



Digital Commons@

Loyola Marymount University
LMU Loyola Law School

Loyola of Los Angeles jogi folyóirat

Kötet 27

Szám *A varratlan háló újraszövése*¹:
Interdiszciplináris perspektívák a jogról

Cikk 9

11-1-1993

Jog és történelem

John Phillip Reid

Kövesse ezt és további műveket a következő címen: [https://!\[\]\(cf531ed27e91483460120fcc057b3901_img.jpg\)digitalcommons.lmu.edu/llr](https://digitalcommons.lmu.edu/llr) Part of the [Law Commons](#)

Ajánlott idézet

John P. Reid, *Law and History*, 27 Loy. L.A. L. Rev. 193 (1993). Elérhető a következő címen: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol27/iss1/9>

Ezt a szimpóziumot a Digital Commons @ Loyola Marymount University és a Loyola Law School jogi szaklapjai ingyenesen és nyíltan hozzáférhetővé teszik. A Digital Commons@Loyola Marymount University és a Loyola Law School felhatalmazott rendszergazdája fogadta el a Loyola of Los Angeles Law Review című folyóiratba való felvételre. További információért kérjük, forduljon a digitalcommons@lmu.edu címre.

JOG ÉS TÖRTÉNELEM

*John Phillip Reid**

I. BEVEZETÉS

Az interdiszciplináris jogi tanulmányokba való belevágás a tudományos kifinomultság jele lehet a jogtudósok számára, de nem szabad a kockázatok megértése nélkül kihasználni az előnyöket. A tudományágak keresztezéséből komoly problémák adódnak. Vegyük például a történelem és a jog keresztezését: Ez a keverék több csapdát rejt magában, mint hasznot, mivel fennáll a veszélye, hogy az egyik szakma alapvető bizonyítási szabályai egy másik szakma szent bizonyítási kánonjaival keverednek.

Igaz, vannak, akik úgy érzik, hogy a keverék jól veszi. Gondoljunk például Alfred H. Kellyre, a történelemtudósra, aki jól ismerte az alkotmányjogot, de a nem alkotmányos jogban nyilvánvalóan csak laikus ismeretekkel rendelkezett. Úgy vélte, hogy a jog és a történelem közötti módszertani kapcsolat nem csak könnyen megtalálható, de meglehetősen szoros egyezés is.¹ Nemcsak szellemi tartalmuk közös, magyarázta, hanem a felhasznált anyagok is azonosak.² Egy jogi kiadványban 1965-ben Kelly azt írta, hogy

[Végül is meglehetősen szoros kapcsolat áll fenn a bírósági eljárás mindennapi módszertana és a történettudományé között. Amikor a bíróság az angol-amerikai technikának megfelelően, az idők óta bevált módszerrel, a precedensek folyamának vizsgálatával állapítja meg az ügyre alkalmazandó jog természetét, akkor a történész szerepét tölti be. Egy történész azt mondhatná, hogy ebben az eljárásban a bíróság az "elsődleges forrásokhoz" nyúl.³

A következtetés - amelyet a jogászok talán még inkább osztanak, mint a történészek -, hogy van hasonlóság a módszertan és a jogtudományok között.

* Professzor, New York University; **B.S.S.**, 1952, Georgetown University; LL.B., 1955, Harvard University; M.A., 1957, University of New Hampshire; LL.M., 1960, J.S.D., 1962, New York University; Fellow, Guggenheim Foundation, 1980; Fellow, Huntington Library, 1980; NEH Fellow, 1984. A jelen esszé kutatását a Filomen D'Agostino Greenberg és a Max E. Greenberg kari kutatási alap a New York-i Egyetem jogi karán. A szerző nagyra értékeli Richard B. Bernstein hasznos javaslatait.

1. Alfred H. Kelly, *Clio és a bíróság*: SUP1965. Cr. REV. 119,

121.

2. *Id.*

3. *Id.*

a jog és a történelem módszertana. Az érvelés valójában sokkal messzebbre megy a folyamatnál. A két tudományágnak nem csupán a technikák vagy az eljárás a közös, hanem a lényeg is. Bizonyára voltak idők, amikor az elsőéves joghallgatók ezt gondolták. Legalábbis elképzelhető, hogy sokan egyetértettek volna az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának főbírójával, amikor 1957-ben azt javasolta, hogy az ingatlanjogi órákon jogtörténetet tanulnak. "Természetesen minden ügyvéd bizonyos értelemben jogtörténeti tanulmányokat folytat" - állította Earl Warren.⁴ "A középkori jog ismerete, amely földjogunk legelemibb megértéséhez elengedhetetlen, nyilvánvaló példa erre." ⁵

Ami Earl Warren számára nyilvánvaló volt, az más emberek számára meglehetősen homályos lehetett. Warrennek igaza lett volna, ha azt mondta volna, hogy az elsőéves joghallgatók gyakran megtanulják a régi, akár középkori bírósági mérföldkövek nevét, mint például a *Shelley-ügyben* hozott szabály.⁶ Azt azonban nem tanulják meg, hogy mit jelentett a döntés, amikor először kihirdették, és természetesen nem tanulják meg, hogy a jogtörténet kontextusában milyen fejlődésen ment keresztül. Sőt, ha Warren megértette volna, hogy mit ír, talán még ő is visszahúzódott volna attól a kijelentéstől, hogy "[a]minden ügyvéd ... bizonyos értelemben a jogtörténet tanulója".⁷ Hiszen Earl Warren óta egyetlen amerikai vagy angol ügyvédnek sincs szüksége "a középkori jog ismeretére" ahhoz, hogy akár "földjogunk legelemibb megértését is el tudja látni". Miért kellene nekik, ha a tanáraiknak nem? Ha harminc-nyolcvan amerikai vagy kanadai ingatlanjog-professzort összegyűjtenénk egy teremben, lehetséges, hogy a jelenlévők egyike sem tudná elmagyarázni, mit jelentett a *Shelley-ügy*, amikor 1579-ben először kihirdették. Tudnák, hogy a *Pussycat Bar and Grill* 1579-ben Gerald T. McLaughlinnak élethossziglani ajándékozásával, amelyből a fennmaradó rész az ő jogos örökösire szállt, az ajándékozott nem kapott élethossziglani tulajdonjogot, hanem az élethossziglani birtok és a fennmaradó rész egy abszolút díjjoggá olvadt össze.⁸ Nincs szakmai okuk arra, hogy megtudják, McLaughlin azt remélte, hogy az örökösire átruházott érdekesség lehetővé teszi az örökösei számára, hogy megmeneküljenek a *Pussycat Bar and Grill* birtokló úrnak vagy a koronának járó bérleti jogviszonyoktól. Ha az örökösei nem leszármazás, hanem maradványok révén szereztek volna meg, akkor elkerülhették volna a tehermentesítés fizetését, és talán a gyámságot is. ⁹

Egyszerűen fogalmazva, a joghallgatót, a jogászprofesszort vagy a jogalkalmazót, amikor a *Shelley-ügy* szabályával foglalkozik, csak a következők érdeklik

4. Earl Warren, *Bevezetés* az AM1. J. LEGAL HIST. 1,1 (1957).

5. *Id.*

6. Wolfe v. Shelley, Eng76. Rep. (206K.B. 1579).

7. Warren, *Supra* note at 4,1.

8. *Lásd* A.W.B. SIMPSON, AN INTRODUCTION TO THE HISTORY OF THE LAND LAW 91- (961961).

9. *Id.* 94-95.

a szabály legutóbbi értelmezése - a joghatóság utolsó döntése és semmi más. Az ügyvédeknek, hogy ügyvédként működjenek, nem kell semmit sem tanulniuk a XVI. századi jogról, sem a szabály későbbi történelmi fejlődéséről. Az ügyvédeknek csupán a fejlődés nettó eredményével, a szabály legutóbbi bírói, *nem történeti* értékelésével vagy értelmezésével kell törődniük. Frederic 1888, William Maitland a Cambridge-i Egyetem Downing professzora, az angol törvények professzora címmel tartott beiktatási előadásának egyik gyakran idézett bekezdésében kifejtette:

Az első tankönyvében a diákokat ünnepélyesen figyelmeztetik, hogy ismernie kell a törvényt, ahogyan az Edward I idejében volt, és sajnos lehetetlen a legegyszerűbb könyvet is megírni a földjogunkról anélkül, hogy ne beszéljünk a *De Donisról* és a *Quia Emptoresról*. Nos, egy idegen felkiálthatna, micsoda medi evalistáknak kellene lenniük maguknak, angol ügyvédeknek! De ha utánanéznünk, rájövünk, hogy a kevés tudás gyakorlati szükségessége határozottan akadályozza a több tudás megszerzését, és azt is, hogy a gyakorló ügyvédtől valójában - a legritkább eseteket kivéve - nem a középkori jog ismerete szükséges, ahogyan az a középkorban volt, hanem inkább a középkori jog ismerete, ahogyan azt a modern bíróságok a modern tényekhez igazítják. Egy ügyvéd az asztalán talál egy ügyet a közös jogokkal kapcsolatban, amely a Mertoni Statútumhoz küldi. De vajon tényleg az 1236-os jog az, amire kíváncsi? Nem, hanem a húsz nemzedék bírái által a statútumra adott értelmezések végső eredménye. Minél modernebb a döntés, annál értékesebb a céljai szempontjából.¹⁰

Az ügyvéd és a történész közös abban, hogy a múltban keresnek bizonyítékokat, de a hasonlóság itt nagyrészt véget is ér. Egyes historikusok, mint például Kelly, úgy vélik, hogy a common law módszertana megköveteli az ügyvédtől, hogy "a történész szerepét" játssza, és "az 'elsődleges forrásokhoz' menjen". "Az ilyen történészek számára, figyelmeztetett Maitland, fennáll a kísértés, hogy "két különböző logikát keverjenek össze, a tekintély logikáját és a bizonyítékok logikáját".¹² A logikák közötti különbségek azok a különbségek, amelyeket Kelly nem vett észre. Ezek annyira alapvetőek, hogy szinte összeegyeztethetlenné teszik a két szakma múltértelmezési módját. A múlt feltárása során a

10. FREDERIC W. MAITLAND, *Why the History of English Law Is Not Written*, in 1 THE COLLECTED PAPERS OF FREDERIC WILLIAM MAITLAND 480, 490-91 (H.A.L. Fisher szerk., 1911).

11. Kelly, *Supra* note at 1, 121.

12. MAITLAND, *Supra* note 10, at 491.

A történész minden kézbe kerülő bizonyítékot mérlegel. Az ügyvéd ezzel szemben azt az egyetlen hatóságot keresi, amely eldönti az adott ügyet.¹³ A tekintély keresése, a "törvény" vagy "a helyes törvény" megtalálásának igénye a fő oka annak, hogy a jogászok a történésztől teljesen eltérő fogalmakkal beszélnek a jogi múltról. J. W. Gough leírta, hogy a közös

ügyvédek

a múltat történelmietlen nézőpontból szemlélni. Az angol jogászok szerint az a bíró, aki egy törvényt egy új ügyre alkalmaz, eluci datálja azt, ami az adott kérdésben mindig is, úgymond potenciálisan, a törvény volt. Előfordulhat, hogy a jog egy értelmezése évekig elfogadott, majd egy magasabb bíróság új ügyben hozott döntése hirtelen megfordítja, mire az új döntés érvényesül, és a régi értelmezést hibásként elvetik. Ha pedig egy törvényt, mondjuk, hosszú évek során, változó körülmények között, egymást követő ügyekben alkalmaztak, és így a bírói jog egész sora halmozódott fel körülötte, a történész és a jogász más megvilágításban fogja látni az eredeti törvényt. A történész tudni akarja, hogy mit jelentett a jogszabály a törvényt megalkotó nemzedék számára, eltekintve attól, hogy a későbbi bírák miként igazították értelmezésüket az új körülményekhez. A jogász számára viszont ezek az egymást követő értelmezések mutatják meg a törvény valódi jelentését. A jogásznak tehát a történésztől eltérően nem annyira az a dolga, hogy mit jelentett eredetileg a jogszabály, hanem inkább az, hogy mit jelent most, de ha nem vigyáz, hajlamos lesz arra, hogy azt képzelje, hogy

13. Maitland kijelenti:

A jogász tekintélyt akar, és minél újabb, annál jobb; a történész bizonyítékot akar, és minél régebbi, annál jobb. Ez, ha kimondjuk, nyilvánvaló; de gyakran elrejtjük magunk elől a "szokásjogról" szóló mondatok mögé. A modern könyvekben lehet összehasonlításokat találni aközött, amit Bracton mond, és amit [Sir Edward] Coke mond a jogról, ahogy az I. Edward statútumai előtt állt, és az író természetesen azt mondja, hogy Coke véleménye "a jobb". Mármost ha napjaink szokásjogát akarjuk megismerni, Coke tekintélye magasabb, mint Bractoné, és Coke saját tanai könnyen engednek a modern döntéseknek. De ha valóban III. Henrik uralkodásának jogát keressük, Bracton legkönnyebb szava is végtelenül értékesebb, mint Coke összes kötetnyi könyve. A jogi dogmák és a jogtörténet keveréke általában nem kielégítő vegyület. Nem mondom, hogy nincsenek olyan ítéletek és tankönyvek, amelyek nem teljesítették azt a nehéz feladatot, hogy a mélyreható történeti kutatás eredményeit ötvözzék a hatályos jog világos és pontos kifejtésével - sem a dogma megalapozásával, sem a történelem elferdítésével; de a feladat nehéz.

