

2017

Wittgenstein pókerezése: Wsteinsteinstein: A vitatott alkotmányosság és a közhatalnok eredetiség határai

Ian C. Bartrum

Kövesse ezt és további műveket a következő címen:

 https://openscholarship.wustl.edu/law_jurisprudence Az összehasonlító filozófia, az alkotmányjog és a bíróságok közösségeinek része.

[Commons](#), [Judges Commons](#), [Jurisprudence Commons](#), [Law and Philosophy Commons](#) és a [Jog és politika Commons](#)

Ajánlott idézet

Ian C. Bartrum, *Wittgenstein pókerezése: Contested Constitutionalism and the Limits of Public Meaning Originalism*, 10 Wash. U. Jur. Rev. 029 (2017).

Elérhető a következő címen: https://openscholarship.wustl.edu/law_jurisprudence/vol10/iss1/6

WITTGENSTEINI PÓKER: VITATOTT ALKOTMÁNYOSSÁG ÉS A KÖZJOGI ÉRTELEMBEN VETT EREDETISÉG KORLÁTJAI

IAN C. BARTRUM^{1*}

ABSZTRAKT

Az alkotmányos eredetiség sokat szerepel a hírekben, mivel új elnökiünk betölti az Antonin Scalia halálával megüresedett helyet a Legfelsőbb Bíróságon. A "nyilvános értelmű" originalizmus valószínűleg az originalizmus legbefolyásosabb változata a jelenlegi elméleti körökben. Ez az esszé amellett érvel, hogy bár ezek az "új originalisták" megfontoltan megmenekültek az elődeikkel szemben megfogalmazott gyengítő kritikák némelyikétől, az eredmény egy mélységesen elszegényedett értelmezési módszertan, amely a legtöbb modern alkotmányos vitában keveset tud nyújtani. Különösen az a tény, hogy alkotmányos gyakorlatunk vitatott - azaz gyakran nem törekszünk szemantikai vagy jogi egyetértésre - teszi a nyelvi meghatározatlanságokat rendkívül problematikussá a történelmi közértelmezésen alapuló megközelítések számára. Itt az ilyen meghatározatlanság két alulértékelt forrását emelem ki: a szándékos kortárs kétértelműséget és a véletlen evolúciós homályosságot. E meghatározatlanságok egyike sem fogadható el az új originalista módszerrel, és a szándékos homályosság jól ismert problémájához hozzáadva ezek a problémák a köznapi jelentés eredetiségét képtelenné teszik arra, hogy a bírakat a legvitatottabb ügyeink közül sok esetben korlátozza.

^{1*} Jogászprofesszor, William S. Boyd School of Law, UNLV. Köszönet Akhil Amarnak, Jack Balkinnak, Peter Bayer, Linda Bergernek, Brian Bixnek, Andrew Coannak, Saul Cornellnek, Perry Friedmannak, Ruben Garcíának, Anjan Gewalinak, Jonathan Gienappnak, Leslie Griffinnak, Dan Hamiltonnak, Mike Kagannak, Tom McAfee-nak, Steve Maillouxnak, Jay Mootznak, Lydia Nussbaumnak, Robert Postnak, Frederick Schauernek, Jean Sternlightnak, David Tanenhausnak, az UNLV Faculty Workshopnak és a West Coast Law & Rhetoric Workshopnak. DAVID EDMONDS & JOHN EIDINOW, WITTGENSTEIN'S POKER: THE STORY OF A TEN- MINUTE ARGUMENT BETWEEN TWO GREAT PHILOSOPHERS (Harper Collins, 2001).

TARTALOMJEGYZÉK

BEVEZETÉS31

I. A NYELV MINT JÁTÉK35

II. A KÉTÉRTELMŰSÉG ÉS A HOMÁLYOSSÁG VITÁJA43.....

 A. *Evolúciós és kortárs kétértelműségek*46

 B. *Véletlen és szándékos kétértelműségek*48

 C. *Véletlen homályosság*51

 D. *A közjogi értelemben vett eredetiség határai*55

KÖVETKEZTETÉS57.....

BEVEZETÉS

2013 márciusában Ted Cruz és Dianne Feinstein szenátorok "ingerült szóváltásba" keveredtek a szenátus igazságügyi bizottságában a 2004-es támadófegyver-tilalom megújítására irányuló javaslatról.² Cruz szenátor, a Harvardon tanult jogász és a Legfelsőbb Bíróság egykori hivatalnoka, látszólag azt remélte, hogy alkotmányos érvekkel tudja legyőzni Feinstein szenátort. Először is emlékeztette Feinsteint arra, hogy tiszteletben kell tartanunk "alapdokumentumunkat" és az alkotók szándékait a Bill of Rights megalkotásakor.³ Ezután párhuzamot vont a második módosításban bejelentett "nép joga", valamint az első és negyedik módosításban szereplő azonos megfogalmazás között.⁴ A továbbiakban megkérdezte, hogy Feinstein számára megfelelne-e, ha a Kongresszus bizonyos könyvek betiltásával korlátozná a szólásszabadságot, vagy ha a bíróságok csak "meghatározott személyeket" védenének az indokolatlan házkutatásoktól. Cruz retorikai feltételezése természetesen az volt, hogy Feinstein soha nem hagyhatná jóvá a szólás vagy a magánélet ilyen jellegű korlátozását.

A felszínen Cruz szenátor erőfeszítései alkotmányos érvként meglehetősen kevésbé voltak meggyőzőek. Végére is, szinte senki sem gondolja abszolútnak az Első vagy a Negyedik Alkotmánymódosítás védelmét. A támadófegyverek és a "konkrét személyek" átkutatása közötti analógia egyszerűen alkalmatlan. A tilalom konkrét fegyverekre irányulna; így a megfelelő analógia a konkrét házkutatásokra vonatkozik, nem pedig az emberekre. Ennél is érdekesebb az az alapvető állítása, hogy a három módosítás közötti szövegbeli hasonlóság az eredeti alkotmányszövegben lévő szándékos kétértelműségekre játszott rá. Akhil Amar többek között megjegyezte, hogy a második módosításban meghatározott "emberek" valójában az első és a negyedik módosításban előírányzott nagyobb csoport egy részhalmaza.⁵ Az utóbbiak a 18.th században úgynevezett "polgári" jogokkal rendelkeztek, míg az előbbi egy kisebb csoport volt, amely teljes "politikai" jogokat élvezett. A nőknek például "polgári" joguk volt a beszédhez, még akkor is, ha nem gyakorolhatták a "politikai" jogokat: nem szavazhattak, nem lehettek esküdtek, nem léphettek be a milíciába és nem viselhetek fegyvert.⁶ Kiderül tehát, hogy a "nép" kifejezésnek a ratifikáció idején kétértelmű alkotmányos használata volt. 2013-ban ez a kétértelműség

² Jennifer Steinhauer, *Panel Votes to Renew Assault Weapons Ban, But Prospects in Full Senate Are Dim*, N.Y. TIMES A17 (2013. március 15.). A szóváltásról készült videó elérhető a YouTube-on. MichaelSavage4Prez, *Ted Cruz & Dianne Feinstein Explosive Debate Over Gun Control In Senate: 'I Am Not A 6th Grader'*, YOUTUBE (2013. március 14.), <https://www.youtube.com/watch?v=PWsKJiyesVU>. ³ Jon Healey, *Sens. Ted Cruz and Dianne Feinstein Face Off on Gun Control*, L.A. TIMES (Mar. 15, 2013) <http://articles.latimes.com/2013/mar/15/news/la-ol-sens-ted-cruz-and-dianne-feinstein-face-off-on-gun-control-20130315>.

⁴ *Id.*

⁵ Pl. Akhil Reed Amar, *The Second Amendment as a Case Study in Constitutional Interpretation*, 2001 UTAH L. REV. 889, 892-896 (2001).

⁶ *Id.*

lehetővé tette Cruz számára, hogy fenntartsa originalista törekvéseit, miközben a szöveggel kapcsolatban nem originalista állításokat fogalmazott meg.

Az ilyen jellegű kétértelműségek - amelyeket ebben az esszében "szándékos kortárs kétértelműségeknek" nevezek⁷ - jelentős kihívást jelentenek az alkotmányértelmezés "eredeti, nyilvános jelentésű" elszámolásai számára. Különösen az új originalista elméletek, amelyek azt állítják, hogy a szöveg eredeti "kommunikációs tartalmát" empirikus úton "rögzíthetjük" vagy meghatározhatjuk,⁸ nem tűnnek alkalmasnak arra, hogy számot adjanak azokról a körülményekről, amikor a szövegalkotók szándékosan használták ki a meglévő nyelvi konvenciók kétértelműségeit a vitatott politikai célok érdekében. Ez a nehézség részben azért merül fel, mert az új originalisták lemondtak a "szándékosságról", és most kizárólag az "eredeti nyilvános jelentést" tekintik az alkotmányos szemantika próbakövének.⁹ Ennek eredményeképpen már nem lehet a szövegezők szándékára támaszkodni annak a kérdésnek a megoldásakor, hogy melyik "nép" milyen jogokkal rendelkezik. A vonatkozó történelmi nyelvi konvenciók természetesen a szó mindkét jelentését elismerték, és nehéz belátni, hogy a pragmatikus vagy kontextuális gazdagítás (legalábbis a köznapis jelentés általánosított fogalmain alapuló) hogyan adhatna végleges választ. Egy ilyen eset tehát azt bizonyítja, hogy a szöveg kommunikatív tartalmának levezetéséhez szükség lehet a szerzői szándékra való hivatkozásra, és így egyszerre igényelhet történelmi és kortárs konstrukciót.

Ennél is fontosabb, hogy a szándékos kortárs kétértelműség jelensége segít bemutatni az értelmezési problémák sajátos fajtáit, amelyek egy vitatott nyelvi gyakorlatban felmerülhetnek. Még a legjobb körülmények között is valódi problémák vannak azzal az elképzeléssel, hogy a kommunikatív tartalom empirikusan rögzíthető és az idők során különböző nyelvi gyakorlatokba transzportálható¹⁰ Ez azért van, mert a szemantikai jelentés a

⁷ A meghatározatlanság lehet (1) *kortárs* vagy *evolúciós*; és lehet (2) *szándékos* vagy *véletlenszerű*. Az első megkülönböztetés azt vizsgálja, hogy az alkotmányszöveg a ratifikáláskor meghatározhatatlan-e, vagy a gyakorlatok fejlődése során válik meghatározhatatlanná. A második felismeri, hogy a meghatározatlanság lehet szándékos vagy nem szándékos. A *tartalmi kortárs kétértelműség* és a *véletlenszerű homályosság* az új originalizmus meghatározatlanságát mutatja.

⁸ Az új originalisták szerint az alkotmányértelmezés két különböző fázisban zajlik: (1) értelmezés - amikor felfedezzük a szöveg "kommunikációs tartalmát"; és (2) konstrukció - amikor a szöveg "jogi jelentését" értelmezzük valamilyen modern vita kontextusában. Az első fázis a szöveg "eredeti nyilvános jelentését" igyekszik "rögzíteni" a ratifikáció pillanatában. Ezt az értelmet aztán átvisszük a konstruálási szakaszba, ahol ez korlátozza a szöveg jogi tartalmára vonatkozó következtetéseinket, ha csak nincsenek ellene szóló nyomós okok. *Lásd általában* Lawrence B. Solum, *The Interpretation-Construction Distinction*, 27 CONST. COMMENT. 95 (2011).

⁹ Lawrence B. Solum, *THE FIXATION THESIS: THE ROLE OF HISTORICAL FACT IN ORIGINAL MEANING*, 91 NOTRE DAME L. REV. 1, 26-27 (2015). Természetesen nem minden originalista hagyta el az intencionalizmust - amely legalábbis úgy tűnik, hogy a nyelvi jelentéssel kapcsolatban helyes kérdéseket tesz fel. *Lásd* Larry Alexander, *Originalism, the Why and the What*, 82 FORD. L. REV. 539 (2013) (azzal érvelve, hogy az értelmezés arról szól, hogy megpróbáljuk felfedezni a szerzői szándékot).

¹⁰ *Pl.* Ian Bartrum, *Two Dogmas of Originalism*, 7 WASH. U. JURIS. REV. 157, 172-75 (2015).

idegen kommunikációs kultúrába átültetett nyelv csak elemzés, konstruálás és kontextualizálás - vagy ahogyan ezt a folyamatot más kontextusokban gyakran nevezik, *fordítás* - révén jöhet létre. Az ideális fordítási törekvésekben - ahol az összes érdekelt fél meg akar állapodni egy jelentésben, anélkül, hogy előítéletek lennének arra vonatkozóan, hogy mi legyen ez a jelentés - jelen lévő összes konstruktív nehézség sokszorosára nő, amikor a felek nem megegyezésre törekszenek, hanem inkább saját érvelési előnyeik maximalizálását remélik.

