

Chicagói Egyetem jogi kar  
**Chicago Kötelezettségek nélkül**

---

Közjogi és jogelméleti munkadokumentumok

Munkadokumen

tumok

2016

# Scalia mint Prokrusztész a többség számára, Scalia mint Kasszandra a különvéleményben

Mary Anne Case

Kövesse ezt és további munkáit a következő címen:

[https://chicagounbound.uchicago.edu/public\\_law\\_and\\_legal\\_theory](https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory)



A [Law Commons](#) része

A Chicago Unbound a cikkek folyamatban lévő munkáit és végleges változatait egyaránt tartalmazza. Kérjük, vegye figyelembe, hogy a cikk egy frissebb változata elérhető lehet a Chicago Unboundon, az SSRN-en vagy máshol.

---

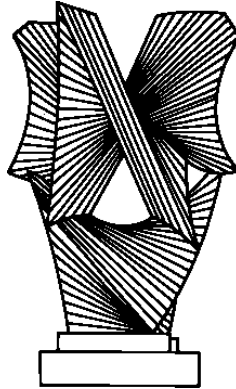
## Ajánlott idézet

Mary Anne Case, "Scalia as Procrustes for the Majority, Scalia as Cassandra in Dissent," University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper Series, No. 603 (2016).

Ezt a munkadokumentumot a Chicago Unbound munkadokumentumai ingyenesen és nyíltan hozzáférhetővé teszik. A Chicago Unbound egyik felhatalmazott adminisztrátora fogadta el a Közjogi és jogelméleti munkadokumentumok közé való felvételre. További információért kérjük, forduljon a [unbound@law.uchicago.edu](mailto:unbound@law.uchicago.edu) címre.

# CHICAGO

KÖZJOGI ÉS JOGELMÉLETI MUNKADOKUMENTUM NO. 603



**SCALIA MINT PROKRUSZTÉSZ A TÖBBSÉG RÉSZÉRŐL,  
SCALIA MINT KASSZANDRA A KÜLÖNVÉLEMÉNYBEN**

*Mary Anne Case*

**A JOGI ISKOLA  
A CHICAGÓI EGYETEM**

December 2016

## SCALIA MINT A TÖBBSÉG PROKRUSTESZA, SCALIA MINT KASSZANDRA A DISSENT (tervezet, megjelenés előtt Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart

2016) Mary Anne Case\*

A néhai Antonin Scalia, az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának bírása hírhedt volt prózai stílusáról.

eltérő véleményeit, amelyeket gyakran és pontosan jellemeztek olyan jelzőkkel, mint "vitriolos", "hólyagos", "dühös", "gúnyos", "diszpeptikus" és, hogy finoman fogalmazzak, "színes".<sup>1</sup> Egyetlen, nem kevésbé reprezentatív különvéleményben, a *King v. Burwell ügyében* Scalia "teljesen abszurdnak"<sup>2</sup>, "értelmetlennek", "szégyenérzet nélkülinek"<sup>3</sup>,<sup>4</sup> "nem pusztán természetellenesnek", "hallatlanul",<sup>5</sup> "különcnek",<sup>6</sup> "bizarrnak",<sup>7</sup> "erőtlennek", "erőtlennek",<sup>8</sup> tele "értelmezési bohóckodással"<sup>9</sup> és "tisztá almaszósznak" minősítette a John Roberts főbíró által megfogalmazott többségi véleményt.<sup>10</sup> A liberálisabb és fiatalabb bírák által írt vélemények jellemzése még mértéktelenebb lehet.<sup>11</sup>

Ebben az esszében Scalia különvéleményeinek egy másik, ritkábban emlegetett tulajdonságára szeretnék összpontosítani, amely az, hogy hajlamosak prófétaí módon figyelmeztetni azokra a következményekre, amelyek az éppen hozott döntés logikájából vagy a bírótársai többsége által megfogalmazott szabályból következnének, olyan következményekre, amelyeket a többség akkoriban tagadott vagy figyelmen kívül hagyott. Ezekben a különvéleményekben Scalia némileg úgy viselkedik, mint a trójai hercegnő, Kasszandra, akinek a prófétaí képességével együtt járt az átok, hogy nem fognak hinni neki, és akinek a tisztánlátó figyelmeztetései következképpen figyelmen kívül maradtak egészen addig a későbbi időpontig, amikor bekövetkezett, amit megjósoltak. Kasszandrához hasonlóan Scalia is a vesztes oldalon áll sok mindenben.

---

\* Arnold I. Shure professzor, University of Chicago Law School. A szerző hálás Suzanne Baerne az írás meghívásáért, valamint a hasznos beszélgetésekért és javaslatokért Ann Bartownak, Susan Bandesnek, Will Baude-nak, Roger Fordnak, Alan Hyde-nak, Nicholas Calcina Howsonnak, Natalie Kissingernak, Chip Lupunak, Ute Sacksofsky-nak, Vicky Saker Woeste-nek, valamint a Law & Religion Issues for Law Academics listserve résztvevőinek, különösen Doug Laycocknak és James Oleske-nek.

<sup>1</sup> Nem idézek konkrét forrásokat ezekhez a jelzőkhöz, mert olyan sok kommentátor alkalmazta ezeket a Scalia-véleményekre, hogy egyetlen forrás sem emelkedik ki, amint azt egy Google-keresés is megerősíti. <sup>2</sup>135 S. Ct. (2480,20152496).

<sup>3</sup> Id. 2497.

<sup>4</sup> Id.

<sup>5</sup> Id.

<sup>6</sup> Id.

<sup>7</sup> Id. 2498.

<sup>8</sup> Id. 2499.

<sup>9</sup> Id. 2500.

<sup>10</sup> Id. 2501.

<sup>11</sup> Lásd pl. *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344, 389-94 (2011)(Scalia, különvélemény)(Sotomayor bíró véleményét, amely ténybeli különbségtételeket használt fel arra, hogy korlátozza az egyik saját döntésének hatályát egy korábbi konfrontációs klauzula ügyben, "a tények [és] a törvény durva eltorzításának", "teljes képtelenségnek" és "elvtelennek" nevezte). Tekintettel arra, hogy véleményei évről évre egyre vitriolosabbak lettek, talán jól tette volna, ha megfogadja az Emberi Jogok Európai Bíróságának Fitzmaurice bírójának figyelmeztetését a "normális beszéd valutájának leértékelésétől, mert akkor már nem

marad mód a megkülönböztetésre vagy a megkülönböztetésre, vagy a valóban" felháborító viselkedés eseteinek leírására. Írország kontra Egyesült Királyság, januári 18 ítélet (A 1978 sorozat: 25. v.) (Fitzmaurice bíró különvéleménye).

a próféciái - amit megjósol, az pontosan az ellenkezője annak, amit ő szeretne, hogy megtörténjen. Minden csata azonban szükségszerűen "elveszett és megnyert" is,<sup>12</sup> így ami a trójaiaknak rossz hír, az a görögöknek jó hír, és amit Scalia egy döntés katasztrofális következményeinek lát, az ideológiai ellenfelei szemszögéből a legjobban üdvözlendő. Amikor leírja a számára a többségi logikából következő borzalmakat, gyakran prófétai képet fest, amely idővel valóra válik, talán részben inkább azért, mint annak ellenére, hogy drámaian megfogalmazza a vélemény következményeit.

Az esszé a továbbiakban egy másik görög mítoszt, Prokrusztész mítoszt használja fel, hogy megvilágítsa Scalia többségi véleményeinek egyik tendenciáját. Ahogy Prokrusztész kényszerítette vendégeit, hogy szoroson illeszkedjenek egy vaságyba, és szükség szerint kinyújtotta a testüket vagy levágta a végtagjaikat, úgy Scalia gyakran kényszerítette egy adott jogterület összes korábbi tanítását olyan formába, amilyenre szüksége volt az új szabályhoz, amelyet a többségi véleményében hirdetett ki. Ahogy Prokrusztész szerencsétlen vendégei, úgy Scalia prokrusztészi többségi véleményei esetében is az eredmény - érvelésem szerint - gyakran az, hogy a műtét sikeres, de a beteg meghal: a későbbi döntések, akár bíróságok, akár törvényhozók részéről, hajlamosak visszalépni a Scalia által oly nagy fáradsággal kialakított kategorikus szabály következményeitől. A paradox eredmény az, hogy Scalia mint Cassandra, aki másként vélekedik, néha hatékonyabban világította meg az általa elítélt eredményekhez vezető utat, mint Scalia mint Prokrustes az általa kedvelt eredmények elérésében. Ez annak ellenére így van, hogy Scalia Prokrusztész módjára retorikailag mindent megtesz annak érdekében, hogy minimalizálja a többségi álláspont újító vagy ellentmondásos jellegét, míg Scalia a különvéleményben retorikailag igyekszik maximalizálni a többségi álláspont példátlan és forradalmi jellegét, amellyel szemben kifogást emel.

