

Benyújtási változat1 - legutóbbi felülvizsgálat
2012.5.3.

ALKOTMÁNYOS JOGOK ÉS A JOGHATÓSÁG PROBLÉMÁJA*

Christopher J. Peters†

Ez a cikk az alkotmányos jogok és a bírósági felülvizsgálat egyébként kiterjedt szakirodalmának egy rejtélyes hiányosságára ad választ: az alkotmányos jogok tekintélyének hiányára. A bírói úton érvényesíthető alkotmányos jogok védelmezői és kritikusai jellemzően politikai erkölcsi alapon érvelnek, azt állítva, hogy a demokratikus jogrendszereknek politikai kérdésként kell (vagy nem kell) elfogadniuk az alkotmányos jogokat. Ez a kérdés irrelevánssá válik, ha az alkotmányos jogok alanyainak - kormánytisztviselők, törvényhozók, bírák, polgárok - kevés vagy semmilyen jó okuk nincs arra, hogy e jogokat betartsák. Ez jogi szempontból fontos kérdés, de az alkotmányos jogok legtöbb feldolgozása figyelmen kívül hagyja.

A cikk ezt a hiányt a jogérvényesítés két domináns irányzatának, a szubsztantív és az eljárásjogi indokolásnak a jogi tekintéllyel való elszámolásként való értékelésével kezdi betölteni. A szubsztantív igazolás az alkotmányos jogokat az erkölcsileg jó eredmények előmozdításának eszközeként definiálja; a kiemelkedő elméletek Alexander Hamiltonétól Alexander Bickelén át Randy Barnettig a szubsztantív igazolás típusai. A szerző azt állítja, hogy a szubsztantív indoklások, bár intuitívan vonzóak és ezért gyakoriak a nyilvános és politikai diskurzusban, nem képesek meggyőzően megmagyarázni az alkotmányos jogok szükséges tekintélyét. Ezzel szemben az eljárási indoklások az alkotmányos jogokat a jó eredményekkel kapcsolatos viták rendezésének eszközeiként védik; John Hart Ely és Carolene Products Footnote Four "képviselőt-megerősítő" megközelítése a legismertebb eljárási indoklás. A cikk megállapítja, hogy az eljárási indoklások az alkotmányos hatalomról szóló beszámolóként lényegesen jobban teljesítenek, mint tartalmi riválisaik. Röviden, az embereknek jobb okuk van arra, hogy az alkotmányos jogokat az eljárásjogi megközelítés alapján tartsák be - ez enyhén szólva is jelentős érv a javára.

* © Christopher J. Peters. Minden jog fenntartva. Kérjük, ne idézze vagy idézze ezt a tervezetet a szerző kifejezett engedélye nélkül.

† Jogászprofesszor, University of Baltimore School of Law.

I. BEVEZETÉS: JOGOK-JOGOSULTSÁGOK ÉS A
A JOGI HATÁSKÖR

..... FIGYELM
EN KÍVÜL HAGYOTT KÉRDÉSE4

II. A JOGHATÓSÁG

..... FOGALMA

8

A. Működőképesség 10

B. Különleges erők

13

C. Nem kényszerítő erejű..... 14

D. Forrásfüggőség..... 16

E. Saliencia..... 16

F. Megjegyzés a jogi alany identitásáról az alkotmányos
jogokról

folytatott vitákban21

III. AZ ANYAGI JOGI INDOKLÁS MINT A JOGHATÓSÁGRÓL
SZÓLÓ BESZÁMOLÓ24

A. Tartalmi indoklás: Az egyszerű változat
24

1. Operativitás (és különleges erő, nem kényszerítő erő,
valamint a figyelemfelkeltés)..... 26

2. Forrásfüggőség..... 29

B. Tartalmi indoklás: Az árnyalt változat
30

1. A komparatív döntési
előnygondolata..... 33

2. A klasszikus hamiltoni beszámoló mint egyfajta
árnyalt érdemi indoklás..... 35

C. Egy árnyaltabb pillantás az árnyalt
változatra..... 38

1. Saliencia (..... I.rész)
38

2. Saliencia (..... II.rész)
43

3. Az arisztotelészi nehézség (..... I.rész).
45

4. Az arisztotelészi nehézség (..... II.rész)
52

IV. AZ ELJÁRÁSI INDOKOK MINT A JOGHATÓSÁG ELSZÁMOLÁSAI

(KÜLÖNÖS TEKINTETTEL A "KÉPVISELET MEGERŐSÍTÉSÉRE") 55

A. Képviselet-érvényesítés mint eljárás indoklás..... 58

B. Hamiltoni számlák mint eljárás indokok
64

C. Képviselet-érvényesítés és
joghatóság 66

1. Működőképesség..... 66

2. <i>Különleges</i>	<i>erő</i>
69	
3. <i>Nem kényszerítő erejű</i>	71
4. <i>Forrásfüggőség</i>	71
5. <i>Saliencia</i>	73
V. KÖVETKEZTETÉS: MENEKÜLŐ ANYAG	79

Benyújtási változat1 - legutóbbi felülvizsgálat
2012.5.3.

ALKOTMÁNYOS JOGOK ÉS A JOGHATÓSÁG PROBLÉMÁJA*

Christopher J. Peters†

[E]z ország eredeti polgárai úgy vélték, hogy emberi lényekként joguk van a szabad véleménynyilvánításhoz, és ennek védelmében hozták meg az Első Alkotmánymódosítást. Az egész Bill of Rights azért jött létre, hogy megvédje azokat a jogokat, amelyekről az eredeti polgárok úgy gondolták, hogy természetesen az övék

Az ACLU honlapjáról¹

A Függetlenségi Nyilatkozat világossá teszi, hogy az alkotmány megírásának kettős célja volt. Azért íródott, hogy a szövetségi kormánynak felhatalmazást adjon arra, hogy a polgárok természetes jogainak védelme érdekében bizonyos szabadságjogokat megszüntessen; azért is íródott, hogy megvédje a polgárok jogait mind a kormány túlhatalmától, mind a külső elnyomóktól.

A FreedomWorks honlapjáról²

* © Christopher J. Peters. Minden jog fenntartva. Kérjük, ne idézze vagy idézze ezt a tervezetet a szerző kifejezett engedélye nélkül.

† Jogászprofesszor, University of Baltimore School of Law.

¹ ACLU, *The Bill of Rights: A Brief History*, elérhető <http://www.aclu.org/racial-justice/prisoners-rights-drug-law-reform-immigrants-rights/bill-rights-brief-history-oldalon>.

² Matthew Clemente, *Obama mandátumának alkotmányossága: Reading the Constitution (2 of 8)*, elérhető a következő címen: <http://www.freedomworks.org/blog/mclemente/the-constitutionality-of-obamas-mandate-reading-th>. A FreedomWorks "küldetése" a honlapja szerint az, hogy "harcoljon az alacsonyabb adókért, kevesebb kormányért és több öko- nomikus szabadságért minden amerikai számára", lásd <http://www.freedomworks.org/about/our-mission>; a szervezet elnöke a republikánus képviselőházi többség korábbi vezetője, Dick Armey, lásd <http://www.freedomworks.org/about/chairman-dick-armey>. A *The New York Times* a FreedomWorks-t "a Tea Party mozgalom kul- tiválását segítő washingtoni csoportként" jellemzi. Michael Cooper és Katharine Q. Seelye, *Wisconsin Leads Way as Workers Fight State Cuts*, N.Y. TIMES (2011. február 18.), elérhető: <http://201121919/www.nytimes.com/0/us/politics/states.html?scp=&sq=wisconsin%3Dcuts&st=cse>.

A bíróságoknak kell felügyelniük a véleménynyilvánítás és más politikai tevékenységek gátlásait, mert nem bízhatunk a választott hivatalnokokban, hogy ezt megteszik: a bíróságok képesek gondoskodni arról, hogy a kívülállók kívül maradjanak.

*John Hart Ely*³

I. BEVEZETÉS:

A JOGOKAT IGAZOLÓ INDOKOK ÉS A FIGYELMEN KÍVÜL HAGYOTT KÉRDÉS, HOGY JOGI HATÓSÁG

TAz alkotmányos jogok eszméjének számos jó kritikája és legalább olyan jó védelmezője van a közelmúltban.⁴ Mind a kritikák, mind a védekezések szinte mind... a módok egy bizonyos közönséget feltételeznek, amelyet *intézményi tervezőknek* nevezhetnénk. Az intézményi tervezők abban a helyzetben vannak, hogy vagy kitalálják vagy újra feltalálják egy társadalom kormányzó ~~intézményét~~ (mint például az amerikai alkotók az 1780-as években vagy a posztszovjet és az apartheid utáni dél-afrikai nemzetépítők az 1990-es években), vagy (ami sokkal gyakoribb), hogy komolyan átértékeljék a társadalom már meglévő kormányzó intézményeit (ahogyan ez a közelmúltban Nagy-Britanniában és Új-Zélandon a törvényes alaptörvények elfogadásáról szóló viták során történt).⁵ Az

³ JOHN HART ELY, DEMOKRÁCIA ÉS BIZALMATLANSÁG: A BÍRÓSÁGI FELÜLVIZSGÁLAT ELMÉLETE (1061980).

⁴ A kritikák közé tartozik JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 209-312 (1999) (III. rész); Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, YALE 115 L.J. (13462006) [a továbbiakban Waldron, *Core Case*]; és RICHARD BELLAMY, POLITICAL CONSTITUTIONALISM (2007). A védekezések közé tartozik W.J. WALUCHOW, A COMMON LAW THEORY OF JUDICIAL REVIEW: THE LIVING TREE (2007); RONALD DWORIN, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in: FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 10-38 (1996); CHRISTOPHER L. EISGRUBER, CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT (2001); LAWRENCE G. SAGER, JUSTICE IN PLAINCLOTHES: A THEORY OF AMERICAN CONSTITUTIONAL PRACTICE (2004); és Richard J. Fallon, Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, HARV 121. L. REV. 1693 (2008).

⁵ Nagy-Britanniában az 1998-as emberi jogi törvény engedélyezte az emberi jogok európai egyezményének rendelkezéseinek közvetlen végrehajtását a brit bíróságok előtt. *Lásd:* Emberi jogi törvény, 1998, 42. c. Új-Zélandon az 1990. évi Bill of Rights Act a bírósági felülvizsgálat egy gyenge formáját hozta létre, amelynek értelmében a bírácnak más állam- és jogrendszerek értelmezésével kell

az intézményi tervezőkhöz szólva a jogkritikusok és jogvédők általában a politika vagy a politikai erkölcs szempontjából érvelnek.

– hogy miért jó, illetve miért nem jó ötlet, ha egy társadalom elfogadja a bírósági úton érvényesíthető alkotmányos vagy kvázi-alkotmányos jogok valamilyen formáját.

Ezek a viták jellemzően nem veszik figyelembe az alkotmányos jogokkal kapcsolatos döntő kérdést, nevezetesen azt, hogy az alkotmányos jogok rendelkezhetnek-e (és milyen feltételek mellett) *jogi tekintéllyel*. Dióhéjban összefoglalva, a jogi tekintély a jog azon képessége, hogy alanyaira köteletséget vagy erős okot rójon a cselekvésre, olyan köteletséget, amely a kérdéses norma forrásától függ, amely *nem* függ az engedetlenségért kiszabható büntetés veszélyétől, és amely kellően hangsúlyos ahhoz, hogy az ésszerű jogalany érzékelje. A joghatóság általában véve szükséges a jogrendszerek működéséhez, de különösen fontos az alkotmányos jogok esetében. Jogi tekintély nélkül egyetlen alkotmányos jog sem lenne hatékony - azaz nem lenne nagy különbség a való világban. Az alkotmányos jogok tipikus alanyai - a választott vagy kinevezett kormánytisztviselők (különösen a magas rangúak), a bírák és végső soron maga a demokratikus többség - ritkán büntethető hatékonyan az alkotmányos jogok megsértéséért vagy megszegéséért. Az alkotmányos jogok betartásának vélt kötelessége nélkül ezek a szereplők gyakran egyszerűen nem engedelmessé válnának, és a szóban forgó jogok halott betűkké válnának - pusztán szavak pergamenre vagy a huszonegyedik századi megfelelőjűkre.

Az alkotmányos jogokról szóló viták, amelyek az alkotmányos tervezőkre irányulnak, hajlamosak figyelmen kívül hagyni a jogi felhatalmazás kérdését.

a törvényben felsorolt jogokkal való ütközés lehetőség szerinti elkerülése érdekében. *Lásd az S.1990,1990N.Z. számú, az Új-Zélandi Jogok Törvényéről szóló törvényt. Bár 109. e "jogokról szóló törvényjavaslatok" mindegyike csak formálisan rendelkezik a rendes törvények státuszával, amelyek a rendes jogalkotási eljárás során módosíthatók vagy hatályon kívül helyezhetők, egyértelműnek tűnik, hogy a hatályon kívül helyezés gyakorlati akadályai mindegyik törvényt kvázi alkotmányos státusszal ruházták fel. A törvények így Nagy-Britanniát és Új-Zélandot közelebb viszik a bírósági úton érvényesíthető alkotmányos jogok amerikai modelljéhez.*

ty, mert ez nem tűnik elsődlegesen fontos kérdésnek a közönségük számára. Az intézményi tervezők új jogrendszereket hoznak létre vagy a meglévőket módosítják; a feltételezés az, hogy az így létrehozott vagy módosított jogrendszereket általában véve be fogják tartani. De mi van akkor, ha ez nem így van? Akkor nem lenne értelme a jogrendszerek létrehozásának vagy módosításának. A jogokról szóló törvényjavaslatokról és a bírósági felülvizsgálatról szóló viták egyfajta kontrafaktuális jelleget öltének, mint az alternatív történelmi regények a polgárháborút megnyerő déliekről (de kevésbé szórakoztatóak). Akadémikussá válnának a legszárazabb és legkevésbé termékeny értelemben.

Természetesen elég egyértelműnek tűnik, hogy a viták résztvevői helyesen feltételezik, hogy az alkotmányos jogokat (általában véve) úgy kezelik, vagy kezelnék, ha elfogadnák, mint amelyek a legtöbb vagy valamennyi érintett társadalomban jogi tekintélyt hordoznak. A kérdés, amelyet ebben a cikkben vizsgálni szeretnék, tehát nem az, hogy az alkotmányos jogok rendelkezhetnek-e vagy jellemzően rendelkeznek-e jogi tekintéllyel. A kérdésem inkább az, hogy a jogi tekintély figyelmen kívül hagyott kérdése mit árulhat el nekünk az alkotmányos jogokkal kapcsolatos normatív vitákról. Különösen azt szeretném megkérdezni, hogy az alkotmányos jogok bármelyik fő védekezése, amelyet eddig előadtak, képes-e megfelelően magyarázni az alkotmányos jogok jogi tekintélyét - képes-e megfelelően megmagyarázni, hogy az így védett alkotmányos jogok hogyan képesek az engedelmisségre vonatkozó olyan kötelezettséget vagy erős indokot előírni, amelyet a jogi tekintély megkövetel. Ha a válasz nemleges - ha a befolyásos jogérvényesítő érvek egyike sem képes megmagyarázni a jogok törvényjavaslatainak jogi tekintélyét -, akkor a jogok kritikusaik új és hatékony, sőt talán végzetes nyílvessző kerül a törükbe. (Mi értelme van az olyan alkotmányos jogoknak, amelyeket senkinek sem kötelessége betartani?) Másrészt, ha a válasz az (ahogyan azt valójában javasolni fogom), hogy egyes jog- indoklások jobban megmagyarázzák a jogi tekintélyt, mint mások, akkor a jogvédők kidobhatják a tompa nyilakat, és a jó nyilak eltüzelésére koncentrálhatnak.

Ahhoz, hogy a jogi tekintély kérdésével foglalkozhassunk, nem az intézményi tervező, hanem a *jogi alany* perspektívájára kell összpontosítanunk - a személy, vagy az intézmény, vagy személyek összessége, aki azzal a döntéssel szembesül, hogy megtegye-e azt, amit az alkotmányos jog parancsol (vagy, ami még jellemzőbb, hogy tartózkodjon attól, amit az alkotmányos jog tilt). Az alkotmányos jogokról folytatott normatív vita általában éppen ezt a perspektívát hagyja figyelmen kívül. De ez az a hely, ahol e vita eredményeit operacionalizálni kell, az az érintkezési pont, ahol az alkotmányos gumi találkozik az úttal. Ha a jogalany (a jogi tisztviselő, a jogalkotó, a bíró, a választópolgár) egyszerűen figyelmen kívül hagyja az alkotmányos jogokat, akkor az alkotmányos jogok megléte nem jó vagy rossz, nem lényeges vagy katasztrofális; legfeljebb időpocsékolás.

Ez a dokumentum ezért az alkotmányos jogok alanyának perspektívájából értékeli azokat a lehetséges indokokat, amelyek alapján e jogok jogi tekintélyt követelhetnek maguknak. Azzal érvelek, hogy a jogok indoklásának egyik családja, amelyet én *tartalmi* indoklásnak nevezek, nem kínál elég jó és elég erős indokot a jogalanyoknak ahhoz, hogy engedelmeskedjenek azoknak az alkotmányos jogoknak, amelyekkel nem értenek egyet. A szubsztantív indoklások alapvető állítása a következő: Az alkotmányos jogokat azért kell betartani, mert (és amennyiben) azok erkölcsileg helyes, optimális vagy kívánatos eredményre vezetnek. Az első két idézet, amely ezt a tanulmányt nyitja - két olyan szervezettől, amelyek a politikai erkölcs legtöbb témájában aligha állhatnának jobban szemben egymással - a szubsztantív indoklások változatait példázza. Ahogy ezek az idézetek is sugallják, a szubsztantív indoklások egyszerű formában divatosak a politikai és a közbeszédben; árnyaltabb formában pedig az akadémiai elméletben is elterjedtek. De a jogi tekintélyt illetően hibásak, talán végzetesen hibásak. Legalábbis ezt fogom állítani.

Azt is állítom, hogy a jogok indoklásának egy rivális típusa, amelyet én *eljárás*i indoklásnak nevezek, sokkal jobban megfelel a joghatóság magyarázatának: A jogalanyok számára bizonyos

olyan dolog, mint az alkotmányos jogoknak való engedelmesség prima facie kötelezettsége. Az eljárási indokok azt állítják, hogy az alkotmányos jogokat azért (és olyan mértékben) kell betartani, mert az engedelmesség segít elkerülni, enyhíteni vagy megoldani bizonyos típusú jogsérelemeket. A fenti harmadik idézet John Hart Ely méltán befolyásos *Democracy and Distrust* című művéből az eljárási indoklás egyik típusát szemlélteti. Bár Ely és a proceduralizmus rokon változatai nem rendelkeznek a szubsztantivista riválisaik széleskörű népszerűségével, a szubsztantivizmus legfőbb alternatíváját jelentik a bírói gyakorlatban és a tudományos elméletben. Itt azt javaslom, hogy az alkotmányos jogok jogi tekintélyéről szóló beszámolóként jelentős előnyük van szubsztantív társaikkal szemben.

A tanulmány a következőképpen halad. A II. részben a jogi tekintély fogalmának egy olyan értelmezését fogalmazom meg, amely a standard beszámolókból származik (bár talán nem teljesen egybeesik velük). A III. részben a szubszidiárius indoklás két változatát - egy egyszerűbb és egy árnyaltabb változatot - fejtem ki, és a II. részben azonosított joghatóság összetevői alapján értékelem őket, és számos fontos szempontból hiányosnak találom őket. A IV. részben ugyanezt a Pro- cedurális indoklást kezelem (Ely változatát használva keretként), de derülátóbb eredményekkel. Az V. rész egy rövid konklúzió.

II. A JOGHATÓSÁG FOGALMA

A joghatóság eszméje a jogfilozófia legösszetettebb és legnehezebben megfogható fogalmai közé tartozik; tekintve a jog központi szerepét, meglepően kevés fogalmi elem tekinthető rendezettnek.⁶ E vita számos aspektusa szerencsére messze túlmutat azon, amire itt koncentrálok. Megpróbálom felvázolni, közepes részletességgel, a fogalom egy alapváltozatát, amely lehetővé teszi számunkra, hogy...

⁶ A vita összefoglalóját, amely egyben provokatív álláspontot is kijelöl benne, lásd Scott J. Shapiro, *Authority, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE & PHILOSOPHY OF LAW* 382-439 (Jules Coleman & Scott Shapiro szerk., 2002).

az egymással versengő jog-érvek értelmes módon történő értékelését. Bár úgy vélem, hogy a fogalom lényege, ahogyan azt itt leírom, meglehetősen standard, a terminológiám néha nem lesz az;⁷ ezért megpróbálok óvatos lenni a fogalmaim meghatározásában, és ahol szükséges, keresztreferenciákat teszek az általánosan elterjedtebb fogalmakra.

Segít, ha a jogi hatalom működésének egy meglehetősen egyszerű illusztrációjával kezdjük, amelyet az alkotmányos jogok kontextusából vettünk át, tiszteletben tartva e dokumentum központi témáját. Tegyük fel, hogy George-ot, egy mai nyugati demokrácia vezetőjét nemzetbiztonsági tanácsadói arra kéri, hogy engedélyezze a hírszerző ügynökségeknek, hogy a terrorizmussal gyanúsított személyek elektronikus megfigyelését bírósági körözési engedély nélkül végezzék el. Tegyük fel, hogy George úgy véli, hogy a háború nélküli megfigyelés engedélyezése az erkölcsileg legjobb megoldás lenne, figyelembe véve az összes releváns nem jogi tényezőt. Tegyük fel azonban, hogy George jogi tanácsadói azt mondják neki, hogy a tervezett engedély nélküli megfigyelés megsértené nemzetük alkotmányának egy olyan rendelkezését, amelyet úgy értelmeztek, hogy bizonyos típusú házkutatásokat bírósági végzés nélkül tilt. Ha George úgy véli, hogy ez az alkotmányos rendelkezés (az értelmezés szerint) jogilag mérvadó - azaz érvényes jogi érvényességgel bír -, akkor annak létezését nagyon erős oknak fogja tekinteni, hogy *ne* engedélyezze a megfigyelést, annak ellenére, hogy úgy véli, hogy a megfigyelés a törvény hiányában erkölcsileg a legjobb megoldás lenne. (Még ha George jogi tekintélyt is tulajdonít az alkotmányos rendelkezésnek, akkor is dönthet úgy, hogy az alkotmányos tilalom ellenére engedélyezi a megfigyelést; de legalább fel fogja ismerni ennek a rendelkezésnek a létezését.

⁷ Nem fogom például a "tartalomfüggetlen" általános kifejezést használni a joghatóság egyik alapvető jellemzőjének (szerintem valójában a jellemzők kombinációjának) leírására. (E kifejezés jelentésének tipikus leírását lásd: Shapiro, *Supra* note. 6, 389. o.). Úgy vélem, hogy a hangsúly arra helyezése, hogy egy norma "tartalma" adja-e meg a normativitását, félrevezető, mivel a "tartalom" fogalma rendkívül homályos, és mivel az, amit általában a "tartalomfüggetlenség" alatt értenek, úgy tűnik, számos olyan jelenséget foglal magában, amelyeknek kevés vagy semmi közük a "tartalomhoz". Lásd az alábbi megjegyzéseket 16-20 és a kíséző szöveg.

a tiltás erős ellenhatásként hat a saját változatlan erkölcsi ítélőképességével szemben).

Amint ez a példa is mutatja, a jogi tekintély képes arra ösztönözni az erkölcsileg felelős szereplőt, hogy olyan cselekedetet hajtson végre, amelyet egyébként erkölcsileg helytelennek tartana, vagy hogy tartózkodjon olyan cselekedettől, amelyet egyébként erkölcsileg megfelelőnek tartana. De melyek azok a tulajdonságai a jogi tekintélynek, amelyek ezt a különleges képességet adják, hogy megváltoztassák a fennálló erkölcsi helyzetet?

Az illusztráció legalább öt ilyen tulajdonságot javasol, amelyek mindegyikét az alábbiakban részletesebben is tárgyalom. Először is, a jogi tekintély *operatív* okot szolgáltat a cselekvésre, azaz olyan okot, amely ténylegesen megváltoztatja az alkalmazandó erkölcsi számítást, és a *cselekvés* okaként szolgál, nem csupán arra, hogy valamit elhiggyünk vagy egy bizonyos módon gondolkodjunk. Másodszer, a joghatóság olyan okot szolgáltat a cselekvésre, amely *különleges normatív erővel* bír, hasonlóan egy *prima facie* köteletséghez, nem pedig egy átlagos cselekvési okhoz. Harmadszer, a joghatóság által biztosított indok *nem kényszerítő erejű*: Nem függ a vonatkozó norma megsértése miatt kiszabott formális szankcióval való fenyegetéstől. Negyedszer, ez az indok *forrásfüggő*: Különleges státusza a szóban forgó norma levezetésétől függ. És ötödször, az ok *kiemelkedő* abban az értelemben, hogy a jogi tekintély egyéb szükséges tulajdonságainak birtoklása könnyen nyilvánvaló egy ésszerű jogalany számára.

