

Küldöttség az alapításkor

Julian Davis ~~M~~Nicholas Bagley* Közelgő,

121 Columbia Law Review (2021)

Ez a cikk megcáfolja azt az állítást, hogy az Alkotmány eredetileg úgy értelmezték, hogy az tartalmazza az átruházás tilalmának doktrínáját. Az alapító nemzedék nem osztotta a távolról sem közelítette meg azt a meggyőződést, hogy az alkotmányos rendezés korlátozásokat szabott a törvényhozói hatalom átruházására - nemhogy az igazságszolgáltatás felhatalmazásával a törvényesített korlátok ellenőrzésére. Éppen ellenkezőleg, az alapítók túlnyomó többsége jogelméleti szempontból semmi rosszat nem látott a delegálásban. A formai elszámolás egyszerűen nem volt olyan bonyolult: a kényszerítő szabályalkotási hatáskör bármely konkrét felhasználása könnyen jellemezhető volt akár a végrehajtó, akár a törvényhozó hatalom gyakorlásaként, és így formailag érvényes volt, függetlenül attól, hogy melyik intézménytől származott.

Valójában a közigazgatási szabályalkotás olyannyira rutinszerű volt az angol-amerikai világban, hogy megdöbbentő lett volna, ha az Alkotmány gyökeresen átalakítja a közigazgatási kormányzás mindennapjait. Az új rendszer gyakorlata pedig gyorsan megmutatta, hogy az alapítók valóban nem tettek ilyesmit. A korai szövetségi kongresszusok törvények tucatjait fogadták el, amelyek széles körben felhatalmazták a végrehajtó és a bírósági szereplőket, hogy a korszak néhány legkövetkezetesebb politikai kérdésében kötelező magatartási szabályokat fogadjanak el a ~~ne~~ számára, kevés, vagy egyáltalán nem iránymutató útmutatással. Az Alkotmányt megfogalmazó és megvitató emberek azonban gyakorlatilag soha nem emeltek még csak politikai kifogásokat sem a delegálással, mint olyannal szemben, még akkor sem, amikor az alkotmány értelmének számos más kérdésén keserűen vitatkoztak.

* Jogászprofesszorok, ~~M~~Egyetem. ~~K~~ hasznos észrevételekért Greg Ablavsky, Jonathan Adler, Kevin Arlyck, Will Baude, Jack Beerman, Josh Chafetz, Katherine Mims Crocker, David Feldman, Will Foster, Brian Frye, Chris Green, Carissa Hessick, Andy Hessick, Don Herzog, Kristin Hickman, Andrew Kent, Guha Krishnamurthi, Marty Lederman, Gary Lawson, Rob Natelson, Adam Pritchard, Nicholson Price, Nick Parillo, Dave Pozen, Zach Price, Richard Primus, Richard Pierce, Andrew Lanham, Mike Rappaport, Matt Steilen, Rena Steinzor, Allen Sumrall, Etan Thomas, Joe Tomain, Chris Walker, Derek Walker, Matt Waxman, Adam White és Ilan Wurman, valamint az Arizona, George Mason, Harvard, Michigan és Wisconsin jogi karain tartott workshopok résztvevői. Különösen hálásak vagyunk Sara Tofighbakhsh fantasztikus érdemi visszajelzéseiért, valamint Brian Remlinger és Ingrid Yin kiváló kutatási segítségéért.

.....	<i>Bevezeté</i>
s3	
I. A modern nem átruházhatósági doktrína	
.....	<i>f</i>
<i>emelkedése, bukása és újbóli felemelkedése</i>	8.....
A. Felemelkedés és	bukás 8
B. És	újra
felemelkedik	11
C. Gundy kontra Egyesült	
.....	Államok 1
8	
II. 1789-22 előtt	
A. Három forrás és egy gesztus nem	elég 23
B. A jogalkotási hatáskör	
.....	átruházha
tó 31	
1. A törvényhozói elmélete	178931
előtt	
2. A törvényhozási gyakorlata	1789
előtt	39
3. Az alkalmi	alkalmi 8
C. A törvényi felhatalmazás alapján történő szabályozás a végrehajtó hatalom	
.....	g
gyakorlása volt 55.....	
1. A jogalkotási aktusát pontosan a végrehajtó hatalom gyakorlásának lehet nevezni.	
58	
2. A jogalkotási aktusa pontosan leírható a végrehajtó hatalom gyakorlásaként	
67	
III. 1789-76 után	
A. Az első	
.....	kongressz
us küldöttségei 76	
1. A rendőrségi hatalom a szövetségi alkalmi	
2. Kereskedelmi	
.....	rendeletek
83	

3. Kereskedelem és egyéb interakciók indiánokkal 85
 4. Szociális jóléti és jogosultsági ~~8~~ _____
 5. Pénzügyek és
..... költségvetés91
 6. Adómegállapítás és
..... végrehajtás92
 7. Állampolgárság94
 8. Vitathatóan ~~g~~ alkotmányos "mozgásterén" belüli hatáskörök
.....
96
- B. Az utak utáni vita97**
- C. A minta a későbbi
..... kongresszusokonis
..... megmarad
106**

..... *Következtetés*119

BEVEZETÉS

Mint egy rossz penny, a ~~mondás~~ folyamatosan felbukkan. Bizonyos értelemben a fennmaradása zavarba ejtő. Egy kivételes év két ügyétől eltekintve a Legfelsőbb Bíróság még soha nem hivatkozott a doktrínára egy kongresszusi törvény érvénytelenítése során.¹ A doktrína újjáélesztése pedig radikális szakítást jelentene szerves alkotmányos hagyományainkkal, és a modern amerikai kormányzás teljes elutasítását vonhatná maga után.

Más értelemben azonban a ~~sz~~ fennmaradása tökéletesen megmagyarázható. Sok támogatója számára azért vonzó, mert akadályozhatja az olyan közigazgatási államot, amely az ő ízlésükhöz képest túl nagy hatalommal rendelkezik. És az eredetiség hívei közül néhányan valóban szigorúan jogi alapon támasztják alá az át nem ruházhatósággal kapcsolatos kifogásaikat. Azt állítják, hogy az Alkotmányt az alapításkor úgy értelmezték, hogy az implicit módon tiltja a törvényhozói hatalom átruházását, amelyet ők úgy értelmeznek, mint "a társadalom számára szabályok alkotására vonatkozó hatalmat".² A nem átruházás doktrínájának buzgó alkalmazása tehát szükséges ahhoz, hogy "a szabadság alkotmányának második eljövételét" hozzuk létre,³ amely összhangban van az Alkotmány eredeti, nyilvános jelentésével.⁴

Ezek az originalista érvek a Legfelsőbb Bíróságon fogékony közönségre ~~az~~ *Gundy kontra Egyesült Államok* ügyben Gorsuch bíró hosszú, az eredetiséggel foglalkozó tudósokra való hivatkozásokkal teli különvéleményt írt, amelyben felszólította a Bíróságot, hogy elevenítse fel a nem átruházás doktrínáját.⁵ Roberts főbíró és Thomas bíró csatlakozott a véleményhez, Alito bíró pedig külön írta, hogy jelezze "hajlandóságát arra, hogy felülvizsgáljuk azt a megközelítést, amelyet az elmúlt 84 évben alkalmaztunk".

¹Lásd Cass R. Sunstein, *Nondelegation* 67 U. Chi. L. Rev. 315, 322 (2000) ("Azt mondhatnánk, hogy a hagyományos doktrínának egy jó éve volt, és 211 rossz (és még számoljuk).").

²Larry Alexander & Saikrishna ~~the~~ *the Nondelegation Doctrine's Death Are Greatly Exaggerated*, 70 Chi. L. Rev. 1297 (2003).

³Douglas H. Ginsburg, *Delegation Running* 1995. évi rendelet 83., 84. o.

⁴Pl Gary Lawson, *Delegation and* ~~the~~ Va. L. Rev. 327 (2002);

⁵139 S.Ct. 2116, 2131 (2019) (Gorsuch, ~~in~~

években.⁶ Bár Kavanaugh bíró *in Gundy-ügyben*, néhány hónappal később egy másik ügyben rövid véleményt adott ki, amelyben azt írta, hogy "Gorsuch bíró átgondolt Gundy-véleménye fontos pontokat vetett fel, amelyek további megfontolást igényelhetnek a jövőbeli ügyekben."⁷ A történelem során először fordulhat elő, hogy a Legfelsőbb Bíróság működő többsége készen áll arra, hogy a nem átruházás doktrínájának valódi fogakat adjon.

Nem lehet második eljövétel, ha soha nem volt első. A nem átruházás doktrínájának hívei pedig bizonyíthatóan tévednek az Alkotmány eredeti, nyilvános értelmét illetően. Az originalisták rendkívül sokféle részleméletet kínálnak, ami elkeserítően proteikus ízt kölcsönöz annak az "egyetértésüknek", hogy az teljesen létezett. De ezen alváltozatok egyikét - egyikét sem - támasztja alá a történelmi bizonyítékok komoly felülvizsgálata.⁸ Eredetiségtani szempontból az Alkotmány nem tartalmazott törvényesített tilalmat a törvényhozói hatalom átruházására - függetlenül attól, hogy milyen széles, homályos vagy következetes -, mindaddig, amíg e hatalom gyakorlása végső soron a kongresszusi felügyelet és ellenőrzés alatt maradt.⁹

Kezdjük a *átruházásával*. A történelmi anyagokból a legjobb olvasat szerint ezt a kérdést egyszerűen a politikára bízta. Nehéz olyan egyetlen tézisondatot írni, amely a modern nem-átruházási doktrína minden alváltozatát a hívei meglegedésére lefedi. És rájöttünk, hogy a szimpatikus eredetiséggel rendelkező közönség nagy része a

⁶Id. 2131. o. (Alito, J., egyetért az *in*)

⁷ Paul kontra Egyesült Államok, slip op. *at* No. 17-8330 (2009. november 25.) (Kavanaugh, J., tekintettel a certiorari elutasítására).

⁸

⁹ Eric Posner és Adrian Vermeule *terjesztették* elő ennek az érvelésnek az egyetlen olyan változatát, amelyet a szakirodalomban láttunk. Lásd Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. Chi. L. Rev. 1721 (2002); Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *The Nondelegation Doctrine: A Post-Mortem*, 70 U. Chi. L. Rev. 1331 (2003). De "nincs tudomásuk a nem átruházás doktrína történetének átfogó szakmai feldolgozásáról, így mind a nem átruházás híveinek történelmi állításait, mind az itt folytatott vitánkat előzetesnek és felülvizsgálhatónak kell tekinteni". Posner & Vermeule, 69 U. Chi. L. Rev., 1732. o. Keith E. Whittington és Jason Iuliano azóta ezt a kezelést a tizenkilencedik és a huszadik század elejére vonatkozóan szolgáltatta. Lásd Keith E. Whittington & Jason Iuliano, *The Myth of the Nondelegation Doctrine*, 165 Penn. L. Rev. 379 (2017). Célunk, hogy ugyanezt tegyük az alapítók esetében is.

ezeket a különböző állításokat ~~ker~~ti meg a nemdelegációs állítások radikális valószínűtlenségét (bármely korszakban), ha azokat komolyan vesszük, nem pedig gesztusszerűen. Legyünk tehát tisztában. Nem létezett a nem átruházás doktrínája, ha a jogalkotói hatalom definíciója "a magánszemélyek jövőbeli cselekvéseit szabályozó, általánosan alkalmazandó magatartási szabályok elfogadására vonatkozó hatalom".¹⁰ Nem létezett a nem átruházás doktrínája, ha a jogalkotói hatalom definíciója "azon "fontos témák" szabályozása, amelyeket teljes egészében magának a jogalkotónak kell szabályoznia", nem pedig "a kevésbé fontosak, ... amelyek részleteit" a végrehajtó hatalom gyakorlásával lehet "kitölteni".¹¹ Nem létezett a nem átruházás tana, ha a jogalkotói hatalom meghatározása "az alanyokat kötő vagy korlátozó szabályok megalkotására vonatkozó hatalom".¹² Nem létezett a nem átruházás tana, ha a jogalkotói hatalom meghatározása "a társadalom irányítására vonatkozó szabályok megalkotására vonatkozó hatalom",¹³ a "mérlegelési jogkör ... annak eldöntésére, hogy milyen magatartás lenne jogszerű vagy

¹⁰ 139 S. Ct. 2116, 2133 (Gorsuch, ~~Forsuch~~ tézise nem tudja megmagyarázni, hogy a korai kongresszus elfogadta a [felsorolás a megmagyarázhatatlan tételekről].

¹¹ Gary Lawson & Gary Seidman, "Egy ~~meg~~hatalmazás": Understanding the Fiduciary Constitution 118 (2017) (idézi Marshall főbíró a *Wayman-ügyben v. Southard* (1825). Lásd még *id.* 117-18., ~~2.~~ (kifejezetten elfogadja Marshall kategóriáit a törvényhozó és a végrehajtó hatalom közötti különbségtétel elhatárolásaként, és arra a következtetésre jut, hogy "a törvényhozó hatalom ... és a végrehajtó vagy bírói hatalom közötti határvonal lényege" az, hogy "a Kongresszusnak kell megoldania ... "fontos témákat", míg a végrehajtó és bírói szereplők "kevésbé érdekes ügyeket" kezelhetnek"). Lawson és Seidman tézise nem tudja megmagyarázni, hogy a korai kongresszus elfogadta a [felsorolom, hogy nem lehet megmagyarázni] tételeket. [Megjegyzendő, hogy Lawson-Seidman kifejezetten szorgalmazza, hogy a területek és a D.C. klauzulák azonos átruházási tilalmat írjanak elő, lásd 124-126. o.]

¹² Philip Hamburger, *Törvénytelen-e a közigazgatási* ~~g~~ 85 (2014); Lásd még *id.* 83-109. o. (tisztázva [?], hogy a következő típusú végrehajtási aktusok nem tartoznak e meghatározás alá: nem kötelező érvényű utasítások, belső kormányzati műveletekre vonatkozó irányelvek, nem tárgykörök szabályozása, meglévő kötelező szabályok értelmezése, katonai jog, meglévő kötelező szabályok szerinti kötelezettségek és jogosultságok meghatározása, valamint jogkövetkezményeket kiváltó tények meghatározása). Hamburger tézise nem tudja megmagyarázni, hogy a korai kongresszus elfogadta a [sorolja fel a megmagyarázhatatlan tételeket].

¹³ Larry Alexander & Saikrishna ~~Das~~ Pf the Nondelegation Doctrine's Death Are Greatly Exaggerated, 70 U. Chi. L. Rev. 1297, 1305. Lásd még *id.* 1329. o. (nem ad engedélyt arra vonatkozóan, hogy a jogalkotási hatáskör delegálható-e). Ha Alexander és Prakash "szimpátiája" azon tétel iránt, hogy a jogalkotási hatáskör nem delegálható, végül arra készíti őket, hogy megpróbálják "mount[] an adequate defense of

törvénytelen "14, vagy "az Alkotmány által nem tiltott minden esetben .. általános szabályok vonatkozó hatalom "15. Egyik sem igaz. Egyetlen alváltozatot sem támasztanak alá a történelmi bizonyítékok - és bizonyítékok tömegei mondanak ellent mindegyiknek.

Maroknyi hozzászóló néhány megjegyzése nagyon kevés alkalommal utalt arra, hogy a törvényhozók esetleg nem képesek visszavonhatatlanul *elidegeníteni* a törvényhozás hatáskörét. Ez az állítás azonban mind logikailag, mind történelmileg nem kapcsolódott a modern értelemben vett közigazgatási átruházás tilalmának elvéhez. Anglia 1689-es dicsőséges forradalma előtt a monarchikus abszolutizmus egyes védelmezői azzal próbálták cáfolni a nép ellenállási jogát, hogy azt állították, hogy mind a parlament, mind a nép végleg lemondhat alkotmányos szerepéről azáltal, hogy visszavonhatatlanul átadja a törvényhozói hatalmat egy másik személynek vagy intézménynek. A parlamentáris pártolók egy maroknyi csoportja tagadta, hogy a törvényhozás átruházhatná a hatalmát egy Kedves Vezetőre, és lemondhatna róla. De kategóriatévésztés az elidegenítésellenes elvre tett utalásokat bizonyítéknak tekinteni egy olyan doktrína mellett, amely korlátozza a Kongresszus azon képességét, hogy ideiglenesen *átruházza* jogalkotói hatáskörét.

Most pedig helyezzük át a keretet a végrehajtó hatalom *jellemző*-e "végrehajtó hatalomnak" a magánfeleket kötelező fontos szabályok kiadására vonatkozó, nagyfokú mérlegelési jogkör? ¹⁶ A válasz teljes mértékben attól függ, hogy a végrehajtó hatalom szereplője egyáltalán mire kapott felhatalmazást. A

azt", *id.* at 1299, az ő beszámolójuk a törvényhozói hatalom *rehezen* fogja megmagyarázni a korai kongresszusnak a [*felsorolom, hogy nem lehet megmagyarázni*] elfogadását.

¹⁴ Aaron Gordon, *Originalism and* *U. S. J. L. & Liberty* 718, 744 (2019). Gordon tézise nem tudja megmagyarázni, hogy a korai kongresszus elfogadta a [*felsorolja a megmagyarázhatatlan elemeket*]. Talán hasznos lett volna tovább olvasni George Rutherford egy oldala után is, amelyet ennek az álláspontnak az alátámasztására idézett. Lásd az alábbiakban (Rutherfordnak a törvényhozás delegálásának egyértelmű *elfogadásáról*).

¹⁵ St. George Tucker. *Örült*.

¹⁶ Lásd pl. Gary Lawson, *Delegation & Original Meaning*, 88 *Va. L. Rev.* 327 (2002) ("A '[t]he executive Power' eredeti jelentésén belül van az, hogy a végrehajtó tisztviselők a törvények végrehajtása során kisebb vagy járulékos kérdésekben mérlegelési jogkört gyakorolnak, és a rendes törvényvégrehajtás ezért nem vet fel nem átruházási problémákat, de egy olyan törvény, amely a törvényi rendszer szempontjából alapvető fontosságú ügyeket a végrehajtó (vagy bírói) mérlegelésre bíz, nem "rendes" végrehajtó törvény.").

század végén a egyszerűen a törvények végrehajtására vonatkozó hatalom volt - egy üres edény, amelyet a kongresszusnak kellett megtöltenie, nem pedig egy jól meghatározott tárgyi kategória, amely a valós világra vonatkozó referenciákkal rendelkezett.¹⁷ Mint ilyen, nem csak zavaros, de összefüggéstelen is azt a kérdést feltenni, hogy egy végrehajtó intézkedés annyira jogalkotási jellegű-e, hogy kívül esik-e ezen a kosáron. Minden törvény által engedélyezett intézkedés a "végrehajtó hatalom" gyakorlása volt, amennyiben a törvény végrehajtását szolgálta.

Az elemezve jó szándékú modern olvasók számára a legnagyobb zavart valószínűleg az okozza, hogy nem értik meg, hogy az alapítók hatalommegosztási kerete nem volt kizárólagos és relatív.¹⁸ Arra a kérdésre, hogy egy adott aktus végrehajtó vagy törvényhozó hatalmat képvisel-e, a válasz gyakran mindkettő volt: ugyanaz az aktus, amely előremutató szabályalkotást jelentett (a "törvényhozó hatalom" egyfajta gyakorlása), gyakran egyúttal jogi felhatalmazás végrehajtása is volt (a "végrehajtó hatalom" egyfajta gyakorlása). Senki sem kételkedett például abban, hogy a Kongresszus törvényhozói hatalmat gyakorolt, amikor törvényt fogadott el. De az alapítók ugyanerről a törvényről a végrehajtó hatalom gyakorlásaként is beszéltek, amennyiben a nép által rábízott felhatalmazás alapján hajtották végre. Ugyanígy az is közismert volt, hogy egy diplomata törvényhozási aktusban vett részt, amikor szerződést kötött. De ugyanez a cselekmény egyúttal a végrehajtó hatalom gyakorlását is jelentette, amennyiben a diplomata cselekményeit az illetékes belföldi hatóság felhatalmazása alapján hajtotta végre.

Ez a jogi elmélet alapvetően Gyakorlatilag pedig a kényszerítő közigazgatási szabályalkotás olyannyira rutinszerű volt az egész angol-amerikai világban, hogy megdöbbentő lett volna, ha az Alkotmány megtiltotta volna. Ahogy a korai köztársasági gyakorlat gyorsan megmutatta, az Alkotmány természetesen nem tett ilyesmit. A korai kongresszusok (akárcsak a kontinentális kongresszusok, az állami törvényhozások és a gyarmati gyűlések előttük) törvények tucatjait fogadták el, amelyek széleskörűen felhatalmazták a végrehajtó- és

¹⁷ Lásd Julian Davis Mortenson, *AlVests Executive Power, Not the Royal Prerogative*, 119 Colum. L. Rev. 1169 (2019); Julian Davis Mortenson, *The Executive Power Clause*, 167 U. Penn. L. Rev. (megjelenés előtt 2020).

¹⁸ [Wurman]. Egy csodálatra méltó kivételt Alexander & Prakash, *supra* note.

1318-20. o. ("Talán az a végrehajtó hatalom gyakorlása (az átruházó jogszabály végrehajtása) során jogalkotási hatalmat (törvényeket hoz).").

az igazságügyi szereplők kötelező magatartási befogadására. E törvények közül sokan durván átgázoltak volna a nem átruházhatósági doktrína bármelyik alapító korabeli változatán, amely most a Legfelsőbb Bíróság jelentésében is megjelenik. Mégis, még ha elkeseredetten vitatkoztak is az alkotmány értelmének számos más kérdésén, az alkotmányt megfogalmazó és megvitató emberek gyakorlatilag soha nem gondoltak arra, hogy akár csak gesztusokat is tegyenek az átruházás tilalmával kapcsolatos *politikai* kifogás ellen, még akkor sem, amikor a Kongresszus hevesen vitázott több tucat olyan törvényről, amelyek széles körű jogalkotási hatásköröket ruháztak át a végrehajtó hatalomra. Ha az Alkotmány átruházási klauzuláinak félmondataiban bármi, ami homályosan hasonlít a nem átruházás doktrínájára, akkor az többször is felbukkant volna ezekben a vitákban. Ennek hiánya - a fogalmilag releváns viták sokaságában - sok mindent elmond.

Az át nem ruházhatósági kemmi köze az Alkotmányhoz, ahogyan azt eredetileg értelmezték. Lehetünk originalisták, vagy lehetünk elkötelezettek a nem átruházás doktrína mellett. De nem lehetsz mindkettő.

I.

A FELEMELKEDÉS, A BUKÁS ÉS AZ ÚJBÓLI FELEMELKEDÉS
A MODERN NEM ÁTRUHÁZÁSI DOKTRÍNA

A. Felemelkedés és bukás.

Az át nem ruházhatósági eredete kissé homályos. Eltekintve attól, hogy a Legfelsőbb Bíróság 1813-ban elutasította azt az érvet, amely a nem átruházásról szólhatott volna,¹⁹ a ratifikációt követő csaknem négy évtizedig nem jelentek meg a modern doktrínára akár csak hasonlító állítások az ítélezési gyakorlatban. Még akkor is, Marshall főbíró híres diktuma az 1825-ös *Wayman kontra Southard* ügyben, miszerint "[i]t will be contended that Congress can delegate to the Courts, or to any other tribunals, powers which are strictly and exclusively legislative," a legjobb, ha úgy értelmezzük, mint az anti

¹⁹The Brig Aurora, 11 U.S. (7 388 (1813). A szóban forgó törvény felfüggesztette a Nagy-Britanniával és Franciaországgal folytatott kereskedelmet, de felhatalmazta az elnököt, hogy feloldja az embargót, ha megállapítja, hogy bármelyik ország úgy döntött, hogy tiszteletben tartja az Egyesült Államok semleges kereskedelmét. A Legfelsőbb Bíróság nem válaszolt közvetlenül a Brig Aurora érvelésére, miszerint "a Kongresszus nem ruházhatja át a törvényhozói hatalmat az elnökre". Id. 386. o. Csak annyit írt, hogy "nem látunk elegendő okot arra, hogy a törvényhozás ne gyakorolhassa mérlegelési jogkörét a [kereskedelmet lehetővé tevő törvény] újjáélesztése során, akár kifejezetten, akár feltételesen, ahogyan azt a megítélése megkívánja". Id. 388. o.

elidegenítés elvét - ami ~~nem~~ ~~magyarázta~~ ~~hív~~ volt inkább pontosítás, mint ellentmondás, amikor Marshall rögtön ezután azt mondta, hogy "a kongresszus bizonyosan átruházhatja másokra azokat a hatásköröket, amelyeket a törvényhozás jogosan gyakorolhat maga is"²⁰.

A tizenkilencedik század közepén az állami bíróságokon kezdett felbukkanni valami, ami közelebb áll a nem átruházás doktrína modern ~~h~~ gyakran a törvényhozás által engedélyezett népszavazásokkal és az önkormányzati testületek hatáskörének átruházásával kapcsolatban.²¹ A törvényhozási rendelkezések tényleges érvénytelenítése azonban ritkán fordult elő az állami bíróságokon, a szövetségi bíróságokon pedig hallatlanul ritka volt, amint azt Keith Whittington és Jason Iuliano a nem átruházás doktrínájának a XIX. században és a XX. század elején érvényesülésének kimerítő áttekintésében dokumentálja. "[S]em volt olyan időszak - írják -, amikor a bíróságok a nem átruházás doktrínáját a törvényhozói hatalomátruházás korlátozására alkalmazták."²² Csak az 1892-es *Field kontra Clark ügyben* mondta ki a Legfelsőbb Bíróság, hogy egy olyan törvény, amely az elnököt túl nagy mérlegelési jogkörrel ruházza fel, alkotmányellenes törvényhozói hatalomátruházásnak minősülhet.²³ A Bíróság azonban még ekkor is fenntartotta a kérdéses törvényt.²⁴

A következő 40 évben a Bíróság továbbra is ragaszkodott ahhoz, hogy a jogalkotói hatalmat nem lehet átruházni, még akkor is, ha olyan törvényeket tartott fenn, amelyek széles körű mérlegelési jogkörrel ruháztak fel más szerveket.²⁵ 1928-ban a Bíróság úgy vélte, hogy a

²⁰ Wayman v. Southard, 23 U.S. (10 W(1825)); lásd még Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. Chi. L. Rev. 1721 (2002) (a *Wayman* eme értelmezésének előmozdítása).

²¹ Keith E. Whittington & Jason ~~Myth~~ *Myth of the Nondelegation Doctrine*, 165 Penn. L. Rev. 379, 422-24 (2017); Louis L. Jaffe, *An Essay on Delegation of Legislative Power*, 47 Colum L. Rev. 561, 562-66 (1947).

²² Whittington & Iuliano, *Supra* 381. o., 381. o.

²³ *Field v. Clark*, 143 U.S. ~~1~~1892 ("Az, hogy a Kongresszus nem ruházhatja át a törvényhozói hatalmat az elnökre, általánosan elismert alapelv, amely létfontosságú az Alkotmány által előírt kormányzati rendszer integritása és fenntartása szempontjából").

²⁴ Id. 692. o. (megállapítva, hogy ~~de~~ ~~sem~~ ~~milyen~~ értelemben nem ruházza fel az elnököt jogalkotói hatáskörrel").

²⁵ Lásd pl. *New York Central & United States*, 287 U.S. 12 (1932) (fenntartva egy olyan törvényt, amely az államközi kereskedelmi bizottságot feljogosította az összevonások "közérdekű" jóváhagyására); *FTC v. R.F. Keppel & Bro., Inc.*, 291 U.S. 304 (1934) (elutasítva az FTC hatáskörének átruházás nélküli megtámadását

mivel "a kongresszus a felhasználhatja a kongresszus által törvényben deklarált politika alkalmazására és végrehajtására, és felhatalmazhatja ezeket a tisztviselőket a kongresszusi deklaráció alkalmazására, hogy azt a törvénnyel egyenértékű szabályozással érvényre juttassák".²⁶ A Bíróság szerint a kongresszusnak csupán egy "érthető elvet" kellett meghatároznia e hatáskör gyakorlásához.²⁷ Az át nem ruházhatósági doktrína e szókapcsolata - az "érthető elv" - azóta is velünk van.

Ezzel elérkeztünk 1935-höz, és az lett olyan esethez, amelyben a Legfelsőbb Bíróság egy szövetségi törvényt a nem átruházhatósági doktrína megsértése miatt megsemmisített.²⁸ Az elsőben, a *Panama Refining Co. kontra Ryan*²⁹ ügyben a Bíróság alkotmányellenesnek nyilvánította a National Industrial Recovery Act (Nemzeti Ipari Helyreállítási Törvény) azon rendelkezését, amely felhatalmazta az elnököt, hogy megtiltja a megállapított kvótákon felül kitermelt olaj szállítását. A második, az *A.L.A. Schechter Poultry Corporation kontra Egyesült Államok* ügyben³⁰ ugyanezen törvény egy másik rendelkezését érvénytelenítette, amely felhatalmazta az elnököt, hogy jóváhagyja a kereskedelmi szövetségek által hozzá benyújtott "tisztességes verseny kódexeket" a munkaügyi gyakorlatoktól a minimálbérekig terjedő kérdésekben.

Az 1935-ös esetek a kongresszus hatáskörének jogszerű korlátok szorításával egybecsengtek a Legfelsőbb Bíróság egyidejű törekvéseivel, hogy a

a "tisztességtelen szabályozására" *Smith*, 307 U.S. 38 (1939) (a mezőgazdasági minisztert a mezőgazdasági kvóták meghatározására felhatalmazó törvény fenntartása); *United States v. Grimaud*, 220 U.S. 506 (1911) (a mezőgazdasági miniszter által az erdőrezervátumokra vonatkozóan elfogadott legeltetési szabályok átruházáson alapuló megtámadásának elutasítása).

²⁶ *J.W. Hampton, Jr. kontra Egyesült Államok*, 294, 409 (1928).

²⁷ *Id.*

²⁸ *A Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936). A Bíróság érvénytelenített egy olyan törvényt, amely a szénipari vállalatok számára minimálbért és maximális munkaidőt állapított volna meg, amint ezeket a béreket és munkaidőt az iparág elegendő töredéke elfogadta. Bár a Bíróság a *Schechter Poultry* ügghöz hasonló, át nem ruházhatósággal kapcsolatos aggályokat fogalmazott meg, id. 311-12. o., az ügyet úgy vették, hogy az állítja azt a tételt, hogy "sérti a tisztességes eljárást, ha a Kongresszus egy önérdékű szervezetet szabályalkotási jogkörrel ruház fel versenytársaival szemben". *Association for American Railroads v. Department of Transportation*, 821 F.3d 19, 27-28 (D.C. Cir. 2016).

²⁹ 293 U.S. 388 (1935).

2019
³⁰ 295 U.S. 495 (1935).

KÜLDÖTTSÉG AZ

13

A Kongresszusnak az á szabályozására vonatkozó hatásköre (A *Schechter Poultry* valóban elutasította a tisztességes verseny kódexeit mind az át nem ruházhatóság, mind a kereskedelmi klauzula alapján³²) És így a Bíróságnak az *NLRB kontra Jones & Laughlin Steel Corporation ügyben*³³ a kereskedelmi klauzulával kapcsolatos megközelítésének megfordítása hasonló visszavonulást jelzett a nem átruházás doktrínájától. ³⁴ A Legfelsőbb Bíróság már 1940-ben elutasította a nem átruházás megtámadását a törvényi felhatalmazás ellen, amely egy bizottságot hatalmazott fel arra, hogy "közérdekből" szénárakat állapítson meg.³⁵ *Schechter*, alig ismertünk téged.

A szövetségi bíróságokon átruházás tilalmának doktrínája nem az alapító korszakban született, nem a tizenkilencedik században nőtt fel, és egyetlen dicsőséges pillanatát, 1935-ben, többször is elutasították olyan törvények érvénytelenítését, amelyek széleskörű mérlegelési jogkörrel ruházták fel a végrehajtó hatalmat. Felejtsük el a vitát arról, hogy a nem átruházás doktrína valóban halott-e. Soha nem is volt igazán életben.

B. És újra felemelkedni.

Mégis itt vagyunk. Az 1970-es években jogi intézményrendszer, amely már régóta visszavonult, elkezdett átcsoportosulni. Lewis Powell híres 1971-es memoranduma a

³¹ Lásd Daniel R. Ernst, *Tocqueville's Nightmare* (2014) (megjegyezve, hogy a Bíróság mindkét típusú döntést arra használta, hogy jelezze "a Bíróságnak a New Deal korporatista kalandjával szembeni ellenállásának mélységét").

³² 295 U.S. at 542-50.

³³ 301 U.S. 1 (1937).

³⁴ Lásd John Hart Ely, *Democracy and* (1980) ("A nem átruházás doktrínája, amikor megjelent, azonosult más doktrínákkal, amelyeket a harmincas évek elején a reformtörvények érvénytelenítésére használtak, mint például az érdemi tisztességes eljárás és a kereskedelmi hatalom korlátozó értelmezése ... és amikor ezek a doktrínák elhaltak, a nem átruházás doktrínája is velük együtt halt meg.").

³⁵ *Sunshine Anthracite Coal Co. kontra* U.S. 381 (1940). Legalább két másik, egyidejűleg hozott ügy elutasította a hasonló, nem átruházáson alapuló kifogásokat. Lásd *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414 (1944) (fenntartva a sürgősségi árszabályozási törvénynek azt a felhatalmazását, hogy az árigazgatási hivatal olyan árakat állapítson meg, amelyek "általában tisztességesek és méltányosak lesznek, és országszerte megvalósítják e törvény céljait" az árukra és bérleti díjakra vonatkozóan). lásd még *National Broadcasting Co. v. United States*, 319 U.S. 190, 194 (1943) (fenntartva a nem átruházási érveléssel szemben egy olyan törvényt, amely felhatalmazza a Szövetségi Kommunikációs Bizottságot, hogy "közérdekű" szabályozást végezzen).

Powell közvetlen politikai cselekvés mellett érvelt,³⁷ egy ügyvédi káder létrehozását szorgalmazta, amely a bíróságokon az üzleti életet támogató menetrendet képviseli,³⁸ valamint egy tudósokból és előadókból álló hálózat létrehozását, amely a fiatalokat a kapitalizmus erényeiről tanítja.³⁹ Friedrich Hayek 30 évvel korábban megjelent *Út a jobbagyságha* című művére emlékeztető figyelemztetéssel zárta mondandóját: "Amint a szocialisták és a totalitárius államok tapasztalatai bizonyítják, a gazdasági szabadság beszűkülését és megtagadását elkerülhetetlenül követi más, nagyra becsült jogok kormányzati korlátozása."⁴⁰

Powell feljegyzése a kormányzati intézményekből való kiábrándulás ~~h~~ncsapolta meg. A vietnami háború teljes lendületben volt; a Nixon-kormányzat hamarosan a Watergate-botrány áldozatává vált; az infláció pedig az egekbe szökött. (Az évtized későbbi szakaszában még magasabbra emelkedett.) Az akadémián ez a kiábrándultság a Chicagói Egyetemen központosított jog és közgazdaságtan mozgalomban jutott kifejezésre. Az Egyesült Államokban a szocializmus vélt térnyerése miatt riadt konzervatív támogatók hálózatának célzott pénzügyi támogatásával a chicagói iskola tudósai a jó szándékú szabályozási beavatkozások ellen emeltek szót, amelyek kontraproduktív módon beavatkoztak a piac hatékony működésébe.⁴¹ Munkájukból nőtt ki a közválasztás elmélete, egy intellektuálisan kifinomult beszámoló arról, hogy miért nem lehet a kormányzatra bízni a közjó előmozdítását.⁴²

³⁶ Powell Memo, 2. o. Powell feljegyzésének ~~h~~kontextusáról és a napirendet meghatározó, számos kérdésre kiterjedő hatásáról lásd: Asad Rahim, *Diversity to Deradicalize*, _ Cal. L. Rev. _ (2020).

³⁷ Powell Memo, 25. o.

³⁸ Powell Memo, 27. o.

³⁹ Powell Memo, 19. o.

⁴⁰ Powell Memo, 33. o.; ~~h~~*The Road to Serfdom* (1944) (a "zsarnokság veszélye, amely elkerülhetetlenül a gazdasági döntéshozatal központi tervezéssel történő kormányzati ellenőrzéséből fakad").

⁴¹ ~~h~~Steven M. Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement* 90-135 (2008).

⁴² Pl. James. M. Buchanan & Gordon ~~h~~*Calculus of Consent* 332 (1965) (Arrow lehetetlenségi tételének tárgyalása); George J. Stigler, *The Theory of*

A kormányzással kapcsolatos diszpepszia delegálással kapcsolatos diszpepsziává. Theodore Lowi 1968-ban megjelent *The End of Liberalism (A liberalizmus vége)* című művében a delegálást a demokrácia olyan arch-pluralista felfogásának rákos kinövésének látta, amelyben a kormány csak megkönnyíti az érdekcsoportok közötti alkudozást, és soha nem dönti el véglegesen, hogy mi a legjobb. Lowi szerint a delegálás olyan technika volt, amely alkalmas volt erre a célra, mivel lehetővé tette a kongresszus számára, hogy tegyen valamit anélkül, hogy bármit is eldöntene.⁴³ Négy évvel később Skelly Wright bíró a nem átruházás doktrínájának megerősítésére szólított fel, hogy ellensúlyozza a szabályozó ügynökségekkel kapcsolatos "növekvő kiábrándultságot", amely kiábrándultságot a "konzervatív gazdasági elméleti szakemberekkel" hozta összefüggésbe, akik ezeket az ügynökségeket megsemmisítő kritikának vetették alá.⁴⁴ John Hart Ely 1980-ban megjelent *Democracy and Distrust* című írásában csatlakozott a kórushoz, amelyben amellet érvelt, hogy a széles körű delegálás "nem demokratikus abban az egészen nyilvánvaló értelemben, hogy a jogalkotás megtagadásával törvényhozóink elkerülik azt a fajta elszámoltathatóságot, amely elengedhetetlen a demokratikus köztársaság érthető működéséhez"⁴⁵.

Így történt, hogy a bíró az 1980-as *benzol-ügyben* adott egyetlen egyetértő véleményében Lowira, Wrihtra és Elyre (valamint John Lockerra) hivatkozott, hogy azt állítsa, hogy a Kongresszusnak, nem pedig egy szövetségi ügynökségnek kell eldöntenie, hogyan kell egyensúlyt teremteni a statisztikai halálozási kockázat és a gazdasági költségek között.⁴⁶ "A nehéz döntéseket" - írta - "és nem az üres helyek kitöltését, amelyeket a nép választott képviselőinek kell meghozniuk".⁴⁷ A négy bíróból álló többség némi szimpátiát mutatott a nézet iránt, amikor az alkotmányos megkerüléssel hivatkozott arra, hogy

Gazdasági szabályozás, 2 Bell J. *Mgmt. Sci.* 3, 3 (1971) (azzal érvelve, hogy "a szabályozást az ipar szerzi meg, és elsősorban az ő javára tervezik és működtetik").

⁴³ Theodore Lowi, *The End of Liberalism* (2nd ed. 2009) ("A hatalom átruházása biztosítja a jogi alapot ahhoz, hogy egy törvényt eléggé tétovává tegyen ahhoz, hogy a politikai folyamatot végig működőképes állapotban tartsa...").

⁴⁴ Lásd J. Skelly Wright, *Beyond Delegation* 11 Yale L.J. 575, 579 (1972).

⁴⁵ John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (1980). A Lowi-Ely-álláspont klasszikus cáfolatát lásd Jerry L. Mashaw, Greed, Chaos, & Governance 136-57 (1997).

⁴⁶ Industrial Union Dept., AFL-CIO kontra Am. Fed. of Laborers & Craftworkers, 448 U.S. 607, 672 és 687. o. n.6 (1980) (Rehnquist, J., egyetért az ítélettel).

a szóban forgó jogszabály szűk (és valószínűtlen) kínálja. ⁴⁸ Az át nem ruházhatósági doktrína így "újból tiszteletre méltóvá vált",⁴⁹ ahogyan azt Antonin Scalia akkori professzor látta. Úgy vélte, hogy "az alkotmányellenes delegálás doktrínáját érdemes a jégről lefaragni"⁵⁰.

Abban az időben Rehnquist és társai még mindig marginálisnak számítottak. Négy hónappal később azonban Reagan elnök megválasztásával Washingtonban egy elkötelezett szabályozásellenes program jelent meg. Ez egyben az eredetiséget támogató konzervatív jogászok, különösen Edwin Meese (akit 1984-ben neveztek ki igazságügyi miniszterré),⁵¹ Robert Bork (akit 1982-ben megerősítettek a washingtoni bíróságon),⁵² és maga Scalia (akit 1982-ben megerősítettek a washingtoni bíróságon, majd 1986-ban a Legfelsőbb Bíróságon) tekintélyét is növelte. ⁵³ Az originalizmus melletti elkötelezettség hamarosan hivatalos kormányzati politikává vált: 1988-ban Meese igazságügyi miniszter kiadta az Igazságügyi Minisztérium számára az alkotmányos peres eljárásokról szóló kézikönyvet, amelyben kijelentette, hogy "az alkotmányos nyelvezetet úgy kell értelmezni, ahogyan azt a megfogalmazás és ratifikálás idején nyilvánosan értelmezték, és a kormányügvedeknek csak ezen "eredeti jelentés" alapján kell alkotmányos érveket felhozniuk"⁵⁴.

Az ambiciózus konzervatív jogászok úgy tekintettek e módszertani elkötelezettségekre, mint a szakmai sikerhez vezető út nyitjára. ⁵⁵ Mindezt akkor tették, amikor a republikánusok egyre nagyobb energiát fordítottak megbízható konzervatív bírák kinevezésére, részben (bár korántsem kizárólagosan) az abortuszvita és a *Roe kontra Wade* ügy növekvő jelentőségére adott válaszként. Ami döntő fontosságú, a republikánusok elkezdtek választásokat nyerni: 1980 óta a Fehér Ház és a szenátus is az ő kezükben van.

⁴⁸ *Industrial Union Dept., AFL-CIO kontra NLRB*, 448 U.S. 607, 646 (1980).

⁴⁹ Antonin Scalia, *A Note on the Benzene Case*, *Regulation* 25, 27 (July/Aug. 1980).

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Edwin Meese, *The Battle for the Right to Life*, *Legal Pol'y* 32 (1986. tél).

⁵² Robert Bork, *The Constitution, Individual and Economic Rights*, 23 *San Diego L. Rev.* 823 (1986).

⁵³ Antonin Scalia, *Originalizmus*: *U. Cin. L. Rev.* 849 (1989).

⁵⁴ *Guidelines on Constitutional Interpretation*, *Legal Pol'y*, 3. o. (1988).

⁵⁵ További háttérért lásd pl. Tom McCarthy, *Freedom to Harm* 48 (2013) (a Federalist Society 1982-es megalapításáról, amelynek első kari tanácsadói Bork és Scalia voltak).

24 éve, szemben a 1995-ével. Nem minden republikánus által kinevezett bíró volt meggyőződéses eredetiségpárti. De szinte mindegyikük elfogadta azt az elképzelést, hogy az alkotmány eredeti értelme kiváltságos figyelmet érdemel az alkotmányelemzés során.

Ahogy az originalizmus ártalmává vált, az át nem ruházhatósági doktrína megerősítésére irányuló kampány a doktrína és az Alkotmány eredeti, nyilvános értelmének összekapcsolásától függött. De időbe telt, amíg a kampány beindult. 1993-ban David Schoenbrod kiadta a *Power Without Responsibility (Hatalom felelősség nélkül)* című könyvet, amely kiélezte és kibővítette a Lowi-Wright-Ely-féle állítást, miszerint az ügynökségek felhatalmazása arra, hogy a magánéletre vonatkozó szabályokat hozzanak, a Kongresszus "jogalkotási hatáskörének" helytelen delegálása.⁵⁶ A könyvről írt kiemelkedő kritikájában Douglas Ginsburg, a washingtoni bíróság bírójának kifejezetten az eredetiséggel való kapcsolatot tette nyilvánvalóvá:

Így a múlt század 10 éve csak a száműzetésben lévő alkotmány részeként létezik, a felsorolásos hatáskörök, az alkotmányellenes feltételek és az érdemi tisztességes eljárás doktrínájával, valamint azok szövegbeli rokonaival, a szükséges és megfelelő, a szerződési, a birtokbavételi és a kereskedelmi klauzulákkal együtt. Ezeknek az ősi száműzötteknek az emlékét, akiket azért száműztek, mert ellenálltak a korlátlan kormányzásnak, néhány tudós tartja életben, akik a helyreállítás, a szabadság alkotmányának második eljövetele reményében dolgoznak - még ha talán nem is a saját életükben.⁵⁷

Ginsburg bíró nem elégedett meg azzal, hogy csak Márton 1999-ben társszerzője volt a D.C. Circuit véleményének, amely szerint a Környezetvédelmi Ügynökség megsértette a nem átruházási doktrínát, amikor a Clean Air Act alapján elfogadott egy levegőminőségi szabványt.⁵⁸ De a Legfelsőbb Bíróságnak ez nem tetszett. A *Whitman kontra American Trucking* ügyben a Bíróság egyhangúlag hatályon kívül helyezte a D.C. Circuit ítéletét, és úgy ítélte meg, hogy a törvényhozás

⁵⁶ David Schoenbrod, *Power Without Congress Abuses the People through Delegation* (1993) (azzal érvelve, hogy a kongresszusi tagok a nagy ígéreteket tartalmazó, széleskörű törvények elfogadásával becsaphatják a nyilvánosságot, miközben az ügynökségeket hibáztatják a törvények végrehajtásából eredő költségekért vagy nehézségekért). Schoenbrod igyekezett az érvelését az alapítás korához kötni, de nem igazán volt benne a szíve. Id. at .

⁵⁷ Douglas H. Ginsburg, *Delegation and Regulation* 83, 84 (1995).

⁵⁸ *American Trucking Ass'n kontra EPA*, 175 D.C. Cir. 1999).

szabvány - "a közegészségügy védelméhez szükséges" - kellően érthető volt az át nem ruházhatósági doktrína szempontjából.⁵⁹ Scalia bíró írta a véleményt, amelyhez Rehnquist főbíró csatlakozott. Az át nem ruházhatósági doktrínát oly kiemelkedően támogató két bíró visszavonulása úgy tűnt, hogy az alkotmányjog bírói úton érvényesített szabályaként véget ér.