## I. A melegek jogainak Kasszandrája

A legvilágosabb példa Scaliára mint Kasszandra az amerikai Legfelsőbb Bíróság melegjogi ügyeinek alakulása a *Romer v. Evans-től*<sup>13</sup> az *Obergefell v. Hodges-ig*,<sup>14</sup> és ezeket fogom használni a jelenség illusztrálására.<sup>15</sup> A *Romer-ügyben* a Legfelsőbb Bíróság a coloradói alkotmány módosítását, amely hátrányos helyzetbe hozta a melegeket, leszbikusokat és biszexuálisokat, anélkül, hogy megemlítette volna saját korábbi precedensét, a *Bowers v.*

*Hardwick*,<sup>16</sup> amely fenntartotta a homoszexuális szexért kiszabott büntetőjogi szankciókat. Scalia számára ez "ellentmondás" volt, mert "[a] Bíróság [a *Bowers-ügyben*] nem volt hajlandó tiltakozni a

<sup>12</sup> William Shakespeare, *Macbeth* 1.1.5.

<sup>13</sup> 517 USA (6201996).

<sup>14</sup> 135 S.Ct. (25842015).

<sup>15</sup> Többek között erre a jelenségre is van egy példa, amelyet korábbi munkáimban részletesen tárgyaltam, a *U.S. v. Virginia* ügyben, amely a nők felvételét írta elő az addig kizárólag férfiakból álló Virginia Military Institute ("VMI") számára, hogy a kevésbé szigorú "köztes ellenőrzés standard kidolgozásán" túlmenően Ginsburg bíró többségi véleménye szerint "a VMI egynemű összetétele alkotmányellenes, mert több nő (vagy, a Bíróság érvelése alapján egyetlen nő), aki hajlandó és képes a VMI programját vállalni", így alkotmányos szabályként "a nemi alapú osztályozás érvénytelen, kivéve, ha olyan tulajdonságokra vonatkozik, amelyek minden esetben igazak." *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 572-74 (1996) (Scalia, J., másként vélekedett). További vitát lásd *Mary Anne Case*, "The Very Stereotype the Law Condemns:" (A törvény által elítélt sztereotípiák"). *Constitutional Sex Discrimination Law as a Quest for*

Perfect Proxies, Cornell 85 L. Rev. (14472000).

<sup>16</sup> Bowers kontra Hardwick, Egyesült Államok (1861986).

állami törvények, amelyek büntetik az osztályt meghatározó magatartást, aligha lehet ... arra a következtetésre jutni, hogy az állam által támogatott megkülönböztetés az osztállyal szemben hátrányos. Hiszen aligha lehet kézzelfoghatóbb megkülönböztetés egy osztállyal szemben, mint az osztályt meghatározó magatartás büntethetővé tétele."<sup>17</sup> Bár a Bíróságnak jó okai voltak arra, hogy a coloradói 2. módosítást még egy olyan osztály tekintetében is alkotmányosan problematikusnak tekintse, amelynek viselkedése kriminalizálható,<sup>18</sup> egy évtizeden belül a Bíróság a *Lawrence v. Texas*<sup>19</sup> egyetértett Scaliával abban, hogy "a *Bowers* alapjai komoly eróziót szenvedtek el ... *Romer* miatt",<sup>20</sup> és a döntést hatályon kívül kell helyezni. Miközben a *Lawrence-ügyben* úgy ítélte meg, hogy a magánjellegű, konszenzusos, felnőttkori homoszexuális szexet többé nem lehet alkotmányosan kriminalizálni, a Bíróság hangsúlyozta, hogy döntése "nem érinti azt, hogy a kormánynak formálisan el kell-e ismernie minden olyan kapcsolatot, amelyet homoszexuális személyek kívánnak létesíteni".<sup>21</sup> Scalia válasza a különvéleményben a következő volt:

Ne higgye el. Ennél a kopasz, indokolatlan lemondásnál sokkal tanulságosabb a gondolatmenet, amelyet a Bíróság véleményének egy korábbi passzusa mutat, amely megállapítja, hogy "a házassággal, a nemzéssel, a fogamzásgátlással, a családi kapcsolatokkal, a gyermekneveléssel és az oktatással kapcsolatos személyes döntések" alkotmányos védelemben részesülnek, majd kijelenti, hogy "a homoszexuális kapcsolatban élő személyek ugyanúgy autonómiára törekedhetnek e célok érdekében, mint a heteroszexuális személyek". ... A mai vélemény lebontja az alkotmányjognak azt a szerkezetét, amely lehetővé tette a heteroszexuális és homoszexuális egyesülések közötti különbségtételt, amennyiben a házasság formális elismeréséről van szó.<sup>22</sup>

Fokozatosan bebizonyosodott, hogy igaza van. Az *Egyesült Államok kontra Windsor ügyben* a bíróság megsemmisítette a házasság védelméről szóló szövetségi törvényt (DOMA), megállapítva, hogy a szövetségi kormányzat alkotmányosan nem tagadhatja meg az elismerést az állami jog alapján elismert azonos neműek házasságától, de azzal zárta, hogy hangsúlyozta: "Ez a vélemény és a benne foglaltak azokra a törvényes házasságokra korlátozódnak".<sup>23</sup> Scalia erre reagált:

Hallottam már korábban is ilyen "kopasz, indokolatlan lemondó nyilatkozatokat". *Lawrence*, U539.S. at Amikor604. a Bíróság alkotmányos jogot hirdetett a homoszexuális szodómiához, biztosítottak minket arról, hogy az ügynek semmi, de semmi köze ahhoz, hogy "a kormánynak hivatalosan el kell-e ismernie bármilyen kapcsolatot, amelyet a homoszexuálisok

---

<sup>17</sup> *Romer*, 517 U.S. at 640 (Scalia, másként vélekedett) (idézi a *Padula v. Webster*, 261 U.S. App. D.C. 365, 822 F.2d 97). Természetesen Scalia logikájával itt számos probléma van, például az, hogy nem a szodómia, hanem az azonos neműek vágya az a viselkedés, amely meghatározza a homoszexuálisok osztályát. További vitát lásd *Mary Anne Case, Couples and Coupling in the Public Sphere: A Comment on the Legal History of Litigating for Lesbian and Gay Rights* *Virginia Law Review* (16431993).

<sup>18</sup> Mivel a 2. módosítás megfogalmazása olyan átfogó volt a melegekre, leszbikusokra és biszexuálisokra gyakorolt lehetséges negatív hatásai tekintetében, a jogvédők és tudósok régóta azzal érveltek, hogy "egyetlen csoportot sem lehet alkotmányosan megfosztani a törvények védelmétől, még a legelvetemültebb büntetőjogi törvények alapján elítélt legszörnyűbb bűnözők csoportját sem, még a 2. módosításban foglaltakhoz hasonlóan sem". *Mary Anne Case, Of "This" and "That" in Lawrence v Texas*, 2003 S. Ct. Rev (75,200493).

<sup>19</sup>539 USA (5582003).

<sup>20</sup> Lawrence, U539.S. at 576.

<sup>21</sup> Id. 578.

<sup>22</sup> Id. at (604Scalia, különvélemény)(kiemelés az eredetiben).

<sup>23</sup> U.S. v. Windsor, 133 S. Ct. (2675,20132696).



személyek igyekeznek belépni." ... Most azt mondják nekünk, hogy a DOMA érvénytelen, mert "lealacsonyítja a párokat, akiknek erkölcsi és szexuális döntéseit az Alkotmány védi".

... - *Lawrence-t* idézve. Igazi pofátlanság kell ahhoz, hogy a mai többség biztosítson minket arról, hogy... az azonos neműek házasságának hivatalos elismerésére vonatkozó alkotmányos követelmény nem képezi vita tárgyát.<sup>24</sup>

Scalia elismerte, hogy a többségi vélemény "szétszórt indoklása" számos alapot hagyott arra, hogy a *Windsorban* fenntartott jogot megkülönböztessék az azonos nemű párok házassághoz való általánosabb szövetségi alkotmányos jogától, és sürgette az alsóbb szintű bíróságokat, hogy "vegyék a Bíróság szaván és tegyenek különbséget".<sup>25</sup> De Roberts főbíróval ellentétben, aki saját különvéleményének jelentős részét e lehetséges megkülönböztetések alátámasztásának szentelte,<sup>26</sup> Scalia tovább ment, hogy lerombolja azokat. A *Lawrence-ügyben* már részt vett O'Connor bíró egybehangzó véleményének némi javasolt szerkesztésében, hogy megmutassa, milyen könnyen át lehet alakítani a szodómia kriminalizálásáról szóló érvelést az azonos neműek házasságának elismeréséről szóló érvvé.<sup>27</sup> *Windsor-i* különvéleményében Scalia odáig megy, hogy a kihúzás funkciót használja, hogy megmutassa, milyen könnyen szerkeszthetők a többségi vélemény egész bekezdései, hogy azok egy olyan vélemény részét képezzék, amely alkotmányba foglalja az azonos neműek házassághoz való országos jogot. Például:

Gondoljuk meg, milyen könnyű (elkerülhetetlen) a következő helyettesítések elvégzése a mai vélemény egyik passzusában...:

"A ~~DOMA~~ Ez az állami törvény fő hatása az, hogy az ~~államilag szentesített házasságok~~ egy részhalmazát alkotmányosan védett szexuális kapcsolatokként határozza meg, lásd *Lawrence*, és egyenlőtlené teszi őket. A fő cél az egyenlőtlenség kikényszerítése, nem pedig más okokból, mint például a kormányzati hatékonyság.

