezi, azon az alapon, hogy az emberiség minősége szükségessé teszi ezt a bánásmódot. Ennek megfelelően kiterjeszti a jogalkotási aktusok és a bírói döntések által egyenlő bánásmódra jogosultak körét az összes személy közösségére - nem csak a hasonló követeléseket előterjesztő korábbi peres felekhez hasonlóan elhelyezkedő peres felek "közösségére".

A Paine által hangoztatott populista alkotmány eltűnésének legsúlyosabb ára azonban az, hogy elvesztettük minden érzékünket arra vonatkozóan, hogy mit követel meg az, amit "megerősítő alkotmányunknak" nevezhetnénk: alkotmányunk azon részei, amelyek az államot bizonyos intézkedések megtételére kötelezik. Megszoktuk, hogy úgy gondolunk alkotmányunkra, mint ami sok mindent megtilt az államnak, de szinte semmit sem követel meg tőle. Paine alkotmánya, amely a kormánynak szól, amelyre a törvényhozók hivatkoznak, amikor a javasolt rendes törvények érdemeit vitatják meg, és amelyhez a törvényhozók fordulnak, amikor arról döntenek, hogy mi legyen a törvény, magában foglalja a megerősítő alkotmányos szükségesség - a "kell" - és az alkotmányos korlátozás - a "ne tudd" - lehetőségét is. A jogalkotó, amikor arról dönt, hogy mi legyen a törvény, nemcsak azt vizsgálhatja az alkotmányt, hogy felfedezze, mi a tilos, hanem azt is, hogy mi a kötelező; hogy megállapítsa, mit kell tennie, és mit kell tartózkodnia. A bíróságnak, amely arra a munkára korlátozódik, hogy az alkotmányos normákat sértő állami intézkedéseket megsemmisítse, soha nem lesz alkalma arra, hogy a pozitív köteletség alkotmányos mulasztásaival foglalkozzon".⁰

Az igenlő alkotmány halálának számos, egymással összefüggő áldozata van. Kettőt érdemes megemlíteni. Először is, ennek a veszteségnek a következményeként éppen az az állami cselekvés, amely a legigazságtalanabb állapotokat kezelhetné abban, amit ma a pri vátus birodalmának nevezünk, de amit egykor talán a "na...

¹¹⁰ Ezt a pontot először Lawrence G. Sager professzor jegyezte meg befolyásos cikkében *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*, 91 Harv. L. Rev. 1263-641212, (1978).

ture," úgy tűnik, nem csak a sürgősség, hanem az alkotmányos legitimitás hiánya is." Elvesztettük az alkotmány, az állam *raison d'être-jének* és a jog lényegének érzékét, mint a magánhatalom rossz elosztása és visszaélése által felvetett problémára adott választ. Ennek megfelelően elvesztettük az *igazságosság* - és nem csak a jótékonyosság - igényét az állami beavatkozásra a magánkizsákmányolás e szféráiba. Ennek eredményeképpen félreértettük a klasszikus liberalizmus bölcsességének egy fontos részét: a jog és a jogállamiság hobbesi értelmezését, amely a magánerőszakot és a jogsértést visszatartja, bünteti és ellenőrzi. Ehelyett egyre inkább a strukturált, nyilvános államot, nem pedig a természet magánállapotát tekintjük annak, amelyet a jog folyamatain keresztül kell korlátozni. Ez a veszteség részben abból fakad, hogy elköteleztünk vagyunk egy olyan alkotmány iránt, amelyet "jogként" értelmezünk, és úgy értelmezünk, mint amely könyörtelenül korlátozza az államhatalmat és az állami cselekvést, ahelyett, hogy - ahogyan a szöveg bizonyosan támogatja - olyan alkotmányt alkotnánk, amely időnként korlátozza az államok hatalmát, máskor pedig megköveteli, hogy a magánjellegű igazságtalanságra, a magánjellegű elnyomásra és a magánjellegű erőszakra válaszul cselekedjenek.

