

03/19/2019

AZ ÉRTELMEZÉS ÉS A KONSTRUKCIÓ KÖZÖTTI KÜLÖNBŐSÉGTÉTEL KRITIKAI VIZSGÁLATA

Frederick Schauer¹

Az alkotmányértelmezéssel foglalkozó kortárs szakirodalom egyik fontos témája az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel.² A megkülönböztetésnek tiszteletre méltó hagyománya van,

¹ David és Mary Harrison, a Virginiai Egyetem jogi professzora. Ez az előadás a 2019. február 22-23-án a San Diegó-i Egyetem Jogi Karán megrendezett Tizedik Éves Hugh és Hazel Darling Alapítványi Originalizmus Works-in-Progress Konferenciára készült. A jelenlegi változathoz hozzájárultak Keith Whittington (és mások, bár kevésbé formálisan) ez alkalommal tett észrevételei, valamint Richard Primus nagylelkűen rendelkezésre bocsátott írásbeli megjegyzései.

² Az értelmezési megkülönböztetés kialakításához és alkalmazásához a legjelentősebb modern hozzájárulások közé tartozik Keith E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy* (2007); Keith E. Whittington, *Constitutional Construction*: (1999); Keith E. Whittington, *Constitutional Interpretation*: Randy E. Barnett, *Interpretation and Construction* (1999); Randy E. Barnett, *Interpretation and Construction*, Harv34. J.L. & Pub. Pol'y 65 (2011); Randy E. Barnett & Evan D. Bernick, *The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Constitutional Originalism*, 107 Geo. L.J. 1 (2018); Laura A. Cisneros, *The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: A Useful Fiction*, 27 Const. Comm. 71 (2010); Tun-Jen Chiang & Lawrence B. Solum, *The Interpretation-Construction Distinction in Patent Law*, 123 Yale L.J. 530 (2013); Richard S. Kay, *Construction, Originalist Interpretation and the Complete Constitution*, 19 U. Penn. J. Const. L. Online 1 (2017); Lawrence B. Solum *Communicative Content and Legal Content*, 89 Notre Dame L. Rev. 479 (2013); Lawrence B. Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, Ford82. L. Rev. 453 (2013); Lawrence B. Solum, *The Interpretation-Construction Distinction*, 27 Const. Comm. 95 (2011); Lawrence B. Solum, *District of Columbia v. Heller and Originalism*, 103 Nw. U.L. Rev. 933-35923, (2009).

legalább Francis Lieber 1839-es, a jogi nyelvről³ szóló értekezéséig nyúlik vissza, és régóta jelen van a szerződési jog elméletében és gyakorlatában.⁴ Az utóbbi években a megkülönböztetés kiemelkedő szerepet játszott az alkotmányos eredetiséggel kapcsolatos vitákban, különösen az eredetiségnek azon formája, amelynek legbefolyásosabb eredete a néhai Scalia bíró gondolkodásában rejlik, és amely szerint az alkotmányt az alkotmány nyelvezetének azon időpontban érvényesülő nyilvános jelentése szerint kell értelmezni, amikor az alkotmány része lett.⁵ Az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel azonban újra felelevenedett, többek között az úgynevezett eredeti közértelmezésű originalizmus egyes változatainak legalább néhány premisszájával és következményével szembeni részleges és belső kihívásként.⁶ Ha ugyanis az Alkotmány nyelvének értelmezése nyitva hagyja azt a kérdést, hogy ezt a nyelvet hogyan kell alkalmazni az egyes vitákban -

³ Francis J. Lieber, *Legal and Political Hermeneutics* (Roy M. Mersky & J. Myron Jacobstein szerk., 1970) (1839).

⁴ *Lásd pl.* 3 Arthur L. Corbin, *Corbin on Contracts* §§ 532-35 (1960 & Supp. 1980); 4 Samuel Williston, *Contracts* §§ 600-02 (3d ed. 1961); E. Allan Farnsworth, "Meaning" in the Law of Contracts, 76 *Yale L.J.* 939 (1967); Edwin W. Patterson, *The Interpretation and Construction of Contracts*, 64 *Colum. L. Rev.* 833 (1964); Keith A. Rowley, *Contract Construction and Interpretation: Four Corners"-tól a parol evidenciáig (és minden, ami a kettő között van)*, 69 *Miss. L.J.* 73 (1999).

⁵ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 576-77 (2008); Antonia Scalia & Bryan A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* 81 (2012); Antonin Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution*, in *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* 3, 38, 47 (Amy Guttmann szerk., 1997). Magyarázatot, kifejtést és kritikát lásd még Randy E. Barnett, *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty* 89-117 (2004); Barnett & Bernick, *Supra* note 2, 9-10. o.; Amy Coney Barrett, *Originalism and Stare Decisis*, 92 *Notre Dame L. Rev.* 1921 (2017); Eric Berger, *Originalism's Pretenses*, 16 *U. Pa. J. Const. L.* 329 (2013); Stephen M. Griffin, *Justice Scalia: Affirmative or Negative?* 101 *Minn. L. Rev. Headnotes* 52 (2016); Aileen Kavanagh, *Original Intention, Enacted Text, and Constitutional Interpretation*, 47 *Am. J. Juris.* 255, 279-83 (2002).

⁶ *Lásd James E. Fleming, The Inclusiveness of the New Originalism*, 82 *Ford. L. Rev.* 423, 438-41 (2013).

hogyan kell *értelmezni* a nyelvezetet - akkor a dokumentum eredeti, nyilvános jelentésének felkutatása és értelmezése Scalia bíró *ellenében* még mindig nyitva hagyja az alkotmányos alkalmazás legtöbb, sőt talán minden kérdését.⁷

Az alkotmányértelmezés és az alkotmányszerkesztés közötti különbséget többek⁹ között Keith Whittington⁸ és Lawrence Solum fejlesztette ki nagy lendülettel és kifinomultsággal,¹⁰ és ezt még mások is különböző módon vitatták, köztük nemcsak Scalia bíró (Bryan Garnerrel együtt írva),¹¹ hanem John McGinnis és Michael Rappaport,¹² Andrew Coan¹³ és Roderick Hills,¹⁴ valamint más kommentátorok is.¹⁵ Ezekkel a vitákkal szemben

⁷ Bár Scalia bíró valóban tiltakozott az értelmezés és az értelmezés közötti különbségtétel ellen, *lásd* Scalia & Garner, *Supra* note 5, koncepcionálisan nyitott lett volna számára, hogy elfogadja a különbségtétel létezését, de normatív alapon mégis tiltakozzon az ellen, hogy a bírák részt vegyenek az értelmezés folyamatában vagy bármilyen olyan értelmezési folyamatban, amely nem az értelmezett szöveget helyezi előtérbe.

⁸ Whittington, *fenti* megjegyzés 2.

⁹ Solum, *Supra* note 2.

¹⁰ A jogszabály-értelmezéssel összefüggésben lásd Victoria F. Nourse, *Elementary Statutory Interpretation: Rethinking Legislative Intent and History*, B55.C.L. Rev. (16132014).

¹¹ Scalia & Garner, 5,13-17. o., *fenti* jegyzet.

¹² John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *The Constitution and the Language of the Law*, Wm59. & Mary L. Rev. (13212018). És lásd még a McGinnis és Rappaport hozzájárulását a *The Legal Turn in Originalism* című kötethez: *A Discussion*, San Diego Legal Studies Paper No. 18350., - *elérhető* az SSRN-en: <https://ssrn.com/abstract=3201200> (2018. július 9.).

¹³ Andrew B. Coan, *The Irrelevance of Writtenness in Constitutional Interpretation*, 158 U. Pa. L. Rev. 1025, 1077-1083 (2010).

¹⁴ Roderick M. Hills, Jr., *The Pragmatist's View of Constitutional Implementation and Constitutional Meaning*, 119 Harv. L. Rev. 173, 175 (2006).

¹⁵ Valóban, több mint egy évszázaddal ezelőtt James Bradley Thayer azt állította, hogy Lieber megkülönböztetését "sem a köznapi használat, sem a gyakorlati célszerűség" nem támasztja alá. James B. Thayer, *The "Parol Evidence" Rule*, 6 Harv. L. Rev. 417, 417 n.2 (1893).

csábító a következtetés, hogy nincs több mondanivaló. De szeretnék ellenállni ennek a kísértésnek, részben azért, mert egy kissé külsődleges összefoglalás hasznos lehet a kérdések tisztázásában, de azért is, és ami még fontosabb, mert az értelmezés és az értelmezés közötti különbségtétel egy ritkán elméletileg vitatott nézetet feltételez a szokásos vagy hagyományos jelentésnek az értelmezési feladatban betöltött szerepéről, egy olyan nézetet, amely a legtöbb szerződés, a legtöbb törvényi nyelv és néhány alkotmányos nyelv esetében hihető. Ha azonban az értelmezendő releváns nyelv olyan nyelv, amely nemcsak technikai jellegű, hanem csak a jogi szabályok, jogi elvek, jogi intézmények és jogi célok fényében értelmezhető, akkor az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel egyik alapvető belátása - az a belátás, hogy a jogi gondolatok csak a konstrukció szakaszában lépnek be a folyamatba - jelentősen meggyengül.¹⁶ Korábban már utaltam erre az értelmezés-konstrukció megkülönböztetéssel kapcsolatos problémára, John McGinnis és Michael Rappaport¹⁷ pedig hosszabban és mélyebben érveltek amellett, hogy a megkülönböztetés összeomlik azon bizonyítékok láttán, amelyek szerint az alapító korszak az alkotmány nyelvét általában véve technikai nyelvnek tekintette.¹⁸ McGinnis és Rappaport érvelésének alapköve azonban az a nézetük, hogy az alkotmányos nyelv természetének originalista elemzése azt mutatja, hogy az alkotmányos nyelv minden nyelvezete technikai jellegű, és annak is szánták, és így ekként is kellett értelmezni. De a mélyebben

¹⁶ Az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel bizonyos szempontból rokon Mark Greenberg "a jogi szövegek nyelvi jelentése" és a "jog tartalma" közötti különbségtételével. Lásd Mark Greenberg, *What Makes a Method of Legal Interpretation Correct? Legal Standards vs. Fundamental Determinants*, 130 Harv. L. Rev. Forum 105 (2017). Sok minden, amit itt mondok, potenciálisan alkalmazható Greenberg megkülönböztetésére is, de Greenberg fontos elemzésének és megkülönböztetésének kommentálását más kommentátorokra vagy más alkalmakra hagyom.

¹⁷ Frederick Schauer, *Is Law a Technical Language?* 52 San Diego L. Rev. 511-12501, (2015).

¹⁸ McGinnis & Rappaport, *Supra* note 12.

az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés által felvetett problémás kérdések nem az eredetiségvizsgálat bármely formájának függvényei, és nem is függnék attól, hanem mélyebbek és tágabbak. Legalábbis ezt fogom itt sugallni.

