



2010

Alkotmányosság: Szkeptikus nézet

Jeremy Waldron

New York University School of Law, jeremy.waldron@nyu.edu

Ez a dokumentum ingyenesen letölthető a következő honlapról:
<http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/4>.

Ezt a nyílt hozzáférésű cikket a Georgetown Law Library bocsátja rendelkezésükre. A szerző engedélyével jelent meg. Kövesse ezt és további munkáit a következő címen: <http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture>



Az [Alkotmányjog](#) és a [Jogtudományi Közössége](#) része.

Alkotmányosság - szkeptikus szemlélet1

Jeremy Waldron

1. Bevezetés

A ma délutáni címem arra a bizonyos szkepticizmusra utal, amelyet az "alkotmányosság" kifejezéssel kapcsolatos politikai elmélettel kapcsolatban érzek. Tudom, hogy az "alkotmányosság" egy helyeslő kifejezés; most mindannyiunknak alkotmányosnak kellene lennünk. De úgy gondolom, hogy érdemes egy-két kritikus hangot megütni. Minden egyébtől eltekintve, még az alkotmányosság híveinek is aggódniuk kellene amiatt, hogy ha nincs időnként egy élő kritikus, akivel megküzdehetnek, hitük (Mill szavaival élve) inkább halott dogmává, mint élő igazsággá válhat, babonává vagy előítéletté, amely véletlenül ragaszkodik egy olyan szóformához, amely egykor valami érdekeset és ellentmondásosat közvetített. ²

2. Az "alkotmányosság" leggyengébb jelentései

Az "alkotmányosság" üres szlogenné fajulásának lehetőségét súlyosbítja, hogy a szót néha olyan módon használják, amely egyáltalán nem hordoz elméleti tartalmat. Néha úgy tűnik, hogy a kifejezés alig jelent többet, mint az alkotmányok tanulmányozását. Van egy George Connor és Christopher által szerkesztett könyv.

1 Ez az előadás Jeremy Waldron "Alkotmányosság" című könyvének jelentős átdolgozása és bővítése.

-A Skeptical View" a *Contemporary Debates in Political Philosophy* (Thomas Christiano és John Christman szerk., 2009), 267 (Wiley-Blackwell).

2 Ezeket a megfogalmazásokat John Stuart Mill: *A szabadságról*, szerk. Currin V. Shields (Indianapolis, Bobbs Merrill, 1956), 43. o.

Hammons *Az amerikai államok alkotmányossága* című könyvét, és ami ez, az nem más, mint az államok alkotmányainak összehasonlító tanulmánya.³ Vagy amikor Akhil Amar az "íratlan amerikai alkotmányosságról" ír,⁴ akkor csak annyit jelent, hogy az amerikai alkotmánynak vannak olyan részei, amelyek nincsenek benne az írott dokumentumban. Ezzel a szóhasználatnál nincs semmi baj. Az "alkotmányjog" két szótagból áll; miért ne használhatnánk az "alkotmányosság" hét vagy nyolc szótagját, hogy az alkotmányok tanulmányozása fontosnak tűnjön?

Néha a kifejezést csak egy alkotmányos doktrínára használják - mint például az "élő alkotmányosság és az originalista alkotmányosság"⁵, vagy, a legkevésbé kedvelt címkém, az "összehasonlító alkotmányosság", amely nem az alkotmányok összehasonlító tanulmányozására utal, hanem a külföldi emberi jogokra és alkotmányjogra való hivatkozásra alkotmányunk alkalmazásának irányítása céljából.⁶ Ez egy olyan gyakorlat, amelyet én is kedvelek⁷, és előadásom második felében szeretnék erről sokat beszélni, ahol azt fogom javasolni, hogy a külföldi jog felhasználása mellett szóló legjobb érvek nem a

3 THE CONSTITUTIONALISM OF AMERICAN STATES (George E. Connor és Christopher W. Hammons szerk. 2008) University of Missouri Press, 2008. c2008.

4 Akhil Reed Amar, *America's Constitution, Written and Unwritten*, 57 SYRACUSE L. REV. 267 (2007) 269. o.

5 Lawrence B. Solum, *District of Columbia v. Heller and Originalism*, 103 Nw. U. L. Rev.

923 (2009), at .

6 (Az összehasonlító alkotmányosságra vonatkozó idézet.)

7 Hivatkozás a 2007-es Storrs előadásokra és a 2005-ös Harvard-cikkekre.

alkotmányos érveket, hanem alkotmányellenes érveket (és ettől még nem rosszabbak).

3. Az alkotmányosság mint elmélet

Tehát: az "alkotmányosság" néha csak egy nagyképű szó az alkotmányjog különböző aspektusaira vagy az alkotmányok tanulmányozására. Az utolsó két szótagnak - az "-izmus"-nak - azonban legalábbis figyelmeztetnie kellene minket egy *további* jelentésre, amely látszólag egy elméletet vagy elméleti állítások összességét jelöli. Az alkotmányosság olyan, mint a liberalizmus, a szocializmus vagy a szcientizmus. Talán érdemes feltenni a kérdést, hogy mi ez az elmélet, és hogy az általa megfogalmazott állítások igazak vagy érvényesek-e. ⁸

Az *Oxford English Dictionary* a második jelentésben, amelyet a kifejezésnek ad, egy hozzáállásra vagy hajlandóságra utal - "[a]dherence to constitutional principles". ⁹ Alkotmánypárti az, aki nagyon komolyan veszi az alkotmányokat, és nem hajlandó megengedni az azoktól való eltérést még akkor sem, ha más fontos értékekről van szó. Az "alkotmányosság" tehát arra a fajta ideológiára utal, amely ezt az attitűdöt értelmesnek tünteti fel. Feltételezem tehát, hogy ide tartozik az az állítás is, hogy egy társadalom alkotmánya számít, hogy az nem

⁸ Vö. Walter Murphy ragaszkodása a 87 Tex. L. Rev. 1303

Texas Law Review 2009. júniusi szimpózium: Mit tudunk, ha tudunk egyáltalán valamit az

alkotmányos tervezésről? I. Az alkotmánytervezés elméletei DESIGNING A CONSTITUTION: OF ARCHITECTS AND BUILDERS Walter F. Murphy, hogy "A dokumentum "alkotmány" címkézése nem ruházza fel azt az alkotmányosság normáival" 1308.

9 *Oxford English Dictionary* online, op. cit. A megadott példák a következők: "1871 Daily Tel. 2 Nov. 2., Meggyőzték a királyt, hogy az alkotmányosság a természetes szerepe" és "1889 Times 19 Febr. 9/2 The frigid and negative constitutionalism of M. Carnot".

csak díszítés, hogy olyan fontossággal bír, amely indokolhatja, hogy más fontos értékeket áldozzunk fel érte.

4. Különleges és általános alkotmányosság

Egy ilyen nézetnek két aspektusa lehet: (i) lehet az a nézet, hogy egy adott alkotmány elvei fontosak; vagy (ii) lehet az az általános nézet, hogy az alkotmányok *mint olyanok* fontosak.

Ha ez az első, akkor az "alkotmányosság" különböző dolgokat jelent a különböző helyzetekben. Egy angolnak a parlamenti szuverenitás iránti vonzalmára, egy amerikainak pedig a törvényhozói hatalom bírósági úton kikényszerített korlátozásaira való vonzalmára utal.¹⁰ A második megközelítésben ezzel szemben megpróbálnánk megvizsgálni, hogy mi a közös a különböző alkotmányosságokban, még akkor is, ha sovinsztikusan ünneplik a különböző formájú megállapodásokat. Roger Scruton *Dictionary of Political Thought* című művében található fogalom meghatározása hasznos példaként szolgál a (ii) pontra: a "konstitucionalizmust" az alkotmányos kormányzás, azaz "az alkotmányon keresztül csatornázott és alkotmány által korlátozott kormányzás" pártolásaként határozza meg.¹¹ Eszerint az alkotmánypárti az, aki fontosnak tartja, hogy a kormányzatot a kormányzaton keresztül szervezzék és

¹⁰ A.V. DICEY, BEVEZETÉS AZ ALKOTÁSI JOG TANULÁSÁHOZ, nyolcadik kötet. (Indianapolis: Liberty Classics, 1982), 386. o., az "alkotmányosságot" ebben az értelemben

használja, amikor azt írja, hogy "az ausztrál államférfiak célja az volt, hogy az Egyesült Államok szövetségi és republikánus alkotmányosságából kölcsönzött eszméket összekapcsolják az angol unitárius és monarchikus alkotmányosságból származó eszmékkal".

11 ROGER SCRUTON, A DICTIONARY OF POLITICAL THOUGHT (London: Macmillan 1982), 94. o.

alkotmányos szabályok által korlátozott; az ilyen személy ellenzi például az abszolutizmus különböző formáit (az "abszolutizmus" technikai értelmében),¹² mert ez úgy tűnik, hogy magában foglalja a kormányzatot a legmagasabb szinten korlátozó szabályok gondolatának elutasítását. A (mondjuk) az angol és az amerikai alkotmányosság közötti különbségek ellenére azt mondhatjuk, hogy az alkotmányjogászok mindkét országban ünneplik és támogatják a politikai struktúra olyan formáit, amelyek különböző módon korlátozzák a kormány hatalmát. E formák némelyike hasonló (mint a föderalizmus); némelyikük különbözik (mint az Egyesült Államokban a jogszabályok bírósági felülvizsgálatának szélesebb körű előírása). De a kormányzat korlátozására szolgáló, formálisan artikulált struktúra alkalmazásának gondolata közös az alkotmányjogászok két csoportjában, és szembeállítható egyrészt azzal a régebbi angol nézettel, amely szerint a kormányokat a legjobb a mértékletesség artikulálatlan ethoszával korlátozni - "Not cricket, old boy" — , másrészt azzal az abszolutista meggyőződéssel, hogy a kormányzat korlátozására egyáltalán nem feltétlenül célszerű törekedni.

5. Kifejezett és hallgatóságos alkotmányok

12 Mint a "*Princeps **ab** legibus **solutus***". Az abszolutizmus legismertebb változata Thomas Hobbes *Leviatán* című művében található, szerk. Richard Tuck (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 18. és 26. fejezet.