Másodszor, elvesztettük a politikai államérzékünket, és a mi magunkat mint politikai szereplőket, mint olyan entitásokat, amelyek emberi potenciállal rendelkeznek, és nem lealacsonyítással. Ez a veszteség részben annak is tulajdonítható, hogy ragaszkodunk ahhoz, hogy saját alkotmányunkat úgy olvassuk, mint ami nem fejez ki mást, mint a korlátozásra, elkülönítésre, ellensúlyozásra és kompromisszumra való törekvést, nem pedig mint olyan dokumentumot, amely megkönnyíti, inspirálja vagy megköveteli a politikai cselekvést. Röviden, alkotmányunkat jogként azonosítottuk, a jogot a politikával és az állammal való kompromisszummentes szembenállásként definiáltuk, majd alkotmányunkat, és nem a politikánkat, politikai erkölcsünk kifejezőjeként azonosítottuk. Az eredmény szillogisztikus: A politikai erkölcsünk, már amilyen, a politikát inkább problémaként, mint megoldásként képzelet el; a képviselői demokrácia termékeit irracionális és szeszélyes hajlamok által vezéreltek tekintjük, amelyeket

¹¹¹ Így ma már szinte senki sem vitatja, hogy az államnak alkotmányosan kötelessége, hogy pozitív intézkedésekkel reklámozza a polgárok jólétét, bár ez nem volt mindig így. Lásd pl. Frank I. Michelman, In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice, 121 U. Pa. L. Rev. 962 (1973). A Lochner-korszak természetesen hírhedten azt a tételt képviselte, hogy az alkotmány határozottan megtiltotta az államnak, hogy ilyesmit tegyen, mivel az ilyen intézkedések a szerződés és a tulajdon magánbirodalmába való beavatkozást igényelnek. Lásd Mark Tushnet & Gary Peller, State Action and a New Birth of Freedom, Geo92. L.J. (megjelenés előtt 2004).

az ödipális törvények ésszerű, bár büntető jellegű manipulációi révén kell száműzni vagy racionalizálni.

Az igenlő alkotmányos rendelkezések elhanyagolásának legszembetűnőbb ára azonban a jogaink tartalmára gyakorolt hatás. Amerikából hiányzik az alkotmányosan előírt pozitív jogok hagyománya, amelyek a polgárok számára a biztonság, a jólét és a jólét bizonyos minimális szintjét garantálják. Az amerikai alkotmányjogászok, bírák és teoretikusok, akik mind az alkotmányosság, mind a jólét mellett elkötelezettek, feltűnően képtelenek voltak arra, hogy a polgárok biztonságát, még kevésbé jólétét védő jogi rendszerek alkotmányos szükségességét alátámasszák.¹¹² Ennek a kudarnak túl sok oka van ahhoz, hogy itt felsorolni lehessen, de az egyik ok talán az, hogy alkotmányunkat széles körben osztottan úgy értelmezzük, mint a nem politikai bíróságok által a politikai hatalmi ágakkal szemben érvényesített jogok katalógusát. Mivel az Alkotmány erről *szól*, az anyagi tartalmának is ehhez az elrendezéshez kell igazodnia, és a negatív jogaink anyagi tartalma úgy illeszkedik ehhez a felfogáshoz, mint a tényér a kesztyűbe. A negatív jogok megmondják a kormánynak, hogy mit nem tehet, és az Alkotmány általában a bíróságok által a törvényhozókra kényszerített "ne tedd" tilalmakból áll. Ezzel szemben a pozitív jóléti vagy biztonsági jogok definíciójuk szerint olyan jogok, amelyeknek csak jogalkotói, nem pedig bírói intézkedésekkel lehet tartalmat adni. Megmondják a jogalkotónak, hogy mit kell tennie, nem pedig azt, hogy mit nem tehet. A bírói úton érvényesített, korlátozó alkotmányunk és a kizárólag negatív jogok hagyománya nem olyan hagyományok, amelyek egyszerűen egymás mellett nőttek ki. Inkább ugyanannak az éremnek a két oldala.