I. A különbségtétel összefoglalása

Az értelmezés és az értelmezés közötti különbségtétel abból indul ki, hogy a jogi szöveg egy adott problémára való alkalmazásának első lépése - A hatodik módosítás szembesítésre vonatkozó követelménye lehetővé teszi-e a hallomásból származó bizonyítékok felhasználását a vádlott ellen egy büntetőügyben?¹⁹; Megsérti-e a második módosítást az automata támadófegyverek állami tilalma?²⁰ Van-e a Kongresszusnak az I. cikk 8. szakasza alapján hatásköre a megfizethető egészségügyi törvény megalkotására?²¹ - a látszólag mérvadónak tűnő szöveggel való konzultáció. Ám bármennyire is nyilvánvalónak tűnik ez az előfeltevés egyes megfigyelők számára, ez az előfeltevés korántsem teljesen vitathatatlan feltételezés. Ronald Dworkin és a jogértelmezés és a jogi döntéshozatal holisztikusabb megközelítésének más hívei számára a jogi szöveg²² látszólag legkiemelkedőbb eleme csupán

¹⁹ Lásd a Crawford kontra Washington, 541 U.S. 36 (2004) által kezdeményezett ügyek sorát, amelyben Scalia bírósági többségi véleménye nagymértékben támaszkodott a konfrontációs klauzula eredeti, nyilvános értelmezésére.

²⁰ *Vö.* McDonald kontra Chicago város, 561 U.S. 742 (2010) (amely szerint a második módosítást a tizennegyedik cikkely tartalmazza, és így az államokra is alkalmazandó).

²¹ National Federation of Independent Business kontra Sebelius, USA (5675192012).

²² Számos jogi kérdés úgy merül fel, hogy a tényállást több, egymást potenciálisan átfedő és potenciálisan ellentmondó jogi szabály, jogelv és jogi doktrína is érinti. Ennek eredményeképpen a jó ügyvédek nemcsak azt próbálják bemutatni, hogy egy adott szabály hogyan értelmezhető az ügyfelük javára, hanem azt is, hogy a kérdést úgy állítsák be, mint amely egyes szabályokat érint, másokat nem, illetve egyes doktrinális kategóriákat, másokat nem. Ennek a problémának a feltárását a potenciálisan versengő első módosítási doktrinális kategóriák összefüggésében lásd Frederick Schauer, *Not Just About License Plates: Walker v Sons of Confederate Veterans, Government Speech, and Doctrinal Overlap in the First Amendment*, 2014 Sup. Ct. Rev. 265. A kérdéssel foglalkozott Kim Lane Scheppele, Legal

Secrets: Equality and Efficiency in the Common Law (1988).

egy figyelembe veendő elem, hanem egy értelmezendő elem, és egy nagyobb mező egyik összetevője, amelyet egy (potenciálisan összefüggő) egészként kell értelmezni.²³ De a dworkiniánus holizmust és honfitársait félretéve, a törvény- és alkotmányértelmezés (tágra értelmezett) szakirodalmában széles körben elterjedt feltételezés, hogy a kiindulópont a hivatalos vagy kanonikus vagy felszínesen tekintélyes szöveg.²⁴

²³ Ronald Dworkin, A jog birodalma (1986). *A Law's Empire* a jogi döntéshozatal dworkiniánus értelmezői megközelítésének alapszövege, és további glosszák találhatóak Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (2008) című könyvében, valamint korábban Ronald Dworkin, *The Forum of Principle, in A Matter of Principle* 33 (1985). Dworkin alapgondolata az, hogy amit értelmeznek - az értelmezés mezeje - nem kizárólag vagy akár elsősorban állítólagosan tekintélyes kanonikus jogi szövegekből, például törvényekből, közölt határozatokból és alkotmányos rendelkezésekből áll. Sokkal inkább magában foglalja legalábbis a különböző egyéb politikai döntéseket, valamint az elfogadott politikai és erkölcsi elveket, így a bíró - vagy legalábbis az ideális bíró (Dworkin Herkulese) - az egész terület, és nem csak a hivatalos szövegek legjobb értelmezésének kihúzásával foglalkozik.

Az ilyen holisztikus értelmezési és döntéshozatali folyamatról pedig lásd az Amalia Amaya Navarro, *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and Its Role in Legal Argument* (2015).

Ehhez kapcsolódóan van némi történelmi bizonyíték arra, hogy a common law korai éveiben a parlamenti törvény - a statútum - csupán egy olyan elem volt, amelyet a common law bírójának figyelembe kellett vennie, és ennek megfelelően nem rendelkezett szükségszerű elsőbbséggel a korábbi bírói döntésekkel, a szokásokkal és az úgynevezett mesterséges jogérvekkel szemben. *Lásd* Gerald J. Postema, *Classical Common Law Jurisprudence*, Ox2.

U. Commonwealth L.J. 155 (2002) (I. rész); 3 Ox. U. Commonwealth L.J. 1 (2003) (II. rész); Mark P. Walters, *St. German on Reason and Parliamentary Sovereignty*, 62 Camb. L.J. 335 (2003). *Lásd még* Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy* (1998).

²⁴ Az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel a jogi érvelés és a jogi döntéshozatal nagyrészt *belső* perspektíváján belül helyezkedik el, szemben a leginkább az amerikai jogi realizmushoz, illetve újabban az empirikus politológusok által kifejlesztett attitűdmodellhez kapcsolódó *külső* perspektívával. A szokásos realista kép szerint az értelmezési aktus első lépése nem a vonatkozó szöveg vagy szövegek megismerése, hanem a bíró - gyakran nem jogi, erkölcsi, politikai, politikai vagy gazdasági okokra alapozott - döntése arról, hogy mi legyen a helyes eredmény. *Lásd* Joseph C. Hutcheson, Jr., *The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision*, 14 Corn. L.J. 274 (1929). *Lásd általában* Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* 128-31(2009); Frederick Schauer, *Legal Realism Untamed*, 91 Texas L. Rev. 749 (2013). A realisták számára a vonatkozó szövegeket csak az eredmény megállapítása után hozták szóba, és az igazolás - *racionalizálás*, Jerome Frank

szerint (Jerome Frank, Law

Miután a vonatkozó szöveget azonosították, a hagyományos nézet szerint a szöveg értelmezése, majd az értelmezésnek az adott ügyre való alkalmazása egyetlen, nem differenciált folyamat, így az értelmezés feladata magában foglalja annak meghatározását, hogy a vonatkozó nyelvezet hogyan alkalmazható egy adott tényállás és egy adott jogi kérdés esetében. És ez az oka annak, hogy hagyományosan, és főként a jogszabályokról szóló írások kontextusában a "jogszabály-értelmezés" és a "jogszabály-konstrukció" kifejezéseket lényegében szinonimaként értelmezik.²⁵

A hétköznapi vagy hagyományos nyelvhasználatot félretéve azonban a tárgyalt nézet hívei ragaszkodnak ahhoz, hogy az értelmezés és a konstruálás különálló folyamatok, függetlenül attól, hogy milyen címkéket használunk a két folyamat jelölésére.²⁶ Az értelmezés, mondják, a következők meghatározását foglalja magában

and the Modern Mind (1930)) - az eredmény más alapon született. Különösen a Legfelsőbb Bíróság döntéshozatali kontextusában sok minden szól a realista beszámoló mellett, ahogyan azt a politológusok már régóta dokumentálják (*lásd pl.*, és szemináriumszerűen: Jeffrey J. Segal & Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (2004)), és ahogyan azt még Charles Evans Hughes főbíró is elfogadta, amikor megjegyezte, hogy "[a]z alkotmányos szinten, ahol mi dolgozunk, minden döntés kilencven százaléka érzelmi jellegű. A racionális részünk szolgáltatja az indokokat, amelyekkel alátámasztjuk előítéleteinket". William O. Douglas, *A bíróság évei: 1939-1975*, 8. o. (1974). E dolgozat céljaira, valamint az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel értékelésének céljából azonban félreteszem a realista kritikát, és így nagyrészt belső elemzéssel haladok, tekintet nélkül arra, hogy ez a belső elemzés mennyiben tükrözi vagy nem tükrözi a tényleges, még ha jellemzően nem is elismert bírói gyakorlatot.

²⁵ *Lásd pl.* Henry Campbell, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws* (1896); C.C. Langdell, *The Northern Securities Case and the Sherman Anti-Trust Act*, 16 Harv. L. Rev. 539, 551 (1903); Thayer, 13. lábjegyzet. Érdemes megemlíteni azt is, már csak azért is, mert kár lenne nem megemlíteni, hogy Campbell könyvéről a *Harvard Law Review*-ban megjelent, aláírás nélküli recenziójának nyitó sora a következő mondattal kezdődik: "Nem volt olyan üres rés a jogi irodalomban, amelyet ez a könyv betölthetett volna". Book Review, 10 Harv. L. Rev. 137 (1896).

²⁶ Lásd Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, *Supra* note 2, 483-85. o., válaszul

a Scalia & Garner, *Supra* note 5, 13. o., hivatkozásra.

egy adott rendelkezés jelentése (vagy nyelvi tartalma),²⁷ például amikor egy bíró úgy értelmezi a "kereskedelem" szót a kereskedelmi záradékban, hogy az magában foglalja az áruk vagy utasok szárazföldi, tengeri vagy légi szállítását és kereskedelmét,²⁸ vagy amikor a nyilvános és politikai vita és vita azt határozza meg, hogy a "született állampolgár" kifejezés magában foglalja az amerikai állampolgár szülőktől való születést, még akkor is, ha a születés az Egyesült Államok területi határain kívül történik.²⁹

A rendelkezés értelmének meghatározása - a rendelkezés értelmezése - azonban nem ad választ arra a kérdésre, hogy ezt az értelmet hogyan kell alkalmazni az egyes esetekre, konkrét vitákra vagy konkrét tényekre. Ez a folyamat a konstruálás, így szól az érvelés, és a konstruálás magában foglalhatja a rendelkezés nyelvi jelentésének kiegészítését (vagy elvonását).

²⁷ Egyelőre elhalasztom a jelentés és az ügynevezett jogi jelentés közötti kapcsolatra vonatkozó kérdéseket. Egyes kommentátorok számára többé-kevésbé minden, a jelentés eszméjével kapcsolatos kérdés a jogi értelmezési kontextusokban a jogi jelentés kérdéseiként címkézhető. *Lásd például* Richard H. Fallon, Jr., *The Meaning of Legal "Meaning" and Its Implications for Theories of Legal Interpretation*, 82 U. Chi. L. Rev. 1235 (2015). Az értelmezés és az értelmezés közötti különbségtétel legtöbb támogatója azonban, *lásd a fenti* 2. lábjegyzetet, kifejezetten vagy hallgatólágyan ellenáll a jelentés és a jogi jelentés egyszerű összemosásának, kitérve amellet, hogy a *jogi* jelentés - a fogalmak és a kapcsolódó szaknyelvi kérdések mellett - az értelmezés feladata az értelmezés, míg az értelmezés nagyrészt a mérvadó jogi nyelv szokásos köznapi jelentésével foglalkozik.

²⁸ *Vö.* Gibbons v. Ogden, U22.S. (9 Wheat.) (1824) (a "kereskedelem" meghatározása: "érintkezés").