De talán ezek hamis ellentétek. Talán azt kellene mondanunk, hogy minden stabil kormányzati rendszernek van alkotmánya, ha alkotmány alatt olyan alapvető szabályokat értünk, amelyek meghatározzák a kormányzati hatalom gyakorlásának módját, azt, hogy ki gyakorolja azt, mi a hatáskörük, hogyan születnek és változnak a törvények, és így tovább. ¹³ Tehát a briteknek és az izraelieknek ugyanúgy van alkotmányuk, mint az amerikaiaknak és az ausztráloknak; a szabályok csak más formában léteznek. Ebből kifolyólag még a diktatúrának is van alkotmánya; alkotmánya eltérhet a parlamentáris szuverenitás rendszerétől; eltérhet a fékek és ellensúlyok köztársasági rendszerétől; de attól még alkotmány. ¹⁴

E gondolatmenet szerint, ha a kormányzás alkotmány nélkül is elképzelhető lenne, akkor a hagyományos cselekvési módok véletlenszerű fennmaradásaként kellene történnie, anélkül, hogy azok szabályként tudatosulnának, de még akkor is, ha egyesek szerint ezek a cselekvési módok legalábbis kívülállók számára alkotmányos normákként azonosíthatók, még akkor is, ha a résztvevőknek eszükbe sem jut, hogy ilyen értelemben gondoljanak rájuk. Amikor Alexander Hamilton a *The Federalist Papers* legelején megjegyezte, hogy

13 Vö. Arisztotelész, *Politika*, IV. könyv: "[az] alkotmány az államban a hivatalok megszervezése, és meghatározza, hogy mi legyen a kormányzó testület -"

14 De hasonlítsuk össze Paul J. Magnarella választát: "The Comparative Constitutional Law Enterprise", *Willamette Law Review*, 30 (1994) 509, 510. o., 509. o: "Definíció szerint minden államnak, még egy diktatúrával rendelkező államnak is, van alkotmánya - a jogi normák és eljárások összessége, amelyek strukturálják a jogi és kormányzati rendszerét. . Ha az uralkodó elit nem kötelezi el magát a korlátozott kormányzati hatalom mellett a jogállamiság

keretei között, egy államnak alkotmánya lehet alkotmányosság nélkül is. Ilyen esetben a komparatisták inkább "nominálisnak", mint "normatívnek" neveznék az alkotmányát."

úgy tűnik, hogy ez az ország lakosainak van fenntartva,
. hogy eldöntsük, hogy az emberi társadalmak valóban
képesek-e vagy sem arra, hogy megfontolásból és
választásból jó kormányt hozzanak létre, vagy pedig örökre
arra vannak ítélve, hogy politikai alkotmányuk a véletlentől
és az erőszaktól függjön¹⁵.

úgy tűnik, azt feltételezi, hogy azokban az országokban, ahol a
kormányzási rendszereket nem mérlegelés és választás útján
alakítják ki, még mindig van alkotmány.

6. Alkotmányosság és írott alkotmányok

Az alkotmányosság az *írott* alkotmányok ünneplése? Ez egy kicsit
attól függ, hogy mit értünk "írott" alatt. Az írásbeliséget, szemben
(mondjuk) a szokásbeliséggel, vagy az összes vagy a legtöbb
alkotmányos norma egyetlen kanonikus dokumentumban való
összpontosítását? Az Egyesült Királyság nagyrészt az előbbi
értelemben írásos, ha az 1689-es Bill of Rights-ot, az 1707-es Act
of Uniont, az 1971-es European Communities Act-et, az 1998-as
Human Rights Act-et és az 1918 és 2000 közötti különböző
Representation of the People Act-eket vesszük figyelembe. Nem
egyetlen dokumentumban összpontosul, de nem vagyok biztos
benne, hogy egy alkotmányjogász miért gondolja, hogy ez számít.

Néha azt mondják, hogy az alkotmány írásba foglalásának

legfőbb előnye, hogy az alkotmány tekintélyét magasabb
rendűként állapítja meg.

15 Alexander Hamilton, John Jay és James Madison, *The Federalist*, szerkesztette George W. Carey és James McLellan (Indianapolis: Liberty Fund, 2001), 1. o.

törvényt, így az igazságszolgáltatás által végrehajthatóvá válik. Ezt mondta Marshall bíró a *Marbury kontra Madison* ügyben:

[A] mindazok, akik írott alkotmányt alkottak, úgy tekintenek rá, mint a nemzet alapvető és legfőbb törvényére, és következésképpen minden ilyen kormány elmélete az kell legyen, hogy a törvényhozás alkotmányba ütköző törvénye semmis. Ez az elmélet alapvetően az írott alkotmányhoz kapcsolódik. ¹⁶

Ez az érvelés alapvetően valószínűtlen. Az alkotmány írásba foglalt jellege összeegyeztethető azzal, hogy azt rendes jogszabályként kezeljék, mint például az 1986. évi új-zélandi alkotmánytörvényt. Vagy összeegyeztethető azzal, hogy csupán egy darab papírként kezeljük, amelynek nincs jogi hatása, mint az 1936-os szovjet alkotmánynak. Másrészt a jogszabályok bírósági felülvizsgálata még akkor is legitimnek tekinthető, ha a magasabb rendű jog vonatkozó rendelkezése íratlan; legalábbis ez volt Sir Edward Coke álláspontja a *Dr. Bonham-ügyben*¹⁷, amelyet sok amerikai alkotmányjogász komolyan vesz, még ha a legtöbb angol jogász soha nem is hallott róla.

¹⁶ *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803), 177. o.

¹⁷ *Dr. Bonham ügye* 8 Co. Rep. 114 (Court of Common Pleas [1610]): "És úgy tűnik, . hogy sok esetben a szokásjog ellenőrzi a parlamenti törvényeket, és néha teljesen semmisnek ítéli őket: mert ha egy parlamenti törvény ellentétes a közjoggal és a józan ésszel, vagy ellenkezik

vele, vagy lehetetlen végrehajtani, a szokásjog ellenőrzi azt, és semmisnek ítéli az ilyen törvényt."

Gyakran mondják, hogy az egyéni jogok és a kormányzatot korlátozó szabályok nem biztonságosak, hacsak nem írásos alkotmányban vannak lefektetve. Ez Walton Hamilton ironikus meghatározását juttatja eszünkbe: "Az alkotmányosság annak a bizalomnak a neve, amelyet az emberek a pergamenre írt szavak erejébe vetnek, hogy rendben tartják a kormányt. "¹⁸ Azt gondolnánk, hogy az amerikaiak talán megfogadták volna James Madison és Alexander Hamilton maró észrevételeit a "pergamenakadályokról" mint a biztonság "erősen túlértékelt" formájáról. ¹⁹De nem; kitartunk a hitünk mellett, hogy a golyók nem hatolnak át a papíron.

De amúgy sem a biztonság az egyetlen erény, amit az írásbeliségre lehet hivatkozni. Más állítások sokkal hihetőbbek: az egyik az, hogy az írásbeliség lehetővé teszi, hogy az alkotmány kézzelfoghatóan jelen legyen a társadalomban. Hannah Arendt azt mondta, hogy Amerikában fontos volt, hogy az alkotmány "kézzelfogható világi entitás" legyen.

18 Walton H. Hamilton, *Constitutionalism*, in 4 ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES 255 (Edwin Seligman és Alvin Johnson szerk., 1931), idézi: Richard S. Kay, *American Constitutionalism*, in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 16 (Larry Alexander szerk., 1998), 16. o.

19 Madisonhoz lásd a 48. számú FEDERALISTÁT: "Vajon elegendő lesz-e, ha a kormány alkotmányában pontosan kijelöljük e részlegek határait, és ezekre a pergamenre bízunk a hatalom betolakodó szellemével szemben? Úgy tűnik, hogy a legtöbb amerikai alkotmány összeállítói elsősorban ebben a biztonságban bíztak. A tapasztalat azonban biztosít bennünket arról, hogy a rendelkezés hatékonyságát erősen túlértékelték; és hogy a kormány gyengébb tagjai számára a hatalmasabbakkal szemben elengedhetetlenül szükséges valamilyen megfelelőbb védelem." Hamilton esetében lásd FEDERALIST # 73: "A törvényhozó részleg hajlamát arra, hogy beavatkozzon a többi részleg jogaiba, és elnyelje a többi részleg hatáskörét, már felvetettük és megismételtük; az egyes részlegek határainak pusztán pergamenre való lehatárolásának

elégtelenségét szintén megjegyeztük; és arra is következtettünk és bizonyítottuk, hogy mindegyik részlegnek alkotmányos fegyverekkel kell rendelkeznie saját védelmére." Lásd még FEDERALIST # 20, a belga alkotmányt megörökítő pergamen szerencsétlen alkalmatlanságáról.

egy elviselhető, objektív dolog, amelyet persze sokféle oldalról meg lehet közelíteni, és amelyre sokféle értelmezést lehet ráerőltetni, . de amely mindazonáltal soha nem volt szubjektív lelkiállapot, mint az akarat. ²⁰

Ez különösen fontos lehet akkor, amikor az alkotmányos rendelkezéseket mérlegelik és vitatják. Egy sor implicit szabályról nagyon nehéz koherens módon gondolkodni egy nagyszámú ember között. Mindig is ez volt a frusztráló az Egyesült Királyság alkotmányának íratlan aspektusaiban, azaz azokban, amelyek inkább szokásokból, konvenciókból , vagy kötelezettségvállalásokból állnak, mint törvényi szabályozásból: a tárgy állandóan változik az ember tekintete alatt, és a határvonal az alkotmány ilyen értelemben vett normatív rendelkezése és az alkotmány rendelkezéseiről alkotott normatív nézet között, hogy milyenek kellene lennie az alkotmány rendelkezéseinek, állandó kétértelműség tárgyát képezi. A tanácskozás hiábavalónak tűnhet, hacsak nem egy olyan szövegre összpontosít, amely a vita fókuszpontjaként (még ha nem is tökéletes fókuszpontként) szolgálhat - egy írott szövegre, amely által a kérdések elkülönülnek, és amelyen módosításokat lehet bejegyezni. ²¹

Nem akarok vitatkozni az alkotmányosságnak ezzel az aspektusával.

De két kikötést tennék.

20 Hannah Arendt, *On Revolution* (Harmondsworth: Penguin Books, 1973), 157. o.

21 A szöveges joggal kapcsolatban általánosságban ezt a kérdést Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* című könyvében fejtettem ki. (Oxford: Clarendon Press, 1999), pp. 69-87.

Először is, az a fontos, hogy az írásbeliség megkönnyítse a reflexiót, és ne gátolja azt sem magának az írott szövegnek, sem annak értelmezésének egyfajta fetisizmusával. Ha egy szöveget egyszer elkezdenek tisztelni, a szavak és a megfogalmazás néha önálló életet élnek, és egyfajta megszállott jelszóvá válnak bizonyos alapvető tartalmi aggályok kifejezésére, oly módon, hogy nehezen lehet arra összpontosítani, ami valójában a tét. ²² Továbbá, mivel az írott alkotmány a csatatér, az ügyvédek és a bírák vitáik során valószínűleg erősen elvonják a figyelmet az értelmezési elméletről szóló mellékvitákról, és ezek az elvont értelmezési viták néha kiszorítják a komoly érveket, amelyek a tárgyalt kérdés érdemére összpontosítanak, legyen szó akár az abortuszról, akár a jogellenes fellépésről, akár a kampányfinanszírozás reformjáról.

