

A politika felé fordulás: Sandy Levinson: A mi nem demokratikus alkotmányunk és a kortárs alkotmányelméleti viták

Kenneth D. Ward

Az elmúlt generációban a politika felváltotta a filozófiát, mint az alkotmányelmélet súlypontját. Míg az elméletalkotók egykor a bírói tekintélyre összpontosítottak, és a filozófiára tekintettek a bírák által érvényesített igazságossági elvek érvényesítésére, ma már inkább azt vizsgálják, hogyan illeszkednek a bírák az alkotmányos doktrínát meghatározó tágabb politikai folyamatba, Ez az esszé azt vizsgálja, hogyan befolyásolja ez a változás a normatív vitát, és ezt Sanford Levinson közelmúltban megjelent könyvének, az Our Undemocratic Constitution-nek a vizsgálatával teszi.

Első pillantásra Levinson könyve furcsa választásnak tűnik. Nem érdekli az alkotmányos doktrína vagy annak kialakulása. Olyan kérdéseket tesz zárójelbe, amelyek az alkotmányelméleti vitákat hajlamosak uralni, például azt, hogy a nőknek joguk van-e választani az abortuszt. Levinson ehelyett alkotmányozó gyűlést sürget, hogy olyan módosításokat fontoljon meg, amelyek kiküszöbölnék az amerikai alkotmányszerkezet strukturális hibáit, azokat a hibákat, amelyek megmagyarázzák, hogy az amerikai alkotmányosság miért nem felel meg a demokratikus kormányzás józan ész szerinti értelmezésének. Ezáltal magukat az embereket szólítja meg. Ez a kísérlet, hogy az akadémiai elméletet a politika gyakorlatához kapcsolja, jelképezi az alkotmányelméletnek a politikára a filozófiával szemben helyezett hangsúlyát.

Levinson azt az utat követi, amelyet Michael Walzer javasolt negyedszázaddal ezelőtt.

Walzer mellett érvelt, hogy az igazságossággal kapcsolatos filozófiai következtetéseknek nincs különleges tekintélyük a demokratikus politikában, és hogy a filozófusoknak, más polgárokhöz hasonlóan, ki kell tenniük következtetéseiket a

demokratikus vita adok-kapok folyamatának, és hajlandónak kell lenniük arra, hogy érveiket a polgártársaik aggodalmainak figyelembevételével és a közös történelem tiszteletben tartásával igazítsák ki.

Látni fogjuk azonban, hogy Levinsonnak el kell homályosítania bizonyos normatív kérdéseket ahhoz, hogy meggyőzze az embereket, hogy hallgassanak az alkotmányreformra vonatkozó felhívására.

Ez nem meglepő. A politika éppúgy behatolhat a filozófiába, mint ahogy a filozófia behatolhat a politikába. Walzer akkoriban írt, amikor a jogászprofesszorok az igazságszolgáltatáshoz fordultak, hogy érvényt szerezzenek az igazságosság filozófiai felfogásának, és ezért hangsúlyozza a politikába behatoló filozófia problémáját. Mindazonáltal elismeri, hogy a filozófiai elkötelezettség megköveteli a filozófusoktól, hogy elkülönüljenek a közösségüktől, hogy az igazságosságról folytatott tanácskozásait ne torzítsák el az általuk tapasztalt politika gyakorlatai és konvenciói.

Levinson olyan állampolgárként ír, aki az alkotmányos változásokkal kapcsolatos konszenzus kialakítására törekszik, amely megfelel azoknak az embereknek, akik osztoznak az amerikai alkotmányos demokráciáról szerzett tapasztalataiban. A polgárság perspektívája sokkal szűkebb, mint a filozófiáé; míg a filozófusok azt kérdezhetik, hogy mi a legjobb intézményi berendezkedés, addig a polgároknak azt kell keresniük, hogy mi a legjobb berendezkedés azoknak az embereknek, akik úgy csinálják a dolgokat, ahogyan ők csinálják. És látni fogjuk, hogy Levinson fontos normatív kérdéseket hagy megválaszolatlanul politikai okokból.

Sőt, látni fogjuk, hogy számos alkotmányelméletíró ma már hasonló perspektívából ír, még azok is, akik tudományos közönségnek írnak, és a hagyományos vitákat uraló bírói hatalom kérdéseivel foglalkoznak. És ennek a perspektívának nagy jelentősége van abban, hogy miként tekintenek ezekre a kérdésekre. Valóban, mivel a politikába való bírói beavatkozás a hagyományos értelemben vett amerikai alkotmányos demokrácia részévé vált, sok teoretikus most már feltételezi e beavatkozások legitimitását anélkül, hogy megküzdene a szélesebb körű normatív kérdésekkel.

I. A filozófiától a politikáig

A politikai filozófia újbóli felemelkedése idején Walzer azok ellen érvelt, akik a bírának a demokratikus politikába való beavatkozását akarták elérni az egyetemes érvényességre igényt tartó filozófiai igazságok előmozdítása érdekében.¹ Azt állította, hogy a demokráciában a politikai tekintély a tényleges közösség tagjainak sajátos felfogásából és konvencióiból következik.

A jogászprofesszorok filozófia felé fordulását azonban az a törekvés ösztönözte, hogy megoldják az ellentöbbségi nehézséget, amely probléma filozófiai megoldásra hívott. A politika felé fordulásuk pedig azt tükrözi, hogy az alkotmányelmélet nem tudta megoldani ezt a problémát.

A. Az ellen-többségi nehézség és annak utóhatásai

Az ellen-többségi nehézség a bírói tekintélyt a bírák által érvényesített elvekkel hozza összefüggésbe. Az elméletalkotók úgy vélik, hogy a bírói felülvizsgálat a demokratikus legitimitás két alapját ássa alá. A választott intézmények: (a) olyan értékeket határoznak meg, amelyek jobban tükrözik a polgárok akaratát, és (b) lehetővé teszik a polgárok számára, hogy ellenőrizzék kormányukat.

Az alkotmányelméleti szakemberek arra törekedtek, hogy a bírói hatalmat olyan jogi elvekre alapozzák, amelyekkel leküzdhetők ezek az aggályok. Olyan elveket határoztak meg, amelyek széleskörű normatív vonzerővel rendelkeznek, olyan elveket, amelyeknek felül kell múlniuk a választott intézmények döntéseit. Olyan elveket is kerestek, amelyek kellő objektivitással rendelkeznek ahhoz, hogy korlátozzák a bírói mérlegelési jogkört, hogy az emberek elhiggyék, hogy

¹ Michael Walzer, 9 *Political Theory*, 387-91379, (1981)

a bírói döntések alapját nem a bírák politikai preferenciái, hanem ezek az elvek képezték.²

Érthető, hogy az alkotmányelméleti szakemberek miért a politikai filozófiát aknázzák ki a mérvadó elvek forrásaként. A politikai filozófusok az igazságosság kérdéseinek megoldására erkölcsi igazságot állítottak. Ennek következtében érveik rendelkeztek a normativitás és objektivitás azon elemeivel, amelyeket ez a keret megkövetelt.

Az ellentöbbségi nehézség megoldására irányuló törekvés azonban kudarcot vallott.

Az igazságossággal kapcsolatos nézeteltérések lehetetlenné tették, hogy az elméletalkotók olyan elveket határozzanak meg, amelyek széleskörű normatív vonzerővel bírnak, és amelyek ezt a vonzerőt akkor is megtartják, ha a bírói mérlegelés korlátozásához szükséges absztrakciós szinten határozzák meg őket. Az elvek, amelyek absztrakt módon széles körű vonzerővel bírnak, elveszítik ezt a vonzerőt, amikor konkrét jogi kérdésekre alkalmazzák őket. Az emberek például nem értenek egyet abban, hogy az egyenlőség elvei igazolják-e a pozitív diszkriminációs programokat, vagy azokkal ellentétesen hatnak-e, illetve abban sem, hogy hogyan oldják fel az ezen elvek közötti konfliktusokat, például hogy a szólásszabadság elvei kiterjednek-e a másokat alárendelő kommunikációra.

Tekintsük meg John Hart Ely kritikáját a nem-originalistákról - amit ő nem-értelmezőnek nevez.³-elméletek a bírósági felülvizsgálatról.⁴ Az absztrakt elvek és azok konkrét alkalmazása közötti játékot használja fel annak illusztrálására, hogy ezek az elméletek nem azonosítják a bírói mérlegelést korlátozó elfogadható értékforrást.⁵ Könyve valóban modellé vált az olyan érvek kritikájának, amelyek azt állították, hogy megoldják az ellentöbbségi nehézséget, egy olyan modellé, amely

² Lásd általában: John Hart Ely, *Democracy and Distrust*. Bár az ellentöbbségi nehézségnek különböző értelmezései vannak, Ely nézete vált a hagyományos nézetté.