A kötelezettségek, valamint a jogok erősítik a személy méltóságát és integritását. A ~~DOMA~~ pedig ez az állami törvény arra törekszik, hogy megfosszon egyes, az ~~államuk törvényei szerint házasodott, alkotmányosan védett szexuális kapcsolatot élvező~~ párokat, de más párokat nem, mind a jogoktól, mind a felelősségektől." \*\*\*

Hasonlóan transzponálható - szerintem szándékosan transzponálható - részek bőven vannak.<sup>28</sup>

Az alsóbb fokú bíróságok bírái gyorsan átvették Scalia szerkesztési javaslatait<sup>29</sup>, és általában véve elfogadták a különvéleményében kifejtett nézetet a logikai elkerülhetetlenségről.

<sup>24</sup> Id. 2709. o. (Scalia, más véleményen). Még ugyanazon a napon, amikor a *Windsor-ügyben* hozott döntésében a Bíróság elutasította a lehetőséget, hogy kimondja, hogy létezik egy általánosabb szövetségi alkotmányos jog az azonos neműek házasságához, amikor úgy ítélte meg, hogy a kaliforniai 8. számú javaslat támogatói, akik az azonos neműek házasságának megszüntetése érdekében módosították az állami alkotmányt, nem rendelkeznek fellebbezési joggal, mivel az ellenzőknek a bírósági eljárásban aratott győzelmét Kalifornia állam elfogadta. Lásd Hollingsworth kontra Perry, S133. Ct. (26522013).

<sup>25</sup> *Windsor*, S133. Ct.

<sup>26</sup> Id. at ff.2696 (Roberts, különvélemény).

<sup>27</sup> *Lawrence*, 539 U.S., 601. o. (Scalia különvéleményt fogalmazott meg) (megjegyezve, hogy O'Connor

"érvelése elég ingatag alapokon nyugvó állami törvényeket hagy, amelyek a házasságot az ellenkező nemű párok számára korlátozzák", mert nehéz azt állítani, hogy "a házasság hagyományos intézményének megőrzése" jogos állami érdek", ahogy O'Connor tette, amikor "társadalmunk hagyományos szexuális erkölcsének megőrzése" már nem tűnik legitim alapnak a sodómatörvények fenntartására).

<sup>28</sup> Windsor, S133. Ct. at 2709-10 (Scalia, más véleményen) (idézetek kihagyva).

<sup>29</sup> Más érveket is felvetettek a különvéleményében. Lásd pl. Kitchen v. Herbert, 755 F.3d 1193, 1220 (10th Cir. 2104) (idézi Scalia, J., különvéleményt) ("[W]hat igazolás lehet arra, hogy megtagadják a

a *Windsor-határozat* kiterjesztését az állami házassági törvényekre,<sup>30</sup> ami egy tudóst arra engedett következtetni, hogy Scalia *windsori* különvéleménye paradox módon "karrierje legbefolyásosabb véleményeként maradhat emlékezetes".<sup>31</sup> Valóban, a *Windsor-t* közvetlenül követő számos alacsonyabb szintű bírósági határozat közel fele, amely az állami azonos neműek házasságkötési tilalmát megsemmisítette, kifejezetten Scalia különvéleményére hivatkozott, és annak érvelését meggyőzőbbnek tekintette, mint a többség vagy Roberts különvéleményének minősítő nyelvezetét. Két éven belül a Legfelsőbb Bíróság igazolta Scalia jóslatait, és az *Obergefell v. Hodges* ügyben úgy ítélte meg, hogy az alkotmány valóban megköveteli az államoktól "az azonos neműek házasságának engedélyezését [és] az államon kívül kötött azonos neműek házasságának elismerését"<sup>32</sup>, az általa megjósolt okból, nevezetesen, hogy "[a] melegeket és leszbikusokat megalázza, ha az állam kizárja őket a nemzet társadalmának egyik központi intézményéből".<sup>33</sup>

Érdeemes megjegyezni, hogy Scalia viszonylag higgadtan fejtette ki az aggasztó következményeket, amelyeket a többségi véleményekben lát, például a melegjogi ügyekben, és amelyek sokkal jobban mozgatták a Bíróságot az általa elítélt irányba, mint a vitriolosabb különvéleményei az általa favorizált irányba. Felmerülhet a kérdés, hogy Scalia miért kezdett bele ebbe a nyilvánvalóan perverz viselkedésbe - többször is megrajzolta az útitervet pontosan ahhoz a célhoz, amelyet nem akar, hogy a Bíróságon ülő kollégái elérjenek.

Sokan hasonlóképpen feltették a kérdést, hogy Scalia idővel miért nem enyhített, hanem csak fokozta a sértegetések szintjét a különvéleményeiben, annak ellenére<sup>34</sup>, hogy ez soha nem győzte meg, hanem inkább elidegenítette a kollégáit.<sup>35</sup> Itt is olyan, mint Kasszandra, egy megszállott próféta, aki nem tudja teljesen kontrollálni sem a kijelentései tartalmát, sem a hangnemét, de kénytelen kimondani az igazságot, tekintet nélkül annak következményeire.

---

a házasság előnyeit a homoszexuális párok számára . . . ? Bizonyára nem a szaporodás ösztönzése, hiszen a sterilek és az idősek is házasodhatnak.").

<sup>30</sup> Lásd pl. *Kitchen v. Herbert*, 961 F. Supp. 2d 1181, 1194 (D. Utah 2013) ("A bíróság egyetért Scalia bíró *Windsor* értelmezésével").

<sup>31</sup> Garrett Epps, *Amerikai igazságszolgáltatás 2014*: (Philadelphia: U. Penn. Press 2014) Kindle kiadás a 720. helyen. Bár más amerikai legfelsőbb bírósági bírák, mint például Oliver Wendell Holmes, befolyásos különvéleményeikről ismertek, ezek a többi különvéleményt megfogalmazó bíró minden esetben egy pozitív víziót vázolt fel arról, hogy milyen eredménynek kellene lennie, míg Scalia egy számára rémálomszerű víziót ábrázolt.

<sup>32</sup> *Obergefell*, S135.Ct. at 2593.

<sup>33</sup> Id. 2602. Vö. *Windsor*, 133 S. Ct. 2710. o. (Scalia, különvélemény) ("[DOMA] Ez az állami törvény azt mondja ezeknek a pároknak, és az egész világnak, hogy az egyébként érvényes házassági kapcsolataik méltatlanok a szövetségi állami elismerésre. Ez az azonos nemű párokat olyan bizonytalan helyzetbe hozza, mintha másodrendű házassági kapcsolatban lennének. A megkülönböztetés lealacsonyítja a párokat, akiknek erkölcsi és szexuális választásait az alkotmány védi, lásd *Lawrence*").

<sup>34</sup> Scalia maga is gyakran mondta, hogy nem a kollégáinak vagy az alsóbb fokú bíróságok bíráinak, hanem a joghallgatóknak írja a különvéleményeit, és a célközönség kiválasztásában benne rejlik az a vágy, hogy elég színesen írjon ahhoz, hogy felkeltse az ő és az esetkönyvek szerkesztőinek figyelmét, akik eldöntik, hogy milyen véleményrészleteket vegyenek fel a hallgatóknak bemutatott anyagokba.

<sup>35</sup> Bár sokkal kevesebb elmarasztaló jelzöt tartalmazott, mint sok későbbi különvéleménye, a Webster kontra Reproductív Egészségügyi Szolgálat, 492 U.S. 490 (1989) abortuszügyben O'Connor bíró egybehangzó véleményét bíráló különvéleménye, amiért nem vizsgálta felül a Roe kontra Reproductív

Egészségügyi Szolgálat ítéletét. Wade, 410 US 113 (1973) ügyben, akkoriban széles körben úgy tekintettek rá, mint aki átlépte az udvariasság bevett határát, és utólag visszatekintve talán hozzájárult ahhoz, hogy néhány évvel később a Planned Parenthood v. Casey, U505.S. (8331992) ügyben csatlakozott a Roe-t kifejezetten megerősítő többségi határozathoz, ami pontosan az ellenkezőjét eredményezte annak, amit ő remélt.