Másodszor, nem csak az a fontos, hogy az alkotmányos rendelkezésekről valamilyen formában tudatosan és kifejezetten gondolkodjanak, hanem az is, hogy ez *azoknak az embereknek* a munkája legyen, *akiknek a társadalmát ezek a rendelkezések fogják irányítani*. Vegyük észre, hogy a két fenntartás hogyan kapcsolódik egymáshoz. Sok önjelölt alkotmányvédő számára, különösen Amerikában, a reflexió és a választás a történelem kérdése, gyakran meglehetősen távoli történelem - a "keretezők" ügye, nem pedig a jelenlegi politikaé. Értelmezéseinket az ő vitáik vezérlik.

22 (Például a huszadik század első éveinek amerikai társadalmi és gazdasági jogalkotásának értékelésénél valóban érdemes volt ennyi energiát fordítani arra, hogy megvitassuk, vajon a "tisztes eljárás" lehet-e érdemi?).

Ebből a szempontból az írott szöveg értéke az, ahogyan a XVIII. századi tiszteletreméltó kalligráfia az ősi tekintély aurájával ruházta fel a szabályokat. Ez számomra úgy tűnik, hogy az írásbeliség ellen szól. Az a frusztráció, amelyre korábban utaltam, hogy (mondjuk) az Egyesült Királyságban íratlan alkotmány van, jelenbeli frusztráció, nem pedig ősi frusztráció. Amikor azt mondtam, hogy egy írott alkotmány nélküli országban a talaj állandóan mozog, és nehéz a kormányzás alapvető felépítéséről szóló vitát összpontosítani, akkor a most folyó vitára gondoltam, nem pedig arra a vitára, amely (nem is tudom) John Locke és Vilmos és Mária király között zajlott. A szövegfetisizmus amerikai modelljének nehézsége pedig az, hogy kevésbé járul hozzá az itt és most zajló kormányzati berendezkedésünkről szóló normatív vitához. Nem úgy értem, hogy nincs ilyen vita; csak arra gondolok, hogy a keretezők írott szövegének tisztelete nem feltétlenül segíti elő azt.

7. Alkotmányosság és korlátozás

Most az alkotmányos ideológia egy lényegesebb aspektusára szeretnék rátérni. Ellentétben például a jogállamisággal, az alkotmányosság nem csupán egy normatív elmélet a *formákról* és eljárásokról.

kormányzás.²³ Az államhatalom ellenőrzéséről, korlátozásáról és korlátozásáról szól. Az alkotmányosságról szóló számos könyv már a címében is világossá teszi ezt. Scott Gordon erről szóló könyvének címe: *Az állam ellenőrzése: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*, Saj András⁶ pedig a *Limiting Government (A kormányzás korlátozása)* címet adta könyvének: *Bevezetés az alkotmányosságba*.²⁴ Saj⁶ könyvének előszavában Stephen Holmes azt írja, hogy "[a]z alkotmányok óriási korlátozó parancsok, amelyeket az elkerülés szenvedélye motivál. Elkerülhetetlenül az a vágy hajtja őket, hogy elkerüljenek bizonyos veszélyes és kellemetlen politikai kimeneteleket".²⁵ Vannak ennél árnyaltabb nézetek is. Cass Sunstein kitart amellett, hogy a korlátozott kormányzás csak egy az alkotmányossághoz kapcsolódó számos elv közül.²⁶ Ez azonban ellentétes az általános tendenciával. "Minden egymást követő szakaszában" - C. H. McIlwain szerint - "az alkotmányosságnak van egy lényeges tulajdonsága: a kormányzat jogi korlátozása."²⁷

23 Vö. Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Revised Edition (New Haven: Yale University Press, 1969), 96. o.

24 Scott Gordon, *Az állam ellenőrzése*: (Cambridge: Harvard University Press, 1999) és Saj⁶ András, *Limiting Government: An Introduction To Constitutionalism* (Budapest: Central European Press, 1999).

25 Saj⁶, op. cit., x. o.

26 Cass R. Sunstein, "Constitutionalism after the New Deal", *Harvard Law Review*, 101 (1987), 421, 434-36. o., 434-36. o.

27 C. H. McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern* (Ithaca: Cornell University Press, 1940), 24. o. (idézi Gordon, op. cit., 5. o.). A legtöbb író számára az alkotmányosság egyenlő a

korlátozással. Elfogadják McIlwain jellemzését vagy Carl Friedrichét, aki az alkotmányosságról mint a kormányzat "hatékony, szabályozott korlátozásáról" beszélt. Carl J. Friedrich, *Alkotmányos kormányzás és demokrácia: Theory and Practice in Europe and America* 35-36 (4. kiadás, 1968).

Tehát: úgy tűnik, az a feltételezés, hogy az állam hatalmát vissza kell fogni, korlátozni vagy ellenőrizni kell, nehogy kicsússzon a kezünkből. Az alkotmányosság (az ideológia) része annak, amit Judith Shklar a félelem liberalizmusának nevezett. ²⁸ Az elképzelés szerint a hatalom koncentrációja visszaélésekhez vezet, és ezért tartják fontosnak az alkotmányos struktúra hatalmat szétosztó, hatalomlassító és hatalomellenőrző elemeit.

Ártalmatlan dolgok, igaz? Nem vagyunk mi már mind alkotmányjogászok, az alkotmányosságnak ebben az értelmében? Kíváncsi vagyok. Nézzük meg, hogy milyen kifejezésekkel illetik az alkotmányok és a kényszer különböző formái közötti kapcsolatot. A leggyakrabban használt kifejezés a "korlátozott kormányzás", de beszélnek az alkotmányosság és a hatalom "korlátozása" közötti kapcsolatáról is, valamint az alkotmányosságról mint az "ellenőrzés" doktrínájáról (mint Scott Gordon "Controlling the State" című írásában). Nos, analitikusan véve ezek a kifejezések - "korlátozott kormányzás", "visszafogott kormányzás" és "ellenőrzött kormányzás" - nem szinonimák. Különböző dolgokat jelentenek, és a politikaelméletben különböző jelentésük van.

Az "ellenőrzéssel" kezdem. Az állam ellenőrzésének gondolata nem feltétlenül negatív vagy korlátozó gondolat. Ha egy járművet irányítok, akkor nemcsak azt határozom meg, hogy hova ne menjen, hanem azt is, hogy hova menjen

28 Judith N. Shklar, "The Liberalism of Fear", esszéinek gyűjteményében, *Political Thought and Political Thinkers*, szerk. Stanley Hoffman (Chicago: University of Chicago Press, 1998), 3.

Azt mondjuk, hogy fontos, hogy a kormány egészét *az emberek* ellenőrizzék. Ha az emberek azt akarják, hogy a kormányuk például enyhítse a szegénységet, akkor az alkotmány feladata, hogy olyan intézményeket biztosítson, amelyeket ez a vágy ellenőrizni tud. Ez az a fajta ellenőrzés, amelyre az alkotmányjogászok gondolnak? Szerintem nem.

A korlátozás ezzel szemben egyértelműen negatív gondolat: az a gondolat, hogy a kormányt meg kell akadályozni abban, hogy bizonyos dolgokat tegyen. A "korlátozó" nézet abból indul ki, hogy azonosítani tudunk bizonyos visszaéléseket, amelyeket el akarunk kerülni, és ezeket kifejezetten megtiltjuk, beépítve ezeket a tilalmakat abba a dokumentumba, amely a kormányzati hatalmat alkotja. Az ilyen tilalmak gyakran jogok formájában jelennek meg - jog, hogy ne kínozzanak meg, jog, hogy ne avatkozzanak bele a vallási meggyőződésbe, és így tovább. Az elképzelés az, hogy bármit is tesz a kormányzat, *ezeket a* dolgokat nem teheti meg. A modern alkotmányosság népszerűsége nagyrészt annak köszönhető, hogy látszólag ilyen módon kapcsolódik az emberi jogokhoz. Ez a kapcsolat azonban problematikus lehet olyan okokból, amelyeket előadásom végén kifejtek.

Egyelőre jegyezzük meg, hogy kevés alkotmányjogász elégszik meg az ilyen konkrét, darabos korlátozásokkal. Ők is azt akarják mondani, hogy az alkotmányok fontos funkciója az, hogy

szélesebb körű korlátozásokat szabjanak a kormányok által vállalható projektek fajtájára.

Az alkotmányjogászok a "korlátozott kormányzásról" beszélnek, és nem csak az egyes visszaélések elkerülését értik ez alatt, hanem azt a tágabb értelemben vett felfogást, hogy a kormányok - különösen a demokratikus kormányok - számos törekvése *önmagában véve* illegitim. Azok, akik demokráciát hoztak létre, remélhetik, hogy a kormány beavatkozással enyhíti a szegénységet, elősegíti a közegészségügyet és védi a környezetet. Tudják, hogy valószínűleg olyan ellenfelek ellenállásába ütköznek, akik azt állítják, hogy ez nem tartozik a kormányra. Most azonban úgy tűnik, hogy ezek az ellenfelek nem csak közvetlenül politikai álláspontként fogalmazhatják meg ellenállásukat, hanem az alkotmányosság köpenyét is magukra ölthetik, és a beavatkozás elleni érvelésükhöz hozzátehetik, hogy a beavatkozás hívei nem veszik elég komolyan a kormányzás alkotmányos dimenzióját. Ezzel a korlátozással az alkotmányosság elveszti a politikai semlegesség minden igényét; ehelyett a "nagy kormányzat" konzervatív kritikájával társul. Az emberek "laissez-faire alkotmányosságról" beszélnek, nem csupán mint az alkotmányos ideológia egyik szélsőséges formájáról, hanem mint az alkotmányosságnak *mint olyannak a pozicionálásáról*, amely számos fontos áru és szolgáltatás állami biztosítása helyett a piaci ellátást részesíti előnyben. ²⁹

29 Vö. Linda Bosniak, "Constitutional Citizenship through the Prism of Alienage", *Ohio State Law Journal*, 63 (2002), 1285, 1287. o., 1287. o. Lásd még Douglas Sturm, "A Prospective View

of the Bill Of Rights: Toward a New Constitutionalism," *Journal of Law and Religion*, 13 (1996-8) 27. o., 29-30. o., 29-30. o: "[C]onstitutionalizmus, a politikai elmélet és gyakorlat hagyománya, amelyhez gyakran társítják az emberi jogok eszméjét, a korlátozott kormányzás konnotációjával bír. Egyik végletében az alkotmányosság a laissez faire állam koncepciójával kapcsolódik össze."