³Paul Brestet követve a nem-originalista kifejezést használom, hogy elkerüljem azt a téves benyomást, hogy a nem-értelmezők nem értelmezik az Alkotmány szövegét, és hogy egyértelműséget teremtsek, mivel a nem-originalista bírói felülvizsgálat elsődleges kritikusai magukat originalistáknak nevezik. *Lásd* Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U. L. REV. 204 (1979).

⁴ John Hart ELY, *Democracy and Distrust* (1980)..

⁵*Id.* 11-42.

amelyet később Ely saját érvelése ellen használnak fel, miszerint a bírának érvényre kell juttatniuk bizonyos alapvető eljárási elveket, amelyek meghatározzák az amerikai demokráciát.⁶

Ahogy az elméletalkotók túlléptek az ellen-többségi nehézségen, a tudományos figyelem eltolódik a demokratikus politikai folyamaton kívül eső igazságossági elvekről, és a tudósok nagyobb figyelmet fordítanak arra a folyamatra, amely megoldja az igazságossággal kapcsolatos nézeteltéréseket.

Ely érvelése ezt az átmenetet sugallja, de ez nem jellemzi saját munkáját. Bár azt állítja, hogy a bírák hozzájárulnak a demokratikus kormányzáshoz, Ely nem állítja, hogy a bírák részt vesznek az alkotmányos értékeket meghatározó demokratikus politikai folyamatban. Ehelyett olyan elveket érvényesítenek, amelyek mind a bírói, mind a politikai folyamaton kívül esnek.

Ezzel szemben számos alkotmányelméletíró ma már túllépett azon a kérdésen, hogy a bírának van-e olyan különleges jogosítványuk, amely igazolja a demokratikus politikába való beavatkozásukat. Az igazságszolgáltatást politikai intézményként fogják fel, amely kiegészíti a választott intézményeket az igazságszolgáltatás elveit meghatározó szélesebb körű demokratikus folyamaton belül.⁷

Ennél is jelentősebb, hogy az alkotmányelméleti szakemberek ma már hajlamosak a bírói hatalmat egy olyan intézményi rendszer részének tekinteni, amely az amerikai nép tekintélyét hivatott képviselni. Egyes teoretikusok például a népi alkotmányosság olyan elképzeléseit védik, amelyben az amerikai nép oldja meg az igazságszolgáltatással kapcsolatos nézeteltéréseket.

⁶*Id.* at101-04. Ely kritikussai megjegyzik, hogy Ely nem határozza meg a demokrácia fogalmát a bírói mérlegelés korlátozásához szükséges absztrakciós szinten, és hogy a bírának a doktrinális eredmények iránti aggodalma elkerülhetetlenül meghatározza azokat az elveket, amelyek szerintük az amerikai demokráciát alkotják. *Lásd általában* Laurence H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 YALE L.J. (10631980); ROGERS M. SMITH, LIBERALISM AND AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW,

173-74 (1985); MARK V. TUSHNET, RED WHITE AND BLUE, 94-107 (1988); PAUL W. KAHN, LEGITIMACY AND HISTORY, 149-50 (1992); STEPHEN M. GRIFFIN, AMERICAN CONSTITUTIONALISM, 160 (1996).

⁷ Lásd pl. Friedman, Burt, később Ackerman, Sunstein stb.

Ezek az elméletalkotók az alkotmányjog bírói értelmezésének tekintélyét vizsgálják a választott tisztségviselők és más politikai szereplőkéihez képest, vagy azzal érvelnek, hogy a bírakat teljesen ki kellene zárni a demokratikus politikából.⁸ Mások arra összpontosítanak, hogy a bírák hogyan dönthetnek úgy az ügyekben, hogy a politikai folyamat jobban működjön.⁹

B. Levinson és az alkotmányelmélet politikához fordulása

Ezek a változások azt sugallják, hogy a politika kiszorította a filozófiát az alkotmányelmélet súlypontjából, és látni fogjuk, hogy Levinson könyve emblematikus példája ennek a változásnak. Először is, ahelyett, hogy az alkotmányértelmezés konkrét kérdéseivel foglalkozna, az alkotmányos struktúra kérdéseit vizsgálja, nevezetesen azt, hogy mit jelent a politikai intézmények jól rendezett volta. Levinson rámutat az alkotmány olyan szerkezeti jellemzőire, amelyek a demokratikus kormányzás józan ész szerinti felfogásával ellentétesen működnek.

Másodszor, Levinson érvelése az amerikai népre összpontosít, nem pedig a Bíróságra vagy annak döntéseire. Feltételezi, hogy a politikai tekintély a politikai intézményeken keresztül cselekvő emberekből következik, nem pedig az igazságosság helyes felfogását előmozdító intézményi döntésekből. Következésképpen érvelése arra irányul, hogy elnyerje maguknak az embereknek a támogatását, akikről feltételezi, hogy felhatalmazással rendelkeznek arra, hogy megválaszolják az alapvető kérdéseket a

⁸ Devins és Fisher, A demokratikus alkotmány Tushnet, Taking the Constitution Away from the Court; Larry Kramer, The People Themselves (Az emberek maguk).

⁹Robert Burt, The Constitution in Conflict; Seidman, Our Unsettled Constitution; Terri Peretti, In Defense of a Political Court, Sunstein, One Case at a Time, Barry Friedman SUSAN R. BURGESS, CONTEST FOR CONSTITUTIONAL AUTHORITY, 121-26 (1992) És ahogy az amerikai nép egyre nagyobb jelentőségre tett szert, úgy nőtt az alkotmányelméletek száma is, amelyek az alkotmányelméletek korábbi generációi által megcélzottnál szélesebb közönségnek szólnak. Talán nem kellene meglepődnünk azon, hogy a kor kritikus kérdéseivel foglalkozó tudósok a szélesebb közönséggel járó nagyobb befolyásra

törekednek, de meglepő, amikor érveik a bírói hatalom szerepével és az amerikai demokrácia természetével kapcsolatos ezoterikus kérdésekkel foglalkoznak(Rosen, Dworkin?, Devins és Fisher, SUnstein? Bork.

politikai struktúra, és kevésbé foglalkozik a legjobb vagy az igazságosságot leginkább biztosító intézményi rendszer meghatározásával.

Levinson azt állítja, hogy az amerikai politikai intézmények nem képviselik egyenlően az embereket, és olyan politikát folytatnak, amely nem felel meg a polgárok többségének igényeinek. Különböző strukturális jellemzőket azonosít, amelyek biztosítják, hogy egyes polgárok nagyobb képviseletet kapnak, mint mások. Megjegyzi, hogy a szenátust úgy osztják fel, hogy Wyoming polgárai ugyanolyan képviseletet élveznek, mint Kalifornia polgárai, holott Kalifornia lakossága hetvenszer nagyobb. A kisebb államok polgárai tehát jobban hozzáférnek a szenátorokhoz, és ez az előny még tovább fokozódik, mivel a kis államok lakossága általában kevésbé változatos. Ennek következtében a kis államok szenátorai nagyobb valószínűséggel reagálnak a választókra, mint nagy államokbeli kollégáik, és mivel kevesebb képviselendő érdekük van, jó helyzetben vannak ahhoz, hogy olyan vezetői pozíciókat érjenek el, amelyek megerősítik pozíciójukat, ahonnan ezeket a választókat képviselik.¹⁰

Levinson hasonlóképpen megjegyzi, hogy a választási kollégium aláássa az egyenlő képviselet eszméjét. A jelöltek megnyerhetik az elnökséget anélkül, hogy a népszavazatok többségét vagy akár többségi szavazatot szereznének, és a nem népes államok nagyobb befolyást élveznek az elektori kollégiumban, mint népesebb társaik. Ez arra is ösztönzi a jelölteket, hogy a csatatérállamokra összpontosítsanak, különösen a delegáltakban gazdag államokra. Ezért a kampányok a forrásokat az ezekben az államokban élő állampolgárokra irányítják, és ezek az állampolgárok olyan helyzetben vannak, hogy nagyobb befolyással bírnak a különböző kampányok napirendjére.¹¹

Levinson ezeket az intézményi jellemzőket azzal is összefüggésbe hozza, hogy az amerikai demokrácia nem szolgálja a polgárok többségének érdekeit. Arról értekezik, hogy a nagyhatalmú

¹⁰ Levinson, Demokráciaellenes alkotmányunk, 49-62.9(2006)

¹¹ Id. 81-101.