A látszat csalóka volt. Thomas egyetértő véleményt írt, amelyben azt mondta, hogy "[a]z elkövetkező napon, ... hajlandó lennék foglalkozni azzal a kérdéssel, hogy a hatáskör-átruházási joggyakorlatunk túl messzire távolodott-e az alapítói által a hatalmi ágak szétválasztásáról alkotott felfogástól".⁶⁰ Az *American Trucking* után a tudósok felkarolták Thomas bíró felhívását, hogy a nem átruházás doktrínájának eredetiségre épülő ügyét felépítsék. 2002-ben Gary Lawson kiadta a *Delegation and Original Meaning* című könyvét, amelyben amellet érvelt, hogy a nem átruházás doktrína implicit módon jelenik meg az Alkotmányban a törvényhozó, végrehajtó és bírói hatalom strukturális felosztásában.⁶¹ Egy olyan törvény, amely felhatalmazza a végrehajtó hatalmat valamire, ami túlságosan hasonlít a törvényhozásra, alkotmányellenes, amennyiben a végrehajtó hatalmat a neki kijelölt tevékenységi körön kívüli cselekvésre kívánja felhatalmazni.⁶²

Mivel Lawson állítása nem pedig történelmi jellegű volt,⁶³ teret hagyott Larry Alexander és Saikrishna Prakash számára, hogy bizonyítékot gyűjtsenek annak az állításnak az alátámasztására, hogy a nem átruházás doktrínája a kezdetektől fogva velünk van.⁶⁴ Ez a bizonyíték nagymértékben támaszkodott Locke, Montesquieu, és a

⁵⁹ Whitman kontra American Trucking Assns., 531 U.S. 457 (2001).

⁶⁰ Id. 487.

⁶¹ Gary Lawson, *Delegation and Original Meaning*, 71 Va. L. Rev. 327, 333 (2002).

⁶² Id., 343. o. ("Bármilyen nehéz a törvényhozó, a végrehajtó és a bírói hatalom megkülönböztetése a peremeken, az 1788-89-es alkotmány egyértelműen ezt a megkülönböztetést helyezi szerkezetének középpontjába. Vannak olyan alkotmányos határok, amelyeket a végrehajtó és a bírói hatalom nem léphet át.").

⁶³ Id. 395. n.263. ("[A szabványok kulcsfontosságú alkotmányos] kifejezéseket úgy tekintsem, mint amelyeknek "esszencialista" jelentése nem függ a történelmi használatuktól.")

⁶⁴ Larry Alexander & Saikrishna Prakash, *Is the Nondelegation Doctrine's Death Greatly Exaggerated?*, 70 Chi. L. Rev. 1297, 1310 (2003); lásd még Larry Alexander & Saikrishna Prakash, *Delegation Really Running Riot*, 93 Va. L. Rev. 1035 (2007).

Blackstone, de kevés konkrét ~~sz~~ alapításból. ⁶⁵ Alexander és Prakash azonban a philadelphiai konvencióra, több állami konvencióra és a Federalist Papersre vonatkozó maroknyi idézetre támaszkodik, hogy alátámassza azt a különböző (és alapvetően nem vitatott) állítást, miszerint "a törvényhozó hatalmat úgy értelmezték, mint a társadalom irányítására vonatkozó szabályok megalkotásának hatáskörét." ⁶⁶ Amint azonban nyíltan elismerik, ebből a megfigyelésből nem következik, hogy az alapítók úgy értelmezték volna az alkotmányt, hogy az kizárja a végrehajtó hatalmat a szabályok alkotásából. ⁶⁷

A nem átruházás doktrínájának eredetiségét ~~én~~ legújabb részlete Philip Hamburger *Is Administrative Law Unlawful?* című, 2014-ben megjelent könyvében. ⁶⁸ A könyv szerint a modern közigazgatási jog az "abszolút hatalom" "extralegális" kifejeződése, amely az angol-amerikai jogi hagyomány számára ellenszenves. Ennek a tételnek az alátámasztásához Hamburger azonban szinte teljes egészében kiválasztott középkori és kora újkori angol anyagra támaszkodik - és nemcsak annak politikai és szellemi kontextusát érti félre, hanem azt az alapvető jogi keretet is, amelybe beágyazódik. ⁶⁹ Sőt, ami még lényegesebb, ő csak

⁶⁵ Alexander & Prakash, fentebb, 1310-14. o.

⁶⁶ Id. 1314-17. o.

⁶⁷ Id. 1329. o. ("[E]nnel szemben, ha valaki ~~sz~~ mindazzal, amit mondtunk, akkor is megválaszolásra vár az a fontos kérdés, hogy az Alkotmány ténylegesen felhatalmazza-e a Kongresszus jogalkotási hatáskörének átruházását").

⁶⁸ Philip Hamburger, *Törvénytelen-e a közig.* (2014). Lásd még Karen Orren & Stephen Skowronek, *The Policy State: An American Predicament* (2017) (azzal érvelve, hogy a "politikai állam" "szétmárcangolta a kormányzat formáját, polarizálta politikáját, és mély bizalmatlanságot vetett el intézményeivel szemben").

⁶⁹ Csak egy példát lásd a ~~sz~~ (az előjog fogalmának meghatározását tárgyalva). Hamburger történeti állításainak megsemmisítően udvarias lerombolásához lásd Paul Craig, *The Legitimacy of US Administrative Law and the Foundations of English Administrative Law: Setting the Historical Record Straight* (2016), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2802784.

Miután Hamburger ezeket a kritikákat "ostobaságként" utasította el, Philip Hamburger, *Early Prerogative and Administrative Power: A Response to Paul Craig*, 81 *Miss. L. Rev.* 939, 942 (2017), Craig válasza élesebbé vált:

Hamburger tézise empirikusan ~~össze~~ kétszáz év alatt hozott nagyon sok szabályozási jogszabállyal, amelyben a Parlament folyamatosan olyan hatáskörökkel és feladatokkal ruházta fel a közigazgatást, amelyek nem egyeztethetők össze Hamburger tézisével..... Valóban nehéz olyan esetre gondolni, ahol egy ilyen széleskörű tézist ilyen széleskörűen terjesztettek elő

pillantásokat vet arra a bizonyítékra, hogy az ítéletben mit is mondott az Alkotmány eredeti, nyilvános jelentéséről.⁷⁰

A vékony történeti források az eredetiségtudomány új hulláma népszerűnek bizonyult a bíróságoknál. Thomas bíró 2015-ben különvéleményt írt, amelyben bőven merített Hamburger könyvéből annak az érvelésnek a szolgálatában, hogy "[m]indenek vissza kell térnünk az alkotmány eredeti értelméhez: A kormány csak a jogalkotói hatalom megfelelő gyakorlása révén hozhat létre általánosan alkalmazandó magánviselkedési szabályokat."⁷¹ A következő hónapban az akkori Gorsuch bíró hasonló céllal írt saját véleményét, amelyben szabadon hivatkozott Ely, Schoenbrod, Lawson és Hamburger műveire.⁷²

C. Gundy kontra Egyesült Államok

Két évvel később Gorsuch bírót a Legfelsőbb Bíróságra. Nem a közigazgatási állammal kapcsolatos nézetei ellenére választották meg, hanem azok miatt. Ahogy Donald McGahn, a Fehér Ház akkori tanácsadója a Federalist Society előtt tartott beszédében mondta: "Modern társadalmunkban a jogállamiságot fenyegető legnagyobb veszélyt a folyamatosan terjeszkedő szabályozó állam jelenti, és e veszély ellen a leghatékonyabb védőbástya az erős bírói kar. A szabályozási reform és a bírák kiválasztása szorosan összefügg."⁷³ Így van ez a bíró esetében is.

ennyire kevés bizonyíték támasztja alá főleg, ha ennyi bizonyíték van az ellenkezőjére.

Paul Craig, Az alkotmány jog alapjai: Four Central Errors, 3, 40, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2852835 (2017).

⁷⁰ Adrian Vermeule, No, 93 Tex. L. Rev. 551 (2015) ("Ha Hamburger a hagyományos amerikai értelemben vett originalista lenne, akkor sokkal több időt fordítana a szöveg 1789-es hétköznapi jelentésére és a ratifikációs vitákra, és sokkal kevesebbet a Stuart uralkodók és a német jogelmélet közötti földalatti kapcsolatokra.").

⁷¹ DOT v. Association of American Railroads, 135 S.Ct. 1225, 1252 (2015) (Thomas, J., egyetért az ítéletben).

⁷² United States v. Nichols, 784 F.3d 1010 (10th Cir. 2015) (Gorsuch, J., aki nem ért egyet az en banc újratárgyalás elutasításával).

⁷³ Jason Zengerle, How the Trump Court is Remaking the Courts, N.Y. Times Magazine, 2018. augusztus 22. Lásd általában Gillian E. Metzger, Előszó: 1930s Redux: The Administrative State Under Siege, 131 Harv. L. Rev. 1 (2017)

Kavanaugh, aki a D.C. Circuitben töltött ideje alatt nem nyilvánosan a nem átruházás doktrínájával kapcsolatban, de a szövetségi ügynökségekkel kapcsolatos hatalommegosztási ügyekben agresszív álláspontot képviselt. ⁷⁴ Roberts főbíró és Alito bíró hasonló cipőben járnak: a bírói székekben mindketten jelentős ellenérzéseket fejeztek ki a közigazgatási állammal és a bíróságok által az ügynökségek felé tanúsított tiszteletadással kapcsolatban. ⁷⁵ Thomas bíró buzgalma pedig e tekintetben felülmúlhatatlan.

A Bíróság irányító tömbje tehát egy évtizedek óta tartó kampány eredménye, amelynek célja, hogy a bíróságokat a modern amerikai államot támogató politikai rendezés felbomlasztására használják fel. Gorsuch bíró különvéleménye a *Gundy kontra Egyesült Államok* ügyben mégis sikerült sokkolnia. Nem arról volt szó, hogy Gorsuch bíró megismételte azokat a nézeteket, amelyeket korábban a Tizedik Kerületi Bíróságon már kifejtett. Nem volt az sem, hogy Thomas bíró csatlakozott hozzá, vagy hogy Alito bíró nyitottságát fejezte ki az érvelés iránt. Hanem az, hogy Roberts főbíró - akitől sokan intézményi szempontból óvatosabbnak várták - teljes egészében csatlakozott a véleményhez. Ha Kavanaugh bíró is hasonlóan vélekedik - és könnyen lehet, hogy így lesz⁷⁶ -, akkor a nem átruházás doktrínája valódi korlátot jelenthet a Kongresszus azon hatáskörének, hogy ügynökségeket vonjon be a kormányzati feladatokba.

Az amerikai kormányzás sarokkövébe való ilyen jellegű ellentöbbségi rendkívül destabilizáló hatásának bizonyulhat. Igazságszolgáltatás

(politikai és jogi hárgyalva "a New Deal csatáját elvesztett szabályozásellenes és kormányellenes erők újjáéledésében").

⁷⁴ Lásd pl. *PHH Corp. v. Consumer Bureau*, 839 F.3d 1 (D.C. Cir. 2016) (alkotmányellenesnek nyilvánítva egy független ügynökséget, amelynek élén egyetlen igazgató áll, nem pedig egy többtagú bizottság); *In re Aiken County*, 645 F.3d 428 (D.C. Cir. 2011) (Kavanaugh, J., concurring) (kétségbe vonva *Humphrey végrehajtóját*); *Free Enterprise Fund v. PCAOB*, 537 F.3d 667, 685 (D.C. Cir. 2008) (Kavanaugh, J., különvélemény) (megállapítva, hogy a PCAOB biztosainak az elnöki felügyelettől való elszigetelése alkotmányellenes).

⁷⁵ Lásd pl. *Free Enterprise Fund v.* 561 U.S. 477, 500 (2010) (Roberts, C.J.) ("A végrehajtó hatalom növekedése, amely ma már hatalmas hatalmat gyakorol és a mindennapi élet szinte minden területét érinti, fokozza az aggodalmat, hogy kicsúszik a végrehajtó hatalom ellenőrzése alól, és így a nép ellenőrzése alól is."); *Department of Transportation v. Assoc. of American Railroads*, 135 S.Ct. 1225, 1237 (2015) (Alito, J., concurring) (azt írva, hogy "[a]z elv, miszerint a Kongresszus nem delegálhatja el szerzett hatáskörét, a szabadság védelmében létezik", és hogy "a határvonalak meghúzásának eredendő nehézsége nem mentség az Alkotmány nem érvényesítésére").

⁷⁶ Paul kontra Egyesült Államok, slip op. at 2, 2009. november 25.).

Gorsuch véleménye az érthető elvek szabványának szolgál fel egy olyan teszt javára, amely különbséget tesz a végrehajtó hatalom számára a "részletek kitöltését" lehetővé tevő és a politikai mérlegelési jogkörrel felruházott jogszabályok között.⁷⁷ Ha törvényerőre emelkedne, Gorsuch megközelítése arra kényszerítené a bíróságokat, hogy szubjektív és vitatható ítéleteket hozzanak arról, hogy mi számít részletnek, és mi számít többnek.⁷⁸ Szinte bármelyik jogszabály elképzelhető, hogy megbukik egy ilyen puha teszten. Sőt, sokatmondó, hogy Gorsuch 33 oldalas véleménye még csak nem is hivatkozik a *Whitman kontra American Trucking* ügyre, a modern korszak meghatározó nem átruházási ügyére, még akkor sem, ha kimerítően áttekinti a nem átruházási esetjog többi részét. Nehéz ellenállni annak a következtetésnek, hogy Gorsuch szerint a Legfelsőbb Bíróság elszúrta az ügyet, és a Clean Air Actnek az út szélére kellett volna kerülnie.

Lehet, hogy a Legfelsőbb Bíróság nem fogja gravaszt. *Gundy* nyomán okos megfigyelők azzal érveltek, hogy a Kereskedelmi klauzulához hasonlóan a Bíróság kiadhat egy-két szimbolikus véleményt, amelyben érvényteleníti a kis jelentőségű jogszabályokat, de ennél többre nem lesz gyomra. (Gerard Magliocca ezt "a nem-delegáció közelgő Lopez-pillanatának" nevezte.⁷⁹) Talán igaz van: nehéz elhinni, hogy a Bíróság a közeljövőben bármelyik kabinetügynökséget el fogja dönteni. Ugyanakkor jogosnak tűnik, ha a konzervatív bírák szaván fogjuk. És ha valóban komolyan gondolják, amit mondanak, akkor Kagan bírónak igaz van abban, hogy "a kormányzat nagy része alkotmányellenes - mivel a Kongresszus attól függ, hogy a végrehajtó tisztviselőknek mérlegelési jogkört kell adni".⁸⁰

⁷⁷ *Gundy kontra Egyesült Államok*, 139 S. Ct. (2019).

⁷⁸ *Mistretta kontra Egyesült Államok*, 488 U.S. 115-16 (1989) (Scalia, J., más véleményen). E problémák megoldhatatlansága emlékeztet a *Chevron* deference alóli jelentős kérdésekre vonatkozó kivétel által felvetett problémákra. Lisa Heinzerling, *The Power Canons*, 58 Wm. & Mary L. Rev. 1933, 1982-1990 (2017); Josh Chafetz, *Gridlock?*, 130 Harv. L. Rev. F. 51, 54-57 (2016).

⁷⁹ Gerard Magliocca, *The Moment for Non-Delegation*, PrawfsBlawg, June 21, 2019, <https://prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2019/06/the-coming-lopez-moment-for-non-delegation.html#comments>. Vagy ahogy Adrian Vermeule fogalmazott: "Jam tegnap (a tegnap 1935), és jam holnap, de soha ne jam ma." Adrian Vermeule, *Never Jam Today*, Notice & Comment Blog, 2019. június 20., <https://yalejreg.com/nc/never-jam-today-by-adrian-vermeule/>.

⁸⁰ 139 S. Ct. 2116, 2130 (Kagan, J. véleménye).

A Bíróságnak nem kell jogszabályt ahhoz, hogy vizsgálja azt, hogy a bírúk azt a hatalmat követelik maguknak, hogy önkényesen meghúzzák a határokat saját érzékük alapján, hogy mely delegációk elfogadhatóak, hatalmas bizonytalanságot generálnának a kormányzati cselekvés minden aspektusával kapcsolatban. Az átruházáson kívüli perek elszaporodnának, és célpontjaik azok az ügynökségek lennének, amelyekre a tiszta levegő, a hatékony gyógyszerek és a biztonságosabb utak érdekében támaszkodunk. Az alsóbb szintű bíróságok esetleg országos szintű végzéseket hoznának az általuk kifogásolt jogszabályok végrehajtása ellen. Ami talán még nagyobb hosszú távú következmény, hogy a bíróságok nagy kísértést éreznek majd arra, hogy a jogszabályokat úgy értelmezzék, hogy elkerüljék az újonnan észlelt alkotmányos nehézségeket. Ez a szűkítés maga is megghiúsítaná a kongresszus céljait. (Gondoljunk csak a *benzol-ügyre*, de szteroidokkal.) Egy egyre polarizáltabb bírói karral nem nehéz elképzelni, hogy komoly zavarok lépnek fel az alapvető kormányzásban. Addig is, az átruházás hiánya miatti érvénytelenítés állandóan jelenlévő lehetősége azt jelenti, hogy egyes jogalkotási megállapodások túl kockázatosak lesznek ahhoz, hogy megérje őket követni, ami hozzájárul a kongresszus további elakadásához. Ne hagyjuk figyelmen kívül azt sem, hogy a Legfelsőbb Bíróság retorikája a közigazgatási állam és az Alkotmány alapvető összeegyeztetlenségéről diffúz módon meg fogja torzítani a szélesebb jogi kultúrát, aminek nehezen meghatározható következményei lesznek, de valószínűleg nem vezetnek hatékony kormányzáshoz.⁸¹

Ez radikális dolog. Hogy könnyebben menjen, Gorsuch bíró az eredetiségre hivatkozik.⁸² "Az alkotók megértették" - mondja - "hogy megghiúsítaná "az Alkotmány által elrendelt kormányzati rendszert", ha a Kongresszus csupán homályos törekvéseket hirdethetne, majd másokra bízna a célok megvalósítását szolgáló jogszabályok elfogadásának felelősségét."⁸³ Gorsuch alátámasztásként Marshall főbírónak a *Wayman kontra Southard* ügyben megfogalmazott diktátumát idézi.

⁸¹ Nicholas Bagley, *The Procedure Mich.* L. Rev. 345 (2019) (a közigazgatási állam legitimitásával kapcsolatos megfáradt érvek elhagyása mellett érvel).

⁸² Vö. Jamal Greene, *Selling Geo.* L.J. 657, 660 (2009) (az originalizmust "mint alkotmányos esztétikát vizsgálja, annak érdekében, hogy kigyűjtse azokat a jellemzőket, amelyek vonzóvá teszik az alkotmánybíró szerepéről alkotott általános elképzelésünk részévé").

⁸³ 139 S. Ct. 2116, 2133 (Gorsuch, J., *in*

mielőtt John Locke hivatkozott volna a törvényhozás nem ruházhatja át a törvényhozás hatáskörét más kezekbe ⁸⁴.

A lényeg, hogy ~~ny~~ az egész. Bár tele van az alkotmányozók meggyőződésére vonatkozó állításokkal,⁸⁵ a történelmi forrásokból származó egyetlen tényleges idézet vagy általánosságban beszél arról, hogy nem kívánatos az összes alkotmányos hatáskör egyetlen szervre ruházása, vagy pedig a jól ismert okokat sorolja fel, amelyek szerint az alkotmány megnehezíti a jogalkotást. A források egyike sem foglalkozik azzal, hogy az alapítók úgy gondolták volna-e, hogy a Kongresszus mindkét háza által elfogadott és az elnök által aláírt törvény alkotmányellenes lenne, ha túl sok vagy rossz jellegű jogkört delegálna. Ehelyett a vélemény retorikai erejét az olyan modern gondolkodók, mint Wright, Ely, Schoenbrod, Lawson és Hamburger (akiket mind idéznek) idézése adja, akik szerint a delegálás veszélyezteti a szabadságot és aláássa az elszámoltathatóságot. ⁸⁶ Ha az alapítók nem hittek volna a doktrínában, állítja Gorsuch - és itt csak úgy simán idézi Lawsont -, "[a]z "átruházási záradékoknak, sőt az alkotmány egész szerkezetének" "nem lenne értelme". ⁸⁷

II 1789 ELŐTT

A bizonyítékok áttekintése során háttérismeretekkel ~~h~~Az Alkotmány megalkotása és ratifikálása előtt, mit jelentett volna egy értelmes

⁸⁴ Id. Gorsuch szerint Locke ~~g~~olt azoknak a gondolkodóknak, akik leginkább befolyásolták a keretalkotók felfogását a hatalmi ágak szétválasztásáról". Id. Amint azonban Richard Primus megjegyezte, Gorsuch "nem idéz semmilyen tekintélyt erre a tételre", és tényszerűen van okunk kételkedni benne. Richard Primus, John Locke, Justice Gorsuch, and Gundy v. United States, Balkinization, 2019. július 22.

⁸⁵ Gundy v. United States, 139 ~~S~~116, 2133 (Gorsuch, J, dissenting) ("the framers understood," "The framers understood, too"); id. at 2134 ("the framers believed," "the framers insist[ed]," "[t]he believed," "in their words," "the framers went to great lengths," "the framers insisted," "to the framers," "the framers' design," "the framers' design," "the framers insisted," "some even thought"); id. 2135. o. ("[a]z alkotók figyelmeztettek minket", "[a]z Madison kifejtette", "[a]z alkotók is tudták", "a keretezők megengedték [a bírói karnak]", "Madison elismerte", "Marshall főbíró egyetértett"); id. 2136. o. ("a keretezők komolyan vették ezt a felelősséget"); id. 2144. o. ("az összes riasztás, amit az alapítók ránk hagytak").

⁸⁶ Lásd pl. id. 2140. o., 2140. o., 62. pont

⁸⁷ Id. 2134-35. o. (idézi Gary ~~and~~ Original Meaning, 88 Va. L. Rev. 327, 333 (2002)).

Észak-amerikai jogászok jogalkotási delegációk jogszerűségén? Ezen a fronton az eredetvédők két, az angol-amerikai jogi kultúrára vonatkozó leíró állítással igyekeznek alátámasztani a nem-szöveges nem-átruházási doktrínájukat. Először is, azt állítják, hogy mindenki megértette, hogy a törvényhozói hatalmat nem lehet delegálni. Másodszor, azt állítják, hogy mindenki megértette, hogy a kényszerítő és általánosan alkalmazandó szabályok megfogalmazása nem minősül a végrehajtó hatalom gyakorlásának.

Egyik állítást sem. Éppen ellenkezőleg, mindkettőt cáfolja az összes általunk ismert, ratifikáció előtti bizonyíték. Ami az elsőt illeti, a tizennyolcadik századi brit jog- és politikaelmélet úgy vélte, hogy a törvényhozói hatalom egyszerűen a tekintélyelvű utasítások kiadására való felhatalmazást jelenti - és egyetértettek abban, hogy ezt a hatalmat átruházhatja az, aki éppen birtokolja (bár egyes politikai teoretikusok úgy vélték, hogy nem lehet visszavonhatatlanul elidegeníteni). Ami a másodikat illeti, a tizennyolcadik századi jogi diskurzusban tökéletesen érthető lépés volt az átruházott szabályalkotási jogkör gyakorlását végrehajtó hatalomnak nevezni. Amint az alapítóknak a törvényhozásról és a diplomáciai szolgálatról szóló vitája mutatja, nem csupán mókás, hanem zavaros is ragaszkodni ahhoz, hogy bármely konkrét kormányzati aktust egyetlen és csak egyetlen hatalom gyakorlásának kell minősíteni.

A. Három forrás és egy gesztus még

Mielőtt rátérnénk a lényegre kezdjük egy szóval a módszerről. Bármi mást is lehetne mondani Gorsuch bíró *Gundy-ügyben* megfogalmazott különvéleményéről, még annak szerzője is elismeri, hogy a nem átruházás doktrína nem a pusztán alkotmányos szöveg logikailag megkövetelt következménye. Végtelen mennyiségű tinta folyt már le annak bemutatására, hogy az alkotmány szövege könnyen értelmezhető úgy, hogy megfeleljen annak a gyakorlatnak, hogy a végrehajtó hatalomra ruházzák a szabályok megalkotásának hatáskörét.⁸⁸

⁸⁸Lásd pl. John F. Manning, Powers as Ordinary Interpretation, 124 Harv. L. Rev. 1939, 2019 (2011) ("Még ha az így létrejövő ügynökségi rendelet úgy nézne is ki, mint egy jogszabály, és ugyanolyan jogi erővel bírna, mint egy jogszabály, az alkotmány szövegében semmi sem kényszeríti ki azt a következtetést, hogy az ügynökség ezáltal átruházott 'jogalkotói hatalmat' gyakorol."); Thomas Merrill, Rethinking Article I, Section 1, 104 Colum. L. Rev. 2097 (2004) (azzal érvelve, hogy a Necessary and Proper Clause megengedi a jogalkotási hatáskör átruházását "annak érdekében, hogy 'carry[] into Execution' the enumerated powers granted to Congress"); Eric A. Posner & Adrian Vermeule,

A történeti lépés tehát az eredetiséggel kapcsolatos érvelés nélkül a doktrína védelmezői olyan ambiciózus szöveges érvekre szorulnak, amelyek önmagukban nem meggyőzőek, és amelyek egyáltalán nem állnak összhangban az Egyesült Államok két évszázados bevett gyakorlatával.⁸⁹ Ezzel a szöveggel hihetően fel tudnak oldani minden szövegbeli kétértelműséget azzal, hogy azt állítják, hogy az Alkotmány továbbra is az eredeti értelmezés szerint kötelez bennünket, bármennyire is eltért tőle a gyakorlatunk.

Az eredeti, nyilvános jelentése azonban nem lehet titkos vagy rejtett jelentés. Ahhoz, hogy az eredetvédők érvelése helytálló legyen, a történelmi bizonyítékoknak azt kellene mutatniuk, hogy az alapításkor a legtöbb ember úgy értelmezte volna az alkotmányt, hogy az megakadályozza a túl sok vagy rossz hatalom átruházását. Minél kidolgozottabb az átruházás tilalmáról szóló doktrína azon változata, amelyet az eredetvédők védeni szándékoznak, annál jobb minőségű bizonyítékokra van szükség. Ha a doktrína csak azokra az átruházásokra vonatkozik, amelyek felhatalmazzák a végrehajtó hatalmat arra, hogy magánszemélyeket kötelező szabályokat alkosson, de nem vonatkozik azokra, amelyek "bizonyos nem jogalkotási feladatokat" ruháznak a végrehajtó hatalomra,⁹⁰ akkor bizonyítani kell, hogy az alapítók így vették fel a világot. A bizonyítéknak még erősebbnek kell lennie, ha a szövetségi bíróságok a doktrínát a kongresszusi törvények érvénytelenítésének eszközeként kívánják használni.

Az eredetiségvédők számára ez a ~~szó~~ lehet ellentmondásos. Gondoljunk csak az originalizmus védőszentjének szavaira:

[Hogy ellensúlyozzam a ~~szó~~seinket ért ~~szó~~add szóljak egy szót az ő dicséretükre: Szabadon hagyták nekünk a változást. Ugyanez nem mondható el erről a legliberálisabb Bíróságról, amely elindult azon az úton, hogy egymás után írja be a társadalom aktuális preferenciáit (és egyes esetekben csak az ellen-többségi

Interring the Nondelegation ~~szó~~. Chi. L. Rev. 1721, 1723 (2002) ("A végrehajtó hatalom törvényi felhatalmazása nem a jogalkotási hatáskör átruházása, hanem a jogalkotási hatáskör gyakorlása.")

⁸⁹ Lásd Jerry L. Mashaw, ~~szó~~Administrative Constitution (2012) (a közigazgatási állam létrejöttének és növekedésének dokumentálása az alapítástól kezdve).

⁹⁰ Gundy kontra Egyesült Államok, 139 S. Ct. ~~szó~~Gorsuch, J., más véleményen).

a társadalom preferenciáit) az Alaptörvényünkbe.⁹¹

Az ehhez hasonló érzések liberálist is ha a híreszteléseknek hitelt lehet adni készítették, hogy a többséggel szembeni nehézséget a bevezető alkotmányjog pedagógiai témájaként állítsák a középpontba.⁹² Scalia bíró gyanakvása az állítólagos "szabadságjogokkal" szemben, amelyeket az Alkotmány és annak módosításai elmulasztanak megemlíteni" abból fakad, aminek egy egészséges adag bírói alázatból kellene fakadnia:

[Az alkotmány gyakorlata egy kilenc tagú, nem választott bizottság által, amelyet mindig a szabadság extravagáns dicsérete kísér, megfosztja a népet a legfontosabb szabadságtól, amelyet a Függetlenségi Nyilatkozatban megerősített és az 1776-os forradalomban elnyert: a szabadságtól, hogy saját magát kormányozza.⁹³

Sok olvasó számára azonnal világos lesz, hogy ez a kritika milyen következményekkel jár az át nem ruházhatósági De nem ártana még egy percet szánni ennek kifejtésére.

A párhuzam itt természetesen az "érdemi eljárásra" vonatkozik - pontosabban a nem felsorolt alkotmányos jogok létezésével és terjedelmével számoló doktrína vonalára. Az originalistákat a zavarba hozta a Bíróság hajlandósága arra, hogy a kétértelmű első elvekből szabadon vonjon le alkotmányos következtetéseket, és ezáltal felfedezzen - és máris! - olyan korlátozásokat a demokratikus folyamatokra vonatkozóan, amelyek történetesen éppen a bírák és politikai szövetségeseik politikai preferenciáival egyeznek meg. Reméljük, hogy miközben végiggondoljuk, hogy mit jelentene egy eredetiségelvű nem-átruházási doktrína levezetése a három Vesting Clause létezéséből, az eredetiségelvű olvasók elgondolkodnak azon, hogy mi zavarja őket leginkább *Griswold*, *Roe* és *Obergefell* kapcsán. És hogy ezután elgondolkodjanak azon, hogy vajon nyugodtan csatlakozhatnak-e egy olyan módszertanhoz, amelyet generációk óta a lehető legmegvetőbb nyelvezettel szidnak, amikor az anyagi jogi eljárásra alkalmazzák.

Tekintsük a ~~not~~ eljárás doktrínájának elődjét: *Griswold kontra Connecticut*. Egy jellegzetesen sikamlós véleményben a Douglas bíró, a Bíróság azzal érvelt, hogy a magánélet védelmét szolgáló számos alkotmányos rendelkezés

⁹¹ United States v. Virginia, 518 U.S. 67 (Scalia, J., más véleményen). Lásd még: Scalia, A Matter of Interpretation, Gorsuch, [friss könyv].

⁹² Kérem, ne mondja el a kollégáinknak.

⁹³ *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584

bizonyos körülmények között a magánélethez való jog önálló háttérjogosultságának bizonyítékai - amely a törvényjavaslat négy (vagy öt, attól függően, hogy hogyan számoljuk) konkrétabb rendelkezésének "penumbráiban és emanációiban" szerepel. A bíróság következtetése szerint nemcsak hogy létezett ilyen jog, hanem a fogamzástátlókhoz való hozzáférést is garantálta, függetlenül az ezzel ellentétes, demokratikusan elfogadott állami szabályoktól. Black bíró különvéleménye megteremtette az alapját azóta az anyagi jogi eljárás többé-kevésbé minden konzervatív (és különösen originalista) kritikájának:

A Bíróság úgy beszél a magánélethez való ~~is~~ mintha létezne olyan alkotmányos rendelkezés vagy rendelkezések, amelyek megtiltják, hogy valaha is olyan törvényt fogadjanak el, amely korlátozhatja az egyének "magánéletét". De nincs ilyen. Természetesen vannak garanciák bizonyos konkrét alkotmányos rendelkezésekben, amelyek részben a magánélet védelmét szolgálják bizonyos időpontokban és helyeken, bizonyos tevékenységek tekintetében. Ilyen például a negyedik módosítás "az indokolatlan házkutatás és lefoglalás" elleni garanciája. ...

Egy alkotmányosan garantált jog felhígításának vagy kiterjesztésének egyik ~~lehető~~ módja az, hogy az alkotmányos garancia döntő szavát vagy szavait egy másik, rugalmasabb vagy kevésbé rugalmas és többé vagy kevésbé korlátozott jelentésű szóval vagy szavakkal helyettesítik. A "magánélet" egy tág, elvont és kétértelmű fogalom, amely könnyen összezsugorítható, másrészt azonban könnyen értelmezhető úgy is, mint a házkutatáson és lefoglaláson kívüli sok más dolog elleni alkotmányos tilalom.⁹⁴

Stewart bíró különvéleménye ugyanebből a kendőből volt ~~kész~~ és felsorolta, hogy Connecticut fogamzástátló tilalma *nem* sérti azt, amit a magánélethez való jogról állítólagosan "kibocsátott" rendelkezések valójában *kimondtak*.⁹⁵

⁹⁴ Griswold kontra Connecticut, 381 U.S. 479 ~~is~~, más véleményen).

⁹⁵ Griswold v. Connecticut, 381 U.S. ~~is~~ Stewart, J., más véleményen) ("Még azt sem állították, hogy ez egy "a vallás intézményét tiszteletben tartó vagy annak szabad gyakorlását tiltó" törvény. És bizonyára, hacsak az alkotmánybíráskodás ünnepélyes eljárása nem süllyed le a szavakkal való játék szintjére, itt nem áll fenn "a szólás- vagy sajtószabadság, vagy a népnek a békés gyülekezéshez és a kormányhoz a sérelmek orvoslása érdekében benyújtott petícióhoz való joga" bármilyen korlátozásának kérdése.". Egyetlen katonát sem szállásoltak el egyetlen házban sem. Nem volt házkutatás, és nem volt lefoglalás. Senkit sem kényszerítettek arra, hogy tanúskodjon önmaga ellen.").

Az ~~h~~ amely rendelkezése teszi tehát érvénytelenné ezt az állami törvényt? A Bíróság szerint a magánélethez való jog, amelyet "több alapvető alkotmányos garancia terem". Minden tisztelem ellenére nem találok ilyen általános magánélethez való jogot sem a Bill of Rights-ban, sem az Alkotmány más részében, sem a Bíróság által valaha eldöntött ügyekben. ⁹⁶

~~H~~esújtó következményei teljes erővel vonatkoznak a hatalmi ágak szétválasztásának minden olyan joggyakorlatára, amely az alkotmányos struktúrát megelevenítő első elvekből agresszívan következtet a politikai folyamat keményen törvényesített korlátozásaira. ⁹⁷

A kérdés tehát az, hogy az ~~h~~ogyan tudja csökkenteni az alkotmányos szövegek félmondatainak terhes hallgatásaira vonatkozó szabadszellemtű következtetések kockázatát. Amikor a bírósági doktrínáról van szó a tisztességes eljárás kontextusában, az alapvető konzervatív követelmény az, hogy a *Washington kontra Glucksberg* ítélet követelményeinek minden olyan alkotmányos korlátozás esetében meg kell felelni, amelyet a szöveg nem állít pozitívan. ⁹⁸ *Glucksberg* egy olyan figyelmeztetéssel kezdte, amelytől azt várnánk, hogy a konzervatív nemdelegációs teoretikusok komolyabban megszívlelik:

Azzal, hogy az alkotmányos ~~h~~iterjesztjük egy állított jogra vagy szabadságérdekre, az ügyet nagymértékben a nyilvános vita és a jogalkotás színterén kívül helyezzük. Ezért "a lehető legnagyobb körültekintéssel kell eljárunk, amikor arra kérnek bennünket, hogy új

⁹⁶ *Griswold kontra Connecticut*, 381 U.S. 479 ~~h~~ más véleményen).

⁹⁷ Gyanítjuk, hogy John Manning ~~h~~ontra ~~h~~egészen szándékosan párhuzamba állítható ezekkel a *Griswoldban* megfogalmazott kritikákkal:

Az Alkotmány *nem* fogadja el a *hatalmi ágak szétválasztásának önálló ~~h~~* A hatalmi ágak szétválasztásának gondolata félreérthetetlenül az Alkotmány mögött áll, de azt nem fogadták el teljes egészében. Az Alkotmány nem tartalmazza a hatalmi ágak szétválasztásának klauzuláját.... Azzal, hogy a rendszerek érvénytelenítése azon az alapon történik, hogy azok sértik a szigorú szétválasztás önálló normáját, a formalisták alábecsülik az átruházási klauzulák meghatározatlanságát a Kongresszusnak a kormányzás alakítására vonatkozó, a szükséges és megfelelő klauzula szerinti hatásköréhez képest. Ezáltal a formalisták a dokumentum egyes részeinek olyan konkrét célt tulajdonítanak, amelyet a szöveg nem feltétlenül támaszt alá.

John Manning, *Separation of Powers ~~h~~nterpretation*, 124 Harv. L. Rev. 1939 (2011).

⁹⁸ *Washington kontra Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

földet ezen a területen", nehogy Due Process Clause által védett szabadságot finoman átalakítsák a Bíróság tagjainak politikai preferenciáivá.⁹⁹

Glucksberg követelményét, miszerint "az állított alapvető szabadságérdek legyen az alapja minden történeti vizsgálatnak", pontosan ez a félelem motiválta a *Griswold-stílusú* érveléstől, amely a puha, jóleső elvektől a demokratikus folyamat kemény jogi korlátainak kivonásáig vezet. A vélemény elzárkózott minden olyan megközelítéstől, amely "a személyes autonómia elvont fogalmaiból vezetné le [a jogokat]", és ehelyett "konkrét példák" bemutatását követelte meg, hogy az állami cselekvésre vonatkozó korlátozást olyan széles körben és konkrétan fogalmazták meg - és hajtották végre -, hogy az vitathatatlanul a hagyományaink alapját képezi.

Scalia bíró éppoly világosan fogalmazott ilyen bizonyítási teherrel kapcsolatban, mint amilyen világosan fogalmazott az egész kérdés demokratikus tétjével kapcsolatban. Bárki, aki valamilyen ellentöbbségi korlátozás meglétét állítja, viseli annak terhét, hogy bizonyítsa állításának egyértelmű történelmi alapját. Egy apai jogokkal kapcsolatos ügyben azt írta:

Sem a *Michael H. kontra Gerald D.* a régebbi ügyekben nem találtunk semmit, ami kifejezetten a természetes apa azon jogával foglalkozna, hogy szülői jogokat érvényesítsen egy nőnek egy másik férfival kötött házasságából született gyermeke felett. Mivel Michael feladata annak bizonyítása, hogy ez a hatalom (legalábbis abban az esetben, ha a természetes apa kapcsolatot létesített a gyermekkel) olyan mélyen beágyazódott hagyományainkba, hogy alapvető jognak minősül, a bizonyítékok hiánya önmagában is meghiúsíthatja az ügyét.¹⁰⁰

⁹⁹ Lásd még *Collins v. City of Harker Heights*, 503 U.S. 117 (1992) ("Általánosságban elmondható, hogy a Bíróság mindig is vonakodott az anyagi jogszerű eljárás fogalmának kiterjesztésétől, mivel a felelős döntéshozatalhoz szükséges iránymutatások ezen az ismeretlen területen szűkösek és nyíltak. A bírói önkorlátozás doktrínája megköveteli tőlünk, hogy a lehető legnagyobb óvatossággal járjunk el, amikor arra kérnek bennünket, hogy új utakat járjunk be ezen a területen.").

¹⁰⁰ *Michael H. kontra Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989) Scalia többségi véleménye szép példát szolgáltatott arra, hogy a *Glucksberg* hivatkozás mit értett a "konkrét" és "gondos" leírás alatt a pontosan érvényesített jogról: "Amit Michael itt érvényesít, az egy olyan jog, hogy magát nyilvánítsák természetes apává, és ezáltal szülői előjogokat szerezzen. Amit tehát nem azt kell bizonyítania, hogy társadalmunk hagyományosan lehetővé teszi a természetes apának az ő körülményei között, hogy megállapítsa

Scalia hangsúlyozta, hogy nem számít originalista ha a jog egyes kérdésekben való történelmi hallgatásából arra következtetünk, hogy azokat alkotmányosan szentségesnek kellett tekinteni. "Bizonyára [a] bizonyítékok hiánya" a szodómiával kapcsolatos büntetőeljárásokról - szorgalmazta - "nem támasztja alá azt a tételt, hogy a magánterületen, zárt ajtókkal és letakart ablakokkal folytatott, konszenzusos szodómiát "alapvető jognak" tekintették, még akkor sem, ha minden más, konszenzusos szodómiát kriminalizáltak".

Módszertani szempontból szigorú követelmények. Az alapítás azonban bizonyítékokban gazdag környezet. Az Alkotmány egy olyan rendkívüli intellektuális fellángolással teli időszakban született, amikor a politikai elmélet legokosabb elméi a népszuverenitás, az egyéni szabadság és az energikus kormányzás egymással versengő igényeit próbálták összeegyeztetni.¹⁰¹ Az alkotmányt a philadelphiai kongresszuson, a sajtóban és az államok ratifikáló konvencióiban széles körben vitatták. A vita az Alkotmány elfogadása után sem ért véget. Az alapítók megszállottan foglalkoztak az új alaptörvényükkel, és végtelenül sokat vitatkoztak rajta. A kongresszus első évtizedének jegyzőkönyvei például több mint tízezer oldalra rúgnak, és ezek figyelemre méltó része az alkotmány értelméről szóló vitákból áll.¹⁰² E viták némelyike a Kongresszus hatáskörével kapcsolatos alapvető kérdéseket vizsgálta és

apaságot, hanem hogy hagyományos szülői jogokat ilyen apának, vagy legalábbis hagyományosan nem tagadja meg azokat". Kifejezetten bírálta a *Griswold* érvelési módot, amely a nem átruházás elméletének középpontjában áll:

Nem értjük, hogy Nremmam bíró, miután a természetes apa jogaira vonatkozó társadalmi hagyományra való összpontosításunkat egy olyan gyermekkel szemben, akinek az anyja egy másik férfihoz ment férjhez, miért akar ehelyett a "szülői minőségre" összpontosítani. Miért ne lehetne a vonatkozó kategória még általánosabb - talán "családi kapcsolatok"; vagy "személyes kapcsolatok"; vagy akár "érzelmi kötődések általában"? Bár az ellenvéleménynek nincs alapja az általa választott általánossági szintre, nekünk van: Mi a legkonkrétabb szintre utalunk, amelyen az állított jogot védő vagy annak védelmét megtagadó releváns hagyomány azonosítható.

Id.

¹⁰¹ Lásd Gordon Wood, *The Radicalism of the Revolution* (1993).

¹⁰² David P. Currie, *Az alkotmány kongresszusban: A föderalista időszak: 1789- 1801*, 206. o. (1997) ("A kongresszus és a végrehajtó hatalom lélegzetelállítóan sokféle alkotmányos kérdést oldott meg, átható és provokatív alkotmányos érvek örökségét hagyta ránk, és kifinomult glosszáriumot dolgozott ki az alkotmányos rendelkezések egész sorának jelentéséről.").

a hatalmi ágak szétválasztása, mint például az Egyesült Államok Első Bankja, a kivonási jogkör és az elnök semlegesség kihirdetésében betöltött szerepe körüli viták. Más alkotmányos viták pikánsak voltak, a bizarr határát súrolták. De mindenütt jelen voltak.

Az alapítók ezeket az nemcsak elvi alapon, hanem politikai prioritásaik szolgálatában is felhasználták. Alapításkori politika pedig pusztán kézzel és intenzíven zajlott. 1791-re a föderalisták és a republikánusok jól megkülönböztethető politikai pártokra szakadtak, amelyeknek az országgal kapcsolatos elképzelései élesen eltértek egymástól. Mindegyikük az országot fenyegető egzisztenciális veszélyt látott a másikban, a republikánusok a föderalistákat kriptomonarchistáknak, a föderalisták pedig a republikánusokat jakobinusoknak tekintették, akik újabb véres forradalmat robbanthatnak ki. Ilyen magas tét mellett a politikai döntéshozók nem haboztak ambiciózus és újszerű alkotmányos érveket felsorakoztatni politikai céljaik érdekében. "Ennek az országnak az alkotmánya" - jegyezte meg egy föderalista - "minden alkalommal buktatóként jelenik meg a Ház vitáiban, és ahelyett, hogy biztonságos magatartási szabályt alkotna, pusztán pókhálónak bizonyul - a politikai maximák pusztán zsargonjának, és szinte minden vitában szofizmusok alapját képezi."¹⁰³ Felejtsük el a széles körben osztott felfogást mint az alkotmányos korlátozások alapfeltételét; a politikusokat minden ösztönzés arra ösztönözte, hogy egyszerűen kitaláljanak dolgokat, és a dokumentumba mint minden jó és helyes garanciájába burkolózzanak.

Ha tehát a nem átruházás doktrína az említett dokumentum homályosan hihető olvasata, nem is beszélve arról, hogy az alkotmányos rend központi szabálya, ahogyan azt az ellentöbbségi legitimitással kapcsolatos alapvető originalista beszámolók megkövetelik -, akkor az eredetvédőknek konkrét bizonyítékokat kellene tudniuk felmutatni a létezésére vonatkozóan. Az alapítók ugyanolyan egyértelműen nyilatkoztak volna a doktrínáról, mint az alkotmány jelentésének más aspektusairól, különösen az olyan politikák ellenében, amelyekről úgy vélték, hogy hozzájárulhatnak az új köztársaság pusztulásához. Nem kellene következtetéseket levonni a korai jogalkotás (vitatható) első elveiből és (vitatható) mintáiból. Itt a bizonyítékok hiánya valóban a hiány bizonyítéka. Önmagában ez a hiány nem feltétlenül meggyőző. Ennek leküzdéséhez azonban az eredetvédőknek meg kell magyarázniuk, hogy miért illeszkedik jobban a történeti feljegyzésekhez egy olyan nem átruházási doktrína létezésére való következtetés, amelyet valójában soha nem vitattak meg, mint a "nem átruházási doktrína".

egyszerű következtetés, hogy az alapításkor nem ~~h~~em átruházás doktrínája.