A. Működőképesség

Egy mérvadó jogi normának olyan okot kell szolgáltatnia, amely hatályos, azaz olyan cselekvési okot, amely megváltoztatja az okok alkalmazandó egyensúlyát, nem pedig egyszerűen befolyásolja azt, ahogyan a jogalany ezeket az okokat értékeli.⁸

⁸ A vonatkozó megkülönböztetést itt gyakran a "cselekvés oka" és a "hit oka", illetve a "normatív" és az "ismeretelméleti" ok közötti különbségtételként említik. *Lásd pl.* John Gardner & Timothy Macklem, *Reasons*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE & PHILOSOPHY OF LAW (440,2002).444

Vegyük itt figyelembe a különbséget egy valóban mérvadó norma és egy pusztán tanács vagy érdekvédelem között. Feltételezett végrehajtó hatalmunk vezetője, amikor arról dönt, hogy engedélyezze-e a terrorizmussal gyanúsítottak engedély nélküli elektronikus megfigyelését, számos, a döntésére alkalmazható nem jogi indokkal fog szembesülni, amelyek közül egyesek a megfigyelés mellett (pl. a nemzetbiztonságot szolgálják), mások ellene (pl. egyes ártatlan személyek magánéletét sértenék). Tegyük fel, hogy egy megbízható tanácsadó, akit George tanácsért kér fel, a megfigyelés ellen tanácsolja, azzal az indokkal, hogy az túl nagy árat jelentene a magánéletnek, és viszonylag kevés előnnyel járna a nemzetbiztonság szempontjából. Ez a tanács megváltoztathatja azt a módot, ahogyan George maga értékeli az alkalmazandó *reasons*-t; például arra készítheti, hogy alaposabban megvizsgálja a megfigyelés állítólagos nemzetbiztonsági előnyeit, mint ahogyan egyébként tette volna. A tanács azonban valószínűleg nem változtatja meg *magát* az alkalmazandó okok egyensúlyát. George nem fogja azt gondolni, hogy a tanácsadás olyan új okot teremt a cselekvésre, amely a tanácsadás előtt nem létezett, vagy hogy a tanácsadás valahogy megváltoztatja a meglévő okok státuszát (például azáltal, hogy a nemzetbiztonsági előny gyengébbé válik, mint a tanácsadás nélkül lett volna, vagy hogy a magánélet sérelme erősebbé válik).⁹

Tegyük fel, hogy George találkozik egy polgárjogi érdekvédelmi csoport fehér könyvével, amely a javasolt megfigyelés típusa ellen érvel, mivel az komoly veszélyt jelent a magánéletre. Ismétlem, a csoport érdekvédelemtevékenysége megváltoztathatja azt a módot, ahogyan George a cselekvésre vonatkozó okokat értékeli - például kijavíthat néhány téves elképzelést, amelyet egyébként esetleg fenntartott volna. De az érdekvédelemtevékenység (ismét) nem fogja megváltoztatni az elfogadható okok egyensúlyát. George nem fogja az érvelést úgy kezelni, mint

⁹ Egyesek szerint a tanácsok új okot adnak vagy adhatnak a tanácsok szerinti cselekvésre. *Lásd pl. Stefan Sciaraffa, On Content-Independent Reasons: It's Not in the Name*, 28 L. & PHIL. 233 (2009). Szkeptikus vagyok azzal kapcsolatban, hogy ez a gyakorlatunk leírásaként pontos-e; de még ha így is van, a tanácsadás bizonyára nem *mindig* vagy nem feltétlenül ad ilyen indokot.

valamilyen új okot teremtve a cselekvésre, vagy a meglévő okok állapotát befolyásolva.

Egy mérvadó jogi norma azonban - mondjuk az alkotmányos, a megfigyelést megtiltó, a házkutatási parancs nélküli keresést tiltó rendelkezés - nem jelentheti a jogbiztonságot.

– egészen másképp működik, mint a tanácsadás és az érdekérvényesítés ezen példái: Valójában *megváltoztatja a cselekvés szempontjából releváns okok korábban létező halmazát*. Képzeljünk el két párhuzamos univerzumot, amelyek minden tekintetben azonosak, kivéve a következőket: Az A univerzumban nincs olyan alkotmányos rendelkezés, amely tiltaná az elektronikus megfigyelést, amelyet George-nak mérlegelnie kell, míg a B univerzumban van ilyen rendelkezés. Most képzeljük el, hogy George az A világegyetemben, miközben éppen arról dönt, hogy engedélyezze-e a megfigyelést, hirtelen, varázslatos módon átkerül a B világegyetembe. Milyen hatással lesz George erkölcsi érvelésére a megfigyelést tiltó jogi norma megjelenése? Nem a pusztán tanácsadás vagy pártfogás: A jogi norma nem egyszerűen megváltoztatja George gondolkodását a cselekvés indokainak egyensúlyáról. Ehelyett magát az indokok egyensúlyát fogja megváltoztatni; egy új indokot fog hozzáadni a keverékhez, amely a jogi norma nélkül nem létezett.¹⁰

Másképpen úgy is megfogalmazhatjuk ezt, hogy a mérvadó jogi normák a *cselekvésre* adnak okot, nem csak arra, hogy miért kell *hinni* vagy *gondolkodni* arról, hogyan kell cselekedni. A tanácsadó tanácsa és a jogvédő csoport érdekérvényesítése arra szolgál, hogy tájékoztassa George saját gondolkodási folyamatát arról, hogy mit kellene tennie (és ennek hatása lehet, hogy tájékoztatja is); az alkotmányos rendelkezés azonban arra szolgál, hogy magát a cselekvést motiválja (és ennek hatása motiválja is), nem csupán a cselekvésről való gondolkodási folyamatát.

¹⁰ Megváltoztathatja a meglévő indokok státuszát is, például úgy, hogy előbbre helyezi őket (lásd JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 57-62 (1986)), vagy újrasúlyozza őket (lásd Stephen Perry, *Second Order Reasons, Uncertainty, and Legal Theory*, 62 S. CAL. L. REV. 913, 932-36 (1989); Stephen Perry, *Judicial Obligation, Precedent and the Common Law*, OXFORD J. LEG. STUD. 215 (1987).

Elektronikusan elérhető a következő címen:

<https://ssrn.com/abstract=2016132>

Lásd általában Shapiro, supra note 6, 404-05, 408-12. o.

B. Különleges erők

A jogfilozófusok vitatkoznak a jogi tekintélyben megtestesülő okok típusának pontos *normatív erejéről* és mechanikájáról,¹¹ de nyilvánvaló, hogy egy tekintélyelvű jogi norma többet nyújt, mint egy egyszerű, hétköznapi ok a cselekvésre. Tekintsük újra George azon döntési folyamatát, hogy engedélyezi-e a parancs nélküli elektronikus megfigyelést. Tegyük fel, hogy az egyes alkalmazható okokat különböző súlyokkal ruházza fel, egy egytől (legkevésbé súlyos) tízig (legsúlyosabb) terjedő skálán; mondjuk, nyolcas súlyt tulajdoníthat annak, hogy "a megfigyelés elősegíti a nemzetbiztonságot", ötös súlyt annak, hogy "a megfigyelés sérti néhány ártatlan ember magánéletét", és így tovább. Tegyük fel, hogy miután minden egyes alkalmazási okhoz számszerű súlyt rendelt, George úgy hozza meg döntését, hogy összehasonlítja a megfigyelés mellett szóló okok összsúlyát a megfigyelést ellenző okok összsúlyával.

Most tegyük fel, hogy George az összes többi vonatkozó ~~szempont mellett~~ szempont mellett is figyelembe veszi, hogy a nemzet alkotmánya tiltaná a javasolt megfigyelést. Tegyük fel, hogy ennek az oknak is tulajdonít valamilyen számszerű súlyt egytől tízig (mondjuk kilencet); és tegyük fel, hogy az összes alkalmazható ok együttes mérlegelése, súlyozása és a vitatott okokkal való összevetése után arra a következtetésre jut, hogy erkölcsileg az a legjobb, ha megtagadja a megfigyelés engedélyezését.

Ez az érvelési folyamat úgy tűnik, hogy nem érti meg az alkotmányos rendelkezés tekintélyes jogi normaként való kezelésének lényegét; ugyanis a jogi normákat jellemzően nem úgy kezeljük, mint a cselekvés szempontjából releváns, a sok megfelelő indok közül csupán egyet, egy olyan indokot, amelyet a rengeteg konkurens indok közé dobhatunk és

¹¹ Az e kérdésekkel kapcsolatos kortárs vitákról lásd: Shapiro, *Supra* note. 6, 385-93. o. (a "tekintély paradoxonainak" általános leírása - az állítólagos feszültség egyfelől a tekintély, másfelől az autonómia és a racionalitás között); 393-402. o. (a tekintély

fogalmának "gyengítésére" irányuló kísérletek leírása és értékelése a tekintély azon képességének csökkentésével, hogy szigorú erkölcsi kötelezettségeket írjon elő); 402-15. o. (a tekintélyi kötelezettség normatív mechanikájának meghatározására irányuló kísérletek leírása és értékelése).

amelyek a mérleg egyik vagy másik irányba billenthetik vagy nem billenthetik a mérleget. A jogi normákat általában úgy kezeljük, mint amelyek a cselekvésre vonatkozó *kötelezettséghez* hasonlóan írnak elő, jóllehet olyan kötelezettséget, amelyet bizonyos körülmények között egy ellentétes kötelezettség megghiúsíthat vagy ellensúlyozhat.¹² Ismétlem, e köteletség pontos ereje és jellege itt nem kell, hogy érdekeljen minket; jelen célokból úgy gondolhatunk a jogi tekintélyre, mint amely *prima facie* cselekvési kötelezettséget ír elő, amely vélhetően felülmúlja az ezzel ellentétes, alkalmazandó okokat, de alkalmanként ezek is felülmúlhatják azokat.

C. Nem kényszerítő erejű

A jogi norma tekintélyének szintén *nem szabad kényszerítő erejűnek* lennie: A norma által szolgáltatott cselekvési indok léte és ereje nem függhet a norma megsértésének formális szankcionálási lehetőségétől. Igaz, hogy a jogi normákat jellemzően szankciókkal párosítják, amelyeket megsértésük esetén kell kiszabni; az engedetlenségért kiszabott büntetéssel való fenyegetés a jogrendszerek gyakori, talán mindenütt jelenlévő jellemzője. De a legitim kényszerítés a legitim tekintélyt követi, nem pedig fordítva.

Fogalmi szempontból ez a mérvadó jogi norma és a pusztá, fenyegetéssel alátámasztott követelés közötti különbségtételben nyilvánul meg. Tegyük fel, hogy a vezérigazgatónkat megzsarolja a tervezett elektronikus megfigyelés ellenzője, aki azzal fenyegetőzik, hogy nyilvánosságra hozza George házassági hűtlenségének bizonyítékait, ha engedélyezi a programot. Ez a fenyegetés természetesen okot teremt George számára a cselekvésre, talán nagyon is erős okot, de ez nem ugyanaz az ok lesz, mint amit a törvény teremt. George a fenyegetés *in terrorem* hatásán kívül nem érez normatív kényszert arra, hogy a zsaroló parancsát teljesítse. Az alkotmányos rendelkezést figyelembe véve viszont George valószínűleg érez majd némi készletet arra, hogy engedelmeskedjen a rendelkezésnek, eltekintve az alábbiaktól

¹² Azzal az érveléssel kapcsolatban, hogy a joghatóság által előírt kötelezettség nem lehet abszolút, lásd CHRISTOPHER J. PETERS, A MATTER OF DISPUTE: MORALITY, DEMOCRACY, AND LAW 33-36, 44-47 (2011).

a büntetés veszélye, ha nem így tesznek. Valószínűleg olyan okot fog azonosítani, amely a szankcióval való fenyegetéstől teljesen független, és amely a zsaroló fenyegetése esetén egyáltalán nem áll fenn.

Az a jelenség, amelynek révén a jogalany a szankció fenyegetésétől függetlenül okot lát arra, hogy a törvényt betartsa. H.L.A. Hart a jog "belső aspektusának" nevezte.¹³ Gyakorlati szempontból a belső aspektus minden modern jogrendszer szükséges összetevője, amelyben a jogi engedetlenség sok vagy legtöbb esete észrevétlenül és befejezetlenül marad. Funkciója még inkább létfontosságú az alkotmányjog területén, mivel az alkotmányos normák hatálya alá tartozók gyakran semmilyen értelmes értelemben vett "büntetésre" nem lesznek fogékonyak az "engedetlenségért". A hatalommal rendelkező kormányzati tisztviselők, mint például a főhivatalnokok, törvényhozók, közigazgatási tisztviselők és bírák gyakran képesek lesznek észrevétlenül megszegni az alkotmányos normákat, például azért, hogy elrejtik az alkotmányos sértéseket, vagy úgy öltöztetik fel őket, hogy alkotmányosan megengedhetőnek tűnjenek (például egy ügyesen megfogalmazott bírói véleményben). És természetesen a végső jogi alany az alkotmányos kontextusban maga a demokratikus többség, egy olyan entitás, amelyet nem lehet formálisan "megbüntetni" azért, mert úgy dönt, hogy túllépi a feltételezett alkotmányos korlátokat.

Ez nem jelenti azt, hogy tagadjuk, hogy a jogi normák megszegését gyakran (jogosan) büntetés követi. A jogalanyok ugyanis néha rosszhiszeműen szegik meg a törvényt, vagy tévesen azt hiszik, hogy jogosan szegik meg a törvényt; a büntetés helyénvaló lehet az ilyen magatartások megtorlására vagy elrettentésére.¹⁴ A lényeg csupán az, hogy a jogi tekintély léte önmagában nem függhet az engedetlenségért járó formális büntetés fenyegetésétől.

¹³ Lásd H. L. A. HART, A JOG FOGALMA 56-57 (2d ed. 1994) (1961).

¹⁴ A büntetés még olyan esetekben is indokolt lehet, amikor a jogalany *jogosan* szegte meg a törvényt. Lásd LARRY ALEXANDER & EMILY SHERWIN, THE RULE OF RULES: MORALITY, RULES, & THE DILEMMAS OF LAW 53-95 (2001); *de lásd* Heidi M. Hurd, *Justifiably Punishing the Justified*, MICH90. L. REV. 2203 (1992).

D. Forrásfüggőség

Egy jogi norma tekintélye a norma *forrásától* is függ; a norma csak akkor szolgáltat különleges (operatív, különleges normatív erővel bíró és nem kényszerre épülő) cselekvési indokot, ha a norma egy bizonyos típusú személytől, intézménytől vagy eljárástól származik. Képzeljük el az ésszerűtlen házkutatás tilalmát, amelynek pontosan ugyanaz az anyagi tartalma, mint a feltételezett vezetőkre vonatkozó alkotmányban foglalt tilalomnak; de tegyük fel, hogy a tilalom egy szomszédos ország alkotmányában, vagy saját nemzetének alkotmányának egy megszűnt változatában, vagy egy koktélszalvétán található, amelyre az "Alkotmány" szót firkálták. E feltételezett normák egyike sem lesz ugyanolyan hatással George érvelésére, mint egy olyan norma, amely ténylegesen be van ágyazva az országa alkotmányos törvényébe. Nem valószínű, hogy úgy fogja fel ezeket az álljogi normákat, mint amelyek tényleges operatív okot teremtenek számára, hogy cselekedjen - különösen nem olyan operatív okot, amely olyan különleges normatív erővel rendelkezik, mint amilyennel a jog rendelkezik, hasonlóan egy prima facie kötelezettséghez. A nyilvánvaló probléma az, hogy ezek a feltételezett normák nem egy olyan folyamatból származnak, amelyet George a jogalkotás legitim forrásaként ismer el azon a rendszeren belül, amelynek alá van vetve. Megjegyzendő, hogy a probléma nem az (szükségszerűen), hogy ezek a normák nem rendelkeznek a jog státuszával: A külföldi alkotmányos rendelkezés jog, bár egy másik rendszerben, és a hatályát vesztett rendelkezés a kérdéses rendszerben *jog volt*. (Elképzelhetnénk akár egy olyan furcsa titkos társaságot is, amely a koktélszalvétákra írt firkálmányokat jogilag kötelező erejűnek tekinti.) A probléma inkább az, hogy ezek a felállított normák nem jogilag mérvadóak a szóban forgó kontextusban. kéz; és ez a forrásuk függvénye.

E. Salience

Végül, ahhoz, hogy egy jogi norma ne csak elméletileg, hanem ténylegesen autoritatív legyen, olyan cselekvési okot

kell adnia, amelynek birtokában e többi kritérium - a működőképesség - is fennáll,

a különleges erő, a nem kényszerítő erő és a forrásfüggőség - kellően *szembetűnő*, azaz nyilvánvaló vagy hozzáférhető egy ésszerű jogalany számára.¹⁵ A szaliencia követelménye abból a tényből fakad, hogy egy adott jogi alany a jogi tekintélyt, mint ahogyan az erkölcsi érvelése szempontjából releváns egyéb tényezőket is, csak saját, ilyen érvelésre való képességén keresztül érzékelheti. Az olyan jogi tekintély, amely valamilyen objektív értelemben létezik, de a jogi alany nem képes érzékelni, a gyakorlatban haszontalan.

Tegyük fel például, hogy valamikor a távoli múltban a törvényhozás a mi fiktív demokráciánkban, az összes szükséges eljárást követve, törvényt alkotott, amely pontosan azt a fajta megfigyelést tiltja, amelyet George most fontolgat; de tegyük fel, hogy valamilyen elírás miatt a jogszabály nem került be megfelelően az ország hivatalos törvénykönyvébe, és George és tanácsadói számára ismeretlen. Képzeljük el, hogy e tanácsadók egyike most előkeresi ennek az ősi törvénynek a szövegét, de nem talál bizonyítékot arra, hogy a szöveget valaha is érvényesen törvénybe iktatták volna. Úgy tűnik, hogy a törvényi tilalom megfelel a hiteles jog egyéb követelményeinek: A cselekvés operatív okát teremti meg, olyan különleges normatív erővel, amely nem kényszerítésen alapul, és amely a vonatkozó norma forrásától függ. György azonban gyakorlati szempontból nem valószínű, hogy *felismeri*, hogy a jogszabály ilyen jogi okot hoz létre, mivel e tulajdonságok közül legalább az egyik - a jogszabály forrása - nem nyilvánvaló számára, és így a többi tulajdonsága is rejtve marad.

Itt is könnyű nem észrevenni a probléma valódi természetét. A probléma nem az (szükségszerűen), hogy George nem ismeri fel, hogy a jogszabály valamilyen okot szolgáltat az ő de-

¹⁵ A hangsúlyosságot tekinthetjük a "kihirdetés" követelményének egyik aspektusának, vagy talán implikációjának, amelyet Lon Fuller a hatékony jog egyik szükséges elemeként említett. Fuller azzal érvelt, hogy a jog csak akkor működhet jogként, ha a jogi tisztviselők "nyilvánosságra hozzák, vagy legalábbis ... az érintett fél számára hozzáférhetővé teszik azokat a szabályokat, amelyeket be kell tartania". LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 39 (rev. ed. 1969); *lásd még id.* 49-51. o. Úgy tűnik, hogy ez a követelmény azzal a követelménnyel jár, hogy a szabályok *kötelező jogi* státusza az érintett fél számára érthető legyen - azaz az általam salience-nak nevezett követelmény.

döntést, hogyan cselekedjünk. Lehet, hogy a jogszabályt például egyfajta tanácsadásnak vagy érdekérvényesítésnek tekinti; vagy talán furcsa fétise van a jogszabálynak tűnő közlemények iránt, és hajlamos úgy kezelni, mintha az egy tényleges operatív cselekvési okot teremtene. A probléma inkább az, hogy bármilyen okot is tulajdonít George a cselekvésre, vagy a cselekvés módjának átgondolására a státútumnak, az valószínűleg nem ugyanaz az ok, amelyet a státútumnak tulajdonítana, *ha tudatában lenne annak érvényes jogi státuszának*. A jogszabály nem azért nem rendelkezik hatékony tekintéllyel, mert a jogalany nem veszi figyelembe azt érvelésében, hanem azért, mert nem veszi figyelembe azt *mint* mérvadó normát.

A szalonképességgel kapcsolatos pont olyan nyilvánvalónak tűnhet, hogy triviálisnak tűnik: *természetesen* a tekintélyelvű jog által szolgáltatott okoknak, mint minden erkölcsileg alkalmazható oknak, ténylegesen hozzáférhetőnek kell lenniük az érvelő személy számára ahhoz, hogy hatékonyak legyenek; de akkor mi van? Miért kellene ezt a tulajdonságot a jogi tekintély központi tulajdonságának tekintenünk? Történetesen a jogi tekintély standard beszámolóit jelentős jelentőséget tulajdonítanak annak a tulajdonságnak, amelyre itt mint szalienciára utalok (bár jellemzően ezt *sub rosa tesz*). A standard elméletek jellemzően azt állítják, hogy a tekintélyi normáknak "tartalomfüggetlennek" kell lenniük, ez a kifejezés a

H.L.A. Hart.¹⁶ Hart így írta le a tartalmi függetlenség fogalmát:

A parancsok tartalmi függetlensége abban rejlik, hogy egy parancsnok sok különböző parancsot adhat ki ugyanannak vagy különböző embereknek, és a parancsolt cselekvéseknek lehet, hogy semmi közös nincs bennük, mégis mindegyikük esetében a parancsnok a szándékának kifejezése a végrehajtás indokaként értelmezhető. Ezért az a célja, hogy a végrehajtandó cselekmények jellegétől vagy jellegétől függetlenül indokként működjön.¹⁷

¹⁶ Hart először a H.L.A. HART, *Legal and Moral Obligation* című művében használta ezt a kifejezést, in: H.L.A. HART, *Legal and Moral Obligation*. ESSAYS IN MORAL PHILOSOPHY (102A.I. Melden, szerk. 1958).

¹⁷ H.L.A. HART, *Parancsok és mérvadó jogi indokok*, in ESSAYS ON BENTHAM 254-55 (1982).

A jogi pozitivizmus poszthartista teoretikusai szinte általánosan támogatták azt az elképzelést, hogy a tekintélyelvű jognak ilyen értelemben "tartalomfüggetlen" indokokat kell szolgáltatnia.¹⁸ A tartalomfüggetlenség pontos fogalma azonban rejtélyes és vitatott.¹⁹

Úgy vélem, hogy a tartalomfüggetlenség gondolata a legjobban a jogi tekintély három, általam vizsgált tulajdonságának, nevezetesen a működőképességnek, a forrásfüggőségnek és a hangsúlyosságának a rövidítéseként értelmezhető. A tartalmi függetlenség központi eleme a tekintélyelvű norma azon képessége, hogy egy jogalanyra olyan cselekvés megtételére késztesse, amelyet másként nem tett volna meg, pontosan *azért, mert a cselekvést egy tekintély irányítja*. Ennek a munkának egy részét az általam operativitásnak nevezett tulajdonság végzi: Az operatív ok olyan ok, amely ténylegesen megváltoztatja az alkalmazható okok meglévő egyensúlyát, és így képes arra motiválni a cselekvőt, hogy olyasmit tegyen, amit az ok nélkül nem tett volna. A munka másik részét a forrásfüggőség tulajdonsága végzi: A tekintélyelvű jogszabály által biztosított különleges ok éppen azért különleges, mert a *jogszabály* (vagy valamilyen más tekintély) hozza létre a normát. A munka utolsó részét pedig a szaliencia tulajdonsága végzi: A tekintély megköveteli, hogy a neki alávetett szereplők *felismerjék* az általa szolgáltatott ok különleges jellegét, hogy egy normát "oknak tekintsenek" arra, hogy azt tegyék, amit parancsol. Ez a három tulajdonság együttesen úgy tűnik, hogy megragadja azt, amit Hart a tartalomfüggetlenség alatt értett: a tekintélyi parancs azon képességét, hogy létrehozza saját "okát arra, hogy valamit tegyen", egy olyan okot, amelyet "oknak vesznek", és amely "független[]" a végrehajtandó cselekvés természetétől vagy jellegétől" - vagyis a "cselekvés" természetétől vagy jellegétől.

¹⁸ *Lásd a Sciaraffa, Supra Note 9-ben idézett forrásokat; lásd még Shapiro, Supra Note, 11,389-91. o.*

¹⁹ *Lásd Sciaraffa, Supra note 9; P. Marwick, Law and Content-Independent Reasons, OXFORD20 J. LEG. STUD. 579-96 (2000).*

az alkalmazandó okok meglévő (jog előtti) egyensúlya, ahogyan azt a szereplő érzékeli.²⁰

* * *

Ahhoz tehát, hogy egy szabály, parancs vagy más norma hatékony jogi tekintéllyel rendelkezzen, rendelkeznie kell legalább az ebben a szakaszban ismertetett öt jogi jellemzővel. *Működőképességnek* kell lennie - képesnek kell lennie arra, hogy megváltoztassa a cselekvésre vonatkozó okok egyensúlyát. *Különleges normatív erővel* kell rendelkeznie, amely egy prima facie cselekvési kötelezettséghez hasonló. *Nem kell kényszerítő erejűnek* lennie, azaz operativitását és különleges erejét nem az engedetlenségért járó szankcióval való fenyegetésből kell származtatnia. *Forrásfüggőnek* kell lennie - egyéb tulajdonságai a folyamat azonosságától függenek, amely a jogszabállyal kapcsolatos.

²⁰ Hart a "szándék" kifejezést használja a tartalomtól független okok leírására ("[A]z a parancsnok szándékának kifejezését a [parancsának] megtételének indokaként kívánja értelmezni"), amely összetevő Stefan Sciaraffa szerint elengedhetetlen a tartalomfüggetlenség fogalmához, és így a jogi tekintély fogalmához általában véve. Lásd Sciaraffa, *Supra* note 9. Kételemem azonban abban, hogy bármi, amit megfelelően "szándéknak" nevezhetünk, szükséges szerepet játszik a joghatóságban. Igaz, hogy gyakran lesz olyan (egyéni vagy kollektív) szereplő, akiről elmondható, hogy "szándékában állt", hogy parancsait kövessék, de a jogi tekintély e jelenség nélkül is létezhet, és gyakran létezik is. Mindenekelőtt jól ismert fogalmi nehézségek merülnek fel azokkal a kísérletekkel kapcsolatban, amelyek a kollektív döntéshozó testületeknek, például a törvényhozásnak próbálnak "szándékot" tulajdonítani. Lásd pl. RONALD DWORKIN, *The Forum of Principle, in A MATTER OF PRINCIPLE* 33, 34-57 (1985) [a továbbiakban DWORKIN, *Forum of Principle*]. Még ha feltételezzük is, hogy a jogalkotó képes szándékot kialakítani, valószínű, hogy törvényei olyan körülmények között is alkalmazandók lesznek, amelyeket nem látott előre, és amelyekkel kapcsolatban ezért nem alakíthatott ki szándékot; ez a Ronald Dworkin által leírt jogi "elvek" jelentősége például. Lásd RONALD DWORKIN, *A szabályok modellje I, in TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 14-45 (1977-1978). És valószínű, hogy jogi normák anélkül is létrejöhetnek, hogy bármely szereplő valaha is tudatosan kialakítaná azt a szándékot, hogy azok jogi normák *legyenek, mint* például a szokásjog esetében.

Úgy gondolom, hogy a funkciót, amelyet Hart (implicit módon, talán véletlenül) és Sciaraffa (szándékosan) a szándéknak tulajdonít a tekintély fogalmán belül, ugyanolyan jól szolgálhatja a forrásfüggőség tulajdonsága a szalencia tulajdonságával kombinálva. A tartalom-függetlenség Hart leírásában nem az a tény a döntő, hogy a parancsnok a parancsait cselekvés indokaként *kívánja* értelmezni, hanem az a tény, hogy a parancsának alárendeltek ezeket a parancsokat cselekvés indokaként *érezkeli*. A tekintélyelvű parancsok kvintesszenciális tulajdonsága, amelyre Hart utal - az, hogy a parancsokat a cselekvés okaként (vagy okot adó okként) fogják fel, tekintet nélkül arra, hogy mit parancsolnak - ugyanolyan könnyen, sőt talán könnyebben magyarázható a forrásfüggőség tulajdonságával, mint azzal a (kontingens) lehetőséggel, hogy valamelyik szereplő azt akarja, hogy így fogják fel őket.

generálta. És *kiemelkedőnek* kell lennie; e többi jellemzővel való rendelkezésének kellően nyilvánvalónak vagy hozzáférhetőnek kell lennie egy ésszerű jogalany számára.