A szenátorok aránytalanul nagy összegeket irányítanak választóiknak, és a számbeli kisebbségek hogyan érvényesítik érdekeiket a jogalkotási folyamat számos vétópontját kihasználva, és ezáltal megakadályozzák a közjót szolgáló fontos jogszabályok elfogadását.¹² Meghatározza azokat a politikákat, amelyek egyértelműen a kisebbségeket részesítik előnyben a többségi érdekekkel vagy az egyértelmű közjóval szemben, mint például az alaszakai híd a semmibe vagy a belbiztonságra szánt pénzek igazságtalan elosztása.¹³

Levinson a legmeggyőzőbb, amikor bőséges bizonyítékot hoz fel arra, hogy az amerikaiak nem szeretik a kormányukat. Statisztikákat idéz, amelyek azt mutatják, hogy az emberek elégedetlenek a kormánnyal és különösen a kormányzat egyes intézményeivel. Érvelése arra az állításra fut ki, hogy "[E]nnek ellenére, hogy nem feltétlenül várható el két személytől, hogy egyetértsen abban, hogy milyen változtatás lenne kívánatos, manapság viszonylag könnyű lenne széleskörű egyetértést találni abban, hogy az amerikai rendszer áthatolhatatlan a szükséges változtatásokkal szemben".¹⁴

Itt a legszembetűnőbb a Walzerrel való kapcsolat. Levinson ott lépked, ahol konszenzust talál. Az emberek érdekeiktől és a legtöbb ideológiai pozíciótól függetlenül elfogadják strukturális érvelését, és ez lehetővé teszi Levinson számára, hogy tiszteletben tartsa az emberek önértelmezésük, mivel ez egyrészt fontos érdekeikhez, másrészt pedig különösen ahhoz az érzésükhöz kapcsolódik, hogy osztoznak egy sajátos történelmen.

Levinson ügyesen elébe megy azoknak az olvasóknak, akik megkérdőjelezhetik indítékait, vagy gyanút foghatnak, hogy érvelésének ideológiai vonatkozásait elrejti. Sőt, azzal, hogy elismeri saját ideológiai preferenciáit, Levinson eloszlatja a szkepticizmust, amely egyébként elvonja az olvasók figyelmét, vagy - ami még valószínűbb - arra készteti őket, hogy teljesen elutasítsák a könyvet.¹⁵

¹² Id. 35-36, 56-58

¹³ Id. 56-57.

¹⁴ Id. 38.

¹⁵ Id. at Ez37 nem jelenti azt, hogy mindig sikeres. Lásd, **Amazon vásárlói értékelés** október Joseph13,2006 Horton

Ráadásul olyan példákkal támasztja alá érvelését, amelyek határozottan kétpártiak. Az elektori kollégium hiányosságainak illusztrálására Nixon 1960-as vereségét párosítja Gore 2000-es vereségével.¹⁶ Megjegyzi, hogy a filibuster mind Bush, mind Clinton elnök napirendjét megakasztotta, és az elnök vétója mind a republikánus, mind a demokrata kongresszusnak keresztbe tett.¹⁷

Levinson tehát gondosan ügyel arra, hogy ne keltse azt a benyomást, hogy ő egy pártoskodó szónok, aki olyasmit akar elhíttetni az olvasókkal, amiben nem hisznek. A könyv retorikai ereje azonban abból a tiszteletből fakad, amelyet a közönségének tanúsít, amely tiszteletet az teszi egyértelművé, hogy hajlandó egyenrangú félként megszólítani őket, és ami még ennél is fontosabb, hogy magát is egynek tekinti a hallgatóságával. És bár Levinson provokatív, komolyan veszi az emberek alapvető meggyőződéseit, beleértve - talán különösen - a hazaszeretetet. Az Alkotmány preambulumban megfogalmazott politikai eszmékre való hivatkozással és az alapítókra való feltűnő hivatkozásokkal, mint érvelésének tekintélyére, felvállalja a közös történelmet.¹⁸ Az alkotmányos örökségünk iránti tisztelete megszünteti a távolságtartást olvasóival szemben, lehetővé téve számára, hogy a valóban közös elvek következményeiről beszéljen.

Levinson könyve az alkotmányos politika aktusaként tűnik ki, megszívlevélve Walzer felszólítását, miszerint a demokratikus politikába merészkedő filozófusnak a demokratikus politikába kell

... megszólítja polgártársainak aggodalmait, megpróbál válaszolni kérdéseikre, érveit beleszővi történelmük szövetébe. Valóban polgártárssá kell tennie magát az eszmék közösségében, és akkor nem fogja tudni teljesen elkerülni a polgárság erkölcsi, sőt érzelmi összefonódásait. Ragaszkodhat a természetjog, az elosztási igazságosság vagy az emberi jogok filozófiai igazságaihoz, de politikai

¹⁶ Id. 82-83.

¹⁷ Id. 41

¹⁸ Id. 12-13, 16-17.

Az érvek leginkább úgy néznek ki, mint ezeknek az igazságoknak valamilyen rögtönzött változata, egy adott nép igényeihez igazítva....¹⁹

Ahelyett, hogy a filozófiai következtetések érvényességét állítaná, Levinson olyan kompromisszumot köt, amely figyelembe veszi a többi állampolgár véleményét, és elismeri, hogy az állampolgárok egyenlő jogkörrel rendelkeznek az őket irányító intézményi rendszer meghatározásában.

Az esszé további része azt vizsgálja, hogy ez a politikai perspektíva milyen következményekkel jár az alkotmányelmélet normatív vitáira nézve. A politikára való áttéréssel a nép az alkotmányelmélet tárgyaként és alanyaként is a Bíróság helyébe lép. Általánosságban az alkotmányelméleti szakemberek abból indulnak ki, hogy a politikai hatalom a népnél nyugszik, és azt próbálják befolyásolni, hogy az emberek hogyan gyakorolhatják azt, vagy hogyan írják le, hogy a politikai intézmények hogyan képviselik a nép akaratát.

Ez legalább két problémát vet fel a normatív vita szempontjából. Az első akkor következik, amikor az elméletalkotók beugranak a politikába, és megpróbálják befolyásolni magukat az embereket. Látni fogjuk, hogy Levinson olyan strukturális változások mellett érvel, amelyek az amerikai alkotmányosságot összhangba hozzák a demokrácia eszményeivel, de nem foglalkozik megfelelően azzal a kérdéssel, hogy mitől lesz egy kormányzat demokratikus. Ha ezt tenné, az aláásná politikai célját, az intézményi reformra vonatkozó konszenzus kialakítását. Levinson tehát kétféle normatív kérdést tesz zárójelbe. Láttuk, hogy a struktúrára összpontosít, hogy mérsékelje az alkotmányértelmezés kérdéseivel - és az ezeket megalapozó igazságossági kérdésekkel - kapcsolatos vitákat. A strukturális érvelése azonban magasabb rendű normatív állításokat is zárójelbe tesz a demokrácia természetével kapcsolatban, olyan állításokat, amelyek ugyanolyan ellentmondásosak, mint az igazságossággal kapcsolatos érdemi állítások, amelyeket megpróbál elkerülni.²⁰

¹⁹ Walzer at 396.

²⁰ Walzer at 386.

Tekintettel arra, hogy Levinson könyve elsősorban alkotmánypolitikai, nem pedig alkotmányelméleti mű, nem szabad meglepődnünk azon, hogy politikai célszerűségi okokból megkerüli a normatív kérdéseket. Valójában Walzer is ezt javasolta, hogy ezt kell tennie, ha befolyásolni akarja polgártársait.

Súlyosabb problémát jelent azonban, ha az alkotmányelméleti viták nem foglalkoznak megfelelően ezekkel a normatív kérdésekkel, és ez a második probléma, amelyet megvizsgálunk. Az alkotmányelméleti szakemberek különböző intézményi berendezkedéseket értékelnek, hogy meghatározzák a legjobbakat. Bár azt szeretnék, ha az emberek a következtetéseik alapján cselekednének,²¹ fontosabb, hogy a következtetéseik érvényesek legyenek. Ez kevésbé valószínű, ha belső nézőpontból írnak.

Vegyük magát Walzer érvelését. Ahelyett, hogy megpróbálná meggyőzni az embereket a demokratikus politikába való bírói beavatkozást akadályozó intézményi reformok szükségességéről, filozófiai szempontból értékeli a filozófia és a demokrácia közötti konfliktust. Elhatárolja magát a közösség gyakorlatától, hogy növelje annak valószínűségét, hogy következtetéseik érvényesek lesznek, még akkor is, ha a közösség elutasíthatja ezeket a következtetéseket, és Walzer szerint megvan a felhatalmazása arra, hogy ezt megtegye.²²

Ezzel szemben számos alkotmányelméletíró ma már a politikai közösségen belüli perspektívából vizsgálja a bírói hatalmat. Hajlamosak azt adottnak tekinteni, hogy az amerikai politikai intézmények a nép tekintélyét képviselik, és ennek következtében nem foglalkoznak azzal, hogy mit jelent a nép akaratának képviselete, vagy általánosabban, hogy mi a legjobb intézményi elrendezés a demokratikus kormányzás céljainak biztosítására. Konkrétabban, látni fogjuk, hogy a bírói felsőbbrendűség ma már széles körben úgy gondolják, hogy a

²¹ Walzer at 389.