Túl pedáns vagyok az ellenőrzés, a korlátozás és a korlátozás közötti különbségek magyarázatában? Amikor ezeket a kifejezéseket egymás szinonimáiként lazán használják, akkor bizonyára csak azt értjük alatta, hogy az alkotmány olyan szabályokból áll, amelyek szabályozzák a cselekvéseket és gyakorlatokat, amelyekre vonatkoznak. De valójában nem: Azt hiszem, a valódi helyzet az, hogy nagyon sok önjelölt alkotmányvédő örül a legjobban egy olyan helyzetnek, amelyben senki sem nézi túlságosan közlelről álláspontjuk tartalmát, így szabadon tőkét kovácsolhatnak a retorika bizonyos lazaságából, felhasználva a "kontroll", "korlátozás" és "korlátozás" egymás mellé helyezése által lehetővé tett kétértelműségeket, hogy a mérsékletességből, amelyet az a személy tanúsít, aki úgy véli, hogy a kormánynak nem szabadna bármit megtennie, annak a doktrínának az elfogadására fordítsák, hogy nem bölcs dolog megengedni a kormánynak, hogy túl sokat tegyen.

Nem mintha különösebben érdekelne az alkotmányos hagyomány integritása. Ez egy nagyképű örökség, és ahol a nagyképűség megjelenik, ott a kétértelműség ritkán van messze. Aggódom azonban, amikor a *jogállamiságról* szóló vitákban hasonló lépéseket tesznek. Az emberek azt mondják, hogy a jogállamiság a kormányzat jogi ellenőrzéséről szól, ami így is van; de néhányan ebből azt következtetik, hogy a jogállamiság ezért a korlátozott kormányzás doktrínája, ami nem az. A kormányzat jogi

ellenőrzése, a kormányzati döntések alávetése az átfogó jog ellenőrzésének, vagy korlátozhatja, vagy kiterjesztheti a kormányzat tevékenységét. Vegyük például a következő szakaszt

A dél-afrikai alkotmány 26. cikke értelmében az állam köteles ésszerű jogalkotási és egyéb intézkedéseket hozni a megfelelő lakhatáshoz való jog fokozatos megvalósítása érdekében. Ha a kormány kikerül a jogi ellenőrzés alól, akkor elhanyagolhatja ezt a prioritást, és figyelmét és erőforrásait egy szűkebb napirendnek szentelheti; de egy törvényes kormánynak ki kell terjesztenie a napirendjét, hogy ez is a kiemelt prioritások közé kerüljön; és a dél-afrikai alkotmánybíróság így döntött a Grootboom-ügyben.

30Mégis hallottam olyanokat, akik azt mondták, hogy a jogállamiságot nem érdekli a szociális és gazdasági jogok (például a 26. szakasz) érvényesítése, hogy e rendelkezés vagy annak jogszabályi megfelelőinek érvényesítése nem számít jogállamiságnak, mert a jogállamiság a kormányzat jogi ellenőrzéséről szól, ami *korlátozott* kormányzást jelent, nem pedig a kormányzati napirend kiterjesztésére irányuló érdekérvényesítő jogászokodást. Ez pedig beleillik abba a konzervatív stratégiába, amely a jogállamiságot olyan eszményként sajátítja ki, mint amilyen az IMF/Világbank napirendje, amely a tulajdonjogok és a külső befektetések biztosítását tekinti céljának a törvényhozás beavatkozásával szemben. Másutt már érveltem amellett, hogy egy tisztességes jogtudománynak semmi köze nem lehet a jogállamiság ilyen felfogásához, és úgy vélem, hogy nem adunk hitelt a jogállamiságnak sem.

30 A Dél-afrikai Köztársaság kormánya kontra Grootboom és társai 2001 (1) SA 46 (CC)

a kormány ellenőrzése és az azt elősegítő korlátozott kormányzás közötti egyenlőtlen ingadozás.

Ezzel kapcsolatban hadd mondjak még egy kis pedantériát. Az alkotmányvédők néha azt mondják, hogy hitvallásuk egyszerűen az, hogy "az állami hatalomnak van helyes és helytelen használata", és hogy az alkotmány feladata, hogy az állami hatalom gyakorlását a helyes használatra "korlátozza".³¹ Helyes és helytelen: ez túl sok lehetőség. De a normatív logika háromértékű, nem kétértékű: a cselekvések tiltottak, engedélyezettek vagy kötelezőek. Három lehetséges érték, nem kettő. A harmadik kategória elhanyagolása - ami kötelező, szemben a megengedettel - torzíthatja elemzésünket. Tegyük fel, hogy azt mondjuk - pontosabban -, hogy az államhatalomnak vannak helyes, helytelen és szükséges felhasználásai; akkor azt kell mondanunk, hogy az alkotmány feladata ugyanúgy biztosítani, hogy az állam megtegye azt, amit meg kell tennie, mint azt, hogy visszatartsa attól, amit tilos. Az Egyesült Államok alkotmánya - ez a sajátos és elavult állat - nem sok pozitív követelményt tartalmaz; és az itteni alkotmánybíróságok erényt csináltak ebből olyan ügyekben, mint a *Jackson kontra Joliet város* 715 F2d 1200 (1983), Posner bíró pedig azt mondta nekünk, hogy "[a] Bill of Rights-ot író emberek nem attól tartottak, hogy a kormány túl keveset tesz az emberekért, hanem attól, hogy túl sokat tesz velük."³² Posner bíró lehet, hogy

³¹ Kay, op. cit., 19.

32 Pin cite:

igaza van az alkotmányos hagyományainkkal kapcsolatban, de úgy gondolom, hogy sok türelemmel kellene lennünk egy olyan ideológiával szemben, amely ezt a világ összes többi tagjára rá akarja erőltetni azzal az indokkal, hogy az alkotmányosság mint olyan ezt követeli meg.

8. Felhatalmazás és tekintély

Mit tesznek az alkotmányok, amit az alkotmányjogászok (az alkotmányosság ideológusai) lekicsinyelnek? Mindenekelőtt felhatalmazást adnak: olyan intézményeket hoznak létre, amelyek lehetővé teszik az emberek számára, hogy együttműködjenek és koordinálják azokat a projekteket, amelyeket egyedül nem tudnának megvalósítani. Ez az, amit Stephen Holmes és Sotirios Barber³³ és mások "pozitív alkotmányosságnak" neveztek.

Szükségünk van egy olyan intézményre, amelyben a közösség képviselői összegyűlhetnek, hogy megvitassák és elfogadják a különböző intézkedéseket, amelyek törvényként állnak felettünk és közöttünk. Szükségünk van törvényhozásokra, nagy intézményekre,³⁴ amelyek bizonyos módon vannak személyzettel (emberekkel) ellátva és közhatalommal felruházva, hogy hitelesen cselekedhessenek mindannyiunk nevében. Egy alkotmánynak bíróságokat kell felállítania, hogy a törvényeit alkalmazza és értelmezze, valamint a vitás kérdéseket az egész társadalom

nevében megoldja; és fegyveres szervezeteket kell létrehoznia, hogy a társadalomban a békét fenntartsák és az érdekeit megvédjék, szintén az egész társadalom nevében; intézményeket és személyzetet kell felhatalmaznia, hogy az egyéb más

33 Sotirios A. Barber, *Welfare and the Constitution* 147-53 (2003).

34 Hivatkozás a JW, *Nagy törvényhozások* című könyvre.

más országokban hasonlóan létrehozott kormányok, béke, kereskedelem és háború céljából. Az a mód, ahogyan az alkotmány ezeket az affirmatív konstitutív feladatokat ellátja, a működési mód, amelyet ezen intézmények számára megállapít, és az a mód, ahogyan egymáshoz viszonyítja őket, mind-mind a közhatalom létrehozásának döntő elemei.

Amit az imént mondtam, közhelyes, és azt gondolhatja, hogy az alkotmányjogászoknak megbocsátható, ha e nyilvánvaló pontok mellett elsiklanak, és rögtön rátérnek arra a kérdésre, hogy az e célokra létrehozott intézményeket hogyan kell korlátozni és visszafogni. Elfogadhatják, hogy az alkotmányok igenlő módon szükségesek az államhatalom megalapozásához. De az ő alkotmányosságuk valami extra. Sajó szavaival élve: "[az] alkotmányok a hatalomról szólnak; [de] az alkotmányosság eszméivel átítatott alkotmány a hatalom *korlátozásáról* szól." ³⁵

Az alkotmányok a közhatalmi központok tényleges létrehozása mellett a működésükre vonatkozó eljárásokat is meghatározzák, amelyek gyakran meglehetősen formalista eljárások, és nem annyira azt korlátozzák, hogy mit lehet tenni, hanem azt, *hogy hogyan*. Az alkotmányos politika olyan artikulált politika, amely tudatosan és megfontoltan lép színpadról színpadra és fórumról fórumra, komolyan véve (mondjuk) a törvényalkotási folyamat vagy más politikai döntési folyamatok minden egyes részének integritását.

35 Sajb, op. cit., 2. o.

Olyan folyamatokra gondolok, mint a kétkamarás törvényhozás, a végrehajtó hatalom hozzájárulásának követelménye, valamint a törvényhozás és a bíróságok, illetve a végrehajtó hatalom azon képviselői közötti egyértelmű kapcsolat, akik a törvényeket alkalmazzák, értelmezik és végrehajtják.

Alkotmányjogi szempontból hajlamosak vagyunk leegyszerűsítően gondolkodni az ilyen eszközökről: ezeket csak a jogalkotás folyamatának *félkjeként*, a dolgok lassításának módjaként, az elnyomó jogalkotással szembeni lehetséges ellenállás pontjaként fogjuk fel. Ugyanígy hajlamosak vagyunk úgy gondolni a hatalom formális szétválasztására (mondjuk) a törvényhozás, a végrehajtó hatalom és a bírói hatalom között, mint a hatalom felhígításának és gyakorlásának megnehezítésére szolgáló eszközre. Mindent a korlátozás és a korlátozás szemüvegén keresztül látunk.