B. A jogalkotási ~~h~~átruházható [Bevezető

bekezdés]

1. *A törvényhozói delegációk elmélete 1789 előtt*

Bár maga az Alkotmány ~~h~~ nem átruházás doktrínájáról, az Alkotmány átruházási záradékai a végrehajtó, a törvényhozó és a bírói hatalmat a három ág között osztják fel, amelyek mindegyike külön választási vagy kinevezési mechanizmusokkal rendelkezik. Az alapítók azért osztották fel a hatalmat ilyen módon, mert mind saját tapasztalataik, mind a korszak legjobb politikatudományi eredményei komoly aggodalmakat hagytak bennük a kormányzati hatalom túlzott összevonásával kapcsolatban.

Mindez közös alapokon nyugszik. Az ~~h~~édelmezői azonban ennél tovább mennek. Jellemzően azt állítják, ahogyan Gorsuch bíró is tette *Gundy* különvéleményében, hogy "az alkotmányozók úgy értelmezték" a jogalkotói hatalmat, hogy az "a magánszemélyek jövőbeli cselekvéseire vonatkozó, általánosan alkalmazandó magatartási szabályok elfogadására vonatkozó hatalmat jelenti".¹⁰⁴ És jellemzően azt állítják, hogy e hatalomnak a Kongresszusra történő pozitív megadása szükségszerűen azt jelenti, hogy az Alkotmány kategorikusan tiltja annak más ágakra történő átruházását - bár szerintük a Kongresszus megkérheti ezeket az ágakat, hogy "töltsék ki a részleteket", amíg "a Kongresszus hozza meg a politikai döntéseket".¹⁰⁵ A kongresszusnak nincs joga a politikai döntések meghozatalára.

Mindkét állítás téves. Először ~~h~~ az alkotók *nem* gondolták, hogy a jogalkotó hatalomnak "a magánszemélyek jövőbeli cselekvéseire vonatkozó, általánosan alkalmazandó magatartási szabályok" kihirdetését kell magában foglalnia. E meghatározás furcsán pontos szemcsézettsége miatt csak vakargatnák a fejüket. A jogalkotói hatalom szokásos értelmezése sokkal egyszerűbb és sokkal pragmatikusabb volt. Ahogy Montesquieu kifejtette, a

¹⁰⁴ *Gundy* kontra Egyesült Államok, 139 S.Ct. ~~h~~ (2019).

¹⁰⁵ *Gundy* kontra Egyesült Államok, 139 S.Ct. ~~h~~ (2019). Gary Lawson talán ennek a nézetnek a leglelkesebb híve. Lásd Gary Lawson, *Delegation and Original Meaning*, 88 Va. L. Rev. 327 (2002); lásd még Larry Alexander & Saikrishna Prakash, *Delegation Really Running Riot*, 93 Va. L. Rev. 1035 (2007).

a törvényhozó hatalom "nem volt több, ~~hanz~~ állam általános akarata"¹⁰⁶, amit leggyakrabban az emberi elmével való analógiával magyaráznak, mint Rousseau klasszikus, kiterjesztett metaforájában:

Minden szabad ~~két~~ ok együttes jelenléte hoz létre; az egyik erkölcsi, azaz a cselekvést meghatározó akarat; a másik fizikai, azaz a cselekvést végrehajtó erő. Amikor egy tárgy felé megyek, először is szükséges, hogy akarok odamenni, másodszor pedig az, hogy a lábam vigyen. Ha egy béna akarja, hogy fusson, és egy aktív ember nem akarja, mindketten ott maradnak, ahol vannak. A politikai testnek ugyanilyen mozgatórugói vannak; itt is megkülönböztetjük az erőt és az akaratot, az akaratot a törvényhozó hatalom, az erőt pedig a végrehajtó hatalom néven.¹⁰⁷

A jogalkotói hatáskör nem csak - ahogyan ~~és~~ a magánszemélyek számára általánosan alkalmazandó kötelező erejű szabályok megalkotására vonatkozó hatáskör. Egyszerűen "az volt, amelynek joga van arra, hogy irányítsa, hogyan kell a közvagyon erejét a közösség és annak tagjai megőrzésére felhasználni".¹⁰⁸ E hatalom tekintélyelvű gyakorlása pedig azon keresztül valósult meg, hogy birtokosa "joga van ... törvényeket ... alkotni", hogy ezt az irányt megfogalmazza.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Montesquieu 11. könyv, 6. fejezet ("~~két~~ hatalmat inkább a magisztrátusoknak vagy az állandó testületeknek lehet adni, mert azokat nem gyakorolják egyetlen magánszemélyen sem; az egyik nem más, mint az állam általános akarata, a másik pedig ennek az általános akaratnak a végrehajtása").

¹⁰⁷ Rousseau, Társadalmi szerződés, 3. könyv, ~~1~~ fejezet

¹⁰⁸ Locke Második értekezés, 143. s ~~kor~~ábbi természetjog megköveteli, hogy ezt a hatalmat állandó törvények, ne pedig önkényes rendeletek útján gyakorolják). Lásd még pl. Rutherford, Institutes 280 ("a törvényhozó hatalom, amelyet úgy tekintenek, mint a politikai test közös megértését vagy közös értelmét, hogy meghatározza és irányítsa, mit kell tenni"); Hobbes, Leviatán 133 ("A Sovereignhez tartozik tehát, hogy bíró legyen, és hogy előírja a jó és a rossz megkülönböztetésének szabályait: ezek a szabályok a törvények, és ezért benne van a törvényhozó hatalom").

¹⁰⁹ Blackstone 1. könyv, 2. fejezet ("a ~~nagy~~ a törvények alkotásának és végrehajtásának joga"); Federalist 23 ("Mi más a hatalom, mint egy dolog megtételének képessége vagy képessége?"). ... Mi más a törvényhozó hatalom, mint a törvényhozás hatalma?"); Vattel, III. fejezet, 34. szakasz ("törvényeket alkotni mind a kormányzás módjára, mind a polgárok magatartására vonatkozóan: ezt nevezik törvényhozó hatalomnak"); Montesquieu, 11. könyv, 6. fejezet ("A [törvényhozó hatalom] alapján a fejedelem vagy a magisztrátus ideiglenes vagy örökös törvényeket hoz, és módosítja a törvényeket..."); Montesquieu, 11. könyv, 6. fejezet ("A [törvényhozó hatalom] alapján a fejedelem vagy a magisztrátus ideiglenes vagy örökös törvényeket hoz, és módosítja a törvényeket...").

Ízt a jogalkotási hatáskört. Általában véve a XVIII. századi jogi keret azt feltételezte, hogy az illetékes személyek és intézmények átruházhatják hatáskörüket ügynökökre, és hogy ezek az ügynökök gyakorolják ezeket a hatásköröket az eredeti megbízó nevében és végső soron annak felügyelete alatt.¹¹⁰ Az átruházás bármilyen korlátozása kivétel lenne a norma alól, és annak bevezetéséhez valamilyen indoklásra lenne szükség.¹¹¹ Mivel az Alkotmány maga nem mondja ki, hogy a törvényhozói hatalmat nem lehet delegálni, az eredetvédők megpróbálták tizennyolcadik századi jogi és politikai teoretikusokat toborozni támogatásért.

De ezek az elméletalkotók valójában állítást. Az alapításkor a hagyományos bölcsesség szerint "minden törvényes hatalom, a törvényhozó és a végrehajtó hatalom, a néptől származik".¹¹² Az alapítók számára, más szóval, a kormány pusztá létezése azt jelentette, hogy az "eredeti törvényhozó hatalmat" már átruházta.¹¹³ James Wilson vázolta fel a szokásos történetet:

vagy hatályon kívül helyezi a De Lolme ("a törvényhozó hatalom egyedül a Parlamenté, azaz a törvények megalkotásának, hatályon kívül helyezésének, megváltoztatásának vagy magyarázatának hatalma"). Vö. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, vol 2, ch 24, sec. 1237 ("What is a legislative power, but power of making laws?").

¹¹⁰ Csak néhány példa, Blackstone, *Commentaries*, Ch. 16 ("[T]he father ... may also delegate part of his parent authority, during his life, to the tutor or schoolmaster of his child, who is then in loco parentis.")).

¹¹¹ Rutherford, *Institutes* 2. fejezet, 9. ("Egyes jogaink elidegeníthetők, mások elidegeníthetetlenek. Azok a jogok elidegeníthetők, amelyeknek a törvény nem tiltja, hogy megváljunk tőlük. Csak azok elidegeníthetetlenek, amelyeket a törvénnyel összhangban nem oszthatunk meg."). Vö. Matthew Hale, *Selden* 180. ("Ezért a király ítélkezési jogkörét e két fogalom szerint fogjuk vizsgálni, nevezetesen: (1) Mely ítélkezési vagy döntési pontokat ő maga személyesen hajthatja végre. (2) Milyen módon ruházhatja át a joghatóság gyakorlását").

¹¹² Burgh, *Disquisitions*, 1. kötet ("A kormányold visszavert fényéhez hasonlítható; mert azt csak a nép szándéka kölcsönzi, delegálja és korlátozza, akinek ez a nép szándéka, és akinek a kormányzók felelősnek tekintik magukat, míg a nép csak Istennek tartozik felelősséggel.").

¹¹³ Rutherford, *Institutes* ("Van eredeti törvényhozó hatalom minden polgári társadalomban; de a pusztá egyesülésein kívül szükség van még valamilyen további aktusra, mielőtt ez a hatalom természetes módon a társadalom bármelyik részének a többitől kizárólagos jogkörébe kerülhetne"). Lásd még pl., Hulme, *Historical Essay* ("Emiatt soha nem adták fel természetes szabadságukat, és nem delegálták a törvényhozás hatalmát senkire egy évnél hosszabb időre.").

Mindezeket a hatásköröket és jogokat egy számos és kiterjedt társadalomban nem lehet személyesen gyakorolni; de képviselő útján gyakorolhatók. E hatáskörök és jogok egyike a nemzet kormányzására vonatkozó törvények meghozatala. Ezt a hatalmat és jogot bizonyos időre, bizonyos feltételek mellett, bizonyos korlátozások mellett és bizonyos számú személyre lehet átruházni.

114

A kormányzásról szóló tehát kezdettől fogva értelmetlenné teszi azokat a lapos állításokat, amelyek szerint a törvényhozói hatalomban eredendően nem volt semmi olyan, ami nem delegálható. A nép egyszer már átruházta azt.

A nem átruházás híveinek tehát a nem átruházás elve mellett érvelniük. Az érvelés szerint, ha egyszer már átadták egy képviselőnek, akkor a jogalkotási hatáskör nem adható tovább. És valóban, néhány támogatója pontosan ilyen érvekkel kezdett el érvelni. Legalább két tudós a közelmúltban Robert Natelson kutatásaira építve irigylésre méltó magabiztossággal állította, hogy a bizalmi kötelezettségek XVIII. századi magánjoga bizonyítja, hogy az alkotmányos kormányzati hatalmat nem lehet újra átruházni. Ahogy Philip Hamburger kifejti az érvelést: "a delegálás fogalma valójában azt mutatja, hogy a kongresszus nem tudja továbbdelegálni a törvényhozói hatáskörét. Az ügynökjog szerint . [a]z eredeti delegálás ... implikálja a *potestas delegata non potest delegare-t*, azaz az átruházott hatalmat nem lehet tovább delegálni"¹¹⁵.

Nehéz lenne túlhangsúlyozni ennek az állításnak Először is, az egész analógiás érvelés azon a tételen alapul, hogy a *non potest delegare* a tizennyolcadik századi magánjog jól ismert és vitathatatlan tétele volt. Egy olyan érv esetében azonban, amelynek következményei a modern amerikai állam nagy részét lebontanák, még a *magánjogi* állítás forrása is megdöbbentően sovány. Natelson két tizennyolcadik századi jogi értekezést idéz Matthew Bacon és Charles Viner tollából, valamint három angol esetet 1755-ből, 1668-ból és 1613-ból.¹¹⁶ Gary Lawson

¹¹⁴ James Wilson, Előadások.

¹¹⁵ Philip Hamburger, *Is Administrative* 387. o. (2014)

¹¹⁶ Robert Natelson, *Különleges érdekű kiadások bírósági The General Welfare Clause and the Fiduciary Law of the Founders*, 11 *Tex. Rev. L. & Pol.* 239, 260-261 (idézi Matthew Bacon, *A New Abridgment of the Law* (5. kiadás, 1786);

és Gary Seidman a tizenkilencedik század első feléből származó **in** ügynökjogi értekezések hármását idézi.¹¹⁷ Philip Hamburger pedig egy 1889-es ügynökjogi értekezést és két 1831-es és 1850-es legfelsőbb bírósági ügyet idéz.¹¹⁸ Lehet, hogy itt csak az episztemikus szerénységünk beszél belőlünk, de azok, akik ilyen kevés forrásanyag alapján nagy horderejű kijelentéseket tesznek a vitathatatlan megértésről, jobban tennék, ha óvatosabbak lennének.¹¹⁹

Sőt, ezek a szerzők nulla bizonyítékot idéznek ~~de~~ releváns időszakban bárki bármikor is azt javasolta, hogy a magánjogi ügynökségi analógiának tájékoztatnia kellene (nemhogy irányítania) az alkotmányértelmezést. És itt gyónni fogunk. Amikor e cikk első tervezetét közzétették, felszólítottak bennünket, hogy "még csak meg sem említünk egy fontos alapító korszakbeli kánont, amely közvetlenül erre vonatkozik": Delegata potestas non potest delegari ... néha úgy fejezik ki, hogy Delegatus non potest delegare.¹²⁰ Egy fontos alkotmányos kánon, amellyel az eredeti forrásanyagokban végzett többéves kimerítő kutatásunk során nem találkoztunk? Uh oh. Rosszul hangzik! Talán még kínos is! Tehát utánanéztünk. Íme, hányszor fordul elő e megfogalmazások bármely változata a kontinentális kongresszus kereshető feljegyzéseiben: nulla. Itt van, hogy hányszor fordul elő az alkotmány megszövegezésének és ratifikálásának kereshető levéltári anyagaiban: nulla.

Charles Viner, *A General Abridgment and Equity* (2d ed. London 1791); és három angol eset). [*to do - fejlesztette-e valaha is tovább ezt az állítást nyomtatásban?*].

¹¹⁷ Gary Lawson & Gary Seidman, "Egy ~~in~~ meghatalmazás": Understanding the Fiduciary Constitution 113-114 (2017) (idézve Bacon "A New Abridgement" című művét Samuel Livermore, *A Treatise on the Law of Principal and Agent and of Sales by Auction* (1818), James Kent, *Commentaries on American Law* (1827) és Joseph Story, *Commentaries on the Law of Agency, as a Branch of Commercial and Maritime Jurisprudence*) mellett).

¹¹⁸ Philip Hamburger, *Is Administrative* 186. o. (2014).

¹¹⁹ Vö. Richard Primus, *The Elephant* ~~in~~ Nem vagyok meggyőződve arról, hogy a meghatalmazásokra vonatkozó értelmezési szabályok eléggé megállapodtak, egységesek és megkülönböztetőek voltak ahhoz, hogy az Alkotmányra alkalmazva bármilyen megbízható jelentéskészletet hozzanak létre."). Mi sem, amigo.

¹²⁰ Robert Natelson, "Hogyan korrigáljuk a "nem átruházás" vita kontextusát" (Jan. 20, 2020), *a oldalon*. <https://originalismblog.typepad.com/the-originalism-blog/2020/01/how-to-correct-the-context-of-the-non-delegation-debateob-natelson.html>

Itt van, hogy hányszor szerepel a kongresszus (legalább) első tíz évének feljegyzéseiben: nulla. Az Egyesült Államok szövetségi és állami esetjelentéseiben az elvhez közelítő első említés? Csak 1794-ben.¹²¹ A probléma nem csak az, hogy ezek a szerzők "gyakorlatilag semmilyen bizonyítékot" nem *szolgáltattak* arra, hogy az analógia korabeli vívmányokkal rendelkezett. ¹²² Hanem az, hogy nincs ilyen bizonyíték, különösen nem az átruházott kormányzati hatáskör kérdését illetően.

Éppen ellenkezőleg, a XVII. századi gondolkodók nem csak a kormányzati hatalom átruházásának logikáját, hanem szükségességét is magáévá tették. Természetesen ez volt a helyzet a végrehajtó hatalom esetében, mint Locke leírásában, amely szerint - amikor a végrehajtó hatalmat egyetlen személyre ruházzák - "ő a legfőbb végrehajtó, akiből minden alsóbb magisztrátus az összes alárendelt hatalmát, vagy legalábbis azok legnagyobb részét származtatja".¹²³ Ugyanez igaz volt a bírói hatalomra is, mint Blackstone megfigyelése, miszerint "királyaink az egész bírói hatalmat a különböző bíróságok bírásra ruházták át".¹²⁴ Ez az igazságszolgáltatásra is igaz volt.

Ha tehát mindhárom funkcionális ~~ha~~ rendszer már átruházta a nép, és ha a végrehajtó és a bírói hatalmat is át lehetett ruházni, akkor miért lenne másképp a törvényhozói hatalom? A válasz az, hogy

¹²¹ Legalábbis ~~am~~ eddig találtunk. Lásd *Hughes v. Giles*, 2 N.C. 26 (1794) (egy ló vitatott tulajdonjogának megoldása egy hűtlen kezes által történt kettős eladást követően). Lásd még id. (határozottan nem támasztja alá az alkotmányos nem átruházás doktrínáját).

¹²² Richard Primus, *The Elephant* ~~in~~ Georgetown J. L. & Pub. Pol. 373, 373 (2019). Lásd még id. 382. o. ("[T]itt nincs arra utaló jel, hogy a kiterjedt szövetségi hatalom ellenzői a meghatalmazás keretét használták volna érveik előterjesztéséhez, Ha az az elképzelés, hogy az ~~in~~ meghatalmazásokra alkalmazandó korlátozó eszközökkel ~~értelmezni~~, 1788-ban általános volt, nehéz megmagyarázni, hogy a közvetlenül ezt követő években miért nem szólalt fel senki, aki a szövetségi hatalom korlátozó értelmezése mellett érvelt, hogy emlékeztesse az embereket erre a pontra.").

¹²³ Locke, *Második értekezés*, 13. fejezet, 151. §.

¹²⁴ Blackstone, *Commentaries*, 1. könyv, ~~Fejezet~~. ~~h~~ég pl. Coke, *Institutes* (a *Floyd v. Barker* ügyben tett megfigyelésről beszámolva, miszerint "mivel ő maga nem teheti meg minden emberrel szemben, hatalmát bírásra ruházza, akik a király esküjének őrzését és felügyeletét látják el"); 3 Blackstone, *Commentaries*, Ch. 4 ("Mivel ugyanis a parlament bárói alkotó tagjai voltak ennek a bíróságnak; a fennmaradó joghatóságát pedig más bíróságokra osztották ki, amelyek felett az e bárókat kísérő nagy tisztviselőket delegálták az elnökléssel.").

nem volt az. Éppen ellenkezőleg: az elvtől való eltérés híján törvényhozó hatalom ugyanúgy átruházható volt, mint a végrehajtó és a bírói hatalom.¹²⁵ A whig hős Algernon Sidney például megjegyezte, hogy míg a király "nem [nem] birtokolhatja magában a törvényhozó hatalmat", a törvényhozó hatalom dönthetett úgy, hogy átadja neki "azt a részt", amelyet "szükségszerűen neki kell ellátnia, ahogyan a törvény előírja".¹²⁶ És amikor a törvényhozói hatalmat ilyen átruházás alapján gyakorolták, annak határait az átruházás szélessége vagy konkrét volta határozta meg: ahogyan David Hume filozófus kifejtette, "minden miniszter vagy magisztrátus ... köteles a rá ruházott hatalmat az előírt módon gyakorolni".¹²⁷ A törvényhozói hatalom gyakorlásának határait pedig az átruházás szélessége vagy konkrét volta határozta meg.

Sok alapító kifejezetten megítélte a törvényhozói hatalmat ugyanúgy át lehet ruházni, mint bármely más hatalmat. Ahogy James Wilson kifejtette

¹²⁵ Valóban, vegyük észre, hogy a törvényhozói hatalom tényleges, definíciója képtelenné teszi azokat az állításokat, amelyek szerint az átruházás tilalmának doktrínája egyszerűen a törvényhozói hatalom azonosításából, majd annak átruházásának megtiltásából állna. Ha a törvényhozói hatalom egyszerűen a felhatalmazó utasítások kiadására vonatkozó hatalom volt (márpedig az volt), akkor egyszerűen nem lehetséges, hogy az bármilyen formában kategorikusan nem volt átruházható. Tudomásunk szerint ilyen radikális állítást még soha egyetlen nem átruházható hatáskör híve sem tett - és jó okkal.

¹²⁶ Sidney, *Discourses on Liberty*, 46. szakasz. Lásd még *Moral Political and Literary*, XIV. esszé (a primitív kormányzati rendszereket írja le, amelyekben "az uralkodó, mivel lehetetlennek találja, hogy saját személyében, minden helyen, minden uralkodói tisztséget ellásson, kénytelen a hatalmát alacsonyabb rangú előljárókra ruházni"); Blackstone, *Commentaries*, 1. könyv, 7. fejezet ("A pápisták lefegyverzésére vonatkozó proklamáció is kötelező, mivel csak annak végrehajtását szolgálja, amit a törvényhozás először elrendelt: De a pápisták fegyverletételének engedélyezéséről vagy a protestáns alattvalók lefegyverzéséről szóló proklamáció nem kötelező; mert az előbbi a kiosztó hatalom, az utóbbi a törvényhozó hatalom gyakorlását jelentené; bármelyiknek egyetlen személyre való ruházása Anglia törvényei számára teljesen idegen."). Vö. Pufendorf, *Elements of Jurisprudence* 140 ("a legfőbb szuverén a törvényt vagy saját hangján, vagy az általa megbízottak közvetítésével hirdeti ki").

¹²⁷ Hume, *Essays Moral Political and Literary*, Esszé "civilizált monarchia" Ezért tiltakozott olyan hevesen az ellen, hogy a parlament hírhedten nyitott végű, teljes körű hatalmat adott VIII. Henriknek - nemcsak azért, mert "a király kiáltványának ugyanolyan erőt adtak, mint egy parlament által hozott törvénynek", hanem azért is, mert "úgy fogalmazták meg ezt a törvényt, mintha csak deklaratív lenne, és a királyi hatalom természetes terjedelmét akarták volna megmagyarázni". Hume, *3 History of England* 265-267 (Wilhelm Wilhelm Friedrich Hegel kiragadva).

röviddel a ratifikálás után,

[A képviselő a nép és azok közötti ~~h~~ükre a nép a közügyek intézéséhez szükséges, átruházott hatáskörök gyakorlásának fontos feladatát bízta. *Ez a lánc állhat egy vagy több láncszemből is; de mindig kellően erősnek és érzékelhetőnek kell lennie.* ¹²⁸

Más amerikaiak szintén ~~h~~ették, hogy az ilyen átruházások jogilag érvényesek. Az 1760-as évek növekvő alkotmányos patthelyzetében például Aequus pamfletíró azzal érvelt, hogy "[a]z Anglia által a gyarmatokra "a törvényhozó hatalom átruházását" az adott körülmények között úgy kell tekinteni, "mint ami kizár minden parlamenti részvételt a törvényhozás megfelelő tárgyaiban." ¹²⁹ És természetesen a Kontinentális Kongresszus csak azért rendelkezett törvényhozó hatalommal, mert a több állam átruházta rá ezt a hatalmat. ¹³⁰ Bár lehet, hogy nem mindig bölcs dolog, ha a törvényhozás átruházza a törvényhozási jogkörét, Benjamin Franklin megjegyezte, "bizonyos esetekben bizonyosan megteheti". ¹³¹ És így

¹²⁸ Wilson, *Collected Works* 1. kötet (1726). Ezért értett egyet azzal, hogy "[m]iközben a parlament a törvényhozói hatalmat VIII. Henrikre ruházta át, az átruházó törvényt a kifejezés szigorú értelmében nem lehetett alkotmányellenesnek nevezni". Wilson, *Beszéd a pennsylvaniai ratifikációs konvencióban* (Lloyd jegyzetek). Lásd még *id.* ('s notes) ("So that when that body was so low and treacherous to the rights of the people as to transfer the legislative authority to Henry VIII, his exercise that authority by proclamations and edicts could not be called in strictly speaking to be onstitutional."); Blackstone ("Indeed, by the statute 31 Hen. VIII. c. 8. c. törvényerejű rendelet értelmében a király proklamációi a parlament törvényeinek erejével bírtak; ez a törvény a legdespotikusabb zsarnokság bevezetésére volt kiszámítva, és végzetesnek bizonyult volna a királyság szabadsága számára, ha nem helyezik szerencsésen hatályon kívül utódja kisebbségében, körülbelül öt évvel később.").

¹²⁹ Aequus, *From the Craftsman* (1766) 64. o. ("~~H~~itak-e királyi chartákat ... amelyek átruházzák rájuk az előbb említett minősített törvényhozási jogkört?").

¹³⁰ Az állami delegációról a kontinentális kongresszus törvényhozó hatalmának forrásáról lásd *infra* & .

¹³¹ Franklin, *Dialogue Between X, Y, and Z*. The ~~17~~1755. december 18.) (a pennsylvaniai milícia törvényjavaslatról). A párbeszéd részben így hangzik:

Y. De lehet-e joga a ~~h~~ármilyen törvény ~~h~~truházni a törvényhozás hatáskörét másokra?

a deklaráltan törvényhozói hatáskörök átruházásait bíráló kommentátorok Edmund Burke brit politikus,¹³² Turgot francia államférfi (akinek megjegyzését a brit republikánus Richard Price helyeslően közölte)¹³³ és James Kent¹³⁴ amerikai jogász¹³⁴ példáját követve a dolog politikáját kritizálják, anélkül, hogy valaha is azt sugallták volna, hogy a törvényhozás számára megengedhetetlen, hogy "ezáltal a [végrehajtó hatalom] proklamációit a törvény erejével ruházza fel".¹³⁵ És hogy ne menjünk el túl könnyedén a vita lényege mellett - vagyis a törvényhozási delegálással szembeni mélyen gyökerező norma létezésének vel non -, legyünk teljesen egyértelműek: az összes, e politikai okokból kritizált törvényjavaslatot törvényként fogadták el. Ennyit a régóta fennálló angol-amerikai felfogásról.

2. A törvényhozói delegációk gyakorlata 1789 előtt

Az ismertetett elmélet a gyakorlatban is bőségesen tükröződött. Valóban, bárki, aki komoly időt tölt a vonalszintű történelmi

- X. Szerintem ~~akkor~~ bizonyos esetekben bizonyosan előfordulhat. A törvényhozás adhat, és gyakran ad is a társaságoknak felhatalmazást arra, hogy saját kormányzásuk érdekében törvényeket alkossanak. Ebben az esetben pedig a Parlament törvénye a hadsereg kormányzására vonatkozó haditörvények megalkotásának hatáskörét egyedül a királynak adja, és nem kétséges, hogy a Parlament érti a kormányzati jogokat.

¹³² Burke, *Speech on Mr. Fox's East India Bill* ("Az ~~brit~~ adóügyi igazgatás akkoriban egy kalkuttai bizottságot illetett meg..... [E]nek a bizottságnak nemcsak az összes alsóbbrendű, hanem - ami meglepni fogja a Házat - a legfelsőbb adóigazgatással kapcsolatos feladatokat is átruházták..... Az új rendszer szerint ezeket a feladatokat erre a bizottságra ruházzák át, amelynek csak az a feladata, hogy jóváhagyás céljából jelentést tegyen az eljárásukról.").

¹³³ Turgot to Price, reprinted in ~~From~~ *On the Importance of the American Revolution* ("Még a végrehajtó szervekre és a kormányzókra is átruházzák a hatalmat, hogy bizonyos alkalmakkor megtiltják bizonyos áruk kivitelét").

¹³⁴ [James Kent], *A Country Federalist*, ~~Poughkeepsie~~ *Journal*, DHRC (1787. dec. 19.) ("[A]z emberek még VIII. Henrik alatt is érzéketlenek voltak arra, hogy milyen fontos a hangjuk a parlamentben, és a Ház a legnyomorultabb rabszolgákból állt, akik egyetlen, a valaha feljegyzett legkülönlegesebb cselekedettel a király proklamációinak a törvény erejét adták").

¹³⁵ [James Kent], *A Country Federalist*, ~~Poughkeepsie~~ *Journal*, supra note.

anyagokat a delegálás, mint standard irányítási lépés pusztán elterjedtsége fogja szembesíteni.

A brit természetesen régóta bevett gyakorlata volt a jogalkotási hatáskör - vagy ahogyan manapság nevezik, a "másodlagos jogalkotás" - átruházása. A legszélesebb körű (és leghírhedtebb) ilyen átruházás egy 1539-es törvény volt, amelyben a parlament felhatalmazta a királyt, hogy "olyan büntetések és fájdalom mellett, amilyenek neki és nekik szükségesnek tűnnek, proklamációkat adjon ki, amelyeket úgy kell betartani, mintha a parlament törvénye alapján készültek volna".¹³⁶ Még a parlamenti szupremácia 1688 utáni években történt tényleges megteremtése után is folytatódott a jogalkotási hatáskör ilyen átruházása, "mivel a parlament felismerte annak kényelmét és szükségességét a háborúk, járványok és társadalmi változások közepette".¹³⁷ A XVI. századtól kezdve számos "kiemelkedő példája volt annak, hogy a parlament a XVI. századtól kezdve szabályalkotó hatalmat ruházott a közigazgatásra, amelyek nagy része az amerikai forradalom előtti időszakban történt. ¹³⁸ Így - az alapítók számára különösen fontos példaként - az önkormányzati hatóságok nyilvánvalónak tartották, hogy a gyarmati közgyűlések törvényhozó hatalma szükségszerűen valamilyen brit forrásból származó delegáción nyugszik. ¹³⁹

¹³⁶ Törvény arról, hogy király felsége által az ő tiszteletreméltó tanácsának tanácsával hozott proklamációkat úgy kell betartani és megtartani, mintha azok parlamenti törvénnyel készültek volna, 31. Henrik 8. c. 8 ("de ez nem sértheti senki örökségét, hivatalát, szabadságát, javát, ingóságát vagy életét", kivéve a be nem tartás büntetéseként). A "VIII. Henrik-klauzula" kifejezés a mai napig a brit alkotmányos diskurzusban szokásos szóhasználat.

¹³⁷ Robert C. Sarvis, *Legislative Power and the Two Conceptions of the Legislative Power*, 4 *Pierce L. Rev.* 317, 320 (2006). Lásd még pl. Cecil Carr; C. K. Allen.

¹³⁸ Craig, *Supra* note [] 19-27 kereskedelmi szabályozások, a környezetvédelmi jog, a jóléti juttatások és a jövedéki adó tekintetében a szabályalkotási hatáskör rendkívül széles körű átruházására).

¹³⁹ Az egyetlen valódi kérdés a szempontjából az volt, hogy a gyarmati hatóságok törvényhozási jogköre a parlament közvetett delegálásán alapult-e, vagy az "kizárólag ... a koronától kapott charta alapján [maradt] meg bennük". John Adams, *Novanglus* No. 7. (megjegyezve a Korona álláspontját, miszerint "a törvényhozó hatalom kizárólag [az előző királytól] kapott charta alapján van és marad bennük, hogy eljárjanak és törvényeket hozzanak"). A gyarmatosítók és az önkormányzati hatóságok közötti, a gyarmati törvényhozói hatalom "eredetiségéről" szóló vitáról bővebben,

A törvényhozó küldöttségek Észak-Amerikában is voltak a gyarmati és a függetlenséget követő állami kormányzásnak. A virginiai törvényhozás például "számos különleges hatáskört" ruházott át a kormányzóra és az államtanácsra, többek között "a csapatok és tengerészek toborzásának, kiképzésének, felszerelésének, ellátásának és felhasználásának irányítására", "a hamisítás és az alapvető hadianyagok elsajátításának korlátozására", "a nemzetközösség ólombányáinak, földhivatalának és haditengerészetének" felügyeletére, sőt "a tisztességes árak fenntartására" is.¹⁴⁰ Maryland ténylegesen átruházta a kisajátítási jogkörét az "Egyesült Államok kormányának állandó székhelyének" létrehozásáért felelős szövetségi biztosokra, ahol e jogkör használata "megfelelő és szükséges" volt "középületek felállításához és más közcélokra".¹⁴¹ De az összes állami delegáció közül a legdurvább az volt, hogy elfogadták a Konföderációs cikkelyeket, amelyek "kifejezetten átruházzák" a jogalkotási hatáskörök hatalmas körét az államokról a nemzeti kormányra.¹⁴² Ahogy Alexander Hamilton fogalmazott: "[a]z [New York-i] alkotmány megtiltja a törvényhozó hatalom átruházását az unióra", akkor a Konföderációs Cikkelyek által átruházott hatalmak széles köre "törvénytelen és alkotmányellenes, és vissza kellene állítani."¹⁴³ De nem tették, mert nem így történt.

Ezzel elérkeztünk a kontinentális meghatározta a legmarkánsabb

lásd pl. Reid, Greene, Bailyn.

¹⁴⁰ A szerkesztő megjegyzése, "Virginia Államtanács ülése, 1778. január 14.", Founders Online, Nemzeti Archives, a <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-01-02-0065> oldalon.

¹⁴¹ Törvény az Egyesült Államok középületeihez földterület lefoglalásáról, ha Maryland Laws Sess. 199, vol. 204, ch. 44 (1790. dec. 22.) ("a fent említett biztosok ... felhatalmazást kapnak és ezennel fel vannak hatalmazva, hogy utasítsák annak a megyének a seriffjét, amelyben az ilyen földterület fekszik [hogy hívjon össze esküdtszék a földterület értékének megállapítására]; és ezután az említett földterület tulajdonosai jogosultak lesznek az értékbecslésre; és az ilyen vizsgálat után az említett földterület örökre az Egyesült Államok tulajdonába kerül").

¹⁴² Cikk. Confed., art. II. cikke ("Megtartja szuverenitását, szabadságát és függetlenségét, valamint minden olyan hatalmat, joghatóságot és jogot, amelyet e szövetség nem ruházott át kifejezetten az Egyesült Államokra a kongresszusban").

¹⁴³ 4 Papers of Alexander Hamilton III. Syrett szerk., 1962) ("Ha ellenkezőleg, ezeket a hatásköröket szabályosan adták meg, akkor ebből az következik, hogy az alkotmány nem tiltja a törvényhozói hatalom megadását...").

nemzeti precedensek - és vödörszámra hatáskörök. ¹⁴⁴ A küldöttek folyamatosan kísérleteztek a bürokratikus mechanizmusokkal a szabályozási rendszerek kidolgozására olyan témákban, amelyek az egészségügyi szolgáltatások ^{nyújtásától}¹⁴⁵ a nemzeti postai szolgáltatáson ^{át}¹⁴⁶ a nemzeti számlák rendezéséig terjedtek. ¹⁴⁷ A nemzeti területek megszervezése még összetettebb bürokráciák létrehozására készített, még nyitottabb jogalkotási hatáskörökkel. Az illinois-i biztos például felhatalmazást kapott arra, hogy "rendeleteket" adjon ki a tulajdonjogoktól és az ingatlanszabályozástól kezdve az "igazságszolgáltatás harmóniájának és iparának" előmozdításáig terjedő témákban.¹⁴⁸ Az északnyugati

¹⁴⁴ A kontinentális bizottságok, testületek és tisztviselők zavarba ejtő sorával való lásd: Jillson & Wilson, *Congressional Dynamics: Structure, Coordination, and Choice in the First American Congress, 1774- 1789* (1994); Sanders, *Evolution of Executive Departments of the Continental Congress, 1774-1789* (1935); Sanders, *The Presidency of the Continental Congress, 1774-89: A Study in American Institutional History* (1930); Josh Chafetz, *Congress's Constitution: Legislative Authority and the Separation of Powers* 94- (2017). Néhány rövid jogtudományi feldolgozást lásd pl. , Jennifer L. Mascott, *Who Are 'Officers of the United States'?* , 70 Stan. L. Rev. 443, 477-478, 532, 535, 537-545 (2018) (a kontinentális kongresszus által a "tisztviselő" kifejezésnek a politika végrehajtásával megbízott tisztviselőkre való használatának felmérése); Bradley & Flaherty, *supra* note .

¹⁴⁵ 21 J. Cont. Cong. 1093, 1094 (1781. május 1.) [*megerősítve*] (létrehozta az Orvosi Tanácsot, és felhatalmazta, hogy "szabályokat dolgozzon ki és hajtson végre minden, az orvosi részleggel kapcsolatos dolgot", a főparancsnok vagy "egy különálló részleg" vezetőjének jóváhagyásával) (kiemelés hozzáadva).

¹⁴⁶ Rendelet az Amerikai Egyesült Államok postahivatalának szabályozásáról, 23 J. Cont. Cong. 670 (1782. október 18.) ("az Egyesült Államok postaigazgatója által és irányítása alatt az Egyesült Államok egész területén folyamatos postai összeköttetést kell létrehozni és fenntartani, amely kiterjed New Hampshire és Georgia államig és onnan, valamint az Egyesült Államok olyan más részeibe és azokból, amelyeket időről időre *szükségesnek ítélt*, vagy a Kongresszus elrendel") (kiemelés hozzáadva).

¹⁴⁷ Rendelet a rendezéséről, 13 Cont. Cong. 263-266 (1787. május 7.) (egy kétszintű bürokrácia létrehozása, amelynek feladata a nemzeti kormánynak és a nemzeti kormánynak járó adósságok átfogó elszámolásának összeállítás, értékelése és "*egységes és méltányos elvek alapján történő* végleges rendezése").

¹⁴⁸ 32 J. Cont. Cong. 266-270 (Május 7.) Az első "kötelessége" az volt, hogy "a [meglévő] településeket megfelelő körzetekre ossza", majd "amint lehet, összehívja az egyes települések lakóit", és ezután "magisztrátusokat" válasszon, akik helyi bíróként és területi törvényhozóként is működtek volna. Miután az alapvető kormányzati struktúra kialakult, a biztos feladata volt, hogy a következő intézkedéseket hozza

A rendelet hasonló követelt egy bürokratikus apparátust, amelynek élén egy kormányzó állt, aki nemcsak arra volt felhatalmazva, hogy elfogadjon a kerületre vonatkozó polgári és büntetőjogi törvényeket,¹⁴⁹ hanem arra is, hogy "megfelelő felosztást" végezzen a területen, "kijelölje a kerület azon részeit, amelyekben az indián jogcímek megszűntek", és hogy "minden megyében vagy településen olyan elöljárókat és más polgári tisztviselőket állítson fel, akiket szükségesnek talál a béke és a jó rend megőrzéséhez".¹⁵⁰ A kormányzónak nem volt joga a területet "megfelelően felosztani".

A mi álláspontunk nem az, hogy delegációk rínesés ötletek voltak. Bizonyára némelyikük csak a felelősség áthárítására szolgált, mint például a Párizsi Szerződés megkötésére vonatkozó hatáskör átruházása:

A kongresszus egy tárgyaláson a vélemények és érdekek sokféleségéből hogy a függetlenség és a szövetség igényein kívül más követeléseket határozzon meg. Ezért minden más követelés tekintetében mérlegelési jogkört kellett átruházni.¹⁵¹

De hokok is álltak az delegálások mögött, magától értetődő volt, hogy a Kongresszus hatalmas és nyílt végű szabályalkotási jogkört ruházhatott át képviselőire.¹⁵² Valójában az egyetlen jogi kihívás a

további végrehajtó kinevezése "az említett magisztrátusok nagyobb részének tanácsával és beleegyezésével".

¹⁴⁹ A törvények elfogadásához három területi bíró többségének volt szükség. Északnyugati rendelet, J. Cont. Cong., sec. 5 (1787. július 13.) ("A kormányzó és a bírák vagy többségük elfogadja és közzéteszi a körzetben az eredeti államok olyan büntető és polgári törvényeit, amelyek szükségesek és a körzet körülményeihez a legjobban illeszkednek, és időről időre jelentést tesz a Kongresszusnak: ezek a törvények a körzetben a közgyűlés megszervezéséig hatályban maradnak, hacsak a Kongresszus nem hagyja jóvá őket; de ezt követően a törvényhozás jogosult azokat úgy módosítani, ahogyan azt jónak látja").

¹⁵⁰ Northwest Ordinance, J. Cont. Cong. (1787.)

¹⁵¹ 23 J. Cont. Cong. 873 (1782. december 30.).

¹⁵² Annak egyik példjaként, hogy a különböző hstották a Kongresszusnak a törvényhozói hatáskör átruházására vonatkozó képességéről alkotott nézetét, tekintsük meg a "Hartfordban ülésű, az új-angliai államokból és N. Yorkból álló kongresszus" javaslatát, miszerint "az Egyesült Államok hadseregének főparancsnoka felhatalmazást és felhatalmazást kap, hogy olyan intézkedéseket hozzon, amelyeket megfelelőnek tart és a közszolgálat szükségessé tesz, hogy a különböző államokat a Kongresszus által az ellátásra vonatkozóan hozott vagy hozandó rendeletek pontos betartására készítse". John Witherspoon a

A IX. és X. cikkek kifejezetten megtiltották, hogy ezt a hatáskört a kongresszus szüneteiben üléselő bizottságra ruházzák át, és ehelyett megkövetelték, hogy az ilyen kérdéseket kizárólag "az Egyesült Államok összegyűlt kongresszusában kilenc állam szavazata döntse el".¹⁵⁴ Mint mindig, ahol a törvényhozói hatalom feltételezett átruházhatóságától való eltérésre volt szükség, azt meg is határozták.

Nem arról van szó, hogy a széles körű delegációk ~~h~~ggodalomra. Éppen ellenkezőleg, ahogy Madison hangsúlyozta, ez "kétségtelenül egy magas és

William Livingston, 16 Let. Del. 651 (1780. december 16.) (kiemelés hozzáadva) (a javaslatot politikai okokból bírálta).

¹⁵³ Művészetek. Megbízható. IX, X. 1783-ban, amikor pénzügyi válsággal ~~ke~~ amelyben "további [közhitelre történő] hitelfelvételek nélkülözhetetlenek voltak a közszolgálat leállításának megakadályozásához", Robert Morris pénzügyi felügyelő sürgősen kérte, hogy a Kongresszus ruházza át a pénzügyek feletti hatáskört egy olyan bizottságra, amely minden államból egy-egy tagból állt. 25 J. Cont. Cong. 848 (1783. január 8-10.) (megjegyezve, hogy "pénzügyeink" "3 és fél millió livre hiányzik a ténylegesen felvett számlákból"). Lásd még Robert Morris to Elias Boudinot, 7 Papers of Robert Morris 287 (1783. január 9.) (utalva "néhány fontos és bizalmas jellegű körülményre az Egyesült Államok pénzügyeivel kapcsolatban").

Morris javaslatát többféle okból is bírálták, többek között legalább egy személy is, aki "helytelennek ítélte, mivel a Kongresszus ezzel talán egy közölhetetlen hatalmat delegálna, és mindenesetre jóváhagyna egy intézkedést anélkül, hogy tudná, mi az; nem is beszélve a bizalmatlanságról, amelyet saját óvatosságával és hűségével szemben tanúsítana". 25 J. Cont. Cong. 848 (1783. január 8-10.). A kongresszus tehát ehelyett egy háromtagú bizottságot nevezett ki, amely csak arra volt felhatalmazva, hogy konzultáljon a szuperintendenssel, és jelentést tegyen. Id. A "nem közölhető hatáskörre" való hivatkozást még abban az évben tisztázták egy hasonló javaslat megvitatásakor, amelyről ismét azt mondták, hogy ellentmond annak a tételnek, hogy "a Congs. nem delegálhat a Comrs.-ra olyan követelések engedélyezésének hatáskörét, amelyekhez a Confedon. reqd. kilenc államot igényel". 25 J. Cont. Cong. 961 (1783. április 17.).

¹⁵⁴ Vö. Confed., art. IX. cikkét ~~K~~ongresszus szünetében üléselő bizottságot, amelyet 'Az Államok Bizottságának' neveznek, és amely minden állam egy-egy küldöttjéből áll" és az id. cikkét, X. cikkét ("feltéve, hogy az említett bizottságra nem ruházható át olyan hatáskör, amelynek gyakorlásához a Konföderációs cikkek szerint az Egyesült Államok Kongresszusában kilenc állam szavazata szükséges") az id. cikkével, Art. IX. cikke (amely előírja, hogy a Kongresszus "soha... nem bocsát ki törvényjavaslatokat, és nem vesz fel kölcsönt ..., hacsak kilenc állam nem járul hozzá").

fontos természetű", hogy a legfajta törvényhozói hatalmat" átruházzon.¹⁵⁵ De eddig csak két alkotmány előtti utalást láttunk a nem-átruházási szkepticizmus jogi regiszterben kifejezett megnyilvánulására. Mindkét esetben az ellenvetés kudarcot vallott.

Az egyszerűbb példa Burke 1777-es kritikája a javaslatról, hogy az államháztartási hatásköröket a Konföderációs cikkelyek révén a nemzeti kormányra ruházzák át:¹⁵⁶

Az ötödik szakaszban a pénzkölcsönzésre és a váltók kibocsátására hatalom korlátlan hatalmat jelent minden tulajdon felett. Ez egy tetszés szerinti adóztatási jogkör, és soha nem lehet a Kongresszusban, csak akkor, ha az államok különleges alkalmakkor adják meg neki..... Ha a törvényhozás átruházhatja az adóztatásra vonatkozó hatáskörét bárkire, akkor átruházhatja azt a végrehajtó magisztrátusra, és abszolutizálhatja őt, azáltal, hogy a közösség vagyona feletti hatalmat ad neki. Ha nem ruházhatják át rá, akkor nem ruházhatják át másra. Az átruházás mindenesetre azt a hatalmat ruházza át másokra, amelyet az [állami] alkotmány kizárólag a törvényhozó magisztrátusra ruház, és ugyanolyan alkotmányellenes, mintha a kormányzó vagy a bírák más személyeket helyettesítenének saját hatáskörüik gyakorlására, vagy mintha a közgyűlés helyetteseket nevezne ki a törvények meghozatalára, vagy felhatalmazná a kongresszusi küldötteket a törvények meghozatalára.