²² Walzer, a 387.

az amerikai demokrácia jellemzője, és hogy az alkotmányos politika egyik aspektusaként legitimitást nyer, annak ellenére, hogy az emberek soha nem egyeztek bele ebbe a gyakorlatba, és egyáltalán nem egyértelmű, hogy bele kellene egyezniük. Azt is látni fogjuk, hogy a bírói felsőbbrendűség indokoltságának kérdése külső szempögből nézve egészen másképp néz ki

II. Normatív vita és az alkotmányelmélet politikához fordulása

A. Levinson normatív vitája

Láttuk, hogy Levinson strukturális érve az intézményi hibákat olyan politikai eredményekkel társítja, amelyek ellentétesek a demokratikus kormányzásról alkotott értelmes emberi felfogással. Az érvelése azonban megtévesztő, mert az emberek egyetértenebbek, hogy bizonyos eredmények sértik a demokratikus kormányzás normáit, anélkül, hogy egyetértenebbek abban, hogy mit jelent az, hogy egy kormányzat demokratikus. Valójában Levinson a demokratikus kormányzás természetével kapcsolatos vitás kérdések elkerülése révén biztosítja a konszenzust.²³

Levinson például azt állítja, hogy az alkotmányozó gyűlésnek van hatásköre a demokráciával kapcsolatos konfliktusok megoldására, anélkül, hogy elmondaná, miért. Azt sugallja, hogy a konvenció intenzíven tanácskozó jellegű lesz, és döntéseit többségi szavazással fogják meghatározni.²⁴ Nem tárgyalja azonban a kellően deliberatív vita feltételeit, és nem magyarázza meg azokat a szavazási szabályokat sem, amelyek szükségesek ahhoz, hogy a többségi szavazást tekinthessük mérvadónak, és azt sem, hogy miért elegendő a többségi szavazat az összehasonlításhoz.

²³ Levinson, két kérdést kever össze: (1) mit jelent az, hogy az intézmények a nép tekintélyét képviselik, hogy komolyan vehessük azt az állítást, hogy a nép akaratát fejezik ki, és (2) hogyan ítéljük meg a demokrácia jelentésével kapcsolatos konfliktusokat? Úgy véli, hogy az amerikai népnek kell megoldania a

demokrácia értelmével kapcsolatos konfliktusokat, és ezt az alkotmányozó gyűlésen fogja megtenni, azaz a gyűlés a nép tekintélyével beszél.

²⁴ Id. 173-78.

más szavazási szabályokhoz. Ez meghaladja projektjének kereteit; Levinson politikai cselekvésre akar ösztönözni, nem pedig a deliberatív demokrácia egy bizonyos koncepciójának érvényesítésére.²⁵

És bár Levinson strukturális érvelése ad némi képet a demokráciafelfogásáról, ez is homályos. Láthattuk, hogy olyan intézményi berendezkedést támogat, amely egyenlően képviseli az embereket, és amely fontos érdekeket mozdít elő. Érvelése azonban negatív; az Alkotmány intézményi felépítéséből következő konkrét patológiákat azonosít. Ez a negatív fókusz segít Levinsonnak abban, hogy elkerülje mind az absztrakt kérdéseket, hogy mit jelent az emberek egyenlő képviselete, mind pedig a konkrétabb kérdéseket, hogy mit kell tenniük az intézményeknek ahhoz, hogy megfelelően képviseljék az embereket.

Például, bár tudjuk, hogy a szenátus megsérti az egyenlő képviselet normáit, soha nem kapunk világos képet arról, hogy mit jelent az egyenlő képviselet, vagy milyen intézményi elrendezés biztosítaná azt. És miközben Levinson úgy véli, hogy a vétőpontok megszüntetése növelné annak valószínűségét, hogy a kongresszus "csodálatos" törvényeket fogad el,²⁶ nem tudjuk, hogy milyen érdekek érvényesülnének egy ilyen törvényhozás által, vagy hogy mit jelent az, hogy a törvényhozás a közjót szolgálja.²⁷

Ezek a kihagyások akkor válnak fontossá, ha figyelembe vesszük, hogy sokan nem osztják Levinson optimizmusát, miszerint a több jogszabály csodálatos jogszabályokhoz vezethet. Ők inkább a jogalkotás akadályozását támogatnák, hogy a törvények széleskörű alapokon nyugvó

²⁵Láthatjuk, hogy Levinson bennfentesként, az alkotmány által meghatározott szabályok keretein belül dolgozik a politikai változásokért. Valójában az Alkotmányt jogi tekintélyként kezeli ott, ahol az közvetlenül az ő politikai céljaira vonatkozik. Valójában ez a könyv azon kevés helyeinek egyike, ahol alkotmányértelmezési kérdés merül fel: Levinson amellet érvel, hogy az Alkotmányt olyan eljárással is módosíthatjuk, amely látszólag eltér az V. cikk szövegétől. Id. 173-75. o.

²⁶ Id. 36.

²⁷ És vegyük újra fontolóra Levinson vitáját az alkotmányozó gyűlésről, amely választ ad az ilyen

kérdésekre. Biztos benne, hogy a megfelelő mérlegelés biztosítani fogja, hogy az egyezmény megvédje az alapvető alkotmányos jogokat, de nem tesz mást, mint megnevezi a védendő jogokat anélkül, hogy elmondaná, mit jelent ez, vagy hogyan kell őket más jogokkal vagy a rend és biztonság iránti elkötelezettséggel szemben mérlegelni. Sőt, láttuk, hogy ezeket a kérdéseket Levinsonnak zárójelbe kell tennie, ha konszenzust akar fenntartani kritikája mellett. Id. 175.

támogatás, az a fajta demokrácia, amelyet Levinson elutasít.²⁸ A konzervatívok például úgy gondolják, hogy a jogalkotáshoz szükséges koalíció kiszélesítésével védekezünk az elhamarkodott és rosszul átgondolt változások ellen. Vagy egyszerűen csak csökkenteni akarják a kormányzat változékonyságát, és biztosítani akarják a kiszámíthatóbb és következetesebb jogalkotási rendszer előnyeit.

A többségi társadalom konzervatív kritikája egyszerre strukturális és tartalmi jellegű.

A konzervatívok a stabilitást elősegítő és a meggondolatlan jogalkotás ellen fellépő intézményeket támogatnák. A meggondolatlan jogalkotást bizonyos kormányzati intézkedésekhez kötnék. Nem túlzás azt gondolni, hogy a Levinson által támogatott jogszabályok olyan kormányzati beavatkozásokat jelentenek a polgári vagy magánéletbe, amelyek ellentétbe kerülnek az alkotmányos igazságosság elveivel, amelyeket sok konzervatív támogat. Hasonlóképpen a libertáriusok is okkal támogatnák a konszenzuson alapuló demokráciát, ha úgy gondolnák, hogy az kisebb kormányzathoz vezetne, és ezáltal szélesebb teret biztosítana az alkotmányos igazságosságról alkotott nézeteiket meghatározó szabadságjogoknak.

Ráadásul Levinson érvelése veszít retorikai erejéből, ha az általa azonosított egyes patológiákat a demokratikus kormányzásról szóló elvontabb megfontolások fényében vizsgáljuk. Míg valami nem stimmel, ha a választások nem biztosítják a választók által kívánt változásokat, vagy ha az elnökök úgy lépnek hivatalba, hogy kevesebb szavazatot kaptak, mint ellenfeleik, ezek a problémák más színben tűnnek fel, ha a konszenzusus kormányzás mellett kötelezzük el magunkat. A béna kacsák elnöksége és kongresszusa akadályozza az olyan változtatásokat, amelyeket esetleg nem gondoltak át teljesen, vagy amelyeket indokolatlanul befolyásoltak a rövid távú körülmények, amelyek néha meghatározzák egyetlen választás vagy akár egy választási ciklus kimenetelét. Ezek a

²⁸ Id. 33-34, 37. Pontosabb azt mondani, hogy Levinson úgy véli, hogy az amerikai alkotmányosság nem érte el azt a fajta konszenzuson alapuló demokráciát, amelyet támogatói védelmeznek.

azt a tanulságot is megerősítik, hogy ami az amerikaiakat összeköti, az mélyebb, mint az őket egy adott időpontban képviselni hivatott intézményeken keresztül kifejezett preferenciák.