## II. Kategorikus szabályok megfogalmazása, miközben egyetlen esetet sem hagyunk hátra

Akár szenvedélyes dühöngésről, akár higgadtabb jóslatról van szó, Scalia különvéleményeinek nagyobb hatása lehet, mint a többségi véleményeinek. Ahogy Linda Greenhouse, a Bíróság hosszú távú megfigyelője megfigyelte, még azokon az alkalmakon is, amikor lehetősége volt arra, hogy "közel kerüljön valamelyik jogtudományi céljának eléréséhez, kollégái vagy az utolsó pillanatban visszaléptek, vagy a vevők büntudatát érezve a következő alkalommal meghátráltak".<sup>36</sup> A két fő példa, amelyet Greenhouse tárgyal, a Bíróság visszalépése attól a tételtől, amelyet Scalia a *Lucas kontra Dél-Karolina Parti Tanács* ügyben megfogalmazott többségi véleményében,<sup>37</sup> miszerint még a földtulajdonos ingatlanfejlesztéshez való jogának ideiglenes korlátozása is jelenthet birtokbavételt, amelyért a tulajdonos kártérítésre jogosult, és a hasonló visszavonulás a konfrontációs klauzula kiterjesztő értelmezésétől a *Crawford kontra Washington* ügyben.<sup>38</sup> A vásárlói lelkiismeret-furdalással együtt járhat az, amire Scalia maga valószínűleg mindegyik esetben a legbüszkébb volt - hogy többségi véleményét nem egyszerűen az adott ügy eldöntésére használta fel, hanem arra, hogy egy új kategorikus szabályt fogalmazzon meg az esetek egész sorára vonatkozóan, az e szabály alól újonnan megfogalmazott kategorikus kivételekkel együtt.<sup>39</sup>

Valójában, ami Scaliát, mint a többségi vélemények íróját megkülönbözteti, azt állítom, hogy kevésbé ragaszkodik az olyan értelmezési megközelítésekhez, mint az originalizmus vagy a textualizmus, és inkább a "jogállamiság, mint a szabályok törvénye" iránti elkötelezettsége,<sup>40</sup> és ebből következően az eseti elbírálás vagy a többséyzős mérlegelési tesztek alkotmányjogi alkalmazásától való idegenkedése.<sup>41</sup> Ahogyan kifejtette:

Amikor az ember, mint ahogyan az én Bíróságom gyakran teszi, olyan szívügyekkel foglalkozik, amelyekről az egyik vagy a másik fél úgy véli, hogy azokat maga az Alkotmány oldja meg, akkor nem nagyon tetszik az ember igazságérzetének, ha azt mondja: "Nos, abban a korábbi ügyben kilenc

<sup>36</sup> Linda Greenhouse, Justice Scalia Objects, New York Times, 2011. március 9., elérhető a [http://opinionator.blogs.nytimes.com/2011/03/09/justice-scalia-objects/?\\_r=0](http://opinionator.blogs.nytimes.com/2011/03/09/justice-scalia-objects/?_r=0) oldalon.

<sup>37</sup> 505 U.S. (10031992).

<sup>38</sup> 541 U.S. 36 (2003). Sotomayor bírónak a Crawford-ügyben tett különbséget a haldokló személy által tett kijelentések bizonyítékként való elfogadásának engedélyezése érdekében, ami Scalia bírónak a Michigan ügyben kifejtett véleményének elmarasztaló kritikájához vezetett. v. Bryant, a fenti lábjegyzetben idézett 11.

<sup>39</sup> Lucas különvéleményében (505 U.S. at 1036) Blackmun bíró a következőképpen jellemezte kritikusan Scalia e gyakorlatát:

Ma a Bíróság rakétát indít, hogy megöljön egy egeret.... [I]t figyelmen kívül hagyja a joghatósági határait, átalakítja a hagyományos felülvizsgálati szabályait, és egyszerre hoz létre egy új kategorikus szabályt és egy kivételt (amelyek egyike sem a korábbi esetjogunkban, a szokásjogban vagy a józan észben gyökerezik).... Megkérdőjelelem a Bíróság bölcsességét, hogy egy ilyen szűk körű ügy eldöntésére átfogó új szabályokat bocsát ki.

<sup>40</sup> Antonin Scalia, The Rule of Law as a Law of Rules, U56. of Chicago L. Rev. 1175 (1989).

<sup>41</sup> Úgy tűnik, hogy ugyanezt a kategorikus szabályok iránti elkötelezettséget tulajdonította Istennek. Egy olyan ügy szóbeli tárgyalásán, amelyben egy muszlim fogvatartott a vallási földhasználati és intézményesített személyekről szóló törvény (RLUIPA) alapján vallási alkalmazkodást kért, hogy szakállat növesztessen, Scalia megrótták a fogvatartott ügyvédjét, amiért a börtön szabályok és a teljes szakállra

vonatkozó vallási előírás közötti ésszerű kompromisszumként egy fél hüvelykes szakáll lehetőségét ajánlotta fel, mondván: "a vallási meggyőzések nem ésszerűek,... a vallási meggyőzések kategorikusak. Tudod, Isten mondja neked. Ez nem ésszerűség kérdése. Isten legyen ésszerű?" Transcript of Oral Argument, Holt v. Hobbs , 135 S. Ct. 853 (2015) (No. 13-6827), 2014 WL at5398229, \*5.

tényezők, ebben kilenc plusz egy van." Sokkal jobb, ha van egy világos, korábban megfogalmazott szabály, amelyre a döntés magyarázataként hivatkozni lehet, még akkor is, ha ez az általánosítás enyhe érdemi torzítással jár.<sup>42</sup>

Az egyértelmű szabályok<sup>43</sup> megfogalmazása és betartása érdekében hajlandó volt eltérni a hibát, sőt az igazságtalanságot is egy-egy egyedi esetben, ami odáig vezetett, hogy azt javasolta, hogy egy halálra ítélt vádlott tényleges ártatlansága önmagában nem elegendő alap arra, hogy a bíróság újratárgyalja az ügyét.<sup>44</sup> Ezzel egyenesen annak az ingának az egyik végpontjára került, amely az angol-amerikai jogban egy évezreden át ingázott a szabályok és a normák, a jog és a méltányosság, a cselekvési formák és a kancellár lába között. Scalia távolról sem tekintette kritikának a formalizmus vádját, hanem felkiáltott: "Éljen a formalizmus. Ez teszi a kormányt a törvények és nem az emberek kormányává".<sup>45</sup>

Scalia számára a textualizmus megkönnyítette a formalizmust, és gyorsan rámutatott arra, hogy "[e]gyetlen jogkérdés, amelyet szövetségi bíróként megoldott, a szöveg értelmezése - egy rendelet, egy törvény vagy az alkotmány szövege."<sup>46</sup> Ezért óva intett attól, hogy a jogszabálysövegek - beleértve az alkotmányokat is - bírói értelmezésébe átvigyék "a common law bíró hozzáállását - azt a gondolkodásmódot, amely azt kérdezi: "Mi a legkívánatosabb megoldás ebben az ügyben, és hogyan kerülhetők ki az eredmény elérésének akadályai?"<sup>47</sup>

Amiért úgy látta, hogy ez a common-law gondolkodásmód sajnálatos módon továbbra is fennáll, Scalia elsősorban az amerikai jogi oktatást hibáztatta, amely továbbra is a "nagy bíró képét" sulykolja a joghallgatókba, mint a "nagy bíró".

az az ember (vagy nő), aki elég intelligens ahhoz, hogy tudja, mi a legjobb jogi szabály az adott ügyre, és aztán elég ügyes ahhoz, hogy a korábbi ügyeken keresztülfutva, a tört mezőn keresztül szabadon érvényesíthesse ezt a szabályt - megkülönböztetve egy korábbi ügyet a balján, egyenesen átvágva egy másikat a jobbján, magasra lépve egy másik precedens elöl, amelyik éppen hátulról akarja megtámadni, amíg (bravó!)

---

<sup>42</sup> Antonin Scalia, The Rule of Law as a Law of Rules, U56. of Chicago L. Rev. at 1178.

<sup>43</sup> Ahogy egy híres szerződési jogi ügy kapcsán mondta: "Ha úgy gondolja, hogy borzasztóan fontos, hogy az ügy rosszul végződött, akkor még nem úgy gondolkodik, mint egy jogász - vagy legalábbis nem úgy, mint egy közönséges jogász. Ez tényleg másodlagos. A híres régi ügyek, tudja, nem azért híresek, mert jól jöttek ki, hanem azért, mert az általuk kihirdetett jogszabály volt az intelligens". Antonin Scalia, Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws, The Tanner Lectures on Human Values (Princeton University 1995), 82. o. A Tanner-előadások később könyv formájában, számos kommentárral együtt, A Matter of Interpretation (Az értelmezés kérdése) címmel jelentek meg: Federal Courts and the Law (Princeton: Princeton University Press 1997).