Az a tény, hogy alkotmányos gyakorlatunkban ilyen vitatott fordításról van szó, legalább három következménnyel jár az értelmezés szempontjából. Először is, mivel a történelmi szöveg és a modern szemantika közötti kapcsolat gyakorlati és konstruktív jellegű, szükségessé teheti a szándékok vizsgálatát, és így nem biztos, hogy "empirikus" felfedezésről van szó. Másodsor, a kortárs kétértelműség problémája azt mutatja, hogy az effajta nyelvi bizonytalanság nem korlátozódik a homályosság eseteire; és valóban, a köznapi jelentésszámítások nem biztos, hogy rendelkeznek a szándékos kortárs kétértelműségek kezeléséhez szükséges erőforrásokkal.¹¹ Harmadszor, miután az ilyen típusú vitatott határozatlanságok belecúsztatták az orrukat a szemantikai sátorba, meg kell békélnünk a gyakorlati nyelvi komplexitás teljes, gazdag spektrumával, amely az alkotmányos viták nem triviális eseteiben felmerülhet. Vagy ahogyan Karl Llewellyn a common law-ról híres módon megjegyezte: "Minden egyes precedens, aszerint, hogy a jövőbeni bírák miként fognak hozzáállni, kétértelmű".¹² Ha ez igaz, akkor mind a szöveg kommunikatív, mind a jogi tartalma szükségszerűen egy folyamatos konstruktív vita terméke. Ennek azonban nem kell mély aggodalmakat ébresztenie a korlátlan bírói aktivizmussal kapcsolatban. Valójában maga a kontradiktórius verseny - nem pedig valamilyen idealizált értelmezési ortodoxia vagy feltételezett "értelmezési törvény" - az, ami a leghatékonyabban korlátozza az alkotmánybírákat. Ezért el kell fogadnunk a nézeteltéréseinket, azok minden erejével, árnyalatával és bizonytalanságával együtt.¹³ Ahogy James Madison már régen megjegyezte, a vélemények és érdekek buzgó sokfélesége jobban védi demokratikus intézményeinket és szabadságjogainkat, mint a pusztán "pergamenhatárok" valaha is képesek lennének.¹⁴

¹¹ Larry Solum legalábbis felismerte ezt a lehetőséget, de tudomásom szerint nem próbálta meg véglegesen megoldani. *Lásd Id.* 102. o. (ezt a "redukálhatatlan kétértelműség" problémájaként jellemzi); *accord Id.* 107. o., n. 25. o. ("Nézetem szerint a kétértelműségek általában feloldhatók értelmezéssel [a kijelentés kontextusa alapján], bár legalábbis elméletileg lehetséges, hogy egyes kétértelműségek nem oldhatók fel így.").

¹² K. N. LLEWELLYN, A SZEDERBOKOR: JOGUNKRÓL ÉS ANNAK TANULMÁNYOZÁSÁRÓL 71 (1951).

¹³ *De lásd* William Baude & Stephen Sachs, *The Law of Interpretation*, 130 HARV. L. REV. 1079 (2017); William Baude, *Is Originalism Our Law*, 115 COLUM. L. REV. 2349 (2015).

¹⁴ A FÖDERALISTA NR. 10, 48 (James Madison) 38, 333 (Jacob E. Cooke, szerk., 1961). A híres kifejezés, hogy "pusztán pergamenakadályok", itt hangsúlyozza az intézményi hatalom szöveges, nem pedig strukturális korlátozásának viszonylagos gyengeségét.

Ez az esszé mellett érvel, hogy az alkotmányos nyelv vitatott gyakorlatként való értelmezésének következményei jelentősen aláássák az empirikus eredeti közértelmezéseken alapuló bírói korlátozásokra való törekvést. Ismétlem, a történelmi jelentés (vagy kommunikációs tartalom) keresése elég nehéz, amikor az érintett beszélők és az összes értelmező érdekelt fél jóhiszeműen próbálnak szemantikai megállapodásra jutni.¹⁵ Ezek az empirikus nehézségek exponenciálisan súlyosbodnak - néha megoldhatatlanná válnak -, amikor mind a beszélők, mind az érdekeltek aktívan kihasználják a kommunikációs kétséget vagy meghatározatlanságot a vitatott célok érdekében.¹⁶ Ez az érvelés nagymértékben támaszkodik Ludwig Wittgenstein későbbi filozófiájára, amely a maga nemében rejtélyes és ellentmondásos - olyannyira, hogy némi nézeteltérés van arról, hogy taníthat-e nekünk bármi hasznosat a jogi értelmezésről.¹⁷ Meggyőződésem azonban, hogy Wittgenstein legalapvetőbb és legkevésbé ellentmondásos gondolatainak meglehetősen egyszerű alkalmazása fontos betekintést nyújt az írott alkotmány mint a meghatározott vagy objektív szemantikai jelentések forrásának korlátaiba. Amellett érvelek, hogy vitatott alkotmányos kontextusunkban a meghatározatlanság két alulértékelt típusa - a szándékos *kortárs kétértelműség* és a *véletlen evolúciós homályosság* - jelentős problémákat jelent az eredeti nyilvános jelentés mint az empirikus értelmezési kényszer forrása szempontjából. A szándékos homályosság problémájához - amelyet az új originalisták már nagyrészt a modern konstrukciónak engednek el - hozzáadva ezek a meghatározatlanságok jelentős korlátokat szabnak a köznapiság jelentés eredetiségének gyakorlati normativitására.¹⁸

¹⁵ Wittgenstein nyelvi munkásságának nagy része arra irányul, hogy megmutassa, hogyan lehetséges a szemantikai megegyezés figyelemre méltó teljesítménye még a kortárs beszélők között is. Brian H. Bix, *Legal Interpretation and the Philosophy of Language*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LANGUAGE AND LAW 145, 147 (Peter M. Tiersma & Lawrence M. Solan, szerk. 2012).

¹⁶ Ez a pont talán analóg azzal, amit Scott Shapiro mond, amikor a "jog" természetének fogalmi elemzése során felmerülő nézeteltérésekről beszél. *Lásd* SCOTT J. SHAPIRO, LEGALITY 17 (Harvard Belknap, 2011). Amikor a hivatkozási kétértelműségek megzavarják elemzői erőfeszítéseinket, érvel Shapiro, a konfliktus feloldhatatlan lehet: "Ha így lenne, a jog fogalmi elemzése nem lenne lehetséges, mert nem lenne olyan tárgy, amelyre mindannyian utalnánk, amikor a "jog" szót használjuk. *Id.*

¹⁷ *Lásd pl.* Michael Steven Green, *Dworkin's Fallacy, Or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law*, 89 VA. L. REV. 1897 (2003); *lásd még* Stefano Bertea, *Remarks on a Legal Positivist Misuse of Wittgenstein's Later Philosophy*, 22 LAW & PHIL. 513 (2003).

¹⁸ Igaz, hogy az Alkotmány nagy része ésszerűen meghatározott és ritkán vitathatatlan. Ez azért van így, mert az alkotmányértelmezés legtöbb - ha nem is minden - elfogadott formája konvergál a szöveg stabil és közös értelmezéséhez. A közértelmezési eredetiség természetesen nyújthat némi gyakorlati normativitást az ilyen "könnyű esetekben", de a legtöbb más módszertan is ezt teszi. Én itt azt állítom, hogy a közjogi értelemben vett originalizmus ritkán tud határozott normatív alapot nyújtani az eltérő értelmezési megközelítések közötti döntéshez egy erős alkotmányos küzdelemben.

I. A NYELV MINT JÁTÉK

Wittgenstein talán leghíresebb állítása, hogy a nyelv beszélése olyan, mint egy játék.¹⁹ Németül beszélő emberként boldogan foglalta ezt a gondolatot egy szóösszetételbe - "Sprachspiel" - vagy magyarul "nyelvi játék".²⁰ Azt remélte, hogy ezzel "előtérbe kerül az a tény, hogy a nyelvek beszélése egy tevékenység, egy életforma része".²¹ Vagy másképp fogalmazva: a nyelv olyasmi, amit csinálunk, nem pedig olyasmi, amivel rendelkezünk.²² Továbbá, akárcsak egy játék, a nyelv is szabályokkal irányított tevékenység; vagyis a szabályok, nem pedig az eszközök (pl. bábuk vagy labdák) adnak egy adott cselekvésnek vagy megnyilatkozásnak sajátos "jelentést".²³ Bár ez a pont meglehetősen nyilvánvalónak tűnhet egy sakkeccs vagy egy futballmeccs kontextusában, Wittgenstein megfigyelte, hogy a filozófusok (köztük ő maga is) gyakran összekeverték ezeket a gondolatokat a nyelv elemzése során.²⁴ Tévesen feltételezték, hogy a szavak, nem pedig a szabályok hozzák létre a nyelvi jelentéseket.²⁵ Azt remélte, hogy a játék összehasonlítása megszünteti ezt a zavart, és így világosabban láthatjuk, hogy "[a] szavak és a sakkfigurák analógok; tudni, hogyan kell használni egy szót, olyan, mint tudni, hogyan kell mozgatni egy sakkfigurát. ... [Így] egy szó jelentését a használatának szabályai határozzák meg".²⁶

Ennek a felismerésnek a jelentősége kissé homályosnak tűnhet, amíg el nem gondolkodunk azon a klasszikus elképzelésen, hogy a szavak a világ tárgyait "képviselik", és hogy ezek a kapcsolódó tárgyak határozzák meg a szó jelentését.²⁷ Bár ez nagyjából igaz lehet néhány, bizonyos célokra használt szóra - talán néhány főnévre és névre -, de biztosan nem igaz minden szóra, sőt, még csak nem is a legtöbbré.²⁸ Ezt a téves "reprezentacionalista" előfeltevést szem előtt tartva azonban könnyen érthető, hogy miért hitték sokan, hogy egy szó jelentését úgy tudjuk meghatározni, hogy "tényeket" fedezünk fel arról, hogy mit jelent.

¹⁹ LUDWIG WITTGENSTEIN, FILOZÓFIAI KUTATÁSOK §23 (Blackwell German-English ed., 2007) [a továbbiakban Vizsgálatok].

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² Valójában Philip Bobbitt pontosan ugyanezt állította a "jogról". PHILIP BOBBITT, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION 24 (Blackwell, 1991).

²³ WITTGENSTEIN ELŐADÁSAI: CAMBRIDGE, 1932-1935 Pt. I, § 2 (Alice Ambrose, szerk., 1972) [a továbbiakban LECTURES].

²⁴ VIZSGÁLATOK, 1-3. §§.

²⁵ *Id.*

²⁶ ELŐADÁSOK, PT. I, § 2.

²⁷ VIZSGÁLATOK, 1-3. §§. Wittgenstein saját ilyen jellegű beszámolója - amelyet korábbi *Tractatus-Logico-Philosophicus* című művében fogalmazott meg - azt állította, hogy a szavak "egyszerűségeket" képviselnek, és hogy a mondatok valamilyen elrendezést vagy kapcsolatot ábrázolnak ezen alapelemek között.

²⁸ *Id.* § 1. Még az ilyen típusú szavak jelentése sem függ attól, hogy a világ valamilyen dologgal kapcsolatban áll-e - a "sárkány" jelentését akkor is megérthetjük, ha nem létezik; és a "Bonaparte Napóleon" szónak még jóval a férfi halála után is van jelentése.

a világon. Wittgenstein valóban azt állította, hogy egy szó "empirikus" vagy "alapértelmezett" jelentésével kapcsolatos ilyen jellegű zűrzavar sok, ha nem is az összes nagy filozófiai kérdéshez vezetett.²⁹ Például, Platónról függetlenül, az "igazságosság" szónak nincs megalapozó jelentése; ez csak egy darab, amelyet a különböző nyelvi játékok szabályai szerint használnak.³⁰ Lényegében Wittgenstein számára az ilyen rejtvények tulajdonképpen a nyelvhasználattal kapcsolatos zavarokra redukálódnak, vagy ahogyan ő híres módon fogalmazott: "Filozófiai problémák akkor keletkeznek, amikor a nyelv szabadságra megy".³¹

A kártyajátékokkal való analógia segíthet ezen alap gondolatok szemléltetésében. Könnyű belátni, hogy a hagyományos amerikai pakliban lévő kártyáknak önmagukban nincs jelentésük. A sakkfigurákhoz hasonlóan egy kártya jelentése a különböző felhasználási módokból ered, amelyekre a játékos az adott játék szabályai szerint felhasználhatja. A sakkfigurákkal ellentétben azonban a kártyáknak a legkülönfélébb játékokban különböző jelentésük van - és ez viszont a kártyákat könnyebben analógiává teszi a szavakkal és a nyelvi játékokkal.³² A kártya-analógia mégsem ragadja meg teljesen a nyelv teljes komplexitását, mivel a nyelvi játékok szabályai általában gyorsabban fejlődnek, mint a kártyajátékok szabályai. Vagyis a nyelvi játékok szabályai - és így a szavak jelentése is - folyamatosan változnak, ahogy életformáink is változnak, így a hozzáértő játékosnak éberem kell játszania, hogy folyékonyan tudjon játszani. Illusztrációként elképzelhetünk egy remetét, aki 1980-ban bezárkózott, és 2017-ig senkivel sem beszélt. Sok szónak most olyan használata (és így jelentése) lenne, amelyet ő nem értene. A "szöveg" például igévé fejlődött.

A kártya-analógia azt is világossá teszi, *hogyan* maguknak a kártyáknak *miért* nincs alapvető jelentésük: Ez azért van, mert nincs semmi a világban, amit a pikk tízes (például) képvisel, ami lehetővé tenné számunkra, hogy empirikus "tényként" azonosítsuk a jelentését. Ezért egy kártya alapjelentésének mérlegelése éppoly értelmetlen és hiábavaló, mint az ősi erőfeszítések, amelyek a "Jó" egyszer s mindenkorra történő meghatározására irányultak. Kiderül, hogy a pikk tízes jelentésének megértése egyszerűen azt jelenti, hogy rendelkezünk azzal a gyakorlati képességgel, hogy ezt a kártyát egy adott helyen és időben egy adott játékban megfelelően kijátsszuk.³³

²⁹ Lásd Robert Fogelin, "Wittgenstein's Critique of Philosophy", THE CAMBRIDGE COMPANION TO WITTGENSTEIN 34, 37-48 (Hans Sluga & David G. Stern, szerk., 1996).

³⁰ Lásd: PLATÓ, A KÖZTÁRSASÁG, BK I (327 A-353 D) in GREAT DIALOGUES OF PLATO (W.H.D. Rouse, trans. 1956) (az "igazságosság" szó jelentésének vizsgálata). Ez természetesen nem jelenti azt, hogy az "igazságosságnak" nincs jelentése; egyszerűen csak azt, hogy a jelentése a partikuláris és kontextuális szabálykövetés terméke, és nem valamilyen megváltoztathatatlan formára való hivatkozás.

³¹ Id. 38. §; lásd még Fogelin, 29. lábjegyzet.

³² Természetesen elképzelhetőek olyan új sakkjátékszámok, amelyekben a sakkfigurák új jelentéstartalmakat kapnak.