Burke nézete természetesen nem érvényesült a Konföderációs Cikkelyeket valójában elfogadták, az abban kifejezetten a nemzeti kormányra ruházott, egyértelműen törvényhozói hatáskörök széles körével együtt.

Vagy gondoljunk egy korábbi epizódra a közgyűlésben. 1764-ben,

¹⁵⁵ Gazette of the U.S. (1791. február 23.), Papers of James Madison 372.

¹⁵⁶ Nevezetesen Burke állítása azt sugallja, hogy az adómegállapítás és az államháztartás irányítására vonatkozó hatalommal kapcsolatban különleges át nem ruházhatósági elv alkalmazható. Ennek a nézetnek bizonyos körökben volt némi kitarása. Lásd pl. James Ronaldson Thomas Jeffersonnak (1809. március 20.) ("olyan erők voltak az előítéletek a kutyák megadóztatásával szemben, hogy néhány évvel ezelőtt Delaware megyében csak nehezen lehetett törvényt szerezni, és ... még az elfogadása után is találtak pereskedő személyeket, akik vitatták annak alkotmányosságát, mondván, hogy a "törvényhozásnak nincs joga arra, hogy bármely testületre átruházza az adók kivetésének hatáskörét"). De még ezt is vitatták. Lásd pl. Thomas Jefferson, Notes on Federalist Arguments in Congressional Debates, 30 Papers of Thomas Jefferson 471 (Aug. 3, 1798) (megjegyzi Robert Goodloe Harper véleményét, miszerint "the constn leaves the levying taxes to the discretion of Congress. therefore Congress may leave it to the discretion of the President").

az újonnan megválasztott Hosszasan tárgyalt egy sor "a legutóbbi országgyűlés által Őfelségéhez intézett, ... a kormányváltásért imádkozó petíciót".¹⁵⁷ Ezeket a petíciókat az előző törvényhozási ülészek alatt írták, és Richard Jacksonhoz, "Pennsylvania tartomány londoni ügyvédjéhez" továbbították, hogy "bizonyos korlátozások mellett a koronának nyújtsa be".¹⁵⁸ A téma nagy izgalmat váltott ki, és "jelentős vita alakult ki, amelyben a képviselők között nagy véleménykülönbség mutatkozott."¹⁵⁹ A Képviselőház elnöke, Isaac Norris különösen határozott nézeteket vallott:

mivel véleménye szerint a Hincs joga arra, hogy a kormány megváltoztatására vagy megváltoztatására vonatkozó hatáskörét bárkire vagy bárki másra átruházza, teljes mértékben meg akarta tiltani az ügynöknek, hogy az említett petíciókat a Ház erre vonatkozó további és kifejezett utasítása nélkül benyújtsa.¹⁶⁰

Nem világos, hogy ez galódi, modern értelemben vett átruházás-ellenes kihívás b vagy - mivel Norris a "kormány megváltoztatására" összpontosított - ez valójában a Locke-i elidegenedésellenes elv egy változata volt. Akárhogy is, Norris érvelését elutasították. A Képviselőház hivatalosan is megvizsgálta a javaslatát, amely megtiltotta volna az ügynöknek, hogy petíciókat nyújtson be, és 20-12 arányban elutasították.¹⁶¹

Mit HNorris házelnök? Nos, másnap reggel nem ment be dolgozni.¹⁶² Később kiderült, hogy lemondott.¹⁶³

¹⁵⁷ 7 Votes & Proceedings of House of Hf Pennsylvania 5682 (1764. október 19.).

¹⁵⁸ Id. 5678., 5682. o.

¹⁵⁹ Id. 5682.

¹⁶⁰ Id. 5683.

¹⁶¹ Id. (megjegyezve, hogy a kérdést Küldjünk-e Hügynökünknek, hogy ne nyújtsa be az említett petíciókat a koronának, amíg nem kap további utasítást e célból a Parlamenttől", az előző kérdés felvetésével "nemlegesen fogadták el").

¹⁶² Id. 5684.

¹⁶³ Id. 5685-86.

3. Az idegenellenesség elvének alkalmi utalásai

Az alapítás korabeli bizonyítékok tehát távolról sem tükrözik azt az ~~és~~ ~~h~~ hogy a törvényhozói hatalmat nem lehet átruházni, hanem éppen az ellenkezőjére utalnak. Ez azonban nem feltétlenül jelentette azt, hogy mindenki egyetértett azzal, hogy a törvényhozók korlátlanul rendelkezhetnek a szabályalkotási hatáskörrel. Az írók egy kis maroknyi csoportja egy konkrét korlátozás mellett érvelt, bár ez a modern nem-átruházási doktrínától eltérő jellegű. Az e nézetet vallók szerint tilos volt, hogy a törvényhozók a törvényhozói hatalmat *tartósan elidegenítsék*, visszavételi vagy ellenőrzési jog nélkül.

~~Id~~egyenellenes elvnek a legismertebb ~~h~~valószínűleg John Locke Második értekezése a kormányzásról című művének 141. szakasza:

A törvényhozás nem *ruházhatja át* a törvényhozás ~~h~~ más kezekbe: mivel ez nem más, mint a nép által *delegált* hatalom, az, aki rendelkezik vele, nem ruházhatja át másokra. Egyedül a nép határozhatja meg a nemzetközösség formáját, mégpedig azáltal, hogy megalkotja a törvényhozást, és kijelöli, kinek a kezében legyen az. És ha a nép azt mondta: alávétjük magunkat a szabályoknak, és az ilyen emberek által és ilyen formában hozott törvények által fogunk kormányozni, akkor senki más nem mondhatja, hogy más emberek hozzanak törvényeket helyettük; és a népet nem köthetik más törvények, csak olyanok, amelyeket azok hoztak, akiket ők választottak meg, és akiket felhatalmazott, hogy törvényeket hozzanak helyettük. Mivel a törvényhozás hatalma a néptől pozitív önkéntes adomány és intézmény útján származik, nem lehet más, mint amit ez a pozitív adomány tartalmazott, és mivel csak törvényeket hozhat, törvényhozókat nem, a törvényhozónak nem lehet hatalma arra, hogy a törvényhozás hatáskörét *átruházza*, és más kezekbe helyezze.¹⁶⁴

A *Gundy-féle* különvélemény jellemző a ~~h~~zt a passzust a modern nem átruházás elvének jóváhagyásaként értelmezi.¹⁶⁵ De mivel a kontraszt

¹⁶⁴ Locke, *Második értekezés*, 141. szakasz ~~h~~ Lásd még 142. szakasz ("A törvényhozásnak nem kell és nem is lehet a törvényhozás hatalmát másra átruházni, vagy máshová helyezni, mint ahová a nép.").

¹⁶⁵ Ide beillesztenénk egy sor idézetet Locke ~~h~~ ezek egy kicsit görcsösek: És még ha az ellenvéleményt megfogalmazók helyesen is értelmeznék Locke-ot, akkor is fel kellene ajánlaniuk valamilyen elméletet, amely alapján egy tizenhetedik századi angol politikai értekezés egy bekezdése felülmúlja a tizennyolcadik századi Amerika elméletét és gyakorlatát. *Lásd* Richard Primus, "John Locke, Justice Gorsuch, and Gundy v. United States,"

141. szakasz legelső mondatában azt sugallja, hogy az "átruházás" és az "átruházás" különböző dolgokat jelent. Locke az "átruházást" következetesen a XVII. századi szokásos tulajdonjogi értelemben, a végleges elidegenítés értelmében használja.¹⁶⁶ Ezzel szemben a "delegálást" olyan hatáskörökkel kapcsolatban használja, amelyeket az átruházó megbízó felügyelhet és egy bizonyos ponton újra birtokba vehet.¹⁶⁷ Az előbbi pont tekintetében Locke összhangban volt Hobbesszal, aki úgy határozza meg egy ember jogának "átruházását", mint "devest[ing] himselfe of divesting himselfe of hindring another of the benefit of his own Right", ami egyenértékű a "lay[ing] down", "renouncing" vagy "lay[ing] aside" kifejezéssel."¹⁶⁸ És mindkét tekintetben Locke nézetét támogatta Pufendorf, aki később megjegyezte, hogy még ha egyes hatalmak "nem is ruházhatók át tőlünk másra", mégis "átruházhatók másokra, hogy gyakorolják, oly módon azonban, hogy minden hatalmuk azoktól származik, akikben a hatalom gyökerezik és nyugszik"¹⁶⁹.

A *Gundy* ~~küldötty~~ helyebb forrása azonban az, hogy nem sikerült

Balkinization, ~~h~~orsch-and-gundy-v.html.

¹⁶⁶ Pl. Two Treatises, 88. szakasz (Itt joggal merülhet fel a kérdés, hogy a gyermekek hogyan jutnak e joghoz, hogy szüleik halála után minden más előtt birtokolják szüleik vagyonát?). Mert mivel ez személyesen a szülőké, amikor meghalnak, anélkül, hogy jogukat ténylegesen átruháznák másra, miért nem tér vissza ismét az emberiség közös állományába"); Two Treatises, Sec 100 ("Talán azt mondják majd szerzőnkkel, hogy az ember elidegenítheti a gyermeke feletti hatalmát; és amit szerződéssel át lehet ruházni, azt örökléssel is lehet birtokolni. Én azt válaszolom, hogy az apa nem idegenítheti el a gyermeke feletti hatalmát: talán bizonyos fokig elveszítheti, de nem ruházhatja át..."); Two Treatises, Sec 238 ("Amikor egy király másnak a függőjévé teszi magát, és aláveti a királyságát, amelyet az ősei hagytak rá,

... elárulta vagy egy idegen nemzet hatalmába és uralmába kényszerítette ~~é~~ amelynek szabadságát gondosan meg kellett volna őriznie. Királyságának eme, úgyszólván elidegenítésével ő maga veszíti el azt a hatalmat, amellyel korábban rendelkezett benne, anélkül, hogy a legkisebb jogot is átadná azoknak, akiknek azt adományozta volna.").

¹⁶⁷ Sec. 212. (megjegyezve, hogy amikor ~~h~~ társadalom átruházása révén [a törvényhozói hatalommal] rendelkeztek", túllépi hatalmuk határait, "a nép ... ismét kikerül az alávetettségéből, és új törvényhozást alkothat magának").

¹⁶⁸ Hobbes, *Leviatán* 90 ("Nármilyen dologhoz való ~~h~~ mondani, annyi, mint magát arra kárhóztatni, hogy mást akadályozzon saját jogának hasznában.... A jogról való lemondás vagy egyszerűen lemondással történik, vagy egy jogról való lemondással, amely azt másra ruházza át.").

¹⁶⁹ Pufendorf, *Elements of Jurisprudence* 61 (kiemelés ~~h~~).

hogy értékeljük azt a történelmi ~~h~~ amelyben Locke írt. Amint azt az alapítók jól tudták,¹⁷⁰ Locke nem azért erőltette ezt a pontot, mert aggódott a burjánzó bürokrácia miatt. Egy sokkal sürgetőbb felhívásra válaszolt, mégpedig egy halálosan komoly vita kontextusában, amely éppen arról folyt, hogy ki jogosult Anglia kormányzására. A 141. szakasz támadás volt az abszolutizmus egyik alapvető tétele ellen: az az állítás, hogy a nép nem pusztán *átruházta* uralkodójára a törvényhozói hatalmat, hanem teljesen *elidegenítette* azt tőle. Itt van Jean Bodin, az abszolút szuverenitás alapvető teoretikusa:

Ha az ilyen abszolút hatalmat egyszerűen és feltétel nélkül ~~is~~ nem valamilyen hivatal vagy megbízás alapján, vagy visszavonható adomány formájában, akkor a címzett bizonyosan szuverénnek minősül, és ezt el is kell ismerni. A nép lemondott a szuverén hatalmáról és elidegenítette azt, hogy azt az illetőre ruházza és birtokba adja, és ezzel átruházza rá minden hatalmát, tekintélyét és szuverén jogát, éppúgy, mint az az ember, aki másnak ad birtoklási és tulajdonjogot arra, ami korábban az övé volt.¹⁷¹

Ez a nézet nem volt pusztán ~~h~~ az angol jogtudós Francis Bacon ugyanezt állította a hazai angol jogról, azt állítva, hogy "a parlamentnek hatalmában áll teljesen megszüntetni vagy átruházni a saját hatalmát": "[Ha a] parlament úgy rendelkezne ..., hogy ne tartsanak többé parlamentet, hanem a királyé legyen a parlament hatalma; ez jogilag jó lenne"¹⁷².

¹⁷⁰ Az alapítók intenzíven ~~h~~ az angol polgárháború és a dicsőséges forradalom történetét, valamint a Locke-hoz és Filmerhez hasonló személyek között zajló vitákat. E drámák szereplői a mi világháborús hőseink és gonosztevőink alapítói megfelelői voltak. Lásd Mortenson, *The Executive Power Clause*, supra note .

¹⁷¹ Bodin, *Hat könyv. Az, hogy a Gundy-féle különvélemény* Locke-ot a törvényhozási delegációkkal szembeni ellenállásban társutasnak tekinti, ugyanolyan zavaros, mint az, hogy Philip Hamburger Edward Coke-ra hivatkozik ugyanebből a célból. Lásd fentebb . Lásd még Paul Craig, supra note , 17., 26. o. (kiemelés hozzáadva) ("Hamburger ismételt elkerüli az előjogokat és a közigazgatási hatalmat.... [De t]he prerogative implicálja a törvényes hatalomnak az angol jogban a törvénytől függetlenül létező alapját... Ez az angol alkotmányjog első éve.").

¹⁷² Bacon, *Maxims of Elements* 60. Bacon ~~h~~ zsal, hogy a Parlament képtelen visszafogni jövőbeli önmagát:

Ezeket az álláspontokat a Második értekezés 141. szakaszában elutasította. Az érvelés tétje pedig nem volt más, mint a népi önrendelkezés legitimitása. Éppúgy, ahogyan a nép nem rabszolgasorba taszíthatta magát, a parlament sem tehetette meg ugyanezt a nevében.

Mások minden bizonnyal így a 141. Vegyünk például Thomas Rutherford tizennyolcadik századi angol jogtudóst, aki számára Locke a csúcspontot jelenti egy húszoldalas értekezésben, amely a tisztviselőnek a kormányzati hatalom birtoklása és az adott hatalomhoz tartozó hatalom mennyisége közötti különbségtételről szól.¹⁷³ Rutherford számára ez a megkülönböztetés a következő kérdést vetette fel:

Valóban megkérdőjeleződik, lehet-e valakinek teljes tulajdona a polgári hatalomban; hogy lehet-e egy királyság vagyon; *vagy hogy a polgári társadalom kormányzásának joga elidegeníthető-e a birtokos belátása szerint, mint bármely más birtokhoz vagy vagyonának bármely más részéhez való joga.* Természetesen, amikor a nép a polgári hatalmat egy bizonyos emberre vagy embercsoportra ruházza, ez a felhatalmazás nem jelenti azt, hogy ez a hatalom elidegeníthető lenne; hogy az embernek vagy az embercsoportnak, akire vagy amelyre a hatalmat ruházták, joga van azt saját belátása szerint gyakorolni, vagy elidegeníteni bárki másnak.¹⁷⁴

Ha tehát a parlament olyan törvényt amelyben olyan záradék szerepel, hogy a király hét év alatt nem jogosult a parlament felhatalmazása alapján hatályon kívül helyezni és meghatározni, ez a záradék érvénytelen, és mint ilyen, a hét év alatt hatályon kívül helyezhető.[.]

Id. ("[F]or ahogyan az hatalmában áll megölni egy embert, de nem áll hatalmában megmenteni őt élve, és visszaadni neki a lélegzést és az érzéseket; úgy a parlamentnek is hatalmában áll saját hatalmát megszüntetni vagy átruházni, de nem áll hatalmában, amíg a hatalom teljes egészében fennmarad, visszaadni ugyanannak a hatalomnak a funkcióit és gyakorlását"). Lásd még Hobbes (a bontási helyzetre vonatkozó fejtegetések); Filmer (kevésbé közvetlenül).

¹⁷³ Általában - magyarázta - "a dolgokat háromféle birtokos tartja vagy birtokolja.... Az embernek lehet teljes tulajdona a tárgyi dolgokon; vagy lehet haszonélvezeti joga rajtuk; vagy lehetnek az övéi ideiglenes haszonélvezettel". Rutherford

319. Ugyanez igaz az is: "A tulajdon teljessége [így] távol áll attól, hogy a hatalom teljességét jelentse.... [A]t a birtokviszonyt, amellyel [egy uralkodó] ezt a hatalmat birtokolja, vagy annyit, amennyit az alkotmány ad neki, gondosan meg kell különböztetni magától a hatalomtól".

¹⁷⁴ Vö. Rutherford 19 ("Egyes elidegeníthetők, mások elidegeníthetetlenek.... Természetesen, ha valakinek egy dolog birtoklásához vagy egy cselekedethez való joga abszolút vagy

Rutherford az egész munkájában az "elidegenítés" és az "átruházás" kifejezéseket használja a tulajdonjog végleges megszűnésének jelölésére.¹⁷⁵ És ebben a kérdésben - hogy a törvényhozói hatalom vélhetően elidegeníthető-e azok által, akikre azt ruházták - azt mondja, hogy "Locke úr érvelése ezen a téren döntőnek tűnik".

De Rutherford nem hagyja épp ellenkezőleg, pontosítja a kérdést, és azt sugallja, hogy Locke (amúgy is szűk körű) idegenellenes elve még kevesebb területet fed le, mint amennyire elsőre látszik:

De ha a ~~h~~andelkező király nem is tudja [pusztán] e törvényhozó hatalom alapján *elidegeníteni* királyságát, tehát a kormányzati szuverenitás nem jelenti azt, hogy e szuverenitás *elidegeníthető*, vagy a hatalom teljessége nem jelenti az e hatalomban való tulajdonjog teljességét; de még mindig fennáll egy további kérdés, hogy a nép, amely a szuverén hatalmat *átruházta*, nem ruházhatja-e fel azt a személyt vagy személyeket azzal a joggal, hogy azt másokra ruházzák? [Vajon, ahogyan a törvényhozó hatalmat adták, nem adhattak-e jogot arra is, hogy ezt a hatalmat *átruházzák*?

Ezerint a válasz erre a ~~ké~~rdésben igen. Kissé tendenciózusan azzal zárja, hogy Locke álláspontját a 141. szakaszban egy alapértelmezett vélelemként fogalmazza meg, amelyet konkrét bizonyítékokkal lehet megcáfolni arra vonatkozóan, hogy egy adott jogalkotó megbízó ténylegesen engedélyezni kívánta az ügynök általi elidegenítést.¹⁷⁶

A XVIII. század végi ~~é~~s politikások többször is felszínre hozták ugyanazt a különbséget a kormányzati jogkörök díjmentes elidegenítése és azok visszerhes átruházása között.¹⁷⁷ Mivel a

törvény egyáltalán nem korlátozza vagy korlátozza; ha úgy tetszik, megválhat tőle, akár úgy, hogy teljesen lemond róla, akár úgy, hogy átruházza más személyre").

¹⁷⁵ Ugyanazt a terminológiát használta ~~é~~nél közjogra. *Hasonlítsuk össze pl. Rutherford, Institutes 46-47 ("transfer" vagy "alienat[ion]" of private property rights) és id. at 462-463 ("transfer" vagy "alienation" of governance authority).*

¹⁷⁶ Rutherford ("Bellemetlenséggel járna egy ilyen létesítmény, mint ez, de egyik sem mutatja, hogy lehetetlen lenne..."). Valójában nem gondoljuk, hogy ez Locke legjobb olvasata. Rutherford azonban igen.

¹⁷⁷ A ~~h~~ogy sokkal későbbi példát ~~é~~ szerkesztői jegyzetet a [189_] U.S.

Bolingbroke tory politikus a nép egészére írta,

Nagy-Britannia kollektív teste átruházza, de nem adja fel, bízik, de nem idegeníti el jogát és hatalmát, és nem lehet őket semmissé tenni azáltal, hogy koldusbotra vagy rabszolgaságra kényszerítik őket, hacsak nem működnek együtt saját vesztükre, és egy szóval elárulják magukat.¹⁷⁸

A modern kriták szempontjából lényegesebbek a politikai intézmények általi átruházással és delegálással kapcsolatos hasonló megfigyelések - mint Burke-nek a parlamentről és a királyról szóló elmélkedése:

Bár a király lemondhat saját személye érdekében, a monarchia érdekében nem mondhat le. Ugyanilyen erős vagy még erősebb okból az alsóház sem mondhat le a hatalomból való részesedéséről. A társadalom elkötelezettsége és paktuma, amely általában az alkotmány nevet viseli, tiltja az ilyen behatolást és az ilyen lemondást.¹⁷⁹

Pufendorf hasonlóképpen hangsúlyozta, hogy [a] nép akaratából felállított királyok hatalmáról van szó", akkor "nem ruházhatják át az uralkodás jogát másra, bár annak aktív gyakorlásához miniszterek szolgálatait vehetik igénybe".¹⁸⁰ A pont tehát általános tételnek számított: "Bizonyos ... fajtákat [a kormányzati hatalomnak], még ha nem is ruházhatjuk át őket mint olyanokat másra, mint a birtokát, a törvényhozásukat átruházhatjuk másokra."¹⁸¹

Bár a példányok száma nem nagy, az elszórt hivatkozások a

Blackstone kiadása:

[A]z állam csupán egy hivatal, aminek benne rejlő hatalom gyakorlására. A kormányzat hatáskörei szigorúan véve nem megítélt, hanem átruházott hatáskörök. Mint minden átruházott hatáskör, ezek is bizalmi hatáskörök, és visszavonhatók. Ebből következik, hogy a szuverenitásnak semmilyen része nem a kormányban lakozik. Az ember nem ruházza át a vagyonát, amikor ügyvédet bíz meg annak kezelésével.

Blackstone, *Commentaries*, szerkesztői jegyzet

¹⁷⁸ Szent János, *Disquisition on Parties* 209 (kiemelés)

¹⁷⁹ Burke, *Reflexiók a franciaországi forradalomról* (kiemelés)

¹⁸⁰ Pufendorf, *A természet jogáról* 106.

¹⁸¹ Pufendorf, *A természetjogról* 106 (kiemelés)

ez a locke-i idegenellenes nézet megtalálható a gyarmati, keretezési és ratifikációs feljegyzésekben. Thomas Jefferson például a forradalmi háború idején azzal érvelt a diktatúra létrehozására irányuló törvényhozási javaslatok ellen, hogy "a [természet törvényei] tiltják a [törvényhozói felelősség] feladását még hétköznapi alkalmakkor is; és még inkább a hatalmuk más kezekbe és más formákba való átruházását, a néppel való konzultáció nélkül".¹⁸² James Otis pedig szinte plagizálta a 141. szakasz egészét, amikor azt állította, hogy "[a] törvényhozás nem ruházhatja át a törvényhozás hatáskörét más kezekre", mert "teljes hatalmuk nem ruházható át".¹⁸³ Ez a nézőpont azonban talán Daniel Schute 1768-as választási prédikációjában találta meg a legtömörebb megfogalmazását.

Ha egy közösség elhatározta, hogy a kormányzás hatalmát néhány emberre bízva, akkor a néhány embernek a kormányzáshoz való joga az egész közösség döntéséből kell, hogy fakadjon; Ez az átruházás valóban nem az egésznek a kormányzásra való jogának átengedése, hanem a hatalmuk leghatékonyabb módon történő gyakorlásának biztosítása.¹⁸⁴

A hatalom kategorikus átruházása a visszaváltás vagy ellenőrzés lehetősége nélkül veszélyeztethette volna az önkormányzatiság elveit. Ezzel szemben a pusztá átruházás nem.

A gyakorlatban még az néhány kommentátor is aligha tudta volna elképzelni, hogy az idegenellenesség elve valaha is működni fog a való világban. A kongresszusnak olyan törvényt kellene alkotnia, amely valami olyasmit ír elő, hogy "a kongresszusra ruházott minden törvényhozói jogkör visszavonhatatlanul és örökre az elnökre száll át, és semmilyen, a kongresszus által később hozott rendeletnek nem lesz semmilyen hatálya".¹⁸⁵

¹⁸² Jefferson, *Notes on the State of Virginia* 207-208 (hozzáadva) ("[A] képviselőházban azt javasolták, hogy hozzanak létre egy diktátort, akit minden törvényhozói, végrehajtói és bírói, polgári és katonai, élet- és halálos hatalommal ruháznak fel személyünk és vagyonunk felett").

¹⁸³ James Otis, *Rights of the Colonies* (kiemelés hozzáadva)

¹⁸⁴ Schute (kiemelés hozzáadva). *Vö. Federal Additional Letters to the Republican* (május 2.) ("ugyanaz a politika, amely egységesen és állandóan arra törekszik, hogy a hatalmat a sokaktól a kevesekhez ruházza át").

¹⁸⁵ Még ha meg is próbálná, a miszerint egy kongresszus nem kötelezheti a következő kongresszust, megakadályozná, hogy intézkedése érvényre jusson. Lásd pl. Charles C. Black,

A gyakorlatban az idegenellenesség elvére való hivatkozáshoz a legközelebbi esetet a XIX. században a területi törvényhozások által a kongresszus felhatalmazása alapján hozott törvényekkel kapcsolatos néhány esetben¹⁸⁶ Időről időre felmerült az az érv, hogy a Kongresszus, miután átruházta a jogalkotási hatáskörét, nem változtathatja meg az így hozott törvényeket az eredeti átruházás átadása után. A Legfelsőbb Bíróság határozottan elutasította ezt az érvet, kifejtve, hogy

[Az ilyen hatalom azuverenitás és mindaddig fennáll, amíg el nem veszik tőle. A Kongresszus nemcsak a területi törvényhozások törvényeit helyezheti hatályon kívül, hanem maga is hozhat közvetlenül a helyi kormányzat számára törvényeket. A területi törvényhozás érvénytelen törvényét érvényessé, az érvényes törvényt pedig érvénytelenné teheti. Más szóval, teljes körű és teljes törvényhozási jogkörrel rendelkezik a területek népe és a területi kormányok valamennyi szerve felett.¹⁸⁷

Ez természetesen pontosan az a amely a végrehajtó hatalomra történő átruházás esetén érvényesül. Még akkor is, ha a Kongresszus széleskörű felhatalmazást ad a végrehajtó hatalomnak az előíró szabályok elfogadására, megtartja "a teljes és teljes körű jogalkotási hatáskört". E hatáskör átruházása a

Az alkotmány módosítása: L.J. 189, 191 (1972) (olyan dolognak nevezve, amelyet "a legjobban ismert és alapvető elvek alapján, amelyek annyira nyilvánvalóak, hogy ritkán kell kimondani, egyelőre egyetlen kongresszus sem tehet meg").

¹⁸⁶ Az ilyen delegációkról, korai köztársaságban rutinszerűek voltak, lásd a III.B.1. rész alatt.

¹⁸⁷ National Bank v. City of Yankton, U.S. 129, 133 (1880) (annak ellenére, hogy "a Kongresszus nem tartotta fenn kifejezetten a területi törvényhozás törvényeinek módosítására vonatkozó hatáskörét"); lásd még Late Corp. of Church of Jesus Christ of Latter-day Saints v. United States, 136 U.S. 1 (1890) ("De túl világos, hogy ez az alapítólevél, vagy jogszabály, a Kongresszus által visszavonható és hatályon kívül helyezhető volt, amikor csak szükségesnek látta, hogy e célból gyakorolja hatáskörét."). Mint a területi törvényhozás bármely más törvénye, ez is ennek a feltételnek volt alávetve."); Murphy v. Ramsey, 114 U.S. 15, 44 (1885) ("E szuverén uralom [a területek feletti] gyakorlásában [az Egyesült Államok népét] az Egyesült Államok kormánya képviseli, amelyre az e tárgykor feletti kormányzás minden hatáskörét átruházták A területek és az ott élő nép kormányzatának elrendelésében azonban a Kongresszusra ruházódik minden olyan mérlegelési jogkör, amely a törvényhozó hatalomhoz tartozik; és ez minden vitán felül kiterjed arra, hogy időről időre törvényben határozza meg egy adott területen a helyi kormányzat formáját, és azoknak a képesítését, akik azt igazgatni fogják.").

a folyamatos jogalkotói felügyelet ellenőrzés nem okoz alkotmányos nehézséget.

C. Alapján történő szabályozás a végrehajtó hatalom gyakorlása volt

Most pedig az ~~é~~ másik oldala. ~~h~~gy közigazgatási szerv általánosan alkalmazandó szabályt bocsát ki, amely magánjellegű magatartást szabályoz, akkor végrehajtó minőségben járt el? Az alapításkor szokásos alkotmányos nyelvtan szerint a válasz igen. Ez azért van így, mert a végrehajtó hatalomnak volt egy rendkívül szűk értelemben vett jelentése: a jogalkotó hatalom valamilyen korábbi gyakorlása által megfogalmazott utasítások és tilalmak végrehajtására vonatkozó hatáskör.¹⁸⁸

Ebben a tekintetben a végrehajtó ~~h~~gy egyszerű hármas rendszer csúcspontjaként ~~h~~ amelyben a "jó kormányzás három nagy, megváltoztathatatlan alapelve" mindegyike összefonódott a többivel, mint a "teljes" vagy "tökéletes" kormányzás egymásba fonódó darabjai. A teljes, három részből álló sorozat elméletileg az alapítók által "törvényhozó, bírói és végrehajtó hatalomnak" nevezett hatalom egymást követő gyakorlását foglalta magában. Először utasításokat adtak ki. Aztán elbírálta ezen utasítások alkalmazását. Aztán végrehajtotta ezeket az utasításokat.

Ez a stilizált sorrend nem ~~h~~ pontosan ebben a sorrendben játszódtott le; természetesen nem minden jogvégrehajtási aktushoz szükséges a bírósági ítélet előzetes meghozatala. Ráadásul egy adott tisztviselő egyidejűleg több hatalommal is rendelkezhetett, és ebben az esetben ugyanaz a személy egyszerre akarhatott és hajthatott végre valamilyen tervet, utasítást vagy szándékot.¹⁸⁹ És volt némi taxonómiai nézeteltérés is, sok kommentátor azt javasolta (valószínűleg jogosan), hogy a bírói hatalmat a legjobban a

¹⁸⁸ Lásd Julian Davis Mortenson, *Who Vests Executive Power, not the Royal Prerogative*, 119 Colum. L. Rev. 1169 (2019); Julian Davis Mortenson, *The Executive Power Clause*, 167 U. Penn. L. Rev. (megjelenés előtt 2020).

¹⁸⁹ P1. Rutherford 295 ("Bár ~~h~~ a törvényhozó és a végrehajtó szerveket egymástól megkülönböztetettnek ~~h~~ mégsem szükséges, hogy ezek a szervek ténylegesen különbözzenek egymástól. Bármilyen prudenciális okok lehetnek is, a dolog természetéből adódóan nem tűnik olyan oknak, amely ellenezné azt, hogy e két hatáskör esetleg ugyanazon személyt vagy testületet ruházza fel."). Az amerikai alkotmány valójában ennek egy változatát mutatja be, az elnöknek mind a törvényhozó, mind a végrehajtó hatalomból részesedést biztosít.

végrehajtó. ¹⁹⁰ Közös ~~de~~ hogy egyetlen kormány sem "teljes", hacsak nem rendelkezik mindhárom "törvényhozási, ítélkezési és végrehajtási hatáskörrel" minden, az előírt joghatósága alá tartozó tárgykörben. ¹⁹¹

A nem átruházásról ~~de~~ végkövetkeztetése egyszerű. Az alapítók egyöntetűen úgy értelmezték a végrehajtó hatalmat, mint a törvényhozó hatalom előzetes gyakorlása által meghatározott projektek végrehajtására vonatkozó szűk, de erőteljes felhatalmazást. ¹⁹² Itt van ismét Rutherford:

A ~~szabályalkotás~~ amelyet a politikai testület közös értelmének vagy közös értelmének tekintünk, tartozik annak meghatározása és irányítása, hogy mi a helyes, amit tenni kell; és a végrehajtó hatalomra, amelyet ugyanezen testület közös vagy közös erejének tekintünk, tartozik annak végrehajtása, amit így határoztak meg és irányítottak. ¹⁹³

E történeti értelmezés szerint a törvényi felhatalmazás alapján történő szabályalkotás a végrehajtó hatalom gyakorlásának minősülne, azon egyszerű, de döntő oknál fogva, hogy az ügynökség a törvényi utasításokat hajtja végre. Az alapítók fényében a *Mistretta kontra Egyesült Államok* ügyben tehát helyesen döntöttek: még ha "a szabályalkotási hatáskör a jogalkotó ágból ered is", abban a pillanatban "végrehajtó funkcióvá válik", amikor "a törvényhozó hatalom a végrehajtó ágra ruhazza át".¹⁹⁴ Az alapítók szerint a *Mistretta kontra Egyesült Államok ügyben tehát helyesen döntöttek*.

A hiba abban rejlik, hogy ~~de~~ szabályalkotás csak a végrehajtó hatalom gyakorlásaként írható le. Éppen ellenkezőleg, az alapítástól kezdve a kifinomult viták felismerték, hogy a kormányzati cselekvés absztrakt minősítésére irányuló erőfeszítések redukálhatatlanul meghatározhatatlanok. Míg a

¹⁹⁰ Pi. Rutherford, *Institutes* 275 ("~~de~~ szerint a polgári hatalom e három különböző részből, a törvényhozásból, a bírói és a végrehajtó hatalomból áll. Holott valójában a bírói hatalom hatásköre egyértelműen a társadalom közhatalmának irányítása és alkalmazása, működtetése vagy visszatartása; és ebben a felfogásban nem lehet más, mint a végrehajtó hatalom egyik ága.""). Mortenson, Article II Vests Executive Power, Not the Royal Prerogative, *supra note* ; Mortenson, The Executive Power Clause, *supra note*.

¹⁹¹ John De Witt II, *American Herald* (1787. ~~október~~ _ DHRC _.

¹⁹² Lásd Mortenson, Article II Vests ~~de~~ Not the Royal Prerogative, *supra note* ; Mortenson, The Executive Power Clause, *supra note* .

¹⁹³ Rutherford, *Institutes* 280.

¹⁹⁴ *Mistretta kontra Egyesült Államok*, 488 U.S. ~~14~~ 14 (1989).

Madison nem rendelkezett a mi modern problémák megfogalmazására, nehéz nem észrevenni Jeffersonhoz intézett megjegyzését, miszerint "a határok a végrehajtó, a törvényhozó és a bírói hatalom között, bár általánosságban olyan erősen kirajzolódnak, sok esetben csupán árnyalatnyi különbségekből állnak."¹⁹⁵ A ratifikáló közönség számára Publius néven írva Madison kiterjesztette a megfigyelést:

Még senki sem volt képes kellő biztonsággal megkülönböztetni és meghatározni a három nagy tartományt, a törvényhozó, a végrehajtó és a bírói hatalmat; vagy akár a különböző törvényhozó ágak kiváltságait és hatáskörét. A gyakorlatban naponta merülnek fel olyan kérdések, amelyek bizonyítják, hogy e témakörökben homály uralkodik, és amelyek a politikatudomány legnagyobb szakértőit is zavarba hozzák.¹⁹⁶

John Jay a 64. sz. föderalista egyik korai tervezetében kifejezetten felszínre hozta ennek az osztályozási gyakorlatnak a játékszerűségét:

Egyesek azt kifogásolják, hogy az megkötött szövegek a törvények erejével bírnak majd, és ezért a szerzők jogalkotási hatáskörrel rendelkeznek majd. Ez az ellenvetés pusztán a jogalkotás szóval való játék.¹⁹⁷

Jay válasza ezekre az nem volt sem válaszképtelen, sem méltánytalanul elutasító. Éppen ellenkezőleg, a "puszta játékra" való hivatkozása egy mély igazságot tükrözött: bármely konkrét kormányzati intézkedés lehet egyszerre jogalkotási (új utasítások vagy szabályok kibocsátásának értelmében) és végrehajtási (a jogalkotó megbízó utasításainak végrehajtása értelmében).

¹⁹⁵ James Madison Thomas Jeffersonnak, 1787 DHRC 97 (október 24. és november 1.), 1787).

¹⁹⁶ Publius, The Federalist 37 (Madison), Daily Advertiser, 15 DHRC 343 (1788. január 11.).

¹⁹⁷ John Jay, Draft of Federalist No. 66 DHRC 314 ("Bármilyen nevet is adjunk tehát a szerződések kötelezettségének, vagy akár a szerződések megkötését nevezzük a hatalom gyakorlásának, akár törvényhozásnak, akár másfajta hatalomnak, az biztos, hogy a népnek joga van rendelkezni a hatalommal, hogy úgy kösse meg őket, ahogyan azt célszerűnek tartja..."). Jay célja itt az, hogy elhárítsa az elnöknek a szerződéskötés jogalkotási aktusában betöltött szerepével kapcsolatos kritikát. A szerződések minősítéséről - beleértve az elnök szerződéskötésben betöltött szerepével kapcsolatos kritika fennmaradását - lásd az alábbi II.B.2. rész alatt.

A két közötti választás a kapcsolatok kialakításának - és a szavakkal való játéknak - a kérdése. Ezen a ponton Stevens bíró különvéleménye a *Bowsher kontra Synar ügyben* ugyanolyan meggyőző ma is, mint a megírása napján: [G]overnmentális hatalom nem mindig jellemezhető könnyen a következőkkel a három címke közül csak az egyiket. Éppen ellenkezőleg, mivel az ügyeink demonstrálja, hogy egy adott ~~egy~~ kaméleon, gyakran felveszi annak a hivatalnak az arcukat, amelyhez hozzárendelték ...¹⁹⁸

Az alapítók ~~el~~felismerése két kontextusban a leglátványosabb: a törvények elfogadásában és a szerződések elfogadásában. Mindkettőhöz hasonlóan a törvényes meghatalmazottnak a kötelező szabályok kihirdetésében való részvételre vonatkozó jogkörének gyakorlását többször is "végrehajtónak" nevezték a jogalkotó megbízó utasításai tekintetében. Ezek a leírások értelmetlenné teszik az originalista állításokat, miszerint a kormányzati cselekvést a kormányzati hatalom egyetlen betűtípusa alá kell besorolni. Attól függően, hogy milyen összefüggésekre összpontosított, egy adott aktus egyszerre minősülhetett helyesen jogalkotónak és végrehajtónak is.

1. *A jogszabályalkotás jogalkotási aktusát pontosan a végrehajtó hatalom gyakorlásának lehet nevezni.*

Kezdje a kontinentális ~~és~~ésőbb az amerikai alkotmány alapján létrejött szövetségi kormányhoz ~~a~~ cikkelyek kormánya is úgy volt értelmezve, hogy a teljes kormány mindhárom hatáskörével rendelkezik - bár közismerten nem hatékony formában.¹⁹⁹ Ahogy egy föderalista összefoglalta a lényegét,

¹⁹⁸ *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714, 749-752 (1986) ~~és~~, más véleményen) ("Under ... a többség által ~~el~~fogadott elemzés alapján ... úgy tűnik, hogy a szóban forgó funkció "végrehajtó", ha azt a főszámvéző látja el, de "törvényhozó", ha azt a Kongresszus látja el"). Stevens nem azt állítja, hogy e hatáskörök elosztásának a bírósági felülvizsgálaton kívül kellene esnie. Az ő álláspontja az, hogy a Vesting Clause kategóriái önmagukban képtelenek elvégezni azt a munkát, amit a többség kért tőlük.

¹⁹⁹ Ahogy James Wilson fogalmazott, a ~~és~~ongresszusnak "volt némi törvényhozó, de kevés végrehajtó és semmilyen tényleges bírói hatalma". James Wilson, Pennsylvania Ratification Convention, 2 DHRC 465 (1787. december 4.) (reggel) (kiemelés hozzáadva). Lásd még Randolph, Virginia Ratific. Debates, 9 DHRC 970 (1788. június 6.) ("Ebben egy testület rendelkezik a törvényhozó, végrehajtó és bírói hatalommal: De a hatékony hatáskörök hiánya megakadályozta a veszélyeket, amelyek természetesen következnek ezek egyesítéséből");

a régi kongresszus [e]faj nélküli [h]olt], amely az alkalomhoz illően rendelkezett és gyakorolta ... a törvényhozó, a bírói és a végrehajtó hatalmat, amelyek impotenciájuk megkülönböztethetetlen tömegében keveredtek és összekeveredtek.²⁰⁰

A kontinentális kongresszusnak volt [h]atalma a hagyományos értelemben vett, a törvény erejével bíró utasítások és felhatalmazások kihirdetésére vonatkozó hatáskörében.²⁰¹ A hagyományos értelemben vett bírói hatáskörrel is rendelkezett, amely arra irányult, hogy konkrét egyedi vitás ügyekben végleges határozatokat hozzon, akár saját hatáskörben²⁰², akár külön szervek létrehozásával.²⁰³ És rendelkezett némi végrehajtó hatalommal is a hagyományos értelemben vett

Randolph, 1 Farrand 256 (június 16.) [f]eljegyzései ("[I]f[I]f[I]tt e hatalmak egyesülése a Congs. eddigi részében biztonságban volt, az e testület általános tehetetlenségének volt köszönhető"); Randolph, 1 Farrand 273 (1787. június 16.) (Paterson feljegyzései).

²⁰⁰ Solon, Junior, Providence United [h] DHRC 737 (1790. február 25.). Ahogyan a hármas tagozódásról szóló vitákban gyakran előfordult, egyes kommentátorok csak két valóban alapvető hatalmat írtak le, a bírói hatalom lényegében a végrehajtó hatalom logikus alcsoportja volt. Pl. Parsons, Massachusetts Ratific. Debates, 6 DHRC 1313 (1788. január 23.) (reggeli ülés) ([u]nder the confederation the whole power, executive and legislative, is ruházott fel egy szervet); Americanus V, New York Daily Advertiser, 19 DHRC 397 (1787. december 12.) ("In ... the present Congress, ... the whole of the legislative and executive powers centre in a single body.").

²⁰¹ Pl. az Alkotmány IX. cikke [h]kizárólagos és egyedüli joga és hatalma", pl. "szabályokat állapít meg annak eldöntésére, hogy minden esetben milyen szárazföldi vagy vízi fogások legyenek törvényesek", valamint "szabályozza a kereskedelmet és intézzen minden ügyet az indiánokkal, akik nem tagjai egyik államnak sem").

²⁰² Pl. az Egyezségokmány IX. cikke [h] végső fellebbviteli jogorvoslati lehetőség minden vitában és nézeteltérésben ... két vagy több állam között a határokkal, a joghatósággal vagy bármely más okkal kapcsolatban"). Lásd még William F. Swindler, Seedime of an American Judiciary: From Independence to the Constitution, 17 Wm. & Mary L Rev. 503, 514-517 (1976) (az államok közötti területi viták kongresszusi elbírálásának leírása); Deirdre Mask & Paul MacMahon, The Revolutionary War Prize Cases and the Origins of Diversity Jurisdiction, 63 Buff.

L. Rev. 477, 489-494 (2015) (adójazási fellebbezések kongresszusi fellebbviteli bizottság általi megoldásának [m]űve).

²⁰³ Pl. Arts of Confed., IX. cikk [h]kizárólagos joga és hatalma van ... bíróságokat kijelölni a nyílt tengeren elkövetett kalózkodás és bűncselekmények tárgyalására, valamint bíróságokat létrehozni a foglyul ejtett hajókkal kapcsolatos valamennyi ügyben a fellebbezések fogadására és végleges elbírálására"). Lásd még Deirdre Mask & Paul MacMahon, The Revolutionary War Prize Cases and the Origins of Diversity Jurisdiction, 63 Buff.

a törvényhozási végrehajtására vonatkozó felhatalmazást James Madison fogalmazott: "azonnal ... személyekre és ingatlanokra".²⁰⁴ (A kongresszus idejére a kongresszusi küldöttek a testület törvényhozását különböző módon hajtották végre "maguk", ad hoc és formalizált "bizottságokon" keresztül, egyéni megbízottakon keresztül,²⁰⁵ valamint intézményesített "kormányzati testületek" létrehozása és felügyelete révén.²⁰⁶)

L. Rev. 477, 494-497 (2015) (a Fellebbviteli Bíróság létrehozásának).

²⁰⁴ Madison, 1 Farrand 447 (június 8) (Madison feljegyzései) (megjegyezve, hogy a "hatalom, hogy azonnal hatni tudjon ... személyekre és ingatlanokra" már "bizonyos fokig a szövetségi cikkelyek szerint is fennállt; ugyanez (sokkal nagyobb mértékben) fennáll majd a helyettesítésre javasolt terv szerint is"). Vö. Madison, 1 Farrand 455 (1787. június 28.) ("a kongresszus jelenlegi hatáskörei ... bizonyos esetekben érinthetik és érintik is a tulajdont, háború esetén pedig a polgárok életét") (Yates jegyzetei). *Lásd még* Pinckney, 1 Farrand 404 (1787. június 25.) ("[T]he States are the instruments on which the Union must frequently depend on the support & execution of their powers") (kiemelés hozzáadva).

²⁰⁵ A kongresszusnak létezése nagy részében különböző típusú volt. Az 1781. és 1783. évi imposzttviták egyik kulcskérdése tehát az volt, hogy létre kell-e hozni egy hasonló mechanizmust a bevételek közvetlen beszedésére. Bár a kérdés vitatott volt, Madison minden bizonnyal így gondolta:

A kongresszus pénzkövetelése az számára ugyanolyan törvény, mint amilyen törvények a bevételi törvények, amikor azokat elfogadják, a polgáraik számára. Ha a kongresszusi törvény a követelés érvényesítésére szolgáló képesség vagy eszköz hiányában nem bizonyul hatékonynak, nem következik-e ebből, hogy a szövetségi alkotmány nézeteinek teljesítése érdekében olyan változtatásokat kell végrehajtani, amelyek azt hatékonyá teszik?