<sup>44</sup> Lásd *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390, 428 (1992)(Scalia, egyetértő)(megjegyezve "a jelenlegi Bíróság vonakodását, hogy nyilvánosan elismerje, hogy a mi tökéletes alkotmányunk bármilyen igazságtalanságot elvisel, még kevésbé egy ártatlan ember kivégzését, aki megkapta, bár eredménytelenül, az összes olyan eljárást, amelyet társadalmunk hagyományosan megfelelőnek tart", és azt sugallja, hogy ilyen esetben csak "a végrehajtó kegyelem", nem pedig a bírósági jogorvoslat

lenne megfelelő).

<sup>45</sup> Scalia, Common-Law Courts in a Civil-Law System at 100.

<sup>46</sup> Id. 88.

<sup>47</sup> Id.



eléri célját: a jó jogot. A nagy bírónak ez a képe megmarad az egykori joghallgatóban, amikor ő maga is bíróvá válik, és így a common law hagyománya tovább és tovább öröklődik.<sup>48</sup>

Amit Scalia itt hősies "korábbi eseteken való átfutásként" jellemez, az pontosan az a jelenség, amit én inkább a korábbi precedenseknek az "adott ügyre vonatkozó legjobb jogszabálynak" merev formájába való prokrusztikus illesztéseként jellemeznék.<sup>49</sup> Ha ezt a jelenséget egy alkotmányjogi, nem pedig egy szokásjogi ügyben írom le, akkor hűségesebb vagyok Scalia saját elkötelezettségéhez, ha negatívan jellemzem, egy Prokrusztészhez hasonló gazember romboló munkájához hasonlóan, nem pedig egy sztársportoló hősies sikeréhez?<sup>50</sup> Ha igazam van abban, hogy Scalia többségi véleményei alkotmányos ügyekben gyakran azt teszik, amit ő elítél, akkor vajon abban a téveszmében szenved, amellyel más amerikai ügyvédek és bírákat vádol, akik szerinte nem veszik figyelembe feladataik megváltozott jellegét az általa új, demokratikusan meghatározott, polgári jogi rendszerüként jellemzett rendszerben? Talán, de a helyzet némileg bonyolultabb, mert Scalia prokrusztészi hajlamai leginkább olyan ügyekben mutatkoznak meg, amelyek - bár alkotmányosak lehetnek - saját állítása szerint nem az alkotmányszöveg értelmezésével kapcsolatosak, mert az inkorporációs doktrínától függenek, amely doktrína szerinte az alkotmányszövegben való legitim alap nélkül alakult ki.

Ahhoz, hogy ezt világossá tegyük, ki kell fejtenünk valamit, amit a legtöbb amerikai jogász, beleértve a Legfelsőbb Bíróság bírait is, hajlamos elhallgatni, noha tökéletesen tisztában vannak vele: Amikor az amerikai alkotmányt a tizennyolcadik században ratifikálták, a benne foglalt Bill of Rights (beleértve az első kiegészítést a szólás, a vallás és a sajtó védelmével, az ötödik kiegészítés tulajdonjogi védelméről, valamint a büntetőjogi vádlottak különböző védelméről) csak a szövetségi kormány ellen működött. Amennyiben az egyes államoknak is alkotmányos kötelezettsége lenne például a szólásszabadság védelme, ez a kötelezettség csak az adott állam alkotmányából eredne. Csak a tizenegyedik módosításnak a polgárháborút követő ratifikálása óta eltelt másfél évszázad során jutott el a Legfelsőbb Bíróság arra az álláspontra, hogy a Bill of Rights legtöbb rendelkezése az államokra is vonatkozik. A folyamat, amelynek során ez megtörtént, nem volt átfogó, hanem apránként és fokozatosan zajlott, az egyes rendelkezéseket idővel különálló ügyekben vizsgálták, és időnként elutasították a következő rendelkezéseket

---

<sup>48</sup> Id. 85. Megjegyzendő, hogy Scalia néha fontos különbséget tesz a "legkívánatosabb megoldás" elérése "az adott ügyben" és a "legmegfelelőbb jogszabálynak" a megtalálása között.

Máshol Scalia megjegyzi, hogy "a common law zsenialitását abban látják, hogy közel marad a tényekhez, nem támaszkodik átfogó általánosításokra, és ezáltal jelentős mozgásteret hagy a jövőbeli bírónak". Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules* (A jogállamiság mint a szabályok törvénye), 1177. o. Scalia nem ezt a módszert alkalmazza, akinek célja mindig az, hogy a jövőbeli bírák - beleértve őt magát is - mérlegelési jogkörét korlátozza, lásd id. at 1179, olyan szabály megfogalmazásával, ahol csak lehetséges, amely az egyéni ténybeli megfontolások fölé emelkedik.

<sup>49</sup> Természetesen, ahogyan azt az előző lányszövegben kifejtettük, a korábbi precedensek megkerülésével lehet tört pályán futni, pusztán azért, hogy az adott ügyben gólt szerezzünk, nem pedig azért, hogy az esetek egy csoportjára vonatkozó általános szabályt fogalmazzunk meg, de Prokrusztészhez hasonlóan Scalia is vaságyat akar, amely készen áll arra, hogy ne csak a ma esti

látogatókat, hanem a még érkező vendégek sokaságát is befogadja.

<sup>50</sup>Nevezhetném úgy is, hogy ez egy másfajta nemi metafora, a csodálat és az elítélés közötti középutat elfoglalva.

egy adott jog beépítése az államokkal szemben.<sup>51</sup> Míg <sup>52</sup>például az Első Alkotmánykiegészítésben foglalt szólásszabadság védelmét a huszadik század elején ismerték el, csak az új évezredben kezdték el ugyanezt a fegyverek tartásához és viseléséhez való második alkotmánykiegészítésben foglalt joggal kapcsolatban.<sup>53</sup>

Az államokkal szemben a Bill of Rights rendelkezéseinek beépítéséhez szükséges szöveges horgot a tizennegyedik módosítás Due Process Clause-je jelentette. Ez technikailag a Bill of Rights védelmének beépítését az anyagi jogi eljárás egy formájává teszi, ugyanannak a doktrinális kategóriának, amely olyan ellentmondásos védelmekhez vezetett, mint a gazdasági szabadságjogok védelme a Lochner-korszakban<sup>54</sup> és az abortusz védelme a *Roe kontra Wade*<sup>55</sup> és annak utódaiban. Scalia általánosságban nem volt híve az anyagi jogi eljárásnak, mivel azt oximoronikusnak tartotta, mivel "kikerülhetetlen feltételei szerint" a Due Process Clause "csak eljárást garantál".<sup>56</sup> "Ha mást mondanánk", Scalia szerint "az azt jelentené, hogy feladjuk a textualizmust, és a demokratikusan elfogadott szövegeket a bírósági jogalkotás pusztá ugródeszkájjá tennénk".<sup>57</sup> Mégis "belenyugodott abba, hogy a Bíróság bizonyos garanciákat beépít a Bill of Rights-ba, "mert az egyszerre régóta bevett és szűken korlátozott".<sup>58</sup>

Mivel sem a szöveg, sem az eredeti jelentés, hanem csak *a stare decisis*, a precedensek halmozott súlya alapozza meg a Bill of Rights rendelkezéseinek az államokra való alkalmazását, a beépített rendelkezést érintő ügyben döntést hozó bíró szükségszerűen a common law bírójaként jár el, anélkül, hogy a common law módszereinek polgári jogi jellegű alternatívájához férne hozzá. Az ilyen bírónak szükségszerűen "különbséget kell tennie precedens[ek] között... amíg (bravó) el nem éri célját: a jó jogot"<sup>59</sup>, még akkor is, ha ez azt jelenti, hogy "a common law bíró Mr. Fix-it mentalitásával támadja a vállalkozást", ami Scalia figyelmeztetése szerint "az inkompetencia és a bitorlás biztos receptje".<sup>60</sup>

### III. A szabad gyakorlás doktrínájának beillesztése egy Prokrusztészi ágyba

Ezeket a háttérmegefontolásokat szem előtt tartva hadd térjek most rá egy olyan fontos Scalia-vélemény részletes elemzésére, amely megfelel az általam azonosított prokrusztikus mintának,<sup>61</sup> a szabad

---

<sup>51</sup> A még be nem épített rendelkezések között szerepelnek az esküdtszéki tárgyaláshoz kapcsolódó bizonyos eljárási jogok. Lásd *McDonald kontra Chicago*, U561.S. (7422010) lábjegyzetben és 1314.