Id.

hogy a jogszabály mindig, legalábbis potenciálisan, azt jelentette, amit azóta értelmezni kezdtek.¹⁴

A mi tanulságunk nem az, hogy az ügyvédet nem érdekli a jogszabály eredeti értelme. A mi tanulságunk inkább az, hogy az ügyvédnek *szüksége van* egy másik jelentésre. Ennek a másik jelentésnek a fogalma - a jogi, vagy ahogy Gough nevezte, "az igazi jelentés" - arra készíti az ügyvédek, hogy - hacsak nincsenek történelmi éberségükben - összekeverjék a törvény aktuális értelmezését a történelmi értelmezéssel. A közönséges jogászok hajlamosak az anakronizmusra, nem pusztán azért, mert ügyvédek, hanem azért, ahogyan a múlttól gondolkodnak és beszélnek.

II. ÜGYVÉDI IRODA TÖRTÉNETE

Az, ahogyan az ügyvédek a történelemről gondolkodnak, a szakmai képzésük által rájuk kényszerített különbség, és bár ez talán szórakoztatja a jogász anakronizmusokba botló toriánusokat,¹⁵ a jogászok körében nem vitatható. Ami ellentmondásos, az az a mód, ahogyan a jogászok érvelnek és használják a történelmet. Módszertanuk kritikusai kifejezésekkel illették ezt. Ügyvédtörténetnek vagy ügyvédi irodátörténetnek nevezik.¹⁶ Az ügyvédi történelem és az ügyvédi irodátörténet valójában ugyanaz, annak ellenére, hogy különböző definíciókat adtak nekik. Az ügyvédi történelmet úgy nevezték, hogy "a múlttól alkotott rideg, szűkszavú, túlzottan leegyszerűsített kép, amelyet nagyrészt egy ügy alátámasztására dolgoztak ki"¹⁷, az ügyvédi irodátörténetet pedig úgy jellemezték, hogy "az előterjesztett álláspont számára kedvező adatok kiválasztása, anélkül, hogy figyelembe vennék vagy törődjenek az ellentmondó adatokkal vagy a felajánlott adatok relevanciájának megfelelő értékelésével".¹⁸ "Az "ügyvédi irodátörténész" - érvelt az egyik kritikus -, "a kontradiktórius etikával átítatva, szelektíven meséli el a tényeket, kiemelve azokat az adatokat, amelyek a felvevő saját előítéleteit támasztják alá, és minimalizálva azokat a jelentős tényeket, amelyek bonyolítják vagy ellentmondanak ennek az **előítéletnek**".¹⁹

A technikáról talán nincs is jobb értekezés, mint Benjamin R. Twiss beszámolója William M. Evarts érveléséről a New York-i bíróság előtt.

14. J. W. GOUGH, *FUNDAMENTAL LAW IN ENGLISH CONSTITUTIONAL HISTORY* 6-7 (Fred B. Rothman & Co. ed., Clarendon Press 1985) (1955).

15. A történész mulatságának legterjedelmesebb példáját lásd J. G. A. Pocock, *THE ANCIENT CONSTITUTION AND THE FEUDAL LAW* (1987).

16. Kelly, 1. lábjegyzet, 119-22. o.

17. Samuel Krislov, *Az Amicus Brief: EsSAYS ON THE AMERICAN CONSTITUTION* (77, Gottfried 80 Dietze szerk., 1964).

18. Kelly, *fenti* megjegyzés, 1, 13. pont 122.

19. Daniel L. Dreisbach, *Thomas Jefferson és a Virginia törvényei revíziójának 82-86. számú törvényjavaslatai, 1776-1786: New Light on the Jeffersonian Model of Church-State Relations*, N69.C. L. REV. n. 159, 210293 (1990).

Fellebbviteli Bíróság a *Tenement House Cigar Case ügyben*.²⁰ Evarts a munkaügyi szabályozás egy korai esetének alkotmányosságát támadta - egy olyan állami törvényt, amely megtiltotta a szivargyártást bizonyos típusú családi házakban. Evarts állítására hivatkozva, miszerint a polgároknak joguk van ahhoz, hogy kereskedelmet folytassanak és saját tulajdonukat saját belátásuk szerint használják, Twiss arra a következtetésre jutott:

Evarts nem történész, hanem jogász lévén, "jogász történelemnek" kell nevezni, amikor azt mondta: "Az etikai és politikai írók csak egy nyelven beszélnek ezen alapvető jogok természetéről és a kormányzat jogos beavatkozásával szembeni biztonságukról". Egy ilyen állítás csak rövidre fogva lehet igaz.²¹

Az utóbbi időben az ügyvédi történelemmel kapcsolatos szarkazmus még az ügyvédség legkitartóbb gyakorlóinak, az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának bíráinak reportjaiba is bekúszott. A fazék hívja a kannát a vízzel, Harry A. Blackmun bíró egy meglehetősen szélsőséges példájában szidta Antonin E. Scalia bírót, amiért "a történelmet elvek zsákbamacskájaként kezeli, amelyet ott kell elfogadni, ahol a Bíróság elméletét támogatja, és figyelmen kívül hagyni, ahol nem".²²

Az, amit akár történeti joggyakorlatnak, akár történeti adju dikációnak nevezhetünk, csak az elmúlt évtizedekben vált a Legfelsőbb Bíróság véleményeinek jellemzőjévé. Hogy miért jött divatba, az Mark DeWolfe Howe számára is rejtélyes.

Gyanítom, hogy Brandeis bíró nagy szerepet játszott abban, hogy a részletes történelmi vizsgálat a döntés eszközzé vált. A múlt adatait azért hozta nyilvánosságra, hogy feltárja a probléma összetettségét, nem pedig azért, hogy jelezze a válasz egyszerűségét. Az idő múlásával ítélkezési stílusa átvette kollégái és követői gondolkodását és szokásait, és nemsokára az amerikai történelemből készült progresszív elemi esszéké 1-³ esszéket, amelyek minden vonását mutatták.

20. *In re Jacobs*, N98.Y. (1885)98.

21. BENJAMIN R. TWISS, A jogászok és az alkotmány: hogyan jutott el LAISSEZ FAIRE a legfelsőbb bírósághoz (1041962).

22. *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, S112. a. (2886,19922917) (Blackmun, J., különvélemény).

23. Kelly történész megjegyezte, hogy voltak a Bíróság részéről a történeti vizsgálat két alapvető típusa: a történelemhez való folyamodás az "eredeti szándék" feltárása érdekében, és a történelemnek mint "folyamatos folyamatnak" a bemutatása. A "szándék" története, a kettő közül az egyszerűbb, azt feltételezi, hogy egy adott alkotmányos rendelkezés eredeti célja és értelme felfedezhető, és a kortárs alkotmányos kifejtés szankciójaként használható. Black bíró például a "szándékos" történelemre hivatkozott a *Westberry v. Sand ers* (1964) ügyben megfogalmazott kétes véleményében, amelyben azzal érvelt, hogy a Philadelphiai Konvent az "egy ember, egy szavazat" elvét építette be az alkotmányba. A "szándéktörténet" nagy gyengesége az, hogy feltételezi, hogy az Alkotmány időtlen dokumentum, miközben a

a tudományosságról, de amelyek nem az igazi műveltség megnyilvánulásai voltak, mert a kornak megfelelő traktátusok voltak.²⁴

Paul L. Murphy alkotmánytörténész, aki Howe-tól eltérően nem volt jogász, kevésbé értetlenkedett azon, hogy a Legfelsőbb Bíróság miért fogadta el a történeti jogtudományt. Murphy arra a következtetésre jutott, hogy

a történelem felé fordulás elengedhetetlen volt. Ez a tendencia a szabadság és a jogbiztonság kapcsolatos 1931-ügyekben teljesedett ki²⁵, majd 1937-ben a gyülekezési szabadságra⁽²⁷¹⁾ és az Első Alkotmánymódosítás vallási rendelkezéseinek "szabad gyakorlás" szakaszára való alkalmazásával, 1938 és 1946 között a Jehova Tanúi ítéletsorozat hosszú sorával bővült. Ezek az ügyek szükségessé tették mind a módosítás alkotóinak tényleges szándékának, mind pedig a módosításnak mint az egyéni jogok védelmét szolgáló eszköznek az ötven éven át tartó eróziója során bekövetkezett fejlődésének és logikájának egyértelmű újraértékelését.²⁸

Kelly egyetértett azzal, hogy a bírói aktivizmus térnyerése felelős a történelmi bíráskodás irányába mutató tendenciáért. Úgy vélte azonban, hogy ennek oka kevésbé a történelem hasznossága, mint inkább az, ahogyan a történelmet vagy a feltételezett történelmet fel lehetett használni az aktivizmus tompítására vagy leplezésére.

Ezzel a Bíróság a lehető legkevesebb nehézséggel tudta fenntartani a történelmi folytonosság mítoszáat, azaz a lényegében statikus és abszolút alkotmány koncepcióját. Miután az ulti mate igazságot így megerősítették, a későbbi bíróságok az eredeti alkotmányos jelentéssel felvértezve elégedetten idézték a Bíróság korábbi megerősítését további történeti vizsgálat nélkül. Bizonyos értelemben a történelem idézésével a Bíróság a saját

valójában, ahogy a szerző megjegyzi, "már nem az alkotók kormányának, hanem a mi kormányunknak az eszköze".

Még kifinomultabb és összetettebb a Bíróság "folyamatos történelemhez" való folyamódása, amely elismeri mind az "élő alkotmány", mind pedig a társadalmi rend evolúciós jellegét, amelyen belül működik.

Alfred H. Kelly, Book Review, 57 J. AM. HIST. 483, 484 (1970) (áttekintés és idézet CHARLES A. MILLER, THE SUPREME COURT AND THE USES OF HISTORY (1969)).

24. Mark DeWolfe Howe, *Split Decisions*, N.Y. REV. BOOKS 1614, (1965).

25. *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931); *lásd még Griffin v. United States*, 112 S. Ct. 466 (1991) (a *Stromberg alkalmazását* arra az elvre korlátozza, hogy ha az alkotmány rendelkezése megtiltja az elítélést egy bizonyos okból, az alkotmányos garanciát sérti az általános ítélet, amely ezen az alapon alapulhatott).

26. *Near v. Minnesota*, U283.S. 697 (1931).

27. *De Jonge kontra Oregon*, Egyesült 299 Államok (3531937).

28. Paul L. Murphy, *Time to Reclaim: The Current Challenge of American Constitutional History*, AM69. HIST. REV. 64,75 (1963) (lábjegyzetek kihagyva).

to ry,²⁹ mivel az, amit a történelemnek nyilvánított, gyakran fontosabb volt, mint az, hogy a történelem valójában milyen lehetett.³⁰

Howe, aki elsősorban jogászprofesszor³¹ és csak mellékesen történész, keményebben fogalmazott és kritikusabb nyelvezetet használt, mint Kelly:

Az elmúlt években a Bíróság számos fontos, az egyház és az állam közötti kapcsolatra vonatkozó ügyben döntött, és mindegyik esetben azt állította, hogy a történelem parancsa, nem pedig az igazságszolgáltatók preferenciája vezette a Bíróságot a döntéshez. Úgy vélem, hogy a szóban forgó ügyekben a Bíróság túl gyakran tett úgy, mintha a nemzet történelmének diktátuma, nem pedig saját akaratának parancsa kényszerítette volna egy adott döntésre.³²

A bíróság védelmében Kelly enyhítő körülményekre hivatkozott. "A Bíróság történelmi kirándulásai" - magyarázta - "a rendkívül nehéz kettős társadalmi-politikai szerepéhez kapcsolódnak - "a politikai-jogi rend fenntartásához és megerősítéséhez a formális ítélezésen keresztül", valamint "a nemzet társadalmi-politikai kötelékeinek megőrzéséhez".³³ A jogász Mark DeWolfe Howe volt azonban az, aki kétségbe vonta, hogy a Legfelsőbb Bíróság feladatának nehézsége mentséget jelent-e akár a történelmi ítélezés elfogadására, akár arra, ahogyan a bírák a történelmet használták, érveltek és általában véve manipulálták.

A zavaros valóság összetettsége és a biztos meggyőződés egyszerűsége közötti feszültség valószínűleg mindig is jellemezte a Bíróságon belüli megosztottságot. Csak az utóbbi években azonban azok a bírák, akik felfedezték és megerősítették a megnyugtató egyszerűségeket, igyekeztek meggyőzni minket arról, hogy a történelem gondos olvasása megerősíti bizalmukat. Ha ők

29. Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának elképesztő hatáskörei között van két olyan, amely logikailag független, de valójában mégis összefügg. Az egyik az a hatalom, hogy az elvek artikulált keresése révén értelmezze a történelmet. A másik az a hatalom, hogy az ügyek eldöntésén keresztül alakítsa azt.

MARK DEWOLFE HOWE, *THE GARDEN AND THE WILDERNESS: RELIGION AND GOVERNMENT IN AMERICAN CONSTITUTIONAL HISTORY* (31965).

30. Kelly, *Supra* note at 1,123.

31. Lehet, hogy jogászként túl komolyan veszem a Bíróságnak az amerikai hírszerzéstörténetről szóló torzító leckéit. Emlékeztetnem kell azonban arra, hogy nagyon sok amerikai - ügyvédek és nem ügyvédek egyaránt - hajlamosak azt gondolni, hogy mivel az igazságszolgáltatók többségének hatalmában áll, hogy a törvényekkel kötelezzenek bennünket, arra is felhatalmazást kapnak, hogy a történelmükkel kötelezzenek bennünket.

HowE, 29. lábjegyzet, 4-5. pont.

32. *Id.* 4.