³³ Lásd LUDWIG WITTGENSTEIN, ON CERTAINTY §§ 61-62 (G.E.M. Anscombe & G.H. von Wright), szerk., Denis Paul & G.E.M. Anscombe ford., 1969) [a továbbiakban ON CERTAINTY].

Bár érvelhetünk amellett, hogy egy játék szabályainak másképp kellene lenniük, mint ahogyan vannak - és erőfeszítéseink talán még a jövőbeli játékok módosításában is sikerrel járnak -, üresjárat azt állítani, hogy egy létező játékban megfelelőnek elismert játékmód érvénytelen valamilyen empirikus igazság alapján arról, hogy a kártya mire utal a világban.³⁴ Ismétlem, a kártya nem utal semmire, ami empirikusan ellenőrizhető lenne - és így, ahogy egyesek mondanák, nincs *ott*, *ott*.³⁵ Amit a kártya tesz, az az, hogy arra kér bennünket, hogy kövessünk bizonyos szabályokat meghatározott kritériumok alapján, hogy részt vehessünk egy közös társadalmi gyakorlatban.

Ez természetesen azt jelenti, hogy a jelentéssel kapcsolatos bármilyen vizsgálatnak nem a *kártyákra*, hanem a *szabályokra* kell összpontosítania. Itt is fontos felismerni, hogy a legtöbb kártyajáték (vagy nyelv) nem támaszkodik "szabálykönyvre" az alapelvek vagy jelentések megállapításához.³⁶ A szabályok egyszerűen a megélt gyakorlat kérdései, amelyek játékról játékra adódnak át egyik emberről a másikra - ezért van az, hogy, ahogy Wittgenstein rámutatott, "nincs értelme azt mondani, hogy egy játékot mindig is rosszul játszottak".³⁷ Igaz, hogy e gyakorlatokban gyakran széleskörű konvergenciák vannak, így két ember, aki még soha nem találkozott egymással, sikeresen játszhat egy gint.³⁸ De az is igaz, hogy lehetnek eltérések abban, ahogyan ezek az emberek megtanulták játszani a játékot - "otthon így játsszuk" -, ami hiányosságokat hagyhat a közös gyakorlatban. Ilyen esetekben a játékosoknak egyszerűen ki kell dolgozniuk ezeket a következtelenségeket, miközben haladnak előre, és a jövőbeni játékhoz precedenst kell teremteniük, ahogy haladnak előre. Wittgenstein szavaival élve: "Nemcsak szabályok, hanem példák is szükségesek egy gyakorlat kialakításához. Szabályaink kikapukat hagynak nyitva, és a gyakorlatnak magáért kell beszélnie".³⁹ Ezért van az, hogy a gint - de még élesebben a nyelvet - olyasvalami, *amit csinálunk*, és folyamatosan, folyamatosan fejlődő módon csinálunk, és nem olyasvalami, amivel alapvetően *rendelkezünk*.

³⁴ *Lásd pl. , Id. § 496.*

³⁵ *De lásd Randy Barnett, The Gravitational Force of Originalism, 82 FORD. L. REV. 411, 416* ("[W]en szembenézve a jelentéssel kapcsolatos, egymásnak ellentmondó értelmezési állításokkal, ott van (à la Gertrude Stein) egy *ott* potenciálisan a konfliktus feloldására."). Ismétlem, a lényeg nem az, hogy egy kártyának (vagy szónak) nem lehet meghatározott jelentése - és ebben az értelemben nem utalhat egy "ott"-ra -, hanem az, hogy ezt a jelentést gyakorlatilag - tehát *esetlegesen* - és nem *empirikusan* kell megállapítanunk.

³⁶ Az ember itt kísértésbe eshet, hogy szótárakra vagy könyvekre mutasson, amelyek a különböző kártyajátékok játszásának módjáról adnak útmutatást. Közelebbről megvizsgálva azonban világossá válik, hogy az ilyen típusú könyvek utólagos *leírások* arról, hogy egy adott játékot hogyan játszottak egy adott időben vagy helyen. Önmagukban nem képezik a játékszabályokat, és nem határozzák meg, hogy a jövőben hogyan kell játszani a játékot. A jogi világgal való analógia érdekében az ilyen források olyanok, mint a szokásjog újraszövegezései (Restatements of the common law).

³⁷ ON CERTAINTY, *supra* note 33, 496. §.

³⁸ Valójában Wittgenstein nagyrészt ezeknek a széleskörű konvergenciáknak a létezéséről - amelyek meglehetősen határozott jelentéseket adnak - remélte, hogy számot adhat. Brian H. Bix, *Legal Interpretation and the Philosophy of Language*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LANGUAGE AND LAW 147 (Lawrence M. Solan & Peter M. Tiersma, szerk. 2012).

³⁹ ON CERTAINTY, *supra* note 33, 139. §.

A nyilvános jelentés eredetiségének hívei azt sugallják, hogy egy adott pillanatban egyfajta pillanatfelvételt készíthetünk egy nyelvi játékról, felfedezhetjük az adott pillanatban érvényes szabályokat, majd ezeket az elvont szabályokat olyan "tényekként" kezelhetjük, amelyek meghatározhatják a gyakorlati jelentéseket - legalábbis egy pillanatra.⁴⁰ Ez a nézet más szóval elfogadja, hogy a szavak a jelentésüket nem tárgyából, hanem szabályokból nyerik, de aztán azt állítja, hogy ezeket a szabályokat úgy kezelhetjük, *mintha tárgyak lennének*, amelyeket empirikusan felfedezhetünk és tanulmányozhatunk.⁴¹ Ily módon megpróbálhatnánk egy nyelvi játékot úgy játszani, "ahogyan azt valamikor, egy adott történelmi pillanatban játszották". A kártyajáték-analógia azonban felfedi, hogy ez a megközelítés egyszerűen csak megismétli a reprezentacionalista tévedést egy magasabb absztrakciós szinten. A szabályok határozottan *nem* tények, nem csak azért, mert nem tárgyak, hanem azért is, mert a szabályok egy megélt gyakorlat - az élet egy formája - egymástól függő részeként léteznek, amelybe beágyazódnak: hogy megismételjem a témát, a szabályokat (mind a nyelvi, mind a jogi szabályokat) *csináljuk*, nem pedig *birtokoljuk*. A nyelv esetében nincs értelme "úgy játszani egy játékot, ahogyan játszották", amikor a világi körülmények, amelyek a sajátos, egymásra épülő szabálystruktúrákat létrehozták, eltűntek, így már senki sem játssza úgy.⁴² Ha így teszünk, akkor valójában egy teljesen új nyelvi játékot játszunk, amelynek lehet, hogy van gyakorlati értéke, de lehet, hogy nincs, amennyiben egy új életformát szolgál, más kommunikációs célokkal.⁴³

Hogy szemléltessük a dolgot, képzeljük el, hogy valaki empirikus tanulmányt készített az 1820 és 1830 között játszott gin összes változatának szabályairól. E kutatás alapján arra a következtetésre jutott, hogy a játékos általában a pikk tízet használhatja jokerkártyaként bizonyos szettekben vagy futamokban. Ugorjunk most előre 1940-be, és tegyük fel, hogy a gin szabályai úgy fejlődtek, hogy a joker kártyák már nem képezik a játék elfogadott részét - sőt, magát a "joker kártya" fogalmát is széles körben elítélik, mint a gin történelmének egy felhígult és sajnálatos időszakának részét. Ma már nemcsak a pikk tízes vesztett valamennyit abból a jelentéséből, amivel 1825-ben rendelkezett, hanem a régebbi játék "vad" aspektusa is.

⁴⁰ Így érvelt Larry Solum: "[A]hol a [szemantikai tartalomról] nem értünk egyet, akkor nyelvi tényekről vitatkozunk. Elvileg van egy tény arról, hogy mi a nyelvi tartalom". Lawrence Solum, *A Reader's Guide To Semantic Originalism and a Reply to Professor Griffin* 13. elérhető a <http://ssrn.com/abstract=1130665> oldalon. Úgy tűnik, hogy ez az alkotmányelméletben a "korpusznyelvészet" mozgalmának is ez az importja. Lásd Lawrence M. Solan, *Can Corpus Linguistics Help Make Originalism Scientific?*, 126 YALE L. J. FORUM 57 (2016).

⁴¹ Lásd pl. Barnett, *Gravitational Force*, *Supra* note 35, 415-17. o.

⁴² Egy kivételesen éleslátó történész véleményét erről a kérdéstről, aki a "holizmus" és a "historizmus" hiányát panaszolja az új eredetiségiek történeti fordítási törekvéseiben, lásd Jonathan Gienapp, *Historicism and Holism: Failures of Originalist Translation*, 84 FORD. L. REV. 935, 941-44 (2015).

⁴³ Az ilyen állításokat megfogalmazó alkotmányelméleti szakemberek számára úgy tűnik, a nagyobb remény az, hogy a jelenlegi jogi gyakorlatunkat (vagy játékainkat) olyan módon korlátozhatjuk, ahogyan most nem. Lásd pl. Solum, *Supra* note 9. Ez feltehetően jelenlegi

a pikk tízes már nem illik bele a játék tágabb normáiba. Így nem csak a kártya ilyen módon való kijátszása vált értelmetlenné vagy "ostobasággá", de minden kísérlet, hogy 1940-ben így tegyen, elárulná a játékosnak a ginnel kapcsolatos passzív felfogását.⁴⁴ Erre gondol Wittgenstein, amikor azt mondja, hogy a nyelvi játékok az élet egy sajátos formájának részei.⁴⁵ Valóban, bizonyos szempontból a régi pikk tízes játék új játékban való eljátszására tett kísérlet olyasmi, mintha a newtoni "tömeg" és "erő" fogalmakat próbálnánk használni az einsteini fizika által felvetett probléma megoldására.⁴⁶

Egy ilyen empirikus vizsgálat tehát csak annyit tud megmutatni, hogy egy adott világ adott körülményei között, egy adott időpontban a legtöbb ember egy adott módon játszott gint. Egy nyelvi játék esetében pedig az adott pillanat sajátos kulturális körülményei - azok a gyakorlati kommunikációs problémák, amelyek megoldására a játék létrejött - hozták létre a történelmi szabályokat és jelentéseket. Amikor ez a kulturális vagy körülményes paradigma megszűnt létezni, megszűnt az a gyakorlat is, amely értelmet adott neki. Legfeljebb egyfajta fordítást érhetünk el a régebbi és az újabb életformák között - mindaddig, amíg felismerünk két alapvető pontot: (1) a fordítás mindig konstruktív tevékenység; és (2) a newtoni és az einsteini fizikához hasonlóan néhány fontos eszme egyszerűen nem fordítható le.⁴⁷

Hogy ezt a kritikusan fontos pontot kifejezettebb wittgensteini fogalmakkal fogalmazzuk meg, egy adott kifejezés - például a "kereskedelem" - csak egy "családi

⁴⁴ Brian Bix utal erre a pontra, amikor Wittgenstein korábbi erőfeszítéseit tárgyalja a nyelvi "ellenőrzés" problémáinak elemzésére: "A hagyományos jelentések szokásos körülményeket feltételeznek". Brian H. Bix, *Legal Interpretation and the Philosophy of Language*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LANGUAGE AND LAW 150 (Lawrence M. Solan & Peter M. Tiersma, szerk. 2012). Más szóval, amikor a körülmények változnak, a jelentések is változnak.

⁴⁵ Vizsgálatok, 19. l. jegyzet, 23. §.

⁴⁶ Thomas Kuhn híres módon rámutatott arra, hogy az ilyen törekvés értelmetlen, mert a newtoni és az einsteini fizikai paradigma összehasonlíthatatlan. Thomas S. Kuhn, *Rationality and Theory Choice*, 80 J. PHIL. 563, 566 (1983). Vagy ahogy Michael Polanyi fogalmazott, a különböző iskolák tudósai "másképp gondolkodnak, más nyelven beszélnek, más világban élnek". MICHAEL POLANYI, PERSONAL KNOWLEDGE: TOWARDS A POST-CRITICAL PHILOSOPHY 151 (1958). Ugyanez az inkommensurabilitás létezik, ahogyan Wittgenstein rámutatott, a különböző nyelvi játékok között - beleértve a különböző időben, különböző "életformák" részeként játszott nyelvi játékokat is. Erre gondol, amikor azt mondja: "Ha egy oroszlan tudna beszélni, nem tudnánk megérteni". KUTATÁSOK, 19. sz. jegyzet, 223. o.

⁴⁷ Jonathan Gienapp ismét éleslátóan azonosított számos hibát az új originalisták "empirikus" megközelítésében az ilyen fordítással kapcsolatban. Gienapp, *Supra* 42. l. jegyzet, 940-44. l. jegyzet. Talán közelebb áll a célhoz Larry Lessig megközelítése. Lawrence Lessig, *Fidelity in Translation*, 71 TEX. L. REV. 1165 (1993). Az alkotmányos kontextusban Christina Mulligan és szerzőtársai megmutatták, hogy ez a folyamat milyen nehéz lehet a különböző nyelveken, még ugyanazon történelmi pillanatban is. Christina Mulligan, Michael Douma, Hans Lind, & Brian Quinn, *Founding Era Translations of the Constitution*, 31 CONST. COMMENT. 1 (2016). Mulligan ugyanis rámutat arra a szinte egyöntetű tudományos véleményre, miszerint "a fordítás magával vonja, és mindig is magával vonta, az elemzés folyamatát. Bár ez az állítás intuitív, megállapítása nem triviális. A versengő lehetőség - hogy a fordítás valamilyen rutinszerű folyamat, ahol a forrásnyelvben az A szóból A' szó lesz a célnyelvben - könnyen eszünkbe jut". *Id.* at 11.

hasonlóság" önmagához a különböző történelmi nyelvi játékokban.⁴⁸ Így a "kereskedelem" szót ma sokszor - de nem minden esetben - ugyanarra a célra használják, mint 1789-ben. Változó életformáink új jelentéseket tulajdonítottak a kifejezésnek, más jelentések pedig elmaradtak.⁴⁹ Wittgenstein egy szónak a különböző nyelvi játékokban való használatát a fonott cérnát alkotó egyes szálakhoz hasonlította: Minden szál a fonál egy-egy lényeges részét alkotja, de egyik sem terjed ki a fonál teljes hosszán.⁵⁰ Másképpen fogalmazva: minden egyes használat *szükséges*, de nem *elégleges* ahhoz, hogy a szó jelentésének teljes leírása megtörténjen. Ez azt jelenti, hogy a "kereskedelem" más helyet foglal el a modern életformánkat szolgáló nyelvi szabályok bonyolult, fejlődő hálójában, mint a régebbi nyelvi játékokban.⁵¹ Egy régi kifejezésnek az új gyakorlatunkba való átültetésére tett erőfeszítés tehát *döntéseket* igényel, hogy mely jelentéseket emeljük ki vagy tegyük félre - át kell alakítanunk az 1789-es "kereskedelem" szót, hogy az beleilleszkedjen a modern kirakós játékkunkba -, és ezek a döntések természetesen kulturálisan normatív és konstruktív jellegűek. Következésképpen a történelmi nyelv kommunikációs tartalmának megállapítása egy megváltozott életformán belül mindig konstruktív, és nem csupán empirikus törekvés.