Madison, J. Cont. Cong. 35 (január 8) (Vö. pl. Wolcott, J. Cont. Cong. 35 (1783. január 28.) ("nem tetszett" a "Kongresszus által beszedendő" bevételre vonatkozó javaslat); pl. Wilson, J. Cont. Cong. 34 (1783. jan. 28.) ("lényegesnek tartotta a beszédnek ezt a módját"); Hamilton, J. Cont. Cong. 35 (1783. jan. 28.) ("határozottan ugyanazon a véleményen" volt, mint Madison). *Lásd még* J. Cont. Cong. 34 (megjegyezve, hogy a "Kongresszus fennhatósága alatt beszedendő" adóbeszedésre vonatkozó javaslat "külön kérdésként, utólagosan hozzáteendőnek hagyva" volt). E viták tömör összefoglalását nagyobb alkotmányos összefüggésben lásd Lance Banning, *James Madison and the Nationalists*, 40 Wm. & Mary Q. 227, (1983).

²⁰⁶ Solon, junior, Providence United DHRC 737 (1790. február 25.). A kongresszus végrehajtó funkciójának folyamatosan növekvő bürokratizálódása azt a széles körben osztott érzést tükrözte, hogy "amíg ez a tiszteletreméltó testület kitart amellett, hogy megpróbálja végrehajtani, valamint megvitatni az ügyeit, addig soha nem fog sikerülni". Robert Morris to Silas Deane, 5 Let. Del. Cong. 620 (1776. december 20.).

Eddig, így szokványos. Mégis alapító - nem a legtöbb, de néhányan - magabiztosan egészen másként minősítették a Kongresszust. És mint fogalmi kérdés, nem is tévedtek, amikor ezt tették. Valójában ezek az alternatív leírások jól példázzák, hogy a standard fogalmi szókinccsel hogyan lehet tökéletes következetességgel alkalmazni teljesen eltérő osztályozások alátámasztására - pontosan a John Jay által leírt intellektuális "játék" értelmében.²⁰⁷

Vegyük például azt a hozzászóló visszatérő állítását, miszerint a Kongresszust "pusztán végrehajtó szervként" kell értelmezni.²⁰⁸ Hogyan lehetséges ez, amikor a Konföderációs Kongresszus tagadhatatlanul rendelkezett mind a két szerv hatáskörével.

²⁰⁷ Az ellenvélemények némelyike pragmatikus mintsem fogalmi átfogalmazáson alapult. Legalább egy hozzászóló például azzal érvelt, hogy a Kongresszus igazságszolgáltatási és végrehajtó képességei annyira hatástalanok, hogy valójában az egyetlen valódi hatalma a törvényhozás. Dialogue, Poughkeepsie Country Journal, 20 DHRC 853 (1788. március 11.) ("[T]he had no judicial or executive, no way to enforce their discretionary requisitions, either for money or for men, on the disobedient members, but by wearing arms against them and ending civil war.").

Végrehajtás nyilvánvaló eredménytelensége (talán érthető módon) néhány tudóst arra a téves feltételezésre vezetett, hogy a kontinentális kongresszus végrehajtó hatalmáról szóló korabeli leírásokat úgy kell értelmezni, mint a kongresszus külügyi hatásköreire való utalásokat. Pl. Michael McConnell, *The President Who Would Not Be King* 192 ("A Konföderációs Kongresszus "végrehajtó jogai" messze túlmutattak a törvényvégrehajtáson - valójában a Kongresszusnak nem volt törvényvégrehajtási jogköre. (A törvények végrehajtását az államok végezték)."). (kézirat); Jack Rakove, *The Beginnings of National Politics* 383 (1979) (hasonló); Saikrishna Prakash & Michael Ramsey, *The Executive Power Over Foreign Affairs*, 111 Yale L. J. 231, 275-277 (2001) (hasonló); Martin Flaherty, *The Most Dangerous Branch*, 105 Yale L. J. 1725, 1772

²⁰⁸ Például, A Democratic Federalist, DHRC 193 (1787. október 17.) (kiemelés hozzáadva). Lásd még pl.: Federal Farmer, X. levél a Republikánushoz, New York, 20 DHRC 976 (1788. május 2.) ("a jelenlegi kongresszus elsősorban végrehajtó testület"); Thomas Burke az Észak-Karolinai Képviselőházhoz, 14 Let. Del. Cong. 109 (1779. október 25.?) ("a kongresszus természete, amely egy tanácskozó végrehajtó gyűlés"). A kongresszusi hatalomnak ez a keretezése elég retorikai visszhangot örzött meg ahhoz, hogy legalább egy korabeli pamflet a ratifikációs viták során igyekezett "megcáfolni" azt azzal, hogy a külső helyett a belső keret fogadta el. A Friend to Order, Baltimore Maryland Gazette, 11 DHRC 26 (1787. október 30.) (felsorolja a kontinentális kongresszus törvényhozói hatáskörét, hogy cáfolja azt a "hit[et], hogy a kongresszus pusztán végrehajtó testület").

"Végrehajtás" és "jogalkotás"?²⁰⁹ Ez állítás egyenesen ostobaságnak tűnhet, ha az ember magáévá tette a Morrison-ellenes vélemény (teljesen téves) ragaszkodását, miszerint a végrehajtó hatalmat "annak alapján kell meghatározni, amit mindig és mindenhol ... soha nem a törvényhozás, soha nem a bíróságok, hanem mindig a végrehajtó hatalom hajtott végre".²¹⁰ A válasz azonban fontos fényt vet arra, hogy az alapítók hogyan képzelték el az átruházott hatalmat.

Emlékezzünk arra, hogy a "végrehajtó, a törvényhozó és az igazságszolgáltatási hatalom közötti stabil határok"²¹¹ meghúzására irányuló erőfeszítések alapvető ~~pr~~, hogy először el kell dönteni, hogy az egyes szereplők funkcionális szerepét hogyan határozzuk meg a döntéstől a végrehajtásig tartó cselekvéssorozatban. Ebből a szempontból nézve a kontinentális kongresszus pontosan azon a taxonómiai "határon" mozgott, amelyet Madison leírt.

Ha a Kongresszus kötelező utasítások kiadására vonatkozó hatáskörére összpontosítunk, akkor a törvényhozó nyilvánvalóan a törvényhozó hatalmat gyakorolja, miközben saját tisztviselői (és potenciálisan a több állam) végrehajtó ügynökökként járnak el.

De nem csak ~~é~~kell gondolkodni az intézményi kapcsolatokról. Ahelyett, hogy a kongresszust ok nélküli okként kezelnék, a hatalmi ágak szétválasztásának elemzése a törvényhozó képviselők és választói körük közötti előzményi kapcsolat köré csoportosítható. Ez az alternatív keret meglehetősen intuitív volt egy olyan nemzeti kormányzati rendszerben, ahol az államokat tekintették a valódi érdekeltségű megbízóknak, és ahol mind az egyes küldöttek, mind a Kongresszus egésze az volt, amit John Adams úgy jellemezett, hogy "nem több, mint a nép ügyvédjei, ügynökei és megbízottjai".²¹² És ebben az értelemben a Kongresszus és küldöttei végrehajtó minőségben cselekedtek a nép akaratának végrehajtása során. Ahogy a Republicus kifejtette,

²⁰⁹ Randolph, 1 Farrand 273 (Június 1) (Paterson feljegyzései) ("mind a törvényhozás, mind a végrehajtás").

²¹⁰ Morrison v. Olson, 487 U.S. 654, 706 (más véleményen).

²¹¹ James Madison Thomas Jeffersonnak, ~~M~~ork, 8 DHRC 97 (1787. okt. 24., nov. 1.) (Dr. Schechter megkeresése). *Lásd még* Federalist 37, New York Daily Advertiser, 15 DHRC 343 (1788. január 11.).

²¹² John Adams, *A Dissertation on the Canon and Feudal Law* (Embereknek joguk van visszavonni azt a hatalmat, amelyet ők maguk jelöltek ki, és ügyesebb és jobb ügynököket, ügyvédeket és vagyongazdálkodókat kinevezni.").

a polgári kormányzat ... a néptől származik... Ők alkotják meg a szerződést, ők írják elő a szabályokat, és ők is hozzák azokat, vagy megbíznak másokat, hogy ezt megtegyék helyettük; akik ... a szolgálók, és csak nekik és csak nekik tartoznak elszámolással [azért], ahogyan ezeket a megbízásokat végrehajtják. ²¹³

Ebben az értelemben a demokrata fontosnak tartotta azt állította, hogy "a kongresszus ... csupán végrehajtó testület" ²¹⁴.

Modern szemmel nézve ezek a leírások mélyen az alapítók számára azonban természetesnek tűnhetett a keretezés, akiket a politikai képviselő természetéről, a törvényhozás legitimitásának kritériumairól és a szuverenitás helyéről folytatott évszázados viták özönlöttek el. ²¹⁵ Az elképzelés mélyen beágyazódott a brit diskurzusba, ahol például A Craftsman megjegyezte, hogy "[a]z Alsóház tulajdonképpen nem több, mint egy küldöttek bírósága, amelyet Nagy-Britannia népének egész szétszórt teste nevez ki és bíz meg azzal, hogy az ő értelmükben beszéljen, és az ő nevében cselekedjen." ²¹⁶ A Freeman pedig a ratifikációs folyamatról szóló vitájában példázta a törvényhozói szolgálatnak ezt a felfogását, mint "csupán ... miniszteri" feladatot, amelyet "végre kell hajtani" az egyén potenciálisan eltérő politikai nézeteire való hivatkozás nélkül:

[A]z emberek maguk és végső döntéshozók. A javasolt szövetségi kormányt előttük kell megítélni - általuk kell jóváhagyni vagy elítélni, és ítéletüket a Konventbe delegált szolgálóknak kell végrehajtaniuk, akiknek csupán hivatalos vagy miniszteri minőségben kell eljárniuk. ²¹⁷

Ezt a keretezést egy társadalmi gyakorlat is tükrözte és megerősítette.

²¹³ Republicus, Kentucky Gazette, 8 DHRC 788. (1788. 16.)

²¹⁴ Pl. A Democratic Federalist, 1 DHRC 193 (1787. október 17.) (kiemelés hozzáadva).

²¹⁵ Ha csak egy dolgot olvasol itt a háttérben, kérlek, legyen az Don Herzog *Boldog rabszolgák* című könyve.

²¹⁶ The Craftsman, 56. szám (1774. június 12.) lásd még pl. James Wilson, Considerations On The Nature And Extent Of The Legislative Authority Of The British Parliament (1774) ("A képviselők emlékeztetnek arra, hogy kinek a teremtményei ők; és kinek tartoznak elszámolással e hatalom használatáért.")

²¹⁷ Freeman, Maryland Journal, 12 DHRC 578 (1788. 19.).

"olyan régi, mint ... maga a Parlament", választókerületek részletes szavazási utasításokat adnak törvényhozási képviselőiknek.²¹⁸ Ugyanez a minta gyorsan kialakult a Kontinentális Kongresszusban is, ahol az állami törvényhozások csomagokként adtak ki ilyen utasításokat küldötteiknek.²¹⁹ Valóban, a kortársak megjegyezték, hogy "bármely államnak az a joga, hogy utasításokat adjon a kongresszusi küldötteinek" "ugyanazon a szabadságelven alapszik", mint "minden kerület választóinak ... kétségtelen joga", hogy utasításokat adjanak képviselőiknek az állami kormány mindkét házában".²²⁰

²¹⁸ Paul Kelly írja le a hátteret:

Az oktatói gyakorlatnak ... olyan régi története mint magának a Parlamentnek. Eredetileg a képviselők nem voltak mások, mint választói ügyvédek, és ennek megfelelően utasításokkal érkeztek a Parlamentbe. A képviselőtről alkotott elképzelések azonban megváltoztak, és a tizenötödik század végére egy helység középkori képviselője már a nemzet összes érdekeinek képviselőjévé változott.

Paul Kelly, "Constituents' ~~rights~~ Members of Parliament in the XVIIIth century", in *Party and Management in Parliament, 1660-1784*, at 170 (1984) (megjegyezve, hogy a gyarmati gyűlések Észak-Amerikában "a XVII. századi feltételezésekkel indultak, de aztán visszatértek a képviselői középkori ügyvédi formáihoz").

A választójog, a képviselő és az utasítások elméleti lásd pl. Marc W. Kruman, *Between Authority and Liberty: State Constitution Making in Revolutionary America* 61-108 (1997); Willi Paul Adams, *The First American Constitutions* 228-253 (1973); Gordon Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, 163-196 (1998). Arról, hogy a képviselői kormányzás tizennyolcadik századi amerikai elmélete és gyakorlata hogyan változott régióként, lásd Richard R. Beeman, *The Varieties of Political Experience in Eighteenth-Century America* (2004); vö. David Hackett Fischer, *Albion's Seed: Four British Folkways in America* (1989). Az állami törvényhozások és választókerületeik közötti kapcsolatokról lásd pl. Alison G. Olson, *Eighteenth Century Colonial Legislatures and Their Constituents*, 79 *J. Am. Hist.* 543 (1992), 543-567. o.; Bailyn, *Ideological Origins of the American Revolution*.

²¹⁹ idézet

²²⁰ Philodemus (1784), in: 1 ~~Book~~ of *Revolution* 620 (ezt a jogot "kétségtelenül ... (bármennyire gyanúsán is tagadták az utóbbi időben)"). *Lásd még id.* ("Mindenesetű kerület lakosai régóta értesültek a törvényhozáshoz benyújtott petícióról, és kétségtelen joguk volt arra, hogy erről vagy bármely más témáról utasítsák küldötteiket. Feltételezhető, hogy egyik ház egyetlen tagja sem gondolta volna, hogy szabadon figyelmen kívül hagyhatja választói többségének utasítását. De ha egyáltalán nem adtak utasításokat, akkor

Bár ilyen utasítások kötelező voltát sokáig vitatták,²²¹ a mi célunk szempontjából kulcsfontosságú ponton soha nem volt komoly vita. Függetlenül attól, hogy a képviseleti viszonyt az egyéni választópolgár,²²² egy adott választókörizet,²²³ a szélesebb választói kör,²²⁴ vagy akár az egész nemzet szintjén vették-e figyelembe,²²⁵ a törvényhozásban szolgáló választott tisztségviselőket egyaránt pontosan és értelmesen lehetett egy mögöttes megbízó végrehajtó ügynökeiként jellemezni.

Míg a ~~széles körben~~ a jellemzése leggyakrabban a törvényhozói elszámoltathatóságot ünneplő virágzásként jelent meg, a taxonómiai kérdés a nemzeti kormány megingó pénzügyeiről folytatott, alaposan érdemi vita során került a középpontba. ²²⁶ Arthur Lee éveken át a központosított adózás ellenzőinek élén állt, amikor azt állította, hogy egy nemzeti adóztatás "felforgatná a szabadság alapvető elveit". Lee érvelése lényegében arra a széles körben elterjedt nézetre támaszkodott, hogy a szabadság nem tűrheti el, hogy "a pénztárcát a karddal egy kézbe adják" ²²⁷ - ez egy szokásos trópus.

minden ember a ~~széles körben~~ belátásának irányítására van bízva").

²²¹ Idézem: A Bizottság az alábbiakban ismerteti az alábbiakat. Mindez mélyen gyökerezik a parlamenti választójog virtuális képviseletéről szóló régóta tartó vitákban.

²²² James Wilson, *Lectures on Law*, Ch. 5 ("egy ~~törvényt~~ ... közelebbről nézve és hatáskörének alkotóelemeire elemezve megfelelően a szerződések osztályába soroljuk. Ez egy olyan szerződés, amelyben három fél van; azok, akik a három fél egyikét alkotják, még csak nem is publikus karakterben járnak el. A peer senkit sem képvisel; saját magáért szavaz; és ha távol van, szavazati jogát másra ruházhatja át.").

²²³ idézet - a törvényhozók ~~egész körében~~ joghatóságot képviselnek

²²⁴ idézet - a törvényhozók a teljes ~~területen~~ képviselik

²²⁵ *Pl.* Madison ("bár a kongresszust alkotó ~~közvetlenebbül~~ azokat az államokat képviselték, ahonnan jöttek, és azoknak engedelmeskedtek, más szempontból mégis az egésznek a kollektív érdekei iránti hűséggel tartoztak.").

²²⁶ A vitáról bővebben lásd ~~pl.~~ Lance Banning, *James Madison and the Nationalists, 1780-1783*, 40 *Wm. & Mary Q.* 227, (1983); Jack Rakove, *The Beginnings of National Politics* (1979). Ugyancsak érdemes elolvasni Wesley Campbell élelátó értekezését e vitáknak a modern parancsuralmi doktrínára gyakorolt hatásairól. *Commandeering and Constitutional Change*, 122 *Yale L. J.* 1104 (2013).

²²⁷ Lee, 25 *J. Cont. Cong.* 34 (Január ~~1783~~ *lásd még pl.*, Mercer, 25 *J. Cont. Cong.* 897 (1783. febr. 12.) (azzal érvelve, hogy "Anglia szabadságjogait a pénztárca és a kard szétválasztásával őrizték meg", és hogy "soha nem járulna hozzá, a

a "végrehajtó és a "hatályba léptető hatalom" közötti különbségtételért²²⁸.

Végül James Madison is azzal érvelt, hogy Lee összekeverte a kereteit, amikor azt állította, "különbé [más] tagokkal együtt, hogy a kongresszus csupán végrehajtó szerv".²²⁹ Ez a jellemzés - ismerte el - talán valami fontosat fogalmazott meg a kormány és az államok kapcsolatáról. ²³⁰ De annak a külső kérdésnek, hogy honnan származik a Kongresszus hatásköre, semmi köze nem volt ahhoz a belső kérdéshez, hogy a Kongresszus mint intézmény gyakorolhatja-e a kötelező utasítások kiadásának törvényhozói jogkörét. Madison számára a válasz nyilvánvaló volt:

[A]z ~~induló~~ cikkelyek értelmében a szövetségeknek egyértelműen és kifejezetten jogukban állt meghatározni a közszükségletek kielégítéséhez szükséges bevételek mennyiségét, és azt az államoktól követelni... [Az így megfogalmazott követelések ugyanúgy törvényt jelentettek az államok számára, mint ahogyan az ezeknek való megfelelésről szóló törvények is törvényt jelentettek az egyes tagállamok számára. ²³¹

Lehetséges-e, kérdezte, hogy "akhatáskörök összeegyeztethetők azzal az elképzeléssel, hogy a kongresszus pusztán végrehajtó szerv?" ²³².

Kongresszus vagy máshol, ~~is~~

²²⁸ Néhány híres példát is Madison, *Helvidius No. 1*. ("[A] szabad kormányzás nagy elve ... elválasztja a kardot a pénztárcától, vagy a végrehajtó hatalmat a törvények meghozatalának hatalmától"); Hamilton, *Federalist 78* ("A végrehajtó hatalom nemcsak a kitüntetések osztoztatja, hanem a közösség kardját is tartja. A törvényhozás nemcsak az erszényt irányítja, hanem előírja azokat a szabályokat, amelyekkel minden polgár kötelességeit és jogait szabályozni kell. A bírói karnak ezzel szemben nincs befolyása sem a kardra, sem a pénztárcára.").

²²⁹ Madison, 25 J. Cont. Cong. 907 (február 7)

²³⁰ Madison, 25 J. Cont. Cong. 907 (február 7)

²³¹ Madison, 25 J. Cont. Cong. 907-909 (1783. 01.) ("Nem gondolta, hogy ... megalapozott az a vélemény, hogy a Kongresszusnak a bevételi ügyekben semmilyen tekintetben nem törvényhozói, hanem pusztán végrehajtói hatásköre van."). Madison számára ez egy következetes téma volt. *Lásd még pl.*, J. Cont. Cong. (1783. jan. 28.) ("A Kongresszus által az államoktól pénzre vonatkozó követelés ugyanúgy törvényt jelent számukra, mint ahogy a bevételi törvényeik, amikor elfogadják őket, törvények a polgáraik számára.").

²³² Madison, 25 J. Cont. Cong. 909 (1783. február 7)

Madison szavaira válaszul a központosított adóbeszedés ellenzője azzal vádolta, hogy feladta a demokratikus elszámoltathatóság alapelveit. Válaszuk hevesége talán túlhajtottnak tűnhet, amíg fel nem idézzük, hogy a társadalmi kontraktarianizmus milyen központi szerepet játszott az amerikai lázadás legitimitásáról szóló viták során. Ezért állította Lee, hogy "a [Madison] által fenntartott doktrína veszélyes következményekkel terhes a konföderált államok szabadságára nézve", és hogy "inkább látta volna a Kongresszust homokkötélnek, mint vasrúdnak".²³³ John Mercer egy lépéssel tovább ment, és megfogadta, hogy "ha úgy fogja fel, hogy a szövetségi szerződés olyan, mint amilyennek ábrázolták, azonnal kilép a Kongresszusból & mindent megtesz, ami hatalmában áll, hogy megsemmisítse a létezését."²³⁴ Ezen a ponton még Madison szövetségese, Alexander Hamilton is elismerni látszott, hogy a Kongresszus alapvetően végrehajtó jellegű a hagyományos "utasítások" keretei között, bár amellet érvelt, hogy az intézményi realitásoknak enyhíteniük kellene Lee és Mercer aggodalmait.²³⁵ A napi ülészak nem sokkal ezután zárult, az adózási javaslatok pedig jó úton haladtak a végső kudarc felé.

A lényeg nem az, hogy kitaláljuk, hová szorult legjobban a vitájuk tartalmához. A lényeg az, hogy fogalmilag mindkét félnek igaza volt. Ha a kontinentális kongresszust a jogilag kötelező érvényű utasítások hiteles forrásaként tekintjük, akkor az valóban jogalkotói minőségben járt el. Ha a kontinentális kongresszust a választási megbízója által kiadott felhatalmazások és utasítások közvetítőjeként tekintjük, akkor a kontinentális kongresszus valóban végrehajtó minőségben járt el.

2. A szerződéskötés jogalkotási aktusa pontosan leírható a végrehajtó hatalom gyakorlásaként

Az ügynökségi analógiájaként a még jobban működhetnek, mint a jogszabályok. Ez azért van így, mert a szerződések megkötésében jellemzően nem egy, hanem két kormányzati szerv vesz részt, a második pedig végrehajtó ügynökként jár el.

²³³ Lee, 25 J. Cont. Cong. 909-910 (február 11. déli a Ship Money vitát).

²³⁴ Mercer, 25 J. Cont. Cong. 910 (február 12).

²³⁵ Alexander Hamilton, 25 J. Cont. 1783. február 21.) (a továbbiakban "rámutat[] a brit végrehajtó hatalom és az Egyesült Államok alkotmányának természete közötti különbségre, válaszul Lee úrnak a hajópénz ügyéből származó érvelésére").

első kiadott végrehajtási utasítások. Az elemzés végeredménye azonban ugyanaz volt. Amikor a tisztviselők részt vettek egy jogalkotási eszköz elkészítésében, gyakran tökéletesen pontos volt, hogy tevékenységüket a végrehajtó hatalom gyakorlásaként írják le.

Kezdje egy leíró ponttal. Az alapszabályokhoz szerződéseket is jogalkotási eszközöknek minősítették - ez a tény a ratifikáció során az Alkotmányt ért leghevesebb hatalommegosztási támadásokat váltotta ki. Az antiföderalista George Mason és a föderalista James Wilson nem sok mindenben értett egyet, de mindketten ellenezték a szerződési klauzulát, mivel az kizárta a képviselőházat (és kiváltságos helyzetbe hozta a szenátust) egy alapvetően jogalkotási aktusból.²³⁶ Ahogy Wilson fogalmazott, ez "tökéletes despotizmussal" fenyegetett azáltal, hogy a kormányzás mindhárom hatalmát a szenátusban egyesítette, ami

gyakorolhatja, a végrehajtó és a bírói hatalom. *Szerződéseket kötni törvényhozási, tisztviselőket kinevezni végrehajtó, mert a végrehajtónak csak kinevezési joga van -- vádakat tárgyalni bírói.*

²³⁷

Ezért gyakran követelik Alkotmány módosítását, hogy a Háznak jóvá kelljen hagynia a szerződéseket, amelyek egyébként a törvényhozás nem kellően ellenőrzött aktusai lennének.²³⁸

Ennek a ház oka egyszerű a szerződéskötés kötelező érvényű kötelezettségeket hozott létre és jogi hatásköröket ruházott át a tekintélyesen megfogalmazott szuverén szándéknak megfelelően. Ez azt jelentette, hogy a jog gyakorlása

²³⁶ A jogalkotási jellege Mason számára különleges beszédtema és az Alkotmánnyal szembeni, széles körben újra kiadott Ellenvetései sok tekintetben meghatározta e kritika formáját. George Mason, *Objections to the Constitution of Government formed by the Convention*, 8 DHRC 43 (1787. október 1.). Mások is kifejtették ezt az álláspontot, lásd pl. Richard Henry Lee to Edmund Randolph, *Petersburg Virginia Gazette*, DHRC (1787. dec. 6.) (18-szor újraközölve); Brutus, *Virginia Independent Chronicle*, 9 DHRC 798 (1788. május 14.); Cato VI, *New York* 19 DHRC 416 (1787. december 13.).

²³⁷ Wilson, 2 Farrand 530 (Szeptember 1 (McHenry feljegyzései). Wilson folyamatosan visszatért erre a pontra. Pl. 2 Farrand 522 (1787. szeptember 6.); vö. Wilson, 1 Farrand 66 (1788. június 1.) (Madison jegyzetei); James Wilson, Pa. Ratific. Debates, 2 DHRC 487 (1787. dec. 4.) (délután). Vö. Wilson, 1 Farrand 66 (1788. június 1.) (Pierce jegyzetei).

²³⁸ Lásd pl. George Mason to John Lamb, 1 DHRC 818 (1788. június 9.). (Melléklet); Wilson, 2 Farrand 537 (1787. szeptember 7 The Society of Western Gentlemen Revise the Constitution, *Virginia Independent Chronicle*, 9 DHRC 769 (1788. április 30. és május 7.).

a jogalkotó hatalom egy típusának. Nemzetközi szinten például a szerződések egyértelműen "törvényhozó"²³⁹, a "törvényhozó hatalom egyik ága"²⁴⁰, és a "nemzetek jogának"²⁴¹ részei voltak.²⁴² Blackstone²⁴³ és a kontinentális kongresszus²⁴⁴ is egyetértett ebben a kérdésben, és ez a tétel központi szerepet játszott a szupremáciai klauzula föderalista védelmében, beleértve azokat is, amelyeket

²³⁹ Richard Morris, Notes on the DHRC 2531 (1788. január-július) (megjegyezve, hogy "a B[ri]t[ish] alkotmány volt az ő útmutatója [az alkotmánytervezet értékelésében]. and we All Know they are by No Means totally Sep[ara]te & Dist[inct]. The King / Ex[ecuti]ve Branch / Legislative He makes treatys. The force of Laws / Jud[icial]y Apptd. by him and Removeable by him").

²⁴⁰ William Findley, Pa. DHRC 457 (1787. december 3.) ("Az I. cikk 1. szakaszában foglalt törvényhozói hatáskör ellenére a szerződéskötési jogkört az elnök és a szenátus kapja. Ez a törvényhozó hatalom ága.").

²⁴¹ 1 Blackstone, Commentaries on the Law of England 253 (6. kiadás, 1780) (a "nemzetek jogának" részeként a szerződések "az egész közösségre nézve kötelezőek", amely megkötötte őket).

²⁴² Ez a tény komolyan modern külkapcsolati jog történetírását, ahol a hagyományos bölcsesség szerint a tizennyolcadik századi angol-amerikai jog a szerződéseknek nem adott belföldi hatást, hacsak a törvényhozás nem "fogadta el" azokat. Pl. 14 Holdsworth 66. Egy fontos, bár bizonytalan ellenvéleményt lásd Martin S. Flaherty, *History Right? Historical Scholarship, Original Understanding, and Treaties as the "Supreme Law of the Land"*, 99 Colum. L. Rev. 2095, 2126-2151, & n.81. Vö. Vasani Kesavan, *The Three Tiers of Federal Law*, 100 Northw. L. Rev. 1479, 1516-1525.

²⁴³ Blackstone, 4. könyv, fejezet a nemzetek jogát (bárhon merül fel olyan kérdés, amely megfelelően a joghatósága tárgyát képezi) itt a common law teljes terjedelmében átveszi, és az ország jogának részeként tartják számon"). Blackstone azt sugallta, hogy ez az elv mind a polgári, mind a büntetőjogi tilalmakra kiterjed. Lásd pl. Blackstone, 1. könyv, 7. fejezet (megjegyezve, hogy "a királlyal szövetségben lévő bármely nemzet elleni ellenségeskedés" a vonatkozó törvény hatályon kívül helyezése ellenére büntetendő maradt, nyilvánvalóan azért, mert "még mindig nagyon nagy vétség marad a nemzetek joga ellen, és törvényeink szerint büntetendő").

²⁴⁴ A kontinentális kongresszus levele államoknak, 32 J. Cont. Cong. 178 (1787. ápr. 13.) ("Amikor ... egy szerződést alkotmányosan ratifikálunk és közzéteszünk, az azonnal kötelezővé válik az egész nemzetre nézve, és az ország törvényei közé kerül, az állami törvényhozás beavatkozása nélkül").

James Wilson,²⁴⁵ George Nicholas,²⁴⁷ és Cassius ajánlotta fel.²⁴⁸

Egyes kommentátorok összetettebb nézetre utal, amely szerint egyes szerződések azonnal belföldi hatályúak, de más szerződések - például azok, amelyek egyéni jogokat sértettek,²⁴⁹ ellentétben álltak a kialakult belföldi joggal,²⁵⁰ vagy elidegenítettek szuverén területeket²⁵¹ - törvényhozói befogadást igényelhetnek. Azt azonban senki sem vitatta, hogy a szerződések jogalkotói funkciót töltötték be az általuk felhatalmazott és visszaszorított nemzetközi szereplők tekintetében. Természetesen az alapító iratokban nem láttunk arra utalást, hogy a szerződéses eszközök maguk "végrehajtó" vagy "bírói" jellegűek lettek volna.

Ezzel elérkeztünk ahhoz a ponthoz, amely néhány modern olvasót, akik félreértik az alapításkori kormányzás nyelvтанát. Annak ellenére, hogy a

²⁴⁵ Wilson, Pa. Ratific. Debates, DHRC 457 (1787. dec. 3.) (Wayne jegyzetei) ("A szerződések minden országban a törvények erejével bírnak. 1st. Blackstone.") (kiemelés hozzáadva).

²⁴⁶ Lásd Madison, Va. Ratific. DHRC 1371 (1788. június 18.) ("Angliában nem a szerződések a föld törvényei? Egy olyan könyvre fogok hivatkozni, amely minden ember kezében van - Blackstone Commentaries. Ebből megtudhatja, hogy a király által kötött szerződések az ország legfőbb törvényei").

²⁴⁷ Mr. George Nicholas, Va. DHRC 1387 (1788. június 19.) (Blackstone-t idézve ugyanezt a pontot).

²⁴⁸ Cassius I: Richard Henry Lee, Independent Chronicle, 9 DHRC 641 (1788. április 2.) (hosszasan kifejtve, hogy a szerződések természetüknél fogva "az ország legfőbb törvényei" attól a pillanattól kezdve, "amikor megkötésre kerültek" - nemcsak Nagy-Britanniában és a gyarmatokon, hanem "más országokban" is).

²⁴⁹ Randolph, Va. Ratific. Egyezmény, DHRC 1371 (1788. június 18.) ("Az európai alattvalók életét és tulajdonát nem érintik a szerződések; amelyek az összesített közösségre nézve kötelezőek politikai-társadalmi minőségükben."). Patrick Henry, Va. Ratific. Debates, 10 DHRC 1371 (1788. június 18.) ("Azt mondani, hogy önkormányzati jellegűek ... számomra teljesen újszerű tanítás a világ bármely országában."). Henry jó ideig azzal érvelt, hogy ezt az állítást egy Anglia és Oroszország közötti híres diplomáciai vita támasztja alá - egy olyan eset, amelyet a jelek szerint sajnos félreértett.

²⁵⁰ Lásd Corbin, Va. Ratific. Debates, DHRC 1387 (1788. június 19.) ("a kereskedelmi szerződés és más szerződések közötti különbség" az, hogy "a kereskedelmi szerződést a Parlament elé kell terjeszteni").

²⁵¹ Brutus, Virginia Independent DHRC 798 (1788. május 14.); Mason, Virginia Ratific. Debates, 10 DHRC 1387 (1788. június 19.).

konszenzusos nézet, miszerint a szerződések ~~sz~~szolgálnak, az alapító feljegyzések gondos olvasói időnként belebotlanak egy olyan megjegyzésbe, amely a szerződések megkötését a *végrehajtó* hatalom gyakorlásaként írja le. A törvényhozói szolgálatról szóló korábbi vitánk után ismerősnek tűnhet az a kérdés, amelyet ez felvet: hogyan hozhatott létre jogalkotási eszközt valaki, aki "csupán" végrehajtói minőségben szolgált? A válasz, szerencsére, most már szintén ismerősnek tűnhet. Amikor egy diplomata megtárgyal, kidolgoz és megköt egy szerződést, akkor csak végrehajtja azokat az utasításokat és hatásköröket, amelyeket korábban az őt felhatalmazó megbízó közvetített.²⁵² Ha tehát nagyon alaposan megnézzük, akkor nagyon ritkán találkozhatunk azzal, hogy a szerződési hatalmat egy törvényhozói szándék végrehajtásaként írják le.²⁵³

Amint azt az e ~~g~~felszólalók ~~h~~ szerződéskötés aktusát - minden bizonnyal első körben, és gyakran véglegesen - a meghatalmazottak egy csoportja hajtja végre, akik megtárgyalják, pontosítják és megkötik a megállapodást. A kontinentális kongresszus valóban folyamatosan "teljes" vagy "részleges" hatásköröket ruházott át a diplomáciai megbízottakra, a szűkszavútól²⁵⁴ a látványosan átfogóig terjedő utasításokkal együtt.²⁵⁵

²⁵² Amint azt báró de Montesquieu és ~~T~~Thomas végrehajtó hatalom sajátos felosztása kül- és belpolitikai változatokra utal, a szerződéskötésben részt vevő intézményi kapcsolatok sajátos tendenciát mutatnak a képviseleti kormányzás e jellemzőjének felszínre hozására általában. Lásd Mortenson, *Supra* note – (kifejtve, hogy Montesquieu és ~~B~~Bszhangban vannak a szokásos felfogással, amikor a végrehajtó hatalmat üres edényként kezelik mind belső, mind külső változatában - minden esetben nem csak alárendelve, hanem ténylegesen impotens a törvényhozó hatalom utasításai nélkül).

²⁵³ A legismertebb példa ~~h~~meghatározhatatlanságában ~~h~~játékosan" -, amely a pennsylvaniai konvent kisebbségének disszenzusában van elrejtve. Dissent of the Minority of Pennsylvania Convention, 2 DHRC 617 (1787. december).

²⁵⁴ Pl. 22 J. Cont. Cong. 67 (Február 5.) (a franciaországi követ tájékoztatása arról, hogy "[Ön] ezért ezennel felhatalmazást, utasítást és felhatalmazást kap, hogy olyan kötelezettségeket kössön ... bármelyik állam vagy tartomány, vagy bármelyik ember vagy embercsoport számára, akivel szükségesnek találja, hogy kötelezettségeket kössön, azzal a céllal, hogy az Egyesült Államokat kötelezze az említett kölcsön kamatokkal együtt történő kifizetésére").

²⁵⁵ Pl. 4 J. Cont. Cong. 215-220 (teljes hatáskörrel" ruházta ~~h~~ hogy a kanadaiakkal az egyesülésig terjedő témákban tárgyaljon, négy oldalnyi részletes "utasítás &c" alapján); 8 J. Cont. Cong. 519-523 (1777. július 1.) (részletes díjak a különböző európai küldöttek); 28 J. ~~C~~Cong. 16 (1785. március 4.) (részletesen ismertetve

Ezek a meghatalmazottak tehát végrehajtó ügynökök akiket a jogalkotó megbízó kötelező érvényű utasításai egyszerre hatalmaztak és kötöttek. Ahogy John Jay kifejtette,

Tudom, hogy a Kongresszus feladata utasításokat adjon, és hogy az én dolgom, hogy hűségesen végrehajtsam és engedelmességek nekik.- Ha véleményük szerint a kérdéses utasítás nem igényel változtatást, akkor azt szívesen és pontosan betartom, mert ebben az esetben is, mint minden más alkalommal, kötelességemnek tartom, hogy betartsam a parancsaikat, bármilyen fényben is tűnjön fel számomra azok politikája.²⁵⁶

Rutherford elmagyarázta, hogy miért: "A végrehajtó hatalom a maga természeténél fogva nem függetlenebb cselekvési hatalom, amelyet nem ellenőriz a törvényhozás, mint a belső végrehajtó hatalom."²⁵⁷

Az alkotmánytervezet törvényhozói ellenőrzésre vonatkozó elvárást, mint például a 64. Federalistában szereplő hangsúlyt, miszerint "az elnöknek [a szerződések] kialakításakor a szenátus tanácsára és beleegyezésével *kell* eljárnia"²⁵⁸, vagy a 66. Federalistában szereplő kijelentést, miszerint az elnök számára vád alá helyezhető "helytelen magatartás" lenne, ha "elferdítené[]" az utasításokat" vagy más módon "ellenkezne[e] a szenátus véleményével" a szerződéskötés során.²⁵⁹ A massachusettsi ratifikációs viták során a föderalista Theophilus Parsons hasonlóan érvelt,²⁶⁰ azzal érvelve, hogy a szenátus "végrehajtó minőségében" járna el a következőkben

"utasítások ... az európai miniszterüknek, hogy haladéktalanul és gyorsan kössenek [különböző] barátsági szerződéseket").

²⁵⁶ 29 J. Cont. Cong. 628 (Augusztus 15. Még pl.: John Jay jelentése, 31 J. Cont. Cong. 484 (1786. aug. 3.)) ("Mindig emlékezni fogok arra, hogy az utasítások szerint kell eljárnom, és hogy kötelességem a Kongresszus parancsait hűségesen végrehajtani."); id. ("Hogy Gardoqui úr megelégedne-e egy ilyen cikkel, nem tudom megállapítani, mivel utasításaim visszatartanak attól, hogy még csak meg is szólítsam őt ezzel kapcsolatban.").

²⁵⁷ Rutherford, *Institutes*.

²⁵⁸ Federalist 64 (Jay), 16 DHRC 309 (1788. március 5)

²⁵⁹ Federalist 66, New York 6 DHRC 354 (1788. március 8.). Publius ezt az érvelést arra a kritikára reagálva hozta fel, hogy a szenátusnak az impeachment-eljárásban betöltött szerepe etikailag összeegyeztethetetlen a szerződéskötési folyamatban betöltött szerepével. *Id.* ("A kongresszus méltányosan mérlegelhetné volna a végrehajtó hatalom megbüntetését a szenátus utasításaitól való eltérés miatt...").

²⁶⁰ Az ő közbelépése annál is inkább mivel a szellemíró Essex Result évek óta segítséget és vigaszt nyújt a reziduumelméletet vallóknak. Amint azt a

kétféleképpen: "a szerződések megkötésében és a nemzeti tárgyalások lefolytatásában".²⁶¹ Tekintettel arra, hogy "a szenátusnak... kell lefolytatnia a külpolitikai tárgyalásainkat",²⁶² Parsons számára az volt a kérdés, hogy ezt független döntéshozóként teszi-e, aki jogosult a külpolitikában saját döntést hozni. És a válasza egyértelmű volt: egyáltalán nem. Bármilyen, a szokásos előterjesztési eljárás alapján hozott törvényhozási utasítás kötné az amerikai külpolitika végrehajtását.²⁶³

Ami visszavezet minket a kormányzati hatalom jellemzésének meghatározatlanságához. Ez a meghatározatlanság az oka annak, hogy a föderalista John Jay²⁶⁴ egyetértett az antiföderalista Brutusszal²⁶⁵ abban, hogy a farkasszemet nézés a

művében az Essex Result (akárcsak a kikire támaszkodott) nyilvánvalóan nem másra vonatkozott, mint a különböző tárgykörökben a törvényi utasítások végrehajtására. Mire Parsons a ratifikáció során felszólalt, már jó ideje eltelt, mióta 1778-ban Essex városának írt. De kitartott Montesquieu és Rutherford korábbi alkalmazása mellett, beleértve a végrehajtó hatalom lényegi természetéből fakadó logikai következtetéseket, miszerint a végrehajtó hatalom üres edény.

²⁶¹ Parsons, Mass. Ratific. Debates, 6 DHRC 1313 (1788. január 23.) (reggeli ülés) (kiemelés hozzáadva).

²⁶² Parsons, Mass. Ratific. Debates, 6 DHRC 1313 (1788. január 23.) (reggeli ülés) (kiemelés hozzáadva).

²⁶³ Véleménye szerint "a bármilyen idegen dolgot hozzátehetnek egy pénzszámlához, és a szenátust is rákényszeríthetik, hogy egyetértésre jusson". Parsons, Mass. Ratific. Debates, 6 DHRC 1313 (1788. január 23., reggeli ülés) (a szenátusnak az előirányzatokról szóló törvényjavaslatok módosítására vonatkozó hatáskörének védelme). Parsonnak a kikényszerített jóváhagyással kapcsolatos aggodalma csak akkor értelmes, ha a törvényhozás ezután a költségvetési eljárástól független kötelező jogi erővel bírna. Vö. Luther Martin, *Genuine Information VI*, Baltimore Maryland Gazette, DHRC (1788. január 15.) (hasnólóan vélekedik az előirányzat-törvények alakíthatóságáról).

²⁶⁴ Federalist 64 (Jay), 16 DHRC 309 a kritikára hogy "szerződéseket ... csak a törvényhozói hatalommal felruházott embereknek kellene kötniük", azt állítja, hogy "[a]z a szerződéskötés jogát bárhogy is nevezik, ... [ebből biztosan nem következik, hogy mivel a törvényhozásnak adták a törvényhozás jogát, ezért a törvényhozásnak ugyanígy hatalmat kell adniuk minden más olyan szuverén aktusra is, amely a polgárokat köti és érinti").

²⁶⁵ Brutus érdektelensége a iránt különösen szembetűnő, mivel a szenátus hatalomkeveredése elleni, egyébként könyörtelen és hiperdetektív támadás során történt. Brutus XVI, New York Journal, 17 DHRC 64 (1788. április 10.) ("[W]hogy a szerződések megkötése, amelyben az elnökkel együtt vesznek részt, a kormányzat törvényhozó vagy végrehajtó részéhez tartozik-e, vagy egyikhez sem, nem lényeges.").

a szerződések osztályozása **n**hasznos. Ez a meghatározatlanság az, amiért Hamilton úgy gondolta, hogy a szerződéskötés osztályozása "önkényes elrendezést" foglal magában, sok "szigorú értelem" nélkül.²⁶⁶ És ez a meghatározatlanság az oka annak, hogy a pennsylvaniai ratifikációs konvención a legjelentősebb föderalista és a legjelentősebb antiföderalista egyetértett abban, hogy még ha "a szerződések hatalma ... a törvényhozó hatalom [egyik] ága is"²⁶⁷, mégis igaz, hogy a végrehajtó hatalom "a szerződéseket miniszteriális úton köti".²⁶⁸ (Hogy kristálytisztan legyen: a miniszteriális cselekmény olyan cselekmény volt, amelyet egy felhatalmazó megbízó utasításának megfelelően hajtottak végre.²⁶⁹)

Két nézőpont **n**em volt ellentmondás. Ugyanaz a személy mindkettőt mondhatta, és mindkettőnek igaza lehetett.²⁷⁰ *Szerződések*

²⁶⁶ "Ha figyelmesen figyeljük **n**a szerződési hatalom] inkább a törvényhozó, mint a végrehajtó hatalom jellegét fogja viselni, bár úgy tűnik, hogy nem tartozik szigorúan egyiknek sem a fogalom meghatározása alá sem." ²⁶⁶ Publius: *The Federalist* 75 (Hamilton), *New York Independent Journal*, 16 DHRC 481 (1788. március 26.) ("Bár több, a kormányzás témájáról szóló író ezt a hatalmat a végrehajtó hatalom osztályába sorolja, ez mégis nyilvánvalóan önkényes elrendelés."). Hamilton nyilvánvalóan Montesquieu-re és Rutherforthra utal. *Lásd* Mortenson, *supra* note **_**. Figyeljük meg, hol landol Hamilton, két tekintetben is. Kénytelen választani a kategóriák közül, Hamilton azt mondja, hogy ha a szerződések megkötésére vonatkozó hatalom valamilyen, akkor az a törvényhozás. De Hamilton azt is világossá tette, hogy ha egyszer elkezdjük játszani az "önkényes" keretezést, akkor teljesen jogos a szerződések megkötésének aktusát technikai értelemben is végrehajtó hatalomnak minősíteni.

²⁶⁷ William Findley, Pa. **D**DHRC 457 (1787. dec. 3.) ("Az I. cikk 1. szakaszában foglalt törvényhozó hatalom ellenére a szerződéskötési jogkört az elnök és a szenátus kapja. Ez a törvényhozó hatalom ága"). *Lásd még* Wilson, 2 Farrand 530 (1787. szept. 6.) ("[a] szerződések megkötése [a] törvényhozás").

²⁶⁸ William Findley, Pa. Ratific. **D**DHRC 457 (1787. december 3.) (Wayne jegyzetei); *lásd még id.* (Wilson jegyzetei) (ugyanaz, a "szerződések" helyett a "törvények" szóval, ami nyilvánvaló átírási hiba, tekintettel a következő mondatban szereplő, a szerződéskötés miatti felelősségre vonásra való hivatkozásra); *Lásd még* James Wilson, Pa. Ratific. Debates, 2 DHRC 457 (1787. dec. 3.) (reggeli ülés), **_** DHRC **_**, at (kiemelés hozzáadva) (Wayne jegyzetei) (az elnök és a tanács a [pennsylvaniai] alkotmányban miniszteri úton köti a szerződést).

²⁶⁹ Pl. Locke, *Two Treatises of Government*, 13. fejezet, 153. szakasz **l**ower ... és a végrehajtó hatalom [egyaránt] **n**örvényhozó hatalomnak alárendelt."). Ezért próbálta meg egy antiföderalista képviselő ezt az utóbbi megfogalmazást pártpolitikai előnyére felhasználni: "Ha miniszteriális, akkor a szenátus itt nem törvényhozó testület. A legfelsőbb törvényeket nem lehet miniszteriális, hanem törvényhozási úton meghozni". John Smilie, Pa. Ratific. Conv. 2 DHRC 460 (1787. december 3.) (Wilson feljegyzései).