33. Kelly, *Supra* note 23, 484. o. (idézi CHARLES A. MILLER, *THE SUPREME COURT AND THE USES OF HISTORY* (1969)).

nem mindig jártak sikerrel ebben a törekvésben, de legalább megtanítottak minket arra, hogy a történelem szelektív értelmezése nagy meglepődöttséggel töltheti el az értelmezőt.³⁴

Gyakran azonban ez kevésbé elégíti ki az amerikai igazságszolgáltatási folyamat megfigyelőit - ügyvédek³⁵ és nem ügyvédek egyaránt.³⁶ Ők számos kifogást fogalmaztak meg a XX. századi amerikai bíróságok által gyakorolt ügyvédi irodatorténettel kapcsolatban. Íme három.

A. Az ügyvédi irodatorténét nem történelem az akadémiai történeti módszer kánonjai szerint

Az ügyvédi irodatorténét "ellentétes a történelem objektív igazság megállapítására való felhasználásával".³⁷ Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága például "gyakorlatilag minden" történeti ítélezése során "vagy a "[bírói] kinyilatkoztatott" történelem korábbi híveinek archaikus történeti műveire támaszkodott, vagy nem történészek által írt történelemhez fordult, vagy bízott saját képességében, hogy a történelmi bizonyítékokat magukból a forrásokból rekonstruálja".³⁸ A panasz az, hogy a bírák és a bírák az érdekérvényesítést a történelem köntösébe bújtatják; ám bármennyire is meggyőző a jogászok számára, a történészek tudják, hogy ez nem történelem.³⁹

34. Howe, *Supra* note at 24,16.

35. A történeti jogtudomány néhány érdekesebb kritikáját a maga virágkorában lásd: William W. Crosskey, *Charles Fairman, "Legislative History," and the Constitutional Limitations on State Authority*, 22 U. CHI. L. REV. 1 (1954); Charles Fairman, *Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights? The Original Understanding*, 2 STAN. L. REV. 5 (1949); Lewis Mayers, *The Habeas Corpus Act of 1867: The Supreme Court as Legal Historian*, 33 U. CHI. L. REV. 31 (1965); Dallin H. Oaks, *Habeas Corpus in the States-1776-1865*, 32 U. CHI. L. REV. 243 (1965); John G. Wofford, *The Blinding Light: The Uses of History in Constitutional Interpretation*, 31 U. CHI. L. REV. 502 (1964).

36. A történeti folyóiratban megjelent kifinomult kritikát lásd: J. R. Wiggins, *Lawyers as Judges of History*, 15 PROC. MASS. HIST. Soc'Y 84, 84-104 (1964). A szerző Clióról ezt mondja: "A szerencsétlen múzsa, akit idézéssel zaklattak, keresztkérdésekkel zaklattak, *ex parte* eljárásoknak vetettek alá, és a bíróságok kioktattak, nem minden at *tendant* eljárásban szólalt meg tiszta hangon". *Id.* 84.

37. Wilcomb E. Washburn, *The Supreme Court's Use and Abuse of History*, ORGANIZATION AM. HISTORIANS NEWSL., aug. 1983,7,9.

38. Murphy, *Supra* note at 28,77.

39. Howe úgy vélte, hogy ez az "álcázott érdekérvényesítés" sok történelmi ítéletet a hamisításhoz közelített.

Talán a common-law hagyomány az, ami arra készíti a Bíróságot és azokat, akik tanulmányozzák eljárásait, hogy azt feltételezzék (vagy inkább azt mondjam, hogy "úgy tegyenek"?), hogy a Bíróság döntései által alkotott történelem csupán a múltnak az a megvalósulása, amelyet a bírák és hivatalnokaik tanultsága feltárt. A bíró mint államférfi, aki azt állítja, hogy a bíró mint történész szolgája, gyakran azt kéri tőlünk, hogy higgyük el, hogy az általa hozott döntések - a jog szabályai, amelyeket a nemzet számára alkot - annak a múltnak a diktátumai, amelyet bőséges és elkötelezettség nélküli tudományossága fedezett fel.

HOWE, *fentebbi* jegyzet, 29,3-4. pont.

Ha az ilyen jellegű ügyvédi irodatorténét csak az ügyvédi beadványban jelenne meg, az elképzelhető, hogy nem okozna kárt. Tény azonban, hogy az ügyvédi irodatorténét még az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága számára is szinte teljesen feloldhatatlan a történelmi igazsághoz hasonlóvá, nagyrészt azért, mert az elkészítését vezérlő premisszák gyökeresen eltérnek azoktól, amelyeknek egy hivatásos történészt kellene vezérelniük.⁴⁰

B. Az ügyvédi iroda története "Olyan kérdéseket tesz fel a múltnak, amelyekre a múlt nem tud válaszolni"

Az ügyvédi irodatorténét "olyan kérdéseket tesz fel a múltnak, amelyekre a múlt nem tud válaszolni".⁴¹ Ez általában két okból következik be. Először is, a bírák gyakran úgy olvassák a múlt feljegyzéseit, mintha azokat a mai kongresszusok törvényhozási előzményeihez hasonlóan a szakmai stábok készítették volna, előre látva a peres ügyekben valószínűleg felmerülő kérdéseket.⁴² Úgy olvassák például a nyolcadik századi bizonyítékokat, mintha azokat a huszadik századi normáknak megfelelően fogalmazták volna meg, és olyan pontosságot tulajdonítanak a feljegyzéseknek, ami egyszerűen nincs meg.⁴³ Másodsor, olyan kérdésekre kéri a múltat, amelyekre akkoriban nem gondoltak.

Ez a nehézség a legvilágosabban abban mutatkozik meg, hogy az [Egyesült Államok Legfelsőbb] Bírósága az egyház és az állam kapcsolatát érintő ügyekben a történelemhez folyamodik. Az egyház-állam kérdések, amelyekkel Jefferson, Madison, Fisher Ames és az első kongresszus többi tagja foglalkozott, a történelmi érvelés semmilyen hihető folyamatával nem oldhatók meg az egyházi iskolák támogatásának, az ebédprogramoknak, a buszközlekedésnek, a szabadidőnek a problémájára vonatkozó megoldással.⁴⁴

40. Kelly, *Supra* note at 1,156.

41. *Id.*

42. Szemléletes példa erre az igazságszolgáltatás szinte szándékos félreértelmezése az interkurzusról szóló törvénynek (amelyet a bíróságok továbbra is tévesen "nem interkurzusról szóló törvénynek" neveznek). Intercourse Act (Indian Tribes), ch. 161, 4 Stat. 729 (1834) (jelenlegi változata: 25 U.S.C. §§ 177, 179, 180, 193, 194, 201, 229, 251, 263, 264 (1988)). A törvény elfogadásakor és évtizedekig azután is mindenki tudta, hogy a törvény nem vonatkozik az államokban élő indiánokra; de az 1790-es kongresszust a huszadik századi szövegezési normákhoz kötve a bíróságok figyelmen kívül hagyták a történelmet, hogy elérjék a kívánt eredményt. *Lásd pl.* Joint Tribal Council of Passamaquoddy Tribe kontra Morton, 528 F.2d (3701st Cir. 1975).

43. A probléma nagyszerű bemutatását lásd James H. Hutson, *The Creation of the Constitution: The Integrity of the Documentary Record*, TEX65. L. REV. 1 (1986).

44. Kelly, *fentebb* 1,156-57. o.

C. Az ügyvédi irodatörténet túl gyakran a történeti
módszerrel való nyilvánvaló visszaélés

A történészek különösen Hugo Blacket emelték ki kritikával. Tehetséggel rendelkezett ahhoz, hogy olyan történelmi érveket állítson fel, amelyek a tudósok által történelemnek tekintett történelmet jellemzik. "Hogy nyersen fogalmazzak - panaszkodott Kelly a *Colegrove kontra Green* ügyben -,⁴⁵ Black bíró úr, hogy bizonyítsa álláspontját, elrontotta az alkotmánytörténetet".⁴⁶ Kelly bevallotta, hogy nyers volt, de valójában enyhe volt; ahogyan az a kifejezés is, amelyet Murphy használt - "nyomasztó"⁴⁷ - Black véleményének leírására az *Engle kontra Vitale* ügyben.⁴⁸ "[F]or a legtöbbször olyan művekre támaszkodott, amelyek talán "történelminek" tekinthetők, tekintve, hogy milyen hosszú időre a múltban íródtak, de amelyeket a modern tudósok haboznának javasolni egy egyetemi hallgatónak, hogy támaszkodjon rájuk, mint bármi másra, mint egy egykor fontos, bár mára már elavult nézetre".⁴⁹

Az ügyvédek megbocsáthatják, ha Robert L. Schuyler panaszát egy sóhajjal kísérik: "Sajnos az amerikai történelem ismeretét még nem tették a Legfelsőbb Bíróságba való felvétel előfeltételévé."⁵⁰

III. TÖRVÉNYSZÉKI TÖRTÉNELEM

Elgondolkozhatunk azon, hogy Schuyler komolyan gondolta-e, amit mondott. A történészek megértik, hogy az ügyvédi irodatörténet kritikája az igazságügyi ügyvédség kritikája; hogy az ügyvédi történelmet gyakorló ügyvédek ügyvédként használják; hogy a panasz az, hogy túlságosan ügyvédek, és nem eléggé történészek.⁵¹ A történészek tudják, hogy az ügyvédek túl vannak a reformáción, de azt kívánják, hogy a bírák elfogadhatóbb mércét alkalmazzanak. Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága, állapította meg Kelly, "megpróbált egyszerre két széken ülni és

45. 328 U.S. 549 (1946).

46. Kelly, *Supra* note at 1,135.47. Murphy, *supra* note 28, at U.64.48.370S. (4211962).49. Murphy, *Supra* 28. lábjegyzet, 65. o. Wilcomb E. Washburn 13 olyan könyvet sorolt fel, amelyet az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága a *United States v. Sioux Nation of Indians*, 448 U.S. 371 (1980) ügyben idézett vagy idézett tekintélyként, és arra a következtetésre jutott: "Az idézett történészek közül csak az utolsóként említettek felelnek meg a mai szakma mércéje szerint a történész tesztjének". Washburn, *supra* note at 37,7.

50. ROBERT L. SCHUYLER, AZ EGYESÜLT ÁLLAMOK ALKOTMÁNYA: (1923)92.

51. "Ennek a folyamatnak a tárgya nem az objektív igazság, történeti vagy egyéb, hanem az érdekérvényesítés.

. . . . Az előfeltételek, a vizsgálati folyamatok és az eredmények mind gyökeresen különböznek a történész vagy a társadalomtudósokétól". Kelly, *Supra* note 1, 156. o., 156. o. Voltak azonban olyan történészek, akik nem ismerik el a különbséget. *Lásd pl.* POCKOCK, *supra* note 15, 255-ös o. (a "common law mind" fejlődésének 305tárgyalása).

közéjük került. Összekeverte az iratírást a történelemírással."⁵²

Bár véleményük gyakran összekeveredhet, a bírák általában nem. Amikor azt mondják a jogalkalmazóiknak⁵³, hogy keressenek nekik egy "történelmet", amely alátámasztja az általuk kihirdetni kívánt jogpontot, akkor a tekintélyben, nem pedig a bizonyítékokban érdekeltek. A történelemnek ez a felhasználása nem a múlt megismerését szolgálja, hanem pusztán egy eredmény alátámasztását. Az ügyvédi irodai történelem nem vezeti a bírót a döntéshez. Szinte minden esetben, amikor a történelmet használják, a döntés már megszületett. A szakmaiatlan történelmet a döntés megmagyarázására, a döntés elfogadhatóbbá tételére, vagy a legtöbb esetben a döntés igazolására használják.

A történelem nagy vonzereje a bírák számára akkor jelentkezik, amikor a bírói aktivizmusban tompulnak. A történelem megengedi nekik, hogy "az alkotmányos folyamatosság nevében" aktivisták legyenek.⁵⁴ Kermit L. Hall jogtörténész és jogászprofesszor szerint ez az egyik ok, amiért a bírácoknak nem szabadna játszaniuk a történelemmel, különösen akkor nem, ha azt hiszik, hogy "sátorban felfedezték az eredetit".⁵⁵ "[A]z a valós veszély, ahogy alkotmányos történelmünk mutatja, hogy eljutunk arra a hitre, hogy a jogi döntéseket passzívan meg lehet hozni egyetlen "eredeti szándék" felfedezésével, amely megszabadítja a saját generációnkat a nehéz társadalmi döntések alól, amelyeket meg kell hoznia."⁵⁶

Még ha az is volt a célja, hogy inkább a történelem⁵⁷ integritását, mint a jog autonómiáját védje, Hall elítélése a történelmi ítélezésről túlságosan korlátozó. Meg kell tanulnunk zaklatni a történelmi joggyakorlatot.

52. Kelly, *Supra* note at 1,155.

53. A bírák mellett a jogtudósok is kaptak már néhány kemény ütést a történészeketől. "Nem biztos ..., hogy a változás jobbra fordult, amikor kialakult az a gyakorlat, hogy a történészi művészetekben éppoly járatlan, mint maguk a bírák, Jaw hivatalnokai sietve történelmi állványzatokat emelnek a már erős meggyőződésű, erős emberek által felépített struktúrák fenntartására." Howe, *supra* note 24, 16. o.; lásd még Murphy, *supra* note 28, 76. o. (azt állítva, hogy a jogi asszisztensek egyoldalúan választják ki a bizonyítékokat, vagy torzítják el a feljegyzéseket, hogy elkerüljék a bíró elkeserítését); Washburn, *supra* note 37, 7-8. o. (azt állítva, hogy az elavult nézetekre való támaszkodás a Jaw asszisztensek történelemellenes elfogultságából ered, akiknek kutatásai és véleménytervezetei végül határozatként kerülnek kiadásra).