²⁹ Az 1964-ben George Romney michigani kormányzó elnöki tisztségre való alkalmasságával, 2008-ban John McCain arizonai szenátorral, 2016-ban pedig Ted Cruz texasi szenátorral kapcsolatos kérdések nyomán, akik mindannyian szó szerint az Egyesült Államok területén kívül, de ideiglenesen külföldön élő amerikai állampolgárok gyermekeként születtek, legalábbis egyelőre biztonságosnak tűnik a következtetés, hogy az amerikai politikai folyamat, amely a szinte biztosan nem bírálható alkotmányos rendelkezések végső értelmezőjeként működik (*lásd* Powell v. McCormack, 395

U.S. 486 (1969) (arra a következtetésre jutva, hogy az alkotmányban meghatározott, a kongresszusba való választhatóságra vonatkozó követelmények alkalmazása nem igazolható politikai kérdés), úgy értelmezte a "természetes születés" klauzulát, hogy az nem követeli meg a születés időpontjában az Egyesült Államok területén való fizikai jelenlétet. Az ellenkező

álláspontot és a kérdés alapos háttérét lásd Gabriel Chin, *Why John McCain Cannot be President: Eleven Months and a Hundred Yards Short of Citizenship*, 107 Mich. L. Rev. First Impressions 1 (2008).

Így a tizenegyedik módosításban³⁰ a "másik állam" szavak jelentése a hétköznapi nyelvi jelentés alapján kizárhatja az "ugyanazon állam" kifejezést, de az, hogy ez a jelentés irányadó-e, politikai, történelmi, doktrinális és intézményi tényezők szélesebb körét foglalja magában, vagy így döntött a Legfelsőbb Bíróság annak eldöntésekor, hogy a tizenegyedik módosításnak az egyik állam állampolgára által egy másik állam ellen indított perekre vonatkozó szövetségi joghatóság tilalma magában foglalja az állampolgár által az állampolgár saját állama ellen indított pereket is.³¹ Hasonlóképpen, bár a *Riggs kontra Palmer*³² ügyben a többség és a különvélemény is egyetértett abban, hogy a New York-i végrendelet szövege *azt jelenti*, hogy Elmer Palmer annak ellenére jogosult az öröklésre, hogy az örökhagyó halálának bűnözői okozója volt, a többség és a különvélemény elváltak abban a kérdésben, amelyet a konstrukció kérdésének lehet tekinteni - hogyan kell ezt az értelmet alkalmazni az adott ügy konkrét tényeire.³³

Ezt a két példát azért ajánlom fel, hogy alátámasszam az építés mindenütt jelenlévő voltát az imént leírt értelemben. Így, bár Lawrence Solum támogatja azt a nézetet, hogy a konstrukció az alkotmányos döntéshozatalban mindenütt jelen van a fontos

³⁰ U.S. Const. amend. XI.

³¹ Hans kontra Louisiana, 134 U.S. 1 (1890). A szövegben szereplő megállapítás összhangban van azzal a nézettel, hogy "[a]z Eleventh Amendment általánosan úgy veszik, hogy *nem* azt jelenti, amit mond". Martha A. Field, *The Eleventh Amendment and Other Sovereign Immunity Doctrines*, 126 U. Pa. L. Rev. 515, 516 (1977). *Lásd még* Suzanna Sherry, *The Eleventh Amendment and Stare Decisis: Overruling Hans v. Louisiana*, 57 U. Chi. L. Rev. 1260 (1990).

³² 22 N.E. (188N.Y. 1889).

³³ Ronald Dworkin, aki *Riggs-et* az utóbbi generációk számára híressé tette, jelentős zavart keltett azzal, hogy először mutatta be *Riggs-et* egy "Nehéz esetek" című cikkében. Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 Harv. L. Rev. 1057 (1975). Igaz, hogy *Riggs* nehéz esetté válik, ha elfogadjuk a dworkiniánus nézetet, miszerint a jog doktrinális, politikai és morális elvek nem mereven elhatárolt amalgámjából áll, és *Riggs abban* az értelemben is nehéz eset, hogy (másokhoz hasonlóan) konfliktust mutat be a jogilag helyes és az erkölcsileg helyes válaszok között, de a leginkább releváns törvény, a New York-i végrendelet nyelvének kezdeti

értelmezését tekintve *Riggs könnyű* eset volt, amint azt mind a többség, mind a különvélemény elismerte és egyetértett.

helyes megállapítása, miszerint "az amerikai alkotmány tényleges szövege általános, elvont és homályos rendelkezéseket tartalmaz, amelyek konkrét alkotmányos esetekre való alkalmazásához alkotmányos konstrukcióra van szükség"³⁴, valójában Solum következtetése, bár helyes, túlságosan szűkszavú. A valóságban számos olyan eset van, amikor még a Solum-féle értelemben vett konstrukcióra is sor kerül, amikor a nyelvezet sem nem általános, sem nem elvont, sem nem homályos. A *Riggs* jó példa erre, mert bár Ronald Dworkin az esetet a "nehéz esetek" közé sorolja,³⁵ az csak azért nehéz eset, mert ami nyelvi szempontból könnyű esetnek tűnik, az nehéz esetté válik, amint felismerjük, hogy a vonatkozó jogi rendelkezés jelentésének egyszerű alkalmazása az adott ügyre erkölcsileg kellemetlen eredményt hoz.³⁶ És, Dworkin "*Law's Empire*" című könyvében³⁷ és Duncan Kennedy "*Legal Formality*" című könyvében megfogalmazott korábbi javaslatát követve,³⁸ amíg a szöveg értelmezett jelentésétől való eltérés eredménye és véleménye megengedhető

³⁴ Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, *Supra* note 2, 458. o., 458. o. *Lásd még* *Fay v. New York*, U332.S. (261,1947282) (Jackson, J. többségi véleménye) (a tizennegyedik módosítás "fenséges általánosságaira" utalva); *West Virginia Bd. of Educ. V. Barnette*, 319 U.S. 624, 639 (1943) (Jackson, J. többségi véleménye) (a Bill of Rights "fenséges általánosságainak" leírása).

³⁵ *Lásd a fenti*³³, megjegyzést. *Lásd még* Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977)81.

³⁶ Ugyanígy akkor is, amikor a rendelkező jogszabály nyelvi jelentése a törvényhozó szándékával ellentétes eredményt hoz, mint a közelmúltban a Yates kontra Egyesült Államok ügyben, 135 S. Ct. 1074 (2015), ahol a vonatkozó törvény (a 2002. évi Sarbanes-Oxley törvény, 116 Stat. 745, 18 U.S.C. § 1519 (2018)) "tárgyi tárgy" nyelvi megfogalmazása nyelvi magában foglalta a méreten aluli vörös sügért, amelyet Yates úr jogellenesen fogott ki és tartott meg (majd visszadobott a Mexikói-öbölbe, hogy meghiúsítsa a büntetőeljárást), bár a törvény egyértelműen a pénzügyi csalással, és nem a szövetségi halászati szabályok megsértésével foglalkozott, amint azt az 5-4-es többség megállapította.

³⁷ Dworkin, *Law's Empire (A jog birodalma)*, *supra* note at 6,266.

³⁸ Duncan Kennedy, *Jogi formalitás*, J2. Legal Stud. 351 (1973).

bizonyos esetekben, akkor *minden esetben* meg kell vizsgálni, még ha *szub silentio is*, hogy ez az egyik olyan eset-e, amelyben a jelentésnek nem kellene irányítania a végeredményt.³⁹

Szeretném újrafogalmazni és hangsúlyozni az előző bekezdésben szereplő állítást. Az egyik nézet szerint, amelyet a "korlátozott konstrukció" nézetnek nevezhetünk, a konstrukció területe és lehetőségei az értelmezett szöveg nyelvi meghatározatlanságának valamilyen formájától függenek. A szöveg lehet homályos, vagy kétértelmű, vagy egy korábban egyértelmű szöveg valamilyen váratlan alkalmazás következtében homályossá válhat - a szoros értelemben⁴⁰ vett "nyitott szöveg" jelensége -, és ekkor, de csak ekkor válik szükségessé a konstrukció. Egy másik nézet szerint azonban - nevezük ezt "robusztus konstrukció" nézetnek - még a legeggyértelműbb szöveg értelmezése is csak az első lépés a

³⁹ A Kennedy/Dworkin-féle nézet szerint, ha száz esetből (a számok az enyémekek) egy esetben lehetséges a szöveggel ellentétes következtetés, akkor a száz esetből mind a százban nyitva áll a kérdés, hogy ez az az egy eset, amelyben a szöveg nem fog irányítani. Fogalmilag ez igaz, de hogy ez a felfogás pontosan megragadja-e a jogi döntéshozatal fenomenológiáját, az már más kérdés. *Lásd* Frederick Schauer, *Playing By the Rules: A szabályalapú döntéshozatal filozófiái vizsgálata a jogban és az életben* 167-206 (1991).

⁴⁰ Az amerikai jogászprofesszorok légióinak (félre)használata ellenére a "nyílt textúra" nem a homályosság divatos szinonimája. Sokkal inkább, ahogyan a kifejezést (a német *Porosität* szó felhasználásával) az osztrák, majd oxfordi filozófus, Friedrich Waismann alkotta meg és értelmezte, a nyílt textúra nem homályosság, hanem a homályosság kiküszöbölhetetlen lehetősége még a legpontosabb (nem homályos) kifejezések esetében is. Friedrich Waismann, *Verifiability*, 19 Proceedings of the Aristotelian Society (Supp.) 119 (1945). A nyílt szerkezet tehát Waismann szerint a nyelvnek általában véve, és nem egy nyelv egyes szavainak jellemzője. Szabadkozva azt mondhatnánk, hogy a nyílt textúra akkor nyilvánul meg, amikor az, amit korábban maximálisan pontosnak hittünk, egy várható alkalmazással szembeül, és így az adott alkalommal homályossá válik, de hogy hűek maradjunk a kifejezés eredetéhez, nem kellene azt mondanunk, hogy a nyílt textúra ugyanaz, mint a homályosság. Sőt, azt is mondhatnánk, hogy a szándékos homályosság bizonyos kontextusokban a nyílt textúra potenciális gyógymódja, mivel a szándékos homályosság eleve magában foglalja azt a rugalmasságot és diszkréciót, amelyet a váratlan homályosság - a nyílt textúra terméke - esetleg orvosolhatatlanná tesz. *Lásd* Frederick Schauer, *On the Open Texture of Law*, 87 Grazer Philosophische Studien 195 (2013). *Lásd még* Frederick Schauer, *Friedrich Waismann, Language Strata, and the Problem of Technical Language*, in Friedrich Waismann: *The Open Texture of Analytic Philosophy* (Dejan Makovec & Stewart Shapiro szerk., megjelenés alatt, 2019) (a nyílt textúra kérdését összekapcsolja a

technikai nyelvvel kapcsolatos kérdésekkel).

az alkalmazás (konstrukció) folyamata, és még egy nyelvileg egyértelmű szöveg nyelvileg egyértelmű alkalmazása is félreállítható, ha az alkalmazás szokatlanul rossz eredményt eredményezne.⁴¹