F. Megjegyzés a jogi alany identitásáról az alkotmányos jogokról folytatott vitákban

A jogi tekintélyről szóló általános beszámolóknak - vagyis a jogrendszeren belüli legtöbb vagy összes jogi norma tekintélyének meg- ~~mondása~~ tett kísérleteknek - meg kell magyarázniuk, hogy a jog hogyan írhat elő prima facie engedelmisségi kötelezettséget a jogi alanyok széles körére, a legkülönbözőbb körülmények között, a főigazgatóknak a feltételezett terroristák kezeléséről szóló döntéseitől a gyalogosoknak az utcán való átkelés időpontjáról szóló döntéséig. Egy ilyen beszámolónak meg kellene magyaráznia, hogy a magánjelleggel eljáró embereknek vagy szervezeteknek - mint alanyoknak, nem pedig mint a törvény megalkotóinak vagy végrehajtóinak - miért van kötelességük engedelmeskedni annak, amit a jogalkalmazóknak vagy a jogalkalmazóknak kell betartaniuk.

H.L.A. Hart "elsődleges" jogi szabályoknak nevezte, vagyis olyan szabályoknak, amelyek "az embereket bizonyos cselekedetek megtételére vagy azoktól való tartózkodásra kötelezik".²¹ Meg kellene magyaráznia azt is, hogy a jogi tisztségviselőként eljáró embereknek - a legfelsőbb vezetőknek, törvényhozóknak, bírának, bürokratáknak, egészen a választójogukat gyakorló és a politikai beszédben és egyesülésben részt vevő polgárokig - miért kötelesek betartani azokat a "másodlagos" szabályokat²², amelyek meghatározzák a jogi tisztségviselők hatáskörét és felelősségét, azokat a szabályokat, amelyek létrehozzák azt a jogi rendszert, amelynek részei, és szabályozzák, hogyan kell ennek a rendszernek működni.²³

E cikk alkalmazásában a vizsgálatnak közel sem kell ilyen széles körűnek lennie. A legtöbb esetben az alkotmányos jogok csak azt korlátozzák, amit az amerikai doktrínában "állami szereplőknek" neveznek - kormányzati tisztviselők és intézmények.²⁴ Míg a

²¹ HART, *Supra* note at13, 81.

²² *Lásd id.* (a "másodlagos" jogi szabályok meghatározása).

²³ Megkíséreltem felvázolni egy ilyen általános beszámoló alapjait a PETERS, *supra* note. 12.

²⁴ Az amerikai alkotmány tizenharmadik kiegészítése kivételt képez ez alól az általános szabály alól, mivel tiltja a "rabszolgaságot vagy az önkényes szolgaságot", függetlenül attól, hogy

gyakran úgy gondolunk az Alkotmányra, mintha az Hartai másodlagos szabályokból állna, valójában az alkotmányos jogok jellemzően elsődleges szabályokként működnek e szereplőkkel szemben. Az elméleti szakemberek, politikusok és mások gyakran beszélnek - szerintem megkérdőjelezően - az alkotmányos jogokról mint "a többségre vonatkozó" korlátokról, ²⁵mintha a kormánytisztviselők valahogyan tökéletesen tudnának és tudnának is valamit, amit többségi akaratnak nevezhetünk, irányítani. De természetesen a politikai többség egyének gyűjteménye, akik mindegyike csak azáltal válik a többség részévé, hogy a cselekvés módjára vonatkozó saját érvelési folyamata alapján cselekszik (jellemzően szavazással); a mitikus "többségi akarat" valójában az egyéni akaratok gyűjteményének terméke.²⁶ Soha nem fog tehát előfordulni, hogy egy "demokratikus többségnek" nevezett entitás kollektív öntudatos érvelési folyamatba kezd arról, hogy engedelmeskedjen-e egy alkotmányos jognak vagy más normának. Az sem egyértelmű, hogy a többség "képviselésével" megbízott személyeknek mindig a többség akaratát kell végrehajtaniuk, még akkor sem, ha ez az akarat pontosan azonosítható.²⁷ És ahogyan az Ely és a negyedik lábjegyzet is emlékeztet bennünket, korántsem elkerülhetetlen, hogy a kormánytisztviselők mindig teljes jóhiszeműséggel hárítsák el kötelességeiket, bármi legyen is az.

a forrása. Lásd U.S. CONST. Amend. XIII. A tizenharmadik módosítás (amely a szesztilalmat hozta létre) egy másik kivétel volt, mielőtt a huszonegyedik módosítás hatályon kívül helyezte. Lásd:

U.S. CONST. Amend. XVIII, XXI.

²⁵ Lásd *pl.* ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16-23 (2d ed. 1986) (a "counter-majoritarian difficulty" kifejezést használta a bírósági felülvizsgálat demokratikus legitimitásával kapcsolatos kérdések leírására); *de lásd* RONALD DWORKIN, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 15-201, (1996) (megkérdőjelezve a demokrácia és atöbbség egyenlőségét); EISGRUBER, *supra* note. 4, 49-52. o. (megkérdőjelezve azt a feltételezést, hogy a többségi politikai intézmények mindig a legjobban "a nép nevében beszélnek").

²⁶ Arra vonatkozóan, hogy a többséget nem szabad monolitikus egységként kezelni az alkotmányelméletben, lásd Christopher J. Peters, *Persuasion: A Model of Majoritarianism as Adjudication*, 96 NW. U. L. REV. 1, 22-25 (2001). A nézeteltérésnek a demokratikus jogalkotásban betöltött központi szerepéről és a jogelméletre gyakorolt néhány következményéről lásd WALDRON, *supra* note 4, 21-146. o., értékes és árnyalt vitát.

²⁷ Arról, hogy a kormánytisztviselők milyen különböző módon képviselik a demokratikus többséget, lásd HANNA FENICHEL PITKEN, THE CONCEPT OF REPRESENTATION (1967).

hit, és korántsem biztos, hogy egy demokráciában mindig a puszta többségnek kell érvényesülnie.²⁸

A legtöbb esetben tehát az alkotmányos jogok szempontjából releváns jogi alany egy kormánytisztviselő (mint George) vagy egy kormányzati intézmény (mint a törvényhozás). Az ő dilemmájuk az lesz, hogy engedelmeskedjenek-e annak, amit egy alkotmányos jog parancsol abban az esetben, ha ez a parancs ellentétes a saját legjobb megítélésükkel arról, hogy mit kellene tenniük. Bizonyos esetekben az érintett jogalany egy állampolgár lesz - aki például arról dönt, hogy szavazzon-e egy olyan kormányfőre vagy törvényhozóra, aki (az állampolgár megítélése szerint) megsértett vagy nem sértett meg valamilyen alkotmányos jogot. Gyakran pedig az érintett jogi alany egy bíró, akinek el kell döntenie, hogy értelmezi-e és hogyan értelmezze és érvényesítse az alkotmányos jogokat. A bíró esetében a dolgok egy kicsit másképp állnak: Jellemzően (bár nem mindig) nem az a kérdés, hogy őt magát közvetlenül korlátozzák-e az alkotmányos jogok, hanem az, hogy meg kell-e állapítania, hogy egy másik kormányzati szereplőnek ilyen kötelezettsége van.²⁹ A bíró számára tehát az alkotmányos jogok tekintélyének kérdése általában azon a kérdésen keresztül szűrődik le, hogy vajon kell-e engedelmeskednie más szabályoknak (a harti értelemben vett másodlagos szabályoknak), amelyek arra irányítják, hogy érvényre juttassa ezeket a jogokat.³⁰ Ez még mindig a jogi tekintély kérdése - csak hogy a jogi tekintélyt egyszer már eltávolították.

²⁸ Lásd az Ely/Footnote Four megközelítés leírását a IV.A. részben, *lentebb*.

²⁹ Természetesen vannak lehetséges és tényleges kivételek: Az alkotmányos jogok közvetlenül korlátozhatják nemcsak a demokratikus többséget, hanem a bírák magatartását és a bírósági eljárás más aspektusait is. Az amerikai Bill of Rights számos rendelkezése megfelel ennek a leírásnak. *Lásd pl.* U.S. CONST. AMEND. V. (a nagysküdtszéki vádemelés és a tisztességes eljárás előírása, valamint a kettős büntethetőség és a kényszerített önvádolás tilalma); AMEND. VI (a büntetőeljárások szempontjainak szabályozása); AMEND. VII. módosítás (az esküdtszéki eljárás garانتálása bizonyos polgári ügyekben); VII. VIII. módosítás (a kegyetlen és szokatlan büntetések és a túlzott óvadék tilalma).

³⁰ E másodlagos szabályok közül néhány alkotmányos jellegű lesz. Például az Egyesült Államok alkotmánya (U.S. CONST. ART VI, cl. (2)"Ez az Alkotmány és az Egyesült Államoknak az ennek értelmében hozott törvényei ... az ország legfőbb törvénye; és minden államban a bírákat ez köti"). Mások törvények, alárendelt rendeletek vagy common law szabályok formájában: a törvénykönyvek, amelyek szabályozzák a

Ez pedig visszavezet minket e tanulmány központi feltevéséhez: Az alkotmányos jogok minden hihető védelmének foglalkoznia kell a joghatóságuk kérdésével. Az intézményi tervezőknek nincs jó okuk arra, hogy olyan alkotmányos jogokat fogadjanak el, amelyeknek nincs tekintélyük; a jogalanyoknak nincs (vagy legalábbis nagyon kevés) jó okuk arra, hogy olyan alkotmányos jogoknak engedelmeskedjenek, amelyeknek nincs tekintélyük.³¹ Mindezek ismeretében nem világos, hogy miért támogatnánk az alkotmányos jogok olyan normatív indoklását, amely nem magyarázza meg, hogy az alkotmányos jogok jogként való tekintélyüket.

III. AZ ANYAGI JOGI INDOKOLÁS MINT A JOGHATÓSÁGRÓL SZÓLÓ BESZÁMOLÓ

Hogyan teljesítenek tehát az alkotmányos jogok alternatív védekezései, amelyeket a bevezetőben említettem, mint a jogi autoritásról szóló beszámolók? Mint kiderült, egyesek jobban, mint mások. Ebben a részben a szubsztantív indoklásokba ágyazott implicit joghatósági narratívákat vizsgálom meg, és úgy találom, hogy ezek hiányosak. Az azonban, hogy mennyire nem kielégítő a narratíva, attól függ, hogy az anyagi jogi indoklás melyik változata van játékban. Két fő változatot tudtam azonosítani, amelyeket én az *egyszerű* és az *árnyalt* változatnak nevezek, és az utóbbi valamivel jobban megállja a helyét a jogi tekintélyről szóló beszámolóként, mint az előbbi.

A. Tartalmi indoklás: Az egyszerű változat

Amit én az alkotmányos jogok *egyszerű tartalmi igazolásának* fogok nevezni, a következőképpen érvényesül: Az alkotmányos jogok

az igazságszolgáltatás és a bírósági eljárás szerkezete, eljárási szabályok, bírósági szabályok, precedensértékű határozatok, szakmai magatartási normák és hasonlók.

³¹ Ha egy jogalany valamilyen módon szankciót kap egy alkotmányos jog megszegéséért, akkor jó oka lehet arra, hogy engedelmeskedjen annak, még akkor is, ha nincs (vagy ha úgy gondolja, hogy nincs) tekintélye. Amint azonban a II.A.3. részben javasoltam, a szankcióknak a tekintélyt kell követniük, nem pedig fordítva; és így, bár elképzelhető, hogy a szankciók néha indokoltan következhetnek még a tekintély nélküli jogi normáknak való engedetlenségéből is (*lásd az alábbi jegyzetet*). 14), kétséges, hogy az ilyen esetek gyakoriak lennének egy legitim jogrendszerben.

Egy ilyen rendszer alanyainak tehát csak ritkán lesz kényszerítésen alapuló okuk arra, hogy engedelmeskedjenek a nem tekintélyes jogi normáknak.

normatív módon igazoltak, mint az erkölcsileg kívánatosnak tartott *bizonyos* állapotok előmozdításának eszközei. Az ACLU honlapjáról származó idézet, amely ezt a tanulmányt nyitja, egy egyszerű tartalmi indoklást javasol. Ez az idézet a "szólásszabadságot" a "jogok" olyan kategóriájaként azonosítja, amely "emberi lényekként" "megilleti" az embereket, olyan jogok, amelyek "természetesen" hozzánk tartoznak.³² Más szóval a "szólásszabadság" védelmét a dolgok morálisan kívánatos állapotának tartják. És e nézet szerint az alkotmányos jogok - amelyek az "Első Alkotmánykiegészítésben" és a "teljes Bill of Rights-ban", amelynek részét képezi - a szólásszabadság és e többi természetes jog "védelmére", vagyis az erkölcsileg kívánatos állapotok előmozdítására "teremtődtek", amelyek akkor keletkeznek, ha a szólásszabadság és más természetes jogok védelmet élveznek.

A mi céljaink szempontjából egy ilyen egyszerű tartalmi indoklásnak két fontos jellemzője van. Először is, abban az értelemben *tartalmi*, hogy végső soron az eredmények vagy kimenetek erkölcsi státuszával foglalkozik - az alkotmányos jogok érvényesítéséből és az azoknak való engedelmeskedésből várhatóan következő állapotokkal, és azzal, hogy ezek az állapotok erkölcsileg kívánatosak-e. A *lényegi indoklásnak van egy másik fontos jellemzője*. (Nem "eljárás", mivel végső soron nem az a folyamat érdekli, amelynek során ezeket az állapotokat eléri.³³) Másodsor, *specifikus* abban az értelemben, hogy az érdemi fókusz meglehetősen szűk körű, bizonyos meghatározott eredményekre - mondjuk a "szólásszabadság védelmére" vagy (kicsit tágabb értelemben) a "természetes jogok védelmére" - összpontosít, és nem az "erkölcs" vagy az "erkölcsös cselekvés" általános céljainak szolgálatára. Az előbbi komponens általában véve problémásnak bizonyul az anyagi jogi indoklások esetében, de az utóbbi komponens - a konkrétság - az, ami a legproblémásabb az egyszerű anyagi jogi indoklás esetében.

³² Pontosabban, az idézet ezt a fajta természetjogi nézetet "az ország eredeti polgárainak", mint a Bill of Rights alkotóinak és elfogadóinak tulajdonítja. De úgy

gondolom, hogy az idézetet nyugodtan értelmezhetjük úgy, hogy az ezt a felfogást támogatja.

³³ Ezzel kapcsolatban lásd még a *fenti* megjegyzésekben foglaltakat. 63-64 és a kísérő szöveg.

Mielőtt értékelném az egyszerű anyagi jogi indoklást az előző részben azonosított jogi tekintély szempontjaival szemben, meg kell említenem, hogy annak ellenére, hogy ez az indoklás népszerű a politikai és nyilvános retorikában, a tudományos elméletben nehéz példákat találni rá.³⁴ Úgy gondolom, hogy ennek jó oka van, amint azt az értekezésemnek ki kell mutatnia. De nem hiszem, hogy az Egyszerű szubsztantív jusszifikáció komoly példáinak ritkasága miatt pusztán szalmabábu lenne. Amíg ez az indoklás uralja a közvélemény alkotmányos jogokról való gondolkodásának nagy részét, ahogy a bevezető idézeteim azt sugallják, addig érdemes megvizsgálni a gyengeségeit.

1. *Operativitás (és különleges erő, nem kényszerítő erő, valamint a figyelemfelkeltés).* - Az első számú gyengeség az, hogy az egyszerű anyagi jogi indoklás nem tud számot adni a joghatóság talán leglényegesebb jellemzőjéről: a működőképességéről. A működőképesség, ne feledjük, azt a követelményt jelenti, hogy egy autoritatív jogi norma okot adjon a jogalany számára arra, hogy cselekedjen, és ne csak arra, hogy higgyen valamit, vagy hogy elgondolkodjon azon, hogyan cselekedjen. És az egyszerű tartalmi indoklás alapján az alkotmányos jogok ezt nem teszik meg.

Tekintsük újra azt a hipotetikus esetet, amikor a vezérigazgató, George, eldönti, hogy engedélyezi-e a parancs nélküli elektronikus

³⁴ Egy lehetséges kivétel Randy Barnett védelme az amerikai alkotmány tekintélyének. Barnett azt állítja, hogy az Alkotmány azért kötelező (vagyis azért rendelkezik tekintéllyel), mert a "természetes" jogok egy bizonyos felfogását igyekszik védeni, nevezetesen azt a libertáriánus felfogást, amelyet Barnett maga is vall, és amelyről azt állítja, hogy sok alkotmányozóval osztja. *Lásd: RANDY E. BARNETT, RESTORING THE LOST CONSTITUTION: THE PRESUMPTION OF LIBERTY 53-86 (2004)* (az elvesztett alkotmány helyreállítása: a szabadságjogok előfeltételezése 53-86) (e felfogást támogatva).

a "természetes" jogok tekintélyét, és azt az "alapító nemzedéknek" tulajdonítja); *lásd még id. 89-115. o.* (az eredetiségelvű értelmezési módszertant támogatva, mint e jogok végrehajtásának legjobb módját). Barnett, aki jellemzően éles elméletű teoretikus, az alkotmányos jogokról és a bírói felülvizsgálatról szóló normatív vita azon kevés résztvevői közé tartozik, akik közvetlenül foglalkoznak a jogi tekintély kérdésével (amelyet ő a "legitimitás" kérdésének nevez, *lásd pl. id. 48. o.*); ezért még kiábrándítóbb, hogy Barnett látszólag az egyszerű szubsztantív indoklást támogatja. Meg kell jegyezni, hogy Barnett az alkotmányos jogok védelmében általában - nem csak az amerikai alkotmányban megtestesülő alkotmányos jogok konkrét halmazát - úgy tűnik, hogy azt követi, amit az alábbiakban árnyalt anyagi indoklásnak nevezek. *Lásd az alábbi jegyzetet. 37.*

a terrorizmussal gyanúsítottak megfigyelése. Tegyük fel, hogy A , B és C nem jogi okok (azaz a törvényben előírtaktól eltérő okok) miatt támogatja a megfigyelés engedélyezését, míg D , E és F nem jogi okok miatt ellenzi annak engedélyezését. Az alkalmazandó nem jogi okok egyensúlyának helyes értékelése vagy a megfigyelést engedélyező határozatot (nevezzük OS -nek, ahol az O az "eredményt", az S pedig a "megfigyelést" jelenti), vagy a megfigyelést nem engedélyező határozatot ($O_{(-S)}$) igényel.³⁵ Tegyük fel, hogy az R alkotmányos jog tiltja a megfigyelés engedélyezését. Milyen hatással lehet R a George döntése szempontjából releváns erkölcsi okok egyensúlyára?

Az egyszerű tartalmi igazolásra egyáltalán nem lehet hatása. Ez az indoklás a következő indokot kínálja az alkotmányos jogok betartására: Ha így teszünk, az elősegít egy bizonyos, morálisan kívánatos állapotot. De egy olyan jogalany, mint George, bizonyára már így is elegendő okkal rendelkezik ahhoz, hogy úgy cselekedjen, hogy a törvénytől függetlenül is elősegíti az erkölcsileg kívánatos állapotot. Ha az alkalmazható nem jogi okok egyensúlyának helyes értékelése azt követeli meg George-tól, hogy $O_{(-S)}$ mellett döntsön, akkor az a tény, hogy R mindezek alapján $O_{(-S)}$ mellett dönt, semmit sem változtat; az R követelményei teljesen feleslegesek a (nem jogi) moralitás meglévő követelményeihez képest.

Ugyanígy, ha a cselekvés egyetlen oka, amelyet R biztosít, az erkölcsileg kívánatos állapot előmozdítása, akkor R nem ad okot arra, hogy olyan módon cselekedjünk, amely ezt *nem* teszi lehetővé. Ha tehát az alkalmazható nem jogi okok egyensúlyának helyes értékelése azt követeli meg George-tól, hogy az OS -t válassza, akkor az a tény, hogy R azt követeli meg tőle, hogy az $O_{(-S)}$ -t válassza, nem adhat erkölcsileg érvényes indokot a cselekvésre.

Az egyszerű tartalmi indoklás szerint tehát az alkotmányos jogok nem adnak okot arra, hogy a nem jogi erkölcsi követelményeivel összhangban vagy azokkal ellentétesen cselekedjünk. Ahogy Scott

³⁵ Az egyszerűség kedvéért félreteszem azt a vitatható lehetőséget, hogy az indokok mérlegelésének helyes értékelése lehetővé teszi, de nem teszi szükségessé bármelyik intézkedést. Ez a lehetőség nem befolyásolja lényegesen az elemzést.

Shapiro úgy fogalmaz, hogy "ha a [jogi] hatóságok tévednek, nem lehet hatalmuk arra, hogy másokat kötelezzenek - ha igazuk van, a kötelezési hatalmuk értelmetlen. ... [A] [jogi] hatalom intézménye vagy ártalmas, vagy hiábavaló".³⁶ Az alkotmányos jog léte egyáltalán nem ad hozzá semmit a meglévő erkölcsi számításhoz; nem szolgáltat operatív okot a cselekvésre.

Megjegyzendő, hogy a működőképességnek ez a hiányossága a jogi autoritás számos más, az előző szakaszban tárgyalt szükséges elemének hiányát is magában foglalja. A nem operatív ok (azaz olyan ok, amely nem létezik, legalábbis nem mint a cselekvés reásonja) nem lehet olyan ok, amely különleges normatív erővel bír, hasonlóan a prima facie kötelességhez. Nem lehet olyan ok sem, amelynek (nem létező) működőképessége és különleges ereje kiemelkedő egy látszólag joghatóság alá tartozó, észszerű személy számára.

Ez utóbbi pont, bár elvontan nyilvánvaló, némi magyarázatot érdemel, mert az Egyszerű tartalmi igazolással kapcsolatos hangsúlytalanság az, ami úgymond "a földön" elkárhoztatja. Az alkotmányos jogok fogai - gyakorlati értékük - természetesen az a képességük, hogy a jogi tisztviselőket, a polgárokat és más érintett szereplőket arra ösztönözzék, hogy olyan dolgokat tegyenek, amelyeket egyébként nem tennének meg; senkit sem érdekelnek az alkotmányos jogok vagy az általuk birtokolt tekintély, ha ezek a jogok csak azt követelik meg, amit az érintett szereplők egyébként is megtennének. Az alkotmányos jogoknak képesnek kell lenniük arra, hogy egy olyan döntéshozót, mint George, arra késztesse, hogy valamilyen módon cselekedjen - például, hogy elutasítsa a terrorizmus gyanúsítottjainak engedély nélküli megfigyelését -, amit e jogok nélkül nem tett volna. Az egyszerű anyagi jogi indoklással pedig az a gyakorlati probléma, hogy nem teszi lehetővé, hogy az alkotmányos jogok ezt megtegyék.

Tegyük fel, hogy George az alkalmazandó nem jogi okok értékelése alapján arra a következtetésre jut, hogy az erkölcsileg legjobb állapot a...

³⁶ Shapiro, *Supra* note, 6,383. pont.

a vásárokon a parancs nélküli megfigyelés engedélyezése is szerepel. Az egyszerű tartalmi indoklás azt mondja George-nak, hogy "tiszteletben kell tartanod az indokolatlan házkutatás elleni jogot (*R*), mert ezzel elősegítesz egy erkölcsileg kívánatos állapotot"; de George pontosan ezzel az állítással nem ért egyet: George úgy véli, hogy az erkölcsileg kívánatos állapot ebben az esetben magában foglalja a megfigyelés engedélyezését, nem pedig az engedélyezés megtagadását, ahogyan azt az *R* megköveteli. Gyakorlati szempontból az indoklás nem tud okot adni George-nak arra, hogy mást tegyen, mint amit már megállapított, hogy erkölcsileg helyes.

Ez még akkor is igaz lenne, ha George tévedne az erkölcsileg kívánatos helyzetet illetően. George (téves) értékelése, miszerint az erkölcsileg kívánatos állapothoz tartozik a megfigyelés engedélyezése, elvakítja őt az *R*-nek való engedelmességre vonatkozó ok létezésére (nevezetesen arra, hogy ezzel elősegíti az erkölcsileg kívánatos állapotot). *R* tényleges tekintélye, vagyis George tekintetében nem lesz szaliencia. Ez pedig azt jelenti, hogy az Egyszerű szubsztantív indoklás nem csak mint az alkotmányos jogok tekintélyére vonatkozó igazoló elmélet, hanem mint gyakorlati recept arra vonatkozóan is, hogy az alkotmányos jogok miért fontosak és miért nem szolgálgják az engedelmességet a világban.

2. *Forrásfüggőség.* - A Simple Substantive Justification második számú gyengése az, hogy nem képes az alkotmányos jogokat forrásfüggőséggel felruházni. A forrásfüggő norma, ne feledjük, olyan norma, amelynek tekintélye (pontosabban, a működőképesség, a különleges erő és a kényszermentesség kombinációja) a származásából ered - valamilyen különleges személytől, intézménytől vagy folyamattól való eredetéből. Ha egy norma tekintélye forrásfüggő, akkor ugyanaz a norma nem rendelkezne tekintéllyel (legalábbis nem ugyanolyan mértékben), ha más forrásból származna. Egy alkotmányos jog, amelyet egy nemzet alkotmányos jog létrehozására irányuló, jogilag szentesített eljárásai generálnak.

törvény olyan tekintéllyel rendelkezik, amely ugyanannak az "alkotmányos jognak" nincs, ha azt egy bárvendég firkálja egy koktélszalvétára.

Az alkotmányos jogoknak nincs forrásfüggősége az egyszerű tartalmi indokolással kapcsolatban, mert a jogok betartásának bármilyen oka egyáltalán nem függ a forrásuktól. Ha George *R-nek* való engedelmessége nagyobb valószínűséggel segíti elő az erkölcsileg nem kívánatos állapotot, mint az engedetlensége, akkor ez attól *függetlenül* igaz, hogy az *R-t* nemzetének pedig alkotási folyamata ratifikálta, vagy csupán egy szalvétára firkálták. George-nak semmi köze nincs ahhoz a folyamathoz, amely *R-t* létrehozta, és minden köze van az *R-nek* való engedelmesség eredményéhez. Még ha *R-nek* történetesen van is némi *erkölcsi* tekintélye George felett - még akkor is, ha George-nak van valamilyen operatív oka arra, hogy *R-nek* engedelmességen -, *R-nek* nincs *le-galikus* tekintélye George felett. Normativitása, ha létezik, abban rejlik, *amit R azt* mondja George-nak, hogy tegyen vagy ne tegyen, nem pedig abban, *hogy R* honnan származik.