54. Kelly, *Supra* note at 1,131.

[A]z előzmények felhasználására gyakran azért került sor, hogy a precedenst megszakítsák, és lehetővé tegyék az igazságszolgáltatás számára, hogy megkerülje a fennálló jogot. Az 1857-es híres *Dred Scott*-ügyben, amely az alkotmány ötödik kiegészítését érintette, Roger B. Taney főbíró kijelentette, hogy az afroamerikai származású személyeknek a történelem alapján nincsenek olyan jogaik, amelyeket a fehéreknek tiszteletben kellene tartaniuk. Taney arra a következtetésre jutott, hogy az alkotóknak nem állt szándékukban, hogy az afroamerikaiakra is vonatkozzon a Bill of Rights, így nem is részesülhettek ezekből a jogokból - soha.

Kermit L. Hall, *The Bill of Rights, Liberty, and Original Intent, in CRUCIBLE OF LIBERTY: 200 YEARS OF THE BILL OF RIGHTS* (8,Raymond14 Arsenaull szerk., 1991).

55. Hall, *Supra* note at 54,21.

56. *Id.*

57. A történészek nincsenek egyedül azzal a gondolattal, hogy a történelmet meg kell védeni a bírácokkal szemben. Így írt egy alkotmányjogász professzor:

denciát, nem pedig elutasítani, ahogyan azt a legtöbb megfigyelő, aki a témáról írt, szeretné tenni. A történeti ítékezés túl kényelmes ahhoz, hogy ki lehessen tiltani a döntésírásból. El kell ismernünk, hogy az ügyvédek és a bírák sokféleképpen használhatják a történelmet, és hogy a történeti joggyakorlat nem minden gyakorlata érdemi meg, hogy joggyakorlatként elutasítsuk.

A történeti módszer tudományos kánonjai szerint nincs szükség arra, hogy a történelem megfelelő felhasználásának példáit akár egy tény⁵⁸ bizonyítására, akár egy jogkérdés megállapítására vizsgáljuk - ha találunk ilyen példákat.⁵⁹ Ehelyett figyelmet kell fordítani a történelem egy olyan fajtájára, amely nem felel meg a történettudomány kánonjainak, de évszázadokon keresztül törvényesen hozzájárult az angol-amerikai joghoz, különösen az angol-amerikai alkotmányjoghoz. Ez a törvénytudományi történelem.

A. Ősi alkotmányosság

Az ókori alkotmányosság gyakorlata volt az igazságügyi történelem legtartósabb, leghosszabb életű alkalmazása a közönséges jogászok körében. Az olykor gótikus alkotmánynak is nevezett ősi alkotmány az angolszász társadalom feltételezett ab eredeti politikai struktúrája volt, amelynek eredete

A múlt felületes és célzatos értelmezésével a Bíróság meggyalázta a történetművészetét és lealacsonyította a jogászok tehetségét. Ez a meggyalázás és lealacsonyítás talán nem is olyan nagy jelentőségű, ha a Bíróság által manipulált történelem pusztán "jogtörténet" - vagyis a jog belső növekedésének és fejlődésének története. Amikor azonban a Bíróság arra törekszik, hogy az amerikai nép szellemi történelmének hiteles fejezetét írja meg, ahogyan azt teszi, amikor történelmi alapokat fektet az Első Kiegészítés olvasata alá, akkor minden torzítás következményekkel jár. A téves értelmezésnek nem azért van jelentősége, mert téves döntéshez vezette a Bíróságot - mert a döntés lehet helyes és bölcs -, hanem azért, mert szintetikus szálakat szőtt az amerikai történelem szövevényébe.

HowE, *Supra* note at 29,4.

58. Amikor bírálják a bírák történelemhasználatát, a történészek hajlamosak a jogot és a tényeket összekeverni, és nem veszik észre, hogy amikor a történelem "megfelelő" felhasználására hivatkoznak, azt a tények, nem pedig a jog bizonyítására használják. Az alábbiakban egy példa, amelyben egy történész megmutatta a jogászokat:

A Sioux ügyben [United States v. Sioux Nation of Indians, 448 U.S. 371 (1980)] a "füstölő pisztoly" ... Philip Sheridan altábornagy bizalmas levelének felfedezése volt ... amely arról számolt be ... hogy ... [hogy] az elnök úgy döntött, hogy a hadseregnek nem kell további ellenállást tanúsítania a Black Hills bányászok általi megszállásával szemben [A szíu ügyvédek a Black Hills-ügyben Fred Nicklason, egy történész, három nap, hogy kiderüljön, bizonyítékot, hogy Grant titokban vagy a hadsereget a Black Hillsből, ahol azért állomásoztak, hogy megakadályozzák az aranybányászok behatolását a szíu birtokában lévő földre A szíu ügyvédek vádja, hogy

Grant így cselekedett, nem volt dokumentálva, és a kormány ügyvédei rámutattak ... hogy a jegyzőkönyvben nem volt bizonyíték arra, hogy Grant valaha is vett egy ilyen cselekvés. Nicklason, történészi képzettségét és intuícióját felhasználva, megkerülte a hivatalos katonai levelezést, és egyenesen Sheridan tábornok magániratát kereste fel a Kongresszusi Könyvtárban. . . . Az öt perc munka valószínűleg több mint

100 000 000 dollár a

szíuknak. Washburn, *Supra* 37.

lábjegyzet, at 8.

59. Talán a bírák soha nem hoznak jogi döntéseket az ügy "történelmi tényeinek kritikus megértése" alapján. *Id.*

felfedezhető az őskori Németország erdeinek mitológiájában. Ez volt a kormányzás normája, vagyis az angolok, a szászok és a jüteké, amikor az ókori alkotmányjogászok szerint szabad emberek voltak, akik választott, korlátozott hatalommal felruházott királyok alatt éltek, és akiket a szokásjog szabályai korlátoztak. A XVI. és XVII. századi jogászok, alkotmányjogászok és parlamentaristák számára az ókori alkotmány olyan mércét jelentett, amellyel a korabeli kormányzat intézkedéseivel, programjaival és rendeleteivel szemben érvelhettek. Minél jobban eltért egy kormányzati parancs az ősi szabadság alkotmányának feltételezett modelljétől, annál inkább lehetett ellene alkotmányellenesnek, vagy legalábbis "hatalmi", nem pedig "helyes" aktusnak minősíteni.⁶⁰

Az ókori alkotmány időtlen volt, egy olyan fogalom, amelyet a történészek rajongóinak tartanak, de amely egykor kényelmesen illeszkedett az angol jogászok történetírásába. Elvégre így gondoltak a common law-ra. Ahogy William Dugdale I. Károly uralkodása idején megjegyezte,

*a Common Law, kétségtelenül nem kevésbé régi, mint az ember és ember közötti különbségek kezdete, miután először benépesült ez a föld; nem más, mint a tiszta és kipróbált ész, ... vagy az ész abszolút tökéletessége, ahogy Sir Edward Coke állítja, hozzátéve, hogy annak alapja túl van minden kezdet emlékezetén vagy nyilvántartásán.*⁶¹

Dugdale álláspontját nem szabad figyelmen kívül hagyni. Azt mondja, hogy ne keressük a történelmi bizonyosságot. Az ókori alkotmányt szubjektív, nem pedig objektív bizonyítékok alakították.

Az ókori alkotmány időtállósága a politikai vitákban a törvénytudósok polemikus igényeit szolgálta. Az időtlenség koncepciója lehetővé tette bizonyos jogelvek vagy jogintézmények szószólóinak, hogy ezeket az elveket vagy intézményeket a folyamatos alkotmányosság kontextusába helyezték, még akkor is, ha a korona elutasította őket, vagy ha az alkotmányos alkotmányosságot a koronának

60. Fontos azonban megérteni, hogy az ősi alkotmány premisszáira a kormány - a korona - hivatkozhatott és néha hivatkozott is, hogy az általa támogatott álláspontot alátámassza. Az ókori alkotmányt mint az alkotmányos érvelés eszközt nem csak a hatalom ellenfelei használták, bár természetesen idővel sokkal nagyobb mértékben éltek vele. *Lásd* Paul Christianson, *Ancient Constitutions in the Age of Sir Edward Coke and John Sel den, in THE ROOTS OF LIBERTY: MAGNA CARTA, ANCIENT CONSTITUTION, AND THE AN GLO-AMERICAN TRADITION OF RULE OF LAW 104-1589*, (Ellis Sandoz szerk., 1993) [a továbbiakban THE ROOTS OF LIBERTY].

61. WILLIAM DUGDALE, *ORIGINES JURIDICIALES, OR HISTORICAL MEMORIALS OF THE ENGLISH LAWS, COURTS OF JUSTICE, FORMES OF TRAYAL, PUNISHMENT IN CASES CRIMINAL, LAW-WRITERS, LAW-BOOKS, GRANTS AND SETTLEMENTS OF ESTATES, DEGREE OF SERJEANT, INNES OF COURT AND CHANCERY* (3n.p., 2d ed. 1671).

használaton kívüliség miatt működésképtelen.⁶² Még egy régóta fennálló alkotmányos szokás sem szükségszerűen váltotta fel egy olyan tanítás időtlen érvényességét, amely az ősi alkotmány alapját képezte.

Erre példa az a mód, ahogyan a meglehetősen késői, 1783-as időpontban megkérdőjelezték a korona mérlegelési jogát a peerek létrehozására. VIII. Henrik uralkodása idején a vád szerint "a Korona *bitorolta* a hatalmat, hogy tetszés szerint adományozhasson méltósági címeket; ezt a *beavatkozást*, mivel a *Commons* nem ellenkezett, a királyság ősi törvényeivel és alkotmányával ellentétben mind a mai napig folytatják".⁶³ A szó, amelyet meg kell jelölni, a *beavatkozás*. A gyakorlatot, amely legalább VIII. Henrikig visszavezethető, még 1783-ban is az ősi alkotmány időtlen elveibe való "beavatkozásnak" tekintették. Az a tény, hogy három hun dred év telt el a "bitorlás" első bevezetése óta, az elévülés doktrínája ellenére irreleváns volt az ősi alkotmányosság joggyakorlata szempontjából. A bitorlás nem vált joggá, vagy azért, mert a koronának nem voltak eleve elrendelhető jogai az ősi alkotmánnyal szemben, vagy azért, mert az idő nem futott a megváltoztathatatlan elvek ellen.

Mivel az amerikai jogászok és történészek nagyrészt nem ismerik az ókori alkotmányosságot, talán nem árt újrafogalmazni az elhangzottakat. Mint törvényszéki technika, az ókori alkotmányosság kevésbé volt történelem, mint érdekérvényesítés, inkább képzelet, mint tudományosság, mégis elég valóságos ahhoz, hogy mind az alkotmányos érvelés, mind a kollektív szabadság védelmének alapvető eszköze legyen. A módszertan kriminalisztikai erősségei szembetűnőek. Ahhoz, hogy polemikus előnyre tegyünk szert, amikor egy jogi doktrína mellett vagy a hatalom gyakorlása ellen érvelünk, csak annyit kellett tennünk: (1) egy folytonosság nélküli időt posztulálni - egy ősi alkotmányt, amelynek eredete és funkciói a végtelenségbe vesznek; vagy (2) egy olyan szokáshagyományt posztulálni, amelyet egy olyan korszak óta gyakoroltak, amelyre "az ember emlékezete nem futott vissza". Amint ezek a premisszák megvoltak, minden olyan kormányzati intézkedést, amelyet az ember ellenzett, meg lehetett támadni, mint ami felforgatja a

62. Az ókori alkotmányosság történetírásának hosszas tárgyalását lásd John Phillip Reid, *The Jurisprudence of Liberty: és tizennyolcadik század jogtörténetírásában*, in: THE ROOTS OF LIBERTY, *supra* note 60, at 147-231147.

63. [WILLIAM W. SEWARD], THE RIGHTS OF THE PEOPLE ASSETED, AND THE NECESSITY OF A MORE EQUAL REPRESENTATION IN PARLIAMENT STATED AND PROVED 37 (Dublin, 1783).

Megjegyzés: Az amerikai forradalom idején nyomtatott röpiratokban a szerző nevét gyakran kihagyták, hogy elkerüljék az esetleges büntetőeljárást és az esetleges kivégzést. Ennek megfelelően ebben az esszében a szerző neve körüli zárójel az jelzik, hogy az adott személyt ma már széles körben szerzőnek tekintik, bár a neve nem szerepel az idézett röpiraton. -Edds.

az ősi alkotmány vagy a bevett jogszokás. Ha az alkotmányos kormányzásban történtek is tagadhatatlan változások - a korábbi alkotmányos gyakorlattól való jelentős eltérések -, azokat pusztán formai kérdésként lehetett elvetni, amelyek nem jelentenek alapvető változást. Ahogy Charles Leslie a nyolcvanadik század első évtizedében kifejtette: "Ha azt kérdezi, hogy ezek a dolgok nem jelentik-e az *Alkotmány* megváltoztatását vagy megsértését, azt hiszem, nem. Mert amíg a *Forrás Alkotmány* biztonságban áll, addig a *folyosók* különböző futásai nem jelentik az *Alkotmány* megsértését."⁶⁴ Nem a legújabb gyakorlatok vagy változó szokások számítottak, hanem az ősi alkotmányosság időtlen "első elvei". Az időtlenség minőségével az ókori alkotmány mindenféleképpen rendelkezésre állt mint etalon, amikor a téves részletek riválisainak kijavítása mellett érveltek.