Mint esetleges empirikus kérdés, a robusztus konstrukció nézete nagyrészt pontos leírásnak tűnik a modern amerikai jogi és bírói gyakorlatról. Dworkin tévedett, amikor azt feltételezte, hogy a *Riggs-ügyben* kialakított többségi vélemény reprezentatív az amerikai jog rutinszerű működésére, mivel a dolgok normális menetében a törvényi nyelvezet szokásos jelzései gyakran (talán még általában is) érvényesülnek, még az ellenkező irányba mutató, nem törvényi elvi vagy politikai érvekkel szemben is.⁴² De ezeknek a rendes jelzéseknek az összehasonlító ereje vélelmezhető és nem abszolút, és az amerikai jogi környezet régóta bevett jellemzője, hogy a legtöbb esetben még az egyértelmű törvényi és alkotmányos nyelvezet is ki van szolgáltatva a különösen erős erkölcsi vagy politikai megfontolásoknak.⁴³

⁴¹ Különösen fontos precedens itt a *United States v. Kirby*, 74 U.S. (7 Wall.) 482, 486- 87 (1868), amely szerint "minden törvényt értelmesen kell értelmezni", hogy kerülni kell az olyan szó szerinti értelmezést, amely "igazságtalansághoz, elnyomáshoz vagy abszurd következményhez vezet", és hogy a "törvény értelmének" kell érvényesülnie a betűvel szemben. *Id.* Önmagában a *Kirby* nem figyelemre méltó, és csupán egy a sok év alatt született számos ügy közül (*lásd pl.* *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457 (1892)), amely szerint az ész, a cél, a józan ész és még sok minden más időnként dominálhat a nyelvi jelentéssel kapcsolatos ellentétes megfontolások felett. *A Kirby* azonban azért érdekes, mert ugyanabban az évben hozták meg a döntést, amikor a tizennegyedik módosítást ratifikálták. Ezért *Kirby* legalábbis némi támogatást nyújt annak a nézetnek, hogy az alkotmányos nyelvezet megdönthetősége már akkor is fennállt, amikor a tizennegyedik módosítás nyelvezete az alkotmány részévé vált, és ezért még az originalista szemléletből is, hogy a tizennegyedik módosítás nyelvezetének meggyőzőnek vétele további, az alkotmányos nyelvezetben nem szereplő előfeltételeket igényel.

⁴² Az ezt a következtetést alátámasztó érveket és példákat, még a *Riggs-ügyhöz* nagyon hasonló tényekkel összefüggésben is, lásd Frederick Schauer, *The Limited Domain of the Law*, 90 Va. L. Rev. (19092004); Frederick Schauer, *Constitutional Invocations*, Fordham 47 L. Rev. 1295 (1997).

⁴³ *Lásd* Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* (1982). Bár Calabresi érvelése a bíróságok azon jogköre mellett, hogy még a legegyszerűbben elavult

jogszabályokat is aktualizálják, inkább normatív, mint leíró jellegű, az a tény, hogy az ilyen érvelés nem volt akadály a

Most már világosnak kell lennie, hogy az értelmezés és az értelmezés közötti különbségtételnek miért állnak gyakran ellen az eredeti közjogi értelemben vett eredetiség hívei, és hogy a különbségtétel miért jelent vitathatóan fegyvert ezzel és az úgynevezett textualizmus más formáival szemben.⁴⁴ A kemény mag textualisták számára, akár az eredeti köznapi jelentés, akár a kortárs köznapi jelentés képviselői,⁴⁵ a nyelvészeti

Calabresi kinevezése és megerősítése a Második Kerületi Bíróság bírójává sokatmondó bizonyíték az amerikai jogi és bírói kultúra (leíró jellegű) formátlansága mellett. *Lásd* P.S. Atiyah & Robert S. Summers: *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* (1987). És lásd még Melvin A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law* (1988), amely Dworkinnal *ellentétben* világossá teszi, hogy a politikai és az elvi megfontolások egyaránt nagy szerepet játszanak az amerikai ítélkezésben.

⁴⁴ Egyáltalán nem egyértelmű, hogy a "textualizmus" szó különösebben hasznos-e, mivel úgy tűnik, hogy ez a szó a különböző kommentátorok számára magában foglalja az eredeti közjogi értelemben vett eredetiséget, a kortárs közjogi értelemben vett eredetiséget, az eredeti szándék eredetiségét és még sok mást. Sőt, még ha az élő alkotmányosság egyes (vagy valamennyi) formáját ki is akarjuk zárni, a "textualizmus" talán nem is zárja ki mindet, kivéve talán azokat a megközelítéseket, amelyek egyenesebben elismerik, hogy a szöveg a legtöbb vitatott alkotmányos ügyben nem sok munkát végez. Lásd talán David Strauss, *A Legfelsőbb Bíróság, 2014-es terminus - Előszó: Does the Constitution Mean What It Says?* 129 Harv. L. Rev. 1 (2015). Amint arról beszámolt Eric J. Segall, *The Constitution Means What the Supreme Court Says It Means*, 129 Harv. L. Rev. F. 176 (2016), Richard Posner bíró konferencián elhangzott megjegyzéseiben még határozottabban szövegellenes álláspontra helyezkedett.

⁴⁵ Itt *nem az* egyidejű közértelmezésre utalok, a hatálybalépéssel egyidejű értelemben, sem a "kortárs közértelmezésre" való hivatkozásokra, amelyek valójában "egyidejű" jelentésűek. Inkább a textualizmus vagy a közértelmezés egy olyan formájára utalok, amely az adott nyelvnek az értelmezés időpontjában - azaz most - fennálló közértelmezésén alapul. A jogszabály-értelmezéssel összefüggésben az értelmezésnek ez a formája olyannyira mindenütt jelen van, hogy ritkán emelik ki vagy vitatják meg, főként azért, mert a legtöbb esetben a jogszabály-értelmezés olyan jogszabályi nyelv értelmezését (és értelmezését) érinti, amelyet viszonylag nemrégiben fogadtak el, és amelynek hétköznapi jelentése nem változott a hatálybalépés és a vitatott alkalmazás időpontja között. *Lásd pl.*, *Yates v. United States*, 135 S. CT. 1074 (2015), amelyet a *fenti* 36. jegyzetben tárgyalunk. Az alkotmányértelmezés kontextusában azonban a kortárs köznapi értelemben vett megközelítés zavarba jönne az alkotmányos nyelvezet néhány olyan formája miatt, amelyek köznapi jelentése drámaian megváltozott az idők során, mint például talán a IV. cikk 4. szakaszában szereplő "Közársasági kormányforma" záradék, de nem egyértelmű, hogy ezek a zavarok - és zavarok ezek - kisebb gyakorisággal és kisebb következményekkel járnak, mint azok, amelyek más értelmezési megközelítések termékei lehetnek. Mégis, érdemes megjegyezni, hogy az alkotmányértelmezés

egy olyan plauzibilis megközelítése az, amely a nyelv jelenlegi nyilvános jelentését vizsgálja, és ez egy olyan megközelítés, amelyet - bár elméletileg fejletlen módon - javasoltak például John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (1980); Cass R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It*

a vonatkozó rendelkezés jelentése választ ad a tényállás által feltett kérdésre. Ha azonban a rendelkezés értelme nem ad választ az alkalmazás kérdésére - és ez az értelmezés-konstruálás megkülönböztetés alapvető és fontos felismerése -, akkor a rendelkezés értelmének megtalálása nem mondja meg a bírónak, hogy mit kell tennie. Más szavakkal, és a kemény mag textualistáival ellentétben, az értelmezés és a konstrukció megkülönböztetése világossá teszi, hogy egy rendelkezés jelentésének meghatározása, akár az eredeti, akár a mai jelentésről van szó, ⁴⁶még mindig sok munkát hagy maga után, és sok lehetőséget ad arra, hogy néhány vagy sok szövegen kívüli megfontolás szerepet játsszon.

II. Mi a helyes az értelmezés-építés megkülönböztetésében?

Always Meant (2009); Hillel Y. Levin, *Contemporary Meaning and Expectation in Statutory Interpretation*, 2012 U. Ill. L. Rev. 1103; Frederick Schauer, *Easy Cases*, 58 S. Cal. L. Rev. 399 (1985); Frederick Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, 29 UCLA L. Rev. 797 (1982). Nyilvánvaló, hogy egy olyan értelmezési módszer, amely a kortárs közértelmezésre összpontosít, elutasítja azt, amit Solum "rögzítési tézisnek" nevez, vagyis azt az elképzelést, hogy a jelentés az első használat során rögzül, de hogy a rögzítési tézis elutasítása erény vagy hiba - jellemző vagy hiba -, az magában foglalja a legnagyobb kérdéseket, hogy mi is az alkotmány, és mire is hivatott az alkotmány. Anélkül, hogy itt túl mélyre ásnánk ebben a hatalmas kérdésben, érdemes megjegyezni, hogy az alkotmányértelmezési megközelítések egyik lehetséges erénye, amely nagymértékben támaszkodik a kortárs közértelmezésre, az, hogy elismeri az elfogadott, tekintélyelvű nyelv általi korlátozás fontosságát oly módon, ahogyan az élő alkotmányosság legerősebb formái nem teszik, ugyanakkor elismeri a múlt túlzott korlátozásának lehetséges problémáit, beleértve a múlt problémáit és a múlt megoldásait a saját és a mi problémáinkra.

⁴⁶ Vagy, ami azt illeti, még az értelmet sem, amelyet a vonatkozó nyelvezetet megfogalmazók, jóváhagyók vagy ratifikálók szándéka határoz meg. Az eredeti szándék eredetisége (*lásd pl.* Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment* (1977); Larry Alexander, *Simple-Minded Originalism, in The Challenge of Originalism: Essays in Constitutional Theory* (87 Grant Huscroft & Bradley W. Miller szerk., 2011)) a legtöbb kortárs vitában felváltotta az eredeti közjogi értelemben vett originalizmus, de az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés mögött álló belátás mindkettőre érvényes.

⁴⁷ Amára már fáradtan ismerős példával kezdjük azzal, hogy megvizsgáljuk Lon Fuller megközelítését a H.L.A. Harttal folytatott vitában a "járműveket tilos a parkban" szabály⁴⁹ értelmezésével ⁴⁸kapcsolatban, amelyet Fuller hipotetikus példájára, a tervezett háborús emlékmű szobrára, amely egy teljesen működőképese katonai teherautót tartalmaz, alkalmazott.⁵⁰ Fuller nyilvánvalónak tartotta, hogy a szobrot/járművet nem tilthatja meg a "tilos járműveket a parkban" szabály, de úgy vélte, hogy Hart hibája abban rejlik, hogy a szabály nyelvezetét a nyelv céljára való hivatkozás és a nyelvezet adott esetben való alkalmazása nélkül értelmezte.⁵¹ Így, bár nem volt teljesen világos a kérdésben, Fuller úgy vélte, hogy a "jármű" szó ebben az összefüggésben nem tartalmaz olyan alkalmazást, amely ennyire ellentmond a józan észnek, és ennyire ellentmond annak a (számára) nyilvánvaló abszurditásnak, hogy a szabályt ilyen nevetséges eredmény elérésére használják.⁵²

Ezzel az érveléssel Fuller, úgy tűnik, pontosan azt az értelmezési bűncselekményt követte el, amelyet az értelmezés és az értelmezés közötti különbségtételnek meg kell akadályoznia. Feltételezve az érvelés kedvéért, hogy az illetékes tisztviselők számára rossz eredmény lett volna, ha

⁴⁷ Aki még nem fáradt el, lásd Frederick Schauer, *A Critical Guide to Vehicles in the Park*, 83 NYU L. Rev. 1109 (2008).