²⁷⁰ Az észak-karolinai ratifikáló konvenció **n**a legszórakoztatóbb példát kínálja erre

a hktusát jelentette a szerződéskötést "miniszteri úton" hajtották végre.

* * *

Gyakran hiba azt feltételezni, h tizennyolcadik századi kategóriák leképezik a modern problémákat. Itt azonban az eredeti felfogás tisztán átültethető a modern vita nyelvére. És így egészen nyugodtan megállapíthatjuk, hogy a Legfelsőbb Bíróság *originalista szempontból* tévedett, amikor tagadta, hogy "az ügynökségek "törvényhozói hatalmat" és "bírói hatalmat" gyakorolnak".²⁷¹ Az alapítók azt mondták volna, hogy az ügynökségek abszolút törvényhozói hatalmat gyakorolnak, amennyiben olyan kötelező érvényű szabályokat hirdetnek ki, amelyeket a Kongresszus törvényhozásként is elfogadhatott volna. ²⁷² Ugyanakkor az alapítók azt mondták volna - sőt, mondták is -, hogy az ilyen szabályalkotás a végrehajtó hatalom gyakorlását is jelenti, amennyiben arra törvény felhatalmazza.

Röviden, az alapítók között, ügynökségi hatáskör kötelező erejű szabályok kiadásaként kerül megfogalmazásra, akkor az ilyen mértékben a jogalkotói hatáskör gyakorlása. Ha az ügynökségi hatáskör a jogalkotási utasítások végrehajtásaként van megfogalmazva, akkor az ilyen mértékben a végrehajtó hatalom gyakorlása. Ez nem az egyik vagy a másik. Hanem mindkettő. Abban a képességében, hogy kötelezettségeket diktáljon azoknak, akikhez a rendelkezései szólnak, hangsúlyozottan jogalkotási tevékenység. A kongresszus utasításainak való alárendeltségében - legyenek azok akár részletesek, akár nyíltak -, a

villódzó végrehajtó-legitativ hkt nem elegendő ahhoz, hogy részletesen nyomon követhessük az oda-vissza váltakozást, de a küldöttek X napot töltöttek azzal, hogy e két egyenértékűen pontos keret között ide-oda ingázzanak, mielőtt James Iredell - bizonyára elkeseredetten - megjegyezte, hogy "a szerződések hatalmasan fontos, és *valahol* meg kell adni". James Iredell, N.C. Ratific. Debates, 4 Elliott's 128 (1788. július 28.) (kiemelés hozzáadva). A vita értelme úgy tűnt, hogy a föderalista William Davie által hivatkozott standard formulára rendeződik: bár a szerződések fogalmilag valóban törvényhozó jellegűek, a szerződéskötés hatáskörét "minden országban és kormányban a végrehajtó szervekre ruházták". William Davie, N.C. Ratific. Debates, 4 Elliott's 127 (1788. július 28.). És a konvenció végül továbblépett.

²⁷¹ City of Arlington v. FCC, 133 S. Ct. 4 (2013).

²⁷² Vö. Whitman v. American S. 457, 488 (2001) (Stevens, J. részben egyetértett és egyetértett az ítéletben) ("A kormányzati hatalom megfelelő jellemzése általában a hatalom természetétől kell, hogy függjön, nem pedig a hatalmat gyakorló személy személyétől."). Thomas Merrill egy ilyen irányú strukturális érvelést terjesztett elő. Lásd Thomas Merrill, Rethinking Article I, Section 1, 104 Colum. L. Rev. 2097 (2004).

határozottan végrehajtó. Az alapítók felfogása a hatalmi ágak szétválasztásával egyik esetben sincs probléma.

III. 1789 UTÁN

De talán az Alkotmány - csendben teljesen észrevétlenül - megváltoztatta mindezt. Végül is nem lehetséges, hogy a dokumentumnak a hatalmi ágak szétválasztása melletti absztrakt elkötelezettsége, amelyet számos konkrét kötelezettségvállalás érvényesít, tartalmazott egy nem szövegszerű korlátozást is, amely a felruházási záradékok félmondataiban és kisugárzásaiban lappangott? Attól tartunk, hogy a válasz itt is "nem". Az első kongresszus jogalkotási gyakorlatának átfogó áttekintése azt mutatja, hogy az alapítók gyakorlata tükrözte elméletüket: a szabályozási delegációkat csak a törvényhozó akarata és ítélőképessége korlátozta.

A. Az első kongresszus küldöttségei

Amikor az első kongresszus fontosnak tartotta az egyedi nem habozott a törvényi követelményeket részletesen meghatározni - ahogy ez például a vámok esetében gyakran megtörtént. Amikor azonban a kongresszus a rugalmasságot és a mérlegelési jogkört értékelte, kiterjedt jogalkotási hatáskört delegált anélkül, hogy észrevett volna egy alkotmányos kérdést, még kevésbé, hogy megküzdött volna valamilyen ünnepléses "döntési kötelezettséggel", hogy ezáltal "alkotmányellenesen megfosztja-e magát jogalkotási feladataitól"²⁷³.

Valóban, egy modern bíróságnak elgondolkodik azon, hogy az Első Kongresszus vajon az amerikai alkotmányos hagyományba mélyen beágyazottnak tekintett *Gundy* különvéleménye szerint az egyes kritériumok megsértésére törekedett-e? Az első kongresszus felhatalmazásai mind a magánjogokba való beavatkozást, mind pedig azok teljes megfosztását engedélyezték. Messze túllépték Gorsuch bíró elképzelését a miniszteri ténymegállapításról élesen meghatározott jogi kategóriák keretein belül. Összevonták az előírási és végrehajtási hatásköröket az olykor kiterjedt bürokratikus apparátusokon belül. Gyakorlatilag irányítás nélküli mérlegelési jogkört ruháztak át a legfontosabb politikai kérdésekben, amelyek a legsürgetőbb kormányzati ügyeket érintik.

²⁷³ *Gundy v. United States*, 133 S. Ct. 1163 (2013) (Gorsuch, J., más véleményen).

életkor.²⁷⁴ És mindezt anélkül tették, hogy ~~jelölték~~ hogy aggódnak amiatt, hogy ez az Alkotmányt sérti. Összességében véve a Kongresszus mindenfajta delegálással kapcsolatos megnyugvása nem egyeztethető össze a *Gundy* különvéleményének azon állításával, hogy "[a]z alkotmányozók megértették ..., hogy megghiúsítaná az Alkotmány által előírt kormányzati rendszert, ha a Kongresszus csupán homályos törekvéseket jelenthetne be, majd másokat bízna meg a célok megvalósítását szolgáló jogszabályok elfogadásával"²⁷⁵.

Élesítsük ki ennek a csendnek a jelentőségét. Mert a lényeg nem pusztán az, hogy a statútumokat életbe léptették - hanem az, ahogyan azokat megvitatták (és nem vitatták meg!). Talán elképzelhetnénk egy olyan nem átruházási doktrínát az alapításkor, amely történetesen *ex ante* kiválóan úgy volt elhelyezve, hogy az összes következő jogszabályt korlátok között hagyja. De bárki, aki valaha is foglalkozott jogászokkal és politikusokkal, tudja, hogy nem kell több, mint egy színesen releváns probléma szaga ahhoz, hogy az alkotmányos kritikák előkerüljenek a fából. Legalább annyira, mint az a tény, hogy ezeket a korlátlan felhatalmazásokat gyakran fontos témákban gyakran kényszerítő rendelkezések meghozatalára *fogadták el*, itt az a jelentősége, hogy egyikük sem váltott ki még csak egy suttogást sem az aggodalom gesztusának suttogását, hogy a Kongresszusnak egy percet is szánnia kellene arra, hogy megfontolja, vajon a (az originalisták szerint) mélyen gyökerező és jól ismert nem átruházási doktrína nem jelenthet-e potenciális problémát a tárgyalt politikával kapcsolatban. Gondoljunk csak az elnöki kiváltságokra, a szuverén mentességre vagy bármelyik mérsékelt jól bevált doktrínára, és arra az erkölcsi bizonyosságra, hogy minden olyan jogalkotási vita, amely ezen aggályok szomszédságába téved, legalább néhány aggályt fog kifejezni a doktrínákkal kapcsolatban, még akkor is, ha ezeket az aggályokat végül megalapozatlannak tekintik. Számunkra ez a még csak félszívű érvelés hiánya - tudva, amit tudunk

²⁷⁴ Lásd Jerry L. Mashaw, *Revised Administrative Law: Federalist Foundations*, 115 Yale L.J. 1787-1801, 1256, 1338 (2006) ("Néhány ilyen [Federalist-korabeli] delegáció olyan széleskörű volt, hogy elgondolkodhatunk azon, hogy egy XXI. századi bíróság képes lenne-e bármilyen normát találni, amely a közigazgatási hatóság gyakorlását irányítja."). Az 1960-as évek végén Kenneth Culp Davis szelős áttekintést nyújtott az első kongresszus hat delegációjáról. Davis azonban figyelmen kívül hagyta a legjelentősebb delegációkat, és jelentősen alábecsülte az Első Kongresszusból származó bizonyítékok minőségét. Lásd Kenneth Culp Davis, *A New Approach to Delegation*, 36 U. Chi. L. Rev. 713, 719-20 (1969).

²⁷⁵ *Gundy v. United States*, 139 S. Ct. ~~1~~Gorsuch, J., más véleményen).

a politika n a még a jól elfogadott jogi elméletek határainak bizonytalanságáról, és mindenekelőtt az alapító nemzedék sokak fanyar pedanticizmusáról - süketítő erővel szól.

A végeredmény az, hogy his furcsának tűnhet mai szemmel, a delegálással kapcsolatos aggályok nem tűnnek különösen fontosnak az alapítók számára. A Washington elnök iránti közös tiszteletük részben magyarázatot adhat arra, hogy miért (és arra is, hogy a sokat gyűlölt John Adams kormányzása alatt végül miért merültek fel tartós, a delegálásról szóló érvek). De lehetséges, hogy a magyarázat mélyebbre nyúlik. Ahogy James Madison 1787-ben Thomas Jeffersonnak írt levelében kifejtette, az alkotmányozó gyűlést azért hívták össze, mert a politikai elit körében egyre nagyobb aggodalomra adott okot, hogy az 1780-as években az állami törvényhozások visszaéltek a hatáskörükkel, és lábbal tiporták a bevett tulajdonjogokat.

Az törvényeinek változékonysága súlyos rossznak bizonyult. Az igazságtalanság olyan gyakori és kirívó volt, hogy a republikanizmus legkitartóbb barátait is megijesztette. Meggyőződésem, hogy nem tévedek, ha azt mondom, hogy az ezekből a forrásokból eredő rossz hatások jobban hozzájárultak ahhoz a nyugtalansághoz, amely a Konventet létrehozta, és előkészítette a közvéleményt az általános reformra, mint azok, amelyek nemzeti karakterünk és érdekeink számára abból adódtak, hogy a Konföderáció nem felelt meg közvetlen céljainak.

276

Minden bizonnyal az vége felé sok alapítót inkább az a félelem foglalkoztatta, hogy a törvényhozók túl féltékenyek lesznek a saját hatáskörükre, mint annak a veszélye, hogy az új nemzeti törvényhozás elősegíti saját marginalizálódását:

"A köztársasági kormányzatban" - magyarázta Madison az 51. föderalista levélben - "szükségszerűen a törvényhozó hatalom dominál." ²⁷⁷ Ha ez igaz volt, akkor nem volt okunk attól tartani, hogy a Kongresszus mint intézmény nem lesz képes megvédeni előjogait az elnöki visszaélésekkel szemben.

²⁷⁶ James Madison levele 1787. október 24., újranyomtatva: Papers of James Madison 10:207-15. E nézet klasszikus megfogalmazását lásd Gordon Wood, *The Radicalism of the American Revolution* (1993).

²⁷⁷ Federalist 51.

Bármi legyen is a magyarázat, hogy az első kongresszus történeti feljegyzései szinte alig tartalmazzak a delegálással kapcsolatos aggályokat. Mielőtt rátérnénk erre a feljegyzésre, egy tisztázó szó. Míg az általunk tárgyalt delegációk közül sok felhatalmazta a szövetségi tisztviselőket arra, hogy magánszemélyekre vonatkozó magatartási szabályokat alkossanak - ami a Gundy-delegáció ellenzőjének és a nem átruházás doktrínájának legtöbb originalista védelmezőjének fő aggálya -, néhány nem tette ezt. Vitánk szélesebb körű, mivel az alapítók nem osztották Gorsuch bírónak a törvényhozói hatalomra vonatkozó ahistorikus definícióját. Ha az alapításkor létezett volna a nem átruházás doktrína, akkor azt *minden olyan* törvény kiváltotta volna, amely felhatalmazta a szövetségi tisztviselőket arra, hogy felhatalmazó utasításokat adjanak ki, függetlenül attól, hogy ezek az utasítások magánszemélyekre vonatkoztak-e. Valójában az első, végül is megjelenő nem átruházási kifogások olyan törvények ellen irányultak, amelyek *nem* tették lehetővé az előíró szabályalkotást.²⁷⁸

1. A rendőrségi hatalom a szövetségi területeken

Kezdjük azzal a ténnyel, hogy az első szövetségi földek feletti teljes rendőrségi hatáskörét a szövetségi tisztviselőkre ruházta át, hogy azok korlátlan mérlegelési jogkörükben hajtsák végre. A Kongresszus egyik első aktusa az Északnyugati Rendelet "folytatása" volt, amely felhatalmazta a területi kormányzót és a bírákat, hogy

elfogadja és közzéteszi a ~~haz~~ eredeti államok büntető és polgári törvényeit, amelyek szükségesek és a kerület körülményeihez a legjobban illeszkednek ... ; mely törvények a kerületben az ottani közgyűlés megszervezéséig hatályban maradnak, hacsak a Kongresszus nem hagyja jóvá; de azután a [területi] törvényhozás jogosult azokat úgy módosítani, ahogyan azt jónak látja.²⁷⁹

Az első ~~haz~~ által örökölt módon a delegáció így a területek teljes törvénykezési jogkörének kialakítására vonatkozó mérlegelési jogkört adott át...

²⁷⁸ Lásd a III.C. és III.D. részt.

²⁷⁹ Act of Aug. 7, 1789, 1 Stat. 50-51 (az Északnyugati Rendelet újrayomása a margón). Az északnyugati rendeletről és a kontinentális kongresszus alatti hasonló területi delegációkról lásd fentebb. Mivel a területi törvényhozás csak 1799-ben ült össze, a delegáció az Első Kongresszus idején volt teljes mértékben hatályban.

beleértve a büntetőjogi törvényeket is, amelyek a ~~terület~~területvédők szerint különösen súlyos aggályokat vetnek fel az átruházás tilalmával kapcsolatban.²⁸⁰

Az első kongresszus ~~terület~~területváltoztatást eszközölt, hogy "a [rendeletet] a jelenlegi alkotmányhoz igazítsa". De vajon újonnan meghatározott normákat szabott-e egy olyan delegációra, amely (a modern nemdelegációs doktrína hívei számára) az új alkotmány számára anatómia kellett, hogy legyen? Távolról sem. Mindössze három törvényi "kiigazítás" történt. Először is, az új törvény az elnököt kinevezési és felmentési jogkörrel ruházta fel a korábban a kontinentális kongresszus által kinevezett területi tisztviselők felett. Másodsor, a statútum előírta, hogy a kormányzónak a Kongresszus helyett az elnökkel kell kommunikálnia. Harmadszor, a statútum felhatalmazta a területi titkárt, hogy a kormányzó feladatait ellássa abban az esetben, ha a kormányzó távozik hivatalából.²⁸¹ Ennyi. Ami az Első Kongresszust illeti, az Északnyugati Rendelet korlátlan rendőri jogkör korlátlan átruházása nem vetett fel más alkotmányos problémát.

A modern nem átruházási ~~terület~~területirreleváns, hogy az északnyugati rendelet újbóli elfogadása a IV. cikk teljes körű területi záradékán alapult, nem pedig a cikk egyik konkrét felsorolásán.

I. A ~~terület~~területi tartalmi terjedelme nem befolyásolja a hatáskör minősítését, még kevésbé annak átruházhatóságát. Ami a besorolás kérdését illeti, a IV. cikk szerinti, a "területre vonatkozó minden szükséges szabály és rendelkezés meghozatalára" vonatkozó hatáskör jogalkotási hatáskör - ugyanúgy, mint az I. cikkben felsorolt hatáskörök.²⁸² Ami az átruházhatóság kérdését illeti, a IV. cikk szerinti területi hatáskör kizárólag a Kongresszusra van ruházva - ismét csakúgy, mint az I. cikkben felsorolt hatáskörök. Ha az originalistáknak igazuk van abban, hogy a Kongresszus nem delegálhatja az I. cikk szerinti hatáskörét a "kereskedelem szabályozására", akkor ebből az is következik, hogy a Kongresszus nem delegálhatja a IV. cikk szerinti hatáskörét sem, hogy

²⁸⁰ Lásd pl. Gundy v. United States, **5**. Ct. 2116, 2145 (Gorsuch, J., más véleményen) ("Ha megengednénk, hogy a nemzet legfőbb bűnüldöző tisztviselője írja a büntetőjogi törvényeket, amelyek betartásával őt bízták meg ..., az a hatalommegosztásunk minden értelmes érvényesítésének végét jelentené, és meghívná a többség zsarnokságát, amely akkor következik be, ha a jogalkotás és a bűnüldözés felelőssége egy kézben egyesül.").

²⁸¹ 1789. augusztus 7-i törvény, 1 Stat. 50, 53.

²⁸² U.S. Const. art. IV, sec. 3 ("A Kongresszusnak hatalma van rendelkezni és minden szükséges szabályt és rendeletet alkotni az Egyesült Államok területére vagy egyéb tulajdonára vonatkozóan.").

"a területre szükséges szabályokat és ~~rendelet~~" Az újra elfogadott északnyugati rendelet azonban ezt a hatáskört - teljes egészében - a terület irányításáért felelős végrehajtó és igazságügyi tisztviselőkre ruházta át.

Ez sem volt véletlen ~~vagy~~ 1792-ben a Kongresszus kifejezetten felhatalmazta az Északnyugati Terület "kormányzóját és bírát", hogy "az általuk hozott törvényeiket hatályon kívül helyezték, bárki is találja azokat helytelennek".²⁸³ Ezzel a Kongresszus nem árulta el, hogy zavarban van amiatt, hogy más szereplőkre ruházta a törvényhozás hatáskörét. És valahányszor a korai kongresszusok új területeket hoztak létre, felhatalmazást adtak a kormányzóknak, a bírának és a területi törvényhozásoknak, hogy "a területre vonatkozó szabályokat és rendeleteket" fogadjanak el, a kongresszusi felügyelet alatt. Így tettek a délnyugati terület esetében (amelynek kormánya "hasonló lesz ahhoz, amelyet most [az északnyugati területen] gyakorolnak"),²⁸⁴ a Mississippi terület esetében ("minden tekintetben hasonló kormány, mint amelyet most [az északnyugati területen] gyakorolnak"),²⁸⁵ és az Indiana terület esetében ("minden tekintetben hasonló kormány, mint amelyről az északnyugati területet újra felhatalmazó eredeti törvény rendelkezik").²⁸⁶

E megközelítés szívósságát ~~h~~ legjobban a Kongresszusnak a Columbia kerületre vonatkozó törvényei példázzák, amelyeket a Kongresszus azon felhatalmazása alapján fogadott el, hogy "minden esetben kizárólagos jogalkotást gyakoroljon [a fővárosi kerületben]."²⁸⁷ Ha az Alkotmány bármely rendelkezése tiltja a jogalkotási hatáskör átruházását, akkor az ez a rendelkezés lenne az. Mégis, már az első kongresszus három biztosra ruházta át "az elnök irányítása alatt" a fővárosi kerület "megfelelő méreteinek és határainak" meghatározására vonatkozó hatáskört, alig több útmutatással, minthogy a kerületet

²⁸³ Az 1792. május 8-i törvény, 1 Stat. 285, 286.

²⁸⁴ Act of May 26, 1790, 1 Stat. 123 (hivatkozással ~~az~~ 1790. április 2-i törvényt, 1 Stat. 106, 108) (előírva, hogy az észak-karolinai jog lesz irányadó "mindaddig, amíg azt az említett terület törvényhozó hatósága hatályon kívül nem helyezi, vagy más módon meg nem változtatja").

²⁸⁵ 1798. április 7-i törvény, 2 Stat. 549, ~~5~~

²⁸⁶ Az 1800. május 7-i törvény, 2 Stat. 58, 59.

²⁸⁷ U.S. Const., Art I., §8, cl. 17 (~~17~~)

valahol a *Rome* közel 100 mérföldes szakaszán.²⁸⁸ Ezen a ponton "az így meghatározott, behatárolt és elhelyezkedett körzetet kell tekinteni az Egyesült Államok kormányának állandó székhelyéül e törvény által elfogadott körzetnek."²⁸⁹ A megbízottak "olyan mennyiségű földet" is vásárolhattak a Potomac folyótól keletre, "amennyit az elnök megfelelőnek tart az Egyesült Államok használatára", valamint "megfelelő épületeket biztosíthattak" a Kongresszus, az elnök és más állami hivatalok elhelyezésére.²⁹⁰ A kormánynak az újonnan létrehozott körzetbe való költözésével járó "szükséges költségek" fedezésére a törvény határozatlan idejű és határozatlan időre szóló előirányzatot hozott létre.²⁹¹ Amint David Currie írta, "[f]agy alkotmányossági szempontból a jogszabály legfigyelemreméltóbb jellemzője a felhatalmazás széleskörűsége volt"²⁹².

De a kongresszus nem állt meg itt. A terület polgármesterének és tanácsának mérlegelési jogkört adott a kereskedelemtől, a művészettől és az egészségpolitikától kezdve a magántulajdonon és a kellemetlenségekre vonatkozó törvényeken át egészen az adók megállapításáig és beszedéséig:

A fent említett társaságnak teljes jogkörrel és hatáskörrel rendelkeznie az összes alapszabály és rendelet elfogadására; az alábbiak megakadályozására és eltávolítására

²⁸⁸ Az 1790. július 16-i törvény, 1 Stat. A törvény kimondta, hogy az új körzetnek "a Potomac folyón, a Keleti ág és a Connogochegue torkolata közötti helyen" kell elhelyezkednie. Id. A Potomac keleti ága a mai Anacostia folyó, a Connogochegue Creek pedig a mai Williamsport közelében ágazik szét, Maryland államban. (A távolsági számítás a szerzőknél található.) A javaslat egy korábbi változata Tucker képviselő ellenvetésébe ütközött: "Nincs hiányérzetem az elnök vagy az általa alkalmazott személyek ítélőképessége és belátása iránt, de soha nem tudok egyetérteni azzal, hogy olyan ügyekben gyakorolják ítélőképességüket vagy belátásukat, amelyekben egyedül a törvényhozás két ága illetékes". 1 Annals Cong. 879 (1789. szeptember) (Tucker képviselő nyilatkozata). Úgy tűnik, hogy Tucker alkotmányos politikai érvelést fogalmazott meg, és nem ragaszkodott a delegálás alkotmányos akadályához. Mindenesetre a Kongresszus egésze nem értett egyet.

²⁸⁹ 1790. július 16-i törvény, 1 Stat. 130. Még az 1791. március 3-i törvényt, 1 Stat. 214 (amely előírja, hogy "az elnöknek jogában áll egy meghatározott földrajzi terület bármely részét" "az említett körzet részévé tenni").

²⁹⁰ 1790. július 16-i törvény, 1 Stat. 130.

²⁹¹ 1790. július 16-i törvény, 1 Stat. 130.

²⁹² David P. Currie, *Az alkotmány kongresszusban: A föderalista időszak*: 109. o.

a kellemetlenségek megelőzése; a fertőző betegségek városon belüli megakadályozása; éjszakai őrség vagy járőrök felállítása és lámpák felállítása; a hajók állomásozásának, horgonyzásának és kikötésének szabályozása; az árverések, a szeszesital-kiskereskedők, a lovas kocsik, szekerek, kocsik és kocsik, valamint a zálogházak engedélyezése és szabályozása a városon belül; a szerencsejátékok korlátozása vagy betiltása, valamint a színházi és egyéb nyilvános szórakozások engedélyezése, szabályozása vagy korlátozása a város területén; piacok szabályozása és létrehozása; hidak építése és javítása; a szükséges utcák, sugárutak, csatornák és csatornák karbantartása, valamint az említett város tervének megfelelően ezek megőrzéséhez szükséges rendeletek elfogadása; gondoskodni a Kongresszus által meghatározott súly- és mértékszabvány biztonságos megtartásáról, valamint a városban használt súlyok és mértékek szabályozásáról; gondoskodni a kéményseprés engedélyezéséről és szabályozásáról, valamint a kéményseprés díjának megállapításáról; létrehozni és szabályozni a tűzoltóságokat és tűzoltó társaságokat; szabályozni és megállapítani a városban gyártandó és használandó téglák méretét; kutak süllyesztése, valamint szivattyúk létesítése és javítása az utcákon; pénzbírságok, büntetések és pénzbüntetések kiszabása és alkalmazása a rendeletek megszegése miatt; adók kivetése és beszedése; a tűz megelőzésére és oltására vonatkozó szabályzatok meghozatala; és minden olyan rendelet meghozatala, amely szükséges ahhoz, hogy a Washington város testületeire ruházott valamennyi hatáskör érvényre jusson és működjön.²⁹³

Az alapszabály még a szükséges és megfelelő klauzula változatát is tartalmazta, amely felhatalmazta az önkormányzatot, hogy "minden olyan rendeletet elfogadjon, amely szükséges ahhoz, hogy a Washington város testülete által biztosított összes jogkört érvényre juttassa és működtesse". Részletezés és részletezés, valóban.

2. Kereskedelmi rendeletek

Az ipari előmozdítása é fiatal nemzet gazdaságának fejlesztése érdekében az Alkotmány felhatalmazta a Kongresszust, hogy "biztosítsa a következő feladatokat:".

²⁹³ Az 1802. május 3-i törvény, 2 Stat. 193. A körzet kezdeti megszervezését lásd: 1801. március 3-i törvény, 2 Stat. 115; 1801. február 27-i törvény, 2 Stat. 103. Az 1801. évi törvény vitájában Macon képviselő - különösebb meggyőződés nélkül - azt mondta, hogy "kétkelkedik abban, hogy az Unió törvényhozása egyáltalán

2019

KÜLDÖTTSÉG AZ É

90

átruházhatna hatásköröket erre a helyi önkormányzatra". 10 Annals Cong. 1000.
A Kongresszus nyilvánvalóan nem értett egyet.

korlátozott ideig ... feltalálóknak a ... felfedezéseik jogát. ²⁹⁴ Az első kongresszus ezt az Egyesült Államok kereskedelmi élete feletti döntő fontosságú hatáskört - teljes egészében - azonnal a végrehajtó hatalomra ruházta. A legelső szabadalmi törvényében a Kongresszus a külügyminisztert, a hadügyminisztert és a főügyészt ("vagy közülük bármelyik kettőt") hatalmazta fel arra, hogy szabadalmat adjon új találmányokra. Az egyetlen politikai iránymutatás - ha lehet ezt annak nevezni - az volt, hogy "a találmányt vagy felfedezést kellően hasznosnak vagy fontosnak kell tekinteniük" ahhoz, hogy legfeljebb tizenkét évig tartó oltalomban részesüljenek. ²⁹⁵ A kongresszus a három kabineti tisztviselőre bízta, hogy maguk döntsék el, mi számít "kellően hasznosnak vagy fontosnak" ahhoz, hogy jogilag érvényesíthető monopóliumot adjanak ki, és mennyi időre. ²⁹⁶ A végrehajtó hatalom így felhatalmazást kapott arra, hogy előírja, elismerje és kiigazítsa mind a feltalálók, mind a feltételezett jogsértők magánjogait - más szóval, éppen az a fajta "biankó csekk a magánmagatartást szabályozó magatartási kódex megírására", amelyet Gorsuch bíró a *Gundy-ügyben* elítélt. ²⁹⁷

Az említett kódex megírása sem triviális dolog, amely csupán a részletek kitöltéséből állt. Ahogy Thomas Jefferson néhány évvel az első szabadalmi tanácsban való szolgálat után gondolkodott: "Jól tudom, milyen nehéz meghúzni a határt azon dolgok között, amelyek nem érik meg a nyilvánosság számára a kizárólagos szabadalom kínos helyzetét, és azok között, amelyek nem", és megjegyezte, hogy "lassan halad", amellyel "az általános szabályok rendszerét ki lehetne alakítani".²⁹⁸ Ennek ellenére Jefferson azt mondta, hogy számos szabályt valójában "a tanács állított fel". Nem adtak ki szabadalmat például egy korábbi találmány alkalmazásának megváltoztatására ("a víz emelésére szolgáló láncos szivattyút búzanevelésre is lehet használni"), vagy az anyag megváltoztatására ("az ekeolló inkább öntött, mint kovácsoltvasból való készítése"), vagy pusztán a forma megváltoztatására ("egy kerek kalapot

²⁹⁴ U.S. Const., art. I, sec. 8, cl. 8.

²⁹⁵ 1790. április 10-i törvény, 1 Stat. 109, § 6 (szabadalmi törvény).

²⁹⁶ Lásd Herbert Hovenkamp, *Classical Law*, 58 Ariz. L. Rev. 263, 268 (2016) ("A törvény szinte semmit sem írt elő az érdemi vagy eljárási felülvizsgálati normákról."); Edward C. Walterscheid, *Patents and the Jeffersonian Mythology*, 29 John Marshall L. Rev. 269, 284 (1995) ("A szabadalmi tanácsot így szinte teljesen a saját eszközeire bízta a törvény végrehajtásában").

²⁹⁷ *Gundy*, slip op. 25 (Gorsuch, J., írt).

²⁹⁸ Lásd P. J. Federico, *Operation of Act of 1790*, 6 J. Pat. & Trademark Office Soc. 373, 378 (1930) (idézi Jefferson).

a három négyzet helyett").²⁹⁹ E szabályok szerepelt az alapszabályban. Ehelyett egy olyan szabadalmi tanács alkotásai voltak, amely a kongresszus széleskörű felhatalmazása alapján általános szabályokat alkotott.

3. *Kereskedelem és egyéb interakciók az indián őslakosokkal*

"Semmi sem jobban a föderalista kormányzatot" - írja Gordon Vint a transz-Appalache-i Nyugat őslakosainak kezelése".³⁰⁰ A kongresszus tagjai, akik elkötelezettek voltak a területek rendezett betelepítése mellett, és félték egy indiánháború kirobbantásától, általában osztották George Washington nézetét, miszerint

Ha hagyjuk, hogy egy nagy kiterjedésű elárasszanak a földkereskedők, spekulánsok és monopolizálók, vagy akár a szétszórt telepések, az ... nem egyeztethető össze azzal a bölcsességgel és politikával, amelyet valódi érdekeink diktálnak, vagy amelyet egy felvilágosult népnek el kellene fogadnia; és emellett terhes a vitákkal, mind a vadakkal, mind magunk között, amelyeknek a gonoszságát könnyebb elképzelni, mint leírni.³⁰¹

²⁹⁹ P. J. Federico, Operation of the 1790, 6 J. Pat. & Trademark Office Soc. 373, 378 (1930) (idézi Jeffersont). Többek között az első szabadalmi tanácsnak is ki kellett találnia "a találmányi elsőbbség megállapításának megfelelő eszközét az egymással szemben álló igénylők között, mivel az 1790. évi törvény nem adott semmilyen útmutatást". Edward C. Walterscheid, Patents and the Jeffersonian Mythology, 29 John Marshall L. Rev. 269, 284 (1995). Bár a testület választhatta volna az első bejelentésig történő megközelítést, ezt elutasította.

³⁰⁰ Gordon S. Wood, Empire of 2009). A kérdés politikai központi szerepéről az amerikai politikában lásd pl. id. 114-23 (2009); Richard White, The Middle Ground: Indians, Empires, and Republics in the Great Lakes Region (1991); Reginald Horsman, The Frontier in the Formative Years (1975).

³⁰¹ George Vint levele James Duane-nek, 1783. szeptember 7., <https://founders.archives.gov/documents/Washington/99-01-02-11798>; id. ("És miért? csak azért, hogy néhány fősvény embernek sokak kárára és a kormány zavarba ejtésére felnagyítsanak. [F]avagy az emberek, akik ilyen tevékenységet folytatnak, anélkül, hogy a legkisebb mértékben is hozzájárulnának a kormány támogatásához, vagy úgy tekintenek magukat, mint akik engedelmességek a törvényeinek, féktelen magatartásukkal kibogozhatatlan zűrzavarba sodorják azt, és több mint valószínű, hogy nagy mennyiségű vérontásba").

Ugyanakkor a jogalkotók én hogy a megfelelően szabályozott kereskedelem ("csalás és zsarolás nélkül" ³⁰²) eszközként szolgálhat az indián törzsekkel való jó viszony előmozdítására. Washington már régóta a szabályozási kalibráció e problémájára adott bürokratikus válasz mellett érvelt: "senki sem kereskedhet az indiánokkal anélkül, hogy előbb engedélyt ne szerezne, és ne adna biztosítékot arra, hogy megfelel az előírt szabályoknak és előírásoknak, ahogyan az a háború előtt történt" ³⁰³.

Az első kongresszus elfogadta Washington 1783-as javaslatának g változatát, amely nemcsak a "kereskedelmet", hanem mindenfajta "indián törzsekkel való érintkezést megtiltott a területi hivatal felügyelője által kiadott engedély nélkül". ³⁰⁴ (Ezzel az alkotmány előtti rendszert utánozta, amely nem csak a "kereskedelemhez", hanem egyszerűen "az Egyesült Államok területén lévő ... bármely indián nemzet között való tartózkodáshoz" is engedélyt követelt ^{meg305}).

hatal kiadott rendeletek "szabályoznák[]" az ilyen engedélyt kapott személyeket "minden olyan dologban, amely az említett kereskedelmet és forgalmat érinti". A törvény azonban semmit - egyetlen szót sem - nem mondott e szabályok, rendeletek vagy mentességek tartalmáról, még kevésbé bármi olyat, ami megközelítené a Gundy által megfogalmazott követelményt, miszerint "kellően határozott és pontos normáknak kell lenniük ahhoz, hogy a kongresszus, a bíróságok és a nyilvánosság meggyőződhesen arról, hogy

³⁰² Matthew L. M. Fletcher, *The Giff the Political Status of Indian Tribes*, 82 St. John's L. Rev. 153, 171 (2008) (idézi Washington 1793-as, a Kongresszushoz intézett beszédét).

³⁰³ George W. levele James Duane-nek, 1783. szeptember 7., <https://founders.archives.gov/documents/Washington/99-01-02-11798>.

³⁰⁴ 1790. július 22-i törvény, 1 Stat. Ugyanebben a törvényben a Kongresszus érvénytelennek nyilvánította az indián földek minden olyan eladását, amely nem szerződés alapján történt. Act of July 22, 1790, 1 Stat. 137, 138. Ahogy Matthew Fletcher kifejtette, a Kongresszus így garantálta (vagy legalábbis megpróbálta), hogy minden indiánoktól vásárolt földdarabnak "a szövetségi kormány kezén kellett átmennie". Matthew L. M. Fletcher, *The Original Understanding of the Political Status of Indian Tribes*, 82 St. John's L. Rev. 153, 155 (2008).

³⁰⁵ Rendelet az szabályozásáról, 30 J. Cont. Cong. 426 (1786. július 24.) (bürokrácia létrehozása, amelynek élén "felügyelők" állnak, akiket a tartózkodási engedélyek kezelésétől a raktárak és ajándékok kezeléséig terjedő hatáskörökkel ruháztak fel).

Kongresszus útmutatását a törvény arra utasította az elnököt, hogy a semmiből építsen fel egy keretrendszert, teljes belátása szerint: az engedélyesekre "olyan szabályok és előírások vonatkoznak ..., amelyeket az elnök ír elő." ³⁰⁷ A törvény még arra is felhatalmazta az elnököt, hogy teljesen eltekinthessen az engedélyezési kötelezettségtől az indián törzsek esetében, "amelyeket településeiken az Egyesült Államok polgárai vesznek körül", és ehhez nem volt más követelmény, mint hogy "ő ... megfelelőnek tartja". ³⁰⁸ A törvény szerint az engedélyezéshez szükséges szabályok és előírások nem voltak kötelezőek.

Washington elnöknek nem volt gyakorolja újonnan kapott hatáskörét a magánélet felett. 1790-ben szabályokat adott ki, amelyek "két részleget" hoztak létre az indiánkereskedelem szabályozására, amelyek közül a déli részleg kifejezetten tartalmazta az "Egyesült Államok határain belüli területeket". ³⁰⁹ A szabályok többek között kimondták, hogy csak amerikai állampolgárok kaphatnak engedélyt; hogy a részlegek felügyelői "kijelölhetik azokat a határokat, amelyeken belül az egyes kereskedőknek kereskedniük kell"; és hogy csak az indiánok "kényelméhez és kényelméhez szükséges" árukat - nem pedig "szeszes italt" - lehet közvetlenül az indiánvárosokban és -falvakban értékesíteni. ³¹⁰

Az elnöki rendeletek tehát **hogynivel** kereskedhet és **bárhol**, beleértve az **Államok belül** is. ³¹¹ Ezek a szabályok

³⁰⁶ Gundy v. United States, slip p. 2019 (Gorsuch, J., másként vélekedik) (a belső idézeteket kihagyva).

³⁰⁷ Act of July 22, 1790, 1 Stat. 137 (hozzáadva); lásd még Act of Mar. 1, 1793, 1 Stat. 329 (módosította a törvényt, de megtartotta a felhatalmazást).

³⁰⁸ Az 1790. július 22-i törvény, 1 Stat. 137.

³⁰⁹ George Washington levele Minoxnak, 1790. augusztus 13., *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Washington/05-06-02-0119> (Timothy Pickering másolatának újranyomtatása a delegálás alapján kiadott rendeletekről).

³¹⁰ Id.

³¹¹ Act of July 22, 1790, 1 Stat. 137 (hozzáadva); lásd még Act of Mar. 1, 1793, 1 Stat. 329 (módosította a törvényt, de megtartotta a felhatalmazást). Gary Lawson elismeri, hogy az indiánkereskedelmet szabályozó törvény "komoly dolog": a törvény "lényegében arra utasítja az elnököt, hogy menjen és tegyen jót az indián törzsekkel folytatott kereskedelem tekintetében". Ennek ellenére azzal az indokkal utasítja el, hogy "a "végrehajtó hatalom" [lehet] elég széleskörű a külügyek területén ... ahhoz, hogy a Kongresszus ebben a kontextusban nagyobb mérlegelési jogkört adjon az elnöknek, mint más kontextusban". Gary Lawson, *Delegation and Original Meaning*, 88 Va. L. Rev.

amelyeket a kongresszus valamilyen ~~de~~ kifolyólag nem alakított ki - sőt, még arra sem volt hajlandó utalni, hogy mi legyen a tartalmuk. Ugyanakkor nincs bizonyíték arra, hogy bárki bármikor is bármi olyasmit emelt volna a megállapodással szemben, ami az átruházás tilalmára utaló kifogást jelentett volna.

4. Szociális jóléti és jogosultsági ellátások

A tizennyolcadik ~~a~~ végén apolitikailag legjelentősebb juttatási programok a hadsereg tagjait célozták meg. Az éppen szolgálatban lévők esetében a Kongresszus felhatalmazta az elnököt, hogy azonosítsa bármelyik katonáját, aki "megsebesült vagy rokkant, miközben közszolgálatban teljesített szolgálatot", és felvegye "az Egyesült Államok rokkantjainak listájára, olyan mértékű fizetéssel és olyan szabályok szerint, amilyeneket az Egyesült Államok elnöke egyelőre elrendel."³¹² A juttatások nagyságának felső határának meghatározásán kívül azonban a Kongresszus semmiféle útmutatást nem adott. Semmit arról, hogyan kell eldönteni a jogosultságot; semmit arról, hogyan kell kiszámítani az összeget; semmit arról, hogyan kell kifizetni; semmit arról, hogyan kell értékelni a rendelkezésre állását; semmit arról, hogyan kell dolgozni a

327, 401-02 (2002). Amint azonban egyikünk máshol ~~al~~apítók valójában nem hittek abban, hogy a "végrehajtó hatalom" eredendően "széleskörű a külügyek területén". Mortenson, Article II Vests Executive Power, not the Royal Prerogative, supra note ; Mortenson, The Executive Power Clause, supra note .

Philip Hamburger azzal a furcsa indokkal utasítja el az indiai kereskedelemre vonatkozó ~~de~~ hogy "az olyan személyek, mint az indiai kereskedők, nem voltak teljes mértékben a hazai jog hatálya alatt". Philip Hamburger, Is Administrative Law Unlawful?, 105. o. (2014). De az, hogy egy nemzet törvényei nem vonatkoznak valakire, aki nem tartozik e törvények hatálya alá, tautológia. Ami azokat az állampolgárokat és külföldieket illeti, akikre a törvény *igenis* vonatkozott - a törvény kimondta, hogy "senki sem folytathat kereskedelmet vagy érintkezést az indián törzsekkel engedély nélkül", 1 Stat. 137 (kiemelés hozzáadva) -, az elnöknek joga volt kötelező szabályokat alkotni a magánéletre vonatkozóan. Úgy tűnik, Hamburger a "határokon átnyúló vagy offshore problémák" esetében a nem átruházás doktrína alóli kivételre gondolt. Hamburger, supra, 105. o. De számos indián törzs az Egyesült Államok megállapított határain belül helyezkedett el, és a velük folytatott kereskedelem is tilos volt. Ami még lényegesebb, az alapító korszakban senki sem javasolta ténylegesen, hogy a törvényhozói hatalmat a határvidékekre kiterjedtebben lehetne delegálni. Ez egy poszt hoc érvelés, amelyet a modernkori eredetvédők kínálnak fel, hogy megmagyarázzák az ellentétes bizonyítékokat, nem pedig egy történelmileg megalapozott különbségtétel.

³¹² 1790. április 30-i törvény, 1 Stat. 119, 2

a pénzforrásokra vonatkozó, egymással versengő igényeket. A delegáció különösen figyelemre méltó volt, mivel jellemzően a törvényhozó közgyűlések - és nem a végrehajtó hatalom - voltak felelősek annak eldöntéséért, hogy ki kerüljön fel a nyugdíjaslistákra.³¹³

A megsebesült veteránok számára az első kongresszus még bonyolultabb struktúrát hozott létre az átruházott hatáskörökből, amely az eredetileg a kontinentális kongresszus által létrehozott nyugdíjrendszerre épült. Röviddel az ellenségeskedések kitörése után az alkotmány előtti törvényhozás életfogytiglani, félfizetéses nyugdíjat ígért azoknak a katonáknak, akik elvesztették egy végtagjukat, vagy "más módon olyan rokkantak voltak, hogy nem tudtak a hadseregben vagy a haditengerészetnél szolgálni, vagy megélhetésüket biztosítani."³¹⁴ Az enyhébb sérülésekkel rendelkezőknek "megfelelőnek ítélt" nyugdíjat ajánlottak fel azok, akikre ezt a hatáskört átruházták.³¹⁵ A pénzsűkében lévő Kontinentális Kongresszus azonban nem tudta maga finanszírozni vagy felügyelni ezeket a nyugdíjakat, és erre az államokat buzdította.³¹⁶ Bár a nyugdíjakra vonatkozó szabályokat a ratifikációt megelőzően többször is kiigazították,³¹⁷ az ellenőrzés államokra - pontosabban azok törvényhozóira - való átruházása megmaradt. "Következésképpen" - ahogy egy kommentátor ironikusan megjegyezte - "a kontinentális nyugdíjrendelkezés éppen olyan hatékony volt, amilyenné az egyes államok választották, és sok esetben nagyon tökéletlenül látták el a rájuk ruházott igazgatási feladatokat"³¹⁸.

Az első kongresszus átvette a pénzügyi kifizetésekért, és egyúttal a nyugdíjrendszer kezelésének felelősségét is átruházta a nyugdíjakra.

³¹³ Floyd D. Shimomura, 45 La. 25, 637 (1985) ("[A]z Alkotmány létrehozásának idején a követelések meghatározásának "törvényhozási modellje" mind állami, mind nemzeti szinten az amerikai politikai hagyomány szilárdan rögzült része volt.").

³¹⁴ Ford, *Journals of the Continental Congress*, at 702-04 (beszámoló az 1776. augusztusi eseményekről); lásd még Ford, *Journals of the Continental Congress*, vol. 12, at 953-54 (beszámoló az 1778. augusztusi eseményekről).

³¹⁵ Ford, *Journals of the Continental Congress*, at 703. pont.

³¹⁶ Ford, *Journals of the Continental Congress*, vol. 5, at 704 (ajánlja, hogy "a különböző államok ... intézkedjenek ... az Egyesült Államok számlájára történő fizetésről").

³¹⁷ William H. Glasson, *Federal Military Service in the United States* 21-23 (1918).

³¹⁸ William H. Glasson, *Federal Military Service in the United States* 21 (1918).

rendszer az elnökben. Ezzel csak azt határozta meg, hogy a nyugdíjakat "az Egyesült Államok ... az Egyesült Államok elnöke által meghatározott szabályok szerint folytatja és folyósítja."³¹⁹ Nem adott útmutatást arra vonatkozóan, hogy az elnök hogyan teljesítheti a feladatait, milyen elvek vezérelhetik a "szabályait", milyen korlátozások veszélyeztethetik a meglévő elvek "folytatását", vagy milyen politikai prioritások kerültek előtérbe a rendszer végrehajtása során.