B. Tartalmi indoklás: Az árnyalt változat

Az egyszerű anyagi jogi indoklás tehát sem az alkotmányos jogok működőképességének, sem a forrásfüggőségének - és így az alkotmányos joghatóságuknak - a *bírósági joghatóságának* - a megítélése szempontjából nem állja meg a helyét. Amit én *árnyalt anyagi jogi indokolásnak* fogok nevezni, az jelentős előrelépés az egyszerű változathoz képest (bár végső soron nem elégséges előrelépés, azt fogom állítani). Az árnyalt anyagi jogi indoklás a következőképpen szól: Az alkotmányos jogok az erkölcsileg kívánatos állapotok előmozdításának eszközeiként igazolhatók, *bármilyen is* legyen az. A fenti FreedomWorks-idézet a Nuanced Substantive Justification (árnyalt szubsztantív indoklás) mellett szólhat (bár olvasható az egyszerű változat is). Az idézet szerint az Alkotmány "célja" többek között az, hogy "megvédje a polgárok természetes jogait ... a ... kormányzat túlhatalmától". Az idézet nem határoz meg semmilyen konkrét

"természetes jogok", amelyek védelmet érdemelnek (bár gondolhatunk a "természetes jogok" fogalmára úgy is, mint az erkölcs tartalmának meghatározására - ebben az értelemben a kvótát egyszerű beszámolóként is olvashatjuk). Így olvasva az idézet tehát azt sugallja, hogy az alkotmányban rögzített jogok célja a morálisan kívánatos állapotok valamilyen viszonylag széles spektrumának előmozdítása, talán még egy olyan spektrum is, amely meghatározhatatlan, és így nem lehet konkrétan meghatározni.³⁷

Az Egyszerű változathoz hasonlóan a Nüanszolt érdemi indoklás is *érdemi, mivel* végső soron az eredmények erkölcsi státuszával foglalkozik, nem pedig az eredmények eléréséhez használt eljárások státuszával. Az Egyszerű változattól eltérően azonban az árnyalt változat nem határoz meg olyan konkrét állapotot vagy állapotokat, amelyek erkölcsileg kívánatosak, és így az alkotmányos jogok célját képezik. Az elképzelés szerint az alkotmányos jogok érvényesítése és betartása nagyobb valószínűséggel juttat el bennünket valamilyen erkölcsileg kívánatos helyre - még akkor is, ha jelenleg nem tudjuk, vagy nem tudunk egyetérteni abban, hogy hol van ez a hely -, mint az, ha nem érvényesítjük és nem tartjuk be őket.

Az eredményspecifikusság hiánya az árnyalt tartalmi indoklásban azt jelenti, hogy a számla normatív mechanizmusa döntően másképp működik, mint az egyszerű változatban.

³⁷ A fent említettem (lásd a fenti megjegyzésben 34), hogy míg Randy Barnett konkrétan az amerikai alkotmányról egyszerű szubsztantív beszámolóként tűnik, az alkotmányjog általános indoklási elmélete árnyalt szubsztantív beszámolóként értelmezhető. Barnett azt állítja, hogy az alkotmányjog rendelkezik "legitimitással" - ami alatt azt érti, hogy "megérdemli a kétely és az engedelmség prima facie kötelessége", egy olyan fogalom, amit én "tekintélynek" nevezek - ha és csak akkor, ha a törvényt létrehozó és végrehajtó folyamatok "megfelelő biztosítékot nyújtanak arra, hogy a törvények, amelyeket [ezek a folyamatok] érvényesítenek, igazságosak". BARNETT, *supra* note 34, at 48. Ez a megközelítés úgy tűnik, hogy az alkotmányos jognak annyiban tulajdonít tekintélyt, amennyiben az annak parancsainak való engedelmség - nem valószínű, hogy előmozdít egy bizonyos erkölcsileg kívánatos eredményt -, hanem valószínű, hogy előmozdítja *azt az* eredményt, *amelyik* erkölcsileg kívánatosnak bizonyul. Ez példa lenne az árnyalt tartalmi indoklásra, amelyet ebben a szakaszban ismertetek. Amint Barnett megjegyzi, "[a]z [munkájában] kifejtett [általános] ... legitimációs koncepciót anélkül is el lehet fogadni, hogy az igazságosság konkrét elméletével egyetértenénk". *Id.* 47.

Az Egyszerű változat normatív ereje az volt, hogy ígéretet tett bizonyos állapotok előmozdítására; ha valaki úgy gondolja, hogy egy adott állapot normatív értelemben kívánatos, akkor emiatt olyan alkotmányos jogot kell érvényesítenie vagy betartania, amely elősegíti az adott állapotot. Ennek a kvázi logikának a felszínes vonzereje nyilvánvaló az ACLU-idézetben: *Természetesen a szólásszabadság jó dolog! Természetesen a természetes jogok erkölcsileg kívánatosak! Ki tudná megkérdőjelezni az alkotmányos jogokat, amelyek ilyen nyilvánvalóan jó eredményeket hoznak?*

Pontosan ez a logikátlanság az, ami - mint láttuk - a Simple Substantive Justification-t mint a jogi tekintélyről szóló beszámolót halálra ítéli. Az árnyalt változat logikája azonban más - intuitívan talán kevésbé vonzó, de végső soron ellenállóbb. Az elképzelés lényege, hogy még ha nem is tudjuk biztosan, hogy a lehetséges állapotok közül melyik lenne erkölcsileg a legkívánatosabb - vagy ha nem értünk egyet egymással ebben a kérdésben -, az alkotmányos jogok érvényesítése és betartása elvezet minket a helyes válaszhoz, bármi legyen is az. Ahogy Jeremy Waldron (aki maga sem az alkotmányos jogok védelmezője) fogalmaz, az alkotmányos jogok segítenek nekünk "eljutni az igazsághoz..., *bármi is legyen az igazság*".³⁸ A beszámoló normatív ereje abban áll, hogy nem egy bizonyos eredmény vagy kimenetel előmozdítására tesz ígéretet, hanem arra, hogy azt az eredményt vagy kimenetet támogatja, amelyik történetesen erkölcsileg a legjobb.

Még ebből a pusztán leírásból is kezdhethetjük látni, hogy az árnyalt érdemi indoklás hogyan kerülheti el a jogi tekintély sziklás zátonyait, amelyek tönkretették egyszerű rokonát. Az Egyszerű változat szerint az alkotmányos jog semmit sem tesz hozzá a jogalany meglévő kötelességéhez, hogy egy erkölcsileg kívánatos állapotot valósítson meg. Az árnyalt változat szerint azonban valami fontosat adhat hozzá. Ha a jogalany nem *tudja*, hogy a dolgok melyik állapota erkölcsileg kívánatos, vagy nem tud *egyvetérteni* más döntéshozókkal ebben a kérdésben, akkor is engedelmesskedhet a

³⁸ Waldron, *Core Case*, *Supra* note at4, (1373kiemelés hozzáadva).

alkotmányos jogot, azzal a bizonyossággal, hogy az elvezet őt az eredményhez, bármi legyen is az. Az alkotmányos jogok feltételezett képessége, hogy legyőzzék az erkölcsi nézeteltéréseket vagy bizonytalanságokat, megadhatja a cselekvésre vonatkozó operatív okot, amelyet a Nuanced account hiányol. A hangsúlyosság, amely az Egyszerű beszámolóból hiányzik, úgy tűnik, hogy az árnyalt változatban megjelenik. Ha a jogalany tévesen úgy gondolja, hogy az *R* alkotmányos jog betartásának eredménye erkölcsileg nem kívánatos, akkor is megteheti - azon az alapon, hogy tévedhet, és *R-nek* lehet igaza az erkölcsileg kívánatos eredménnyel kapcsolatban.

Ahogy a hangsúlyossággal kapcsolatos pont is jelzi, a Nuanced Substantive Justification szerint az alkotmányos jogok működőképessége forrásfüggő is lehet (sőt, *kell, hogy* legyen). Az árnyalt változat szerint az *R* alkotmányos jognak való engedelmesség nagyobb valószínűséggel segíti elő az erkölcsileg kívánatos eredményeket, mint az engedetlenség. Ha ez így van, akkor ez csakis annak a komparatív előnynek a függvénye lehet, amellyel az *R-t* generáló folyamat rendelkezik az erkölcsi döntéshozatalban a jogalany saját érvelésével szemben. Ha nem létezne ilyen előny - ha *R* nem lenne megbízhatóbb mutatója az erkölcsi kívánatosságnak, mint az alany saját ítélőképessége -, akkor nem lenne értelme *R-nek* engedelmeskedni; a jogi alany helyette saját, megingathatatlan ítélőképességének kellene engedelmeskednie. Az alany oka, hogy engedelmeskedjen *R-nek*, tehát az *R-t* generáló folyamattal kapcsolatos valamitől függ: az *R* forrásától függ.

1. *A komparatív döntési előny gondolata.* - Szeretném egy kicsit bővebben kifejteni a forrásfüggőség témáját, és különösen annak szükségességét, hogy a Nuanced Substantive Justification meggyőzően alátámassza az általa kínált forrásfüggőséget. A forrásfüggőség lényege, hogy az alanynak legyen valamilyen jó oka vagy okok összessége arra, hogy a normát létrehozó személynek, intézménynek vagy eljárásnak engedjen. Itt talán a paradigmaticus példa a páciensnek az orvosra "orders" iránti tisztelete, mivel az orvosnak sokkal nagyobb a tudása, mint a páciensnek.

az orvosi ügyek élén. Amint ez a példa is mutatja, a hatósági jogkörök bármelyikének meggyőző okot vagy okok összességét kell szolgáltatnia az ilyen jellegű tisztelethez. Bizonyos értelemben az ilyen indokok megléte a tekintély lényege; és a megfelelő indokok nagyon nehezen találhatók meg.³⁹

Az árnyalt tartalmi indoklás a következő indoklással szolgál: Az *R* alkotmányos jogot létrehozó *P* folyamat nagyobb valószínűséggel hoz jó döntéseket az erkölcsileg kívánatos állapotokról, mint a jogi alany ítélete, amely nincs jelen.

R. (Ne feledjük, hogy "jogi alany" alatt a demokratikus politikai folyamat alapján eljáró kormányzati tisztviselőt vagy polgárt értjük, vagy néha egy bírót, aki eldönti, hogy korlátozza-e és hogyan korlátozza ezt a folyamatot.) Az árnyalt anyagi jogi indoklás bármelyik adott példájának meggyőzően kell elbeszélnie, hogy miért létezik ez az ok, miért működik és elég erős ahhoz, hogy *prima facie* kötelezettséget képezzen, és így miért teljesül a forrásfüggőség feltétele.

Egy pillanat múlva ismertetem a Nuanced Substantive Justification talán legismertebb változatát (a hamiltoni megközelítést), és kifejtem az általa kínált összehasonlító döntési előnyöket. Előbb azonban meg kell jegyezmem, hogy ebben a tanulmányban nem az a célom, hogy értékeljem a komparatív döntési előny e vagy bármely más konkrét elméletének meggyőző erejét. Tágabb értelemben nem célom az érdemi indoklások (vagy éppen az eljárási indoklások) *érdemi* értékelése. (Ez a projekt hosszú időn keresztül az alkotmányos jogokról szóló tudományos viták központi témája volt.)⁴⁰ A célom inkább az, hogy értékeljem, vajon az indoklás ezen típusainak *bármelyik* példája (függetlenül attól, hogy érdemben milyen vonzónak tűnik) képes-e a jogi tekintély koherens bemutatására.

³⁹ A joghatóság igazolására felhozott indokok különböző kategóriáiról lásd: Shapiro, *Supra* Note 6; PETERS, *Supra* Note 6; PETERS, *Supra* Note 6. 12, 39-66. o.

⁴⁰ Lásd például a *fentebb* említett forrásokat. 4.

Ezért az alábbiakban azzal fogok érvelni, hogy az árnyalt anyagi jogi indoklások a jogi tekintélyről szóló beszámolóként éppen azért botlanak meg, mert az összehasonlító döntési előny fogalmára összpontosítanak - függetlenül attól, hogy az összehasonlító döntési előnyről szóló bármely konkrét történet meggyőzőnek tűnik-e.

2. *A klasszikus hamiltoni beszámoló mint egyfajta árnyalt érdemi indoklás.* - Az árnyalt szubsztantív indoklásnak tehát meg kell magyaráznia, hogy az alkotmányos jogokat létrehozó eljárások miért jobbak az erkölcsi döntéshozatalban, legalábbis bizonyos kérdésekben, mint az alkotmányos jogok alanyai - a kormánytisztviselők, az állampolgárok és (részben) a bírák. Egy olyan rendszerben, mint az amerikai, egy ilyen beszámolónak két fókuszpontja lesz: az általános alkotmányos normák létrehozásának folyamata (alkotmányos *keretezés*) és az általános normák konkrét körülmények között történő alkalmazásának folyamata (alkotmányos *bírászkodás*).⁴¹

Alexander Hamilton a *78. számú föderalistában* klasszikus védekezést vázolt fel ezen a vonalon, olyan témákat vázolván fel, amelyek a kortárs beszámolókból továbbra is visszaköszönnek. Hamilton számára az alkotmány megalkotása "a nép hatalmának" közvetlen kifejeződése volt, amelyet nem a szokásos demokratikus módon - "a közösség⁴³ nagyobbik hangján" keresztül -, hanem egy olyan "ünnepélyes és tekintélyes aktus" révén ⁴²érvényesítettek, amely képes "megsemmisíteni vagy megváltoztatni a kormányzás kialakult formáját".⁴⁴ A Nuanced Substantive Justifi- lencsében keresztül.

⁴¹ Ez a kettősség a szemléltetés érdekében egyszerűsítés: Nem feltételezhető, hogy az alkotmányos normák létrehozása és ~~alkalmazása~~ hermetikusan elkülönülne egymástól; minden olyan rendszerben, amely common law elemeket tartalmaz, az általános normák alkalmazása maga is módosítja ezeket a normákat, vagy újakat hoz létre. Valószínűleg nem a formális bírászkodás az egyetlen olyan kontextus, amelyben az alkotmányos normákat alkalmazzák; a jogalkotók, más kormányzati tisztviselők és a választók is "alkalmazzák" az alkotmányos normákat, amikor hagyják, hogy azok vezéreljék őket a döntéshozatalban.

⁴² *Federalist No. in 78*, THE FEDERALIST PAPERS (436, Isaac 439 Kramnick szerk., 1987) (Alexander Hamilton).

⁴³ *Id.* 441.

⁴⁴ *Id.* 440.

Az alkotmányozással kapcsolatban az a felvetés - amely Bruce Ackerman kortárs elméletírónak a "magasabb szintű jogalkotás" "alkotmányos pillanatairól" szóló befolyásos beszámolóját is vezérli ⁴⁵-, hogy az alkotmányozás folyamatában van valami különleges (különösen részvételi, különösen inkluzív, különösen deliberatív), ami összehasonlító döntéshozatali előnyt biztosít a rendes demokratikus folyamathoz képest, legalábbis bizonyos típusú döntések tekintetében.

Hamilton a keretszabályozásról szóló beszámolóját kiegészítette az alkotmánybíráskodás leírásával, amelyben a "független" bírák, akiket az élethosszig tartó megbízatás véd,⁴⁶ egy "korlátozott alkotmány védőbástyáiként" működnek, nemcsak azért, hogy megakadályozzák az alkotmányos korlátok tisztán "törvényhozói beavatkozásokat", hanem azért is, hogy "megvédjék ... az egyének jogait azoknak a rosszindulatúságoknak a hatásaitól, amelyeket a tervező emberek művészete vagy az egyes konjunktúrák hatása néha magukban az emberekben is elterjesztenek".⁴⁷ Ez egy, az amerikai alkotmányelméleten belül ismerős gondolat korai megfogalmazása: a bírák relatív politikai elszigeteltsége lehetővé teszi számukra, hogy ellenálljanak a mindennapi demokratikus politika nyomásának, és így jobban előmozdítsák azokat az állapotokat, amelyeket a mindennapi politika hajlamos figyelmen kívül hagyni vagy kompromittálni (például az egyéni és kisebbségi "jogokat", vagy a tartós "értékeket" vagy alapvető "elveket"). Hamilton ezzel egy olyan hagyományt szült, amelyet később Alexander Bickel vett át, aki szerint a bírák "szabadideje, képzettsége és szigetelése" ad nekik "bizonyos képességeket az elvi kérdésekkel való foglalkozásra, amelyeket a törvényhozók és a végrehajtók nem tudnak kezelni".

⁴⁵ *Lásd általában* BRUCE1 ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991) [a továbbiakban: ACKERMAN, FOUNDATIONS]; BRUCE2 ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS (1998). Ackerman részletesen leírja a magasabb szintű jogalkotás folyamatát az ACKERMAN, FOUNDATIONS, *fentebb*, 266-94. o. (10. fejezet).

⁴⁶ *Lásd Federalist No. supra* 78, note. 42, 436-38. o. (az élethosszig tartó megbízatás és a bírói függetlenség közötti kapcsolat leírása).

⁴⁷ *Id.* 440.

nem rendelkeznek"⁴⁸, valamint az olyan neobickeliánusok, mint Christopher Eisgruber és Lawrence Sager, akik a bírói "érdektelenséget" (Eisgruber) vagy "távolságtartást" (Sager), mint a demokratikus politikával szembeni komparatív előnyöket emelik ki a "princípiumkérdések megoldása" (Eisgruber) vagy a "politikai igazságosság alapvető követelményeinek való megfelelés" (Sager) terén.⁴⁹

Amint azt a IV. részben tárgyalni fogom, a hamiltoni beszámolót és annak legújabb változatait nem kell a Nuanced Substantive Justification példáiként értelmezni; ehelyett inkább az eljárási indoklás típusainak tekinthetjük őket.⁵⁰ Megjegyzendő azonban, hogy ha mégis árnyalt szubsztantív értelemben értjük őket, úgy tűnik, hogy ezek az akcetek elkerülik egyszerű szubsztantív rokonaik kirívó hiányosságait. Hamilton és örökösei a bírósági úton érvényesített alkotmányos jogokat nem mint olyan eszközöket védik, amelyek meghatározott (és így vitatható) állapotokat hoznak létre, hanem mint olyan eljárásokat, amelyekkel erkölcsileg kívánatos állapotok érhetők el, bármilyenek is legyenek ezek az állapotok. Így úgy tűnik, hogy olyan indokot kínálnak az alkotmányos jogok betartására, amely *operatív*, mivel egy új okot jelent a cselekvésre; *forrásfüggő*, mivel tekintélye a jogokat létrehozó folyamattól függ; és *kiemelkedő*, mivel lehet, hogy valaki (tévesen) nem ért egyet az alkotmányos jog tartalmával, és mégis van oka annak betartására. Ez az ok annak a valószínűsége, hogy a jog tartalmával való egyet nem értés téves - hogy az alkotmányos jogok létrehozására, értelmezésére és érvényesítésére szolgáló eljárások viszonylag jobb erkölcsi döntéshozók, mint az adott állampolgár, bíró vagy kormánytisztviselő hamisítatlan ítélete.

⁴⁸ BICKEL, *Supra* note at 25, 25.

⁴⁹ *Lásd általában* EISGRUBER, *Supra* note. 4 (idézett szöveg, 57-59. o.); SAGER, *supra* megjegyzés (4idézett szöveg 1974., pont).

⁵⁰ *Lásd az alábbi* IV.B. részt.

C. Az árnyaltabb változat árnyaltabb szemlélete

Valójában azonban a Nuanced Substantive Justification offers egy kevésbé meggyőző beszámolót ad a jogi tekintélyről, mint ahogy az elsőre tűnik. Ez az indoklás ugyanis elkerülhetetlenül megköveteli, hogy a jogi ~~anyag~~ egy alkotmányos jog tekintélyének megítélésakor egy adott alkalommal a kívánatos állapotokra vonatkozó saját erkölcsi ítéleteiket is figyelembe vegyék. Ez elkerülhetetlenül veszélyezteti e jogok jelentőségét; végső soron pedig kétségbe vonja azok működőképességét is.⁵¹

1. *Salience (I. rész)*. - Bár a szaliencia bizonyos szempontból a jogi tekintély leghátsó kritériuma - a többi kritériumot követi, és valójában nem is létezhet nélkülük -, hasznos kiindulópont, mivel a szaliencia hiánya valószínűleg a legnyilvánvalóbb gyengeség a Nuanced változat tekintélynarratívájában. A probléma röviden az, hogy bár az árnyalt változat enyhíti az Egyszerű változat szalienciaproblémáját, közel sem megy elég messzire annak teljes kiküszöböléséhez. Egy jogalany téves egyet nem értése egy jog tartalmával továbbra is veszélyesen valószínű, hogy megingatja a jog tekintélyébe vetett hitét.

A Nuanced account normatív motorja, ne feledjük, - működésének és különleges erejének forrása - az alkotmányos folyamat összehasonlító döntési előnye a politikai erkölcs kérdéseit (legalábbis bizonyos kérdéseket) illetően. A szaliencia kritériuma tehát megköveteli, hogy egy ésszerű jogalany képes legyen felismerni ezt a komparatív előnyt. A jogalany azonban a feltételezett előnyt a következőkkel kell, hogy tesztelje

⁵¹ Amit ebben a részben a hangsúlyosság és a működőképesség hiányosságaként írok le, azt máshol a "tartalomfüggetlenség" hiányaként írtam le. *Lásd* PETERS, *Supra* note 12, 41-44. o. Amint azt a fenti II.E. részben javasoltam, most úgy vélem, hogy amit általában "tartalomfüggetlenségnek" neveznek, az valójában az általam operativitásnak, forrásfüggőségnek és figyelemfelkeltésnek nevezett három tulajdonság együttese. *Lásd a fenti* jegyzeteket 16-20 és a kísérő szöveg. Az alábbiakban azzal érvelek, hogy e tulajdonságok közül kettő (a figyelemfelkeltés és a működőképesség) nincs megfelelően figyelembe véve a Nuanced Substantive Justification...

a saját erkölcsi ítéleteinek - beleértve az alkotmányos jogra vonatkozó konkrét esetekre vonatkozó ítéleteit is - alávetve. Minél inkább nem ért egyet egy jogalany a jog tartalmával, annál kevésbé valószínű, hogy elismeri a jogot létrehozó eljárás komparatív döntési előnyét; és így annál kevésbé valószínű, hogy elismeri a jog tekintélyét.

E jelenség illusztrálására gondoljunk ismét arra a választásra, amellyel hipotetikus vezetőnk, George szembesül, akinek el kell döntenie, hogy engedelmessé-e az *R* alkotmányos jognak, amely arra kötelezné, hogy engedélyezze a terrorizmus gyanúsítottjainak engedély nélküli megfigyelését. A Nuanced Substantive Justification szerint George döntése, hogy engedelmessé-e *az R-nek, egyrészt* George saját döntési képességeinek összehasonlításán múlik, ha nincs *az R* (ami megfontolandó, tekintve a George rendelkezésére álló információk és vélemények széles skáláját), másrészt pedig az *R-t* létrehozó folyamat, *P* döntési képességeinek összehasonlításán. Ha *P* döntési képessége a szóban forgó kérdéssel kapcsolatban nagyobb, mint George és *mások* döntési képessége, akkor a Nuanced account okot ad George-nak arra, hogy engedelmessé *R-nek*, még akkor is, ha úgy gondolja, hogy ez nem vezet erkölcsileg kívánatos eredményre.

Az érvelés kedvéért tegyük fel, hogy *P* - amely (tegyük fel) Hamiltoni módon kombinál egy rendkívül részvételi és deliberatív keretelési eljárást egy politikailag független eseti ítélkezési eljárással - e tulajdonságai révén valóban komparatív döntési előnnyel rendelkezik George saját, nem befolyásolt ítéletével szemben. Tegyük fel továbbá, hogy ennek eredményeképpen *R* rendelkezik a joghatósághoz szükséges operativitás, különleges erő, nem kényszerítő erő és forrásfüggőség tulajdonságaival. A tényleges hatalom egyik kritériumát még meg kell állapítanunk: A tekintélynek *szembetűnőnek* kell lennie, azaz képesnek kell lennie arra, hogy egy ésszerű jogalany felismerje.

Tegyük fel tehát, hogy George valóban ésszerű jogalany. Mint ilyen, George nem valószínű, hogy egyszerűen természetesnek veszi *R* hatósági igényét. A tét hihetetlenül nagy, és *R* azt mondja George-nak, hogy *ne* tegyen meg valamit, amiről határozottan úgy véli, hogy a nemzetbiztonság érdekében meg *kell* tennie. Az a tény, hogy *R* jogi tekintélyt állít, még *nem* jelenti azt, hogy ez így is van - George ugyanis hasonló állítást találhat a közmondásos koktélszalvétára firkálva -, és George-nak bizonyára kötelessége, hogy reálisan értékelje *R* feltételezett tekintélyét, mielőtt vakon engedelmessé válna neki.⁵²

Hogyan fogja György, mint értelmes jogalany, értékelni *R* feltételezett joghatóságát? Milyen bizonyítékok lesznek relevánsak *R* hatósági állítása szempontjából? A bizonyítékok egy része annak a folyamatnak, *P*-nek a természetéből fog fakadni, amely *R*-t létrehozta. George tehát megvizsgálhatja *P*-t a komparatív döntési előny jelei után, ami azt a fajta erkölcsi döntést illeti, amelyet most meg kell hoznia - talán a hamiltoni beszámolókból azonosított jellemzők, például az *R*-t létrehozó keretezés különleges megfontoltsága és az azt továbbfejlesztő bírói eljárás politikai elszigeteltsége szempontjából.⁵³ Ha George meg van győződve arról, hogy az ilyen típusú folyamatok

⁵² Ezzel kapcsolatban két gyors megjegyzés: Először is, a jogi norma feltételezett tekintélyének kérdését érintő vizsgálat erőssége többek között a költségektől és a téves engedelmség kockázatától függően változik. Képzeljünk el egy 65 mérföld/órás sebességkorlátozást. Kevés sofőr gondolja úgy, hogy érdemes megállni, és megvizsgálni, hogy a sebességkorlátozás állítólagos tekintélye valóban létezik-e, részben azért, mert a téves tekintélytudatosság költségei valószínűleg alacsonyak: Ritkán okoz nagy kárt, ha valaki néhány mérfölddel lassabban vezet, mint amennyit ideálisnak tart. A dolgok azonban másképp alakulhatnak, ha a kérdéses jogi norma egy alkotmányos jog, amely valamilyen látszólag fontos politikát tiltó jogosítványra tart igényt.