⁴⁸ Lon L. Fuller, *Pozitivizmus és joghűség: A Reply to Professor Hart*, 71 Harv. L. Rev. 630 (1958), válasz H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 Harv. L. Rev. 593 (1958).

⁴⁹ Hart, *fentebb*, 48. lábjegyzet, 608-15. o. *Lásd még* H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 125-27 (Penelope Bulloch, Joseph Raz & Leslie Green szerk., 3. kiadás, 2012) (1961).

⁵⁰ Fuller, *fenti* megjegyzés, 48,661-69. o.

⁵¹ *Id.* 668-69.

⁵² *Id.*

kizárja a szobrot a "járműveket tilos a parkban" szabály alapján, úgy tűnik, ⁵³Fuller úgy vélte, hogy jó eredményt hozott volna, és elkerülhető lett volna a rossz eredmény, ha a szabály szavait úgy értelmezik, hogy ez az eredmény szülessen. ⁵⁴ E következtetés levonása során azonban úgy tűnik, hogy Fuller azt az álláspontot képviselte, hogy a vonatkozó szavak jelentése attól az eredménytől függ, amelyet az e szavaknak tulajdonított jelentés eredményezne. A háborús emlékmű eszközként való értelmezése által előidézett rossz eredmény elkerülhető lenne a szabály nyelvezetének olyan értelmezésével, hogy a rossz eredményt a szabály és annak jelentése már nem foglalja magában. Fuller és mások számára pedig ezt a nézetet látszik alátámasztani az a (nem alátámasztható) előfeltevés, hogy egy szó, kifejezés vagy mondat jelentése szinte teljes mértékben attól a konkrét kontextustól függ, amelyben a szót, kifejezést vagy mondatot egy adott alkalommal használják. ⁵⁵

Az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel hívei talán Fuller álláspontját tekintették egyik célpontjuknak. Bizonyára van néhány jó ok arra (és néhány ellene), hogy a "járműveket tilos a parkban" szabályt megdönthetőnek tekintsék, ⁵⁶de ez a következtetés

⁵³ Nem mindenki fogadná el ezt a következtetést. Lásd John Manning, *The Absurdity Doctrine*, 116 Harv. L. Rev. 2387 (2003); Frederick Schauer, *The Practice and Problems of Plain Meaning*, 45 Vand. L. Rev. 715 (1992). Vö. Frederick Schauer, *Formalism*, 97 Yale L.J. 509 (1988) (a formalizmus minősített védelmét ajánlva, még akkor is, ha az bizonyos esetekben szuboptimális eredményt hoz).

⁵⁴ Fuller, *fenti* megjegyzés, 48,661-69. o.

⁵⁵ Fuller világossá teszi a radikális kontextualizmus e formájával való szimpátiáját a Fuller, *Supra* note 48, 661-69. o., Fuller, *Supra* note 48, 661-69. o. Lásd még James Boyle, *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, 133 U. Pa. L. Rev. 685, 708-13 (1985). A vonatkozó nyelvfilozófiáról készített saját összefoglalóimat, amelyek megmutatják, hogy miért inkohérens egy ilyen nyelvszemlélet, lásd Schauer, *Formalism*, 53. lábjegyzet *fentebb*. Lásd még Schauer, *Playing By the Rules*, 53-76. o. (lásd még: Schauer, *Playing By the Rules*, 39,53-76. o.).

⁵⁶ Lásd a *fenti* 53. lábjegyzetet. A szabályok megdönthetőségéről általában lásd Luis Duarte d'Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law* (2015);

The Logic of

jogi és nem nyelvi jellegű. A jel nyelvi jelentése kizárja a szobrot, de hogy a szobrot valóban kizárják-e, az annak meghatározásától függ, hogy a nyelvi jelentés irányadó-e ebben az esetben. Úgy kell *értelmeznünk* a táblát, hogy az szó szerint vagy arculati értelemben kizárja a szobrot, de amikor ezt az értelmezést *értelmezzük* - amikor az értelmezett szabályt konkrét tényekre és ellentmondásokra alkalmazzuk -, azt tapasztaljuk, hogy a jogrendszer, vagy legalábbis a huszadik (és huszonegyedik) századi amerikai jogrendszer bőséges eszközökkel rendelkezik ahhoz, hogy egy bíró vagy más döntéshozó hajlandó legyen elkerülni a nyilvánvalóan szuboptimális eredményt.⁵⁷ Fuller hibája, úgy tűnik, abban rejlik, hogy nem ismeri fel, hogy e következtetés elérése kétlépcsős folyamat, és így azt feltételezi, hogy a kívánatos eredményhez vezető utat úgy lehet megtalálni, hogy a szavakat az adott alkalommal elérendő legjobb eredmény fényében újrafogalmazzuk.

Fuller álláspontja Fuller számára nem meglepő. Elvégre nagy érdeklődést mutatott a jogi fikciók iránt,⁵⁸ és így legalábbis némi szimpátiával tekintett arra a régóta fennálló bírói gyakorlatra⁵⁹, hogy a szokásos jelentéssel bíró szavakat újraértelmezik (vagy félreértelmezik) egy kívánatos eredmény elérése érdekében. A talán leghíresebb történelmi példában, a *Mostyn kontra Fabrigas ügyben*⁶⁰ Lord Mansfield úgy határozta meg Menorca szigetét, mint ami Londonban van (ami nem az), hogy joghatóságot biztosítson egy olyan ügyben, amelyben súlyos igazságtalanságot kellett orvosolni, olyan jogorvoslatot, amely orvoslásra szorult.

Jogi követelmények: Essays on Defeasibility (Jordi Ferrer Beltran & Giovanni Battista Ratti szerk., 2012).

⁵⁷ *Lásd a fenti*43, megjegyzést.

⁵⁸ Lon L. Fuller, Jogi fikciók (1967). *Lásd még* Kenneth Campbell, *Fuller on Legal Fictions*, 2 L. & Phil. 339 (1983).

⁵⁹ *Lásd* J. H. Baker, *A jog két teste: Some Evidential Problems in English Legal History* (2001).

⁶⁰ 1 Cowp. 161 (1774) (K.B.).

a vonatkozó joghatósági alapokmányok értelmében csak londoni székhelyű felperesnek adható meg. Hasonlóképpen, szinte bizonyosan apokrif módon, azt mondják, hogy a második világháború első éveiben a brit élelmiszerhiány idején egy magas rangú kormányminiszter, aki maga is Magdalen College (Oxford) diplomával rendelkezett, a Magdalen területén legelésző, kedvelt szarvasokat zöldségként határozta meg, hogy megakadályozza, hogy lefoglalják őket, hogy levágják őket élelmiszerként.⁶¹

De ha úgy gondoljuk, hogy időnként hasznos, ha képesek vagyunk felismerni, hogy a szarvasok nem zöldségek, hogy Menorca nem Londonban van, és hogy az emlékművekhez használt járművek még mindig járművek, akkor óvakodnunk kell minden olyan stratégiától, amely annyira beleszeret a konkrét alkalmazási kontextusba, hogy lemond arról, hogy a nyelv éppen azáltal szolgál kommunikációs eszközként, hogy képes legalább részben kontextuális módon közvetíteni a tartalmat. Azért tűrjük a jogi fikciókat, mert (vagy amikor) szimpatizálunk az általuk létrehozott eredményekkel, de ha megkülönböztetjük, hogy mit jelent a nyelv, attól, hogy milyen eredményeket akarunk létrehozni, az értékelhetően megkülönbözteti magát a jelentés kérdését a teljesen eltérő alkalmazás kérdésétől. Ha egy rendkívül népszerű elnök egy súlyos nemzeti válság idején, óriási közvéleményi és politikai támogatással egy harmadik ciklusra is indulni kívánna, lehet, hogy jó okok, sőt, akár jó jogi okok is szólhatnak a jelölés elfogadása mellett (és lehet, hogy nem), de a huszonkettedik módosításban⁶² a "kettő" szó "három"-ra való meghatározása zavaros útnak tűnik. Az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel erénye, hogy segít megérteni ezt, és így elkerülni a szavak (és kifejezések) pillanatnyi igényeknek megfelelő újrafogalmazásának túl könnyű hajlandóságából fakadó negatív következményeket.

⁶¹ Lásd Frederick Schauer, *Legal Fictions Revisited*, in *Legal Fictions in Theory and Practice* 113 (Maksymilian Del Mar & William Twining szerk., 2015).

⁶² U.S. Const. amend. XXII (az elnökséget két ciklusra korlátozza).

III. És mi nem

Az előző szakaszban leírt elemzés középpontjában az a következtetés áll, hogy az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel lényege az az elképzelés, hogy a nyelv jelentése elválasztható (és el is kell választani) a nyelv adott alkalommal történő implikációitól, különösen a normatív implikációitól.⁶³ A joggal összefüggésben az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel erre a következtetésre épül, és megerősíti azt, és így ragaszkodik ahhoz, hogy a nyelv jelentését a jogon belül meg kell különböztetni attól, hogy a jognak mit kellene tennie ezzel a nyelvvel egy adott alkalommal, és az előbbi az értelmezés, az utóbbi pedig a konstrukció. Ez a megkülönböztetés és a mögötte álló belátás fontos és nagyrészt helyes, amennyiben a jog kommunikál a címzettjei - bírák, ügyvédek, tisztviselők és a nagyközönség - felé, de amint rátérünk a jog szaknyelvére - arra a nyelvre, amelyet a jogban találunk, de máshol ritkán -, a dolog problematikussá válik.

Nem meglepő, hogy az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel eredete nagyrészt a szerződési jogban keresendő.⁶⁴ Az sem meglepő, hogy az értelmezés és az értelmezés közötti különbségtétel a parol evidencia szabályának néhány okával és megfontolásával ütközik.⁶⁵ Ha az írásbeli szerződés egyik alapvető célja az, hogy a felek számára lehetővé tegye a megállapodás hiteles (legalábbis a felek közötti) nyelvezetre történő redukálását, akkor a

⁶³ Lásd a források széles skálája mellett: Herman Cappelen & Ernest Lepore, *Insensitive Semantics: A Defense of Semantic Minimalism and Speech Act Pluralism* (2005); Robyn Carston, *Thoughts and Utterances: The Pragmatics of Explicit Communications* (2002); John R. Searle, *Literal Meaning*, 13 *Erkenntnis* 207 (1978).

⁶⁴ *Lásd a fenti*4, megjegyzést.