Az első kongresszus fenntartotta ezt a hatáskört, hogy az igénylőket felvegye a nyugdíjasok listájára.³²⁰ De annyira megostromolták a sebesült katonák beadványai, hogy a Második Kongresszus a bíróságokat hívta segítségül a vitatott igények rendezésére.³²¹ A bírósági döntéseket a hadügyminiszter vizsgálhatta felül, aki "minden olyan esetben, amikor [neki] oka van arra gyanakodni, hogy az igénylőt átverés vagy tévedés érte", jogosult volt kihagyni egy igénylőt a nyugdíjalapokból.³²² A szövetségi bíróságok azonnal tiltakoztak a rendszer alkotmányellenessége miatt - de nem azért, mert a bírákra vagy a hadügyminiszterre ruházott politikai mérlegelési jogkört. Az egyetlen problémát abban látták, hogy alkotmányellenesnek vélték, ha egy végrehajtó tisztviselőnek engedélyezik egy bírói döntés felülbírálatát. A Legfelsőbb Bíróság elkerülte a kérdés eldöntését a *Hayburn-ügyben*, amely után a Kongresszus úgy módosította a törvényt, hogy a bíróságok közreműködését a bizonyításfelvételre korlátozta, amelyről nyilvánvalóan úgy vélték, hogy összeegyeztethető a bírói szereppel.³²³ Beszédes, hogy e szövevényes történet során senki sem emelt kifogást az átruházás tilalma ellen, hogy ilyen korlátlan mérlegelési jogkörrel ruházzák fel a végrehajtó hatalmat.

³¹⁹ Az 1789. szeptember 29-i törvény, 1 Stat. 9. Az első kongresszus még két alkalommal megújította a küldöttséget a ciklus vége előtt. Lásd az 1790. július 16-i törvényt, 1 Stat. 129, 130; az 1791. március 3-i törvényt, 1 Stat. 218.

³²⁰ Lásd William H. Glasson, *Federalism in the United States* 54 (1918) ("A Kongresszus hosszú ideig fenntartotta magának a közvetlen ellenőrzést a követelések végső elbírálása felett.").

³²¹ Guide to the Records of the House of Representatives at the National Archives, 1789-1989: Bicentennial Edition 6.16-17 (Charles E. Schamel et al. eds., 1995).

³²² 1792. március 23-i törvény, 1 Stat. 243, 2

³²³ 1793. február 28-i törvény, 1 Stat. 324, 2

5. Pénzügyek és költségvetés

Az **h**iralmas helyzete évek óta a fiatal nemzet egyik legégetőbb problémája volt. Az első kongresszus felismerte, hogy "az igazságosság és a közhitel fenntartása "³²⁴ egyaránt megkövetelte az Egyesült Államok háború alatt felhalmozott, immár hátralékos külföldi adósságának kifizetését. Ezt a kifizetést úgy tették lehetővé, hogy hatalmas mérlegelési jogkört ruháztak a végrehajtó hatalomra.

Kezdetnek a kongresszus felhatalmazta **el**nököt, hogy legfeljebb 12 millió dollárt vegyen fel a külföldi adósságok törlesztésére, és a hitelezők közötti rangsorolás megválasztása teljesen az ő hatáskörébe tartozik. Talán még ennél is jelentősebb, hogy az elnök felhatalmazást kapott arra, hogy "az említett adóssággal kapcsolatban olyan egyéb szerződéseket kössön, amelyek az Egyesült Államok érdekeit szolgálják".³²⁵ Más szóval, az elnök felhatalmazást kapott arra, hogy az ország külföldi adósságát az általa legjobbnak vélt feltételekkel, az általa legjobbnak vélt felekkel, az általa legjobbnak vélt feltételek mellett átstrukturálja. Eltekintve az átstrukturált hitelek visszafizetési idejének tizenöt éves felső határának meghatározásától, a Kongresszus nem ajánlott fel olyan normákat, amelyek az elnök mérlegelési jogkörének gyakorlását irányították volna: mely adósságokat kell először kifizetni, hogy az elnöknek előnyben kell-e részesítenie a visszafizetést az átstrukturálással szemben, vagy hogy milyen feltételek elfogadhatóak.

Hasonló delegációk **h**ntézkedéseket is áthatottak, beleértve egy olyan programot, amelynek célja az volt, hogy az importvámokból és a tonnatartalomból származó újonnan keletkezett bevételeket az Egyesült Államok hazai adósságának visszavásárlására fordítsák. E célból a Kongresszus a következőket rendelte el:

Hogy **z**említett adósság **h**a szenátus elnöke, a főbíró, a külügyminiszter, a pénzügyminiszter és a mindenkori főügyész irányítása alatt kell végrehajtani; és ők, vagy közülük bármelyik három, az Egyesült Államok elnökének jóváhagyásával, gondoskodnak arról, hogy az említett vásárlások olyan módon és *olyan szabályok szerint történjenek, amelyek számukra a legjobban alkalmasnak tűnnek arra, hogy teljesítsék az alábbiakban foglalt szándékot.*

³²⁴ 1790. augusztus 4-i törvény, 1 Stat. 138, **B**

³²⁵ 1790. augusztus 4-i törvény, 1 Stat. 138, **B**

e törvényt; azzal a feltétellel, hogy nyilván és a különböző államok egyenlő előnyeinek figyelembevételével kell végrehajtani. ³²⁶

Más szóval, államadósság csökkentésére irányuló első kongresszusi terv teljes egy öttagú bizottságra hárult, amely nem kapott érdemi útmutatást arra vonatkozóan, hogy milyen adósságot kell először törleszteni, hogyan kell a kifizetéseket elosztani az egyes államok között, vagy bármi másra.

Ezek a rendelkezések nem egyszerűen csak hatásköröket; ezt a pénztárca erejével tették - talán a törvényhozói hatalomhoz legszorosabban kötődő tárgykörrel. Nem kapcsolódtak valamilyen triviális könyvelési problémához, és nem is illeszkedtek a *Gundy* által megfogalmazott kivételbe, amely szerint "egy másik hatalmi ágat hatalmaznak fel arra, hogy "kitöltse a részleteket"³²⁷. Az új köztársaság ingatag pénzügyeinek helyreállítását szem előtt tartva ehelyett a végrehajtó hatalmat utasították arra, hogy a legjobbnak látott módon alakítsa ki a nemzeti költségvetési politikát. ³²⁸

6. Adómegállapítás és végrehajtás

A kongresszus számos esetben végrehajtó hatalmi szerveket, hogy parancs nélkül behatoljanak az emberek tulajdonába, és alig vagy egyáltalán nem adtak utasítást arra vonatkozóan, hogy milyen körülmények között indokoltak ezek a behatolások. A politikai mérlegelési jogkör gyakorlása így a kialakuló bürokráción belül szétszórtan dolgozó tisztviselőkre és feletteseikre hárult.

A tengerhajózással összefüggésben ~~pl~~ a kikötői vámszedők felhatalmazást kaptak arra, hogy ellenőröket helyezzenek az érkező hajókra, "hogy megvizsgálják a rakományt vagy annak tartalmát", és "hogy a törvény szerint elvégezzék azokat az egyéb feladatokat, amelyeket az említett vámszedő ... a vámok beszédésének jobb biztosítására utasít".³²⁹ Egy másik törvény felhatalmazta a vámszedőket, hogy bizonyítékokat foglaljanak le és csomagokat nyissanak fel, ha "csalás gyanúja merül fel".³³⁰ és

³²⁶ Az 1790. augusztus 12-i törvény, 1 Stat. 186.

³²⁷ *Gundy v. United States*, slip op. (2019) (Gorsuch, J., másként vélekedik) (a belső idézeteket kihagyva).

³²⁸ A korai előirányzat-törvények specifikusságának hiányáról - és arról, hogy "nagyon rövid és nem túl konkrét" kifejezéseik a gyakorlatban hogyan működtek szisztematikus delegálásként - lásd Josh Chafetz, *Congress's Constitution* 58-59 (2017).

³²⁹ 1790. augusztus 4-i törvény, 1 Stat. 145, lásd még az 1789. július 31-i törvényt, 1 Stat. 29, 40 (hasonló).

a hajók átkutatására, "ha rejtegetés gyűjtés³³¹ Más rendelkezések az adóvágó hajók tisztjeinek "hatalmat és felhatalmazást adtak arra, hogy minden olyan hajó vagy vízi jármű fedélzetére lépjenek, amely az Egyesült Államok területére vagy annak partjaitól négy mérföldön belül érkezik, ... és átkutassák és megvizsgálják azt és annak minden részét".³³² A Kongresszus e törvények egyikében sem adott értelmes útmutatást arról, hogy milyen körülmények között kell átkutatni a hajókat, vagy milyen típusú bizonyítékoknak kell a behajtókat csalásra vagy csempészetre utalniuk.³³³

A Kongresszus hasonlóan felruházott át, amikor a szövetségi adófelügyelőket utasította, hogy nevezzenek ki tisztviselőket a helyi szeszfordék ellenőrzésére.³³⁴ Az ellenőrzést végző tisztviselők, akiket az elnöknek "az általa ésszerűnek és megfelelőnek ítélt módon"³³⁵ kellett fizetnie, széleskörű hatáskörrel rendelkeztek:

[A]z egyes felügyeleti tisztviselőknek jogukban áll, hogy kérésre, napközben bármikor belépjenek minden egyes házba, raktárba, raktárépületbe, épületbe és helyre ... és kóstolás, mérés vagy más módon számba vegyék a benne lévő szesz mennyiségét, fajtáját és minőségét; valamint mintát vegyenek belőle, és a szokásos árat fizessék meg érte.³³⁶

A kongresszus semmit sem mondott arról, hogy az ellenőrzést végző tisztviselőknek közzött kellene gyakorolniuk a kóstolás vagy a kóstolás lehetőségét. Ez felbosszantotta a törvény ellenzőit. "A törvény" - érvelt az egyikük - "elszabadítja a hársipárak raját, akik a pénzügyőrök elnevezése alatt

³³¹ 1789. július 31-i törvény, 1 Stat. 29, 43.

³³² 1790. augusztus 4-i törvény, 1 Stat. 145, Ugyanez a törvény felhatalmazta az elnököt, hogy annyi adóvágó hajót vásároljon, amennyit "szükségesnek tart a bevételek védelmére", de legfeljebb tízet.

³³³ A házkutatások és lefoglalások nem az mérlegelési jogkörrel felruházott feladatkört jelentették, amelyet a közvetlen tiszttek kaptak. A kongresszus például előírta, hogy a teaimportőröknek engedélyeket kellett szerezniük, amelyek igazolták, hogy vagy megfizették a teára kivetett vámokat, vagy "a [vám]felügyelő megelégedésére" biztosítékot fizettek. Az 1791. március 3-i törvény, 1 Stat. 219, 219-20.

³³⁴ 1791. március 3-i törvény, 1 Stat. 199, B

³³⁵ 1791. március 3-i törvény, 1 Stat. 199, B

³³⁶ 1791. március 3-i törvény, 1 Stat. 199, B

végigjárják az országot, minden ember házába és ügyeibe és mint egy makedón falanx, mindenkit leterítenek maguk előtt.³³⁷

Az ilyen ellenállás ellenére a hatalmas politikai döntéshozatali jogkört létrehozó hatalomra a magánélet szabályozása érdekében. Az átruházás szélessége vakítóan nyilvánvaló lenne, ha a Kongresszus felhatalmazta volna a pénzügyminisztert, hogy szabályokat alkosson a magántulajdon átkutatásának és lefoglalásának körülményeire vonatkozóan. De minden funkcionális értelemben a Kongresszus által a nyílt végű hatásköröknek több ezer behajtóra és ellenőrré történő átruházása pontosan ugyanennek a hatáskörnek a decentralizált átruházása volt.³³⁸ Mint kiderült, a Kongresszus nem volt szégyenlős abban sem, hogy eszközöket találjon ki ezen egyéni döntések racionalizálására.

A törvény értelmében a pénzügyminiszter "enyhíthette vagy elengedhette" a behozatali vámokkal vagy a szeszes italok adójával kapcsolatos büntetéseket vagy elkobzásokat, "ha véleménye szerint" (vagy "ha úgy tűnik neki") a büntetés vagy az elkobzás nem szándékos gondatlanságból vagy csalásból eredt.³³⁹ A Kongresszus nem adott iránymutatást arra vonatkozóan, hogy milyen tényezőknek kell alapul szolgálnia e megítélés gyakorlásához. Amint azt Kevin Arlyck a közelmúltban feltárta, Alexander Hamilton miniszter és utódai szabadon éltek a törvény szerinti "széleskörű" és "felülvizsgálhatatlan" mérlegelési jogkörükkel, és "a hozzájuk benyújtott esetek több mint kilencven százalékában"³⁴⁰ engedélyezték az elengedést.

7. Állampolgárság

Egy újonnan érkezettekkel teli nemzet kérdés volt központibb a politikai identitás szempontjából, mint az állampolgárság kérdése. Ezért nem kevesebb, mint figyelemre méltó, hogy az első kongresszus kiterjedt felhatalmazással gyakorolta alkotmányos hatáskörét a "honosítás egységes szabályainak megállapítására".³⁴¹ Egy 1790-es törvény értelmében a Kongresszus "bármelyik törvényszéknek" megadta a felhatalmazást arra, hogy amerikai állampolgárságot adjon minden olyan szabad fehér személynek, aki két éve az országban élt, azután hogy

³³⁷ 2 Annals of Congress 1844 (1791. január) (Parker).

³³⁸ Lásd Michael Lipsky, *Utcai szintű a the Individual in Public Services* 13 (2d ed. 2010) ("[W]hen taken in concert, [street-level bureaucrats'] individual actions add up to agency behaviour.").

³³⁹ 1790. május 26-i törvény, 1 Stat. 122, 123 (vámok); 1791. március 3-i törvény, 1 Stat. 199, 209 (szeszes italok adója).

³⁴⁰ Kevin Arlyck, *The Founders' Forfeiture*, *Colum. L. Rev.* 1449, 1452 (2019).

³⁴¹ U.S. Const., I. cikk, sec. 8, cl. 4.

"a bíróság kielégítően bizonyítja, hogy jóhiszemű személy. "³⁴² A rendelkezést nyilvánvalóan James Jackson georgiai képviselő javaslatára tették hozzá:

Úgy gondolom, hogy mielőtt valaki élvezhetné az amerikai állampolgárság magas és becses kiváltságait, többre van szükség, mint hogy egyszerűen csak itt éljen közöttünk. Úgy vélem, hogy az illetőnek egy ideig próbaidőn kellene lennie, és a próbaidő végén tanúbizonytságot kellene tudnia tenni megfelelő és tisztességes viselkedéséről. ... Úgy vélem, uram, hogy egy ilyen jellegű módosítás ésszerű és megfelelő lenne; az egyetlen nehézség az lesz, hogy meghatározzuk, hogyan kell megszerezni a megfelelő bizonyítványt a jó magaviseletről; úgy gondolom, hogy ez úgy történhetne, hogy a nagyesküdtszékre vagy a kerületi bíróságokra ruházzuk a hatalmat, hogy megállapítsák az ember jellemét, ahogyan azt ők találják. ³⁴³

A bíróságokra való delegálás a gyarmati korszak gyakorlatához képest, amelyben az államok törvényhozói voltak elsősorban felelősek a külföldiek honosításáért. ³⁴⁴ A Kongresszus azonban nem mondta meg, hogy milyen tényezőknek kellene számítania annak eldöntése során, hogy egy külföldi "jó erkölcsű-e. "³⁴⁵ Ezt a bíróságokra bízta. ³⁴⁶ Az első honosítási törvény feljegyzett (és kiterjedt) vitái során a kongresszus egyetlen tagja sem utalt arra, hogy a honosítási hatáskör ilyen homályos átruházása alkotmányellenes lehet.

³⁴² Az 1790. március 26-i törvény, 1 Stat. 103.

³⁴³ Debates and Proceedings in the ~~the~~ United States, vol. 1, at 1114 (Feb. 1790) (kiemelés hozzáadva).

³⁴⁴ 1 Annals of Cong. 1120 (1790. február) (Huntington képviselő ~~h~~).

³⁴⁵ Az egyik képviselő azzal az indokkal ellenezte ~~h~~ogy az "egy inkvizíciót Valóban, uram, attól tartok, hogy ha úgy folytatjuk, ahogyan most, köztársaságunk gyermekkorában javasolták, akkor idővel hit- és politikai próbát fogunk követelni minden személytől, aki ebbe az államba érkezik". 1 Annals of Cong. 1114-15 (1790. február).

³⁴⁶ Richard W. Flounoy, ~~N~~Expatriation, 31 Yale L.J. 702, 707 (1922) (a honosítási törvényt úgy értelmezve, hogy a bíróságoknak "a kérelmezőt ismerő tanúk meghallgatása útján kell meggyőződnie arról, hogy a kérelmező alkalmas-e az amerikai állampolgárság kiváltságának elnyerésére").

8. *Vitathatóan egy másik ágazat alkotmányos "mozgásterén" belüli hatáskörök*

Többnyire nem **h**ozok az átruházásokat, amelyek hihetőleg a *Gundy* különvéleménye által "a kongresszus törvényhozó hatásköre" és "az alkotmány által külön egy másik ágra ruházott hatáskör" közötti "átfedés[]"³⁴⁷, de zárásként megállunk, hogy két ilyen, különösen fontosnak tűnő átruházást megemlítsünk.

Az "Egyesült Államok **h**berendezkedésének szabályozásáról szóló törvényben"³⁴⁸ a Kongresszus engedélyezte a katonák mozgósítását és szervezését "az Egyesült Államok határainak lakóinak védelme" céljából.³⁴⁹ A törvény többek között felhatalmazta az elnököt, hogy "időről időre szolgálatba hívja az államok milíciájának olyan részét, amelyet *szükségesnek ítél e cél érdekében*".³⁵⁰ Más szóval a kongresszus megengedte Washington elnöknek, hogy tetszése szerint, tetszése szerint bármikor, tetszése szerint, tetszése szerinti létszámban, tetszése szerint bárhová a határon, tetszése szerint hívjon be állami milíciákat, nem több útmutatással, mint a homályos utasítással, hogy a határőröket őrizték az indiánoktól.

Az első igazságügyi törvény **é**nnél is szélesebb körű szabályalkotási jogkört **h**felhatalmazva "az Egyesült Államok összes ... bíróságát" arra, hogy "minden szükséges szabályt meghozzanak és megállapítsanak az említett bíróságokon folyó ügyek rendezett lebonyolításához, feltéve, hogy ezek a szabályok nem ellentétesek az Egyesült Államok törvényeivel".³⁵¹ A Kongresszus *nem* mondott *semmit* e szabályok tartalmáról. Egyesek azzal az indokkal utasították el e felhatalmazás jelentőségét, hogy a bíróságok az Alkotmány III. cikke alapján eredendő hatáskörrel rendelkezhetnek eljárási szabályok elfogadására.³⁵² De ez egyáltalán nem nyilvánvaló következtetés - legalább annyira hihető, hogy a Kongresszus nagyobb hatásköre

³⁴⁷ *Gundy v. United States*, slip op at 12 **h**, más véleményen).

³⁴⁸ 1790. április 30., 1 Stat 119.

³⁴⁹ 1790. április 30., 1 Stat 119, 121.

³⁵⁰ 1790. április 30., 1 Stat 119, 121 (**h** Az Első Kongresszus közel azonos megfogalmazást használt egy korábbi törvényben, amelynek célja az volt, hogy "elismerje és az Egyesült Államok alkotmányához igazítsa a Konföderációs Kongresszus alatt felállított csapatok felállítását". Act of Sept. 29, 1789, 1 Stat. 95, 96.

³⁵¹ Az 1789. szeptember 24-i törvény, 1 Stat. 73, 83 **h** igazságügyi törvény).

³⁵² Lásd Gary Lawson, *Delegation and **h*** Va. L. Rev. 327, 333 (2002).

az alsóbb szintű szövetségi bíróságok létrehozására vonatkozó kisebb hatáskörnek magában foglalnia azt a kisebb hatáskört, hogy meghatározza azokat a szabályokat és eljárásokat, amelyek alapján ezek a bíróságok eljárának. Mindenesetre sokatmondó, hogy a Kongresszus úgy érezte, hogy kifejezetten át kell ruháznia a szabályok megalkotására vonatkozó hatáskörét, de nem érezte kötelességének, hogy konkrétan meghatározza, hogy milyen szabályoknak kell lenniük.

* * *

Kevesebb mint két év alatt a törvényt törvény után amelyben politikai mérlegelési jogkört ruházott át anélkül, hogy érdemi iránymutatást adott volna arra vonatkozóan, hogy hogyan kell ezt a mérlegelési jogkört gyakorolni. Ezek a törvények a korai köztársaság legérzékenyebb és legvitatottabb kérdéseit érintették: a területi közigazgatást, a szabadalmi rendszert, az indiánügyeket, a kül- és belföldi adósságot, a honosítást, a vámokat, a katonai szolgálatot és a szövetségi bíróságokat. Olyan hatalmat közvetítettek a magánjogok és -érdekek felett, amely messze túlmutatott a részletek kitöltésén, a tények megállapításán vagy a közstruktúrák megszervezésén. Ezek közül az átruházások közül önmagában véve egyik sem bizonyítja a nemleges választ. De pusztán felhalmozott súlyuk miatt nehéz - sőt, lehetetlen - elfogadni azokat a modern állításokat, amelyek szerint az alapítók elkötelezettek voltak a nem átruházás doktrínája mellett, nemhogy alapvetően. Valójában nem ismerünk *semmilyen* bizonyítékot arra vonatkozóan, hogy az első kongresszus *bármely* tagja tiltakozott volna az általunk tárgyalt törvények bármelyike ellen azon az alapon, hogy a kongresszus alkotmányellenesen adta volna át törvényhozói hatáskörét. A hallgatás süket fülekre talált.

B. Az utak utáni vita

Még ha a delegálás nem is vetett fel korai kongresszusok néha vitatták, hogy bölcs dolog-e széleskörű hatásköröket a végrehajtó hatalomra ruházni. És a túlzott mértékű delegálással szembeni kifogások - bármennyire is ideiglenes, megtámadható és felügyeltek voltak ezek az átruházások - néha a politikai elmélet szokásos politikai előírására támaszkodtak, miszerint a kormányzati hatásköröket nem szabad túlzottan összevonni. Valójában valami ehhez hasonló aggodalom ösztönözhette James Madison sikertelen törekvését az alkotmány módosítására, hogy a végrehajtó hatalom "soha ... nem gyakorolhatja a törvényhozó hatalmat"³⁵³.

³⁵³ 1 Annals of Cong. 760 ("Az ezen Alkotmány által átruházott megfelelő tárcákhoz vannak rendelve: így a Törvényhozó Osztály soha nem gyakorolhatja

2019 KÜLDÖTTSÉG AZ Ő
a Végrehajtó Osztályra ruházott hatáskört...").

106

Tekintettel arra, hogy a politikai alkotmányos kifejezésekben megnyilvánulni, nem meglepő, hogy egyes politikai ellenvetéseket végül - bár óvatosan - alkotmánysértésként kezdték megfogalmazni.³⁵⁴ Valójában, ahogy David Currie megjegyezte, a második kongresszus alatt "egyre inkább az az érzésünk, hogy sok [törvényhozó] a következtetésekhez szabta [alkotmányos] érveit"³⁵⁵.

Az első félkomoly köztársaság elején a második kongresszusnak a nemzet postai útjairól folytatott vitája során merült fel.³⁵⁶ A modern eredetvédők a post-roadok vitáját tekintették bizonyítéknak - sőt, a legjobb bizonyítékuknak - arra az elvre, hogy a nem átruházás doktrínája már az alapításkor is létezett.³⁵⁷ De a post-roads vitát vékony nádszálnak nevezni erős túlzás lenne. Ez egyáltalán nem is nádszál.

1791 decemberében a vitát az Egyesült Államok postarendszerének létrehozásáról szóló törvényjavaslatról.³⁵⁸ Abban az időben annak a kérdésnek, hogy mely városok csatlakozzanak a postahálózathoz, óriási vitája volt.

vagy bírói, sem a végrehajtó hatalom nem törvényhozó vagy bírói, sem a bírói hatalom nem gyakorolja a törvényhozó vagy végrehajtó szervekre ruházott hatásköröket"). Livermore képviselő úgy vélte, hogy a záradék "felforgatja az alkotmányt", és "remélte, hogy nem értenek vele egyet". Id. 761. o. Bár a képviselőház elfogadta a megfogalmazást, a szenátus nem.

³⁵⁴ Egy nemrégiben készült beszámolót, amely ezt a követi nyomon a korai köztársaságban, lásd Jonathan Gienapp, *The Second Creation* (2017).

³⁵⁵ David Currie megjegyezte, hogy David P. *Constitution in Congress: A föderalista időszak: 1789-1801*, 171. o. (1997).

³⁵⁶ Két hónappal korábban kifogásolta a vitatott választások bizottságának létrehozását, azzal az indokkal, hogy a Háznak, és nem csak egy részének, "saját tagjai vitatott választásának bírái kell, hogy legyenek. ... Egy ilyen hatalomátruházás, úgy vélte, ugyanolyan alkotmányellenes lenne, mint a törvényhozói hatáskör átruházása". 3 *Annals of Cong.* 145. Egyedüli tiltakozása ellenére azonnal kineveztek egy bizottságot. Id.

³⁵⁷ Lásd pl. Joseph Postell, *America, The Administrative State's Challenge to Constitutional Government* 75 (2017).

³⁵⁸ 1792. február 20-i törvény, 1 két korábbi törvény rendelkezett "a postahivatal ideiglenes felállításáról", de ezek hatályukat veszítették. Lásd: 1789. szeptember 22-i törvény, 1 *Stat.* 70; 1791. március 3-i törvény, 1 *Stat.* 218.

kereskedelmi, politikai és É kongresszus tagjai, különösen azok, akiknek saját üzleti érdekeik voltak, élénken érdekeltek abban, hogy az utak az általuk preferált útvonalakon haladjanak. Amint az természetes volt egy olyan törvényjavaslat esetében, amely jelentős politikai érdeklődést váltott ki, aprólékos részletességgel határozta meg azt az 53 várost, amelyeken a postaútvonalak áthaladtak volna.³⁶⁰

Theodore Seelye massachusettsi képviselő azonban elégedetlen volt a specifikációnak ezzel a szintjével. "Nem feltételezhető, hogy a képviselőház tagjai minden olyan információval rendelkeznek, amely e témában szükséges lehet" - mondta - "és véleményüket a helyi érdekek befolyásolhatják."³⁶¹ Alternatívát ajánlott: ahelyett, hogy a Kongresszus fektetné le az utakat, a postát "olyan útvonalon kellene szállítani, amelyet az Egyesült Államok elnöke időről időre megállapítat".³⁶² A postai küldeményeket "olyan útvonalon kellene szállítani, amelyet az Egyesült Államok elnöke időről időre megállapítat".

Hosszas vita alakult ki, és Seelye javaslatát végül elutasították. A sokszínű és összehangolatlan ellenállásnak nem volt egységes témája. A hat képviselő közül, akik a rögzített vitákban aggodalmuknak adtak hangot,³⁶³ a legtöbben azt állították, hogy sem az elnöktől, sem "egyetlen embertől" nem várható el, hogy a képviselőház tagjaihoz hasonlóan jól tudja, hol kell elhelyezni az utakat.³⁶⁴ A delegáció távolról sem korlátozta volna az elfogultságot, hanem

³⁵⁹ 1791-ben a kongresszushoz intézett beszédében világossá tette a tétet: "A postahivatal és a postaút kellően liberális és átfogó terv alapján, a gyorsaság, a biztonság és a kommunikáció megkönnyítése szempontjából, a posta fontosságát növeli, hogy a kormány törvényeinek és eljárásainak ismeretét terjesztik, ami, miközben hozzájárul az emberek biztonságához, egyben arra is szolgál, hogy megóvja őket a félrevezetés és a félreértés hatásaitól." Harmadik éves beszéd a Kongresszushoz, újranyomatva: 3 Annals of Cong. 15. Lásd még Lawson, Delegation and Original Meaning, supra note , 93. o. ("A postai útvonalak a vízügyi projektek tizennyolcadik századi megfelelői voltak.").

³⁶⁰ Act of Feb. 20, 1792, 1 Stat. 2... Springfieldtől Northampton, Brattleborough, és Charlestown, Windsoron keresztül Vermontban, Hanoverig, és Hartfordtól Middletownon keresztül New Londonig ... ").

³⁶¹ 3 Annals of Congress 229 (1791).

³⁶² 3 Annals of Congress 229 (1791).

³⁶³ Az ellenzők Martley, White, Page, Vining és Madison képviselők voltak.

³⁶⁴ 3 Annals of Congress 235 (1791) Vining képviselő a képviselők [a Házban] olyan teljes mértékben kompetensek voltak a kérdés megítélésében, mint amennyire egy ember képes volt

"veszélyes biztosítana az elnöknek, hogy csak olyan helyeken létesítsen hivatalokat és utakat, ahol az ő érdekeit előmozdítaná, és eltávolítson másokat, amelyek már régóta léteznek, hogy zaklassa azokat, akikről feltételezheti, hogy ellenségesek ambiciózus nézeteivel szemben."³⁶⁵ Két ellenző fenntartásokat fogalmazott meg azzal kapcsolatban, hogy az elnöknek széles körű hatalmat adjanak egy olyan postarendszer felett, amely vagy pénzügyi csapdává válhat (ha az utakat véletlenszerűen bővítik) vagy jelentős bevételi forrássá (ahogyan Angliában történt).³⁶⁶

Az ellenzők közül talán képviselő - és valószínűleg csak kettő³⁶⁷ - emelt alkotmányossági kifogást a Kongresszus I. cikkely szerinti hatáskörének átruházása ellen, "a postahivatalok és postautak létesítésére".³⁶⁸ John Page képviselő "alkotmányellenesnek, és ha nem is az, de rosszindulatúnak tartotta az indítványt".³⁶⁹ James Madison képviselő egyetértett ezzel, fenntartva, hogy "a postahivatalok és postautak létesítésére vonatkozó

lenni"); id. 233 (Képviselő nyilatkozata) ("Ez személy sem rendelkezhet a Házzal azonos mennyiségű információval az Egyesült Államok földrajzáról."); id. 231 (Hartley képviselő nyilatkozata) ("Ha az elnökre vagy a postaügyi miniszterre bízják, egyikük sem ismeri az összes tervezett utat; nagymértékben mások információira kell hagyatkozniuk.").

³⁶⁵ 3 Annals of Congress 235 (1791) (Vining képviselő).

³⁶⁶ 3 Annals of Congress 231-32 (1791) (Livermore képviselő nyilatkozata); 3 Annals of Congress 231-32 (1791) (Hartley képviselő nyilatkozata).

³⁶⁷ A harmadik Livermore kifogásai inkább a politika kritikájaként, mintsem kemény alkotmányossági kifogásként értelmezhetők. 3 Annals of Congress 229 (1791) (mellékesen megjegyezte, hogy "a kongresszus nem delegálhatja "megfelelő módon" azt a hatalmat, amelynek gyakorlására ők maguk lettek kijelölve."). Ugyanez vonatkozik Hartley és White képviselőkre is. Id. 231. o. (Hartley képviselő) ("Úgy tűnik, hogy az alkotmány szándéka az volt, hogy a postai utak létesítésével kapcsolatban minden olyan hatáskört gyakoroljunk, amire képesek vagyunk ...

."). (kiemelés hozzáadva); 233. (Képviselő) (delegációt "a monarchia felé való előrehaladásnak" vitát az első kongresszusban egy hasonló módosítással kapcsolatos rövid csetepaték előzték meg. 2 Annals of Congress 1677 (1790. július) (beszámoló arról az állításról, hogy a módosítás "alkotmányellenes, mivel az kifejezetten a törvényhozásnak tartja fenn a postahivatalok és postautak létrehozásának hatáskörét", és a válaszáról, hogy "a törvényjavaslat nem javasol többet ... mint amennyit a többi végrehajtó tárca előír").

³⁶⁸ U.S. Const., Art. I, §8.

³⁶⁹ 3 Annals of Congress 233-34 (1791) (Page képviselő nyilatkozata) ("Ha a bizottság előtti indítvány sikerrel jár, én is teszek egyet, amely sok időt és pénzt takarít meg, ha rövid ülést tartunk; mert ha a Ház méltányosan az elnökre bízhatja a posta ügyeit, akkor minden más ügyet is ráhagyhat...").

nem tűnt az átadás hatáskörének elidegenítése, és hogy ha erre sor kerülne, az az alkotmány megsértését jelentené. ³⁷⁰ Néhány modern kommentátor Madison és Page érveit, valamint Sedgwick indítványának elutasítását úgy idézte, mint az alapítás korának döntő bizonyítékát a nem átruházás melletti elkötelezettségre, amely széles körben osztott és alapvető volt. ³⁷¹ A vita alapos figyelemmel kísérése azonban azt mutatja, hogy ennek éppen az ellenkezője volt igaz.

Sedgwick és mindenki más "megdöbbenek" az alkotmányossági kifogásokon, amelyek számukra nyilvánvalónak tűntek. ³⁷² Azt a szokásos nézetet csatornázva, hogy a delegálás terjedelme a hétköznapi politikára bízott kérdés, Benjamin Bourne képviselő azt válaszolta, hogy "[a]z alkotmány nem jelentett többet, mint hogy a Kongresszusnak kizárólagos joga van arra, hogy *saját maga vagy bármely más személy által* tegye azt, ami ugyanarra a dologra vonatkozik. ³⁷³ Sedgwick a maga részéről megjegyezte, hogy a Kongresszus "a pénzverésre is felhatalmazást kapott, és ha a hatalmuk egyetlen része sem delegálható, nem tudta, de kötelesek lehetnek pénzverőket fordítani, és

a törvényhozás ügyeivel; és hogy elnapoljuk az ülést, és a törvényhozás minden tárgyát az ő kizárólagos megfontolására és irányítására bizzuk... Az indítványt alkotmányellenesnek tekintem, és ha nem így lenne, akkor is rosszindulatúnak."

³⁷⁰ 3 Annals of Congress 238-39 (1791) (Madison képviselő nyilatkozata) (elismerve, hogy nehéz "pontosan meghatározni a törvényhozó és a végrehajtó hatalom pontos határait", de azt sugallta, hogy a postai utak létrehozására vonatkozó hatáskör átruházása "e hatáskörök összemosódásához vezet, és így nem marad semmilyen elválasztó vonal").

³⁷¹ Aaron Gordon, Nondelegation, 12 N.Y. Liberty & L. 718, 746 (2019) (azzal érvelve, hogy az utak utáni vita "kétségtelenül azon tételek mellett szól, hogy a kongresszus nem delegálhatja a jogalkotási hatalmat"); Ilan Wurman, As-Applied Nondelegation, 96 Tex. L. Rev. 975 (2018) (azzal érvelve, hogy "úgy tűnik, a Kongresszus mérlegelése felszámolta azt a kérdést, hogy a postautak létrehozására vonatkozó hatáskör delegálható-e"); Joseph Postell, Bureaucracy in America, The Administrative State's Challenge to Constitutional Government 75 (2017).

³⁷² 3 Annals of Congress 235 (Barnwell képviselő nyilatkozata); 3 Annals of Congress 239 (1791) (Sedgwick képviselő nyilatkozata). Ilan Wurman téved, amikor a képviselőházi vitákat úgy értelmezi, hogy a felszólalók "majdnem" egyöntetűen a delegálás alkotmányellenességéről beszéltek. Ilan Wurman, As-Applied Nondelegation, 96 Tex. L. Rev. 975 (2018).

³⁷³ 3 Annals of Congress 232 (B. Bourne képviselő nyilatkozata) (kiemelés hozzáadva).

a pénzverdében dolgoznak. Még a hóhérok szerepét is be kell tölteniük a nyílt tengeren elkövetett kalózkodások megbüntetésében.³⁷⁴

Legalább három okból úgy hogy Madison és Page érvelése nem tükrözte a jelenlévők és szavazók többségi véleményét, még kevésbé alkotmányos konszenzust. Először is, a Kongresszus által ténylegesen elfogadott törvény széles mérlegelési jogkörrel ruházta fel a postautak elhelyezését, még akkor is, ha Sedgwick konkrét módosító indítványát elutasították. Amikor Madison kifogást emelt, a Sedgwick által módosítani kívánt törvényjavaslat már felhatalmazta a postaügyi minisztert, hogy "olyan más utakat hozzon létre postaútként, amelyek számára szükségesnek tűnnek."³⁷⁵ Sedgwick észrevette az anomáliát:

Ami felhatalmazás alkotmányosságát illeti, azt maga a bizottság ismerte el, amely a törvényjavaslatot benyújtotta; mivel ha a hatáskör teljes egészében átruházhatatlan, akkor annak egyetlen része sem ruházható át; ha pedig egy része átruházható, akkor nem látta okát, hogy miért ne lehetne az egészet átruházni. A második szakasz [a postafőnökre való átruházással] ugyanolyan alkotmányellenes volt, mint az első.³⁷⁶

Samuel Livermore képviselő, akit nyilvánvalóan nem értett meg, csak annyit tudott mondani, hogy az utóbbi záradékot "majd módosítjuk, ha arra kerül a sor".³⁷⁷

De soha nem volt olyan nem volt olyan, amely a nem átruházhatósági kifogással foglalkozott volna. A törvény végleges változata korlátlan mérlegelési jogkört adott a postaügyi miniszter számára, hogy "kijelölje[]" azokat a további utakat, amelyek "postaútnak tekintendők és tekintendők", azáltal, hogy szerződéseket köt "az állomások vonalának meghosszabbítására".³⁷⁸ Távolról sem bizonyította a

³⁷⁴ 3 Annals of Congress 230-31 (1791) Sedgwick képviselő

³⁷⁵ 3 Annals of Congress 230 (1791) Sedgwick képviselő (idézi a törvényjavaslatot).

³⁷⁶ Id.

³⁷⁷ 3 Annals of Congress 237 Livermore képviselő nyilatkozata) (azzal vádolva Sedgwicket, hogy "a bizottság szabadosságát kihasználva, a postamesterhelyettesek és a fiókhivatalok kinevezését a postaigazgatóra bízta").

³⁷⁸ Az 1792. február 20-i törvény, 1 Stat. 232, Felhatalmazás "a nyolc évet meg nem haladó időtartamra szóló szerződések megkötésére a posták vonalának meghosszabbítására ... ; és az abban megjelölt utak az ilyen szerződés fennállása alatt úgy tekintendők és a szerződésben meghatározott utaknak kell tekinteni, és

Madison alkotmányossági prejéta törvény, ahogyan hatályba lépett, kifejezetten átruházta azt a hatáskört, amelyet Madison alkotmányellenesnek minősített.³⁷⁹

Másodszor, a kongresszus által törvény hasonló hatáskörrel a telephelyi *postahivatalokat*. És ez összeegyeztethetetlen az át nem ruházhatósági érv logikájával: ha az alkotmányos kifogás az volt, hogy csak a Kongresszus "hozhat létre postahivatalokat és postautakat", akkor ez a kifogás ugyanolyan erővel vonatkozott a *hivatalokra*, mint az *utakra*.³⁸⁰ Ahogy Egbert Benson képviselő rámutatott, "azt mondják, hogy egyedül a törvényhozás illetékes postahivatalok és postautak létrehozására; ennek ellenére a törvényjavaslat egyetlen postahivatalt sem jelöl ki."³⁸¹ De senki sem ellenezte, hogy a postaigazgatónak engedélyezzék postahivatalok létrehozását. Ehelyett a törvényjavaslat a végrehajtó hatalomra bízta ezeket a döntéseket, a főpostamesterre ruházva a hatáskört, hogy "kinevezzen ... helyettes postamestereket minden olyan helyen, ahol ilyeneket szükségesnek találnak", és előírva, hogy "minden helyettes postamesternek irodát kell fenntartania".³⁸² Benson észrevétele feljegyzés nélkül maradt.

postaútnak tekintik"); lásd még *Annals of Congress* 237 (1791) (a módosítás elfogadásának leírása).

³⁷⁹ A postai utak *volcés* engedélyezése vitathatatlanul még a törvényjavaslat eredeti változatánál is tágabb volt, amely két év után megszűnt. Act of Feb. 20, 1792, 1 Stat. 232, 239. Lásd még David P. Currie, *The Constitution in Congress: The Federalist Period: 1789-1801*, 149 n.131. o. (1997) (megjegyzí a változást, és hogy "[i]t nem világos, miért volt ez fontos").

³⁸⁰ U.S. Const., art. I, §8, cl. 7 (hogy "postahivatalokat és postautakat hozzon létre").

³⁸¹ 3 *Annals of Congress* 236 (1791) Benson képviselő

³⁸² 1792. február 20-i törvény, 1 Stat. 232, 2

válasz,³⁸³ és amikor a Kongresszus törvényt, a postahivatalok kijelölésére vonatkozó felhatalmazás továbbra is a postafőnöknél maradt.³⁸⁴

Harmadszor, a felhelyezkedésre vonatkozó döntésekkel kapcsolatos, nem átruházásra vonatkozó állítások nem voltak összhangban a szesz italokra kivetett jövedéki adó - a whiskyadó - feltételeivel, amelyet az előző évben vezettek be.³⁸⁵ Bár a Kongresszus eredetileg tizennégy adóközteret hozott létre, ezeket "az Egyesült Államok elnöke időről időre módosíthatta, a kisebbikhez hozzáadva a nagyobbiknak olyan részeit, amelyek megítélése szerint a legjobban biztosítják és megkönnyítik a bevétel beszedését."³⁸⁶ Ahogy Madison alkotmányos követelésének két kritikusa megjegyezte, ennek a delegálásnak az alkotmányossága egyértelmű precedens volt a postai utakra vonatkozó delegálás számára.³⁸⁷ Madison azzal próbálta elhárítani a kérdést, hogy a jövedéki adó "nem tekinthető párhuzamos esetnek; nincs hasonló szükségszerűség, amely hasonló delegálást igazolna."³⁸⁸ Sedgwick értetlenül állt a megkülönböztetés előtt:

³⁸³ Madison felajánlotta azt, amit Benson aggályainak cáfolataként lehetne felfogni: "az elnök fel van ruházva azzal a hatalommal, hogy betöltse ezeket a hivatalokat; de következik-e ebből, hogy át kell ruháznunk rá a hatalmat, hogy létrehozza őket?". 3 Annals of Cong. 238 (1791) (Madison képviselő nyilatkozata). Úgy tűnik azonban, hogy Madison elvont hivatalokra, nem pedig postahivatalokra utalt, amikor azzal érvelt, hogy a Háznak nem kell aggódnia amiatt, hogy "megsérti a végrehajtó hatalmat", ha ragaszkodik a konkrét postautakhoz. A kongresszus már korábban is helyénvalónak tartotta, hogy ne csak hivatalokat hozzon létre, mutatott rá Madison, hanem azt is, hogy meghatározza azokat a tisztviselőket, akik ezeket a hivatalokat betöltsék. Miért kellene tehát aggódnia a konkrétumok felajánlása miatt "a postahivatalok és postautak tekintetében, jobban, mint minden más esetben"? Id. Mindenesetre, ha Madison valóban tiltakozni akart az ellen, hogy a postaigazgatóra ruházzák a postahivatalok létrehozásának hatáskörét, akkor ezt az érvet elvesztette.

³⁸⁴ 1792. február 20-i törvény, 1 Stat. 232, §

³⁸⁵ 1791. március 3-i törvény, 1 Stat. 199. A whiskeyadóról szóló törvényben foglalt felhatalmazásokról Lentebb, III.A. rész.

³⁸⁶ 1791. március 3-i törvény, 1 Stat. 199, §

³⁸⁷ 3 Annals of Congress 232 (1791) §. Bourne képviselő ("[T]he House, nem gondolván, hogy elegendő információ birtokában vannak, felhatalmazta az elnököt a körzetek és felmérések kijelölésére; és ha joguk volt ilyen hatásköröket a végrehajtó hatalomra ruházni, akkor a posta szállításához szükséges utak kijelölésének további átruházását aligha lehetett veszélyesnek tartani."); id. at 240 (Sedgwick képviselő nyilatkozata) (ugyanaz).

³⁸⁸ 3 Annals of Congress 238 (1791) Madison képviselő

A feltételezett szükségszerűség igazolhatta egy olyan alkotmány megsértését, amelynek támogatására a tagok minden kötelességükkel és esküjükkel, ünnepélyes fogadalmukkal kötelezték magukat. Az uraknak nagyon óvatosnak kellene lenniük, hogy milyen csekély alapon járulnak hozzá olyan elvekhez, amelyek, ha igazak lennének, azt bizonyítanák, hogy a kormány az egész országban szétszórta azokat a tisztviselőket, akik alkotmányellenes hatáskörök átvételével nap mint nap elkobozzák a polgárok tulajdonát.³⁸⁹

Röviden, nem is állhatna ~~haz~~ igazságtól, hogy Madison gyenge alkotmányos érvei "a nem átruházás elvének a föderalisták és a republikánusok általi megerősítését" tükrözték.³⁹⁰ Éppen ellenkezőleg, elítélték őket az alkotmányszövegben és a jogalkotási gyakorlatban való alátámasztásuk hiánya miatt. A Kongresszus egésze pedig határozottan elutasította az érveket, amikor törvényt fogadott el, amely felhatalmazta a postamestert, hogy saját belátása szerint postahivatalokat létesítsen, a postautakat saját belátása szerint bővítse, és "alapvetően ... tegyen meg mindent, ami a posta kézbesítéséhez szükséges"³⁹¹.

Egy ellentmondásos, önérdékű ~~vesztes~~ érv, amely a kongresszusi hatalom egy konkrét felhatalmazásán alapul ("postahivatalok és postautak létesítésére"), még vitathatóan sem szolgálhat az I. cikk 1. szakaszán alapuló modern nem átruházási doktrína alapjául. Még ha lehetne is, a nem átruházás doktrínájának a postai utak vitájában hangoztatott konkrét megfogalmazása nemcsak azokat a törvényeket kérdőjelezné meg, amelyek felhatalmazzák a végrehajtó hatalmat arra, hogy magánjellegű magatartási szabályokat fogadjon el, hanem azokat is, amelyek "az [adott] szabály alkalmazását a végrehajtó hatalom ténymegállapításától teszik függővé" - egy olyan kategória, amely a *Gundy-féle* eltérő vélemény szerint mindig is megengedett volt.³⁹² Ez a nem átruházás doktrínájának egy sokkal radikálisabb változata lenne, mint amit az originalisták ma fontolgatnak.

³⁸⁹ 3 Annals of Congress 239 (1791) Sedgwick képviselő ~~h~~

³⁹⁰ Joseph Postell, *Bureaucracy in Administrative State's Challenge to Constitutional Government* 75 (2017).

³⁹¹ Lásd David P. Currie, *Az ~~am~~ kongresszusban: A föderalista időszak* (1997).