<sup>52</sup> Lásd *Gitlow kontra N.Y.*, U268.S. (1925)252.

<sup>53</sup> Lásd *McDonald kontra Chicago*, Egyesült 561 Államok (7422010).

<sup>54</sup> Lásd a *Lochner v. N.Y.*, U198.S. (451905) ügyet, amely a legkorábbi és legjelentősebb ügyek közé tartozott a szerződési szabadság egyes aspektusait alkotmányba foglaló, azóta hatályon kívül helyezett ügyek sorában.

<sup>55</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>56</sup> Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System* at 99.

<sup>57</sup> Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System* at 99.

<sup>58</sup> *McDonald kontra Chicago*, 561 U.S. 742 (2010). A *McDonald*-ügy szóbeli vitája során még annak lehetőségét is elhárította, hogy az inkorporációt egy potenciálisan biztonságosabb szöveges alapra, a tizennegyedik módosítás kiváltságok és mentességek klauzulájára helyezték át, ami néhány konzervatív jogtudóst azzal vádolta, hogy elárulta elveit. Lásd Josh Blackman és Ilya Shapiro, *Is Justice Scalia Abandoning Originalism?* DC Examiner 2010. március 9., elérhető a

<https://www.cato.org/publications/commentary/is-justice-scalia-abandoning-originalism> oldalon.

<sup>59</sup> Scalia, Common-Law Courts in a Civil-Law System at 85.

<sup>60</sup> Id. 99

<sup>61</sup> Lásd pl. R.A.V. v. City of St. Paul, U505.S. (3771992).

vallásgyakorlás ügy *Employment Division v. Smith*,<sup>62</sup> amelyben hősiiesen igyekszik egyetlen ügyet sem hátrahagyni a kategorikus szabály kihirdetése felé vezető úton. A *Smith* az Első Kiegészítés vallási klauzulájának az államokkal szembeni beépítéséről szólt, egy olyan alaposan megvalósított beépítésről, hogy az ilyen besorolás technikai pontatlansága ellenére jellemzően minősítés nélkül hivatkoznak rá, mint az Első Kiegészítés ügyére. Scalia véleményének legelső mondata ugyanis egyszerűen így hangzik: "Ebben az ügyben arról kell döntenünk, hogy az *Első Kiegészítés szabad gyakorlására vonatkozó klauzulája* megengedi-e Oregon államnak, hogy a vallási ihletésű peyote-használatot a kábítószer használatára vonatkozó általános büntetőjogi tilalom hatálya alá vonja, és így megengedi-e az államnak, hogy megtagadja a munkanélküli-ellátást azoktól a személyektől, akiket ilyen vallási ihletésű használat miatt bocsátottak el a munkahelyükről."<sup>63</sup>

Smith, egy amerikai őslakos kábítószer-tanácsadó azért vesztette el az állását, mert az amerikai őslakos egyház tagjaként részt vett a hallucinogén peyote rituális szentségi fogyasztásában, amelynek használatát Oregon állam anélkül kriminalizálta, hogy a vallási célú használatra mentességet biztosított volna, noha számos más állam és a szövetségi kormány saját kábítószer-törvényeiben ilyen mentességet biztosított. A Smith-ügyet megelőző negyedszázad során az amerikai Legfelsőbb Bíróság által eldöntött szabad vallásgyakorlással kapcsolatos ügyek egy olyan tesztet alkalmaztak, amelyet először egy másik munkanélküli kártérítési ügyben, a *Sherbert v. Verner ügyben határoztak meg*,<sup>64</sup> amely előírja, hogy "a vallási gyakorlatot jelentősen megterhelő kormányzati intézkedéseket kényszerítő kormányzati érdeknek kell igazolnia". Ha az intézkedés nem igazolható ilyen módon, a Bíróság úgy ítélte meg, hogy a vallási indíttatású ellenző alkotmányosan jogosult a kormányzati intézkedés alóli mentességre. Bár végül kevesen voltak sikeresek azok közül, akik a Legfelsőbb Bíróság előtt mentességi kérelmet nyújtottak be, a kényszerítő kormányzati érdek eléréséhez szükséges szűkre szabott, standardszerű megfogalmazás áthatotta az ügyeket ebben a negyedszázados időszakban.

Scalia természetesen a szabályokat részesítette előnyben a normákkal szemben, gyűlölte a mérlegelési teszteket, és megragadta az alkalmat, hogy a többségi véleményt arra bízták, hogy a szabad testgyakorlásra vonatkozó követelésekre vonatkozó kategorikus szabályt fogalmazzon meg. Visszanyúlva a *Reynolds kontra U.S.*<sup>65</sup>, egy XIX. századi, alapvető jelentőségű ügyre, amely a Utah állam területén élő mormonok sikertelen próbálkozásaira vonatkozott, <sup>66</sup>hogy vallási mentességet kérjenek a poligámiát büntető törvények alól, Scalia kijelentette, hogy a *Reynolds óta* "a későbbi határozatok következetesen úgy ítélték meg, hogy a szabad vallásgyakorlás joga nem mentesíti az egyént a kötelezettség alól, hogy egy "érvényes és semleges, általánosan alkalmazandó törvényt betartson azon az alapon, hogy a törvény olyan magatartást tilt (vagy ír elő), amelyet a vallása előír (vagy tilt)".<sup>67</sup> Ezt az alkotmányos szabályt minden, a szabad vallásgyakorlás alóli mentességre vonatkozó igényre alkalmazandónak tartotta. Scalia jellemzése maga a *Reynolds* vitathatatlannal helyes volt. Az az ügy kimondta:

---

<sup>62</sup> Emp't Div., Dep't of Human Res. of Or. v. Smith, U494.S. 872(1990).

<sup>63</sup> Id. 874.

<sup>64</sup> 374 U.S. 398 (1963) Sherbert elvesztette az állását, amikor hetedik napi adventistaként megtagadta a szombati munkavégzést; az állami törvény kifejezetten védte azokat, akik vasárnapi

szombatot tartottak.

<sup>65</sup> Reynolds kontra Egyesült Államok, USA98 (1878145)

<sup>66</sup> Mivel Utah akkoriban a szövetségi kormány területe volt, nem pedig állam, a Reynolds, ellentétben a Smith-üggyel, valóban a szigorú értelemben vett első alkotmánymódosítással kapcsolatos ügy volt.

<sup>67</sup> Smith, U440.S. at (879idézi a U. S. v. Lee ügyet).

A törvények a cselekedetek kormányzására szolgálnak, és bár nem avatkozhatnak bele a pusztá vallásos hitbe és véleményekbe, de a gyakorlatokba ..... igen[Engedélyezni].

egy ember [hogya] a vallási meggyőződése miatt mentegesse az ezzel ellentétes gyakorlatát ... .

azt jelentené, hogy a vallási hitvallás tanításait az ország törvényei fölé helyeznék, és tulajdonképpen lehetővé tennék, hogy minden polgár saját maga számára törvény legyen.<sup>68</sup>

De hogy alátámassza azt a kijelentést, hogy "több mint egy évszázadnyi szabad vallásgyakorlással kapcsolatos joggyakorlatunk" azt állapította meg, hogy "az egyén vallási meggyőződése nem mentesíti őt egy egyébként érvényes törvény betartása alól, amely tiltja az állam által szabadon szabályozható magatartást"<sup>69</sup>, bizarr módon nem a *Reynolds-ügy* kezdte, hanem egy olyan ügyből vett idézettel, amelyet más okokból néhány évvel a döntés után már hatályon kívül helyeztek, a *Minersville School District v. Gobitis ügy*ről.<sup>70</sup> Valóban, a *Gobitis*re vonatkozó idézetek zárójelbe tették Scalia *Reynolds*ról szóló vitáját, anélkül, hogy Scalia megemlítette volna, hogy a *Gobitis*t ennyi szóval "felülbírálták"<sup>71</sup>, arról nem is beszélve, hogy azt "széles körben... a Bíróság egyik nagy alkotmányos tévedésének tekintik".<sup>72</sup> Bár a Bíróság a *Gobitis-ügyben* 1940-ben a fiatal Jehova Tanúi vallási mentesség iránti kérelmével szemben helyt adott az iskolások kötelező zászlós tisztelgésének, 1943-ra, amikor az Egyesült Államokban már javában zajlott a második világháború, és aggályok merültek fel a fogadalmi gesztusnak a "náci-fasiszta tisztelgéshez" való hasonlósága miatt, a Bíróság a<sup>73</sup> a Bíróság megfordította az irányt, és a szólásszabadság védelmének megsértésének minősítette, ha a diákokat a zászló előtt való tisztelgésre és a hűségeskü elmondására kényszerítik, függetlenül attól, hogy az ezzel kapcsolatos ellenvetéseik vallási alapon állnak-e. Ez a bírósági döntés nem volt elfogadható.