⁶⁵ Lásd Peter M. Tiersma, *Pergamen, papír, pixel: Law and the Technologies of Communication* 120 (2010).

a szerződés értelme elveszne, ha a felek egy kívülről kikényszerített - vagy egyoldalúan érvényesített - értelmezésnek lennének kitéve arról, hogy mit tettek, ami eltér attól, amit maguk a felek gondoltak, hogy tettek. És így a parol evidencia szabályának legalább részben az a célja, hogy elősegítse a szerződő felek közötti írásbeli megállapodás tekintélyét és merevségét.⁶⁶

De bár a parol evidence szabály ezeket a célokat szolgálja azáltal, hogy kizárja az írásbeli szerződésben szereplő kifejezések jelentését módosító külső bizonyítékokat, mégis van egy jól ismert kivétel a szabály alól a technikai - kereskedelmi szokások -- a felek által ismert és a működési területükön jól bevált jelentések esetében.⁶⁷ Ennek eredményeképpen például az "ezer" nyúl a nyúlkereskedelemben 1200 nyulat jelenthet, ⁶⁸és a külső bizonyítékok megengedettek annak kimutatására, hogy az "ezer" a nyulakra vonatkozó szerződésben valójában azt jelenti, hogy 1200.

Hasonlóképpen, és hogy egy másik numerikus példát használjak, ha a zsindeykereskedelemben úgy értelmezik, hogy az "ezer" a zsindeyköteg méretének megnevezése, és nem a kötegben lévő zsindeyok tényleges számát jelenti, akkor kiderülhet - és külső bizonyítékkal bizonyítható -, hogy a "4000 zsindey" a zsindeyok számának megfelelő zsindeyket2500 jelent.⁶⁹ Amint azt ezek az esetek is példázzák, a parol jog

⁶⁶ *Lásd pl.*, North American Savings Bank v. Resolution Trust Corp., 65 F.3d 111, 114 (8th Cir. 1995) (megjegyezve, hogy a parol evidence rule célja "az írásbeli szerződések szentségének megőrzése"); In re Haines, 528 B.R. 912, 922 (W.D. Mo. 2015) (ugyanez); Kropa v. Cabot Oil & Gas Corp., 716 F. Supp. 2d 375, 379 (M.D. Pa. 2010) (megjegyezve, hogy a parol evidence rule az "írásbeli megállapodások integritásának" megőrzését szolgálja); Arasimowicz v. Bestfoods, Inc., 2000 WL (1810096S.D.N.Y., Nov. 27, 2000), 3. pont (ugyanez).

⁶⁷ *Lásd* Samuel5 Williston, A Treatise on Contracts §654, at (603d ed., 1961); Lisa Bernstein, *Szokás a bíróságokon*, 110 Nw. U.L. Rev. 63, 71 n.29 (2015).

⁶⁸ Smith v. Wilson, 3 Barnewall & Adolphus 728, 110 Eng. Rep. 266 (1832) (K.B.).

⁶⁹ Soutier v. Kellerman, Mo18. 509 (1853).

a bizonyítékokra vonatkozó szabály már régóta elismeri, hogy bizonyos szakmák, szakmák és területek olyan speciális vagy technikai kifejezéseket használnak, amelyek jelentése az adott területek résztvevői számára ismert, és amelyek jelentése így területfüggő.

A speciális vagy technikai jelentésnek ez a lehetősége ⁷⁰azonban, amelyet a szerződési jogban hagyományosan a parol evidencia szabálya alóli fent leírt szűk és ritka kivételként tartanak számon, jelentős nyomást gyakorol az értelmezés és az értelmezés közötti különbségtételre, amikor azt a törvény- és alkotmányértelmezés kontextusába is átvizik. Ha a technikai értelem lehetővé teszi, hogy 1200 nyúl ezer nyúlnak számítson, akkor csak akkor juthatunk erre a következtetésre, ha tudunk valamit a nyúlkereskedelemtől. De ahogyan valakinek tudnia kell valamit a nyúlkereskedelemtől ahhoz, hogy megértse az "1200" jelentését ezen a szakmán belül, ugyanúgy tudnia kell valamit a jogról ahhoz, hogy megértse az olyan szavak jelentését - az *értelmezés érdekében* -, mint a "interrogatory", "bailment", "interpleader" és "detainer", valamint az olyan kifejezések, mint a "letters rogatory", "habeas corpus", "covenants running with the land" és "letters of marque and reprisal".

Most úgy tűnik, hogy a jogi szaknyelv létezése problémát okoz az értelmezés és az értelmezés közötti különbségtétel szempontjából. Az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel egyik alapvető célja ugyanis az, hogy megkönnyítse a nyelvi jelentés és a jogi célok közötti különbségtétel képességét, és ennek megfelelően biztosítsa, hogy az értelmezés és a konstrukció figyelembevétele

⁷⁰ A szaknyelv problémája általában véve régóta különös gondot okoz a nyelvfilozófusoknak, akik a hétköznapi nyelvi hagyományban, annak körül vagy ellenében dolgoznak. *Lásd* Charles E. Caton, *Introduction, in Philosophy and Ordinary Language* v (Charles E. Caton szerk., 1963); Friedrich Waismann, *Language Strata, in Logic and Language (Second Series)* 11 (A.G.N. Flew szerk., 1953). Amint azonban a következőkből kiderül, nem egyértelmű, hogy ez a következtetés helyes. Legalábbis lehet, hogy túl egyszerű.

a jog, annak minden elvével és céljával együtt, elkülönül az értelem mérlegelésétől.⁷¹ Ha azonban az értelmezés szakaszában nem tudjuk meghatározni, hogy mit jelent a nyelv - a szavak -- anélkül, hogy a jogot ne vonnánk be a képbe, akkor a megkülönböztetés egyik pontja - a jogi megfontolások elkülönítése és e nyelvi megfontolások megkülönböztetése a nyelvi megfontolásoktól - összeomlani látszik.⁷² Valójában ez a szaknyelvi érv áll John McGinnis és Michael Rappaport saját kihívásának középpontjában az értelmezés-konstrukció megkülönböztetéssel szemben.⁷³ McGinnis és Rappaport azonban originalista keretek között működik, és azzal érvel, hogy az alkotmány nyelvét azért kell átütően technikai jellegűnek értelmezni, mert a ratifikáció idején így értelmezték.⁷⁴ McGinnis és Rappaport állításai az Alkotmány technikai nyelven megfogalmazott jelentőségéről azonban függetlenek attól az állításuktól, hogy az Alkotmány *teljes* nyelvezete technikai, és attól az állításuktól is függetlenek, hogy ez a következtetés levezethető egy originalista elemzésből, amely originalista előfeltevéseken alapul. Mert még ha a McGinnis és Rappaport állításai csak az Alkotmány nyelvének egy részére vonatkoznak is, és még ha ezek az állítások a nyelv arculati jelentéséből erednek is - mindkettő most már

⁷¹ Csak hogy tisztázzuk az állítás természetét, a probléma nem az, hogy a technikai kifejezések - *bowsprit*, *defibrillátor* vagy *megahertz* - előfordulhatnak egy jogszabályban vagy más jogforrásban. Hanem az, hogy a *jogi* szakkifejezések értelmezéséhez a jogra kell támaszkodni, és a probléma forrása a jogi szakkifejezések jogi természete.

⁷² A saját korábbi, rövidebb és sokkal kevésbé jól kidolgozott, ugyanerre vonatkozó utalásaimat, amelyek közül néhány talán nem állja ki az általam itt kínált közelebbi elemzést, lásd Frederick Schauer, *Is Law a Technical Language?* 52 San Diego L. Rev. 1 (2015). *Lásd még* Frederick Schauer, *On the Relationship Between Legal and Ordinary Language*, in *Speaking of Language and Law* 35 (Lawrence Solan, Janet Ainsworth, & Roger Shuy szerk., 2015).

⁷³ McGinnis & Rappaport, *Supra* note 12.

⁷⁴ *Id.*

majd ⁷⁵ - következtetésük, miszerint a szaknyelv alááshatja az értelmezés és a konstrukció közötti különbséget, továbbra is áll, mivel következtetésük még mindig a különbségtétel alapvető pontját - az értelmezési kérdések és a jogi kérdések megkülönböztetését - kérdőjelezi meg.

De a szaknyelvi érvelés végső soron nem biztos, hogy sikerül, legalábbis ha úgy értelmezzük, ahogy McGinnis és Rappaport értelmezi, mint minden jogi szaknyelvet. A szaknyelvből fakadó kopár és minősíthetetlen érvel⁷⁶ szemben azt a választ találjuk, hogy a nyelv - akár alkotmányos, akár egyéb - technikai természetéből adódóan semmi sem tiltja, hogy különbséget tegyünk egyrészt a nyelv technikai értelemben és szövegkörnyezetben értelmezett jelentése, másrészt pedig a nyelv konkrét tényekre és konkrét vitás kérdésekre való alkalmazása között.⁷⁷ Szükségünk van némi figyelemre a szövegkörnyezetre, hogy megértsük például, hogy amikor valaki "ajándékra" hivatkozik, akkor ajándékra utal, ahogy a szó angolul jelenti, és nem méregre, ahogy a szó németül jelenti; hogy megértsük, hogy valaki, aki a hajóiról beszél, a cserepeiről vagy a csónakjairól beszél-e; és hogy megértsük, hogy valaki, aki azt mondja, hogy a bankba megy, egy pénzügyintézetbe megy-e, vagy inkább a folyó partjára. És így, így szól az érvelés, némi figyelmet kell fordítanunk a kijelentés kontextusára, hogy kezdetben olyan kérdéseket határozzunk meg, mint például, hogy amikor egy jogi eszköz "félre" utal, akkor meg kell-e határoznunk, hogy

⁷⁵ *Lásd a fenti*45, megjegyzést.

⁷⁶ És így néhány korábbi, szinte félvállról jövő javaslatom ellenében. *Lásd a* 71. jegyzetet, *fentebb*.

⁷⁷ *Lásd Solum, Communicative Content and Legal Content, Supra note 2, 486-507. o.* (megkülönbözteti a szemantikát a pragmatikától, és kifejti azt az érvet, hogy a jelentés lehet és kell, hogy legyen jelentés a kontextusban); Solum, *Originalism and Constitutional Construction*,

Supra note 2, 519-20. o. (a kontextuális gazdagodás tárgyalása).

ezt a szót az olyan helyeken, mint a Webster szótár, vagy a Szövetségi Polgári Eljárási Szabályzatban található technikai jelentések szerint.⁷⁸

Ha azonban a nyelvezetet a szövegkörnyezetben technikai nyelvként azonosítottuk, az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés alapvető felismerése továbbra is érvényes, legalábbis az érvelés így folytatódik. Tegyük fel, hogy az alperes huszonhárom nappal a kézbesítés után válaszol egy szövetségi panaszra, és ez a válasz a Szövetségi Polgári Eljárási Szabályzat 12. szabálya szerint két nap késedelmet jelent.⁷⁹ Az alperes ezt követően betegségre hivatkozva próbálja igazolni a késedelmet. Most már igaz, hogy annak meghatározása, hogy mi a panasz, annak meghatározása, hogy mi a válasz, és annak meghatározása, hogy hogyan számítják ki a huszonegy napot, mind a jogi szabályokra való hivatkozást és e fogalmak technikai meghatározásainak megértését igényli. De az ezekre a kérdésekre adott, bevallottan technikai jellegű válaszok még mindig olyan értelmezést eredményeznek, amely nyelvileg és időben megelőzi, így az én rekonstruált változatomban az érvelés továbbmegy, a további kérdéshez, hogy vannak-e más szabályok vagy elvek, amelyek mentesítik a késedelmes választ.⁸⁰ Más szavakkal, a technikai nyelvezet jelenléte a jogban

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Fed. R. Civ. Proc. 12.