B. Magna Carta: Carta Carta: Az ősi alkotmány szelleme megtestesült

"Volt egy ősi alkotmány?" kérdezte J.C. Holt.⁶⁵ "A válaszom az, hogy nem." Igaz⁶⁶, de Holt válasza egy történész válasza, nem pedig egy jogászé. A különbséget az ősi alkotmány és a Magna Carta, a Holt fő történelmi szakterületét jelentő dokumentum, a Magna Carta ellentétes értelmezésének vizsgálatával lehet érzékeltetni. Számára, mint a történészek számára általában, az ókori alkotmány fikció volt. Soha nem volt értelme. Ezzel szemben a Magna Carta valós történelmi esemény volt: Eredeti jelentése volt a jelenlegi jelentése, és mindig is az volt, mióta János király és bárói először hirdették ki.

Az ügyvédeknek egyszer más volt a szemléletük. Volt idő, amikor úgy gondolták, hogy az ősi alkotmány éppúgy nem fikció, mint ahogy a Magna Carta sem volt változatlan. Jean Louis de Lolme, egy tizenharmadik századi svájci író talán nem volt közönséges jogász. Mégis, a Magna Carta értelmezéséhez a közönséges jogászok megközelítését alkalmazta; vagyis úgy értelmezte azt, hogy figyelembe vette azt, amit Maitland úgy jellemezett, mint "[a]z a folyamat, amelynek során régi elvek és régi kifejezések új tartalommal töltődnek fel".⁶⁷ Maitland tudta, hogy ez egy fejlődési folyamat. Ez "a jogász szemszögéből nézve egy evolúció.

64. [CHARLES LESLIE], ANGLIA ALKOTMÁNYA, TÖRVÉNYEI ÉS KORMÁNYA, IGAZOLTAN EGY LEITERBEN A TISZTELENDŐ MR. WILLIAM HIGDENNEK, AZ ANGOL ALKOTMÁNYRÓL ALKOTOTT NÉZETE MIATT, A SZUVERÉN HATALOMRA TEKINTETTEL A HERCEG, stb. A ZABFOGYASZTÁS JOGOSAGÁNAK VÉDELME, stb. 17 (London, 1709).

65. J. C. Holt, *Az ősi alkotmány a középkori Angliában*, in: A SZABADSÁG gyökerei, *supra* note at 60,22,22.

66. *Id.*

67. MAITLAND, *Supra* note at 10,491.

a régi törvény valódi szándékának és jelentésének; a történész szemszögéből nézve ez szinte szükségszerűen a perverzió és a félreértés folyamata. "68 János király chartája - állította de Lolme - a szabadság mérföldkövévé fejlődött, amely a nép általános tömegének jogait garantálta, nem csupán a János aláírására kényszerítő feudális mágnások kiváltságait.⁶⁹ Ahhoz, hogy érvelését kifejtse, de Lolme-nak nem kellett konkrét cikkelyeket idéznie, történelmi bizonyítékokat felajánlania, vagy az "eredeti szándékról" értekeznie. Úgy tűnik, elég volt csak megemlíteni a "Nagy Chartát", hogy emlékeztesse a tizennyolcadik századi olvasókat arra, amit már tudtak - hogy a Magna Carta gyakorlatilag az egyéni jogok törvényjavaslata volt.

[Micsoda mértéket, micsoda óvatosságot látunk a Nagy Charta rendelkezéseiben! Harmincnyolc cikkelyében mindazok a célok, amelyekért az Emberek természetesen a Társadalomban kívánnak élni, benne foglaltatnak. A bírói hatalmat szabályozták. Az egyén személye és tulajdona biztosítva volt. A kereskedők és az idegenek biztonságáról gondoskodtak. A polgárok magasabb osztálya lemondott számos elnyomó kiváltságról, amelyeket már régóta kétségtelen jogaiknak tekintettek. Sőt, a *jobbágyok* vagy rabszolgák földművelő eszközeit is biztosították számukra; és talán először a világ történetében, egy polgárháborút úgy fejeztek be, hogy a szerencsétlen emberek javára hoztak rendelkezéseket, akiknek az emberi természetben rejlő kapzsiság és uralomvágy a Föld legnagyobb részén továbbra is megtagadta az emberiség közös jogait.⁷⁰

Akár vágyálom, akár tényszerű ostobaság, az ilyen jellegű elemzések egyeseket arra készítettek, hogy elgondolkodjanak azon, vajon a Magna Carta tizennyolcadik századi enciklopédistái olvasták-e valaha is a dokumentumot.⁷¹ Talán ez rossz kérdés, mint ahogyan az is helytelen lenne, ha a mai Első Alkotmánymódosítás jogászaitól azt kérdeznénk, hogy valóban úgy gondolják-e, hogy a módosítás eredeti kihirdetésekor a rágalmozók polgári jogi felelősségre vonásától való megóvása volt a cél. Amikor de Lolme a tizennyolcadik század második felében megírta a Magna Chartát, a Magna Carta már

68. *Id.*

69. J.L. DE LoLME, THE CONSTITUTION OF ENGLAND, OR AN ACCOUNT OF THE ENGLISH GOVERNMENT; IN WHICH IT IS COMPARED WITH THE REPUBLICAN FORM OF GOVERNMENT AND OCCASIONALLY WITH THE OTHER MONARCHIES IN EUROPE 17 (Dublin, 1775).

70. *Id.* 188.

71. A Magna Chartával - mondták - "azok dicsekedtek a legtöbbet, akik soha nem olvasták. Akik igen, azok láthatják, hogy egyáltalán nem az emberiség természetes szabadságának előszeretettel nevezett szabadsága mellett szól, és csak annak a néhány földbirtokos zsarnoknak a javára van kiszámítva, akik azt gyenge uralkodójuktól kicsikarták". AN ESSAY ON THE CONSTITUTION OF ENGLAND 11 (London, 1765).

törvénytörvényes szempontról "az emberiség közös jogait" tartalmazó eszközként írható le, még akkor is, ha e jogok egyike sem jutott eszébe a János királlyal szembeszálló báróknak. A nyolcadik századi alkotmányjogászoknak nem sok okuk volt arra, hogy elolvassák a dokumentumot. Számukra nem az volt a fontos a Magna Chartával kapcsolatban, hogy mit tartalmaz, hanem az, hogy mit jelentettek a szavai, és milyen célokra lehetett felhasználni őket. Ez volt a legvégső esetben a történelem előzménye. Ha János király útban Runny mede felé meghalt volna, és a Magna Carta soha nem került volna kiadásra, a tizennyolcadik századi alkotmányjogászok "idéztek volna" helyette valami más hivatalos vagy feltételezett nyilatkozatot a normann kormány hatalmának korlátozásáról - talán I. Henrik koronázási oklevelét.⁷² A Magna Carta végül is nem volt más, mint az ősi alkotmányt megerősítő középkori kódex. Ez volt a tizennyolcadik század elfogadott elmélete. Sir William Blackstone ragaszkodott ahhoz, hogy

minden történészünk egyetért abban, hogy János király nagy oklevelét nagyrészt a birodalom régi szokásaiból vagy Edward király törvényeiből állították össze; ez alatt általában a régi szokásjogot értik, amelyet szász fejedelmek alatt hoztak létre, mielőtt a hűbértartás szigorát és más nehézségeket a normann királyok a kontinensről hoztak volna.⁷³

Az író ügyvéd, Charles Francis Sheridan egyetértett ezzel, bár más okokból is támadta Blackstone joggyakorlatát. "A Magna Carta, bármennyire is távoli a keletkezése" - érvelt - "már akkor is csak az alapvető törvények és szabadságjogok fő alapjainak deklarációja volt, amelyek már régóta előzményei önmagának, és következésképpen még tovább előzményei a parlamentek létezésének".⁷⁴

A Magna Carta jogtudománya a tizennyolcadik században tehát a monarchikus önkényuralom elutasítása volt.⁷⁵ Egy pamflet, amelyet az amerikai gyarmatosítók Somers lordkancellárnak tulajdonítottak, ragaszkodott a következőkhöz

72. I. Henrik koronázási oklevele (J1005, aug.), in ENGLISH2 HISTORICAL DOCUMENTS (angol történelmi dokumentumok)

400-02 (David C. Douglas & George W. Greenaway szerk., 1953).

73. WILLIAM BLACKSTONE, THE GREAT CHARTER AND CHARTER OF THE FOREST, WITH OTHER AUTHENTIC INSTRUMENTS at vii (Oxford, Clarendon Press 1759).

74. [CHARLES F. SHERIDAN], ÉSZREVÉTELEK A SIR WILLIAM BLACKSTONE ÁLTAL LEFEKTEGETT TANÍTÁSÉRŐL, A BRIT PARLAMENT HATALMÁNAK TERJEDELMÉRŐL, KÜLÖNÖS TEKINTETTEL ÍRORSZÁGRA. EGY LEVÉLBEN SIR WILLIAM BLACKSTONE-hoz, A LORD NORTH-NAK CÍMZETT UTÓSZÓVAL AZ ORSZÁG ügyeiről 5-6 (London, 1779).

75. Az "önkényes" fogalom jogi jelentőségéről a régi angol alkotmányban, lásd John Phillip Reid, *In Legitimate Stirps: The Concept of "Arbitrary", the Supremacy of Parliament, and the Coming of the American Revolution*, 5 HOFSTRA L. REV. 459, 459-99 (1977).

hogy a Magna Carta által kimondott jogok "nem fejedelmeink adományai és engedményei voltak, hanem elismerései annak, amit kormányunk eredeti intézményében fenntartottunk magunknak, és annak, ami mindig is hozzánk tartozott, a szokásjog és az ősi jog és az örök időkre visszanyúló kúriák által".⁷⁶ A Magna Carta ebben a változatban az ősi alkotmány újbóli megfogalmazása volt, "[deklaratív] ősi jogok" egy késői nyolcadik rész szerint.

tizedik századi politikai katekizmus; ⁷⁷ "deklaratív a fő

Grounds, of the *fundamental* Laws and Liberties of *England*" - írja egy új-angliai újság.⁷⁸

Lényegére redukálva a jogelmélet tiszta ókori alkotmányosság volt. Az ősi alkotmányhoz hasonlóan a Magna Carta rendelkezései is egy időtlen és változatlan végtelenségen keresztül vezethetők vissza. Samuel Johnson megjegyezte , hogy 1772

...

[A Magna Charta tartalma Anglia kétségtelen öröksége, mivel az *ősi és jóváhagyott törvényeik*; olyannyira ősi, hogy úgy tűnik, hogy a nemzettel azonos rangúak.

[Átmentek a brit, római, dán, szász és normann időkön, és lényegében alig vagy egyáltalán nem változtak.⁷⁹

E kijelentés célja természetesen nem az volt, hogy történelmi leckét adjon, hanem az alkotmányjog egy elvének propagálása. "A *Magna Charta* jogai nem a fejedelem akaratától vagy a törvényhozás akaratától függnék" - mondták a connecticuti törvényhozóknak egy éves választási ser monban -, "hanem az *angolok* eredendő természetes jogai: a törvényhozás biztosíthatja és megerősítheti őket, de nem származhatnak és nem is erősíthetők meg a törvényhozás által.

76. [LORD CHANCELLOR SOMERS], THE JUDGMENT OF WHOLE KINGDOMS AND NATIONS, CONCERNING THE RIGHTS, POWER, AND PREROGATIVE OF KINGS, AND THE RIGHTS, PRIVILEGES, & PROPERTIES OF THE PEOPLE (20Newport, R.I., 12th ed. 1774).

77. [ROBERT ROBINSON], A POLITICAL CATECHISM 34-35 (London, 1782).

78. BOSTON GAZETTE, 1756. május 10., 1. o. A *Gazette* egy 1690 körül írt, gyakran újranyomtatott pamfletet idézett. *Lásd* HENRY CARE, ENGLISH LIBERTIES, OR THE FREE-BORN SUBJECT'S INHERITANCE 7 (Providence, 6. kiadás, 1774) (tartalmazza a Magna Chartát, a *Charta De Foresta-t*, a *Statute de Tallagio Non Concedendo-t*, a *Habeas Corpus Act-et* és számos más törvényt, az egyes törvényekhez fűzött megjegyzésekkel). A Magna Carta "csupán a birodalom ősi törvényeinek és szokásainak rövidítése. Ugyanilyen természetű a Petition of Rights [sic] ..-". AZ AMERIKAI KÖZLÖNY. A HITELES BESZÉLGETÉSEK, EMLÉKEZTETÉSEK, LEVÉLEK, stb. AMELYEK A NAGY-BRITANNIA ÉS GYARMATAI KÖZÖTTI JELENLEGI VITÁKKAL KAPCSOLATOSAK. MELY MÁSODIK SOROZATOT IS TARTALMAZ, MELYEKET SOSE NYOMDOTT KI (48London, 1768). A Petícióval való kapcsolat szintén régi elmélet volt. "A *Magna Charta*, ahelyett, hogy elavult volna, megújul és visszanyeri ősi erejét és atlétikus lendületét a *Petition of Right* által, sok más magyarázó vagy kijelentő statútumunkkal együtt." A *Petition of Right*. [THOMAS RYMER], AZ EURÓPAI KORMÁNYZÁS KILÁTÁSAI ÉS A POLGÁRI POLITIKA: SHEWING THE ANTIQUITY, POWER, DECAY OF PARLIAMENTS (67London, 1681).

79. SAMUEL JOHNSON, A HISTORY AND DEFENCE OF MAGNA CHARTA 3-4 (London, 2d. szerk. 1772).

az ő *akarattuktól* függ.⁸⁰ Ezeket a szavakat 1744-ben hirdették. Pontosan kimondták azt a jogi elvet, amely alapján az amerikaiak harminckét évvel később forradalmukat vívták.