Másodszor, ne feledjük, hogy George értékelése *R* feltételezett tekintélyéről nem veheti figyelembe az *R*-nek való engedetlenségért járó lehetséges szankciókat; a valódi jogi tekintélynek nem lehet kényszerítő ereje. Tehát, míg George figyelembe veheti a szankciók valószínűségét, mind a formális, mind a kevésbé formális szankciókat - a felelősségre vonás lehetőségét, az újraszabási pályázatára gyakorolt hatásokat, a történelemkönyvekben elfoglalt helyét - annak eldöntése során, *hogy végül engedelmeskedjen-e R-nek*, nem veheti figyelembe annak eldöntése során, *hogy R valóban rendelkezik-e az általa állított jogi felhatalmazással*.

⁵³ Mindez nem jelenti azt, hogy George minden olyan esetben, amikor egy alkotmányos jog feltételezett jogosultságának alapjait vizsgálja, átfogó, *ab initio* folyamatba fog bocsátkozni. Még a megfontolt jogalanyok is valószínűleg idővel alakítják ki nézeteiket a jogi tekintély alapjairól, a bizonyítékok különböző, talán nem teljesen maguktól származó darabjainak kettős felhalmozódása alapján.

durális elemek léteznek, és ezek valószínűleg döntési előnyt biztosítanak *P* számára, akkor oka lesz arra, hogy *R*-nek tulajdonítsa az általa követelt tekintélyt.

George természetesen tévedhet ezeknek az eljárási kérdéseknek az értékelésében. De egy jogalany téves ítéletének lehetősége önmagában nem veszélyezteti a jogi tekintélyt. Egy tökéletlen világban a hatalomról szóló beszámoló sem lesz mentes a jogi alanyok bizonyos fokú emberi tévedésétől, még az ésszerű alanyokétól sem. A hiba bármely tényleges rendszert érintő mértéke nagymértékben az adott szociológiai tényeken múlik. A jogi tekintélyről szóló beszámoló hatékonysága csak akkor kerül veszélybe, ha az adott rendszerre alkalmazva elkerülhetetlenül elfogadhatatlan mértékű hibát generál. Az én érveim itt az, hogy a Nuanced Substantive Justification elkerülhetetlenül elfogadhatatlanul magas hibaarányt generál, még akkor is, ha egy olyan jogrendszerre alkalmazzák, amely teljes egészében ésszerű jogalanyokból áll.

Ez a probléma azért merül fel, mert egy olyan ésszerű jogalany, mint George, szinte biztosan túllépne a *P* pusztán eljárási szempontjainak értékelésén. A *P* feltételezett komparatív előnyének kérdését értékelve George bizonyára nem csak azt szeretné tudni, hogy *P* *hogyan* néz ki, hanem azt is, hogy *P* mit tett - milyen eredményeket, eredményeket vagy állapotokat eredményeztek a múltban a *P* által létrehozott jogok. Az olyan alkotmányos jog, mint *R* betartásának feltételezett értelme végül is az, hogy *P* jobb képességgel rendelkezik az erkölcsileg jó állapotok előmozdítására. Az, hogy a *P* által a múltban elősegített ügyek állapotai valóban erkölcsileg jók voltak-e, nyilvánvalóan lényeges kérdés.

George tehát a *P* által generált jogoknak való engedelmesség múltbeli eredményeit fogja vizsgálni. De természetesen George nem tudja ezeket az eredményeket istenhez hasonló mindentudó ítélőképességgel értékelni. Az ő értékelése...

tudatosan. Am illusztrációként hasznos, ha elképzeljük, hogy hipotetikus vezetőnk ebben a konkrét esetben többé-kevésbé a semmiből kiindulva végzi el ezt a vizsgálatot.

Az eredmények erkölcsi minőségének megítélése (melyikük jobb, melyikük rosszabb, összességében az eredmények jók vagy rosszak) az ő saját változatlan erkölcsi érvelésének eredménye lesz - ugyanannak az erkölcsi érvelésnek a terméke, amely a Nuanced account szerint hipotézis szerint alacsonyabb rendű, mint a *P-ben* megtestesülő ítélet. Más szóval, George a saját erkölcsi ítéletét fogja használni arra, hogy legalább részben meghatározza, hogy a saját erkölcsi ítélete alacsonyabb rendű-e, mint *P-é*.

Most már kezdhethetjük felismerni a jogi tekintély árnyalt bemutatása által megkísérelt problematikus bakancskötést. Eszerint az alkotmányos jogok jogi tekintélye az alkotmányos jogok létrehozására szolgáló folyamat (*P*) komparatív döntési előnyén alapul azok erkölcsi ítéleteivel szemben, akiket - George-hoz hasonlóan - állítólagosan kötnék a jogok. De a George-hoz hasonló jogi alanyok nem érzékelhetik ezt a tekintélyt anélkül, hogy saját (feltételezésük szerint alacsonyabb rendű) erkölcsi ítéleteikkel ne rendelkezzenek. Így a Nuanced account hatékonyságát éppen az a jelenség veszélyezteti, amelyet az account el akar kerülni.

A probléma itt nem egyszerűen az, hogy a George-hoz hasonló jogalanyok hibázhatnak annak eldöntése során, hogy egy alkotmányos jog mérvadó-e vagy sem. A probléma az, hogy a Nuanced account pontosan az ilyen hibák *elkerülhetetlenségére* épül. Az alkotmányos jogok lényege az, hogy bizonyos kérdéseket kivonjanak a jogi alanyok (feltételezés szerint alacsonyabb rendű) erkölcsi ítélőképessége alól, és azokat az alkotmányos folyamat (feltételezés szerint magasabb rendű) erkölcsi ítélőképessége döntse el. A jogi szubjektum ítélőképességének relatív alárendeltsége az elszámolás alapját képezi. Tehát ugyanaz a jelenség, amely az alkotmányos jogoknak tekintélyt ad (a Nuanced account szerint), a jogalanyok elismerési képességének csökkentése révén e tekintély hatékonyságát is veszélyezteti.

És jegyezzük meg, hogy mit nem vitatok itt. Nem azt állítom, hogy a Nuanced Substantive Justification jogi tekintélyről szóló beszámolója hibás, mert a jogi alanyok tévesen tévedhetnek.

az alkotmányos jogok *semmibe vétele*. Ez a lehetőség, úgy vélem, a jogi hatalom (hihető) elbeszéléseihez tartozik, függetlenül azok részleteitől. A jogi tekintély abszolutisztikus megközelítésének hiányában - amely szerint az érvényes jog abszolút engedelmisségi kötelezettséget ír elő, amely minden nem jogi megfontolást⁵⁴ felülír - fennáll a veszélye annak, hogy a jogalanyok alulértékelik a jogi tekintélyt, túlértékelik a konkurens megfontolásokat, és így tévesen nem engedelmeskednek még a tekintélyes jognak sem. (Valójában ez a veszély valószínűleg még egy abszolutista számítás esetén is elkerülhetetlen, mivel bármelyik jogi alany tévesen megtagadhatja a törvénynek való engedelmisség abszolút köteletségét.) Ami a Nuanced számítással kapcsolatban inkább problematikus, az annak a végletes valószínűsége, hogy még az ésszerű jogalanyok is tévesen *tagadják az alkotmányos jogok jogi tekintélyét* - így teljes mértékben érvénytelenítik azt, aminek prima facie kötelességnek kellene lennie arra, hogy úgy cselekedjenek, ahogy a törvény előírja (és ezáltal jelentősen megnövelik a törvény iránti téves engedetlenség megfelelő kockázatát).

Összefoglalva az eddigieket: A Nuanced Substantive Justification arra az előfeltevésre támaszkodik, hogy az ésszerű jogalany változatlan erkölcsi ítélőképessége alacsonyabb rendű, mint az alkotmányos eljárásban megtestesülő ítélőképesség. Az ésszerű jogi alany azonban ezt az állítást azáltal teszteli, hogy saját (alsóbbrendű) erkölcsi ítélőképessége alapján értékeli az említett folyamat múltbeli eredményeit. Ha az ő értékelése téves - ahogyan a beszámoló szerint valószínűleg az lesz -, akkor az alkotmányos jogok tekintélyének értékelése is téves lehet. Az alkotmányos jogok szalonképességét és így tényleges tekintélyét éppen az a probléma fogja aláásni, amelyet a Nuanced Substantive Justification elvileg el akar kerülni.

De a probléma egyre súlyosbodik.

2. *Salience (II. rész)*. - A probléma tovább súlyosbodik, mert *P* komparatív döntési előnyre vonatkozó állításának értékelésekor a

⁵⁴ Az ilyen abszolutista megközelítés ellen érvelek a PETERS, *Supra* note 12,33-36., 44-47. pontjában.

Ezek az eredmények bizonyára fontosak lesznek - arra utalnak, hogy *P* valóban alkalmas-e arra, hogy erkölcsileg kívánatos eredményeket hozzon létre -, de valószínűleg legfeljebb analógia útján lesznek relevánsak. Kevés korábbi eset lesz azonos azzal az esettel, amellyel George most szembesül, és így *P* teljesítménye ezekben a múltbeli esetekben - pontosabban a *P* által generált jogoknak való engedelmességből eredő jog- állapotok - sugalmazó, de valószínűleg nem meggyőző bizonyíték lesz *P* valószínűsíthető teljesítményére a jelen esetben. Bizonyára a legközvetlenebb bizonyíték ebben a kérdésben valójában az az állapot, amelyet az *R*-nek (mint *P* termékének) való engedelmesség valószínűsít az adott esetben.

George tehát azt kérdezi, hogy az *R*-nek való engedelmesség milyen állapotot eredményezhet az ő esetében; és azt kérdezi, hogy ez az állapot erkölcsileg kívánatos-e. És természetesen ezekre a kérdésekre csak saját tévedhető erkölcsi ítélőképességének szűrőjén keresztül tud válaszolni. George-ról tehát kiderülhet, hogy téved abban a megállapításában, hogy az *R*-nek való engedelmesség az ő esetében erkölcsileg kívánatos állapotot eredményez-e. (Valójában pontosan ez a lehetőség indokolja az alkotmányos jogok tekintélyét a Nuanced Substantive account szerint.) Ne feledjük azt sem, hogy George azért került ebbe a helyzetbe, mert a saját erkölcsi ítélete - *R* előtt - azt tanácsolja neki, hogy tegyen meg valamit (engedélyezze a megfigyelést), amit *R* állítólag tilt. Így valóban elég valószínű, hogy George tévesen arra a következtetésre jut, hogy az *R*-nek való engedelmesség *nem* segíti elő az erkölcsileg kívánatos állapotot ebben a konkrét esetben. És ez erős bizonyítékként fog szolgálni - talán még erősebb bizonyítékként, mint *P* teljesítménye a korábbi esetekben -, hogy az *R*-ben megtestesülő komparatív döntési előny állítása üres, és így *R*-nek nincs hatalma George felett.

Az ebben a példában feltárt, a szalienciát fenyegető veszély szerintem különösen veszélyes. A jogi alany ítélkezési képességéből fakad...

az adott esetben erkölcsileg kívánatos eredményekről, és pontosan ez a jelenség - az alany (esetleg téves) ítéletének gyakorlása az adott esetben - az, hogy az erkölcsileg kívánatos eredményekre vonatkozó

- amely az alkotmányos jogokat a Nuanced account alapján igazolja. És mivel ez a konkrét bizonyíték (az adott ügyben elért eredményre vonatkozó bizonyíték) nyilvánvaló, talán túlnyomó jelentőséggel bír az *adott ügyben való* összehasonlító döntési előny kérdése szempontjából, a jogalany valószínűleg különleges (talán túlnyomó) súlyt fog neki tulajdonítani e kérdés értékelése során. Az is valószínűnek tűnik, hogy minél erősebb az alany egyet nem értése a joggal az adott esetben - annál kevésbé tartja erkölcsileg kívánatosnak a jog betartásának eredményét.

- annál gyengébb lesz a jog tekintélyigénye az alany szemében. Egy olyan eljárás, amely *ilyen* fontos esetben *ennyire* téved, aligha lehet általában véve megbízható erkölcsi kérdésekben. Legalábbis a jogi alany veszélyesen valószínűnek tűnik, hogy erre a következtetésre jut.

Így a következő nehézséggel szembesülünk a Nuanced akcióval kapcsolatban: Az a veszély, amelyet az elszámolás el akar kerülni (a jogalanyok téves erkölcsi megítélése bizonyos esetekben), valójában veszélyezteti az alkotmányos jogok tekintélyét ezen az elszámoláson, csökkentve annak valószínűségét, hogy ezek a jogok elegendőek lesznek a veszély elhárítására. Egy jogi alany okkal engedelmeskedik egy olyan alkotmányos jognak, amellyel nem ért egyet, de az oka lehet, hogy pusztán elméleti - elnyomja az egyet nem értés ténye. Az alkotmányos jogok tekintélye a Nuanced account szerint azzal fenyeget, hogy irrelevánsná válik.

És valójában a probléma még rosszabb lesz.

3. *Az arisztotelészi nehézség (I. rész).* - A probléma még súlyosabbá válik a szabályok egy jól ismert hibája miatt, amelyet Arisztotelész is észrevett. A hiba két szinten nyilvánul meg a Nüanszolt tartalmi indoklásban. Magukat az egyes alkotmányos jogokat sújtja, amennyiben ezek a jogok egy harti elsődleges szabály formájában jelennek meg - ahogyan az a tényleges alkotmányos gyakorlatban szinte mindig előfordul. Alapvetőbb, hogy ez a...

Az alkotmányos jogokat a Nuanced account által felállított másodlagos szabállyal ellentétes, nevezetesen azzal, hogy az alkotmányos jogokat autoritatívnak kell tekinteni, mivel azok egy döntési szempontból előnyös ~~erővel~~ származnak. Ennek egyik eredménye a jogi tekintélyhez szükséges szaliencia további csökkenése. Még pusztítóbb eredmény az alkotmányos jogok működésének összeomlása.

Arisztotelész a *Nikomachus* etikában a következő felismerést osztotta meg a szabályokról:

[A] Il a törvény egyetemes, de bizonyos dolgokról nem lehet olyan általános érvényű kijelentést tenni, amely helyes lenne. Azokban az esetekben tehát, amelyekben univerzálisan kell beszélni, de nem lehet helyesen, a törvény a szokásos esetet veszi, gondolta, hogy nem ismeri a tévedés lehetőségét. És nem kevésbé helyes; mert a hiba nem a törvényben vagy a jogalkotóban van, hanem a dolog természetében, mivel a gyakorlati ügyek ügye eleve ilyen.⁵⁵

Arisztotelész felismerése egyszerűen az, hogy a szabályoknak gyakran vannak kivételek - olyan esetek, amikor bár egy szabály érvényes, annak alkalmazását nem indokolja az, ami a szabályt igazolja. Modern nyelven szólva a probléma az, hogy a szabályok jellemzően túlságosan is kiterjedtek:⁵⁶ Olyan esetekre terjednek ki, amelyekben az igazolásuk nem létezik, vagy más megfontolások meghaladják azt. A 21 év alattiak alkoholfogyasztását tiltó szabály sok olyan tinédzserre vonatkozik, akik elég érettek ahhoz, hogy felelősségteljesen igyanak; a 65 mérföld/óránál gyorsabb vezetést tiltó szabály sok olyan körülményre vonatkozik, amikor a nagyobb sebesség megfelelő, sőt szükséges; és így tovább.⁵⁷ A szabályoknak ezt az átható tökéletlenségét nevezhetjük *arisztotelészi nehézségnek*.

⁵⁵ ARISTOTLÉSZ, *Nikomachus* etika, in: ARISTOTLÉSZ ALAPVETŐ MUNKÁI 935,V. könyv, 1020. o. (W. D. Ross ford., Richard McKeon szerk., 1941).

⁵⁶ Lásd a Joseph Tussman & Jacobus tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, CAL37. L. REV. 341 (1949).
REV. 341 (1949)

⁵⁷ A szabályok tökéletlenségének ok-okozati magyarázatát a PETERS, *supra*. megjegyzés 2-712.,

Ez az arisztotelészi nehézség kétféleképpen fertőzi meg az alkotmányos jogok árnyalt anyagi jogi indoklását. Vegyük először azt a tényt, hogy az alkotmányos jogok jellemzően harti elsődleges szabályok formájában jelennek meg. Futtatott hipotetikus példánkban *az R* nem egy ad hoc rendelet lesz, amely a George-nak adott körülményekre irányul, hanem inkább egy általános *szabály, amely* egy kanonikus szöveg nyelvezetéből származik, és amelyet sok éven keresztül finomítottak a bírósági határozatokban és más esetekben történő konkrét alkalmazások. *Az R-ben* megtestesülő szabály ráadásul az lesz, amit Hart *elsődleges* szabálynak nevezett: közvetlenül, mint jogalany minőségében kötelezi George-ot - arra kötelezi, hogy egy bizonyos módon cselekedjen vagy tartózkodjon a cselekvéstől.⁵⁸

Elsődleges szabályként *az R-t* olyan megfontolások indokolják, mint a magánélet fontossága, a kormányzati zsarnokság elkerülése és hasonlók, és minden olyan esetben megfelelően alkalmazható, amikor ezek a megfontolások felülmúlják az ellenérveket (például a bűnüldözés vagy a nemzetbiztonság). De, ahogy Arisztotelész emlékeztet bennünket, *az R-nek* lehetnek kivételek: olyan esetek, amelyekben alkalmazható, de nem indokolt. Lehetnek olyan esetek, amelyekben *az R* megtiltja a házkutatást, például ha a házkutatás valójában a bűnüldözést vagy a nemzetbiztonság védelmét szolgálná, viszonylag kis költséggel a magánéletre nézve vagy a kormányzati zsarnokság kockázatával. Ilyen esetekben a szabályban foglalt "általános érvényű állapot" nem lenne helyes.

Az árnyalt érdemi indoklással kapcsolatban a következő probléma merül fel: Arisztotelészi szempontból nézve ez a probléma finoman szólva is különbözik a fent tárgyaltól - az a jelenség, hogy George az esetről alkotott erkölcsi ítéletét arra használja fel, hogy megítélje *az R* tekintélyét, vagy

⁵⁸ Emlékezzünk vissza a harti elsődleges és másodlagos szabályok közötti különbségtételről és annak az alkotmányos jogok tekintélye szempontjából való jelentőségéről szóló leírásomra a II.F. részben, lásd a fenti jegyzeteket. 21-30. és kísérő szöveg.

talán az összes alkotmányos jogról, általánosabban. Az arisztotelészi nehézséggel szembesülve George a saját erkölcsi ítélőképességét fogja használni, nem csupán arra, hogy a P (az R -t létrehozó folyamat) általános megbízhatóságának bizonyítékait azonosítsa, hanem arra is, hogy meghatározza, hogy ez a konkrét eset *kivétel-e az R alól*, függetlenül attól, hogy a P összességében megbízható-e vagy sem. George-nak az R -rel való egyet nem értése ebben az esetben - az a meggyőződése, hogy R -nek való engedelmesség nem segítene elő erkölcsileg kívánatos eredményt - elégséges lehet ahhoz, hogy meggyőzze őt arról, hogy R -nek *ebben az esetben* nincs tekintélye, még ha ez nem is elégséges ahhoz, hogy meggyőzze őt arról, hogy R (mint P terméke) általában véve nem rendelkezik tekintéllyel.

Ez a pont fogalmilag kissé bonyolult, ezért engedjék meg, hogy George érvelésének részletesebb leírásával illusztráljam. Amint láttuk, George-nak magának kell eldöntenie, hogy R valóban rendelkezik-e jogi felhatalmazással az adott körülmények között. George tehát számos, e kérdés szempontjából releváns bizonyítékot fog megvizsgálni. Először is, George meg fogja vizsgálni az R -t létrehozó folyamat, a P folyamat eljárási jellemzőit, hogy eldöntse, hogy ezek az eljárások alkalmasnak tűnnek-e arra, hogy komparatív döntési előnyt eredményezzenek. Másodszor (és ami, mint láttuk, problematikus), George megvizsgálja a P által generált múltbeli eredményeket, hogy meghatározza, hogy ezek az eredmények képesek-e elősegíteni az erkölcsileg kívánatos állapotokat. Harmadszor (ami még problematikusabb), George megvizsgálja az R betartásának valószínű eredményét ebben a konkrét esetben, hogy ismét meghatározza, hogy ez a valószínű eredmény alátámasztja-e azt a tételt, hogy P komparatív döntési előnnyel rendelkezik.

Tegyük fel, hogy miután végigdolgozta ezt az érvelést, George továbbra is meg van győződve (talán csak egy hajszálnyira) arról, hogy P -nek komparatív döntési előnye

van, és így R P termékeként rendelkezik joghatósággal. ⁵⁹ Most azonban George a

59 Nem kizárt, hogy György erre a következtetésre jutott, annak ellenére, hogy ennek minden akadálya volt: George erkölcsi értékelését P múltbeli teljesítményéről, és az R -nek való engedelmesség valószínűsíthető eredményeiről ebben az esetben befolyásolhatja a következő tényezők

az arisztotelészi nehézségre adott válaszként egy további vizsgálat: George pedig könnyen arra a következtetésre juthat, hogy a válasz igen, még akkor is, ha R egy olyan folyamat terméke, amely általában véve komparatív döntési előnnyel rendelkezik - és még akkor is, ha R ezért az esetek többségében rendelkezik tekintéllyel.

Miért következtethetett erre (ésszerűen)? Az R egy általános szabály, amelyet idővel döntéshozók hosszú sora hozott létre, akik közül valószínűleg egyikük sem vette figyelembe George esetének konkrét tényeit a szabály megalkotásakor. A szöveges rendelkezés alkotói, amelyből R származik, valószínűleg nem George konkrét esetét tartották szem előtt.

- Valójában lehetetlen, hogy ez eszükbe jutott volna, ha munkájukat sok évvel korábban végezték volna, egy egészen más világban, amelyben nem voltak olyan jelenségek, mint az elektronikus megfigyelés és a nemzetközi terrorizmus. És bár az R koncepcióját a keretbe foglalás után esetről-esetre történő alkalmazással finomították, csak akkor lehet azt mondani, hogy az R szerzői ezt az esetet tartották szem előtt, amikor a szabályukat megalkották, ha az egyik ilyen eset történetesen teljesen azonos volt George esetével (ami valószínűtlen forgatókönyv). George más szóval arra a következtetésre juthat, hogy $a P$, bármennyire is megbízható általános értelemben, nem vette figyelembe az ő konkrét esetét az R megalkotásakor.

George másrészt azt is elismeri, hogy van egy döntéshozó, aki képes az adott eset teljes körű mérlegelésére.

Ha George abból a meggyőződésből indul ki, hogy P általában véve megbízható, akkor hajlamosabb lehet arra, hogy P eredményeit erkölcsileg kívánatosnak tekintse, mint e meggyőződés nélkül. Ez a hajlam önmagában megédesítheti az eredmények értékelését, mérsékelve az ellenérveket, és növelve annak valószínűségét, hogy lényegében egyet fog érteni velük. Ez akár arra is készítheti, hogy átgondolja eredeti meggyőződését, miszerint az R -nek való engedelmesség az ő esetében nem vezetne erkölcsileg kívánatos eredményre. Más szóval P és R epiztemikus okot szolgáltathat George számára, hogy megváltoztassa erkölcsi meggyőződését.

akivel most szembesül: nevezetesen magával George-dzsal. George azon képessége, hogy sajátos körülményeit konkrétan figyelembe tudja venni (George ésszerűen gondolhatja), komparatív döntési előnyt jelent *P-vel* szemben, aki nem rendelkezik ezzel a képességgel - talán igen jelentős komparatív előnyt. Végül is *P-vel* ellentétben George-ot nem hátráltatja az, hogy képtelen előre látni azt a különleges helyzetet, amellyel most szembesül. Sőt, George joggal gondolhatná, hogy bármilyen szokásos tulajdonságok is adnak *P-nek* komparatív döntési előnyt George-dzsal szemben, ebben a helyzetben George egyedülállóan partikuláris perspektívája felülírja azt.

Ezen érvelés alapján George, mint ésszerű jogi alany, ésszerűen elutasíthatja *R*. azon igényét, hogy az ő konkrét ügyében jogi hatalmat gyakoroljon felette. Ezt nem (vagy nem kizárólag) azon az alapon teheti, hogy az *R-rel* való egyet nem értése ebben az esetben aláássa *R* általános joghatósági igényét, hanem inkább azon az alapon, hogy az *R-rel* való egyet nem értése ebben az esetben aláássa *R* konkrét joghatósági igényét *ebben az esetben*.

A jogi autoritás elméleteiben mindig fennáll annak a kockázata, hogy a jogalanyok tévesen úgy döntenek, hogy egy adott esetben nem engedelmessé válnak egy feltételezett autoritatív normának. De az a jelenség, amelyet itt leírok, két értelemben is különleges. Először is, a kockázat (ismét) nem egyszerűen az, hogy George úgy dönt, hogy *nem engedelmeskedik R-nek*, hanem inkább az, hogy George úgy dönt, hogy *R-nek* ebben az esetben *nincs tekintélye* felette (és így az *R-nek* való engedelmesség legerősebb oka teljesen érvényét veszti). George következtetése, hogy az ő esete kivétel *az R* alól, olyan következtetés, hogy *az R-t nem kellene alkalmazni* ebben az esetben - hogy *az R-nek* nincs tekintélye ebben az esetben -, nem pedig olyan következtetés, hogy az *R* alkalmazandó, de ennek ellenére nem kellene engedelmeskedni neki.

Másodszor, az *R* hatáskörének téves megtagadásának kockázata ismét inkább endemikus, mint pusztán véletlenszerű a Nuanced Substantive Justification esetében. Ne feledjük, hogy ennek az indokolásnak az a lényege, hogy elkerüljük, hogy bizonyos fontos erkölcsi döntéseket a jogi

alany tévedhető ítélőképességének vessünk alá; az alany
komparatív erkölcsi tévedhetősége az egyik előfeltétele a

a számla. Az arisztotelészi nehézségnek köszönhetően azonban az alkotmányos jog tekintélyének kérdése minden adott esetben gyakorlatilag pontosan annak a tévedéses ítéletnek lesz kitéve, amelyet a számla állítólag el akar kerülni.

Vegyük észre azt is, hogy a jogi tekintélyt fenyegető arisztotelészi fenyegetés még nagyobb, mint az előző két ~~számla~~ leírt fenyegetés. Egyrészt az arisztotelészi fenyegetés az alkotmányos eljárás komparatív döntési előnyének általános figyelembevételére vagy az erre az előnyre vonatkozó bizonyítékok nélkül áll fenn. George hiheti, hogy az *R*-nek való engedelmesség minden egyes múltbeli esete, sőt még a *P* termékeinek való általánosabb engedelmesség is erkölcsileg kívánatos állapotot eredményezett, és mégis rea- sonálisan arra a következtetésre juthat, hogy *ez az* eset kivétel *az R* alól.