Az alkotmányos struktúrát azonban nem kell ebben a megvilágításban szemlélni: az artikulált folyamatot tekinthetjük a tanácskozás strukturálásának módjának, amely lehetővé teszi, hogy több hang is hallható legyen, és több hozzáférési pontot biztosít az állampolgárok számára; a kétkamarás rendszereket tekinthetjük a közösség különböző hangjainak vagy a közösség különböző módon történő képviselet céljából kiválasztott hangjainak felhatalmazásának módjának; a hatalmi ágak szétválasztását pedig tekinthetjük - ahogy Dicey látta - annak

módjának, hogy komolyan vegyük annak integritását, ami egy valódi

jogalkotási gyakorlat. ³⁶Általánosságban meg kell értenünk annak fontosságát, hogy az alkotmány milyen módon ad otthont egy társadalom politikai tevékenységének, létrehozva a bútorok és a formaságok közötti mezsgyét, hogy a nyilvános tanácskozás strukturált vállalkozássá váljon, lehetővé téve, hogy egy személy nézetei artikuláltan kerüljenek kapcsolatba mások nézeteivel, és elősegítve a jól átgondolt, felelős és politikailag hatékony vélemények kialakulását. Ez nem elsősorban kényszerítés kérdése; ³⁷hanem az, hogy mit tesz lehetővé az alkotmány az utca laza, csapongó és veszélyes politikájából. ³⁸

9. Demokrácia: Korlátozás vagy felhatalmazás?

Számos általam felvetett pont a demokráciára vonatkozik a legélénkebben, és az alkotmányossággal mint ideológiával kapcsolatos szkeptikus megjegyzéseim demokratikus megjegyzések.

36 Vö. Dicey beszámolóját a hatalmi ágak szétválasztásáról a parlamenti szuverenitás és a jogállamiság összeegyeztetésére tett kísérletében: Dicey, op. cit., 268-73. o. Az, hogy a törvényhozó nem ellenőrizheti, mi történik egy törvénnyel, miután az a bíróságok kezébe került, nem csupán az elnyomás megelőzésének egyik módszere (annak biztosítása révén, hogy maguk a törvényhozók is alávetik magukat az általuk hozott törvények hatályának), bár ez is az; ez egyben egy módja annak is, hogy megjelöljünk valamit arról, amit a törvényhozásban tettek. A törvényhozó ünnepélyes döntése révén az, amit létrehozta, a *törvény* különleges státuszát kapja; nem csupán egy újabb kormányzati intézkedés. A törvényhozásból való kilépése utáni kezelése pedig ennek a ténynek az intézményi artikulációval történő tisztelgése.

37 Arról, hogy a politikai részvétel korlátozásának hosszú távon milyen pozitív felhatalmazó és strukturáló hatása lehet, lásd Samuel Issacharoff, "Fragile Democracies", Harvard Law Review, 120 (2007).

38 Az általam említett témák különösen hangsúlyosak Hannah Arendt alkotmányelméletében; lásd Jeremy Waldron, "Arendt's Constitutional Politics" in Dana Villa (szerk.) *The Cambridge Companion to Hannah Arendt* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).

Amikor egy alkotmányjogász a demokráciára gondol, az első gondolata ez: Hogyan akadályozhatjuk meg, hogy a demokrácia a többség zsarnokságává fajuljon? Milyen eszközök állnak rendelkezésre, milyen lépéseket lehet tenni, hogy megfékezzük a zsarnoki túlkapasokat, amelyekre a demokráciák végletesen hajlamosak?

De természetesen vannak olyan előzetes kérdések is, amelyekkel foglalkozni kell, a pozitív felhatalmazás kérdései. Hogyan épüljön fel a demokrácia? Milyen legyen a képviseleti rendszer? Melyek legyenek a különböző politikai tisztségek különböző demokratikus követelményei (például a végrehajtó hatalom vezetőjének megválasztása a törvényhozó megválasztásával szemben; esetleg még a bírák megválasztása is)? Hogyan garantálható a választási folyamat integritása? És mindenekelőtt, mindezen kérdéseket uralva: Hogyan lehet fenntartani és érvényesíteni a *politikai egyenlőség* központi elvét, amely a demokrácia alapja?

Úgy gondolom, hogy itt egy fontos ellentét van a demokratikus társadalmak hatalmi berendezkedése és a nem demokratikus társadalmak hatalmi berendezkedése között. A nem demokratikus kormányzati rendszerekben általában az alkotmány feladata, hogy formalizálja azoknak a hatalmát, akiknek a hatalom úgyszólván természetes módon jut, vagy akiket történetileg felruházott az adott társadalom feletti hatalommal. Az alkotmány

egy

a demokrácia ezzel szemben magában foglalja *azoknak a* felhatalmazását, akik *egyébként tehetetlenek lennének*, a hétköznapi embereknek, akik a legtöbb országban a politikai hatalom alanyai, nem pedig ügynökei. Azt az embert, akit Rainborough ezredes úgy emlegetett, hogy "a legszegényebb ember, aki Angliában van", a legnehezebb felhatalmazni, mert ha a dolgok önmagukra maradnak, akkor egyáltalán nem lesz politikai hatalma. ³⁹Ha az ő felhatalmazása megvalósul, az egy olyan demokratikus alkotmány eredménye, amelynek mindent meg kellett tennie annak érdekében, hogy ugyanannyi formális politikai hatalommal rendelkezzen, mint "a legnagyobb ő".

Az sem elég, ha az embereknek egyenlő politikai hatalmat *adunk; meg is kell tartani* őket ebben a státuszban, mert ez az egyenlőség végletesen ki van téve a mindenféle irányból történő felforgatásnak. Amikor emberek millióiról van szó, a politikai egyenlőség fenntartása jelentős figyelmet igényel. Ez olyasvalami, amin egy politikai rendszernek dolgoznia kell, mert állandó tendencia, hogy felhígítsák vagy kompromisszumot kössenek, vagy (ha lehetséges) megkerüljék a választójogot vagy a hatékony képviseletet.

egyszerű emberek. A hatékony demokratikus alkotmány megköveteli, hogy figyelmet fordítsunk a politika környező jelenségeire, például a vagyon és a társadalmi és gazdasági hatalom más formáinak befolyására,

39 Rainborough ezredes 1647-ben Putneyban tett felkiáltására gondolok: "[T]ruly azt hiszem, hogy a legszegényebb embernek, aki Angliában van, ugyanolyan életet kell élnie, mint a legnagyobbak; és ezért valóban, uram, azt hiszem, világos, hogy minden embernek, aki egy kormány alatt él, először saját beleegyezésével kell magát e kormány alá helyeznie". ("The Debates at the General Council of the Army, Putney, 29 October 1647," in Andrew Sharp (szerk.) *The English Levellers* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 103. o.).

annak biztosítása, hogy a demokrácia politikai egyenlősége a társadalom minden tagja számára valóság maradjon, és ne csak ideológiai díszlet legyen.

Képzelnék el, milyen lenne az alkotmányunk, ha kifejezett és pozitív elkötelezettséget tartalmazna a demokratikus értékek mellett - egy olyan záradékot, amely valahogy így szólna (politikai egyenlőségi záradéknak fogom nevezni):

Politikai egyenlőségi záradék: A demokrácia és a politikai egyenlőség fenntartása, beleértve az általános választójogot (fajra, nemre, jövedelemre vagy vagyonra való tekintet nélkül), valamint az egyéni szavazatok méltányos értékének biztosítása a politikai egyenlőség elvének fényében, az alkotmány egyik legfontosabb jellemzője. ⁴⁰

És képzelnék el, hogy a *Citizens United kontra FCC41* bíróság elé kerül. Elképzelhető, hogy egészen másképp döntenének az ügyben, ha az Első Kiegészítés azon korlátozásai és korlátozása, amelyek a Legfelsőbb Bíróság döntésének tényleges alapját képezték, egy ilyen záradékkal kerültek volna szembe. Amíg az Első Alkotmánykiegészítés korlátozásai kiemelkedőek és egyértelműek, miközben a demokratikus felhatalmazás elveinek, mint például a politikai egyenlőség elvének, a

40 (A IV. cikk (4) bekezdésének köztársasági kormányzati záradéka közel áll ahhoz, amire én gondolok, még akkor is, ha nem tesz konkrét utalást a demokráciára mint olyanra - a keretező hajlamos volt antidemokratikusnak lenni -, és a *Luther kontra Borden*, 48 U.S. 1 (1849) óta elkorcsosult.

41 130 S.Ct. 876 (2010).

a megszűnt köztársasági kormánygaranciából és talán az I. cikk (2) bekezdéséből, a 14.th módosítás második mondatából, valamint a 15.th, 17.th, 19.th és 26.th módosítások feltételeiből kell összeállítani, akkor a mérleg kényszerűen torzul, különösen az alkotmányozó ideológia háttérében, amely szerint a kormányzat kifejezett korlátainak meghatározása mérhetetlenül fontosabb, mint a demokratikus felhatalmazás.

Ha valami, akkor a dolgok még ennél is rosszabbul állnak. A probléma nem csupán az, hogy az alkotmányosság elhanyagolja a demokratikus felhatalmazás feladatát; az alkotmányosság a demokráciát és a választási és képviseleti eljárásokon keresztül a hétköznapi embereknek juttatott hatalmat tekinti természetes ellenségének. Azt gondolnánk, hogy egy olyan politikaelmélet, amely a hatalommal való visszaélés korlátozásának szenteli magát, a zsarnokság minden formáját, az elnyomás minden formáját célkeresztjében tartja. De az alkotmánytudományi irodalomban újra és újra azt olvashatjuk, hogy az alkotmánytudomány a *hatalom* zsarnokságának megfékezésére törekszik, nem pedig a zsarnokságra általában. Így például halljuk, hogy a tudósok arról beszélnek, hogy "az alkotmányosság alapvető elkötelezettsége, hogy bizonyos döntéseket megvédjen az aktuá

többségi impulzusok "42 és az alkotmányosságot "alapvetően a többségi hatalom következményeivel szembeni védelemként írja le".

"43

Azt hiszem, elképzelhető az alkotmányosság egy alternatív formája: a tudósok "népi alkotmányosságról" vagy "demokratikus alkotmányosságról" beszélnek. "44 Semmi bajom az ilyen szóhasználatokkal, bár igyekeztem az általam tárgyalt kérdéseket élesebbé tenni azzal, hogy kerülöm őket. Kétségtelen, hogy ez némi túlzásra vezetett. Kétségtelenül elképzelhető egy mérsékeltebb alkotmányosság is. (És kétségtelenül elképzelhető mindenféle kibúvó, amellyel az előadás e részében tárgyalt kérdések elferdíthetők). Úgy gondolom azonban, hogy érdemes felvázolni az alkotmányosság és a demokratikus vagy népi önkormányzatiság közötti antipátia egy szigorú változatát, már csak azért is, mert ez segít nekünk abban, hogy világosabban felmérjük, hogy az alkotmányjog új és érett elmélete milyen mértékben veszi megfelelően figyelembe azt a terhet, hogy a népet ne fosztja meg jogaitól az a dokumentum, amely elvileg hatalmat ad neki.