A metafora kiegészítéseként az "érme", amelynek a negatív jogok és a negatív alkotmányosság két oldala, egyszerűen a jog. A jog, ez

¹¹² Bár ma már jelentős tudományos munka foglalkozik a pozitív jóléti jogok hiányával alkotmányos joggyakorlatunkban, nagyon kevés kísérlet van arra, hogy ténylegesen leírja az ilyen jogok lehetséges körvonalait és lehetséges szöveges indoklását. Az állami cselekvés doktrínájának kritikájához, amelyet általában úgy értelmeznek, mint ami kizárja az ilyen jogok létezését, lásd Tushnet & Peller, 111. lábjegyzet. Az amerikai joghagyomány feltételezett "negativitásának" kritikájához, amely a jóléti jogok fejlődését is aláássa, lásd Susan Bandes, *The Negative Constitution: A Critique*, 88 Mich. L. Rev. 2271 (1990); Steven J. Heyman, *The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment*, 41 Duke

L.J. 507 (1991). A pozitív jóléti jogok lehetséges szöveges alapjainak de lineálására tett kísérletekről lásd Frank I. Michelman, Foreward: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment, 83 Harv. L. Rev. 7 (1969); Michelman, supra note 111; Robin West, Rights, Capabilities, and the Good Society, Fordham 69 L. Rev. (19012001).

többé-kevésbé egyetértés van, definíció szerint az, amit a bíróságok érvényesítik.¹¹³ A jog - legmagasztosabb megtestesüléseiben - az is, ami a politikát visszafogja és korlátozza. Az Alkotmányt, mint jogot, a bíróságok hajtják végre, és erkölcsi alapon korlátozza és korlátozza a politikát. A jogoknak tehát a jog és az alkotmányjog részeként jogi korlátozásoknak kell lenniük, amelyek erkölcsi alapokon nyugszanak, és amelyeket nem politikai bíróságok hajtának végre a politikai szereplőkkel szemben. Ez a modern felfogás nem hagy teret a pozitív jogoknak, akár a jóléthez, a munkahelyekhez, a munkához, a személyes biztonsághoz vagy más alapvető szükségletekhez való jogként értelmezzük őket. A pozitív jogok megmondanak a törvényhozóknak, hogy mit kell tenniük, mint a jog és az alkotmányos köteleesség kérdése. Alapvetően a jognak a bíróságok által érvényesített és a politikát korlátozó értelmezése diktálta az alkotmányunk tartalmáról és az abban vitathatatlanul szereplő jogok jelentéséről alkotott felfogásunkat.

Így nem pusztán véletlen, hogy Tom Paine, aki tartott egy a jog lényegének alapvetően eltérő jogtudományi felfogása és az alkotmányok alapvetően eltérő politikai felfogása, mint a miénk, élesen ellentétes felfogást vallott az emberi jogok természetéről is, amelyért oly lelkesen kampányolt. Az sem véletlen, hogy Paine alkotmányossága - Marshalléval és a miénkkel ellentétben - könnyen alkalmas az ember pozitív jogainak előmozdítására és védelmére. Amint fentebb említettük, a "jog", ahogy Paine fogalmazott, nem az, "amit a bíróságok hajtának végre", bár a törvényhozás által alkotott rendes jog a bíróságokhoz irányul annak végrehajtása céljából.¹¹⁴ Az alkotmány pedig, bár "jog", a kormányhoz "irányul", a kormány alkalmazza, és a nép szabályos eljárásokban módosíthatja.¹¹⁵ Az alkotmány "törvényként" való azonosítása tehát nem feltétlenül jelent kizárólagos vagy más módon történő bírósági végrehajtást, és nem jelent a bíróságok által alkalmazandó normák összességét. Ez egészen biztosan nem jelenti azt, hogy a bíróságoknak a politika erkölcsi kontrolljaként kell működniük. Sokkal inkább az iden-

¹¹³Lásd *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803) ("Határozottan a bírói kar hatáskörébe és kötelességébe tartozik megmondani, mi a törvény."). A realisták még tovább nagyították a bíróságok szerepét, azzal érvelve, hogy a jog az, amit a bíróságok alkotnak, és a jog szabályai azok, amelyeket a bíróságok alkalmaznak. Lásd John

Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law* 113-25 (Roland Gray ed., Macmillan Co. 1931) (1909).

¹¹⁴ Paine, *Rights of Man*, Part One, *supra* note at 2,468.

¹¹⁵ Lásd a fenti 17-28. megjegyzéseket és a kísérő szöveget.