C. *Amerikai alkotmányosság: A második eredeti szerződés*

A Nagy-Britannia és tizenhárom szárazföldi gyarmata közötti vita, amely az amerikai forradalomhoz vezetett, egy másik alkalom, amikor a törvényszéki történelmi érvelés az alkotmányos diszkurzus egyik fő formája volt. Nem szükséges a de bate minden történelmi vonatkozását megvizsgálni. Az érvelés technikáit kellőképpen szemléltethetjük, ha csak egyetlen törvényszéki eszközt veszünk figyelembe: az eredeti szerződés fogalmát, amelyet az angol nép az őskorban, valamikor a történelem előtti végtelen múltban kötött az uralkodóival. A kontraktuális elmélet az amerikai alkotmányos ügyek középpontját - a szokásjog kivételével - a hagyományos angol és brit alkotmányosság alapvető jogi tekintélyeként alakította ki. A tizennyolcadik századi Nagy-Britanniában számos politikai elmélet és szinte az összes alkotmányelmélet a kontraktáriánus gondolat jegyében fogalmazódott meg. Minden kérdéshez alkalmazkodott, és minden probléma megoldására használható mérceként állt. A forradalmi vita során mindkét oldal - még a brit kormány alkalmazottai, a birodalmi szuverén parancsnokság alkotmányosságának szószólói is - a kontraktuárius teóriára hivatkoztak, hasonló alkotmányos érveket hozva fel hasonló alkotmányos okokból.

A szemléltetés kedvéért elég csak az egyik formát megvizsgálunk, amelyet a kontraktuális érvelés az amerikai forradalom idején öltött. "[A]z őseink" - siránkoztak a massachusettsi Weymouth városának lakói nem sokkal a bélyegtvörvény életbe ⁸¹lépése előtt,

elmondták, hogy soha nem hagyták volna el szülőföldjüket, és nem menekültek volna a világ eme végére, nem győztek volna a veszélyek felett, nem találkoztak volna számtalan nehézséggel, és nem szenvedtek volna el páratlan megpróbáltatásokat, ha nem azért, hogy biztonságban élvezhessék a polgári és vallási szabadságot, és hogy azt biztonságban továbbadhassák az utóknak.⁸²

80. [ELISHA WILLIAMS], A TŰNTETŐK LÉNYEGES JOGAI ÉS SZABADSÁGAI. EGY ÜNNEPI KÉRÉS A SZEMÉLYI SZABADSÁG ÉS A MAGÁNBÍRÓSÁG JOGÁÉRT, HITELI SZEMÉLYEKBEN, EMBERI HATALOMBÓL FELÜGYELMEZTETÉS NÉLKÜL, A MASSACHUSETTS-ÖBÖLDI ÚR LEVELE A HAZAI BARÁTJÁHOZ, A MASSACHUSETTS-ÖBÖLCSÖN. CONNECTICUT (65Boston, 1744).

81.1765,5 Geo. cap.3, XII (Eng.).

82. *Weymouth városának utasításai*, BOSTON EVENING-POST, okt. 21, 1765,2.

A weymouthi választók az eredeti szerződést alkalmazták, nem pedig a "társadalmi" szerződést, amely szintén az ősi angolszász jog egyik tanítása volt, és amelyet az amerikai történészek gyakran John Locke elméleteivel hoznak összefüggésbe. A társadalmi szerződés olyan jogi fikció volt, amely azokat a feltételeket magyarázta, amelyek alapján az egyének kiléptek a természeti állapotból, és társadalmakat hoztak létre. Az alkotmányos vagy kormányzati szerződés - amelyet a tizennyolcadik században eredeti szerződésnek neveztek - az uralkodó és az uralkodó közötti hallgatóságos megállapodás volt, amelyből a kormányzat hatáskörét és korlátait vezették le. Az első a társadalom eredetének elmélete, a második a kormányzat alkotmányának elmélete.⁸³

A társadalmi szerződéssel ellentétben az eredeti szerződés nem függött az embereknek a természeti állapotból való kilépésre vonatkozó elméleteitől. A történelmi eseményekből következett, és olyan kormányzati elveken alapult, amelyeket a szerződést idéző személy vagy folytatni akart, vagy remélte, hogy létrehozzák. Helytelen lenne tehát jogi fikciókra vagy alkotmányos cselszövésre gondolni. Az eredeti szerződés sokkal valóságosabb volt, mint amennyire a huszadik század hajlandó hitelt adni neki. Még 1992-ben egy író a kontraktuális érvelést "modernnek" nevezte, az amerikai forradalom "radikalizmusának" fejlődésének, amely kiszorította "az autoritás hagyományos patriarchális eszméjét".⁸⁴ Ez az író a tizennyolcadik századi alkotmányos koncepciókra huszadik századi feltételezéseket erőltetett. Egy kevésbé spekulatív perspektívából nézve, vagyis a tizennyolcadik századi feltevéseken keresztül nézve, az eredeti szerződés egy ősi alkotmányos doktrína, amelyet évszázadokon át a hatalmat korlátozó törvényszéki érvként alkalmaztak, míg a patriarchalizmus egy modern elmélet, amelyet egy egyébként nem alátámasztható történelmi tézis befogadására szellőztettek meg.⁸⁵

A szerződés fogalma az alkotmányosság eszköze volt, amely a monarchia előjogainak korlátozását jelentette a jogi emlékezetben túra visszanyúlóan, egészen Canute király ígéretéig, hogy Edgar angolszász szokásai szerint fog kormányozni, Hódító Vilmos ígéretéig, hogy folytatja Edward gyóntató törvényeit, I. Henrik koronázási okleveléig, és legfőképpen a Magna Carta több változatáig. A tizennyolcadik században köztudott volt, hogy I. Károlyt kivégezték, mert megszegte az angol és skót nemzetekkel kötött szerződését. "Van - mondták neki, amikor halálra ítélték - egy szerződés és egy alku, amely a király és népe között jött létre, és az ön esküje megtörtént:

83. John Phillip Reid, "A mi szerződéses szféránkban": *A Stamp Act Crisis, and the Coming of the American Revolution*, 76 COLUM. L. REV. 21, 21-28 (1976).

84. GORDON S. WOOD, AZ AMERIKAI FORRADALOM RADIKALIZMUSA (1661992).

85. *Id.*

és természetesen, uram, a kötelék kölcsönös... .. " Az apával szemben hivatkozott ⁸⁶szereződést később a fiú megszegte. Bár pontos jogi értelemben II. Jakabot a trónról való lemondással vádolták, a tizennyolcadik századi közgondolkodásban az eredeti szerződés megszegése miatt deosztrofálták. A király, a massachusettsi képviselőház szavaival élve, nemcsak "a három királyságával kötött eredeti szerződést" szegte meg, hanem "a gyarmatok letelepedésének és kormányzásának eredeti szerződését is megszegte".⁸⁷

A Lordok Házában az amerikai forradalomról vitázva Rockingham grófja tiltakozott az ellen, hogy a parlament büntető törvényekkel próbálja megkötni a gyarmatokat. Azt remélte, hogy a Parlament hatáskörének alkotmányos korlátait vagy a beleegyezés, vagy a szerződés doktrínájában találja meg. "Nem szeretek jogot követelni a törvényhozásnak a Nagy-Britanniai Korona uradalmi feletti legfőbb hatalmára alapozva" - magyarázta Rockingham.⁸⁸ Ehelyett az amerikaiak beleegyezését kereste "egy eredeti *hallgatóságos szerződésben*".⁸⁹ Mivel nem talált ilyet, nem volt hajlandó megszavazni a szerinte létező szerződés megszegését.⁹⁰

A szerződés, amelyre Rockingham utalt, nem az Anglia uralkodói és az angol nép közötti eredeti szerződés volt. Ez egy másik, újabb keletű eredeti szerződés volt, amely Anglia vagy Nagy-Britannia uralkodói és az amerikai gyarmatok első telepesei között jött létre. Ezt nevezhetjük a második eredeti szerződésnek. Az a történelmi esemény, amelyre ez a szerződéses doktrína épült, a XVII. századi angolok távozása az anyaországból és kivándorlásuk Észak-Amerikába. Ezek az első telepések - magyarázta Rhode Island egyik kormányzója 1765-ben - "egy ünnepélyes szerződésben, királyi ígéretben és adományban szilárdan bízva költöztek el, hogy ők és utódaik örökre szabadok lesznek; részesei és részesei lesznek az akkori angol, ma brit alkotmány minden kiváltságának és előnyének".⁹¹ Az egyik londoni magazin által kifejtett jogi elmélet tiszta hallgatóságos szerződés volt:

86. Reid, *Supra* 83. lábjegyzet, 23. o. (idézi C. WEDGWOOD, THE TRIAL OF CHARLES I (1821964)).

87. *Id.* 23-24.

88. *Id.* 25. o. (idézi G. H. GUITRIDGE, ENGLISH WHIGGISM AND THE AMERICAN REVOLUTION (741966)).

89. *Id.* (idézi G.H. GUITRIDGE, ENGLISH WHIGGISM AND THE AMERICAN REVOLUTION (741966)).

90. *Id.* (idézi G.H. GUITRIDGE, ENGLISH WHIGGISM AND THE AMERICAN REVOLUTION (741966)).

91. STEPHEN HOPKINS, THE RIGHTS OF THE COLONIES EXAMINED (Paul Campbell szerk., Rhode Island Bicentennial Foundation 1974) (1765).

Mielőtt [a gyarmatok első telepesei elindultak], szabadságuk feltételeit és az anyaországhoz való viszonyukat kivándorló állapotukban teljesen rendezték. [A királynak alárendeltjei és *Nagy-Britannia* királyságától függők maradtak. Cserébe védelmet kaptak, és élvezhették a szabadon született *angolok* minden jogát és kiváltságát.⁹²

A második eredeti szerződés érvényességét két elem biztosította: a király joga a megállapodás megkötésére és a telepesek bizalma vagy elvárása. Amint a *New York Journal* kifejtette, miután "az egész nemzet felhatalmazást adott neki, ami szentesíti a cselekedetét, [a király] ... szerződést kötött a telepesekkel, amelynek hitére bízták saját és utódaik életét és szerencsáját".⁹³ Bár a szerződés hallgatóságos volt, a XVIII. századi jogi gondolkodás annyira ráhangolódott a kontraktuselméletre, hogy a feltételeket gyakran az uralkodó és az alattvalók között kicserélt kölcsönös ígéreteként magyarázták. Vegyük például, hogy a *Boston Evening-Post* 1765-ben hogyan írta meg a szerződést:

Hogy ha a kalandorok kockára teszik életüket és vagyonukat, hogy az igazságosság szabályai szerint birtokokat szerezzenek Amerika sivatagos vidékein. ...természetes *jogaikból, szabadságukból és tulajdonukból* semmit sem veszítenek el az eltávolítással; hanem *ők és az utódaik mindörökké teljes mértékben és szabadon élvezhetik azokat, minden értelemben és céllal, bármi legyen is az.*

mintha ők és mindannyian Angliában születtek volna.⁹⁴

A második eredeti szerződés egyszerű volt jogi fikció és történelmi esemény. A XVII. és XVIII. századi alkotmányjogászok számára a második eredeti szerződés egy tényleges dokumentum volt. Ezek a szószólók arról beszéltek, hogy a királyok beleegyeztek a szerződés feltételeibe, és hogy a szerződő felek leszármazottai elolvasták a szerződés rendelkezéseit.⁹⁵ A második eredeti szerződésre az egész amerikai gyarmati korszakban az alkotmányos jogok bizonyítékaként hivatkoztak. Például 1691-ben, az Edmund Andros kormányzó által kivetett prerogatív adók ellen indított új-angliai lázadást követően John Palmer, Andros kormányzó közigazgatásának legilletékesebb közjogásza azzal az indokkal védte meg a prerogatív adókat, hogy Észak-Amerika meghódított terület volt, és prerogatív rendeletek hatálya alá tartozott. Ed-

92. 35 ÚRI MAGAZIN. (London) (1765)561.