Hasonlóképpen, az elektori kollégium kudarcot vall, amikor az ország megosztott, és különösen akkor, amikor egyenlően megosztott, mint Kennedy győzelme Nixon felett és Bush győzelme Gore felett. De egy szennyezett eredmény jobb mércéjének tűnik a választásnak, mint az egyértelmű győztes hamis sugallata. Ennél is fontosabb, hogy egy ilyen eredmény akadályozza azokat, akik a választási kollégiumi győzelmet egy nagyon szűk körű napirend nevében tettekre való felhívássá alakítanák.²⁹ És ismét, a választási kollégium megerősíti azt a tanulságot, hogy az elnökség egy olyan intézményi rendszer része, amelynek mindenkit képviselnie kell, nem csak azt a többséget, amely egy adott időpontban éppen összeállt.

Ez nem azt jelenti, hogy el kellene utasítanunk Levinson javaslatát, vagy hogy a demokrácia konszenzuson alapuló felfogását kellene előnyben részesítenünk a többségi demokráciával szemben, amely Levinson szerkezeti érvelését meghatározza. Láthatjuk azonban, hogy Levinson nem foglalkozik megfelelően a különböző felfogások alapjául szolgáló normatív megfontolásokkal. Ehelyett azt sugallja, hogy a pártpolitikai pártok térnyerése tette lehetővé, hogy az amerikai politikai intézmények nem mozdítják elő a demokrácia egyik felfogásának céljait sem.³⁰ Ezzel a kérdéssel azonban nem foglalkozik részletesen. Érvelése szinte teljes egészében a Bush-kormányzat hatalomkoncentrációjának sikerétől függ, annak ellenére, hogy a politikai többséget a célnavékony politikai többségnek köszönheti.

Elemzése pedig nem veszi kellőképpen figyelembe azt a szerepet, amelyet a szeptemberi

²⁹ Úgy tűnik, hogy a Bush-elnökség ellentétes bizonyítékot szolgáltat, de Bush elnök sikere egy nagyon szűk körű program előmozdításában a szeptember 11-i támadás szokatlan körülményeihez kötődik. Valójában a támadás előtt a hasonló történelmi körülmények között megválasztott kormányokkal való összehasonlítás arra engedne következtetni, hogy a Bush-kormányzat eredménytelen lesz. Lásd: Stephen Skowronek, *The Politics that Presidents Make* (1993).

³⁰ Id. 33, 63-69, 77

játszott szerepet Bush elnök sikerében, illetve a Bush-kormányzat nehézségeiben, miután a támadások kezdtek elhalványulni, és a hétköznapi politika kezdett visszatérni.

Ami ennél is fontosabb, még ha el is fogadnánk Levinson állítását, miszerint a pártok térnyerése a konszenzuson alapuló demokrácia ellen hat, akkor is el kell döntenünk, hogyan reformáljuk meg az amerikai alkotmányosságot, hogy a konszenzuson alapuló demokráciához jobban illeszkedő intézményeket alakítsunk ki, vagy a többségi demokráciát kövessük. Levinson negatív érvelése az emberek amerikai demokráciával szembeni ellenszenvét hangsúlyozza, anélkül, hogy foglalkozna azokkal a normatív megfontolásokkal, amelyeknek ezt a döntést meg kellene alapozniuk. Láttuk, hogy egy ilyen érvelés mélyebb nézeteltéréseket tárna fel azzal kapcsolatban, hogy milyen legyen a demokrácia, és így a politikai célja, az alkotmánymódosítás melletti konszenzus kiépítése ellen hatna.

Levinson könyve rendkívüli abban a kedvtelésben, amellyel a politikai rendszerünk alapjait érintő változásokat követi. De egy olyan kataklizmikus esemény hiányában, amely lehetővé teszi az alapvető politikai változásokat, az emberek érdekeikről alkotott felfogása és a változásoktól való félelem megakadályozza, hogy az amerikai demokrácia messze nem tökéletes.

Valójában a Levinson által elérni kívánt strukturális változásokat inkább a rendes politikai folyamatok működésével lehet biztosítani, mint az V. cikk szerinti alkotmánymódosítással vagy hasonló eljárással, amely hihető módon azt állítja, hogy a nép nevében beszél.³¹ Ezért, ha a szokásos politikai folyamatok nem a nép nevében szólalnak meg, ahogy Levinson állítja, akkor fontosnak tűnik, hogy az alkotmányelméleti szakemberek az intézményi változásokat egy olyan perspektívából értékeljék, amely kívül áll a népen.

³¹ Ez magában foglalná az Ackerman által leírt típusú informális alkotmánymódosításokat, vagy azt, amit én Levinson alkotmányozó gyűlés melletti rendhagyó érvének tartok.

a folyamat, amely ezeket a változásokat végzi. A következő szakasz bemutatja, hogy a belső perspektíva hogyan akadályozná az ilyen változások normatív értékelését.

B. A belső perspektíva a kortárs alkotmányelméletben

A kortárs alkotmányelméleti viták tükrözik azt az orientációváltást, amelyet a filozófiától a politikához való áttéréssel társítottunk. Sok teoretikus most a strukturális kérdésekre összpontosít. Azzal foglalkoznak, hogy az intézményi berendezkedések hogyan képviselik az emberek tekintélyét, nem pedig azzal, hogy a bírának hogyan kell értelmezniük az alkotmányt ahhoz, hogy döntéseik legitimek legyenek.

A legszembetűnőbb talán az, hogy hogyan változik a bírósági felülvizsgálatról szóló vita, amikor a filozófiáról a politikára váltunk. A demokráciát a filozófiával szemben előnyben részesítve Walzer a konfliktust filozófiai perspektívából, a politikai közösségen kívüli perspektívából vizsgálta. Az ember azt várná, hogy állampolgárként olyan intézményi reformokat támogatna, amelyek megakadályozzák azokat a bírakat, akik az igazságosság elveinek érvényesítése érdekében beavatkoznának a demokratikus politikába. De a bírói felülvizsgálat ebben a formában összhangban tűnik az amerikai demokrácia működésének hagyományos értelmezésével, és belső perspektívából nézve úgy tűnik, hogy egy olyan politikai folyamat részeként nyer tekintélyt, amely önmagában is legitim.

Sok teoretikus úgy tűnik, hogy a bírósági felülvizsgálatot legitimnek találja, tekintettel annak az amerikai demokráciához való hozzájárulására. Egyes teoretikusok például leírják, hogy a bírák hogyan képviselnek olyan érdekeket, amelyek egyébként nem lennének képviselve az intézményi struktúránkon belül, vagy azonosítják azokat az intézményi jellemzőket, amelyek megmagyarázzák, hogy a bírói döntések miért nem térnek el messze a normáktól.

a többség véleménye.³² Mások azt írják le, hogy a bírák hogyan fejlesztették a

mérlegelésünket.

³² Peretti, esszé a Judicial Review and American Democracy című kötetben. Friedman, Cincinnati Law Review

az alkotmányos értékekről, vagy arról, hogy a bírák hogyan ösztönözhetnék volna a nagyobb mérlegelést azáltal, hogy másképp döntenek az ügyekben.³³

Ezeket az elméletalkotókat azonban nem érdeklik olyan elvont kérdések, hogy mit jelent az, hogy egy kormányzat megfelelően deliberatív vagy reprezentatív, vagy hogy összehasonlítsák, hogy a különböző intézményi berendezkedések hogyan nyilvánulhatnak meg a deliberáció vagy a reprezentáció erényei. Ahogy Levinson feltételezte, hogy legitim minden olyan intézkedés, amely egy alkotmányozó gyűlésből ered, ez a munka hajlamos arra, hogy a bírák és a választott tisztviselők interakcióit egy szélesebb politikai folyamaton belül helyezze el, amely feltételezhetően legitim felhatalmazással rendelkezik arra, hogy a nép nevében beszéljen. Ezért ahelyett, hogy a bírósági felülvizsgálattal rendelkező intézményi berendezkedést olyan alternatívákkal hasonlítsák össze, amelyek különböző normatív elkötelezettségeket mozdítanak elő, vagy azt vizsgálnák, hogy egy alternatív berendezkedés biztosíthatná-e a demokrácia egy magasabb rendű formáját, ezek az elméletalkotók inkább azt írják le, hogy a gyakorlatban az amerikai alkotmányosság hogyan mozdítja elő vagy mozdíthatja elő azokat a normákat, amelyeket ők a demokráciához társítanak.³⁴ Az ilyen összehasonlítások még fontosabbá válnak, ha figyelembe vesszük, hogy a bírósági felülvizsgálat jelenlegi gyakorlatát nem az alkotmány írja elő, hanem olyan politikai intézmények konstrukciója, amelyek azt állítják, hogy a nép nevében beszélnek.³⁵