Az alkotmány "törvényként" való megjelölése magában foglalja és újfogalmazza annak de mokratikus eredetét és köztársasági törekvéseit. Az alkotmány egyszerre szolgál törvényként, amely előírja, hogy a jogalkotónak mit *kell* tennie, és törvényként, amely előírja, hogy a jogalkotó mit *nem* tehet. Ennélfogva joghatóságként működhet mind a jogalkotó számára, aki meghatározza, hogy mi legyen a törvény, mind pedig a bíró számára, aki meghatározza, hogy mi a törvény. Egy ilyen alkotmányos világ teret enged a negatív, valamint az affirmatív alkotmányos jogoknak. A jog alkotmányosként való azonosítása jogként jelöli azt - jogilag kötelez valakit arra, hogy valamit tegyen vagy valamitől tartózkodjon -, de nem úgy, mint valamit, amit a bíróságok a politika hatókörének korlátozása érdekében érvényesítenek.

Emlékezzünk vissza, hogy az emberi jogok közül, amelyek mellett Paine érvelt, néhány vitathatatlanul pozitív volt, ahogyan mások vitathatatlanul negatívak voltak. Paine ezt világossá teszi, amikor a polgári társadalomba való belépést követően az egyének által megtartott természetes jogok és az állam által szabályozott jogok - például az önvédelem joga - közötti különbségről értekezik.¹¹⁶ Az *Emberi jogok* egyik jellegzetes passzusában, amelynek lényegét Paine a hangsúly kedvéért máshol is megismétli, kifejti:

A természetes jogok azok, amelyek az embert létjogosultsága folytán illetik meg. . . . A polgári jogok azok, amelyek az embert a társadalom tagjaként illetik meg. Minden polgári jog alapja valamilyen természetes jog, amely az egyénben előzetesen létezik, de amelyhez az egyén ereje nem minden esetben elégséges. Ilyen jellegűek mindazok, amelyek a biztonsághoz és a védelemhez kapcsolódnak.

A természetes jogok, amelyeket [a polgári társadalomba való belépés után] megtart, mindazok, amelyeknek a végrehajtásához szükséges *hatalom* éppoly tökéletes az egyénben, mint maga a jog. Ebbe az osztályba ... tartozik minden szellemi jog, vagyis az elme jogai: következésképpen a vallás is e jogok közé tartozik. A természetes jogok, amelyeket nem tartanak fenn, mindazok, amelyekben, bár a jog tökéletes az egyénben, a végrehajtáshoz szükséges hatalom hiányos.

¹¹⁶ Paine, Rights of Man, Part One, supra note at 2, -----46465.

természetes joga, joga van a saját ügyében ítélni; és ami az elme jogát illeti, arról soha nem mond le: De mit használ neki a bíráskodás, ha nincs hatalma a helyreigazításra? Ezért ezt a jogát a társadalom közös állományába helyezi, és a társadalom karját, amelynek ő is része, a sajátja helyett és mellett veszi igénybe.....

[A] polgári hatalom, helyesen tekintve, az ember természetes jogai azon osztályának összességéből áll, amely az egyénnél hatalmi szempontból hiányos, és nem felel meg a céljának; de ha összegyűjtik, mindenki céljainak megfelelővé válik.¹¹¹

Paine ebből azt a következtetést vonta le, hogy az államnak kötelessége, nem csak hatalma van arra, hogy olyan törvényeket alkosson, amelyek garantálják minden polgár, különösen a szegények és az idősek minimális jólétét.¹¹⁸ Paine számára ez azt jelentette, hogy az aktivista államnak felügyelnie kell, hogy a szegényeknek a szükségleteikhez kötött ütemezés szerint, a minimális jólétük biztosításához elegendő pénzeszközöket fizessenek vissza.¹¹⁹ Az *Emberi jogok* című művében igen részletesen meghatározta ezt a menetrendet. Paine később rövid pamfletjében, az *Agrarian Justice*-ban úgy érvelt, hogy ennek az állami kötelezettségnek az alapja határozottan nem a jótékonyosság volt.¹²⁰ Inkább úgy vélte, hogy a szegények helyzete, legalábbis Angliában, közvetlenül az arisztokratikus és monarchikus kormányzás korrupciójának és öncélú természetének tudható be. Mivel az angol kormányzat olyan mélységesen antidemokratikus volt, lelkiismeretlenül kizsákmányolta a szegényeket, elsősorban a regresszív adózás révén.¹²¹ A szegényeknek az adókedvezményekeken keresztül történő visszafizetést tehát úgy kell felfogni, mint az ő jogukat. Sőt, ezt az emberi jogok között kell érteni:

¹¹¹ Id.