⁸⁰ E kérdés körül ott lappang az az érdekes kérdés, amelyet gyakran a törvények individuációjaként írnak le. Megszoktuk, hogy a jogi kódexekre vagy általában a jogra úgy gondolunk, mint ami részben különálló szabályok sokaságából áll. De az ilyen módon való gondolkodás Jeremy Bentham számára (lásd M. H. James, *Bentham on the Individuation of Laws*, 21 North. Ire. L.Q. 357 (1973)), és Joseph Raz számára is az (lásd Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of a Legal System* (1970)), potenciálisan zavaró rövidítés. Számukra és mások számára a jogi szabályokat rengeteg más alkalmazandó jogi szabállyal együtt kell értelmezni (értelmezni? értelmezni? értelmezni?). E felfogás szerint nem arról van szó, hogy a mások gondatlansága miatt megsérült személyeknek van kereseti jogalapjuk a sérelmet okozó féllel szemben, hanem arról, hogy csak akkor van ilyen kereseti jogalapjuk, ha azt egy bizonyos időn belül, csak akkor, ha azt megfelelő tárgyi joghatósággal rendelkező bíróság előtt, csak akkor, ha azt az alperes felett személyi

joghatósággal rendelkező bíróság előtt, és így tovább, és így tovább, és így tovább. A legtágabb értelemben az individuációval kapcsolatos aggodalom jelentős feszültségben áll az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétellel, pontosan azért, mert az individuáció problémájának elismerése arra törekszik, hogy összekapcsolja azt, amit az értelmezés-szűkítés megkülönböztetése megpróbál elkülöníteni.

továbbra is összeegyeztethető egy olyan kezdeti lépéssel, amelynek során a döntéshozó először értelmezi a nyelvet, felismerve annak kontextusát és technikai dimenzióit, majd az így értelmezett jogi elemet az értelmezett nyelvezetnek az adott ügyre való alkalmazásával értelmezi.⁸¹

Az előzőekben leírtak azonban azt feltételezik, hogy a jogi technikai jogi jelentés jogi dimenziója adja a jogi kontextust, és így egy adott kifejezés jogi technikai jelentését. Ez a beszámoló azonban nem azt sugallja, hogy a jogi nyelv - a jogban és a jog által használt összes nyelv - magában foglalja a jog szabályainak, elveinek és céljainak teljes skáláját. A jogban és a jog által használt nyelv tartalmazhat olyan jellegzetesen jogi kifejezéseket, amelyek máshol jellemzően nem fordulnak elő vagy nem használhatók, de nincs okunk feltételezni, hogy az olyan szavak, mint a "kettő" vagy a "jármű", Fullerrel *ellentétben*⁸² tartalmazhatnának vagy tartalmazniuk kellene jogi eszméket és jogi célokat. Valójában az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés szilárdan ezen a következtetésen nyugszik, amennyiben azon az elképzelésen alapul, hogy a jog nyelvének nagy része esetében lehetséges az értelmezési aktus - a jelentés, illetve a szemantikai tartalom megtalálása - a jog értékeinek, céljainak, céljainak, premisszáinak és intézményeinek igénybevétele nélkül. De bár helyesnek tűnik az a következtetés, hogy a jogban használt hétköznapi, nem szaknyelvi kifejezések továbbra is megőrzik nem szaknyelvi jelentésük magját, az a következtetés is helyesnek tűnik, hogy a megkülönböztetett jogi kifejezések jogi jelentése magában foglalhatja, kell, sőt, kell, hogy foglalja annak teljes körét, hogy mi a jog, és mire hivatott a jog. Ha a jogban használt hétköznapi nyelv és a jogban használt jogi szaknyelv közötti ellentét helyes, és a kérdés szorosan érinti a jogszabályok individuációjának kérdését,⁸³ -- mi számít jognak -- akkor kiderül, hogy a jelentés (vagy

⁸¹ Lásd Solum, *Supra* note Lásd 77.még Solum, *The Interpretation-Construction Distinction*,

supra
megjegyzés 2.

⁸² *Lásd a 47-55. és kísérő szöveges megjegyzéseket, fentebb.*

⁸³ *Lásd a fenti⁸⁰, megjegyzést.*

nyelvi tartalma) bármely megkülönböztethető jogi kifejezésnek magában foglalja mindazokat az eszközöket, amelyek az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés alapján a konstruálás címszó alá tartoznának. Ha például a "habeas corpus"-nak nincs nem jogi és nem technikai jelentése, ⁸⁴akkor a "habeas corpus" jelentése a jelen érvelés szerint szükségszerűen magában foglalja nemcsak azt, hogy mi a habeas corpus éppen, hanem minden olyan körülményt is, amelyben a jogi doktrína megengedné a habeas corpus felfüggesztését, tagadná a habeas corpus elveinek alkalmazhatóságát, és így tovább. Ennek megfelelően, ha a "habeas corpus" meghatározásához és értelmezéséhez ugyanúgy szükségünk van a jogra, mint ahogyan a "jármű", "kettő", "zsindely", "nyúl" vagy "ezer" meghatározásához nincs szükségünk a jogra, akkor csak önkényes kikötéssel - így folytatódik az érvelés - mondhatjuk, hogy a jognak csak egy része használható egy jogi fogalom értelmezésére, miközben a jog más aspektusait a konstrukció folyamatára hagyjuk. Összefoglalva, bármennyire is ésszerű az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel, ha az értelmezendő a hétköznapi, nem szaknyelvi nyelvezet, az értelmezés és a konstrukció közötti határvonal önkényesnek és rugalmasnak tűnik, ha a jog eljárásai és elvei szinte ugyanolyan könnyen elhelyezhetők az értelmezés-konstrukció választóvonal egyik oldalán, mint a másikon.

Az értelmezés-konstrukció megkülönböztetésével szembeni kihívás még erősebbé válik, ha olyan jogi kifejezésekre alkalmazzuk, amelyek olyan intézményeket, tranzakciókat vagy kapcsolatokat jelölnek, amelyeket maguk is a jog alkot - és nem csak szabályoz -. Ahogyan baseball nélkül nincs hazafutás, és sakk nélkül nincs sakk-matt,⁸⁵ ugyanúgy nem létezhetnek vállalatok vagy társaságok sem.

⁸⁴ Sajnos, a televízió modern világa, amely oly gyakran mutatja be a büntetőjogot és a büntetőeljárást, a "habeas corpus" rossz példává válhat.

⁸⁵ Lásd - a legjelentősebb módon - John Searle megkülönböztetését a konstitutív és a regulatív szabályok között. John Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (1969). A megkülönböztetést elemzi, alkalmazza és megszépíti többek között Guido Boella & Leendert van der Torre, *Regulative and Constitutive Norms in Multiagent Systems*, Proceedings2004 of Knowledge.

például a bizalmi vagyonkezelések, a jogi szabályok és jogi intézmények nélkül, amelyek éppen az ilyen dolgok lehetőségét teremtik meg.⁸⁶ És így amikor esetleg megpróbáljuk értelmezni azt a nyelvet, amely jogi intézményt hoz létre - például⁸⁷ az impeachment-eljárást -, lehetetlen lehet értelmezni azt a nyelvet, amely erre az intézményre utal, anélkül, hogy figyelembe vennénk az összes többi intézményt, szabályt, értéket és célt, amelyek egyszerűen részei annak, hogy mi az intézmény, és hogyan és miért hozták létre. És amilyen mértékben ez így van, és így amilyen mértékben a konstitutív jogi nyelv értelmezése szükségessé teszi a konstituált intézmények joggal átitatott céljainak igénybevételét, ismét nagyrészt elpárolognak az értelmezés és a konstrukció megkülönböztetésének indokai. Más szóval, a konstitutív jogi nyelv értelmezése szükségessé teszi, hogy az értelmezés szakaszába éppen azokat a megfontolásokat építsük be, amelyeket az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés az értelmezés-konstrukció határvonal másik - konstrukciós - oldalára kíván helyezni.

Tegyük fel azonban, hogy a fenti érv nem állja meg a helyét, ahogyan az vitathatóan akkor is, amikor egyes jogi szakkifejezések - ⁸⁹például a "hadiárbc és megtorló levél" ⁸⁸vagy a "kongresszus" - mérsékelt világos referenciával rendelkeznek, amely meghatározható anélkül, hogy belemennénk abba a kérdésbe, hogy mikor és hogyan kell a hadiárbcot és a megtorló leveleket megadni, végrehajtani, visszavonni és hasonlókat, vagy

Representation 255; Christopher Cherry, *Regulative Rules and Constitutive Rules*, 23 Phil. Q. (3011983); Dirk Ruiter, *A jogi intézmények alapvető osztályozása*, 10 Ratio Juris 357 (1997).

⁸⁶ A jogi nyelv konstitutív természetének elmélete, és Searle konstitutív nyelvvel kapcsolatos állításainak megelőlegezése általában, lásd Searle, lásd a *fenti*⁸⁵ jegyzetet, H. L. A. Hart székfoglaló előadásának központi eleme. H.L.A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* 21 (1983).

⁸⁷ *Lásd* Nixon kontra Egyesült Államok, 506 U.S. (2241993).

⁸⁸ U.S. Const. art. I, §§ 8, 9.

⁸⁹ U.S. Const. art. I.

anélkül, hogy a kongresszusi eljárással, választásokkal stb. kapcsolatos kérdésekkel foglalkoznánk. Az olyan szavak és kifejezések esetében, mint a "hadüzenet és megtorló levél", a "kongresszus", és talán még az I. cikk vád alá helyezési részeiben szereplő "próbálkozás" is,⁹⁰ az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés alapvető belátása még akkor is érvényes lehet, ha a jelentésük értelmezéséhez a jog egy részét - de nem az egész jogot, és csak egy vékony szeletét kell felhasználni a jogi megfontolásoknak -.

Most azonban térjünk rá az olyan, eredendően értékelő jellegű kifejezések vizsgálatára, mint például a negyedik módosításban szereplő "ésszerűtlen",⁹¹ a nyolcadik módosításban szereplő "kegyetlen" és "szokatlan",⁹² valamint a hatodik módosításban szereplő "gyors".⁹³ Valamivel kevésbé nyilvánvaló, de még mindig ugyanebbe a kategóriába tartozik az I. cikk "szükséges és megfelelő" záradéka,⁹⁴ a IV. cikk "teljes hit és hitel" követelménye,⁹⁵ valamint az Ötödik módosítás "méltányos kártérítésre" vonatkozó megbízatása.⁹⁶ Amikor ilyen nyelvezettel szembesülünk, belépünk a filozófusok által gyakran "vastag leírásnak" nevezett területre - olyan leíró kijelentések, amelyek értékelési kritériumokat feltételeznek, majd implicit módon alkalmazzák ezeket a kritériumokat.⁹⁷ Amikor azt mondjuk, hogy Sean "goromba", vagy hogy Leslie "bátor", olyan kijelentéseket teszünk, amelyek felületesen úgy tűnik, hogy a

⁹⁰ U.S. Const. art. I, § 3.