Vegyük például a bírói felsőbbrendűség kérdését, amely a közelmúlt vitáiban egyre inkább előtérbe került. Általánosságban a bírói szupremácia kérdése az alkotmány ellentétes értelmezéseinek státuszára vonatkozik, vagyis arra, hogy a bírák vagy a

³³ Devins és Fisher, Sunstein, Seidman, Burt,

³⁴ Ugyanez igaz azokra az elméletalkotókra is, akik a bírósági felülvizsgálat ellen érvelnek, vagy annak gyakorlását korlátozni kívánják, de ezt első nézőpontból teszik. Mark Tushnet például arról próbálja meggyőzni az embereket, hogy a bírósági felülvizsgálat nem mozdít elő jó érdekeket azokhoz képest, amelyek akkor valósulnának meg, ha az alkotmányos jelentéssel kapcsolatos kérdések teljes egészében a választott tisztviselők hatáskörében maradnának. Gondoljunk csak a Duke kollokviumra is, amely a Legfelsőbb Bíróság bíráinak hivatali idejének korlátozását vizsgálta. A hozzászólók közül sokan

feltételezték, hogy a bírák a politikai preferenciák előmozdítása érdekében döntenek az ügyekben, és ahelyett, hogy azt vizsgálnák, hogy az ilyen bíráskodást akadályozó intézményi struktúra jobban tükrözné-e a demokratikus eszményeket, olyan intézményi reformokat javasoltak, amelyek a Bíróságot a választási ciklushoz való közelítés érdekében újralibrálnák.

³⁵ Whittington, *Constitutional Construction*, get def.

a választott intézményeknek kell a végső szót kimondaniuk arról, hogy mit jelent az Alkotmány. Az Egyesült Államok népe soha nem mérlegelte és nem fejezte ki beleegyezését a bírói felsőbbrendűséghez sem hivatalos, sem informális politikai folyamaton keresztül.³⁶ Belső perspektívából nézve azonban úgy tűnik, hogy az amerikai demokrácia hagyományos értelmezésének részeként tekintélyt nyer.

Keith Whittington például leírja, hogyan vált a bírói felsőbbrendűség politikánk jellemzőjévé. Azt állítja, hogy az alkotmány nyitva hagyja a kérdést, hogy melyik intézménynek van hatásköre az alkotmány értelmével kapcsolatos nézeteltérések feloldására, és hogy ez a kérdés vitatott, mivel az emberek az alkotmány értelmével kapcsolatos konkrét nézeteltéréseket követik.³⁷ E nézet szerint az abortuszvita egyszerre vita arról, hogy a 14th. módosítás védi-e a nő választási jogát, és vita arról, hogy ki dönti el végső soron azt a kérdést, hogy a 14.th módosítás védi-e ezt a jogot.

Whittington a bírói felsőbbrendűség növekedését a választott tisztségviselők saját önértékükben való cselekvésével hozza összefüggésbe. Ezek a tisztségviselők a bírói hatalmat azért terjesztik ki, hogy az uralkodó politikai rendszer kötelezettségvállalásait érvényre juttassák a rendszerrel szemben álló érdekekkel szemben, amelyek jellemzően regionális vagy helyi érdekek, például amikor a New Dealerek a bírákra támaszkodtak a polgári jogok iránti elkötelezettségük meghatározásában és érvényre juttatásában. Ez pedig erősíti a bírák pozícióját a politikai szereplők közötti belső konfliktusok megoldására, amikor nem értenek egyet annak a rezsimnek az értelmével kapcsolatban, amelyhez tartoznak, mert ezek a nézeteltérések egyrészt felhívítják a bírák ellen felhasználható tekintélyt, másrészt biztosítják, hogy a bírák szövetségeseket találjanak a vitatott döntések támogatására. A bírói felsőbbrendűség Whittington szerint azokat a körülményeket írja le, amelyekben a bírák hajlamosak lesznek érvényesülni a versenyben, hogy

³⁶ Nincs alkotmánymódosítás, és semmi sem utal arra, hogy azt olyan feltételek mellett fontolták volna meg, mint amelyeket Bruce Ackerman az informális alkotmánymódosításokhoz társít.

³⁷ Keith Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy*, (2007).

az alkotmányos jelentés meghatározása; ez nem az alkotmány szerinti bírói hatalom természetére vonatkozó állítás.³⁸

Ennek ellenére Whittington erényt lát a bírói felsőbbtségben. Azt állítja, hogy a bírói felsőbbtség árnyalja az amerikai demokráciát, mivel az alkotmány értelmének kimondására vonatkozó intézményi felhatalmazás az alkotmány értelmével kapcsolatos konszenzus szintjéhez van igazítva. A bírói hatalom korlátozása növekszik, ha az emberek egyetértenek abban, hogy mit jelent az alkotmány - vagy ha egységesen elutasítják a bíróság alkotmányjogi értelmezését. Ilyen konszenzus hiányában azonban a bírák olyan alkotmányértelmezéseket is érvényre juttathatnak, amelyeknek van támogatottsága, de amelyek esetleg nem érvényesülnének egy olyan kormányzatban, amelyben az alkotmány értelmezésére vonatkozó hatásköröket könnyebben számon tartanák.³⁹

Whittington normatív következtetései nagyon közel állnak az általa leírt gyakorlatokhoz. A rendszert belülről értékeli: megmagyarázza, hogy a tisztviselők miért építhettek ki egy olyan rendszert, amelyet a bírói felsőbbrendűség jellemez, és azonosítja a konstrukcióból eredő előnyöket. De azt állítja, hogy ezek előnyök, anélkül, hogy foglalkozna azzal a magasabb rendű kérdéssel, hogy milyen erényeket kellene felmutatnia egy demokratikus kormányzatnak, és anélkül, hogy valódi összehasonlító elemzést végezne, amely megmagyarázná, miért kellene előnyben részesítenünk a bírói felsőbbrendűséggel jellemezhető intézményi berendezkedést az alternatív berendezkedésekkel szemben.

Hasonló perspektívát találunk számos olyan teoretikusnál, akik elutasítják a bírói felsőbbrendűséget. Ők is azt feltételezik, hogy a bírói felsőbbrendűség az amerikai alkotmányos demokrácia jellemzője, és a hatalomért folytatott versengést társítják annak meghatározásához, hogy mi a

³⁸ Id. 25-27.

³⁹ Id. 293-96.

Az alkotmány az alkotmánytannal kapcsolatos konkrét nézeteltérésekkel. Robert Bork és Mark Tushnet például reformokat javasoltak a bírói felülvizsgálat korlátozására, illetve megszüntetésére, és mindezt annak értékelése alapján teszik, hogy a bírák hogyan fogják megoldani a fontos alkotmányjogi kérdéseket.⁴⁰

Larry Kramer szintén a bírói felsőbbrendűség elleni politikai fellépés mellett érvel, de Borkkal és Tushnet-tel ellentétben ezt az alkotmányos jelentésről szóló konkrét viták keretében teszi, nem pedig intézményi reformok révén.⁴¹ Úgy véli, hogy a bírói felsőbbrendűség kérdését politikai cselekvéssel oldjuk meg, és azt állítja, hogy az embereknek vissza kell követelniük a Bíróságtól a hatalmat, hogy megmondják, mit jelent az alkotmány.⁴² Kramer azonban meglepően keveset mond arról, hogy miért kellene. Bár a bírói felsőbbrendűséget azzal a nézettel hozza összefüggésbe, hogy a bírák jobb döntéseket hoznak, mint a törvényhozók, és a viták végleges megoldásával elősegítik a stabilitást,⁴³ Kramer nem foglalkozik ezekkel a kérdésekkel.⁴⁴ Sőt, azt jelzi, hogy ezek nem is számítanak annyira, mert a bírói felsőbbrendűség mint normatív konstrukció tekintélye attól függ, hogy a polgárok mit tesznek valójában, hogy engednek-e a Bíróság alkotmányértelmezésének, vagy arra kényszerítik a Bíróságot, hogy csatlakozzon a nép tekintélyéhez.⁴⁵

Láthatjuk, hogy azok az elméletalkotók, akik a bírói felsőbbrendűséget belső perspektívából vizsgálják, a bírói felsőbbrendűségből származó politikai érdekekre összpontosítanak, és hajlamosak arra, hogy

⁴⁰ Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Court*; Bork, *Slouching Towards Gomorrah*.

⁴¹ Kramer a huszadik századi politika sajátos feltételeivel hozza összefüggésbe a bírói felsőbbrendűséget, és azzal érvel, hogy történelmünk nagy részében a választott tisztségviselők nagyobb valószínűséggel érvényesítették saját hatáskörüket az alkotmány értelmezése terén, és így nagyobb szerepet játszottak az alkotmány értelmét meghatározó folyamatban. Kramer a felemelkedését (1) a népi kormányzással szembeni bizalmatlanságnak tulajdonítja, amely a fasizmus felemelkedésével fokozódik, valamint (2) a stabilitás megőrzésének szükségességére az erősen pártpolitikai konfliktusok idején. KRAMER, 8. o. 188-89, 222. o. 234-36.