Scalia képes volt szó szerint átvenni saját szabálya szövegének nagy részét, amely kategorikusan megköveteli még a vallási ellenzőktől is, hogy "megfeleljenek egy 'érvényes és semleges, általánosan alkalmazható törvénynek'", egy nemrég eldöntött ügyből, az *Egyesült Államok kontra Lee-ügy*ről,<sup>74</sup> amely elutasította egy amish munkáltatónak a társadalombiztosítási adó alóli mentesség iránti kérelmét. Scaliának az a nehézséggel kellett szembenéznie, hogy míg a Lee talán vesztett, a Bíróság helyt adott egy másik amish felperes, Yoder alkotmányos igényének, hogy mentesüljön egy semleges és általánosan alkalmazandó törvény alól, amely előírja, hogy kisgyermeküket tizenhat éves korukig iskolába kell járattatniuk.<sup>75</sup> Ráadásul a *Smith*-t közvetlenül megelőző évtizedekben a Legfelsőbb Bíróság előtt korábban sikeresen eljáró, a vallásgyakorlás szabadságára vonatkozó igénylők között három olyan volt, aki munkanélküli segélyre hivatkozott, köztük a *Sherbert*, a Legfelsőbb Bíróság legelső olyan ügye, amely alkotmányos kérdésként<sup>76</sup> előírta az olyanok számára, akiknek a vallásgyakorlását a kormányzat terheli. Ahhoz, hogy kategorikus szabályát érvényre juttassa, Scaliának vagy felül kellett bírálnia, vagy meg kellett különböztetnie ezeket az ügyeket. Az esetek prokrusztkus illeszkedését választotta.

<sup>68</sup> Reynolds kontra Egyesült Államok, U98.S., 167-8. o., idézi a Smith, U440.S., U.S., 167-8. o. 879.

<sup>69</sup> Smith, U440.S. at 879.

<sup>70</sup> Minersville School Dist. v. Gobitis, U310.S. (5861940).

<sup>71</sup> W. Va. State Bd. of Educ. v. Barnette, U319.S. 642624,(1943).

<sup>72</sup> Michael McConnell, John H. Garvey és Thomas C. Berg. Religion and the Constitution, 2d Edition (New York: Aspen 2006), 144.

<sup>73</sup> Barnette, U319.S., ftnote 627,3.

<sup>74</sup> Lásd United States v. Lee, 455 U.S. 252, 263, n. 3 (1982). A Lee, a Reynoldshoz hasonlóan, nem a beolvasztást, hanem a szövetségi fellépést, és így az Első Alkotmánymódosítást érintette. Érdeemes megjegyezni, hogy mindazok az ügyek, amelyeket Scaliának hősieen meg kellett különböztetnie ahhoz, hogy megállapítsa, hogy az általános szabály az, amit a Lee-ből idézett, az Első Alkotmánymódosítás államokkal szembeni beépítésével kapcsolatosak.

<sup>75</sup> Lásd Wisconsin kontra Yoder, USA (4062051972).

<sup>76</sup> A törvényhozás már korábban is biztosított, a Bíróság pedig alkalmazta a törvényes alkalmazkodást.



keretébe, és azt a megdöbbentő állítást tette, hogy a Legfelsőbb Bíróság "soha nem mondta ki, hogy egy egyén vallási meggyőződése felmenti őt egy egyébként érvényes törvény betartása alól, amely tiltja az állam által szabadon szabályozható magatartást"<sup>77</sup>, és "soha nem érvénytelenített semmilyen kormányzati intézkedést a Sherbert-teszt alapján, kivéve a munkanélküli segély megtagadását".<sup>78</sup> A munkanélküli-kártalanítási rendszerek - érvelt - "a releváns magatartás okainak egyénre szabott kormányzati értékelését" foglalják magukban, és a Bíróság "a munkanélküli-ügyekben hozott határozatai azt a tételt képviselik, hogy ahol az állam egyéni mentességek rendszerével rendelkezik, ott nem tagadhatja meg kényszerítő ok nélkül e rendszer kiterjesztését a "vallási nehézségek" eseteire". Különösen azért, mert a *Smith* maga egy munkanélküli kártérítési ügy volt, ez a különbségtétel korántsem volt meggyőző, ezért Scalia hangsúlyozta, hogy Smith azért veszítette el az állását, mert Oregon kriminalizálta a peyote használatát, míg a sikeres felperesek magatartása mind legális volt.

Scaliának így is meg kellett különböztetnie a *Wisconsin kontra Yoder* ügyet, amely nemcsak "felmentette [a Yodereket] az egyébként érvényes" iskolatörvény betartása alól, hanem "érvénytelenítette [a] kormányzati intézkedést", amikor bíróságot szabott ki a Yoder-szülőkre azért a vétségért, hogy nem küldték tovább a gyermekeiket az iskolába. Scalia megoldása az volt, hogy kitalált egy új kategóriát, a "hibrid jogokra" vonatkozó követeléseket. Ragaszkodott ahhoz, hogy ahogyan néhány más sikeres, a szabad testgyakorlásra vonatkozó igénylő is párosította vallási igényét a szólásszabadságra vonatkozó igényekkel, Yoder győzelme a vallási és a szülői jogokra vonatkozó igények kombinációján múlt. Scalia hangsúlyozása a Yoder-ügy szülői jogi komponensére különösen furcsa volt, tekintettel arra a véleményére, hogy a "szülői jogok felsorolás nélküli elmélete, amely [a *Yoder-ügy* és a *Smith-ben* idézett két másik szülői jogi ügy] alapjául szolgál, kevésbé tart igényt a *stare decisis* védelmére".<sup>79</sup>

Erőfeszítései nem nyugtázták le az alsóbb fokú bíróságokat, amelyek az azóta eltelt évtizedekben számos olyan ügyet kaptak, amelyekben "hibrid jogokra" hivatkoztak, és nemcsak hogy mindet elutasították, de még azt a gondolatot is elvetették, hogy egy ilyen igény valaha is életképes lehet. A kontraszt az alsóbb fokú bíróságok bíráinak a Scalia *Windsor* különvéleményében szereplő, az azonos neműek házassága mellett szóló Kasszandra-szerű érvelés iránti fogékonysága és az ő prokrusztikus hibridjogi elemzésének teljes elutasítása között, amelyet egy reprezentatív alsóbb fokú bírósági vélemény "teljesen logikátlannak" nevezett, nem is<sup>80</sup> lehetne élesebb.

A bíróságok valóban alkalmazták a Scalia által a *Smith-ügyben* kihirdetett kategorikus szabályt, de a tudományos kommentátorok, aktivisták és gyakorlati szakemberek annyi kifogást emeltek ellene, hogy a *Smith* "az utóbbi idők egyik legsúlyosabban kritizált alkotmányos döntése" lett.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Smith, U440.S. at 879.

<sup>78</sup>Id. 883.

<sup>79</sup> Troxel v. Granville, 530 U.S. 57, 92(2000)(Scalia, különvélemény)("A Bíróságnak csak három ítélete támaszkodik részben vagy egészben a szülők azon érdemi alkotmányos jogára, hogy irányítsák gyermekeik nevelését.

-- ezek közül kettő egy olyan korszakból származik, amely gazdag volt az azóta már elvetett, érdemi eljárásra vonatkozó határozatokban. Lásd Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390... (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510... (1925); Wisconsin v. Yoder, U406.S. 205.... (1972)").

<sup>80</sup> Lásd *Kissinger v. Bd of Trustees of Ohio State Univ.*, 5 F.3d (177,6180<sup>th</sup> Cir.1993).

<sup>81</sup> *McConnell, et al., Religion and the Constitution* (2d Ed.2006) 145. o. El kell árulnom, hogy sok más tudományos kommentátorral ellentétben én mindig is úgy gondoltam, hogy a Smith-ügyben helyesen döntöttek, hogy a vallásszabadság helyreállításáról szóló törvény elfogadása a Smith-ügyre válaszul hiba volt, és hogy a probléma a

A döntést követő három éven belül az Amerikai Polgári Szabadságjogi Uniótól a Hagyományos Értékek Koalíciójáig a legkülönbözőbb hitbéli hagyományokat és politikai meggyőződéseket képviselő polgári szabadságjogi és vallási jogvédő csoportok széles körű koalíciója meggyőzte a szinte egyhangúlag hozott amerikai Kongresszust, hogy elfogadja az 1993-as vallásszabadság helyreállításáról szóló törvényt (RFRA), amelynek bejelentett "célja" az volt, hogy "visszaállítsa a *Sherbert kontra Verner*, ... és a *Wisconsin kontra Yoder* ügyben meghatározott kényszerítő érdek tesztet, ... és garantálja annak alkalmazását minden olyan esetben, amikor a vallás szabad gyakorlását jelentős mértékben terhelik".<sup>82</sup> A Bíróság, amely nem nézte jó szemmel azt, amit saját előjogainak bitorlásának tekintett, úgy látta, hogy az RFRA sérti mind a hatalmi ágak szétválasztását, mind a föderalizmus elveit, és úgy ítélte meg, hogy a Kongresszusnak nincs hatásköre arra, hogy az RFRA-t az államokra kényszerítse.<sup>83</sup> Mindazonáltal az RFRA továbbra is alkalmazandó a szövetségi kormányzatra, az államok mintegy fele emellett saját úgynevezett mini-RFRA-t fogadott el, és az RFRA egyes aspektusait a Kongresszus a vallási földhasználatról és az intézményesített személyekről szóló törvényen (RLUIPA) keresztül sikeresen rákényszerítette az államokra.