11. Népszuverenitás

42 Robert A. Schapiro, "Polifonikus föderalizmus: A szövetségi bíróságokon az állami alkotmányok". *California Law Review*, 87 (1999), 1415, 1438. o., 1438. o.

43 Sandra Schultz Newman és Daniel Mark Isaacs, "A bírák kiválasztási folyamatának történeti áttekintése az Egyesült Államokban: Vajon a pennsylvaniai választási rendszer indokolatlan?" *Villanova Law Review*, 49 (2004), 1. o. 16. o.

44 Lásd pl. Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York: Oxford University Press, 2004) és Frank I. Michelman, "What (if Anything) is Progressive- Liberal Democratic Constitutionalism?" (Mi (ha valami) a progresszív- liberális demokratikus alkotmányosság?) *Widener Law Symposium*, 4 (1999), 181. Lásd még Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton: Princeton University Press, 2000).

Az egyik terület, ahol az alkotmányjogászok hajlandóak a demokratikus eszmékkal kacérkodni, az alkotmány megfelelő szerzőségéről alkotott elképzelésük. Az alkotmányt fel lehet fogni korlátozások összességéként, de fontos, hogy ezeket olyan korlátozásokként értelmezzük, amelyeket bizonyos értelemben mi magunk szabtuk meg magunknak, és nem pedig kívülről kényszerítettek ránk. Az alkotmány a népszuverenitás terméke - "Mi, a nép, rendeljük el és hozzuk létre ezt az alkotmányt" -, és korlátozó ereje ettől függ.

Így például az amerikai Legfelsőbb Bíróság a *Marbury kontra Madison* ügyben abból indult ki, hogy "a népnek eredeti joga van arra, hogy a jövőbeni kormányzás számára olyan elveket állapítson meg, amelyek véleménye szerint a leginkább elősegítik saját boldogságát", és azzal érvelt, hogy a nép "eredeti és legfőbb akaratának" érvényre juttatásához szükséges az alkotmányellenes jogszabályok megsemmisítésére vonatkozó bírói hatáskör. ⁴⁵

Nos, elismerjük, hogy ez nem túl erős engedmény a demokráciának. Randy Barnett nagyon helyesen javasolta, hogy óvatosnak kell lennünk azzal, hogy saját demokratikus kötelezettségvállalásainkat (ha vannak ilyenek) visszaolvassuk ebbe a mondatba. ⁴⁶ A legjobb esetben az alkotmányosság a múltbeli többségek hatalmát képviseli a

45 *Marbury kontra Madison* 5 U.S. 137 (1803), 176. pont.

46 Lásd pl. Randy E. Barnett, *The People or the State? Chisholm v. Georgia és a népszuverenitás*, 93 Va. L. Rev. 1729 (2007).

a jelenlegi és a jövőbeli többségek. ⁴⁷ Legrosszabb esetben el kell ismernünk annak a logikai lehetőségét, hogy az az elképzelés, hogy a népnek joga van saját kormányformát létrehozni, logikailag teljesen összeegyeztethető egy nem demokratikus alkotmány vagy a demokrácia erősen kompromittált vagy csonka formájának létrehozásával. ⁴⁸ Az amerikai esetet illetően sok alkotmányjogász ugyanolyan szívesen beszél "a keretezőkről" és rendkívüli erényeikről - ami egy határozottan nem populista felfogás -, mint amennyire szívesen beszélnek a népszuverenitásról. A népszuverenitáshoz nyúlnak vissza, ha kérdéses, hogy az alkotmányos korlátozásoknak olyan hitelesítő okmányokat adnak-e, amelyek megállják a helyüket a törvényhozási aktusok demokratikus hitelesítő okmányaival szemben, amelyeket le kellene dönteniük. De ez egy vékony és többnyire nem meggyőző manőver.

Leginkább az számít számukra, hogy a korlátozásokat valójában nem a szó szoros értelmében az emberek alkották meg, hanem az, hogy azok - az új amerikai köztársaság önrendelkezési jogaként - azok között alakultak ki, akik új kormányzati struktúrát alakítottak ki, miután elutasították a rájuk kényszerített gyarmati struktúrákat. Az alkotmányosság az önrendelkezésről szól; de az önrendelkezés nem feltétlenül demokratikus eszme.

⁴⁷ Larry Alexander, "Alkotmányos szabályok, alkotmányos normák és alkotmányos

rendezés: Marbury v. Madison and the Case for Judicial Supremacy", *Constitutional Commentary*, 20 (2003), 369, 373. o., 373. o.

48 Lásd Locke, *op. cit.* , 329-30. és 354-6. o., valamint Thomas Hobbes, *De Cive: The English Version*, szerk. Howard Warrender (Oxford: Clarendon Press, 1983), 37. és 131. o. ff.

12. "Mi, a nép." és a visszafogottság más modelljei.

Még ha a "Mi, a nép." nem is jelent nagy engedményt a demokratikus elveknek, mégis fontos szerepet játszik az alkotmányosság sajátos gazdaságában, és nagy hatással van arra, ahogyan a kormányzat korlátozását értelmezik.

Amikor korábban azt mondtam, hogy a konstitucionalisták túlhangsúlyozzák a korlátokat és a korlátozásokat mint az alkotmány funkcióit, nem azt akartam mondani, hogy a korlátozások nem fontosak. Nem akartam lebecsülni a kormányzati cselekvés konkrét korlátozásának gondolatát. Vannak olyan dolgok, amelyeket a kormányok képesek megtenni azokkal, akik a hatalmukba kerülnek, és amelyeket minden kétséget kizáróan meg akarunk tiltani és törvényekkel korlátozni. Nincs szükség példákra, de említek egyet, amely sokunkat érintett az elmúlt nyolc év során: a világon konszenzus van abban, hogy a kormányokat vissza kell tartani a kínzástól, a kínzás engedélyezésétől vagy engedélyezésétől, a kínzásban való bármiféle bűnrészességtől, sőt még attól is, hogy kényszerítő hatalmukat (pl. a kitoloncolási jogkörüket) arra használják, hogy embereket kínzásnak tegyenek ki. Ezeknek a korlátozásoknak létezniük kell, és ha ezek egy alkotmányos dokumentumban szerepelnek, akkor ez jó és jó: ez egy jó alap, amelyből kiindulva működhetnek egy olyan társadalomban, amely komolyan veszi alkotmányos

dokumentumát. Az egyetlen kifogásom egy olyan alkotmányos ideológiával szemben van, amely a

az ilyen korlátozások vagy a kormányzat általánosabb korlátozásai az alkotmányok lényege. ⁴⁹

Az alkotmányosságon kívül a kormányzás korlátozását többféleképpen is lehet értelmezni. Három vagy négy különböző modellre gondolok.

(i) Van az alkotmányos modell, amely a kormányzatra vonatkozó konkrét korlátozások bevezetését tekinti az alkotmányok elsődleges - ha nem *az* elsődleges - funkciójának. Mindannyian ismerjük az e modell és néhány más, a Westminster-stílusú demokráciák múltbeli és jelenlegi gyakorlatához kapcsolódó modell közötti ellentétet.

(ii) Az egyik ilyen modell a jogalkotási modell, amelyben az elsődleges jogszabályokat használják a kormányzat korlátainak meghatározására. Így Új-Zélandon létezik egy úgynevezett Új-Zélandi Jogok Törvénye - egy olyan jogszabály, amelyet 1990-ben egy egyszerű parlamenti többség fogadott el, és amely ma az új-zélandi politikai kultúrában annak a meggyőződésnek a középpontjában áll, hogy még egy szuverén parlament mellett sem korlátlan az állam hatalma. Egy másik példa az Egyesült Királyság 1998-as emberi jogi törvénye, bár ez a törvény

49 Gyanítom, hogy Ronald Dworkinnak igaza van, amikor azt mondja, hogy az amerikai alkotmányosság egyik meghatározó jellemzője, és valami olyasmi, amivel hozzájárult az alkotmányelmélethez általában a világon, hogy jó ötlet, hogy ezek a tilalmak annak a dokumentumnak a részét képezik, amely valójában a kormányt keretbe foglalja és felhatalmazza. **<kapjon idézetet a Freedom's Lawból** (Ez az amerikai és a német modell; bár más országok más struktúrákat használnak - például Kanada és az Egyesült Királyság.). De a dolgok ilyen módon való leírásának, bármennyire is hízelgő ez számunkra Amerikában, csak akkor van értelme, ha feltételezzük, hogy az alkotmány, amelybe ezek a záradékok beilleszkednek, valóban

59

tesz valamit az érdemi felhatalmazás útján.

bonyolítja az a tény, hogy egy regionális emberi jogi eszköz, az Emberi Jogok Európai Egyezményének belföldre történő átültetését is jelenti. (Erről hamarosan bővebben.)

Mi, az Egyesült Államok népe úgy gondoljuk, hogy a jogalkotási modell legalább két szempontból hibás. Először is, a szóban forgó jogszabály nincs megrögzítve, legalábbis formális értelemben; nincs formálisan magasabb rendű jogként rögzítve; elméletileg bármely parlamenti többség, amely elhatározza, hogy rendelkezései betűje vagy szelleme ellen cselekszik, megdöntheti. (Ez formai szempontból igaz, de hogy a politikai kultúra szempontjából igaz-e, az még nem derül ki.) Másodszor, úgy gondoljuk, hogy ez a modell hibás, mivel nem rendelkezik - sem kifejezetten, sem hallgatólagosan - az elsődleges jogszabályok erőteljes bírósági felülvizsgálatáról. Erről az aggályról már majdnem mindent elmondtam máshol; a bírósági felülvizsgálat esküdt ellensége vagyok, de megfogadtam magamnak, hogy ebben az előadásban nem fogok a bírósági felülvizsgálatról beszélni!

(iii) A harmadik modell, amely szintén a Westminster-stílusú demokráciákhoz kötődik, az általános szokásjog örökségébe és a bírói kar általánosságban a jogszerűséghez és a természetes igazságossághoz kapcsolódó értékekbe ágyazott visszafogottságra támaszkodik. Ez történelmileg fontos volt Nagy-Britanniában, Albert Venn Dicey hatására, aki a jogállamiság egyik meghatározó jellemzőjének tekintette, hogy

az alkotmány általános elvei ([mint] a személyes szabadsághoz való jog vagy a nyilvános gyülekezés joga) nálunk a bíróságok elé kerülő konkrét ügyekben a magánszemélyek jogait meghatározó bírói döntések eredménye; míg számos külföldi alkotmány szerint a magánszemélyek jogainak (ilyen jellegű) biztonsága az alkotmány általános elveiből következik, vagy annak tűnik. . Alkotmányunk, röviden szólva, egy bíró által alkotott alkotmány, és a bíró által alkotott jog minden jó és rossz tulajdonságát magán viseli.