⁴² *Id.* 246-47. o.

⁴³ *Id.* 188-89, 234-36.222.

⁴⁴ *Id.* 227-48. o. Ehelyett azt javasolja, hogy a bírói felsőbbrendűség különleges igazolásra szorul, mert a népi alkotmányosság jobban megfelel köztársasági elkötelezettségünknek.

⁴⁵ Id. 241-48.

a bírói tekintély értékelése annak előrejelzése alapján, hogy a bírák hogyan fogják megoldani az alkotmányjog kiemelkedő kérdéseit. A bírói szupremácia kérdése azonban egészen másképp fest, ha kilépünk az amerikai gyakorlatból. A legjelentősebb talán az, hogy azt látjuk, hogy a bírói szupremácia egy igazolásra szoruló intézmény. De a külső perspektíva segít megválaszolni azt a kérdést is, hogy a bírói felsőbbrendűség indokolt-e. Lehetővé teszi számunkra, hogy az intézmények következményeire összpontosítsunk, amelyek maguknak az intézményi megállapodásoknak a természetéből következnek, szemben az alkotmányos doktrínáról szóló azonnali vitákkal kapcsolatos efemer megfontolásokkal, olyan megfontolásokkal, amelyek azt magyarázzák, hogy a választott tisztségviselők és a polgárok segítenek-e a Bíróságnak fenntartani a vitatott döntéseket.

C. A bírói szupremácia külső nézőpontból

Mivel a bírói felsőbbrendűség jellemzi az amerikai alkotmányosságot, úgy tűnik, hogy legitimitását abból nyeri, hogy az emberek jóváhagyják a gyakorlatot, még akkor is, ha soha nem egyeztek bele. De ez nem így van. Amint Whittington világossá teszi, az alkotmány nyitott kérdésként hagyja nyitva a bírói hatalom természetét és hatókörét, amelyet az emberek továbbra is vitatnak politikailag.

Mi több, Whittington beszámolója azt sugallja, hogy hiba lenne az emberek bírói felsőbbrendűséggel szembeni toleranciáját az intézmény jóváhagyásaként értelmezni. Az ő története olyan, amelyben a nép képviselői célszerűségként fogadják el a bírói felsőbbrendűséget. A választott tisztségviselők inkább támogatják a Bíróság egyes döntéseit, mint magát a bírói felsőbbrendűséget, és ezt azért teszik, hogy elkerüljék a felelősségre vonást olyan szavazatokért, amelyekről úgy vélik, hogy fontos választói csoportokat idegenítenének el. Whittington például leírja, hogy Clinton elnök hogyan írt alá egy olyan törvényt, amely szerinte feszültségben állt az elvekkel

a szólásszabadságról, majd a Bíróságra bízta, hogy vállalja az ezen elvek érvényesítésével járó feszültséget.⁴⁶ A déli politikusok pedig egyrészt növelték a bírák hatáskörét a New Deal kötelezettségvállalásainak érvényesítésére, másrészt támadták ezeket a bírakat, amiért meghatározzák az afroamerikaiak polgári jogait, függetlenül attól, hogy maguk a tisztviselők támogatták-e a szóban forgó jogokat vagy sem.⁴⁷

Következésképpen tévedés lenne azt állítani, hogy akár az emberek, akár a képviselők támogatják magát a bírói felsőbbrendűséget. Legfeljebb abban segítik a Bíróságot, hogy bizonyos döntéseket támogasson, e döntések tartalma miatt, és ezt azért teszik, hogy olyan politikai eredményeket biztosítsanak, amelyeket jogalkotással nem lehetne elérni. Ez azt sugallja, hogy a bírói szupremácia nemcsak hogy nem rendelkezik a nép beleegyezésével, hanem olyan bírói döntéseken nyugszik, amelyek többségi politikai folyamatok révén nem nyerhetnének kellő támogatást.⁴⁸

Az Alkotmány nyitva hagyja a kérdést, hogy kinek van hatásköre az alkotmányos doktrínával kapcsolatos nézeteltérések rendezésére. Amikor azonban az amerikai nép megosztott az alkotmányos kötelezettségvállalások értelmét illetően, a bírák jelentős politikai támogatást élveznek, ami segít nekik abban, hogy fenntartsák az alkotmányjog ellentmondásos értelmezéseit.

Ezek a támaszok a bírósági határozatoknak valamiféle tekintélyelvűség vélelmét adják.

Nem meglepő tehát, hogy a bírói szupremácia sok ellenzőjét látszólag az motiválja,

hogy

⁴⁶208 -10,

⁴⁷ 144-52 Whittington bemutatja, hogy a Bíróság vezető szerepe a polgári jogok terén "lehetővé tette a törvényhozók számára, hogy egyéni választóiknak kedvezzenek azzal, hogy vagy a Bíróságra hártják a felelősséget, vagy felsorakoznak mellette".

⁴⁸Megjegyzendő, hogy ez nem a bírói felsőbbrendűség elleni érv; csak azt állítja, hogy a bírói felsőbbrendűség nem tarthat igényt a nép akaratának kifejeződéséért való tekintélyre. És Whittington ezt felismerné. Nem állítja, hogy a bírói felsőbbrendűségnek van népi támogatottsága, vagy hogy demokratikusabbá tesszük az amerikai alkotmányosságot, ha megengedjük, hogy az intézmények politikailag versenyezzenek az alkotmánnyal kapcsolatos nézeteltérések megoldásának hatásköréért. Whittington ehelyett azt sugallja, hogy erénye van annak, ha a demokráciát kiegészítjük egy nem

demokratikus intézménnyel, amely olyan döntéseket hozhat, amelyeket nem lehetne elérni egy olyan eljárással, amely jobban reagál a többségekre.

ideológiai megfontolások, vagy egyes döntések megtámadásának ösztönzése.⁴⁹

Állításaik értékelése során fel kell tennünk a kérdést, hogy indokolt-e a tekintély ilyen vélelme.

Legalább kétféleképpen segíthet a külső nézőpont a bírói felsőbbtség kérdésének vizsgálatában. Az első ismerős: feltehetjük a kérdést, hogy a bírói felsőbbtség előmozdítja-e a külső perspektívából meghatározott igazságosság vonzó felfogását. Ez a megközelítés munkamegosztást javasol az igazságosság elveit meghatározó filozófusok és a politológusok között, akik a különböző intézményi berendezkedések tendenciáira összpontosítanak annak megállapítására, hogy azok valószínűleg előmozdítják-e ezeket az elveket.⁵⁰

A külső perspektíva azonban segít nekünk abban, hogy a bírói szupremácia kérdését egy másik módon is kezeljük, amely alkalmas arra, hogy új lendületet adjon az alkotmányelméleti vitáknak. Whittington bemutatja, hogy belső perspektívából nézve a bírói felsőbbtség elválaszthatatlanul kapcsolódik az alkotmányjog ellentmondásos értelmezéseihez, amelyek a mai politikai légkörben gyakran kapcsolódnak olyan kérdésekhez, mint az abortusz, a meleg jogai és az Establishment Clause jelentése. Azáltal, hogy kivonjuk magunkat a politikai versengésből, a külső perspektíva lehetővé teszi számunkra, hogy az intézményi tekintély kérdéseit az ilyen égető kérdésektől elszigetelten vizsgáljuk.⁵¹

⁴⁹ Christopher Wolfe szerk., *That Eminent Tribunal*, (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2004); Richard John Neuhaus, szerk. *The End of Democracy? The Judicial Usurpation of Politics*, (Dallas, TX: Spence Publishing, 1997); Lásd még Tushnet és Bork.

⁵⁰ Martin Shapiro, "Politikai jogtudomány, közjog és posztkonvencionális etika: Comment on Professors Barber and Smith," *Studies in American Development*, 3 (1989): 89, 99. Ez is emlékeztet arra a fajta alkotmányelméletre, amelyet Walzer kritizált. Walzer azonban amellett érvelt, hogy a filozófia nem avatkozhat bele a politikai folyamatba, és azt javasolta, hogy a filozófiai megfontolások befolyásolják a legjobb intézményi berendezkedésre vonatkozó politikai tanácskozásokat.

⁵¹ Ennek során olyan strukturális érveket azonosítunk, amelyek hasonlóak Levinson kísérletéhez, hogy az alkotmánytan vitás kérdéseit zárójelbe tegyék, de ezek az érvek az alkotmányos struktúrát külső nézőpontból vizsgálják. A perspektívaértékelés azért fontos, mert lehetővé teszi számunkra annak tisztázását, hogy a struktúrára vonatkozó állítások hogyan kapcsolódnak az érdemi igazságosságra vonatkozó állításokhoz.