Ezek a felismerések számos nehéz kérdést vetnek fel az alkotmányértelmezők számára, különösen azok számára, akik olyan determinált jelentéseket keresnek, amelyek szorosan a bírósági döntéshozatalhoz kapcsolódhatnak. Az ilyen egyének feltehetik a kérdést, hogy vajon a játékaink nem fejlődhetnek-e egy ponton annyira, hogy többé nem mondhatjuk megfelelően, hogy "gint" játszunk - vagy hogy még mindig "amerikai alkotmányosságot" játszunk. Az ilyen jellegű kérdések értékeléséhez nem szabad megfélemlenünk a már meglévő alapvető felismerésről - sem a "gin", sem az "amerikai alkotmányosság" kifejezések nem utalnak a világ olyan tárgyaira, amelyeket

⁴⁸ Vizsgálatok, 19. lábjegyzet, 66-67. §. *Lásd még:* Sean Wilson, *The Fallacy of Originalism: What Philosophy of Language and Law Says About 'Original Meanings'*, 14-15. Working Paper *elérhető* a következő címen: <http://ssrn.com/abstract=1405451>.

⁴⁹ Néhány évvel ezelőtt Rick Hills a *Prawfsblawg* egyik bejegyzésében nagyon szépen megfogalmazta a lényeget: az olyan alkotmányos kifejezések, mint "a nép által megtartott jogok" nem valamilyen transz-

a jelentés történelmi rögzét, valamilyen utalást, mint például a Potomac folyó, amelyre a "Potomac[k] folyó" 1791-ben utalt, és amelyre ma is utal. Ehelyett az ilyen kifejezések ideológiailag terhelt jelölők, amelyek arra utalnak, amit Wittgenstein "életformának" nevezne - értékek, hiedelmek és fontossági pontok széles skálájára, amelyek gyakran már régen eltűntek. Feltételezve, hogy egy Quentin Skinnerhez hasonló képességekkel rendelkező bírónak valóban sikerülne rekonstruálnia ezt a hiedelemtömeget, ő soha nem tudná érvényesíteni, mert túlságosan kellemetlen lenne a modern társadalom számára, amely hosszú távon a bírakat választja.

Rick Hills, *How Kurt Lash Cured Me of Originalism*, PRAWFSBLAWG (2009. szeptember 6.), <http://www.typepad.com/services/trackback/6a00d8341c6a7953ef0120a54f9880970b>.

⁵⁰ *Id.* a 67. §-ban.

⁵¹ *Id.*

amelyekkel ellenőrizhetjük a jelentésüket. Ehelyett mindkét kifejezés a saját, szabályokkal szabályozott társadalmi gyakorlatát azonosítja, és így kérdésünkre csak úgy tudunk válaszolni, ha megvizsgáljuk, hogy a gyakorlók általában a saját gyakorlatuk felismerhető részeként kezelik-e a fejlődő cselekvéseinket vagy megnyilatkozásainkat. Ha igen, akkor még mindig megfelelően használjuk a kifejezéseket, még akkor is, ha a játékok jelentős mértékben megváltoztak.

Talán a leggyakoribb zűrzavar e tekintetben akkor keletkezik, amikor a kritikusok az amerikai alkotmányra mint olyan alaptárgyra mutatnak rá, amely az alkotmányosság gyakorlatában vitatott jelentéseket igazolhatja vagy hamisíthatja meg. Az állítás itt az, hogy az "amerikai alkotmány" egy tulajdonnév, tehát van egy tárgy, amelyre a kifejezés utal, és így az "alkotmányosságunknak" valamilyen ellenőrizhető módon ehhez a referenciaponthoz kell kötődnie.⁵² Egy ilyen állítás minden bizonnyal releváns, ha az amerikai alkotmányt valamilyen más dokumentumtól vagy tárgytól próbáljuk megkülönböztetni, de ez ritkán az a kommunikációs probléma, amelyet azok, akik ezt az érvet hangoztatják, meg akarnak oldani. Inkább azt remélik, hogy az alkotmány *szavait* az alkotmányos *jelentés* megalapozó és korlátozó forrásaként használják. De ismétlem, sok szó nem utal olyan tárgyra, amelyek az ilyen kritikusok által keresett alapot vagy korlátokat biztosíthatnák. Ennek eredményeképpen az alkotmány szövege nem beszélhet önmagáért: jelentése csak egy közös, szabályokhoz kötött kommunikációs gyakorlat termékeként merül fel.⁵³ Bár kétségtelenül igaz, hogy a szöveg korlátozhatja az alkotmányos jelentést, de ezt nem tárgyra való hivatkozással vagy "tényként" teszi, hanem inkább azért, mert ezeket a korlátokat egy közös értelmezési gyakorlat részeként szabjuk meg.⁵⁴ Ismét (a biztonság kedvéért) az Alkotmány

⁵² Úgy vélem, ez a lényege azoknak az elméleteknek, amelyek jelentős mértékben az Alkotmány "frott voltára" támaszkodnak. Lásd Andrew Coan, *The Irrelevance of Writeness in Constitutional Interpretation*, 128 U. PA. L. REV. 1025 (2010) (az elméletek áttekintése).

⁵³ Philip Bobbitt szavaival élve: "A szövegek beszélhetnek, de nem döntenek". Philip Bobbitt, *The Constitutional Canon*, in LEGAL CANONS 331 (Jack Balkin & Sanford Levinson, szerk. 2000). Vagy Mitch Berman és Kevin Toh megfogalmazásában: "[A] szöveg maga nem jog". Mitchell N. Berman & Kevin Toh, *On What Distinguishes New Originalism from Old: A Jurisprudential Take*, 82 FORD. L. REV. 545, 570 n. 82 (2013); accord Mitchell N. Berman, Book Review, *Judge Posner's Simple Law*, 113 MICH. L. REV. 777, 804 n. 113 (2015) ("A szöveg nem jog, mert ezek különböző dolgok. A szöveg jelek és szimbólumok összessége; a törvény normatív egység.")

⁵⁴ Egyszer valami olyasmit tettek fel nekem, mint a következő hipotézis: Képzeld el, hogy az alkotmány előírja, hogy az elnöki beiktatási ceremóniát a szabadban kell megtartani, ha a hőmérséklet "40 fokos vagy annál magasabb". Köztudott, hogy az alapító nemzedék a Fahrenheit-féle hőmérsékleti skálát használta, de az eltelt évek alatt az Egyesült Államok áttért a Celsius-fokos rendszerre. Ennek eredményeképpen, a korabeli nyelvi konvenciók alapján a "hőmérsékleti klauzula" most úgy tűnik, hogy a szabadtéri szertartást szélsőséges hőségben (legalább 104 Fahrenheit-fok) követeli meg. Beszélgetőtársam szerint ez a probléma bizonyítja, hogy az alkotmányos szöveg értelmezéséhez történelmi nyelvi konvenciókat kell elfogadnunk. A válaszom (bár akkor még ügyetlenül) az volt, hogy a történelmi jelentést nagy valószínűséggel valami olyasmivel fordítanánk le modern fogalmakra, mint "5 Celsius-fok", de ez a közös értelmezési gyakorlatunk - a kortárs alkotmányos viták és a

valami, *amit teszünk*, nem valami, *amink van*.

A szemantikai és jogi jelentés megkonstruálásának ezt a gyakorlatát "alkotmányosságnak" nevezhetnénk, és azt javaslom, hogy erre a gyakorlatra utaljunk leggyakrabban, amikor az "alkotmányról" beszélünk.⁵⁵ Más szóval, ha azt mondjuk, hogy "Az Alkotmány nem engedi meg a ϕ -t", akkor valójában valami olyasmit mondunk, hogy "Az alkotmányossági gyakorlatunk nem ismeri el a ϕ -t legitimnek". Vegyük például Jack Balkin megfigyelését, miszerint "[a]z alkotmányosság az Egyesült Államokon kívül többnyire ismeretlen".⁵⁶ Még északi szomszédaink számára is ismeretlen, így ha a kanadaiaknak még ha a *mi* alkotmányoszevegünk lenne is az írott chartájuk, a gyakorlati alkotmányosságuk kétségtelenül más jelentéstartalmakat eredményezne, mint amit mi ismerünk.⁵⁷ Ismétlem, nem csupán a szöveg, hanem a gyakorlat az, ami alkotmányos jelentéseket adományoz.

Az esszé további részében amellet fogok érvelni, hogy az amerikai gyakorlat a *vitatott alkotmányosság* gyakorlata, ami azt jelenti, hogy alkotmányos nyelvünkben a játék jelentései gyakran egy versenyből erednek. Vagyis mind a szemantikai, mind a jogi tartalom, legalábbis néhány jelentős alkotmányos nyelvezet legalábbis egy versengő állításokat, érveket és döntéseket magában foglaló verseny eredménye. Wittgenstein azt tanítja nekünk, hogy ez a verseny, mint minden nyelvi játék, szabályokkal szabályozott - egyes állítások és érvek legitimek, mások pedig nem -, és ezek a szabályok azokból a gyakorlati problémákból fakadnak, amelyek jelenlegi alkotmányos életformáinkat alakítják. E verseny alapvető jellemzője az a szerep, amelyet a bírósági döntések játszanak az egyes viták - legalábbis átmeneti - rendezésében, így kitöltve a változó életformáinkból adódó jelentéshézagokat. Ezek a döntések aztán olyasvalamiként szolgálnak, mint a Wittgenstein által leírt, kikapukat kitöltő "példák" a nyelvi gyakorlatunkban.⁵⁸ A legfontosabb, hogy az a tény, hogy alkotmányos nyelvi játékunk gyakran verseny formájában zajlik, aláássa azt a viszonylagos szemantikai meghatározottságot, amelyet a szöveg képes előállítani, különösen a

konstrukció - és magában a szövegben nincs semmi olyan, ami egy bizonyos hőmérsékletet "képviselne". Valójában, bár *valószínűtlennek* tűnik, semmi *törvénytelen* nincs abban, ha a klauzulát úgy olvassuk, hogy az 40 Celsius-fokra utal, amennyiben ez az a jelentés, amely mellett a gyakorlati értelmezési vitánk eldőlt. Mindenesetre ez egy (valószínűleg vitathatatlan) példája a II. részben tárgyalt "evolúciós kétértelműségnek". A részben tárgyaljuk.

⁵⁵ Ez valami hasonló lehet azokhoz a "fegyvermező szabályokhoz", amelyeket Owen Fiss úgy látja, hogy azok korlátozzák

jogi értelmezés. Owen M. Fiss, *Objektivitás és értelmezés*, 34 STAN. L. REV. 739, 744 (1982).

⁵⁶ Jack Balkin, "Why Are Americans Originalist?" in LAW, SOCIETY AND COMMUNITY: SOCIO-LEGAL ESSAYS IN HONOUR OF ROGER COTTERRELL, (David Schiff & Richard Nobles, szerk. 2015).

⁵⁷ Kanada értelmezési gyakorlatáról lásd Peter Hogg, "Canada: A Privy Counciltől a Legfelsőbb Bíróságig" in INTERPRETING CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY 55, 83 (Jeffrey Goldsworthy, szerk. 2006). Az "élő fa" alkotmányosságról lásd: Edwards v. Attorney-General for Canada [1930] A.C. 124, 9.

⁵⁸ Lásd a fenti 22. lábjegyzetet és a kísérő tárgyalást.

vitatott esetek. Az alkotmányszöveg, a történelem, sőt még a doktrína ismerete is elégtelen az amerikai alkotmányosság megértéséhez az értelmezési verseny aktuális szabályainak megértése nélkül.

Philip Bobbitt figyelemre méltó erőfeszítései e szabályok azonosítására és leírására nagyon értékes - bár talán nem teljesen teljes - képet adnak alkotmányosságunk "nyelvtanáról".⁵⁹ Az alkotmányos érvelés hat különböző módozatából álló gyakorlatot írt le: szöveges, történeti, strukturális, doktrinális, prudenciális és etikai.⁶⁰ Miközben ezek a modalitások ugyanazon nagyobb gyakorlat részeként léteznek egymás mellett, fontos tekintetben összehasonlíthatatlanok maradnak - mint a newtoni és az einsteini fizika⁶¹ -, ami az egyik fontos oka annak, hogy alkotmányosságunk egy érvelési verseny alakját ölti.⁶² Ezt Bobbitt minden ésszerű vitán felül bizonyította - még akkor is, ha még sok mindent meg kell értenünk arról, hogyan vagy miért választjuk az egyik vitatott jelentést a másik helyett az egyes esetekben.⁶³ A következő szakasz azonban más kérdéseket vizsgál. A pókerjátszmákkal való összehasonlítással illusztrálja a meghatározatlanság problémáit, amelyek még az alkotmányos érvelés azon módozatain belül is fennállnak, amelyek a legszorosabban ragaszkodnak az alkotmány szövegéhez. Más szóval, még ha alkotmányos gyakorlatunk úgy fejlődne is, hogy csak a szöveges vagy történelmi érveket ismeri el, az alkotmányos jelentés az esetek jelentős részében még mindig vitatott és meghatározhatatlan lenne.