93. BoSToN Esti-POST, márc. 8, 1773 (Supp.), at (Idézi a *New York Journal-t*).

94. BOSTON EVENING-POST, júliusban a 1, 1765, 1.

95. JOHN PHILLIP REID, AZ AMERIKAI FORRADALOM ALKOTMÁNYOS TÖRTÉNETE: A JOGOK TEKINTÉLYE (136, 1986150).

Ward Rawson, Palmerre válaszolva, tagadta a hódítás tényét, és a második eredeti szerződéssel érvelt, annak feltételeit közel állítva azokhoz, amelyeket nyolcvan évvel később, a forradalmi vita során az amerikai whigek állítottak:

[T]itt volt egy eredeti szerződés a király és az első ültetvényesek között Új-Angliában, a király megígérte nekik, hogy ha saját költségükön és költségükön leigázzák a vadont, és bővítik az uradalmát, akkor ők és az utódaik élvezhetik azokat a kiváltságokat, amelyek a Chartaikban ex pressed szerepelnek, amelyek közül az egyik az volt, hogy nem vetnek ki rájuk adót a saját beleegyezésük nélkül.⁹⁶

Rawson nem olyan egyértelmű, mint szeretnénk. Lehetséges, hogy a második eredeti szerződést a gyarmati chartákban megállapított vagy hallgatólagosan megállapított jogokra korlátozta volna. Ha ez így van, akkor az ő értelmezési szabálya szűkebb volt, mint amit a legtöbb amerikai elfogadott, akik a második eredeti szerződésre hivatkoztak, azt használták és arra támaszkodtak. Ők a szerződés feltételeit sokkal szélesebb körű bizonyítékokban találták volna meg: a korona által vagy nevében tett tényleges nyilatkozatokban, a kivándorlás feltételeiben, a kivándorlók kifejezett vagy hallgatólagos megértésében, valamint a későbbi kormányzati gyakorlatban és jogi szokásokban. A huszadik század szemszögéből nézve ezek a bizonyítékok nehezen beszerezhetők, és könnyen megtámadhatók a relevancia vagy a helytelenség alapján. A tizennyolcadik századi alkotmányos elme nyilvánvalóan könnyen bizonyíthatónak tartotta a szerződést. James Wilson írta:

Bármilyen nehéz is lehet más államokban bizonyítani egy olyan eredeti szerződést, amely más módon és más feltételek mellett áll fenn, mint amilyenek természetesen és szükségszerűen következnek az állam első intézményének gondolatából; a legkönnyebb dolog, amit el lehet képzelni, hogy ezt a mi alkotmányunkban bizonyítsuk, és megállapítsuk néhány lényeges cikkelyt, amelyekből áll.⁹⁷

Wilson a brit alkotmányos jogban szereplő eredeti szerződésre utalt. Ifjabb Daniel Dulany úgy vélte, hogy a második eredeti szerződést még könnyebb bizonyítani. "Más kormányok eredetét" - fejtegette - "az ókor fátyla fedi, és különböző emberek fantáziája más-más módon követi nyomon; de a gyarmatokról a bizonyítékok olyanok, mint a gyarmatról szóló bizonyítékok.

96. [EDWARD RAWSON], AZ ÚJ-ENGLANDI FORRADALOM JOGOSULT, ÉS AZ ÚJ-ENGLANDI NÉPET MEGMENTETTÉK AZ ELLENŐR által rájuk zúdított gyalázkodásoktól. JOHN PALMER, A BOSTON ÉS A SZOMSZÉDOS VIDÉK LAKÓI ÁLTAL KÖZZÉTETT NYILATKOZATRA ADOTT ÁLLÍTÓLAGOS VÁLASZÁBAN, AZON A NAPON, AMIKOR MEGGYÓGYÍTOTTÁK NÉHAI ELYNYOMÓIKAT, AKIK TÖRVÉNYTELEN ÉS ÖNKÉNYES MÓDON CSELEKEDTEK. JÁMES KIRÁLY KÉSŐBBI MEGBÍZÁSA (43Boston, 1691).

97. James Wilson, *Speech in the Pennsylvania Convention, January 1775, reprinted in THE DEBATE ON THE AMERICAN REVOLUTION 1761-1783* at (178Max Beloff ed., 2d edition. 1960).

világos és egyértelmű, mint bármely más Tény."⁹⁸ Ez volt a leghatékonyabb törvénytudományi történelem.

A forradalmi vita során a kontraktuális elméletre minden más jogtudományi doktrínánál többet hivatkoztak, különösen abban a kérdésben, hogy a parlamentnek joga van-e "minden esetben" törvényhozással kötelezni a gyarmatokat.⁹⁹ Azt azonban észre kell venni, hogy a szokás elvének milyen nagy szerepe volt az amerikai whig-ügy minden aspektusában. A szokás szolgáltatott bizonyítékot a második eredeti kontraktus tartalmára - annak feltételeire, kikötéseire és kikötéseire. Az egy dolog volt, hogy Amerikában azt állították, hogy a gyarmatok első telepesei Anglia elhagyásakor I. Károlynal kötöttek szerződést. Ez az állítás csupán a második eredeti szerződést állította; a szerződés feltételeiről nem mondott semmi konkrétat. A szerződés különböző kikötéseit is meg kellett állapítani, és ezt elsősorban a szokás bizonyítékain keresztül tették. A szerződés arról szólt, hogy az amerikaiak jövőbeli generációit hogyan fogják kormányozni. A szerződés rendelkezéseit tehát úgy találták meg, hogy megnézték, hogyan kormányozták a korabeli telepeseket és elődeiket - vagyis a szokások és a gyarmati kormányzás jelenlegi működése alapján.

D. A törvénytudományi történelem intézményesítése

Az íratlan brit alkotmány alapján az angol közönséges jogászok vagy az amerikai whigek által gyakorolt törvénytudományi történeti gyakorlat teljesen különbözött az írott amerikai szövetségi és állami alkotmányok szerinti törvénytudományi történeti gyakorlattól. A módszertan ugyanaz: találni, érvelni vagy kitalálni valamilyen történelmet, amely az adott kérdésre vonatkozik, és azt a bírói precedenshez hasonló tekintélyként használni, nem pedig bizonyítékként a múlt magyarázatára. A különbség az, hogy az amerikai alkotmányok szerinti törvénytudományi történelem gyakorlata intézményesült. A hallgatóság más. A régi angol és brit alkotmányok alatt a történelem polemizálói, akár alkotmányvédők, akár monarchia abszolutisták voltak, érveiket a közvéleményhez vagy a parlamenthez¹⁰⁰ irányították.

98. [DANIEL DULANY, JR.], CONSIDERATIONS ON THE PROPRIETY OF IMPOSING TAXING IN THE BRITISH COLONIES, FOR THE PURPOSE OF RAISING A REVENUE, BY ACT OF PARLIAMENT (30 Annapolis, 2d edition. 1765).

99. Törvény Öfelsége domíniumai függőségének jobb biztosításáról a következő területeken Amerika Nagy-Britannia koronájára és parlamentjére, 6 1766, Geo. cap3., XII (Eng.).

100. Ezt a pontot meg kell ismételni: Bár a törvénytudományi történelem hasznosabb lehetett a hatalomgyakorlás ellenzői számára, a kormányzati hatalom szolgálatába is lehetett állítani, különösen, ha azt a tudományos történelem alátámasztotta. Ezt láthatjuk Robert Brady pályafutásában, akit a huszadik század történészei egyfajta népi hőssé tettek. A tudós, akinek látásmódja és intelligenciája volt ahhoz, hogy jó történész legyen, bátran, de hiába,

Az amerikai törvényszéki történelem a bíróságokra, általában a fellebbviteli bíróságokra irányul. Így amikor a közvéleményre vagy a szakmai közvéleményre irányul, a törvényszéki történelmet általában az ítélőtáblák, ¹⁰¹különösen az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága propagálja.

Hugo Black volt a Legfelsőbb Bíróság legfőbb joggyakorlója a jogászság történetében. Döntéseiben a történelem számos felhasználása közül egyik sem állja meg a helyét történészi történelemként. Ha nagyvonalúak vagyunk, akkor azonban elismerhetjük, hogy ¹⁰²Black legalább egy véleményében, az *Egyesült Államok kontra Lovett ügyben* közel került a törvényszéki történelemhez. A vita tárgya az 1943. évi sürgős hiányt pótló előirányzatról szóló törvény 304. szakaszának érvényessége volt, amely ¹⁰³előírta, hogy a jogszabályban megnevezett egyes kormányzati alkalmazottaknak nem fizetnek fizetést vagy egyéb kompenzációt.¹⁰⁴ "A jogszabály háttérében" - jegyezte meg Black - "a képviselőháznak az az érzése áll a harmincas évek végén, hogy sok "felforgató" töltött be befolyásos pozíciókat a kormányban és máshol, és hogy befolyásuk nem maradhat megszakítás nélkül." A törvényt a képviselőház a harmincas évek végén fogadta el.¹⁰⁵ A jogszabályt "felháborítónak" nevezte, mondván, hogy "megnevezett személyek büntetését valósítja meg bírósági tárgyalás nélkül"¹⁰⁶, ami tipikusan olyan eset, amely általában a történeti ítélkezés felé fordította bírói ösztöneit. És mint mindig, a történelmet nem bizonyítékként akarta felhasználni, hanem azért, hogy tekintélyként hivatkozhasson rá, vagyis úgy használhassa, ahogyan az ügyvédek használják a bírósági precedenseket.

Azok, akik alkotmányunkat írták, jól ismerték a veszélyt, amely a különleges törvényhozási aktusokban rejlik, amelyek egyes megnevezett személyek életét, szabadságát vagy tulajdonát veszik el, mert a törvényhozás bűnösnek tartja őket olyan magatartásban, amely büntetést érdemel...

leleplezte a rossz történészek, az ókori alkotmányosságot gyakorló common law yerek téveszméit és félreértelmezéseit. *Hasonlítsa össze POCOCK, supra note 15, 351. o., és Reid, supra note, 62,195-202. o., Reid, supra note.*

101. Egy fontos kivétel, amely segíthet a szabály bizonyításában, ahogyan az a szövetségi bíróságok létrehozása előtt történt, a THE FEDERALIST Nr. 18-20 (James Madison).

102.328 USA (3031946).

103. Pub. L. No. 78-132, § Stat304,57. 431,450 (1943) (alkotmányellenesnek nyilvánította a *Lovett*, 328 U.S. 303; részben hatályon kívül helyezte a Stat72. 1272 (1958)).

104. Az Egyesült Államok bármely minisztériuma, ügynöksége vagy intézménye számára az e törvény alapján vagy annak értelmében rendelkezésre bocsátott előirányzat, juttatás vagy alap (1), vagy (2) amely jelenleg vagy a jövőben bármely más törvény alapján vagy annak értelmében rendelkezésre áll, nem használható fel.- Goodwin B. Watson, William E. Dodd, Junior és Robert Morss Lovett fizetésének vagy más, személyes szolgálataiért járó díjazásának bármely részére, kivéve, ha az említett időpontot megelőzően az elnököt a szenátus tanácsára és beleegyezésével az elnök kinevezte a következő személyeket.

Id.

105. *Lovett*, U328.S. at 308.

106. *Id.* 316.

ishment. Az volt a céljuk, hogy megóvják az ország lakosságát a szabályszerűen felállított bíróságok általi tárgyalás nélküli büntetéstől.¹⁰⁷

Ez bírósági végzéssel lett történelem. Nem volt szükség arra, hogy hivatkozzunk a hatóságokra, kivéve természetesen egy újabb Hugo Black-határozatot.¹⁰⁸ Ez aligha olyan bizonyíték, amely meggyőzné a történészeket, de nyilvánvalóan éppen ez kellett ahhoz, hogy Black meggyőződjön arról, hogy a történelem egyes pontjait kellőképpen felkutatták. Az ítélethozatalhoz már csak egy kicsit több történelmet

kellett ecsetelni. "Amikor alkotmányunkat és a Bill of Rights-ot megírták, őseinknek bőven volt okuk tudni, hogy a törvényhozási perek és büntetések túlságosan veszélyesek a szabadságra ahhoz, hogy létezzenek az általuk irigyelt szabad emberek nemzetében. Ezért tiltották meg a vádiratokat. A 304. szakasz az egyik ilyen."¹⁰⁹ Két másik jogász -

Felix Frankfurter és Stanley Reed bírák - számára Black érvelése túlságosan törvényszéki és nem eléggé his torikus volt. Black tudományossága nem volt meggyőző, panaszkodott Frankfurter. Ez a legjobb esetben is csak egy "történelemfénnyezés" volt, mondta egy egybehangzó véleményében, amely a történelmi rekordok helyreállítását tűzte ki célul.¹¹⁰ "Amikor az Alkotmány alkotói tiltották a vádiratokat, egy olyan jogi formára utaltak, amely a monarchikus Angliában volt elterjedt, és amelyet a gyarmatokon is alkalmaztak" - mutatott rá Frankfurter.¹¹¹ "Ismerték a természetét; tapasztalták a használatát; tudták, mit akarnak elérni.

megakadályozni." ¹¹²

Emlékeztetni kell arra, hogy az Alkotmányt egy olyan korszakban alkották meg, amikor az igazságszolgáltatás a jogalkotó jól bevált feladata volt. A vádirat tilalmát a történelmi helyzet háttérében kell vizsgálni, amikor a konkrét peres eljárásokban a ma már hagyományosnak számító és nagyrészt a bíróságok kizárólagos hatáskörébe tartozó lépések a jogalkotás mindennapos gyakorlatának számítottak. A vádemelési indítványok a ma már alapvető bírói funkciók részét képezték, amelyeket akkoriban a törvényhozás gyakorolt. Az alkotmány az elismert hatáskörüknek ezt a részét tiltotta meg, amikor úgy rendelkezett, hogy "No Bill of Attainder".

... el kell fogadni." A 304. szakaszból hiányoznak a Statutes of the Realm és a Colonial Laws azon jogszabályainak jellemzői, amelyek a bills of attainder jellegzetességeit hordozzák.¹¹³

107. *Id.* 317.

108. *Duncan v. Kahanamoku*, U327.S. (3041945) (a "hadiállapot" határainak meghatározása a 17. században kezdődő katonai uralom történetének nyomon követésével).

109. *Lovett*, U328.S. at 318.

110. *Id.* at (327Frankfurter, J., egyetértésben).

111. *Id.* at (323Frankfurter, J., egyetértésben).

112. *Id.* (Frankfurter, J., egyetértésben).

113. *Id.* at (322Frankfurter, J., egyetértésben).