Azt hiszem, hajlamosak vagyunk azt gondolni, hogy ez teljesen törékeny és reménytelen a kormányzati hatalom korlátozásának alapjaként, bár érdemes megjegyezni, hogy először is Dicey e tekintetben valóban Nagy-Britanniával hozta összefüggésbe az Egyesült Államokat, mondván, hogy az írott Bill of Rights ellenére a kormányzattal szembeni korlátozás érzése valójában az amerikai jog rendes szövetébe is beleszövődött, másodsor pedig - összehasonlításképpen nem az amerikai típusú Bill of Rights-ot, hanem a kontinentális európai típusú alkotmányokat vizsgálva - úgy vélte, hogy a brit modell valójában rugalmasabb. ⁵⁰

50 "ahol az egyéni szabadsághoz való jog az alkotmány elveiből levezetett eredmény, könnyen felmerül a gondolat, hogy a jog felfüggeszhető vagy elvehető. Ahol viszont az egyéni szabadsághoz való jog az alkotmány része, mert az ország rendes jogában rejlik, ott a jog aligha semmisíthető meg a nemzet intézményeinek és szokásainak alapos forradalma nélkül."

Oké - tegyük félre ezt a két modellt: a korlátozás jogalkotási modelljét és a szokásjogi modellt. A köztük és az első, az alkotmányos modell közötti ellentét elég világos.

(iv) Most tekintsünk egy negyedik modellt: Emberi jogi modellnek fogom nevezni. Ebben a modellben az elsődleges mechanizmus, amely az állam cselekvéseire vonatkozó konkrét korlátozások érzetét közvetíti, az emberi jogi jog, amelyet olyan többoldalú egyezmények tartalmaznak, mint a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya (ICCPR) és a nemzetközi humanitárius jogban a genfi egyezmények, valamint az olyan specifikusabb eszközök, mint a kínzás elleni egyezmény. Ezen egyezmények aláírásával és ratifikálásával az államok kötelezettséget vállalnak arra, hogy nem sértenek meg bizonyos konkrét emberi jogokat, és elkötelezik magukat az emberi jogi visszaélések megfékezése és megszüntetése mellett.

E joganyag érdekessége az egységessége, vagy másképpen fogalmazva, a közössége. Az ICCPR-ben több mint 160 ország kötelezte el magát ugyanazon korlátozások mellett. A különböző módon alapított és megalakult államoknak ez a különböző csoportja közös jogi doktrínát fogadott el azokról a dolgokról, amelyeket egy államnak nem szabad megtennie. Igaz, hogy ennek az egységességnek a szélei némiképp szaggatottak, ami részben abból ered, hogy az egyes államok az aláírás vagy ratifikálás során fenntartásokat tehetnek bizonyos rendelkezésekkel szemben. (Az

USA példaul

például nagyon súlyos fenntartást fogalmazott meg a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának a gyűlöletbeszédre vonatkozó rendelkezésével kapcsolatban.)⁵¹ A dolog lényege azonban az, hogy ezek *emberi* jogok, nem pedig egy adott népnek egy adott alkotmány alapján szervezett jogai. A paktum az egyes részes államok kötelezettségvállalását jelenti, de ez egy közös és egy többes kötelezettségvállalás is: így a paktum rendszere az államokat egyetlen rendszerbe köti, amely az emberi jogok meg nem sértésének és előmozdításának szenteli magát. ⁵² Vagy, ha a társadalmi szerződés másik oldaláról nézzük - úgymond alulról felfelé -, akkor a világ népeinek elkötelezettségét jelenti, hogy mostantól kezdve ragaszkodnak ahhoz, hogy e korlátozásoknak alávetve kormányozzanak bennünket, és hogy e tekintetben vigyázni fogunk egymásra.

Nyilvánvaló, hogy ezt a biztonságot nem csak az emberi jogi törvények révén követjük. Az emberi jogi jog általában megköveteli az aláíró államoktól, hogy a vonatkozó korlátozásokat beépítsék önkormányzati jogukba. Az ICCPR 2. cikkének (2) bekezdése például megköveteli az országoktól, hogy nemzeti szinten jogi rendelkezéseket hozzanak a jogokról. Ez kimondja:

51 A Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának 20. cikkének (2) bekezdése előírja, hogy "[a] nemzeti, faji vagy vallási gyűlölet szítása, amely megkülönböztetésre, ellenségeskedésre vagy erőszakra való felbujtásnak minősül, törvényesen tilos". Az Egyesült Államok kijelentette, hogy nem vállal kötelezettséget a szólásszabadsághoz való jog korlátozására, amennyiben azt az Egyesült Államok alkotmánya és törvényei védik.

52 (Nem akarom ezt eltúlozni. Az államok elsődleges felelőssége, mondjuk, az ICCPR-ben részes államok felelőssége (a 2. cikk szerint) a saját magatartásukért, nem pedig más országok

magatartásáért. Az ICCPR 41. cikkének (1) bekezdése szerint van hivatalos rendelkezés arra vonatkozóan, hogy az államok panaszt tehetnek egymás jogainak megsértése miatt; de úgy tűnik, hogy ezt még soha nem használták, és csak 47 állam írta alá, hogy részt vesz ebben a lehetőségben. ALSTON AND STEINER, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT (2000), 739. o.

Amennyiben a meglévő törvényhozási vagy egyéb intézkedések még nem rendelkeznek, a jelen Egyezségokmányban részes minden egyes állam vállalja, hogy alkotmányos eljárásaival összhangban megteszi a szükséges lépéseket a jelen Egyezségokmányban elismert jogok érvényre juttatásához szükséges törvények vagy egyéb intézkedések elfogadására.

Néha ezt az alkotmányukban teszik meg; vagy a 2. cikk (2) bekezdése szerinti kötelezettséget teljesítettnek fogadják el, mivel ezeket a jogokat már beépítették egy alkotmányos dokumentumba, talán már régen. Néha ez egy szabadon álló jogtörvényen vagy törvényen keresztül történik. Néha a rendes törvényi szabályozáson keresztül történik: például az Egyesült Államok kínzás elleni törvényét azért hozták meg, hogy teljesítsék a kínzás elleni nemzetközi egyezményből eredő hasonló kötelezettséget.

Az alapvető logika - a kettős pozitívizálás - olyasmi, ami sok többoldalú egyezmény esetében előfordul. Íme egy példa. Számos ország légi közlekedési egyezményt köt, hogy biztosítsa a légiközlekedés biztonságára és a repülési útvonalakra stb. vonatkozó szabványokat a világon. Az egyezmény megköveteli, hogy minden ország alkosson egy polgári légiközlekedési törvényt, amely tükrözi az egyezmény feltételeit, és az elképzelés az, hogy ezek a törvények hasonlítani fognak egymásra, így a

különálló törvények országonként való alkalmazásának az a hatása, hogy a légiközlekedési gyakorlatot világszerte harmonizálják.

Úgy gondolom, hogy a korlátozás emberi jogi modelljének hasonló módon kellene működni. Kétségtelen, hogy az emberi jogi jog esetében nagyobb a helyi eltérések lehetősége. A repülési útvonalak esetében nincs sok hely a mérlegelési mozgástérre! Mint mondtam, a nemzeti szintű pozitívizálás egy részenemzetközi norma megfogalmazása előtti évekkel vagy évszázadokkal korábbi jogalkotás következménye lesz. Tehát van némi változatosság a nemzeti szintű megfogalmazások között, és ezek feszültségekhez vezethetnek, amelyeket csodálatra méltóan vizsgál egykori Columbia kollégám, Gerald Neuman "Emberi jogok és alkotmányos jogok" című cikkében: Harmónia és disszonancia. ⁵³De úgy tűnik, hogy sem az eltérések, sem a feszültségek nem jelentenek leküzdhetetlen akadályt az államhatalom bizonyos jogalapú korlátozásai iránti közös globális elkötelezettség kialakulóban lévő érzése előtt.

Bruce Ackerman azt szorgalmazta, hogy ezt tekintsük a "világ alkotmányosságának" kialakulásának. ⁵⁴Véleményem szerint pontosan ez a helytelen megközelítés. Igaz, hogy bizonyos időkben és egyes országokban az emberi jogokon alapuló korlátozások bekerültek az alkotmányos dokumentumokba - némelyikük, mint például az Egyesült Államokban, egy évszázaddal vagy még régebben, mint ezek megjelenése.

53 Gerald L Neuman, "Emberi jogok és alkotmányos jogok: Stan. L. Rev. 1863 (2002-2003).
Lásd még: Philip Alston, A Framework for the Comparative Analysis of Bills of Rights, in:
Alston (szerk.) PROMOTING HUMAN RIGHTS THROUGH BILLS OF RIGHTS: ÖSSZEHASONLÍTÓ
PERSPEKTÍVÁK (OUP, 1999).

54 Bruce Ackerman, The Rise of World Constitutionalism, 83 Va. L. Rev. 771, 779-80 (1997)

a nemzetközi jog szintjén tett kötelezettségvállalások. És az is igaz, ahogyan a NYU-n dolgozó kollégám, Philip Alston fogalmazott, hogy a nemzetközi szintű erőfeszítéseket az a tény ösztönözte, hogy a meglévő nemzeti szintű védelmi intézkedések között - amelyek közül sok alkotmányos dokumentumban szerepel - elegendő hasonlóság van ahhoz, hogy induktív módon indokoltá váljon az az érzés, hogy helyénvaló lehet egy egységes közös normakészletet megfogalmazni bármely nemzetközi szinten.⁵⁵

Alkotmányjog

-az egyes nemzetek alkotmányos joga - e folyamat mindkét végén szerepet játszott. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a negyedik modell - az emberi jogok melletti globális elkötelezettség - az első modellre, az alkotmányos felfogásra redukálódik.

Mert van ez a döntő különbség közöttük. Ahogy nemrég mondtam, az alkotmánypártiak elfogadják - sőt, ragaszkodnak hozzá -, hogy egy ország alkotmányának a nemzeti önrendelkezés terméke kell, hogy legyen. Minden országnak saját magának kell alkotmányt adnia, és az alkotmány, amelyet A ország ad magának, nem feltétlenül ugyanaz - minden bizonnyal nem ugyanazon a jogalapon nyugszik -, mint az alkotmány, amelyet B ország ad magának. Nekik megvannak a maguk alkotmányozói, nekünk is megvannak a mieink. És az alkotmányunkban a kormányzatra vonatkozó korlátozások első sorban a mi alkotmányozóink

cselekedeteiként értelmezendők, függetlenül attól, hogy tartalmuk vagy megfogalmazásuk milyen lehet a

55 (Alston, 11. o.) Idézi: SIEGHART, THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS, xix.

közös a tőlünk északra vagy délre fekvő országok alkotmányában a kormányra vonatkozó korlátozásokkal.