⁹¹ U.S. Const. amend. IV.

⁹² U.S. Const. amend.

VIII. ⁹³ U.S. Const.

amend. VI. ⁹⁴ U.S. Const.

art. I, § 8.

⁹⁵ U.S. Const. art. IV, § 1.

⁹⁶ U.S. Const. amend. V.

⁹⁷ *Lásd* Philippa Foot, *Moral Arguments*, 67 *Mind* 502 (1958); Pekka Väyrynen, *Thick Ethical Concepts*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu> (2016).

leíró formában, de amelyek értékelő és nem sima leíró viselkedési normákat feltételeznek és alkalmaznak arra vonatkozóan, hogy mi számít udvariatlanságnak, és mi felel meg a bátorság kritériumainak.

Ugyanígy a "kegyetlen", "szokatlan", "ésszerűtlen" és "gyors" "teljes", "igazságos" és "szükséges". Egyszerűen nem értelmezhetjük a "kegyetlen" kifejezést az értelmezés-konstrukciós értelmezés értelmében anélkül, hogy a kegyetlenség kritériumai ne állnának a háttérben, és nem találhatjuk meg vagy alkalmazhatjuk ezeket a kritériumokat anélkül, hogy figyelembe vennénk azokat a rosszat, amelyek ellen a nyolcadik módosítás küzdeni hivatott, és anélkül, hogy figyelembe vennénk az összes kapcsolódó alkotmányos elvet, doktrínát és elméletet, amelyek az alkotmányos alkalmazás folyamatát meghatározzák. Ahogyan az is helytelen, ha azt mondjuk, hogy egy személy jó modorú, de durva, ugyanúgy az is helytelen, ha azt mondjuk, hogy a büntetés bizonyos formája kegyetlen és szokatlan, de alkotmányos. Mivel ez a helyzet, lényegében lehetetlen azonosítani és meghatározni az alkotmányos kegyetlenséget, majd egy fogalmilag különálló lépésben alkalmazni ezt az értelmezést egy adott cselekményre.

Ezért az értékelő kifejezések esetében még inkább, mint az alkotmányokban vagy más jogi dokumentumokban található konstitutív kifejezések esetében, és még inkább, mint az alkotmányban vagy más jogi dokumentumban található szaknyelv teljes skálájára vonatkozóan, az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés ígérete nagyrészt nem teljesül. Ha ezt az ígéretet úgy értelmezzük, hogy a nyelvi jelentés kérdéseinek a jogi, és különösen a normatív jogi kérdésektől való elválasztásából adódó fogalmi tisztaságot⁹⁸ kínálja, akkor az a gyakoriság, amellyel a jogi, és különösen a normatív jogi kérdések alapvető fontosságúak a nyelvi jelentés meghatározásához, az értelmezés-konstrukció megkülönböztetés alapvető felismerését sajnos az alkotmányos nyelv nagy részére alkalmazhatatlanná teszi.

⁹⁸ *Lásd Solum, Originalism and Constitutional Construction, fenti 2,476-82. o.*

Amint azt fentebb tárgyaltuk,⁹⁹ az értelmezés és az építés közötti különbségtétel felismerésének egyik szándékolt vagy nem szándékolt következménye az, hogy kihívást jelent azoknak, akik azt állítják, hogy az alkotmány nyelvének eredeti (vagy akár kortárs) nyilvános jelentésének megtalálása elegendő az alkotmányos diskurzusban és az alkotmányos perekben rendszeresen felmerülő kérdések megválaszolásához. Bizonyos, hogy vannak elfogadható érvek amellet, hogy az értelmező vállalkozás termékét elegendőnek tekintsük az alkotmányszerkesztés által felvetett kérdések megválaszolásához,¹⁰⁰ de ezek az érvek normatívak, és nem nyelvi érvek, és ezeknek az érveknek normatív érvekkel kell találkozniuk, amelyek közül néhányan elfogadhatják az értelmező gyakorlat leíró következtetéseit, miközben ragaszkodnak ahhoz, hogy az erős normatív megfontolások az ellenkező irányba húznak.

Az Alkotmányban a szaknyelv jelentőségének teljes elismerése, bár megkérdőjelezi az értelmezés és az értelmezés közötti különbségtétel néhány alapját, további kihívást jelent az eredeti közérthetőség mellett szóló érvek némelyikével szemben is. Ahogy Andrew Coan érvelt,¹⁰¹ egy alkotmány vagy más jogi eszköz megírásának pusztán ténye keveset mond arról, hogy milyen eredmények következnek az értelmezésből vagy a konstruálásból. Ennek az érveknek a következményei azonban még erősebbek, amennyiben egy írott jogi eszköz jellegzetesen jogi szakkifejezéseket tartalmaz. Ha ez a helyzet, akkor további választási lehetőség adódik azzal kapcsolatban, hogy hogyan kell ezeket a szakkifejezéseket meghatározni, és hogy milyen területet kell felkeresni e meghatározások megtalálásához. Egyik sem

⁹⁹ *Lásd a 6-7. megjegyzéseket kísérő szöveget.*

¹⁰⁰ Valójában ez a következtetés az egész originalista programban benne rejlik. *Lásd a fenti 5-7. és kísérő szöveges megjegyzést.*

¹⁰¹ Coan, *Supra* note 13.

Ezeket a feladatokat lehetetlen megoldani, de mindegyikük döntésekkel jár, és a szakkifejezések beemelése az egyenletbe csak még összetettebbé, de még nyilvánvalóbbá teszi, hogy milyen döntésekről van szó.

IV. Következtetés

Jeremy Bentham megtapsolta volna azokat, akik ragaszkodnak ahhoz, hogy megkülönböztessék az értelmezést a konstrukciótól. A részletes és nyilvánosan hozzáférhető alkotmányok és általában a kodifikáció híve,¹⁰² valamint a jogi fikciók, a¹⁰³ bírói mérlegelés,¹⁰⁴ a common law,¹⁰⁵ William Blackstone¹⁰⁶ és nagyjából minden más heves ellenzője, Bentham élete nagy részét és nem elhanyagolható felháborodási képességét annak szentelte, hogy megpróbálja megszüntetni a jogalkotó és az állampolgár közötti szakadékot. Számára az a gondolat, hogy a jogot szaknyelven írják meg, olyan gondolat volt, amely tovább növelte a jog homályosságát, és ezáltal növelte az ügyvédek és bírák szükségességét, akikről Bentham úgy vélte, hogy mindannyian - bíró és társai - a törvényt és a jogtudományt nem ismerik.

¹⁰² Lásd Jeremy Bentham, Constitutional Code, 9 The Works of Jeremy Bentham (John Bowring szerk., 1843); Dean Alfange, Jr., *Jeremy Bentham and the Codification of Law*, 55 Cornell L. Rev. 58 (1969).

¹⁰³ A jogi fikciókkal szembeni vitriolos ellenállásáról lásd - számos más forrás mellett - Jeremy Bentham, A Fragment on Government 51-56 (J. H. Burns & H. L. A. Hart szerk., 1977) (1776).

¹⁰⁴ A hagyományos vélekedés szerint Bentham megvetéssel tekintett a bírói mérlegelésre, de egy finomabb elemzést lásd Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (1986).

¹⁰⁵ Jeremy Bentham, *Truth v. Ashhurst; or Law as It Is, Contrasted With What It Is Said To Be*, in 5 The Works of Jeremy Bentham (John Bowring szerk., 1843) (1823).

¹⁰⁶ Bentham, *supra passim*103,.

ezt a szükségletet a bírák hatalmának és az ügyvédek jövedelmének növelésére irányuló összeesküvés módjaként.¹⁰⁷

Ha szembesült volna az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétellel, Bentham valószínűleg egyetértett volna a különbségtétel alapgondolatával, de elsősorban úgy gondolta volna, hogy ez a különbségtétel arra szolgál, hogy megtisztítsa a jogot a bírói konstrukció minden lehetőségétől. És így, ezzel szemben, amennyiben az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel a konstrukciót hangsúlyozza, értékes és tartós emlékeztetőül szolgál arra, hogy az amerikai alkotmányjog nagy része - jóban-rosszban - továbbra is fogékony a bírói hatalomra.

Az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel azonban még szélesebb körű jelentősége miatt a konstrukciómentes értelmezés lehetőségétől függ. E lehetőség nélkül a megkülönböztetés értelmetlen. Következésképpen a megkülönböztetés jelentősége attól függ, hogy a tolmácsok képesek-e a nyelvhasználat konvencióinak megfelelően értelmezni anélkül, hogy eközben figyelembe vennék a jelentés döntési következményeit. De amennyiben egy jogi dokumentum technikai, konstitutív vagy értékelő nyelvezetet tartalmaz, az értelmezési és a konstruálási feladatok szétválasztásának ez a lehetősége az összeomlásig meggyengül. Az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtétel fontosságának értékelése ezért hasznos emlékeztető arra, hogy a jelenlegi alkotmányunk messze van attól az alkotmánytól, amelyet Jeremy Bentham szeretett volna, sőt, amelyet az Egyesült Államoknak is szorgalmazott volna.¹⁰⁸

Még a

¹⁰⁷ Lásd Jeremy Bentham, *Scotch Reform*, in 5 *The Works of Jeremy Bentham* 1 (John Bowring szerk., 1843); Jeremy Bentham, *Introductory View of the Rationale of Evidence*, in 6 *The Works of Jeremy Bentham* 22-23 (John Bowring szerk., 1843).

¹⁰⁸ Lásd D.P. Crook, *The United States in Bentham's Thought*, 10 *Australian J. Politics &*

History (196,1964196); H.L.A. Hart, *Bentham and the United States of America*, 19 J.L. & Econ. 547

napjainkban sokan egy sokkal szigorúbb alkotmányt szeretnének, amelyben a konstrukciók ritkán lennének szükségesek vagy megengedettek.¹⁰⁹ Az értelmezés és a konstrukció közötti különbségtételnek több korláta van, mint amennyit hívei gyakran elismerik, különösen, amikor a jogi szaknyelv változatosságával szembesül, de a különbségtétel valós, és emlékeztet arra, hogy az amerikai alkotmányos kultúrában a nyelvi jelentés csak egy bizonyos határig vezethet minket és a bírakat. Egyes kommentátorok és egyes bírák számára ez a helyzet sajnálatos, és azt kívánják, bárcsak másképp lenne. De a kívánságtól ez nem lesz így.

(1976); Steven J. Macias, *Utilitarianism: A Comparison of Bentham and Madison*, 11 NYU J.L. & Liberty 1028 (2018).

¹⁰⁹ Lásd a fenti⁵, megjegyzést.