Scalia prófétai módon figyelmeztetett a Smith-ügyben:

A válaszadók által támogatott szabály [amely a vallási tiltakozóra alkalmazva vélelmezetten érvénytelennek tekint minden olyan magatartási szabályozást, amely nem védi a legmagasabb rendű érdeket] megnyitná a kilátást arra, hogy . . . szükséges vallási mentességeket szinte minden elképzelhető állampolgári kötelezettség alól - a kötelező katonai szolgálattól kezdve az adófizetésig; az egészségügyi és biztonsági szabályozásig, mint például az emberölésről és a gyermek elhanyagolásáról szóló törvények, a kötelező védőoltásokról szóló törvények, a kábítószer-törvények és a közlekedési törvények; a szociális jóléti jogszabályokig, mint például a minimálbérről szóló törvények, a gyermekmunkára vonatkozó törvények, az állatkínzásról szóló törvények, a környezetvédelmi törvények és a fajok esélyegyenlőségét biztosító törvények."<sup>84</sup>

Bár több mint két évtizedbe telt, mire a szörnyűségek parádéjához hasonló dolgok teljes erővel bevonultak, az elmúlt néhány évben az RFRA-t a szexuális kultúrharc új frontjaként mozgósították. Több száz sikeres ügyet - köztük több, a Legfelsőbb Bíróságig jutott ügyet is - indítottak profitorientált vállalatok és vallási nonprofit<sup>85</sup> szervezetek nevében, amelyek a szabad vallásgyakorlásra nehezedő teherként támadták meg a megfizethető egészségügyi ellátásról szóló törvény azon előírását, amely szerint a munkáltatóknak a fogamzásgátlók teljes körű fedezetét be kell építeniük az alkalmazottaiknak nyújtott egészségbiztosítási juttatások közé. Állami szinten az azonos neműek házasságát ellenzők, a cukrászoktól és virágárosoktól kezdve az olyan megyei hivatalnokokig, mint a Kentucky állambeli Kim Davis, az RFRA-ra hivatkoztak, vagy új állami RFRA-kért lobbiztak. Ruth Bader Ginsburg bírónő a *Hobby Lobby-ügyben*, a fogamzásgátlási mandátummal kapcsolatos ügyek közül elsőként a Legfelsőbb Bíróság elé kerülő ügyben megfogalmazott különvéleményében az RFRA szerinti szörnyűségek még hosszabb parádéját vonultatta fel.

---

Scalia véleménye a Smith-ügyben nem az általa kihirdetett kategorikus szabály volt, hanem az a díszes

tánc, amelyet azért folytatott, hogy egyetlen korábban eldöntött esetet sem hagyott hátra a szabály megerősítése során. Én felülbíraltam volna a Yodert, amely szerintem eleve rosszul volt eldöntve. Lásd Mary Anne Case, Why "Live-And-Let-Live" Is Not a Viable Solution to the Difficult Problems of Religious Accommodation in the Age of Sexual Civil Rights, U88.S.C. L. Rev. (463,2015).469

<sup>82</sup>42 U.S.C. §§ 2000bb (b)(1).

<sup>83</sup> Lásd: City of Boerne kontra Flores, USA (5215071997).

<sup>84</sup> Smith, U440.S., 888-9. o. (idézetek kihagyva).

<sup>85</sup> Lásd pl. Zubik v. Burwell, S136. Ct. (15572016).

mint Scalia *Smith-ügyben*.<sup>86</sup> Amint Scalia maga is rámutatott a *Hobby Lobby* szóbeli vitájában, a hosszabb lista egyik oka az volt, hogy az RFRA túllépett a "Foglalkoztatási osztály kontra *Smith* törvény előtti jogon", mivel a "kényszerítő állami érdek tesztjét a korábbi ügyekben soha nem kísérte a legkevésbé korlátozó alternatíva", mint az RFRA-ban.<sup>87</sup>

Az RFRA fényében hogyan kell értékelnünk Scalia prokrusztikus erőfeszítéseinek sikerét, hogy a *Smith-ügyben* a szabad vallásgyakorlással kapcsolatos ügyekre merev szabályt kényszerítsen ki? Egyrészt, amikor a *Smith-ügyben* elutasította a vallási mentességekhez való alkotmányos jogot az általánosan alkalmazandó törvények alól, Scalia világossá tette, hogy nem zárja ki a mentességek lehetőségét, csupán "a politikai folyamatra bízva az alkalmazkodást", még akkor is, ha ez "relatív hátrányos helyzetbe hozná azokat a vallási gyakorlatokat, amelyeket nem gyakorolnak széles körben".<sup>88</sup> Scalia hajlandósága, hogy a kisebbségek jogait a politikai folyamatra bízva (és talán az a várakozása, hogy ebben a folyamatban veszíteni fognak), egyesíti mind a fent tárgyalt meglejtési ügyekben, mind a vallási alkalmazkodási ügyekben bejelentett megközelítését. De egyik ügycsoportban sem kapja meg, amit akar. Ami a melegek jogait illeti, Scalia tiltakozása ellenére, hogy az eredmény "veszélyt jelent az amerikai demokráciára".<sup>89</sup> A Bíróság alkotmányba foglalta azt a víziót, amit a különvéleménye megidézett. Ami a vallási alkalmazkodást illeti, Scalia arra számított, hogy a törvényhozás legfeljebb szabályszerű, kategorikus mentességeket fog elfogadni bizonyos szűken meghatározott, vallási indíttatású tevékenységekre.<sup>90</sup> Úgy gondolta, hogy megölte a vallási mentességekre vonatkozó kényszerítő kormányzati érdek tesztjét azzal, hogy úgy alakította át, hogy az beleférjen a *Smith-ügyben* hozott prokrusztikus ágyába. De a teszt távolról sem maradt biztonságosan halott, hanem minden eddiginél erősebben támadt fel újra, ezúttal demokratikus felhatalmazással és szinte korlátlan hatókörrel az RFRA formájában. Éppen azt, amit "borzalmasnak talált elgondolni", nevezetesen, hogy "a szövetségi bírák rendszeresen mérlegelni fogják az általános törvények fontosságával szemben a vallásgyakorlás jelentőségét", most a törvényhozás parancsolta meg, akitől világos szabályokat remélt. Egy metaforát kölcsönözve, amelyet Scalia egy másik, a vallási záradékkal kapcsolatos ügyekben alkalmazott bírói tesztre vonatkozóan használt, "[I]lyennek tűnik egy késő esti horrorfilmben egy ghoul, amely ismételt felül a sírjában és külföldre csoszog, miután többször megölték és eltemették",<sup>91</sup> a vallási mentességekre vonatkozó kényszerítő érdek tesztje felemelkedett, hogy kísértse őt.

Scalia örökségének értékelésénél tehát figyelembe kell vennünk, hogy számára milyen perverz következményekkel jártak mind a prokrusztikus többségi véleményei, mind a Kassandra-szerű különvéleményei, amelyek mindegyike végső soron kudarcnak tekinthető, mivel minden igyekezete ellenére az általa elnyomni kívánt megközelítések érvényesültek, és a jog pontosan az ellenkező irányba mozdult el, mint amelybe ő akarta terelni.

---

<sup>86</sup> *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 513 U.S. 267 (2014) (Ginsburg, különvélemény).

<sup>87</sup> *Sebelius v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 2014 S.Ct. 358 (2014) (Scalia, különvélemény).

<sup>88</sup> Smith, U440.S. at 890.

<sup>89</sup> Obergefell, S135.Ct at (2626Scalia, más véleményen).

<sup>90</sup> Az RFRA-t biztosan nem várta, és nem is üdvözölte. Amint azt a Holt v. Hobbs, 13- 6827, 26. o. szóbeli vitájában mondta, "ne feledjék, én nem hoztam volna meg ezt a törvényt".

<sup>91</sup> Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District, 508 U.S. 384, 398(1993) (Scalia, egyetért az ítéletben) (az Establishment Clause Lemon-tesztjére hivatkozva).