II. A KÉTÉRTELMEZÉS ÉS A HOMÁLYOSSÁG VITÁJA

Bár az amerikai alkotmányosság elfogadott módozatai kétségtelenül összetett és folyamatosan fejlődő társadalmi szabálykövetési gyakorlatok termékei, valószínűnek tűnik, hogy ezek az értelmezési gyakorlatok általában az alkotmányos értékek egy nagyobb csoportját tükrözik, amely közel áll politikai képzeletünk középpontjához.⁶⁴ Ezek között az értékek között bizonyosan szerepel az az erős vágy, hogy az

⁵⁹ *Pl.* PHILIP BOBBITT, *CONSTITUTIONAL INTERPRETATION* (Basil Blackwell, 1991); a "nyelvtan" lásd SEAN WILSON, *THE FLEXIBLE CONSTITUTION* 14-15 (2014).

⁶⁰ BOBBITT, 59. lábjegyzet, 12-13. pont.

⁶¹ A newtoni "erő" és "tömeg" kifejezések a legegyszerűbb példát szolgáltatják. Nem lehet megtanulni egyiket sem használni anélkül, hogy egyidejűleg ne tanulnánk meg a másik használatát. A nyelvészajátítási folyamatnak ez a része sem lehet előre Newton második mozgástörvényének alkalmazásával. Csak ennek segítségével lehet megtanulni, hogyan válasszuk ki a newtoni erőket és tömegeket, hogyan kapcsoljuk a megfelelő kifejezéseket a természethez." Kuhn, *Racionalitás és elméletválasztás*, 80 *J. PHIL.* 563, 563 (1983); lásd még a 44. sz. alatti jegyzetet.

⁶² BOBBITT, 59. lábjegyzet, 12-13. pont. Bobbitt továbbá azt is felvetette, hogy e verseny megléte indokolja a bírósági felülvizsgálat intézményét. Ha az alkotmányos jelentés meghatározó lenne, aligha lenne szükségünk képzett bírói karra a dokumentum értelmezéséhez.

⁶³ *Lásd pl.* Ian Bartrum, *Constitutional Value Judgments and Interpretive Theory Choice*, 40 *FLA. ST. U. L. REV.* 259 (2012).

⁶⁴ Ezt az érvet máshol már részletesebben kifejtettem. *Lásd Id.*

Alkotmánynak meghatározott és felfedezhető jelentése van - olyan jelentése, amely egyértelmű tartalmi korlátokat szab a kormányzat felépítésének és hatáskörének.⁶⁵ Ennek érdekében vannak olyanok, akik szeretnék leszűkíteni alkotmányos érvelési gyakorlatunk elfogadható tartományát, abban a reményben, hogy ezzel csökkenthetjük értelmezési nézeteltéréseink számát vagy fajtáját.⁶⁶ Valójában ennek az állításnak egy különösen erős változata azt javasolná, hogy gyakorlatunknak úgy kellene fejlődnie, hogy a prudenciális, etikai, strukturális és doktrinális érveket feltételezhetően illegitim értelmezési módozatokként kezeljük.

Ez azt jelentené, hogy csak a szöveges és történelmi állítások szolgálhatnak legitim módon alapul a bírói döntésekhez, amelyek kitöltik az alkotmányos jelentésünkben felmerülő hiányosságokat.

Még ha ilyen drasztikus (és vadul meggondolatlan) változás következne is be gyakorlatunkban, az alkotmányos jelentés azonban legalább részben meghatározatlan és vitatott maradna, vitáink egyszerűen csak formát vagy nyelvtant változtatnának.

Az alkotmánybíró mint az alkotmányos igazság kötött közvetítőjének kimerája továbbra is szembekerülne a vitatott szövegbeli kétértelműség és homályosság elkerülhetetlenségével.⁶⁷ A kétértelműség akkor áll fenn, amikor a nyelvi játék szabályai lehetővé teszik számunkra, hogy a ugyanazt a kifejezést legalább két különböző módon - például egy "helyes" választ

⁶⁵ Antonin Scalia társbíró volt talán a legjelentősebb szószólója (legalábbis retorikailag) ennek a nézetnek, aki gyakran mondta a hallgatóságának, hogy az alkotmány szövege "halott, halott, halott". *Pl.* Tasha Tsiaperas, "Constitution a 'dead, dead, dead' document, Scalia tells SMU audience," DALLAS MORNING NEWS (January 28, 2013)

)<http://www.dallasnews.com/news/community-news/park-cities/headlines/20130128-supreme-court-justice-scalia-offers-perspective-on-the-law-at-smu-lecture.ece>.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Hogy világos legyen, ez nem azt jelenti, hogy a konstruktív területet teljesen átadjuk a szubjektívizmusnak, amely a múlt század realista vagy kritikai jogi tanulmányok mozgalmát jellemezte. *Lásd pl.*, Karl N. Llewellyn, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes are to be Construed*, 3 VAND. L. REV. 395 (1950) (a jogszabály-értelmezés dekonstruálása); és *THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE* (David Kairys, szerk. 1982) (a kritikai jogi tanulmányok tudományának antologizálása). Elismerem, hogy az 1980-as évek originalista újjáéledése sok tekintetben közvetlen válasz volt azokra a mélyeséges aggodalmakra, amelyeket ezek a mozgalmak keltettek, *pl.* RAOUL BERGER, *GOVERNMENT BY JUDICIARY: THE TRANSFORMATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT* 402-6 (1977); ROBERT H. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* 15-18 (1990), de ez nagyrészt sikertelen válasz volt. Részben az itt tárgyalt okok miatt az originalizmus egyszerűen nem képes olyan széles körű empirikus korlátokat biztosítani, mint amilyeneket korai támogatói kerestek. Ebben a tekintetben sokkal ígéretesebbek az olyan emberek, mint Philip Bobbitt, Stanley Fish és Owen Fiss kortárs munkái, amelyek leírják és elemzik azokat a belső, gyakorlati korlátokat, amelyek az alkotmányos jelentések megalkotására irányuló erőfeszítéseinkből fakadnak. PHILIP BOBBITT, *CONSTITUTIONAL FATE* (arra utalva, hogy az értelmezési gyakorlatok saját normákat alkotnak); STANLEY FISH, *IS THERE A TEXT IN THIS CLASS?* (Harvard, 1980) (azzal érvelve, hogy a jelentés az "értelmező közösségek" gyakorlataiból ered); Owen M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 STAN. L. REV. 739 (1982) (azzal érvelve, hogy az értelmező közösségek "fegyelmező szabályokat" generálnak a gyakorló szakemberek számára). Saját nézeteim valahol ez utóbbi tudósok spektrumán helyezkednek el - talán nagyobb hangsúlyt fektetve a kontradiktórius értelmezési viták szerepére -, de ezek az állítások nem képezik e dolgozat fő témáját.

vagy egy "jobb" kéz.⁶⁸ A homályosság akkor fordul elő, amikor a nyelvi szabályok maguk is aluldetermináltak, így bizonytalanságot okoz, hogy helyes-e egy adott kifejezést egy adott módon használni - például elgondolkozhatunk azon, hogy vajon helyénvaló-e vagy mikor mondjuk azt, hogy egy barátunk "veszélyesen" vezet.⁶⁹ Kétségtelenül sokféleképpen lehet gondolkodni a jogi meghatározatlanság problémáiról,⁷⁰ de a vitatott alkotmányos célok szempontjából ez a dolgozat két alapvető különbséget tesz: A határozatlanság lehet (1) *kortárs* vagy *evolúciós*; és lehet (2) *szándékos* vagy *véletlenszerű*.⁷¹ Az első megkülönböztetés azt sugallja, hogy az alkotmányos

⁶⁸ *Lásd pl.*, Lawrence M. Solan, *Vagueness and Ambiguity in Legal Interpretation*, in VAGUENESS IN NORMATIVE TEXTS 73, 79 (Vijay K. Bhatia, szerk. 2005). A szokásos példa egy kereskedelmi "bankot" hasonlít össze egy folyami "bankkal". *Id.*

⁶⁹ *Lásd pl.*, H. PAUL GRICE, STUDIES IN THE WAY OF WORDS, 177 (Harvard, 1989).

⁷⁰ *Lásd pl.*, TIMOTHY ENDICOTT, VAGUENESS IN LAW (Oxford, 2000) (az olyan "extravagánsan" homályos kifejezésekben rejlő többdimenziós meghatározatlanság leírása, mint az "ésszerű"); Ralf Poscher, *Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LANGUAGE AND LAW (Lawrence M. Solan & Peter M. Tiersma, szerkesztők. 2012) (a homályosság logikai, ontológiai, episztemológiai és szemantikai megközelítései leírása); Scott Soames, *Vagueness and the Law*, in THE ROUTLEDGE COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW (Andrei Marmor, szerk. 2012) (a homályosság "részleges definícióelméletek" és "episztemikus elméletek" tételezése); Andrei Marmor, *Varieties of Vagueness in the Law*, University of Southern California Legal Research Paper Series No. 12-8, *elérhető*: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039076 (az "átlátható" és az "extravagáns" homályosság megkülönböztetése); Hrafn Asgeirsson, *On the Instrumental Value of Vagueness in the Law*, 125 ETHICS 425 (2015) (az inkommensurált többdimenziósság problémájának vizsgálata) Brian H. Bix, *Legal Interpretation and the Philosophy of Language*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LANGUAGE AND LAW (Lawrence M. Solan & Peter M. Tiersma, szerk. 2012) (a meghatározatlansággal és a "nyílt szövegű" nyelvel kapcsolatos irodalom áttekintése); Brian H. Bix, "Vagueness and Political Choice in Law", in VAGUENESS AND THE LAW: PHILOSOPHICAL AND LEGAL PERSPECTIVES (Geert Keil & Ralf Poscher, eds. Oxford Univ. Press 2016) (megjelenés előtt, a szerzőnél); Roy Sorensen, *Vagueness Has No Function In Law*, 7 LEGAL THEORY 387 (2001).

E kutatások nagy része a filozófiai végéről indult el, a jogi értelmezés konkrét esetét használva az általános nyelvészeti elvek jobb megértéséhez. Így egyes teoretikusok megvitatták, hogy a jogi használat milyen tanulságokkal szolgálhat a homályosság meglévő filozófiai elszámolásai számára. Scott Soames például amellett érvelt, hogy a homályosság vitatott "episztemikus" elmélete (a homályos utalás pontos határai léteznek, de nem megismerhetők) nagyon korlátozottan használható, legalábbis a jogi gyakorlatban. Andrei Marmor megvizsgálta, hogy a "közönséges", az "átlátható" és az "extravagáns" homályosság milyen különböző problémákat vet fel a jogi kontextusban. A jogorientáltabb elméletalkotók elkezdtek feltárni, hogy a nyelvi meghatározatlanság milyen instrumentális értékeket és célokat szolgálhat bizonyos jogi környezetben. Így például Timothy Endicott és Hrafn Asgeirsson felvetették, hogy a homályos nyelvezetnek bizonyos instrumentális értéke van a jogszabályszerkesztésben: például segít elkerülni bizonyos típusú önkényességet, és bizonyos típusú vitákban hatalommegosztó funkciót tölt be. Brian Bix felvetette, hogy a jogszabály- vagy szerződés szerkesztők azért használhatnak határozatlan megfogalmazást, hogy elkerüljék a nézeteltérések előzetes rendezésével járó költségeket, esetleg abban a reményben, hogy ezek a határozatlanságok nem vezetnek tényleges jövőbeli vitákhoz. Mások, mint például Roy Sorensen, azzal érveltek, hogy a homályosság egyáltalán nem szolgál célt a jogban, és ezért arra kell törekednünk, hogy amikor csak lehetséges, elkerüljük. Az én céloom itt az, hogy vitát kezdjek arról, hogy a szövegbeli meghatározatlanságok miként *biztosítják* és *informálják* a tartós alkotmányos vitákat.

⁷¹ A "véletlen" határozatlanság fogalma hasonló lehet a "látens" kétértelműség szokásosabb minősítéséhez - amikor egy szöveg egyértelműnek tűnik, de valamilyen külső bizonyíték bizonytalanná teszi a hivatkozást. *Lásd pl.* Gideon Rosen, *Textualism, Intentionalism, and the Law of Contract*, in: Gideon Rosen, *Textualism, Intentionalism, and the Law of Contract*.

a szöveg meghatározhatatlan lehet a ratifikáció pillanatában, vagy meghatározhatatlanná válhat a nyelvi gyakorlatunk fejlődésével. A második felismeri, hogy az ilyen meghatározatlanságok lehetnek szándékosak, de lehetnek az alkotmányszerkesztés és a vitatott nyelvezet elkerülhetetlen vagy előre nem látható eseményei is. A következőkben elsősorban a határozatlanság két konkrét típusával foglalkozom: a *szándékos kortárs kétértelműséggel* és a *véletlen homályossággal*. Az előbbi a határozatlanság olyan fajtája, amelyet az új originalizmus nagyrészt figyelmen kívül hagy vagy zárójelbe tesz,⁷² míg az utóbbi nem tűnik fogékonyak az empirikus történeti vizsgálatra.

A. Evolúciós és kortárs kétértelműségek

Az evolúciós kétértelműségeket általában a legkönnyebb azonosítani és megoldani. A "szöveg" szó modern illusztrációt kínál. Sokáig a "szöveg" szót elsősorban az írott szavakra használták. A mobiltelefonok feltalálásával és gyors elterjedésével azonban a "szöveg" ma már valószínűleg gyakrabban használatos a mobiltelefonos adathálózaton keresztül elektronikusan küldött szavak leírására. Így, ahogy életformáink fejlődtek, egy olyan állítás, amely húsz évvel ezelőtt valószínűleg nem lett volna félreérthető, ma már biztosan az lehet. Talán a leggyakrabban idézett példa az alkotmányos nyelv evolúciós kétértelműségére a IV. cikk ígérete a "családon belüli erőszak" elleni szövetségi védelemről.⁷³ A ratifikáció idején ez a megfogalmazás egyértelműen az államon belüli ellenségeskedésre vagy zavargásokra vonatkozott; ma már természetesen a kifejezést leggyakrabban a házastársi bántalmazásra használják. Így a jelenlegi nyelvi gyakorlatunkban kétértelművé vált. Az ilyen jellegű evolúciós kétértelműségek nem jelentenek különösebb problémát sem a nyelvben általában, sem az alkotmányos gyakorlatunkban. Általában különösebb vita vagy vita nélkül megoldódnak, ha a széles körben osztott történelmi gyakorlatra és kontextusokra tekintünk, és nem érdemes itt több időt tölteni velük.