– meggyőződése, hogy *R* betartása nem segítené elő a kívánatos eredményt

– nem elégséges ahhoz, hogy megcáfolja *R* hatóságát általában, és mégis (ésszerűen) arra a következtetésre jut, hogy *ez az* eset, ismét, kivétel a

R. Az arisztotelészi fenyegetés tehát valószínűleg különösen tartósan fennáll.

És - ami fontos - az arisztotelészi nehézség nem csak az alkotmányos jogok fontosságát, hanem azok működőképességét is veszélyezteti. Eddig engedtünk annak a feltételezésnek, hogy George értékelése az *R* tekintélyéről téves. Az arisztotelészi nehézség azonban felveti annak a nyugtalanító lehetőségét, hogy egy alkotmányos jognak adott esetben *valójában* nincs tekintélye. Tegyük fel, hogy George-nak igaza van abban, hogy *P* valójában nem vette figyelembe a konkrét tényeket *az R* kialakításakor: sem az alapul szolgáló rendelkezés alkotói, sem a későbbi értelmezők nem tekintettek azokra a körülményekre (talán azért, mert nem is láthatták előre őket). És tegyük fel, hogy George ezért helyesen következtet arra, hogy ő (minden erőforrásával együtt) valójában jobb döntéshozó *ebben az esetben*, mint az a folyamat, amely *R*-t létrehozta. George döntése, hogy elutasítja *R* tekintélyét, akkor nem a fontosság hiányát tükrözné; hanem egy tényleges

a hatáskör hiánya (pontosabban, az, hogy George-nak nem sikerült operatív okot teremtenie arra, hogy cselekedjen). *R-nek* George esetében azért nem lenne tekintélye, mert a tekintélyt igazoló ok - az *R-t* létrehozó folyamat komparatív döntési előnye - nem lenne elegendő, ha a *R*

– egyszerűen nem alkalmazható.

Természetesen a joghatóság kudarca egy adott esetben nem feltétlenül jelenti a joghatóságról szóló beszámoló teljes kudarcát. Nem valószínű, hogy a hatalom bármely általános beszámolója megfelelné egy ilyen maximalista mércének. Történetesen azonban az árnyalt anyagi jogi igazolás sajátos normatív megalapozottsága különösen érzékennyé teszi azt az arisztotelészi nehézség által támasztott kihívásra.

4. *Az arisztotelészi nehézség (II. rész).* - A probléma mértékének megértéséhez gondoljunk arra a tényre, hogy bármely alkotmányos jog több, mint a kormánytisztviselők és a választók magatartását szabályozó elsődleges szabály; ez egy *másodlagos* szabály terméke is, amely az elsődleges szabályra tekintélyt ruház. Az *R* alkotmányos jog csak azért rendelkezik tekintéllyel (ha egyáltalán rendelkezik), mert az alkalmazandó joghatóságban egy másodlagos szabály ezt mondja ki. És itt jön a bökkenő: Az arisztotelészi nehézség nemcsak az *R-re* mint elsődleges szabályra vonatkozik, hanem erre a másodlagos szabályra is, amely az *R* mint elsődleges szabály tekintélyét adja. Arisztotelész azt mondja, hogy az *R* tekintélyét adó másodlagos szabály alól lehetnek kivételek - olyan esetek, amelyekben a szabály alkalmazandó, de nem indokolják azok a megfontolások, amelyek a szabályt általánosságban igazolják. Az árnyalt szubsztantív indoklás szerint az *R-nek* elsődleges tekintélyt kölcsönző másodlagos szabályt a komparatív döntési előny igazolja: *R-nek* akkor (és csak akkor) van tekintélye, ha az *R-t* létrehozó *P* folyamat komparatív döntési előnnyel rendelkezik a jogalany változatlan erkölcsi érvelésével szemben.⁶⁰ Láttuk, hogy ez az igazolás nem feltétlenül érvényesül néhány

⁶⁰ "Ha és csak ha", azaz a Nuanced account által szolgáltatott indoklás tekintetében. Természetesen lehetséges, hogy *R-nek* nincs tekintélye a Nuanced account alapján, de más módon rendelkezik vele.

egyedi esetek. Ez azt jelenti, hogy bármely adott eset kivétel lehet az *R-t* felhatalmazó másodlagos szabály alól; bármely adott esetben, amelyben *R* alkalmazandó, *P valójában* nem biztos, hogy komparatív döntési előnnyel rendelkezik magával a jogalanyával szemben, és így *R*-nek egyáltalán nem biztos, hogy van hatásköre.

Ismétlem, a joghatóság egyes esetekben bekövetkező kudarca nem feltétlenül vonja maga után a joghatóság elméletének általános kudarcát. Az árnyalt anyagi jogi indokolással azonban az a baj, hogy teljes mértékben az összehasonlító döntési advantage meglétén múlik. Ha ez az előny hiányzik egy adott esetből, akkor az Igazolás nem érvényesül az adott esetben - a kérdéses alkotmányos jognak egyszerűen nincs tekintélye az adott konkrét esetben. És minden okunk megvan azt hinni, hogy az arisztotelészi kivételek meglehetősen gyakoriak lesznek a Nuanced Substantive Justification (árnyalt szubsztanciális igazolás) esetében. Az alkotmányos jogokat jellemzően egy viszonylag archaikus szövegben, nagyon nyílt szövegű nyelvezetben fejezik ki, amelyet a bíróságok viszonylag ritkán értelmeznek a saját konkrét körülményeikre reagálva, és ezt a saját nyílt szövegű nyelvezetükkel teszik. Ilyen körülmények között viszonylag szokatlan, hogy az alkotmányos folyamat konkrétan figyelembe vette volna azokat a pontos körülményeket, amelyekkel a jogalany egy adott esetben szembesül (vagy akár csak lazán analóg körülményeket). Amennyiben az alkotmányos folyamat nem vette figyelembe a konkrét tényeket, az alkotmányos folyamatnak a jogalanyokkal szembeni komparatív döntési előnyre vonatkozó állítása ennek megfelelően kevésbé lesz hihető. Így nagy lesz a valószínűsége annak, hogy bármely adott eset az alkotmányos jogokra tekintélyt adó másodlagos szabály kivételének minősül.⁶¹

⁶¹ Joseph Raz hasonlóan vélekedik:

Ha azt feltételezzük, hogy a szakértelem időtlen hatalmat ad a jogalkotóknak, akkor azt feltételezzük, hogy vagy nem várható előrelépés az adott területen a tudás terén, vagy nem várható előrelépés annak elterjedésében, vagy mindkettő. Az ilyen előrelépések a régi törvényhozók szaktudását az új szakértőkhöz képest (a tudás új fejlődése), vagy

Valószínűnek tűnik tehát, hogy az alkotmányos jogok tényleges (és nem csak vélt) tekintélyének hiányosságai az árnyalt elszámolásban is jelentősek lesznek. Az elszámolás egy olyan komparatív előnytől függ, amely - az arisztotelészi nehézségek szerint - sok, sőt talán a legtöbb olyan esetben, amelyre alkotmányos jogok vonatkoznak, hiányzik. És így ahhoz a magas kumulatív kockázathoz, hogy még az ésszerű jogalanyok is tévesen tagadják az alkotmányos jogok tekintélyét, hozzá kell adnunk azt a magas kockázatot, hogy ezek a jogok valójában nem rendelkeznek tekintéllyel.

* * *

Itt állunk tehát eddig. Az árnyalt szubsztanciális indoklás a jogi autoritásról szóló beszámolóként bajba kerül, mivel annak a ~~helye~~ az általános érvényességétől függ, hogy az alkotmányos eljárások komparatív döntési előnnyel rendelkeznek az alkotmányos alanyokkal szemben. Ez a tétel belső feszültséget eredményez a beszámolóban, mivel azt sugallja, hogy a jogi alanyok gyakran (sőt, végletesen) tévednek az alkotmányos hatalom megítélésében. Az általános érvényűség pedig nehezen, ha nem lehetetlen fenntartani az arisztotelészi nehézséggel szemben, amely erős okot ad arra, hogy szkeptikusan fogadjuk el, hogy a feltételezett komparatív előny valóban nagyon sok esetben fennáll.

Más szóval, az árnyalt anyagi jogi indoklás, bár javulást jelent egyszerű rokonához képest, mégis sok kívánnivalót hagy maga után az alkotmányos jogok jogi tekintélyéről szóló beszámolóként.

a népesség egészéhez viszonyítva (a tudás terjedése). Mindkettő megfosztaná őket a legitim tekintélytől, amennyiben az a szakértelmen alapul.

Joseph Raz, *Az alkotmányok tekintélyéről és értelmezéséről: Néhány ~~bevezető~~* in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS (152, Larry 168 Alexander, szerk. 1998).

IV. ELJÁRÁSI INDOKLÁSOK, MINT A JOGI HATALOM
 ELSZÁMOLÁSAI (KÜLÖNÖS TEKINTETTEL A "KÉPVISELETI-
 MEGERŐSÍTÉS")

A központi probléma az alkotmányos jogok szubsztantív igazolásával, amikor a jogi tekintélyről van szó, az, hogy a jogok betartásából eredő állapotok erkölcsi kívánatosságától függ. Ha az engedelmisség nem eredményezne erkölcsileg jó eredményt, az engedelmisség oka aláássa az engedelmisséget; és így az alany eredményével való egyet nem értése aláássa a jog tekintélyébe vetett hitét.

Az eljárási indokok megmenekülhetnek ettől a problémától, ha az alkotmányos jogok tekintélyét nem arra a képességükre alapozzák, hogy erkölcsileg kívánatos állapotokat teremtenek, hanem inkább arra, hogy képesek elkerülni vagy megoldani a *vitákat* arról, hogy mely állapotok erkölcsileg kívánatosak. Az eljárásjogi igazolás a következőképpen érvényesül : alkotmányos jogok normatív módon igazoltak, mint olyan eszközök, amelyekkel elkerülhetők, megoldhatók vagy enyhíthetők bizonyos típusú nézeteltérések arról, hogy mely kimenetelű állapotok erkölcsileg a legjobbak. Az alábbiakban az eljárási indoklásokat részletesebben megvizsgálom a legismertebb példájuk, a John Hart Ely és *Carolene Products* Footnote Four által kidolgozott "képviselő-érvényesítés-erősítés" megközelítésén keresztül (amelyre a továbbiakban *képviselő-érvényesítés-erősítés indoklásként* fogok hivatkozni). Vegyük azonban először is figyelembe az alapvető mechanizmust, amellyel az eljárási indoklások elkerülhetik a szubsztanciális riválisaik által kínált, önmagát kiüresítő hatósági beszámolót. A szubsztantív indoklások alapvető problémája az, hogy a jog betartásának eredményével való erkölcsi egyet nem értés nem csupán a jog megtagadására, hanem a jog tekintélyének teljes tagadására is okot ad, méghozzá elég erős okot. Az eljárásjogi elméletek szerint azonban az eredményekkel való egyet nem értésnek nem kell az alkotmányos jogok tekintélyének tagadására szolgálnia. Lehet, hogy valaki úgy véli, hogy egy jog betartásának kimenetele erkölcsileg visszataszító lesz, és mégis van (jó) oka arra, hogy engedelmeskedjen a jognak - nevezetesen, hogy ezzel elkerül, megold vagy enyhít egy

vitát.A

A központi felismerés legalább Hobbesig nyúlik vissza:⁶² A viták békés rendezése erős indok lehet a törvények betartására, még akkor is, ha valaki nem ért egyet a törvény parancsaival.

Hogy röviden illusztráljuk ezt a gondolatot, tekintsük újra a feltételezett vezérigazgatót, George-ot. Tegyük fel, hogy George úgy véli, hogy az *R* alkotmányos jog betartásának - a parancs nélküli megfigyelés engedélyezésének megtagadása - érdemi eredménye erkölcsileg kevésbé kívánatos, mint az alternatíva. De tegyük fel, hogy George azt is hiszi, hogy az *R-nek* való engedelmeskedés elősegítené vagy megőrizné egy fontos és költséges vita rendezését - nevezetesen a nemzetbiztonság és a polgári jogok közötti megfelelő egyensúlyról szóló nézeteltérést az ilyen esetekben -, és hogy az *R-nek* való engedetlenség megelőzné vagy megsemmisítené ezt a rendezést. George-nak most már van oka arra, hogy engedelmeskedjen *R-nek*, annak ellenére, hogy nem ért egyet az ezzel járó érdemi eredménnyel; az ő oka az *R* által rendezett vagy rendezhető vita megoldásának vagy elkerülésének kívánatossága.

Ezeket a fogalmi mechanikákat alább részletesebben fogom vizsgálni, de most hadd emeljem ki a jogi hatalom babilonikus beszámolójának három fontos aspektusát, amelyet az eljárási indokok emeltek. Az első az alkotmányos jognak való engedelmesség által előidézett "eredmény" vagy "eredmény" vagy "tényállás" fogalmának tisztázása. Egy jogvita megoldása, vagy egy jogvita elkerülése vagy enyhítése, illetve egy meglévő megoldás megőrzése természetesen lehet a jognak való engedelmesség "eredménye"; és ebben az értelemben az eljárási indoklások éppúgy függenek az "eredményektől", mint az al- tantív indoklások. Az eljárási és az anyagi jogi indoklás azonban mégis nagyon különböző típusú kimenetelektől függ. A szubsztantív indoklások a kérdéses jog *tartalmából* (vagy *lényegéből*) következő eredménytől függenek;⁶³ a szubsztantív indoklás szerint az a fontos, *hogy mi az, ami a jog tartalmából (vagy lényegéből) következik.*

⁶² Lásd általában THOMAS HOBBS, LEVIATHAN (C. B. Macpherson szerk., 1968) (1651). Hobbes általános elméletének leírását a jogi hatalomról, mint eljárási vagy "vitarendezési" elméletet lásd PETERS, *Supra* note, 12,57-61. pont.

⁶³ Ebben az értelemben a "tartalomfüggetlenség" ismert terminológiája - annak

Elektronikusan elérhető a következő címen:

<https://ssrn.com/abstract=2016132>

ellenére, hogy félrevezető - valami fontosat fogalmaz meg a jogi tekintély fogalmával kapcsolatban.

a jog azt mondja az embereknek, hogy mit tegyenek (pl. tartózkodjanak a parancs nélküli megfigyelés engedélyezésétől). Ez az a dolog - az a bizonyos "kimenetel" vagy "eredmény" vagy "tényállás" -, amelynek erkölcsi státusza számít a tartalmi indoklásban. Ezzel szemben az eljárásjogi indoklások attól az eredménytől függenek, amely a szóban forgó jog létezéséből következik; az eljárásjogi indoklás szerint az a fontos, hogy a jog azt mondja az embereknek, hogy tegyenek valamit. A procedurális indoklás szerint az erkölcsi státusz a jog betartásának eredménye, bármit is mondjon a jog, azaz a jog betartása esetén bekövetkező vita megoldása vagy elkerülése a fontos. Sajnos a nyelv itt cserbenhagy bennünket; nincs frappáns módja annak, hogy jelezzük az "eredmények" e két értelme közötti különbséget.⁶⁴ Ezért továbbra is az "eredmények" vagy "eredmények" vagy "ügyek állapota" terminológiáját fogom használni a szubsztantív igazolás központi elemének leírására, és a "vita-megoldás", "vita-kikerülés" és hasonló terminológiáját a procedurális igazolás lényegének leírására.

Másodszor, fontos, hogy itt pontosan arra összpontosítsunk, amit állítok: hogy az eljárási elszámolások elkerülhetik a szubsztantív indoklások által kínált, a joghatóságról szóló elszámolásokban rejlő belső feszültségeket. Nem azt állítom, hogy az eljárásjogi beszámolók kizárhatják az alkotmányos jogokkal szembeni indokolt engedetlenséget; ahogy már többször is utaltam rá, erősen kétlem, hogy a joghatóság bármely beszámolója képes lenne erre.⁶⁵ (Természetesen a procedurális számláknak képesnek kell lenniük arra, hogy elég erős okot teremtsenek az engedelmességre ahhoz, hogy prima facie kötelességet vagy valami ahhoz közelit alkossanak.) Azt sem állítom, hogy a Proce-

az általam javasolt módon. Lásd a 7. lábjegyzetet; a 7. lábjegyzetet. 16-20 és a kísérő szöveg. Egy olyan jogi norma, amelynek feltételezett tekintélye a tartalmától - annak erkölcsi státuszától, amit parancsol - függ, ezért a III. részben tárgyalt okok miatt nem valószínű, hogy ténylegesen tekintélyes. A "tartalomfüggetlenség" - az engedelmisségi kötelezettség, amely nem a jogi norma tartalmán alapul - tehát a jogi tekintély szükséges összetevőinek rövidített leírása.

⁶⁴ Legalábbis én nem tudtam egyet sem azonosítani, bár természetesen nyitott vagyok a javaslatokra.

⁶⁵ Lásd a fenti 12. lábjegyzetet; a fenti lábjegyzetet és a 54. kísérő szöveget.

duralista elszámolások megakadályozhatják az alkotmányos jogok téves megszegését, ami (ismét) kockázatot jelent a tényleges emberi lényekre alkalmazni kívánt jogi hatalom bármely elszámolásánál. (De a pro- cedurális számláknak - természetesen - el kell kerülniük az önmegvalósító szalienciahiányt, amely a szubsztantív riválisaikat jellemzi.) Én csak azt állítom, hogy az eljárási indoklások a jogi tekintély koherens beszámolóiként jobban teljesíthetnek, mint a szub- tantív indoklások.

Harmadszor, ahogyan az anyagi jogi indokolásra hárul annak meggyőző magyarázata, hogy az alkotmányos jogok betartásának eredményei erkölcsileg valószínűleg jobbak, mint az engedetlenség eredményei, úgy az eljárási indokolásra hárul annak meggyőző magyarázata, hogy az alkotmányos jogok betartása miért valószínűbb, hogy elkerül, megold vagy enyhít egy vitát, mint az engedetlenség. Az alábbiakban ismertetem az eljárási indoklás képviselet-érvényesítés változata által e tekintetben kínált sajátos magyarázatot. Nem fogom azonban érdemben megvédeni ennek az indoklásnak a meggyőző erejét (ahogyan nem értékeltem érdemben az érdemi indoklás hamiltoni változatának meggyőző erejét sem). Ehelyett a Re- prezentáció-erősítést fogom használni annak illusztrálására, hogy egy procedurális indoklás - függetlenül attól, hogy egyéb tekintetben milyen érdemei vannak - hogyan kerülheti el a szubsztantív elszámolások fogalmi buktatóit.

A. Képviselet-érvényesítés mint eljárási indoklás

A *Democracy and Distrust (Demokrácia és bizalmatlanság)* című könyvében John Hart Ely érvelt a bírósági felülvizsgálat "alapvető értékek" - olyan erkölcsi igazságok - felfedezésére való felhasználása ellen, amelyek, Ely fő célpontjának, Alexander Bickelnek leleplezően inszou- ciáns szavaival élve, "elég fontosnak, alapvetőnek vagy akárminek minősülnek ahhoz, hogy a Bíróság által igazoltassanak ... a törvényhozás által megerősített értékekkel szemben."⁶⁶ Ely elutasította az ilyen keresést mint antidemokratikus, de-

⁶⁶ ELY, *fenti jegyzet*, 3, (43idézi BICKEL, *fenti jegyzet*, 25,55. o.).

ami (Ely szerint) elkerülhetetlenül arra irányul, hogy a Legfelsőbb Bíróság adott többsége által "alapvetőnek" tartott "értékeket" érvényesítsenek.⁶⁷ A bírói felülvizsgálat legitimitásával kapcsolatos tartós kétségek - beleértve Bickel sajátját is, élete⁶⁸ vége felé - Ely szerint gyakran arra a kibékíthetetlen feszültségre vezethetők vissza, amely ezen alapvető értékek megközelítése és az erkölcsi meghatározatlanság és az erkölcsi egyet nem értés valósága között feszül. Ely szerint a probléma az volt, hogy az alapérték-teoretikusok rossz helyeken keresték a bírói felülvizsgálat igazolását. "Nincs válasz, amit a rossz kérdés szül" - szidta Ely, visszadobva Bickel saját figyelmeztetését.⁶⁹

Ely kritikáját többé-kevésbé az intézményi de- aláírók, nem pedig a jogalanyok közönségének címezte; nem mérlegelte a jogi tekintély problémájára gyakorolt hatását. De érvelése tekintélyközpontúan, az alkotmányos jogok szubsztantív igazolásai elleni támadásként újfogalmazható. A bírósági úton érvényesített jogok védelme, mint az "alapvető mentális értékek" előmozdításához szükségesek - a szubsztantív indoklás egy formája - beleütközik abba a ténybe, hogy nézeteltérés van arról, hogy mik is ezek az értékek, hogyan lehet a legjobban előmozdítani őket, és egyáltalán léteznek-e egyáltalán. Azoknak a jogalanyoknak, akik nem értenek egyet a Bíróság által az alkotmányos jogok értelmezése és alkalmazása során elfogadott "értékek" sajátos felfogásával, (az alapvető értékek megközelítése alapján) kevés okuk lesz arra, hogy tiszteletben tartsák ezeket a döntéseket. Alkotmányos tekintélyük keresése - az alkotmányos jogok tiszteletben tartásának okai - tehát "nem fog válaszra találni".

Ely kritikája így párhuzamosan (meglhetősen öntudatosan) a Bíróság saját gondolkodásának evolúciójával a jogok közötti, durván-

⁶⁷ Lásd *id.* 43-72. o.

⁶⁸ Ely Bickel két utolsó könyvére, köztük a posztumusz megjelent *The Morality of Consent (A beleegyezés erkölce)* című könyvére mutat rá, mint Bickel kételyeinek bizonyítékára. Lásd *id.* 71-72. o. (idézi ALEXANDER BICKEL, THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS (1771970, és ALEXANDER BICKEL, THE MORALITY OF CONSENT 3-5 (1975)).

⁶⁹ *Id.* 43. o. (idézi BICKEL, *Supra* note, 25,103. o.); lásd még *id.* 72.

ly, a *Lochner v. New York* ügyben⁷⁰ hozott döntése és a "Lochnerizmus" újdonsült elutasítása. A Lochner-bíróságnak a "munkaerő vásárlásához és eladásához való jog" mint egyfajta *a priori* igazság⁷¹ érvényesítése a szubsztantív megközelítés példaként értelmezhető - a Bíróság abba vetett bizalma, hogy az alkotmányos jogok eszközén keresztül erkölcsi igazságokat követhet. A Bíróság legitimitásába vetett közhit végső megingását, amely FDR "Court-packing" tervében kristályosodott ki,⁷² úgy is értelmezhetjük, mint egy olyan bíróság tekintélyének erózióját, amely annyira ragaszkodik a politikai erkölcs egy sajátos, vitatott víziójának megvalósításához. Az pedig, hogy a Bíróság a New Deal közepén elfogadta az "érdemi" tisztességes eljárásra vonatkozó, racionális alapokon nyugvó "hands-off" megközelítést⁷³, az érdemi indoklás, mint az alkotmányos hatalomról szóló beszámoló súlyos hibáinak megkésett elismeréseként is felfogható.

Ahelyett, hogy teljesen elvetette volna a bírósági úton érvényesített alkotmányos jogok gondolatát, a New Deal Bíróság, és később Ely lényegesen részletesebben is, alternatívát kínált a szubsztanciális indoklással szemben. A "képviselő-érvényesítés" megközelítésük az alkotmányos jogokat nem a legjobb anyagi eredményekhez vezető útként, hanem a viták megoldásának eszközeként ⁷⁴igazolja.

⁷⁰198 USA (451905).

⁷¹ *Lásd id.* 53-54. o.

⁷² A bírósági csomagolási javaslat körüli eseményekről természetesen számos beszámoló létezik. A közelmúltból két hasznosat lásd: BARRY FRIEDMAN, *THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINIONS HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION* 212-36 (2009), valamint NOAH FELDMAN, *SCORPIONS: AZ FDR NAGY LEGFELSŐBB BÍRÓSÁGI BÍRÁINAK CSATÁI ÉS GYŐZELMEI* 103-14 (2010).

⁷³ *Lásd pl.* *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938):

[R]egulációs jogszabály, amely a szokásos kereskedelmi ügyleteket érinti, nem nyilvánítható alkotmányellenesnek, kivéve, ha a közismert vagy általánosan feltételezett tények fényében olyan jellegű, hogy kizárja azt a feltételezést, hogy a jogalkotók ismeretein és tapasztalatán alapuló ésszerű alapon nyugszik.

⁷⁴ Ely a "representációs megerősítés" kifejezést használta a megközelítés leírására (lásd ELY, *Supra* note 3, 87-88. o.), és ez vált a megközelítés standard címkéjévé. *Lásd pl.* Michael C. Dorf, *The Coherentism of Democracy and Distrust*, 114 *YALE L.J.* (12372005) (a "representation reinforcement" kifejezést több mint harmincszor használta Ely elméletének leírására).

milyen eredményeknek kellene lenniük. E nézet szerint az alkotmányos jogok a demokratikus politika kétféle endemikus működési zavarára adnak választ. Először is, a demokráciában pillanatnyilag hatalmon lévők - a választási többség és a kormányban lévő képviselők - erősen ösztönzik a demokratikus rendszer manipulálását, hogy hatalmon maradjanak, olyan (a *Carolene Products* Court szavaival élve) "olyan jogszabályok meghozatalával, amelyek korlátozzák azokat a politikai folyamatokat, amelyek általában elvárhatóan a nemkívánatos jogszabályok hatályon kívül helyezését eredményezik".⁷⁵ Az Ely és a negyedik lábjegyzetet kibővítve, két fő aggályos alcsoportot azonosíthatunk: az ⁷⁶*ügynöki kudarcot*, amikor a törvényhozók vagy más kormányzati tisztviselők a polgárok kárára igyekeznek megvédeni pozíciójukat; és James Madison kifejezését kölcsönözve, a *többségi frakciót*, amikor a polgárok többsége "egyesülve és valamilyen közös ösztönzéstől vezérelve ... érdekből" ⁷⁷igyekszik megerősíteni preferenciáit a jövőbeni többség általi kiszorítás ellen.