Senki sem tagadja, hogy sok az utánzás és a bojlerplating. -és (őszintén szólva) puszta másolás - a különböző országok alkotmányai között. Például az amerikai nyolcadik módosítás és a kanadai Jogok és Szabadságok Chartája többé-kevésbé pontosan átveszi az 1689-es angol Bill of Rights szavait a túlzott, kegyetlen és szokatlan büntetés kérdésében. Hasonlóképpen a büntetések kegyetlenségét és embertelenségét a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya és az abból merítő számos nemzeti jogtörvénykönyv (például az új-zélandi és a dél-afrikai) is tárgyalja. Ez a másolás érthető. Egyrészt az alkotmányosság *önmagában* olyan elméletnek kellene lennie, amelyet bármely ország felhasználhat az alaptörvénye kialakításakor; ez egy hittérítő hit, és figyelemre méltóan sikeres az evangelizálásában. Az országok egymástól tanulnak az alkotmányozás során; néha az országok alkotmányalkotási szakértőket küldenek ki, hogy tanácsot adjanak a feltörekvő demokráciáknak; néha az alkotmányt az egyik ország kényszeríti rá a másokra, mielőtt az önrendelkezés gyakorlása keretében autonóm módon elfogadnák; és néha a kettős pozitívizálás nemzetközi jogi kötelezettségei miatt, amelyekről az imént beszéltünk, közös vonások merülnek fel. Tehát sok a közös pont.

De még mindig van különbség között, hogy ezt a közös anyagot - a kormányzás korlátozását - globálisan, az emberi jogokon alapuló korlátozások beépítésére vonatkozó közös kötelezettség teljesítéseként, vagy alkotmányos szempontból, a helyi alkotók önmeghatározó döntéseként tekintjük - kétségtelenül jól megfontolt döntésként, de végső soron minden esetben önmeghatározó döntésként.

A különbség az Egyesült Államokban a külföldi jog idézése körüli vitában vált nyilvánvalóvá számunkra. A külföldi jog idézése egyesek számára nem csupán az európaiakkal való egy lépésben menetelés vágya miatt tűnik ésszerűnek, hanem azért is, mert tudatában vannak a kormányzás különböző korlátainak megfogalmazásában rejlő nem véletlenszerű hasonlóságoknak. Talán útmutatást lehet meríteni abból, ahogyan más országok dolgoznak ezzel a nyelvezettel; vagy azt lehet javasolni, hogy vegyük ki a részünket abból, hogy bizonyos következetességet biztosítsunk abban, ahogyan egy közös korlátozási formulát értelmeznek világszerte. A korlátozás emberi jogi modellje szempontjából semmi sem természetesebb. Végül is a rendelkezés nemzeti jogba való beillesztésének célja az, hogy érvényt szerezzen annak a globális meggyőződésnek, hogy a kormányzatot bizonyos módon korlátozni kell. Az a tény, hogy a rendelkezés szerepel az alkotmányunkban, önmagában nem ok arra, hogy figyelmen kívül hagyjuk vagy elutasítsuk az e korlátozás iránti

elkötelezettségünk globális aspektusát, mint ahogyan az a tény
sem, hogy

hogy a polgári repülésről szóló jogszabályaink tartalmazznak valamit a léginavigációs szabványokról, az a kérdés globális dimenziójának figyelmen kívül hagyására ad okot.

De az alkotmányjogászok szemszögéből ez egyfajta sértésnek fog tűnni. Még ha úgy is gondolja, hogy a kormányzás korlátozása az alkotmányosság lényege, az alkotmányozó számára az is fontos, hogy ezeket a korlátozásokat lényegében és döntően egy adott nemzet saját alkotmányozásának termékének tekintse: a mi alkotmányunk, a *miénk*. Így aztán olyan kijelentéseket kapunk, mint amelyeket Scalia bíró tett a *Thompson kontra Oklahoma* ügyben, amikor olyan rendelkezéseket értelmez, amelyek tulajdonképpen sok más ország kötelezettségvállalásait tükrözik, mindazonáltal ragaszkodik ahhoz, hogy "[m]indenesetre nem szabad elfelejtenünk, hogy az Amerikai Egyesült Államok alkotmányát fejtjük ki."⁵⁶ És akkor jön mindaz a düh, amely a Legfelsőbb Bíróság 2005-ös, *Roper kontra Simmons* ügyben, a fiatalok halálbüntetésével kapcsolatos ügyben hozott döntése nyomán tört ki, amelyben Kennedy bíró és mások úgy vélték, hogy helyénvaló más nemzetek gyakorlatára hivatkozni, és arra, hogy 1990 óta az Egyesült Államok a világ demokráciái között egyedül volt az, amely elismerte, hogy gyermekkorban elkövetett bűncselekmények miatt kivégeznek embereket.⁵⁷ Mindenki dühbe gurult, amikor a Bíróság azt mondta, hogy "[i]gazságos, hogy elismerjük, hogy

56 Thompson kontra Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988), 830-1 (Stevens J, a Bíróság részéről).
Ibid., 869. o. (Scalia J., másként vélekedett).

57 A többiek Irán, Pakisztán, Szaúd-Arábia, Jemen, Nigéria, Dem. Kongói Köztársaság és Kína.

a fiatakorúak halálbüntetése elleni nemzetközi vélemény elsöprő súlyát." Scalia bíró *felrobbant*: azt mondta, hogy "a Bíróság érvelésének alapfeltevését - miszerint az amerikai jognak meg kell felelnie a világ többi részének törvényeihez - eleve el kell utasítani". A bíróságon kívül pedig kegyetlen újságcikkek jelentek meg, halálos fenyegetések érkeztek néhány bíró ellen, csúnya beszédek szóltak a felelősségre vonásról, és a Kongresszusban olyan törvényt terjesztettek elő, amely megtiltaná, hogy egy szövetségi bíróság külföldi jogi anyagokra támaszkodjon, kivéve az 1776 előtt eldöntött angol eseteket.

Micsoda düh! – **mikor** a bíróság mindössze annyit tett, hogy észrevette az eltérést a mi kormányzati korlátozásokkal kapcsolatos érzéseink és más országok nagyon hasonlóan megfogalmazott korlátozó rendelkezései között.

Egyszer megpróbáltam meggyőzni Scalia bírót arról, hogy jó textualistaként érdekelnie kellene, hogy más országok hogyan értelmezték *ugyanazt a szöveget*, például a "kegyetlen és szokatlan" kifejezést Kanadában. Úgy nézett rám, mintha örült lennék. Számára nem a korlátozás szövege önmagában a döntő, hanem *a szöveg az alkotmányalkotók azon csoportjának szájából, akik azt használták*, és biztos benne, hogy semmi olyat nem tanulhatunk a kanadai bírák értelmezéséből, ami segítené nekünk.

értelmezi ugyanazokat a szavakat, amelyeket a két évszázaddal korábbi philadelphiai alkotóktól származnak. ⁵⁸

Amint már mondtam, úgy tűnik, az alkotmányozó számára fontos, hogy az alkotmány által a kormányra rótt korlátozásoknak a népszuverenitás gyakorlásához hasonló eredménynek kell lenniük, vagy legalábbis egy olyan folyamat eredményének, amely ahhoz *a politikai rendszerhez tartozik, amelyben a korlátozásoknak működniük kell.* Ha az emberek fontosnak tartották, hogy legyenek ilyen korlátozások, akkor fontos, hogy *mi, az emberek* legyünk azok, akik *a mi* korlátainkkal rendelkezünk. Ha a korlátozások a történelem termékei, akkor fontos, hogy a *mi* történelmünk termékei legyenek. Ebből a szempontból egyszerűen nem számít, ha alkotmányos korlátaink nincsenek szinkronban a máshol érvényesülő alkotmányos korlátozásokkal: nem számít, hogy a *mi* korlátaink szigorúbbak a kormányzatra nézve, mint más országoké (például a szólásszabadság kérdésében) vagy kevésbé szigorúak (olyan kérdésekben, mint a halálbüntetés). Hogyan is számíthatna? - Ez a *mi* alkotmányunk, nem az övék.

Legalábbis ezt állítja sok amerikai alkotmányjogász. És feltehetően az alkotmányjogászok *általános* álláspontja az, hogy *minden* népnek így kell éreznie a saját alkotmányában a kormányzatra vonatkozó korlátozásokkal kapcsolatban. A korlátozás fontos, de nem olyan fontos, hogy felülírja az alkotmányos önrendelkezést.

58 És mindezt anélkül is, hogy bármi olyasmit mutatnának ki, ami távolról is bizonyítaná, hogy a szavak jelentése - szemben az alkotók politikai és humanitárius nézeteivel - megváltozott volna. Valójában, mint azt bármelyik szótár megmondja, a "kegyetlen" és "szokatlan" szavak jelentése nem változott a tizennyolcadik század óta, bár a különböző gyakorlatokra való alkalmazásukra vonatkozó hajlamunk igen.

13. Következtetés

Nos, íme: néhány gondolat - néhány kritikai gondolat az általunk "alkotmányosság"nevezett politikai elméletről. Azt állítottam, hogy az alkotmányosság nem csupán az alkotmányok iránti érdeklődés, és nem is csupán egy olyan ajánlás, hogy egy ország alkotmányos rendszerét írásba kell foglalni. Azt állítottam, hogy az alapvető önrendelkezés iránti elkötelezettséget (egy-egy változatokban a népszuverenitás iránti elkötelezettséget) foglalja magában, a visszafogott és korlátozott kormányzás ideológiájával együtt, amely sok tekintetben meglehetősen kényelmetlenül vagy ellenségesen viszonyul a népi kormányzás gondolatához, és hajlandó elhanyagolni vagy háttérbe szorítani olyan fontos feladatokat, mint a demokratikus felhatalmazás.

A két nézet furcsa párost alkot, és nem vagyok benne biztos, hogy mi motiválja ezt a kombinációt. Ha úgy gondoljuk, hogy a korlátozás vagy a korlátozás, mint olyan, a játék neve, akkor miért olyan fontos, hogy ki szabta meg a korlátozásokat? Miért a düh, miért a féltékeny birtoklási vágy, miért a krokodilkönnyek a demokrácia megsértése miatt, amikor a demokrácia soha nem volt magasan az alkotmányosság panteonjában? Kíváncsi leszek a válaszokra?