Bár Black talán nem volt a történeti módszer tanulója, nem szabad kétségbe vonni, hogy valaki, talán a jogi titkárai, elmagyarázták neki, hogy Frankfurter a jobb történeti érvelő. A Bills of attainder-nek a XVII. és XVIII. századi angol és brit jogban meglehetősen pontos jelentése volt, és ez a jelentés nem terjedt ki a parlament által nem kedvelt tisztviselők fizetését elközböző jogszabályokra. De Black, aki az alkotmányos jog tág elveit hirdette meg, nem volt hivatott a pontosan alkalmazott történelmi kánonok által ellenőrizni. A bűnösök fizetésének törvényhozási megvonása a bűnösség bírósági megállapítása nélkül a nyolcadik században talán nem minősült vádiratnak, de a huszadik században eléggé hasonlított az igazságszolgáltatásra ahhoz, hogy a jogászok számára a törvénytudományi történelem szagát árassza. Black nyilvánvalóan arra a következtetésre jutott, hogy bár az egybehangzó véleményben kérdéseket vetnek majd fel az igazságügyi történelem történetiségével kapcsolatban, érvelése elég jó jogként. A Bíróságot oda juttatta, ahová ő akarta. Bár tudta, hogy története törvénytudományi történelem, nem pedig történeti történelem, Black mégis benne hagyta a véleményben.

IV. KÖVETKEZTETÉS

Azoknak az ügyvédeknek, akik úgy gondolják, hogy Black története elég érv volt ahhoz, hogy a 304. szakasz alkotmányellenes támadó törvényjavaslatnak bizonyuljon, nem kell zavarba jönniük. A törvénytudományi történelem legitimitását nem lehet az akadémiai történetészek szakmai színvonalára bízni. Másfajta mérce van szükség, amely a történeti ítékezés által a bírói mérlegelésre gyakorolt korlátozásokon alapul. A mi problémánk az, hogy szétválasszuk a bírói aktivizmus szűrésére használt történelmet a döntés határait rögzítő történettudománytól. Lehet, hogy a megkülönböztetés nem vizsgálható, de tudásunk jelenlegi szintjén nem lehetünk biztosak benne.

Nincs még egy olyan, az amerikai alkotmányjoggal foglalkozó döntés, amely a történeti értelmezési kánonok megsértésének jobban köszönhetné magát, mint a vallás alapításával és szabad vallásgyakorlásával foglalkozó döntések. Az "egyház és az állam szétválasztásának" doktrínája érdekében felhúzták az "elválasztó falat", amely ¹¹⁴látásból Thomas Jeffer-nek egy levelén alapul.

114. Edward S. Corwin, *The Supreme Court as National School Board*, LAW14 & CONTEMP. PROBS. 3,9 (1949).

Az Alkotmány valójában nem említi ezt az elvet. Valójában nem tartalmazza az "egyház" szót, sem az "állam" szót általános értelemben, kivéve a második kiegészítésben, amelyben a "jól szabályozott milícia" "szükséges a szabad állam biztonságához"; még a "szétválasztás" szó sem jelenik meg. Ezeket az egyedi hiányosságokat - egyedi, ha a keretezők az "egyház és állam szétválasztását" akarták a Bíróság értelmezésében - a Bíróság most azzal az értelmezéssel pótolja, amelyet az első módosítás "vallásalapítás" záradékához fűz.

fia írt a connecticuti baptista lelkészeknek.¹¹⁵ A történészek csodálkoztak, hogy ez a bizonyíték nem felel meg a relevancia kánonjának. Jeffersonnak, aki a "választófal" kifejezést alkotta, nem volt hivatalos kapcsolata az alkotmány azon módosításával, amelyet a bíróság értelmezett. Nem volt tagja annak a bizottságnak, amely kidolgozta azt; nem volt tagja a kongresszusnak, amely javasolta azt az államoknak; és ami a történelmi relevancia szempontjából a legfontosabb,¹¹⁶ nem volt tagja egyetlen olyan állami kongresszusnak sem, amely ratifikálta azt.¹¹⁷ De az, hogy a doktrína irreleváns történelmen¹¹⁸ alapul, még nem teszi azt rossz joggá. Ahogyan az olyan határozatok, amelyek szerint "[a]z első módosítás falat emelt az egyház és az állam közé"¹¹⁹, az alsóbb fokú bíróságok számára kötelező bírói precedenssé váltak, úgy Jefferson idézetét is olyan gyakran ismételték, hogy az a törvénytörési történelem példájaként önálló státuszt kapott. Ha történelmileg nem is releváns az első módosítás eredeti jelentésének bizonyítékaként, valamivel nagyobb törvényességi legitimitást élvez, mint a jelenleg ellene felhozott "történelem" egy része.¹²⁰

Id.

115. *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. (1,194616) ("Jefferson szavaival élve, a a vallás törvény általi létrehozását tiltó záradék célja az volt, hogy "az egyház és az állam közötti elválasztó falat" emelje"); *Reynolds kontra Egyesült Államok*, 98 U.S. 145, 164 (1878). Természetesen Black, aki az *Everson*-véleményt írta, "történelmi" tekintélyt idézett ehhez az idézethez: a *Reyn* olds-döntést.

116. *Lásd általában* Charles A. Lofgren, *The Original Understanding of Original Intent?*, *CONSTS. COMMENTARY* 77 (1988) (a "szándék" értelmezésére irányuló, az alkotmányt alkotók és ratifikálók történelmi tevékenységét tárgyalja).

117. Ezt a pontot a Legfelsőbb Bíróság azzal kapcsolatban is felhozta, hogy a Jefferson által írt leveleket, amelyekben a virginiai törvényhozás mindkét házában egyenlő képviselőt támogatót, arra használta fel, hogy bizonyítson valamit az alkotók eredeti szándékával kapcsolatban.

Erre lehet válaszolni: (Jefferson nem volt ott az alkotmányozó gyűlésen;

(b) az ő elképzelései nem jellemzőek a Konventben résztvevőkre; c) a Bíróság által idézett levelek harminc évvel a Konvent berekesztése után íródtak; és d) Jefferson felosztási tervét Virginia nem fogadta el.

CHARLES A. MILLER, *THE SUPREME COURT AND THE USES OF HISTORY* 145 (1969).

118. Corwin kijelenti:

A bíróság buzgó keresztes lovagjai túl sokat foglalkoznak Jefferson Danbury-i levelével, amelyet nem valószínűtlenül az a huncut vágy motivált, hogy téglát dobjon a connecticuti kongregacionalista-föderalista hierarchiára, amelynek vezető tagjai két évvel korábban "hitetlennek" és "ateistának" titulálták őt. Jefferson megfontoltabb, átgondoltabb értékelése az Első Alkotmánykiegészítés vallási klauzulájáról az, amely második beiktatási beszédében szerepel: "A vallás ügyében úgy ítélt meg, hogy annak szabad gyakorlását az alkotmány az általános kormány hatáskörétől függetleníti". Röviden, a módosítás fő jelentősége abban rejlett, hogy szétválasztotta az állam és a nemzet vallásra vonatkozó hatásköreit, nem pedig abban, hogy az egyház és az állam szétválasztásának kérdésére vonatkozott.

Corwin, *Supra* note at (114,14lábjegyzet kihagyva).

119. *Everson*, *U330.S.* at 18.

120. LEONARD W. LEVY, *ORIGINAL INTENT AND THE FRAMERS' CONSTITUTION* 379-80 (1988).

Az, hogy létezik-e olyan legitimációs rés, amelyen a törvényszéki történelem meg tud ülni, attól függhet, hogy a törvényszéki történelem hatókörét az általánosan elfogadott korlátok közé lehet-e szorítani. Ha a történeti jogtudomány a restraint eszköze, akkor a törvényszéki történelem a jogállamiság sajátosan amerikai aspektusa lehet. Ha ez így van, akkor társaságban van az "eredeti szándék" sokat szidott doktrínájával. Kermit Hallnak azonban kétségei vannak: "Elképzelni, hogy mit mondtak volna az alkotók" - panaszkodik - "gyakran steril és szinte értelmetlen történelmi gyakorlat. Túl sok minden változott".¹²¹ A szóhasználata fontos. Azt mondja, hogy az eredeti szándék "értelmetlen történelmi gyakorlat", és ez így is lehet. De vajon ez a kérdés? A kérdés nem az, hogy az eredeti szándék vagy a törvényszéki történelem bármely más formája értelmes történelmi gyakorlat-e. A kérdésnek annak kellene lennie, hogy értelmes bírói gyakorlat-e. A jogállamisághoz való ragaszkodás, ahogyan arra már rámutattak, az eredeti szándék az egyetlen "legitim eszköz az alkotmány alkalmazására". Csak ez adhat nekünk olyan jogot, amely más, mint a bírói akarat, és felette áll".¹²² Ugyanez kell, hogy igaz legyen a törvényszéki történelemre általában, ha megfelelő óvatossággal használják. Azáltal, hogy a bírót arra kényszeríti, hogy objektív bizonyítékokat találjon a döntést alátámasztó bizonyítékokra, az igazságügyi történelem használata a precedensek tekintélyével, az analógia tanával, a bizonyítási kánonokkal és a relevancia maximáival együtt a jogállamiságot erősíti, még akkor is, ha nem emelkedik a tudományos tudományosság szintjére.¹²³

Az ókori alkotmányosság, a kontraktualizmus és az eredeti szándék, valamint a törvényszéki történelem más formái azok közé az eszközök közé tartoznak, amelyeket az évszázadok során az önkényes hatalom semlegesítésére használtak a diszkrecionális döntéshozatal korlátozásával. A mérlegelési jogkör - beleértve a bírói mérlegelést is - korlátozásával a törvényszéki történelem egyszerre erősítette meg a jogállamiságot és védte meg magát a jogot az önkényes állam politikájától.¹²⁴

A bírói önkorlátozás szabályaihoz képest a törvényszéki történelem viszonylag vérszegény lehet. Az alkotmánybíráskodásban azonban vállalhatná annak a feladatnak egy részét, amelyet az angol-amerikai alkotmányjogban egykor a szokás doktrínája látott el: biztosítani, hogy az adott ügyben hozott ítélet sok bíró ítélete legyen, ne csak egy bíróé, minden generációé, ne csak a mostani generációé.¹²⁵ Ahogy Frederick Schauer nemrégiben mondta az eredeti szándékról:

121. Hall, *Supra* note at 54,21.

122. Robert H. Bork, *Original Intent and the Constitution*, HUMANI, (22,198626),

123. John Phillip Reid, *Originalism and Subjectivism in the Bicentennial Year*, Soc68. Sc1. Q. 687, 699-700 (1987).

124. Lásd William E. Nelson, *History and Neutrality in Constitutional Adjudication*, 72 VA. L. REV. 1237,1265 (1986).

125. JOHN PHILLIP REID, AZ AMERIKAI FORRADALOM ALKOTMÁNYOS TÖRTÉNETE: A TÖRVÉNYHOZÁSI HATÁSKÖR 153-56 (1991).

Azok számára, akik tartanak a nyitott alkotmányos rendelkezések kiterjesztő bírói értelmezésének kockázataitól, a történelem parancsainak való engedelmség lehetőséget nyújt a lelkiismeretes bíró előtt nyitva álló lehetőségek szűkítésére, bár nem teljesen. Itt a történelmet nem kizárólag vagy akár elsősorban azért használják az ellenőrzésre, mert a szándék történeti szemlélete különleges, hanem azért, mert ez egy pragmatikus eszköz a bírák mérlegelési jogkörének korlátozására. Ugyanezt a célt más módon is el lehetne érni: a bírának meg lehetne mondani, hogy mindig hagyatkozzanak a jogalkotóra, ha egy szöveges utasítás nem egyértelmű; szigorúan korlátozni lehetne azon anyagok körét, amelyekre a bírák jogszerűen hivatkozhatnak; erős precedenskényszert lehetne bevezetni; vagy akár azt is meg lehetne mondani a bírának, hogy jogi bizonytalanság esetén fel kell dobniuk egy érmét. E stratégiák bármelyike ugyanazt a célt szolgálná - a bírák mozgásterének korlátozását, különösen az olyan homályos rendelkezések értelmezésében, mint a "törvények egyenlő védelme", a "tisztes eljárás", a "kegyetlen és szokatlan büntetés" és a "szólásszabadság". A történelmi szándéokra való hivatkozás, mint a bírói mérlegelési jogkör korlátozásának módszere még mindig legitimebbnek vagy talán korlátozóbbnak tekinthető, mint néhány más technika, de a korlátozás és nem a legitimitás az, ami e nézet szerint igazolja, hogy az eredeti szándékot parancsnak tekintjük.¹²⁶

Ez a lehetőség ugyanúgy igaz a törvényszéki történelem más formáira is.

A kockázatok azonban nagyobbak lehetnek, mint amennyire a történelem meg tudná védeni. Amint a jogalkalmazástörténet kritikusai gyakran állítják, a történeti joggyakorlat gyakrabban volt a bírói aktivizmust elrejtő pajzs, mint a bírói mérlegelési jogkör újrafogalmazásának módszere. "A veszélyt, hogy a bírák nem az alkotmány nevében, hanem saját per sonális erkölcsi hajlamaik szolgálatában gyakorolnak hatalmat" - figyelmeztet Kermit Hall - "fokozza, nem pedig csökkenti az a szokás, hogy a jogokkal kapcsolatos bírói döntéseket történelmi magyarázatok formájában burkolják be".¹²⁷ Nyitott kérdés, hogy még ha a bírák jóhiszeműen, a semleges ítélezésre törekedve használják is a múltat, vajon valóban képesek-e valamilyen történelmi módszerrel olyan adatokat kiválasztani, amelyek biztonsággal vezetnek őket olyan következtetésekhez, amelyeket nem a személyes választásuk határoz meg előre.

126. Frederick Schauer, *The Varied Uses of Constitutional History*, Introduction to WILIAM E. NELSON & ROBERT C. PALMER, LIBERTY AND COMMUNITY: CONSTITUTION AND RIGHTS IN THE EARLY AMERICAN REPUBLICAN (1,19877).

127. Hall, 54. lábjegyzet, a 21.