Másodszor, még a politikai változások formális akadályainak hiányában is félrevezetheti a demokratikus többséget a "különálló és elszigetelt kisebbségekkel szembeni előítélet ... amely komolyan korlátozza azoknak a politikai folyamatoknak a működését, amelyekre általában a [politikai] kisebbségek védelme érdekében támaszkodni szoktak".⁷⁸ Az aggodalom itt az, hogy még ott is, ahol a demokratikus folyamat formális mechanikája sértetlen marad - mindenki teljes és egyenlő jogokkal rendelkezik a

⁷⁵ 304 U.S. at 152 n4. Bocsássák meg, hogy megjegyzem, hogy a negyedik lábjegyzetben a Legfelsőbb Bíróság joggyakorlatának történetében valószínűleg a legmagasabb a doktrinális befolyás és a prózai kézművesség aránya. *Lásd még ELY, Supra* note 3, 103. o. ("A működési zavar akkor következik be, amikor ... a bennfentesek elzárják a politikai változások csatornáit, hogy biztosítsák, hogy ők bent maradjanak, a kintiek pedig kint maradjanak"); és *lásd általánosságban id.* 105-34. o. (a működési zavarok e típusának és az erre adott alkotmányos válasznak a leírása).

⁷⁶ Sem Ely, sem a *Carolene Products* Court nem volt lelkiismeretes abban, hogy különbséget tegyen a politikai bebetonozás e két, egymással összefüggő, de egymástól elkülönülő kategóriája között. A teljesebb kifejtésért lásd PETERS, *Supra* note, 12,255-66. o.

⁷⁷ *Federalist No. in 10*, THE FEDERALIST PAPERS, *supra* note at 42, A *The Federalist Papers* ezen és más bejegyzéseinek (különösen az 51. számnak) az 123. olvasása során kiderül, hogy az eljárási indoklás törzsei az alapítókra vezethetők vissza.

⁷⁸ *Carolene Products*, U304.S. n4152. o.

politikai részvétel - valamilyen irracionális előítélet (Madison kifejezésével⁷⁹ élve "a szenvedély közös impulzusa") megakadályozza, hogy bizonyos politikai kisebbségek tisztességes meghallgatásban részesüljenek a közéletben. Ely, aki nagy figyelmet szentelt ennek az aggodalomnak, természetesen a faji előítéletekre gondolt,⁸⁰ de a probléma más, gyakran irracionális előítéletekkel terhelt kontextusokban is felmerülhet: ⁸¹nem, vallás, idegenség, szexuális irányultság és így tovább. Sőt, a probléma még a *racionalis* elfogultság eseteire is kiterjedhet - olyan körülményekre, amikor a politikai többség osztozik valamilyen "közös késztetésben", nem a vak "szenvedély", hanem a kiszámított "érdek" miatt, amely elzárja a fülüket és az elméjüket azok érvei elől, akik nem osztják ezt az érdeket.⁸²

A képviselet-erősítés elmélet szerint a demokratikus diszfunkciók ilyen típusú előfordulása veszélyezteti a demokrácia mint vitarendezési mechanizmus hatékonyságát. Vegyük újra a parancs nélküli megfigyelés hipotézisét. Lehet, hogy az ilyen megfigyelés engedélyezése minden szempontból megfelelő - erkölcsileg kívánatos - lenne; de az is lehet, hogy túl sok személyes adatot áldozna fel, és túl nagy a kormányzati zsarnokság kockázata ahhoz, hogy megérje a gyertyát. De azok a "bennfentesek" (Ely kifejezésével élve), akik jelenleg hatalmon vannak - például a kormányfőnk, George - nem valószínű, hogy megbízható döntőbírái lennének ennek a vitának, pontosan azért, mert olyan jelentős hasznot húznak a vita egy bizonyos feloldásából. És még ha George-ban és tanácsadóiban meg is lehet bízni *a* vita tisztességes rendezésében, azok, akiket döntésük érint, nem valószínű, hogy megbízhatónak tartják őket.

A képviselet-érvényesítés megközelítés szerint itt jönnek képbe a bírósági úton érvényesíthető alkotmányos jogok. A

⁷⁹ *Federalist No. supra 10,77.* lábjegyzet, at 123.

⁸⁰ Lásd az 6ELY fejezetben található részletes tárgyalást, lásd a 3,135-79. pontokat.

⁸¹ Amint azt Ely természetesen elismerte. *Lásd ELY, fenti megjegyzés.* 3, 140-41. o. ("Az alkotmányellenes indíték relevanciáját megállapító érvelésben semmi olyan nincs, ami azt a faji megkülönböztetéssel kapcsolatos esetekre korlátozná.")

⁸² Ennek a pontnak a megvitatására lásd *id.* 77-87. o.; PETERS, *Supra* note 12,260. o.

ezt a kérdést alkotmányos jog hatálya alá vonni, az az, hogy egy olyan eljárásnak vesszük alá, amelyet nem szennyez be ennyire markánsan az önérdék: a választóktól elszigetelt bírák döntése, akik (relatív értelemben) "objektíven értékelhetik" ezeket a kérdéseket,⁸³ olyan általános elvek alapján, amelyeket olyan alkotmányozók fektettek le, akik már régen eltávoztak a színről, és így nincs aktív érdekük a végeredményben.⁸⁴ Az alkotmányos jogok és a bírói felülvizsgálat így a demokratikus politikánál pártatlanabb fórumot nyújthat olyan kérdések megoldására, amelyekben a hivatalos önérdék veszélye vagy észlelése erős.

Ugyanez a helyzet akkor is, ha az érzékelt fenyegetés nem a hivatalos önérdékből, hanem a többség részéről érkezik. Képzeljünk el egy vitát egy olyan jogszabályról, amely büntetné bizonyos nagyra becsült nemzeti szimbólumok, például a nemzeti zászló megrongálását vagy megrongálását.⁸⁵ A jelenlegi politikai többségnek valószínűleg van egy lóva ebben a versenyben: Többségi önérdéke, hogy megőrizze többségi státuszát (és így politikai hatalmát), a törvény elfogadása és a kisebbségi politikai tiltakozás elrettentése által. Ha az önérdékű többségnek adnák a végső szót a kérdésben, az aligha ösztönözné a kisebbséget az eredmény elfogadására. De ha a végső szót egy nem többségi eljárásnak adnánk - a rég halott alkotók által meghatározott elvek politikailag elszigetelt bírák általi értelmezésének -, az ösztönözhetné az elfogadást.

Végezetül, tekintsünk egy olyan kérdést, amely a választópolgárok jelentős része körében valószínűleg erősen "szenvédélyes impulzusokat" vált ki.

⁸³ ELY, *Supra* note at3, 103.

⁸⁴ Mind az Ely, mind a *Carolene Products* Court hangsúlyozta a szövetségi bíróságok relatív objektivitását a rendes demokráciával szemben; egyikük sem említette, hogy az alkotmányos keretelési folyamat önmagában is biztosíthatja a pártatlanság további mértékét. Az alkotmányos keretelés pártatlanságot elősegítő szerepe az én saját szépítemem a képviselő-erősítés megközelítéséhez. *Lásd* PETERS, *supra* note, 12,252-55, 274-, 274-...

82. Úgy vélem azonban, hogy a bírósági felülvizsgálatra való összpontosítás mellett a keretelés hangsúlyozása teljes mértékben összhangban van a képviselő-érvényesítés elmélet normatív és koncepcionális alapjaival.

⁸⁵ *Lásd pl.* Texas kontra Johnson, 491 U.S. (3971989).

arány: például a faji hovatarozás figyelembevételére irányuló javaslat az egyetemi felvételi eljárásban,⁸⁶ vagy az adófizetők pénzéből a vallási iskolákban folyó oktatás támogatása.⁸⁷ Az előítéletesség veszélyeztetheti az ilyen kérdések rendes demokratikus megoldásának legitimitását. Ez a veszély kiküszöbölhető vagy enyhíthető azáltal, hogy a kérdéseket az alkotmányos jogok megalkotásának és alkalmazásának viszonylag politikamentes folyamatába helyezzük.

Mindenesetre ezek az alkotmányos jogok képviselet-erősítés védelmének alapelvei. A központi gondolat ismét az, hogy az alkotmányos jogokat úgy indokolják, mint egy olyan extrademokratikus, és így viszonylag pártatlan eljárás elindításának módját olyan kérdések eldöntésére, amelyeket nem lehet a szokásos demokratikus politikára bízni. A képviselet-erősítés tehát az eljárási elszámolások egy fajtája, amely az alkotmányos jogokat az eljárásmóddal kapcsolatos bizonyos típusú viták elkerülésének, megoldásának vagy enyhítésének eszközeként indokolja. Eszerint az alkotmányos jogok azért és annyiban hordoznak tekintélyt - első látásra engedelmességi kötelezettséget írnak elő -, mert és amennyiben engedelmességükkel olyan nézeteltérések rendeződnek, amelyeket a szokásos demokratikus eszközökkel nem lehet megfelelően rendezni.

B. *Hamiltoni számlák mint eljárási indokok*

Mielőtt a képviselet-érvényesítést a jogi hatalom II. részben felsorolt elemei alapján értékelném, meg kell jegyezmem, hogy az alkotmányos jogok Hamiltoni és neohamiltoni védelmét, amelyet fentebb árnyaltan szubsztantív fogalmakkal jellemeztem, az eljárásjogi akciók típusaként is fel⁸⁸ lehet fogni. Hamilton "felsőbbrendű ... tekintélyt" tulajdonított az alkotmány megalkotásának és módosításának "ünnepélyes és tekintélyes aktusainak", a fokozott mérlegelés és az extraordi-

⁸⁶ Lásd *pl.* Grutter kontra Bollinger, U539.S. (3062003); Gratz kontra Bollinger, U539.S. 244 (2003); Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, U438.S. (2651978).

⁸⁷ Lásd *pl.* Zelman kontra Simmons-Harris, USA (5366392002); Mitchell kontra Helms, USA (5307932000).

⁸⁸ Lásd fentebb a III.B.2. részt.

⁸⁹Ackerman eszméje a "magasabb szintű jogalkotásról" az "alkotmányos pillanatokban" bővíti ezt a témát.⁹⁰ A Nuanced Substantive szemszögéből nézve ezek az elméletek azt állítják, hogy a keretalkotási folyamat azért rendelkezik tekintéllyel, mert képes erkölcsileg kívánatos eredményeket létrehozni. De ésszerűen úgy is tekinthetjük ezeket az elméleteket, mint amelyek inkább proceduralista érveket hoznak fel. Lehetséges, hogy az alkotmányos keretezési aktusok - sajátos deliberatív és részvételi jellegüknél fogva - jobban alkalmasak a tisztességes demokratikus részvétel feltételeinek meghatározására, mint a közönséges többségi demokrácia; ha ez így van, akkor ezen "alkotmányos pillanatok" eredményeinek betartása elősegítheti a tisztességességet a közönséges demokratikus politikában. Ugyanez mondható el a hamiltoni és neohamiltoni védekezésről, miszerint a bírósági felülvizsgálat olyan eljárás, amely kifejezetten alkalmas az "elvi", "érték" vagy "politikai igazságosság" kérdéseinek eldöntésére.⁹¹ A bírósági felülvizsgálat feltételezett előnye nem a jobb erkölcsi érveléshez járulhatnak hozzá, hanem inkább azoknak a feltételeknek a megbízhatóbb meghatározásához, amelyek alapján a demokratikus folyamatok maguk is tisztességesen részt vehetnek az erkölcsi érvelésben.⁹²

A reprezentáció-érvényesítés tehát nem meríti ki a plauzibilis eljárási indoklások körét, sőt számos kiemelkedő elméletet akár szubszidiárius, akár procedurális értelemben is fel lehet fogni. Az érveim egyik lehetséges következménye tehát az, hogy ha a lehető legjobb fényben akarjuk értékelni a Hamilton-féle és hasonló megközelítéseket, akkor inkább procedurális, mint szubsztanciális indoklásokként kell értelmeznünk őket, amikor csak lehetséges.

⁸⁹ Lásd *Federalist No. 78*, 42,440. o., *fenti* jegyzet.

⁹⁰ Lásd ACKERMAN, FOUNDATIONS, *fenti* lábjegyzet. 45.

⁹¹ Lásd BICKEL, *Supra* note 25, 25. o. ("elv"); *id.* o. 27. o. ("tartós általános értékek"); EISGRUBER, *Supra* note 4, 57-59. o. ("elv"); SAGER, *Supra* note. 4, 19. o. ("politikai igazságosság").

⁹² Máshol hosszasan kifejtettem az alkotmányjog eljárási indoklását, amely az említett és más teoretikusok elemeit is magában foglalja. Lásd PETERS, *Supra* note, 12,243-348. o.

C. *Képviselő-érvényesítés és joghatóság*

A képviselő-érvényesítés az alkotmányos jogok tekintélyének magyarázataként jobbnak bizonyul az érdemi indoklásnál. A kulcs az, hogy a képviselő megerősítése olyan indokot ad az alkotmányos jog betartására, amely nem a jog érdemi tartalmától függ.

1. *Működőképesség.* - Az egyszerű tartalmi indoklás, ne feledjük, részben a működésképtelenség eléggé kirívó hiánya miatt bukik el. Az egyetlen ok, amit a cselekvésre ad, az egy erkölcsileg kívánatos eredmény előmozdítása - ez az ok ugyanolyan erővel létezik a kérdéses alkotmányos jog nélkül is. Az árnyalt anyagi jogi indoklás elkerüli ezt a problémát, de végső soron az arisztotelészi nehézségbe ütközik: Bármilyen komparatív döntési előny létezik is az alkotmányos folyamatban, az a jog előre nem látott körülmények között történő alkalmazásával gyengül, és az engedelmisség operatív oka ennek megfelelően felhígul.

A reprezentáció-megerősítés mindkét problémát elkerüli. Mindenekelőtt operatív okot szolgáltat, nevezetesen a jogvita elkerülésének, megoldásának vagy költségeinek mérséklésének előnyeit. Feltételezve, hogy ez az ok, vagy okok komplexuma egyáltalán létezik, ez a jogi alany erkölcsileg kívánatos kimenetelre törekvő okoktól függetlenül és külön létezik. Hipotetikus vezetőknek, George-nak tehát van oka arra, hogy engedelmeskedjen az *R* alkotmányos jognak, még akkor is, ha ez nem segítene elő erkölcsileg kívánatos eredményt; ⁹³ez az ok az, hogy az *R*-nek való engedelmisség elősegíti egy olyan vita elkerülését, megoldását vagy enyhítését, amely arról szól, hogy mi az erkölcsileg kívánatos eredmény, vagy hogyan lehet azt a legjobban elősegíteni. És ha, mint ahogy az megtörténik, az *R*-nek való engedelmisség elősegítené az erkölcsileg nem kívánatos eredményt, a képviselő-erősítés további okot ad George-nak az engedelmisségre: Az engedelmisség elkerüli, megoldja vagy

⁹³ Ne feledje, hogy az "erkölcsileg kívánatos eredményt" egy tartalomfüggő értelemben értem, amely független attól, hogy milyen erkölcsi státusz vonatkozik az eredmény létrehozására használt eljárásokra. *Lásd a fenti szöveg kísérő megjegyzését.*
64.

enyhíti a vitát is. Azáltal, hogy az engedelmesség okát elválasztja a jog tartalmától, a képviselet-erősítés elkerüli, hogy a jog auctoritásának kérdését annak a kérdésnek a körébe vonja, hogy a jog tartalma erkölcsileg kívánatos-e. A jog érvényessége nem lehet a jog tartalma.

Mi a helyzet az arisztotelészi nehézséggel? Természetesen a képviselet-érvényesítés alá van vetve a Nehézségnek abban az értelemben, hogy lehetnek - szinte elkerülhetetlenül lesznek - kivételek az alól a (másodlagos) szabály alól, hogy egy alkotmányos jog betartása elkerül, megold vagy enyhít egy olyan vitát, amelyet nem lehet megfelelően demokratikus úton megoldani. Tehát lehetnek (szinte elkerülhetetlenül lesznek) olyan helyzetek, amikor egy alkotmányos jog *R* tekintélyt követel, de valójában nem rendelkezik vele. A Nuanced Substantive Justification problémája azonban nem egyszerűen az volt, hogy a jogi tekintélyről szóló beszámolója kivételeknek van kitéve; a probléma az volt, hogy a jogi tekintélyről szóló beszámolója a széleskörű kivételeket gyakorlatilag elkerülhetetlenné tette. Az árnyalt indoklás a jogi tekintélyt az alkotmányos jogot *R-t* létrehozó *P* eljárás komparatív döntési előnyétől tette függővé - *P* felsőbbrendű képességétől az erkölcsileg kívánatos eredmények azonosítására. Mivel azonban *P* valószínűleg nem vette figyelembe a legtöbb olyan eset részleteit, amelyekben *R* alkalmazandó lenne, az ilyen jellegű komparatív előnyre való igénye sok vagy legtöbb esetben valószínűtlen lenne.

Nem így a képviselet-érvényesítés számláján. Ennek a számlának az a jogigénye, hogy az *R-nek* való engedelmeskedés elkerül, megold vagy enyhít egy olyan vitát, amelyet a rendes demokrácia nem tud megfelelően elkerülni (vagy megoldani vagy enyhíteni). És bár bizonyára lesznek kivételek ez alól az állítás alól, nincs okunk azt gondolni, hogy ezek a kivételek endemikusak lennének. Ennek az az oka, hogy a tekintély képviselet-érvényesítése nem a komparatív döntési előny meglétén alapul erkölcsi kérdésekben. Ehelyett a komparatív pártatlanság *P*-ben való létezésén alapul - azon a felfogáson, hogy *P*

bizonyos típusú vitákat pártatlanabban tud megoldani, mint a hagyományos demokrácia. És nincs ok arra, hogy *P* pártatlansága, ha feltételezzük, hogy létezik, miért csökkenne bizonyos, *P* által előre nem látott esetekben.

Ennek illusztrálására tegyük fel, hogy az *R* jog - az indokolatlan házkutatás és lefoglalás elleni jog, amelyet az évek során úgy pontosítottak, hogy bizonyos kényszerítő körülmények kivételével a házkutatás engedély nélküli lefoglalásának jogát is magában foglalja - a szokásos demokratikus politikához képest viszonylag pártatlan módon jött létre. A jog alapelvét olyan alkotók alkották, akik már régen eltávoztak, és így nem érdekeltek a jelenlegi politikai viták kimenetelében. Ezt az elvet pedig az idők során eseti bírói döntéseken keresztül olyan bírák finomították, akiket viszonylagos politikai elszigeteltségük immunizált a politikai többség és választott képviselőik önérdékű indítékaival szemben.

Most tegyük fel, hogy egy adott helyzetet, amelyben *R* alkalmazandó - mondjuk George döntését arról, hogy engedélyezi-e a parancs nélküli megfigyelést - nem látta előre egyik döntéshozó sem, aki részt vett ebben a (viszonylag pártatlan) *P* folyamatban, amelynek révén *R* létrejött. Aláírta-e ez a tény bármilyen módon *R* joghatósági igényét a képviselő-érvényesítés számláján? Nem, sőt, úgy tűnik, hogy erősíti ezt az igényt. Az a tény, hogy *P* nem látta előre azokat a különleges körülményeket, amelyekre *R* most vonatkozik, csökkentheti *P* komparatív erkölcsi szakértelmét George-hoz képest - ami jelentős probléma a Nuanced Substantive számítás szerint -, de egyáltalán nem csökkenti *P* komparatív pártatlanságát a közönséges demokráciához képest. Sőt, ez növelheti a *P* komparatív pártatlanságát, mivel kizárja annak lehetőségét, hogy a döntéshozók, akik az *R*-t létrehozták, ezt részlegesen tették, és érdekeltek voltak az *R*-nek az adott esetre való alkalmazásának kimenetelében. Azok a döntéshozók, akik nem látták előre ezt az esetet, nem is járhattak el részlegesen az eset tekintetében.

Az arisztotelészi nehézség tehát nem sújtja a Repräsentáció-erősítés-t ugyanazzal az önerőziós problémával, mint amit az árnyalt szubsztantív igazolás esetében jelent. A Repräsentáció-érvényesítés által követelt jogi tekintély alól léteznek kivételek, mint ahogyan minden, szabályokat alkalmazó beszámoló esetében is léteznek. De nincs okunk azt hinni, hogy ezek a kivételek en- demikusnak bizonyulnak.

2. *Különleges erő.* - Gyanítom, *hogy a* szubsztantív indoklások intuitív elfogadottságának és az eljárási indoklások intuitív gyanújának nagy része azzal a követelménnyel függ össze, hogy egy jogi normának különleges normatív erővel (*prima facie* kötelelességgel vagy valami hasonlóval) kell rendelkeznie ahhoz, hogy tekintélynek minősüljön. Ha a jó eljárás nevében olyasmit teszünk, ami egyébként erkölcsstelen lenne, az a legjobb esetben drasztikusan legalisztikusnak, a legrosszabb esetben érzéketlenül gonosznak tűnhet. Hogyan ~~ha~~ a jó eljárás célja elég erős indok arra, hogy egy erkölcsileg ellentmondásos törvény betartását igazolja?

Szerintem igen, és ezt más munkáimban is kifejtettem.⁹⁴ Itt három rövid pontra szorítokozom. Először is, befolyásos empirikus kutatások azt sugallják, *hogy* az eljárás valóban számít az embereknek a való világban, eléggé ahhoz, hogy az emberek gyakran betartják, sőt tiszteletben tartják azokat a törvényeket, amelyekkel nem értenek egyet, amennyiben úgy gondolják, hogy a törvényt létrehozó eljárás kellően igazságos volt.⁹⁵ A képviselő-érvényesítés és más eljárásjogi elméletek tehát többre tarthatnak igényt, mint elefántcsonttoronyos vágyálmokra.

Másodszor, az eljárási indoklások, mint a jogi autoritás elszámolásai általában (nem csak az alkotmányos jogoké) hosszú és kiváló törzskönyvvel rendelkeznek, amely Thomas Hobbes-tól a

⁹⁴ Lásd PETERS, *fenti* jegyzet, 12,57-61., 69-105. o.

⁹⁵ Lásd általában TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2006-os kiadás). Egy 2012. február 27-i gyors Westlaw-keresés csak a jogi szaklapok között 720 cikket talált, amelyek Tyler könyvének ezt vagy egy korábbi kiadását idézik.

a tizenhetedik századtól⁹⁶ a huszonegyedik századi Jeremy Waldronig.⁹⁷ Az a gondolat, hogy az emberek feláldozhatják (legalábbis részben) tartalmi elkötelezettségüket az eljárási szabályok nevében, aligha radikális.

Harmadszor, ahogy Hobbes szemléletesen világossá tette,⁹⁸ nem kell túl sok képzelőerő ahhoz, hogy a hatékony jogi eljárást erkölcsi imperatívusznak tekintsük. A hatékony eljárás - a viták elfogadható elkerülésére, megoldására vagy enyhítésére alkalmas eljárás - lehet, hogy alapjában véve az egyetlen, ami Hobbes "mindenki háborúja mindenki ellen" útjában áll.⁹⁹ A mindenekfelett álló érdemi eredmények iránti elkötelezettség azt jelenti, hogy a jóhiszemű viták soha nem oldódnak meg, ami aligha a stabil társadalom receptje. A civilizáció létezéséhez tehát elég jó bizonyíték arra, hogy a pro- cedúra meglehetősen rendszeresen felülkerekedik a lényegen.

Tehát legalábbis hihető - szerintem jóval több, mint hihető -, hogy egy olyan beszámoló, amely a képviselő-erősítéshez hasonlóan a vitarendezés kényszerítő erején alapul, alátámaszthatja az alkotmányos jogoknak való engedelmség prima facie köteleességét. Végző soron persze nincs analitikus mód ennek bizonyítására - csak kiterjedt empirikus vagy normatív érvelés, vagy mindkettő elég -, de elég, ha azt mondjuk, hogy az "eljárással" kapcsolatos felszínes intuitív gyanú alatt egy kicsit ásva valószínűleg egy mélyebb, összetettebb intuitív érzést tár fel.

⁹⁶ Lásd a fenti megjegyzést és az ott hivatkozott 62forrásokat.

⁹⁷ Lásd pl. WALDRON, fentebbi 4,232-54. o.

⁹⁸ Hobbes híres képelete egy törvény nélküli világról szól:

Ilyen állapotban nincs helye az iparnak, mert annak gyümölcse bizonytalan; következésképpen nincs földművelés; nincs hajózás, sem a tengeren behozható áruk felhasználása; nincsenek hasznos épületek; nincsenek eszközök az olyan dolgok mozgására és elszállítására, amelyekhez nagy erőre van szükség; nincs ismeret a Föld arcáról; nincs időszámítás; nincsenek művészetek; nincsenek levelek; nincs társaság; és ami a legrosszabb mind közül, folyamatos félelem és az erőszakos haláltól való félelem; és az ember élete magányos, szegényes, csúnya, brutális és rövid.

HOBBS, *fentebb* 62,I. jegyzet, I. rész, at 186.

⁹⁹ *Id.*, I. rész, a 189.

és tapasztalati megértés az eljárás központi szerepéről minden jogrendszerben.

3. *Nem kényszerítő erejű.* - Erről a pontról nem sok mondanivalónk van sem az anyagi, sem az eljárási indokok tekintetében. Ahhoz, hogy a jogi normák valóban autoritatívak legyenek (érveltem), működőképességüknek és különleges erejüknek valami másból kell erednie, mint az engedetlenségért járó hivatalos szankciókkal való fenyegetésből. Sem a Képviselet-érvényesítés, sem a szubsztantív indokok egyike sem támaszkodik a szankciókkal való fenyegetésre, mint az alkotmányos jogok betartásának indokára. Ha ezen indoklások bármelyike kudarcot vall a jogi tekintélyről szóló beszámolóként, akkor nem a nem kényszerítő erő hiánya lesz a bűnös.

4. *Forrásfüggőség.* - A forrásfüggőség potenciálisan nagyobb probléma. Az Egyszerű tartalmi indoklás a forrásfüggőség kézzelfogható hibájától szenved: Az, hogy egy alkotmányos jog betartásának eredménye erkölcsileg kívánatos-e, és így van-e ok a jog betartására, kizárólag magának a jognak a tartalmától függ, és egyáltalán nem annak alapjául szolgáló jogtól. Első pillantásra úgy tűnhet, hogy a képviselet- megerősítés ugyanezzel a problémával szembesül. Vajon a kulcskérdés ezen a számlán - hogy egy alkotmányos jog betartása elkerül-e, enyhít-e vagy megold-e egy vitát - nem olyan kérdés, amely a jog forrására való tekintet nélkül megválaszolható?

A válasz "igen", de csak véletlenszerűen. Bizonyára lehetséges, hogy egy peren- nális koktélszalvétára firkált "alkotmányos jog" elegendő lehet egy vita eldöntéséhez. George, aki nem tudja, hogy mit tegyen a parancs nélküli megfigyelési tervvel kapcsolatos nézeteltérések közepette, talán úgy dönt, hogy csak azért engedelmeskedik *az R-nek*, mert az ott van - mert úgy tűnik neki, hogy valamilyen döntési szabály jobb, mintha egyáltalán nem lenne szabály. Ha már itt tartunk, George dönthetne úgy is, hogy feldob egy érmét. Sok kérdés - ki veszi meg az első kört, milyen filmet nézzen meg, melyik csapat kapja az első rúgást - valójában így dől el a való világban.