A NYELVÉSZET FILOZÓFIAI ALAPJAI A JOGBAN, 130, 156 (Andrei Marmor & Scott Soames, szerk., 2011). Én azonban a "véletlenszerű" címkével mind ezt a körülményt, mind pedig azokat a körülményeket, ahol a szöveg a maga nem szándékosan határozatlan.

⁷² Lásd SOLUM, *Supra* 9. lábjegyzet, 102. o. (zárójelben a "feloldhatatlan" kétértelműség).

⁷³ U.S. CONST. art. IV, § 4. E példa érdekes tárgyalását lásd pl. Mark S. Stein, *The Domestic Violence Clause in "New Originalist" Theory*, 37 HASTINGS CONST. L. Q. 129 (2009).

A kortárs kétértelműségek azonban a meghatározatlanság nehezebb esetét jelentik. A kétértelműségnek ez a típusa akkor fordul elő, amikor a kortárs nyelvi konvenciók lehetővé teszik, hogy ugyanazt a kifejezést legalább két különböző utalásra használjuk. Ilyen körülmények között a kifejezés jelentése a kimondás pillanatában potenciálisan meghatározhatatlan. Wittgenstein egyik kedvenc rajza - a "kacsa-nyúl" - egyszerű illusztrációval szolgál. Bár általában más célokra használta, a kép nagyon szépen érzékelteti a kortárs kétértelműség problémáját.⁷⁴ Ha úgy vesszük, hogy az állat balra néz, akkor egy kacsát ábrázol. Ha azonban azt képzeljük, hogy a lény jobbra néz, akkor nyúl lesz belőle. A művész további nyomok vagy utasítások nélkül a nézőnek kell megkonstruálnia a rajz szimbolikus jelentését.



akár kacsaként, akár nyúlként, akár mindkettő. Az alkotmányos kontextusban a második alkotmánymódosításban szereplő "fegyver" szó (lövésre vagy ölelésre?) hasonló példát szolgáltat. Többféle módon is feloldhatjuk az ilyen jellegű kétértelműséget - többek között kontextuális vagy pragmatikus gazdagodás, szerzői szándék vagy közvélemény -, amelyek mindegyike természetesen konstrukció és vita tárgyát képezi. De ez még csak a kezdet. Azt is fontos megérteni, hogy ez a viszonylag egyszerű probléma hogyan válhat sokkal összetettebbé, amikor a kortárs kétértelműségek a *vitatott* nyelvi gyakorlatok árnyalt hálózatában működnek - amelyben a beszélő bizonyos előnyökhöz juthat a kifejezések kétértelmű használatával.⁷⁵ Ez megfelelően gazdagabb illusztrációt igényel, ami visszavezet minket a kártyák világához.

Az Omaha Hi/Lo egy nagyon népszerű pókerjáték világszerte. Minden játékos négy "privát" lapot kap, amelyeket csak ő láthat. Ezután öt "közös" kártyát - amelyeket minden játékos használhat - képpel lefelé az asztal közepére osztanak. A licitálás szakaszosan folytatódik, ahogy a közös lapok

⁷⁴ Wittgenstein leghíresebb példája a "kacsa-nyúl" volt, amellyel a "látás mint" kognitív tapasztalatát illusztrálta, vagyis azt, hogy az ember olyan aspektusát érzékeli valaminek, amit korábban nem látott. KUTATÁSOK, 19. lábjegyzet, 194e. o. Bárcsak megélte volna a hírhedt "kék-fekete" vagy "fehér-arany" ruha körüli vitát. *Lásd* Jonathan Mahler, *The Dress That Melted the Internet*, N.Y. TIMES, B1 (2015. február 28.).

⁷⁵ Ha például kiderül, hogy a képen egy kacsát és egy nyulat *is* ábrázolni akartak (ami valójában valószínűnek tűnik), akkor ez *szándékos* határozatlansággá válik. Ebben az esetben valószínűleg tudni szeretnénk, *hogy* a művész *miért* volt szándékosan kétértelmű - milyen célokat szolgálhatott ez -, és hogy a meghatározatlanság egy *vitatott* kommunikációs gyakorlat részét képezte-e. Az ilyen jellegű vizsgálatok valószínűleg nem érhetők el a köznap jelentés eredetiségén belül.

fokozatosan feltárulnak. Az első szakaszban, az úgynevezett "Pre-Flop"-ban a játékosok kizárólag a saját lapjaik alapján értékelik kezük potenciális erejét, és ennek megfelelően fogadnak. Ezután az osztó felfordítja az első három közös lapot - a "Flop"-ot -, a játékosok pedig újra felméri a lapjaikat, és újra fogadnak. Egy újabb közös lapot, a "Turn"-t fednek fel, amelyet újabb licitálás követ. Az utolsó közös lap - a "River" - felfordítása után a játékosok megteszik az utolsó tétjeiket, és a lapokat felnyitják. Minden játékosnak öt lapos pókerkezet kell összeállítania a saját lapjainak és három közös lapnak a felhasználásával.

A játék célja, hogy vagy a "magas" vagy az "alacsony" kézzel rendelkezzen, amelyek aztán megosztják a potot - vagy, ha igazán jó vagy, *mindkettővel*. Ennek érdekében minden játékos két külön lapot állíthat össze a rendelkezésre álló kártyákból - az egyiket a magas lapért, a másikat az alacsony lapért. Ahhoz azonban, hogy alacsony lapnak minősüljön, az öt lap között nem lehet hetesnél magasabb, és ha nincs ilyen lap, a magas lap viszi el a teljes potot. Néha azonban *ugyanaz az* öt lapos kéz lehet a magas és az alacsony kéz *is, amit* "scoop"-nak neveznek. Ez azért lehetséges, mert az egyenesek és a flössök a magas kezeknél számítanak, de az alacsony kezeknél nem.

Az Omaha Hi/Lo szabályai így nemcsak a kortárs kétértelműség alapvető problémáját illusztrálják - amikor több kártya többértelmű kontextuális jelentéssel bír -, hanem a *vitatott* kortárs kétértelműségek összetettségét is. Vagyis a játékos *eldöntheti*, hogy melyik kétértelmű jelentést adja egy kártyának, lapnak vagy színnek, hogy az adott verseny kontextusában a legjobban szolgálja az érdekeit; sőt, akár *mindkét* jelentést használhatja egyazon leosztáson belül. Ezt szem előtt tartva az ellenfélnek olyan stratégiát kell kidolgoznia, amely figyelembe veszi e lehetséges jelentések mindegyikét, legalábbis annyiban, amennyiben azok megjelennek a közös lapokban. Ez jelentősen összetettebbé teszi a kortárs kétértelműséget mint a szándékos meghatározatlanság forrását. Az ilyen jellegű motivált döntések lehetősége szintén természetesen vezet minket a *véletlen* és a *szándékos* kétértelműség tárgyalására.

B. Véletlen és szándékos kétértelműségek

Aligha kétséges, hogy néhány kétértelmű használat elkerülhetetlen, vagy legalábbis nem szándékos. Például az a tény, hogy egy Omaha Hi/Lo játékban mindkét játékos a lehető legjobb alacsony lapot játszotta - lehet, hogy mindkettőjüknek más-más színű legalacsonyabb lapja volt⁷⁶ -, egyszerűen egy

⁷⁶ Vegyük észre, hogy még ez a mondat is korabeli kétértelműséget eredményez a "különböző öltönyökből" kifejezéssel: Különböző a játékos kezében lévő többi laptól, vagy különböző az ellenfél kezében lévő lapoktól? Egy kis kontextusgazdagítás azonban az utóbbi jelentést sugallja, mivel a színnek nincs

a játékszabályok véletlenszerű jellemzője. Ilyen esetben a játékosok osztoznak az alacsony poton, de egyikük sem profitál a kétértelmű szabályokból, amelyek két lehetséges "diós" alacsony lapot ismernek.

Hasonlóképpen, az Alkotmány alapításkori fordításairól nemrégiben készült tanulmányában Christina Mulligan és szerzőtársai számos véletlenszerű korabeli kétértelműséget azonosítottak a szövegben.⁷⁷ Ezek a fordítások - amelyek a pennsylvaniai holland és német közösségek számára készültek a ratifikációs viták idején - a szöveg eredeti jelentésében néhány figyelemre méltó kétértelműséget mutatnak. Például a kereskedelmi záradékban szereplő "szabályozni" vitatott ige jelentése a két nyelvben eltérő módon jelent meg:

[A holland fordító] az angol szó holland megfelelőjét választotta. A holland "regulate" vagy "reguleeren" azt jelenti, hogy szabályok vagy ellenőrzés alá vetni, vagy felügyelni. A német fordító azonban az 'einrichten' igét választotta, amely kissé kétértelmű kifejezés, és amely jelentheti a következőket: létrehozni valamit, ami korábban nem létezett, berendezni valamit, ami már létezik, vagy valahol berendezkedni. (Összehasonlításképpen a fordító használhatta volna a "regulieren" szót is, amely azt jelenti, hogy valamit szabályoknak alávetni vagy ellenőrizni, és amelyet ma az Európai Unióban általánosan használnak).⁷⁸

Míg ez a kétértelműség rendkívül fontos az *NFIB kontra Sebelius* ügyben hozott történelmi érvek szempontjából, amelyek középpontjában az állt, hogy a kereskedelem "szabályozására" vonatkozó hatáskör feljogosítja-e a Kongresszust a kereskedelmi tevékenység megvalósítására⁷⁹ - kevés bizonyíték van arra, hogy az eltérő fordítások az alkotók vagy a ratifikátorok szándékos döntését bizonyítják.⁸⁰ Így, legalábbis a rendelkezésünkre álló bizonyítékok alapján, ez a fajta korabeli kétértelműség a véletlen fajtába tartozik. Ez persze nem teszi problémamentessé - továbbra is szükség van egy értelmező közösség konstruktív döntéshozatalára (a "kacsa-nyúl" vitában említettek szerint) -, de kevesebb, vagy legalábbis kevesebb problémát jelent.

következménye az egyén alacsony kezében.

⁷⁷ Mulligan et. al., 47. lábjegyzet.

⁷⁸ *Id* a 25. pontban.

⁷⁹ *NFIB kontra Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

⁸⁰ *Lásd* Mulligan et. al, *supra* note 47, at 52-53 ("[S]emantic dissociation between the two translations can be understood as either as an example of different interpretations, or as the contingent result of the translation process as a more or less conscious and controlled activity that in avoidably leads to differences and even errors. Ez utóbbi lehetőség gyakran előfordulhat ezeknek a fordítóknak a munkája esetében.").

más, bonyolultabb, mint egy szándékos kétértelműség.

Ezzel elértük a *szándékos kortárs* kétértelműségek problémájához, vagyis azokhoz, amelyeket arra használnak, hogy egy adott versenyen belül elősegítsék a használójuk céljait.⁸¹ Az Omaha Hi/Lo példában a kártyák kétértelmű felhasználása, amelyek hozzájárulhatnak a magas vagy alacsony lapokhoz, ezt a jelenséget mutatja a kártyajáték kontextusában. A gyakorlat minden bizonnyal az amerikai alkotmányosság része is, amint azt a Cruz és Feinstein szenátorokról szóló korábbi történet a javasolt támadófegyver-tilalomról illusztrálja. A kérdés tehát az, hogy miért lennének szándékosan kétértelműek a szövegezők? Milyen előnyre tettek volna szert vitatott alkotmányos gyakorlatunkban azzal, hogy szándékosan kétértelműen használták a "nép" kifejezést? A válasz meglehetősen egyszerű lehet. A "nép" kifejezésnek az állampolgárok kisebb és nagyobb csoportjaira való használata legalább két célt szolgált. Először is, folytatta azt az érvelési törekvést, hogy az alkotmányt a lehető legszélesebb körű népszuverenitás aktusaként legitimálja, miközben funkcionálisan a politikai jogokat a lakosság egy sokkal kisebb részhalmazára korlátozta. Másodszor, a törekvésszerűen inkluzív kifejezés használatával a nyelvezet tartós alkotmányos vitát indított el arról, hogy mely polgárok élvezzék az amerikai politikai projekt teljes jogú tagságát.

A "nép", mint a Függetlenségi Nyilatkozatban szereplő "minden ember" egyenlő teremtés, nagyon hasonlított a treff ászra az Omaha Hi/Lo játékban. Egyszerre volt "magas" jelentése - a törvény előtti egyetemes egyenlőségre való törekvő felhívás - és "alacsony" funkcionális jelentése, amely csak a polgárok egy elit részhalmazát foglalta magában.⁸² Cruz szenátor a "nép" befogadóbb modern jelentését használta, amely nagyrészt megnyerte az eredeti szövegben meghatározott alkotmányos versenyt. Talán ironikusan, de képes volt egy nem-originalista érvet felhozni az alkotmányos jelentésről azáltal, hogy kihasználta a keretezők nyelvének szándékos kortárs szövegbeli kétértelműségét.

A többféle kétértelműség tehát elkerülhetetlenné tesz bizonyos vitákat a szöveg szemantikai és jogi jelentéséről. E viták közül a legegyszerűbbek a véletlenszerű evolúciós kétértelműségek - mint például a "családon belüli erőszak" - miatt alakulhatnak ki, amelyek nem valószínű, hogy sok tényleges vitát váltanak ki. A véletlenszerű kortárs kétértelműségek azonban nehezebb problémákat vetnek fel,

⁸¹ Néhány filozófiai beszámoló szerint a kétértelműségek szinte soha nem szándékosak. *Lásd* Marmor, 70. lábjegyzet. Ez tehát példa lehet arra a körülményre, amelyben az alkotmányjog különbözik másfajta kommunikációs gyakorlatoktól.