¹¹⁸ Paine, Az ember jogai, második rész, 2,604-57. o., fentebbi jegyzet.

¹¹⁹ Id. 624-27.

¹²⁰ Tom Paine, *Agrarian Justice*, in *Collected Writings* (Összegyűjtött írások), fenti jegyzet, 1,405-06. o.

[a továbbiakban: Paine, *Agrárigazságszolgáltatás*].

¹²¹ Id. 406-11; lásd még Paine, *Agrarian Justice*, *Supra* note 120, 400-01 (a

földmonopólium elítélése); Paine, Rights of Man, Part Two, Supra note 2, 605-25 (az "angol kormány hibáiról", az adókról általában és a szegényadóról).

A polgári kormányzás nem a kivégzésekből áll, hanem abból, hogy az ifjúság neveléséről és az öregség támogatásáról gondoskodik, hogy a lehető legnagyobb mértékben kizárja az egyikből a kicsapongást, a másikkal pedig a kétségbeesést. Ehelyett az ország erőforrásait királyokra, udvarokra, bérencekre, posztókra és prostituáltakra pazarolják; és még maguk a szegények is, minden szükségletükkel együtt, kénytelenek támogatni az őket elnyomó csalást.....

Az együttérzés természete, hogy a szerencsétlenséggel társul. E téma felvállalásával nem keresek ellentételezést - nem félek a következményektől. Azzal a büszke tisztességgel megerősödve, amely nem hajlandó győzni vagy engedni, az emberi jogok mellett fogok kiállni: ²²

Közvetlenül halála előtt, az *Agrarian Justice* című röpiratában Paine elméletben és érvelésben is jóval tovább ment, és egy olyan közös alap létrehozását sürgette, amelyből minden ember huszonegy éves kora után "részvényes" jellegű kifizetést kapna, hogy javítsa az emberek helyzetét. ¹²³ Mire megírta az *Agrarian Justice* című művét, Paine alapvető intuíciója jelentősen továbbfejlődött ahhoz képest, amit az *Emberi jogok* című művében kifejtett. Paine szerint a gazdasági igazságtalanság nem kizárólag a korrupt polgári kormányzásnak volt köszönhető. Ahogyan végül felfogta, a probléma az volt, hogy bár egyes emberek hatalmas hasznot húznak a természeti állapotból a civilizációba való átmenetből, sokakat ugyanez az átmenet nyomorba dönt. ¹²⁴ A természet és a társadalom művelése a föld tulajdonlása és használata révén, ami elengedhetetlen a civilizáció előretöréséhez, megfosztja a természeti világ lakóit a joguktól: a föld használatától a létfenntartásuk és jólétük érdekében. Ennek következtében a civilizációra való áttérés - amelynek központi és szükséges intézménye a magántulajdon - önmagában is a jogfosztást okozza. ¹²⁵ Az átmenet sokak életét javítja a kultúra és a polgárosodás megjelenése révén, de legalább ugyanilyen mértékben hagyja el az emberiséget.

¹²² Paine, Az ember jogai, második rész, lásd a2, fenti jegyzetet. 604.

¹²³ Paine, Agrarian Justice, fenti 120,400-11. lábjegyzet.

¹²⁴ Id. 398-401.

¹²⁵ Id. 400.

sokan rosszabbul jártak, mint a természeti állapotban.¹²⁶ Ezek az egyenlőtlen hatások - érvelt Paine - ellentétesek az igazságossággal, és kártérítést kell fizetni. Paine így foglalja össze az érdekeltek társadalma melletti érveit:

A földművelés legalábbis az egyik legnagyobb természeti fejlesztés, amit az ember valaha is kitalált. Tízszeres értéket adott a teremtett földnek. De a földmonopólium, amely vele kezdődött, a legnagyobb rosszat hozta létre. Minden nemzet lakosainak több mint felét megfosztotta természetes örökségétől, anélkül, hogy gondoskodott volna róluk, ahogyan ezt a veszteségért kárpótlásul meg kellett volna tenni, és ezzel a szegénység és nyomor olyan fajtáját hozta létre, amely korábban nem létezett.