Láttuk, hogy Levinson strukturális érvelése egy vitatott igazságossági állítást takar, amely olyan érdekekhez kapcsolódik, amelyeket az emberek politikailag igyekeznek érvényesíteni. Ez két problémát

okoz: (1) úgy tűnik, hogy érvelése az igazságosság egy vitatott nézetéhez kapcsolódó politikai érdekeket kívánja előmozdítani;

Vegyük például Alexander és Schauer védelmét a bírói szupremáciának. Azzal érvelnek, hogy a bírák fontos rendezési funkciót töltenek be, és állításuk nem attól függ, hogy a bírák hogyan értelmezik az alkotmányt, vagy hogy a bírói döntések valószínűleg előmozdítják-e az igazságszolgáltatást. Hasonlóképpen Jeremy Waldron is a bírói szupremácia ellen érvel, mert úgy véli, hogy a törvényhozási folyamat - a bírói folyamattal ellentétben - egyenlő gondossággal és tisztelettel bánik az emberekkel. Érvelése a jogalkotási folyamat természetére vonatkozik: ez egy állítás arról, hogy a folyamat hogyan működik, tekintet nélkül a törvényhozók által esetlegesen elfogadott törvények tartalmára.

Ezek az érvek az intézmények természetére összpontosítanak, nem pedig az igazságossággal kapcsolatos konfliktusokra, amelyek hajlamosak eluralkodni a vitákon, amikor az intézményi hatalom politikai viták tárgyát képezi. Ezek az érvek azért kapnak nagyobb jelentőséget, mert a hatalomért folytatott politikai küzdelmek hajlamosak helyettesítői lenni az arról folytatott harcoknak, hogy az emberek mit akarnak, hogy az intézmények mit tegyenek ezzel a hatalommal. Láttuk például, hogy a bírói felsőbbrendűség egy olyan politikai rendezésből következik, amelyet olyan múltó megfontolások tartanak fenn, hogy a bírák és a választott tisztviselők hogyan oldják meg az alkotmányos kérdéseket adott időpontokban, olyan megfontolások, amelyeknek semmi közük maguknak az intézményeknek a természetéhez.

Valójában Waldron elutasítja a bírói felsőbbrendűséget, mert úgy véli, hogy annak igazolása

az igazságossággal kapcsolatos vitától állításoktól függ. Érvelése a következők közötti különbségtételen alapul

és (2) az emberek vitatni fogják Levinson alkotmányozó gyűlésre való felhívását, mert úgy vélik, hogy a Levinson által javasolt reformok az ő érdekeiket sértenék.

Megjegyzendő, hogy minden strukturális érv a második problémával szembesül: az emberek vitatni fogják azokat az intézményi reformokat, amelyekről úgy gondolják, hogy az érdekeik ellen hatnak, függetlenül attól, hogy ezek a reformok valóban az érdekeik ellen hatnak-e. Olyan reformokat is megtámadnának, amelyek elősegíthetnék az érdekeiket, ha úgy gondolnák, hogy ez veszélyeztetné az érdekeik szempontjából kedvezőnek tartott status quo-t. Mi azonban olyan strukturális érveket tudunk megfogalmazni, amelyek az első problémát kezelik. Lehetőség van arra, hogy az intézményi rendszereket

olyan indokkal igazoljuk, amelyeknek semmi közük ahhoz az érdekhez vagy igazságossági elképzeléshez, amelyet szeretnénk, ha az intézmények előmozdítanának.

Ez nem jelenti azt, hogy az ilyen indoklások semlegesek lennének. A hatóság hajlamos lehet arra, hogy bizonyos érdekeket másokkal szemben érvényesítsen, ezért az emberek vitatják azt. Mindazonáltal maga az indoklás nem függ attól, hogy bizonyos érdekeket mások rovására mozdítanak elő, mint ahogyan az történt, amikor Levinson a progresszív jogalkotás nevében a jogalkotás megkönnyítésére törekedett.

az az eljárás, amelyet nekünk - a kollektívának - az igazságossággal kapcsolatos nézeteltéréseink rendezésére kell használnunk, és azok az alapvető értékek, amelyekről én - az egyén - úgy gondolom, hogy irányítaniuk kell a Bíróságot vagy más intézményt, amely ezeket a nézeteltéréseket megoldja. Waldron úgy véli, hogy az alkotmányelméletnek azzal a kérdéssel kell foglalkoznia, hogy hogyan reagáljunk az igazságossággal kapcsolatos nézeteltérésekre, szemben azzal a lényegi kérdéssel, hogy mit követel meg az igazságosság. És azt állítja, hogy az ezeket a nézeteltéréseket feloldó intézményi megállapodásokat a nézeteltérések tárgyát képező érdemi értékekre való hivatkozás nélkül kell igazolnunk.⁵²

Waldron olyan megfontolások alapján igazolja a jogalkotó hatáskörét az alkotmányjoggal kapcsolatos nézeteltérések megoldására, amelyek nem előlegezik meg ezeket a nézeteltéréseket. Úgy véli, hogy a törvényhozás természeténél fogva minden véleménynek lehetőséget ad a meghallgatásra, és minden személynek egyenlő szavazati jogot biztosít a folyamatban. Ezáltal az egyenlőség eljárási eszményét mozdítják elő, és ezt az eszményt függetlenül attól, hogy miként oldják meg az anyagi igazságosság egyes kérdéseit; Waldron szerint a jogalkotási folyamat az egyenlőség normáját mozdítja elő, még akkor is, ha az egyik törvényhozó testület olyan törvényt fogad el, amely széles körben osztja újra a vagyont, míg egy másik olyan törvényt fogad el, amely nagy vagyoni különbségeket segít elő.

Ez nem jelenti azt, hogy a jogalkotási folyamat úgy működik, ahogy Waldron elképzelte.⁵³ Sőt, még ha ez lenne is a helyzet, az is igaz lehet, hogy a bírói elsőbbség olyan megfontolásokon alapulhat, amelyeknek semmi közük a bírák által eldöntendő ügyek lényegéhez. Láttuk ugyanis, hogy Alexander és Schauer ilyen érvet ad. Waldron azonban erőteljes érvet hoz fel amellet, hogy olyan megfontolások alapján kell igazolnunk az intézményi rendelkezéseket, amelyek nem kapcsolódnak azokhoz az érdemi kérdésekhez, amelyeket ezek az intézmények megoldanak.

⁵²³ -4, 159-617,

⁵³ Whittington idézi.

Ez nem a megfelelő hely Waldron érvelésének értékelésére.⁵⁴ Egyelőre csak megjegyezzük, hogy egy ilyen értékelés nehéz, ha az intézményi tekintély kérdését az alkotmányértelmezési kérdések megoldására irányuló szélesebb körű politikai harcokban helyezük el. Általánosabban, láttuk, hogy ez a belső perspektíva eltereli a figyelmet azokról a megfontolásokról, amelyek a különböző intézményi megállapodások természetéből következnek, olyan megfontolásokról, amelyek relevánsak lehetnek e megállapodások igazolása szempontjából.

III. Következtetés

A normatív alkotmányelmélet gyakran kombinálta az intézményi elemzést a Legfelsőbb Bíróság döntéseinek kommentálásával, és az utóbbi hajlamos volt elnyomni az előbbit. Tudományos erőforrásainkat a mérőföldkőnek számító döntések deklarálására és igazolására fordítjuk, ahelyett, hogy az egymással versengő intézményi struktúrák következményeit vizsgálnánk. Ez furcsa, tekintve, hogy a legtöbb alkotmányelméleti szakember jogi vagy politikatudományi képzettséggel rendelkezik, olyan képzettséggel, amely inkább az intézmények működésének és az intézmények hatásainak kérdéseire, mintsem az igazságossággal kapcsolatos spekulációkra alkalmas. És bár a tudósok egyre nagyobb figyelmet fordítanak a különböző intézményi struktúrák hatásaira, az intézményeket inkább független változóként kezelik, amelyek magyarázatot adhatnak a függő változóra, az alkotmányos doktrínára. Viszonylag kevés figyelmet fordítottak arra, hogy ezek az intézmények milyen szerepet játszhatnak a társadalom nézeteltéréseinek kezelésében. Ez a hiányosság különösen akkor válik aggasztóvá, ha az igazságossággal kapcsolatos nézeteltéréseink olyan mélyre nyúlnak, hogy túlélnek bármilyen politikai rendezést.

⁵⁴ Ez legalábbis a politikai egyesülés céljával kapcsolatos vitatható feltételezésektől függ.