⁸² A Nyilatkozat "törekvő" és "funkcionális" jelentéséről lásd Ian Bartrum, *The Constitutional Canon As Argumentative Metonymy*, 18 WM. & MARY BILL RTS. J. 327 (2009). Ugyanilyen aspirációs kétértelműség áll fenn a tizennegyedik módosítás "bármely személynek" nyújtott egyenlő védelemre vonatkozó ígéréteben. U.S. CONST. amend. XIV.

különösen az olyan történelmi érvek esetében, amelyek kizárólag az eredeti nyilvános jelentéseken alapuló állításokat tesznek. Az, hogy például a "szabályozni" német fordítása "einrichten"-ként bizonyítja-e, hogy a köznapiság jelentés szélesebb körű, mint ahogyan azt egyes modern értelmezők feltételezik, minden bizonnyal alapot ad egy meglehetősen erős modern alkotmányjogi vitára. A kétértelmű meghatározatlanság legösszetettebb forrásai azonban a szándékos kortárs kétértelműségek. Ezek olyan körülmények, amikor a szöveg szerzői szándékosan olyan módon használták a nyelvet, amelyet az érintett közönség kétértelműnek talált volna. Az ilyen használatok szándékosan teremtik meg a jövőbeli viták és viták alapját, és megerősítik, hogy az alkotmányos jelentésnek - még egy szigorúan korlátozott értelmezési gyakorlat keretein belül is - egy folyamatos gyakorlati verseny terméke kell maradnia.

C. Véletlen homályosság

A homályosság a bizonytalanságnak egy másik típusa, mint a kétértelműség. Egy kétértelmű kifejezés legalább két különböző referenciát jelenthet, de maguk a referenciák általában nem meghatározhatatlanok. Így az Omaha Hi/Lo játékban nincs zavaros, hogy a játékszabályok szerint a pakliban lévő "legmagasabb" vagy "legalacsonyabb" lapok milyen jelentéssel bírnak; és nincs nagy történelmi vita arról sem, hogy az alkotmány ratifikálásának idején a "nép" mely csoportjai rendelkeztek teljes körű politikai jogokkal. Nem így azonban egy homályos kifejezéssel, amely magának a nyelvi játéknak a szabályai között meghatározatlan helyet foglal el. Következésképpen a határesetekben a homályos szóhasználat nem képes meghatározni egy meghatározott referenst, és így egy állítás igazsága vagy hamissága nyitva áll az értelmezési viták előtt. Így ésszerűen egyetérthetünk vagy nem érthetünk egyet azzal az állítással, hogy a halálos injekció a büntetés "kegyetlen" formája.

A szándékos homályosság legtöbb esete "korabeli" és "evolúciós" dimenzióval is rendelkezik ("kegyetlen büntetés" 1789-ben szándékosan homályos volt, és ma valószínűleg más paraméterek között homályosnak szánták), és ezek a változó határvonalak sok vita tárgyát képezik.⁸³ A szándékos homályosság azonban nem áll e tanulmány középpontjában, mivel reményeim szerint inkább a véletlen homályosság problémáira szeretném felhívni a figyelmet. A véletlen homályosság, akárcsak a véletlen kétértelműség, a vitatott nyelvezet és a szövegezési folyamat gyakorlati korlátait tükrözi. Előfordulhat, hogy nem áll rendelkezésre pontosabb kifejezés - amely konkrétan nyelvi szabályokra hivatkozik -, vagy a megfogalmazók nem tudnak megegyezni a pontosabb nyelvezetben. Ezt az esetet a *véletlenszerű kortárs homályosság* esetének fogom nevezni. Másik lehetőség, hogy a megfogalmazók

⁸³ Lásd Marmor, 67. lábjegyzet.

nem ismerik fel az általuk választott kifejezés esetleges homályosságát. Ezt az *esetenkénti evolúciós homályosságnak* fogom nevezni, bár a kétértelműséggel foglalkozó irodalom egy részével összhangban "látens" homályosságnak is nevezhetnék.⁸⁴ Különösen a homályosságnak ez utóbbi formája érdemel lényegesen több figyelmet.

Egy másik Wittgenstein-alapú példa egy kérdéssel illusztrálja a problémát: "Hány fadarab van egy seprűben?"⁸⁵ A válasz, amely a legtöbb embernek azonnal eszébe jut, az "egy" - csak a fa nyele van. De valójában itt egy látens homályosság van; a válasz attól függ, hogy szerinted mi számít "fadarabnak" és/vagy "seprűnek", ami viszont attól függ, hogyan akarod *használni* a fát vagy a seprűt. Ha két rövidebb fadarabra van szükséged, akkor természetesen kettétörheted a nyelét. Ha 100 fogpiszkálóra van szükséged, megtalálhatod a módját, hogy a nyelet szilánkká aprítsd. Úgy tűnik, a börtönlakók néha szétszedik a seprűnyelet, és cipzáras pisztolyokat készítenek belőle.⁸⁶ Ha csak egy seprűre van szükséged, vagy ha egyszerűen azt gondolja, hogy a "seprű" egy bizonyos hosszúságú fa nyélből és a hozzá csatlakozó sörtékből áll, akkor valószínűleg visszatért az "egy" válaszhoz. A nagyobb lényeg az, hogy nem biztos, hogy észrevesszük egy kifejezés potenciális homályosságát, amíg nem merül fel egy olyan gyakorlati probléma (például a fogpiszkáló szükségessége), amely felhívja a figyelmet a mögöttes meghatározatlanságra.

Egy másik pókeres példa is hasznos lehet. Képzeld el, hogy egy Five Card Draw játékot néz a televízióban. Három játékos van, és mindegyikük már élt a lehetőséggel, hogy új lapokat húzzon. A televíziós közvetítés lehetővé teszi, hogy mindhárom lapot láthassa: Az 1-es játékos legmagasabb lapja egy ötös pár; a 2-es játékosnak három bubija van; a 3-as játékosnak pedig három ásza. Képzeld el, hogy ebben a pillanatban megkérdezik Öntől, melyik játékosnak van a "legrosszabb" lapja. A legtöbb ember valószínűleg reflexszerűen azt válaszolná, hogy az 1-es játékos 5-ös párja a legrosszabb. De itt is van egy potenciális homályosság, amely azokból a gyakorlati problémákból adódik, amelyeket a vitatott fogadási stratégiák hoznak a játékba. Az 1. játékos, mivel tudja, hogy alacsony 5-ösével valószínűleg nem fog nyerni, valószínűleg bedobja a kezét anélkül, hogy további pénzt kockáztatna. A 2. játékos viszont valószínűleg elég jól érzi magát a három bubija miatt, és valószínűleg többet kockáztat.

⁸⁴ A szerződési vagy öröklési jogban például a "látens" kétértelműség olyan kétértelműség, amely a megváltozott körülményekből adódhat. Például, bár az örökhagyónak a végrendeletének végrehajtásakor csak egy Lester nevű unokaöccse volt, halálakor már két ilyen unokaöccse is volt. Ilyen körülmények között a parol bizonyítékok elfogadhatók a kétértelműség feloldására. A külső bizonyítékok azonban nem tűnnek hasznosnak a rejtett *homályosság* eseteiben.

⁸⁵ *Lásd: INVESTIGATIONS, Supra* 19. lábjegyzet, 60. § (annak megvitatása, hogy a "seprű" szó az összes alkotórészek, vagy csak az egész).

⁸⁶ BEV CHRISTENSEN & LAURA ZIELKE, RAGADD MEG AZ ÖRDÖG FARKÁT: EGY ELÍTÉLTBŐL LETT RENDŐRSÉGI INFORMÁTOR VALLOMÁSAI 89 (2007).

pénzt a 3. játékos elleni tétje növelésével. Végül, feltéve, hogy a 3. játékos bent marad, a 2. játékos elveszíti ezt a pénzt. Az ilyen valószínűségek mellett kétségtelenül fel lehet hozni azt az érvet, hogy a 2. játékosnak valójában a "legrosszabb" lapja van abban a pillanatban, amikor döntenie kell.⁸⁷ Mennyivel kellene a 2. játékos kezének lejjebb kerülnie ahhoz, hogy ő is dobjon, és korán megszakítsa a veszteségeit? Egy 10-es pár? Egy 7-es pár? Bármelyik ponton is legyen ez - és ez természetesen vitatható -, a legtöbb ember valószínűleg egyetértene abban, hogy az 1-es játékos lapja végleg a "legrosszabb" a három közül, a legtöbb ember számára a kezdeti kérdés tartalmaz egy véletlenszerű vagy rejtett homályosságot, amelyet a jövőbeni vitatkozás feltárhat. A "Miben a legrosszabb?" kérdés az, amely feltárja a "legrosszabb" kéz látens homályosságát.

A véletlen evolúciós homályosság gyakran előfordul az alkotmányos kontextusban is. Példaként említhetnénk az első alkotmánymódosítás intézményi klauzuláját: "A kongresszus nem hozhat törvényt a vallás megalapítására vonatkozóan".⁸⁸ Különösen a "tiszteletben tartva" szó használata eredményez egy valószínűleg véletlenszerű homályosságot.

Clarence Thomas bíró azzal érvelt, hogy az Első Kongresszus azért választotta a "tiszteletben tartva" szót, mert az volt a szándéka, hogy a Kongresszus ne avatkozzon bele a különböző államokban meglévő vallási intézményekbe.⁸⁹ Ebben az értelemben a "tiszteletben tartva" szó valami olyasmint jelent, mint "befolyásolva", és az Establishment Clause-t olyan föderalista rendelkezésnek szánták, amely fenntartja az állami kormányok számára a hivatalos egyház létrehozására vagy megszüntetésére vonatkozó hatáskört. Amikor azonban a Bíróság elkezdte beépíteni a Bill of Rights különböző rendelkezéseit az államokkal szemben, a klauzula föderalizmusra vonatkozó jelentését tovább kellett fejleszteni. Végül is nincs értelme annak, hogy egy beépített létesítési klauzula megtagadja az államoktól azt a hatalmat, amelyet az eredeti klauzula kifejezetten fenntartott számukra. Így a "tiszteletben tartás" kezdett átalakulni a "befolyásolásból" "megvalósítássá", és a klauzula nemcsak az egyház létrehozását tiltotta meg az államoknak, hanem azt is, hogy bizonyos lépéseket tegyenek ebbe az irányba. A huszadik század meghatározó intézményi ügyében, a *Lemon v. Kurtzman* - Burger főbíró azt állíthatta, hogy "[egy] adott törvény lehet, hogy nem *alapít* egy egyházat, de mégis "tiszteletben tartja" ezt a célt abban az értelemben, hogy olyan lépés, amely ilyen alapításhoz vezethet, és ezért sérti a törvényt.

⁸⁷ Köszönetet kell mondanom kollégámnak, Peter Bayer-nek ezért a példáért.

⁸⁸ U.S. CONST. amend, I.

⁸⁹ *Pl. Elk Grove Unified Sch. Dist. v. Newdow*, 542 U.S. 1, 50 (Thomas, J., egyetértő) (idézi AKHIL REED AMAR, *THE BILL OF RIGHTS: CREATION AND RECONSTRUCTION* 36-39 (1998)). Ahol a Thomas bíró azonban úgy tűnik, hogy elvállalja Amarral, amikor az utóbbi átfogalmazza az Establishment Clause polgárháborút követő "újjáépített" jelentését. Amar számára egy intenzív alkotmányos küzdelem drámaian átfőrmálta a klauzulát, így az *egyéni* és nem *állami* jogot garantált. AMAR, *Supra* 249-54. o.

az első módosítás."⁹⁰ Az, hogy pontosan mely lépések "tisztelőben tarthatják" az intézményi célt, természetesen továbbra is értelmezési vita tárgyát képezi. Az Establishment Clause jelentéséről folyó vita tehát olyan szövegbeli homályosságot hozott a felszínre, amelyre az Első Kongresszus valószínűleg nem számított.

Az evolúciós homályosság két esete állt a Bíróság *NLRB kontra Noel Canning* ügyben nemrégiben hozott döntésének középpontjában is, amely a Nemzeti Munkaügyi Kapcsolatok Tanácsába történt több vezetői kinevezés alkotmányosságát támadta meg.⁹¹ A kérdéses szöveg az elnök II. cikk szerinti jogköre volt, hogy egyoldalú kinevezéseket eszközöljön "a szenátus szünete alatt esetlegesen megüresedő állások betöltésére".⁹² Amikor a szenátus 2011 decemberében a szokásos ünnepi szünetet tartotta, a republikánusok attól tartottak, hogy az elnök megpróbálhat több olyan kinevezést is keresztülvinni, amelyekről a szenátus nem volt hajlandó dönteni.⁹³ Ezt szem előtt tartva elfogadtak egy határozatot, amely "2012. január 20-ig minden kedden és pénteken *pro forma* ülések sorozatát írja elő, amelyeken nem kerül sor ügyek intézésére", hogy ne kerüljön sor hivatalos szünetre.⁹⁴ Az elnök mégis megtette a kinevezéseket, és a Bíróságot felkérték annak eldöntésére, hogy a "szünet" szó magában foglalja-e a szokásos ülészakon belüli szüneteket (mint például a karácsonyi szünet), vagy csak a Kongresszus ülészeit közötti hivatalos szünetet.⁹⁵ A kihívók továbbá azzal érveltek, hogy az "esetlegesen megüresedő pozíciók" kifejezés csak azokra a tisztségekre vonatkozik, amelyek a szenátus szünetében üresednek meg, nem pedig azokra, amelyek a szünet kezdete előtt üresednek meg.⁹⁶ A Bíróság mindkét kérdésben az elnök javára döntött, de ennek ellenére arra a következtetésre jutott, hogy a *pro forma* ülések megakadályozták, hogy a szenátus az ünnep alatt ülészakon belüli szünetre vonuljon.⁹⁷

Ismét nincs bizonyíték arra, hogy az alkotók szándékosan homályosak lettek volna, amikor elfogadták a szüneti kinevezések nyelvezetét,⁹⁸ de ennek a végrehajtó hatalomnak egy potenciálisan előre nem látott felhasználása meglehetősen gyorsan felmerült a vitatott alkotmányosság politikájában. Thomas Jefferson, mint az első nyíltan "pártos"

⁹⁰ *Lemon kontra Kurtzman*, 403 U.S. 602, 612 (1971) (kiemelés hozzáadva).