Amikor az így megfosztott személyek ügyét képviselem, nem a jótékonyaságért, hanem a jogért esedezem. De ez az a fajta jog, amelyet eleinte elhanyagoltak, és amelyet később nem lehetett a gyámság alá helyezni, amíg az ég meg nem nyitotta az utat a kormányzati rendszer forradalmával. Tiszteljük meg tehát a forradalmakat az igazságossággal, és adjunk érvényt elveiknek az áldással...

gö.¹²⁷

KÖVETKEZTETÉS

Paine alkotmányát, valamint az emberi jogok nagyvonalú értelmezését nagyrészt elhagytuk. Nincs olyan alkotmányunk, amely inkább a törvényhozókra, mint a bíróságokra irányul, amelyet a törvényhozók hűségével kényszerítenek ki, és amelyet a népi, képviseleti politika rendszeresen módosít. Nincs olyan joghagyományunk sem, amely kárpótolná azokat, akiknek a privatizációs és civilizációs folyamatok inkább ártottak, mint használtak, amely megvédi a gyengéket az erősek túlkapásaival szemben, vagy amely biztosítja, hogy a közpénzekből elvett pénzeket közvetlenül a szegényeknek fizessék ki. Mindennek nem kellett volna megtörténnie. Az Alkotmány éppúgy hallgat a törvényhozói felülvizsgálat kérdéséről, mint a bírói felülvizsgálatról. A módosítási folyamatot inkább arra lehetne használni, mint arra, hogy az Alkotmány a politikai akaratot tükrözze. Törvényhozás

12- Id.
12. Id.

A tagállamok az alkotmányos értékek védelme érdekében hallgatólagosan és kifejezetten rájuk rótt kötelezettségeket vállalhattak. Hasonlóképpen, "joghagyományunk", különösen, ha azt a rekonstrukciós módosítások idejéből datáljuk, úgy értelmezhető, hogy magában foglalja a jólét, a biztonság és a magánérszak elleni védelem pozitív jogait, amint azt számos kommentátor állította.¹²⁸

E jogok alkotmányos történelmünkben való elhelyezésének nehézsége nem abban áll, hogy nem találhatók meg az alkotmány szövegében, vagy nem következnek a precedensekből, vagy nem kapcsolhatók jelentős alkotmányos eseményekhez. Ehelyett lehet, hogy Paine alkotmányának elvesztése és az, hogy képtelenek vagyunk joghagyományunk legbőkezűbb értelmezését kialakítani, összefüggő jelenségek. A pozitív jogok alkotmányos történelmünkben való elhelyezésének nehézségei részben egy mélyebb veszteségből eredhetnek: az alkotmánynak mint a kormányzóknak szóló törvénynek az elvesztett értelmezése, amely közvetlenül a nép akaratából ered, nem pedig az apolitikus bíróságok értelmező képességéből - egy olyan törvény, amely a jogalkotó lábát a tűzvonalban tartja, megmondja a kormányzónak, hogy milyen köztársasági célok felé kell kormányoznia, és az igazságosság és a közösség javára, nem pedig a politikai haszonra irányul. Visszatérve Paine figyelemre méltó szövegére, talán csak akkor leszünk képesek törvényhozói tartalommal megtölteni az általa annyira szeretett "emberi jogokat", ha újra megragadjuk az alkotmányt, mint "a kormányzóknak szóló törvényt", nem pedig mint "a bíróságoknak szóló törvényt". Végül, talán ez az egyetlen módja annak is, hogy ezeket a jogokat olyan kiterjesztő és nagyvonalú módon értelmezzük, ahogyan ő szerette volna, beleértve a magántulajdon rendszerébe való belépésből eredő, nem egyenlő mértékű veszteségek kompenzálására vonatkozó jogot.

Ahhoz azonban, hogy visszanyerjük Paine alkotmányról alkotott elképzelését, azt is vissza kell nyernünk, ami számára a legtermészetesebb volt: a jognak mint a kormányzás demokratikusan létrehozott erkölcsi normájának jogtudományi felfogását, amely irányítja és egyben korlátozza választott kormányzóinkat. Ezáltal talán nem csak azt nyerhetjük vissza, hogy miért lehet indokolt, hogy az ilyen jogot királynak tekintsük. Talán - nem véletlenül - arra is rájövünk, hogyan "tiszteljük [amerikai] forradalmunkat[] az igazságossággal", és "adjunk