De ez a fajta "minden szabály jobb, mintha nem lenne" megközelítés nem támasztja alá a jogi tekintélyek általános értelmezését, és természetesen nem támasztja alá az alkotmányos jogok tekintélyének értelmezését. A jog hatálya alá tartozó nézeteltérések közül sok - és az alkotmányos jogok hatálya alá tartozó nézeteltérések közül gyakorlatilag mindegyik - túlságosan lényeges ahhoz, hogy önkényes vagy sztochasztikus eljárásokkal lehessen megoldani. George - és azok, akik érdemben nem értenek vele egyet - valószínűleg úgy gondolják, hogy a jogszerűtlen megfigyelés kérdése egyszerűen túl fontos ahhoz, hogy a véletlenre bizzuk; a pénzfeldobást vagy a koktélszalvétát nem tekintik elég megbízható mechanizmusnak egy ilyen fontos kérdés eldöntéséhez. A nemzetbiztonság és az egyéni szabadság közötti egyensúly megtalálásának kérdése nagymértékben különbözik attól a kérdéstől, hogy ki veszi meg az első kört, vagy hogy melyik csapat kezdi a futballmeccset. És valószínűnek tűnik, hogy ez igaz lesz az alkotmányos jogokat érintő sok vagy legtöbb vitára - sőt, általában a jogot érintő sok vagy legtöbb vitára.¹⁰⁰

Az ilyen nagyságrendű viták rendezésénél valószínűleg a megoldás forrása - az eredményt létrehozó folyamat jellege - is számít. Ez a pont a képviselő-érvényesítés lényege, amely éppen azért értékeli az alkotmányos jogokat, mert azok egy olyan folyamat termékei, amely általában véve pártatlanabb, mint a szokásos demokratikus politika. George-nak nem egyszerűen azért kell engedelmessé válnia *az R-nek*, mert az egy megoldást vagy döntési szabályt alkot, hanem azért, mert az általa alkotott szabályt egy olyan folyamat hozta létre, amelyet ő és a többi érintett fél viszonylag pártatlannak fogadhat el. Más szóval, az engedelmessegre vonatkozó oka forrásfüggő. Ugyanez a jog egy koktélszalvétára firkálva nem tartana igényt az engedelmessegre.

¹⁰⁰ Annak részletes érvelése, hogy a sztochasztikus döntéshozatali eljárások nem lesznek elegendőek ahhoz, hogy eljárási vagy vitarendezési szempontból alátámasszák a joghatóságot, lásd PETERS, *Supra* note, 12,69-81. pont.

Érdemes megjegyezni, hogy a forrásfüggőséggel való elégtelen törődés az, ami a jogi tekintélynek Thomas Hobbes, a jogi tekintély eljárásjogi (vagy máshol vitarendezési¹⁰¹) elméletének atyja által felajánlott sajátos elméletének a vesztét okozza. Hobbes természetesen az abszolút monarchiát (a diktatúra tizenhetedik századi változatát) támogatta a jogi normák forrásaként, mert úgy vélte, hogy a mindenható uralkodótól való félelem "félelemben tartja [az embereket]", elfojtva a vitákat, mielőtt azok egyáltalán elkezdődhetnének.¹⁰² De ahogy Locke később rámutatott, egy hobbesi abszolút uralkodó saját ügyében bíró lenne, és annak is látnák - ez a részrehajlás legmarkánsabb formája -, és rendeleteit az alattvalói végső soron nem fogadnák el a viták igazságos megoldásaként.¹⁰³ Hobbes nem értékelte teljes mértékben, hogy a jogparancsok forrása, és nem csupán azok pusztán ténye döntő fontosságú a viták feloldásában.

5. *Jelentőség.* - Az érdemi indoklás legmeggyőzőbb típusának, a Nuanced változatnak a legnagyobb problémája a szaliencia hiánya. Valójában a szaliencia a Representation-Reinforcement számára is kihívást jelent; gyanítom, hogy ez örökös probléma lehet a jogi tekintély bármely hihető beszámolója számára. De a Representation-Reinforcement legalábbis jobb beszámolót tud nyújtani a szalienciáról, mint a Nuanced Substantive Justification.

Emlékezzünk vissza a Nüanszos beszámolóval kapcsolatos figyelemfelkeltési probléma természetére: Egy jogi alany képessége, hogy elismerje egy alkotmányos jog tekintélyét, pontosan attól függ, amit a Nuanced account szerint az alany valószínűleg nem ismer el, nevezetesen a jó erkölcsöségtől.

¹⁰¹ Lásd általában *id.*

¹⁰² HOBBS, *Supra* note 62, II. rész, 227. o.; lásd általában *id.*, II. rész, 223-408. o.

¹⁰³ *Második értekezésében* Locke megjegyezte, hogy egy hobbesi uralkodó "minden alattvalójával azt teheti, amit akar, anélkül, hogy bárki a legcsekélyebb szabadságot kapná arra, hogy megkérdőjelezze vagy ellenőrizze azokat, akik végrehajtják tetszését". JOHN LOCKE, *Second Treatise of Government*, in TWO TREATISES OF GOVERNMENT § AT 13,316-17 (Peter Laslett szerk., 1960). (1689-1690). Ez egyszerűen megismételne a természeti állapotot, és az uralkodót ténylegesen hadiállapotba helyezné alattvalóival. Lásd *id.* 90-94. §§, 369-74. o. Az elkerülhetetlen eredmény az uralkodó által elkövetett "visszaélések hosszú sorozata" lenne, ami polgárháborúhoz vezetne. – pontosan az a rossz, amit a kormánynak Hobbes elmélete szerint el kellett volna kerülnie. Lásd *id.* § at 225,463.

az eredmények megítélése. Az alanynak saját erkölcsi ítélőképességét kell használnia ahhoz, hogy értékelje az alkotmányos jogokat létrehozó folyamat összehasonlító döntési előnyeit - beleértve az eredmény erkölcsileg kívánatos voltának értékelését az adott ügyben, amellyel most szembesül. A Nuanced account egész lényege azonban az, hogy a jogi alany erkölcsi ítélete viszonylag megbízhatatlan. Így a számítás saját bukásának, vagy legalábbis saját gyengeségének magvait veti el.

Van-e hasonló öneróziós elem a Repräsentáció-erősítés elméletben? A képviselő-érvényesítés azt állítja, hogy a szokásos demokratikus politika - ahogyan azt mondjuk George mint választott kormányfő megtestesíti - valószínűleg elfogadhatatlanul részrehajló bizonyos kérdésekben, például abban, hogy a kormány által végzett engedély nélküli megfigyelés előnyei megéri-e a kockázatokat. George elfogultsága ebben a példában az önérdemből fakad - abból a lehetőségből, hogy a megfigyelést George hatalmának mesterséges kiegészítéseként használja fel, és így segít "bent tartani a bentieket és kint tartani a kintieket", hogy Ely-t idézzem.¹⁰⁴ Az alkotmányos jogok ígérete a Képviselő-erősítés számítás szerint abban áll, hogy képesek elkerülni vagy mérsékelni ezt az önérdemet. De vajon ugyanaz az elfogultság, amely valószínűleg befolyásolja George érdemi döntését, nem fogja-e befolyásolni annak megítélését is, hogy az alkotmányos eljáráshoz képest relatíve részrehajló-e? Ha nem bízhatunk George-ban, hogy pártatlanul oldja meg a megfigyelési is- szonyt, akkor hogyan bízhatunk benne, hogy pártatlanul oldja meg azt a kérdést, hogy a megfigyelési is- szonyt pártatlanul oldja-e meg?

Az aggodalomra adott válasz egy kisebb része a következő. Az önérdem, amely miatt "bizalmatlanok" vagyunk George érdemi döntésével szemben (hogy Ely könyvének¹⁰⁵ címét idézzem), részben önérdem lehet.

¹⁰⁴ Lásd ELY, *fenti* lábjegyzet 3, 103. o. ("A működési zavar akkor következik be, amikor ... a bennfentesek elzárják a politikai változások csatornáit, hogy biztosítsák, hogy ők bent maradjanak, a kintiek pedig kint maradjanak").

¹⁰⁵ Lásd általában *id.*

tudatosan: fennáll a veszélye annak, hogy George tudatosan újra megoldja a megfigyelés kérdését úgy, hogy az az ő érdekeit szolgálja. Elfogultsága, más szóval, nem biztos, hogy véletlen. De tegyük fel, hogy George teljesen öntudatosan úgy dönt, hogy figyelmen kívül hagyja az *R* alkotmányos jogot, mert annak betartása akadályozná saját érdekeit. Ez nem az *R* tekintélyének nemtörődömsége lenne, hanem az *R*-nek való szándékos, rosszhiszemű engedetlenség annak tekintélye *ellenére* (és annak tudatában). Tehát, amennyiben a George döntése iránti bizalmatlanságunkat a szándékos öncsalás miatti aggodalom motiválja, ez az aggodalom nem ássa alá az *R* jelentőségét a képviselet- megerősítés elméletben, bár természetesen gyakorlati problémát okoz az *R* végrehajtása szempontjából.

Ez azonban csak egy kisebb része a válasznak, mert a szándékos öncsalás kockázatától eltekintve jó okunk lehet arra, hogy ne bízunk George döntéseiben a me- rittel kapcsolatban. Az önérdek és az elfogultság más formái anélkül is behatolhatnak a döntéshozatalunkba, hogy ennek tudatában lennénk, és ha ez a helyzet George esetében, akkor ugyanaz az elfogultság, amely az érdemi döntésének ~~ingását~~ fenyegeti, valószínűleg veszélyezteti az *R* tekintélyének megítélését is. George önérdeke arra készítheti, hogy tévesen tagadja az *R*-t létrehozó folyamat összehasonlító pártatlanságát. És ez a szalienciát fenyegető veszélynek tűnik.

Valójában nem az, legalábbis önmagában nem. Két fontos szempontot kell itt kiemelni. Először is, ahhoz, hogy egy George-hoz hasonló jogalany megfelelően elismerje egy alkotmányos jog tekintélyét a képviselet-érvényesítés számláján, nem kell pontosan értékelnie az alkotmányos folyamat összehasonlító pártatlanságát azzal a demokratikus folyamattal szemben, amelynek ő maga is részese. Inkább azt kell pontosan felmérnie, hogy *mások hogyan látják* az alkotmányos folyamat összehasonlító pártatlanságát azzal a demokratikus folyamattal szemben, amelynek ő is részese. A képviselet-érvényesítés, az alkotmányos

a jogok akkor indokoltak, ha betartásuk jobban megoldja (vagy elkerüli vagy enyhíti) a bizonyos kérdésekkel kapcsolatos vitát, mintha a demokratikus politikára hagyatkoznánk. Ez akkor lesz így, ha a döntés által kötelezettek - azok, akik érdeemben nem értenek vele egyet - úgy vélik, hogy a döntés viszonylag pártatlanul született. Az eljárás pártatlanságáról alkotott *meggyőződések* - és nem az eljárás tényleges pártatlanságát - kell tehát a jogalanyoknak (mint George) ésszerű pontossággal felmérniük.

És az a tény, hogy George részrehajló az érdemi kérdés - a megfigyelés engedélyezésének kérdése - tekintetében, nem kell, hogy részrehajlóvá tegye George-ot mások meggyőződésének kérdését illetően. Sőt, még ha George részlegesnek is bizonyul az összehasonlító részrehajlás *eljárás*i kérdését illetően - a kérdés, hogy ő valójában részrehajlóbb-e, mint az *R-t* létrehozó eljárás -, akkor is teljesen pártatlan lehet az összehasonlító részrehajlás eljárás*i* kérdésével kapcsolatos, *mások meggyőződésére vonatkozó külön* kérdésben. És ez a különálló kérdés az, amely végső soron meghatározza *R* tekintélyét.

Tegyük fel tehát, hogy George elfogultsága arra készíti, hogy érdeemben a felügyeletet részesítse előnyben. És tegyük fel, hogy ugyanez a részrehajlás arra a téves következtetésre juttatja, hogy az *R-t* létrehozó alkotmányos eljárás, *P*, érdeemben nem kevésbé részrehajló, mint ő maga. Teljesen elképzelhető, hogy George ennek ellenére helyesen arra a következtetésre jut, hogy a legtöbben (más kormányzati tisztviselők, a nyilvánosság tagjai) *úgy vélik*, hogy *P* kevésbé részrehajló az érdemi kérdésekben, mint ő maga. És ha erre a következtetésre jut, akkor - helyesen - elismeri *R* tekintélyét az ő ügyében. Összehasonlító részrehajlása, amely a képviselet-értvényesítés egyik előfeltétele, nem fogja befolyásolni az *R* tekintélyével kapcsolatos ítéletét.

Figyeljük meg, hogy ezek az elemzések hogyan különböztetik meg a Képviselet-erősítést a Nüanszolt tartalmi indoklástól. Ez utóbbi lényegében azt követeli meg a jogalanyoktól, hogy (definíciójuk szerint) hibás ítélőképességükkel értékeljék a jogi auctoritás állításait. Az előbbi azonban nem; a jogi alany értékelheti a

a jogi tekintélyre vonatkozó állításokat anélkül, hogy pontosan azt az elfogultságot érvényre juttatná, amelyet a beszámoló el akar kerülni. A jogvita érdemére vonatkozó ítélet döntően különbözik a jogvita megoldásának eszközeire vonatkozó ítélettől.

Az első lényeges pont tehát az, hogy a vitatott kérdés érdemi részrehajlásának részrehajlása önmagában nem fenyegeti a joghatóságot. A második pont ennek az elsőnek a kiterjesztése: Még egy olyan (definíció szerint) részrehajló jogalany számára is nyilvánvaló lesz, mint George, hogy egy olyan alkotmányos jog *tiszteletben tartására* vonatkozó döntés, amellyel nem ért egyet, pártatlan aktus, és azt pártatlan aktusnak fogják felfogni. Tegyük fel ismét, hogy George részrehajlása arra készíti, hogy a felügyeletet érdemben előnyben részesítse, és egyben tévesen tagadja *R* viszonylagos pártatlanságát, mint a kérdés érdemi eldöntését. Még ebben az esetben is, George aligha hagyhatja figyelmen kívül, hogy az *R-nek* való alávetés - az *R-nek* való engedelmesség mellett való döntés annak ellenére, hogy nem ért egyet annak érdemével, sőt, még a relatív pártatlanságával való egyet nem értése ellenére is - pártatlan döntésnek fog *tűnni*. *Végül is maga a tény, hogy R-nek való engedelmesség mellett dönt,* a vita érdemi részrehajlásának kiemelkedően pártatlan megoldása. Egy ilyen döntést nyilvánvalóan nem befolyásolta volna George saját elfogultsága, mivel az a George által előzetesen szorgalmazottal ellentétes eredményt hozna. És bizonyára George megérti ezt - belátja, hogy az *R-nek* való engedelmisségét mások pártatlannak fogják tekinteni - a kérdés érdemében való elfogultsága ellenére. Tehát, ha George elfogadja a jogi tekintély alapját, amelyet a Képviselő-érvényesítés állít, akkor erős oka lesz arra, hogy engedelmeskedjen *R-nek*, annak ellenére, hogy tévesen tagadja viszonylagos pártatlanságát. Azaz *R* tekintélyének ténye George számára kiemelkedő lesz, még akkor is, ha e tekintély teljes ontológiája nem lesz az.

Ez a pont az alkotmányos jogok tekintélyének egy érdekes és potenciálisan értékes aspektusát tárja fel a Representation-Reinforcement számlán: Ez a tekintély önmegerősítő. Ha egy társadalom polgárai és hivatalnokai úgy vélik, hogy az alkotmányos jogok általában azért tekintélyesek, mert

a demokratikus politikával szembeni komparatív pártatlanságukról, akkor az e jogoknak való engedelmesség maga is pártatlan cselekedetnek fog minősülni - még akkor is, ha a komparatív tekintélyre vonatkozó állítás egy adott esetben megghiúsul, sőt indokolatlan. Az alkotmányos jogok tiszteletben tartásának lényege ekkor részben egyszerűen az engedelmesség *ténye lesz*; ez a tény önmagában is hozzájárul a viták ~~nyitására~~ elkerüléséhez vagy mérsékléséhez. Az alkotmányos alanyoknak tehát jó okuk lesz az alkotmányos jogok betartására még akkor is, ha (helyesen vagy helytelenül) tagadják az őket létrehozó folyamat pártatlanságát.

Megjegyzendő, hogy ennek a jelenségnek sincs párhuzama a Nuanced Substantive Justificationben. Az árnyalt megközelítés szerint az alkotmányos eljárás komparatív döntési előnyének téves elutasítása egy adott esetben nem hagy semmilyen újbóli jó okot a jog betartására. A képviselet-érvényesítés esetében azonban az alkotmányos folyamat komparatív részrehajlásának téves elutasítása egy további okot hagy az engedelmességre: azt a lehetőséget, hogy a jog tiszteletben tartására vonatkozó döntés maga is segíthet a vita megoldásában.

Tehát a képviselet-erősítés jobb ak- ciót biztosíthat a szaliencia számbavételére, mint a Nuanced Substantive Justification. Ez nem jelenti azt, hogy a hangsúlyosságról szóló beszámolója tökéletes. Lehetségesnek tűnik, hogy a demokratikus politika egy George-hoz hasonló résztvevője egy adott esetben *annyira* részrehajló, hogy vak az alkotmányos jog betartásának vitarendezési előnyeire. De az is valószínűtlennek tűnik, hogy ez nagyon sok esetben bekövetkezik - és minden bizonnyal kevésbé valószínű, mint a Nuanced Substantive számítás esetében, amelynek maga az előfeltevés is arra látszik hivatottnak, hogy aláássa a szalienciát.

* * *

Eljárásjogi beszámolóként a képviselet-érvényesítés az alkotmányos jog tiszteletben tartásának okát az adott jog kontentációjából vezeti le. Ez a manőver a jog morális státuszát

bizonyos eredmények irrelevánsak a jogok tekintélye szempontjából, így elkerülve a szubsztanciális elszámolásokat fenyegető működési hibát. Ez döntően azt is jelenti, hogy az egyes eredményekkel kapcsolatos nézeteltérések vagy viták irrelevánsak a jogalanyok által a jogok tekintélyének megítélése szempontjából, ami megerősíti e tekintély jelentőségét. Azzal pedig, hogy a vitarendezést az alkotmányos jogokat létrehozó folyamat természetéhez köti, a képviselő megerősítése biztosítja azt a forrásfüggőséget, amelyet a jogi autoritás megkövetel. A képviselő-erősítés ezért képesnek tűnik arra, hogy elkerülje azokat az alapvető gyengeségeket, amelyek veszélyeztetik az alkotmányos jogok tekintélyét az érdemi indoklácson.

V. KÖVETKEZTETÉS: MENEKÜLŐ ANYAG

Még az alkotmányos jogok elkötelezett védelmezői is kritizálták az Ely/Footnote Four képviselő-érvényesítés megközelítést, mint egy pollyann-i "menekülést a tartalomtól", amely a "tartalom" és az "eljárás" közötti tarthatatlan különbségtelen alapul, és a tényleges amerikai alkotmányos gyakorlat rövidlátó karikatúráját kínálja.¹⁰⁶ Úgy vélem, hogy ezek a kritikák érdemben túlzóak, ahogyan máshol már érveltem.¹⁰⁷ De ebben az írásban az a lényeg, hogy

¹⁰⁶ Lásd pl. Laurence H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, YALE89 L.J. (10631980), reprinted in LAURENCE H. TRIBE, *CONSTITUTIONAL CHOICES* (91985) (retitled *The Pointless Flight from Substance*); Ronald Dworkin, *The Forum of Principle*, 56 N.Y.U. L. REV. 469, 470 (1981) (eredeti címe: *The Flight from Substance*, lásd *Commentary*, 56 N.Y.U. L. REV. 525, 539 n.* (1981)), *újranyomtatva*: DWORKIN, *Forum of Principle*, *supra* note. 20. Tribe mindkét kritikát megfogalmazza, míg Dworkin a szubsztancia és a folyamat elvszerű megkülönböztetésének nehézségét (szerinte lehetetlenségét) hangsúlyozza.

¹⁰⁷ Az *A Matter of Dispute*-ban a Representation- Reinforcement egy kibővített változatát kínálom, amely szerintem megfelel Dworkin kifogásainak (bár nem kifejezetten ezekre az ellenvetésekre összpontosítok). Az alkotmányosság "Dispute-Resolution" elbeszélése, amelyet ott artikulálok - egyfajta, amit a jelen cikkben procedurális ak-túrának nevezek - nem javasol éles különbséget a folyamat és a tartalom között, ahogy Dworkin vádolja Elyt. (Lásd Dworkin, *Forum of Principle*, *Supra* 106. lábjegyzet, 57-69. o.) Nem feltételezi azt sem, hogy a demokrácia "pontos politikai fogalom" (*id.* 59. o.), amelyet a bírák ellentmondás nélkül alkalmazhatnak. Éppen ellenkezőleg: Az általam kínált beszámoló feltételezi, hogy a demokrácia jelentése és tartalma erőteljes viták tárgya lesz, olyan vitáké, amelyek minden reális szemlélet szerint "érdemi" viták; de azt állítja, követ-

cikk más volt. Itt azt javasoltam, hogy a Re-prezentáció-érvényesítés, vagy valamilyen hasonló típusú eljárásjogi beszámoló az egyetlen módja annak, hogy értelmet adjunk az alkotmányos jogok jogi tekintélyének - vagy legalábbis sokkal jobb módja annak, mint a Subs- tantív indoklások, amelyek jelenleg az egyetlen elérhetőnek tűnő alternatívának tűnnek.

Az alkotmányos jogok eljárásjogi igazolásának más előnyei is lehetnek. Nekem például úgy tűnik, hogy a meggyőzési teher valamivel kisebb, mint aminek az árnyalt anyagi jogi indokolásnak meg kell felelnie. Az árnyalt indoklásnak azt kell bizonyítania, hogy az alkotmányos eljárás minden esetben, vagy legalábbis az esetek nagy többségében, amelyekben alkalmazható, jobb, mint a demokratikus politika, mint az erkölcsileg kívánatos eredmények elérésének módja. Ahogy az arisztotelészi nehézséggel való foglalkozásunk is jelzi, ezt elég nehéz lesz bizonyítani,¹⁰⁸ és úgy gondolom, hogy az alkotmányos jogok és a bírói felülvizsgálat legélesebb kritikái közül sokakat az e tekintetben való mélységes szkepticizmus kifejeződéseként értelmezhetünk.¹⁰⁹ Re-

Ely szerint az alkotmányosan rögzített normák eseti bírói tisztázása elfogadhatóbb módja e viták megoldásának vagy mérséklésének, mint a szokásos demokrata politika. *Lásd* PETERS, *Supra* note, 12,246-55. o.

Az A Matter of Dispute foglalkozik Tribe azon aggodalmával is, hogy a Representation- Reinforcement figyelmen kívül hagyja az amerikai alkotmány számos "nyíltan anyagi jogi kom- mentenciáját" (Tribe, *supra* note. 106, at 1065 (a nagybetűs kezdőbetűket eltávolították)). A "substantive due process" példáját használva - egy olyan doktrínát, amelyet Ely maga is elutasított, *lásd* John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L.J. 920 (1973); ELY, *supra* note 3, at 14-21 - a könyvben azt javaslom, hogy számos látszólag "érdemi" alkotmányos kötelezettségvállalás vitarendezési, azaz eljárási szempontból is értelmezhető. *Lásd* PETERS, *supra* note 12, 267-72. o. (Ezt a felvetést Tribe vagy Dworkin keményen elutasíthatja, mindketten - különösen Dworkin - hangsúlyozzák, hogy az "eljárás" kérdéseket lehetetlen elválasztani a "tartalmi" kérdéstől. *Lásd* Tribe, *Supra* note 106, at 1067-72; Dworkin, *Forum of Principle*, *Supra* note 106, at 57-69). Elismerem azonban, hogy az anyagi jogi eljárás nem minden alkalmazása illeszthető kényelmesen a vitarendezési vagy eljárásjogi elszámoláshoz ilyen módon. *Lásd* PETERS, *supra* note at 12, 271.

¹⁰⁸ *Lásd fentebb* a III.C.3. és III.C.4. részt.

¹⁰⁹ Jeremy Waldron például határozottan érvel az ellen a felfogás ellen, hogy a "kimenetelhez kapcsolódó okok" - az eredmények erkölcsi kívánatosságán alapuló okok - indokolják a bírósági felülvizsgálat előnyben részesítését a többségi demokráciával szemben. *Lásd* Waldron, *Core Case*, *supra* note. 38, 1376-86. o. Mark Tushnet egy könyvhosszú vádiratot írt arról az elképzelésről, hogy a bírósági felülvizsgálat által az Egyesült Államokban létrehozott eredmények

A bemutatás-érvényesítésnek viszont csak azt kell demonstrálnia, hogy az alkotmányos folyamat bizonyos kérdésekben *igazságosabb*, mint a demokratikus politika - ami persze nem egyszerű feladat, de egy kicsit kevésbé tűnik herkulési feladatnak. Meggyőzően következtethetünk például arra, hogy az alkotmánybírák jellemzően érdektelenebbek, mint a törvényhozók a hivatalok kudarcának kérdéseit illetően, még akkor is, ha tagadjuk, hogy a bírák olyan különleges erkölcsi bölcsességgel rendelkeznek, amely a törvényhozók és választóik számára valahogy hiányzik.¹¹⁰

De egy elszámolás érdemei a politika szempontjából nagyon keveset jelentenek, ha ez az elszámolás nem tudja megmagyarázni az alkotmányos jogok tekintélyét. Az alkotmányos jogok aligha tehetik jobbá a világot, ha az alanyoknak nincs jó okuk arra, hogy engedelmeskedjenek nekik. Az alkotmányos jogok indoklásának középpontjában ezért a jogi tekintély meggyőző elbeszélésének kell állnia. És a tartalomtól való menekülés nélkül - a tartalom száműzése nélkül, kevésbé lekicsinylően fogalmazva - az alkotmányos tekintélyről szóló elbeszélés, és talán általában véve a jogi tekintélyről szóló elbeszélés sem tud meggyőzni.

összességében
TUSHNET, TAKING THE
ALKOTMÁNYT A BÍRÓSÁGOKTÓL TÁVOL (1999).

erkölcsileg kívánatosak voltak. *Lásd* MARK

¹¹⁰ Erre vonatkozóan lásd PETERS, *Supra* note, 12,282-86. o.