⁹¹ *NLRB v. Noel Canning*, 573 U.S. , 134 S.Ct. 2550, 2556 (2014). Amint fentebb említettük, a Bíróság maga is "kétértelműnek" nevezi ezeket a határozatlanságokat, *Id.* 2561. o., de a szakirodalomban elterjedt, kikötött definíciók szerint ezek valójában a homályosság esetei. Vagyis nem az a kérdés, hogy milyen dolgok a "recess" vagy a "vacancy", hanem az a kérdés, hogy a releváns jelenségek a "recess" vagy a "vacancy" esetei.

⁹² *Id.* 2556.

⁹³ *Id.* 2557.

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ Lásd JAMES MADISON, *JOURNAL OF THE FEDERAL CONVENTION* 681-82 (1898).

elnöknek "egyetlen szenátusi szünet alatt 120 tisztviselőt sikerült kineveznie, köztük 30 bírót az újonnan létrehozott Columbia kerületi bíróságokra".⁹⁹ Egy évszázaddal később pedig Theodore Roosevelttel a szünetben történő kinevezést művészi formává emelte, amikor két egymást követő törvényhozási ülészak közötti "töredék másodpercben" 168 tisztviselőt nevezett ki - néhányat nagyon népszerűtlen a déli szenátorok körében.¹⁰⁰ Az elmúlt fél évszázadban, ahogy a bírói kinevezések egyre inkább átpolitizálódtak, és a szenátus egyre hajthatatlanabbá vált, a szüneti kinevezési jogkör a végrehajtó hatalom egyik szokásos eszközévé vált - a csúcspontot az 1980-as években érte el, amikor Ronald Reagan 243 szüneti kinevezést hajtott végre.¹⁰¹ A szenátus azonban azóta visszavágott, és *pro forma* üléseket tartott, hogy megakadályozza a szüneteltetést, és egyes elnökök válaszul háromnapos hétvégéket használtak arra, hogy ellentmondásos kinevezéseket hajtsanak végre. Az alkotmányos életformáinkban bekövetkezett változások tehát arra készítettek bennünket, hogy felülvizsgáljuk az alkotmányos nyelvezetet, és feltárták az eredeti szövegben lappangó homályosságot.

A kétértelműséghez hasonlóan tehát a homályosság több típusának létezése azt vonja maga után, hogy a szöveg szemantikai jelentésének néha konstruktív vitákból kell fakadnia. E homályosság egy része kétségtelenül az alkotmányos beszélők szándékosan határozatlan használatának terméke. Az ilyen jellegű homályosság a modern viták nagy részének forrása, és még az új originalisták is (szükségszerűen) elismerik, hogy az ilyen esetek nem különösebben fogékonyak az empirikus szemantikai korlátozásokra. Kevésbé tárgyaltak azonban a véletlen vagy látens homályosság esetei, amelyek vagy akkor fordulnak elő, amikor a beszélők nem tudtak megegyezni egy pontosabb kifejezésben, vagy amikor a felmerülő alkotmányos problémák előre nem látható szövegbeli homályosságot tárnak fel. Azt javaslom, hogy a homályosságnak ez utóbbi típusa különösen kevésbé van elméletben feldolgozva, noha jelentős forrása az alkotmányos vitáknak. A fent tárgyalt kétértelműségi problémákkal együtt vizsgálva a homályosság ezen kérdései azt mutatják, hogy számos olyan jelentős eset van, amikor a szöveg nem tud empirikus korlátot szabni az alkotmányos jelentésnek.

D. A közjogi értelemben vett originalizmus korlátai

Azt javaslom, hogy a történeti és szövegértelmezési módozatokra korlátozott alkotmányos gyakorlat gondolat kísérlete segít abban, hogy

⁹⁹ Jeff VanDam, *The Kill Switch: The New Battle Over Presidential Recess Appointments*, 107 NW. U. L. REV. 361, 370 (2012).

¹⁰⁰ *Id.* 371.

¹⁰¹ *Id.*

bizonyítják, hogy a szöveg szemantikai jelentésének gyakran konstruktív vitákból kell fakadnia. Az alábbi táblázat segít hangsúlyozni azoknak a korlátozásoknak a terjedelmét és fontosságát, amelyeket ezek a meghatározatlanságok a köznapi jelentés eredetiségére nézve vonnak maguk után. Megvizsgálva a feltüntetett hétféle meghatározatlanság közül csak a véletlen kétértelműség két típusa tűnik úgy, hogy sokat profitálhat az eredeti nyilvános jelentés elemzéséből - és még ezek is csak esetlegesen.

TYPES OF INDETERMINACY	CONTEMPORARY	EVOLUTIONARY
INCIDENTAL	<p>Ambiguity: "Duck-rabbit"; "Arms"</p> <p>Vagueness: Cannot agree on more specific term.</p>	<p>Ambiguity: "Text"; "Domestic Violence"</p> <p>Vagueness: "Broom"; "Recess/Vacancy"</p>
INTENTIONAL	<p>Ambiguity: "Omaha Hi/Lo"; "Ted Cruz"</p> <p>Vagueness: "Due process"; "Cruel Punishment"</p>	<p>Vagueness: "Due Process"; "Cruel Punishment"</p>

A közjogi értelemben vett eredetiség, különösen Larry Solum munkája sokat tett a kétértelműség és a homályosság közötti különbség elemzése és tisztázása érdekében az alkotmányos magyarázatban, de a szándékos kortárs kétértelműség és a véletlen homályosság problémái azt sugallják, hogy ezek az előrelépések a konstruktív korlátozás árán történtek. Az új originalisták szerint a kétértelműséggel általában a kifejtés "értelmezési" szakaszában találkozunk, ahol általában empirikusan leküzdhető.¹⁰² Ez általában igaz lehet az *evolúciós* kétértelműségekre ("családon belüli erőszak"), amelyek gyakran csak a történelmi nyelvi gyakorlatok széleskörű konvergenciáira való egyszerű hivatkozást igényelnek. Ez igaz lehet - talán csak esetlegesen - a *véletlenszerű kortárs* kétértelműségekre is (a "szabályozni" holland és német fordítása), amikor elegendő ellentmondást nem tűrő kontextuális bizonyíték áll rendelkezésre ahhoz, hogy szükségtelenné váljon a szerzői szándékra való hivatkozás - bár még ez is konstruktív fordítást igényel. Nehéz azonban belátni, hogy ez hogyan lehetne igaz a *szándékos kortárs* kétértelműségekre, amelyeket a szerzők céljainak előmozdítására használtak egy bizonyos

¹⁰² Lawrence B. Solum, *A rögzítési tézis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*, 91 NOTRE DAME L. REV. 1, 11-12 (2015); lásd még Solum, *supra* note 9, at n. 25.

politikai verseny. Az ilyen jellegű kétértelműségek - amelyek végül is szándékosak - úgy tűnik, hogy a szövegező szándékának konstruktív felhasználását és a vonatkozó történelmi versenyre vonatkozó további konstrukciókat igényelnének.¹⁰³ Ez aligha tűnik olyan kommunikációs tartalomnak, amelyet nyelvi tényként remélhetünk megállapítani.

A szándékos homályosság esetében lehet, hogy a *kortárs* és az *evolúciós* meghatározatlanság közötti különbségtétel nem különösebben hasznos. Ilyen körülmények között egy vitatott kifejezés kommunikációs paraméterei elmosódhatnak az elmozduló törésvonalak mentén, de az alapvető értelmezési problémák ugyanazok maradnak. Úgy tűnik azonban, hogy a történelmi gyakorlatok szerepe a homályos fogalmak megkonstruálásának irányításában meglehetősen eltérő lehet attól függően, hogy *szándékos* vagy *véletlenszerű* jelenségekkel van-e dolgunk. Egyrészt a szándékos homályosság potenciális hatókörét a történelmi jogi vagy nyelvi konvenciók széleskörű konvergenciái korlátozhatják vagy behatárolhatják. Konstruktív útmutatást kaphatunk például a "paradigmás esetekből" vagy a "várható alkalmazásokból"; és (ha hajlandóak vagyunk túllépni a nyilvános jelentéseken) akár ki is zárhatunk néhány jelentést, mint egyértelműen nem szándékoltat.¹⁰⁴ A véletlen homályosság azonban sokkal kevésbé tűnik fogékonyak a történelmi útmutatásra vagy korlátozásra, legalábbis a fent leírt két formában. Először is, ha a szerzők azért használtak egy homályos kifejezést, mert nem tudtak megegyezni egy pontosabb kifejezésben, vagy mert nem állt rendelkezésre egy sem, a legjobb, amit történelmileg remélhetünk (és ismét csak akkor, ha hajlandóak vagyunk az intencionalizmushoz folyamodni), hogy megsejtünk valamit a nézeteltérésük terjedelméről. Máskülönb a történelem éppoly meghatározhatatlan, mint a szöveg. Másodsor, ha az idők folyamán, ahogyan világunk és alkotmányos problémáink változnak, egy előre nem látható homályosság keletkezik, nehéz belátni, hogy a ratifikációs történelem milyen betekintést nyújthatna. Ez a fajta véletlen homályosság - mint egy Kuhn-féle paradigmaváltás - egyszerűen életformáink fejlődésének terméke, amelyhez a történelmi nyelvi gyakorlat nagyon kevés, vagy egyáltalán nem nyújthat hasznos útmutatást.

KÖVETKEZTETÉS

Az elmúlt két évtizedben robbanásszerűen megnőtt a nyelvi meghatározatlanság (általában a homályosság), valamint a nyelvi meghatározatlanság (általában a homály)

¹⁰³ Ez a lépés természetesen elérhetetlen a közjogi értelemben vett eredetiségvédők számára.

¹⁰⁴ A "paradigmás esetekről" lásd JED RUBENFELD, *REVOLUTION BY JUDICIARY: THE STRUCTURE OF AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* (Harvard Univ. Press, 2005). A "várható alkalmazásokról" lásd *pl.* Michael McConnell, *Originalism and the Desegregation Decisions*, 81 VA. L. REV. 947 (1995).

a nyelvfilozófia és a jogi értelmezésemélet keretében elemzett.¹⁰⁵ Azt javasoltam, hogy az ilyen meghatározatlanságok elkerülhetetlen, sőt értékes részét képezik a vitatott nyelvi játékoknak, amelyek a nyelvi bizonytalanságot különböző kommunikációs vagy politikai célok érdekében használják ki. Azt is felvettem, hogy az alkotmányos határozatlanság két különleges típusa - a szándékos kortárs kétértelműség és a véletlen evolúciós homályosság - jelentős problémákat jelent az alkotmányos eredetiség közértelmezési elméletei számára. Úgy tűnik, hogy a szándékos kétértelműség feloldása legalábbis némi támaszkodást igényel a szerzői szándékokhoz - amelyek kívül esnek a közjogi értelemben vett eredetiségvizsgálat hatókörén -, és a történeti használat kevés útmutatást nyújthat, amikor az új alkotmányos problémák látens szövegbeli homályosságot tárnak fel.

A szándékos homályosság eseteivel együtt - amelyeket az új originalisták már a modern konstrukciónak engednek el - a meghatározatlanság e típusai komolyan aláássák a köznapi értelemben vett eredetiség mint értelmezési módszer gyakorlati értékét. Valójában sok - ha nem a legtöbb - nem triviális alkotmányos vitánk éppen az ilyen típusú szövegbeli bizonytalanságok miatt zajlik. Mindezekben az esetekben tehát a közjogi értelemben vett eredetiség híveinek vagy az intencionalista elméletekhez kell folyamodniuk - azok jól ismert ismeretelméleti és jogtudományi problémáival együtt¹⁰⁶ -, vagy át kell adniuk a kérdést a modern bírói konstrukciónak. Ez viszont azt jelenti, hogy a nyilvános jelentésű originalizmusnak a konstruktív gyakorlatunkra vonatkozó "empirikus" korlátok létezésére vonatkozó állításai csak a tényleges alkotmányos viták egy kis, és viszonylag vitathatatlan csoportját tájékoztathatják.¹⁰⁷ Végző soron azonban ennek nem kell olyan egzisztenciális aggodalmakat kiváltania, mint amilyenek az 1980-as évek originalistáit gyötörték,¹⁰⁸ mert maga az alkotmányos vita mélyebb és tartósabb korlátozásokat generál az alkotmányos jelentéssel kapcsolatban, mint amilyeneket bármely felállított elmélet valaha is generálhatna.

¹⁰⁵ Lásd Marmor, 67. lábjegyzet.

¹⁰⁶ Lásd pl. Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U. L. REV. 204, 209-17 (1980) (a szándék felfedezésének nehézségeit, valamint az egyéni vagy intézményi szándék jogi tekintélyre való igényének gyengességét tárgyalja).

¹⁰⁷ Ez persze nem jelenti azt, hogy nem lehetünk vagy nem szabad originalistáknak lennünk; de azt jelenti, hogy az "eredeti kommunikációs tartalom" szilárd koncepciója szükségessé teheti az eredeti szándékok figyelembevételét, és így nem lesz "empirikus" abban az értelemben, ahogyan azt az új originalisták remélik.

¹⁰⁸ Lásd Edwin Meese, III, *Speech Before the American Bar Association*, Washington, D.C. (1985. július 9.) ("Egy alkotmány, amelyet csak annak tekintenek, amit a bírák mondanak róla, már nem alkotmány a szó valódi értelmében"), *újranyomatva: ORIGINALISM: THE QUARTER-CENTURY OF DEBATE* 47, 53 (Steven G. Calabresi szerk., 2007).