³⁹² *Gundy kontra Egyesült Államok*, 139 S.Ct. ~~1~~ (2019).

Az epizód legfeljebb arra utal, 1791-ben a kongresszus néhány tagja politikai céljaik érdekében mozgósította a túl sok hatalom átruházásának veszélyeiről szóló alkotmányos retorikát. Itt van Sedgwick ismét:

Az alkotmány hatáskörét, sajnálattal mondta, a vitában úgy alakították ki, hogy kiterjeszthessék vagy szűkíthessék, ahogyan az egyelőre az utak érveinek kényelméhez illőnek tűnt. ... Nem kerülhette el a [teljes Házból álló] bizottság figyelmét, hogy a bizottságot alkotó utaknak nagyon fontos érdekük fűződik a posta irányainak meghatározásához.³⁹³

Sedgwick szemérmes volt azzal kapcsolatban, hogy utaknak volt "nagyon fontos érdeke" az utakkal kapcsolatban.³⁹⁴ Talán sokatmondó azonban, hogy a kongresszus utasítása szerint a postaút "[f]el Federicksburgtól, Culpeper és Orange Courthouse-on keresztül Charlottesville-ig" fog futni.³⁹⁵ Nem azonnal érthető, hogy Orange Courthouse miért került be az egész országra vonatkozó 53 kötelező útállomás közé. Nem sok minden volt ott 1791-ben,³⁹⁶ és a környező megye sem tűnik különösen népesnek.³⁹⁷

Ez azonban csak négy volt.

C. A minta a későbbi is megmarad

Bár a hely itt csak vázlatra elegendő, az első kongresszuson kialakított minta az 1790-es években is folytatódott. Amikor szükségesnek tűnt

³⁹³ 3 Annals of Congress 241 (1791) Sedgwick képviselő.

³⁹⁴ Lásd David P. Currie, Az első kongresszusban: A föderalista időszak: (1997) ("A krokodilkönnyek ellenére az ember hajlamos arra, hogy a Ház részletek iránti rajongását inkább a disznóhús ízlésének, mint a képviseleti kormányzás erényei iránti elvi aggodalomnak tulajdonítsa.").

³⁹⁵ 1792. február 20-i törvény, 1 Stat. 232, 3

³⁹⁶ U.S. Department of the Interior Register of Historic Places (Egyesült Államok) történelmi helyek nyilvántartása Form, elérhető: a https://www.dhr.virginia.gov/registers/Counties/Orange/275-5001_Orange_Commercial_Historic_District_1999_Final_Nomination.pdf címen.

(via Wayback Machine) ("alig többből áll[hat], mint a bírósági épület és középületek, néhány ház, kocsmák és bolt, amelyek mindegyike a bíróság havi üléseinek támogatásával működött.").

³⁹⁷ 1790 Census, 49., 50. o. (16 éves és idősebb fehér férfiakkal álló virginiai összlakosság 110 936 fő volt, és Orange megyében mindössze 1317 fő).

és megfelelő, a kongresszus ~~h~~hatáskörű hatásköröket a végrehajtó hatalomra, jellemzően anélkül, hogy megállt volna a bölcsesség kérdésében - nem is beszélve az alkotmányos kérdésekről.

1794-ben például a brit ellenségeskedéstől ~~K~~Kongresszus törvényt fogadott el, amely felhatalmazta Washington elnököt, hogy embargót vezessen be "az Egyesült Államok kikötőiben lévő minden hajóra és hajóra", ha "véleménye szerint a közbiztonság ezt megköveteli", és a Kongresszus nem ülésezett.³⁹⁸ Az embargó elrendelésére és "az eset körülményei által megkívánt rendelkezések" meghatározására vonatkozó felhatalmazás teljesen nyitott volt: nem határozta meg a célpontot, a kiváltó körülményeket, semmilyen érdemi korlátozást, eljárási biztosítékot vagy akár konkrét célt.³⁹⁹ Ez különösen világos példája annak a felhatalmazásnak, amely az elnököt felhatalmazza arra, hogy magánszemélyek számára kötelező érvényű szabályokat adjon ki. A viták során mégsem hangzott el egyetlen alkalommal sem alkotmányossági kifogás.⁴⁰⁰

Az embargótörvényben ~~k~~kifelé irányuló utakra vonatkozó ~~h~~hatáskör átruházása valójában egy alaposan átgondolt politikai döntés volt. Ahogy a törvényjavaslat támogatói érveltek, a törvényhozás késedelme és a titoktartás nehézsége "egy olyan nagy létszámú testületben, mint a törvényhozás" azt jelentette, hogy az embargó elrendeléséről és módjáról való döntés "jobban megilleti" az elnököt, mint a törvényhozást.⁴⁰¹ Ellenkező esetben - mutattak rá - "minden hajó" elhagyná a kikötőt az első jelre, hogy embargóról tárgyalnak.⁴⁰² Láthatóan meggyőződve a Kongresszus egyoldalú és lényegében korlátlan felhatalmazást adott az elnöknek arra, hogy az ország minden hajóját kénye-kedve szerint kikötőben tartsa: "Nagy alkalmakkor a végrehajtó hatalomba kell vetni a bizalmat"⁴⁰³.

Egy másik példa: 1796-ban a ~~k~~kongresszusz ~~h~~tervezte a törvényjavaslatot, amely az ország első karanténtörvénye lett. Az eredeti tervezet első bekezdése

³⁹⁸ Az 1794. június 4-i törvény, 1 Stat. 372 ("Az Egyesült Államok elnökének felhatalmazásáról, hogy embargókat állapítson meg, szabályozzon és vonjon vissza").

³⁹⁹ Az 1794. június 4-i törvény, 1 Stat. 372.

⁴⁰⁰ 4 Annals of Congress 731-34, 735 (Május) (a törvényjavaslat megvitatása és elfogadása).

⁴⁰¹ 4 Annals of Congress 503 (1794. március) Sedgwick képviselő ~~h~~

⁴⁰² 4 Annals of Congress 503 (1794. március) Sedgwick képviselő ~~h~~

⁴⁰³ 4 Annals of Congress 503 (1794. március) Sedgwick képviselő ~~h~~

széles körű felhatalmazást adott az ilyen szabályokat alkosson, amelyek sértik a magánélet szabadságát:

[Az Egyesült Elnöke felhatalmazást kap, és ezennel fel van hatalmazva, hogy meghatározza, hogy a külföldi kikötőkből és helyekről érkező hajókat az Egyesült Államokon belüli belépési kikötők közelében milyen helyen vagy állomáson, milyen időtartamra és meghatározott időszakokra lehet karantén alá helyezni.

E rendelkezés alkotmányosságáról heves vita alakult ki. Szabályozta-e a külkereskedelmet, és így a kongresszus felsorolás szerinti hatáskörébe tartozott-e? Védelmezői úgy vélték, hogy igen: a karantén "olyan kereskedelmi szabályozás jellegű volt, amelyre az alkotmány értelmében csak a Kongresszus volt illetékes." ⁴⁰⁴ Az államok egyébként kihasználhatták volna karanténtörvényeiket, hogy aláássák a szövetségi kormányknak a külföldi nemzetekkel folytatott kereskedelem szabályozására vonatkozó hatáskörét. ⁴⁰⁵ A rendelkezés ellenzői azonban ragaszkodtak ahhoz, hogy a karanténtörvény olyan belső egészségügyi szabályozás, amelyet az Alkotmány az államoknak tart fenn. ⁴⁰⁶ Attól tartottak, hogy a kereskedelmi záradék kiterjesztő értelmezése "elnyelné az állami kormányok minden hatáskörét" ⁴⁰⁷.

A feszült korban egyetlen képviselő kifogásolta, hogy a törvény megengedhetetlenül túl sok hatalmat ruház az elnökre. ⁴⁰⁸ Végül is,

⁴⁰⁴ Lásd pl. 5 Annals of Congress 1350 (Bourne képviselő nyilatkozata).

⁴⁰⁵ Lásd pl. 5 Annals of Congress 796. (Bourne képviselő nyilatkozata).

⁴⁰⁶ Lásd pl. 5 Annals of Congress 796. (Gallatin képviselő nyilatkozata) ("[T]he regulation of quarantine has nothing to do with commerce. Ez a belső rendszet szabályozása volt.").

⁴⁰⁷ 5 Annals of Congress 1358 (1796. május) Brent képviselő

⁴⁰⁸ Ezzel szemben a Ház három (Brent, Williams és Swanwick - igyekezett tisztázni, hogy az első bekezdéssel szembeni ellenállásuk nem azért merült fel, mert "indokolatlanul féltékenyek a végrehajtó hatalomra". Bizonyára a beteg személyek vagy fertőzött áruk partra szállásának megakadályozása nem lehetett összefüggésben e hatalom féltékenységével". Id. 1356. o. (Stanwick képviselő nyilatkozata); id. 1351. o. (Williams képviselő nyilatkozata) ("Nem mintha bármi módon féltékeny lett volna az elnök hatalmára; de úgy vélte, hogy az államok számára az lenne a legjobb, ha a karantén végrehajtásának idejét és helyét az államok rendelkeznének hatáskörrel."); id. 1358. o. (Brent képviselő nyilatkozata) ("Brent úr támogatta a tárgyalta törvényjavaslat első záradékának törlését, de nem a végrehajtó hatalom iránti féltékenységéből, hanem azért, mert az alkotmány nem engedélyez ilyen beavatkozást.").

a képviselőház megvonta a sérelmezett záradék törlését, így az eredeti törvényjavaslatnak csak a második bekezdése maradt meg. De ez a bekezdés is tartalmazott egy kiterjesztő, bár az állami hatalomra érzékenyebb felhatalmazást: az elnök felhatalmazást kapott, hogy "segítsen a karantén végrehajtásában, valamint az államok egészségügyének végrehajtásában, olyan módon, ahogyan az neki szükségesnek tűnik." ⁴⁰⁹ A módosított törvényjavaslatot még abban a hónapban aláírták, és a törvényt nem emeltek ellene kifogást. ⁴¹⁰

Miközben a törvényhozási delegációkkal kapcsolatos alapvetően megengedő ~~h~~ továbbra is folytatódott, néhányan - köztük James Madison - időnként kifogást emeltek egyes delegációkkal szemben. Néha ezeket a kifogásokat még alkotmányos regiszterbe is foglalták. Az általunk ismert esetek mindegyikében azonban az érveket elutasították.

1792-ben például Washington elnöknek az államadósság kiváltására irányuló kérésére ~~válaszul~~⁴¹¹ a kongresszus megvitattott egy határozatot, amelyben utasította Alexander Hamilton pénzügyminisztert, hogy "tegyen jelentést egy erre a célra vonatkozó tervről".⁴¹² Az államadóssággal szemben állhatatosan ellenezte

Néhány képviselő politikai ~~kifogást~~ emelt a küldöttséggel ~~in~~ Giles képviselő azt akarta, hogy az államok szabályozzák a karantént, "de ha ez a főkormány dolga, akkor az a törvényhozás és nem a végrehajtó hatalom dolga". 5 Annals 1351 (Giles képviselő nyilatkozata). Page képviselő azt mondta, hogy "maga a törvényjavaslat ellen kíván szavazni, mivel az a végrehajtó hatalom szükségtelen kiterjesztésére tett kísérlet". 5 Annals 1357 (1796. május) (Page képviselő nyilatkozata). Heister képviselő pedig attól tartott, hogy "ha a [karanténra vonatkozó] hatalmat az elnöktől az egyes kikötőkben működő kollektorokra ruházzák át (és szerinte ennek így kell lennie), az túlságosan nagy hatalmat adna a kezükbe". Id. (Heister képviselő nyilatkozata). Egyetlen képviselő sem emelt azonban alkotmányossági kifogást.

⁴⁰⁹ Lásd 5 Annals of Congress 1534 Kittera képviselő ~~in~~ megemlítve, hogy a törvény "második" szakaszában "az Egyesült Államok tisztviselőinek parancsba adják, hogy segítsenek az állami törvények végrehajtásában").

⁴¹⁰ Act of May 27, 1796, 1 Stat. 474; ~~in~~ még 5 Annals of Congress 104 (May 1796) (megjegyezve egy szenátusi indítvány vereségét, amely a képviselőházi törvényjavaslat módosítását javasolta a "amíg a karanténra vonatkozó általános rendelkezések törvénybe nem kerülnek" kifejezés hozzáadásával).

⁴¹¹ State of the Union, 1792. november 6. ~~in~~ hogy "kezdjen szisztematikus és hatékony intézkedéseket az államadósság szabályos visszafizetésére és teljesítésére").

⁴¹² 3 Annals of Cong. 711.

Hamilton pénzügyi terveit, ~~M~~ még ezt a tanácsadói jogkör átruházását is ellenezte:

Ragaszkodott ahhoz, hogy a pénzügyminiszterhez ~~h~~ hivatás a kölcsönökkel, adókkal, kölcsönökre való tartalékolással stb. kapcsolatos kérdésekben valójában a törvényhozás hatáskörének átruházását jelenti, bár sok szofisztikált érveléssel lehet ennek ellenkezőjét bizonyítani. ... Nyilvánvaló volt, hogy a miniszter terveit nem úgy vezették be, hogy a Háznak meghagyják a szabadságot arra, hogy saját értelmezésüket az alkotmánynak megfelelő módon gyakorolhassák.⁴¹³

Madison ~~h~~ valójában nem a törvényhozói hatalom egyszerű átruházása ellen emelt ~~h~~ ~~h~~ Amint a vita tágabb kontextusából kiderül, a képviselőház alkotmányos kötelességére összpontosított, miszerint a képviselőháznak minden bevételnövelő törvényjavaslatot meg kell alkotnia.⁴¹⁴ (Ezért hivatkozik Madison arra a "módra", ahogyan a jelentést "beterjesztették"). Hogy a jelentésnek milyen hatása lett volna, nem világos, és ez bizonyára zavarba ejtette Madison ellenfeleit.⁴¹⁵ Mindenesetre a kifogás nem nyerte el a tetszést: a kifogásolt nyelvezet törlésére irányuló indítványt 32:25 arányban leszavazták.⁴¹⁶

Az 1790-es évek végén két vitában az át nem ruházhatósággal kapcsolatos kifogások még intenzívebben ~~h~~ ~~h~~ Ahogy az XYZ-ügy nyomán nőtt a feszültség Franciaországgal, a Kongresszus törvények sorát fogadta el, amelyek széleskörű jogköröket ruháztak át az elnökre. Íme Currie előadása:

⁴¹³ 3 Annals of Cong. 722; lásd még ~~h~~ Cong. 712 ("[I]t a végrehajtó hatalom természetéből adódik, hogy átruházható az alárendelt tisztviselőkre; a törvényhozó hatalom azonban nem közölhető, és nem ruházható át."). Vö. Pacificus No. 1. (1793) ("A törvényhozás szabadon teljesítheti saját kötelességeit a saját értelmezése szerint - bár a végrehajtó hatalom alkotmányos jogköreinek gyakorlása során megállapíthat egy olyan előzetes állapotot, amelynek a törvényhozói döntésekben súlyt kellene kapnia.").

⁴¹⁴ Lásd 3 Annals of Cong. 712 Findley képviselő ~~h~~ ("A bevételi tervek első formájának megadása olyan sajátos bizalom, amelyet erre a Házra ruháztak, és amelyet még a Szenátusra sem ruházhatunk át; és ha az a testület javasolna nekünk egy tervet, nem tudnánk elfogadni.").

⁴¹⁵ 3 Annals of Cong. 717 (Ames ~~h~~ ("[W]ill-e komolyan megerősíteni, hogy az Alkotmány szelleme és természetes értelme szerint a miniszter jelentése bevételi törvényjavaslat lesz, vagy bármilyen más törvényjavaslat, és hogy ez a rendelkezés ilyen törvényjavaslatot hoz?").

⁴¹⁶ 3 Annals of Cong. 722.

Az elnök felhatalmazást kapott arra, hogy bármilyen erődítményt építsen a közbiztonság megkövetel, hogy több hajót építsen, ha szükségesnek találja azokat az Egyesült Államok védelméhez, hogy megszüntesse a Franciaországgal való érintkezés törvényes tilalmát, ha az már nem sérti semlegességünket, hogy szabályokat alkosson az önkéntes századok kiképzésére, sőt, hogy engedélyezze brit hadihajók elfoglalását, ami gyanúsán hasonlított a háborúra való döntés hatáskörének átruházására.⁴¹⁷

A leghatározottabb alkotmányos vitát kiváltó törvényjavaslat felhatalmazta volna az elnököt arra, hogy legfeljebb 20 000 fős ideiglenes hadsereget állítson fel, "amikor a közbiztonság megítélése szerint az intézkedést megköveteli".⁴¹⁸ A szenátus, látszólag zavartalanul, már elfogadta a törvényjavaslatot, de a képviselőház republikánus tagjai tiltakoztak az ellen, hogy az elnöknek engedélyezné az állandó hadsereg felállítását. A pennsylvaniai Albert Gallatin állt az élen azzal az érveléssel, hogy a törvény rosszul átgondolt: miért vállalná az állandó hadsereg felállításának kockázatát és költségeit, amikor az állami milíciák megfelelő védelmet nyújtanak egy invázió valószínű eseteiben?⁴¹⁹ "Be kell vallania, hogy mindazt, amit egy francia invázióról mondtak, pusztán rémhírnek tekintette"⁴²⁰.

Gallatin és kollégái kifogást alkotmányos követeléssel párosították: "Úgy vélte, hogy a törvényjavaslat elve helytelen... mert a törvényhozói hatalmat az Egyesült Államok elnökére ruházza."⁴²¹ Gallatin folytatta: "Ha az az elv, amelyre ez a törvényjavaslat épül, érvényre jutna, alkotmányunk pusztán ürügyé válna; kormányunkat monarchiává, vagy, ha az uraknak jobban tetszik a kifejezés, despotikus kormányvá változtatná."⁴²²

⁴¹⁷ David P. Currie, *Az alkotmány kongresszusban: A föderalista időszak*: 245. o.

⁴¹⁸ 8 Annals of Congress 1631.

⁴¹⁹ 8 Annals of Congress 1634 (1798. május) Gallatin képviselő

⁴²⁰ 8 Annals of Congress 1633 (1798. május) Gallatin képviselő

⁴²¹ 8 Annals of Congress 1538 (1798. április) Gallatin képviselő

⁴²² 8 Annals of Congress 1539 (1798. május) (Gallatin képviselő nyilatkozata). Gallatin mellett a Ház tíz tagja emelt alkotmányossági kifogást a törvényhozói hatalom feltételezett átruházásával szemben: Nicholas, Baldwin,

Ahogy a ~~első~~ szóló vitában, törvény támogatói sértetlenül álltak az alkotmányos lépés előtt: "Vajon komolyan gondolhatják-e az urak ezt az ellenvetést?"⁴²³ A hagyományos nézetet képviselve Lewis Sewall képviselő azt mondta, hogy "[a] kongresszus számos esetben nem maga gyakorolta alkotmányos hatáskörét; gyakran arra kényszerült, hogy felhatalmazza az elnököt, hogy helyettük cselekedjen."⁴²⁴ Thomas Pinckney képviselő a felhatalmazás-ellenes elv egy változatát ajánlotta: "Ha ez a hatalom [a hadsereg felállítása] általában az elnökre szállna át, akkor ő bármikor hadsereget állíthatna fel a Kongresszus beleegyezése nélkül; de nem mondható, hogy ez így lenne, ha ez a törvényjavaslat átmenne."⁴²⁵ A törvényjavaslat elfogadásakor ez nem így lenne.

A támogatók ~~his~~ hivatkoztak ~~egy~~ egy 1791-es törvényre, amely felhatalmazta az elnököt, hogy 2000 katonát állítson fel a határ védelmére, "ha az elnök úgy véli, hogy ez a köz szolgálatát szolgálja"⁴²⁷ és egy 1794-es törvényre, amely felhatalmazta az elnököt, hogy 2500 katonát hívjon be a határ védelmére.

McDowell, Macon, Brent, R. ~~W.C.~~ W.C. Claiborne, Sumter és Dawson. Az ellenvetés jellegzetes megfogalmazását lásd id. 1644. (1798. május) (McDowell képviselő nyilatkozata) ("Úgy vélte, hogy a hadsereg felállításának alkalmas időpontját meghatározó hatáskör a Kongresszusé, és nem ruházható át.").

⁴²³ 8 Annals of Congress 1529 (pr.) (Harper képviselő nyilatkozata); id. at 1637 (Dana képviselő nyilatkozata) ("[U]gyan a pennsylvaniai úriember elvei szerint a Kongresszusnak adószedőket, pénzkölcsönzőket vagy pénzközvetítőket, pénzverők elfogóit és toborzó őrmestereket kell átalakítania. ... [Gallatin úr] konstrukciója tehát túl sokat bizonyít, és tökéletesen nevetséges").

⁴²⁴ 8 Annals of Congress 1635 (május) (Sewall képviselő nyilatkozata); id. 1530 (1798. április) (Harper képviselő nyilatkozata) ("Nem habozott azt mondani, ... hogy a Ház csak abban az esetben határozhat meg egy adót, és engedélyezheti annak beszédét, ha az elnök szükségesnek találja, vagy ha egy bizonyos esemény bekövetkezik").

⁴²⁵ 8 Annals of Congress 1660 (Pinckney ~~h~~).

⁴²⁶ 8 Annals of Congress 1531 (pr.) (Rutledge képviselő nyilatkozata) ("Mr. R. adduced, as in point, the law enabling the President to call out troops in consequence of the Western insurrection, and that making provision for the effectual protection of the frontiers of the United States."); 8 Annals of Cong. 1535 (1789. ápr.) (Craik képviselő nyilatkozata) ("hasonló hatalmat már korábban is adtak, nevezetesen: a törvényt, amely felhatalmazza az elnököt, hogy ha szükségesnek ítéli, megváltoztassa a kongresszus szokásos ülésézési helyét; a törvényt, amely felhatalmazza az elnököt, hogy ha szükségesnek ítéli, bizonyos hajókat gályákként építsen és felszereljen; és a törvényt az embargók szabályozásáról és visszavonásáról").

⁴²⁷ Az 1791. március 17-i törvény, 1 Stat. 222, 2

"ha az **h**megítélése szerint ez szükségesnek bizonyul **á**törvénytelen összeesküvések elfojtásához".⁴²⁸ (Ez utóbbi fronton a Kongresszus a whisky-lázadás újjáéledésétől tartott.) Ahogy Pinckney fogalmazott, "ahol egy dolgot gyakran csináltak egy módon, és nem emeltek kifogást ez ellen, ésszerű volt feltételezni, hogy ez a mód nem alkotmányellenes"⁴²⁹.

Gallatin más **h**gyütt **h**ogy "néhány" precedens "helytálló", de "nem volt híve annak, hogy a precedensek kössék".⁴³⁰ A törvény támogatói felhorkantak: "[A] pennsylvaniai úriember [Gallatin] előáll, mintha ő lenne a politikai bölcsesség orákuluma, az alkotmány egyetlen főpapja, és azt mondja, hogy ezeknek a hatóságoknak nincs súlyuk? Ezzel semmissé tette mindazok bölcsességét, akik előtte voltak."⁴³¹ Jonathan Dayton, a képviselőház elnöke megforgatta a kést:

Ami az első szakaszban foglalt elv **h**leti, amit ellenzői kifogásoltak, valóban figyelemre méltó volt a felfedezés újszerűsége, amelyet most először tettek az 5. kongresszus felvilágosult tagjai, noha 1791 óta nem telt el olyan ülészak, amelyen ezt ne hozták volna meg és ne hagyták volna jóvá. D[ayton] úr azt mondta, hogy tökéletesen emlékszik arra, hogy hat évvel ezelőtt, az 1792-es ülészakon,

⁴²⁸ 1794. november 29-i törvény, 1 Stat. **h** Néhány hónappal korábban James Madison képviselő valami olyasmi miatt tiltakozott az átruházás tilalma miatt egy olyan törvényjavaslat ellen, amely lehetővé tette az elnök számára, hogy csapatokat toborozzon: "Úgy vélte, hogy az alkotmány bölcs elve, hogy a kormány egyik ága hadsereget állít fel, a másik pedig hadsereget vezényel". 4 Annals of Congress 738 (1794. május). Bár ez a törvényjavaslat vereséget szenvedett, a későbbi, 1794-es törvény arra utal, hogy a Kongresszus egésze nem osztotta Madison nézetét.

⁴²⁹ 8 Annals of Congress 1660 (1798. május) Pinckney képviselő **h**

⁴³⁰ 8 Annals of Congress 1541 (**h**pr.) Gallatin képviselő nyilatkozata); id. at 1637 (1798. május) (Brent képviselő nyilatkozata) ("[T]hose precedens had no influence upon him. Ha a hivatkozott törvények alkotmányellenesek voltak, akkor még mindig azok maradnak. A tévedés továbbra is tévedés marad, bármennyire is gyakran ismétlődik."); 8 Annals of Congress 1665 (1798. május) (Sumter képviselő nyilatkozata) ("ezeknek a precedenseknek nem lehetett nagy súlyuk rá nézve; sőt, nem is volt súlyuk, mivel a tévedést soha nem lehet szentesíteni azzal, hogy megismétlik").

⁴³¹ 8 Annals of Congress 1637 (1798. május) Dana képviselő **h**

azt a szakaszt, amely ~~el~~vet tartalmazza, a legszélesebb körben, Virginia állam egy igen tekintélyes képviselője dolgozta ki és terjesztette elő, sőt az egyik legtekintélyesebb képviselő, aki valaha is helyet foglalt a Házban, és aki tagja volt a Szövetségi Konventnek (Mr. Madison). Ez az úr megtette neki azt a szívességet, hogy megmutatta neki a javaslatot, mielőtt előterjesztette volna, és megkérdezte, hogy támogatná-e azt, amit nemcsak ő, hanem az egész Ház is támogatott. Így az abban az évben elfogadott törvénybe beépült, mégpedig anélkül, hogy bármelyik képviselő a legcsekélyebb utalást tette volna arra, hogy alkotmányellenes lenne, sem akkor, sem azóta, noha számos törvényükben megújították.⁴³²

Érdeemes ezen pillanatra elidőzni, és nem csak az irónia miatt, hogy Madisont a nem átruházás doktrínájának ellenzőjeként sorozták be. Amint kimutattuk, Dayton csak egy kicsit túlzott, amikor a doktrínát "felfedezésként" gúnyolta, amelyet "először ... az 5. kongresszus felvilágosult tagjai" tettek. Még Gallatin is elismerte, hogy a korábbi kongresszusok nem éreztek sok lelkiismeret-furdalást a delegálással kapcsolatban. A Dayton által említett 1792-es törvénnyel kapcsolatban Gallatin például csak azt a sápadt visszavágást tudta felhozni, hogy "ez bizonyítja, hogy ők [a kongresszus] eddig is rosszul cselekedtek, és hogy a jövőben óvatosabbnak kellene lenniük".⁴³³ Dayton tehát vért ontott magából, amikor arra célzott, hogy Gallatin alkotmányos kifogást gyártott, hogy a törvény ellenzését alátámassza. (Valójában minden egyes törvényhozó, aki az alkotmányossági kifogást hangoztatta, a törvényt érdemben is kifogásolta).

Még önmagában véve is, ~~sem~~ átruházási érvelése két további módon is aláássa a Gundy-döntő véleményt. Először is, Gorsuch bíró

⁴³² 8 Annals of Congress 1679 (Május) Dayton képviselő nyilatkozata). Dayton egy 1792-es törvényre utalt, amely "három további ezredet" írt elő a határ védelmére. A törvény kimondta, hogy "törvényes az Egyesült Államok elnöke számára, hogy *eltekintsen* az említett három kiegészítő ezred egészének vagy egy részének *felállításától, vagy felállításuk után elbocsátásától*, amennyiben az események *megítélése szerint ez a közbiztonsággal összeegyeztethetővé válik*". 1 Stat. 241, 243 (kiemelés hozzáadva). Dayton azt állította, hogy nincs alkotmányosan jelentős különbség aközött, hogy az elnökre ruházzák a nyílt mérlegelési jogkört, hogy *eltekint* egy meghatározott számú csapat felállításától, és aközött, hogy az elnökre ruházzák a nyílt mérlegelési jogkört, hogy egy meghatározott számú csapatot *felállítson*.

⁴³³ 8 Annals of Congress 1538 (1798. ápr.).

azt sugallja, hogy a nem átruházás csak "a magánszemélyek jövőbeli cselekedeteire vonatkozó, általánosan alkalmazandó magatartási szabályok elfogadására vonatkozó hatáskörre" vonatkozik.⁴³⁴ Gallatin azonban a nem átruházás doktrínájának tágabb értelmezése mellett érvelt, amikor egy olyan törvényt támadott meg, amely önkénteseket, nem pedig sorkatonákat követelt. Másodszor, a *Gundy-féle* ellenvélemény szerint a széleskörű delegálás elfogadható, "ha a mérlegelési jogkört olyan ügyekben kell gyakorolni, amelyek már a végrehajtó hatalom hatáskörébe tartoznak"⁴³⁵ - ez a kikötés a külügyekkel, a nemzetbiztonsággal és a hadsereggel kapcsolatos delegálásokat hivatott megmagyarázni.⁴³⁶ Gallatin azonban ismét az ellenkezőjét állította - hogy az átruházás tilalmától való félelemnek akkor kell a tetőfokára hágnia, amikor az elnök irányítása alatt álló állandó hadseregről van szó.⁴³⁷ Bármilyen alkotmányos doktrínát is akart Gallatin létrehozni, az nem az volt, amit Gorsuch bíró ma elképzel.

A mindenestre elutasította Gallatin kifogásait, és 51-40 arányban elfogadta a törvényt.⁴³⁸ A törvényjavaslatot még elfogadása előtt szűkítették, de csak kis mértékben. A csapatok létszámát 10 000 főben maximálták, és az elnök hatáskörét a meghirdetett háborúra, a tényleges invázióra vagy "az ilyen invázió közvetlen veszélyére korlátozta, amelyről véleménye szerint fennáll".⁴³⁹ Gallatin úgy értelmezte, hogy a "véleménye szerint" megfogalmazás lehetővé tette a

⁴³⁴ *Gundy v. United States*, 139 S.Ct. 133 (2019) (Gorsuch, J., különvélemény) (kiemelés hozzáadva).

⁴³⁵ *Gundy v. United States*, 139 S.Ct. 133 (2019) (Gorsuch, J., különvéleményt nyilvánítva).

⁴³⁶ Amint egyikünk kifejtette, az Alkotmányban gondolták, hogy a "végrehajtó hatalomnak" bármi köze lenne ezekhez a konkrét témákhoz - vagy egyébként bármely más témához. Lásd a fenti [].

⁴³⁷ Lásd pl. 8 *Annals of Congress* 6798. (Gallatin képviselő nyilatkozata) ("[O]ne of the most important powers the could be conferred in Congress, vizs; the power of raising an army, is, by this bill, suggested to be transferred from Congress to the President. Ezt veszélyes elvnek tartotta, és ha ezt egyszer elfogadják, a Kongresszusnak hatalmában állna megsemmisíteni az Alkotmányt."). Lásd még id. 1673. (1798. május) (Brent képviselő nyilatkozata) ("Bizonyos rosszat mondott; mert bárhogy is vélekednek más urak, ő az állandó hadseregeket minden olyan ország szabadságának és boldogságának kárhózatának tartotta, ahol létrehozták őket."); id. 1651. (1798. május) (Claiborne képviselő nyilatkozata) ("Csak Európa nemzeteit kell megnéznünk, hogy lássuk, hogy egy végrehajtó hatalommal való megterhelése gyakran lehetővé tette, hogy utódja egy későbbi napon rabszolgasorba taszítsa a népet.").

⁴³⁸ 8 *Annals of Congress* 1772.

⁴³⁹ 1798. május 28-i törvény, 2 Stat. 558. Elnök hatásköre a kongresszusi szünetre is korlátozódott. Id.

Az elnök széles mérlegelési jogkörét a leghalványabb iránymutatással biztosította: a felülvizsgált törvényt - mondta - "ugyanaz az alkotmányos kifogás érheti, mint az eredeti törvényjavaslatot, mivel az elnök véleményére bízta a hadsereg felállításának megfelelő időpontját."⁴⁴⁰ Gallatin kollégáinak többsége az V. Kongresszusban nem volt meggyőződve.

Egy második, a delegálásról szóló vita ugyanebből az esetleges francia invázió miatti pánikból 1798-ban a virginiai törvényhozás elfogadott egy Madison által megfogalmazott határozatot, amelyben kifogásolta a szövetségi idegenrendészeti és lázítási törvények alkotmányosságát, amelyeket éppen akkor írtak alá.⁴⁴¹ A következő évben Madison, aki ekkor már a virginiai törvényhozás tagja volt

⁴⁴⁰ 8 Annals of Congress 1632 (Május) (Gallatin képviselő nyilatkozata). A végső megfogalmazás felidézte a Második Kongresszus által elfogadott törvényt, amely felhatalmazta az elnököt, hogy szükség esetén "az Unió törvényeinek végrehajtására, felkelések leverésére és inváziók visszaverésére" hívja össze a milíciát. Az 1792. május 2-i törvény, 1 Stat.

264. Miközben ez a korábbi törvény a Kongresszuson néhány képviselő kifogásolta a különböző tervezeteket, "mivel veszélyes hatalmat ruháznak a legfelsőbb végrehajtó hatalomra; a körülmények nem tették szükségessé a felhatalmazást". 3 Annals 553 (Rep. Gerry); lásd még id. 554 (Rep. Murray), 574 (Rep. Livermore), 576-77 (Rep. Baldwin). Az ellenvetéseket néha alkotmányos nyelven fogalmazták meg: az egyik képviselő például "az Alkotmányra hivatkozott, hogy megmutassa, hogy az nem azt irányozta elő, hogy ezt a hatalmat [a milícia összehívására] kissé a végrehajtó hatalomra ruházzák át". 3 Annals 576-77 (Rep. Baldwin). De senki sem jelentette, hogy a Gallatinéhoz hasonló nem átruházási érvet hangoztatott volna.

1827-ben a Legfelsőbb Bíróság - Story ítével - elutasította az 1792-es miliciatörvény némileg módosított 1795-ös változatának alkotmányos kifogásait: "Véleményünk szerint nincs okunk kétségre [hogy a törvény a Kongresszus alkotmányos hatáskörébe tartozik], mivel az inváziók visszaveréséről való rendelkezés hatáskörébe tartozik az invázió kísérlete és veszélye elleni rendelkezés, mint a cél eléréséhez szükséges és megfelelő eszköz. ... A Kongresszus által az elnökre ruházott hatáskör kétségtelenül nagyon magas és kényes természetű. De ez nem olyan hatalom, amelyet megfelelő felelősség nélkül lehet gyakorolni." *Martin v. Mott*, 25 U.S. 19, 29 (1827). Story bíró folytatta: "Nem válasz, hogy egy ilyen hatalommal vissza lehet élni, mert nincs olyan hatalom, amellyel ne lehetne visszaélni. Ennek, valamint minden más hivatali visszaélésnek a jogorvoslata, ha bekövetkezik, magában az alkotmányban található. Egy szabad kormányzatban a veszélynek távolinak kell lennie, mivel a végrehajtó hatalomnak a közérkölc és a közérdek iránti becsületes odaadás magas tulajdonságai mellett, amelyekről feltételezni kell, hogy a végrehajtó hatalom rendelkezik, a választások gyakorisága és a nemzet képviselőinek ébersége magában hordozza mindazokat az ellenőrzéseket, amelyek hasznosak lehetnek a bitorlás vagy az önkényes zsarnokság elleni védelemre". Id. 32. o.

⁴⁴¹ Virginia állásfoglalás.

arra ösztönözték, hogy készítsen egy hosszú Virginiai határozatról, amit az 1800-as jelentésnek neveztek el.

Madison jelentése - amely akkoriban figyelmet kapott⁴⁴² - a törvények elleni állami kifogások közbeiktatásának helyénvalóságára, a törvények elfogadását felhatalmazó alkotmányos hatáskör hiányára, valamint a szabad sajtó védelmének szükségességére tért ki. Egy rövid passzusban Madison egy átruházásmentességre utaló állítást is felvetett:

Bármilyen nehéz is minden esetben világosan és biztosan látni a vonalat, amely a törvényhozó hatalmat elválasztja a többi hatalmi ágtól; abban mindenki egyetért, hogy az e hatalmi ágakhoz rendelt hatáskörök lehetnek olyan általánosak és meghatározatlanok, hogy azok nem végrehajtó vagy bírói, hanem törvényhozó jellegűek, és ezért alkotmányellenesek lehetnek. A részletek bizonyos mértékig elengedhetetlenek a törvény természetéhez és jellegéhez; és a büntetőjogi tárgykörökben helyénvaló, hogy a részletek a lehető legkevesebbet hagyják a törvény alkalmazóinak és végrehajtóinak mérlegelési jogkörébe.⁴⁴³

Madison figyelmeztetett, hogy az Alien and Sedition Acts ~~ne~~ mivel széleskörű felhatalmazást adott az elnöknek arra, hogy "minden olyan idegent deportáljon, akit veszélyesnek ítél az Egyesült Államok békéjére és biztonságára". Madison érvelése szerint a feltételek "mindent az elnökre bíznak". "Az ő akarata a törvény."⁴⁴⁴

Kommentátorok feltételezésével ^{ellentétben}⁴⁴⁵ Madison az Alien and Sedition Acts elleni nem átruházási kihívása az idioszinkráziáig szokatlan volt. Legalább egy, az állítását cáfoló pamflet úgy tűnik, hogy érvelésének ezt a részét úgy értelmezte, mint ami prudenciális alapon nyugszik.

⁴⁴² Szerkesztői jegyzet az ~~jelentéshez~~[1800. január 7.] 1800, Founders Online, Nemzeti Archives, Hozzáférés: szeptember 29, 2019, <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-17-02-0202> ("A jelentést Virginián kívül alig kommentálták, és még ott is úgy tűnik, hogy korlátozott hatása volt.").

⁴⁴³ Az 1800. évi jelentés, [1800. január 7.] Founders Online, Nemzeti Levéltár, elérhető: The Report of 1800. szeptember 29, 2019, <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-17-02-0202>.

⁴⁴⁴ Id.

⁴⁴⁵ Lásd pl. Nathan S. Chapman & Michael W. McConnell, Due Process as Separation of Powers, 121 Yale L.J. 1672, 1806 (2012).

inkább politikai aggályok, mint a jogi korlátozás hagyományos igénye.⁴⁴⁶ Ami még lényegesebb, az idegenrendészeti és lázadási törvények alkotmányosságáról szóló jogalkotási vita napokig tombolt a Kongresszusban - de *nem a delegálásról*. A vita ehelyett arra összpontosított, hogy a kongresszus felsorolt hatáskörei (az általános jóléti záradék? a kereskedelmi záradék? a háborús hatalom? a szükséges és megfelelő záradék?) közül melyik támogathatja a törvényeket.⁴⁴⁷ A törvényhozók azon is összecsaptak, hogy egy, a rabszolga-kereskedelem védelmét szolgáló alkotmányos korlátozás (az 1808-ig tartó tilalom az "olyan személyek bevándorlásának vagy behozatalának szabályozására, akiket az államok ... megfelelőnek tartanak befogadni"⁴⁴⁸) megtiltotta-e a Kongresszusnak, hogy engedélyezze az idegenek kiutasítását.

Az ellenzők, köztük Gallatin, még akkor emeltek kifogást az átruházás tilalma ellen, amikor az elnökre ruházott széleskörű hatáskör veszélyeire hivatkoztak, és a jogszabály szövegében nagyobb konkrétságért könyörögtek.⁴⁴⁹ A vita teljes időtartama alatt mindössze két képviselő - Robert Williams és Edward Livingston - hangoztatott bármi olyat, ami a nem-átruházás érvére hasonlított.⁴⁵⁰ És ez az érvelés kudarcot vallott: A kongresszus elfogadta

⁴⁴⁶ Alexander Addison, *Analysis of the Committee of the Virginia Assembly* (1800), in *1 American Writing During the Founding Era 1760-1805*, at 1068 (Hyneman & Lutz, eds. 1983) ("Nem fogok időt tölteni az ilyen feltételezések megvitatásával, hanem csak megjegyzem, hogy minden előjogot, amelyet a törvényhozás a végrehajtó hatalomnak adott, az azt adó hatalom korlátozhat vagy visszakövetelhet, és a törvényhozás mindig a nép ellenőrzése alatt lesz...."). Addison azt is megjegyezte, hogy Madison több mint egy évtizeden keresztül kisebbségben volt az ezzel kapcsolatos érvekkel kapcsolatban. *Id.* at 1068 ("a jelentés elmarasztalása[a 4. határozat tárgyalása] inkább tűnik egy makacs előítélthez való kicsinyes ragaszkodásnak, mint egy alkotmányos kérdéstről alkotott megalapozott véleménynek").

⁴⁴⁷ Lásd 8 *Annals of Cong.* 1785-96 (ellenesség); 1954-71 (lázító gyakorlat), 1973-2029 (idegen ellenség).

⁴⁴⁸ U.S. Const. art. I, §9.

⁴⁴⁹ Lásd pl. 8 *Annals of Cong.* 1980 (Gallatin képviselő nyilatkozata) ("Azt kívánta, hogy minden bűncselekményt és büntetést pontosan határozzanak meg; és remélte, hogy azok az urak, akik e kormány és az alkotmány meleg támogatóinak vallják magukat, nem fogják azt mondani, hogy nem áll hatalmunkban elérni a célt.").

⁴⁵⁰ Lásd 8 *Annals of Cong.* 1963 (Williams képviselő) ("Emellett nem egyeztethető össze alkotmányunk rendelkezéseivel és joggyakorlatunk módszereivel, hogy a hatalmat ilyen módon ruházzuk át."); *id.* 2007 (Livingston képviselő nyilatkozata) ("[D]o[es] nem [a törvényjavaslat] keveri össze a kormányzat ezen alapvető hatáskörét, nem ruházza egy kézbe az összeset a legkorlátlanabb kifejezésekkel, és ezzel felforgatja azt az alapot, amelyen

az idegenrendészeti és a lázítási törvények, a hatalom széleskörű átruházásával.⁴⁵¹ Lehet, hogy a törvények elfogadása szörnyű ötlet volt, de nem alkotmányellenes felhatalmazás.

KÖVETKEZTETÉS

Alkotmány eredeti, nyilvános értelme nem tartalmazott semmi olyasmit, mint a modern nem átruházás doktrína. A korabeli politikai teoretikusok elismerték a törvényhozói delegálás helyességét, és nyugodtan nevezték a végrehajtó hatalom aktusának a gyakorlását. Néhány író elkötelezett volt az elidegenítés-ellenes elv mellett, azzal érvelve, hogy a törvényhozás nem ruházhatja át visszavonhatatlanul a nemzet irányításának végső hatáskörét, illetve nem mondhat le róla. De a törvényhozói hatalom örökös átruházásának bármilyen ilyen tilalma világok távol állt a *Gundy* különvéleményében megjelenő nem átruházás doktrínájától.

A gyakorlat követte az elméletet. Kongresszusok gyakran aprólékos részletességgel adtak ki utasításokat, ugyanakkor nagy horderejű felhatalmazásokat is adtak. Ezek a felhatalmazások nem voltak mellékesek vagy másodlagos jelentőségűek. Létfontosságúak voltak egy új ország megalapításához - a pénzügyek megerősítéséhez, az ipar szabályozásához, a nem állami területek irányításához, a bevételek biztosításához, valamint a belső és külső fenyegetések elleni védelemhez. Egyes eredetvédők állításaival ellentétben, e felhatalmazások közül sok felhatalmazást adtak arra, hogy magánszemélyek számára kötelező magatartási szabályokat adjanak ki. Ahogy az 1790-es években jogalkotási viták keletkeztek, és a pártvonalak megkeményedtek, ennek vagy annak a politikának az ellenzői elkezdtek olyan érveket felhozni az alkotmányos nyilvántartásban, amelyek úgy hangzottak, mint a nem átruházási érvek. Ezek az érvek azonban soha nem kerültek a viták középpontjába, és ritkán vették őket komolyan. Mindenesetre mindig veszítettek.

Ha Ön elkötelezett az akkor kísértésbe eshet, hogy egy bonyolult történetet meséljen arról, hogy a korai köztársaságban a delegálások hogyan tükrözik az átruházás tilalmának általános szabálya alóli különleges kivételeket. Tehát

a meghatározásán belül -atörvényhozó, a végrehajtó és a bírói hatalom egyesítése.").

⁴⁵¹ Lásd David P. Currie, *Az első kongresszusban: A föderalista időszak: 1789-1801*, 255. o. (1997) ("Hogy mit kell tenni [az ellenséges nemzetből származó idegenekkel], az az elnökön múlt; gyakorlatilag nem voltak korlátai ennek a figyelemre méltó hatáskör-átruházásnak.").

talán a esetében volt egy kivétel. Kivételt képeztek a postai utak, legalábbis ha azok a Kongresszus által korábban meghatározott utakhoz csatlakoztak. Kivételt képeztek a nem állampolgárokkal folytatott kereskedelmi kapcsolatok. Kivétel a nem állampolgárokkal való nem kereskedelmi kapcsolatokra. Kivétel a szövetségi juttatásokra. Kivétel az adósságátütemezésre. Kivétel a hiteltörlesztésre. Kivétel az adózás alól. Kivétel a területi kormányzás tekintetében. Kivétel a Columbia kerületre vonatkozóan. A szellemi tulajdonra vonatkozó kivétel. Kivétel a házkutatási és lefoglalási politikára vonatkozóan. Kivétel a bevándorlás és honosítás tekintetében. Kivétel minden hajó és hajóhordozó esetében. Kivétel az állandó hadsereg felállítása alól.

De ha az elméleted védelmében kell felhalmoznod, egy bizonyos ponton be kell ismerned, hogy az elméleted téves. Létezik egy sokkal egyszerűbb magyarázat, amely a történelmi feljegyzéseket is magába foglalja, ahelyett, hogy minden lépésnél harcolna ellene. Az alapítók aggódtak a konszolidált hatalom miatt, ezért szétszórták azt, és kifejezett szöveges mechanizmusokat hoztak létre a szétszórás védelmére. A többit a politikai folyamatra bízták. Az alapításkor nem létezett a nem átruházás doktrínája, és a kérdés nem szoros.